

Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler

Abdullah Dinçkol

I. Karar Verme Süreci

1. Genel Olarak

Her toplumun mutlaka bir hukuk sistemine ihtiyacı vardır ve bu hukuk sisteminin asli fonksiyonlarından birisi, sorunları çözmek anlaşmazlıklara karar vermektir.¹ Bu süreçteki önemli noktalardan birisi ise, hüküm aşamasında kullanılmış olan prosedürlerin, muhakeme usulünün yeniden incelenmesi meselesidir. Bu sonraki işlem, hukukun hemen hemen en şaşırtıcı, anlaşılması güç ve tereddüde sevk edici problemlerinden birini ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu sorunun hukuksal platformda yeterince incelendiğini söylemek oldukça zordur. Wasserstrom'un ifadesiyle, "Bir hukuk sistemi tarafından davalara karar verilmesi veya verilebilmesi ile ilgili prosedürlerin kontrol görevinin, (...) genellikle ihmal edilmiş olduğunu keşfetmek, oldukça şaşırtıcı ve hayret vericidir."² Çoklukla yargılama sürecinin mahiyeti sarıh ve titiz analize tabii tutulur, araştırmanın açıklaması ise genellikle normatîf olmaktan çok, ampirik olur. Her birinin kendine ait nüfuzu bulunan mahkemeler, kendilerine yapılan başvurularda, çalışmalarını çeşitli kriterlere göre yaparlar ve hakimin kararının yönlen-

dirilmesinde, o farkına varmaksızın sık sık çeşitli faktörler etki eder. Fakat arzu edilen, istenen bir karar prosedürünün nasıl meydana getirileceğine ilişkin soru ortaya atıldığı zaman, sadece dolaylı olarak cevaplandırılır.³

Optimum karar prosedürünün nasıl meydana getirileceği sorununun doğru- dan konuşulmasının eksikliği sebebiyle, arzu edilen bir karar prosedürünün uygun bir açıklama ve kaymetlendirilmesi, oldukça zordur.⁴ Bu açıdan öncelikle yakın zaman hukuk felsefecilerinin bazıları- nın, bu konudaki çeşitli görüşlerini kısaca belirtmek ve tarihsel gelişime bakmak ye- rinde olacaktır.

2. Hâkimin Karar Verme Sürecine İlişkin Görüşler

Yeni hukuk bilimi ile ilgili hareketler esna- sında, neye önem verildiğinin, neye itibar edildiğinin, neyin ölçü alındığının gelişiminin hikayesi, 20. yüzyıl içinde hukuk felsefesi tarihinin çoğunda genel terimlerle açıklanmıştır. Tarihi hukuk bilimi ve analitik doğal hukukun "daha eski" ilk teşebbüslerinden memnuniyetsizlik ve her şeyden önce "mantıksal", "kavramsal" veya "mekaniksel" hukuksal karar yapma prosedürünün benimsenmesi, hukuk fel-

sefecileri ve hukuk öğreticilerinin legal düşüncede değişiklikler istemesine yol açtı. Avrupa'da "serbest karar" teorisi ve bir "yararcı hukuk bilimi" okulu şöhretini yükseltti, bir sosyolojik veya pragmatik hukuk bilimi çağrısı, oldukça yüksek ve güdültülü idi.⁵

A— Kavramsal Teori

"Mekanik",⁶ "phonographic", "slot machine", "formalistic", "orthodox"⁷ olarak çeşitli isimlerle anılan "kavramsal" (conceptual) teoriye göre, hakimler; doktorlar veya bilimciler gibi, ihtisaslaşmış bilgilerini, hukuksal anlaşmazlıkların cevaplarını bulmak için kullanan yetiştirilmiş teknisyenlerdir. Hüküm verme; politikadan, yasama ve yürütmeden kesinlikle ayrılmıştır. Politik güçler, kuralların ne olduğunu tayin ve tespit ederler, hakim sadece verilen, tespit edilmiş olan kuralları gerçeklerle, somut olaylara tatbik eder. Eğer hakim, yeni ortaya çıkan ve hiç bir kurala uymayan bir durumla karşılaşır; kıyas ve mantık usulü ile nasıl bir kural uygulanması gerekeceğini keşfeder, ortaya koyar. Bu takdir biçmeye, sadece bu takdir kullanmaya kural yaratma denilebilir. Bazı yorumcular daha bile ileri gitmektedirler. Onlara göre, yargılama süreci, kendi dinamikleri ile kendi kendine yeten bir dünyadır ve politik sistemden tamamen ayrılır. Ancak bunlar bile, legal kurallar ve yargısal kararların politik toplum ile ilişkili olduğunu kabul ederler. Yine de, hakimler ve onların uyguladıkları hukukun toplumda yarışan çıkarlar arasında tarafsız olduğunda ısrarlıdır. "Hâkim, toplumun değerlerinin sözcüsüdür, sadece onu (toplumu) yönetenlerin arzularının değil."⁸

B— Serbest Hukuk Okulu

Bu okulun önderleri sayılan müellifler arasında, etkisi bakımından en önde gelen kişi Rudolf von Jhering idi. 1877'de yayınladığı "Hukukta Gaye" adlı eserinde, hukukun soyut hakları sınırlandıran bir sistem değil, toplumda çarpışan çıkarları uzlaştırmaya mahsus bir sistem olduğunu belirtmiştir. Jhering'e göre, hukuk mefhumları, kendiliklerinden yaratıcı bir kudrete sahip değildirler. Bir hukuksal prensip diğerinden mantıksal çıkarsama yolu ile elde edilemez. Bu yolla yaratılmış olan hukuksal kavramlar evreni, kendi kendine asla yeterli değildir. Toplum hukukçudan kendi ihtiyaçlarını tefsir ve tayin etmesini bekleyemez.⁹ Toplumu yaşatan ve işleten güç ise, beşeri irade yani toplum üyelerinin birbirine zıt gayret ve faaliyetleri, çıkarları arasındaki çatışmanın toplamı olan milyonların iradesidir.¹⁰ Toplum bu beşeri iradeyi hukuk aracılığıyla disiplin altına alır, çarpışan çıkarları hukuk aracılığı ile uyumlu kılar. Her hak hukuken korunan bir çıkardır. İşte hakkın temelini oluşturan bu çıkar kavramı, onu hukukun gayesini aramaya yöneltir. Bu gaye de toplumun yaşam koşullarının güvencesini devlet cebri ile gerçekleştirmektedir. Hukukun rolü de, bu toplum koşullarını karşılamak ve gerçekleştirmektir.¹¹ Böylece Jhering'in hukukun mahiyetinden ziyade, gayesi ve fonksiyonu üzerinde durması ile, hukukun yaşamla ilgisi ve temasının sağlanması hususunda yeni bir çığır açılmıştır.¹²

Serbest hukuk okulunun ilk temsilcisi sayılan ise, Avusturyalı Eugen Ehrlich'tir. Yasada boşluk bulunmadığına ilişkin gene kural ilk önce onun tarafından esaslı ve cesur bir eleştiriye tabi tutuldu. Ehrlich'e göre, yasa nerede ki bir hüküm ifa-

de etmez ve yorum yoluyla da böyle bir hüküm bulunamazsa; orada bir boşluk vardır. Bu boşluk "hak ve nasafet"¹³, "ex bono et aequo" mülâhazaları altında doldurulmak lazımdır.¹⁴

Daha sonraları, Géný¹⁵ ve Lambert, Fransa'da buna benzer fikirler ileri sürdüler. Franz Adickes ise, karar vermenin akıl işinden ziyade kalp ve karakter işi olduğunu söylüyordu.¹⁶

Serbest hukuk okulu, çeşitli eleştirilere uğramıştır. Başlıcaları şu şekilde belirtilebilir:

Bu görüşe göre, hakim serbest takdiline yani kendi hükümlanlığına ve kontrolü caiz olmayan hukuki duygusuna dayanarak hüküm verir. Bu durumda hukuk güvenliği ortadan kalkar. Her hüküm sonuçta duygu meselesi olunca, yasanın ve ilmin mevcut olmadığı ilkel zamanların bulunduğu noktaya geri döneriz. Hukuku uygulamayacak, kendiliğinden hakkın ne olduğunu söyleyecek olan hakim ile yasa arasındaki sınır silinecek, hakim kanun koyucu olacaktır. Bu da ana-yasa hukukunun esaslarına bir tecavüz teşkil eder. Hakimin serbest kararı, her bireyi hakimin keyfine teslim eder. Böylece bu kudret, yasanın gücü yerine, hakimliğin mutlakiyetini doğurur.¹⁷

C— Yararcı Hukuk Okulu

Almanya'da Jhering ile başlayan serbest hukuk veya hukukun serbest bulunuşu akımı, Kantorowicz¹⁸, Adickes, Schlossmann, Köhler, Bülow¹⁹ tarafından geliştirildi ve P. Heck, M. Rümelin, P. Oertman ve H. Stohl tarafından temsil edilen "Menfaatler İttihadı Okulu"na kadar uzandı. Okulun ana gayesi, hakimleri sıkı sıkıya yasalara bağlılıktan kurtarmak, gerektiği yerlerde onlara yardımcı olmak

üzere hukuk bulma metodları sağlamaktır. Okulun kurucularından Heck, kavramcı teorisinin "müfrit dedükif metodu-nun" ve bu metodun sonucu olan tam, mükemmel ve boşluksuz yasa anlayışının sakatlığını ortaya koymuştur.²⁰

Heck'e göre, yararcı okul nazariyesi, hukukun pratik gayelerine hizmet etmek üzere meydana getirilmiş bir metodlar bütünüdür. Başlıca gayesi de hakime kazai faaliyeti rehberlik etmektir.²¹ Hakimin rolü, yasa koyucuya toplumda çarpışan çıkarların değerlendirilmesinde zeki bir yardımcı olmaktır.²²

Okula karşı eleştiriler, yargı erkinin yetkisini aşarak yasama erkine müdahale edebileceği ve hakimin toplumda çarpışan yararları, toplum gerçeklerini kendi öngörüsü ile değerlendirmesinin tehlikeli bir sübjektivizme yol açabileceği noktalarında birleşmektedir.²³

D— Realistlerin Görüşleri

Yargılama sürecinin kavramsal teorisi, geçen yüzyılın sonlarına doğru ve bu yüzyılın içinde büyüyen bir eleştiri ile karşılaşmıştır. Saldırı, bir çok kaynaktan ve bir çok farklı yazardan gelmiştir. Teoriye şüphe ile bakanların farklı türdeki incelemeleri çok geniş bir çeşitlilik arz eder, çoğu birbiri ile çelişir. Bu sebeple onların görüşlerini istikrarlı ve tutarlı bir bütün olarak ortaya koymak çok zordur. Genellikle "hukuki realistler" adı altında gruplandırılırlar. Ancak bu gruplandırma içine "kural şüpheciliği—rule scepticism" olarak anılan ve hukuki realizm ile yakın ilişkileri bulunan ekstremist görüşler de dahil olmaktadır.²⁴ Realistler terimi, en geniş anlamında geleneksel analiz şüphecilerinin tamamını kapsamaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, tüm görüşleri

etrafıca belirtme gücü ve bunun da araştırmacının hacmi ve amacı bakımından gerekli olmaması sebebiyle üç temel itidii-ayı kısaca şöyle ortaya koyabiliriz:

a – Hukuksal kurallar, yargısal kararları tayin etmez

Bu konuda önde gelen Amerikan hukukçu yazarlarından Llewellyn şunları söylemektedir: "Kuralların davalara karar vereceği teorisinin bir yüzyıl süresince sadece kütüphane hükmü altında kalmış münevzeleri değil, hakimleri de faka basırdığı görülmektedir".²⁵ Kirchheimer ise, şöyle ifade etmektedir: "Hâkimin alışkanlıkla hukuka uymaya istekli olma durumunu, yarı açıklayıcı yarı savunucu referans, olsa olsa keyifli bir koruyucu önlemdir, en kötüsünde ise onun sosyal süreç içindeki rolünü anlamadaki isteksizliğini gösterir".²⁶

Bu nokta demek değildir ki, hukuk kurallı yoktur veya hukukun isteklerine karşı daima bir şüphe vardır. Onlar sadece hangi kuralların yargısal kararları tayin edeceği sahası ile ilgilidirler. Hukukun insan ilişkilerini büyük ölçüde düzenlediği açıkça ortadadır. Pek çok kişi, yapıları sözleşmelerin, mahkemeler nazarında geçerli, uygulanabilir ve gerektiğinde yerine getirilebilir olmasını arzu etüklerinde ne yapmaları gerektiğini bilirler. Hukukun pek çok soruna nispeten sarıh cevaplar getirmesinden beri; meselelerin hakim önüne götürülmesinin gereksizliği, pek çok hukuki çatışma ve uyuşmazlığın mahkemeye gitmesine ve dava açılması na engel olmaktadır. Bundan başka, genellikle hakim hangi kuralın uygulanmasının gerekeceğini değil, "kimin", "kime", "ne yaptığını" tayin etmek için "ne olduğunu" sorar ve diğer örneklerde, özellikle

yargılama seviyesinde, hakim fonksiyonu, üzerinde hiç ihtilaf bulunmayan bir kuralın uygulanmasını meşru kılma işlemidir. Hâkimin böyle bir davada, tamamen yerleşmiş bir kurala aykırı karar vermesi olanaklı değildir. Eğer böyle yaparsa, onun kararı uzun yaşayamayacaktır. Bu anlamda, yani yerleşmiş bir kuralın uygulanmasında o, takdir veya seçme hakkına sahip değildir ve kural ona bir rehberlik sağlamaz.²⁷

Bununla birlikte, hakim bir uyuşmazlığı çözmesi gerektiği ve hangi kuralın uygulanacağı hususunda bir anlaşmazlık olduğu zaman, yargılama usulünün geleneksel açıklaması yanıltıcıdır. Bu açıklamaya göre, hakimler anayasalara, yasalara, nizamnamelere yani yazılı hukuka veya emsal kararlara bakarlar ve anlaşmazlığı çözecek uygun bir kural bulurlar. Fakat, birbirleri ile çatışan emsaller ve kesin olmayan örneklerin uygulanabileceği sonsuz çeşitlilikte somut olaylar mevcuttur. Anayasalar, yasalar yani yazılı hukuk bunlara kesin bir rehberlik sağlamaz.²⁸ Bu durum hukuk kurallarına ve eski kaziyelere karşı şüphe yaratmaktadır. Bu hususların şüpheli bir tutumla yeniden ele alınıp incelenmesi, realistlerin başlıca fonksiyonlarından biridir.²⁹

Böylece realistler, dikkatlerini eski nazariye ve teorilerin eleştirisine ve kitaplardaki hukuktan çok işlemekte olan hukuka, yani kazai faaliyete çevirmişlerdir. Bunun sonucunda da, mahkemelerin ve hakimlerin incelenmesi önem kazanmıştır.³⁰

b – Hâkim hukuk yapar ve yapmalıdır

Hâkimin hukuk yaratması, onun uygun-suz ve yanlış hareket ettiğini göstermez. Böyle bir hukuk yapımı, onların asıl gö-

revlerinin, asıl fonksiyonlarının doğasında mevcuttur. Llewellyn'e göre, hakim "doğru veya yanlış, adil veya gayri adil kararı, hukuku meydana getirecektir..."³¹ Bir hakim, herhangi bir hukuk davasına taraf olanlar arasında yansız olabilir fakat, sonuç olarak bir tarafı seçmek durumundadır. Bu ayırt etmede bir hakim seçimi ile bir diğerinin seçimi arasındaki fark, onların teknik hukuk bilgilerinden değil, fakat davada mevcut olan çatışan çıkarlara verdikleri farklı cevaplardan ileri gelir.³² Bu arada kabul etmek gerekmektedir ki, hakim hukuk yapması, onun arzu ettiği her hukuku yapmakta "özgür" olduğu anlamına gelmez. Belli değerler, şartlar ve sınırlamalar bu seçimi yaparken rol oynarlar.

c – Kararlar hakim kişisel seçimi değildir, keyfi veya tesadüfen oluşmamışlardır.

1930'ların bazı "Amerikan Realistleri", yargısal kararların; "hukuk uzmanlarının" kişisel özellikleri tarafından belirlendiğini söylemişlerse de,³³ çoğu yazarlar, emsallere kişiseliliğin eklenmesinin esas itibarıyla yargısal süreci kavramamızı ilertmeyeceği sonucuna varmışlardır. Kanuni yönlendirmeler, geleneksel usuller, yargısal rolün istekleri ve yargılama prosesüsü ile politik sistem arasındaki örgütsel ve politik bağlanılar, yargısal karar yapmaya sınırlar koyar ve ona bir yön verir.³⁴

Şunu da belirtmek gerekmektedir ki, madem hakimler yarışan değerler arasında zaruri olarak seçim yapmak zorundadırlar, öyleyse bu gibi seçimleri yaparken gerçeğin farkında olmalılar, bu seçimleri istinat ettirecek bilgiyi edinmeli ve söz konusu seçimlerin sosyal sonuçlarının ar-

zu edilir, beğenilir olması endişesini taşımamalıdır.³⁵

3. Hâkimin Karar Verme Süreci ve Sosyal Gerçek

Hâkimin karar verme sürecine ilişkin bütün görüşler dikkate alındığında aklımıza şöyle bir soru gelmektedir. Acaba hakim, kendisinden başka bir makamın koyduğu emirleri, tâbi olanlara bildirmeye veya uygulamaya memur pasif bir araç, otomatik bir adalet dağıtıcısı mı olacaktır? Yoksa, yasa koyucunun düsturlarında ifadesini bulmuş hukuku, bazen ondan daha etrafı şekilde anlayacak, onun ihtiyarlamış ifadelerine bir gençlik ruhu aşılayacak, onun unuttuğu ve hatta tahmin edemediği problemleri onun yerine geçerek uygun çözümlere bağlayacak bir hukuk yaratıcısı mı olacaktır?³⁶

Toplumsal gereksinimleri karşılamak hedefini güden her türlü düzenleyici metin, bir süre sonra toplum yaşamındaki değişim ve gelişmelerin gerisinde kalabilmektedir.³⁷ Bunun sonucunda da, söz konusu gelişim ve değişimlerin içinde meydana geldiği toplum dediğimiz organizmayı örgütleyen öğelerden ve bu öğeler arasındaki ilişkilerden oluşan sosyal gerçeklik³⁸ ile, yasalara hapsedilmiş hukuk arasında bir uçurum doğmaktadır. Hukuk, sadece yasama işlemleriyle yaratılmaz. Yasama çalışmaları, toplumda kendiliğinden çeşitli faktörlerin sonucu oluşan hukukun bir bölümünün sadece resmi ağızlarından ifadesidir. Yasama çalışmalarının sonucu ortaya çıkan metinlerde ifadesini bulmuş normları *tek başına* hukuk olarak anlamak ve kabul etmek olanaksızdır.³⁹

Öte yandan, günün bütün sosyal, kültürel, ekonomik, siyasal ve diğer ilişkileri-

ni saptamak olanak içinde olsa bile, çok uzak olasılıkları önceden keşfetmek mümkün değildir. Kaldı ki, buna girişmek tehlikeler yaratır. Olayların oluşumu engellenemez, toplumsal değişim durdurulamaz. Bu toplumsal değişim metinlerle, sosyal gerçek arasında devamlı bir uzaklaşma doğurur. Bu uzaklaşma ve açıklık kapatılmazsa, sosyal sorunlar ve bunalarının çıkması önlenemez. Yasa kuralları ile sosyal gerçek arasındaki boşluğun doldurulması yasama çalışmaları ile sağlanmadığı sürece, bu sorunun çözümü hakim tarafından gerçekleştirilecektir.⁴⁰ Kaldı ki, yasal düzenlemelerdeki sözcükler zaman dışı, yaşamın gelişiminden çözülmüş, bağımsız, bizzat bir amaç değildirler. Onlar hukuksal düzenlemenin aracıdır, yoksa bizzat düzenlemenin kendisi değildir. Bu sözcükler ve kavramlar, hukuksal yaşama uygulanmalarında, sürekli olarak düzeltilmeye ve geliştirilmeye muhtaçtır. Donmuş kalıp olarak sözcükler çok kez, ne değişen yaşam koşullarına, ne de değişen yaşam değerlerine uyabilir. Bunun için kavramların üzerinde ve arkasındaki yasal düzenlemenin anlamı (ratio legis) araştırıp bulmak, tek tek hukuk kavramlarının kölesi durumuna düşmemek gerekir.⁴¹ Bu yüzden, bir yasayı yorumlamak durumunda olan hakim, onun anlam ve amacını (telos'unu) aramak durumundadır. Yasanın, normun, bu anlam ve amacı denilen şey, onun yürürlüğünün temelidir; onu hukuk yapan, hukuk olarak onanmasını sağlayan budur; yorum sırasında, yasada hukukun aranıp bulunması gerekir. İşte bu konuda da, yasaları geniş, serbest, insani, bütün bir sosyal anlayışla uygulamasını, böylece hukuku geliştirmesini bilen hukukçulara⁴² ve öncelikle de hakimlere ihtiyaç bulunduğu tartışmasızdır.

Bir hukuk kurumu durumunu almış olan olgular öncelikle bir sosyal olgudur. Bunların da bir tarihi ve bu tarih içinde bir değişimi vardır. Örneğin aile kavramının gelişim ve değişimi her toplumda aynı olmamış,⁴³ bu farklılık onun sosyal bir olgu olduğunu ortaya koymuştur. Değişik tarihi dönemlerde başka başka hukuksal düzenlemeye tabi tutulmaları da, sosyal gerçeklikteki değişikliğin hukuka yansıdığını göstermektedir. Örneğin Türk aile yapısı, tarihsel süreç içinde çok farklı hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. İslam hukukunun uygulandığı dönem Cumhuriyetle sona ermiş; Türk Medeni Kanununu, aile kurumunu yeniden düzenlemiş, çok eşliliği ortadan kaldırmıştır. Nesep durumu da yeniden düzenlenmiş, başlangıçta evlilik içi birleşmeden doğan çocuklarla evlilik dışı birleşmeden doğan çocukların hukuksal statülerinin farklı olması esası benimsenmiş, ancak daha sonra bu statü farklılığı bertaraf edilmiştir.⁴⁴ Kadının toplumdaki yerinin değişimi yolundaki istemlerin yükselmesi ile de, Medeni Kanunda gerekli düzenlemelerin yapılması çalışmaları ivme kazanmıştır.

Aile yapısında oluşan değişiklik hukuk kuralları ile takip edilmelidir. Aksi takdirde sosyal gerçeğin oluşturduğu aile değerleri ile, hukuk kuralları uzlaşmaz, hatta çatışır. Bu ise, toplumun temelini oluşturan kurumlardan birisi olan ailenin ve buna bağlı olarak toplumsal yaşamın sarsıntıya uğraması olasılığını yaratır. Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan 41. maddede, "Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uy-

gulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" denilmektedir. Yine Anayasanın, 42, 50/2, 61/4, 49, 50, 56, 57, 58, 59, 61. maddeleri ile ilgili esaslar, aynı zamanda ailenin korunmasına yönelik amaçları göstermektedir. Çamız devleti bir yandan aileden önemli bazı isteklerde bulunmak, diğer yandan aileye karşı sorumluluklar yüklenmek şeklinde farklı kapsamlı iki ilkeyi benimsemiş bulunmaktadır. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, çoğulcu demokratik devlet görüşü, aileyi tamamen devletin emrindeki bir sosyal birim saymak eğiliminden uzaktır.⁴⁵

Hâkim tarafından bir boşanma davasında ailenin, evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını ölçmek ve ona göre karar vermek, aile kurumunun günümüzde ve toplumda kazandığı şekil ve yapıyı bilmek, günümüzün sosyal ve ekonomik şartlarının sosyal ilişkileri nasıl etkilediğini incelemekle mümkün olabilir.⁴⁶

Kiracı—kiralayan arasındaki ihtilafların çok büyük boyutlara vardığı günümüzde, bir tahliye davasında, haklı tahliye sebeplerinin bulunup bulunmadığının saptanması için, kendeşme olgusunun, günün ekonomik koşullarının, konut açığı sorununun ekonomik ve toplumsal boyutlarının hakim tarafından bilinmesi gerekmektedir.

Genellikle açıklanmaya çalışıldığı gibi, hukuksal düzenlemeler sosyal gerçeği geriden izlerler. Ancak, bunun tersi uygulamalara da rastlanmaktadır. Örneğin, önce 1945 tarihli ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve daha sonra da 19 Temmuz 1973 tarihinde yürürlüğe giren 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu gereğince, topraksız çiftçi tarafından toprak edinilebilmesi için evli ol-

ma, yani bir aile sahibi olma şartının aranması, kırsal kesimde yıllardır tam ve sağlıklı olarak uygulanamayan resmi evlenme akdinin, bazı yörelerde daha yaygın hale gelmesine sebebiyet vermiştir. Daha önce resmi evlenme akdi bulunmayanların, arazi alabilmek için, derhal bunu sağlamak cihetine gittikleri, buna bağlı olarak evlenme oranında bariz artışlar görüldüğü ve sosyal yapıda değişiklikler meydana geldiği saptanmıştır.⁴⁷ Bu örnekte de, hukuk, sosyal gerçeğin önüne geçmiş, sosyal gerçek onu izlemiştir. Öte yandan, arazi tahsisinden yararlanmak için yakın akrabalarıyla şekli evlilik yapanların, bilahare boşanma yoluna gittiklerine de rastlanmıştır. Böyle bir boşanma davasında karar oluşturabilmek için hakimin sosyal yapıyı yeterince tanıması gerekmektedir.

Bütün bu açıklamalar ve örnekler, bir sosyal olgu olma niteliğini de taşıyan hukukun, çok geniş bir kapsamının bulunduğu, çağdaş hukuk anlayışının hukukçuya ve yargılamaya yapıp karar vermek durumunda olan hakime, hukuku bilmek yanında, hukuku oluşturmak görevini de yüklediğini göstermektedir. Erem'in dediği gibi, hakime "canlı kanun" demek hatalı olmaz.⁴⁸

Ancak öte yandan, bir diğer sorunla karşı karşıya kalmaktayız. Hâkim, karar oluşturma aşamasında, sosyal gerçekle hukuksal düzenlemeleri yakınlaştırma çabası içine girdiğinde⁴⁹ — ki sosyal değişimi, hukuksal düzenlemelerin (yasama çalışmalarının) geriden izlemesi bu zorunluluğu her zaman var edecektir — göz önünde bulunduracağı genel ilkeler ne olacaktır? Bu sorunun cevabı olacak ilkeler ortaya konulmazsa, o zaman hakimlerin yasama organının yerine geçmesi, kişilerin, haklarında uygulanacak kuralları önce-

den bilememesi gibi sakıncalar ortaya çıkar. Bu sakınca sosyal gerçek ile hukuk normları arasında çatışma kadar ve hatta ondan daha çok yıkıcı ve bunalmı getirir.⁵⁰

II. Karar Verme Süreci ve Hâkimin Göz Önünde Bulunduracağı İlkeler

Bir davaya karar verirken hakim tarafından hangi hususların göz önünde tutulacağını araştırılması, hukukçuları oldukça meşgul etmiş ve bu konuda çok çeşitli araştırma ve eserler ortaya konulmuştur.

Bu husustaki ilk ve önemli araştırmalardan birisini yapan ve bu yolla modern hukuk ilmine oldukça büyük katkılarda bulunan Amerikalı hukukçu Benjamin Nathan Cardozo'nun görüşlerine kısaca bakmanın yararı olacağı açıktır.

1. Benjamin Nathan Cardozo ve Görüşleri

Amerikan hukuk düşüncesinde yargılama faaliyetinin ve mahkemelerin fonksiyonunun sosyolojik açıdan ele alınışı Cardozo ile başlamıştır denebilir.⁵¹

"The Nature of the Judicial Process"⁵² adlı kitabının giriş bölümünde şu soruları kendi kendine sormaktadır: "Bir davaya karar verirken yaptığım nedir? Önderlik etmesi (yol göstermesi) için ne gibi bilgi kaynaklarına müracaat ederim? Onların sonuca ne ölçüde katılmalarına (ne ölçüde sonuçta pay sahibi olmalarına) izin veririm? Ne ölçüde iştirak etmeleri gerekmektedir? Eğer uygulanabilecek bir örnek varsa, ne zaman onu takip etmeyi reddederim?"

bilirim? Eğer uygulanabilecek bir örnek yok ise, gelecek için bir emsal oluşturacak bir kurala nasıl ulaşabilirim? Eğer mantıksal uygunluğu, hukuksal yapının simetrisini araştırıyorsam, onu nereye kadar arayacağım? Hangi noktada bazı çelişik örf ve adetlerden, bazı sosyal refah düşüncelerinden, kendime ait veya alışlagelmış, toplumsal adalet ve ahlak standartlarından etkilenecek ve tereddüde düşeceğim? Mahkeme kararlarında günlük hazırlanan bu acaip bileşimin içine bütün bu unsurlar çeşitlendirilmiş oranlarda girmektedirler (...)"⁵³

Bu sorulara cevap arayan Cardozo, önüne gelen bir ihtilâfta hakim, önce yasa ve kurallara bakmasını ister. Ancak eğer kurallar açık değil veya yasada boşluk varsa, sosyal refah ve menfaat düşünceleri uğruna, kural ve emsallere bağlılıktan vazgeçilebilir. İşte burada hakim, toplumun hayrını ve taleplerini karşılayacak hukuku yaratıcı bir faaliyette bulunacaktır.⁵⁴ Bu konuda şöyle demektedir: "(...) Ben, hakim, yarattığı hukuku, hayatın yaşayan gerçeklerinden birisi olarak kabul ederim (...). Hâkim sadece kürsüde oturmanakta; fakat bir yapının gücünü elinde bulundurmaktadır (...)"⁵⁵ Aslında kanun maddeleri ve örnekler, hukukun ilk ve son kaynağı değildirler; asıl kaynak, bu örnek ve kuralların gerisinde kaynaşan çeşitli ilişkiler, alışkanlıklar ve değer ölçüleridir.⁵⁶ Hâkim, hukukun temelini oluşturan söz konusu değer ölçülerini, toplum içinden arayıp bulacak ve hükmüne dayanak yapmadan önce de onları değerlendirecektir.

Öte yandan, zamanın ihtiyaçları, değişen hayat şartları hukuku daima değişmeye zorlayacağından, hakim hukuk kaidelelerini zaman zaman kontrole tabi tutup ga-

yesine hizmet edip etmediğini, toplumda değişen ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığını araştırarak.⁵⁷ Kültürlü iyi bir hakim, toplumda bulunan ve temelini oluşturan değer ölçülerini, bu değerleri yaratan menfaatleri derecelendirebildiği nispette adaleti ve dolayısıyla kararlılık ile gelişme arasındaki ahengi sağlayabilecektir.⁵⁸

Cardozo'nun modern hukuk ilmine ve realistlere en büyük hizmetlerinden birisi de, kazai faaliyette, dolayısı ile hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde şuuralı, yani psikolojik elemanların rolünü ortaya koymasıdır. Bir ihtilâfın etrafında toplanan kişilerde, ister hakim, ister davalı veya davacı olsun, şuuralı sevgi, nefret peşin hüküm, tercih gizli arzu ve insiyaklar mevcut olup, doğrudan doğruya veya dolayısıyla kazai faaliyeti etkilemektedir. Bu durum bilhassa hakim yönünden önemlidir. Şu halde hakimleri insan zihnini ve sükunetini karıştıran şuuralı eğilim ve cereyanlardan haberdar kılarak, adaleti soğukkanlı, objektif ve gayri şahsi bir şekilde gerçekleştirmelerini sağlamak gerekmektedir.⁵⁹

2. Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu

A- Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması

a) Hüküm Verme Olgusu

Ruh olaylarını inceleyen ve onların bağlı oldukları yasaları bulmaya çalışan psikoloji ilmine göre hüküm, iki kavram arasında ilişki kurmak veya kurmamaktır. İki kavram arasındaki ilişki önce kavranır, sonra bu ilişkinin varlığına veya yokluğuna inanılır. Böylece bir hüküm meydana çıkar.⁶⁰ Psikolojik yönden insan zekâsı-

nın bir faaliyeti olan hüküm, esas olarak olumlu veya olumsuz bir iddiayı ifade eder. Bir düşünce içinde birbirinden ayrılabilen ne kadar iddia varsa, o kadar da hüküm vardır demektir.⁶¹

Hüküm kuşkudan kesinliğe doğru uzanan bir yol izler. Hükümden önce bir kuşku vardır. Düşünce kesinleşmeden evvel, "evet" ve "hayır" arasında tereddüt eder. Hüküm bu tereddüt ve kuşkuyu yener. Kuşku devam ediyorsa, henüz bir hüküm verilmemiş demektir. Kuşkunun yenilmesi, yerini inanışa terk etmesi demektir. Bu inanış, varılan hükmün doğruluğuna, hakikat oluşuna inanıştır. Gerçekten de, hakikat bir kuşkudan doğar. Yani düşünce ancak analiz vasıtası ile senteze varabilir. Hakikate ulaşmak isteniyorsa -ki, bu kuşkunun saf dışı bırakılması değil de yenilmesi anlamına gelir- bir tez ve anti tezin varlığı gereklidir. Hüküm de, bu ikisinin hakikati ifade eden bir sentez içinde birleşmesinden başka bir şey değildir. Öyle ise, tez, anti tez ve sentezden oluşan hüküm, kavram olarak birbirinin zıddı ya da birbirinden farklı olan düşünceleri "birleştirici"⁶² bir özelliğe sahiptir.⁶³

Bütün bunlar göstermektedir ki, "kuşku" zaten kuşku olduğu için hakikatin bir alternatiftir, yani başka ve farklı bir hakikatin mevcut olma ihtimali vardır. Hakikat ise, ancak "tek" olabileceğine göre, kuşkunun kesinliğe, yani hakikate ve teklığe dönüşmesi olan "hüküm" de, sonuçta bir birleştirme ameliyesi olmaktadır. Kuşkunun yenilerek kesinlik haline gelmesi, yani teklık ve birliğe kavuşması, çeşitli ve farklı düşüncelerin tekrar düşünülmesi ile mümkün olabilmektedir. İşte çeşitli hipotezlerin biraraya gelmesinden ve bunların aynı, bir tek düşünce içinde birleşmelerinden "hüküm" doğmaktadır.⁶⁴

b) Karar verme süreci çerçevesinde hüküm verme

aa) Hükümün kolektifliği

Bilindiği gibi, her muhakeme bir kuşku ile başlamaktadır. Kesin ve hakikat olduğu bilinmeyen bir iddia veya istem, muhakeme sürecini başlatmakta ve sonuçta da bu kuşku, savunmanın da katkısı ve yargılayanın koordinasyonu ile yenilmekte, elbirliği ile bir hüküm verilmektedir. O halde muhakemenin görevi hüküm verme olmaktadır diyebiliriz.⁶⁵

Karar verme sürecinin sonunda verilen hüküm de *-ki buna hukuksal hüküm diyebiliriz* - aslında genel anlamda bir hüküm olduğu için, onun bütün özelliklerine sahip olacağı doğaldır. Yani bu da diğeri gibi kuşku yenen, bir tez ve anti tezin varlığını gerektiren, bu sebeple de birleştirici olan bir kavramdır.

Ancak "genel olarak hüküm" bir tek bireyin düşünce alanı içinde var olurken ve söz konusu tez ve anti tez bir tek bireyin zihin çalışması sonucu senteze dönüşürken, yani kuşku bir tek birey tarafından yenilip hakikate ulaşılırken; karar verme süreci sonunda verilen hükümde tez ve anti tez, değişik süjeler tarafından ifade edilmektedir. Bu sebeple de birleştirici mahiyet arzeden hükme (senteze) kolektif bir çalışma sonucu varılmaktadır.⁶⁶ Yani karar verme süreci sonunda hakim verdiği hüküm, bir anlamda tarafların da işbirliği ile gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Hâkimin kararın oluşma sürecinde, süjelerden birinin kendi hükmünü, kanaatini tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirmesi söz konusu değildir. Bilakis, herkesin kendi görüşünü ortaya koyması, bunu münakaşa etmesi ve hakikatin muhakeme ile araştırılarak ortaya çıkarılması,

yani hakikat konusundaki hükmün kolektif olması gerekmektedir. Nitekim bir muhakeme hukuku süjesinin düşüncelerinin, diğer süjelerin düşünceleri ile karşılaştırılma olanağı bulunmadığı takdirde karar verme sürecinin sağlıklı işlediğini söyleyemeyiz. Bu şekilde bir muhakeme yapılmış olsa bile, hakikatin ortaya çıkarılması anlamında bir muhakeme olmayıp, süjelerden birinin hakikat diye kabul ettiği kanaatin, tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirilmesi söz konusu olur.⁶⁷

bb) Kolektif hükmün verilme şekli

Karar verme süreci çerçevesinde hükmün oluşmasının veya kısaca muhakeme yapmanın metodu, hükmün oluşması faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün süjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenebilecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu olanağı sağlayan sisteme "çelişme" denmektedir. Çelişme bir fikir alışverişidir, bir kolokyumdur.⁶⁸ En basit anlamı ile de, muhakeme süjelerinden her birisinin, kendi düşüncesini, karar düşünülme üzere diğer süje veya süjeler önüne arz etmesi demektir. Bir düşünce alışverişine tekabül eden çelişme, süjelerden birisinin zihninde aynı zamanda anti tezin de yaşamasını, tezle bir arada bulunmasını ve sonuçta da bireysel hükümlerden kolektif hükmün doğmasını olanaklı kılmaktadır. Bu şekilde anlaşılan çelişme, muhakeme hukukunda, iddia (savcı) veya davacı; itham edilen (sanık) veya davalı ve hakim arasında yaşamakta, süjelerin karşılıklı olarak kendilerini ve birbirlerini muhakeme etmek suretiyle hakikate, yani hükme varılmaktadır.⁶⁹

Ancak hükmün oluşması sonunda karar verme görevi sadece hakime aittir. Her uyumsuzluğun bir yerde kesin olarak

çözüme kavuşturulması gereği, bunu zorunlu kılmaktadır.⁷⁰

B- Karar Verme Sürecinde Hâkimin Fonksiyonu

a) Hâkimce Kullanılan Yargılama Yetkisi

Hâkim tarafından kullanılan yargılama yetkisinin esası, fonksiyonu onun idari ve yasama prosedüründen nasıl ayrıt edileceği birçok çalışma ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. Son birkaç yüzyılda, bu çalışma politik dağılımda özel bir önem ve normatif bir ilgi ifade etti. Kuvveder ayrılığı doktrini gereğince; yasa yapıcılar için hukuksal karar süreci ile uğraşmak veya hakimler için yasa yapma sürecinin sınırları içinde olduğu düşünülen fonksiyonlara sahip çıkmak yersiz ve uygunsuz hale geldi.⁷¹ Klasik güçler ayrılığı doktrini, politik aktivite dünyasını üç bilinen, mütad bölüme ayırdı. (Bu ayırmada; yasama, yürütme ve yargılama güçlerinin birbirlerine karşı bağımsızlıklarını sürdürebilmesi için neye ihtiyaç olduğu düşünce ve endişesi büyük rol oynamıştır). Yargılama; anayasa yapıcılarının ve yasa koyucularının yarattıkları, yürütme gücünün (yerine getirdiği) zorlama gücünü kullandığı, yasaları uygulama fonksiyonuna tahsis edildi.⁷²

Bugün politika analistleri, bir süreklilik (bir bütünlük) lehine, bu kategorileri tamamen terk ettiler. Bir kutupta yasa yapmaya (normları formüle etmeye) ilişkin yasama süreci ve diğer kutupta idare etmek veya hukuku uygulamaya (normları bireyselleştirmeye) ilişkin idari ve yargısal süreç bulunmaktadır. (Bu kategoriler analitikler ve aktivitelerin, buna tekaül eden, buna benzer isimler altındaki ajanlar tarafından temsil edilmesi zaruri değildir). İdari ve yargısal süreçler ara-

sındaki fark hakkında bazı yazarlar -Hans Kelsen ve Otto Kirchheimer gibi- bu süreçlerin fonksiyonel olarak ayrıt edilemeyeceğinde ve bazı anlaşmazlıkların mahkemeler olarak bilinen birimlere tahsis edileceğinin belirlenmesinin, hemen hemen bir tarihsel oluşum olduğunda ısrar ederler. Roscoe Pound gibi diğerleri ise, farkın büyük olduğunu, idarecilerin, kışkılaştırılmış prosedürleri takip ederek veya legal doktrinlere uygun olarak karar vermeye mecbur olmadıklarını iddia ederler. İdare bu yazarlar tarafından bir güç ve takdir olarak görülür, halbuki hüküm kontrol edilir ve akıldır.⁷³

Hâkimler tarafından yerine getirilen yargılama fonksiyonu ile devletin diğer fonksiyonları arasındaki ilişki⁷⁴ doğrudan konumuzla ilgili olmamakla beraber, şunu da belirtmeliyiz ki; yargılama fonksiyonu ile ilgili tartışma ve onun yasama ve yürütme yanında ayrı bir güç olup olmasına ilişkin sonuç ne olursa olsun, bunun hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı ile bir ilgisi yoktur. Hâkimlerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez şartı olarak bütün uygar ve demokratik ülkelerde benimsenmiş olan bir ilkedir. Bu ülkelerin bir kısmı anayasalarında yargılama fonksiyonunu ayrı bir kuvvet olarak nitelendirmişlerdir, bir kısmı ise ona bu sıfatı tanımamışlardır. Şu halde hakimlerin bağımsızlığı, kuvveder ayrılığı teorisinin bir sonucu olmadığı gibi, bağımsız bir yargı "kuvveti"nin varlığına da bağlı değildir.⁷⁵

b) Karar Verme Sürecinde Hâkimin Fonksiyonu

Çözüme kavuşturulmak üzere, hakim önüne gelen bir sorunda, uygulayacağı hukukun şekillenmiş görüntüleri vardır. Yani bunlar, "(...) belli bir toplumda ve

belli bir zamanda yürürlükte bulunan pozitif hukuk(...)”⁷⁶ içinde yer alan hükümlerdir. Her makul hukukçu gibi hakim önce bunlara başvuracaktır.⁷⁷ Ancak toplumsal yaşam, en güçlü yasa koyucudan daha çok yaratıcıdır. Her yasa, zamanla hissedilen ihtiyaçları karşılamak için düzenlenir. Fakat son derece açık ve genel olmasına rağmen, bir yasa maddesinin, hiçbir zaman olayların karşısına çıkarılabileceği ihtimalleri önceden görmesine olanak yoktur. Bu itibardır ki, yürürlükteki bir yasayı uygulamakla yükümlü olan hukukçu ve doğallıkla en önemli süje olan hakim, sadece dünyanın zaruretlerini değil, bugünün ihtiyaçlarını da hesaba katmak ve kararını ona göre vermek zorunda kalır. Yasada bir açıklık bulunmaması halinde hakimın hüküm vermekten kaçınabileceğini kabul ve destekleyen hiçbir hukuksal rejim yoktur.

Öte yandan, toplum değişip geliştiçe, sosyal ilişkiler daha girift hale girer. Çünkü her tamın edilen ihtiyaç yeni bir ihtiyacın doğumuna neden olur ve erişilen her gaye, ufukta beliren yeni bir gayenin basamağını oluşturur ve sosyal değişim, genellikle hukuksal düzenleme tarafından geriden izlenir. Bu durumlarda, şekillenmiş hukuk çözüm getirmeyebilir. Bu boşluk ve uyumsuzluk çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

- * Problemi çözümleyecek bir hukuk normu yoktur.
- * Probleme dokunan hukuk normu vardır ancak, somut olaya bu normun uygulanması için tefsir ve yorum kurallarına göre, kanunun ruhunun anlaşılabilmesi işleminin yapılması gerekmektedir.
- * Problemle ilgili görülen hukuk nor-

mu, tefsir ve yorum kuralları ile de genişletilse, çatışma ve uyumsuzluk, uyumsuzluk giderilemeyecektir.⁷⁸

Hakimin bu üç noktada dile getirilen toplumsal hayatın gerisinde yürüyen hukuku, günündeki anlayışa göre uyumlaştırılması işlevinde uygulayacağı ilkelerle, bu uygulamanın yöntemi birbirine girmiş bir durum gösterirler. Hukukta ilkelerle yöntem arasındaki zorunlu ilişki, bu iki yön arasında tam bir sınır çizmeyi engeller. Toplumda oluşan ve yaşayan hukuk ile metinlere aktarılmış hukuk arasında bir sorun ve bunalım yaratacak uçurumun var olup olmadığının saptanması ve ondan sonra bu uçurumun kapatılmasının sağlanması gerekir. Bu işlemlerde başvurulacak ilkeler ise şöyle belirlenebilir:⁷⁹

a) *Hukukla gerçek arasındaki diyalektik çatışmayı iyi çözümleyip dengelemek.* Bu denge sayesinde kuralı gerçeğe, gerçeği de kurala feda etmemek, böylece yasaların yeni ve özgün biçimde yorumlanmasını gerçekleştirmek.⁸⁰ Yasa koyucu, bir hukuk kuralını sevk ederken, göz önüne getirdiği muhtemel bir uyumsuzluktan hareket eder ve bu ihtilaf için kendi görüşüne göre adalete en uygun hal çaresini bulur. Fakat bu çözüm, mutlak değildir yani her yerde ve her zaman adil sayılabılır; yasa koyucunun subjektif görüşüne göre çeşitli çıkarlara verdiği değere bağlıdır. Her yasa kuralı demokrasilerde yasa koyan parlamentonun, çarpışan ve çatışan çıkarlara biçtiği değerlerin bir ifadesidir. Şu halde, hakimın yasaya bağlı olduğu ve ancak yasaya uygun olarak hüküm vereceği yolundaki kural, hakimın, yasanın sözüne bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: "Hakim, çarpı-

şan çıkarların sosyal değeri hakkında, yasa koyucununkinden farklı bir hüküm veremez". Ne var ki, hakim bu kurala, ancak yasa koyucunun ilgili madde ile düzenlemek istediği çıkarlar durumunu göz önünde tuttuğu ve çarpışan çıkarlar hakkında biçtiği değeri hatırladığı takdirde riayet etmiş olur. Demek oluyor ki yorumda, yalnız bu bakımdan yasa koyucunun iradesi; daha doğrusu, onun yasa müzakere edilirken etkisi altında kaldığı saikler göz önüne alınacaktır.⁸¹

b) *Toplumun kendi içinde gelişmesini ve örgütlenmesini zorunlu gördüğü amaçların ne olduğunu saptamak.*

c) *Bu amaçların içeriğine ışık tutacak gerçeklerin ne olduğunu saptamak.*

d) *Sosyal ve hukuksal kurumların oluşumunu, gelişimini, geçirdiği aşamalarını ve bugünkü yapısını inceleyip araştırmak. Böylece yasaların kaynağına inmek.* Bir yasa koyucunun iradesine etkili saikler genel kaynak olarak, başta bir ulusun geçirmiş olduğu "(...)jstihale ve devrimler, kabul ve riayet ettiği umdeler(den) gelir. Bu umdelerin bir bölümü Anayasada biraraya toplanmıştır(...)". Diğerlerini ulusal kültürden çıkarmak olanaklıdır.⁸²

e) *Toplumun siyasal, ekonomik, kültürel ve diğer üst yapılarını tanımak, ayrıca o ulusun yaşantısına yön veren genel olay ve eylemleri bilmek.* Bunlar aynı zamanda hukukun değişmesinde ve yeniden yapılanmasında rol oynayan etkenlerdir.⁸³

f) *Grup ve sınıf çıkarlarını ölçmek, çıkarlar arasında dengeyi oluşturacak düzenlemelerin ne olduğunu saptamak.* Toplumsal yapı içinde, birbirine benzeyen toplumsal grup, toplumsal tabaka ve toplumsal sınıflar vardır.⁸⁴ Bu kurumların çıkarlarının çatışması yanında, genel güvenlik ve kişilerin sosyal güvenliği ile, genel ah-

lak ve adapla, sosyal kaynakların korunması ile, genel değerler ve kabul edile, kişi hayatı ile ilgili çıkarların çatışmaları da vardır.⁸⁵ Hukuk yaratılırken veya kanundaki boşluk doldurulurken, karşı karşıya bulunan çatışan çıkarların ne olduğunu saptamak ve tartışmak gerekir. Bu çıkarlar sadece o davada taraf olanların çıkarı olarak değil, çatışan ve çarpışan genel çıkarlar olarak düşünülerek tartışılmalı ve soyut bir kural bulunmaya çalışılmalıdır.

g) *Hukukta kullanılan terim ve kavramlar, esasen başka bir disiplinin malı olabilir. Bu terim ve kavramlara anlam verirken, ilgili bilim dalında kabul edilen anlamının ne olduğunu saptanması gerekir.* Bu hususta Hart, bir tanım yaparken, kelimeler aracılığı ile, olguları daha keskin bir biçimde idrak etme çabası içine gireriz demektir.⁸⁶ Gerçekten de, bir kavramın anlamının saptanabilmesi, onun tanımlanabilmesi için, belli bir bilim dalı içinde nasıl anlaşılması gerektiğini sormak ve buna bir cevap aramak zorunluluğu vardır.⁸⁷

h) *Toplumun kendine has, "ulusal özellik", "ulusal duygu" gibi terimlerle ifade olunan özelliklerini tanımak gerekir.* Bu ilke bilhassa başka ülkelerden alınmış yasaların boşluklarının doldurulmasında ve yorumunda göz önüne alınmalıdır.⁸⁸ Bir hukuk kuralının çıkarlar dengesine göre yorumlanması, ulusal özellikler göz önünde tutulmaksızın olanaklı değildir, ancak bu özellikler dikkate alındığında hukuk kuralı gerçek anlamını bulmuş olur.⁸⁹

i) *Çözümenecek olayın temelinde yatan nedenin, o nedeni inceleyen bilim dalının hangisi olduğunu saptamak gerekir.*

j) *Kişilerin tutuklarına ve davranışları-*

na etki eden faktörleri bilmek. Gerçekten bir ihtilafı çözümlmek durumunda olan hakimin çok iyi bir psikolog gibi ve tüzlikle hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin, günümüzde yargılama aşamasında "yalancı şahit" bulmak oldukça yaygın bir hale gelmiştir. Tamamen şahit ifadelerine dayanan bir davada, hakimin, bireyle- rin bu davranışlarını saptayabilmesi için, psikolojik faktörleri iyi bilmesinin önemi ortadadır.⁹⁰

Kaldı ki, hukuk mesleğinin bir bakımdan fonksiyonu, toplum içindeki gerilimleri, kaygıları baskıları gidermektir. Bu itibarla hukukçunun ve doğrulukla hakimin, gerek grup yaşamı içinde, gerekse bireysel temalarında tedavi edici bir psikolog, bir psikanalist rolünü oynaması da icap etmektedir. (...) Hakim, hukuk kurallarının, çanşan yararları dengeleştirici fonksiyonunu daima göz önünde bulundurarak, toplumsal ahengi sağlayan bütünleştirici kararlarıyla bu fonksiyonun gereği gibi yerine getirilmesinde katkı yapmalıdır (...).⁹¹

j) *Bilimsellik ve objektifliğin sınırları içinde kalmak, keyfilik ve sübjektiflikten uzak durarak, bilimsel yöntemler uygulamak şarttır.* Bu unsur, hakimin karar verme süreci içinde önemli bir yer tutmakta ve başlı başına bir bölüm altında incelenmesi gerekli olmaktadır.

Bu bilgiler ışığında şunu belirtmek yerindedir ki, iyi bir yargılama yapabilmesi ve arzu edilir bir karar verebilmesi için hakimin öncelikle yeterli bilgi ile donatılması gerekmektedir.⁹² Salt normatif hukuk bilgisi, kuru bir yasa uygulayıcısı yaratmaktan başka bir şey vermez. Diğer sosyal bilim dallarının yardımıyla sosyal gerçek ancak anlaşılabilir. Şu rapor, hâlâ güncelliğini kaybetmeyen güzel bir ör-

nektir: "(...) Kaza faaliyetinin en güç ve vicdanen ve kanunen en büyük mesuliyetli işin(in), hakimlik vazifesi olduğu şüphesizdir. Adaletle karşı beslenen itimadlı, hakimlerin haiz olmaları lazım gelen vasıflar meydana getirir. İktisadi şartların git-tikçe karışması, mevzuatın her gün yeni bir ihtiyaca cevap vermek endişesiyle çoğalması, modern hayatın ilerlemesi ile muvazi olarak artan muhataralar, adalet kapılarına yapılan müracaatları gün geçtikçe artıracaktır. Doğru bir adalet fikrine sahip olmayan; anlayış ve sezişi kuvvetli, geniş bir kavrayış ve bilgiye malik bulunmayan hakim, vatandaşlar arasında ki ihtilafları nasıl halle muktedir olabilir? Yapılmış olan hukuki bir muamelenin iktisadi ve sosyal faidesinin ne olduğunu takdir edecek olan hakimdir (...)."⁹³

3. Karar Verme Süreci İçinde Hakimce Uyulması Gereken Temel İlkeler

A – Yasaya Uygun Davranmak Keyfi Davranış İçinde Bulunmamak

Öncelikle şunu belirtmek yerinde olacaktır ki, hakimin kararında "keyfi davranış"ın yeri yoktur. Anayasamızın 138. maddesinin birinci fıkrasındaki sıraya göre de, "(...) vicdan kanısı etkeni, en sonunda anılmıştır. Bu ilke olarak, Anayasa, yasa ve hukuk kuralları çerçevesinde edinelecek vicdan kanısının yargıya temel tutulacağını göstermektedir. İmdi, "hakimin Anayasaya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından (...) söz edilemez (...)."⁹⁴ Demek oluyor ki, yasalara uygunluk ilkesi, hakimin karar verme sürecinde keyfi davranmamasını sağlayacak öğelerden birisi olacaktır. Herhangi bir kişi veya makamın, kendi kişisel görüşlerine, arzularına göre, hiçbir kayıt ve

şarta bağlı olmadan hareket etmesi demek olan keyfilik, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşmaz. Esasen, büyük küçük her gücün, her iktidarın, her yetkinin, şu veya bu şekilde kullanılması; o gücü, iktidarı, yetkiyi kullanmak durumunda olan kişinin "(...) ruh ve ahlakının yükseklik ve düşkünlüğüne, irade ve seçiyisinin kuvvet ve zaafına, bir kelime ile insanlığına bağlıdır (...)."⁹⁵ İşte bu insanlık kavramının ifade ettiği yüksek meziyetleri şahsında toplayamayan bir hakim, keyfi davranışıyla ve görünmeyen suiniyetle, yasayı sözü ile uygular gibi görünerek, istediği tarafa çekebilir. "(...) Bu suretle, zalvalı hakkaniyet ve adalet gizli maksatlarla görünmeyen şekilde belki ayaklar altına alınmış olur (...)."⁹⁶

Keyfi davranmama ilkesi, hakimin kararını belli rasyonel ilkelere bağlayarak, hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık kanunla sınırlama ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu açıdan hukuk devleti olgusunun, hakimin karar verme süreci içinde, "keyfi davranmama ilkesi" şeklinde, somutlaştığını söyleyebiliriz. Kaldı ki, karar verme süreci içinde hakimin keyfi davranıp davranmadığının denetlenmesi, üst yargı organları tarafından gerçekleştirilmektedir.

B – Önyargılardan Kurtulmak

Bizim varoluşumuzun biçimlerinden, kurucu öğelerinden biri de önyargılarımızdır. Önyargılarımızla varoluruz.⁹⁷ Hepimizin önceden verilmiş kararlarımız, bazı inançlarımız vardır. Bunlar kazanılmış veya intikal edegelmiş düşüncelerdir. Önceden hüküm verme anlamına gelen önyargı, o hükme ait objektif vakaların meydana çıkmasından daha önce oluşmuş inanç-

lara sahiptir ve bu inançların kuvveti, yeni düşünce ve kavramaları da önceden tayin eder. Fakat olayın mahiyeti icabı, bütün inançlarda bir dereceye kadar önyargı payı vardır. Başka türlü olmasına da imkan yoktur. Olayları yaşadığımız zaman, bunlar hemen anlamlı bir bütün içinde organize edilmiş olarak kavranılırlar. Bir defa böyle bir organizasyon meydana gelince, her yeni kavramanın özellikleri de önceden tayin edilmiş olacaktır.⁹⁸ Şu şayet doğaldır ki, konusu üzerinde herhangi bir hükme vardığımız her yeni görüşe karşı biz savunucu ve reddedici bir durum alırız. Çünkü o görüş, kanaatlerimizin tamamlanmış sistemini zorlar, bu suretle erişilmiş olan "imanı" sarsar, bizden yeni gayretler bekler ve eskinin kaybolduğunu anlatır. Doğru bir hüküm verme için de en büyük tehlike önyargıdır.⁹⁹

Karar verme durumunda olan hakim, kişisel heveslerinin ve kendine özgü eğilimlerin etkisinden kurtulmalıdır. İnançlar, psikolojik sahalarımızın derin ve ayrılmaz birer parçası oldukları için, bunların incelenmesinde mantıksal bir başlangıç noktası bulmak güçtür. Ancak mümkünse, bunları yeniden incelemek, kaynaklarını ve varlık sebeplerini araştırmak lazımdır. Örneğin, "(...) suçlar ekseriya bir heyecan ve ihtiras tesiri altında işlendiğine göre, aynı heyecan veya ihtirası teessür hayatında hantlayan bir yargıç, kararlarında daha az sert olacaktır. Bu olay psikolojide "sempati" kanununa dayanır. Sanığın tavır ve hareketi, ahlaki veya siyasi meseleler hakkında sarf ettiği bir söz, giyiniş tarzı, hatta bazen sesi yargıç ile sanık arasında bir ruhi tezat doğurur ve yargıç kararlarında daha sert olmaya sevk edebilir. Bu hadise de psikolo-

jide "antipati" kanununa dayanır. Aynı psikolojik şartlar içinde bulunmaktan ve ya bulunmuş olmaktan doğan sempati ile yargıcın hafızasında yer almış ve onda nefrete yaklaşan bir duygu tevhit etmiş kimselere psikolojik ve şuura intikal etmeyen bir benzetmeye dayanan antipati, yargıcın ruhi sahada tarafsızlığını ihlal eden tesirlerdir. Bu tesirlerin menşei aramak ihtiyacını duyan yargıç kendi üzerinde yapacağı tahlillerle kendini bu tesirlerden kurtarabilir(...).¹⁰⁰ Zira, "(...) evvelce taharrur etmiş ve tahkik edilmeden kabul olunmuş bir fikir(...)" *boş inançtır*.¹⁰¹

Ekseri yanlış hükümler ve takdirler, hakimnin önyargılarından oluşmaktadır. Hakimlik mesleğinin yıllarca süren ifası, onda ister istemez bazı önyargılar meydana getirir. Bu önyargılar da, kendisinin bile farkına varamayacağı bir şekilde kararını etkiler. "Hata" ve "otorite"nin oluşturduğu önyargılardan¹⁰² bir hakim ancak yöntemli çalışmak sayesinde kurtulabilir. Bunun güçlüğü ortadadır ancak sağlıklı bir kararın oluşması böyle gerektirir.

C— Tarafsız Olmak

Hakimin tarafsızlığı, sadece davanın tarafları arasında yan tutmasından ileri gelmez, ön yargılarından kurtulmasının bir başka şeklidir. Hakimin taraflar arasında yan tutmaması, nötr olması zaten görevinin gereğidir. Örneğin sanığın suçunun sabit oluncaya kadar suçsuz sayılması genel hukuk prensiplerindendir. Hakimin bir davada sanığı mahkum gibi rahatlatarak davranması, duruşmayı bu yolla idare etmesi ve delilleri toplaması onun tarafsızlık sıfatı ile bağdaşmaz. Yine taraflardan birisine kişisel yakınlık veya

tam tersi kişisel kırgınlık, hakimnin tarafsızlık sıfatını zedeleyecektir.

Ancak gerçek anlamda tarafsız olarak nitelendirebileceğimiz hakim, "duygularına, çıkarlarına, kişisel eğilimlerine kapılmayan, özgür" kişidir. Bir diğer deyişle, kararlarını çıkarlara, bağlanılara, amaçlara, düşmanlıklara, duygulara göre vermez.

Hakimin tarafsızlığının başta gelen şartı objektifliktir. O, hiç bir zaman kendi kişisel değer tasavvurlarını veya mensup olduğu sosyal grubun diğer tasavvurlarını kararına dayanak yapmamalıdır. "Objektiflik, gerçeği her türlü duygu ve ihtirastan uzak olarak incelemek isteği ve yeteneğidir(...)". Ancak belirtilen nitelikte bir objektifliği uygulamanın çok güç olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir(...).¹⁰³

D— Aşırıya Kaçmamak

Hakim iki şekilde ifrata düşebilir. Birincisi, çözülmesi gereken somut olaydaki hisse ilişkin bütün unsurları dikkate almamakla, ikincisi ise, hisse ilişkin unsurlara gereğinden fazla yer vermekle gerçekleşir. Uygulamada, birinci hale, ikincisinden daha fazla rastlanmaktadır. Uzun meslek yılları hakimlerde, histen fikre doğru bir eğilim ve olayları fikri çerçevelere koyma suretiyle basitleştirme temayülü ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁴

Aşırıya kaçmama ilkesi, doğallıkla hakimnin kararının ölçülü olmasını gerektirir. Yani hakim kararında soğukkanlılığı elden bırakmamalı, ne fazla sert ve ne de fazla yumuşak olmalıdır. Örneğin, bir ceza yargılaması sırasında hakim, suç ile ceza arasındaki adalet oranını göz önünde bulundurarak, suçlunun kişiliğine soyut hukuk kuralını uydurmak durumunda-

dır. "Ölçülü olma" kuralı, hukuk düzeyinde etkisini devamlı olarak hissettiren genel bir olgu olup, yönleri ve belirtileri arasında "eşitlik talebi", "suçlunun hak ettiği cezayı görmesi" "insanlık onuru", "genel anlamdaki tahmin ve beklemeşlerin tatmin edilmesi" gibi ilkeler yer almaktadır.

E— Makul Olmak

Karar verme aşamasında olan hakimnin göz önünde tutacağı ilkelerden birisi de kararının "makul olması" gerektirir. Makul karar, akla uygun bir karar demektir. Eğer karar akla uygun değilse, doğaldır ki geçersiz ve sağlıksız bir karardır. Çünkü, "(...) hukuk mantığına uymayan, aklı selimi ve vicdanları tatmin etmeyen bir (...) kararın adaleti yerine getirdiği iddia olunamaz".¹⁰⁶ Burada neyin makul, neyin makul olmadığı hususunda bir tartışma önem kazanmaktadır. Dışarıdan bir gözlemci nazarında çok defa akıl dışı olarak görünen bazı görüş ve davranışlar, bizzat bu inançları taşıyan, davranışları gösteren birey bakımından son derece makul şeylerdir.¹⁰⁷ Ancak bu ayrık durumlar genelleştirilecek olursa, alışılmış, yani olağan¹⁰⁸ görüş ve kanaatler dışındaki hareketler ve düşüncelerin kararda ve karara dayanak yapılarak kullanılabilceğini söylemek oldukça zordur. Çünkü olağan olmayan, akıl dışı görülen bazı görüş ve davranışların değerlendirilmesi, ancak hukuk dışındaki bilimsel ve teknik alanlarda bir uzmanlık getireceği için, hakim, bilrkişi deliline başvuracaktır.

Özel durumları ayrık tutarak, "olağan görüş ve kanaatler" olarak belirtmeye çalıştığımız makullüğün varlığı veya yokluğu, diğer yardımcı öğelerle, psikoloji ve biyoloji ilimleri ile diğer teknik bilimlerin yardımı olmadan da anlaşılabilir. Çünkü

bir kararın makul olup olmadığı, o kararın oluşumunda bazı kurallara uyulup uyulmadığının saptanmasıyla açıkça ortaya çıkabilir. Doğru karar verme sanatının vazgeçilmez öğeleri olan bu kurallar, hukukun temel ilkeleri olduğu kadar, mantığın da savsanamayacak araçlarıdır. Tümünüyle belirgin ve apaçık olan bu kurallara uyularak varılmış bir kararın makul, buna karşı olan bir kararın da gayri makul olacağı doğaldır diyebiliriz.

Makul bir kararın ilk koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektirir. İleride değineceğimiz gibi, hakimnin kişisel bilgisini delil olarak kullanamayacağı ilkesi ile birlikte, bütün peşin kanıları zihninden atmış olması şartı, makul bir karara erişmenin ilk koşuludur.

İkinci koşul ise, gereken araştırmaları yapmaktır.¹⁰⁹ Bu ise, kesin bir kanaat temin edecek delillerin tamamının toplanması¹¹⁰ demektir. Descartes, bu çok önemli araştırma kuralını, "(...) hiçbir şeyi unutup ihmal etmediğinden emin olmak için, her tarafta bir çok sayışlar ve tekrarlar yapmak(...)"¹¹¹ şeklinde ifade etmektedir.

Makul bir karara ulaşmadaki son koşul ve dolayısıyla son evre, sonucun çıkarılmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesidir. Karar verme süreci içinde oluşturulan ve hakimnin kararına dayanak oluşturacak sonuç, yargılama evrelerine, somut olaya ilişkin bilgi ve belgelere, tarafların kişiliklerine -*özellikle ceza yargılamasında*- ve olayın gerçek niteliklerine uygun düşmelidir. Çıkarılan sonuç, toplanan delillerle, bilgi ve belgelerin "mantıki sonucu" olmalı, olayın niteliği böyle bir karara varmayı zorunlu kılmalıdır. Öyle ki, çıkan sonuçlar ile bilgi ve belgeler ve

somut olayla (tarafklar) arasında zorunlu bir bağ bulunmalı ve bu bağ sağduyu sahibi herkes tarafından görülebilmelidir.

Bütün bunlar da doğrallıkla kararın gerekçeli olmasını gerekli kılar. Hakimin kararının gerekçeli olması, onun makul olmasını sağlama yönünden olağanüstü önem taşır. Gerekçe, kararı inceleyenleri tatmin etmesi bakımından olduğu kadar, karara varan kişinin olayı daha iyi kavramasında da yardımcı olur. Hem temel yasalarımız, hem de yöntemle ilgili yasalarımız, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu yöndeki hükümler bir emir niteliğindedir.¹¹²

Gerekçe, sözcük kökeni bakımından bir "neden"dir, yani kararın nedenidir. Bir söz yığımından ibaret değildir. Suç ya da dava öğelerinin açıklanması ve suçlu ile olay veya taraflar arasındaki ilgiyi ve ya ilgisizliği belirtmektedir. Sağlıklı ve geçerli bir kararda hakim, karara ne şekilde ulaştığını izah etmektedir. Yoksa hakim, hiçbir gerekçe göstermeden olumlu veya olumsuz bir karar koyamaz. Adalet duygusunun yerleşmesi, verilen kararın doğruluğuna, sağlıklı ve geçerli oluşuna ne denli bağlı ise, tarafların onun nedenini benimsemelerine de o denli bağlıdır. Kararda ilgililerin düşünce alanlarına girebilecek her türlü olasılığı hesaplayıp, haklı ve haksız yönlerini tartışmak gereklidir ki; tarafların hak ve karşı hak durumunu kabullenecekleri bir ortam hakimnin kararı aracılığı ile oluşsun. Kısaca, bu yönden gerekçe, kararın, yasa ve "(...)hakkaniyete uygun olup olmadığını incelemek için bütün ilgililerin yararlanabilecekleri vazgeçilmez bir kaynaktır. Kararın mantıki ve etik doğruluğu ancak gerekçeden anlaşılabilir (...)"¹¹³ Gerekçe bir başka bakımdan da gereklidir. Bu gereklilik, hakimnin

kararlarının üst yargı mercileri tarafından denetlenmesi içindir.

Burada belirtilen bütün kurallar, "makul" bir kararın öğelerini açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır. Gerçekten de, bütün peşin kanılardan arınmış bir zihinle, hiçbir eksik bırakılmadan toplanmış delillerin, bilgi ve belgelerin bütün halinde mütalaası suretiyle ve delillerin niteliğinden doğan zorunlu sonuca ulaşılmasını ve bu sonuca varılırken ölçülü olmaktan da hiçbir zaman ayrılmamayı içeren düşünce uğraşısının, makul olmaması olanaksızdır.

F — Somut Olayın Gerçeğini Tam Olarak Kavramak

Hakim her şeyden evvel, somut olayı kavramalıdır. Hakimin olayı tam olarak anlayabilmesi, psikolojik ve idari bir olgunluğa ulaşması ile olanaklıdır.¹¹⁴ Karar verebilmek için, durumu iyi bir hukuksal süzgeçten geçirmek ve hukuk manüğü ile çatışmaması için, iyi bir şekilde muhakeme edilmek suretiyle sonuca ulaşmak icap eder.¹¹⁵ Örneğin bir dava dosyasının en son sayfasından değil, kaynağından başlayarak yapılacak bir inceleme, gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmasını sağlar. Zira dava dosyasının en son sayfasından başlayarak yapılan bir inceleme bizi daima yanıltabilir ve yanlış yönlendirebilir. Olay hakkında ilk defa okunarak elde edilecek bilgi, insanı etki altında bırakabilir.

Hakimin kararının oluşabilmesi için, incelenen olayla ilgili olup da, bilinen bütün bilgilerin toplanması vazgeçilmeyecek bir kuraldır. Karara konu olan somut olayda, "hiçbir delilin savsanmaması",¹¹⁶ olaydaki, kişiye ilişkin hiçbir belge ve bilginin gözden ırak tutulmaması gerekir.

Bu bilgi ve belgelerin toplanması sırasında "(...) bilimsel esaslardan ve bilimsel araçlardan yararlanmak da zorunludur(...)"¹¹⁷ Bütün bu bilgi edinmeler, hakimnin somut olayın gerçeğini tam olarak kavramasına yardım edecektir. Gerçeği tam olarak kavrayan hakim ise arzu edilen sonuca yani, makul bir karara ulaşabilir.

Sonuca ulaşmak aynı zamanda, toplanan bütün delillerin değerlendirilmesini yapmak, incelenen olayın oluşmasında rol oynamış nedenleri bulup çıkarmak ve bunlara göre de, uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğunu belli etmek ve soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanmasının yaratacağı sertliği gidermeye çalışmaktır. Bu aşamanın niteliğine göre, bütün karar verme sürecinin en önemli evrelerinden birisi olduğu açıktır. Bu evrede yapılabilecek ufak bir yanlışlık, bütün evrelerde gösterilen çabaları boşa çıkarabilir. "Hakim, öncülleri (hukuk kuralarını)(...) doğru seçmesini, öncülleri olaya uygulamasını, doğru sonuç çıkarmasını iyi bilen kişidir".¹¹⁸

Öte yandan, bu sonuca ulaşacak hakim, önemli özellik değişimleri söz konusu olmadıkça benzer olaylarda da benimsenebilecek bir uygulama yapmalıdır. Ancak temel düşüncesi diğer olaylara da uygulanabilecek ölçüde genelleştirilebilen bir karar adaletli olabilir. Böyle bir genelleştirme de, söz konusu karara olayın yalnızca tipik özelliklerinin temel yapılması gerekir.¹¹⁹

G — Etki Altında Kalmamak

Hakimin tarafsızlığını sarsan, ancak kasti olmayan sebeplerin başında etki altında kalması gelir. Hatta kanunlarımızda hakimnin etki altında kalmasını önleyecek hü-

kümler mevcuttur. Örneğin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eden hakim, üst mahkemece bu hükme dair verilecek karara katılamayacağını belirtmiştir(m. 22). Çünkü katıldığı ilk hükümle kendi kendini etkileyen hakim, son karar aşamasında, "sanığı, suçu sabit oluncaya kadar suçsuz görmesi" gerektiğine ilişkin genel hukuk kuralını ve tabii ki kendi tarafsızlığını, farkında olmaksızın ihlal edebilir.

Psikolojik bir olay olan etkilenme, üç aşamada oluşmaktadır: 1. fikrin alınışı, 2. Alınan unsurun şuurunun dışında yani şahsın iradesinin ve şuurunun hakim olmadığı bir sahada bir değişmeye maruz bırakılışı, 3. Şekil ve mahiyeti bu surede değişmiş olan fikrin, olayın, ihsasın şuura çıkışı.¹²⁰

İç ve dış dünyadan gelmesi mümkün olan etkilenmeyi hazırlayıcı çeşitli unsurlar vardır.

a) Dikkat

Etkilenmenin ilk şartı, belirli bir fikir, olay üzerinde dikkatin aşırı bir şekilde ve gayrıiradi olarak teksif edilmesidir. Örneğin, bir yazı okunurken dikkat harflere değil, anlama verilmiştir. Eğer dikkat bir cümle içindeki bir harf üzerinde toplanırsa, bu kez anlam karanlıkta kalır. Tıpkı bunun gibi, önüne gelen bir somut olayda hakim, bir konu üzerinde gereğinden fazla bir dikkatle durursa veya bir şahit ifadesi üzerinde, gayrıiradi olarak aşırı bir değerlendirmede bulunursa somut olayın bütünlüğünü kavraması güçleşebilir.¹²¹

Bu bakımdan yargılamaya ilişkin bütün bilgi ve belgelerin bir "kül halinde mütalaası"¹²² gerekir. Gerçekten hakim,

karar verme sürecinde, somut olaya çok yönlü bakmalı ancak her olay ve her kişi için bağımsız bütünden ayrı değerlendirmeye yapmamalı, bilgi ve belgelerin bir kısmını diğerlerinden ayrı bir şekilde dikkate almamalıdır. Çünkü tek tek incelendiğinde bir başka sonuca hakimi götürecektir olan olaylar, bir bütün içinde bambaşka bir anlam ve dolayısıyla bambaşka bir sonuç ortaya koyarlar.

b) Heyecanların Geçışı

Topluluk halindeki şahıslardan birisinin duyduğu heyecan, kolaylıkla diğerlerine intikal edebilir. Bu sebeple kamuoyunun ilgisini çeken davalarda, gazetelerdeki yazılar, mütahhalar hakim üzerinde bir etki de bulunabilir. Hatta bazen sırf bu amaçla yazılar yazıldığı da görülmüştür. İyi niyetle yazılmış olsalar dahi, okuyucunun ilgisini çekmek zorunda olan gazeteler, gerçekleri az çok değiştirirler. Eğer bir siyasi dava söz konusu ise, gazetenin de siyasi kanaati bu gibi tahrirleri artıracaktır. Bu sebeple hakimin uyanık bulunması, muayyen bir psikolojik olgunluğa ulaşması, duruşma dışındaki cereyanlardan kendini uzak tutması zorunluluğu vardır.¹²³ Son zamanların en fazla konuşulan davası olan İSKİ davası, buna bir örnektir.

Hakimin dış dünyadan, özellikle kitle haberleşme araçlarının çok yaygın bir hale geldiği günümüzde basından ve diğer kitle iletişim araçlarından etkilenmesini önlemek amacıyla, yasal sınırlar içinde verilecek hakim kararı ile, olaylar hakkında yayın yasağı konulabileceği Anayasamızda belirtilmiştir (m. 28/6).

Yine aynı doğrultuda Basın Kanununda, herhangi bir olaya ilişkin ceza kovuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar hakim ve mahkeme-

nin hükmü, karar ve işlemleri hakkında "mütalaa" yayınlanması yasaklanmıştır (Bas. K. m. 30/2). Bütün bunlara rağmen, medyanın günümüzdeki birçok olaydaki davranış dikkate alındığında uygulamada halen oldukça büyük karmaşa yaşandığını söylemek olanaklıdır.

Dış evrenden hakime gelebilecek bir diğer etki ise, toplu hakimli mahkemelerde başkanın veya kıdemli bir üyenin görüşlerinin diğer üyeler üzerindeki etkisidir. Bu amaçla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 385/2. maddeye göre başkan, kıdemsiz üyeden başlayarak görüşlerin ve kararların tespitini sağlar, kendi görüş ve kararını en son bildirir.

H— Somut Olay Hakkındaki Kişisel Bilgisini Kullanmamak

Hakim, gerek hukuk ve gerekse ceza davalarında o somut olay hakkındaki kişisel bilgisini kararına dayanak yapamaz. Çünkü, bu durum savunma hakkını zedeler, bu bilginin serbest bir şekilde tartışılmasına imkan yoktur. Somut olay hakkında kişisel bilgisi bulunan hakim, görevinden çekilmeli ve tanıklık etmelidir. Hakimin kişisel bilgisi mahkemede, duruşma sırasında elde edilmeli,¹²⁴ duruşma kayıtları ile sınırlı olmalıdır. Yani hakim kararlarında, herkesçe bilinmeyen hususlara ait bilgileri değil, herkesçe bilinen(...) genel halk bilgisinin bazı gerçeklerini(...) ¹²⁵ yargısal dikkate alınmalıdır. Ancak bunların dahi, somut olması ve üzerlerindeki tartışmanın asgariye inmiş, yerleşmiş, yayılmış bulunması gerekmektedir. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238 ve 239'uncu maddelerinde, herkesçe bilinen "maruf ve meşhur" hususların ispatı için delile ihtiyaç görülmemesi de bu esastan gelmektedir.

4. Duruşma Aşamasında Hakimce Uyulması Gerekli Bazı İlkeler

A— Dikkat

Hakim karar öncesi, duruşma sırasında tarafları büyük bir ihtimam ve dikkate dinlemeli, iddia ve savunmanın taleplerini aynı dikkate incelemeli, her türlü harici işi atıp, ikame edilmiş davadan başkasını düşünmemeye çalışmalıdır. Dikkati yaymaktan sakınmak ana kural olmalıdır. Bu konudaki şu mizahi eleştiri çok güzel bir örnektir: "Mahkemeyi teşkil eden üç hakimden biri dinler fakat işitmez, diğeri işitir fakat dinlenmez, nihayet üçüncüsü hem dinler, hem işitir fakat anlamaz".¹²⁶

Öte yandan, duruşmaya çıkmadan önce hakim duruşma dosyası ve safahatını iyice inceleyerek hazırlanmalıdır. Hazırlıksız hakim, tarafların talepleri karşısında gereken kararı hemen veremeyecek, ertelemelerle gecikmeye sebep olacaktır. Ancak günümüzde, vasıflı işgücünün azlığı ve yoğun iş yükü karşısında hakimlerin duruşma dosyalarını yeterli şekilde inceleyebileceğini ummak oldukça güçtür.¹²⁷

B— Nezaket

Hakimin gerek duruşmada ve gerekse yargılama dışında, görev yaparken nazik bir şekilde hareket etmesi gerekir. Yargıladıklarının da sanık ve davalı olmalarının dışında, kişilik ve gurur sahibi birer insan olduğunu unutmamalıdır. İyi bir hakim, tıpkı bir hekim gibi hareket etmelidir. Hekim nasıl hastasına sert ve haşın muamele etmezse, etmemesi gerekirse, sosyal bir hekim olarak kabul edebileceğimiz hakim de, aynı şekilde davranmak zorundadır.¹²⁸ Fransız hakim Lamoignon'un işaret ettiği gibi, davacı ve davalı-

nın, "(...) davaları olmak dolayısıyla duçar oldukları talihsizliğe, hakimleri tarafından fena karşılanmak bedbahtlığını da ilave(...)" etmemek gerekir.¹²⁹

C— Sükunet

Duruşma aşamasında hakim, tamamiyle sakin olmalı; intibalarını fikrini, jest ve mimikleriyle belli etmemelidir. Ayrıca sinirlenmemeli, tarafları sabırla dinlemelidir. Ancak ülkemizde, özellikle büyük şehirlerimizdeki hakimlerin duruşma sırasında yeteri kadar sakin olmadığından Baro Başkanları bile şikayetçi bulunmaktadır: "(...) Ama bizde, bağırıp çağırın bir tiptir yargıç. Bağırır çağırır. Dokuzda duruşma verir, geç gelir. Geldikten sonra, bir de kahve söyler. Arkadaşlarını ağırlar. Ve tutuklar. Tutuklar. Öntüne geleni tutuklar(...). Bizde tanık, bir gece önceden rüyalarını görmeye başlar, filanca gün duruşmaya gideceğim, ne olacak diye. O heyecanla adliyeğe gelir, adliyede yargıç bir bağırır, adam her şeyi unuttur(...)"¹³⁰

Bu ilkelerin dışında, hakim duruşma sırasında ihtiyatlı olacak, aceleci olmayacak, inatçılık etmeyecek, şaşkınlık göstermeyecek, yorgun, hasta ve düşünceli olmayacaktır.¹³¹ Ayrıca Mecelle'de maddeleştirdiği gibi; "Hâkim, hakim (Alim, bilgin), fehîm (:zekî, anlayışlı), müstakim (:doğru) ve emîn (:emniyetli, güvenilir), mekîn (:vakarlı, temkinli), metîn (:sağlam, dayanıklı) olmalıdır".¹³²

Sonuç

Yazı çerçevesi içinde belirtilen ve belirtilemeyen birçok vasıf ve özelliklerin sahibi olması gereken; toplum içinde herkesten farklı bir yeri bulunan ve adaletin uygulayıcısı olan hakimler, bulundukları çevre-

nin ekonomik, sosyal ve politik etkilerinin altındadırlar. Ayrıca, bakmak zorunda kaldığı davaların ağır yükü altında ezilen hakimlerin verdiği kararlardaki isabet derecesi de gittikçe azalmaktadır. Bu da adalete karşı duyulan hoşnutsuzluğun sebebi olmaktadır. "Ülkemizde yargılama bir sanat olmaktan çıkmış ve yargıçlık sıradan bir meslek memurluğu durumuna gelmiştir(...). Örnekleri giderek azalan ideal yargıç ve avukat tipi veya birkaç doyucu yargı kararı ayırık tutulursa Türk Yargısı, yargıcı ve avukatı ile bilimsellikten uzak, el yordamıyla çalışmakta, "adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü" bir rastlantı sonucu gerçekleşebilmektedir(...)"¹³³

Bilindiği gibi, yargılamanın amacı gerçeği bulmaktır. Ancak bu sonuca varmak için bir yargılamada ortaya çıkan olgu ve hukuk sorunlarının tarafların gözü önünde ve onların katılımıyla açıklığa kavuşturulması gerekir. Karar verme sürecinde oluşturulan hükmün kolektifliği bunu gerektirir. Bu sayede verilen hükmün mükemmelliği ve sosyal doğruluğu, inançların oluşması ve kaybeden tarafta dahi bu sonucun benimsenmesi sağlanır. Eğer hükmün oluşumunda bu kolektivite sağlanamazsa, hakimnin kararı taraflarca tatmin edici bulunamaz. Bugün "Türk yargıcı, bu garantör normlar işletilemediği için güvensizlik inançlarıyla karşı karşıyadır"¹³⁴. Dilimize yerleşmiş olan "Allah kimseyi hekime ve hakime muhtaç etmesin" sözünün de bu tür davranışlarla ilgisi bulunduğu söylenebilir.

Makul ve arzu edilen bir kararın; bütün önyargılardan arınmış bir zihinle, hiçbir eksik bırakılmadan toplanmış delillerin, bilgi ve belgelerin bütün halinde mütalaası suretiyle ve delillerin niteliğinden

doğan zorunlu sonuca ulaşılması ve bu sonuca varılırken ölçülü olmaktan da ayrılılmayı içeren bir düşünce uğraşısı ile oluşabileceği açıktır. Ancak, "(...) yargılama çabasının kapsamı, niteliği, amacı (yeterine) bilinmediği için, yargıçlar görevlerinin önemli bir bölümünü (kanıtların değerlendirilmesini, olgular ve uygulanacak hukuk normlarının belirlenmesini ve en önemlisi olguların hukuk kurallarına uygulanması yoluyla nitelendirme yapılarak yargılamanın önemli sonuçlarının ortaya konulmasını) bilirkişilere devretmişlerdir. Avukatlar ise, yargılama çalışmalarında olabildiğince dışlanmış durumdadırlar. Bu nedenle yargı kararları, bilirkişilerin raporlarında ya da yargıçların kendi kendilerine oluşturduğu düşüncelere göre verilmektedir."¹³⁵ Bu düşüncelerin ise, hukukta araştırma ve yöntem usullerine uyduğunu, bilimsel esas ve araçlarla desteklendiğini söylemek ise çok zordur. Durum böyle olunca, el yordamıyla ve bilinçsizce yapılan araştırmalarla "somut olayın gerçeği" yeterince kavranamamakta ve doğallıkla bu olumsuzlukların çerçevelendiği bir hakim kararı, doyurucu bir gerekçeden de yoksun bulunduğu için; tatmin edici ve sorunları çözüme kavuşturucu olmaktan uzak bulunmaktadır.

Bugünkü adli sistemimizin, esaslı ve tam bir reforma muhtaç olduğu kanısı herkeste mevcuttur. Günümüzde herkes, şekil ve usule değil, her gün biraz daha değişen, ilerleyen, hareketli olagelen hayata bakmakta ve günün anlayışına dayanan ilkeleri ve adaleti beklemekte kendisini haklı görmektedir. Ancak bugün için düzenlemeye muhtaç olan; insan doğasında ve muhakemesinde var olan adalet fazileti ve duygusu değil, adli yapı ve yasalardır. Doğallıkla, hakimlerin moral ve

maddi durumlarının da aynı düzenlemeye gereksinime duyduğu açık bir realitedir. Hakimlerin durumları, mevkileri; oynadıkları önemli rol ve görevle orantılı olarak düzenlenmedikçe, adaletin prestijini kurtarmak olanaklı değildir.

NOTLAR

- 1) Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford California, (first published 1961), 1978, s. 1.
- 2) *Ibid.*, s. 1.
- 3) *Ibid.*, s. 1-2.
- 4) *Ibid.*, s. 2.
- 5) *Ibid.*, s. 2.
- 6) Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, 1908, 8, s. 605-623.
- 7) J.W. Peltason, "Introduction" (to the Judicial Process), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1968, Vol. 8, s. 283.
- 8) *Ibid.*, s. 283-284. Meşhur İngiliz hukukçu Sir Carleton Kemp Allen, bunu şöyle ifade etmektedir. "Bizim hukukumuzda politik değişiklikler olmuş, o, tarihinin belirli dönemlerinde bir hükümet enstrümanı seviyesine indirilmekle tehdit edilmiştir; gerçekten Sir Edward Coke gibi kişilerin direnmesi olmasaydı, bu kederli akbete uğrayabilirdi..." Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, seventh edition, Oxford, The Clarendon Press (first published 1927), 1964, s. 56.
- 9) W. Seagle, *Men of Law*, The Macmillan Comp., New York 1947, s. 324'ten nakleden; Ülker Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı*, Ankara 1967, s. 7.
- 10) O. Münir Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", *İÜHFİM*, C. XI, 1945, S. 3-4, s. 244-245.
- 11) Jhering'e göre, "Hukukun gayesi, cemiyyetin hayat şartlarını teminat altına almaktır". Bu sebeple hukuk, bu hayat şartlarındaki değişiklikleri takip ederek değişecektir. Hâmede Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Sosyoloji Açısından Hukuk), C. 1, ikinci baskı, Ankara 1963, s.33.
- 12) *Ibid.*, s. 34. Gürkan, s. 7-8.
- 13) Kavram olarak Hak ve Nispet için bk. Abdullah Dinçkol, "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında (Hak ve Nispet)", *Yargutay Dergisi*, c. 19, Temmuz 1993, S. 3, s. 219 vd.
- 14) Hans Reichel, "Kanun ve Kaza", çev.: Sabri Şakir Ansay, *AÜHFD*, C. VIII, 1951, S. 1-2, s. 506-507.
- 15) Geny, "Tefsir Metodu" hakkındaki eserinde, hakimnin hukuk yaratma fonksiyonunu, hukukun hayatîyetini devam ettirici bir unsur olarak almış, fakat içtihatların da ikinci bir donmuş kalıplar sistemi teşkil etmesini hiç hoş görmediğini ısrarla belirtmiştir. Topçuoğlu, s. 48. Ayrıca bk. s. 49-55.
- 16) Reichel, s. 507-508. Topçuoğlu, s. 36, dn. 70.
- 17) Hans Reichel, "Kanun ve Kaza", çev.: Sabri Şakir Ansay, *AÜHFD*, C. VIII, 1951, S. 3-4, s. 236-237.
- 18) Kantorowicz, (Gnaeus Flavius) takma ismiyle yayınladığı "Hukuk İlimi İçin Mücadele" isimli broşüründe, Serbest Hukuk Okulu'nun genel şemasını ve belli başlı iddialarını üç nokta etrafında toplamaktaydı. a- Hukuk nedir? b- Hukuk ilmi ne olmalıdır? c- Adalet tatbikati nasıl cereyan edecektir? Bk. Topçuoğlu, s. 38-41.
- 19) Geny'e göre, "Bülow, usulü noktadan hareketle hakimnin vazifesinin sadece kanun ve örfü tatbikten ibaret sanılmasına rağmen, mahiyeti icabı ve zaruri olarak müşahhâs halde hukuk yaratıcı olduğunu müdafaa ediyordu" Topçuoğlu, s. 36, dn. 72.
- 20) Gürkan, s. 9.
- 21) *Ibid.*, s. 9.
- 22) *Ibid.*, s. 10.
- 23) *Ibid.*, s. 10-11.
- 24) Bu konudaki geniş ve ayrıntılı araştırmasında Yörükoğlu, realistlerden önceki dönemdeki düşünürlerden, Holmes, Gray, Dewey ve Pound'u, onlarla birlikte ele alıp, şüphecilerin bazılarını hariç tutarak, "pragmatik enstrümantalizm" adını kullanmakta ve bu genel düşünce istikametleri için "pragmatik enstrümantalizm" isminin, "hukukî realizm" ismine nazaran daha tanımlayıcı ve yerinde bir isim gibi göründüğünü belirtmektedir. Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul 1982, s. 27-28.
- 25) Karl N. Llewellyn, "The Constitution as an Institution", *Columbia Law Review*, 1934, S. 34, s. 7.

- 26) Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, Princeton 1961, s. 187.
- 27) Peltason, s. 284.
- 28) *Ibid.*, s. 284.
- 29) Karl N. Llewellyn, "Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, S. 44, s. 1222 – 1223'ten nakleden; Gürkan, s. 28.
- 30) *Ibid.*, s. 28.
- 31) Karl N. Llewellyn, "On Reading and Using Newer Jurisprudence", *Columbia Law Review*, 1940, S. 40, s. 593.
- 32) Peltason, s. 284.
- 33) Yörükoğlu bu düşünürlerin ekstremist görüşler ileri sürdüklerini ve bu görüşlerin genellikle enstüramantalist prensiplerin mübalağı ifadeleri olduğunu, örneğin Jerome Frank'ın sık sık hakimlerin kişiliklerinin verdikleri kararları tayin ettiğini yazdığını ve gene sık sık kazai yolla hakikati anlamada asla önceden tahmin yürütülemediğini iddia ettiğini, örnek olarak da uzmanlaşmış hukuk personelinin önemini fazlaştıranak naklettığını ve gene hukukun işleyişindeki sınırlılığı mübalağı şekilde aksettirerek, kazai yolla hakikati anlamadaki zorlukları aşırı bir noktaya çıkardığını belirtmektedir. Yörükoğlu, s. 23 – 24.
- 34) Peltason, s. 284 – 285.
- 35) *Ibid.*, s. 285.
- 36) Topçuoğlu, s. 9.
- 37) Dinçkol, s. 214 – 215. Ayrıca bk. Abdullah Dinçkol, "Sosyolojik Verilerin Sosyal Güvenlik Politikaları ve Sistemlerine Etkileri", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 216/dn. 8 ve s. 224 – 228.
- 38) Sosyal gerçeklik dediğimiz şey, "(...) insanların belli bir biçimde birleşmesini ifade eden toplumsal yaşamı ifade eder, yani insanın biyolojik özellikleriyle değil, ancak toplum halinde yaşamasının sonuçları olarak açıklanabilecek tüm olay ve olguları içeren bir kavramdır "toplumsal gerçeklik" (...). İnsan toplumunda nasıl davranılacağını insanların toplu yaşamları boyunca bulup geliştirdikleri kurallar sağlar (...). Bu kurallar doğada yoktur, insan toplumuna özgüdür; toplumla doğar, onunla gelişir. İşte bu anlamda kurallar ve dolayısıyla hukuk kuralları "olgu – kural" ikiliğini aşan "toplumsal gerçekliğin" bir parçasını oluşturur (...). Ülker Gürkan, *Hukuk Sos-*

- yolojisine Giriş*, Ankara 1989, s. 23 – 24. Topçuoğlu, s. 133 – 135. Aral'a göre de, "(...) hukukun pratik amacını toplumsal gerçeklik belirler. Sosyal bir olay olarak hukuk tüm diğer sosyal olaylarla birlikte real dünyanın, real ilişkilerin yasaları altında bulunur". Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesi'nin Temel Sorunları*, İstanbul 1984, s. 159. Ancak Aral, hukukun oluşumunda real güçlerin, toplum gerçeğinin kaçınılmaz etkilerini görenlerin, tek yanlı olarak sadece akıl ve değer gibi ideal (düşünsel) güçleri hesaba katanlara tepki olarak gerçekçilikte aşırıya gittiklerini de ifade etmektedir. Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması", İstanbul 1988, s. 33, 34 vd.
- 39) Ömer Faruk Karacabey, "Yargıç ve Sosyal Gerçek", *Yargıç Dergisi*, C. 1, Ocak 1975, S. 1, s. 94. Ancak öte yandan bilindiği üzere çağımızda hukuk daha çok yasa adı altında yazılı bir biçimde görünmektedir. Yazılı bir metin olan yasalarda yasa koyucu, anlatmak istediği düşüncüyü sözcük ve tümceler içerisinde sokmuştur. Aral, *Hukuk Felsefesinin*, s. 177.
- 40) Karacabey, s. 94.
- 41) Aral, *Hukuk Felsefesinin*, s. 177.
- 42) *Ibid.*, s. 178.
- 43) Ailenin değişimi hususunda bk. Nejad Ender, et.al. *Türkiye'de Ailenin Değişimi, Toplumbilimsel İncelemeler*, Yayın Hazırlayan: Türköz Erder, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Ankara 1984, passim. Feridun Merter, "1950 – 1988 Yılları Arasında Köy Ailesinde Meydana Gelen Değişmeler", (Malatya Örneği), Ankara 1990, passim. Birsan Gökçe, "Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 1 – 2, Mart – Ekim 1976. Hikmet Y. Celkan, "Aile Kurumunda Süreklilik ve Değişim", *Türk Aile Ansiklopedisi*, T.C. Başbakanlık ve Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Ankara 1991, s. 28 vd. Orhan Türkdoğan, "Aile Sosyolojisi Modeli", *Türk Aile Ansiklopedisi*, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Ankara 1991, s. 24 vd. Aile üzerine yapılan geniş bir alan araştırması için bk. Beşir Atalay, et. al., *Türk Aile Yapısı Araştırması*, DPT yayını, Ankara, Nisan 1992, passim.
- 44) Adnen Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1986, s. 94.
- 45) *Ibid.*, s. 96 – 97.
- 46) Karacabey, s. 94 – 95.

- 47) Abdullah Dinçkol, *Sosyal Güvenlik Açısından Toprak ve Tarım Reformu*, "Sistem Kuramı" Çerçevesinde Bir İnceleme, M.Ü.S.B.E., (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1992, s. 264. Olayın bir başka yönüyle ele alınması bize şunu da göstermektedir ki; son yıllarda kitle haberleşme araçlarındaki gelişme, teknolojik ilerleme, köylerden kentlere olan akan, köylerin kapalı toplum olmaktan çıkıp, açık bir yapıya yönelmeleri, eğitim düzeyinin yükselmesi, Medeni Kanunun resmi evlenme aktinin uygulanmasını daha yaygın duruma getirmiştir.
- 48) Karacabey, s. 95, Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, yedinci baskı, Ankara 1977, s. 267.
- 49) Bir hukuksal düzenlemenin başarısı, "(...) hukuk ile toplumsal yaşam arasındaki uyumun sağlanmasına bağlıdır. Günümüzde hukukun bir "sosyal mühendislik" aracı olarak kullanılması, ister kapitalist, ister sosyalist, rejimi ne olursa olsun tüm modern devletlerin önem verdiği bir konudur. Ancak hukuk ile toplumsal yaşam arasındaki uyumsuzluk hali her zaman gözlenmektedir (...)" . Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 39.
- 50) Karacabey, s. 97.
- 51) 1913 – 1932 yılları arasında Yüksek Mahkeme Üyesi bulunan Cardozo, Avrupa'da hukukun gelişmesinde mahkemelerin ve hakimlerin rolünü kabul eden cereyanın ABD'deki temsilcisi olmuştur. Bk. Gürkan, s. 18.
- 52) Benjamin Nathan Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, (first published 1921), 1968.
- 53) *Ibid.*, s. 10.
- 54) *Ibid.*, s. 17-18, 104.
- 55) *Ibid.*, s. 10 – 11.
- 56) *Ibid.*, s. 19.
- 57) Benjamin Nathan Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1946, s. 117'den nakleden Gürkan, s. 20.
- 58) Benjamin Nathan Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 4th edition, 1947, s. 57 – 59'dan nakleden Gürkan, s. 20.
- 59) Cardozo'nun hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde ortaya koyduğu psikolojik elemanların rolü, ekstremist görüşleri
- bulunan realistler ve bilhassa Jerome New Frank tarafından aşırı bir şekilde işlenmiştir. Gürkan, s. 20. Yörükoğlu, s. 23 – 24.
- 60) Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukukı Davalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, s. 29.
- 61) Edmond Goblot, *Traité de logique*, Paris 1947, s. 43'ten nakleden Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Ankara 1970, s. 20. Ayrıca bk. M.P. Fabreguettes, *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Ankara 1945, s. 474 vd. Erem de, hükmün bir mantık ve zihin ameliyesi olduğunu söylemektedir. Faruk Erem, *Diyaletik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Altıncı baskı, Ankara 1986, s. 493. Kunter ise, hükümlerin sadece bir mantık ameliyesi mahsulü olmadığını, sezislerin, hislerin ve iradenin de hükmünde rolü olduğunu psikologların çoktan kabul ettiklerini, bu hususun son zamanlarda hukukçular tarafından da kabul edilmeye başlandığını belirtmektedir. Kunter, s. 30. Bk. David Fellman, "Domestic Adjudication", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1967, Volume 1, s. 43 – 49.
- 62) Hüküm ile düşünce arasında sadece kendi "yalnızlığı içinde ve tek başına incelenememesi anlamında bir benzerlik kurmak mümkün olabilir. Nitekim, düşünülen şeyin dışında ve bundan tamamen bağımsız bir "düşünce" tasavvur edilemez. Hiçbir şey düşünmeyen düşünce kavram olarak "hiçlik"ten başka bir şey ifade edemez. Buna benzer olarak, sadece şekil veya haktan muhakeme yürütülen objenin içine yerleştirildiği kaba benzeyen bir hükmün varlığına inanmak, ancak hayal mahsulü olabilir. "Hüküm" ve "hakkında muhakeme yürütülen konu", her ikisi de aynı şeylerdir. O halde hükmün, hakkında muhakeme yürütülen konunun dışında bulunamayacağını, bileşik bir kavram olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim, üzerinde muhakeme yürütülen konu ile hükmün karşılaştırılması bakımından "hüküm" bir hipotezin "hakikat" haline gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki, hipotez, bir anlamda hakikattir, yani bir şeyin hakikat olduğunun düşünülmesidir. Fakat bu halyle, yanlış olabileceği gibi doğru da olmayabilir. Çünkü hipotezin doğru olması, yanlış olduğu anlamına gelmez. Sadece hakikatten farklı olduğunu gösterir. Öyle ise hipotez, yüzlerinden biri "kuşku" olan iki yüzlü bir kavramdır. Yani hipote-

- zin hakikat olduğu hakkında bir kuşku mevcuttur. Öte yandan hakikat, kendisi ile en ufak şekilde gelişen bir düşünce ile dahi bağdaşamayan bir düşüncedir ve bu hali ile de, mutlak olarak tek ve birleştiricidir. Gaetano Foschini, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano 1960, s. 9 ve Gaetano Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, C. I., Milano 1956, s. 168, 173'ten nakleden Keyman, s. 21-22.
- 63) Keyman, s. 19-21. Kunter, s. 29. Kuşku, Descartes'ta bilgiye yönelişin ilk ve zorunlu adımıdır. O, "kişi, doğruyu incelemek için, yaşamında bir kere her şeyden kuşklanmalıdır" demektedir. Çünkü kuşku, doğrunun aranışında gereklidir. Kuşku bize doğru bilginin yolunu açar, varoluşumuzun kesin fikrini verir bize. Bk. Afşar Ti-muçin, *Descartes*, İstanbul 1976, s. 84-94. Ayrıca bk. A.J. Ayer, *The Problem of Knowledge*, Penguin Books, Great Britain, Reprinted 1974, s. 44-46. Richard H. Popkin/Avrum Stroll/A.V. Kelly, *Philosophy, Made Simple*, W.H. Allen, London 1969, s. 183-192.
- 64) Foschini, *Giudicare*, s. 10 ve Foschini, *Sistema*, C. I, s. 176'dan nakleden Keyman, s. 22. Ayrıca bu konuda bk. Kunter, s. 32-33.
- 65) Bu konuda bk. Kunter, s. 31. Keyman, s. 23.
- 66) Bk. Y.2.HD., 29.1.1976, 1976/203 E., 1976/633 K. (YDK., 1976, S. 4, s. 451-454).
- 67) Oysa ki, hakikatin en önemli özelliği, dışarıdan zorla kabul ettirilememesidir. Muayyen bir süje tarafından verilip de, hakikatin kendisi olarak kabul ettirilmek istenen hüküm, farklı düşünmeye devam ettikleri müddetçe, diğer süjeler bakımından hakikatı ifade etmeyecektir. Foschini, *Giudicare*, s. 9-10 ve Foschini, *Sistema*, C. I, s. 174'ten nakleden Keyman, s. 25. Kunter, ancak kolektif olarak verilen hükmün ona iştirak edenler nazarında bir hakikat ifade ve tarafları tatmin edeceğini söylemektedir. Kunter, s. 32.
- 68) Kunter, s. 33.
- 69) Keyman, s. 26.
- 70) "(...) Devletin belli makamlarının, taraflara da mütalaaların da bildirme imkanını sağlayarak ve devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin, yerine getirebilir ve göz önünde tutulabilir bir "yargı" ile müşahhas olayda uygulanacak hukuk normunun belirterek çözmesi suretiyle bir olayın hukuk normla-rı karşısındaki durumu konusunda çıkan bir uyumsuzluğa son vermesi faaliyeti (...)" olan yargılama, iddia ve savunma ile birlikte kolektif muhakeme denilen etkinlikteki üç önemli görevden biri ve en önemlisidir. Kunter, s. 110 vd.
- 71) Peltason, s. 283.
- 72) *Ibid.*, s. 283.
- 73) *Ibid.*, s. 283.
- 74) Bu konuda bk. A. Ülkü Azrak, "Yargı ve İdare - İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", İÜHFMD., C.XXXIV, 1969, S. 1-4, s. 129-155.
- 75) Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 333. *Münci Kapanı*, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, AÜHF yayını, Ankara 1956, s. 14-23.
- 76) Veddi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzeri-ne*, üçüncü bası, İstanbul 1979, s. 156. Ayrıca bk. Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Me-todolojisi Dersleri*, İstanbul 1952, s. 143-144.
- 77) "(...) Bir olay "hukuk" bakımından tetkik etmek gerekirse, bu hadiseyi zaman ve yer itibarıyla belli bir hukuk düzenine bağla-mak ve bu hukuk nizamında yürürlükte olan kurallara göre incelemek lazımdır (...). Karar vermeden, hadiseye uygulanacak hukuku zaman ve yer bakımından araş-tırınız!" Ernest Hirs, *Pratik Hukukta Me-tod*, 3. baskı, Genişletip değiştirerek işle-yen: Volf Çernis, Ankara 1978, s. 13 vd.
- 78) Karacabey, s. 97.
- 79) *Ibid.*, s. 97-98. Ömer Faruk Karacabey, *Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştır-ma*, Ankara 1976, s. 57-58.
- 80) Gerhard Leibholz, "Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek", Çev. Tuncer Karamus-tafoğlu, AÜHFD., C.XXX, S. 1-4, 1973, s. 5.
- 81) Hirs, s. 106 vd.
- 82) *Ibid.*, s. 107 vd. Hukuk olgusunun oluşu-muna neden olan toplumsal olayların ince-lenmesi ve hukuka nedensel etkisi ile; hu-kuk kurallarının tarihsel akış içinde oluşum ve gelişimini incelemek hukuk sosyo-lojisinin konu alanı içindedir. Bk. Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyo-lojisi*, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988, s. 210. Hakimnin, hukuk sosyolojisi-nin sağlayacağı bu verilerden yararlanmasi çok sağlıklı olacaktır.
- 83) Ancak bu etkenlerin tümü hukuk değişme-lerinin üzerinde aynı güçte rol oynamaz-lar. Bazen biri, bazen bir kaç daha etkin olabilirler. Denebilir ki, bir toplumda hangi tür sosyal olaylar ya da olgular di-ğerlerinden daha çabuk gelişmişse, diğerle-ri için "değiştirici etken" konumuna geçer-ler. Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 69.
- 84) İbrahim Yasa, *Türkiye'nin Toplumsal Ya-pısı ve Temel Sorunları*, TODAİE yayını, Ankara 1972, s. 20. Toplumsal farklılaşma-nın oluşturduğu bu yapılanma için bk. Dinçkol, *Sosyolojik Verilerin*, s. 218-224.
- 85) Bu konuda bk. Manfred Rehbinder, "Men-faatler Takdirinin Prensipleri", çev. Tur-gut Kalpsüz, AÜHFD., 1969, C.XXVI, s. 271.
- 86) Herbert L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961, s. 14.
- 87) Herman Kantorowicz, *The Definition of Law*, edited by: A.H.Campbell, Cambrid-ge 1958, s. 5. Hukukçu ve tabii ki hakim, "(...) mutlaka iyi Türkçe bilmeli, kelimeler üzerinde ırkçı ayrımlar yapmadan sözcük dağırıcılığı sürekli genişletmelidir. İster iddia, ister savunma, ister karar, hüküm bi-çiminde olsun, hukuk uygulamasında yer alan metinler, dünyanın her yerinde yazıl-dığı dilin güzel örneklerini teşkil ederler (...)" Sulhi Dönmezer, "Hukukçunun 'Et-hos'u", *Hukuk Araştırmaları*, MÜHF. Ya-yını, Eylül - Aralık 1987, C. 2, S. 3, s. 6.
- 88) "Yabancı hukukun alımı" ile ilgili bk. Ca-hit Can, *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açı-sından Resepsiyon*, (basılı olmayan do-çentlik tezi), Ankara 1982, passim.
- 89) Hirs, s. 107 vd.
- 90) Kaldı ki, hukuksal düzenlemeler de, "(...) toplumu meydana getiren insanın biyolo-jik ve psikolojik yapısını göz önünde bu-lundurmamak zorundadır. Çünkü toplumsal yaşamın biçim ve çeşitleri en sıkı bir biçim-de onu meydana getiren bireylerin beden-sel ve ruhsal özellikleriyle ilgilidir (...). Bir hukuk düzeninin uzun zaman yürürlüğü-nü sürdürebilmesi o toplumdaki insanla-rın psikolojik durumuyla yakından ilgili-dir". Aral, *Toplum*, s. 25.
- 91) Dönmezer, s. 9.
- 92) "Bir kere sağlam bir hukuk bilgisi temel şarttır. Fakülteden mezun olan bir genç, bir kısım temel bilgileri elde etmiş olur ama bunların yıllar sürecektir ve hiçbir za-man bitmeyecek bir çalışma ve gayret içe-risinde durmadan ikmalî, değiştirilmesi ge-rekecektir. Bu itibarla iyi bir hukukçu için yeni bilgiler elde etmek bilgisini yenile-mek üzere sürekli çalışmak zorunludur. Sü-rekli bilgi elde etmek için çaba gösterme-yen bir hukukçu, bir süre sonra hiç bir hu-kuki ihtilafı çözümleyemez hale ve duru-ma gelir". *Ibid.*, s. 6.
- 93) 2556 sayılı Hakimler Kanunu'nun 62. maddesinin tefsiri hakkındaki TBMM Adli-ye Encümeni Tetkik ve Müzakere Raporu Esas: 41/148, Karar: 14, 27.12.1955, Adalet Dergisi, 1956, S. 1, s. 9.
- 94) AMK, 12.6.1969, 1968/38 E., 1969/34 K. (AMKD, S. 7, ikinci baskı, Ankara 1978, s. 331 vd.)
- 95) Kemaleddin Birsan, "Medeni Kanunu Laf-zile Tatbikte Hakimnin Takdir Salahiyeti ve Hukuki Mesuliyetine Dair Düşünceler", *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 107.
- 96) *Ibid.*, s. 107. "Hakimin ölçümü keyfiliğin at oynatacağı bir meydan (Rummelplatz) değildir". T. Tufan Yüce, *Ceza Hukuku-nun Temel Kavramları*, Ankara 1985, s. 142.
- 97) Aydın Uğur, "Hermeneutik: Eski Bir Yo-rum Yönteminin Yeniden Gündeme Geli-şi ve Hukuk Alanında Uygulanması", SBFD., C.XXXVIII, 1983, N.1-4, s. 183.
- 98) David Krech/Richard S. Crutchfield, *Sos-yal Psikoloji, Nazariye ve Problemler*, çev. Erol Güngör, İstanbul 1965, s. 185. "(...) Hakikat aramada yenilmesi gereken zor-lukların en ağır, önceden zihinde takarrür etmiş iddiaların etkisidir. Belli bir konu üzerine, ekseri ne olduğu bilinmeden, şu veya bu fikir edinilmiş bulunur; zıt kanaat-ler bu ilk inancı iptale kalkanca zihin içgü-düsüyle isyan eder, yönelişini değiştirmek, hatasını tanımak istemez. Halbuki Descar-tes'in pek doğru olarak dediği gibi, eğer edinilmiş bilinçsiz fikirlerin hepsinden vaz-geçmek için önce kesin bir karar alınma-mış ise, ilmi araştırmaya yanaşmak beyhu-dedir". Henri Le Châtelier, *Tecrübi İlim-lerde, Metoda Dair*, çev. Avni Yakaloğlu, İstanbul 1955, s. 23.
- 99) Bu açıdan, hakimce kararının oluşturulma-sı, "(...) önyargı, sempati ve antipatilerine kapılmadan, duygusal davranışlara düşme-den, objektif değer ölçülerinden ayrılmadan yerine getirilmelidir. Hakimnin kendi dünya görüşü, değer yargıları, kişisel eği-

- limleri ölçümünü etkileyebilir. Bu etkiler hakimî toplumun objektif ölçülerinden, rasyonel değerlendirmelerinden ayırmamalıdır". *Yüce*, s. 140.
- 100) *Erem*, Adalet Psikolojisi, s. 273.
- 101) *Fabreguettes*, s. 420.
- 102) *Uğur*, s. 184.
- 103) *Sulhi Dönmezer*, Sosyoloji, 10. baskı, İstanbul 1990, s. 27.
- 104) *Erem*, Adalet Psikolojisi, s. 273. "(...) Hüküm verecek kimsenin fazla hassasiyeti, hırs, bilhassa bazı idealler peşinde tecrübelere kulak tıkaması, yanlış muhakemelerle hataya düşmesinin başlıca sebebidir (...)" *Mustafa Reşit Belge*si; "Hukukun Esası ve Mevzuat", Adalet Dergisi, 1963, S. 9—10, s. 884.
- 105) Hükümün "hak edilen şey"le olan ilgisi, hükümün değerliliği için bir kastas olarak kabul edilmek gerekir. Adalet hissini kabul edemeyeceği husus, adalet mekanizmasının suçluya hak ettiği cezayı vermesi veya genel bir söyleşiyle ifade edecek olursak, "herkesin hak ettiğini alması"dır.
- 106) *Abdullah Üner*, "Türk Ceza Kanunundaki Aksaklıklar", Adalet Dergisi, Y. 60, Mart 1969, S. 3, s. 122.
- 107) *Krech/Crutchfield*, s. 183.
- 108) HGK., 8.10.1969, 2-168, K. 731 (ABD., 1970, N.I, s. 110—111). Bu hususa "Tecrübe Kuralları" başlığı altında Sivrihisarlı tarafından da değinilmiştir. *Ömer Sivrihisarlı*, Hukuk Yargılama-sında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 85 vd., özellikle s. 98—99.
- 109) CGK., 9.4.1962, 2/23—23 (*M. Muhtar Çağlayan*, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C. II, Ankara, 1966, s. 406).
- 110) 2. HD., 11.1.1971, 6518/136 (Resmi Kararlar Dergisi, Mart—Nisan 1971, S. 3—4, s. 97). 2. HD., 30.3.1971, 1109/2112 (Resmi Kararlar Dergisi, Haziran—Temmuz 1971, S. 6—7, s. 200—201).
- 111) *Descartes*, Metod Üzerine Konuşma, çev. Mehmet Karasan, Ankara 1944, s. 24.
- 112) Anayasa m. 141/3, CMUK. m. 260, HUMK., m. 388/5.
- 113) *Yaşar Karayalçın*, Hukuka Öğretim—Kaynaklar—Metod, (problem Çözme), 3. baskı, Ankara 1986, s. 102.
- 114) *Erem*, Adalet Psikolojisi, s. 272.
- 115) "Ehil bir hukukunun ana vasfı, hukukî zihniyet sahibi olması, hukukî düşünme yeteneğini elde etmiş bulunmasıdır. (...) Hukukî zihniyet, hukukî düşünme yeteneği, her şeyden önce hukuka, hukukun üstünlüğüne inanmayı, ülkede hukukun egemen olması gereğine, adaletin gerçekleştirilmesini hiçbir mülahaza ve yararın engellemeyeceğine, adaletin mülkiin temeli olduğuna iman etmiş bulunmayı da ifade eder. (...) Hukukî zihniyetin temelinde, hukuk kurallarına saygılı olmak; itaat etmek ve ettirmek vardır; ama bu, hukuk kurallarını eleştirmek anlamına gelmez. (...)". *Dönmezer*, s. 7.
- 116) İBK, 6.5.1968, 15/9 (Resmi Kararlar Dergisi, Mayıs—Haziran 1968, S. 5—6, s. 18 vd.).
- 117) 4. HD., 18.2.1966, 2534/2168 (İKİD., Y. 6, Temmuz 1966, S. 67, s. 4664).
- 118) *Karayalçın*, s. 83.
- 119) *Aral*, Hukuk Felsefesinin., s. 135.
- 120) *Erem*, Adalet Psikolojisi, s. 274.
- 121) *İbid.*, s. 275. *Erem*, ayrıca bir diğer unsur olarak "Teessür Kabiliyeti"nden bahsetmektedir. s. 276.
- 122) CGK., 21.2.1966, 22/D,5/41 (*Çağlayan*, C. III, s. 385).
- 123) *Erem*, s. 276.
- 124) *Fellman*, s. 47.
- 125) *İbid.*, s. 47.
- 126) *Fabreguettes*, s. 435—436, dipnot.
- 127) Bir inceleme yazısında çok çarpıcı örnekler bulunmaktadır: "Ve yargıçların masalarında biz diyelim, 40, siz deyin 50 dosyadan oluşan yığınlar. Kürsünün sağ tarafına yatık bir iskambil destesi gibi serilmiş dava dosyaları... Kapıdaki günlük duruşma listesine bakıyorsunuz; saat 09.30'a beş tane duruşma konmuş alt alta, hepsi aynı saatte. 09.45'te bir o kadar daha... Yani 15 dakikada beş duruşma yapılacak... Yargıç, kürsünün sağ yanından önüne doğru uzanan yatık destenin üzerindeki bir dosyayı (...) önüne çektiği anda, (avukatlar) eğitilmiş ve disiplinli bir asker gibi hemen yerlerini alıyorlar. Yargıç dosyanın kapağını açıyor, bir cümle söylüyor. Avukat "evet" diyor. Zabıt katibine yargıç yazdırıyor, avukata gelecek duruşmanın gününü söylüyor. Avukatın cep ajandası zaten elinde açık, hemen "okey"i-ni bildiriyor. Yargıç önündeki dosyayı sola itip sağındaki desteden bir başka dosya çekiyor. Avukatlar yer değiştiriyor (...). Bir çark böylesine döntüp gidiyor. Otomasyona geçmiş bir fabrika düzeninde işler yürüyor. İşte böylece yargıç bir günde 30—40, hatta 50 davanın duruşmasını yapıyor (...)" *Nail Gürelli*, "Adliyemiz", Milliyet Gazetesi, 5 Şubat 1992.
- 128) "(...) Ama bizim yargıçlar da babalandı mı tam babalanıyor ha! Bir yargıç hanımın tiz sesiyle avazı çıktığı kadar bağırışına tanık olduk. "Pespaye işleriniz için buraya geliyorsunuz. Bunlar kendi aranızda halledilecek işler" diyordu özet olarak. Ama arada tarafların sözlerini kesiyor, sert bir öğretmen edasıyla avaz avaz azarlıyordu (...)" *İbid.*
- 129) *Fabreguettes*, s. 437.
- 130) *Gürelli*, "Adliyemiz", Milliyet Gazetesi, 13.2.1992, İstanbul Barosu Başkanı Avukat Turgut Kazan ile yapılan söyleşi.
- 131) *Edmond Goblot*, Traité de Logique, Paris 1929, s. 5 ve 11'den nakleden; *Kunter*, s. 29. Mecelle'nin 1812. maddesine göre de; "Hakim, gam ve gussa (: keder, tasa) ve açlık ve galebe—i nevm (: uyku basması) gibi sıhhat—ı tefekküre (: sağ-lam düşünme) manii olabilecek bir arıza ile zihni müevveş (: belirsiz, düzensiz) olduğu halde hükme tesadli (: bir işe giriş-me) etmemelidir". Bk. *Ali Hümmet Berkî*, Mecelle, 3. baskı, İstanbul 1982, s. 412.
- 132) Mecelle md. 1792, bk. *Berkî*, s. 407.
- 133) *Çetin Aşçıoğlu*, "Yargıç Gözüyle Hukuk Öğretimi", Hukuk Öğretimi Sempozyumu (13—14 Mayıs 1993), Ed. Adnan Güriz, Ankara 1993, s. 92.
- 134) *İbid.*, s. 92.
- 135) *İbid.*, s. 92.