

Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi^(*)

Mustafa Tören Yücel^(**)

Hukukta fazlaca deneysel ve esnek mantık, sosyal olduğu kadar entelektüel de bir gereksinimdir. Diğer bir gereksinimde kararları gerekçelendirmektir. Kişi aldığı kararları açıklamak zorunda olmasaydı, mantıki işlemler hiç gelişmeyerek kararlar salt sezgi, izlenim ve duyguların ürünü olmaktan kurtulamayacaktı. İşte kararlar için gerekçe ve açıklama ihtiyacı ve bunu elde edinceye dek tatmin olmayacak insanların varlığı ile insanlık gerekçelendirme alanında epeyce deneyim kazandı. Genelde silojizm ve özeldede adli silojizm gelişme kaydetti. İşte adli kararlarda keyfi diktaya yegane seçenек, hakimin otoritesi veya prestiji nedeniyle ihtilafa taraf olanlarca kabul edilen temelleri formüle eden bağlayıcı veya mantıki linkleri ortaya koyan rasyonel bir anlatımdır.

Kararın alınmasında ağırlığı olan ve sorgulandığında yerindeliliğine işaret

edilen olgusal ve hukuksal mülahazalar gerekçe (reasons) olmaktadır'. Bunlar yeterli ölçüde genel terimlerle ifade edildiğinde de "ilke" olarak adlandırılmaktadır.

Gerekçe bağlamında en önemli sorunlardan biri hüküm vermenin, seçilen sonucu takip eden gerekçelendirme ürünü olup olmadığıdır. Posterius'mu yoksa prius'mu olduğudur. Bilim adamları gibi hâkimler de keşfi gerekçeden ayırmaktadırlar. Ne var ki, sosyal bilim adamlarından çok azı, nihai sonuca erişmede giderilen tüm kuşku-ları ve potansiyel kusurları sıralamaktadır. Aynı saptama hukuki karar ve görüşler için de geçerlidir. Bu psikolojik gerçeği vurgulayan B.Cardozo, düşünce ve eylemsel tutarlılık ve yön göstericilik açısından hepimizde var olan bir eğilime işaret etmektedir: "Tüm ölümlüler gibi hâkimler de bu eğilimden kaçamamakta; onların tanı-

madığı veya adlandıramadığı-doğal dürtüler, geleneksel inanç ile kazanılmış değersel- güçler onları yaşamları süresince etkilemektedirler. Sonuçta oluşan yaşama bakış perspektifi, gerekçelerin güzelce dengelenmesi halinde yapılacak seçimi belirlemektedir." Ne var ki, mahkemece verilen ve tefhim edilmeyen kararın değişebilirliği ilkesinden hareketle, gerekçelendirme mantıki ilişki ve tutarlılık sağlanmadığında kararın değiştirilmesi kadar normal ve onurlu bir davranış olmaz. Yargıtay Başkanlarından M. Uygun, kendi meslek yaşamında bu tür karar değişiminin azımsanmayacak sayıda olduğunu belirtmiştir (Özel söyleşi, 3/09/2002).

Gerçekte karar verilmesi sürecinde, hakim yasalardaki ratio legis'i keşfederek önündeki davaya ilişkin uygulanacak hukuku saptamalı ve bu uygulamayı yaparken âdil davranmalı, ciddi/belirgin nitelikte bir hata yapmamalıdır. Bu aşamada verilen kararın belli bir hukuki gerekçeyi de içermesi gereklidir. Bu şekilde, hakim de facto hukuk yaratmaktadır; bilimsel soyutluluğu somutlaştırmaktadır. Öte yandan, toplu mahkemelerdeki müzakere süreci, hukukun öngördüğü biçimde hâkimi gerekçelendirmeye yönelmektedir. Kuşkusuz, hakim, kendisinin yaptığından emin olmak üzere, var olan teknikler içinde biçimlendirilen nedenlerin diğerlerine bildirimini gerektirmektedir. "Yargılanmasına izin verilmeyen nasıl hakim olabilir? "Siz

hâkimler, bütün olup bitenleri, tam bir aydınlık içinde görmeden, incelemeden nasıl adil olabilirsiniz?" (H.Cibran) İşte gerekçe bunun testine olanak sağlamaktadır. Ancak bu gerekçenin de kanun hükümlerinin sadece kanunun lafzına değil, hem lafzına ve hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, hukuk bilim ve pratiğinin ana kaidelerindedir hükmünü havi İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edildiği üzere kanunun hem lafzına ve hem de ruhuna uygun olması, ve hatta lafzından çıkan anlamın hükmün konuluş amacı ile çelişmesi halinde ruhundan çıkan anlama göre oluşturulması gereklidir³. Bir başka deyişle yargı kararının hukuki gerekçeden yoksun olması halinde, indî ve zihnen kuşku-görülmesi gündeme gelecektir. Kuşkusuz, her karar açısından bu anılan irdelemenin yapılması gereklidir.

Gerekçelendirme Zorluğu

Özgün ve girift bir davada kolaylıkla karar veren bir hakimin gerekçe yazmaya geldiğinde ne kadar zorlandığına tanık olmaktayız. Taraflar ve kamu oyu önünde rasyonel olduğu kadar yasaların ruhunu da yansıtacak gerekçe için hakimlerin ne çetin bir savaş verdiği; ve Anayasa Mahkemesince karar gerekçelerinin aylar sonra (Adalet Bakanlığı atamalarına "By Pass Yasası"nın iptaline ilişkin gerek-

(*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile birlikte 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda sunulmuştur.

(**) Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

1 Aristoteles- Retorik, (Türkçe tercümesi Yapı Kredi Bankası yayını):Retorik ikna edebilme sanatıdır. Akli yetenekleri kadar duygulara hitap edebilme gücü bakımından kişilerdeki önemli farklılıklar göz önüne alındığında, iyi bir belâğatçının aynı zamanda adil bir insan da olması gerekmektedir. IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumuna sunulan "Yargı Kararlarında Gerekçe" adlı Çetin Aşçıoğlu'nun tebliği; Y. Karayalçın. Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod (Genişletilmiş 5. Bası) Ank., 2001, ss.144-146; S. Selçuk, 30.6.1995 tarih ve 1/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına yazılan karşı oy- YKD Kasım 1995, sayfa 1722-1739; N.MacCormick. Legal Reasoning and Legal Theory Oxford, 1994.

2 Aynı paralelde iki İçtihadı Birleştirme Kararı:E.19, K6 , Yayın T. 4/02/1959 ; ve E.22, K.2, Yayın T. 9/03/1955

çeli karar da 2.5 yıl süre ile yayınlanmamıştı) yazıldığı profesyonel hukukçularca bilinmektedir. "Hindistan'da yerliler arasındaki ihtilafları çözmekle resmen görevlendirilen bir halk adama ait şu hikaye ilginçtir: Danıştığı hukukçu arkadaşı kendisine sağ duyuyu esas almasını ve vardığı sonucu kararlılıkla ifade etmesini öğütlemiş; ekseri davalarda doğal olarak vereceği kararların adil ve makullük açısından yeterli olacağını ifade etmiştir. Arkadaşının şunu da eklediği görülmüştür: "Gerekçe göstermeye yeltenme, çünkü bunlar genelde yanlış olacaktır"(J.Dewey)³. İşte bu saptama gerekçelendirilmenin ne derece zorlu bir olgu olduğuna işaret etmektedir. Genelde bu gereksinme sosyo-kültürel bir olgu olarak varlık göstermelidir. Ne var ki, ülkemizdeki çoğu yarışma jürileri kararlarını bildirirken genelde gerekçe göstermezler. Hocalar,- hukuk fakültesi hocaları,- yazılı kağıtlarını değerlendirirken gerekçeye yer vermezler.

İşte Max Weber'in (1864-1920) biçimsel/rasyonel karar tipolojisindeki en önemli ve en tipik göstergelerden biri kararların gerekçeli olmasıdır. Kararın sebeplerini ve doğruluğunu gösterme, ceza (32 ve 308/7 maddeleri) ile hukuk (381,388, 486/6 ve 489 maddeleri) usulü yasalarında kararın gereklerinden biri olarak belirtilmiştir. Ülkemizde kararların gerekçeli olması Anayasanın 141/3. maddesindeki "Bü-

tün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" normu ile pozitivist Hart'in ifadesiyle bir tanıma kuralı haline dönüşmüştür(1961 tarihli Anayasa m.135,f3).

Gerekçeli kararın temel işlevi açıklayıcı olmaktadır-pedagojik işlev. Gerekçeli karar, her şeyin üstünde, kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile olabildiğince ikna edici olma girişimidir-psikolojik işlev. İşte karardaki adaleti vurgulamak ve kaybeden tarafa kararın, zulmedici ve keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu göstermek üzere gerekçeye yer verilmektedir. Gerekçe zaman zaman kaybeden taraf avukatına, dikkatinden kaçmış olan def'ileri görebilmesine ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir. Karardaki gerekçe, hâkimin hatalarını gösteren bir ayna gibidir. Temyize başvuru hazırlığı için kararı inceleyen bir avukat, gerekçeye özenle eğildiğinde, her paragrafını, cümle cümle, kelime kelime didikleyip, temyiz usturası ile tüm yapıyı baş aşağı edebilecek derecede tek bir kelime veya gramer yapısında saklanmış bulunan mantıksal devamlılıktaki bir anlık kopukluğu/iç gerekçe noksanlığını/çelişkiyi saptayabilir-adli işlev⁴. Bu bağlamda gerekçeli karar ve temyiz incelemesinin paralel kurumlar olduğu; temyiz başvurusunun bir eleştiriyi öngördüğü de belirtilebilir.

Gerekçe, gerçekte kararın mantıksal niteliğini belgeleyen bir ispat vasıtasıdır. Adli silojizm hukuk teorisinde yer almadan önce, gerekçe vardı ve karara rasyonel çerçevesini sergileyen bir tür mantıksal röntgen filminin eşlik etmesi usul yasalarında yer etmişti.

Konuya psikoloji ve adli mantık açısından yaklaşıldığında ise, kararların sezgi/uygulama refleksi ile verirken, gerekçesinin sonradan kaleme alındığı görülmektedir⁵. Gerçekte bu durum, kararı bir tür silojizme (tasımlamaya) indirgeyen teorilerin yetersizliği ve yapaylığını yansıtmaktadır. Aritmetik toplama işleminde, toplanacakları bilmeden toplamı belirlemeye teşebbüs etmek saçma olacaktır. Bu bağlamda hukuk bu teoriyle tezat konumdadır. Yargılama sonucundaki karar işleminin (hüküm fıkrası ve gerekçe) aritmetik bir toplama işlemi olmadığı bilinmelidir. Adli karar, oldukça girift ve gizemli bir süreç sonucu oluşan, ahlâki vicdanda kök salmış ve sayısal soyutlamalara indirgenemez bir işlemdir. Öte yandan, gerçek hüküm verme sürecinde, gerekçenin, kararı takip eden, kararın hazırlanması yerine onu açıklayan, kararın dayanağı olan gerçek faktörleri gizleyen bir perde olabileceği; ve hâkimi karara götüren gerçek saiklerinde pek ortaya çıkmayacağı da bilinmelidir. Öte yandan belli bir karar zorunlu olarak belli bir gerekçenin ürünü olmayabilir. Mantıksal yol haritasında Ankara'ya giden birden fazla yol bulunabilir.

Aşağıda bunun analitik göstergesine yer verilmiştir. Alman hukukçu Ludwig Bendix'in (1927) gerekçede yer alan nedenlerin gerçek saikleri yansıtmadığını gösteren çok sayıda karar analizini içeren çalışması gerekçedeki anlatımın "tarafgirliği/indiliği" perdelemesi riski bulunduğuna işaret etmektedir.

Sanal Yasa /Madde

Bu konunun irdelenmesi benimsemiş hukuk felsefesi akımına göre farklılık gösterecektir. Erlich, bir asır kadar kitaplarda saklı kalan geçerli pozitif hukuk kuralının bir kararı gerekçelendirmek üzere kullanılması halinde, bu kurala "karara dayanak kural" etiketini koyabilmiştir. Ne var ki, biçimsel bir kural olma ötesinde hukuk olma niteliğini sosyolojik anlamda yitirmiş bir kuralın gerekçede dayanak olarak kullanılması akılcılıkla bağdaşmamaktadır. Bu yaklaşımın "hukukunun umursanmazlığı" riskine gebe olduğu da göz ardı edilmemelidir. Öte yandan ceza yaptırımlarına ilişkin uygulamalarda "yasal gerekçe" adına yasa maddesinde yer alan ifadenin örneğin "cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkın da mahkemece kanaat getirilmediğinden istemin reddi gibi tekrarlar anılan maddeyi sanallaştıracaktır. İşte 1976 yılı öncesi gerekçe olarak algılanan bu örnekteki pratiğin yasal gerekçe olmadığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile hüküm altına alınmıştır(E.

³ Cornell Law Quarterly, Vol.10, 1924, p.17; J. Hall. Readings in Jurisprudence, 1938 p.343.

⁴ 2001 yılı verilerine göre, Yargıtay 'da bozma oranları (%) şöyledir:Hukuk Daireleri (11.0) Hukuk Genel Kurulu (65.6)/ Ceza Daireleri (34.3)Ceza Genel Kurul (22.0) Ayrıntılı sayısal profil için bk. M.T.Yücel. Türkiye'de Yargının Etkinliği, Ank., 2001.

⁵ J. Aomi "Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi" (Çev. A.U. Türkbağ) HfSA 4 İst. Barosu, 2002 ss.115-117.

1976/3-4, K. 1976/3, K.g.7.6.1976). Ne var ki, bu durumda da sanık hakkında psiko-sosyal biyolojik bir rapor hazırlanması söz konusu olmadığından anılan madde ceza sınırları bakımından el verdiğinde erteleme otomatige bağlandığından erteleme kurumunun amaç işlevinden uzaklaşmaktadır. İşte yasa ve maddelerin de facto varlık göstermeleri için altın üçgende yer alan yasa, insan ve malzeme öğeleri işlevsel birlikteliği kavuşturulmalıdır.

Sosyolojik Faktör

Maddi gerçeğin ispat vasıtası olacak veriler kadar gerekçenin de rasyonel, gerçekçi olduğu kadar hukuki olması gündeme gelmektedir⁶. Kuşkusuz, doğru hukuk/adaletli hukuk anlayışında; keyfilik, düzen ve adalet düşüncesi ile bağdaşmaz. Yukarıda belirtildiği üzere, mahkeme kararlarındaki gerekçeler tarafları tatmin edici nitelikte olmalıdır. Bilinmelidir ki, mahkemeler itimat telkin ettiği sürece vatandaş kendini güven içinde bulacaktır. Hukuk, kavramlar ve soyutlamalarla dile getirilmekte, gerekçelendirilmekte ve somutlaştırılmakta ise de, kurallarından biri ihlâl edildiğinde cezalandırılan ve cezaevine konulanan bir kavram değil, bir insan olduğu unutulmayarak; gerekçeler bireysel varlıklar/olası iş yükü üzerindeki etkileri de düşünülerek oluşturulmalı; ve

salt hukuk bilgisinin, uğruna hukuk yaratılan kişiler/toplum göz ardı edildiğinde, çok az şey ifade edeceği bilinmelidir. Hakim olayı yaşamalı ve her davadaki canlı varlıkları görmelidir. Yalnız bu yaklaşımın da bir sınırı olması gerektiği aşağıda yer alan ilk derece mahkeme kararlarında kendisini vurgulamaktadır:

• Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davası reddedilmiştir. Mahkeme evlilik birliğinin sürmesinin çocukların menfaatine daha uygun düşeceği görüşü ile davayı reddederken gerekçesinde; "karının sırtını sopasız, karnını sipasız bırakma" halk deyişine de yer vermiştir.

• 1987 yılında ise, Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararda, evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında "karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği", "çevrenin sosyal özellikleri itibarıyla halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu" gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir.

Kamuoyu

Kişilerin genelde dava sonucunda hükmedilen kararların gerekçelerine bakmak yerine yalnızca sonuçlarına bakmak eğiliminde oldukları; kitle iletişim açısından, köşe yazarları dışında

6 Y.C.G.K. 19/04/1993, E.6-79 K.108 Yargıtay Kararlar Dergisi (Ekim 1993), s.1564 vd.; Gerekçe, hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde, geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır...Keyliliği önlemek, tarafları tatmin etmek ve denetimde kolaylık sağlamak için hükmün gerekçeli olması gerekir.

haber olarak hükmün gerekçesine pek yer verilmediği; ve bu olguyu etkileyen unsurlar arasında mahkemelerce gerekçeli kararın sonradan yazılmasının yer aldığı görülmektedir. Bu saptama ayrı olmak üzere, önemli davalarda kamu oyunun karar ve gerekçelendirme sürecinde etkisi de yadsınmaz. Karar ve gerekçe, yukarıda belirtildiği üzere, mesaj amaçlı olmakta ve kamuoyu ile karşılıklı etkileşim içinde bulunmaktadır. Nitekim, salt işin esasına/özüne/dosyanın gereğine ilişkin olma ötesinde "tribün" için karşı oy izhar edenlere de tanık olunmaktadır.

Refleks Düşünce

Gerekçe, adalet duygusunun rasyonelleştirilmesi, hâkimlerin kendilerini rahatlatmaları kadar taraflara huzur sağlayan, bir bakıma deneyimli hâkimlerin kendi refleks düşüncelerini destekleyen bir işlemdir. Hukukçu olmak ise, zamanla, yılların pratik tecrübesiyle kazanılan bir duygudur. Hukuk duygusu çok iyi geliştiğinde, gerekçeler fazla çaba harcanmaksızın gelmektedir.

Toplu Mahkeme Sistemi

Toplu mahkemelerde karar gerekçelerinin farklı olmasının çıkarımı, verilen kararın tek bir gerekçeden neşetmediği şeklindedir. Yalnız toplu mahkeme olmasının doğasında saklı olan ve güvence oluşturan bu durumun realize edebilmesi için üyelerinin kapasiteli olması gereklidir. Aksi takdirde, zaman zaman tanık olduğumuz Mahkeme başkanın egemen olduğu

"sözde toplu mahkeme" görüntüsü sergilenecektir.

Gerekçede Risk ve Kriz

Hâkimler, hukuku uygularken her defasında kendileri de yavaş yavaş hukuku şekillendirmekte ve geliştirmekte; boşluk olduğunda kendisini yasa koyucu yerine koyarak hukuku oluşturmaktadırlar. Bu hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yansıtmayan kural koyulması ve gerekçenin perdelenmesi riski vardır. Öte yandan, oldukça basit ve belirgin davalar dışındaki hemen her davanın makul hukuki gerekçelerle şu veya bu şekilde sonuçlandırılması olası ve mümkündür. Tüm sorun hâkimlerin kendilerini yeterli görmesi kadar yetenekli olmasında saklı bulunmaktadır.

Gerekçe konusunda var olan diğer görüntü de, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet duygusu arasında beliren uçurum sonucunu hakimnin olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hâkimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir.

Sayısal Görünüm

Kurul halinde çalışan mahkemelerde muhalif kalan üye veya üyeler kendi hukuk anlayışlarının ekseriyetkiler kadar tutarlı olduğunu kamuoyuna duyurmaya çalışırlar. Türkiye genelinde

de hukuk/ceza davalarında yetki alanları ve mahkeme türleri itibariyle verilen kararlardan ne kadarının muhalefet şerhli olduğu konusunda ise henüz yapılmış sayısal bir saptama yoktur. Yargıtay bakımından ise; bazı Dairelere özgü muhalefet şerhleri içeren yıllık karar oranı belirlenmiştir⁷. Ne var ki, "Hak aramanın son kapısı yargıdan sızlanmaların başta gelen nedenlerinden biri, kararların büyük bir çoğunluğunun ya gerekçesiz ya da yetersiz gerekçeli olmasıdır" (Ç.Aşçıoğlu).

Yargıtay Başsavcılığı 2. Bölüme gelen temyiz dosyalarının% 20'sinin, karar ve gerekçelerin irdelenmesi amacıyla değil de, hakimlerimizin not alma saikiyle ve avukat meslektaşlarımızın gayretleri sonucu Yargıtay'a gönderilen dosyalardan oluştuğu belirtilmektedir. Metropol ve küçük mahal Sulh Ceza hâkimleri, gerekçeden yoksun, sanki "kadı" gibi karar vermektedirler. Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr. A. Çınar'ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: Kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür.

Muhalefet Şerhi (Karşı Oy Yazısı)

Muhalefet şerhi, sonuca katılmayan

azınlıktaki hakimlerin gerekçesidir. Çoğunlukla verilen, muhalefet şerhi bulunan mahkeme kararlarında hakim hakime karşıdır ve bu olgu işin tabiatı gereğidir⁸. Bu konudaki örnek bir düzenleme, Ceza davalarında karşı oy nedenlerinin tutanakta gösterilmesi ceza usulü hükmüdür (CMUK .32, 256/f2). Yine ceza kararlarına karşı oy gerekçesinin yazılması ve gerekçeli kararda o görüşün de tartışılması gerekmektedir. Bu normatif yaklaşım Anayasada yer alan tanıma kuralı gereğidir. Anılan tanıma kuralına uyarlı CMUK paralelindeki bir düzenlemede, Anayasa Mahkemesi kararlarında karşı oy verenlerin karşı oy nedenlerini açıklamaları ve kararların ilgililerin karşı oy yazısı ile birlikte tebliğ edilmesi şeklindedir.

Gerekçe ve Muhalefet Şerhlerinin Bir Diğer İşlevi

Gerekçeler ve muhalefet şerhleri hukuk tüketicilerinin verilecek kararları doğru tahmin edebilmelerini sağlamak bakımından önemli dayanaklardır. Yalnız bu tahmin işleminin şu kayıtlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir:

Yargıtay kararları ciddi bir şekilde irdelendiğinde, yalnızca hukuk kuralları hakkındaki derinliğine bilginin, verilecek kararları tahminde yeterli olmayacağı görülecektir. Nitekim, karar verme sürecindeki matematik eşitlik

formülü (Olgusal gerçek-O x Normatif kurallar -N= Karar -K) ele alınarak verilen karara 150 değer verildiğinde, bu sonucu verecek çeşitli kombinasyonlar saptanacaktır. Nitekim, şu üç kombinasyon da (N=10, O=15 veya N=30, O=5, veya N=25, O=6 değerleri çarpıldığında) hep aynı sonucu verecektir.

Bu duruma beş üyelik bir Yargıtay Dairesinde çoğunluk görüşü (4 üyenin katılımı) ile verilen bir kararda tanık olunabilir. Aynı görüşü paylaşan dört üyeden biri çoğunluk görüşünü kaleme alırken bir diğeri aynı görüşe katılmakla birlikte gerekçede muhalefet beyan edebilir. Öte yandan bu dört üyeye aynı görüşü paylaşmayan beşinci üye de karşı oy açıklaması yapabilir.

Çoğunluk görüşünde olanların her birine özgü gerçek nedenler bir yana bırakıldığında, mutabakatlarını şu şekillerde ifade edebilirler:

a) Her biri N ve O üzerinde mutabaktırlar (N=25 ve O= 6 olarak kabul ederler).

b) N ve O üzerinde ayrı görüş belirtmelerine karşın K'de mutabaktırlar (Birincisi N=15, O=10, İkincisi, N=25, O=6, Üçüncüsü N=30, O=5, Dördüncüsü N=10, O=15 olarak görülmektedir).

c) Dördü birden hesap hatası yapı-

rak (N=15 ve O=9 olarak görüp 15 ile 9 çarptığında) 150'yi bulmaktadırlar.

Kararda karşı oy açıklaması yapan üye ise, aynı görüşü paylaşmayarak K'ya 100 değer vermektedir. Kararda çoğunluk görüşünde olanlarla muhalif kalan arasındaki farklılığın altında yatan gerçek nedenler bir tarafa bırakıldığında, görüş ayrılığına ilişkin farklılıklar şu dört halde toplanabilir:

a) Muhalif kalan, O için evet derken, N'de ayrılmaktadır (Her iki görüş, O=10 kabul ederken, çoğunluk görüşü N=15, buna karşın azınlık görüşü N=10 kabul etmektedir).

b) N'de birlik içindeyken, O'da ayrılmaktadırlar (Her iki görüşte N=25 iken, birinci görüşte O = 6 iken diğerinde O=4 olmaktadır).

c) O ve N üzerinde mutabık olmayabilirler (Birinci görüşte O=30, N=5 iken, diğerinde O=5 ve N=20 olmaktadır).

d) Her iki görüşte N ve O üzerinde mutabıkken, çarpımda farklılık göstermektedirler⁹.

Sonuç

Hukukun mantık ve "iyi duygu" arasındaki çatışmanın bir ürünü oluşuna "gerekçe"nin ex post facto sağladığı katma değer oldukça önemlidir. Gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların(üst mahkemeler/mesleki yayın-

9 İste matematiksel değerlerle oldukça basite indirgenmiş karar parametrelerindeki analiz göstermektedir ki, kararların güvenli bir biçimde tahmin edilmesi aşağıdaki nedenlerle kesinlikten yoksun bulunmaktadır:

1) Mahkemenin uygulayacağı kural tahmin edilebilirse de, mahkemenin neyi sübut olarak kabul edeceğine yanılıya düşülebileceği;

2) Mahkemenin sübut işlemi tahmin edilebilirse de, seçeceği kuralda hata edilebileceği;

3) Kurallar ve sübut hakkında yanılabilirliği; ve

Mahkemenin kuralın sübutla çarpımında hata yapabileceğidir.

7 2000 yılı içinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesince verilen 16.328 karardan 1678'i (%10.2), 9 Hukuk Dairesinde ise verilen 17.700 karardan 672'si (% 3.7) muhalefet şerhlidir.

8 Y.Karayalçın. age., s.165.

lar/kamu oyu organları-sivil toplum kuruluşlarınca) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü sağlayan unsurlar olarak hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta¹⁰; ilkelerin oluşum potansiyelini oluşturmaktadır. Yalnız gerekçe olgusunun toplumsal varlık ve etkinliği, yargı alanı dışında sosyal yaşamın diğer alanlarındaki gerekçeli yaşamının varlık derecesiyle de yakından ilintili olduğu unutulmamalıdır.

“Mukaddime”deki Barbar ve Uygur Toplumların Ahlaki Özellikleri Üzerine Düşünceler

Mustafa Koçak¹¹

GİRİŞ

Toplumsal yaşam süren insanların bir takım kurallara uygun biçimde yaşadıkları, başlangıçta aynı nitelikte sayılıp zamanla türleri birbirinden ayrılmış olan bu kuralların hukuk, din, görgü (muâşeret) ve ahlak biçiminde gruplara ayrıldığı bilinmektedir.

Bunlardan "ahlâk"ın karşılığı sözlüklerde "huy, karakter, mizaç, tabiat" olarak verilmektedir¹. Öte yandan ahlak, bir toplumda iyilik ve kötülük konusunda oluşan değer yargılarına göre yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünü biçiminde tanımlanabilir². Ahlak deyimi bazen, toplumda kabul edilip benimsenen ve insanların davranışını düzenleyen kuralları anlatmak için kullanılır.

Belli bir dönemde, toplumun hiç olmazsa çoğunluğunca benimsenen ve uygulanan ilkeler, ahlakın kapsamını meydana getirmektedir³.

İbn Haldun, bedevi/hazeri (barbar/uygar) yaşam biçimleriyle ahlaki değerler arasında sıkı bir ilişki görmekte, birinden ötekine geçişte bu değerlerin de değiştiğine dikkat çekmektedir. Düşünür, göçebe, tarımcı göçebe ve kırsal kesim halkının(bedeviler), uygar yaşam sürdürenlere(hazerilere) göre daha ahlâklı olduğu sonucuna varmaktadır. Ona göre iyi huylar edinme konusunda göçebelik ve kırsal yaşam, kentsel yaşamdan daha elverişlidir⁴.

Bu makalenin konusu İbn Haldun'un⁵ "Mukaddime"sinin ikinci bölümünde incelediği "bedeviler"nin, yani

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı, Örnekleriyle Türkçe Sözlük 1 A-E, MEB yay., Ankara 1995, s.56.

2 BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavramı ve Kuralları, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

3 GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Dördüncü Baskı, AÜHF yay., Ankara 1996, s.13.

4 İBN HALDUN, Mukaddime I, Çev. Turan Dursun, 1. Baskı, Onur yay., Ankara 1977, s.299.

5 İbn Haldun (1332-1406). Asıl adı Abd al-Rahman İbn Muhammed olan İbn Haldun, İspanya'nın Seville kentinden göç eden yüksek sınıftan bir ailenin çocuğu olarak Tunus'ta doğmuştur. Ataları, Yemenli Araplardan olup İspanya'nın İslâm egemenliğine geçtiği ilk yıllarda (8'inci yüzyılda) İspanya'ya yerleşmiştir. İbn Haldun İktisat, hadis ve Arap dili ve edebiyatı ve aklı bilimlerde geniş bilgi sahibi olmuş, ayrıca çeşitli idari görevler olarak tecrübelerini arttırmıştır. Onun "sosyoloji ve tarih biliminin habası ve kurucusu" olarak anılmasına neden olan ünlü "Mukaddime" adlı eserini 1378 yılında tamamlamıştır. Daha sonra Tunus'taki kütüphanelerden de yararlanarak (Kitab-el İberî adlı tarihini dört yıl içinde bitirmiş, 1382 yılında gittiği hacdan dönüşünde Mısır'a yerleşmiş ve (Kadılar Kadısı) olmuştur. 17 Mart 1406 yılında Kahire'de ölen ve orada toprağa verilen İbn Haldun'un yaşam öyküsü konusunda daha geniş bilgi için bkz. Encyclopedia of Islam, C.III,(London:Luczac and Co. 1971), s. 825-831; ROZENTHAL, Franz, "İbn KHALDUN", New Catholic Encyclopedia, C.VII, (The Catholic University of America-Washington 1981), s.315-316; UNAT, Zakir Kadiri, "Önsöz", İbn Haldun, Mukaddime, C.I, MEB yay., İstanbul 1990, s.I-VI; FİNDİKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, "Metodoloji Nazariyeleri", İctimaiyat, C.II, 3. baskı, İÜİF yay., s.55-58; HASSAN, Ümmü, İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi, 2.baskı, Toplumsal Dönüşüm yay., İstanbul 1998, s.122. dn.52; İBN HALDUN, Mukaddime, Çev. Turan Dursun, C.I, Onur yay., Ankara 1977, s.36 vd.; Encyclopedia Britannica, C.XI, İbn Khaldun maddesi; İBN HALDUN, Mukaddime, Hazırlayan Süleyman ULUDAĞ, C.I, İstanbul 1982, s.17-68.

10 Bilimsel görüşlerin/soyut kuralların olaya ve kişiye uygulanması halinde beliren sakıncalar karşısında gerekli değişim ihtiyacı belirlediği; ve bunun en belirgin kanıtına da Prof. N. Kunter'in eserinde tanık olunmuştur.