HAKEMLİ

Ulusal Bağlamda Yumuşak Hukuk: Tanım, Geçerlilik ve Etkinlik Sorunları

Furkan KARARMAZ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, kararmazadam@gmail.com **ORCID:** 0000-0001-8395-0869.

Makale geliş tarihi: 19 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 14 Kasım 2024

Atıf önerisi: Kararmaz, Furkan, "Ulusal Bağlamda Yumuşak Hukuk: Tanım, Geçerlilik ve Etkinlik Sorunları", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 303-375. **DOI:** 10.30915/abd.1535446.

ULUSAL BAĞLAMDA YUMUŞAK HUKUK: TANIM, GEÇERLİLİK VE ETKİNLİK SORUNLARI

ÖZ

Bu makalede, ulusal hukuk bağlamında yumuşak hukukun tanımı, geçerliliği, etkinliği ve uygulamadaki etkileri incelenmektedir. İlk bölümde, yumuşak hukukun kesin bir tanımının yapılamadığı ve modern hukuk içinde tartışmalı bir yer tuttuğu vurgulanmaktadır. İkinci bölümde, ulusal düzeyde kullanılan başlıca yumuşak hukuk araçları tanıtılmaktadır. Üçüncü bölümde, yumuşak hukukun geçerliliği konusundaki farklı bakış açıları ele alınmaktadır. Burada pozitivist ve pragmatist yaklaşımların yumuşak hukuk bakımından aralarındaki uzlaşmazlıklar belirtilerek temkinli pragmatik bakış adı altında üçüncü bir yol önerilmektedir. Dördüncü bölümde, yumuşak hukukun hangi yöntem ve süreçlerle etkinlik kazandığı incelenmektedir. Son bölümde ise yumuşak hukukun uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunlar karşılıklı tartılmaktadır. Sonuç olarak bu kapsamdaki araçların geçerlilik, demokratik meşruiyet ve etkinlik bakımından taşıdıkları belirsizlik ve riskler nedeniyle sınırlı ve geçici olarak kullanılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: yumuşak hukuk, esnek hukuk, hukuki geçerlilik, standartlar, özdüzenleme, idari yönlendirme.

SOFT LAW IN THE NATIONAL CONTEXT: PROBLEMS OF DEFINITION, VALIDITY, AND EFFECTIVENESS

ABSTRACT

This article examines the definition, validity, effectiveness, and practical implications of soft law in the context of national law. In the first part, it is emphasized that there is no precise definition of soft law and that it occupies a controversial place in modern law. The second section introduces the main soft law instruments used at the national level. The third section discusses different perspectives on the validity of soft law. It highlights the irreconcilability between positivist and pragmatist approaches to soft law and proposes a third way, the cautious pragmatic approach. The fourth section analyzes the methods and processes through which soft law gains effectiveness. The final section discusses the possibilities and problems of soft law in practice. In conclusion, due to the uncertainties and risks they carry in terms of validity, democratic legitimacy, and effectiveness, it is recommended that these instruments be used in a limited and temporary manner.

Keywords: soft law, flexible law, legal validity, standards, self-regulation, administrative guidance.

GİRİŞ

Yumuşak hukuk, uluslararası hukuk alanında doğmuş ve özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden bu yana ulusal hukukta da kendine yer bulmuş bir terim ve olgudur. Genel olarak, hukuki bağlayıcılığı olmayan ancak fiili hukuki sonuçlar doğurmak üzere oluşturulmuş kural bütünleri, yumuşak hukuk araçları olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası hukukta bu tür kuralların ortaya çıkışının temelinde, bağlayıcı kural koyma kudretine sahip bir otoritenin eksikliği yatarken, ulusal bağlamda yumuşak hukukun yükselişi, devletin son elli yılda geçirdiği dönüşümler, yeni yönetişim anlayışları ve hızlı teknolojik gelişmelerle açıklanmaktadır.

Yumuşak hukukun, kullanımının hızla yaygınlaşmasına rağmen, akademik literatürde tanımı, geçerliliği ve değeri konusunda bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bu durum, içeriği belirsiz, geçerliliği tartışmalı ve etkileri öngörülemeyen bir düzenleme aracının toplumsal hayatta giderek daha fazla yer bulmasına neden olmaktadır. Bu tartışmalı yönler, yumuşak hukukun hem kuramda hem de uygulamada büyük bir belirsizlik yarattığına işaret etmektedir.

Türk hukukunda da yumuşak hukuk araçlarının kullanımının yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Ancak, Türkçe yazında bu konuyla doğrudan ilgilenen çalışmalar yok denecek kadar azdır; Bige Açımuz'un bir makalesi[1] dışında

[1] Bu alandaki en güncel ve kapsayıcı çalışma Bige Açımuz'a ait: Bkz. Bige Açımuz, "İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s.530-568. Bu çalışmasında Açımuz, "yumuşak hukuk" değil "esnek hukuk" terimini kullanmış. Bu tercihin arka planında Açımuz'un çalışmasının Fransız hukuku odaklı olması ve Fransa Devlet Konseyi'nin (*Conseil d'État*) 2013 yılından itibaren yumuşak hukuk (*droit mou*) terimi yerine esnek hukuk (*droit souple*) terimini kullanmaya başlaması yer alıyor.

Fransa Devlet Konseyi, 1991 ve 2006 tarihli yıllık bildirilerinde, bir soykırımın tanınması, bir olayın kutlanması veya anılması gibi içerikleri olan ancak bir buyruk ya da yaptırım içermeyen kanunları 'yumuşak hukuk' olarak ifade etmiş ve bu tür kanunların yapılmasını hukuk tekniği açısından uygun bulmadığını ifade etmiştir. Konsey, 2013'teki yıllık bildirisini ise burada (ve Fransa dışında her yerde) yumuşak hukuk (*soft law*) olarak ifade edilen araçlara ayırmış ve bu alandaki en kapsamlı monografiyi ortaya koymuştur. Bu eserde bu araçların kullanımını teşvik etmiş ve etkin kullanımları için öneriler getirmiştir. Ancak Konsey, daha önceki olumsuz görüşünden ayrılırken bunu terim tercihine de yansıtmış ve yumuşak hukuk yerine esnek hukuk terimini kullanmıştır. Konsey'in bu terim tercihinin yumuşak hukuk

yumuşak hukuk üzerine kapsamlı bir araştırmaya rastlanmamaktadır. Elinizdeki makale, bu eksikliği bir nebze olsun gidermek ve gelecekte yapılacak çalışmalara genel bir çerçeve sunmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Bu doğrultuda, ulusal hukuk bağlamında yumuşak hukukun tanımı, geçerliliği ve etkinliği incelenecektir. Makalenin ilk bölümünde yumuşak hukuku tanımlamada yaşanan zorluklara ve bunların sebeplerine değinilecektir. Farklı tanım önerilerinde öne çıkan öğeler ele alınarak kavramın içlemi mümkün olduğunca açıklığa kavuşturulacaktır.

Yumuşak hukukun kesin bir tanımının yapılamaması, bu konunun tanımdan ziyade somut örnekler üzerinden ele alınmasına neden olmuştur. Bu çalışmanın ikinci bölümünde de, kavramı daha iyi ele alabilmek ve sonraki tartışmalar için sağlam bir zemin oluşturabilmek amacıyla ulusal bağlamda kullanılan başlıca yumuşak hukuk araçları tanıtılacak, sonrasında bunların kullanım alanları hakkında bilgi verilecektir.

Üçüncü bölümde ise yumuşak hukukun geçerliliği sorunu ele alınacaktır. Bu meselede alanyazın ikiye ayrılmaktadır. Bir yanda, pozitivist bir bakışla yumuşak hukukun tamamen geçersiz ve hukuki araştırma açısından konu dışı olduğunu savunanlar diğer yanda pragmatist bir yaklaşımla, yumuşak hukukun hukuki sonuçlar doğurması nedeniyle fiilen etkili ve 'bir miktar' geçerli olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Bu bölümde bu zıt görüşler incelendikten sonra, yumuşak hukukun hukuk dünyasındaki varlığını kabul eden ancak istenirliğini sorgulayan temkinli bir pragmatist bakışın, bu olguyu anlama ve bununla ilgili doğru bir tutum oluşturma konusundaki faydaları savunulacaktır.

Yumuşak hukukun savunucuları, bu kapsamda kullanılan araçların hukuki geçerliliği konusunda tatmin edici bir yanıt ortaya koyamamışlardır. Bu nedenle geçerlilik meselesini çoğunlukla geçiştirmiş ve yumuşak hukuku, etkinliği üzerinden giderek savunmuşlardır. Bu çalışmanın üçüncü bölümünde de yumuşak hukukun etkinlik sorunu ele alınacaktır. Yumuşak hukuk kuralları hukuken bağlayıcı olmasalar da fiilen etkili olabilmektedir. Bu

ile ilgili tanımlama sorununa yeni bir boyut kattığı kanaatiyle elinizdeki çalışmada 'yumuşak hukuk' terimine sadık kalınmıştır. Bkz. Conseil d'État, "Le droit souple", s.21 ve 50. https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple (Yayın Tarihi: 1 Ekim 2013).

süreçte lisanslar, sertifikalar, etiketler gibi yapılandırılmış etmenler ve toplum baskısı, ağ etkisi gibi yapılandırılmamış etmenler devreye girebilmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ulusal bağlamda yumuşak hukuk araçlarının uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunlar ortaya koyulacaktır. Böylece yumuşak hukukun artıları ve eksileri belirlenmiş olacak ve bu araçların istenirliği konusunda bir kanaate varabilmek için bir zemin oluşturulacaktır.

I. TANIM SORUNU

Yumuşak hukuk kavramının ilk kez 1930'larda uluslararası hukuk araştırmacılarınca ortaya atıldığı bilinmektedir[2]. Bununla birlikte yumuşak hukuk ile benzerlik arz eden *quasi-legislation* (yarı yasa veya sözde yasa) teriminin on dokuzuncu yüzyılda da kullanılan bir terim olduğu belirtilmektedir[3].

Yumuşak hukukun uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış olması, bu alanda üstün buyurma yetkisine sahip bir organın bulunmamasıyla açıklanabilir. Bugün ise yumuşak hukuk sadece uluslararası hukuk alanında değil ulusal hukukta da etkisini gösteren bir olguya dönüşmüştür. Günümüzde yumuşak hukuk araçlarının AB hukuku, bankacılık hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku, çevre hukuku, insan hakları hukuku, iş hukuku, tüketici hukuku gibi birçok alanında kullanılabildiği görülmektedir[4].

Yumuşak hukukun kaynaklarında da benzer bir çeşitlilik görülmektedir. Modern hukukun birincil kaynağı olan ve egemenliğe dayalı resmi yasama yetkisini paylaşan devlet kurumlarının yanı sıra Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Uluslararası Para Fonu (IMF), Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (IFRS) Vakfı, Uluslararası Standartlar Teşkilatı (ISO), Uluslararası Ticaret Odası (ICC) gibi devlet-dışı yapıların, hatta şirketlerin ve sivil toplum örgütlerinin de yumuşak hukuk araçları oluşturabildiği görülmektedir[5].

---

[2] Conseil d'État, *op. cit.,* s.7.

[3] Greg Weeks, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2016, s.14.

[4] Conseil d'État, *op. cit.,* s.8.

[5] *Ibid.*, s.64.

Yüz yıla yakın bir geçmişe, birçok farklı kaynağa ve birçok farklı alanda kullanıma sahip olmasına rağmen yumuşak hukukun hala genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır[6]. Farklı akademik disiplinlerden birçok araştırmacı bu terime bir tanım önermiş ancak her biri yumuşak hukuku kendi alanlarındaki ya da kendi ülkelerindeki görünüş biçimleri üzerinden tanımlamışlardır. Örneğin Snyder, ilgili yazında sıklıkla atıf yapılan tanımında, yumuşak hukuku, "kural olarak yasal bağlayıcılığı olmayan ancak yine de pratik etkileri olan ve aynı zamanda hukuki etkileri olabilecek davranış kuralları" şeklinde betimlemiştir[7]. Bu tanımda vurgulanan "bağlayıcı olmama" öğesinin birçok tanımda öne çıkarıldığı görülmektedir[8].

Bir başka tanımda yumuşak hukuktan "gri harflerle yazılmış yasa" (*grey-letter law*) olarak söz edilmiş ve yumuşak hukuk "devletin, işletmeleri uymaya yönlendirdiği, ancak açık devlet düzenlemelerinin bir parçasını oluşturmayan kurallar, araçlar ve standartlar yelpazesi" olarak tanımlanmıştır[9]. Bu tanımda devletin özel sektörü etkileme amacı vurgulanmıştır. Buna karşın bir başka tanımda yumuşak hukuk "bürokratik karar alma sürecini ciddi bir şekilde etkileme amacı veya etkisi olan yazılı veya yazısız her türlü kural" şeklinde tarif edilmiştir[10]. Yumuşak hukukun gerek kamu otoritelerince gerek şirketlerce kendi etkinliklerini yönlendirme amacıyla oluşturulan "iç düzenlemeler" olduğunu belirten tanımlara da rastlanmaktadır[11].

[6] Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth, "Introduction to Research Handbook on Soft Law," *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.1.

[7] Francis Snyder, "Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.10.

[8] Fabien Terpan, "The definition of soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s. 46.

[9] Creyke Robin ve John McMillan, "Soft Law v Hard Law", *in* Linda Pearson, Carol Harlow ve Michael Taggart (Ed.), *Administrative Law in a Changing State*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2008, s.377.

[10] *Ibid.*, s.378.

[11] *Ibid.*, s.379.

Schwarcz, yumuşak hukuku devlet-dışı kaynaklarca oluşturulmuş, arzu edilen iyi uygulama örneklerini belirten ancak hukuki açıdan bağlayıcılığı olmayan kurallar olarak tarif ederek oldukça dar kapsamlı bir tanım ortaya koymuştur[12]. Gersen ve Posner ise yumuşak hukuku ABD Kongresinin yasa yapım usullerinden geçirilmeyen (bir soykırımı tanıma, bir ülke başkanının kararını kınama gibi) kararları ve başkanın yasaları onaylarken bunlara getirdiği yorumlar ile sınırlı bir biçimde ele almışlardır[13]. Dar kapsamlı olmak bakımından ortaklaşan bu son iki tanımın içerik olarak birbiriyle hiçbir ilgisi olmadığı görülmektedir.

Bu farklılıklar ve tartışmalar, yumuşak hukuk olgusunun hukuki deneyimin tüm alanlarındaki görünüm biçimlerini kapsayan bir tanım ortaya koymayı olanaksız kılmaktadır. Nitekim bazı yazarların, terime bir tanım getirmektense terimin kaplamında yer aldığı kabul edilen örnekleri saymaya yöneldiği görülmektedir[14]. Bu çerçevede yumuşak hukuk araçları olarak genellikle şunlar sayılmaktadır: "kılavuzlar, tavsiyeler, etik davranış kuralları (*codes of conduct*), standartlar, politika belgeleri, teknik bildirimler (*technical notices*)[15], bildirgeler[16], kurul kararları, resmi görüşler[17], ambalaj etiketleme kuralları[18], icrai nitelikte olmayan idare hukuku işlemleri[19], beyannameler, öz-düzenlemeler (*self-regulation*), Kıta Avrupası hukukunda

HAKEMLİ

[12] Steven L. Schwarcz, "Soft law as governing law", *Minnesota Law Review*, Cilt 104, Sayı 5, 2020, s.2472.

[13] Jacob E. Gersen ve Eric A. Posner, "Soft Law: Lessons from Congressional Practice", *Stanford Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, 2008, s. 579.

[14] Filippo M. Zerili, "Anthropology and soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.71-2.

[15] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörth, *op. cit.*, s.1.

[16] Bryan H. Druzin, "Why does Soft Law Have any Power Anyway?", *Asian Journal of International Law*, Sayı 7, 2017, s. 361.

[17] Zerili, *op. cit.*, s.72.

[18] Conseil d'État, *op. cit.,* s.63.

[19] Açımuz, *op. cit.*, s.551.

içtihat[20], en iyi uygulama derlemeleri (*best practices*), 'sıkça sorulan sorular', basın açıklamaları, toplantı tutanakları, dürtüklemeler (*nudges*), hatta yetkililerin bilinçli sessizlikleri[21]…"

Bu geniş ve karışık liste, kavramın içlemiyle ilgili herhangi bir belirtime sahip değil. Bu listeden sadece şunu anlayabiliriz: Modern pozitif hukukun bilindik düzenleme tipleri arasında yer almamakla birlikte, insan davranışları üzerinde yönlendirici etki doğurma olanağına sahip her tür açık veya örtülü irade açıklaması yumuşak hukuk aracıdır. Nitekim, benzer bir kanaate ulaşan Açımuz da genel bir kategori olarak yumuşak hukuku tanımlamaya çalışmaktansa "somut işlem ve o işlemin özellikleri ve etkilerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapma[k]" gerektiğini dile getirmiştir[22].

Elinizdeki çalışmada da genel geçer bir yumuşak hukuk tanımı bulunmuyor. Bunun yerine yumuşak hukuka ontolojik bir bakış yönelterek, öncelikle bu hukuki olguyu çevresindeki diğer hukuki varlıklardan ayırt etmeye çalışacağız. Bu çerçevede öncelikle yumuşak hukuk ile "katı hukuk" arasındaki farkları ardından yumuşak hukuk ile "hukuk olmayan" arasındaki farkları tespit etmek gerekiyor.

A) YUMUŞAK HUKUKU KATI HUKUKTAN AYIRAN NEDİR?

Yumuşak hukuk, bir karşıt kavramdır. Ancak karşıtını da kendine göre kurgulamaktadır. Ulusal bağlamda yumuşak hukukun varlığı kabul edildiğinde, şimdiye kadar basitçe hukuk olarak adlandırılan şeylerin artık "katı hukuk" olarak adlandırması ve bu katı hukukun, yumuşak hukuka da yer açacak şekilde yeniden kurgulanıp tanımlanması gerekliliği doğmaktadır. Buna göre katı hukuk; önceden belirlenmiş katı usullere göre sadece devlet tarafından oluşturulabilen, hukuki açıdan bağlayıcı, kesin ve belirli buyruklar içeren, zorla uygulanabilir yaptırımlara sahip, mahkemelerin

[20] Jaap Hage, "What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.20.

[21] Barbara Boschetti ve Maria Daniela Poli, "A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, S. 23, 2021, s.22-3.

[22] Açımuz, *op. cit.*, s.550-1.

göz önünde tutmak ve uygulamak zorunda olduğu düzenlemeler olarak tanımlanmaktadır[23].

Özetle katı hukuk kesin ve bağlayıcı kurallardan oluşmaktadır. Yumuşak hukuk ise, bu özelliklerden birinin eksikliğiyle malul, bir tür eksik-hukuk olarak ifade ediliyor[24]. Bu bakımdan yumuşak hukukun 'kesin olmayan hukuk' ve 'bağlayıcı olmayan hukuk' alt türlerine ayrılabildiğini görüyoruz[25].

'Kesin olmama' özelliğinin bir düzenlemeyi yumuşak hukuk kılıp kılmayacağı ise tartışma konusudur. Van der Sluijs, içeriğindeki belirsizlik nedeniyle ya da muhataplarına takdir yetkisi tanıması nedeniyle kanun içi boşluk arz eden pozitif hukuk kurallarını 'yasal yumuşak hukuk' olarak adlandırıyor[26]. Buna karşın Fransa Devlet Konseyi[27], belirsizliğin tüm hukuki düzenlemelerde şu veya bu düzeyde mevcut olduğunu ve yasaların uygulama içerisinde anlamlandırıldığını belirterek kanun içi boşluk arz eden düzenlemelerin yumuşak hukuk sayılamayacağını söylüyor. Keza Açımuz da içerikteki belirsizliğin bir düzenlemeyi normlar hiyerarşisinin dışında bırakmayacağından bahisle bunları yumuşak hukuk olarak kabul etmenin doğru ve yararlı olmayacağını savunuyor[28].

Hukukun dil ile oluşturulması ve dilin mükemmel bir iletişim aracı olmaması nedeniyle, her tür dilsel üründe olduğu gibi hukukta da anlam mutlak değildir[29]. Bu bakımdan hukukta belirsizlik sorunu bizatihi hukuk ve dil kadar eski bir meseledir. Yumuşak hukuk ise yaklaşık yüz yıllık geçmişi olan -görece yeni- bir hukuki görüngüdür. İçeriği belirsiz yasaları yumuşak

[23] Snyder, *op. cit.*, s.10-1.

[24] Terpan, *op. cit.*, s.44.

[25] *Ibid.*, s.45.

[26] Jessika van der Sluijs, "Soft Law – an International Concept in a National Context", *Scandinavian Studies in Law*, Sayı 58, 2013, s.286.

[27] Buradan itibaren kısaca 'Konsey' olarak anılacak.

[28] Açımuz, *op. cit.*, s.552.

[29] Gökhan Yavuz Demir, *Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği*, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2015, s.44-47; Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016, s.99.

hukuk olarak adlandırmak, yumuşak hukuk kavramını aşırı genişletip işlevsizleştirecektir. Bu açıdan Konsey'in ve Açımuz'un görüşleri isabetlidir.

Konsey, bir hukuki dışavurum biçimine yumuşak hukuk diyebilmek için onun yumuşak hukuk olmak üzere yaratılmış olmasına önem vermektedir. Bu bakımdan içtihat her ne kadar Kıta hukuku bağlamında bağlayıcı olmayan bir hukuki dışavurum olsa da, Konsey'e göre, katı hukuk içerisinde kalmaktadır[30]. Genelgeler, idari talimatlar, sirkülerler gibi adsız idari düzenlemeler bakımından ise düzenlemenin niteliğine göre bir ayrıma gidilmektedir. Yeni bir katı hukuk kuralı ortaya koyan veya mevcut bir katı hukuk kuralının nasıl uygulanması gerektiğiyle ilgili astları bağlayan bir yorum getiren idari düzenlemeler katı hukuk kapsamında görülmektedir. Buna karşın yayınlayan makamın genel vizyonunu ve hedeflerini ortaya koyan veyahut astlara belirli davranışları bağlayıcı olmayacak şekilde telkin eden idari düzenlemeler yumuşak hukuk olarak görülmektedir[31].

Yumuşak hukuk hakkındaki yazında daha çok 'bağlayıcı olmama' özelliği üzerinde durulduğu görülüyor[32]. Konsey de yumuşak hukukta belirleyici öğenin bağlayıcı olmama olduğunu belirtmektedir. Konsey'e göre katı hukuk, hukuki öznelerin özgürlüğünü sınırlayan ve bu sınırları aşan özneleri hukuki yaptırımla karşı karşıya bırakan bir yapıdadır. Yumuşak hukuk ise özgürlüğü sınırlamaz, özgürlüğün kullanılış biçimini yönlendirmeye çalışır. Katı hukuk muhataplarını uymaya zorlarken, yumuşak hukuk muhataplarını uymaya davet veya teşvik eder[33].

Bağlayıcı olmaması nedeniyle yumuşak hukuk, öznelere diğer hukuki öznelerden veya mahkemelerden bir talepte bulunma yetkisi de verememektedir[34]. Bu bakımdan sözleşmeler, her ne kadar devlet iradesiyle değil tarafların iradesiyle kuruluyor olsalar da bağlayıcı olmaları ve taraflara talep yetkisi vermeleri nedeniyle katı hukuk içerisinde yer alırlar. Ancak belirli sözleşme türlerine ilişkin standartları belirleyen ve bağlayıcı olmayan

[30] Conseil d'État, *op. cit.,* s.59.

[31] Conseil d'État, *op. cit.,* s.59.

[32] Terpan, *op. cit.*, s.46.

[33] Conseil d'État, *op. cit.,* s.61.

[34] *Ibid.*

kurallar yumuşak hukuk teşkil eder[35]. Buna göre sözgelimi Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nun hazırladığı FIDIC Tip İnşaat İşleri Sözleşmesi Şablonu bir yumuşak hukuk kuralı teşkil eder. İlgililer bu şablona uymak ya da uymamak konusunda özgürdürler. Ancak bu şablona uyarak oluşturulan bir tikel sözleşme katı hukuk kapsamında yer alacaktır.

Yumuşak hukuku, katı hukuk olamamış eksik bir hukuki biçim olarak görmek yerine katı hukuk ile tamamlayıcı bir ilişki içerisinde olan ve kendine özgü işlevlere sahip yeni bir hukuki araç veya teknik olarak görmek daha doğrudur[36]. Ulusal bağlamda yumuşak hukukun kullanılış tarzı da bu görüşü destekler niteliktedir. Birçok ülkede belirli bir konuya ilişkin yumuşak ve katı hukuk araçlarının karma biçimde kullanıldığı görülmektedir. Yumuşak hukukun, katı hukuku destekleme veya içeriğini belirginleştirme gibi işlevler üstlenebildiği belirtilmektedir[37].

Yumuşak hukuk, katı hukuk ile öncel-hukuk (*pre-law*) veya ardıl-hukuk (*post-law*) şeklinde ilişkilenebilir; ayrıca katı hukukun yerini almaya yönelen bir yedek-hukuk (*para-law*) olarak da kurgulanabilir. Öncel-hukuk, genellikle gelecekteki yasama eylemleri için çeşitli öngörüler sunan hazırlayıcı araçları içerir ve bir izlence niteliğindedir. Ardıl-hukuk ise, katı hukukun kabulünden sonra gelir ve genellikle katı hukukun uygulanmasını desteklemek, açıklamak veya öngörülebilir hale getirmek gibi işlevlere sahiptir. Yumuşak hukuk, bazı durumlarda katı hukukun kullanılmasının istenmediği veya mümkün olmadığı alanlarda kalıcı bir seçenek olarak benimsenir. Bu durumda, yumuşak bağımsız yeni kurallar koyarak eylemleri yönlendirmeyi amaçlayan bir yedek-hukuk niteliğindedir. Ancak çoğu durumda yumuşak ve katı hukuk belirli bir amaç çerçevesinde birlikte kullanılmaktadır[38].

Yumuşak hukuk ile katı hukuk arasındaki farkları ortaya koymak, bu araçların neden katı hukuk teşkil etmediğini açıklar ancak bunların neden hukuk teşkil ettiklerini açıklayabilmek için yumuşak hukukla "hukuk olmayan" arasındaki farkları ortaya koymak gerekmektedir[39].

[35] *Ibid.*, s.58.

[36] Zerili, *op. cit.*, s.75.

[37] Snyder, *op. cit.*, s.18.

[38] Terpan, *op. cit.*, s.49.

[39] Weeks, *op. cit., s.*41.

B) YUMUŞAK HUKUKU 'HUKUK OLMAYAN'DAN AYIRAN NEDİR?

Bir fikir olarak yumuşak hukuk, bazı irade açıklamalarının bilindik anlamda hukuk teşkil etmemekle birlikte yönlendiricilik bakımından salt siyasi ya da ahlaki nitelikte açıklamaların ötesine geçtikleri kabulüne dayanır[40]. Bu kabulün bir anlam ifade edebilmesi için, yumuşak hukuku salt siyasi nitelikte açıklama ve yönlendirmelerden, ahlaki telkinlerden, teamül ve adetlerden ayıracak ölçütler ortaya koyulmalıdır.

Yumuşak hukuku gelenek ve teamüllerden ayıran en belirgin özellik, yumuşak hukuk araçlarının yazılı olmasıdır[41]. Yazısız örf ve adetler, devlet teamülleri, bürokratik gelenekler vs. her ne kadar yönlendirici nitelikte olsa da yumuşak hukuk teşkil etmezler. Yumuşak hukukun yazılı olması, bunların bir irade tarafından 'yazılmış' olması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle yumuşak hukuk kuralları gelenekler ve teamüller gibi geniş bir zaman diliminde belirli davranışların sürekli tekrarlanmasıyla ve kabul görmesiyle 'kendiliğinden' oluşmaz; bu kurallar bir irade açıklamasıyla 'oluşturulurlar'. Bunlar bir irade tarafından kararlaştırılmış ve içeriği belirlenmiş kurallardır[42].

Yumuşak hukuku oluşturan irade, herhangi bir irade olamaz. Bu iradenin muhataplarını yönlendirecek kurallar yaratabilme konusunda resmi ya da gayriresmî bir kudretinin olması gerekir[43]. Resmi yetkililer ve makamlar, meslek örgütleri, sanayi örgütleri, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Avrupa Komisyonu, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Türkiye Felsefe Kurumu vb. örgütlenmelerin yurttaşlar veya kendi alanlarında faaliyet gösteren kişiler üzerinde veyahut en azından kendi üyeleri üzerinde böyle bir kudrete sahip olduğu söylenebilir.

Yumuşak hukuku, siyasi nitelikte irade açıklamalarından ayırmak ise daha zordur çünkü bu durumda her iki öğenin kaynağı da iradedir. Burada irade açıklamasının yapılandırılış ve biçimlendiriliş tarzı önem arz

[40] Terpan, *op. cit.*, s.43.

[41] Conseil d'État, *op. cit.,* s.58.

[42] Ingrid Gustafsson Nordin ve Kristina Tamm Hallström, "International standarts and the dilution of responsibility", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.183-4.

[43] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.287-8.

eder. Yumuşak hukuk araçları biçim olarak katı hukuk araçlarına benzer. Düzenleme dilinde ve numaralandırılmış maddeler halinde yazılırlar[44]. Vadeler, hedefler, göstergeler gibi yapılandırılmış öğeler içerirler ve belirgin bir biçimde yönlendiricidirler[45].

Bu bakımdan, sözgelimi, cumhurbaşkanının halka seslenişinde yönetim kurullarında cinsiyet eşitliğini gözetmeleri konusunda şirketleri uyaran ifadeler kullanması veya sağlık bakanının yurttaşları meyve sebze tüketimini arttırmaları konusunda teşvik edici sözler söylemesi hukuki değil siyasi nitelikte açıklamalardır. Hiçbir şekilde hukuki olmadıkları için yumuşak hukuk da teşkil etmezler[46]. Buna karşın şirket yönetimlerinde cinsiyet eşitliğini amaçlayan standartlar, hedefler ve göstergeler cumhurbaşkanlığınca çıkarılan ve 'kılavuz', 'strateji belgesi', 'politika belgesi' veya en 'iyi uygulama önerileri' olarak adlandırılan bir belgeye dahil edildiğinde, yumuşak hukuk halini alır[47]. Keza sağlık bakanlığının, kamu idarelerini ve diğer paydaşları belirli bir biçimde harekete geçirmek amacıyla çıkaracağı ve hukuki forma benzer biçimde madde madde yapılandırılmış olan "Ulusal Sağlıklı Beslenme Programı" da yumuşak hukuk teşkil edecektir[48].

Eğer yumuşak hukuku, 'hukuk olmayan'dan ayıran temel unsur bu araçların (katı) hukuk formunda oluşturulmasıysa, (katı) hukuk oluşturmaya yetkili mercilerin neden yumuşak hukuk yolunu seçtiği sorusu, haklı bir soruya dönüşür. Bu soruya ileride yine değineceğiz[49]. Ancak şimdilik şunu belirtmekle yetinelim. Yumuşak hukuk araçları, hukuk teknolojisindeki bir yenilikten öte hukuk kavrayışındaki bir dönüşümün ürünüdür. Konsey'in deyimiyle yumuşak hukuk araçlarının ulusal bağlamda kullanımının artması,

[44] Conseil d'État, *op. cit.,* s.63.

[45] Terpan, *op. cit.*, s.47.

[46] Jan Klabbers, "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Sayı 65, 1996, s.168.

[47] Terpan, *op. cit.*, s.46.

[48] Conseil d'État, *op. cit.,* s.63.

[49] Bkz. aşağıda "Yumuşak hukuk keyfiliğe yol açar" alt başlığı.

devletlerin "emret, hükmet, yasakla" anlayışından "teşvik et, tavsiye et, yol göster" anlayışına geçişinin bir göstergesidir[50].

Yumuşak hukukun müzakere ve karşılıklı öğrenme süreçleri için bir forum teşkil ettiği de savunulmaktadır[51]. Bu araçların yaygınlaşması yeni *regülasyon* anlayışının bir yansımasıdır. Düğer'e göre bu anlayışta "düzenlemeler [meşruiyetlerini] dayandıkları değerlerden ziyade pratik başarılarında bulmakta ve özel hukuk kişilerin faaliyetlerini kontrol etmekten ziyade koordine etmektedir"[52]. *Regülasyon* doğrudan müdahale ya da sınırlandırmadan öte katılımı, yönlendirmeyi, danışmanlık yapmayı ve teşvik etmeyi temele almaktadır[53].

Böyle söylemekle birlikte yumuşak hukuk -basitçe- hukukun postmodern durumunun bir yansıması olarak da değerlendirilebilir. Konsey de bunun farkındadır.[54] Gerçekten de yumuşak hukuk esneklik, geçicilik, melezlik, istisnailik, belirsizlik ve güvencesizlikle şekillenen postmodern duruma[55] en uygun hukuki form olarak görünmektedir.

Buraya kadar yazılanlardan, yumuşak hukuku hem 'katı hukuk'tan hem de 'hukuk olmayan'dan ayıracak şöyle bir tarif oluşturulabilir: Yumuşak hukuk, doğrudan talep edilebilir haklar ve dayatılabilir yükümlülükler yaratmamakla birlikte muhataplarının davranışları üzerinde yönlendirici olma amacı taşıyan ve hukuki düzenlemelerin yerleşik biçem ve biçimine benzer şekilde oluşturulmuş bağlayıcı olmayan çeşitli hukuki araçların genel adıdır.

[50] Conseil d'État, *op. cit.,* s.190.

[51] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörth, *op. cit.*, s.3.

[52] Sırrı Düğer, "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1 2022, s.439-40.

[53] *Ibid.*, s.441.

[54] Conseil d'État, *op. cit.,* s.190.

[55] David Harvey, *Postmodernliğin Durumu*, Çev. Sungur Savran, İstanbul, Metis, 6. Baskı, 2012, s.361-362.

II. ULUSAL BAĞLAMDA YUMUŞAK HUKUK ARAÇLARI

Uluslararası bağlamda yumuşak hukuk, uluslararası hukuk alanının siyasi egemenlikten yoksun doğası gereği başvurulan bir eksik hukuk formu olarak kabul edilebilir. Ancak ulusal bağlamda yumuşak hukuk kullanımı çoğunlukla bir tercih konusudur. Özellikle kamu kaynaklı yumuşak hukuk araçları böyledir. Burada katı hukuk yapabilecek veya katı hukukun yapımı için girişimlerde bulunabilecek öznelerin çeşitli artılarından dolayı yumuşak hukuku tercih etmeleri durumuyla karşılaşırız. Bu bakımdan ulusal bağlamda yumuşak hukuk bir eksik hukuk veya 'henüz katılaşmamış hukuk' değildir. Burada yumuşak hukuk, tercih edilen çok çeşitli yeni düzenleme araçları için bir şemsiye terim teşkil eder[56].

Ulusal bağlamda yumuşak hukuk yapıcıları olarak karşımıza kamu kuruluşları, ticaret ve sanayi odaları gibi özel kesim kuruluşları, meslek örgütleri vb. yapılar çıkar. Bu yapılar, "rehber, kılavuz, bildirge, mutabakat metni, etik davranış kodu, standart, sertifika, etiket, program, uzlaşı belgesi, bülten, protokol, el kitabı, direktif, sirküler, uygulama ilkeleri…" gibi çok çeşitli biçim ve adlar altında yumuşak hukuk araçları üretebilmektedir[57]. Bu çalışmadaki tartışmaları daha somut ortaya koyabilmek adına burada bu araçların başlıcaları hakkında bilgi verilecektir.

A) STANDARTLAR

Standart, yumuşak hukukun tipik bir örneğini oluşturur ve yumuşak hukuk alanı içerisinde geniş bir yer tutar. Türkiye Standartları Enstitüsü gibi ulusal kamu kuruluşlarınca, uluslararası kuruluşlarca ve özel kuruluşlarca çıkarılabilirler. Standartlar belirli alanlarda yaygın etki doğurmak amacıyla

[56] Pauline Westerman, "Validity: The Reputation of Rules", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.164.

[57] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.380; Lorne Sossin ve Charles W. Smith, "Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government", *Alberta Law Review*, Cilt 40, Sayı 4, 2003, s.871; Weeks, *op. cit.,* s.18; Frederik Schade ve Mikkel Flyverbom, "Soft law governance in the field of AI: a European perspective", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.430; Astrid Voorwinden ve Sofia Ranchordás, "Soft law in city regulation and governance", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.337.

çıkarılırlar. Belirli bir üretim alanında koordinasyonu sağlamak, niteliği arttırmak, sürdürülebilir ürünler için modeller oluşturmak, iş sağlığını korumak, trafik güvenliğini sağlamak vb. birçok alanda standartlar kullanılabilmektedir.

Standartlara uyulması kural olarak zorunlu değildir. Standartları koyanlar, ilgilileri bu standartlara uymaya zorlayamazlar. Şirketler bu standartları gönüllü olarak benimserler. Hatta birçok durumda şirketler, standartlaştırma süreçlerine dahil olmak için standart koyan kuruluşlara ödeme yapmak durumundadır[58].

Katı hukukta yasayı koyan irade esas belirleyici konumundayken, standartlar söz konusu olduğunda standardı koyan iradenin yanında bu standartlara uymaya karar veren irade ve belirli standartları sağlayan ürün veya hizmetleri satın almaya karar veren irade(ler) de belirleyicidir[59].

Bir ürünün malzeme ve ebat niteliklerini belirleyen veya (bir özel öğrenci yurdunda metrekare başına koyulabilecek yatak sayısı gibi) bir hizmetin verilme biçimini belirleyen teknik standartlar, bu alanda özellikle öne çıkmaktadır. Teknik açıdan standartlaştırma süreçlerine katılma, firmalar açısından ek bir maliyete neden olmakla birlikte bu maliyetin getirisi de yüksek olmaktadır. Standartlar, işlem maliyetlerini düşürür, tüketicilerin karar verme süreçlerini hızlandırır, ürünlerde ebat ve tip çeşitliliğini azaltarak ölçek ekonomilerinin karlılığını arttırır. Bir standart belirli bir piyasada baskın hale geldiğinde üreticiler üzerinde güçlü bir buyurgan etkiye sahip olur ve üreticilerin o standarda uymadan o alanda etkinlik göstermeleri olanaksızlaşır[60]. Bu durum, yumuşak hukukun gayriresmî iktidarının katı hukukun resmi iktidarından daha etkin hale gelebileceğinin bir göstergesidir.

Standartlar başlığı altında ele alınması gereken bir diğer konu da etiket ve sertifikalardır. Bunlar, standartların bir uzantısı olarak düşünülebilir zira bir hizmetin ya da ürünün belirli standartlara uygun olduğunu gösterirler. "Helal", "İyi Tarım Uygulamaları", "Organik", "Hastalıktan Ari İşletme" gibi etiket ve sertifikalar, bir işletmenin ya da ürünün bu etiketleri taşımak için gerekli ölçütleri karşıladığını ifade eder. Bu etiketler, müşteriler açısından

[58] Gustaffson Nordin ve Tamm Hallström, *op. cit.*, s.178; Conseil d'État, *op. cit.,* s.41.

[59] Gustaffson Nordin ve Tamm Hallström, *op. cit.*, s.185.

[60] Conseil d'État, *op. cit.,* s.105.

işlem maliyetlerini azalttıklarından, müşteriler bu etiketleri taşıyan ürünlere yönelirler. Firmalar çoğu durumda üretim yapabilmek için bu etiketleri almak zorunda değildir. Ancak daha geniş bir müşteri çevresine hitap edebilmek için bunları alma eğiliminde olurlar.

Burada ve aslında her yumuşak hukuk aracında dikkat edilmesi gereken husus, kamuoyu denetimi ve şeffaflığın sağlanmasıdır. Etiketleme ve sertifikalandırma işlemleri çoğu zaman kendileri piyasa aktörü olan kuruluşlarca yapılmaktadır. Bu kuruluşlar, gelirlerini sertifika satarak elde ederler ve başvurulara olumsuz yanıt vermek gelirlerini düşürür. Varlıklarını sürdürebilmek için her yıl belirli sayıda sertifika satmaları gerekir. Bu da sertifikalandırma süreçlerinde özensizliğe ve göz yummalara neden olabilir[61].

B) MUTABAKAT ZABITLARI

Mutabakat Zabıtları (*Memorandum of Understanding*), uygulamada uzlaşı belgesi, niyet mektubu, protokol gibi adlarla karşımıza çıkabilen hem uluslararası hem de ulusal düzeyde kullanılabilen yumuşak hukuk araçlarıdır.

Bir mutabakat zaptı, basitçe, taraflar arasında bir uzlaşıya varıldığını ifade eder. Bu uzlaşının hukuki ve mali yükümlülükler doğurup doğurmayacağı da tarafların niyet ve takdirine bağlıdır[62]. Genellikle kamu kurumlarının kendi aralarında ya da firmalar veya özel kesim temsilcileriyle imzaladıkları bu tür belgeler, tarafların belirli bir konuyla ilgili genel tutumlarını ve ulaşmak istedikleri hedefleri karşılıklı ve açık bir biçimde ortaya koymalarını sağlar. Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi yolunda ara duraklar, hedefler ve vadeler belirlenebilir. Hedefler genel olarak belirtilmekle birlikte uzlaşının taraflarının hangi araçlarla bunlara katkı sunacağı kendi takdirlerine bırakılabilir. Uzlaşı belgesinin yürürlükte olduğu dönem, kamu ve özel sektör için bir birlikte öğrenme süreci işlevi de görmektedir[63].

Dokuz üniversite rektörünce imzalanan "Anadolu Üniversiteler Birliği Kurulmasına İlişkin Üniversiteler Arasındaki Mutabakat Zaptı" bu tür belgelerin ulusal bağlamda kamu kurumları arasında oluşturulmasının

[61] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.433.

[62] Snyder, *op. cit.*, s.16.

[63] Ton Korver ve Peter R. A. Oeij, "The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental", *European Journal of Industrial Relations*, Cilt 11, Sayı 3, 2005, s.367-8.

bir örneğini teşkil eder[64]. Yine Millî Eğitim Bakanlığı ile Ankara Goethe Enstitüsü arasında kamu okullarında Almanca öğretimi konusunda imzalanan mutabakat zaptı, bu aracın kamu kurumları ile sivil toplum örgütleri arasında kullanılışına bir örnektir[65].

Türkiye'de ulusal bağlamda pek rağbet görmeyen bu araç, birçok ülkede yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Alanyazında özellikle Hollanda'nın bu konudaki girişkenliği dikkat çekmektedir. Hollanda'da gerek merkezi hükümet gerek yerel yönetimler düzeyinde mutabakat zabıtları yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin Amsterdam Belediyesinin Airbnb, Uber gibi paylaşım ekonomisi alanında faaliyet gösteren platformlarla imzaladığı mutabakat zabıtlarının kentte yasadışı turistik konaklamadan kaynaklanan huzursuzlukları azaltırken hem bu platformlardan hizmet alan kişilerin memnuniyetini arttırdığı hem de kentlilerin gelir ve istihdam olanaklarını genişlettiği ifade edilmektedir[66].

Hollanda'da çalışma yaşamında da mutabakat zabıtlarının önemli bir ağırlığı bulunmaktadır. 2000'li yıllardan itibaren Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı ile şirketler ve şirket toplulukları arasında ellinin üzerinde mutabakat zaptı imzalandığı ve (2005 itibariyle) bu zabıtların Hollanda'daki işçilerin %46'sını kapsamına aldığı belirtilmektedir. Bu zabıtlar ile iş ortamında stres, aşırı fiziksel iş yükü, tekrarlayan iş kazaları ve zorlanmaya dayalı sakatlıklar gibi istenmeyen durumların azaltılması konusunda gelişmeler sağlandığı ve bu zabıtlar çerçevesinde bir araya gelen farklı ölçeklerdeki şirketlerin birbirlerinden öğrenme olanağına kavuştuğu belirtilmektedir[67].

Mutabakat zabıtlarının kâğıt üzerinde kalmaması için hedeflerde mutlak uzlaşının sağlanmış olması, hedeflerin açık bir dille, ölçülebilir bir tarzda ve bir takvime bağlı olarak ortaya koyulmuş olması gerekmektedir.[68] Bunların yanı sıra tarafların mutabakat takvimine uyup uymadıklarının nasıl denetleneceği ve uymama durumunda ne gibi tedbirlere başvurulabileceği de mutabakat zabıtlarında açıkça belirtilmiş olmalıdır.

[64] https://www.aub.org.tr/protokol-ve-mutabakat-zapti (Erişim tarihi: 07.07.24).

[65] https://www.goethe.de/ins/tr/tr/spr/unt/for/gia/mem.html (Erişim tarihi: 07.07.24).

[66] Voorwinden ve Ranchordás, *op. cit.*, s.344.

[67] Korver ve Oreij, *op. cit.*, s.372.

[68] *Ibid.*, s.373.

C) ÖZDÜZENLEME VE BİRLİKTE DÜZENLEME

Özdüzenleme, kökleri ahi ve lonca örgütlenmelerine kadar geri götürülebilecek bir uygulamadır. Bu uygulama karşımıza genellikle mesleki alanlarda çıkar. Devletler, belirli bir alanda meslek icra etmek için o meslekle ilgili örgüte katılmayı zorunlu kılabilir. Mesleğe kabul ve mesleğin icra edilişi hakkında düzenleme yapma yetkisini de bu örgütlere devredebilir. Yanlış ve aldatıcı reklamların önlenmesi; belirli meslekleri yürütenlerin dürüstlüğe aykırı ya da tehlikeli olabilecek davranışlarına karşı yurttaşların korunması; belirli mesleklerde liyakatin güvenceye alınması gibi amaçlarla özdüzenlemeye başvurulabilmektedir[69].

Meslek örgütleri, barolar, esnaf, sanayici veya tacir odaları gibi temsil örgütlerine özdüzenleme yetkisi tanınabilmektedir. Bu çerçevede özdüzenleme yetkisine sahip kurumlar hem uyulacak kuralları hazırlama hem de bunlara uyulup uyulmadığını denetleme ve uymayanlara yaptırım uygulama yetkileriyle donatılabilir. Bu tür uygulamalarda katı hukuk ve yumuşak hukuk birlikte kullanılabilmekte, katı hukukla çerçevesi çizilen düzenlemelerin ayrıntıları yumuşak hukukla oluşturulabilmektedir[70].

Özdüzenlemenin birçok açıdan kamu yararını arttırdığı ifade edilmektedir. Örgütlerin, kendi etkinlik alanlarının ihtiyaç ve sorunları hakkında kamu yetkililerinden daha bilgili oldukları, alandaki yeni ihtiyaç ve sorunları daha hızlı tespit edebildikleri ve daha az bürokrasi nedeniyle daha devingen ve daha hızlı uyarlanabilir düzenlemeler oluşturabildikleri belirtilmektedir[71]. Her ne kadar devletler, karmaşık teknik düzenlemeleri hazırlamak için gereken niteliklere sahip uzmanlar istihdam edebilse de bürokrasinin piyasadaki aktörlere kıyasla her zaman daha yavaş olacağı dile getirilmektedir[72]. Bunun

[69] James C. Miller, "The FTC and the Voluntary Standards: Maximising the Net Benefits of Self-Regulation", *Cato Journal*, Cilt 4, Sayı 3, 1985, s.899.

[70] Michael Faure ve Niels Philipsen, "An Economic analysis of soft law as a regulatory tool", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.56-57.

[71] *Ibid.*, s.60.

[72] Miller, "Voluntary Standarts," 897.

yanı sıra özdüzenleme, kuralları koyanlar ile kuralların muhatapları arasındaki mesafeyi oldukça kısalttığı için de avantajlı görülmektedir[73].

Özdüzenleme, katı hukuka göre daha az maliyet doğurması nedeniyle de savunulmaktadır. Bu iddia, özdüzenleme kurumlarının alana ilişkin bilgiye daha düşük bir maliyetle ulaşmaları, düzenlemelerin hazırlanması, uygulanması ve denetlenmesine ilişkin maliyetlerin düzenlenen topluluğun aidatlarınca karşılanıp kamu bütçesini etkilememesi ve düzenlenen topluluğun uyum maliyetlerinin özdüzenleme yapan kurumlar tarafından daha iyi dikkate alınabileceği fikrine dayanmaktadır[74].

Özdüzenlemenin yararlarına ilişkin kuramsal iddialara karşın bu yararların her bağlamda ortaya çıkmayacağı da belirtilmektedir. Belirli bağlamlarda, özdüzenleme olmaksızın genel kurallara göre oluşturulan sözleşmelerce söz konusu alandaki işlerin yürütülmesi daha verimli olabilir. Ancak söz konusu alanda bilgi asimetrileri nedeniyle oluşan önemli dışsallıklar söz konusuysa özdüzenleme yapılması yararlı olacaktır. Örneğin avukat ve müvekkil arasında önemli bir bilgi asimetrisi vardır. Bu ilişki salt sözleşme serbestisine göre gerçekleştiğinde avukat bu asimetriyi suiistimal edebilir. Bu bakımdan bu ilişkinin sözleşme serbestisini sınırlar biçimde düzenlenip denetlenmesi gerekmektedir[75].

Öte yandan belirli alanların da katı kurallarla düzenlenmesi ve idari kolluk faaliyetleriyle denetlenmesi daha yararlı olabilir. Özdüzenlemenin avantajlarının tüm düzenleme alanlarında aynı ölçüde geçerli olmadığı ve özellikle sağlık ve güvenlik gibi daha büyük risklerin bulunduğu piyasalarda özdüzenlemenin zararlı olabileceği belirtilmektedir[76]. Bunun yanı sıra, özdüzenleme süreçlerinin kamu tarafından iyi denetlenmemesi halinde, piyasaya egemen olan aktörlerin özdüzenleme süreçlerini tahakküm altına alabileceği de belirtilmektedir. Böyle bir durumda bu güçlü aktörler düzenlemelerin kendi çıkarlarına uygun biçimde oluşturulmasını sağlayarak rekabeti bozabilir, yurttaşları ve kamuyu zarara uğratabilirler. Güçlü piyasa

[73] Anthony Ogus, "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 15, Sayı 1, 1995, s.98.

[74] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.60.

[75] Ogus, *op. cit.*, s.97.

[76] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

aktörlerinin yasama süreçlerini tahakküm altına alması her zaman var olan bir risktir ancak özdüzenleme süreçleri bu tür tehditlere daha açıktır[77].

Bu gibi kuşku ve eleştiriler neticesinde özdüzenlemeye 2000'li yılların başlarında gösterilen güvenin son yıllarda sarsıldığı ve örgütlere tanınmış olan özdüzenleme yetkilerinin daha fazla katı düzenlemeyle kuşatıldığı ve bu alanlarda idari kolluk faaliyetinin yeniden güç kazanmaya başladığı belirtilmektedir[78].

Özdüzenlemenin riskleri, birlikte düzenleme (*co-regulation*) adını verebileceğimiz bir ara modelin doğmasına da neden olmuştur. Bu modelde devlet dışı aktörlerin hazırladığı kurallar kamu mercilerince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu durum, kaçınılmaz olarak, birlikte düzenlemeyi özdüzenlemeye göre daha az esnek ve daha maliyetli bir uygulama kılmaktadır[79]. Ancak, birlikte düzenleme uygulaması, kamu mercilerinin karar alma yetkisini korurken, özel sektörün kendi standartlarını belirlemesini de teşvik etmeye devam eder[80]. Son ürün itibariyle ortaya çıkan düzenleme bir katı hukuk düzenlemesi de olabilir ancak temelde devlet dışı aktörlerce hazırlanmış olması nedeniyle geleneksel katı hukuk düzenlemelerinden farklı bir yerde durmakta ve bu nedenle yumuşak hukuk kapsamında değerlendirilebilmektedir.

D) İDARİ YÖNLENDİRME

Yumuşak hukuk, her ne kadar kulağa yeni bir kavrammış gibi gelse de idare hukuku camiasının aşina olduğu bazı yönetişim araçları bu kavramın içinde kalmaktadır[81]. Bu bakımdan idare hukukunda yumuşak hukukun -adı konulmaksızın- çok uzun süredir kullanıldığını söyleyebiliriz. İdarenin plan, program, politika belgesi, strateji belgesi, kılavuz, tavsiye gibi araçları; hatta sirküler, tebliğ, tamim gibi adlar taşıyan birtakım "adsız idari düzenlemeler"

[77] Ogus, *op. cit.*, s.98.

[78] *Ibid.*, s.97.

[79] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

[80] Conseil d'État, *op. cit., s.*183.

[81] Robin Creyke, "Soft Law and Administrative Law: A New Challenge", *AIAL Forum*, Sayı *65*, 2010, s.15.

yumuşak hukukun tanımsal özelliklerinin birçoğunu yansıtırlar[82]. Açımuz'a göre idarenin belirli bir durum hakkında verdiği görüşler ve belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi yönünde dilek ve istekleri icrai nitelikte olmamaları nedeniyle esnek (yumuşak) hukuk kapsamına girerler[83]. Örneğin Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlali durumlarında ceza vermek yerine düzeltici önlemleri bildirme, görüş bildirme gibi yöntemlere başvurması, Sermaye Piyasaları Kurulu'nun idari işlem olarak kabul edilmeyen uyarıları, İçişleri Bakanlığı'nın il özel idarelerinin bütçeleriyle ilgili valiliklere gönderdiği genelgeler bu kapsamda değerlendirilebilir niteliktedir[84].

Bunların yanı sıra strateji/politika belgeleri ve eylem planları da idari yumuşak hukuk belgeleri arasında önemli bir yer tutmaktadır. Birçok bakanlığın, işlevleri ve fiili sonuçları (özellikle kamu kurumları açısından) katı hukukla benzer olan strateji/politika belgeleri oluşturduğu görülmektedir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının *"Enerji Verimliliği 2030 Stratejisi ve II. Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı (2024-2030)"*[85]. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın *"Roman Vatandaşlara Yönelik Strateji Belgesi (2023-2030) ve I. Aşama Eylem Planı (2023-2025)"*[86], Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisinin *"Katılım Finans Strateji Belgesi (2022-2025)"*[87], Tarım ve Orman Bakanlığının yayınladığı 'sektör politika belgeleri'[88] gibi birçok örnek, bu araçların Türk idaresinde de önemli bir yer tutmaya başladığını göstermektedir.

[82] Açımuz, *op. cit.*, s.531.

[83] *Ibid.*, s.543.

[84] *Ibid.*, s.531 ve 540.

[85] https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/BHIM/tr/Duyurular/TürkiyeninEnerjiVerimliliği2030StratejisiveIIUlusalEnerjiVerimliliğiEylemPlanı_202401161407.pdf (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[86] https://www.aile.gov.tr/duyurular/roman-vatandaslara-yonelik-strateji-belgesi-2023-2030-ve-i-asama-eylem-plani-2023-2025-yayimlandi/ (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[87] https://www.cbfo.gov.tr/haberler/katilim-finans-strateji-belgesi-2022-2025ne-iliskin-cumhurbaskanligi-genelgesi-resmi (Erişim tarihi: 12.07.2024).

[88] https://www.tarimorman.gov.tr/Konular/Plan-Program-Ve-Faaliyet-Raporlari/sektör-politika-belgeleri (Erişim tarihi: 12.07.2024).

Alanyazında bu ve benzeri belgeler "idari yönlendirme" başlığı altında ele alınmaktadır[89]. İdari yönlendirmenin önem kazanmasının ardında yatan olgulardan biri, neo-liberal dönemde kamu hizmetlerinde ticarileşmenin artması ve işletmeci yaklaşımın güç kazanmasıdır. Bu döneme kadar devletlerin kendi irade ve olanaklarıyla yürüttüğü otoyol, köprü gibi büyük yapıların inşası ve işletmesi; cezaevi, göçmen geri gönderme merkezi gibi yerlerin yönetimi; eğitim, sağlık, iş ve işçi bulma ve sosyal yardım hizmetleri; bina denetimi, ruhsatlandırma gibi faaliyetler artık idari sözleşmeler aracılığıyla firmalara devredilmektedir. Bu faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin genel koşullar sözleşmelerle belirlenirken, yumuşak hukuk araçlarıyla da bu sözleşmeler desteklenebilmektedir[90].

İdari yönlendirme çerçevesindeki yumuşak hukuk araçları zorunlu usullere bağlı olmaksızın hızla devreye sokulabilmeleri ve hızla değiştirilebilmeleri nedeniyle idarecilerce tercih edilirler. Bunlar mevzuatın, idari sözleşmelerin ve hükümet siyasalarının etkin bir şekilde uygulanmasında ve somut durumlara esnek ve devingen bir şekilde uyarlanabilmesinde işlevseldir[91]. İdari yönlendirme, belirsiz ve bazen tartışmalı siyasi meselelerde hükümetin resmi bakış açısını ve geleceğe ilişkin tasarılarını ortaya koyarak yurttaşlara, firmalara ve kamu görevlilerine rehberlik yapar ve siyasi belirsizliklerden kaynaklanan dışsallıkları azaltır. İnsanlara mevcut yükümlülüklere nasıl uyabileceklerini göstererek, bu yükümlülüklerin içeriğini netleştirir[92].

Tüm bu belirtilen yararlarına rağmen idari yönlendirmenin demokrasi ve hukuk devleti açısından büyük riskler barındırdığı da belirtilmektedir. İdarenin yumuşak hukuk araçlarının yaygınlaşmasını eleştirenler, bunların kurumlarca hukuki düzenleme yapımına ilişkin usuli gerekliliklerden ve yargısal denetimden kaçmak için bir araç olarak kullanıldığını ifade ederler. Bu durum düzenlemeye tabi olanlar için büyük bir sorun teşkil eder. Katı hukuk araçlarının oluşum sürecindeki şeffaflık, düzenlemeye tabii olanların bildirim ve yorumlarla sürece dahil olmasını sağlarken, bunların

[89] Blake Emerson, "Administrative guidance in the United States: the moral and political stakes of non-binding law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.238.

[90] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[91] Emerson, *op. cit.*, s.237-8.

[92] *Ibid.*, s.238.

yargısal denetime açık olması da önemli bir güvence teşkil etmektedir. Yumuşak hukuk araçlarının oluşturulma süreçlerinde şeffaflık ve katılım gözetilmeyebilir ve bunların yargı organlarınca iptal edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır[93]. Yargı ve kamuoyu denetim olanaklarının sınırlı olması yumuşak hukuk aracı oluşturan mercilerin yetki alanlarını aşmasına ve yurttaşların demokratik süreçler dışında oluşturulmuş ve itiraz yolu kapalı olan kurallarca -fiilen- yönetilmesine kapı aralamaktadır[94].

E) ETİK KILAVUZLARI

Durkheim'ın da belirttiği üzere hukuk, toplumun ahlak kavrayışı içerisinde önemli görülen kuralları bünyesine alarak bunları yaptırıma bağlar[95]. Bu bakımdan hukuk ile ahlak arasında geçişli bir ilişki vardır. Etik kılavuzları ise hukuk kuralına dönüştürülmesi gerekmeyen ahlaki/etik kurallar için kullanılmaktadır. Bununla birlikte insanların etik davranmaya zorlanamayacağı, olsa olsa bir etik davranış kültürünün oluşması için yönlendirmelerde bulunulabileceği düşüncesi de yumuşak hukukun doğasıyla örtüşür niteliktedir[96].

Bu kılavuzların ortaya çıkışının arka planında yer alan olgulardan biri de çok uluslu şirketlerin etkinliğinin artmasıdır. 1990'lardan itibaren başta giyim sektöründeki Levi's, Nike, Reebok gibi markalar üçüncü dünya ülkelerindeki üretim tesislerinde insanlık dışı koşullarda işçi çalıştırmalar nedeniyle sivil toplum kuruluşlarının protestolarının ve boykot çağrılarının hedefi olmuştur. Bu kampanyalar sonrasında bu kuruluşların kendi iyi/etik davranış kurallarını yayımlamaya başladığı görülür. Sonrasında birçok farklı kesimden firmanın çocuk işçiliği, zorla çalıştırma, yolsuzluk gibi farklı konuları kapsayan kural dizgeleri oluşturup bunları kamuoyuna duyurarak itibarlarını güvence altına almaya yöneldikleri görülmüştür. Bu kurallar şirketleri fiilen bağlamakta ve belirli bir kural dizgesi bir sektörde yaygınlaştıkça diğer şirketleri de bunları

[93] *Ibid.*, s.241.

[94] *Ibid.*, s.249.

[95] Melda Ezgi Toydemir, "Durkheim'ın Toplum Kuramında Organik Dayanışmalı Toplumlarda Hukukun Ahlaki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, Antalya Akdeniz Üniversitesi, 2021, s.139; Emile Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İzmir, Cem, 1. Baskı, 2018, s.92-96.

[96] Conseil d'État, *op. cit.,* s.39.

kabul etme baskısı altına sokmaktadır[97]. Bugün neredeyse her çok-uluslu şirketin bu tür kurallara sahip olduğu belirtilmektedir[98].

Yeni teknolojiler alanında da etik rehberler önemli bir yer tutmaktadır. Bu alanda bir yandan yeni teknolojilerin kuralsız bir ortamda insanlığa zarar verecek nitelikte kullanılmasından endişe duyulmakta bir yandan da getirilecek katı kuralların teknolojik gelişmeyi sekteye uğratmasından çekinilmektedir. Bu belirsizlik hali yumuşak hukuk niteliğindeki etik kılavuzlarını bu alan için elverişli kılmaktadır. Son zamanlarda özellikle yapay zekâ alanında Avrupa Birliği, OECD gibi kamu kuruluşlarınca, Future of Life Institute (Yaşamın Geleceği Enstitüsü) gibi sivil kuruluşlarca ya da doğrudan Google, IBM gibi firmalarca bu alanın genel etik ilkelerini ortaya koymaya yönelen rehberler yayımlanmıştır[99].

Kamu kurumlarının da etik yönerge ve rehberler hazırladığı görülmektedir. Bu tür belgeler, yeni idari yetki ya da görevler yaratmaktan ziyade, mevcut yetki ve görevlerin somut durumlarda nasıl kullanılması gerektiğini açıklamak ve kamu görevlilerinin etik farkındalığını arttırmak amacıyla oluşturulurlar. Bu belgeler tüm kamu görevlilerine yönelik genel nitelikte olabileceği gibi, belirli bir görevin ifasına yönelik de olabilir. Kamu görevlilerine geniş takdir yetkilerinin verildiği ve denetim düzeneklerinin yetersiz kaldığı konularda bu tür rehberlerin varlığı yararlı görülmektedir[100].

Türkiye'de de 2004 yılında 5176 numaralı 'Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun' ile bu alanda ilk katı hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Bu kanunla kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu, kamu görevlileri için Etik Rehberi yayımlamaktadır[101]. Kanunda kamu görevine ilk kez atanacaklara imzalatılmak üzere bir Kamu

[97] Kafessiz Türkiye'nin kafes tavuğu yumurtası kullanımına karşı yürüttüğü kampanyalar bu bakımdan çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. https://kafessizturkiye.com/firma-taahhutleri (Erişim tarihi: 14.07.24).

[98] Conseil d'État, *op. cit.,* s.45.

[99] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.432.

[100] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.868-9.

[101] https://www.etik.gov.tr/media/kbeftnxn/etikrehber2022.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2024).

Görevlileri Etik Sözleşmesine[102] de yer verilmiştir. Bu belgenin hukuken bir sözleşme niteliği taşımadığı, bunun imzalatılmasının anlamının kamu görevlisine henüz göreve başlarken etik yükümlülüklerinin hatırlatılması ve bunlara uyacağına ilişkin kamu görevlisinden bir bireysel taahhüt alınmasından ibaret olduğu belirtilmektedir[103]. Bu bakımdan 'Etik Rehberi' de 'Kamu Görevlileri Etik Sözleşmesi' de kamu görevlileri açısından yeni hukuki yetki ve görevler doğurmayan ancak katı düzenlemelerle getirilmiş olan yetki, görev ve yükümlülükleri konusunda onları bilgilendiren, yönlendiren ve etik bilinç düzeylerini arttırmayı hedefleyen belgelerdir. Nitekim bunlar tipik yumuşak hukuk belgeleridir.

F) HESAPLAMA TABLOLARI

Manevi tazminat davalarında, iş kazaları ve maluliyet durumlarında, özel kaza sigortalarında riskin gerçekleşmesi durumunda farklı yaralanma ve zarar düzeylerine göre tazminat miktarının belirlenmesi gibi somut bireysel zararın parasal karşılığının nesnel olarak belirlenmesinin zor olduğu durumlar için her ülkenin farklı bir düzen geliştirdiği görülmektedir. Danimarka'da katı hukuki düzenlemelerin, Fransa ve İngiltere'de yargı kararlarının bu bakımdan belirleyici olduğu belirtilmektedir. İsveç'te ise özellikle sigorta hukuku alanında, sigorta firmalarının temsilci örgütünün (*Insurance Sweeden*) oluşturduğu tabloları öne çıkmaktadır. Hukuki bakımdan hiçbir bağlayıcılığı olmayan bu tabloların yaklaşık yüz yıldır İsveç'te sigorta ödemelerinde fiilen belirleyici olduğu belirtilmektedir. Bağlayıcılığı olmayan ancak fiilen hukuki sonuçlar doğuran bu tür hesaplama tablolarının da yumuşak hukuk belgeleri teşkil ettiği belirtilmektedir[104].

III. GEÇERLİLİK SORUNU: YUMUŞAK HUKUK, HUKUK MUDUR?

"Yumuşak hukuk, hukuk mudur" sorusuna verilen yanıtlar elbette "hukuk nedir", sorusuna verilen yanıtlarla bağlantılıdır ve bu nedenle bu tartışma çok daha geniş bir hukuk kuramı tartışmasının ekseni üzerine oturmaktadır. Bir

[102] https://www.aile.gov.tr/media/133653/kamu-gorevlileri-etik-sozlesmesi.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2024).

[103] Ömer Faruk Erol, "Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 10, Sayı 2, 2022, s.760.

[104] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.293-4.

yanda pozitivist bir bakış açısıyla meseleyi ele alan yazarlar bulunmaktadır. Bunlara göre *yumuşak hukuk*, temelde, *siyasa* sözcüğünün yerine kullanılan yeni ve popüler bir terimden ibarettir[105]. Diğer yanda pragmatist yazarlar yer alıyor. Bunlar ise yumuşak hukuku katı hukuk ile 'hukuk olmayan' arasında bir yerde konumlandırıyorlar.

A) POZİTİVİST GÖRÜŞ

Yumuşak hukukun Fransız idari yargısında en üst dereceden destek bulduğu belirtilmişti. Alman yargıçlar ise bu araçların hukuki niteliğine kuşkuyla yaklaşmaktadırlar. Alman yüksek yargısına göre yukarıda yumuşak hukuk araçları arasında saydığımız, plan, program, politika belgesi, strateji belgesi, kılavuz, tavsiye gibi idari belgeler hukuk sayılamazlar. Zira temelini anayasada bulan düzenleme yapım usullerine uygun oluşturulmamışlardır ve bağlayıcı değillerdir. Bunlar ancak "yazılı hukuki mütalaa" olarak değerlendirilebilir[106]. Alman yargısının bu tutumu yumuşak hukuka yönelik pozitivist bakışın somut bir örneğini teşkil etmektedir.

Pozitivist bakış açısında hukuki geçerlilik ve genel olarak hukukilik, iki-değerli bir meseledir: Bir önerme ya geçerlidir ya geçersizdir; ya hukukidir ya da hukuk dışıdır. Hukukun varlığının ve anlamının tam da bu iki-değerliliğe dayandığını belirten ve yumuşak hukukun en sert eleştirmenlerinden olan Jan Klabbers, bu meselenin birkaç yüzyıl önce David Hume tarafından yetkinlikle ifade edildiğini hatırlatır[107]. David Hume, İnsan Doğası Hakkında Bir İnceleme adlı yapıtında ahlak alanında doğru ile yanlış, erdem ile erdemsizlik arasındaki çizgilerin belirsizleşebileceğini, yarı-erdemli davranışların ve doğruluk-yanlışlık bakımından ara derecelerin var olabileceğini söyledikten sonra şunları eklemiştir: "[H]er tür erdemsizlik ve erdem açısından durum ne olursa olsun, açıktır ki haklar, yükümlülükler ve mülkiyet böyle ayrımsanamaz bir derecelendirmeye izin vermez; bir insanın ya tam ve eksiksiz bir mülkiyeti vardır, ya da hiç yoktur; ya bir

[105] Creyke, *op. cit.*, s.16.

[106] Matthias Knauff, "Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual?", *European Journal of Risk Regulation,* Koronavirüs Özel Sayısı, 2021, s. 53-54.

[107] Klabbers, "The Redundancy of Soft Law", *op. cit.*, s.167.

eylemi yerine getirmek için tam bir yükümlülük altındadır, ya da hiçbir yükümlülüğü yoktur."[108]

Görece yakın bir zamanda Sıddık Sami Onar da idare hukuku bağlamında Alman yargıçlarla benzer bir görüşü şöyle ifade etmiştir: "Esasen âmme idaresinin bulduğu ve gösterdiği esaslar ne kadar ehemmiyetli ve kıymetli olursa olsun bir hukuk normu haline gelmedikçe bir müeyyide kazanmış olmaz ve ancak nazarî bir kıymeti haiz olur."[109]

İki-değerliliğin hukukun özü olduğu iddiası, Niklas Luhmann'ın sistem kuramı üzerinden de temellendirilebilmektedir[110]. Toplumsal alt-sistemlerin işlevsel farklılaşması, bu sistemlerin kendi kodlarını ve kendi programlarını oluşturabilmeleriyle bağlantılıdır. Bu bağlamda hukukun kodu katı bir "yasal-yasal olmayan" ayrımıdır. Bu ayrım istisna kabul etmez. Hukuki programlar olan yasal düzenlemelerin işlevlerini yerine getirebilmesi bu koda bağlıdır. Bu koda uygun olmayan veriler hukuk sistemi tarafından sadece "gürültü olarak sınıflandırılırlar. Bir başka deyişle, anlam üretmezler."[111] Bu nedenle yumuşak hukuk, hukuk değildir ve hukuk sistemi içerisinde ancak bir gürültü, bir anomali olarak var olabilir.

Pozitivist bakışta hukuk kuralı, *egemenin buyruğu*[112], *tanıma kuralına dayanan bir kurallar dizgesinin bir öğesi*[113] veya *normlar hiyerarşisinde kendinden üstte olan bir norm tarafından belirlenen geçerlilik ölçütlerine göre*

[108] David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*¸ Çev. Ergün Baylan, Ankara, BilgeSu, 1. Baskı, 2009, s.354.

[109] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966, s.116.

[110] Bart Van Klink ve Oliver W. Lembcke, "A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.155.

[111] Gökçe Çataloluk, *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2012, s.131.

[112] John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye, U. Koloş, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2015, s.37.

[113] Şule Şahin Ceylan, *H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2014, s.69-73.

oluşturulmuş bir norm[114] olarak görülür. Buyruğu esas alan tanıma göre bir önermeye hukuk diyebilmemiz için o önermenin evvela bir buyruk niteliğinde olması gerekir. Dilek ve temenniler buyruk değildir. Dilek ve temennileri buyruktan ayıran şey ise sadece önermelerin formu değildir. Bir dilek ve bir buyruk aynı formda dile getirilebilir. Buyruğu dilekten ayıran şey, buyruğu verenin bu buyruk yerine getirilmediğinde yaptırım uygulama iradesine ve kudretine sahip olmasıdır. Bu buyruk ile bir eylem dayatılır veya yasaklanır; birine bir yetki veya yükümlülük yüklenir[115]. Yumuşak hukuk önermeleri ise tam da bu bakımdan buyruk olma niteliğinden yoksundur. Bunlar olsa olsa buyruğa benzer bir formda ifade edilmiş dilek ve temennilerdir. Buyruk değillerdir ve dolayısıyla hukuk kuralı da olamazlar.

Yumuşak hukuk kuralları, hukuki düzenleme yapmak için belirlenmiş olan resmi usullerle oluşturulmazlar[116]. Bu bakımdan H. L. A. Hart'ın *tanıma kuralı* temelli hukuk kuramıyla da örtüşmezler. O halde, yumuşak hukuk kuralları ülkenin hukukunu oluşturan kural dizgesinin dışında kalmaktadır. Keza Hans Kelsen'in öğretisini temel alan bir bakış açısıyla normlar hiyerarşisinden hareket ettiğimizde de yukarıda ele aldığımız tavsiyeler, etik kılavuzlar, özdüzenlemeler ve benzerlerinin, geçerliliklerini bir üst normdan almadıkları ve bu nedenle hukuken geçerli olamayacakları sonucuna ulaşırız. Hatta bunlar normlar hiyerarşisinde hiç yer almadıkları için hukuki geçersizliğin ötesinde hukuken yok hükmüdedirler. Hukuk dünyasına hiç doğmamışlardır. Bunlardan hukuk olarak söz etmek hukuk ile siyaset arasındaki ayrımı bulanıklaştıracaktır ve bu nedenle zararlıdır[117]. Saf hukuk kuramı, yumuşak hukukun hukuk olmadığını tespit etmekle yetinmeli, onu konu dışı olarak tasnif etmeli ve üzerinde durmamalıdır.

B) PRAGMATİST GÖRÜŞ

Pragmatik yaklaşımda hukuk inşai bir tarzda ele alınır. Hukuk kuralları da dahil olmak üzere hukuki etkinliği olan her tür buyurgan varlık, hukuki

[114] Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016, s.77.

[115] Açımuz, *op. cit.*, s.553.

[116] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.299.

[117] Van Klink ve Lembcke, *op. cit.*, s.156.

çıktıların inşasında kullanılan önerme oluşturma (argümantasyon) araçları olarak değerlendirilir. Hukuki çıktıların oluşturulduğu süreç bir keşif değil inşa sürecidir. Yargıç, hazır bir doğru yanıtı eldeki olayla eşleştirmez, yargılama süreci içerisinde bu doğru yanıt inşa edilmektedir. Oliver Wendell Holmes, yüz elli yıl önce "*Common Law*'un fazileti odur ki, önce davayı çözüme bağlar sonra ilkeyi tespit eder"[118] dediğinde bu inşai niteliğe dikkat çekmiştir. Ronald Dworkin'in "tefrika yazarları" eğretilemesi de bu inşa sürecini açıklayan ve bu iddianın popülerliğini arttıran bir öğe olmuştur[119].

Pragmatik yaklaşıma göre hukuk eğer (Hans Kelsen'in ya da Niklas Luhmann'ın söylediği üzere) bir sistem ise de kapalı bir sistem değildir. Neyin hukuk 'sayılacağı' eldeki vakaya, bu vakanın bağlamına, bu bağlamda yer alan aktörlerin algılarına göre değişir. Söz konusu bağlamda hukuk camiasınca kabul edilebilir 'kalitede' görülen/algılanan ve bu bakımdan hukuki sonuçlar doğuran önermeler hukuk teşkil eder[120]. Bu önerme silsilesi üzerinden giden Hage, yumuşak hukuk kuralının katı hukuk kuralına göre daha zayıf bir hukuki önerme teşkil etmekle birlikte, son tahlilde hukuki bir önerme teşkil ettiğini, dolayısıyla hukuk olduğunu söyler[121].

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda hukuk ile pozitivistlerin "hukuk olmayan" dedikleri buyurgan yapılar arasında iddia edildiği kadar kesin bir çizgi olmadığı, olsa olsa bir geçiş bölgesi bulunduğu kabul edilir[122]. Yumuşak hukuk tam da bu bölgede yer almaktadır. Bu bakımdan yumuşak hukuk bir anomali değil, hukuk âleminin olağan öğelerinden biridir.

Konsey de yumuşak hukukun ancak Kuhn'un sözünü ettiği şekilde; yani bir paradigma değişiminin ön habercisi olma anlamında anomali olarak

[118] O. W. Holmes, "Codes and The Arrangement of Law", *American Law Review*, Cilt 5, Sayı 1, 1870, s.1.

[119] Ronald A. Dworkin, "'Natural Law' Revisited", *University of Florida Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1982, s.166 vd; Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s.42 vd.

[120] Hage, *op. cit.*, s.34.

[121] *Ibid.*, s.38.

[122] Van Klink ve Lembcke, *op. cit.*, s.157.

değerlendirilebileceğini iddia eder[123]. Bu anlamda anomaliler, mevcut baskın paradigma ile kavranamayan ve açıklanamayan olgulardır. Mevcut paradigma bunları (tam da yukarıda belirtildiği üzere) konu dışı olarak tasnif eder ve üzerinde durmaz, zira yerleşik kavram ve kabullerle bunları ele almak mümkün değildir. Zaten en başta bunları anomali kılan da budur. Ancak anomalilerin artması, mevcut paradigma üzerinde devrimci bir gerilime neden olur ve anomalileri normalin kendisi veyahut en azından bir parçası olarak açıklayabilen bir yeni bir paradigma ortaya çıkar[124]. Konsey de yumuşak hukukun, genel hukuk kuramı içerisinde bir paradigma değişiminin işareti olarak yorumlanması gerektiğini söylemektedir.

Konsey'e göre bir kuralın geçerliliği bakımından belirleyici olan, kuralın, kendisinden önce var olan bir temele dayanıp dayanmamasının yanında (kimi zaman bundan da öte) hukuki aktörlerce geçerli olarak algılanıp algılanmaması ve bu bağlamda hukuki etkileşimleri yönlendirme işlevini yerine getirip getirememesidir. Konsey bu bakımdan yumuşak hukuk ile katı hukuk arasında somut bir farklılığın olmadığını iddia eder. Her iki düzenleme biçimi de aynı amaca hizmet etmektedir, her ikisi de yönlendirici/buyurucu bir biçimde oluşturulmuştur, belirli bir düzeyde resmileştirilmiştir ve belirli bir biçemde dışa vurulmuştur[125].

Konseyin bu tezi, hukuki biçimciliğe karşıt olup deneyimi, bakış açısını, algıyı ve bağlamı öne çıkarmaktadır; ayrıca hukuku bir araç olarak sunmaktadır. Bu bakımdan Konsey'in bu tezi ortaya koymakla hukuki pragmatizm başlığı altındaki tüm kutucukları işaretlediği söylenebilir[126]. Pragmatizmde bir önerme kaynağına ya da oluşturulma usulüne göre değil, deneyimdeki karşılığına göre ele alınır. Pragmatik maksim, önermelerin anlamının deneyimde yarattıkları pratik sonuçlardan ibaret olduğunu, pratikte bir sonuç doğurmayan önermelerin anlamsız olduğunu ifade eder[127].

[123] Conseil d'État, *op. cit.,* s.54.

[124] Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 2. Baskı, 1970, s.52 vd.

[125] Conseil d'État, *op. cit.,* s.56.

[126] Furkan Kararmaz, *Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları*, Doktora Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2017, s.68 vd.

[127] *Ibid.*, s.7.

Bir hukuki önerme olarak hukuk normu, son tahlilde, önceden belirlenmiş usullere uygun olarak oluşturulduğu için değil, hukuki deneyimde bir pratik sonuç doğurduğu için ve bu ölçüde vardır[128].

Burada araçsalcı bir bakışla hukuk kuralının işlevi üzerinde durulur ve buna göre hukuk kuralının temel işlevi, *olması gereken* hakkında bir bildirimde bulunarak insan davranışlarını yönlendirmektir[129]. Katı hukuk kuralları, kural olarak bu işleve sahiptir. Yumuşak hukuk kuralları da belirli bir davranış modeli ya da standardı ortaya koyarak fiilen bu işleve sahip olabilmektedir. Bu bakımdan bu önermeler de hukuki önermeler âlemine dahil kabul edilmelidir.

Konseyin bu pragmatik manevrayla yumuşak hukukun geçerliliği sorununu, yumuşak hukukun varlığı sorununa dönüştürdüğü kanaatindeyiz. Nitekim bu tezi ortaya koyduktan sonra Konsey, yumuşak hukukun geçerliliğini temellendirme veya yumuşak hukuk için geçerlilik ölçütleri oluşturma yönünde bir gayret göstermemiş, daha ziyade yumuşak hukukun varlığını ispatlama ve yumuşak hukuk için meşruluk ölçütleri oluşturma işiyle meşgul olmuştur[130]. Bu bağlamda, yumuşak hukukun katılımcılığı, rızayı[131], kamu yararını[132] ve şeffaflığı esas alan bir tarzda oluşturulması; yumuşak hukuk oluşturan mercilerin yetki aşımı yapmaması ve parlamentonun yasama konusundaki ayrıcalıklarına tecavüz etmemesi; muhataplarından imkansızı istememesi[133]; yumuşak hukuku, düzenleme yapımı için öngörülen usuli gerekliliklerden kaçmaya yarayan bir kestirme olarak kullanmaması[134]; temel hak ve özgürlükler alanında kısıtlayıcı tarzda yumuşak hukuk düzenlemeleri oluşturmaması[135] ve özel aktörlerce oluşturulan yumuşak hukuk araçlarının

[128] *Ibid.*, s.56.

[129] Açımuz, *op. cit.*, s.553.

[130] Conseil d'État, *op. cit.,* s.116 vd.

[131] *Ibid.*, s.121.

[132] *Ibid.*, s.131.

[133] *Ibid.*, s.116.

[134] *Ibid.*, s.117.

[135] *Ibid.*, s.138.

kamusal mercilerce denetlenmesi[136] yumuşak hukukun meşruluk ölçütleri olarak öne sürülmekte ve bu ölçütler çerçevesinde sıkı denetim yapılması önerilmektedir.

Konseyin ifade ettiği bu ölçütler, salt yumuşak hukuk araçları açısından değil her tür düzenleyici işlem açısından önem arz eder. Bu ölçütlere uyulması, yapılan düzenlemeleri 'iyi' kılar ama 'geçerli' kılmaz. Zira bunlar geçerlilik ölçütü değildir. Konsey, yumuşak hukukun fiili yaygınlığını ve iddia edilen yararlarını öne çıkararak geçerlilik konusunu geri plana itmiş ve geçiştirmiştir.

Alanyazında yumuşak hukukun geçerliliği lehinde yazılmış olan eserlerin genelinde de böyle bir tutum görülmektedir. Örneğin Van der Sluijs, geçerlilik sorununun hukuki çoğulcu bir bakışla aşılabileceğini iddia eder. Zira ona göre çoğulcu bakışta kuralın resmi statüsünden ziyade toplulukça hukuk olarak algılanıp algılanmadığı önemlidir. Kural, toplumda hukuk olarak görülüyor, takip ediliyor ve uygulanıyorsa bu onun hukuki değere sahip olduğunu gösterir[137].

Van Klink ve Lembcke de benzer şekilde hukukun işlevinden ve yumuşak hukukun fiilen bu işlevi yerine getirip getirmemesinden hareket ederler. Onlar, Lon Fuller'ı takip ederek hukukun işlevini hür ve akıl sahibi varlıklar olan "yurttaşların etkinlikleri için sağlam ve istikrarlı bir çerçeve sunmak" şeklinde tespit ederler[138]. Buna göre, bir yumuşak hukuk kuralı Fuller'ın prosedürel doğal hukuk[139] kuramında belirttiği içsel ahlaki ölçütleri[140] karşılıyorsa pekâlâ hukuk sisteminin bir parçası olarak değerlendirilebilir.

Bu örnekler çoğaltılabilir. Hatta buna benzer varsayımsal bir temellendirmeyi biz de John Rawls üzerinden yapabiliriz. Bir yumuşak hukuk kuralının geçerliliğini değerlendirirken "Rawls'un orijinal durumunda,

[136] *Ibid.*, s.131.

[137] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.301.

[138] Van Klink ve Lembcke, *op. cit.*, s.158.

[139] L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2016, s.62 vd.

[140] Genellik, ilan edilme, geriye yürümezlik, açıklık, tutarlılık, imkansızı istememe, resmi eylemler ile ilan edilmiş kurallar arasında uyum.

bilinmezlik peçesi ardında[141] bir masada toplanmış o kişiler böyle bir kuralın geçerliliğini kabul ederler miydi?" diye kendimize sorup, incelikli bir akıl yürütme neticesinde şu veya bu yönde bir kanaat ortaya koyabiliriz. Ancak tıpkı diğer temellendirme girişimleri gibi bu girişim de geçerlilik sorununu çözmek bakımından başarısız olacak ve analitik kuşkucuyu kesinlikle tatmin etmeyecektir.

Analitik kuşkucunun da makul bulabileceği bir temellendirmeyi Westerman'ın ve Mackor'un makalelerinde bulabiliriz. Westerman'a göre geçerlilik, temel olarak, itibarın işlevsel karşılığıdır. Gayriresmî düzenler kişilerin itibarına; resmi düzenler ise yasal yapıların, kategorilerin ve kuralların itibarına dayanır, yani resmi düzenlerin itibarı gayrişahsidir. İşte geçerlilik tam da bu gayrişahsi itibardır: "Nasıl ki itibar bize bir kişinin gerçekten iddia ettiği gibi olup olmadığını bildiriyorsa, geçerlilik de bize bir sözleşme, kural ya da iradenin iddia ettiği gibi olup olmadığını bildirir."[142] Nasıl ki kişilerin itibarı hakkında bir fikir sahibi olabilmek için "nerelidir, kimlerdendir, kimlerle yakınlık eder, bize iyiliği mi kötülüğü mü dokunur" sorularını soruyorsak kurallar için de bu böyledir. (a) Bu kuralın kaynağı neresidir, (b) bu kural doğru usulün bir neticesi midir, (c) bu kuralın nesebi sahih midir; (d) bu kuralı kimler takip etmekte, kimler buna göre hareket etmektedir; (e) uygulamada ve alanyazında bu kural ciddiye alınmakta mıdır, (f) bu kuralın yararı ve maliyeti nedir" tarzında sorular, bu bağlamda kuralın itibarını ve dolayısıyla geçerliliğini belirler.

Westerman'a göre kaynak, usul ve nesebe ilişkin a, b, c soruları 'girişteki geçerlilik' (*input-validity*); muhatapların algıları, davranışları ve fiili sonuçlara ilişkin d, e, f soruları 'sürece yayılan geçerlilik' (*through-put validity*) hakkındadır[143]. 'Girişteki geçerlilik', pozitivist hukukçunun daha ziyade 'itibar' ettiği geçerliliktir. Ancak Westerman, 'sürece yayılan geçerliliğin' de 'girişteki geçerlilik' kadar önemli olduğunu belirtmekte ve a, b, c soruları açısından itibarı belirsiz olmakla birlikte d, e, f soruları açısından itibarı yüksek olan bir kuralın da 'bir miktar' geçerli olduğunu savunmaktadır.

[141] John Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix, 1. Baskı, 2017, s.46 vd.

[142] Westerman, *op. cit.*, s.167-8.

[143] *Ibid.*, s.168-9.

Westerman'ın 'sürece yayılan geçerliliği' basitçe 'etkinlik'miş gibi görünüyor. Ancak tam da öyle değil. 'Sürece yayılan geçerlilik' ile etkinlik arasındaki farkı ise Mackor daha iyi ifade etmiştir. İşin aslı Westerman'ın bu ayrımı, Mackor'un *gültigkeit-geltung* ayrımıyla örtüşür. Langenscheidt sözlüğe göre *gültigkeit*[144] "geçerlik"; *geltung*[145] "ağırlık/prestij" anlamına gelmektedir. Mackor, uygun İngilizce karşılık bulamadığından bu Almanca sözcükleri kullandığını belirtmektedir[146].

Gültigkeit pozitivist anlamda geçerliliği yani Westerman'ın tabiriyle 'girişteki geçerliliği' ifade eder. *Gültigkeit* ölçütleri, kuralın türüne göre değişmekle beraber kavramın kendisi pek de tartışmalı değildir[147]. Bununla birlikte Mackor, yasa yapımı sürecindeki sorunlar nedeniyle bir kuralın geçerli olmaksızın etkin olabileceğini söyler. Yasayı yapan merci yetkisini aşmış, usuli bir hata yapmış ya da normlar hiyerarşisini gözetmemiş olabilir. Bu kusurlar ilk bakışta anlaşılmayabilir ve kuralın muhatapları kendilerini kuralla bağlı görüp, kural uyarınca hareket etmeye başlayabilir. Bu durumda *gültigkeit*'tan yoksun ancak hem *geltend* hem de etkin bir kuralla karşılaşılır[148].

Diğer yandan bir kural pekâlâ *gültig* olabilir ancak *geltung*'dan ve etkinlikten yoksun olabilir. Metruk yasalar tam da bu durumdadır. Burada önemli ayrım *geltung* ile etkinlik arasındaki ayrımdır. Mackor'a göre yumuşak hukukun geçerliliği *geltung* üzerinden temellendirilebilir ve *geltung* etkinlik değildir. *Geltung*, bir kuralın deontik sonuçlar doğurabilmesi, yani ödev yükleyebilmesi anlamına gelir. Bu kavramı, kısaca, toplumun o kuralı kural olarak benimsemesi ve ona uymak gerektiğini düşünmesi şeklinde tarif edebiliriz. Bu bakımdan *geltung* bir zihin durumunu ifade eder. Ancak toplum, kuralı kabul etmek ve ona uymak gerektiğini düşünmekle

[144] https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/gueltigkeit (Erişim tarihi: 21.07.2024).

[145] https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/geltung (Erişim tarihi: 21.07.2024).

[146] Anne Ruth Mackor, "What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.126.

[147] *Ibid.*, s.127-8.

[148] *Ibid.*, s.129.

birlikte uymuyor olabilir[149]. Bu durum yaya geçitleri, hız sınırlamaları, dönüşlerde sinyal verme zorunluluğu gibi birçok trafik kuralı üzerinden örneklendirilebilir.

Bu ayrım üzerinden Mackor şu sonuca ulaşır: Yumuşak hukuk kuralını hukuk yapan, etkinliği değil, *hukuki geltung*'a sahip olmasıdır[150], yani -son tahlilde- toplum ve uygulayıcılar tarafından hukuki ödevler yükleyen bir kural olarak kabul edilmesidir. Salt etkinliği esas alan bir değerlendirme ahlak, din, gelenek gibi birçok etkin kural ile yumuşak hukuk arasındaki ayrımı ortaya koyamaz.

C) ÖNERİMİZ: TEMKİNLİ PRAGMATİST YAKLAŞIM

Yumuşak hukuk geçerli olsa da olmasa da fiilen hukukun bir parçasını oluşturmaktadır. Katı hukukla etkileşim içinde hukuki yaşamda yönlendirici ve tamamlayıcı roller üstlenmektedir. Geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte fiilen mevcuttur ve pratik sonuçlar doğurmaktadır. Bu bakımdan biçimci bir reddiyeciliktense temkinli bir pragmatik bakış bu konuda daha yararlı sonuçlara kapı açabilir.

Pragmatik bakış açısıyla, hukuki deneyime odaklandığımızda ve hukuk öznelerinin davranışlarını yönlendirmek ve hatta hukuk uygulayıcılarının kararlarını etkilemek bakımından yumuşak hukuk araçlarını değerlendirdiğimizde bu araçların hukuk dünyasında etki doğurmaları bakımından hukukun bir parçası olduklarını kabul etmemiz gerekir. Böyle bir bakış açısı elbette biçimci yaklaşıma daha yakın olan hukukçular için rahatsız edici gelecektir. Zira böyle baktığımızda hukuku ahlaktan ve siyasetten ayırmak mümkün görünmemektedir. Bu bakışta hukuk, ahlak, siyaset, iktisat, kamuoyu vs. tüm kavram ve olgular iç içe geçer ve hangisinin nerede başlayıp nerede bittiğini tespit etmek olanaksız hale gelir.

Bu makul bir kaygıdır. Ancak tüm bu etmenler hukuki deneyimde eğer bu denli iç içeyse bunları birbirinden ayırmak için kuramsal alanda incelikli analitik içlem önermeleri oluşturmaya çalışmanın ve bu kuramsal ayrımlar üzerinden giderek "şu hukuktur, şu hukuk değildir" demenin, sonra da "hukuk değildir" hükmü verilenleri hukuk kuramının inceleme alanının

[149] *Ibid.*, s.132-3.

[150] *Ibid.*, s.134.

dışına itmenin yararından çok zararı olacaktır. Bunun yerine bu makul kaygının itkisiyle hukuk kuramı, hukuk aleminde dönen ne varsa hepsinin yerini ve yönünü belirlemeye çalışmalı ve bunlarla ilgili değerlendirme ölçütleri oluşturmalıdır.

Temkinli pragmatik bakışta, her ne kadar yumuşak hukuk, hukukun bir parçası olarak kabul edilse de illaki olumlu bir şey olarak görülmez. Yumuşak hukukun varlığını kabul etmek, bununla birlikte onun geçerlilik, meşruiyet, demokratik katılım, şeffaflık, hukuki öngörülebilirlik, hukukun üstünlüğü gibi konularda yaratabileceği tehditleri öne sürerek ona olumsuz bir değer yüklemek de pekâlâ olanaklıdır ve bizce bu en makul yaklaşımdır.

Yumuşak hukuk belgeleri hukuki *geltung* sahibi olmalarından ziyade fiili sonuçlar yaratabilmeleri[151] sayesinde etkinleşir ve etkinlik alanlarını genişletirler. Salt etkin olması veya fiilen kişi ve kurumları kendine uymak durumunda bırakabilmesi yumuşak hukuku benimsemek, kabullenmek veya onaylamak için yeterli değildir. Tam aksine, geçerliliği kuşkulu bir kural dizgesinin geçerliymiş gibi algılanması ve geçerli hukukla benzer fiili sonuçlar doğurması tehlikelidir. Sözgelimi normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri belirsiz, geçerliliği tartışmalı ve içeriği tam olarak bağlayıcı olmayan bir strateji belgesine uyup uymamanın bir devlet desteğine hak kazanma konusunda bazı durumlarda belirleyici olması ama her zaman da belirleyici olmaması; bazı firmalar burada belirtilen ölçütleri karşılamıyor olmalarına rağmen bu desteği alabilirken bazılarının karşılamasına rağmen alamaması ve buna ilişkin bir kanun yolunun da bulunmaması yumuşak hukukun doğasına pekala uygun olup hukukun doğasıyla bağdaşmaz niteliktedir.

Geçersiz bir kuralın hukuk olarak algılanması hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği azaltır. Yasa önünde eşitliği zedeler. Kamu görevlilerine ya da özel otoritelere demokratik süreçleri ve anayasal sınırlamaları bir kenara bırakarak etkin düzenlemeler yapma olanağı yaratır. Geçersiz düzenlemelerin etkinliği onların hanesine yazılacak bir artı değil üzerinde durulması gereken vahim bir durum teşkil eder. Öte yandan özel sektör aktörlerinin sözleşme niteliğinde olmayan, yani genel ve soyut nitelikte olan normatif dizgeler oluşturması ve piyasa işlemlerini bu dizgelerle yönlendirebilmesi de birçok açıdan sorunludur. Nitekim bunu ancak piyasa payı büyük olan güçlü

[151] Stephan Kirste, "Concept and Validity of Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018, s.49-50.

firmalar ya da firma örgütlenmeleri yapabilir. Bu durum rekabeti bozabileceği gibi, yasama konusunda devlet iktidarıyla yarışan piyasa aktörlerinin ortaya çıkmasına neden olabilir.

Dolayısıyla temkinli pragmatik bakış, yumuşak hukukun hukuk alemindeki varlığını kabul eder ancak onu yeni ve kullanışlı bir araçtan ziyade bir sorun olarak ele alır. Gelinen noktada yumuşak hukuku "geçersiz" addedip yok saymak olanaklı görünmüyor. Ancak bu alandaki iktidar ilişkilerinde zayıf olanları korumak için çok yönlü tedbirlerin alınması gerekmektedir[152]. Yumuşak hukuk araçlarının kullanımı katı hukukla kuşatılmış olmalı ve yumuşak hukukun, bürokrasinin ya da piyasa aktörlerinin kendi içinde oluşturup sessiz sedasız uyguladığı bir alternatif hukuka dönüşmesi engellenmelidir[153]. Bu da ancak yargısal denetimle mümkündür. Konsey de 2016'dan sonra verdiği kararlarda etkin sonuçlar doğuran yumuşak hukuk belgelerinin iptal davasına konu edilebileceğini göstermiştir[154]. Kamu kaynaklı yumuşak hukuk araçlarının idari yargıya konu edilmesi hukuk devleti ilkesi açısından olumlu olmakla birlikte özel aktörlerce oluşturulan araçlara karşı da yurttaşları ve piyasadaki görece zayıf aktörleri koruyacak düzenekler ve etkin başvuru yolları oluşturulmalıdır. Yumuşak hukuk belgeleri muhatapları açısından bağlayıcı olmasa da o belgeyi düzenleyen kurum ve örgüt açısından bağlayıcı kabul edilmeli ve muhataplar bu belgelerden doğan çıkar ve haklarını dava yoluyla talep edebilmelidir.

IV. ETKİNLİK SORUNU: YUMUŞAK HUKUK NASIL ETKİN OLUYOR?

Geçerliliği kuşkulu olduğu için yumuşak hukukun tek varlık temeli etkinliğidir. Etkinlik, resmi katı hukuk kuralları için de önemli olmakla birlikte kuramsal açıdan bir varlık koşulu teşkil etmez[155]. Nitekim yumuşak hukukun geçerliliği lehine getirilen önermelerin tamamı son tahlilde onun etkinliğine dayanmaktadır. Ancak yumuşak hukukun etkinliği de geçerliliği kadar tartışmalı bir meseledir. Bu bölümde yumuşak hukukun hangi yollarla etkinleştiği üzerinde duracağız. Sonraki bölümde ulusal bağlamda yumuşak

[152] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.405.

[153] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.870.

[154] Açımuz, *op. cit.*, s.563.

[155] Conseil d'État, *op. cit.,* s.104.

hukukun uygulamada yarattığı sorunlardan söz ederken etkinlikle ilgili sorunları da ele alacağız.

Yumuşak hukuk kurallarının bağlayıcı olmamasına bakarak bunların zorlayıcı bir etki yaratmadığını düşünmemek gerekir. Yargısal yaptırım gücü olmasa da yumuşak hukuk araçları farklı biçimsel veya zihinsel düzenekler üzerinden etkinlik kazanabilmekte ve katı hukuk kadar hatta kimi zaman katı hukuktan daha etkin bir biçimde muhataplarının davranışlarını yönlendirebilmektedir[156]. Yumuşak hukuk kurallarının etkinleşebilmesi için "uy ya da açıkla" (*follow or explain*), raporlama, teşvik, akreditasyon, lisanslama gibi yapılandırılmış yöntemler kullanılabildiği gibi ifşa ve ayıplama (*naming and shaming*) ikna, dürtükleme (*nudging*), kara listeye alma, söylem oluşturma, karşılıklı öğrenme, algı yönetimi, müzakere, boykot, toplum baskısı, ağ etkisi, sürü etkisi gibi daha az yapılandırılmış yöntemler veya toplumsal ve zihinsel süreçler devreye sokulabilmektedir[157]. Bazı ulusal örneklerde yumuşak hukukun yargı kararları üzerinde de etkili olabildiği görülmektedir.

A) YAPILANDIRILMIŞ YÖNTEMLER

Yumuşak hukukun gönüllülüğe dayanan doğası gereği yapılandırılmış denetim düzenekleriyle uyumsuz olduğu düşünülebilir. Ancak tam da bu gönüllülüğe dayanan doğası gereği yumuşak hukuk daha sıkı denetleme ve uyum düzeneklerine sahip olmalıdır. Aksi takdirde yumuşak hukuk istismara açık bir hale gelir ve hukuki güvenliği zedeleyebilir. Konsey bu durumu yumuşak hukukun çıkmazlarından biri olarak ifade eder[158].

Nitekim birçok yumuşak hukuk belgesinin kendi içerisinde bazı uyum düzenekleri öngördüğü görülmektedir. Bu düzenekler çok farklı şekilde oluşturulabilir. Örneğin OECD Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kara

[156] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.289.

[157] Birte Böök and Linda Senden, "Soft law: booster or brake for the promotion of gender equality in the EU?", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.372; Zerili, *op. cit.*, s.73; David M. Trubek, Patrick Cottrell ve Mark Nance, "'Soft Law', 'Hard Law' and EU Integration", in Gráinne de Búrca ve Joanne Scott (Ed.), *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2006, s.79-80.

[158] Conseil d'État, *op. cit.,* s.111.

para aklamanın önlenmesi için oluşturduğu tavsiye kararları, uluslararası faaliyet gösteren şirketleri, bünyelerindeki bir yöneticiyi bu tavsiye kararlarına uyumu gözetmekle görevlendirmekle sorumlu tutmaktadır[159]. Bu yöntem ulusal otoritelerce de mali hukuk, rekabet hukuku, iş hukuku, çevre hukuku gibi birçok alanda kullanılabilir. İş güvenliği, sivil savunma, ilk yardım, toplumsal cinsiyet eşitliği vb. birçok alanda yumuşak hukuk niteliğinde düzenlemeler oluşturulabilir ve kurumlara ya da firmalara bu düzenlemelerin kapsamına giren konulardan sorumlu bir görevli tespit etme ya da komisyon oluşturma gibi uyum düzenekleri önerilebilir.

Bu belgelerde kurum ya da firmalara, ilgili tavsiyelere uyum yönünde attıkları adımları belirli vadelerde raporlama, uyumun sağlanamadığı noktalarda neden sağlanamadığını açıklama gibi yükümlülükler getirilebilir. Buna "uy ya da açıkla" yöntemi denmektedir. Avrupa Birliği hukukunda çokça başvurulması[160] nedeniyle bilinirliği artan bu yöntem ulusal hukuklarda da kullanılmaktadır. İsveç Mali Denetim Ofisinin bu yönteme dayanan birçok genel tavsiye yayımladığı belirtilmektedir. Muhataplar, bu tavsiyelere uymamakta özgürdürler ancak neden uymadıkları hakkında rapor vermeleri gerekmektedir. Bu raporlarda yumuşak hukuk kuralından sapmanın katı mali hukuk düzenlemelerine uyma konusunda kendilerine nasıl bir kolaylık sağladığını açıklamaları beklenmektedir[161].

Raporlama ve "uy ya da açıkla" yöntemleri başlı başına uyum yönünde bir güdüleme teşkil etse de bunların tam anlamıyla etkili olabilmesi için bu raporları ve açıklamaları birilerinin okuması ve bu raporların somut sonuçlar doğurması gerekir[162]. Bu somut sonuçlar yaptırımdan ziyade yumuşak hukukun doğasına uygun olacak şekilde teşvik, akreditasyon ve lisanslama gibi biçimlerde karşımıza çıkar[163]. Yumuşak hukukun yumuşaklık/sertlik derecesi de bu biçimlere göre değişmektedir. Salt tavsiye niteliğinde bir

[159] *Ibid.*, s.99.

[160] Bruno De Witte, "Soft Law in European public law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.111.

[161] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.292-3.

[162] Terpan, *op. cit.*, s.48.

[163] Snyder, *op. cit.*, s.11.

kural ile belirli bir konuda akredite olmak için uyulması gereken bir kural (ikisi de yumuşak hukuk kuralı olsa da) aynı derecede yumuşak değildir[164].

Akreditasyon birçok alanda işlem maliyetlerini azalttığı için, akredite kurum veya firmaların tercih edilebilirliğini arttırır[165]. Turizm tesislerine verilen yıldızları buna örnek gösterebiliriz. Bu yıldızlar söz konusu tesisin belirli hizmet ölçütlerini karşıladığını hızlı bir biçimde ifade ederler. Bu yıldızlar sayesinde muhtemel müşterilerin tüm tesisi inceleme, var olan hizmetleri ve bunların niteliğini araştırma, hizmet-fiyat verimliliğini hesaplama ve bunları tek tek diğer tesislerle karşılaştırma gibi işlem maliyetleri büyük ölçüde ortadan kalkar. Böyle bir göstergeye sahip olmak başlı başına bir tercih sebebidir. Nitekim akredite olmak başlı başına bir teşvik teşkil eder. Bu nedenle akreditasyon eğitim, sağlık, bakım vb. birçok hizmet alanında karşımıza çıkan etkin bir yumuşak hukuk uygulamasıdır.

B) YUMUŞAK HUKUKUN YARGI KARARLARINA ETKİSİ

Yumuşak hukukun yargı organlarınca nazara alınıp alınamayacağı ve mahkemelerin davaları karara bağlarken yumuşak hukuk kurallarına dayanıp dayanamayacağı tartışmalı bir konudur. Bağlayıcı olmaması ve yaptırım öngörmemesi nedeniyle bu kuralların kararlara zemin teşkil edemeyeceği söylenebilir. Ancak bir davanın karara bağlanması sadece hükmün verilmesi ve o hükmün kanuni dayanağının gösterilmesinden ibaret değildir. Somut olayın kurgulanması ve hukuki vasfının belirlenmesi, delil ve beyanların değerlendirilmesi, çelişkilerin giderilmesi, yorum sorunlarının çözülmesi, takdir yetkisinin şu veya bu yönde kullanımının gerekçelendirilmesi, tazminat miktarlarının belirlenmesi gibi birçok hususta ve kanunun açık uçlu bıraktığı birçok durumda yumuşak hukuk tamamlayıcı ve oldukça belirleyici bir tarzda hukuki muhakemeye dahil olabilir.

Sözgelimi bir sektördeki genel uygulamanın ne olduğunun tespit edilmesi gerektiğinde, keza "hayatın olağan akışı", "bilen ya da bilmesi gereken", "makul özen beklentisi", "haklı sebep" gibi anahtar hukuki ifadelerin

[164] Weeks, *op. cit., s.*19.

[165] Westerman, *op. cit.*, s.177-8.

içeriğinin doldurulması söz konusu olduğunda konuyla bağlantılı yumuşak hukuk kuralları yargı kararları üzerinde etkili olabilir[166].

Yumuşak hukukun yargı kararları üzerinden etkinleşmesi dolaylı yolla da olabilir. Yukarıda belirtilen tarzda, bir mahkemenin bir yumuşak hukuk kuralına atıfla karar vermesi halinde bu kararda geçen yumuşak hukuk kuralı artık içtihadın bir parçası haline gelecek ve kararı veren mahkemenin derecesine bağlı olarak içtihat düzeyinde etkili ve bağlayıcı bir hukuk kaynağına dönüşecektir[167].

Yumuşak hukuk araçlarının yargı kararlarına temel alınamadığı durumlarda da kamu denetçilikleri veya tüketici heyetleri gibi kurum ve kurulların kararları üzerinden etkinleşebildiği belirtilmektedir[168].

C) YAPILANDIRILMAMIŞ YÖNTEM VE SÜREÇLER

Görüldüğü üzere yumuşak hukuk, yargı da dahil olmak üzere birçok yapılandırılmış araç üzerinden etkinleşebilse de hukuki sonuçlar üzerinde nihai bir belirleyiciliğe sahip değildir. Kulağa bir hepdoğru (totoloji) gibi gelmekle birlikte, gerçekten de yumuşak hukukun etkinliği, muhataplarını etkileyebilme gücünden kaynaklanır[169]. Yumuşak hukukun etkinleşmesinde toplumsal grupların baskısı, algı yönetimi ve ağ etkisi gibi yapılandırılmamış yöntem ve süreçler öne çıkar.

Özellikle firmaların yumuşak hukuk araçları oluşturma ve bunlara uyma tutumlarında sivil toplum kuruluşlarının ve ulusötesi aktivistlerin baskıları etkili olmaktadır. Kitle iletişimi çağında hızlıca ortak simgeler ve ortak söylemler üzerinden kamuoyu yaratmak ve ortak eylem örgütlemek mümkündür[170]. Bu nedenle bu grupların ifşa ve ayıplama faaliyetleri ve boykot çağrıları tüketicilerin ve yatırımcıların davranışlarını etkileyerek firmaların imajı, marka değeri, ve hatta hisse fiyatı üzerinde önemli olumsuz

[166] Weeks, *op. cit., s.*53; Conseil d'État, *op. cit.,* s.62.

[167] Terpan, *op. cit.*, s.48.

[168] Weeks, *op. cit., s.*271.

[169] *Ibid.*, s.13.

[170] Terpan, *op. cit.*, s.47.

sonuçlar yaratabilmektedir[171]. Büyük şirketlerin çevrenin korunması, çocuk işçiliğinin ve zorla çalıştırmanın önlenmesi ve hayvan hakları gibi alanlarda etik davranış ilkeleri geliştirmesinde ve bunlara uymasında toplumsal grupların hassasiyetleri ve etkinlikleri önem arz eder[172].

Kamu otoritelerinin toplumun geneline yönelik oluşturduğu yumuşak hukuk belgelerinin etkinleşmesinde ise algı yönetimi önemli bir paya sahiptir. Bir kamu otoritesinin oluşturduğu ve hukuka özgü o buyurucu üslupla yazılmış olan bir resmî belge bağlayıcı olmasa ve hiçbir yaptırım öngörmese dahi özellikle hukuki işlere aşina olmayan yurttaşların davranışları üzerinde katı hukukla benzer bir etkiye sahip olur. Yurttaşların büyük bir bölümü katı hukuk ile kamu kaynaklı yumuşak hukuk arasındaki farkı belirleyecek hukuki bilgiye sahip değildir. Bu nedenle yumuşak hukuku da katı hukuk olarak algılayabilirler[173].

Algı veya beklenti yönetimi hukukun aşina oyuncuları bakımından da söz konusudur. Bir mali düzenlemenin nasıl yorumlanacağına, katı düzenlemelerde geçen teknik tabirlerden ne anlaşılması gerektiğine, bir teşvike nasıl hak kazanılacağına ilişkin oluşturulan bir kılavuz tüm muhatapları için yönlendirici nitelikte olacaktır[174]. Nitekim kamu otoritelerinin oluşturduğu yumuşak hukuk araçları, muhataplarının hukuki öngörülerini etkileyerek davranışlarını yönlendirir. Bir konuda oluşturulan yumuşak hukuk kuralı, devletin gelecekte bu konuda bir katı hukuk yapma niyetinde olduğunun işareti olarak da algılanabilir. Böylece muhataplar, sonradan ortaya çıkabilecek katı yükümlülüklere şimdiden ayak uydurma yönünde adımlar atabilirler. Bu katı düzenleme beklentisi hiç gerçekliğe dönüşmese dahi bizatihi bu beklenti, muhatapların istenen davranışları benimsemesine yol açabilir. Tam da bu nedenle belki söz konusu katı hukuk kuralına gerek dahi kalmayabilir[175].

[171] Conseil d'État, *op. cit.,* s.11.

[172] Boris Holzer, "Rules and responsibilities: business and social norms in transnational governance", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.132-3.

[173] Weeks, *op. cit., s.*19.

[174] *Ibid.*, s.1.

[175] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.586.

Yumuşak hukukun etkinleşmesinde önemli bir etmen de ağ etkisidir. Ağ etkisi, bir varlığı kullanan kişi sayısı arttıkça o varlığa olan talebin de ivmelenerek artması şeklinde ortaya çıkar. Dil bu durumun tipik bir örneğini teşkil eder; İngilizce konuşan kişi sayısı arttıkça, İngilizcenin her konuşan için değeri artar ve bu, daha fazla kişinin İngilizce öğrenmesini de beraberinde getirir. Telefon ağları, demiryolu rayları, bilgisayar yazılımları gibi diğer örneklerde de aynı durum geçerlidir. Özellikle teknik standart biçimindeki yumuşak hukuk araçları da aynı şekilde ağ etkilerine maruz kalır; standartların değeri, daha fazla aktör tarafından kullanıldıkça artar. Yeni bir uygulama tarzı oluşturmak ya da baskın olan standarttan başka bir standart kullanmak maliyetli olduğundan, piyasa aktörleri mevcut standartları kullanmaya yönelirler. Belirli bir standart baskınlık kazandıkça o alandaki iktidarı ivmelenerek artmaya başlar ve yeni oyuncular üzerinde epey zorlayıcı bir etki yaratır[176]. Bu kadar baskın olan standartları, dilbilgisi kurallarına benzetebiliriz. Dilbilgisi kuralları katı hukuk kuralları gibi bağlayıcı değildir ancak o kadar yaygın ve istikrarlı kullanılırlar ki onlara uymaktan başka yol bırakmazlar[177].

V. UYGULAMADA YUMUŞAK HUKUK: OLANAKLAR VE ÇEKİNCELER

A) YUMUŞAK HUKUKUN OLANAKLARI

Yumuşak hukukun, tanım ve geçerlilik sorunlarına rağmen bu kadar yaygın bir biçimde kullanılıyor olması muhakkak bir yerlerde birilerinin işine yarıyor olmasıyla açıklanabilir. Burada yumuşak hukuk lehine getirilen önermeler üzerinden yumuşak hukukun uygulamada sağladığı olanakları kısaca belirteceğiz.

1- Yumuşak Hukuk Katı Hukuku Destekler ve Tamamlar

Katı hukuk, sıkı usullere bağlı olarak oluşturulan genel ve soyut kurallardan oluşmaktadır. Bu yapısı nedeniyle bazı konuları kavraması veya ince ayrıntılarına kadar düzenlemesi her zaman mümkün değildir. Böyle durumlarda yumuşak hukuk devreye girerek genel ve soyut kuralların farklı

[176] Druzin, "*op. cit.*, s.362-4.

[177] *Ibid.*, s.365.

bağlamlara göre içeriklerinin somutlaştırılması ve daha anlaşılır kılınması için görev üstlenebilir[178].

Katı hukuk, belirli bir formda ve genellikle sadece sözcüklerle oluşturulur. Mevzuatta görsellerle, tablolarla, diyagram ya da grafiklerle pek karşılaşılmaz. Mevzuatın görselleştirme konusundaki kısıtlılıkları da yumuşak hukuk belgeleriyle aşılabilir. Keza karmaşık ya da soyut meseleler de yumuşak hukukta daha basit ve açıklayıcı bir dille ortaya koyulabilir. Tüm bu görseller ve açıklamaların katı hukuka dahil edilmesi mevzuat enflasyonuna neden olabileceğinden yumuşak hukukla katı hukuku destekleme yoluna gidilmesi önerilmektedir.[179]

Bunların yanı sıra kamu otoriteleri belirli bir faaliyet alanının genel çerçevesini katı hukukla çizdikten sonra teknik ayrıntıların alandaki aktörlerin temsilcilerince özdüzenleme yoluyla yapılmasına izin verebilir. Böylece hukukun muhatapları katı hukuku kendileri için daha anlaşılır ve açık kılma olanağına kavuşabilir. Bu örnekler çoğaltılabilir ancak kısaca yumuşak hukuk, katı hukukun bilinmesine, anlaşılmasına, beklentilerinin somutlaştırılmasına ve sonuçlarının öngörülmesine katkı sunmaktadır[180].

2- Yumuşak Hukuk Kamu Görevlilerini Yönlendirerek İstikrar ve Öngörülebilirlik Sağlar

Yumuşak hukukun, kamu görevlilerine takdir yetkisi bırakılan alanlarda katı hukuku tamamlayacak tarzda kullanılmasının yararlı olacağı belirtilmektedir[181]. Bir gösteri yürüyüşünün yapılmasına veya bir açık hava etkinliğinin düzenlenmesine izin verilmesi, bir teşvikin veya sosyal yardımın sağlanması, bir başvurunun kabulü, kentsel dönüşüm gibi konular kamu görevlilerinin esnek davranabilmesini ve her tek durumun özelliğini göz önünde tutmasını gerekli kılmaktadır. Bu tür konulara ilişkin, kamu görevlilerine tanınan takdir yetkisini bağlayıcı olmayacak tarzda yönlendiren kılavuzlar ve rehberler hazırlanmalıdır. Böylece yumuşak hukuk, takdir

[178] Conseil d'État, *op. cit.,* s.5.

[179] *Ibid.*, s.13-4.

[180] *Ibid.*, s.97.

[181] *Ibid.*, s.143.

yetkisinin, ulusal uygulama birliğini zedelemeyecek tarzda ve keyfiliğe yer bırakmayacak şekilde kullanılmasına katkı sağlayabilecektir[182].

Yetkili makamın kararına rehberlik ederek takdir yetkisini yönlendiren yumuşak ölçütler, muhatapların bu kararlar hakkında isabetli öngörüler oluşturabilmelerine de yardımcı olur. Böylece yumuşak hukuk, hukuki öngörülebilirliği arttırır ve hukukun üstünlüğünü pekiştirir[183].

3- Yumuşak Hukuk Yeni Yönetişim Araçları Sunar

Yumuşak hukuk kamu otoritelerine normlar hiyerarşisinin bilindik öğelerinin dışında hukuki ifade araçları sunarak devlet etkinliğini merkezi planlama ile *laissez faire* ikiliğinden kurtarır ve ara modellerin geliştirilebilmesini sağlar[184].

Buna ek olarak, yumuşak hukuk özel aktörlere de ayrı ayrı veya birlikte yönlendirici düzenlemeler yapma olanağı verir. Böylece hem kamu otoritelerinin hem özel aktörlerin hareket alanlarını genişletir[185].

4- Yumuşak Hukuk Yeni Durumlara Hızlı Yanıt Verir

Yumuşak hukuk hızla gelişen yeni olaylar, buluşlar ya da sorunlar söz konusu olduğunda önemli olanaklar sunmaktadır. Alanyazında yumuşak hukukun sosyal medya aracılığıyla anonim tarzda örgütlenen sokak etkinlikleri[186] gibi yeni türden olaylar, kripto varlıklar, yapay zekâ gibi yeni buluşlar[187] ve salgın hastalık gibi hızla gelişen sorunlar[188] karşısında yönetişim olanaklarını arttırdığı savunulmaktadır.

---

[182] Weeks, *op. cit., s.*2.

[183] *Ibid.*, s.1-2.

[184] Conseil d'État, *op. cit.,* s.13.

[185] *Ibid.*, s.6.

[186] *Ibid.*, s.96.

[187] Gary Marchant, "'Soft Law' Governance of Artificial Intelligence", *UCLA AI Pulse Papers*, 2019, s.2-3. https://escholarship.org/uc/item/0jq252ks (Erişim Tarihi: 20.04.2024).

[188] Boschetti ve Poli, *op. cit.*, s.52-3; Knauff, *op. cit.*, s.57.

Bu olanakların başında yumuşak hukukun hızlıca benimsenip değiştirilebilmesi gelmektedir.[189] Katı hukuk düzenlemelerini yürürlüğe sokmak ve bir kez yürürlüğe girdikten sonra yürürlükten kaldırmak ya da değiştirmek uzun zaman alan bir iştir. Katı kurallar bir kez yürürlüğe girdiklerinde kendileriyle bağlantılı çıkarları bir şekilde düzenlemiş olurlar ve bunları değiştirmeye çalışmak dirençle karşılaşabileceği gibi siyaseten de maliyetli olabilir[190].

Yeni durum, buluş ya da sorunların birçoğunda çokuluslu şirketler, özel araştırma kuruluşları, kamu kuruluşları, yerel hizmet sağlayıcılar, yurttaşlar gibi birbirinden farklı düzlemlerde yer alan aktörlerin farklı vadelerde gerçekleştirecekleri eylemlerin uyumlulaştırılması ihtiyacı söz konusu olmaktadır. Sözgelimi yapay zekâ alanındaki ilerlemeler birden fazla sanayi ve hizmet dalını, bakanlığı ve işçiler, yurttaşlar, tüketiciler gibi farklı niteliklere göre belirlenen paydaş topluluklarını kapsayan uygulamaları içermektedir. Bunun yanı sıra yapay zekâ alanındaki riskler sağlık, güvenlik, istihdam, çevre gibi birçok farklı alana yayılabilmektedir. Üstüne üstlük bu alandaki gelişmelere ilişkin etik tartışmalar da henüz olgunluğa ulaşmamıştır. Kısaca yapay zekanın paydaşları, riskleri, faydaları ve istikameti halihazırda belirsizdir[191]. Bu konuyla bağlantılı farklı toplulukların tamamını muhatap alacak ve sorunun tüm farklı yönlerini kapsayacak katı hukuk düzenlemeleri yapmak mümkün değildir. Yumuşak hukuk tüm bu farklı düzlemlere hitap edebilir ve bunları esnek bir ağ içine yerleştirerek etkinlikleri bir çerçeveye oturtabilir. Bunlar arasındaki eşgüdümü ve uyumu sağlayarak risk-getiri dengesini koruyabilir[192].

Yumuşak hukukun bağlayıcı olmaması bu tür yeni durumlarda bir sorundan ziyade olanak teşkil eder. Çünkü bu tür durumları, ilk ortaya çıktıklarında genellikle hiç kimse -özellikle de yasa koyucu- tam olarak

[189] Eliantonio, Korkea-aho ve Mörth, *op. cit.*, s.1; Weeks, *op. cit., s.*11; Mariolina Eliantonio ve Emilia Korkea-aho, "Soft law and courts: saviours or saboteurs of the rule of (soft) law?", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.191; Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.383.

[190] Miller, *op. cit.*, s.897.

[191] Marchant, *op. cit.*, s.2-3.

[192] Boschetti ve Poli, *op. cit.*, s.52-3.

kavrayamaz. Hakkında düzenleme yapılacak sorunun iyi anlaşılmış ve tanımlanmış olması yöntemli yasamanın ilk gerekliliğini teşkil eder. Bu gereklilik henüz yerine getirilememişken katı düzenlemeler yapmak, durumun niteliğine göre, iyi bir gelişmenin engellenmesine[193] ya da bir sorunun bizzat hukuk tarafından büyütülmesine neden olabilir.

Yumuşak hukuk ise bu tür durumlarda tüm ilgili aktörlere bir esneklik alanı ve öğrenme süreci sağlar[194]. Kurumlar ve firmalar bu öğrenme süreci içerisinde yumuşak hukukla belirlenmiş hedeflere uygun olarak en iyi uygulama örnekleri (*best practices*) oluşturmak için denemeler yapabilirler. Bu örnekler sonradan yapılacak katı hukuk düzenlemeleri için de sağlam bir temel oluşturur[195].

5- Yumuşak Hukuk Kurumların Özerkliğini Korur

Aktörlere özerklik alanı bırakılan ya da bırakılmak istenen konularda yumuşak hukuk yararlı bir seçenek teşkil eder. Üniversitelerin, basının, sanatçıların, doktorların vs. özerkliklerini ihlal etmeden bunların etkinliklerini yönlendirmek katı hukuktansa yumuşak hukukla daha olanaklıdır. Keza bağımsız kuruluşların ve sivil toplum kuruluşlarının özerklik alanlarına müdahale etmeden onları yönlendirmek gerektiğinde katı hukuk pek elverişli olmamaktadır. Bu tür durumlarda mutabakat belgeleri ve protokoller bir yandan bu özerkliği korurken diğer yandan istenen yönlendirmeyi sağlayabilir[196].

6- Yumuşak Hukuk Paydaşların Katılım Olanaklarını Arttırır

Özdüzenleme ve birlikte düzenleme gibi yumuşak hukuk olanakları, devlet ile düzenlemenin paydaşları arasında işbirliğine ve katılımcılığa dayalı bir yaklaşımı teşvik eder. Böylece kurallar, o kurallara tabi olanlarca doğrudan

[193] Nilgün Açıkalın, "Etik ve Hukuk İçin Zorlu Sınav: Yeni Nesil Teknolojik İnovasyonlar", *TFM*, Cilt 7, Sayı 1, 2021, s.14.

[194] Conseil d'État, *op. cit.,* s.10.; Marchant, *op. cit.*, s.13.

[195] Kishanthi Parella, "Hard And Soft Law Preferences In Business And Human Rights", *AJIL Unbound*, Sayı 114, 2020, s.169.

[196] Conseil d'État, *op. cit.,* s.10.

şekillendirilebilir. Katılımın yüksekliği, oluşturulan kuralların meşru görülme ve etkinleşme düzeyini olumlu etkileyecektir.[197]

Kuralların, ilgililerce veya ilgililerin katılımıyla oluşturulması, alanda doğrudan etkinlik gösteren kişilerin uzmanlık ve tecrübelerinden yararlanma olanağını da arttırır. Piyasa aktörlerinin kendi faaliyet alanlarıyla ilgili daha iyi uzmanlık ve öngörü olanaklarına sahip olduğu varsayımıyla bu tür düzenlemelerin ve paydaş katılımlı uyum düzeneklerinin kuralların niteliğini arttıracağı savunulmaktadır[198].

7- Yumuşak Hukuk Verimlidir

Yumuşak hukuk, katı hukukla çok daha pahalıya mal olacak işlerin ucuza yapılmasını sağlayabilir. Yumuşak hukuk araçları devletin düzenleme yapma ve bunlara uyumu denetleme maliyetlerini piyasa aktörleriyle paylaşmasına olanak verir ve böylece devletin regülasyon maliyetlerini düşürür[199].

Yumuşak hukukun verimlilik bakımından yaygın etkisi ise işlem maliyetleri üzerinden gerçekleşmektedir. Burada standartlar, sertifikalar ve akreditasyon önemli bir rol oynar. Teknik standartlar, tüketicilere güven verir, işlem maliyetlerini düşürür ve ürünlerde gereksiz çeşitliliği önleyerek ölçek ekonomilerini destekler[200]. Genel olarak, standartlar ve sertifika programları, alıcılar ve satıcılar arasında karmaşık ürün özellikleri hakkında iletişimi kolaylaştırır. Örneğin, inşaatçılar çelik satın alırken ilgili çelik standartlarına atıfta bulunurlar. Standartlar ve sertifikalar, tüketicilerin ve satıcıların uzman olmasını gerektirmeden işlem yapabilmelerini sağlayarak işlem maliyetlerini düşürür ve tüm aktörlerin işlemlerini daha verimli hale getirir[201].

[197] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[198] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.66.

[199] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.594.

[200] Conseil d'État, *op. cit.,* s.11.

[201] Miller, *op. cit.*, s.899.

B) YUMUŞAK HUKUKA İLİŞKİN ÇEKİNCELER

Dile getirilen olanaklara rağmen, yumuşak hukukun istenirliği hakkında bir kanaate varmadan önce içerdiği ve yarattığı sorunları da ortaya koymak gerekir. Yumuşak hukukun gereksizliği ve hatta zararları hakkındaki eserlerin sayısı, yararları hakkındaki eserlerin sayısından oldukça azdır. Ancak bu az sayıda eserde dile getirilen sorun ve eleştirilere henüz bir yanıt verilemediğini de ifade etmek gerekir. Yumuşak hukukun demokratik meşruiyet taşımadığı, açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu, piyasadaki büyük aktörleri kolladığı, toplumsal siyasaları baltaladığı, etkisiz olduğu, yürütmenin hakimiyet alanını hukukun üstünlüğüne aykırı olacak şekilde genişlettiği, hesap verebilirliği ve şeffaflığı ortadan kaldırdığı vb. çok sayıda iyi temellendirilmiş ve saha verileriyle desteklenmiş eleştiri bulunmaktadır[202]. Burada bu eleştirilerin başta gelenlerini kısaca ortaya koyacağız.

1- Yumuşak Hukuk Meşru Değildir

Yumuşak hukuk lehine getirilen en güçlü iddia, yumuşak hukukun katı hukuk düzenlemelerinin tabi olduğu usuli gerekliliklerden muaf olduğu ve bu nedenle daha devingen olduğu gerçeğine dayanır. Bu iddialara göre, hukuk devleti çok hantallaşmıştır. Yeni ve hızlı gelişmeler karşısında idare veya özel sektör aktörleri, hukuki düzenleme yapımına ilişkin anayasal gereklilik ve usullerle bağlı olmadan kural koyabildiğinde daha hızlı çözülebilecektir.

Yasa yapma etkinliğini demokratik meşruiyetten, siyasal uzlaşıdan ve siyasi hesap verebilirlikten uzaklaştırmanın, yumuşak hukukun sunduğu olanaklardan biri olarak dile getirilmesi eleştiri konusudur[203]. Bu tür bir olanak her tür 'tedbir devleti', 'polis devleti' ya da topyekûn diktatörlük için de dile getirilebilir. Bu temelden yapılan yumuşak hukuk savunularına bakıldığında, bu hukuki aracın adeta hukukun doğasından yoksun olduğu için övüldüğü görülmektedir.

Konsey, bu tür olumsuz tepkilerin tümünün demokratik meşruiyet meselesine fazlaca odaklanan klasik hukuki ve siyasi modele bağlı kesimlerden

[202] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.65; Trubek, Cottrell ve Nance, *op. cit.*, s.66; Conseil d'État, *op. cit.,* s.47.

[203] Weeks, *op. cit., s.*42-44; Ulrika Mörth, "Democracy and soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.87.

geldiğini ifade etmiştir[204]. Yukarıda da ifade edildiği üzere Konsey, bu mesele üzerinde pek durmaksızın yumuşak hukukun meşruiyetini kamu yararına hizmet etmesi ve paydaşların (*shareholders*) katılımı üzerinden temellendirmeye yönelmiştir[205]. Bununla birlikte yumuşak hukukun kamu yararına işleyip işlemediğini denetleyecek etkin düzenekler önerilmemektedir. Bu tür düzenekler, yumuşak hukukun doğasıyla da bağdaşır görülmemektedir. Yürütmenin ve özel sektör aktörlerinin iyi niyetli olduğu ve onların kamu yararını gözettikleri varsayılmakta ve herkesten de bu varsayımı paylaşması beklenmektedir.

Buna karşılık, bu varsayımın arka planında, yasamadan yürütmeye ve daha da vahimi piyasa aktörlerine doğru bir iktidar devrinin gerçekleştirildiği dile getirilmektedir[206]. Yumuşak hukuku, modern korporatizm (şirket egemenliği) bağlamında ele alan Ogus da, burada, yerleşik anayasal kanallar aracılığıyla genel kamuoyuna hesap verme yükümlülüğü bulunmayan toplulukların iktidarı ele geçirmesinin bir örneğinin bulunduğunu iddia etmektedir[207]. Ogus'a göre, yumuşak hukukun, genel olarak yasaların yorumlanmasını ve yargı kararlarını etkileyecek şekilde oluşturulması ya da bir şekilde onun oluşumunda hiç söz hakkı olmamış kişileri etkilemesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine yönelik tahammül edilemez bir ihlal teşkil etmektedir.

'Paydaşlar' yumuşak hukuk ve genel olarak yeni yönetişim söyleminde sıklıkla başvurulan bir meşruiyet kaynağıdır. Bu söylemde 'yurttaş' ile pek karşılaşılmaz. 'Yurttaş' da tıpkı genel demokratik meşruiyet talebi gibi "klasik hukuki ve siyasi model"e ait eskimiş bir öğe olarak görülmüş ve terk edilmiştir. Yurttaşın yerini paydaş almıştır. Paydaşların sürece katılımının sağlanmış olması demokratik meşruiyet bakımından gerekli ve yeterli görülür. Bankacılık düzenlemeleri bankacılar ile, kurumlar vergisi düzenlemeleri kurumlar ile, ithalat düzenlemeleri ithalatçılar ile masaya oturarak yapılmalıdır. Burada 18. ve 19. yüzyılların, mülk sahipliğini esas alan demokrasi uygulamalarına bir geri dönüş olduğu görülmektedir.

[204] Conseil d'État, *op. cit.,* s.51.

[205] *Ibid.*, s.116 vd.

[206] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.290; Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.191.

[207] Ogus, *op. cit.*, s.99.

Her düzenlemeyi, düzenlemenin doğrudan ilgilendirdiği kişilerle (hatta bunların sadece bir kısmıyla) yapmak, düzenlemeler üzerindeki genel kamuoyu denetimini ortadan kaldırır. Hele ki bu düzenlemeleri, yumuşak hukuk araçlarıyla yaparak yargı denetiminin de dışına itmek demokratik yönetim açısından kabul edilemez. Bu yöndeki endişelerin "klasik hukuki ve siyasi model"e yönelik tutucu bir tavır denerek geçiştirilmesi, meselenin ciddiyetiyle bağdaşmamaktadır.

2- Yumuşak Hukuk Keyfiliğe Yol Açar

Yumuşak hukuk, katı hukuka göre içerik açısından daha az bağlayıcı ve yapım süreci açısından daha az şeffaf olduğu için keyfi uygulamalara yol açma riskini taşır. Katı hukukun bu bağlamda en önemli artısı, yasaların bağlayıcı olması ve hem yasaların hem de bunların oluşturulma süreçlerinin aleniliğidir. Bu alenilik, bireylerin (en azından teoride) yasaları sorgulamasına, itiraz etmesine veya yaşamlarını bu kurallara göre düzenlemesine olanak tanır. Buna karşılık, yumuşak hukuk çoğu zaman bu şeffaflıktan yoksun bir şekilde hazırlanmaktadır. Gersen ve Posner, bu nedenle yumuşak hukukun bir 'gizli yasa' teşkil edebileceğini ve bunun da keyfiliği besleyebileceğini belirtir[208].

Yumuşak hukuk araçları katılımcılığı arttırmaları bakımından övülmektedir. Ancak bu araçların, birçok durumda perde arkasında, meclis ve kamuoyu denetiminden uzak, kurumların kendi istihdam ettiği uzmanlarca ve kendi bakış açılarına uygun olarak oluşturuldukları belirtilmektedir[209]. Bu tür düzenlemeler, uygulayıcılara geniş takdir yetkisi tanıyarak veya muhataplarına yasalarda belirtilen sınırlamaların ve yükümlülüklerin ötesinde uyum ölçütleri dayatarak keyfi uygulamalara zemin hazırlayabilir[210].

Yumuşak hukuk ile yargı arasındaki ilişkinin muğlaklığı da keyfiliğe açık kapı bırakmaktadır. Yumuşak hukuk belgeleri kural olarak iptal edilebilir nitelikte değildir. Türk ve Fransız hukuklarında idarenin hukuki sonuç doğurmayan işlemleri iptal davasına konu olarak kabul edilmemektedir[211]. Alman yargıçların da yumuşak hukuk belgelerini, düzenlemeden ziyade

[208] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.597.

[209] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.388-9.

[210] Creyke, *op. cit.*, s.18.

[211] Açımuz, *op. cit.*, s.551.

"yazılı hukuki mütalaa" olarak kabul ettiklerini belirtmiştik[212]. Bu durum, Açımuz'un da ifade ettiği üzere idarenin bazı faaliyetlerinin yargı denetiminin dışında kalmasına neden olmaktadır[213].

Özel sektör aktörlerince oluşturulan yumuşak hukuk araçlarının iptali ise olanaksızdır. Bir sivil toplum örgütünün veya ticari birliğin oluşturduğu standart sözleşme formatı, o alanda faaliyet gösteren kişiler ve şirketler üzerinde önemli bir yönlendirici etkiye sahip olsa da yargı aracılığıyla iptal edilebilir nitelikte değildir. Binaenaleyh yumuşak hukuk araçlarının yaygınlaşması demek aslında hukuk düzeni içinde yargıya konu edilemeyen düzenlemelerin alanının genişlemesi ve yargının hukuk düzeni içindeki rolünün zayıflatılması demektir[214].

Yumuşak hukuk ile yargı arasındaki muğlak ilişkinin bir diğer boyutu da mahkemelerde yumuşak hukuka dayanarak bir talepte bulunulduğunda söz konusu olur. Bu durumda mahkemenin doğru bir karar vermesi olanaksız görünmektedir. Bağlayıcı olmaması nedeniyle, yumuşak hukukun bir talebin hukuki dayanağı olarak öne sürülmesi kuramsal olarak olanaksızdır. Salt yumuşak hukuka dayanan bir talebin mahkemede iyi bir sonuç vermesi pek beklendik değildir. Karşı tarafın bir "yumuşak yükümlülüğü" ihlal ettiğinden bahisle bir talepte bulunma fikrinin hukukçulara pek makul gelmeyeceği ifade edilmektedir[215]. Ancak mahkeme yumuşak hukuku dikkate almadığında "klasik hukuki ve siyasi model"e yönelik tutucu bir tavır ortaya koymakla eleştirilebilir[216].

Mahkeme böyle bir talebi kabul ettiği takdirde ise hukuki öngörülebilirliği zedelemekle suçlanacaktır[217]. Salt yumuşak hukuka dayanan bir talebin mahkemece kabulü geçerliliği ve demokratik meşruiyeti kuşkulu olan düzenlemelere yargı eliyle hukuki kudret atfedilmesi anlamına gelir. Nitekim

[212] Knauff, *op. cit.*, s.53-54.

[213] Açımuz, *op. cit.*, s.531.

[214] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.191.

[215] Jan Klabbers, "The Undesirability of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Sayı 67, 1998, s.382.

[216] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.192.

[217] *Ibid.*, s.203.

bu halde yumuşak hukuk içtihat düzeyine çıkarılmış olacak ve katı hukuka dönüşecektir[218]. Hukuki yaşamına yumuşak başlayan bir düzenlemenin bu tür dolaylı yollarla katılaşması, son tahlilde, anayasada öngörülmeyen usul ve biçimlerle katı hukuk oluşturulması anlamına gelecektir.

3- Yumuşak Hukuk, Hukukta Belirsizliği Arttırır

Belirsizlik, hukuk felsefesi için artık yeni bir konu teşkil etmiyor. Hukuki pragmatistler[219], hukuki realistler[220] ve eleştirel hareket[221] içerisinde bu konu daha önce de dile getirildi. Hukuk, hem de bildiğimiz katı hukuk, bir dil ürünü olması nedeniyle her zaman bir düzeyde belirsizlik içerir.

Yukarıda Konsey'in yumuşak hukukun bu belirsizliğin azaltılmasında iş görebileceği yönündeki iddialarına yer vermiştik[222]. Buna karşılık, yumuşak hukukun, belirsizliği azaltmaktan çok arttırdığı da savunulmaktadır[223]. Konsey de yumuşak hukukun belirsizliklere neden olabileceğini kabul eder. Ancak Konsey'e göre belirsizlik, yumuşak hukukun doğasından kaynaklanmaz, yumuşak hukuk aracının oluşturulma sürecinde yeterli özen gösterilmediğinde ortaya çıkar. Aracın kapsamı iyi belirlenmemiş olabilir, araç iyi duyurulmamış olabilir ya da farklı yumuşak hukuk araçları arasında var olan çelişkiler belirsizlik yaratabilir[224].

Yumuşak hukuk araçlarının oluşturulmasındaki kolaylık, bunların aşırı üretimine yol açarak bir kural enflasyonu doğurabilir. Yumuşak hukukun bir normlar hiyerarşisine sahip ya da tabi olmaması da bu norm yığınının

[218] *Ibid.*, s.200.

[219] Kararmaz, *op. cit.*, s.88.

[220] Emine İrem Akı, "Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008, s.33 vd.; Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.2.

[221] Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2006, s.97-98; Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2011, s.83 vd.

[222] Conseil d'État, *op. cit.,* s.5.

[223] Sossin ve Smith, *op. cit.*, s.868.

[224] Conseil d'État, *op. cit.,* s.126.

çelişkiler ve belirsizlikler yaratmasına sebep olabilir. Konsey, bu tür sorunları, yumuşak hukuk metinlerinin adlandırılmasında ve oluşturulmasında tutarlılık sağlamak için alınacak yumuşak hukuki tedbirlerle çözmeyi önermektedir[225].

Belirsizlik, yumuşak hukukla ilgili bu çalışmada ele alınan her meselede yeniden ve yeniden beliren bir sorun olmuştur. Bu nedenle bu konuda Konsey ile aynı kanaatte değiliz. Belirsizlik, yumuşak hukuka içkin görünmektedir. Evvela yumuşak hukukun tanımının belirsiz olduğu görülmüştür. Tanımdaki belirsizlikler nedeniyle hangi araçların yumuşak hukuk teşkil edip hangilerinin etmediği de belirsiz bir meseleye dönüşmüştür. Yumuşak hukukun geçerliliğinin ve dolayısıyla hukuk olup olmadığının da belirsiz olduğu görülmüştür. "Yumuşak hukuk, mahkemelerce dikkate alınmalı mıdır?" şeklindeki çok önemli hukuki sorunun dahi cevabının belirsiz olduğu görülmüştür.

Bu araçlara içkin büyük belirsizlikler nedeniyle bunların hukukun doğasından tamamen yoksun olduğu da savunulmaktadır. Klabbers, bunlara hukuk demenin hukuktan tümüyle vazgeçmek anlamına geldiğini belirtmektedir. Ona göre yumuşak hukuk denen şey çıplak epistemik otoriteden ibarettir[226]. Bu tür otoriteye sözgelimi mafya önderleri ve sosyal medya fenomenleri (*influencer*) de sahiptir. Hukukun otoritesini bunların otoritesinden ayıran, keza hukuku diğer her tür toplumsal denetim düzeneğinden ayırarak ona özünü veren şey, hukuki geçerliliğin kaynağı olan usuller ve hukuki önermelerin ikili biçimidir (geçerli-geçerli değil, yasal-yasal değil, yükümlü-yükümlü değil, yetkili-yetkili değil vb.). Yumuşak hukuk ise hem bu usullere göre oluşturulmadığı hem de bu ikili biçime uymadığı için hukukun doğasından tamamen yoksundur. Yumuşak hukuk, hukuk ile 'hukuk-olmayan' arasında bir yerde değildir; pekâlâ 'hukuk-olmayan'dır zira hukukun doğası böyle ara mıntıkaları kabul etmez[227].

Klabbers'a göre bu ikili biçim sayesinde hukuk düzeneği, toplumsal yaşamın sonsuz karmaşıklığını basit ayrımlara indirger ve böylece yönetilebilir kılar. Hukuku değerli kılan bu biçimsellik ve basitliktir. Başka birçok toplumsal

[225] *Ibid.*, s.164-6.

[226] Jan Klabbers, "Soft authority in global governance", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023, s.170.

[227] *Ibid.*, s.171.

denetim düzeneği varken bunlara ek olarak hukukun da doğmuş olmasının temelinde bu basitliğe ve biçimselliğe duyulan ihtiyaç yer almaktadır. Bu biçim, sadece eşitler arasındaki ilişkileri değil yöneten-yönetilen ilişkilerini de istikrara kavuşturur. Bundan vazgeçildiğinde, yani yumuşak hukuka hukukilik atfedildiğinde hukuk, hukuk olmaktan çıkar ve tedbire dönüşür. Bu da sıradan vatandaşların aleyhine olacak ve ister devlet içerisinde olsun ister piyasa içerisinde olsun, iktidar sahibi olan azınlığın işine yarayacaktır[228].

Yumuşak hukukun hukukta 'gri alan'ları arttırarak uygulamada "rahatsızlıklara" neden olduğu, hukuka ve idareye olan güveni sarstığı, hukuki öngörülebilirliği zedelediği, idarede ve piyasada eşgüdüm ve istikrar bakımından sorunlar yarattığı başka yazarlarca da dile getirilmektedir[229]. Creyke ve McMillan, yumuşak hukukun muhataplarının görüşlerine de yer verdikleri çalışmalarında, özellikle piyasadaki küçük ölçekli aktörlerin yumuşak hukukun yaygınlaşmasından memnun olmadıklarını aktarırlar. Bu aktörler, yumuşak hukuktan haberdar olma, farklı yumuşak hukuk düzenlemeleri hakkındaki bilgilerini güncel tutma ve bunlara uyum sağlama bakımından zorluklar yaşadıklarını ve kamu mercilerinin katı hukuk kurallarını aşan taleplerini yumuşak hukuk aracılığıyla piyasaya dayatabildiklerini ifade etmişlerdir[230].

4- Yumuşak Hukuk Yasa Önünde Eşitliği Zedelemektedir

Yumuşak hukuka içkin olan belirsizlikler, bu araçların yasa önünde eşitlik ilkesi açısından da sorun yaratmasına neden olmaktadır. Yumuşak hukukun katı hukuka benzer bir biçemle madde madde ve yönlendirici bir tarzda oluşturulmasının, Konsey tarafından onu 'hukuk-olmayan'dan ayıran bir özellik olarak ifade edildiğini belirtmiştik[231]. Ancak bu özelliği onun katı hukuk olarak algılanmasına da neden olmaktadır. Hukukun aşina oyuncularından olmayan sıradan yurttaşlar ve küçük işletmeler çoğu zaman katı hukuk ile yumuşak hukuk arasındaki bağlayıcılık farkını anlayamazlar. Bu nedenle yumuşak hukuku da katı hukuk gibi algılayabilirler. Bu onların

[228] Klabbers, 'The Undesirability of Soft Law", *op. cit.*, s.382.

[229] Eliantonio ve Korkea-aho, *op. cit.*, s.138.

[230] Creyke ve McMillan, *op. cit.*, s.387-8.

[231] Conseil d'État, *op. cit.,* s.63.

zorunlu olmadıkları fedakarlıkları zorunlu sanarak yapmalarına neden olabilir. Buna karşın hukukun aşina aktörleri bu yumuşak hukuk araçlarının bağlayıcı olmadığını bilerek bu fedakarlıkları yapmayabilirler. Bu da hukukun muhatapları arasında meşru olmayan fiili bir uygulama farklılığı yaratılmasına neden olur[232].

Yumuşak hukukun bu tür farklılıklara neden olması için illaki bir kesimin yumuşak hukuk konusunda bilgisiz olması da gerekmez. Kişiler bu kuralların bağlayıcı olmadığını bilmekle birlikte sağduyulu iyi yurttaş olma bilinciyle yumuşak hukukun beklentilerine uygun hareket edebilirler. Buna karşın daha bencil ve fırsatçı aktörler bu araçların esnekliğini istismar edebilirler. Böyle bakıldığında yumuşak hukuk kurnaz ve bencil olanlar için yumuşak; saf ve sağduyulu olanlar için sert olmaktadır. Hukuki zorlama, zorlanması gerekmeyenler üzerinde etkili olurken zorlanması gerekenler ondan rahatça kurtulabilmektedir[233].

Bunlara ek olarak, yumuşak hukuk kuralları, katı hukuk kuralları gibi önceden belirlenmiş usullerle ilan edilmediğinden muhataplarının bunlardan haberdar olması ve içeriklerini öğrenmeleri her zaman mümkün olmayabilir. Bu da bir teşvike veya yardıma hak kazanma konusunda hukukun muhatapları arasında meşru olmayan bir farklılığın doğmasına neden olabilir[234].

5- Yumuşak Hukuk Haksız Rekabete ve Verimsizliğe Neden Olabilmektedir

Yukarıda 'keyfilik' başlığı altında yumuşak hukukun kamu mercilerince kötüye kullanımından söz edildi. Burada özel sektör aktörlerince oluşturulan özdüzenleme, sertifika, lisans, standartlar gibi yumuşak hukuk araçlarının kötüye kullanılma ihtimali kısaca ele alınacak.

Kamu mercileri -ne de olsa- belirli yetki kurallarına göre hareket etmeleri nedeniyle yumuşak hukuk oluştururken dahi bazı sınırları aşamazlar. Ancak özel sektör aktörlerini sınırlandıran böyle yetki kuralları yoktur. Ayrıca bu aktörler, kamu mercilerinden farklı olarak, salt kar güdüsüyle hareket ederler. Bu nedenle üçüncü kişilerin durumunu ölçüsüz ve haksız bir şekilde etkileyecek yumuşak hukuk kuralları oluşturmaları söz konusu olabilir.

[232] Van der Sluijs, *op. cit.*, s.292-3.

[233] Zerili, *op. cit.*, s.76-7; Van der Sluijs, *op. cit.*, s.290.

[234] Gersen ve Posner, *op. cit.*, s.621.

Özdüzenleme yapan kuruluşlar, bir mesleğin icrasına ya da bir alanda ticari/sınai faaliyet yürütmeye izin veren lisans, sertifika ve ruhsat gibi belgelerin alımını aşırı zorlaştırarak halihazırda bunlara sahip olanlar lehine adil rekabet kurallarını aşan bir avantaj yaratabilir. Bu tür düzenlemeler oluşturabilme kudreti genellikle piyasanın eski ve büyük aktörlerinde mevcuttur. Bunlar kendilerinin ve piyasaya daha önce girmiş ve kendine yer edinmiş diğer büyük aktörlerin kendi büyüme süreçlerinde tabi olmadıkları ve mevcut kudretleriyle kolaylıkla uyabilecekleri reklam yasakları, fiyat rekabeti yasakları ya da 'etik kodları' oluşturarak bunlara uymakta güçlük çekecek yeni aktörleri daha baştan fiilen piyasanın dışında tutabilirler[235].

Bu tür sertifikalandırma ve denetim işleri bağımsız piyasa aktörlerince yapıldığında bu aktörler bu belgelerin alımını ve denetim süreçlerinden geçmeyi tam aksine aşırı kolaylaştırarak da verimlilik ve nitelik kaybına yol açabilir[236]. Bağımsız finansal denetleme kuruluşlarının 2008 küresel ekonomik krizindeki rolü de buna bir örnek teşkil etmektedir. Bu bakımdan özdüzenlemenin sadece dar kapsamlı rekabet sorunlarına değil, 'sistemik risklere' de yol açabileceği belirtilmektedir[237]. Bu nedenle devletlerin özdüzenleme yapan ve bunlara uyumu denetleyen kuruluşların faaliyetlerini yakından takip etmesi önerilmektedir[238].

6- Yumuşak hukuk araçları etkili değildir

Yumuşak hukukun geçerlilik ve meşruluk sorunlarına karşın sahada önemli işler gördüğü ve önemli fiili yararlara sahip olduğu savunulmaktadır. Bu sav ampirik olmakla birlikte, ampirik verilerce yeterince desteklenmiş değildir. Yumuşak hukukun etkinliğiyle ilgili alan araştırmaları bambaşka bir manzara ortaya koymaktadır.

Yumuşak hukukun piyasa aktörleri üzerindeki etkisi toplum ya da tüketici baskısına ya da hisse senedi fiyatları üzerinden yatırımcı baskısına dayanmaktadır. Ancak piyasadaki birçok firma tüketiciyle doğrudan ilişki içerisinde olmamakta ve borsada işlem görmemekte dolayısıyla bu tür

[235] Ogus, *op. cit.*, s.99.

[236] Faure ve Philipsen, *op. cit.*, s.61.

[237] Conseil d'État, *op. cit.,* s.13.

[238] Miller, *op. cit.*, s.903.

baskılarla hiç muhatap olmamaktadır. Yumuşak hukuk bu "görünmez" firmalar üzerinde etkili olamamaktadır. Birçok firma "uy ya da açıkla" türündeki yumuşak hukuk düzenlemelerine uymamakta ve birbirlerinin açıklamalarını kopyalayıp yapıştırarak bire bir aynı gerekçeler sunmaktadır[239]. Özellikle muhatapların fayda-maliyet hesapları çerçevesinde yumuşak hukuka uymamayı daha karlı buldukları durumlarda yumuşak hukukun hiçbir etkinliğinin olmadığı belirtilmektedir. Bu tür durumlarda, katı hukukun ve kolluk faaliyetinin yumuşak hukuktan çok daha etkili olduğu, yumuşak hukukun sadece "-mış gibi yapma" işini gördüğü ifade edilmektedir[240].

Yukarıda, standartlar başlığı altında, özellikle teknik standartların bir ağ etkisi yaratarak belirli bir üretim alanında etkinlik gösteren tüm aktörleri mutlak bir zorlama altına sokabileceğini belirtmiştik. Buna karşın sözgelimi 'etik kodu', 'sorumlu üretim standardı' gibi teknik olmayan yumuşak hukuk araçlarının bir tür ters ağ etkisine maruz kalmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu tür düzenlemeler firmaların daha yüksek maliyetle üretim yapmasını, malzeme konusunda daha titiz ve seçici olmalarını ve bazı alanlarda faaliyet göstermemelerini gerektirmektedir. Schade ve Flyverbom, Avrupa'da yapay zekâ alanında böyle bir durumun bulunduğunu belirtiyorlar. Örneğin, Malta, Danimarka ve İsviçre gibi ülkeler, 'etik yapay zekâ' sertifikalandırma ve etiketleme çalışmaları yaparak bunlara uyan işletmelere iç piyasada öne çıkma imkânı sunmuşlardır. Ancak, zamanla tüm işletmeler bu etik standartlara uymaya başlamış ve sorumlu olmanın getirdiği piyasa avantajı ortadan kalkmıştır. Firmaların sertifika maliyetleri, bunlara sahip olmanın getirdiği ilave kârı aşmış, yumuşak hukuk sorumlulukları mali olarak sürdürülemez hale gelmiştir[241].

Örnekler çoğaltılabilir. Sözgelimi Knauff, Almanya'da Kovid-19 salgınıyla mücadele sürecinde yumuşak hukuk araçlarının kullanımını incelediği makalesinde, bu araçların belirli bir tamamlayıcı rol üstlendiğini belirtmekle birlikte, katı hukuk karşısında dezavantajlarının ağır bastığını

[239] Reggy Hooghiemstra ve Hans van Ees, "Uniformity as response to soft law: Evidence from compliance and non-compliance with the Dutch corporate governance code", *Regulation & Governance* Sayı 5, 2011, s.494.

[240] Marchant, *op. cit.*, s.4.

[241] Schade ve Flyverbom, *op. cit.*, s.434.

tespit etmiştir[242]. Almanya'da bu süreçte seyahat kısıtlamaları, işyeri güvenlik önerileri, Şansölye ve federe devletlerin başbakanları arasında yapılan gayriresmi anlaşmalar, sağlık otoritelerinin yerel yönetimlere yönelik tavsiyeleri gibi birçok yumuşak hukuk uygulaması yapılmıştır. Ancak, bu tür gayriresmi anlaşmalar ve tavsiyeler, bazı eyaletlerin farklı yönde hareket etmesiyle etkisini kaybetmiştir. Yumuşak hukukun bağlayıcılığının olmaması, uygulamaların tutarsız ve değişken olmasına yol açmış, bu da vatandaşlar nezdinde belirsizlik yaratmıştır. Bu nedenle kritik kararlar çoğu zaman hukukun bilindik bağlayıcı araçlarıyla hayata geçirilmiştir[243].

Türkiye Sermaye Piyasası Kurulu 2011 yılında, Borsa İstanbul'da listelenen şirketlere yönelik Kurumsal Yönetim İlkeleri başlığıyla bir tebliğ yayımlamış ve 2012 yılında bu tebliğe, "Yönetim kurulunda en az bir kadın üye bulunur" maddesi eklenmiştir. Bu madde "uy ya da açıkla" tipinde bir yumuşak hukuk düzenlemesidir. Kurul, 2014 yılında, kadın üye oranıyla ilgili %25'ten az olmamak üzere bir hedef belirlenmesini öneren yeni bir düzenlemeyle de bu ilkeyi genişletmiştir. Sonrasında, 11. Kalkınma Planı'nın hedefleri arasında da kadınların özel sektörde yönetim ve karar alma düzeneklerinde daha üst konumlara gelmelerini teşvik eden farkındalık artırıcı yöntemler yer almıştır. Bu yumuşak hukuk düzenlemelerin fiili etkilerini inceleyen Tore, bunların "yürürlükte" olduğu dönemde Türkiye'de yönetim kurullarında kadın temsili bakımından herhangi bir ilerlemenin olmadığını, bilakis geri gidiş olduğunu tespit etmiştir.[244] Tore'ye göre Türk şirketleri genel olarak Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin sadece bağlayıcı olanlarına uymaktadırlar[245].

İspanya'da da şirket yönetim kurullarında kadın temsilini arttırmak üzere 2005 yılında 'yumuşak kota' uygulamasına geçilmiştir. Yine "uy ya da açıkla" tipinde oluşturulan bu düzenlemelerde kotaya uyan şirketlere vergi indirimleri ve kamusal destekler de vaat edilmiştir. De Cabo ve arkadaşları, 767 büyük ölçekli İspanyol şirketinin yönetim kurullarının 2005-2014 yılları arasındaki cinsiyet dağılımını inceledikleri makalelerinde bu süreçte kadın

[242] Knauff, *op. cit.*, s.46.

[243] *Ibid.*, s.56.

[244] İrem Tore, "Gender Diversity on Boards of Directors in Joint-Stock Corporations in Turkey: Combining Hard and Soft Law", *Hacettepe HFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s.1769.

[245] *Ibid.*, s.1782.

temsilinde yıllık ortalama %0,5'lik bir artış görüldüğünü ama bu mütevazı artışın 2005'ten önceki yıllarda da gözlemlenmekte olduğunu, dolayısıyla kotanın herhangi bir ilave etki doğurmadığını tespit etmişlerdir[246].

De Koning, Hollanda'nın iki büyük işçi sendikasının birlikte oluşturduğu ayrımcılıkla mücadele düzenlemelerinin etkinliğini incelemiştir. Yazara göre bu düzenlemeler, işçilerin ayrımcılığa uğramalarını engellemekten ziyade bir ayrımcılık yaşandığında olayın yargıya yansımaksızın şirketlerin ve sendikaların kendi aralarında çözülmesine hizmet etmekte ve ciddi yaptırımlar içermemektedir. Ayrıca bu belgeler çerçevesinde yaratılan çözüm olaya özgü ve gizli kalmakta, dolayısıyla katı hukukun yaygın etkisinden yoksun olmaktadır[247].

Zerili, Brezilya'da iş yaşamında ayrımcılığı önlemek için alınan yumuşak tedbirlerin etkisizliğini[248]; Iavicoli, İtalya'da işten kaynaklanan stresi azaltmaya yönelik alınan yumuşak tedbirlerin etkisizliğini[249]; Nolan, şirketlerin küresel ölçekte insan hakları konusunda daha duyarlı davranmalarını sağlamak üzere alınan küresel yumuşak tedbirlerinin etkisizliğini[250] ortaya koymuştur. İşin aslı, yumuşak hukukla ilgili ampirik alanyazında olumsuz örnekler olumlu örneklerden çok daha geniş yer tutmaktadır.

SONUÇ

Yumuşak hukuk, hukukiliğin sınırlarının esnekleştiği, modern bağlayıcı hukuk anlayışının ötesine geçen bir düzenleme aracıdır. Bu nedenle bir anomali olarak da değerlendirilebilmektedir. Uluslararası bağlamda ortaya

[246] Ruth Mateos De Cabo vd., "Do 'soft law' board gender quotas work? Evidence from a natural experiment", *European Management Journal*, Sayı 37, 2019, s.622.

[247] K. J. F. A. De Koning, "Dutch protection against genetic discrimination in work environments: Adequate or non-existent?", 2012, s.30-32. https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122912 (Erişim tarihi: 08.06.2024).

[248] Zerili, *op. cit.*, s.80-1.

[249] Sergio Iavicoli vd., "Hard and Soft Law Approaches to Addressing Psychosocial Risks in Europe: Lessons Learned in the Development of the Italian Approach", *Journal of Risk Research*, Sayı 17, 2014, s. 857-858.

[250] Justine Nolan, "The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?", *University of New South Wales Research Papers*, Sayı 72, 2013, s.27. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2338356 (Erişim tarihi: 20.04.2024).

çıkan bu araçlar bütünü, ulusal düzeyde de etkin bir şekilde kullanılmakta ve birçok alanda fiili sonuçlar doğurabilmektedir. Bu durum, yumuşak hukukun toplumsal düzeni etkileme kapasitesine sahip olduğunu ve hukuki araştırmanın mutlak anlamda konusunu teşkil ettiğini gösterir.

Standartlar, etik kılavuzları, mutabakat zabıtları, özdüzenleme ve ortak düzenlemeler gibi birçok yumuşak hukuk aracı Türkiye'de ve diğer ülkelerde ulusal bağlamda da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bunların bazıları kamu mercilerince oluşturulurken, bazıları özel sektör aktörlerince ve sivil toplum kuruluşlarınca oluşturulmaktadır. Bu bakımdan yumuşak hukukun hukuk olarak kabul edilmesi devletin yasakoyuculuk rolünü özel sektör aktörleri ve sivil toplumla paylaşması anlamına gelmektedir.

Yaygınlıkla kullanılmasına rağmen yumuşak hukukun açık bir tanımına sahip değiliz. İşin aslı Konsey'in bu çalışmada da sıklıkla atıf yaptığımız bülteni dışında bu olgunun ulusal bağlamdaki görünümüne ilişkin bir monografiye de rastlanmamaktadır. Mevcut eserler olgunun farklı boyutlarını ele alan ve genellikle uygulama örneklerini inceleyen dar kapsamlı makaleler ve derlemelerdir. Alanyazındaki bu durum, başlı başına, ulusal bağlamda yumuşak hukuk olgusunun taşıdığı belirsizlikler hakkında pek çok şey söylemektedir.

Kesin bir tanım bulunmamakla birlikte, mevut tanımlarda vurgulanan ortak öğe 'bağlayıcı olmama'dır. Yumuşak hukuku katı hukuktan ayıran temel özellik budur. Bununla birlikte yumuşak hukuk, hukuki formda ifade edilmesi ve yönlendirici olma amacı taşımasıyla genel nitelikte siyasi açıklamalardan; belirli bir iradenin ürünü olmasıyla örf, adet ve teamüller gibi kaynağı anonim olan normlardan ayrılır. Yumuşak hukuk kuralları, hukuki yükümlülük yüklemeden hukuki davranışı yönlendirme hedefiyle oluşturulurlar. Bu kurallar bağlayıcı olmamaları nedeniyle, kural olarak yargısal bir talep için tek başlarına sebep teşkil edemezler. Bu kuralların etkinleşmesi yaptırımlar ve yargı kararlarından ziyade teşvikler, destekler, sertifikalar gibi yapılandırılmış etmenler ve toplumsal baskı, kamuoyu tepkisi, ağ etkisi, itibar kaygısı gibi yapılandırılmamış etmenlere dayanmaktadır.

Yumuşak hukukun tanımlanmasındaki zorluklar, bu kavramın hukukun genel teorisi bakımından anlamını ve konumunu da tartışmalı kılmaktadır. Yumuşak hukukun hukuk olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Pozitivist bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, yumuşak hukukun hukuki geçerliliği

yoktur. Ancak pragmatik yaklaşımda, yumuşak hukukun toplumsal düzen üzerindeki etkisi ve hukuki çıktılar üzerindeki rolü vurgulanmaktadır. Bu bakış açısına sahip yazarlar geçerlilik meselesini salt biçimsel bir mesele olmaktan çıkararak kuralın etkinliğine, deontik sonuçlar doğurabilmesine ve genel olarak itibarına ilişkin bir meseleye dönüştürürler. Eğer kural hukuk gibi itibar görüyorsa hukuktur. Katı hukuku katı hukuk yapan da zaten itibarıdır.

Pozitivist yaklaşım, hukuki incelemenin sınırlarını aşırı daraltırken pragmatist yaklaşım ise fiili olana salt fiili olmasından dolayı hukukilik ve olumlu değer atfetmek gibi tehlikeli bir yola girmektedir. Bu çalışmada benimsenen temkinli pragmatik yaklaşımda, yumuşak hukuk hukuki gerçekliğin bir parçası olarak kabul edilmekle birlikte, bunun istenir bir parça olup olmadığını tartışmak için de bir mesafe bırakılmıştır.

Yumuşak hukukun istenirliğini tartışmak için onun uygulamada sağladığı olanaklar ve yarattığı sorunları ele almak gerekmektedir. Savunucuları yumuşak hukukun katı hukuku destekleyip tamamladığını, kamu mercilerinin takdir yetkisini kullanımını istikrara kavuşturduğunu, idareye ve özel sektöre yeni yönetişim araçları sunduğunu, yeni durumlara devingen bir tarzda karşılık verebildiğini, paydaşların katılımını ve özerkliğini gözettiğini belirtmektedirler. Bunlara karşılık yumuşak hukuku eleştirenler ise yumuşak hukukun demokratik açıdan gayrimeşru olduğunu, idarede keyfiliğe ve öngörülemezliğe neden olarak hukukun üstünlüğünü ve yasa önünde eşitliği zedelediğini, piyasa aktörlerinin yasama süreçlerini ele geçirerek haksız rekabet ve verimsizlik yaratmalarına fırsat verdiğini ve iddia edilenin aksine fiili etkililiğinin de ampirik olarak ispatlanamadığını öne sürmektedirler.

Yumuşak hukukun katı hukuk ile öncel-hukuk (*pre-law*) veya ardıl-hukuk (*post-law*) şeklinde ilişkilenebileceği; ayrıca katı hukukun yerini almaya yönelen bir yedek-hukuk (*para-law*) olarak da kurgulanabileceği belirtilmiştir. Yumuşak hukuk araçlarının geçerliliğindeki ve demokratik meşruluğundaki belirsizlikler, hukukun üstünlüğü ve yasa önünde eşitlik bakımından taşıdığı riskler ve muhatapları üzerindeki etkilerinin zayıflığı birlikte düşünüldüğünde, bu araçların bu kadar geniş bir alanda ve yaygın bir biçimde kullanılmasının doğru olmayacağı kanaati öne çıkmaktadır. Yumuşak hukukun, özellikle katı hukukun yerini alacak şekilde kullanılması olanaklı olmadığı gibi yararlı da değildir.

Yumuşak hukukun ardıl-hukuk olarak kullanılması, temelde katı hukukun boşluklarının yumuşak hukukla doldurulması ve katı hukukun yumuşak hukukun yorumlanmasında yönlendirici olması anlamına gelir. Böyle bir kullanımın da risklerinin getirilerinden fazla olacağı kanaatindeyiz. Bu durumda yasanın büyük olasılıkla yürütmece oluşturulan belirli bir yorumunun fiilen dayatılması söz konusu olacaktır. Bu da yorumda katılaşmaya, tek tipleşmeye ve yürütmenin yasama işlevine gayrimeşru müdahalelerine yol açabilir. Bunun yerine katı hukuk araçları oluştururken titiz davranmak daha meşru ve güvenli bir yol olacaktır. İşin aslı, savunucuları tarafından yumuşak hukuka atfedilmiş birçok rol ve işlevin katı hukukla da pekâlâ karşılanması mümkün görünmektedir.

Yumuşak hukukun yararlı olabileceği bir alan, yeni teknolojik ve iktisadi gelişmeler alanıdır. Yapay zekâ, uzay araştırmaları, kanser araştırmaları, kripto varlıklar, buluşlar, iktisadi girişimler gibi yeni ve hızlı gelişen alanlarda yasakoyucunun bu alanların doğasına tümüyle vakıf olmadan katı düzenlemeler yapması bu alanlardaki gelişmeleri sekteye uğratarak ülkenin iktisadi ve teknolojik rekabet sahasında geriye düşmesine neden olabilir. Bu tür durumlarda katı ayrıntılı düzenlemeler yapmak yerine genel ilkeleri, etik ve politik açıdan aşılmaması gereken kırmızı çizgileri belirten ancak paydaşlara geniş inisiyatif ve hareket alanı bırakan yumuşak hukuk araçları öncel-hukuk olarak devreye alınabilmelidir. Bu durumda da yumuşak hukuk araçları sınırları belirli bir konuda ve belirli bir vadeyle oluşturulmalıdır. Ayrıca bu yumuşak hukuk araçları o aracı oluşturan kurum ve örgüt açısından bağlayıcı kabul edilmeli ve onlara karşı açılan davalara temel teşkil edebilmelidir.

Yumuşak hukuk alanında yapılacak yeni çalışmalar, bu hukuk araçlarının mevcut risklerinin azaltılmasına, ayrıca bunların geçerliliği ve demokratik meşruiyeti ile ilgili belirsizliklerin giderilmesine hizmet edebilir. Bu sorunların giderilmesi halinde bu araçların daha yaygın kullanılması olanaklı ve yararlı olabilir. Ancak, şimdiki haliyle yumuşak hukuk, ülkenin hukuk dizgesi içerisinde esaslı bir unsura dönüşmemeli, kullanımı geçici ve sınırlı olmalıdır.

KAYNAKLAR

Açımuz, Bige, "İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s.530-568.

Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul, Legal, 1. Baskı, 2006.

Akı, Emine İrem, *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.

Aktaş, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2011.

Aldıkaçtı, Açıkalın, Nilgün, "Etik ve Hukuk İçin Zorlu Sınav: Yeni Nesil Teknolojik İnovasyonlar", *TFM*, Cilt 7, Sayı 1,2021, s.1-19.

Austin, John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye, U. Koloş, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2015.

Boschetti, Barbara ve Maria Daniela Poli, "A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Sayı 23, 2021, s.20-53.

Böök, Birte and Linda Senden, "Soft law: booster or brake for the promotion of gender equality in the EU?" *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Conseil d'État, "Le droit souple", 2013. https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple (Yayın Tarihi: 1 Ekim 2013).

Creyke, Robin ve John McMillan, "Soft Law v Hard Law" *in* Linda Pearson, Carol Harlow ve Michael Taggart (Ed.), *Administrative Law in a Changing State*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2008.

Creyke, Robin, "Soft Law and Administrative Law: A New Challenge", *AIAL Forum*, Sayı 65, 2010, s.15-22.

Çataloluk, Gökçe, *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2012.

De Cabo, Ruth Mateos, Siri Terjesen, Lorenzo Escot, Ricardo Gimeno, "Do 'soft law' board gender quotas work? Evidence from a natural experiment", *European Management Journal*, Sayı 37, 2019, s.611-624.

De Koning, K. J. F. A., "Dutch protection against genetic discrimination in work environments: Adequate or non-existent?", 2012. https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=122912 (Erişim tarihi: 08.06.2024).

De Witte, Bruno, "Soft Law in European public law," *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Demir, Gökhan Yavuz, *Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği*, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2015.

Druzin, Bryan H., "Why does Soft Law Have any Power Anyway?", *Asian Journal of International Law*, Sayı 7, 2017, s.361-378.

Durkheim, Emile, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, İzmir, Cem, 1. Baskı, 2018.

Düğer, Sırrı, "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2022, s. 427-475.

Dworkin, Ronald A., "'Natural Law' Revisited", *University of Florida Law Review*, Cilt 34, Sayı 2,1982, s.165-188.

Eliantonio, Mariolina ve Emilia Korkea-aho, "Soft law and courts: saviours or saboteurs of the rule of (soft) law?", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Eliantonio, Mariolina, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth, "Introduction to *Research Handbook on Soft Law*", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Emerson, Blake, "Administrative guidance in the United States: the moral and political stakes of non-binding law", *in* Mariolina Eliantonio,

Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Erol, Ömer Faruk, "Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 10, Sayı 2, 2022, s.737-782.

Faure, Michael ve Niels Philipsen, "An Economic analysis of soft law as a regulatory tool", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Fuller, L. L., *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin, 1. Baskı, 2016.

Gersen, Jacob E. ve Eric A. Posner, "Soft Law: Lessons from Congressional Practice", *Stanford Law Review*, Cilt 61, Sayı 3,2008, s.573-628.

Gustafsson Nordin, Ingrid ve Kristina Tamm Hallström, "International standarts and the dilution of responsibility", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Hage, Jaap, "What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Harvey, David, *Postmodernliğin Durumu*, Çev. Sungur Savran, İstanbul, Metis, 6. Baskı, 2012.

Holmes, O. W., "Codes and The Arrangement of Law", *American Law Review*, Cilt 5, Sayı: 1, 1870, s.1-13.

Holzer, Boris, "Rules and responsibilities: business and social norms in transnational governance," *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Hooghiemstra, Reggy ve Hans van Ees, "Uniformity as response to soft law: Evidence from compliance and non-compliance with the Dutch corporate governance code", *Regulation & Governance*, Sayı 5, 2011, s.480-498.

Hume, David, İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme¸ Çev. Ergün Baylan, Ankara, BilgeSu, 1. Baskı, 2009.

Iavicoli, Sergio vd., "Hard and Soft Law Approaches to Addressing Psychosocial Risks in Europe: Lessons Learned in the Development of the Italian Approach", *Journal of Risk Research*, Sayı 17, 2014, s.855-869.

Kararmaz, Furkan, "Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları", Doktora Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2017.

Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora, 1. Baskı, 2016.

Kirste, Stephan, "Concept and Validity of Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Klabbers, Jan, "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Sayı 65, 1996, s.167-182.

Klabbers, Jan, "Soft authority in global governance", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Klabbers, Jan, "The Undesirability of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Sayı 67, 1998, s.381-391.

Knauff, Matthias, "Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual?", *European Journal of Risk Regulation*, Koronavirüs Özel Sayısı, 2021, s.45-58.

Korver, Ton ve Peter R. A. Oeij, "The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental", *European Journal of Industrial Relations*, Cilt 11, Sayı 3, 2005, s.367-384.

Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 2. Baskı, 1970.

Mackor, Anne Ruth, "What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Marchant, Gary, "'Soft Law' Governance of Artificial Intelligence", *UCLA AI Pulse Papers*, 2019. https://escholarship.org/uc/item/0jq252ks (Erişim Tarihi: 20.04.2024).

Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2,2003, s.35-83.

Miller, James C., "The FTC and the Voluntary Standards: Maximising the Net Benefits of Self-Regulation", *Cato Journal*, Cilt 4, Sayı 3, 1985, s.897-904.

Mörth, Ulrika, "Democracy and soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Nolan, Justine, "The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?", *University of New South Wales Research Papers*, Sayı 72, 2013. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2338356 (Erişim tarihi: 20.04.2024).

Ogus, Anthony, "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 15, Sayı 1, 1995, s.97-108.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966.

Özkök, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.1-18.

Parella, Kishanthi, "Hard And Soft Law Preferences In Business And Human Rights", *AJIL Unbound*, Sayı 114, 2020, s.168-173.

Rawls, John, *Bir Adalet Teorisi*, Çev. Vedat Ahsen Coşar, Ankara, Phoenix, 1. Baskı, 2017.

Schade, Frederik ve Mikkel Flyverbom, "Soft law governance in the field of AI: a European perspective", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Schwarcz, Steven L., "Soft law as governing law", *Minnesota Law Review*, Cilt 104, Sayı 5, 2020, s.2471-2514.

Snyder, Francis, "Bamboo, or governance through soft law: hybridity, legitimacy, and sustainability", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Sossin, Lorne ve Charles W. Smith, "Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government", *Alberta Law Review*, Cilt 40, Sayı 4, 2003, s.867-893.

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

Terpan, Fabien, "The definition of soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Tore, İrem, "Gender Diversity on Boards of Directors in Joint-Stock Corporations in Turkey: Combining Hard and Soft Law", *Hacettepe HFD*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s.1765-1794.

Toydemir, Melda Ezgi, "Durkheim'ın Toplum Kuramında Organik Dayanışmalı Toplumlarda Hukukun Ahlaki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi, 2021.

Trubek, David M., Patrick Cottrell ve Mark Nance, "'Soft Law', 'Hard Law' and EU Integration", *in* Gráinne de Búrca ve Joanne Scott (Ed.), *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2006.

Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, İstanbul, Nora, 1. Baskı, 2016.

Van der Sluijs, Jessika, "Soft Law – an International Concept in a National Context", *Scandinavian Studies in Law*, C. 58, 2013, s.285-306.

Van Klink, Bart ve Oliver W. Lembcke, "A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Voorwinden, Astrid ve Sofia Ranchordás, "Soft law in city regulation and governance", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika

Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

Weeks, Greg, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford, Hart, 1. Baskı, 2016.

Westerman, Pauline, "Validity: The Reputation of Rules", *in* Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, Anne Ruth Mackor (Ed.), *Legal Validity and Soft Law*, New York, Springer, 1. Baskı, 2018.

Zerili, Filippo M., "Anthropology and soft law", *in* Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho ve Ulrika Mörth (Ed.), *Research Handbook on Soft Law*, Londra, Elgar, 1. Baskı, 2023.

İnternet Kaynakları

https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/BHIM/tr/Duyurular/TürkiyeninEnerji Verimliliği 2030StratejisiveIIUlusalEnerjiVerimliliğiEylem Planı_202401161407.pdf (Erişim tarihi: 12.07.2024).

https://kafessizturkiye.com/firma-taahhutleri (Erişim tarihi: 14.07.24).

https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/geltung (Erişim tarihi: 21.07.2024).

https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/gueltigkeit (Erişim tarihi: 21.07.2024).

https://www.aile.gov.tr/duyurular/roman-vatandaslara-yonelik-strateji-belgesi-2023-2030-ve-i-asama-eylem-plani-2023-2025-yayimlandi/ (Erişim tarihi: 12.07.2024).

https://www.aile.gov.tr/media/133653/kamu-gorevlileri-etik-sozlesmesi.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2024).

https://www.aub.org.tr/protokol-ve-mutabakat-zapti (Erişim tarihi: 07.07.24).

https://www.cbfo.gov.tr/haberler/katilim-finans-strateji-belgesi-2022-2025ne-iliskin-cumhurbaskanligi-genelgesi-resmi (Erişim tarihi: 12.07.2024).

https://www.etik.gov.tr/media/kbeftnxn/etikrehber2022.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2024).

https://www.goethe.de/ins/tr/tr/spr/unt/for/gia/mem.html (Erişim tarihi: 07.07.24).

https://www.tarimorman.gov.tr/Konular/Plan-Program-Ve-Faaliyet-Raporlari/sektör-politika-belgeleri (Erişim tarihi: 12.07.2024).