

YARGI KARARLARININ HUKUKA UYGUNLUĞU

Prof. Dr. Selma ÇETİNER BAKTIR

Dokuz Eylül Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Bilindiği üzere hukukun amacı adalettir. Adalet ise, bir insanın diğer insanlarla olan davranışlarıyla ilgili ahlaki bir değerlendirmedir. Her hukuk kuralının temelinde de bir değerlendirme vardır. Bu değerlendirme sonucu bazı davranışlar yasaklanır, bazılarının ise yerine getirilmesi emredilir. Bizim bu tebliğde sunacağımız konuda hâkimlerin uygulamak zorunda olduğu bir hukuk kuralının evrensel hukuk anlayışına aykırı olduğunu gördüklerinde bu kuralı uygulamak zorunda olup olmadıkları hakkındadır.

Soru şu ki yargı kararları mevzuata mı yoksa hukuka mı uygun olacaktır? Hâkimler uygulamak zorunda oldukları bir kuralın eğer evrensel hukuk anlayışına aykırı olduğunu görürlerse yine de uygulamak zorunda mıdır? Yasayı yasama organı, hukuku yargıç yapıyorsa bütün yargı kararları hukuki değil midir? Bu ve benzeri sorulara cevap vermek için ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde hâkimin yargılamadaki rolü üzerinde durmamız gerekir.

Bilindiği gibi, kanun koymakta belli başlı iki method vardır. Bunlardan ilki, hâkime hukuk yaratma yetkisini tanıma amacı güden ve dolayısıyla kanun koyucunun bütün eylemleri, iradeleri kısaca hukuki olayları kapsayacak şekilde kanun yapmak gayreti içinde olduğu sistemdir. İkincisi ise, ilişkilerle ilgili genel esasları belirlemek, dolayısıyla daha az kural koyarak olayların içinde yaşayan hâkime geniş takdir ve hatta hukuk yaratma yetkisinin verildiği sistemdir. Yaşadığımız yüzyılda ne yazık ki ağırlıklı olan ilk sistemdir (Birsen, 1966: 78). Ülkemizin kabul ettiği sistem de budur. Oysaki teknolojiye ilerlemelerin topluma yansımaları sonucu toplum hızla değişmekte ve dolayısıyla bireyler ve birey/toplum ve toplumlararası ilişkilerde farklılaşmaktadır. Böyle bir çağda her ilişkinin yasa kuralı ile çözümüne gidilmesi doğru değildir. Nitekim bu konuya dikkat çeken özdeyişte ki gibi “Bir toplumda ne kadar çok yasa kuralı varsa bu durum o toplumun daha çok çöküşte olduğuna delildir.” Bu yasamanın her şeyi hukuk kuralı ile çözme gayretidir ki, yanılığın başka bir şey değildir.

Hâkimin önüne bir dava gelmesi, kamunun veya bir kişinin devletin yargı organı olan mahkemeden hukuki koruma talep etmesi demektir (Gürdoğan, 1967: 9). Hâkimin, yargılama sürecindeki ilk faaliyeti olayların tespitine ilişkindir. Gürdoğan'ında dediği gibi hâkimin bu alandaki faaliyeti hukukla değil, yaşadığımız dünyanın gerçekleriyle ilgilidir. Hâkim bu aşamada ki maddi ve manevi tespitlerini; bilgisi, kişi-

sel deneyimleri ve aklıyla yapacaktır. Bu tespitlerde hâkimin sıfatı “insan” olmaştır, yani yargıç hâkim değil, hâkimdir (Gürdoğan, 1967: 10). Örneğin bir adam öldürme davasında hâkim bu fiilin gerçekten sanık tarafından işlenip işlenmediğiyle ilgili tespitler yapar, tanık, balistik incelemeler v.s. gibi delilleri tespit eder. Elbetteki yargılamanın bu sürecine tarafların adil yargılanma hakları gözetilmelidir. Hâkimin bu safhadaki rolü olayların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tespitlerdir ki psikoloji ilmi buna “gerçeklik yargısı” adını vermektedir. Hâkime bu aşamada iyi bir “dil bilgisi” gereklidir, ayrıca o yörenin farklı anlama gelen kelimelerini de iyi bilmelidir. Kişisel tecrübeler ve mantık kuralları yine bu aşamada kullanılan unsurlardır. Kısacası bu safhada yargılama hukuk kuralları dışında, maddi hukuk unsuru yoktur. Ülkemizde hâkimlerin “gerçeklik yargılarının” Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun 240 ve 428 ve Anayasa'nın 132.maddesi ışığında kesin ve nihai olduğunu söyleyebiliriz (Gürdoğan, 1967: 31). Bu nedenle bu tespitleri yaparken elde edilen izlenimler çok önemlidir. Zira beyanların tereddütlü mü, kararlı mı verildiği, tarafların samimiyeti gibi duygusal tespitler tutanaklara geçmemekte, hâkimin zihninde kalmaktadır. Ancak ülkemizdeki gibi özellikle küçük yörelerdeki hızlı hâkim değişimi sonucu, davayla ilgili tespitleri yapan hâkim çoğu zaman karar veren hâkim olmamaktadır. Dolayısıyla da karar aşamasında zapta geçmeyen bu çok önemli duygusal izlenimler karar veren hâkim tarafından kullanılmamaktadır. Oysa bunlar bizim vicdanımızı ilgilendiren bilgilerdir. Bu nedenledir ki İngiliz hukuk sisteminde yedek hâkim vardır ve oda duruşmayı izler. Duruşmayı yürütmemiş olan bir hâkim karar veremez.

Hâkim, için bundan sonraki aşama gerçeklere uygulanacak hukuk kuralının bulunmasıdır. Bu aşamada artık hâkimin değerlendirmesi söz konusudur. Zira bazen hâkimin tespit ettiği gerçekliğin hukuki nitelendirmesi gerekebilir. İsviçre Federal Yargı Teşkilatına ilişkin Federal Kanununun 43/4.maddesine göre; olayların hukuki nitelendirmesinde hâkim hata yapmışsa bu hata kanunun ihlali anlamını taşır. Gürdoğan'a göre; hâkimin yapacağı hukuki nitelendirme kanunun uygulanmasına ilişkin bir faaliyettir ve Yargıtay'ında asıl görevinin hukuk birliğinin temini olduğundan ülkemizde de temyize açıktır (Gürdoğan, 1967: 45, 46).

Hâkimin hukuki nitelendirmesini yaptıktan sonra uygulayacağı hukuk kuralını arayacaktır. Bilindiği üzere Ceza Hukukunda, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz?” (TCK md: 2/1) ilkesi gereğince kanunda eylemi karşılayan bir suç yoksa, hâkim davayı reddedecektir. Oysa Hukuk Mahkemelerinde, hâkim önüne gelen bir davayı çözümsüz bırakamaz. Hâkim Medeni Kanunun birinci maddesine göre bulunduğu veya yarattığı hukuk kuralını olaya uygulayacaktır. Kanunun davaya uygulama aşaması da hüner isteyen bir aşamadır. Bu ceza hukukunda karşımıza cezaların şahsileştirilmesi¹ şeklinde çıkarken, özel hukukta da hakime takdir yetkisinin verildiği (MK.md.4)

¹ “...Cezaların şahsileştirilmesi ile ilgili olan uygulamanın mahkemece yapılmasını 647 Sayılı Yasanın 4, 5 ve 6.maddeleri öngörmektedir. Dolayısıyla, uygulanması hakimin takdir alanı içinde olan, fail için bir hak teşkil etmeyen, objektif esaslara dayanan, ancak olay failine göre değerlendirilmesi gereken, bu nedenle de mahkemece gözetilebilen bir içeriği taşımaktadır...” 2. CD., 1996/4144-4120 SK., 15.4.1996, YKD., C.22, s. 1644.

durumlarda önem kazanır. Bir görüşe göre hâkimin takdir yetkisi yalnızca kanunda gösterilen hallerde vardır, bunun dışına çıkılması, takdir hakkının ihlalidir (İmre, 1980: 201; Ansay, 1938: 2057; Belgesay, 1945: 81). Karşıt görüşteki yazarlar ise; hakim takdir yetkisinin yasayla tanınmış durumlarla sınırlanmasını uygun bulmazlar (Egger, 1947: 111-112; Özsunay, 1986: 225).

Zaten Ceza hukukunda hâkime genel bir takdir yetkisi verildiğinden ve kanunlarda suç için öngörülen cezaların alt ve üst sınırları bulunduğundan bu tartışma ceza mahkemelerini dışarıda bırakmaktadır. Hukuk mahkemelerinde ise, hukuki nitelendirme çok önemli olduğundan adeta hâkim bu nitelendirmeyle takdir yetkisini kullanmaktadır. Bu nedenle takdir yetkisi açısından bu tartışmanın pratik bir değeri olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki hâkim kelimesinin tarihi kullanımına baktığımızda “filozof” karşılığına kullanıldığını görmekteyiz (Gürbüz, 2002: 16). Hâkim elbette ki hukuki ilişkileri ve kanunu yorumlayacaktır. Bilindiği üzere yorum bir anlam vermeyi gerektirir. Tahiroğlu’nun da belirttiği gibi, yorum kime aitse, hukuku yaratmakta ona aittir. Yorum zekânın eseridir. Yorum, hukukun kültür seviyesini gösterir. Bazen metni şu veya bu şekilde açmak gerekebilir. İşte o zaman yorum bir yaratış eseri olur. Kuşkusuz ki bu aşama, bazı ilkelere bağlı kalınarak yapılmalıdır (Tahiroğlu, 1971: 497-501). Unutmayalım ki hukuk ilmi, Ulpianus’ın ünlü tanımında belirttiği gibi, “hukuka uygun ile hukuka aykırı ayırımı yapma yani adaleti gerçekleştirilmeye yarayan kuralları kullanma sanatıdır” (Tahiroğlu, 1971: 495). İngiliz hukukunda hâkim görevlerinden birisi de kanunu açıklama ve yorumlama görevidir. İngiltere’de hukukun parlamentodan sonraki ikinci kaynağı hâkimlerin yorumlarıdır (Berlins-Dyer, 2000: 78).

Kanun milyonlarca aynı problemi yaratan ya da aynı problemle karşı karşıya kalan kişilere karşı düzenleme yapar. Oysa karar kişiseldir. Hâkim her kararı şahsileştirirken yani soyut kuralı somut hale getirirken her kararın kanunun amacına, ülkenin politikasına, insan haklarına uygun olup olmadığına dikkat etmesi gerekir. Dinçkol’un dediği gibi hakkaniyet yasanın genelliğinden doğan sakıncaya bir çare bulmaktır (Dinçkol, 2004: 180). Ancak elbette ki bu hâkimin keyfiliği anlamına gelmez. Daha öncede belirtildiği gibi hâkim hukuk devleti sınırları içerisinde yargı iktidarını kullanır (Kutlu, 2003: 127).

Liberal Hukuk Devletinde kuvvetler ayrılığı ilkesine göre; hâkimler yasa koyamazlar yalnızca yasayı uygulurlar. Hâkimi tüm yurttaşların (kamu işlerine katılmaya çağrılan) ortak kanısı olan yasaların üstüne çıkamaz. Kolektif görüşün bir ürünü olan yasa, her zaman bireysel kanaatlerden üstündür. Hâkimin zorunlu olarak yasaya bağlı olması gerekir. Montesquieu’ya göre hâkim artık yasanın ağız olmakla sınırlandırılmıştır. Bu, hâkimin hukuka ilişkin kendi kanılarına herhangi bir şekilde başvurmasının kesinlikle yasak olduğu anlamına gelir (Kübler, 2000: 158, 162). Yani hâkim kendi kişisel hukuksal görüşlerine açıkça ve bütünüyle aykırı olsa bile, parlamento tarafından kabul edilen yasayı harfi harfine uygulama yükümlülüğü vardır. Hâkim üstesinden gelemeyeceği vicdani bir çatışmaya düştüğünde, ona görevden çekilmekten başka yapılabilecek bir şey kalmaz. Yasa hâkim için mutlak bir

şekilde bağlayıcıdır. Yasa koyucu hâkimden her bakımdan daha zekidir (Kübler, 2000: 159, 163).

Demokratik hukuk devletinde ise, hâkim yine yasaya sadıktır. Ancak artık yasa yapma süreci uzun bir dönemi aldığından, hukukun değişmiş koşullara intibakının geciktiği durumlar olabilir. Bu durumlarda yasa yapmak adalet mekanizmasına bırakılır. İleri derecede gelişmiş hukuk sistemlerinde bile hukukun hâkim tarafından geliştirilen biçimi olmaksızın çalışmadığı bir gerçektir. Piyasadaki işleyiş bozukluklarını gidermek amacıyla hukuk düzeltimi yapmak artık hâkimin geleneksel ödevlerinden birisidir (Kübler, 2000: 163, 164).

Denning’e göre, bazen hâkimler kanunun arkasına sığınır ve “Biz kanunları uyguluyoruz, onların nasıl olması gerektiği bizi ilgilendirmez. Eğer verdiğimiz kararlar adil değilse bu parlamentonun suçudur bizim değil” diye söylerler. Bu derinliği olmayan bir savdır, bu sorumluluktan kaçmaktır. Hukukçular kanun adına yapılan her haksızlığı önemsemelidirler. Onlar buna izin vermemelidirler. Kanunun en son şey olduğunu söyleyen hukukçular, insanlara ne yapıp ne yapmamaları gerektiğini söyleyen kanunları önemseyerek, hukuku toplumda asayişli sağlayan sosyal mühendislik gibi görüyorlar. Onlar hukuk ve ahlak ya da adalet arasındaki açık ve net çizgiyi görmüyorlar (Denning, 1955: 1, 2).

Ökçesiz, hâkimin doğru yani adil bulmadığı bir hukuk normunu, salt pozitif karakterinden dolayı uygulaması gerekip gerekmediği sorusuna, hâkimin özgürlüğe mahkûm olduğunu, bu özgürlüğün onu bir karar otomatı olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü bir sorumluluk düzeyine çıkardığını belirterek cevap vermektedir. Ona göre yargıç hukuk yaratma, dolayısıyla yorumlama yeteneğini ve yetkisini -yasanın ötesinde- kazanır (Ökçesiz, 2000: 173). Gerçekten’de demokratik hukuk devletince hâkimin hukuka uygun bulmadığı bir kuralı tıpkı bir demircinin eğip büküp bir demire şekil vermesi gibi onu yeniden yaratabilir mi? Eğer cevap yaratabilirse ise onu sınırlayan bir ölçüt var mıdır? Bu konuda Denning bize şu soruyu sorar? İnsanlar niçin kanuna uyar? Buna cevap olarak da derki, İngiltere halkının kanuna itaati onlara öyle yapmaları emredildiği aksi takdirde ceza alacakları gibi basit bir nedene dayandırılmaz. Onların kanuna itaati onun öyle olması gerektiğine olan inançlarıdır. Şüphesiz ki cezalandırmaktan korktukları için kanuna uyan kötü insanlar vardır. Ama çoğunluk böyle değildir. Alışkanlık da İngiliz hâkimin hukuka uymalarını açıklamaya yeter bir sebep değildir. Burada ahlaki bir inanç vardır. O da, hukuksuz bir ülkenin güçten düşeceğine ve herkesin acı çekeceğine olan inançtır. Bunlardan da önemlisi hukukun ahlakının kalitesidir. İnsanlar adil ve haklı olan kuralları içeren hukuk kurallarına saygı duyarlar ve bu kurallara hem kendileri uyar hem de başkalarının uymasını isterler. Eğer insanlar kendilerini kanuna uymaya zorunlu hissediyorlarsa, bu kanun onların hak ve adalet düşüncelerine uygun olmalıdır (Denning, 1955: 1, 2, 3). Yalnızca adil hukuk insanla-insan ve insanla-toplum arasındaki ilişkiyi sağlar. Göreve atanan hâkimler, her kelimesi düşünülerek oluşturulmuş yemini yerine getirirler. Bu şöyledir. “... doğru yani adaletle yapacağım”. Bunun anlamı, kanunla yapacağım değildir (I will do right not, I will do law). Aynı şekilde kraliçenin kendisi de taç giyme töreninde adaletle bağlılıkla ilgili sözler söy-

ler. Archbishop (Başpiskopos) sorar, “Sen gücünü adalet ve hukuktan alacak mısın, merhamet senin bütün yargılarında yer alacak mı?” ve kraliçe cevap verir, evet (I will). Şimdi majestelerinin yargıçlarının yargısı kraliçenin yargısıdır. Onlar onu temsil ederler. Bu yeminle hâkimler onun adına yargıyı icra ederler (Aral, 1993). Evet hâkimler şüphesiz kanuna göre yargılama yaparlar ama adil kanuna göre. Aral’da hukuk düzeninin sağlamlığı ve sürekliliğinin onun yalnızca zorlayıcılığı ile açıklanamayacağını, hukuku hukuk yapan sadece adalet değeri olduğunu belirtir (Denning, 1955: 1, 5). Ülkemiz’de de Anayasa’mızın 138.maddesi der ki, “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. Ökçesiz’e göre; bu maddedeki “hukuk” kavramının evrensel hukuk düşüncesi ve kültürü olarak değil de, ülkenin hukuk düzeni olarak algılanması halinde, yargılamanın yaratıcılığı kısıtlanır. Çünkü bu tür bir algılamada hâkimlerin vicdani kanaatlerinin ülkenin hukuk düzenine uygun düşmesi emredilmiştir. Yani hâkim egemen memurdur (Ökçesiz, 2000: 175). Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, hâkimlerinde haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Hâkimler bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak etmezlerse, yurttaşlar onların yerine geçer. Ökçesiz’e göre hâkimlerin bu cesareti gösteremeyip korkmaları, rehaveti, bu da keyfilik ve hastalığı, hesap sorulamazlığı ve sorumsuzluğu peşinden getirir (Ökçesiz, 2003: 40, 43). Hâkim; her şeyden önce uygulamak zorunda olduğu hukuk kuralının ya da uygulamanın ortaya çıkaracağı sonuçların adil olup olmadığını muhakeme etme yetkisine sahip olmalıdır. Böyle bir yetkiye sahip olmayan hâkim, memur hâkim değil de nedir? Hincle’a göre; uygulama ile içimiz arasında fark olduğunda vicdani harekete geçirmek gerekir. Eğer bu uyum sağlanamazsa kişi kendini suçlu veya mahcup hisseder (Hincle, 2002: 178). Bir devletin hâkimlerini böyle hissetmelerine neden olmaya hakkı yoktur.

Alman Yüksek Mahkemeleri “Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasama ve iktidar ile güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca aykırı dahi olsa, öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğerki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, yasanın ‘yanlış bir hukuk olarak’ adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaşmış olsun.” (Ökçesiz, 2000: 176) şeklinde karar vererek “katlanılmaz ölçüde yanlış olmayı” kriter olarak almışlardır. Hukuk devletinde yasama organının işlemlerine karşı yurttaş çaresiz bırakılabilir mi? Redbruch’a göre; eğer bir yasa adalet duygusuna cevap vermiyorsa, örneğin insan haklarını insanlara sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, bu yasaların geçerliliği yoktur ve o zaman halk bunlara itaat etmek zorunda değildir, o zaman hukukçular da, kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini kendilerinde bulmalıdırlar (Nakleden Kutlu, 2003: 130). Redbruch, hakimin yasayı uygulamasında ya da farklı yorumlayarak yeniden yaratmasında “adalet”i kriter olarak almıştır. Kanaatimizce, burada ölçü evrensel hukuk ilkeleri olmalıdır. Nitekim Gürbüz’de bu bağlamda Anayasamızın 138. maddesinde yer alan “hukuk” kavramından anlaşılacak olan milli hukuk değil evrensel hukuk olmalıdır demektir. Gürbüz; hukuksal meşruluğun ölçütünü bir bakıma adalet kavramıyla özdeş olan, evrensel hukuksal değerler olarak görür

(Gürbüz, 2004: 109). Yani başka bir anlatımla adalet kavramını oluşturan evrensel hukuksal değerleri taşımayan bir hukuku, meşru görmez. Aksi takdirde kişisel adalet anlayışı söz konusu olabilir ki, bu da hâkimi keyfiliğe götürür. Aynı şekilde yasama organının (milletvekillerinin) yemin metinlerinde yer alan² “... Hukukun üstünlüğüne...” kelimelerini de evrensel hukuk şeklinde algılamalıyız. Kaldı ki insan hakları sözleşmelerine imza atan bir ülkenin, hukuk sözünden kasdının insan haklarını da içeren evrensel hukuk olduğunu unutmamak gerekir. Zaten yemin metninin devamında da “... herkesin insan haklarında ve temel hürriyetlerinden yararlanması...” şeklinde devam etmektedir. Uluslar arası insan hakları belgeleri, devletlerin söz edimleridir. Böyle bir belgeyi imzalayan devlet, diğer devletlere, ama her şeyden önce kendi yurttaşlarına söz vermiştir ki çağın ve ülkemiz gerçeklik koşullarında yapılacak toplumsal düzenlemeler başka normlara ve düşüncelere göre değil, o evrensel normlara göre yapılacak ve kamu onlara göre yönetilecektir (Kuçuradi, 2003: 7).

Bir hukuk devleti haksız yasalar karşısında, hukukun üstünlüğünü sağlayabilecek hükümleri bulunan devlet demektir. Hukukun üstünlüğünü de koruyacak olan şüphesiz ki yargıdır. Yargı, insan haklarını korumak da sadece kendi devletine ve toplumuna karşı değil uluslararası topluma karşıda sorumluluk altındadır (Kuçuradi, 1999: 128).

Hâkime devlet tarafından neden yaptırım görevi verilmiştir? Devletin iktidarını gerçekleştirme için mi? Adaleti sağlama için mi? Eğer adalet mülkün (devletin, demokrasinin, kamu yararının) temeli ise, yargının temeli de adalettir. Hukuk, amacına (adalete) aykırı davranamaz, bu varlığını inkârdır. Hâkim de yasanın değil, hukukun, evrensel hukukun ağzıdır. İngiltere’de hâkimler için, “eğer adalet bir ses olsaydı, o bir İngiliz hâkimi gibi konuşurdu” diyerek hâkimlere en büyük övgüyü yapmışlardır (Denning, 1955: 10). Denning adalet giden yolun yabani otlarla kaplı olması halinde onun budanabileceğini, çalılıkların kesilebileceğini belirterek, amacın bu yolun açık tutulması olduğunu belirtmiştir (Berlins-Dyer, 2000: 80).

Aral’ında belirttiği gibi nasıl ki doğadaki olaylar nedensellik yasasına tabii ise, düşünsel oluşumlarda varlıklarını başka bir düşünceden alırlar. Yani doğadaki olayların birbirini oluşturması gibi, düşünce dünyasında da düşünceler birbirini oluşturur ve temellendirir. Buna mantık “yeter neden yasası” der. Bir düşünce yeter nedenlere (neden olan diğer düşüncelere) indirgenebildiği ölçüde geçerlidir ve anlaşılabilir. Hukuk’ta bir düşünce olduğuna göre, o da ancak yeter nedenlere indirgenmekle varlık ve geçerlik kazanabilir. Yürürlükteki hukuk, insanın bir yapıtı olarak zaman içerisinde değişir o halde onu da temellendirecek daha üstün ve son bir ne-

² “Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünün, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, hukukun üstünlüğüne, demokratik ve laik cumhuriyete ve Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı kalacağıma; toplumun huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanmasını ülküsünden ve Anayasaya sadakatten ayrılmayacağıma; büyük Türk Milleti önünde namusum ve şerefim üzerine ant içerim” (Ay. Md. 77).

denin bulunması mantiken zorunludur. Bunun sonucunda hukukun çıktığı kaynak olarak adaletin kabulü zorunlu hale gelmektedir. Adaletle yönelmeyen bir hukuktan söz etmenin anlamı yoktur (Aral, 1993: 5, 6). Yani adaletsiz bir hukuk kuralı, hukuk değildir. O halde hakim onu uygulamayacaktır. Zira her yasa normu asgari “etik meşruluk” kalitesini taşımalıdır (Ökçesiz, 2003: 37; Gürbüz, 2004: 42).

İnsan hakları ve evrensel hukuk kurallarının ucu açıktır ve hayatın devinimiyle sürekli yenilenir. Nitché'nin de dediği gibi bilginin sonunu istemektense, insanlığın sonunu isteyelim. Bilginin konusu olan insan her yönüyle çözümlenmedikçe, bilim de de süreç hiç değişmeyecektir. Berlins-Dyer'e göre: kanunlar, status quo'nun bekçileridir, fakat bir toplumda dörtlü giden yeni fikirler hep vardır. Hukuk başlangıçta bu fikirlere direnir, sonra kabullenir sonra da buna hizmet eder. Şüphesiz ki hâkimler de, toplumun daha çok farkındadırlar ve kararlarının sonuçlarını görürler (Berlins-Deyer, 2000: 81). Bu nedenle hukukun evrimi hâkimler aracılığıyla gerçekleşir. Ökçesiz'de “hukuk devletin ve hukukun insancıl nitelikte temellendirilebilmesi, insan onuru kavramının sürekli doldurulmasına bağlıdır” der. Bu sürekli doldurmanın mümkün olabilmesi için de, sürekli bos tutulması gerektiğini belirtir. Lao Tzu bunu “testiyi yararlı kılan içindeki boşluktur” şeklinde ifade eder (Nakleden Ökçesiz, 2003: 180). Hâkimin hukuku geliştirmesini yasaklayan bir devlet veya bu yaratma işini yapacak hâkimleri yetiştirmeyen bir devlet hukuk devleti olamaz.

Rousselet, “Bir yargıç hiçbir zaman bir alet değildir” der. Fransız ihtilalinde hakimler yanlış hükümlerle birçok Fransız'ın canına kıymak suçundan yargılandılar. Onlar savunmalarında, “kanuna göre işlem yaptıklarını söylediler ve biz baltadan başka bir şey değildik, balta yargılanır mı?” diye ifade ettiler. Yargı böyle bir duruma hiçbir zaman düşürülmemelidir. Oysa hâkim hüküm verir, hizmet etmez. Hâkim hürriyetini bizzat kendinde aramalı dayanacağı yer vicdanı olmalıdır. Eğer vicdana ihtiyaç yoksa hâkimliği sıradan insanlarda yapabilir (Rousselet, 1963: 69, 411, 412.). Hakim iyi bir hukukçu kendinde mevcut adalet hissini, hukuk ilmi ile mevzu edebilen hukukçudur. Hukuk adalet fikrinin izahından başka bir şey değildir. Hukuk, vicdanımızdan doğan yeni fikirlere yaklaşmadıkça anlaşılacak ve açıklanabilmek yeteneğinden yoksundur. Her şeyden şüphe eden filozoflar bile adalet fikrinin, insanların kalbinden çıkarılamayacağını kabul etmişlerdir. Kanun ölüdür. Hâkim ise yaşayan bir varlıktır. Yaşar olmak, hâkimin kanun karşısındaki büyük üstünlüğüdür. Onun için insanlar kötü kanunların iyi hâkimler tarafından tatbik edilmesinden korkmazlar (Fabreguettes, 1945: 12, 17, 30, 379, 380). Unutmamalıyız Montesque'ninde dediği gibi, bir rejim (siyasinizam) halkın artık adaletle inanmaz bir hale geldiği dereceye gelmişse, o rejim mahkûm olmuş demektir (Blake-Ashworth, 1998: 17).

Hâkimlerde yasalara karşı çıkmazsa kim karşı çıkabilecektir? Adliye hizmeti tehlikesiz değildir. Gerektiğinde bir hâkim hukuku sonuna kadar savunmakta canını ve çıkarını düşünmemelidir. Hâkimler adaletin bekçisi olmalıdırlar nitekim Fransız ihtilalinde birçok hakim (213 kişi) mesleklerinden istifa etmişlerdir. Bugün müzede saklanan bu mektuplarda adalet mesleğinden ayrılmanın üzüntüsünü belirttikleri yazılıdır. 2 Aralık 1851'de Paris'de Napolyon'un Millet Meclisini dağıttığı duyul-

unca, Anayasa gereğince, ihaneti halinde Cumhurbaşkanı yargılamaya yetkili Yüce Divan'ın üyeleri Adalet Sarayı'nda toplanma cesaretini göstermişler ve aralarında Renouard'ı başsavcı seçmişler ve kararlarını başkent'in bütün duvarlarına asmışlardır. Ertesi gün polis hepsini dağıtmıştır. Ama onlar böyle bir anda toplanıp Başkan-Prensi mahkûm etmek cesaretini göstermişlerdi. Yine 22 Ocak 1852'de kararnemeyle ile Orlean sülalesinin mallarının müsadere edileceği ilan olunmuştur. İlgililer mahkemeye müracaat etmişler ve haklarını almışlardır. Hükümet bu mahkeme kararlarını iptal ettirmiştir. Ancak Seine mahkemesinin jesti bütün ülkede heyecan yaratmış ve belki de iktidarın yapmayı tasarladığı bu çeşit işlerin önünü almıştır (Rousselet, 1963: 109-111).

Sevindirici olan şu ki, bu gün uluslararası mahkemeler yargıçlara artık dünya düzeninin adalet olduğunu söyleme iktidarını sunmaktadırlar (Kutlu, 2003: 155).

KAYNAKÇA

- ANSAY, Şakir (1938), “Kanun ve Tefsiri”, *Adliye Ceridesi*, S. 12, Ankara.
- ARAL, Vecdi (1993), *Hukukun ve Ahlakın Değişim Noktası*, İstanbul.
- BELGESAY, Mustafa, R (1945), *Türk Kanunu Medenisi Şerhi; Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku*, İstanbul.
- BERLİNS, Marcel-Clare, Dyer (2000), *The Law Machine*, London,
- BİRSEN, Kemaleddin (1966), *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul.
- BLAKE, M.- A. Ashworth (1998), “Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases”, *Criminal Law Review*.
- DENNİNG, Alfred (1955), *The Road to Justice*, London.
- DİNÇKOL, Abdullah (2004), “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”, *HFSA 9. Kitap*, İstanbul.
- EGGER, Arnold (1947), *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi*, (Çeviren Volf Çernis), Ankara.
- FABREGUETTES, M.P. (1945), *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, (Çeviren: A. Aksakoğlu), Ankara.
- GÜRBÜZ, Ahmet (2002), “Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine”, *HFSA 5.Kitap*, İstanbul.
- GÜRBÜZ, Ahmet (2004), *Hukuk ve Meşruluk, (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)*, İstanbul.
- GÜRDOĞAN, Burhan (1967), *Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi*, Ankara: AÜHF, Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları.
- HINCLE, Robert, A. (2002), “Why Good is Good”, *The Sources of Morality*, London.

- İMRE, Zahit (1980), *Medeni Hukuka Giriş*, (Temel Kavramlar), İstanbul.
- KUÇURADİ, İoanna (1999), *Etik*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- KUÇURADİ, İoanna (2003), “Etik İlkeler ve Hukuk”, *HFSA*, 8. *Kitap*, İstanbul.
- KUTLU, Mustafa (2003), “Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri”, *HFSA*, 7. *Kitap*, İstanbul.
- KÜBLER, Friedrich (2000), “Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiđi”, *Etik ve Meslek Etikleri*, Ankara.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin (2000), “Hukuk Devleti ve Yargıcı”, *Etik ve Meslek Etikleri*, Ankara.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin (2003), “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, *Türkiye Barolar Birliđi Uluslararası Toplantı*, Ocak, Ankara.
- ÖZSUNAY, Ergun (1986), *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul.
- ROUSSELET, Marcel (1963), *Adalet Tarihi*, (Çeviren: Adnan Cemgil), İstanbul.
- TAHİROĞLU, Bülent (1971), “Eskiçađ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Müzakerelerin Yorumu”, *İBHF. Mecmuası*, C.XXXVI, S. 1-4, (Ord. Prof. Dr. M. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı), İstanbul.