

Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü

Mehmet Akif TUTUMLU*

I- GİRİŞ

Asla mahkemelere başvurulmayacak.¹

Camus'nün uygulamalı ahlak projesinin ilk maddesini oluşturan bu önermeye kim katılmaz.² Ancak insan tekinin ötekiyle ilişkisini biçimlendirme gücüne sahip tahakküm epistemolojisi³ ve ampirik veriler açısından bu önermeye yaklaştığımızda bunun öyle pek de kolay gerçekleşmeyecek bir düşünüm ifadesi olduğunu -bir kez daha- anlarız.⁴ Çıkarı ve iktidarı için acımasız davranabilen insanın bu davranışının yol açtığı tahribatın giderilmesini amaçlayan prosedürel süreçte bir zavallıya dönüşmesini, *Luigi Pirandello* "Meslek Belgesi" adlı oyununda ana karakterlerden Yargıç D'Andrea'ya şöyle söyletir: Büro-suna getirdiği kafesteki saka kuşuna -ki annesinden kendisine kalan tek canlı hatıradır-hitaben, "...Şimdi sessiz ol, beni rahat bırak da bu zavallı acımasız insanıcılara adalet dağıtma görevini yerine getireyim."⁵

Demek ki mahkemelere başvurma⁶ ihtiyacı henüz sürmekte. Tabii buna bağlı olarak yargıcılık mesleği de tarihe karışmaktan kurtuluyor.

Mahkemelerin ve yargılamanın merkezi öznesi ise, *Yargıç*: Büyük ölçüde, hukukun gerçekleştiricisi.

Bu bildiride amacım, hukukun gerçekleştirilmesinde yargıcın rolünü pozitif hukukun tüm ayrıntıları ile vererek adeta bir hukuk dogmatığı çalışması yapmak değil, konu üzerinde problem odaklı felsefi bir düşünme denemesinde bulunmaktadır.

II- DRAMATİK FİGÜR: YARGIÇ

Yargı ya da eski deyimiyile *muhakeme*, sosyal dünyanın yapısal bir özelliği olan çatışmaların⁷ simgesel olarak yaşantılandığı bir *resmi platformu* ifade eder. Burada karşıt çıkarları taşıyan tezler dramatik bir kurgu içinde sunulur ve merkezi figürü oluşturan *Yargıcın sonul (nihai) kararına* kadar dramatik gerilim devam eder.

Davacı, davalı, katılan, sanık, mağdur gibi temel karakterlerin; tanık, bilirkişi gibi kişilerin yan karakter olarak rol aldığı yargı dramasında temel figür, kuşkusuz yargıçtır.

* *Yargıç*, Ankara.

1 *Albert Camus, Defterler C.3, Çev. Ümit Moran Altan, İstanbul 2003,s.60.*

2 *Nitekim Brecht'in Üç Kuruşluk Opera'sında bu özetlem -umutsuzca -şöyle ifade edilir: " Yalan dünya, kötü insan!! Dünya cennet olsun kim istemez! Bakalım koşullar elverir mi? " (Elizabeth Wright, Postmodern Brecht, Çev. Ayşegül Bahçıvan, Ankara 1998,s.46).*

3 *" İnsan neyle yaşar?!Ezmektir işilİnsanı vurup, soyup, dövüp gırtlaklamak!"(Brecht'in aynı oyunu,age,s.47).*

4 *Freud, Pfister'e gönderdiği 9 Ekim 1918 tarihli mektupta insanlar hakkındaki (karamsar) görüşünü şöyle dile getirir : " Genel olarak insanlar hakkında ' iyi' olan çok az şey buldum. Benim deneyimlerime göre çoğu çöplük." Peter L. Rudnytsky. Psikanalizi Okumak, çev. Beyza Sumer Aydaş, Ankara 2010, s.215, dn. 48. Bu öznel değerlendirme tarzını fazla genellemeci bulsak da, gerek çıkarlar arasındaki çatışma olgusu, gerekse insan tekinin ve toplumun otoriteye bağlılık ilişkisi (Halklar otoriteye tapar, diyor Baudelaire), bu ilişkiyi inşa eden psikodinamiklerin ortadan kolay kaldırılmazlığı (Bkz.: Gerard Mendel, Bir Otorite Tarihi, Süreklilikler ve Değişiklikler, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2005, s.78 vd.) gibi olgular mahkemelere başvurma ihtiyacını yeniden üreten fenomenler olarak karşımıza çıkmaktadır.*

5 *Vurgulama benim, M.A.T.*

6 *Hâkime danışma, diyor halk türkülerimiz -bazen- bu başvuruya.*

7 *Bourdieu, Pirre : Hukukun Gücü, Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru, Sibel Demir,Ankara 2005,s.40.*

Rahiplik kadar eski bir meslek adamı.

Bu klasik statüsüne karşın yaşadığımız çağda, özellikle hukuk devleti idealine henüz çok uzak olan ülkelerde gündemden düşmeyen bir karakter konumundadır yargıç.

Yargıç kimdir? Sorusuna bugünkü mevzuatımızda net bir yanıt bulamıyoruz.

Bunun için eskilere, 1860'lı yılların sonunda kabul edilen bir kodifikasyon metnine, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'ye gitmeliyiz. Mecelle'nin 1785. maddesinde Yargıç (Hâkim); insanlar arasında meydana gelen dava ve uyuşmazlıkları meşru kurallara (hükümlere) uygun şekilde çözmek için hükümdar (Sultan) tarafından atanmış kişi olarak tanımlanmıştır.⁸

Günümüzde de devlet (siyasi otorite) tarafından atanmaktadır yargıç.⁹

Bu bağlamda yargı sadece hukuki değil, siyasi bir kurum olarak da değerlendirilir. Zira uyuşmazlıklar bir siyasi otorite (devlet) adına ve onun verdiği yetkiye (güce) dayanılarak *Yargı Organı tarafından* çözüme bağlanmakta, böylece devlet otoritesinin yeniden üretilerek sürdürülmesine katkıda bulunmaktadır.¹⁰

Demek ki siyasi bir işlevi de var yargıcın. Sanıldığı kadar tarafsız bir konumu yok en azından sosyolojik açıdan.

Peki kimin dünyasına aittir Yargıç? İyilerin dünyasına mı, kötülerin dünyasına mı?¹¹

Canetti'ye göre Yargıç, kendisini iyilerin dünyasına ait hisseder; hem de doğuştan iyilere aitmiş gibi; iyilerin dünyasına duyduğu sarsılmaz sadakatle.¹²

Aslında bu ironik saptamanın sentaksında – majör dilin gövdesinde yer alan karşıt ikiliğin epistemolojik statüsünü sorgulamak belki daha ufuk açıcudur: *İyi-kötü*, varoluşu aşkın değerlere yükleyen geleneksel metafizik bir ahlaki zihniyet algısının karşıt kavramlarıdır. Oysa *Spinoza* felsefesindeki düşünümü temel alırsak, davranışların aşkınsal bir iyiliği ya da kötülüğü yoktur. İyi-kötü, ahlaki bir sorun olmanın ötesinde tekil somut yaşantılarla deneyimleyip tanımladığımız kavramlardır. Bu bağlamda İnsan bedenini parçalayan, uyumunu bozan, kederlendiren şeyi *kötü*; beden parçaları arasında uyumu sağlayan, sevinci yaratan şeyi de *iyi* olarak adlandırabiliriz.¹³

Aslında mesleki habitusun da her yargılama ilişkisinde yeniden ürettiği *kendini* iyilerin dünyasına ait sanma duygusunun erozyona uğradığı sınır durumlar yok değil: Yeni taşındığı evin duvar kâğıdının nasıl yapıştırılması gerektiğini duvar ustasına göstermek için çıktığı merdivenden düşmesiyle işlemeye başlayan dramatik süreçte *Yargıç İvan İlyiç*, bu olayla ortaya çıkan ölümcül hastalığı üzerinden bütün bir geçmişini sorgulamaya başlar. Onu *ötekilerin* üstünde bir yere yerleştirmiş olan kimliğinden *soyunmaya* başlar yavaş

8 Özgün metin şöyle: " Hâkim beyn-en-nâs vuku'bulan da'va ve muhasamayı ahkâm-ı meşruasına göre tevfikân fasl ve hasm için taraf-ı sultaniden nasb ve ta'yin buyrulan zattır." (BERKİ, Ali Himmet Metni ve açıklamaları kontrol eden): Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) İstanbul 1982,s.407).

9 Adalet Bakanlığınca açılan sınavın kazanılması,HSYK'nın kabul kararı gibi prosedürlerle.

10 HEYWOOD, Andrew: Siyaset (Çev: Bekir Berat Özipek ve ark.), Ankara 2006, s.437; ERDOĞAN, Mustafa: Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset (Star, Açık Görüş, 11.07.2010, s.7).

11 İnsan yavrusunun henüz üç dört aylıkken düştüğü paranoid-şizoid konum bağlamında memeyi (dolayısıyla) bir nesne olarak dünyayı iyi/kötü ikiliğiyle bölmesi hakkında bkz. KLEİN, Melaine: Haset ve Şükran (Çev: Orhan Koçak/Yavuz Erten), İstanbul 1999, s.34-35.

12 CANETTİ, Elias: Kitle ve İktidar (Çev: Gülşat Aygen), 3.Baskı, İstanbul 2006,s.300.

13 KILIÇ, Sinan: Geleneksel ve Ahlaki Bir Yargıcın Ötesinde Spinoza'nın İyi-Kötü ve Nedensellik Problemlerini İrdeleyişi (Kaygı, Uludağ Üniv. Felsefe Dergisi, 2007, Sayı: 9, s.163-173), s.172.

yavaş: *İnsani* olanın yersiz- yurtsuzluğuna aday bir kişidir artık. Doktordan hastalığının tehlikeli olup olmadığını sormaya bile çekinir, doktoru ona bakarken şöyle bir şöylem imgesi geğer aklından: “*Sanık, bir daha size sorulan sorulara yanıt vermenin dışında bir şey söyleyecek olursanız, sizi duruşma salonundan attırmak zorunda kalacağım.*”¹⁴ İvan İlyiç, ölümcül hastalığını öğrendikten sonra eşine, yakın çevresine önceki zihinsel şemalarla değil, gerçeğin gözüyle bakmaya, yüreğinin sesiyle şöylenenleri dinlemeye başlar. Ancak kendisine ait (ölümcül hastalık) gerçeğin ısrarla kendisinden saklanmasını, kendisine karşı sürekli sahte davranışlar sergilenmesini içi kaldırmaz. Daha da kötüsü; Benzer davranışların, ilişki biçimlerinin mesleki - özel yaşamının önceki devrelerinde de yaşanmış olduğunu anımsaması, oğunleri şimdi yeniden tuhaf bir aldatılmışlık, boşunalık duygusuyla hissedilmesidir. şimdiden geçmişe akan bir *yalan*. Doğru, iyi yaşandığı sanılan bir yaşamın yanlış yaşanmış olduğunun hayli gecikmiş farkındalığı.

Demek ki asıl sorun, aşkın kategorilerin yaşam dışılığını, gerçeğ dışılığını, iş sınır deneyime gelmeden önce *yaşarken kavramak*.

O halde yargıç ne iyilerin dünyasına ait, ne de kötülerin. Varsa böyle bir dünya, hepimiz gibi her ikisine de aittir.

İnsanoğlunun otoriteyi yüceltme, kut-sama eğilimi yargıç kimliği için de geçerli dir kuşkusuz.

Yargıcın *Adalet* metafiziğinin *faili* olarak konumlandırılması ahlaki bir yüceltme-yi de imliyor.

Bu algılama biçiminin verilen kararların otoritesini güçlendirdiği, onların ikna

gücünü artırdığı düşünülse bile, yargıca gerçeğin, hukuki rasyonalitenin içinden bakılmasının, Yargıcı ve onun evrenini anlamak bakımından daha işlevsel olduğu açıktır.

Hukukun uygulayıcısı ve gerçeğleştircisi olan yargıca iktisadi analiz açısından yaklaşma deneyimi de modernitenin epistemolojik perspektifine daha uygundur.

Yargıç kimdir sorusunun yanıtlanmasında akla gelen diğer bir soru *Yargıcın işlevi nedir, ne olmalıdır?* şeklinededir.

Aslında işlev konusuna negatif bir soruyla da başlamak mümkün: Yargıcın işlevleri arasında olmayan temel edim nedir? gibi. Bu soruya, *politik bir şöylem ve davranış sergilemek, politik alana müdahale etmek* şeklinde yanıt vermek gerektiğini düşünüyorum. Vurgulamak gerekir ki, Yargısal edimin devletin politik gücünden pay alıyor olması, Yargıcı *politik* bir özne kılmaz. Her ne kadar Yargı, askeri ve sivil bürokrasi gibi politik sistemdeki tarafsız ve bağımsız konumuyla politik birliği sağlar gibi görünüyor ise de, bu Yargıcın siyasi alanı belirleyen pozitif bir güç-kurum olduğunu göstermez. Öte yandan, sadece kendisine başvurulduğunda harekete geçebilen bir güç (organ) olan Yargıcın, politik alanı gerektiği gibi takip edebilen işlevsel bir kurum olduğu şöylenemez.¹⁵ Burada şu hususu özellikle belirtmek gerekir: Yargıç da elbet bir *Homo Politicus*¹⁶ olarak kamusal alana politik olarak müdahale edebilen, katkı sağlayabilen, bu anlamda egemen söyleme koşut - mevcut sistemi onaylayan veyahut ona karşıt (muhalif) tekil bir şöylemi ifade edebilen bir yurttaş statüsündedir. Ancak yargıç bu haklarını, *Kant’ın* kategorik ayrımıyla şöylesek, *aklın kamusal*

14 Lev Tolstoy, *İvan İlyiç’in Ölümü*, Çev. Ergin Altay, 3. Baskı, İstanbul 2009, s.48. Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafası*, İstanbul 2006, s.75.

15 Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafası*, İstanbul 2006, s.75.

16 Ahmet Özalp, *Homo Politicusun Ontolojisi*, Ankara 2009, s.185.

kullanımı bağlamında ve bir yurttaş sıfatı ile kullanabilir; yargıç olarak değil.¹⁷ Bu bağlamda hangi niyet ve amaçla¹⁸ olursa olsun Yargıcın hukuku gerçekleştirmek dışında kendisine özel bir rol biçmesi kabul edilemez.¹⁹ Ülkenin siyasal koşullarının olumsuzluğu gerekçesiyle²⁰ Yargıcın kamusal politikaları etkileyici bir tutum²¹ içine girmesi için de aynı şey söylenmelidir. Unutmamak gerekir ki siyasi yanlılığın pathosu yargıçtan beklenen ruh dinginliğini ortadan kaldırır.²² Bundan başka, gerçek siyasi kararların yasa koyucudan alınıp mahkemelere verilmesi halinde, Yargıçları

değil yasa koyucuları seçen bireylerin politik güçleri zayıflayacağı gibi, böyle bir durumun toplumun adalet anlayışına uygun düşeceği de söylenemez.²³ Ancak zaman zaman yargıçlara (mahkemelere) yöneltilen” politik kararlar veriliyor” şeklindeki suçlayıcı tümceleri kamuoyunda seslendirmeden önce, *Dworkin*’nin şu incelikli ayrımını göz önünde bulundurmakta yarar var: Bireylerin siyasî haklarına ilişkin tartışmalı davalarda, mahkemelerin kararlarını *siyaset ilkeleri tezlerine* dayandırmaları başka şey, *siyasî tutum tezlerine* dayandırmaları ise başka şeydir.²⁴ Bana göre ilk

17 Immanuel Kant, *Seçilmiş Yazılar*, Çev:Nejat Bozkurt, İstanbul 1984,s.216-217.

18 "Yargıçlar kişisel güzellik veya iyilik ideali peşinde dolaşan gezginci şövalyeler değillerdir."(ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Cordozo'ya atfen, Yavuz Atar, *Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak* (Star, 23.06.2008) .

19 Özel rol (misyon) algısı konusunda, ülkemiz bağlamında, yapılan şu saptamalar dikkat çekicidir: "Türkiyede yargının bağımsızlığı kadar belki de ondan daha önemli olan yargının devletten bağımsızlığı bir başka deyişle yansızlığı sorunu bulunmaktadır. Türkiye'de yargı, asker ve sivil bürokratlar gibi kendisine siyaset üzerinde vesayetçi bir rol biçmiştir ve yargı kendini devletin sahipleri arasında görmektedir. Devletin çıkarlarıyla bireyin çıkarları birbirleriyle çeliştiğinde mahkemeler hemen her zaman devlete öncelik vermektedir.Türkiyede yargıçlar halk adına yetki kullanan bağımsız otoriteler olarak davranmamakta, tam tersine kendilerini yerleşik kurumsal yapı içinde devletin ve bu devletin ideolojisinin bekçileri olarak görmektedirler." (Mehmet Turhan, *Anayasa'nın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*, Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, *Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar*, Ankara 2009, s.117, vurgulamalar benim, MAT). Ergun Özbudun'un değerlendirmesi: "Genel olarak devlet elitlerinde, özel olarak da yargıda; devletin kendi algıladıkları menfaatlerini koruma adına bir misyon sahibi oldukları düşüncesi hakim. Aslında yargıyı siyasallaştıran ve ideolojik kılan budur." (*Sivil Anayasa Forumu*, Taraf, 18.05.2008). Serap Yazıcı'nın saptamaları: "Çeşitli kararlar Yargının tarafsız olmadığını gösteriyor: Üstelik bu yeni bir olgu da değil. 1961Anayasası'ndan beri Türkiye böyle bir sorunla karşı karşıya. Mesala Anayasa Mahkemesi de görevini 1961'den beri hep vesayet zihniyetiyle yaptı. Anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetliyorum gerekçesiyle aslında hep esas yönünden denetledi. (Bu,Yargıçlar Devleti Kurulması Süreci, Neşe Düzel ile Söyleşi, Taraf, 26.5.2008); Yavuz Atar'ın görüşleri: "Demokratik dünyada yargının kendini sınırlaması gerektiğini savunan yargıçlar, yargısal aktivizm taraftarlarından çok daha fazladır. Ülkemizde ise durum oldukça vahimdir. Yargıçlarımız hükümetlerin ekonomik politikalarına müdahale etmeyi yargısal bir yetki gibi görmektedirler: Daha da kötüsü genel bir eğilim olarak yüksek yargıçlarımıza devletçi, ideolojik olarak taraflı, bireysellik ve özgürlük karşıtı bir felsefe egemendir." (Yavuz Atar, *Star Açık Görüş*, 7.03.2010, s.4-5). Aynı dorultudaki diğer görüşler için bkz.: Fazıl Hüsnü Erdem, *Türkiyede 'Ideolojik Devlet' Gölgesinde Yargı Bağımsızlığı Sorunu* (Demokrasi Platformu, 2005,Yıl :1, Sayı:2, s.53 vd); Yavuz Atar, *Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak* (Star, 23.06.2008); Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Eksekinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*,Ankara 2009, s.440-441;Hatem Ete, *Erkler Ayrılığı ve Yargı Diktası* (Star, Açık Görüş, 14.03.2010, s.2); Mustafa Erdoğan, *İdeolojik Devletin Kurtuluşun Reçetesi!* (Zaman, 16.7.2007). Özgürlük/otorite çatışmasında dikotominin ikincisinden yana tavır alışı'n yargısal zihniyet yapısının bir sonucu olduğuna dair bir ampirik araştırma için bkz.: *Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfınca Mithat Sancar ve Eylem Ümit'e yaptırılan araştırma raporu*, 2007, s. 8-9.

20 Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette Mesruiyet*, Ankara 2010, s.282.

21 Yargısal aktivizm.

22 "Yan tutmak, savaşmak, tutkuya kapılmak siyaset adamının özellikleridir."(Max Weber, *Meslek Olarak Siyaset*, Türkçesi: Afşar Timuçin/Mehmet Sert, İstanbul 2006, s.57).

23 Ronald Dworkin, *Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti*, Çev. Kerem Altıparmak (Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük (ed.): *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*, Ankara 2008, s.315).

24 Dworkin, s. 298.

kategoride zengin düşünce evreninden dolayımlanan bir karar; ikincisinde, gündelik siyasetin sığ konum alışlarından -daha çok kutupsallığından- kotarılan bir karar türü söz konusudur.

Bu negatif belirlemeden sonra yukarıdaki pozitif soruyu şöyle yanıtlayabiliriz: *Yargıcın işlevi, Anayasa tarafından kendisine tanınan yetkiye dayanarak, önüne getirilen uyumsuzluğu hukuk kurallarına göre çözüme (karara) bağlamaktır.*

III- HUKUKUN

GERÇEKLEŞTİRİLMESİ²⁵

A- Davaya Bakma ve Uyuşmazlığı Karara Bağlama Yükümlülüğü

Anayasa, yargıcın görevi yetkisi dahilinde olan bir davadan kaçınmayacağını hüküm altına almıştır.²⁶ Demek ki yargıç, ne önüne gelen tarafları, ne de uyumsuzluğun türünü seçme hakkına sahiptir. Bunların belirlenmesi, daha doğrusu kişi-uyumsuzluk mahkeme eşleştirmesi, davadan önce, genel iradenin bir ifadesi olan *Yasa*'ya aittir.

Dolayısıyla, Yasanın bakmakla zorunlu kıldığı bir davayı görmek istemeyen yargıcın yapacağı tek şey, bu kamusal dramadan çekilmektir.

Hem oyunu oynamayı istememek hem de oyundaki sıfatı taşımaya çalışmak cezaî

ve hukukî yaptırımı gerektiren bir eylem²⁷ niteliğindedir.²⁸

B- Yargılamanın Temel Edimlerini Yeterince Getirme Yükümlülüğü

a) Olayı ve Çekişmenin Özünü Kavramak

Mecelle, yargıcın *fehîm* olmasını yani kavrayışlı olmasını öngörüyor. O halde yargıcın henüz hukuku uygulamadan, yani *altlama* edimine geçmeden önce yapacağı şey, taraflar arasındaki çekişmenin, yani mahkemeye taşınan *çatışmalı* dünya olayının olgusunun (vakıanın) *ne* olduğunu saptamak.²⁹

Bu çabanın başarıya ulaşmasında şu iki unsur dikkate alınmalı:

Tarafların sözlü veya yazılı olarak dile getirdikleri olay anlatılarını ve taleplerini kavramak. Anlatının veya talebin anlamlandırılmasında kullanılan sözcüklerden çok, tarafların gerçek iradelerine, gerçek amaçlarına odaklanmak³⁰ ve ilişkinin bütününden *anlamı süzmek.*

Yargıç bunu bizzat yapmalıdır, bu işi bilirkişiye yaptırmaması hukuka aykırı bulunmaktadır.³¹

*Yargıç, tarafların sav ve savunmalarını kanıtlamalarına yönelik hukuksal olanakları silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde taraflara sağlamak durumundadır.*³²

25 *Bu bölümde hukukun tüm dalları değil, özel hukuk uyumsuzlarına ilişkin yargılama yöntemleri/normları somutlaştırma eksenine alınmıştır.*

26 *Anayasa m.36/II.*

27 *Bkz.: TCK.m.257; HUMK m.573/6.*

28 *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2004 tarih ve 210/2476 sayılı kararından: "Hâkim önündeki davayı sonuçlandırmak zorundadır. Anayasa'nın 36/2. fıkrası uyarınca hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan ve bir hakim de önündeki uyumsuzluğu çözmekten kaçınamaz. Aksi hâlde sorumlu olur (HUMK 576/ 6,7).*

29 *"Hâkim deyim yerinde ise arif kişidir. Hâkim, tarafların davada ne istediklerini, hangi hukuki yararlarını korumak istediklerini, neyi amaçladıklarını saptamak, uyumsuzluğun niteliğini ve türünü belirlemekle yükümlüdür."* (Yargıtay 7.HD 20.06.2006- 2017/2017, vurgulama benim, M.A.T.)

30 *Yargıtay 4.HD 26.10.1978-13113/12134.*

31 *Bkz.: Yargıtay 19.HD 18.04.2005-8054/4169; 15.HD 18.05.2000-157/2444.*

32 *"Taraflar veya vekillerinin dinlenmesinden sonra aralarında uyumsuzluğun aydınlanması halinde hakime, iki tarafa HUMK'un 217/2. maddesi gereğince delillerini göstermeleri için süre verilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda hakimin hangi çekişmeli vakıaların ispatı için delil gösterilebileceği, gösterile-*

Bu bağlamda somut uyuşmazlık konusu *vakıaların* gerçekleştiğini ispat yükünün³³, delil ikame yükünün hangi tarafa ait olduğunu, bunların ne tür delille kanıtlanabileceğini, delilin hangi süre içinde sunulması gerektiğini, tüm bu hususlara uyulmamasının ne gibi hukuksal riskler doğuracağını yargıcın *anlaşılabilir bir üslupla* taraflara bildirmesi gerekir.

Şunu da vurgulamalı: Yargıç, çekişmeye konu olay-olgu (vakıa) hakkında kişisel bilgi sahibi olabilir; ama bu kişisel bilgisini davada kullanamayacağı gibi kuracağı hükme de temel alamaz³⁴ Yargıç, çekişmeli olgular hakkındaki kabullerini (yargılarını), dosyayı okuyan herkes tarafından anlaşılıp denetlenebilecek (dosyadaki) nesnel kanıtlara dayandırmalıdır. Aksi halde yargıcın tarafsızlığından, adil bir yargılamanın varlığından söz edilemez.

b) Hukuku Kendiliğinden (re'sen) Uygulamak

Eski Yunan hukuk yargılama sisteminde de çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi (medeni yargıda), yargılama organının faaliyete geçmesi için bireylerin başvuru da bulunmaları gerekirdi, yani bir *davanın* açılması gerekirdi. Bu başvurunun -davanın- kabul edilmesinden sonra, bir *sorus-*

turma (tahkikat) günü tayin edilir ve her iki taraf bildirilirdi. Soruşturma günü, taraflar ellerinde bulunan tüm kanıtları (sözleşme, senet, tanık listesi vb.) ile uygulanmasını istedikleri *yasa metinlerini* soruşturma yapan organa sunmak zorunda idiler.

Bu aşamadan sonra tüm dava malzemesi ve uygulanması istenen yasa metinleri hakeme verilir, uzlaşma olasılığı üzerinde durulurdu.

Uzlaşma sağlanamadığında, *mahkemede*ki yargılama başlardı. Taraflara söz verilerek sav ve savunmalarını dile getirmelerine olanak tanınır, ardından sunulan *yasa metinleri okunurdu*. Bu ritüelin bitmesinden sonra da yargıç aynı gün dava hakkındaki kararını açıklardı.³⁵

Uygulanması istenen (gerekten) yasa metinlerini bulup getirme yükünü davanın taraflarına yükleyen bu sistemin ilk yasa derlemelerinin (kodifikasyon) görüldüğü Roma Hukukunda benimsenmediği anlaşılmaktadır³⁶: Bu sistemde anılan edim yargıca yüklenmiştir. Nitekim Latince *İura Novit Curia* sözcükleriyle ifade edilen ve hukukumuzda da geçerli olan bu kurala göre *Yargıç, davada uygulanması gereken hukuk kuralını kendiliğinden (re'sen) araştırıp uygulamak durumundadır*.³⁷

cek delillerin neler olduğunu taraflara açıkça açıklaması gerekir. Somut olayda mahkemenin verdiği ara kararında bunun sınır ve kapsamı açıklanmamış davalının hangi hususu ispat etmek zorunda olduğu ve getirmesi gereken delillerin neler olduğu da ara kararında belirtilmemiştir. Bu unsurları taşımayan ara kararına rağmen davalının usul yasaasının 244. maddesi gereğince yeni delil ikame edebileceğinin de gözden irak tutulmaması gerekir. Kesin mehil davanın en az masrafla ve sürüncemede bırakılmadan bir an evvel sonuçlanmasını temin için hakime tanınan yasal takdir yetkisidir. Hakimin bu takdir yetkisini kullanırken az yukarıda açıklanan hususlara gerekli özeni göstermesi gerekir." (Yargıtay 13.HD 08.03.2002-12918/2272).

33 TMK.m.6.

34 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1983 tarih ve 2-711/458 sayılı kararından : " Hâkim, Yargıtay'ın kontrol ve denetimine imkân bulunmayan bir vakıa hakkındaki özel bilgisini hükme dayanak yapamaz." Yargıtay 14.HD'nin 28.6.1983-3357/4987 tarih ve sayılı kararı: "Özellikle hâkimin kişisel bilgisine istinaden hüküm kurulamayacağı konusundaki kural göz önünde tutulmadan tesis olunan hükmün bozulması gerekmektedir."(Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçeli Karar, Ankara 2007, s.101); aynı doğrultuda: Yargıtay 3.HD 04.03.2004- 1437/1686; 11.HD 24.03.2003-10575/2752; 11.HD 14.06.1999-3271/5256; 21.HD 23.12.2003-9375/10792.

35 Recai Galip Okandan, Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilât ve Muhakeme Usulü (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasının 1951 Yılı 3-4 Sayısından Ayrı Bası, İstanbul 1951, s.28-29).

36 Bülent Tahiröglü/Belgin Erdoğan, Roma Usul Hukuku, İstanbul 1997, s.60.

37 HUMK.m 76/İbirinci tümce: " Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir.",

Kurala göre, taraflar (özellikle davacı) dilekçelerinde hiç bir hukuki sebep veya hut dayanak bir hukuk kuralı *göstermemiş* olsalar bile yargıcın belirtilen yükümlülüğü devam eder.

Aynı kural, tarafların *hatalı (davada uygulanma olanağı bulunmayan) hukuk kurallarına dayanmış olmaları* durumu için de geçerlidir.³⁸

Belirtelim ki anılan kuralın içerimi, üstlendiği rol nedeniyle yargıcın *hukuku bildiği varsayımına, bilmesi gerektiği -içkin önermesine-* dayanmaktadır. Bu varsayım ve beklentinin, günümüzün onlarca alt birimi ve binlerce mevzuat hükmüyle gittikçe genişleyen, karmaşıklaşan hukuk evreni gerçeğine uygun düşmediği anlaşıyor. Hukuksal konularda bilirkişi görüşüne gitmeyi yasaklayan norma³⁹ karşın, uygulamada hukuksal konularda bilirkişi görüşüne *genellikle* başvuruluyor olması bunun kanıtıdır.

Bu bağlamda milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında yasakoyucunun daha gerçekçi bir düzenlemeye gittiği belirtilmelidir. Bu alandaki yasa hükmüne⁴⁰ göre, yargıç, yasalar çatışması (Kanunlar ihtilafı) kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden uygulamak durumunda olmakla birlikte, bu konuda⁴¹ taraflardan yardım isteyebilecektir.

Ancak yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin *tüm araştırmalara rağmen*

saptanamaması hâlinde Türk hukuku uygulanırlık kazanır.

aa) Norm Yokluğu (Yasa Boşluğu)

Yasa boşluğundan amaç; bir davada uyuşmazlığı yöneten ve çözüme bağlayan bir kuralın mevcut olmayışıdır.

Bu tanım akla şu soruyu getiriyor: Temel özelliği dinamizm ve değişim olan insan ve toplum yaşamında her gün meydana gelen sayısız (her bir) olay için yasakoyucu kural oluşturmak zorunda mı, böyle birşey olanaklı mı?

İkinci sorunun yanıtı tabii ki *hayır*. İlk soruya gelince: Anglo Amerikan hukukunda bu soruya verilen karşılık olumsuzdur, zira bu hukuk sisteminde asıl olan, hukukun pozitif bir bütünlük içinde, yasakoyucu tarafından düzenlenmesi değil, *mahkemeler* tarafından oluşturulmasıdır.

Ülkemizin de içinde bulunduğu Kara Avrupası hukukunda ise durum tersidir: Kodlama geleneğinden günümüze kadar gelen ve halen süren anlayış ve uygulama, toplumsal alan ve ilişkilerin neredeyse eksiksiz bir bütünlükle *pozitif hukuk* tarafından kuşatılmasıdır. Dolayısıyla bizim sistemimizde yasa boşluğundan sözedebilmek için, öncelikle, sistemin eksik olduğunun saptanması, başka bir anlatımla; davaya konu uyuşmazlık hakkında bir yasal düzenleme olması gerektiği yönünde bir *kanaatin oluşması*⁴² gerekmektedir.

38 "Hukuk Genel Kurulu'nun 19.1.1974 gün, 1972/2-584, 1974/14 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, HUMK'un 74, 75 ve 76. maddelerinden çıkan anlam ve sonuca göre hâkim, davacının bildirdiği maddi olay ve netice-i taleple bağlı ise de, cereyan eden maddi olayda hangi hukukî sebebe göre hüküm verileceği veya hangi hukukî sebebin nazara alınacağını tayin ve takdir etmek durumundadır. O kadar ki, hukuki sebep yanlış gösterilmiş veya hiç gösterilmemiş olsa bile mahkemece, uygun hukuki sebep bulunarak, ona göre bir karar verilecektir." (Yargıtay HGK 11.4.1990-1/152-236, Timuçin Muşul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1999, s.155).

39 HUMK m.275/ikinci tümce.

40 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m.2.

41 Yabancı hukukun/normun içeriğinin saptanmasında.

42 İdris Hakan Furtun, Vergi Hukukunda Makemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara 2009, s.59.

Dava konusu uyumsuzluğu çözecek bir hukuk kuralının bulunmaması, elbet davanın yüzüstü bırakılmasını gerektirmez: Yargıcın statüsü burada sorunu çözmeye yarayacak bir hukuk normunu *inşa etmek* konumuna yükselmektedir.

İlkin *örf ve âdet* hukukuna⁴³ başvurulup da bu alanda da uyumsuzluğu çözmeye elverişli bir kuralın saptanamaması hâlinde, yargıç kural yaratma rolünü üstlenecektir:

Minör yasakoyuculuk.

Bu bağlamda yargıç, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermek durumundadır.⁴⁴

Yargıç karar verirken -hukuk yaratırken- yargısal içtihatlardan ve bilimsel görüşlerden yararlanabilecektir.⁴⁵

*Felsefe yapmasaydım der Deleuze, hukukla uğraşırđım, ama tabii ki insan hakları değil içtihat yapardım...Yaratım, hukukta, içtihat demektir ve içtihattan başka bir şey yoktur.*⁴⁶

Filozofumuzun içtihada yüklediği bu yüksek değeri, felsefi düşüncesinin odağına aldığı *oluş felsefesiyle, problematik perspektifle* açıklamak mümkün.

Hukukumuz açısından yargıcın hukuk kaynağı olarak referans alabileceği içtihat kavramından yüksek mahkemelerin *salt somut bir uyumsuzluk bağlamında verdikleri* oylasal karar niteliğindeki içtihatları değil, *bir hukuk normunun anlam ve kapsamını tanımlayan, tayin eden ilke niteliğindeki kararları* anlamak gerekir. Ancak bu kararları bile yargıç otoriteye itaat anlayışıyla değil, eleştirel bir perspektifle değerlendirmelidir.⁴⁷ İctihadı Birleştirme Kararlarının *benzer hukukî konularda bağlayıcı olması* durumu ise yasa gereği olduğundan yargıç bu tür kararlara uygun hüküm oluşturmak zorundadır.⁴⁸

Bilimsel görüşe gelince: Yasa bilimsel görüşü de bir *hukuk kaynağı* olarak kabul etmiştir.⁴⁹ Burada bilimsel görüş ifadesinin kapsamını belirlemekte yarar var. Öğretide kendisinden yararlanılması düşünölen bi-

43 *Toplumsal yaşamın temel düzenleyici kodları olan din, ahlâk, örf-âdet ve hukuk normalarının ilkel yaşamın sürdüröldüğü dönemlerde iç içe olduğu, zamanla ayrıştığı ve hukukun özerkleştiği anlaşılmaktadır*;bkz.: Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, İstanbul 1997, s.5.

44 *Türk Medenî Kanunu, m.1/II. Bu hükmün uygulanmasıyla ilgili olarak Yargıtay 10.HD'nin 29.03.2004 tarih ve 210/2476 sayılı kararında şöyle denmektedir: " Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözümlenektir. O nedenle, herhangi bir olay, hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılmaz. Bu gibi hukukî boşluğun bulunduğu durumlarda; hâkim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlenekt üzere Medenî Kanunun 1. maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür (Yargıtay İBK. 18.11.1964- 2/41). Bu, hâkim için aynı zamanda bir görevdir(...) Hâkimin, hukuk yaratma alanına girebilmesi için, çözümlenekt gereken olaya uygulanabilir yasa hükmü veya örf ve âdet kuralının bulunmaması yeterlidir. Hâkimin yasal boşluğu doldururken takip edeceği yol; Medenî Kanunun 1. maddesinde açıklandığı üzere, yasa koyucu gibi ha reket etmekten ibarettir. Bu aşamada hâkim, yasa koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip ; hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukukî güvenlikle bağdaşan bir kural bulmalıdır."*

45 *Türk Medenî Kanunu, m.1/III.*

46 Gilles Deleuze, *İnsan Hakları Üzerine*, Çev. P.Burcu Yalın, Tesmeralsediz, *Toplumsal Araştırmalar ve Sanat Şebekesi*, Bahar 2009, Yıl :3, Sayı :4, s.117-118 (Vurgulamalar benim, MAT).

47 Şener Akyol, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1995, s. 311-312; 323.

48 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/V.

49 *Türk Medenî Kanunu m.1/III (başlık: Hukukun uygulanması ve kaynakları). Kaynak kavramının İsviçre Medenî Kanunu'nun 1900 ve 1904 tasarılarındaki konumu ve tarihsel gelişimi için bkz.: Mustafa Dural/ Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s.117.*

limsel görüşün *teyit edilmiş, kabul edilmiş görüş niteliğinde* olması gerektiği ileri sürülmüş⁵⁰ ise de, yasada öngörülme- yen bir daraltıcı perspektifin yorumla kabul edilemeyeceğini düşünüyorum. Yargıç egemen fikir dahil hiçbir görüşle bağlı tutulamaz; önemli olan görüş açıklayanların sayısı değil, açıklanan görüşün *ağırlığı*dır.⁵¹ Hatta benimsenen görüşün bir akademisyen tarafından dile getirilmiş olması da şart değildir: “*Düşünsel bir saptamanın değeri konuşmacının kimliğiyle ya da diplomalarıyla değil içeriğiyle belirlenir.*”⁵²

bb) Normun Mevcudiyeti

aaa) Normun Epistemolojisi

Bir hukuk kuralı en az iki unsurdan meydana gelir: *Varsayılan bir hayat olayı, olgusu*⁵³ ve buna bağlanan *hukuksal sonuç*. Boşanmaya ilişkin genel düzenlemeyi⁵⁴ örnek alırsak: Evlilik birliğinin katlanılamayacak derecede temelinden sarsılması (*Olay-olgu- koşul*) koşul unsuru; boşanma kararı (*hukuksal sonuç*).

Belirtmek gerekir ki hukuk normları bilgi önermeleri içermezler, başka bir anlamıyla somut bilgi sunmazlar. Dış dünyaya

gönderme yaptıkları *bağımsız bir nesnelere* yoktur.

Bu bakımdan hukuksal önermelerin *doğru/yanlış* gibi değerlere tâbi tutulmaları mümkün değildir.⁵⁵

Yine toplumsal yaşamı biçimlendirmek, insanlarda bir bilinç yaratmak ve nihayet belli davranış örüntüleri (ölçüleri) oluşturmak bakımından da bütüncül, rasyonel normatif düzen, bir *hukuk ideolojisi* olarak karşımıza çıkar.⁵⁶

Kaynağa gelince: Hukuk normları hem *insan değerinin bilgisinden*, hem de *kültürel normlardan* türetilmektedirler.⁵⁷

bbb) Normlar Hiyerarşisi

Yargıç somut olaya hukuk normunu uygularken normlar hiyerarşisini gözetmek durumundadır. Bu bağlamda yasanın veya kanun hükmünde kararnamenin anayasaya aykırı düşmesi halinde *somut norm denetimi* prosedürünü işletmek⁵⁸; yasaya aykırı olan tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri (normları) somut olaya uygulamaktan kaçınarak bunların yerine *yasayı* uygulamaktır.⁵⁹

50 *Dural/Sarı*, s.118

51 *Akyol*, s.311.

52 *Alan Sokal/Jean Bricmont, Son Moda Saçmalar, Postmodern Aydınların Bilimi Kötüye Kullanmaları, İstanbul 2002*, s.30.

53 *Buna koşul unsur da denilmektedir.*

54 *Türk Medeni Kanunu m.166/1.*

55 *İonna Kuçuradı, Etik İlkeler ve Hukuk (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 8.Kitap, İstanbul 2003, s.8).*

56 *Ali Şafak Balı, İdeolojilerin Hukuku mu? Hukuk İdeolojisi mi (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19. Kitap, İstanbul 2010, s.154; Kasım Akbaş, İdeoloji Olarak Hukuk (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15.Kitap, İstanbul 2006, s.91: "...Hukukun kendisinin bir ideoloji olabileceği gerçeğini vurgulayan başka bir nokta da, gerçeklik dünyasının, hukuksal kavramlar tarafından yeniden üretilerek gizlenmesidir. Zira ideoloji, 'insanın varabildiği reel dünyayı açıklamayı değil mistifiye etmeyi amaçlayan bir ussalşma' olarak da işlev kazanabilmektedir." (Vurgulama yazarın).*

57 *Jale Karakaş, İnsan hakları ve Hukuk Normlarının Epistemolojik Özellikleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.79.. Normların bilimsel temellendirilebilirliği konusu için bkz.: İonna Kuçuradı, Çağın Olayları Arasında, 3.Baskı, Ankara 2009, s.175-182.*

58 *Anayasa m.152.*

59 " *Bir yasanın açık buyruğuna aykırı olan veya orada yasaklanmayan fakat yasanın buyruğundakinin aksine olan tüzük ve yönetmelik hükümleri geçerli değildir (...). Mahkeme bu durumda geçersiz olan tüzük yerine Anayasa'nın (1961 Anayasası, MAT) 132. maddesinin buyruğuna uyarak düzenleyici hukuk işleminde ge-*

Anayasa'nın m.90/V hükmü uyarınca yöntemine uygun şekilde yürürlüğe girmiş olan milletlerarası andlaşmalar yasa hükmünde olduğundan bunların da iç hukuk normları gibi ilişkin olduğu uyuşmazlıklara *doğrudan uygulanması* gerekmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma ile iç hukuk kuralının (aynı konuda) çatışması halinde, *anlaşma hükmü esas alınmalıdır*.

Bu bağlamda ülkemizin tarafı olduğu *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin* hukukumuzdaki etkileri konusuna değinmekte yarar var. Öncelikle AİHM'in somut başvuru hakkındaki kararına uyma ve bunun gereğini yerine getirme bakımından Devletin sözleşmesel yükümlülüğü bulunduğu açıktır.

Burada sorun, AİHM kararlarının hukuk uygulamamız açısından *emsal karar niteliğinde* bulunup bulunmadığıdır. Başka bir soru(n): AİHM'in emsal kararına aykırı bir iç hukuk normunun uygulanıp uygulanmayacağı konusudur.

Yüksek mahkemelerimizin temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara yollama yapan birçok kararı ve gittikçe yaygınlaşan pratik uygulamaları bulunmakla⁶⁰ birlikte⁶¹, AİHM kararlarına *emsal atfı yapan kararları* için böyle bir pratikten söz etmek güç. Yargıtay 12. Hu-

kuk Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeden⁶² ve 6009 Sayılı Yasa⁶³ ile yeni düzenleme yapılmadan önce yürürlükte bulunan Harçlar Yasasının "*Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" hükmününün AİHM 'nin 26.06.2007 tarih ve 25321/02 başvuru nolu kararına aykırı bulunduğ ve bu nedenle (şikayet davasında) uygulanamayacağına ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararında şöyle denmektedir:

"AİHM'nin yukarıda belirtilen kararının, bu karara konu olan dava için bağlayıcılığı söz konusudur. İşbu karar doğrultusunda yasama organınca bir düzenleme yapılmadığı sürece anılan kararın bu ihtilafta uygulanma olanağı bulunmamaktadır."⁶⁴

Görüldüğü gibi kararda, AİHM emsal kararı/iç hukuk normu çatışmasında yasa hükmünde bulunmayan içtihadın yasa normuna tercih edilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu yorumun Anayasa m.90/V hükmüne uygun olduğu söylenebilir.⁶⁵ Ancak şunu vurgulamak gerekir ki, içinde bulunduğumuz Avrupa insan hakları koruma sistemini salt sözleşme ve ek protokol hükümleri ile sınırlı bir şekilde algılamak gerekir.

AİHM kararları, koruma sistemini zenginleştiren, iç hukukumuz açısından da vazgeçilmez bir yorum kaynağı olarak kabul edilmelidir.⁶⁶

çerli olan üstün kuralı Borçlar Yasası'nın 100. maddesini uygulamakla yükümlüdür (...) Davayı durdurarak tüzük veya yönetmelik kurallarının yasaya aykırı bölümünün iptali için yanların idare mahkemesinde dava açmasını isteyemez." (Yargıtay 4.HD 1.11.1976-6024/9292, Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: IV, sayı: 4,s.533-537). Ayrıca bkz.:Recai Seçkin, *Hukuk Kurallarının Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri'nin Anayasa'ya Dayanan Kural Belirleme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdari Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri* (İmran Ökten'e Armağan, Ankara 1970, s.47-95), s.93.

60 Bkz.: M.Semih Gemalmaz, *Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı* (Fazıl Sağlam'a 65.Yaş Armağanı, Ankara 2006, s.117-183.

61 Son bir örnek için bkz.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.01.2010 tarih ve 19-49/10 Sayılı Kararı.

62 Anayasa Mahkemesininin 14.01.2010 tarih ve 27/9 sayılı iptal kararı (RG 17.03.2010-27524)

63 Bkz.RG 01.08.2010-27659.

64 Yargıtay 12.HD 13.11.2008-15602/19983.

65 Zira hükmüde iç yasa/milletlerarası anlaşma arasındaki çatışmadan söz edilmekte.

66 Ece Göztepe, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi* (Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Armağan Serisi: 5, s.417-429),s.429.

ccc) Normun Yorumu

Yorum İhtiyacı

Hukuk normları genel ve soyut nitelikteki söylem ifadeleri olduğundan metinlerin anlamları ve uygulanabilecekleri durumları hakkında *belirsizlik, açıklık* taşırırlar. Bu belirsizlik *metnin çaresiz kaldığı iki durumdan* kaynaklanır: Birincisi, yasa koyucunun, yaşamın akışıyla meydana gelen tüm değişimleri, hayat olaylarını önceden tek tek belirleyip kurala bağlamasının imkânsız oluşu; diğeri, *dilin doğasından* kaynaklanan *belirsizliktir*: *İfade ile olay arasındaki bu mesafeden, açıklıktan dolayı hukuk metinleri Hart tarafından açık metinler*⁶⁷ olarak betimlenmiştir.

Somut olaya uygulanıncaya kadar metin *dilsizdir*, konuşmaz. Metinler bizimle, yargıyla ancak *sorularımız, sorunlarımız* olduğunda konuşmaya başlarlar.⁶⁸

Konuşma ve diyalog yoluyla metin cansız bir varlık olmaktan kurtulur, *bağlamsal gerçekliğin içine* -yargıç tarafından- *yerleştirilerek hayat ve anlam bulur*.⁶⁹ Bağlamsal gerçek içine metni yerleştirmek ise *yorum* sayesinde mümkün olur. Bu bağlamda, yazılı olsun olmasın bütün yasaların yorumlanmaya ihtiyacı olduğunu söyleyen *Hobbes'e* hak vermemek mümkündür.⁷⁰

Hukuk uygulamasında bağlamsal gerçek hiç kuşkusuz *davadır*. Yargıç yasanın anlamını *mevcut davadan hareketle* ve bu *dava adına* ortaya çıkarmaya çalışır.⁷¹

Zira hukuk normu hazır, verili içeriğe sahip bir yapı değil, gelecekteki belirsiz olayları düzenlemeye yönelik bir modalitedir. Bu bakımdan hukuku bir bilim olmaktan çok, *olasının sanatı* şeklinde tanımlamak da mümkündür.⁷²

Yorumun Ontolojisi

Yorum, mevcudiyet metafiziğine dayanmaz, başka bir anlatımla yorum, metnin içinde saklı bulunan *donmuş, mutlak* bir anlamın ortaya çıkarılması faaliyeti değildir. Zira geleneksel hermeneutik anlayışın tersine modern anlayış, anlamın uygulama aşamasında inşa edileceğini kabul eder. Bu anlamda yorum *betimleyici* değil, *kurucudur*. Buna bağlı olarak da mahkeme kararı, normu basitçe açıklayan bir metin değil, kurucu bir metindir.⁷³

Bu öncüllerden çıkan sonuç, yorumun *hukuk yaratmak* anlamına geldiğidir. Nitekim Roma'dan gelen ünlü ifade bu kavrayış dile getirilmektedir: *Yorum kime aittir se, hukuku yaratmak da ona aittir*.⁷⁴

Yorumun Kimyası

Yasayı yapan otoritedir, hakikat değil, der Carl Schmitt, *Laviathan'a gönderme*

67 Zeynep İspir Toprak, *HLA Hart'ta Açık Metin Kavramı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.123; ayrıca bkz.: Mustafa Erdoğan, *Hukuk ve Yargı* (Star, 18.09.2008).

68 Mustafa Duman, Heidegger, Nietzsche, Nihilizm (Kutadgu Biliğ, Felsefe-Bilim Araştırmaları, Ekim 2009, Sayı: 16, s.9-45), s.40. Ayrıca bkz.: Yasemin Işıktaç, *Hukuk Yazıları*, Ankara 2004, s.32.

69 Ricoeur'e göre yazı ve metinler, okur ve eleştirilenler tarafından bağlamsal gerçekliğin içine alınana kadar bir askı durumu içinde varolurlar (Anan: Edward Said, Dünya, Metin ve Eleştirilen, Kış Ruhu, Haz./çev. Tuncay Birkan, 2.Basım, İstanbul 2006 içinde, s.123).

70 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 4.Baskı, İstanbul 2004, s.196.

71 Hans-Georg Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, C.II, Çev. H.Arslan-İ.Yavuzcan, İstanbul 2009, s.89.

72 Philippe Raynaud/Stephane Rials (yayına haz.) *Siyaset Felsefesi Sözlüğü* (Çev. İ.Yerguz- N.K.Sevil), İstanbul, 2003, s.977.

73 Noberto Bobbio, *Kelsen ve Hukukun Kaynakları*, Çev. Biçe Açımız (Cemal Bali Akal-Der-, Devlet Kuramı, Ankara 2000, s.459-469), s.465.

74 *Eius est interpretari, cuius est iura condere*. (J. Gaudemet, *Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu*, Çev. Dr. Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1971, C.XXXVI, Sayı: 1-4, s.495-508, s.495.

yaptığı bir yazısında.⁷⁵ O halde bir dava bağlamında hukuksal gerçekliği üreten özne, yasakoyucu değil, *Yargıçtır*. Çeşitli anlam ve yorum seçenekleri arasında yargıcın tercih ettiği anlamla içeriği, kapsamı belirlenen her yasa, *yargıç ürünü hukuktur*.⁷⁶

Yasa ise, hukukun *gerçekliği değil, sadece imkândır*.⁷⁷

Bu nedenle yorum, yasa metnini aşan bir eylemselliği ifade eder. Bu durum bir bakıma yasanın yapısal özelliğinden kaynaklanır. Zira gerçeğin anlamı bütünüyle yasa metninde ya da sunumlarında saklı değildir, onu insani amaçlarda aramak gerekir. Sonuçta yasa da bir insan ürünü olduğundan, metnin anlamı, metinden taşan ve insan zihnine yayılan bir yorumlar skalası içinden yakalanır.⁷⁸

Nietzsche, metin ile yorum arasındaki ilişkinin düşünümsel olmadığını, yorumun fetih ve savaşın krallığına ait olduğunu

-güç istenci kuramı çerçevesinde- ifade etmişti.⁷⁹ Gerçekten genel hermeneutikte olduğu gibi hukuk yorumbiliminde de çeşitli yorum yöntemlerinin, kuram ve ilkelerinin varlığına⁸⁰ karşın, yorumu yapan öznenin (yargıcın) tekil algı ve zihniyet dünyasının yorumu yansımaları *engelleyecek bir yöntem henüz keşfedilmiş değildir*. Bu anlamda yorumun, yorumcu öznenin *olgusal, sezgisel veya duyusal* yollarla ulaştığı sonuçları temellendirmek için de kullanabildiği bir araç niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür.⁸¹

Yorum amaçlar imparatorluğunda gerçekleşir, der Dworkin.⁸²

Hukuksal pozitivizm kuramının asli savunucusu *Kelsen*'e göre de, yargı organınca hukuk kuralının çeşitli anlamları arasında yapılan seçim, bir hukuk kuralına dayanmadığından, *politik bir faaliyet niteliğindedir*. Bu nedenle gerçek yani *yargısal*

75 Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. Emre Zeybekoğlu, 2.Basım, Ankara 38.

76 Heywood, *Siyaset*, s.440.

77 Kaufmann'a atfen, Mithat Sancar, *Temel Hakların Yorumu, Yayınlanmamış Doktora tezi*, Ankara 1995, s.74.

78 Alain Supoît, *Homo Juridicus, Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Bige Açımız Ünal, Ankara 2008, s.129.

79 Hüseyin Subhi Erdem, *Nietzsche, Perspektivizm, Anlam ve Yorum*, Van 2007, s.273.

80 *Yorum çeşitleri, kuram ve ilkeleri için bkz.:* Ali Nazım Özer, *Hukukta Yöntembilim*, İzmir 2008, s.21 vd.; Yasemin Işıktaç, *Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi* (Ankara Barosu Dergisi, 2001, Yıl: 58, Sayı: 1, s.23-35 ; Kemal Gözler, *Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı* (Anayasa Yargısı, 15, Ankara 1998, s.207-249); Sevtap Metin, *Hukuk Normunun Yorumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul 2002, s.138-217; Rüstem Karabatak, *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması* (Yorum ve Nitelendirme), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s.33-51; Yüksel Metin, *Anayasa'nın Yorumlanması*, Ankara 2008, s.15-87.

81 Esser ve Schroth'a atfen Sancar, *Temel Hakların Yorumu*, s.57 . "...Yargıçlar aslında davaları kendi siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlarlar ve ardından rasyonelleştirmek için bir hukuk kuralı seçerler." Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P. Mass, 1977, s.3 (Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2006, Sayı:9, s.16, dn.1). Dworkin'in bu saptamasının karar süreci ve yorum pratiği ile ilgili gerçekliğin tümünü kavrayacak güçte olmadığını belirtelim. Gerçekten yargıçların her dava için izledikleri yöntem farklıdır. Esasen karar verme sürecinin tek bir perspektifle, yalınkat bir kuramlaştırma çabasıyla kavranması güçtür. Zira karar sürecini; davanın niteliği (olgusal yapısı, hukuksal epistemolojisi) tarafların aktivist ya da edilgen tutumları, davanın ürettiği minör sosyoloji, yargıcın psikodinamiği, davaya yaptığı ruhsal yatırım ya da davaya yönelik prestij algısı gibi birçok etken belirlemektedir. Dolayısıyla karar sürecinin doyurucu bir çözümlemesinin çoğul bir okumayla mümkün olabileceğini düşünüyorum.

82 Ronald Dworkin, *Şüpheli Ölüm Olursa*, Çev. Altan Heper (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 18.Kitap, İstanbul 2008, s.242-246), s.246.

yorum, bilimsel olmayan ve *hukuk yaratma* biçiminde ortaya çıkan *politik bir faaliyet*dir.⁸³

Tüm bu söylenenlere karşın *yorumu*, yargıcın salt öznel, keyfi bir zihinsel tasarufu olarak da algılamamak gerekir. Her şeyden önce *yorumun tarihselliği* gerçeği gözden ırak tutulmamalıdır. Bu, ufukların karşılaşması anlamına gelir: Metnin anlam ufkuyla yorumcunun (yargıcın) anlam ufku.⁸⁴ *Gadamer*'e göre hermeneutiğin çağdaş anlayışında yorumcu, geleneğin getirdiği herşeye karşı ne önyargılı bir ret tavrı içine girmeli ne de geçmişten kopup gelen sesi *sofuca* dinlemelidir. Doğru tavır, geçmişten gelen anlamlandırıcı pratikle *sorgulayıcı*⁸⁵ bir ilişki içine girerek, metnin şimdiki anlamını *zenginleştirmenin* yolunu bulmaktır.⁸⁶

Bu bağlamda yargıç bir davanın çözümlenmesinde uygulama aşamasında olduğu hukuk normunu yorumlarken, önceki bilimsel görüşleri, içtihadi yorumları *somut olayın koşullarında gerçeklik testine tâbi tutmalıdır*.⁸⁷ Önceki görüşleri (yorumları) benimseyip benimsememek ayrı bir konudur. Ancak *geleneğin anlam deposuna*⁸⁸ bakmadan hemen bir görüşe saplanmak incelikli ve derin düşünen bir hukukçunun harcı olmasa gerek. Öte yandan hiçbir ku-

ramsal düşünüm tarzı ile desteklenmemiş, içtihadi görüşle değerlendirci bir ilişkiye girmemiş bir yoruma bir *meşruiyet zemini* sağlamak da kolay değildir.

Öte yandan, yasanın sözlerini aşan ya da sözlerine aykırı bir sonucu imleyen yorum *bağımsız bir sav (tez)* niteliğindedir, bu nedenle bu savın *temellendirilmesi*, çıkarımsal *öncüllerinin* gösterilmesi gerekir.

Bu durumu, yani yargıcın *ufukların karşılaştırılması* ve yorumunu *temellendirme* çabasından kaçınarak salt kendi (öznel) düşüncesine göre metni yorumlamasını, ben *kör yorum* olarak nitelendiriyorum.

Yargıcın tarihsel bilgi birikimiyle *sorgulayıcı ve düşünmeyi zenginleştirici* bir tarzda ilişki içine girerek hukuk normuna anlamsal bir biçim vermesini ise *aydınlanmış yorum* olarak adlandırıyorum.

Yorumun ilkeleri sayılabilecek *yargısal pratiğe* ait algılamaları şöyle belirtmek mümkün⁸⁹:

-Yorum yapma yetkisi bizzat *yargıca aittir*. Bu yargılama hakkında kaynaklanan bir yetkidir. Bu nedenle yargıç yorum sürecinde *diyalektik etkileşim* gereğince, tarafların yorumuna kulak verse de *yasasının davadaki nihai anlamını belirleme yetkisi-*

83 Hans Kelsen, *Science and Politics, The Am. pol. sci. rev.* 1951, s.625 (S. Keyman, *Hukuki Pozitivizm*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, C.XXXV, Sayı: 1-4, s.52'den nak.).

84 Muharrem Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz* (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 12. Kitap, İstanbul 2005, s.90-101), s.99.

85 Hans- Georg Gadamer, *Tarih Bilinci Sorunu* (Paul Rabinow/William Sullivan - Der. -Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, Çev. Taha Parla, İstanbul 1990, s.79-106), s.84.

86 Orhan Gökçe, *İçerik Çözümlemesi, Sosyal Bilimlerde Bir Araştırma Yöntemi*, 2. Baskı, Konya 1995, s.60 vd.

87 Burada bazı hukukçuların hatalı tutumlarına değinmek gerekir: Somut bir davada uygulanacak norm hakkında 30-40 yıl önce yazılmış bir kuramsal yapıdaki görüşlere otoriteyle kanıtlama amacıyla referans yapılıyor. Oysa burada hukuk metninin donmuş bir bilgi uzamı, bir vesika değil, devingen bir roman metni gibi yazılmakta olduğu, metnin işlediği gerçeği gözardı ediliyor. Bir de şu sorunun ihmali var: Yazar somut olay bağlamında normu yeniden anlamlandırabilse idi aynı sonuca varır mıydı?

88 " Yorum, hem kendi üretildiği dönemde hem de başka tarihsel dönemlerde yaşayanlardan gizli kalmış olan (potansiyel) anlam depolarını kullanıma açıyor. Yeni bağlamlarda, anlamın farklı boyutları ortaya çıkıyor; yorumlanan şey, yeni biçimlerde konuşuyor." (Brian Fay, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi*, Çev. İsmail Türkmen, İstanbul 2001, s.201).

89 *Dava ve olay türüne göre yüksek mahkemelerin yorum anlayışlarını kazuistik bir yöntemle serimlemek oldukça hacimli ve bağımsız bir çalışmanın konusu oluşturduğundan burada, bir bildiri çerçevesinde, daha çok belli başlıyorum anlayışlarına yer verilecektir.*

ni taraflara veyahut üçüncü (bilirkişi vb.) kişilere devredemez.⁹⁰

-Yorum denilen düşünsel araştırma işlemi, ortak hukuki değerlerin sistematik bütünü olarak parça/bütün karşılaştırmasına tâbi tutulmalıdır.⁹¹ Yani dava anındaki yorumun *hukuk düzeni* ile uyum kapasitesi göz önünde tutulması gerekir.

- Yasa kuralları, bağlayıcı ve üstün hukuk normu niteliğinde olan *Anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde* yorumlanmalıdır.⁹² Bu husus Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 29.Juli 2004-1 BvR 737/00 sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir: Bir normun farklı farklı yorumu söz konusu ise bunlardan *Anayasaya en uygun olanına, yani Anayasa'nın değerlerine en yakın olana öncelik verilmelidir.*⁹³

- Davada belirsizliğin tam olarak giderilmediği, yani kanıtların hüküm kurmaya yeterli olmadığı durumlarda, sosyal koruma normunun uygulanabilirliği de gözetilerek, *zayıf taraf yararına yorum* (Contra stipulatorem fort, in dubio minus) ilkesi uygulanmalıdır.⁹⁴

- Yine yukarıdaki ilkenin bir versiyonu olarak: Bireylerin devletle olan ilişkileri bakımından, bir yasa hükmünün çeşitli yorum tercihlerine olanak tanınması halinde, *yurttaş hak veren yorum tarzına* öncelik vermek gerekir.⁹⁵

- Sadece maddi hukuk hükümleri değil *yargılama hukukuna ilişkin hukuk kurallarının da* yorumu mümkündür ve bu kuralara ilişkin yorum tarzı da maddi hukuktan farklı tutulmamalıdır.⁹⁶

- Yorum *adil* olmalı; *hak ve nesafet* kurallarına uygun bulunmalıdır. Yasa hükümleri, haksızlığa vasıta olacak şekilde yorumlanıp uygulanmamalıdır. *Adil sonuçlara ulaştırın yorum biçimleri* tercih edilmelidir.⁹⁷

- Yorumda yasanın *sözleriyle* beliren anlama uygunluk gösteren bir sonuca ulaşmaya *özen* gösterilmelidir.⁹⁸

- Yorum, *yasakoyucunun amacı* ile de uyumlu olmalıdır.⁹⁹

- Taraflarca sunulan sözleşmeler ile diğer belgelerin yorumunda da tarafların kullandıkları sözlere değil, bu sözleşmele-

90 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 26.12.1996-6445/6985 (Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi Cilt: XVI Sayı:192/11, Aralık 1997, s.1575-1576).

91 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.03.2004-1-46/78 (Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 2004, Cilt:30, Sayı:5, s. 773).

92 Bu ilke için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.01.2000- 18/1052-10 (Ankara Barosu Dergisi 2000, Sayı:2, s.260-268). Buna Anayasaya uygun yorum ilkesi de diyebiliriz. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre; Anayasa, iç hukukta en üstün hukuk kuralı olarak normun geçerliğinde ve Anayasaya uygun yorumlanmasında ölçüt norm konumundadır; bu bakımdan norma bağlılık ilkesinden değil, anayasaya bağlılık ilkesinden söz edilir (Yüksel Metin Anayasa'nın Yorumlanması, Ankara 2008, s.74).

93 Bkz. Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004, s.247.

94 Yargıtay 9.HD'nin 13.04.2000 tarih ve 1676/5561 sayılı kararında bu yorum tarzı iş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2005 tarih ve 54/24 sayılı kararında, sosyal devletin unsuru olarak ifade edilen güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi de, sözünü ettiğimiz yorum ilkesinin temellendirilebileceği bir düşünüm tarzını yansıtmaktadır (Karar metni için bkz.: RG 26.11.2005-26005).

95 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2004 tarih ve 13-664/719 sayılı kararı. Kararda bu ilke ifade edilirken Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (tarih ve sayısı belirtilmeyen) bir kararına gönderme yapılmaktadır.

96 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 19.04.1951 tarih ve 499/2163 sayılı kararı (Adalet Dergisi, Kasım 1951 , Sayı:11, s.1861-1862).

97 Bkz.yuk.dn.92'deki HGK kararı ; ayrıca bkz.: yuk.dn.91'deki CGK kararı.

98 Bkz.yuk.dn. 92'deki HGK kararı.

99 Bkz.yuk.dn. 92'deki HGK kararı.

ri-belgeleri düzenlerlerken güttükleri *ama-
ca* bakılmalıdır.¹⁰⁰

Yorum Yöntemleri

Hukuk öğretisinde; *sözel (lafzî-gramatik), sistematik, amaçsal (gai-teleolojik), tarihsel, anayasaya uygunluk* gibi birçok yorum yöntemi bulunmaktadır.¹⁰¹ Yargıcın yorumda tek bir yöntemle yetinip yetinemeyeceği, birden çok yöntemle başvurması halinde bunlar arasında hiyerarşik bir sıra bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.

Ancak ekonomik olması bakımından şu sıranın izlenmesinde yarar var¹⁰²: Öncelikle *yasanın sözlerine* bakılmalı, bunların gramer kurallarına göre anlamlandırılmasıyla makul bir sonuca varılıyorsa yorum sona erer. *Makul sonuca ulaşılmaması* halinde *kuralın yasadaki yerine* (sistematiğine) bakılmalı; sonuç olumsuzsa *yasakoyucunun amacı* araştırılmalı, bunun da makul sonuç doğurmaması durumunda *kuralın tarihsel arkaplanı* araştırılmalıdır.¹⁰³ Bu edimden de makul bir sonuç alınamıyorsa, son olarak yasa kuralının Anayasa uygun olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına baktığımızda, her somut dava bağlamında farklı yorum anlayış ve yöntemlerinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Sözgelimi:

Hukuki görüşlerin (mahkeme kararlarında kabul edilen) dondurulup edebileştirilmemesi gerektiği.¹⁰⁴

Yasaların yorumlanmasında yasakoyucunun *ereğine göre* bir yorum tarzının benimsenmesi.¹⁰⁵

Herhangi bir hukuk kuralının *tek başına değil*, içinde bulunduğu metnin *tümü* göz önünde tutularak yorumlanması gerektiği.¹⁰⁶

Hukukun asli ve genel ilkelerinden biri de, işlemlerde kullanılan *sözcükler yerine*, bunlar aracılığıyla ulaşılmak istenen *amacın esas alınmasıdır*. Yargı yerinin, istemin şekliyle değil, *içeriğiyle* bağlı olduğu¹⁰⁷

Diğer sosyal kurallar gibi hukukun da amacı *sosyal mutluluğu* sağlamak olduğundan , halkın onayını kazanmayan ve onun hak duygusunu tatmin etmeyen bir yorum tarzının benimsenmesi gerektiği.¹⁰⁸

c) Hukukun Gerçekleşmesi

Davaların çoğu tipik özellikler gösterir; yoruma pek de ihtiyaç bırakmayan yasa normundaki koşulların yerine getirilmesiyle hüküm kendiliğinden ortaya çıkar.¹⁰⁹ Sözgelimi eylemli ayrılık nedenine dayandırılan bir boşanma davasında yargıcın bakacağı şey, retle sonuçlanan ilk davadan eldeki davanın tarihine kadar üç yıllık bir sürenin geçip geçmediği, bu sürede eşlerin bir araya gelip gelmedikleridir.

Böyle bir durumda yargıcın herhangi bir takdir veya olgu değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu be-

100 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.01.1970 tarih ve 1-677/55 sayılı kararı (Ankara Barosu Dergisi, 1970, Sayı:4, s.629-630); Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 20.04.2005 tarih ve 41/2439 sayılı kararı.

101 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, İzmir 2008, s.33-96.

102 Sözer, s.88.

103 Hakkı Demirel, *Kanunun Manasının Kanun Metni Dışındaki Unsurların Yardımı İle Araştırılması* (Türkiye Noterler Birliği Dergisi Mayıs 1977, Sayı: 14, s.44-53).

104 *Anayasa Mahkemesi* 28.06.1966- 1963/132-1966/29 (RG 27.06.1967-12632).

105 *Anayasa Mahkemesi* 18.11.1969- 1969/30-1969/65 (RG 29.11.1970-13682).

106 *Anayasa Mahkemesi* 12.01.1971- 1969/31-1971/3 (RG 26.03.1971-13790).

107 *Anayasa Mahkemesi* 06.05.1982- 1981/8- 1982/3 (RG 30.11.1983-18237).

108 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.06.1993- 2/121/492.

109 Bu yaygın rutin uygulama bir ABD Yargıtay üyesinin şu saptamasını akla getiriyor: "...Hukukun geniş bir bölümü bir avuç büyük hakim tarafından değil, büyük çoğunluğu oluşturan sıradan hakimler tarafından oluşturulmaktadır." (Richard A. Posner, *Yargıçlar Neyi Maksimize Eder? Herkes Neyi Maksimize Ediyorsa Onu*, Çev. Mustafa Acar *Demokrasi Platformu*, Bahar 2005, Yıl: 1, Sayı: 2, s.158).

İrtilen biçimsel koşulların gerçekleşmesi durumunda, evlilik birliğinin *temelden sarsıldığını* varsaymıştır.¹¹⁰ Yargıcın yapacağı tek şey, boşanma kararı vermekten ibarettir.

Bir de yargıca *takdir yetkisi* tanıyan kural düzenlemelerine değinmeli: Zarar ve ziyanın karşılanması, manevi zararın takdiri gibi¹¹¹ Burada yargıcın somut olayın koşullarını göz önünde tutarak *hukuka ve hakkaniyete göre* karar vermesi öngörülmüştür. Roma hukukunda *Aequatis* sözcüğü ile karşılanan *hakkaniyet*, kısaca somut olay adaleti olarak tanımlanmaktadır.¹¹² Hakkaniyete göre karar vermek, hukukun adalet düşüncesine göre gerçekleştirilmesidir.¹¹³ Burada da yargıcın *hakkın inşası* bakımından rolü *kurucu* niteliktedir.

İçerik olarak zor olan ya da çözümünde hukukî belirsizlik bulunan davalarda da tüm makale boyunca anlatılmaya çalışılan süreçlerin yargıç tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Bu tür davalarda da yargıcın rolü *belirleyicidir*. Ancak yargıç hukuksal rasyonaliteye, toplumsal vicda-

na, adalet duygusuna göre karar vermek durumunda. Bu, üstlendiği *kamusal rolün* gereği.¹¹⁴ Yargıç kendi adına değil, *toplum adına* hareket ettiği gerçeğini gözardı etmemeli. Ne ki *rol şeyeleşmesinden* kaçınmasını da bilmeli. Yani kendi kişisel kimliği ile mesleki kimliği arasındaki mesafeyi koruyabilmeli. *Ne yapalım mevuzat böyle* klişesinde bu mesafenin eridiği görülüyor. Yargıç maddi gerçeği *adli gerçeğe feda etme* eğiliminden kaçınmalıdır.¹¹⁵

Ayrıca rol algısına, *toplumun konjektürel kör tepkilerini, bilinçsiz, evrensel insani değerleri dışlayan yargılayıcı tutumunu* dahil etmemeli. Çünkü yargıç sadece belli bir topluma değil, *kendisine* ve *insanlığa* da ait bir varlık.

Yargıca gitmek adalete gitmektir, diyor *Aristoteles*. Yargıcın temel rolü, hukuku uygulamaktan öte onu *gerçekleştirmektir*. Bunun öyküsünü ise ancak yetkin bir *gerçekçe* anlatabilir bize. Gerçekçe ve kararın başarısı ise, *yargı dramasının sonunda* bizde *adalet duygusu yaratma kapasitesine* bağlı.

110 TMK.m.166/son.

111 Bkz.: BK.m.43; TMK.m.4.

112 Kadir Gürten, Roma Hukuku'nda Hakkaniyet, Ankara 2008, s.137.

113 "Hâkimin hak ve nesafetle hüküm vermesi de, hukuk biliminden yararlanarak genel olarak Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını, özellikle de tarafların gerçek durumlarının gerektirdiği hak ve adalete uygun sonucu bulması demektir. Çünkü takdir hakkı objektif esaslara dayandığı takdirde ancak kamu oyununda ve sosyal vicdanda hak ettiği güven ve inancı yaratır." (Yargıtay 4.HD 16.6.1977-9690/7016, Yargıtay Kararları Dergisi Haziran 1978, Cilt: IV, Sayı: 6, s.915-17).

114 Yargıtay 13. HD 08.07.2005-7131/11799: "Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatîyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenlemeler yapılmıncaya kadar zedelenmeden gerçek hayata, çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur." (vurgulama benim, MAT).

115 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.07.2003-21-425/441 (Manisa Barosu Dergisi, 2004/1, Sayı: 88, s.136-143).