



# INTERNATIONAL JOURNAL OF POLITICAL STUDIES

ULUSLARARASI  
POLİTİK ARAŞTIRMALAR DERGİSİ

April 2019, Vol:5, Issue:1  
e-ISSN: 2149-8539

Nisan 2019, Cilt:5, Sayı 1  
p-ISSN: 2528-9969

journal homepage: [www.politikarastirmalar.org](http://www.politikarastirmalar.org)



## KİTAP DEĞERLENDİRMESİ

### YARGI SÜRECİNİN DOĞASI<sup>1</sup>

**İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ**

Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, SBF, SBKY, isirakaya@sakarya.edu.tr

Orijinali 1921 yılında Yale University Press tarafından basılan bu kitabın çevirisinin dilimize kazandırılması için bir hayli geç kaldığını söylemek yerinde olacaktır. Hukuk alanında eserleri ve Yüksek Mahkeme yargıcı olarak yaptığı faaliyetler Cardozo'yu hukuk alanında önemli bir yere getirmiş ve günümüzde de tanınmasını sağlamıştır. Yargıç ve avukat olmasının yanında hukuk alanında verdiği önemli derslerle de adından söz ettirmiştir.<sup>2</sup> Cardozo'nun Yale Üniversitesinde verdiği ders materyallerinden oluşan 120 sayfalık bu kitap sonraki dönemde de hukuk alanında önemli kaynaklar listesinde yerini almış ve günümüze kadar da temel bir kaynak olma özelliğini korumuştur. Yargısal karar verme sürecini ele alan kitap sadece hukukçuları değil, siyaset bilimi, kamu yönetim, kamu politikaları çalışan akademisyenler ve eğitimini alan öğrenciler için de okunması gereken bir kitaptır. Kitabın kendi öneminin yanında atıf yaptığı ve altını çizdiği eserler de oldukça önemlidir ve bir çoğu bu alanda çalışanlar için temel okuma listesi niteliği taşımaktadır. Kitapta yer verilen süreç, yargının 1900'lü yılların başındaki durumunu ortaya koyarken, aslında günümüzde tartışılan sorunların o zamandan çok da farklı olmadığını, yargıya bakışın ve yargıçların durumunun benzer sorunlarla karşı karşıya olduğunu göstermektedir. Bu açıdan da kitap güncelliğini koruyan bir temel eser olma niteliği taşımaktadır.

Muzaffer Dülger'in önsözü kitabın 1921'lerde yazılması nedeniyle, o dönemi bugün anlamaya büyük ölçüde yardımcı olmaktadır. Dülger'in de belirttiği üzere (2018: IX- XVIII) yargıçlara hitap eden tarzda yazılan bu eserin asıl hedef kitlesi hukuk dünyasında var olan herkesi kapsamaktadır. Yargıçların karar verirken kullandıkları metotlar ve yargısal süreci etkileyen faktörlerin ele alındığı kitapta genel olarak 'yargı faaliyetinin doğası' anlaşılmasına çalışılmıştır.

Bir yargıç hukuk serüveninde neler yaşadığını nasıl kararlar verdiğini, nasıl bir yol izlediğini, neler yaptığını, o süreci bilmeyen birini anlatmaktan kaçınır. Bunun en önemli nedeni Cardozo'nun benzetmesindeki gibi bir zanaatkarın kendi zanaatını anlatmada zorlanacağı gibi, yargıcın da anlatmasının zor olacağı ve anlaşılamayacağı içindir. Bir yargıcın karar verme süreci ciddi bir birikim sonucudur ve bu birikimde kullanılan kaynaklar, varsa emsal kararlar, kurallar, kurallardan yararlanacakları ölçütler, şahsi fikirler, adalet duygusu, sosyal refah fikri gibi bir çok bileşeni içinde barındırmaktadır. Bu nedenle de her yargıç aynı ortamdaymış gibi görünse de farklı bileşenler bir araya gelmiş ve farklı bir birikim oluşmuş olabilir. "Yargıç, yargılamasında somutlaştıracak olduğu hukuku nerede bulacaktır?" Bir yargıç konuyu ele alırken anayasa ve yasaların yorumlanması ve davayla bağdaştırılması, sınırların aşılması gibi sorumluluklara sahiptir ancak bununla eş seviyede diğer

<sup>1</sup> Benjamin N. Cardozo, 2018, (Çev. Muzaffer DÜLGER ve Sedat ERÇİN), Tekin Yayınevi, İstanbul. ISBN: 978-9944-61-238-8

<sup>2</sup> (<https://cardozo.yu.edu/about-cardozo/about-benjamin-n-cardozo> Erişim tarihi: 20.03.2019)

faktörlere karşı da sorumluluk taşımaktadır. Anayasa ve yasa bazı konularda alternatif aramaya gerek duyulmayacak kadar açıktır. Bu tarz konularda kolaylıkla karar verilebilir. Ancak sorun anayasa ve kanunların sessiz kaldığı ya da boşluk bıraktığı noktalarda başlar. Böyle durumlarda yargıçların başka kaynaklara başvurarak yorum yapması gerekir. Cardozo yargıçların “common law” a başvurarak bu boşlukları doldurmaya çalıştığını hatta bazı bakış açılarında olduğu gibi ‘kahinlik’ yaparak karar vermeleri gerektiğini ifade eder. Bu noktada yargıç öncelikle geçmişte yapılanları inceler. Daha önce benzer bir dava varsa ve dava sonucu yargıç için uygunsa yine bir sonraki adıma gerek kalmadan karar verilir. Başka bir deyişle emsal karara bağlılık ilkesine sadık kalınır. Kararlar incelendiğinde, yargıçların çoğunlukla yasal düzenlemelere ve emsal kararlara bakması yeterli olmaktadır. Yargıçlarda olayları bu iki kaynağa uydurmaya meyillidirler. Ancak yargıçlara sorulduğunda karar verme süreçlerinin bu kadar basite indirgenmesinden ve kolaya kaçıyorlarmış gibi görünmekten hoşlanmayacaklardır. Yine bu bakış açısından devam edildiğinde yargıcın asıl işinin yasaların ve emsal kararların yetersiz kaldığı noktada başladığı söylenebilir. Ancak o durumda yargıçların taraflara ve vakaya uygun bir hukuk yaratma zorunluluğu doğacaktır. Hukuk yaratmanın zorluğu yanında verilecek kararın bir sonraki emsal karar olacağı gerçeği de yargıca yüklenen sorumluluğu artırmaktadır. Yargıç o zamana kadarki birikimini (mesleki, psikolojik sosyal vb. tüm birikimleri) kullanarak sorumluluğu yerine getirmeye çalışır. Sonunda karar ya emsal kararların arasına katılacak ya da hukuk alanında kabul görmeyip hükümsüz kılınacaktır.

Karar verme sürecinde yaşanan bir diğer zorluk davada yer alan sorunun çoğu zaman derinlerde yer aldığıdır (suçun ve cezanın ne olacağı, nasıl olacağı aleni değildir.).

Ayrıca yargıçlar kararlarda tüm sorumlulukları kendi üstlerine almayı tercih etmeyebilirler. Onun yerine başka yargıçlara, kararlara vs. atıf yaparak kendilerine destek ve belki de koruma sağlarlar. Öte yandan, yargıçların diğer kararlara ve kendilerine bakışı yanlışlanamayacak bir üst akıl oldukları inancına dayalıdır. Dile getirilirse de hukukçular arasında bu tarz bir bakış açısı hakimdir. Cardozo’ da tam olarak bu nedenden hukuk eğitimi alan öğrencilerin kişisel olan, doğru olan, toplumsal olan vb. kavramları ve nerede durmaları gerektiği konusunda daha iyi eğitilmeleri gerektiğini savunur.

Buraya kadar anlatılan sorunların çözümü ve kararların daha iyi verilmesi için Cardozo bazı metolar önermektedir. Bunlardan ilki aynı zamanda birinci bölümde de açıklanan ‘felsefi metot’ dur. Analoji kuralı olarak da adlandırılan bu metot sonuca ulaşmak için mantıksal dizi çerçevesinde hareket edilmesine dayanmaktadır. Tarihsel gelişime dayanan model evrim metodu, örf-adete dayanan gelenek metodu ve adalet, ahlak, toplumsal refah gibi dayanaklar varsa da sosyolojik metot karşımıza çıkmaktadır.

Toplam dört bölümden oluşan kitabın ilk kısmında ‘Felsefi Metot’ (giriş) başlığı altında, yargıcın karar verme süreci genel olarak açıklanmış ve kullanılan metotlar sıralandıktan sonra felsefi model ayrıntılandırılmıştır.

Kitapta, felsefi metot diğerlerinden daha önemli olduğu için değil ancak çoğunlukla diğerlerinden geri plana atıldığı için ilk sırada ele alınmıştır. Ancak bu metodun farkında olmadan diğerlerinden daha güçlü olduğu ve belli noktalarda hepsini içinde barındırdığı hatta diğerlerinin her zaman bir adım önünde olduğunu savunan yazar, büyük yargıçların da bunu kabul ettiğini ve çoğunlukla bu metodu benimsediklerini ifade etmiştir. Ancak bunun yanında hukuka felsefi metottan bakılmasını reddeden yargıçlarda mevcuttur. Yazar hukuk alanında ikisinin de doğru olabileceğini çünkü hukukun diğer alanlardan bir hayli farklı olduğunun ise altını çizmektedir. Bunun nedeni de mantığın önüne deneyimin geçtiği durumların varlığıdır. Bu nedenle felsefi metodu hakim metot olarak değil de mahkemelerin bir düşünce aracı olarak ele almak daha doğru olacaktır.

Birinci bölümde yazar yukarıda anlatılan metodu daha ayrıntılı şekilde ele almış ve açıklamalarını dava örnekleriyle de desteklemiştir. Metodu savunan ve reddeden görüşleri de karşılaştırmalı olarak ele

alınması, örnek verilen eserler ve davalar da metodu daha iyi anlamak ve daha derin araştırmak isteyenler için yol gösterici olmuştur.

İkinci bölümde ‘Tarih, Örf - Adet ve Sosyoloji Metotları’, başlığı altında öncelikle ilk bölümde açıklanan felsefi metotla diğer metotların ilişkisi ortaya konularak, diğer metotlara geçiş yapılmıştır. Buna göre felsefi metot ve diğer metotlar bir çok yönden karşılıklı gibi görünse de temel de birbirleriyle iç içe geçmiş şekilde, hatta kimi zaman birbirlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu noktada da tarihi metodun önemi ortaya çıkar. Geçmişte yaşanmış davalar, olaylar vs. olmadan yeni kararların verilmesi ve bazı olayların çözülmesinin imkansız olduğu ortadadır. Geçmişten gelen birikimler ve tarihsel süreçte yaşanan gelişmeler hukukun olmazsa olmazıdır. Özellikle belli başlı hukuk alanlarında tarih olmadan çözüm bulunamayacağını ifade eden yazar örnek olarak da gayrimenkul hukukunu verir.

Felsefi metot ve tarih metodunun yeterli gelmediği durumlarda ise örf- adet hukukuna yani gelenek metoduna başvurulur. Örf- adet özellikle İngiltere gibi hukuku common law, yazılı hukuk ve örf-adete dayanan hukuk sistemlerinde daha da fazla önem kazanmaktadır. Sürekli gelişen ve değişen teknoloji de örf- adete daha fazla başvurulması gerekliliğini doğurmaktadır. Bunu en basit şekilde common law da telefona dair bir cevap bulunamayacağından yeni oluşan örf adetlerden çözmek yerinde olacaktır. Ya da ticaret hukuku gibi alanlarda felsefi metottansa ticaret geleneklerine göre değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır.

Örnekler ve uygulamalar dikkate alındığında felsefi, evrim(tarih) ve gelenek (örf-adet) metotlarının da birbirlerinden faydalandığı ve tamamen ayıramayacakları görülmektedir. Bu üç yönlendirici güç de yetersiz kaldığında ise adalet, hakkaniyet gibi toplumsal değerlerin hakim olduğu sosyolojik metot öne çıkacaktır. Sosyoloji metodunun önemi hukukun temelde toplum refahını sağlama amacını taşıyan varlığından gelmektedir.

Tarih, örf adet ve sosyoloji metotlarını ve ilişkilerini açıkladıktan sonra Cardozo 2. bölümde de yine dava örnekleri ve farklı bakış açılarıyla bu metotların nasıl işlediğini ortaya koymuştur. Örnekleri ise metotların özellikle bariz ve başarılı olduğu farklı davalardan seçmiştir.

Üçüncü bölüm, ‘Sosyoloji Metodu: Yasa Koyucu Olarak Yargıç’ başlığı altında sosyolojik metodun ayrı bir önemi olduğundan ve artık belki de tüm davalarda baş köşede olan bu metodun gizli ya da açık şekilde kararda rol oynadığından bahsetmektedir. Bu noktadan sonra da ilgili kavramlar dolayısıyla yargıcın rolü daha da arttığından son iki bölümde yargıcın geçirdiği süreç daha ayrıntılı incelenmiştir.

Hukuk boşluğu olan ya da çelişkili bir geçmişi olan konularda hakimlerin hukuk yaratması bir noktada hakimlerin yasa koyucu konumunda hareket etmesini gerekli kılar. Bu noktada da yargıcın neye göre karar vereceği hukukçular arasında da tartışma konusudur. Yargıcın objektif mi subjektif mi olması gerektiği, kişisel tercihleriyle hukuk geleneği arasındaki ayrımı nasıl yapması gerektiği, günümüzde de tartışılan bir konudur. Alınacak kararın bireysel bir karar olmayışı ve sonucunun gelecekteki davalara emsal teşkil edebilecek olması da neye göre karar verileceğini daha da önemli kılmaktadır. Tartışmalara yer veren Cardozo, kendi bakış açısından yargı sürecini şu şekilde özetler, “... mantık, tarih, gelenek, fayda ve genel kabul gören doğru davranış kuralları hukukun gelişimini kendi başlarına ya da birleşik olarak şekillendiren güçlerdir.” Söz konusu güçlerin ne ölçüde etkili olacağını ise davada sorun teşkil eden durumun önemi ve bulunduğu noktaya göre değişecektir. Bu süreçte önemli olan, önyargıların, kayırmanın, kişisel beklentilerin vb. nin etkisinde kalınmamasıdır. Yargıçların da emsal kararlara atıf yapması ve emsal karara bağlı kalma isteği de bu etkiyi azaltmaya yönelik bir önlem olarak kabul edilebilir. Emsal kararların takibinin yanında kullanılan dört temel metodun bir arada hatta simetrik olarak kullanılması da daha doğru kararlar verilmesi için önerilen bir diğer yöntemdir. Sonuçta ise tercih yine de yargıca kalacaktır. Üçüncü bölümde yazar farklı bakış açılarıyla birlikte örnekler vererek, yöntem ve sınırları açısından bir yargıcın yasa koyucu olarak yaptıklarını açıklar.

Son bölüm ise, ‘Sonuç: Emsale Bağlılık: Yargısal Sürecin Bilinçaltı Unsuru’ adı altında önceki bölümlerde ara ara vurgu yapılan emsale bağlılık ilkesini ayrıntılandırarak yargıçların bu ilkeye bakışı

açıklamıştır. Yazarın daha önce bahsettiği yargıçların kahin rolü oynamak zorunda kalışının önüne geçmek için yapılabileceklerden/ yapılanlardan da bu bölümde bahsedilmektedir. Hukuk boşluğu olan durumlarda emsal karara bağlılık, geçmiş vakalar doğrudan bir cevap ve tamamlayıcıdır. Bu nedenle kahinlik yapmaya çalışmak yerine geçmiş kılavuz almak daha yerinde olacaktır. Bu sayede hem yargıç daha kolay karar vermiş olacak hem de hukuk sisteminde süregelen gelenekten çok da uzaklaşmadan hukuk yaratılmış olacaktır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da emsal karar olmayan durumlarda ciddi sorunların ortaya çıkma ihtimali doğmaktadır. Yeni bir karar alınırken / kural koyulurken alınacak kararın daha sonra ortadan kalkması/ değişmesi ihtimali ve sonucunda yaşanabilecekler de etkili olmaktadır. Kararın iptali ya da geri yürüyüp yürümeyeceği durumları da sonucu etkileyecektir.

Bu tarz somut bir cevabın ya da örneğin olmadığı durumlarda ise karar vericinin hakkaniyete, toplum ihtiyaçlarına, beklentilerine, adalete vs. göre karar verdiği görülür. Söz konusu dayanaklarla davadaki uyumsuzluk, taraflar, şartlar göz önünde bulundurularak bir tarafın kesinlikle kazanacağı bir karar verilir. Bu nedenle de hakkaniyet vs. ye dayanarak her yargıcın aynı kararı verebileceği varsayılır. Ancak süreç bu kadar doğrusal değildir.

Sadece hakkaniyetin yeterli olup olmayacağını yanı sıra emsale bağlılık da tartışma konudur. Emsale katı bağlılığın sakıncalarını ortaya koymaya çalışan birçok görüş mevcuttur. Tartışmanın en önemli nedeni bir A davasında karar alan hakimlerin ertesi gün B ismiyle gelen aynı davada aynı kararı vermeme ihtimalidir. Emsal kararları olduğu gibi kabul etmek yerine belli aralıklarla gözden geçirip güncelleyerek dönemin şartlarına uyarlanması daha doğru olacağı savunulmaktadır. Dünyada yaşanan hızlı değişim de bu uyarlamayı kaçınılmaz kılmaktadır.

Yazar bu son bölümde emsale bağlılığı sadece şekil olarak değil ülke örneklerine de kısaca değinerek farklı bakış açılarıyla ele almıştır. İngiltere de katı bir emsale bağlılık varken. ABD’ de emsal kararların çok fazla dikkate alınmadığı gibi farkları ortaya koymuştur. Yazarın verdiği örnekler<sup>3</sup> eleştirdiği sorunların 40 yıl öncesinde fark edildiğini söylemesi günümüzden çok öncesi gibi düşünülebilir. Ancak bahsi geçen emsal kararların ne kadar güvenilir ve güncel olabileceği sorunu bugün de varlığını sürdürmektedir. İçtihatlar verilen önem günümüzde de devam ederken, birçok ülkenin yüksek mahkemelerinde görev yapan içtihat kurulları da her zaman devam eden güncellik sorununu ortadan kaldırmaya yönelik bir çözüm çabası olarak görülebilir.

Yargıçların karar verme sürecinde ilk olarak, yasalar, emsal kararlar, örf- adete ve sonrasında hukuk yaratma yoluna gider. Bu süreçte bahsi geçen kaynaklar karar vermenin birinci yönüyken, diğer tarafta sevip sevmeme, tercih etme, önyargı, içgüdü, duygu, alışkanlık ve kanaatler karar vermede etkili olan ikinci yönü oluşturur. Bu ikinci yön karar verme sürecinin de daha etkili olan kısmını oluşturmaktadır. Bunun nedeni ilk kısmın üst bilinç olarak alabileceğimiz kısmı oluşturmasına karşın kişisel kaynakların daha derinde asıl tercihi oluşturmasıdır. Cardozo’nun bu noktada altını çizdiği konu yargıçların diğer insanlardan farklı olarak her zaman tarafsız karar verdiği ve diğer insanlar gibi dış etmenlerden etkilenmeden, yasamanın koyduğu hukuk kurallarının korunmasına yönelik kararlar aldığı algısının özellikle hukukçular tarafından kabul görmüş bir ideal olduğudur. Bu idealin gerçeğe döndüğü davalar olsa da genel kabul olarak alınamayacağı ortadadır. Yargı dünyasının içinden gelen bir hukukçu olarak Cardozo’da bu konuda tecrübeleri dikkate alınacak bir konumdadır.

Emsale bağlılık ve onu etkileyen yargıçların yaklaşımlarını ele aldıktan sonra yargılama sürecinin genel bir değerlendirmesi yapılmıştır. Süreçle ilgili tartışmaların özetlenmesinden sonra, sürecin bu derece karmaşık olmasının nedeni olarak hukuk biliminin konusunun çok fazla şekillendirilip, değiştirilebiliyor

<sup>3</sup> (Kitabın basım tarihine bakıldığında söz konusu zamanlar 1800 lerin sonuna denk gelmektedir. Cardozo’nun örnek verdiği Pollock’un ‘First Book of Jurisprudence’ kitabının ilk baskısı 1896 da basılmıştır. Söz konusu kitapta hukukta verilen kararların hakimlerin bireysel kanaatlerinin bir ürünü olduğu ve bu konuda hakimlerin de özgür olması gerektiği temel bakış açısı üzerinden hukuki süreçler ele alınmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Pollock, F. (1918). A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law. Macmillan.

olması gösterilmiştir. Konuların belli kalıplara sokulamaması, sınırlandırılmaması da belli standartlar getirilmesini ve tartışmaların sonuca ulaşmasını zorlaştırdığının altı çizilmiştir.

Kitabın son kısmında notlar olarak değinilen her davanın karar özetlerinin ve belli kavramların açıklamalarının eklenmiş olması yazarın anlaşılmasını da kolaylaştırmıştır. Kitabın günümüzü bu denli yansıttasının bir sebebinin benzer sorunların güncelliğini koruması olarak ele alınırken, çevirinin başarısı da göz ardı edilmemelidir. Kitabı önemli kılan bir başka nokta da hem olan hukuku hem de olması gereken hukuku herkesin anlayacağı bir dille ele alıyor olmasıdır.