

AMERİKAN HUKUK KÜLTÜRÜ*

Yazan: Prof. Dr. Heinrich Honsell, Zürich

Çeviren: Ar. Gör. Dr. Murat TOPUZ**

Adalet mi? Adaleti ahirette bulursun.

Bu dünyada sadece hukuk var.

William Gaddis¹

I. Amerika ve Bilimler

Dünyanın önde gelen sanayileşmiş ülkesi olan Amerika Birleşik Devletleri², özellikle fen bilimlerinde üst sıralarda yer almaktadır. Bugün fen bilimlerinde ve kısmen de işletme biliminde, büyük oranda İngilizce yayınlar geçerlidir. Hızlı değişen ve küçülen dünyamızda, bilim yarışında, sadece İngilizce'ye odaklanılmasını eleştirmek yersiz olacaktır. Eğer bilimsel ilerleme bir ihtiyaçsa, kültürel çeşitliliğin kaybına rağmen bunu kabullenmek gerekir. Küresel bir köye dönen dünyada "karşılıklı anlaşma için" basit bir dil yararlı hatta gereklidir.

Bir zamanlar Fransa'da moda olduğu gibi, kendi dilini koruma adına, ulusal kampanyalarla yabancı kelimelerin kullanımının yasaklanması ve anglisizme karşı özel terimler icat edilmesi, anlaşılmaz bir gerçektir. Fransız bürokrasi kültürü, world wide web yani internete, Fransız dilini tehdit ettiğini düşünerek,

* "Bu bilimsel yazımı zaman zaman Amerikan Hukuku üzerine görüştüğüm dostum ve meslektaşım Roger Zäch'ye adıyorum (Prof. Dr. Heinrich Honsell)."

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (Yazı, yazarın izni ile çevrilmiştir).

¹ A Frolic of His Own (New York 1994), s. 13.

² Amerika'dan bahsedildiğinde sadece ABD kastedilmektedir. Latin Amerika ülkeleri ile Kanada buna dâhil değildir.

Amerikanlaşmaya karşı savaş ilan etmiştir. Fransız bürokratlara kalsa, bilgisayarın (computer) ordinateur, programın ise (software) logiciel (vs.) olmasını isterler.

Ulusal Coca Cola Sömürgeleştirmesine karşı yapılan kampanya ise anlamsızdır³. Kültür ne yönlendirme ile gelişir, ne de yasaklarla korunur. Ayrıca Amerika, Coca Cola, McDonalds ve Marlboro'yla evrensel olarak adeta bir zafer yürüşüyle, bu konuda doruk noktaya ulaşmıştır.

II. Amerikan Hukuk Kültürü

Amerikan olan her şeyi taklit etme eğiliminden kaçınmakta fayda vardır. Amerika'ya ait olan her şey iyi, modern vs. demek değildir. Bu durum genel itibariyle psiko-sosyal bilimlerde geçerli olduğu gibi hukuk bilminde de geçerlidir. Ayrıca bilindiği üzere, kültürel ve teknik gelişimin birbirini destekleyerek oluşması da gerekmemektedir. Bundan dolayı, içinde bulunduğumuz teknoloji çağı için, ABD, “Amerikan Çağı” ifadesini kullanmaktadır. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra sanat ve kültürde⁴, aynı zamanda da psiko-sosyal bilimlerde gerileme olduğu bir gerçektir. Her ne kadar Amerika'nın bu yüzyılın teknolojik gelişimine katkısı olsa da, hukuksal düşünceye katkıda bulduklarından bahsedilemez. İddia edilenin aksine, dünya çapında Amerika'nın bu konuda lider rolü oynadığı söylenemez⁵.

Amerika'nın hukuk tarihi, Thomas Jefferson ve Quäker Thomas Paine tarafından hazırlanan ve açıkça John Locke'nin ideallerinden etkilenen Mayflower Efsanesi ve 1787 Bağımsızlık Bildirgesi ile başlamaktadır. Bilindiği üzere İngiliz gelenekleri nedeniyle Amerikan Anayasa Hukuku'nda yer alan, insan hakları ve özgürlüğe ilişkin haklar, Avrupa'nın kültür eseridir. Yaşam, özgürlük ve mutluluk peşinde çaba. Halk tarafından seçilen hükümetin temelini teşkil eden

³ Bu ifade Amerika kültürünü çok iyi tanıyan Michael Kunze'ye aittir.

⁴ Bu fenomenin sebepleri hakkında farklı teoriler vardır. Konrad Lorenz'in bu konu hakkındaki teorisini dikkate almak gerekir. Ona göre seleksiyon baskısı azaldıkça kültürel yaratıcılık da azalır. Bu ise, dünyaya hükmeden teknokratik sistemde, kültürel farklılığın azalması anlamına gelir. Dünyada gelişmemiş milletler haricinde diğer milletler aynı teknikle aynı ürünleri üretmekte, aynı traktörlerle tek bir mono kültür yetiştirdikleri çiftlikleri sürmekte ve aynı silahlarla savaşmaktadırlar (LORENZ, Der Abbau des Menschlichen, 1983, s. 209). “Kültürler arası seleksiyon“ yaratıcı unsurundan dolayı kayba uğuruyor (LORENZ, Die Rückseite des Spiegels, 1973, s. 223 vd., 244).

⁵ Karş. aşağıda IV .

bireysel özgürlük ve toplumsal sözleşme, yol gösterici ilkelerdir. Katı tutucu bir uygulamayla anayasanın değiştirilmesinin zorlaştırılması ise bugüne kadar değişmeyen bir durumdur⁶. İnsanların değil, kanunların hükmetmesi gerektiği düşüncesi de buna eklenebilir. Aslında bunların hepsi Antik Yunan'dan tanıdığımız demokrasi idealleridir⁷.

Yüzyıllar boyunca, özgürlük ve insan haklarına uygun liberal göçmen politikası ve bu politikanın Özgürlük Heykeli'ne kazılmış sloganı, etkileyici bir gelenektir. Bugün bunların hepsi maalesef hukuk tarihinde kalmıştır. Birseyel özgürlükten ise neredeyse eser yoktur.

ABD'nin günlük hayatından masum görünen örneklerle başlamak faydalı olacaktır. Bir yabancı, daha ABD'ye girişte Amerikan hukuk kültürünün tuhaf tadını almaktadır. Girişte, yabancılar bir form doldurma mecburiyetinde oldukları için, kendilerine Amerika'ya giriş amacının, suç işlemek, uyuşturucu satmak veya doğal olmayan seks metodlarını denemek olup olmadığı gibi sorular sorulmaktadır. Bu formu hazırlayanların, sorulan sorulara doğru cevap alıp alamayacağı belli olmadığını şundan anlıyoruz ki, formda, sorulan soruların "evet" olarak cevaplanması halinde bunun mutlaka seyahat yasağı anlamına gelmeyeceği ifadesi yer almaktadır ve bu ifadeyle formu dolduran avlanmaya çalışılmaktadır. Kılı kırk yaran bürokrasinin bu anlamsız ve zayıf durumu, hiç kimse tarafından şimdiye kadar sorgulanmaması bir tarafa, daha kötüsü hukuk fakültele-
rindeki meslektaşlarımızın bile bu durumu gayet normal, uygun ve gerekli görmeleridir. Genel olarak Amerikan Kamu Hukuku'nda bir şeyi yasaklama konusunda mantığa zıt ve sert bir cezalandırma eğiliminin olduğunu görmekteyiz⁸. Örneğin, Kalifornia Eyaletinde bir işçi tuvaleti kullandıktan sonra ellerini yıka-

⁶ Bir Anayasa değişikliği için her iki kongrenin üçte ikiden fazla çoğunluğu, Başkanın onayı ve Amerikan eyaletlerinin dörtte üçünün kabulü gerekmektedir. Bundan dolayı Amerika'nın 50 eyaletinden 13 tanesi anayasa değişikliğine engel olabilir. Bu durum hakkında eleştiriler için bkz. BERBER, *Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte* (2. Baskı 1978), s. 266; Reflections of a Migrant Lawyer, in: *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in die USA und in Deutschland*, hrsgg. v. Lutter/Stiefel/Hoeflich (1993) s. 487 vd.; Ayrıca bkz. STIEFEL/MAXEINER, *Why Are U.S. Lawyers not Learning from Comparative Law? Liber Amicorum for Th. Bär and R. Karrer* (1997) s. 487 vd.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. HONSELL, *Sophiste de olan Nomos ve Physis*, FS Wubbe (1993).

⁸ Bu eğilimi HERMAN tespit etmiş ve kitabında dile getirmiştir. *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht* (Hrsg. Zimmermann, 1995), s. 45 vd.

mazsa cezaya çarptırılıyor (Neden sadece işçiler?). Her yerde olduğu gibi buna Avrupa da dâhil, hemen her alanı kanunlarla düzenleme çabası, her şeyi titiz ve akla gelebilecek her tür olayı nazara almayı gerektirdiğinden, sayısız ayrıntı ve bilgi içinde boğulularak başarısızlıkla sonuçlanmaktadır. Bu durumda insanların kurallara riayet etmemesi şaşırtıcı değildir. Çünkü kuralları bilmiyorlar. Bazı ABD eyaletlerinde otopark düzenlemeleri titizlikle uygulanmaktadır. Örneğin, San Fransisco’da ticari alana izinsiz park edilen araç kimseyi rahatsız etmese dahi hemen çekilmektedir. Aslında bu gibi şeyler konuşulmaya değmez de denilebilir. Ancak bu gibi örnekler, kamu hukukunun temel esası olan orantılılık prensibine zarar vermektedir⁹.

Trafik kontrolünde, filmlerden bildiğimiz gibi, polis üst düzey bir yetkili olarak arabaya arkadan yaklaştığında, hareket etmemek ve ellerin direksiyonda bulunması gerekir. Bu kurala uyulmadığı takdirde ölüm tehlikesi başgösterebilir.

Avrupalılar için korkunç olan Amerikaya ait bir diğer gerçek ise, sokakta yatan yaralıya yardım ederken, hatalı bir hareketten dolayı tazminat yükümlülüğü altına girme riski nedeniyle yaralıya hiç bir zaman yardım edilmemesidir.

İnsan haklarının ihlalini ve tutuculuk olarak adlandırılabilir acayip örnekler vardır. Örneğin: - inanması zor ama Los Angeles’de bir bayan hâkim, sürekli olarak duruşmada rahatsızlık verdiği için davalıyı elektrik şokuyla disiplin altına almaya çalışmıştır¹⁰. Kalifornia eyaletinde –daha saçma olan – bir kaç yıldır “3. Strike Kanunu“ yürürlükte. Buna göre, birisi üç kere, hukuk devlet anlayışına karşı “violent or serious felony” yani “kabahat ya da cürüm” başlığı altındaki bir suçu işlerse, bu kimse ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilebilir. Hırsızlık, sahtecilik ve az miktarda uyuşturucu madde bulundurma cürüm teşkil etmektedir¹¹.

⁹ Amerikan literatüründe “*proportionality*” yani orantılık prensibinden bahsedildiğinde, çoğu zaman, yanlışlıkla bundan Alman idare hukukunun bir özelliği anlaşılmalıdır.

¹⁰ Bu inanılmaz olay Haziran 1998 yılında Internet’de (Exite haber bölümünde) yer almaktaydı.

¹¹ Garip ve aynı zamanda da ciddi bir konuyu, insanın hayatını mahveden hapis cezasının hesaplanış şeklini değerlendiren Dotson’un kitabında “California Court in People (1997) 16 Cal. 4th 547’e atfen ortaya konabilecek başka bir örnek: Daha önceden kesin olarak mahkumiyete uğramış kişinin tekrar cürüm işlemesi durumunda Ceza Kanunu’nun 667. maddesinin a fıkrası gereğince, (a) süreli hapis cezası, önceki mahkumiyetlerden her biri için 5 yıl olmak üzere artırılır (3. Strikes Kanunu çerçevesinde sanık hakkında hükmedilen süreli hapis cezasına ek olarak). Örneğin, davada sanığın konut içerisinde hırsızlık suçundan dolayı mahkum edilmiş olması durumunda, eğer kişinin daha önceden

Bu Kanun ne yazık ki sadece teori de kalmamakta, bu kanunu uygulayan “Hâkimler” bulunmaktadır. 3. Strikes Kanunu’nu değiştirmek amacıyla kurulan “Kalifornia 3. Strikes Değişirme Aile İnisyatifi”nin haftada neredeyse 20 dava açtığı olmuştur. Bu durum, gözle görülür, anlaşılmaz bir adaletsizlik arz etmektedir. Bahsedilen acımasızlığa inanmayanlar, “Kalifornia 3. Strikes Değişirme Aile İnisyatifi”nden daha duyulmamış olaylar hakkında bilgi alabilirler¹².

Monica Lewinsky olayı korkunç bir hukuk kültür boşluğunu ortaya koymuştur. ABD yasama organı tarafından özel araştırmacı olarak atanan yetkili, bir nevi büyük engizasyon yargıci rolüne bürünüp, 40 milyon dolarlık bir maliyetle, ABD Başkanı’nın özel hayatının resmi casusluğunu yaptı, kimseyi ilgilendirmeyen konuları yemin ettirerek detaylarını sordu, yasal olmayan yollarla kaydedilmiş telefon görüşmelerini değerlendirdi vs. Bundan önce Yüksek Mahkeme, Başkan’ın dokunulmazlığını kaldırdı. Burada yönetimin aylarca felce uğratılmasının ve Başkanlık makamına zarar verilmesinin hiçbir önemi yoktu. Bu olayın zirve noktası internette Star-Rapor yayımlarıydı, bu durum diğer bir ifadeyle “dünyanın ve zamanın, en büyük ve kitle halinde, düşük arzuların tatmini”¹³ şeklinde haklı olarak adlandırılmıştır. Bir nevi Orta Çağ’da olduğu gibi Başkan çıplak olarak teşhir direğine dikilmiştir. Yoksa internette olması gereken ve bazı kesimler tarafından istismar edilen “sanal kırmızı nokta”, sadece pornografik bir dikizleme miydi? Anlamsız olan ise, Amerikan yasama organında, Başkan hakkındaki bilgilerin yayımına izin verdiği gün, reşit olmayanların internetin pornografik etkilerden korunması müzakere edilmiştir. Star-Raporu o kadar pornografik bilgiler içeriyordu ki, otomatik olarak sexflitre tarafından kilitleniyordu. Gerçeği bulma¹⁴ ve kanıt gösterme bahanesiyle yapılanlar, abartılmış biçimde ahlâk dersi verir gibi, hatsafhada müstehcenliğe ve tahammül edilemez tiksindiriciliğe neden olmuştur. Böylelikle hükümet demokrasi sınırları içinde alaylı bir

de konut içerisinde hırsızlık suçundan iki ayrı mahkumiyeti varsa, 3. Strikes kanunu gereğince 25 sene hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacaktır. Önceden işlenmiş bulunan suçlar nedeniyle cezası 10 sene arttırılacaktır.

¹² <http://www.facts1.com>

¹³ Süddeutsche Zeitung 14.09.1998, s. 1, “Streiflicht“ başlıklı yazı.

¹⁴ “Saf hakikat inancı“ ve “kamuyu aydınlatma“ eğilimi çoğu zaman “tipik Amerikan“ düşüncesi olarak gösterilmiş (bunun için bakınız örneğin WATZLAWICK, Gebrauchsanweisung für Amerika 1996, s. 144 vd.) olsa bile, bu yukarıda bahsedilen durumu açıklamaz. Problematik bir genelleştirme tüm bir millete, tipik Amerikan karakteri diyerek mal etmek uygun olmasa da, bu tür yaklaşımları çoğunluğun benimsemediğini düşünmekteyim.

şekilde varlığını sürdürmüştür. Böyle bir pembe dizi Amerika’da bile düşünülemezdi. Cumhuriyetçilerin Meclis temsilciliği seçiminde düşük oy almasından sonra, resmi görevin ihlaline yönelik davadan, politik bir değeri kalmadığı için vazgeçilmiştir. Davanın açılması için temsilciler meclisinde büyük çoğunluğun elde edilmesi imkânsız olduğu gibi, Yüksek Mahkeme tarafından yargılanması için üçte iki çoğunluğu sağlamak da imkânsız gözükmekteydi. Watergate olayından sonra olduğu gibi, bu olayda da Başkanlık makamı zarar gördü. Yukarıda bahsedilen eksiklikleri dikkate alarak, ileride kamu makamları için adaylığını koyanlar arasından başarılı kişilerin olması ihtimalini zayıf görüyorum. Böyle bir hataya Avrupa’da düşülmezdi. Çünkü burada, Fransızlara ait olan “özel hayatın etrafı duvarla çevrili olmalı” sözü geçerlidir.

“Tanrıların sahiplendiği topraklar”da cinsel ürkeklik çok yaygındır. Buna rağmen akla gelmesi zor olan, sodomy adı altındaki cinsel pratiği (sodomy ile sodomi arasında fark olmaktadır. En büyük fark ise anal- ve bilhassa oral seks içerir), yetişkin arasında olduğu gibi eşler arasında da 20 Eyalet’de cezayı gerektirmektedir¹⁵. 1986 yılında Yüksek Mahkeme bu suçun Anayasa’ya uygunluğunu onayladı. Tam tersini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu fiilin suç olmadığını belirtmektedir.

Ceza Kanunu ciddi eksiklikler içermektedir ve bunun nedeni yeminli mahkeme jürilerden kaynaklanmaktadır. Jüri¹⁶, kurum olarak O. J. Simpson davasında ilk defa diskredite olmadı. Tutuk yargı sisteminde belki bir zaman geçerlilik kazanan jüri, bugün sözde bir demokratik kazanımdır. Modern bir toplumda geçerli olan devlet biçimi şüphesiz tek demokrasidir, ama (Amerikada) bu sadece İspanyol felsefeci Ortega Y. Gasset’in söylediği gibi “burun sayarak gerçeği bulmak”tır. Bu olay, iyi veya kötü, siyasi bir düşünce için kabul edilebilir, ama hukuktaki gerçeği bulmak için uygun değildir. Yeminli jüri heyeti çoğu zaman duygusal, tesadüfî kararlar vermektedir. Mahkeme karar vermeden, jüri karar vermektedir.

¹⁵ Bundan 15’i aynı zamanda heteroseksüel ilişkileri de cezalandırmaktadır.

¹⁶ Haklı olarak jüri üyesi ve hakem arasında ayırım yapmamız gerekiyor. Hakemler gönüllü olarak, hakimlerle genelde beraber çalışmaktadırlar. Jüri üyeleri ise bunun aksine yardım almaksızın tek başlarına bırakılıyor ve kendi kendilerine birbirlerine danışıyorlar. Hakem yasal ve yargılamayla ilgili konularda karar verirken, jürinin bu konularda karar hakkı yoktur.

Bunun haricinde siyasi düşüncesine göre devlet mahkemelerine seçilen hâkimler dahi olumsuz etki yaratmaktadırlar¹⁷. Bundan başka daha ciddi bir olumsuzluğa neden olan şey, halk tarafından seçilen savcılardır. Bunlar, çoğu zaman bir istatistiğe yani kaç kişiyi suçundan veya suçun siddetinden dolayı mahkûm ettiğine göre, yeniden seçilirler ve görevden alınırlar. Bu durum genelde soruşturma mekanizmasının tek taraflı olarak sadece davalıya karşı çalışmasına neden olmaktadır. Davalı avukatları ise -eğer maddi imkânları buna el veriyorsa – mesela tıpcılardan vs. özel bilirkişi raporları hazırlatmaları gerekiyor. Burada silahların eşitliğinden eser yoktur. Amerikan Usul Hukuku'nda göze batan bir diğer hatalı uygulama ise, bazı eyaletlerde mahkûmun suçsuz olduğuna dair net ve açık deliller olsa bile, sona ermiş bir davayı yeniden başlatılmasının mümkün olmamasıdır. Eger jüri bir kere karar vermiş ise, bundan dönüş nerdeyse imkânsızdır. Sonuçlanan bir davada suçsuz olan bir mahkum hapisanede yatarken, sonradan suçunu itiraf eden katil serbest olarak ortalıkta dolaşmaktadır.

Ceza muhakemesinde adaletten çok uzak olan bir başka tuhaflık, “iddia pazarlığı”dır. Bunun anlamı şudur: Mahkeme bir kaç failden hangisini hapisaneye atacağı konusunda ya da yakanlanmayan suç ortağını cezalandırmak için anlaşmaya girip girmeyeceği, soruşturma dairesi tarafından karara bağlanmaktadır. Bundan dolayı aynı suçtan dolayı farklı cezalar verilmektedir. Ayrıca, bir hakim kanunun belirlemiş olduğu ceza hükmünü baz almayıp, mahkeme için sanığın “değerine” binaen cezadan indirim teklif edebiliyorsa, bu da en azından Avrupa bakış açısına göre olayı değerlendirecek olursak, idarenin takdir hakkının sınırlarını aşmış oluyor¹⁸. Bu resmi olarak zor kullanmaktan başka birşey değildir.

Nihai olarak belirtilmesi gereken başka bir olay ise, hapisanelerdeki dayanılmaz koşullardır. Amerikan hapisaneleri tıka basa doludur. Uluslararası Af Örgütü'nün yaptığı İnsan Hakları İzleme Raporu da büyük ölçülere varan insan hakları ihlallerini eleştirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'de

¹⁷ Her alanın federal hakimleri (Başkan tarafından resmi olarak) ömür boyu o görevde kalmak üzere atanıyorlar ve “normal“ hakimlere oranla özel haklara sahip oluyorlar. Avukatlar bu durumu değiştirmek için Federal Mahkeme'ye çetin bir dava açmaya uğraşıyorlar.

¹⁸ Başkan ile olan ilişkisinden tüm mahrem detayları açıklaması durumunda, açıkça yalan yere yemin ettiği halde, Monika Lewinsky'e ceza muafiyeti kazanma olanağı sunulmuştur.

yasayan bir katilin, genç yaşından dolayı yıllar boyu ölümünü beklerken tecavüze uğrayacağı ve bunu da insan hakları ihlali olarak değerlendirdiğinden, onun Amerika'ya teslim edilmesini reddetmiştir. Sayet kanun koyucu (güya) “halkın sesi” böyle istiyor diye herşeyi yaparsa, liberal hukuk politikası yarı yolda kalır. Amerika'da idam cezası tekrar yürürlüğe girdi, çünkü çoğunluk bunu böyle istiyordu. Bu arada acımasızca ve inanılmaz bir biçimde -ve ceza soruşturma psikolojisine zıt umursamazlıkla- bazı eyaletlerde 15 yaşındakiler bile idam ediliyorlar.

Somali ile birlikte ABD, çocukların korunması anlaşmasını onaylamayan dünyadaki ender devletlerden birisi olması yukarıda çizilen tabloya çok iyi uyumaktadır. Amerika diğer devletler hakkında insan hakları bilançosunu hazırlarken, kendisi insan haklarının korunması adına önemli olan anlaşmalara ya katılmıyor ya da bir sürü çekincelerle olaya yaklaşıyor, bu durum anlaşmanın hedefini teoride bırakmakta ve bu durum çok iyi bilinmektedir.

III. Cezalandırıcı Tazminat

Hukukun eksik gelişim gösterdiği birçok örnek yerine “cezalandırıcı tazminat” başlığı altında, tazminat ve cezanın birbirleriyle iç içe girmesi eğitici bir örnek oluşturacaktır. Avrupa kıtası hukuklarında arkaik gelişim evresinde sadece ceza davaları vardı. Bundan dolayı Roma Hukuku'nda, çalınan malın iki veya dört kat değerine karşılık gelecek biçimde ceza verilebiliyordu.

Kast veya ağır ihmalden dolayı oluşan zararın mağduru, zararın değerinin iki veya bir kaç kat daha fazlasını alıyordu. Amerikan Kartel Eşya Hukuku'ndaki hukuk davaları buna benzemektedir, burada zararın üç kat fazlası cezaya çaptırılmaktadır. Zararın tazmininin sınırları cezalandırıcı tazminat da bir hayli aşmıştır, bundan dolayı asıl zararın 1000 kat ve fazlası, zararın tazmini için esas alınabiliyor.

Birleşik devletlerde tazminat hırsı ve talep zihniyeti, mal ve hizmet sektöründe tahammül edilmez hal almıştır. Üretici sorumluluğunun ve hizmet sektörünün yükümlülüklerinin artırılması, tüketiciyi korumaktan ziyade siyasi amaçlıydı ve seçmeni hedeflemektedir. Kennedy bir seçim kampanyasında ilk defa “hepimiz tüketiciyiz” sloganını kullanmıştır. O zamandan beri Amerikalılar bir tazminat davacıları milleti olmuştur.

Bundan dolayı doktorlar, avukatlar vs. fahiş sigorta primlerini “tüketiciye” yükledikleri ve bu da hizmet sektöründeki bedelleri etkilediği gibi aynı zamanda Amerika’da birçok sanayi alanının (örneğin, merdiven sanayii) kaybolmasına neden olmuştur. Bundan dolayı Amerikalıların mantık dışına çıkmamaları için açıkça farklı kanuni düzenlemelere ihtiyacı vardır.

Son yıllarda tazminat iki yönde ciddi biçimde genişletilmiştir: Bir yandan sözleşmeler hukukunda sadece kusura dayalı sorumluluk değil, kusuru olmadan da sorumluluk esası sigorta şirketlerini de kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Diğer yandan zarardan sorumlu olmak için zarar verme iradesinden ziyade zarar verenin kötü niyetli olması yeterli sayılmıştır. Kötü niyet ise dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve her hukukçunun bildiği üzere, belirsiz olan düzenlemeler jüriye geniş hareket özgürlüğü oluşturmaktadır. Bu duruma şu örnek verilebilir:

Bir araba alıcısı satın aldıktan neredeyse bir yıl sonra BMW’inde ithalatçı tarafından düzeltildiği açıkça belli olan küçük bir boya kusurunun farkına varır. Jüri, boyanın yeni arabalarda sonradan düzeltilmesinin hile olduğunu, alıcıya 4 milyon dolar ödenmesi gerektiğine hükmeder. Bir üst mahkeme kararıyla bu miktar 2 milyon dolara indirilir. Temyiz Mahkemesi bu miktarı da çok bularak kararı bozar ve davayı reddeder,¹⁹ fakat aynı Temyiz Mahkemesi bu karara rağmen zararın beşyüz katının (!) orantılı olduğunu belirtir. Bir kadın McDonalds’ın arabaya servis bölümünden aldığı ve bacaklarının arasına sıkıştırdığı bir bardak çok sıcak kahveden yanar. Kahvenin çok sıcak olmayacağı varsayımından yola çıkıldığı düşüncesinden dolayı 600.000 dolar alır. Bir başka bayan kemoterapi yüzünden kahinlik yeteneğini yitirdiğini iddia ettiğinden bir milyon dolar aldı. Milyarlara varan tazminat miktarlarına hükmedilen sansasyonel kararlara sıkça rastlanmaktadır. Sigara üreticileri daha 60’lı yıllarda yapılan bir araştırmanın sigara kullanmanın sağlığa zararlı olduğunu ve bağımlı yaptığı sonucuna vardığını bildikleri gerekçe gösterilerek milyarlarca dolarlık çok sayıda davanın hedefi oldular. Güya bunu kâr ihtirasından ve art niyetle gizlemişler. ABD’de çoğunluğun sigara kullanımına aşırı tepki göstermesi şeklinde değişen toplumsal değer yargısıyla sonradan milyarlarca dolarlık tazminata kapı aralayan suçlamaların kurgulanabileceği açıkça ortadadır²⁰. Nikotinin bağımlı yapma gücünün ve zararlılığının oldum olası bilindiği ve herkesin kendisinden sorumlu

¹⁹ Bak. SEITZ PHi 1996, s. 138 vd.

²⁰ ABD hükümeti adım adım nikotini diğer uyuşturucularla aynı konuma getirmeyi planlıyor.

olduğu burada herhangi bir rol oynamıyor. Toplu (Kolektif) dava²¹ ile 46 eyalette mahkemeye verilen tütün sanayi, bir uzlaşmada 206 milyar dolar gibi çok yüksek bir rakamı ödemeyi tahaahhüt etti.

Kötüniyet davalarının anlamsızlığı, J. GRISHAM'ın “*Rainmaker*” adlı avukatlığa dair romanın kahramanının “kötü niyetli davalar açarak şirketlerden milyar dolar para koparmak” ifadesinde harika bir şekilde gözler önüne serilmektedir.

Bir diğer Amerika'ya has durum da *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*'tir²²(Şantaj ve çıkar amaçlı örgüt kanunu). Orada cezalar daha da ağırdır ve kesin suç unsurları (Hukuk devletinin gereklerine dikkat ediniz²³) yerine, zarar verenlerin çoğu kez geçim kaynaklarını elinden alan yarı ahlaki duygular ön plandadır. Cezalandırıcı tazminat'ı teorik olarak temellendirmeye çalışanlar, hukukun ekonomik analizleri diye bilinen düşünce akımının temsilcileridir. Bu ekolün cezalandırıcı tazminat gerekliliğini temellendirmesine baktığımızda eski tanıdık kurumlarla karşılaşırız: Caydırma gerekçeli korkutma ve cezalandırma gerekçeli mukabele²⁴. Bu kurumlar Almanya'da ceza hukukunda bile itirazsız kabul görmemektedir. Burada rasyonel kelimesinin arkasında katıksız bir irrasyonellik saklıdır. Taraflar arasında adil bir denge kurmaya çalışan özel hukukta önleme amacının yeri yoktur. Tabiri caizse ödünç olarak tazminat gerekçesi kullanılmaktadır. Cezanın ve tazminatın biriktirilmesi telafi düşüncesine ters düştüğünden insan onurunun rencide edilmesinin telafisine, itibar kaybı²⁵ yani ıstırapın tazminine atıfta bulunuyorlar. Alman Hukuku'nda da kişilik haklarının ihlalinin telafi edilmesi öngörülmüştür fakat bu yargı kararlarında hem uygulamada (basında aşağılayıcı ifadeler) hem de tazminatın tutarı

²¹ Toplu davalar avukatları zengin etmeye yarayan Amerika'ya özel bir durum.

²² Bu kanuna göre Volkswagen Lopez'in sözüm ona işletme casusluğundan dolayı mahkemeye verildi. Bak. 29./30. Nov. 1996 tarihli *Süddeutsche Zeitung* s. 3. Bu konuda ayrıca aşağıdaki V. bölümün son kısmına bak.

²³ Alman Hukuku'nda bununla kıyaslanabilecek hukuk devletinin de asgari şartlarına uymayan suç unsuru, fazla belirsiz olan azmettirme ve yataklık etme suçlarının altını oyan suç örgütünü desteklemedir (§ 129 StGB).

²⁴ Bak. Craswell/Schwartz, *Foundations of Contract* (1994) s. 127. CAPMAN ve TREBILCOCK, *Punitive Damages*, *Alabama Law Review* 40 (1989) s. 741 vd.

²⁵ Bak. CAPMAN ve TREBILCOCK aaO.

konusunda (genelde 10.000 veya 20.000 DM) oldukça sınırlıdır.²⁶ ABD Usul ve Avukatlık Kanunu'ndaki bazı özellikler, fahiş tazminat davalarına olan eğilimi artırıyor. Jüri sisteminin yanında bunlardan birkaçını sıralayacak olursak, düşük mahkeme masrafları ve avukatların tuhaf ücretlendirilme sistemi karşımıza çıkar. Davacının avukatı kazanması halinde davası görülen tutarın %30 ila %40'ını talep etmektedir. Bu, tazminat talep miktarlarını artırmakta ve gereksiz davalara neden olmaktadır. Amerikan avukatları, Bopal'daki Union Carbid şirketindeki kimyasal kazadan sonra orada cirit atmaya ve düşük meblağlar ödeyerek dava satın almaya başladılar. Davanın diğer tarafını ele alacak olursak davalının avukatına genelde davayı kazansa da verilmeyen saat ücretinden ödeme yapılmaktadır²⁷. Hukuk devletinin asgari şartlarından olan, kaybeden tarafın giderleri ödemesi de öngörülmemiştir. Amerikan bakış açısına göre kaybeden tarafa bir de mahkeme masraflarını da ödettirmek adil değildir²⁸. Böyle bir durumda davalının kazanması çoğu kez bir Pirus zaferidir ve mahkeme dışında davayı önleyen bir uzlaşma daha ucuza mal olmaktadır. Volkswagen ABD'de beklenen dava masraflarına denk gelen 100 milyon dolarlık bir miktarı General Motors'a bu yüzden ödedi.²⁹ Davanın sonucunun tahmin edilemeyişi ve verilen karar şirketi kolayca iflasa sürükleyebileceğinden dava edilen hak gerçekleri yansıtmasa da uzlaşma eğilimini artırıyor.

Başarı şartına bağlı ücret, *quota litis* ve dava satın alma Roma hukukunda bile ahlâka aykırıydı³⁰. Bu durum Kara Avrupası'nda hâlâ geçerliliğini koruyor. Mesela ABGB'nin 879'uncu maddesi biraz eski ifadelerle sözleşmede “vekil (avukat) hukuki bir anlaşmazlığı çözerse” bunun geçersiz sayılacağını ifade etmektedir. Bunun basit iki nedeni var: Mağdur mahkemenin sonucunu, yani sattığı davanın değerini bilemez. Zararın miktarının avukatın giderleri ile ilgisi yoktur ve çoğu kez bunun birkaç katını geçer. Başarılı olma durumunda alınan

²⁶ Yer yer sigortacıları gecikerek ödemedi veya neden göstermeksizin ödemeyi reddetmelerinden dolayı manevi tazminat ödemeye mahkûm etme denemeleri oldu: Bunu eleştiren bak. HONSELL VersR 1974, s. 205 vd.

²⁷ Başkanlar, Jones ve Lewinsky skandallarında sadece avukat giderlerini karşılayabilmek için kendilerine destek fonu (Clinton Legal Expense Trust) kurdular.

²⁸ Bunun için bak. ARZT Einführung in die Rechtswissenschaft, 1987. Bu konuda sınırları belli olmayan bir hakkaniyet gerekçe gösterilmiştir. Zira masrafların kaybeden tarafa yüklenilmesi devletin yargılama tekelinin ve savunma yapma yükümlülüğünün gereğidir.

²⁹ Bak. 11/12 Ocak 1997 tarihli Süddeutsche Zeitung gazetesinin s. 20.

³⁰ Ulpian Dig. 17.1.6.7: Papinian Dig. 17.1.7

ücretlere ve bunlara özel şansa bağlı hallere genellikle karşı çıkılmamasına rağmen Avrupa hukuku başarı şartına bağlı ücretlendirmeyi sadece emlak hukukundan bilmektedir, fakat %30 veya %40'lara varan yüzde oranları yüksektir ve bu edanın mukabil edayla eşitliği prensibine de aykırıdır³¹. Ayrıca avukatlar – örneklerde görüldüğü gibi- başarıya yüzdelik oranlarla ortak olurlarsa gereksiz davalar açmaya yönelir.

IV. Tıbbi Meslek Hataları Hakkında Kanun

Amerikan mali sorumluluk hukuku, doktorun sorumluluğunda da tuhaf sonuçlara neden olmaktadır. Çok yüksek maddi ve manevi tazminat talepleriyle sağlık hukukuna ilişkin davalar adliyelerdeki sıradan davalar halini almıştır. Uzun zamandan beri savunma tıbbi³² diye adlandırılan bir eğilim göze çarpmaktadır: Örneğin kadın doktorlarının büyük çoğunluğu, mali sorumluluk riski ve sigorta primlerinin yüksek olmasından dolayı, ameliyat yapmamakta ve doğum yaptırmamaktadırlar. Yıllık sigorta primleri yaklaşık olarak 70.000 dolar civarındadır. Doktorlar için dayanılmaz olan bu durum, sözleşme hukukundan kaynaklanan bir özellik nedeniyle daha da vahimleşmektedir: ABD’de “talep edilme ilkesi” geçerlidir. Sigorta sözleşmesinin geçerlilik süresi içinde meydana gelen fakat daha sonra bildirilen mali sorumluluk durumlarında ödeme yapılmamaktadır. Zarar bildirildiğinde sigorta poliçesinin geçerliliğini koruması gerekmektedir.

Doktorlar bu yüzden işi bıraktıktan sonra sigorta güvencesine sahip olabilmek için zamanaşımı süresi doluncaya kadar sigortalı kalmaya devam ediyorlar. Çalışmıyorlarsa genellikle yüksek primleri de ödeyemiyorlar. Sigortanın bitmesiyle birlikte eski olaylar için kuvertür sorumluluğunun ortadan kalkması ilkesi, sisteme terstir ve sözleşmeler hukukunda temel ilke olarak kabul edilen karşılıklı bağımlılık ilkesi ihlal etmektedir.

³¹ Kaybeden ve ücret almayan avukata daha yüksek ödeme yapılması daha makul görünse de ABD’deki rayiç fiyatlar kesinlikle doğru değildir. Genellikle emlakçılar sadece %3 başarıya bağlı ücret almaktadırlar. Bu davanın takibi için çok az, fakat %30 oranı ise çok yüksektir. Böyle bir ücret üzerinden anlaşma yapılırsa buna Avrupa’da fahiş gözüyle bakılır ve ahlâka aykırı olduğundan butlan olur (bak. OR’nin 21. Maddesi, BGB’nin 138 maddesinin 2. paragrafı). Bazı eyaletlerde bu oranlar kanunla düzenlenmiştir.

³² Bunun için bak. LAUFS, *Arztrecht* (5. Basım. 1993) Rn. 26; TAUPITZ, *MedR* 1995, s. 475.

Savunma tıbbı, doktorların yerinde bir deyimle <forensik risk> de denen ağırlaştırılmış sorumluluk şartlarının bir neticesidir. Doktorla hasta arasındaki güven ilişkisinin yerini daha çok ticari bir ilişki almıştır. Doktorlar hastasını geleceğin davacısı olarak gördüğü için çeşitli formüllerle ve hastalık geçmişinin detaylı belgelendirilmesiyle bir anlamda usulüne uygun bir şekilde kendilerini korumaya çalışmaktadır. Üzerinde “hastaysan avukatını ara” yazan araba çıkartmaları bile vardır. Durmadan artan sağlık harcamaları ve yayılan savunma tıbbı son günlerde durumun yeniden gözden geçirilmesini sağlamıştır. Bazı eyaletlerde tıbbi meslek hataları sorumluluğuna sınırlama getirilmiştir. İbre şimdi tekrar aksi yöne doğru dönmektedir. Fakat bu Avrupa için henüz geçerli değildir. Avrupada abartılmış doktor sorumluluğu ilke olarak benimsenmiş, fakat cezalandırıcı tazminat ile milyonlar alınmamıştır.

V. ABD ile Hukuki İhtilaflar

Aktif olmayan malvarlığına ilişkin anlaşmazlıklarda, İsviçre bankalarına 20 milyara varan kolektif dava (toplu dava) açılmış ve sonunda elde edilen uzlaşma gereği 1,25 milyar dolar ödenmiştir. Fakat bu olay aktif olmayan hesaplarda bulunan paralar, gereken yerlere ödendikten veya hesaplar davacının emrine verildikten sonra meydana gelmiştir. Uzlaşmaya çok sayıda ABD eyaletinin tehditlerinden sonra varıldı. Tazminat hakkı, zarar, nedensellik veya ispat gibi Kara Avrupası’ndaki şartlar bu davada hiçbir şey ifade etmiyordu. Onların yerini duygusal kampanyalar ve toplumsal baskı aldı. Nazi soykırımının kolektif davacısı Fagan Degussa’dan en az şirket değeri kadar para talep etti. Bütün bu olanların artık tazminat davasıyla ilgisi yoktur.

Bu sorunların oluşmasında yargı yeri olarak Amerika’nın seçilebilmesi için işlenen yer ifadesinin yetmesi büyük rol oynadı. ABD’de açılan davalarda *per occasionem iuris* sayesinde zengin olma girişimleri oldukça fazladır. Amerikan mahkemeleri Avrupa davalarında davayı yabancı hukuka havale eden kanunlar ihtilafı hukukunu çiğneyerek kendi hukuklarını uygulamaktadırlar. Bu da özellikle Kara Avrupası’nda olmayan cezalandırıcı tazminatlarda önemli bir rol oynuyor. Amerikan cezai ve ibretlik zarar kararları *ordre public*’i³³ -bunlar kamu düzeni ve genel ahlâktır- ihlal ettiklerinden çoğu Avrupa ülkesi tarafından

³³ Bak. BGH RIW 1993, 132; Aynı zamanda bak. schw. IPRG md.135/2.

tanınmasa da, ABD’de malvarlığı veya şubesi olanlar devlet eliyle soyulmaktadırlar.

Tanınmış hukukçu Lord DENNING bu eksiklikten şu ünlü sözleriyle yakınıyor: bir pervane için ışığa uçmak neyse bir davacı için Amerikaya uçmak da odur. Bir servet kazanması için davasını mahkemelerine taşınması yeterlidir³⁴. Birkaç yıl önce New York’lu bir hâkim, Tessin Kanton’unu sözde hukuka aykırı iflas düzenlemelerinden dolayı tazminat ödemeye mahkûm etti. Başlangıçta 200 veya 300 milyondan başlayan (şaiBELİ) bir talep yıllık %120 faizle güya iki basamaklı milyarlar seviyesine çıkmıştır. Hakim ileri sürülen yüzde oranına itiraz etmedi, fakat ABD’de bulunan İsviçre malvarlığına ihtiyati hacize karar verdi. Olay diplomatik kanallardan halledilmek zorunda kaldı.

Başka ülkeler de ABD ile genelde keşif kanıtlarına izin vermeyen Avrupa Usul Hukuku’na ters düşen, olay yerinde maddi gerçeği bulmaya yönelik keşif³⁵ yapılabildiği, ana duruşmadan önce ele alınan bulgu, yani keşif sonucu bulunmuş olan şey davalarından kaynaklanan ciddi hukuk sorunları yaşamaktadırlar. Amerikan hakimleri dava ile ilgisi olmayan üçüncü tarafları karşılarına alarak ve adli yardımlaşma muamelelerine uymayarak dava iddianamesi yeterince esassandırılmamış olmasına rağmen, yabancıları cebre müteallik ceza ile tehdit ederek, örneğin belge ibraz etmelerini emretmekten çekinmemektedirler. Bu durum, örneğin Almanya, Avusturya ve İsviçre’de banka sırrı kapsamına giren banka dekontlarında olduğu gibi yabancı ülkelerde verilmesi yasak olan belgelerde bile meydana gelmiştir.³⁶ Amerikan sistemi banka sırrı bilmemektedir. İsviçre’nin İsviçre kamu düzenine ters düşen teslimatı engellemek için belgelere el koyduğu durumlar olmuştur.

Bir diğer örnek de daha önce dile getirilen³⁷ bu arada uzlaşmayla sonuçlanmış olan General Motors ve Opel’in Volkswagen’e sanayi ajanlığı iddiasıyla açtığı 5 milyar dolarlık davadır. Bunun artık tazminatla ilgisi yoktur. Buna rağmen GM’nin ikinci başkanı ve Opel’in yönetim kurulu başkanı <verilen gerçek

³⁴ STÜRNER, Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, FS ReBmann (1989) s. 839.

³⁵ Böyle bir davranış tarzı günümüzde Alman ceza usul uygulamalarında, vergi hukukunda bulunmaktadır.

³⁶ Bak. ilginç davalar STÜRNER, Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, Verhandlungen der wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht (Habscheid’in yayınladığı) 3. cilt (1985) s. 5 vd.

³⁷ Bak. dipnot 12.

zararın tazmin edilmesi VW'nun varlığını tehdit ederdi> diyor.³⁸ İşletme casusluğundan yola çıkacak olursak zarar, sadece Opel'in gelirinde azalmaya yol açması halinde söz konusu olabilirdi. Bu, görüldüğü kadarıyla iddia bile edilmedi. Volkswagen'in bazı Avrupa ülkelerinde var olan gayri maddi mallar üzerindeki hakların ihlalden kaynaklanan kazancından da bahsedilmemekteydi. Kolaya kaçarak rastgele bir zarar tutarı tespit ediliyor ve yüz veya binle çarpılıyor.

VI. Amerikan Hukuku Benimsenmeli mi?

Olumsuz bulgulara rağmen Amerikan hukukunun tekrar tekrar Avrupa hukuku ve uluslararası hukuk için örnek olarak gösterilmesi hayret vericidir. Böylece Avrupa hukukunun Amerikanlaştırılması istenmekte veya onaylanmaktadır. Bu Roma Hukuku'nun Ortaçağ'da kabul görmesiyle bir tutulmaktadır³⁹. Harvard, Berkeley ve benzerleri adeta 20. Yüzyılın Bolonya'sı diye tanımlanmaktadırlar.⁴⁰ Her ne kadar yabancı hukuk kültürlerine saygım sonsuz olsa da oralarda araştırılması ve hatta <iktibasına> degecek, Roma Hukukuyla uzaktan yakından ilgili herhangi birşey yoktur. Allahtan iktibasın adı bile geçmiyor. Amerikan hukukunun içinde bulunduğu krizi, iktibas taraftarları algılayamıyorlar. Son zamanlarda ABD'de kendi hukuk kültürleri konusunda ciddi bir rahatsızlık baş gösterdi. Elde edilen bulgular beni yanıltmıyorsa Amerikan hukuk sistemi ciddi bir kriz yaşamaktadır⁴¹ ve akli selimin üstün gelmesi ümit edilmektedir. O zaman Avrupa (bir kez daha) geldiği ülkede daha yeni kaldırılmış yenilikleri yürürlüğe sokacaktır. İktibas taraftarlarını nelerin cezbedtiğine bir göz atalım. Örneğin şu niyet mektubu veya himaye beyanı, hukuki açıdan ne deve ne kuş, bağlayıcı garanti ile bağlayıcı olmayan beyan arasındaki kesin çizgiyi silen işe yaramaz bir moda. Avrupa'nın –kısmen Amerika'nın baskısıyla- devraldığı, yani bir çeşit emperyalizmi simgeleyen diğer birkaç Amerikanizm var. Bunlara ABD'nin muzaffer güç olarak savaştan sonra Almanya'da yürürlüğe koyduğu

³⁸ 11/12 1997 tarihli Süddeutsche Zeitung gazetesi, s. 20.

³⁹ Lawrence E. Friedmann ve Harry N. Schreiber'in editörlüğünü yaptığı *Legal Culture and the Legal Profession*, Westview Press Boulder/Colorado ve Oxford 1996'da sayfa 138 ve devamında bulunan WIEGAND, *Americanization of Law: Reception or Convergence?*. Aynı zamanda bakınız WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, *Am. Journ. Of Comp. Law* 39 (1991) s. 229 vd.; Aynı şekilde kabul üzerine, fakat biraz daha eleştirisel STÜRNER [dipnot 22] s. 839 vd.

⁴⁰ STÜRNER aaO. [dipnot 24].

⁴¹ Bu konuda en son STIEFEL/MAXEINER [dipnot 6] sayfa 213 vd.

haksız rekabet hukuku⁴² gibi Alman anayasa yargısı da dahildir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasında Temyiz mahkemesi model olarak alındı. Bunun beraberinde getirdiği hukukun politikleştirilmesi, Federal Almanya'da ne hukukun ne de siyasi kültürün gelişmesine gerçek anlamda katkı sağladı. Gerekli olan *bireysel oto kontrol ve politik soru doktrini* neredeyse hiç geliştirilmemiştir. ABD'nin uluslararası ticarete hukukunu ve siyasetini⁴³ zorla kabul ettirmeyi sıkça denediği belli bir emperyalist çaba da dikkat çekiyor. Bu durum, örneğin Amerikan standartlarının, gayri maddî mallar üzerindeki haklar üzerinde zorla uygulanmasında karşılaşılmaktadır. Ceza hukukunda ise işin iç yüzünü bilenlerin uyması gereken kurallarla kara para aklama (vb.) hakkındaki hükümleri belirtebiliriz.

Bunlar herşeyden önce idare edilebilirliği olmayan çaba ile başarı arasındaki orantısızlıklarıyla ön plana çıkan yeni buluşlardır. Devamlı değişen kurallar, taksirli hareketlerinden dolayı suçla ilgili olmayanları cezalandırılırken, failler nadiren ceza almaktadır. Zaten Amerikan yasakoyucusu ve taklitçileri her zaman yasal düzenleme yapmak için hazır ve nazır beklemektedirler. İçtihat hukuku için mevzuat hukuku'ndan çok daha tuhaf ve iki sistem için de aynı derecede kabul edilemez ve tehlikeli olan, yasa kitaplarını muazzam bir şekilde şişiren, bitmek tükenmek bilmeyen saflıkla savunulan yaptırım ve yasağa güvenin egemenliği hüküm sürmektedir. İçtihat hukuku'da genel işlem şartlarını düzenlemeye çalışan hukuk dalıyla soyut sistematik yasamaya karşı belli bir soğukluk vardır. Kanunlar münferit olayları şartlara göre şekillenen ve uygulamayı ön planda tutan çözümlere yoğunlaşırlar. Bu işin olumlu yönü. Bununla birlikte bu yüzyılda kanunların patlama yapmasının çok sayıda olumsuz yönü de vardır. İçtihat hukukuna has kanun yorumu, çekingen ve hatta bazen körü körüne lafza

⁴² Almanya'da tekel yasağı daha önce de vardı. Fakat bu her zaman böyle olmadı. Örneğin daha 1902'de ünlü Avusturyalı hukukçu Franz Klein Alman Hukukçular Kongresi'ndeki <tekel sorunu> isimli sunumunda <birlikçilerin ikisiyle de aynı görüşte ve -iki rapörtörlerle-tekellerin yasaklanmasının ve hatta tekelleşmenin cezalandırılmasının düşünülemez olduğu konusunda hemfikir> olduğunu belirtti.

⁴³ Göze batan örneklerden birisi şu an itibarıyla yasalaşmış (fakat başkanın AB ile olan görüş ayrılıklarından dolayı 6 ay askıya aldığı) bazı Kübalı şirketlerle ticareti ABD ile çok düşük seviyede ilişkisi olan (örneğin hissedarlarının çoğu Amerikan olan veya ABD'de yavru şirketleri olan) bütün şirketler için yasa dışı kılan ve can yakıcı müeyyideler öngören Helms-Burton Kanunu'dur. Ve bunu son BM Genel Kurulu'nda sadece iki ülke -Amerika ve ister istemez İsrail- Küba'ya abluka uygulanması için oy kullanmasına ve 130 ülkenin karşı çıkmasına rağmen yaptılar.

bağlı kalmaktadır.⁴⁴ Normun amacına göre veya teleolojik uyum ve yoruma göre sorular oluşturulmamaktadır. Sadece lafız geçerlidir, başka birşey değil. Lafzi yorumun egemenliği, içtihat hukukunda, kanun koyma ilmi ve yasaları yorumlama teorisinin dar bir çerçevede kalmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁵ Daha önce belirtilen haksızlığa neden olan kanunların sorgulanmadan kabul edilmesi de hâlâ devam etmektedir.

Amerikan hukukunun üstünlüğüne örnek olarak sözleşme biçimi gösterilmektedir. Örneğin eskiden 10'dan daha fazla sayfaya ihtiyaç duyulmazken günümüz ABD'sinde 100 sayfanın altında şirket satınalma veya birleşme sözleşmesi neredeyse yoktur.⁴⁶

Avukatların müşterileri üzerinde iyi intiba bırakmak için genelde değişik ifadelerle aynı şeyin çoğu yerde iki kez veya daha fazla yazıldığı, laf kalabalığıyla öne çıkan şişirilmiş Amerikan sözleşme örnekleri, yorum anlaşmazlıklarına adeta davetiye çıkardıklarından, model olarak alınamazlar. Birşeyi birkaç defa söyleme eğilimine Amerikan gazeteciliğinde de rastlanmaktadır. ABD'de gazetecilik mesleğinin sadece üç kuraldan oluştuğu; 1. Gelecekte onlara ne söyleyeceğini söyle 2. Şimdi söyle onlara 3. Az önce ne söylediğini onlara söyle⁴⁷ şeklindeki hicivde bir nebze olsun gerçek payı var.

Başta gelen sanayi milletlerinde standartlaştırılması arzu edilen makul kurallar da var – zaten farklı birşey de düşünülemezdi. Bunlardan bazıları sermaye piyasası ve borsa hukuku veya bilanço hukukudur. Örneğin haksız rekabet kanunu düzenlemeleri Almanya'dan daha iyidir. Zira Amerikan hukuku makul sınırlar içinde kıyas yapan reklamlara izin veriyor.⁴⁸

⁴⁴ Bu en azından daha ilkel gelişim derecesinde Roma hukukunda bulunabilir. Bak. HONSELL, Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike, FS Coing I (1982) s. 129 vd.

⁴⁵ Ünlü yazarların bile olaya göre farklılık arz eden durumlar dışında hukuk geliştirme konusunda zorlandıkların bakmak yeterlidir. Örneğin bak. DWORKIN, Taking Rights Seriously (Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1977/78) s. 14 vd.

⁴⁶ WIEGAND [dipnot 27] 139, 146: Bütün Avrupa çapında, avukatlar Amerikan eğitimi almış olmaları nedeniyle veya Amerikan eğitimi modelini benimseyen diğer modellerden etkilenmiş olmaları nedeniyle Amerikan tarzı sözleşme akdetmektedirler.

⁴⁷ Bak. WATZLAWICK aaO. [dipnot 9] s. 93.

⁴⁸ Kuşkusuz bu konuda Almanya ve Avusturya'da da belli bir liberalleşme de gözlenmektedir. Bak. Baumbach/HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht 20. Basım 1998, § 1 UWG Rn. 366; KOPPENSTEINER, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Basım 1997, § 33 Rn. 44 vd.

Tamamı ele alındığında olumlu olan resim insana daha mütevazı görünüyor ve “medeni kanun doktrininin değişimi” veya “yeni tarz”⁴⁹ teorilerinin gerçekte uzaktan veya yakından ilgisi yoktur.

VII. Sonuç

Toparlayacak olursak, olumsuz bulguların neden ağır bastığı sorusu öne çıkar. Durum bir kaç nokta ile burada resmedilebilir.

Daha önce izah edildiği gibi ceza hukukunun yanlış yöne gitmesinin altında jüri mahkemeleri ve aynı zamanda savcı ve hâkimlerin eyalet mahkemelerinden seçilebilmeleri yatmaktadır.

Özel hukuk ise Kara Avrupası’nda olduğu gibi Roma hukukunun rönesansından beri geliştirilmiş olan bir doktrine sahip olmamasının eksikliğini yaşamaktadır.

Ayrıca küreselleşmenin ne kadar hızlı olduğu göz önünde bulundurulduğunda karşılaştırılmalı hukuka⁵⁰ olan ilgisizliği akıl almıyor. Karşılaştırmalı hukukun getirilerine, hukuk birliğinin sağlanmasının yanında, karşılaştırmalı hukukla kendi hukuk düzenini eleştirebilme kabiliyetin öğrenilmesi de dahil edilebilir. Amerikan hukukçuların karakteristik özelliklerinden birisi de aralarında eleştiri yapanlara seyrek rastlanılmasıdır. Bu tutumun genel ve gülünç olan nedeni, Amerikan hukukunun üstün olduğu değer yargısına dayanmaktadır.⁵¹

Federal düzeyde ortak bir özel hukukun temellerinin atılması⁵² çalışmaları, özel hukuk düzeninin genel ilkeleri konusunda dahi uzlaşamadığı için başarısızlıkla sonuçlanmıştır⁵³. Başa çıkılmaz anayasal engeller⁵⁴ karşısında reform yapmayı denemek zaten gerçekçi değildir. Diğer nedenler Amerikan zihniyeti-

⁴⁹ Wiegand aaO. [dipnot 27].

⁵⁰ Örneğin bkz. STIEFEL/MAXEINER [dipnot 29] s. 213 vd.

⁵¹ STIEFEL/MAXEINER sayfa 232 ve devamı; SCHLESINGER Buffalo Law Review 26 (1976) s. 361, 363

⁵² Geçen yüzyılda sadece Kaliforniya ve diğer birkaç eyalette kanunlaşan *Field Code*’ya buna benzer bir deneme oldu.

⁵³ REIMANN bu konuya Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht (Ed. Zimmermann, 1995), s. 132, 155 vd.

⁵⁴ Bu konuda bak. yukarıdaki dn. 6.

nin⁵⁵ Alexis de Tocqueville'in⁵⁶ 150 yıl önce tasvir ettiği gibi bugün de geçerli olan birkaç özelliğinde aramak gerekmektedir. Sadece iki noktayı nazara verecek olursak, bunlara çoğunluğun baskısı⁵⁷ ve yasaya saygı, anlamsız kurallara karşı bile itaat, boyun eğme eğilimidir⁵⁸. İşte adalet! Hatta Ulpian'ın⁵⁹ vecizesi şöyle değiştirilebilir: *perquam stultum, ita lex*.

Bir diğer nokta da lafzi yorumdur. İçtihat hukukuna has kanun yorumları, korkakça ve hatta körü körüne lafza bağlı kalmaktadır Normun amacına veya teleolojik uyuma göre sorgulama nazara alınmaz.

Sonuç olarak: Sözkonusu olan Amerikan karşıtlığı değil, amaca uygun (burada doğru kelimesi kastedilmiyor) hukuk konusunda uluslararası bir diyalogtur. Günümüzde AB'den çok sayıda üniversite öğrencisinin ABD'de post doktora yapmaları da kayıtsız şartsız kabul edilmelidir.

Bu gelişme kültürel mübadele ve milletler arasında karşılıklı anlayışın gelişmesini sağlar, fakat bu çıkmaz sokak olmamalı ve asla Avrupa geleneğinin çok gerisinde kalan bir hukuk kültürünü benimsememize yol açmamalıdır.

⁵⁵ Bu konuda bak. yukarıdaki dn. 9.

⁵⁶ La démocratie en Amérique, 1835; Burada İngilizce basımı G. Lawrence, Harper Perennial tarafından tercüme edilen Democracy in America, 1988 kullanıldı.

⁵⁷ TOCQUEVILLE, s. 246 vd., 250 vd.

⁵⁸ TOCQUEVILLE, s. 240 vd.

⁵⁹ Dig. 40,9,12,1: “quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est”