

**Doğru terim “MUHAKEME” değil, “YARGILAMA”dır**  
*(The Right Term is not “trial” but “judging”)*

**Sami SELÇUK\***

*“Kavramlar, algısız boş; algı, kavramsız kördür.”*

**Immanuel KANT**

*“Her tanım tehlikelidir.”<sup>1</sup>*

**Latin özdeyişi**

*“Platon’u severim, Sokrates’i de. Ama en çok doğruyulgerçeği severim.”<sup>2</sup>*

**ARISTOTELES**

**ÖZET**

Türk öğretisi ve yasa koyucusu, hukuk terminolojisi açısından Merhum Kunter’in etkisiyle “yargılama” terimini dışlamış, “muhakeme” terimini benimsemiştir. Ancak bu seçim yerinde değildir. Kunter’in yargı erki yerine yargılama erki denmesi önerisi, yargılamanın *yapıbilimsel (morfolojik)* açıdan bir canlı gibi doğan, yaşayan ve tükenen *maddi içerikli bir olgu*, çok basamaklı bir etkinlik olduğunu vurgulaması yerinde ise de, yargılamayı *süreç (processus)* yerine *oluş (devenir)* olarak görmesi ve terimlere yüklediği anlamlar hukukun iç ve kavramlar dili açısından tutarlı değildir. Özellikle *muhakeme ile yargılama kavramlarının eşanlamlı* olduğunu gözetmemesi, mantık ile düşünme kurallarına uymayarak, *çağın gerisine, yanıltmacalara (sophism, fallacy), yanıltılara (fallacy, paralogism), çelişkiye, tarihsel evrime ters düşme* pahasına bunlar arasında “*kapsam*” (extension)-“*içlem*” (comprehension) ilişkisi kurması yerinde olmamıştır. Türkçede “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” yerine “*süreç hukuku*” (Strafprozessrecht, diritto processuale) denmesi artık çok zor olduğu için anlambilim, etimoloji, yargılama sözcüğünün tarihsel gelişimi, “*muhakeme*” ve “*yargılama*” sözcüklerinin eşanlamlı olduğunu ortaya koyduğundan ve bilim

\* Prof. Dr., Eski Yargıtay Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> *Omnis definitio periculosa est.*

<sup>2</sup> Aristoteles’in söylediği ileri sürülen bu söz, Latince bir özdeyişe dönüşmüştür: “*Amicus Plato, amicus Socrates, sed magis amica veritas.*”

ezbere dayanan yabancı dilde değil, düşündüren anadilde yapılabileceğinden muhakeme yerine Türkçe *yargılama terimi* yeğlenmelidir.

Sonuç olarak bir süreç bulunan ceza yargılaması, Foscihini'nin vurguladığı üzere, çözümlemeci (analitik) yaklaşıldığında hukuki yapı açısından "*duruk*" (*statik*); hukuk düzeni açısından *devinimli* (*hareketli, dinamik*), hukuki akış açısından *kinematik bir* nitelik sergilemekte; birleşimci (sentetik) yaklaşıldığında ise yapıbilimsel açıdan üç evre karşımıza çıkmaktadır: 1-*Soruşturma*, 2-*bilişme* (*cognition*), 3-*yerine getirme* (*infaz*). Ceza Yargılama Yasası (CYY), ikinci evreye "*kovuşturma*", yani geniş anlamda "*duruşma*" demiştir. Bu evre, aslında terimin geniş anlamında "*duruşma*"dır (débat) ve üç aşamayı içine almaktadır: 1-*Ön-duruşma* (*duruşma hazırlığı*), 2-*duruşma* (*dar anlamda duruşma*), 3-*sonuç çıkarım* (istidlal, duruşma sonrası görüşme ve yargı oluşturma). Tam bu noktada Batı dillerinde kavga, dövüşme gibi anlamlara da gelen ve "*tartışma*" (débat) denilen kovuşturmanın bu aşamasının "*duruşma*" terimi yerine yargılamanın temel ilkelerinden olan sözlülük, yüz yüzelik ve ortaklaşalık ilkelerini çok daha iyi yansıttığından, "*tartışma*" olarak adlandırılması yerinde olurdu. Ancak Ceza Yargılama Yasası ile uyum sağlamak için bu evrenin adı artık "*kovuşturma*"dır. Bütün bunların bileşkesini aldığımız zaman sonuç olarak ceza yargılaması kanımızca *soruşturma*, *kovuşturma* ve *yerine getirme* (infaz) olarak üç evreden; kovuşturma evresi de "*hazırlık*", "*duruşma*" ve "*yargı ya da sonuç çıkarım*" olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Erkler ayrılığı, Yargı, Yargılama, Muhakeme, Morfoloji, Kaza, Süreç, Biçim değil maddi içerikli hukuk

**Keywords:** Separation of powers, Jurisdiction, Judging, Trial, Morphology, Jurisdiction, Process, Law based on material and not form.

Türk öğretisi ve yasa koyucusu, hukuk terimcesi (terminoloji) açısından Merhum Kunter'in<sup>3</sup> etkisiyle "*yargılama*" terimini dışlamış, "*muhakeme*" terimini yeğlemiş görünmektedir.

## I-KUNTER'İN GÖRÜŞLERİ

### A-Tutarlı görüşler

Kunter'in aşağıdaki belirlemeleri ve görüşleri yerindedir<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Kunter, hukukun iç dili, özellikle kavramlar konusunda haklı olarak çok titiz ve duyarlıydı; bu yüzden bilimsel çevrelerde "*yetkinci*" (perfectionniste) diye anılırdı (S. Selçuk).

<sup>4</sup> Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 4-12, 43-45, 123-127, 747, 748, 750; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 6, 9, 635, 638. Merhum Kunter, bu görüşlerini, İtalyanca "*giudiziale*" sözcüğünden esinlenerek ve Fransızların yerine aynı yapıda "*judiciel*" sözcüğünü yaratarak Fransız hukuk öğretilisine de aktarmıştır (Kunter, Le droit judiciaire et une nouvelle approche de la classification des branches pénales du droit, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, Paris, 1980, s. 167 vd.).

### 1-Yargı erki değil, yargılama erki

Bunlardan birincisi, erkler ayrılığı ilkesine göre, yasa yapma görevinin ve yapılanmasının “*yasama*”; yasalara göre ülkeyi yönetme görevinin ve yapılanmasının “*yürütme*” olarak Türkçeleştirilmesi doğrudur. Ancak üçüncü erkin “yargı” olarak adlandırılması yerinde değildir. Çünkü çeşitli evrelerden ve aşamalardan geçtikten, davanın etkin ve edilgin özneleri ile gerektiğinde başkaları dinlendikten sonra ulaşılan sonucu ve çıkarımı (istidlal) anlatan “yargı” (hüküm, karar) teriminin üçüncü erki, görev ve yapılanma olarak kapsadığı ileri sürülemez. Bu erke de hem görevi, hem etkinliği ve hem de yapılanmayı kapsayacak biçimde, özdeş (aynı) dilbilimsel yapıda ve doğrultuda “*yargılama*” denmesi daha tutarlı olur.

### 2-Yargılama maddi içerikli bir olgudur

İkincisi, “*yargılama*” (*muhakeme*) artık günümüzde bir biçim, yöntem, usul<sup>5</sup>, dolayısıyla kanımızca, aşağıda da değinileceği üzere, “*düzenekçilik*”<sup>6</sup> ve “*biçimcilik*”<sup>7</sup> olmaktan çıkmıştır. Yargılama, maddi içeriği olan ve Merhum Kunter’in esinlendiği Foschini’nin vurguladığı üzere, *yapıbilimsel (morfolojik)*<sup>8</sup> açıdan bir canlı gibi doğan, yaşayan ve yaşamı tükenen (ölen) bir olgudur. Bu olgu, görev açısından iddiayı (tez), savunmayı (antitez), soruşturmayı ve kovuşturmayı (ve yargıyı [sentezi]); yapı açısından hukuki ilişkiyi, uyumsuzluğu, ceza yargılaması öznelerini, işlemlerini, düzgülerini (norm); yapıbilimsel açıdan evreleri, aşamaları içeren ortaklaşa bir etkinliktir. Görev, yapı ve yapıbilimsel yaklaşımlar göz önünde tutulduğu takdirde yargılama hukuku, hukuk bilimi içinde artık bağımsız bir hukuk dalı kimliğini kazanmıştır<sup>9</sup>.

### 3-Yargılama çok basamaklıdır

Üçüncüsü, olası yanılırları önlemek amacıyla, evre, aşama ya da olay bakımından, bir işe bir başka yargılama makamının yatay ve çoğu kez dikey biçimde yeniden bakması anlamındaki “basamak” (kat, derece) anlayışı, yargılama hukukunda bir evrimin ve yetkinleşmenin sonucudur. Tek basamaklılık/katlılık, olayı

<sup>5</sup> A. Verfahren, F. procédure, İ. procedure, İ. procedura, İ. procedimiento, O. usul. (A., Almanca; F., Fransızca; İ., İngilizce; İ., İtalyanca; İs., İspanyolca; O., Osmanlıca anlamına gelmektedir. S. Selçuk).

<sup>6</sup> A. Mechanismus, F. mécanisme, İ. mechanism, İ. meccanismo, İ. mecanismo, O. mihanikiye, mezheb-i mihanikiye (Hançerlioğlu, Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 1989, s. 252 vd.; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, Felsefe Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 445-447; Cevzici, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2011, s. 1082, 1083; Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1980, s. 603, 604).

<sup>7</sup> A. Formalismus, F. formalisme, İ. formalism, İ. ve İs. formalismo, O. şekliye. (Hançerlioğlu, s. 28, 29; Cevzici, s. 675, 676; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 217).

<sup>8</sup> A. Morphologie, F. morphologie, İ. morphology, İ. ve İs. morfologia, O. mebbas-ül eşkâl, şekliyat, eşkâl-i madde ve ecsam. (Hançerlioğlu, s. 28. Ancak biz, terimin içeriğini gözetererek biçimbilim yerine “*yapıbilim*” demeyi uygun bulduk. S. Selçuk).

<sup>9</sup> Foschini, Sistema del diritto processuale penale, II, Milano, 1968 s. 3 vd.; Kunter, s. 1 vd, 745 vd.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 634 vd.

soruşturanlarla, yargı oluşturanlarla yaptırım uygulayanların aynı kişiler oldukları ilkel dönemler çok gerilerde kalmıştır<sup>10</sup>. Gerçekten tarihin ilk dönemlerinde, bütün ülkelerde, devletlerde ve hukuk düzenlerinde yargılayanlarca, yani yargıçlarca, suçun etkin öznesi (fail) hemen cezalandırılır ve cezanın yerine getirilmesine de hemen geçilirdi. Eski Türklerdeki “*yargucu*”lar<sup>11</sup> (yargıç) da elbette böyle yapıyorlar, etkin özneyi hemen yargı (hüküm) oluşturup cezalandırıyorlardı. Oluşturulan yargının ardından da etkin özneye verilen ceza hemen oracıkta yerine getiriliyordu. Yargılama görevinin o dönemlerde hiçbir ülke, devlet ve hukuk düzeninde ortaklaşa (kolektif) bir etkinlik yapısını taşıması ve sergilemesi de bu ilkel anlayışta elbette söz konusu olamazdı.

## **B-Tutarlı olmayan görüşler**

Gelelim Merhum Kunter’in katılmadığımız belirlemeleri ve görüşleriyle bunların nedenlerine.

### **1-Yargılama, kaza ve muhakeme terimleri**

Kunter’e göre “yargılama” terimi, “kaza” teriminin karşılığıdır. Bu sözcük, uyumsuzluğu çözen ve sadece yargıcın duruşmadaki etkinliğiyle sınırlı bulunan bir terimdir. Buna karşılık, “muhakeme” terimi, “yargılama” terimine göre daha kapsamlıdır.

### **2-Muhakeme hukuki oluşların bütünüdür**

Muhakeme, yargı organlarının yaptıkları işlemlerin, hukuki *processus*’ün (Kunter’in çevirisiyle oluş) bütünüdür anlatır ve “oluş hukuku” anlamına gelir. Ancak bu, sıradan, her hangi bir oluş anlamına gelmediği için “*oluş*” sözcüğü yerine “muhakeme” teriminin kullanılması ve dolayısıyla Alman ya da İtalyan öğretisi doğrultusunda “muhakeme hukuku”<sup>12</sup> denmesi doğru ve yerindedir. Çünkü böylelikle bu sözcüklerin anlattığı anlama, yani “*oluş*”a (processus) vurgu yapılmış olacaktır. Aslında “ceza muhakemesi” denmesi, tarihsel evrime de uygundur. Zira muhakeme, yöntemden, usulden (prosedür) hukuka geçişi anlatmaktadır<sup>13</sup>.

### **3- Köken bilgisi açısından yargılama, “yargı”da (hüküm) bulunma aşamasıyla ilgilidir**

Bundan başka Merhum Kunter’e göre yargı (yargu), kılıçla/bıçakla yarmaktan gelmekte, yani bir davada verilen hüküm, uyumsuzluğu kesip atmak, yarmak, ayırmak, fasletmek anlamlarına gelmektedir.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Kozak, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, 2011.

<sup>11</sup> Eski Türkçede “yargu”, yargı ya da mahkeme anlamlarına gelmekteydi. Moğolcada yargı ya da mahkeme karşılığı “*cargu*” sözcüğü kullanılmaktaydı. (S. Selçuk).

<sup>12</sup> A. Strafprozessrecht, I. dritto processuale.

<sup>13</sup> Kunter, s. 4-12; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 6, 7, 9.

Bu görüşlere katılmak olanaksızdır.

Ancak eleştirilere geçmeden önce işlenen konuyu açıklığa kavuşturacak oranda bilim felsefesinin ulaştığı kimi konulara ve çözümlere değinmekte yarar vardır.

## II-KİMİ AYRIMLAR, ADLANDIRMALAR VE HUKUK

### A-Bilim ayrımları

Bilim, iki etkin işlevi birlikte üstlenmiştir: Birincisi, *eylemseldir*; olguları, gözleme, deneme, ölçme vb. gibi yöntemlere başvurarak açıklar. İkincisi, *zihinseldir*. Bu işlevi uyarınca bilim, kavramları, varsayımları, tümevarım ya da tümdengelim çıkarımlarına başvurarak açıklar. Yine bilim, olgulardan “*doğrulanabilir*” ya da Popper’in anlatımıyla “*çürütülebilir*” (*yanlışlanabilir*) kurama doğru yol alan olgusal, nesnel, mantıksal, eleştirel, ayıklayıcı/seçici, doğa bilimlerinde genelleştirici ve deneysel; kültür bilimlerinde tekilleştirici ve düşünsel bir etkinliktir. Bilimin dünyaları, olgular dünyası ve kavramlar dünyasıdır. Bilim, yalnızca olgusal varlıklara değil, kimileyin inançların yarattığı varlıklara da dayanır. Bu durum söz konusu olduğu zaman bilim, gerçekçi, akılcı, nedenselci ve var olanı ölçebilir/nicelikçi olmak, mantıksal açıklamalar ve tanımlamalar yapmak; din, felsefe ve sağduyudan ayrı durduğunu göstermek zorundadır<sup>14</sup>.

Bilimler, “doğa bilimleri” ve geleneksel anlatımla “*sosyal bilimler*” ya da doğru anlatımla “*kültür bilimleri*”<sup>15</sup> diye ikiye ayrılmaktadır. Zira olgulardan çürütülebilir ya da doğrulanabilir kurama doğru yol alan bilim, doğa bilimleriyle sınırlanamaz. Çünkü “*olgu*” kavramı, sadece doğal olgular için kullanılmaz; tarihsel, toplumsal, kültürel olup bitmeler için de kullanılır. Nitekim düşünürler, bu iki olguyu birbirinden ayırmıştır: “*Doğal olgu*” (*naturafakta*) ve “*yapma olgu*” (*artefakta*). “Yapma olgu”, toplum olarak yaşayan insanın (beşer), tarihsel, toplumsal, kültürel varlık olarak dil, din, sanat, siyaset, ahlak, felsefe ve hukuk gibi türlerden ürün yaratmasını anlatır. İnsan, istenci (irade) dışında kaldığından, doğal olgulara, olaylara karışarak yön veremez. İnsan, doğal olguları, olayları sadece gözler, dener; onlardan belirleyici sonuçlar çıkarır. Oysa yapma olaylar, olgular, insanın gerektiğinde doğaya da el atarak kendi istençli düşünsel etkinliğinin ürünüdür. Bunlar, yineleme, süreklilik ve türdeşlik sergilemez ve göstermez. Çünkü “*oluş*” un, “*akış*” ın düşünürü Herakleitos’un (MÖ 540-480) anlatımıyla “*aynı ırmakta iki kez yıkanılmaz.*”<sup>16</sup> İşte kültür bilimleri, bir kez olmuş bitmiş, bir kez daha yinelenmesi ve yaşanması

<sup>14</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, İstanbul, 2012, s. 14, 18; Özlem, Felsefe ve Doğa Bilimleri, İstanbul, 2013, s. 24-33.

<sup>15</sup> Sosyal bilimler ya da kültür bilimleri yerine “*tin bilimleri*”, “*tarih bilimleri*”, “*insan bilimleri*”, “*beşeri bilimler*”, “*idiyografik bilimler*”, “*hermeneutik bilimler*” terimleri de kullanılmaktadır. (Özlem, Felsefe ve Doğa Bilimleri, İstanbul, 2013, s. 20 vd.; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 11).

<sup>16</sup> İnsanlık, 2.500 yıldan bu yana diyalektiğin temeli olan ve “*her şey akar*” (*panta rhei*) diyen bu yasayı bilmektedir. (S. Selçuk).

olanaksız tekil olgularla, olaylarla ilgilidir. Dolayısıyla kültür bilimleri genelleştirici sonuçlara ulaşamaz. Tam tersine kültür bilimleri tarihsel/toplumsal/kültürel olgu ve olayların bir kez yaşanmaları, tekillikleri ve yinelenemez oluşları yüzünden sadece bilmeyi ve anlamayı amaçlar ve tekillleştiricidir/bireyselleştiricidir/anlamacıdır<sup>17</sup>.

Tam bu noktada kimi adlandırmalar üzerinde de durmak gerekir<sup>18</sup>.

## B-Adlandırmalar

### 1-Kavram(laştırma)

Kavram(laştırma)lar<sup>19</sup>, bilimin dayandığı nesnelere, varlıkların, olayların ortak özelliklerini kapsayıcı ve ortak ad altında toplayıcı tasarımlardır ve sözlüklerde madde başı olarak yer alan sözcüklerdir<sup>20</sup>. Kavramlar, klasik anlamıyla düşünce- nin çıkış noktası değil, düşünce- nin bir bütüne ulaştığı; bu nedenle de yoğunlaştığı noktadır. O yüzden dilde ve özellikle bilimsel etkinlikte, dolayısıyla hukukta kullanılan kavramlar çok önemlidir. Kavramlar, bir anda oluş(turul)maz; uzun bir gebelik dönemi yaşar, daha sonra da kendi yapısına temel olacak biçimde kavramların genel olarak benimsenmesi gerçekleşir<sup>21</sup>. Kavramlar varlık yapıları açısından sözcüklerden başkadır; onların anlamları değildir. Kavramlar, bir nesnenin, varlığın zihindeki tasarımı, soyut düşünme etkinliğinde kullanılan ve belli somutluk ya da soyutluk derecesi sergileyen düşüncelerdir. Her kavram, bireyi ya da bireyleri gösterir. Sözelimi, “*insan*” sözcüğü, genel bir kavramdır, Ahmet’i, Ayşe’yi, Atatürk’ü, Dante’yi, Eskimoları, kara ve sarı soyluları vb. gösterir<sup>22</sup>. Sözcük ya da terim eğer tek bir nesneyi, varlığı anlatırsa “bireysel kavram”dan; nesnelere, varlıklar öbeğini (sınıfı) anlatırsa “genel kavram”dan söz edilir.

<sup>17</sup> Bilimin amacı, olgular arasındaki süreklilik ve türdeşlikten yola çıkarak genel önermelere ve yasalara ulaşmaktır. Doğa bilimlerinde bu amacın gerçekleşmesi olanaklı, buna karşılık kültür bilimlerinde olanaksızdır. Bu nedenle kültür bilimlerinin aslında bilim olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak bilim kavramını daraltan, doğa bilimi ile özdeşleştirmeye dayanan bu anlayışın yerinde olmadığı, tekillleştirici/anlamacı bilimlerin de “bilim” kavramına girdiği ileri sürülmüştür. (Ayrıntılı bilgi için bk. Özlem, *Kültür Bilimleri ve Kültür Felsefesi*, İstanbul, 2012; Özlem, *Felsefe ve Doğa Bilimleri*, s. 26-31).

<sup>18</sup> Metinde ve dip notlarında geçen kavramlar ve terimler için bk.: Özlem, *Bilim Felsefesi*, s. 18-22; Hançerlioğlu, s. 202, 208-210; Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Ankara, 1975, s. 38, 91, 106, 107; 131, 170; Lalande, s. 160, 161, 328, 329; Cevizci, s. 106, 820, 821, 909; Dinçer, *Kısaca Felsefe*, Ankara, 2010, s. 50, 51; Püsküllüoğlu, *Türkçe Sözlük*, İstanbul, 2007, s. 894, 1008; Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul, 2006, s. 1346; 1562, 1564.

<sup>19</sup> Y. Logos, horos, énoia, L. conceptus, notia, A. Begriff, F. concept, notion, conception, İ. conception, notion, İ. concetto, İ. concepto, O. mefhum. (Y., Yunanca, L., Latince anlamına gelmektedir. S. Selçuk).

<sup>20</sup> Aksan, *Anlambilim*, Ankara, 2009, s. 27, 40, 41.

<sup>21</sup> Lee/Wallerstein, *İki Kültürü Aşmak, Modern Dünya sisteminde Fen Bilimleri ile Beşeri Bilimler Ayrılığı, koordinasyon (eşgüdüm)*, Richard E. Lee/Immanuel Wallerstein, (Aysun Babacan) İstanbul, 2007.

<sup>22</sup> Cevizci, *Sözlük*, s. 924-926; Mengüşoğlu, *Felsefeye Giriş*, İstanbul, 2008, s. 111; Akarsu, s. 106, 107; Dinçer, s. 50.

Kavram kimi zaman ağaç örneğindeki gibi nesne kavramı, kimi zaman da özgürlük örneğindeki gibi bir düşünce kavramı olur. İnsan kavramları oluştururken çok karmaşık bir süreç yaşar. Gerçekten soyutlamalar, karşılaştırmalar, çözümler, birleştirmeler, genelleştirmeler sıkça yaşanır, bu süreçte. En soyut kavramlar bile nesnel gerçeklikle ilgilidir ve yine gerçekliğe döner. Nesnel gerçeklik, denenir, doğrulanır. Buna karşılık, atom, yerçekimi yasası, özgürlük, hatta düş ürünü züm-rüdü anka kuşu gibi soyut kavramlar da vardır. Ancak bu türden düş ürünü olanlar gerçekliğe dönüşemedikleri için bilim dışıdır.

Yalın nitelikteki kavramlar, özellikle kültür bilimlerinin üzerinde araştırma yaptığı toplumsal olaylar hakkında ilişkiler kurulmasına yarar. Kavram, bunu başardığı ölçüde değer kazanır. Yer aldığı bilim dalına ve zamana göre de değişir, kavramlar. Doğal bilimlere oranla kültür bilimlerinde kavramlar daha esnektir. Araştırmanın temelidir, kavramlar<sup>23</sup>. Kavram; benzerlerinden ayrımı, başkalığı sağlayacak biçimde tutarlı, gerçek yaşamdan kopmayacak biçimde işleri (operasyonel), ölçüt olacak düzeyde geçerli, yarayıslı, anlatılmak istenen nesne, varlık ile uyumlu, dilde anlamı belirleyecek düzlemde bağlamsal olmalıdır. Çok anlamlılık kavramın değerini yıpratır, düşürür. Tek sözcük ile anlatıma sahip kavramın yeğlenmesi gerekir. Doğru tanım yüklü kavramlar, sağlam kuramların yapı taşlarıdır. Doğru kuramlar da bu kavramları üretenlerdir<sup>24</sup>. Kavramlar konusunda akılcılar (rasyonalist) ile deneyiciler (ampirist) kavgası sürekli yaşanır. Kavram, elbette fenomen (görüngü) değildir. Bir soyutlama, bir düşünce, bir bilgi aracıdır. Her şeyden önce bireysel biçimde, pratik, duysal bir etkinliği, olgulara dokunuşu anlatır; nesneyle ilişki kurar, nesneyi insanın evrensel soyutlamasına sokar; kavram ile doğrudan bir duyumun, görünümün, fenomenin ötesine geçilir<sup>25</sup>. Bir nesnenin zihindeki soyutlamalarla anlaşılabilir ortak tasarımının anlatımı olarak kavram, soyut düşüncede kullanıldığı, imge/izlenim olmadığı, başka şeylerden ayırıcı nitelikte ve genel olduğu için zamana göre elbette değişir ve kavramın tek başına bir işlevi yoktur; kavram ancak önerme içinde işlev görür. Bu nitelikleriyle ve özellikleriyle kavram, zihin ve dil felsefelerinde çok önemlidir. Çünkü zihin dünyasının aracıdır, kavram. Nesnelere, dünyayı ortak nitelikleriyle soyutlama işlemi için kavramın oluşması zorunludur. “Kavramsal çerçeve” (scheme conceptel, conceptual framework) fenomenleri ve öğeleri belirlemek için genel bir bakıştır. Kavramsal görecelik, ahlakta ve hukukta vb. dallarda yaşanır. Baba kavramının erkek kavramına bağlı olması gibi kavramsal bağımlılık da bilim insanınca unutulmaması gereken bir noktadır<sup>26</sup>.

“Nesne genelde yalnızca özne için, öznenin tasarımı olarak var olur. Bunun gibi, tasarımların her özel sınıfı, öznedeki algılama yetisi adı verilen aynı ölçüde özel

<sup>23</sup> Gerring, iletin, Dolu, Suç Teorileri, Ankara, 2010, s. 63.

<sup>24</sup> Gerring, iletin, Dolu, s. 64; Grawitz, Méthodes des sciences sociales, Dalloz, Paris, 2001, n. 19.

<sup>25</sup> Lefebvre, Logique formelle, logique dialectique, Paris, Anthropos, 1969, s. 115.

<sup>26</sup> Cevizci, Sözlük, s. 182, 924-928.

bir nitelik için var olur (...) Kavramlar ayrı bir tasarımlar *öbeği* (sınıf) oluşturur. Bunlar yalnızca insan aklında vardır ve şimdiye dek göz önünde tuttuğumuz algı tasarımlarından bütünüyle başkadır. Dolayısıyla dürüst konuşursak onların doğasına ilişkin apaçık bilgiye hiçbir zaman ulaşamayız. Onların doğası bakımından olsa olsa soyut, tutarlı olmayan bir bilgiye ulaşılabiliriz. Öyleyse deneylerden, algı tasarımlarından oluşan gerçek dış dünya anlaşılırsa, kavramların deneyle doğrulanmalarını ya da algının nesnelere gibi göz önüne ya da imgeleme getirilmelerini istemek saçma olacaktır. Kavramlar algılanamaz. Olsa olsa düşünülebilir. Yalnızca insanların kavramlar aracılığıyla ürettikleri etkiler, gerçekten deneyin nesnelere dir.”<sup>27</sup>

Son çözümlemede kavram, bir “yargı”yı<sup>28</sup> (judgement) içerir. Önce yargıda bulunulur, daha sonra kavrama ulaşılır<sup>29</sup>.

## 2-Kapsam, işlem

“Yargılama”yı *içlem*, “muhakeme”yi “*kapsam*” (kaplam) olarak gören Kunter’in görüşünün doğru olup olmadığını anlamak için bu iki kavrama da değinmekte yarar vardır.

Bilindiği üzere her kavram bir bireyi ya da bireyleri gösterir ve onlardaki ortak özellikleri belirtir. Sözelimi, “*canlı*” kavramı içine insanlar, hayvanlar, böcekler, bitkiler; “*insan*” kavramının içine Ali, Ayşe, Pierre, Hans, evde oturanlar, Asyalılar, Afrikalılar ve benzerleri girer. Bu, canlı ya da insan kavramının “*kapsam*”ıdır<sup>30</sup>. Kapsam, bir kavramı ve kavramı dile getiren terimin içerdiği varlıkların, nesnelere ve bireysel olayların bütününe gösterir ve bir yükleme konu olur. Buna karşılık, bir kavramın ya da onu dile getiren terimin içinde topladığı belirlenimlerin, özelliklerin ve niteliklerin toplamı, yüklemelerin bütünüdür, yani “*içlem*”dir<sup>31</sup>. Bu özelliklerden ya da niteliklerden birinden yoksunluk söz konusu olursa o nesne, o varlık *öbeğin* dışında kalır. Eğer bilim insanları bu özelliklerde, niteliklerde birleşirlerse “*uzlaşma işlemi*” gerçekleşir; birleşmezlerse *içlem*, artık bir “*öznel işlem*” olarak kalır. Sözelimi, insan kavramı herkesi kapsar; kapsamdır. İnsanın akıllı, konuşan, toplumsal bir varlık olması ise *içlem*dir. Bir nesnelere *öbeğinin* sahip olduğu bütün öğeler gündeme geldiği zaman “*nesnel işlem*” ortaya çıkar. Kapsam büyüdükçe *içlem* küçülür, *içlem* büyüdükçe *kapsam* küçülür. Buna “*kapsam ile işlemin ters orantılı olması kuralı*” denmektedir. Cins ve tür ilişkisi içindeki tanıma da “*içsel tanım*” denir. Bu noktada kavram ile *içlem* buluşur. Çünkü yeryüzündeki bütün insanlar insan kapsamı içindedir.

<sup>27</sup> Schopenhauer, (Levent Özşar), İsteme ve Tasarım Olarak Dünya, İstanbul, 2009, s. 13, 15.

<sup>28</sup> Y. apophasis, L. iudicium, A. Urteil, F. judgement, İ. judgement, İ. giudizio, İ. juicio.

<sup>29</sup> Lefebvre, Logique formelle, logique dialectique, s. 122.

<sup>30</sup> L. extensiv, A. Umfang, Extension, F. ve İ. extension, İ. estensione, İ. extensión. O. şümul.

<sup>31</sup> L. comprehensio, A. Inhalt, F. compréhension, İ. comprehension, i. comprensione, İ. comprensión, O. tazammun.



### 3-Terim

Sözcük kavramın adı, kavram ise sözcüğün anlamıdır. Kavramın adı olan sözcüklerse terimdir. “İnsan” terimi, binlerce yıldan bu yana addır. Terim, kavramın dile ilişkin anlatımıdır ve bilimsel etkinliğin yapıtaşlarından biridir. Kavram, bilgi arttıkça genişleyen bir adlandırma ve hazne olur. Özetle kavram terimin anlamıdır. Aşağıda değinilecek olan tanımlama ise kavramın alanını belirleyip açığa çıkarmadır. Kavramlar, evrene kuşbakışı bakmayı, bilgiyi biriktirmeyi sağlar. Ancak terim, kavramın kendisi değildir<sup>32</sup>.

### 4-Tanım(lama)

Bilimsel etkinlikte her şeyden önce şu Latince özdeyiş unutulmamalıdır: “*Her tanım tehlikelidir*”. Bu yüzden de çok özenli ve ölçülü olmak gerekir.

“Tanım(lama)”<sup>33</sup> etkinliğinin çeşitleri vardır. “*Sözcüksel tanım*” (définition verbale), sözcüğün anlamını dildeki anlamına göre ya da bilinen bir başka sözcükle belirtmedir. “*Adsal tanım*” (définition nominale), yanlış anlaşılmalara yol açmamak için belli sözcüğe bağlayarak belirlemedir. Başkasının yerine (vekil) bir sözcük, bir cümle kullanmadır. Tanımlama sayesinde kavram, başına buyruk olarak ona verilen anlama sahip olur. Sadece onu kendi tanımına uygunluk içinde olanın doğruluğunu ileri sürer. Bilgiye yeni bir şey katmaz. Ancak yöntembilimsel (metodolojik) açıdan onları çoğaltmaya yardım eder. Cebirdeki simgelerin durumu böyledir. Sakıncası, bir süre sonra kavramları kullananların onu gerçek (reel) olarak benimsemeleridir. Buna karşılık, “*gerçek tanım*” (définition réelle), temel öznitelikleri gözetir. Nesneyi gösterir, onu doğru (vrai) sayar. Tanımlanmış olan ile tanımlanan arasında bir denge kurar, bilgi alanına ulaşmak için dilin alanını aşar. Yani iki tanım anlayışı arasında önemli ayrım vardır. Zira bilim, kuramlar; kuramlar da, tanımlar üzerine kurulur. Adsal tanımlara sahip kavramlara bilim yollama yaparsa yöntemsel bir yarar sunar. Bilim, gerçek kavramlara yollama yaparsa söz konusu bilime katkı sağlar. Bu nedenle Robinson, 1950’de “Yararlılıklarına göre adsal tanımlar, doğruluklarına (vérité) göre gerçek kavramlar ele alınmalıdır”, demişti, haklı olarak. Öte yandan “gerçek, asla inanılabilecek olan şey değildir, ancak her zaman düşünülebilecek olan şeydir” (Gaston Bachelard)<sup>34</sup>.

Tanım, bütün üyelerini, mensuplarını içermeli, bu öbeklere girmeyenleri dışlamalı, eski deyişle “tarif, efradını cami, ağyarını mani olmalı, açık ve belirgin olmalı, açık olmayan, kendisi tanıma muhtaç şeylere başvurmamalı, kısır döngüye, savı kanıtsamaya yol açamamalıdır.

Ulaşılan tanım(lama) konusuna gelince, elbette burada söz konusu olan söz-

<sup>32</sup> Dinçer, s. 51; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 20, 21.

<sup>33</sup> Y. horos, horismos; L. definitio, A. Definition, F. définition, İ. definition, İ. definizione, İ. definición, O. tarif.

<sup>34</sup> Grawitz, n. 23.

cük tanımı ya da ad tanımı değil, “*kavram tanımı*”dır<sup>35</sup>. Aristoteles’e dayanan klasik anlayışa göre, kavram tanımı, kavramı daha yüksek “*yakın cins*”i (genus proximum) ile onu bu cinsten ayırt eden “*tür ayrımı*”na (differentia specifica) dayanan tanımdır. Türsel ayırım, aynı cins kavram içinde yer alan öbür kavramlardan ayıran özelliktir. İnsan *uzak cins* olan canlıya göre değil de yakın cins olan hayvana ve akıllı olma özelliğine (türsel ayırım) göre tanımlanmak gerekir. Bundan başka nesneyi başkalarından ayıran, anlamını ve özünü ortaya koyan “*nesne tanımı*” (real tanım) da söz konusudur<sup>36</sup>. Ad tanımı, işlem tanımını öngören nesne tanımını işleyen klasik görüş, yalın cins ve türe göre tanımlama girişiminde bulunmuş, cins ve tür ilişkisiyle yetinmiş ve yetersiz kalmıştır. Hempel’den sonra gelişen yeni tanım anlayışına göre, “*anlamsal (semantik) tanım*”, kavramı yaygın anlamıyla ele almaktadır. Deneysel çözümlenmeye dayanan tanım, kavramı tarihteki değişik anlamlarıyla ve kavramın anlamını nesnelere, nesnelere arası ilişkiye, doğa yasalarına göre belirler. Kavram açıklamasına dayanan tanım, sözcüğün günlük dildeki *bulanık tanım* (explikandum) anlamını aşmak, onu daha sağlıklı, *gerçek/doğru* (exact, eksakt) ve kesin sözcükle/terimle, *kesin açıklama* (explikat) yapmaktır. Sözelimi, “*doğru*” sözcüğü günlük dilde çok değişik ve karışık anlamlarda kullanılır. Oysa bilginimde (epistemoloji, bilgi kuramı) sözcüğün anlamı bellidir. Kesin ve sağlıklı tanım, kavramın bünyesinde yer aldığı bilim dalının dizgesi içindeki kesin kuralların ve kavramların bütünüyle tutarlı ise doğrudur. Söz gelişi, günlük dilde, balina balığından, yunus balığından söz edilir. Bu belirsiz bir tanım ve açıklamadır (explikandum). Buna karşılık hayvanbilimci (zoolog) açısından balık kavramı, solungaçlarıyla solunum yapan soğukkanlı bir hayvandır. Bu ise doğru, kesin açık bir tanımdır (explikat). Çünkü bu tanım çok sayıda olguya uymaktadır, geniştir ve verimlidir; dolayısıyla bilimseldir. Oysa günlük dildeki tanım, karışıktır, belirsizdir, verimsizdir, bulanıktır, sapmalara yol açacak niteliktedir. Hayvanbilimcinin tanımı ise, yalındır, doğrudur ve kesindir. Zira solungaç, soğukkanlılık, hayvan terimleriyle birlikte bir örgü içinde ele alındığı zaman öbür hayvanlarla ilişki açısından yoğun bir anlam içeriğine sahip olmaktadır. Öbekleştirici (sınıflandırıcı) kavramlar, cins ve tür ilişkisine; nicel açıdan ölçülebilir kavramlar sayı ve tartı ölçütlerine göre belirlenir. Carnap’ın belirttiği gibi kavram açıklaması ve tanımı kavramlar dizgesi içinde tutarlılığı gerektirir. Bilimde olguları açıklama etkinliği, bu olguların yine bu olgular hakkında geliştirilmiş kavramlar dizgesiyle açıklanmasıdır. Bilimsel yöntem, betimleyerek evreni açıklar. Deneysel, kavramsal genelleme, aslında olgular yığınına genellemedir. Tanımlar varsayımlara (hipotez) göre yapılmaktadır. Deneysel ya da kuramsal genelleme zihinsel etkinliktir. Olgusal genelleme de bir zihinsel etkinliktir ve tümevarım yoluyla yapılmaktadır. Sözelimi, yerçekimi genellemesi böyledir. Ancak gözleme başvurularak doğrulanabilir.

<sup>35</sup> Akarsu, s. 156, 157; Lalande, s. Cevzici, s. 1479, 1480; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1381, 1397 vd.; Hançerlioğlu, s. 394,395; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 21-27.

<sup>36</sup> Akarsu, Sözlük, s. 156, 157.

Şunu unutmamak gerekir. İşleme göre kavram tanımlaması yapılırken, asla “eşsöz”e/özdeşsöz”<sup>37</sup> başvurulmayacak, yani bilgi üretiminde özne ile yüklem arasında tam bir özdeşlik olmayacaktır. Ancak tikel/kesimli (kısmi) bir örtüşme olursa yine bilgi üretilmiş olur. Sözelimi, “insan akıllıdır” sözü doğrudur, ama tam örtüşen “insan, insandır” sözü bir eşsözdür ve doğru değildir, hiçbir bilimsel değeri yoktur<sup>38</sup>.

### C-Hukukun bilimler içindeki yeri ve dili

Yukarıdaki bilgilerin ışığında konumuza dönersek, her şeyden önce hukuk da, yapma olgu, yani bütünüyle insan kültürünün ürünüdür. Dil de öyle. O zaman dil ve hukuk insan kültürünün ürünüyse, hukukun dili de elbette kendine özgü olacak; hukuk tıpkı matematikteki gibi günlük dilde geçen çok ve/ya belirsiz anlamdaki sözcüklerin yerine belirli anlamlar taşıyan sözcüklerden oluşan insan beyninin/zihninin ürettiği bir “*yapma dil*” kullanacaktır. Ancak birçok bilim dalında görüldüğü üzere ad(landırma)lar ile nesnelere, olgular arasında bire bir çakışan/uyan bir dil yaratmak çoğu kez başarılammakta ve bu yüzden tartışmalar ortaya çıkmaktadır<sup>39</sup>.

Hukukun iç dili, kavramlar dilidir. Hukukun terimcesi, her bilim dalı gibi, hatta daha yoğun biçimde kavramlardan oluşur. Her bilim dalı gibi hukuk da, nesnelere, olguları öbeklendirir (sınıflandırır), özdeş özellikleri ve nitelikleri taşıyanları adlandırır, tanımlar. Böylelikle kavramlar ve bunların metne dönüşen terimleri ortaya çıkar. Her bilim gibi hukuk da, kavramlarını saydam kılmak zorundadır. Oysa hukuk kavramları esnek, görelidir, karşılıklı bağımlılık içindedir; bunların içerikleri ve tanımları zamanla değişir. Hukuk kavramları, bilgi ileten araçlardır ve hukuk, bir kavramlar dili olduğu için, tartışmaların kavramlar üzerinde yapılması doğaldır.

<sup>37</sup> Yunanca eşsöz/özdeşsöz anlamına gelen “*tautologia*” sözcüğü, iki sözcükten oluşmuştur: *Tauto*, *to tauto* (özdeş, eş) ve *logos* (söz). A. Tautologie, F. tautologie, İ. tautology, İ. ve İ. tautologia, O. tekriri-i merdut, iade-i mana. (Eşsöz/özdeşsöz, bir kavram tanımlamasının içeriğinin özdeş (aynı) sözcüklerle açıklanmasıdır. Çeşitli biçimlerde ortaya çıkar. Birincisi, açıklamak ve kanıtlamak için ortaya atılan bir önermenin dile getirilmiş sözcüklerinin değişik, ama anlam açısından özdeş ya da eşdeğer sözcüklerle, terimlerle yinelenmesi durumudur. İkincisi, tanımlanması gerekenin tanımlanmasında kullanılır ve “*kısr döngü*”ye (circulus vitiosus, cercle vicieux, devr-i batıl, fasit daire) yol açar. Carnap ve Wittgenstein, matematik ve mantıkla ilgili kavram tanımlarını buna örnek gösterir ve bunları “eşsöz/özdeşsöz bilimleri” olarak adlandırır. Çünkü bu bilimlerde sonuç zorunlu olarak özdeşdir. Üçüncü tür ise, önermede konu ile yüklem özdeş kavramı dile getirip yüklem konusu kavramın dışına çıkılmaması durumudur. “İnsan, insandır” ya da “A, doğru söylüyor, çünkü A doğru sözlüdür” yahut da “A, doğru sözlüdür. Dolayısıyla A, doğru söylüyor” gibi. “*Savı kanıtama*” [müsadere ale-l matlûb, pétition de principe, truisme, petizione di principio, truism] denen bu açmazla göre, tanımlama ile tanım yapılır, eski deyişle “tarif, tarife muhtaç muareffe tarif edilir”. Cevzici, s. 1530; Lalande, s. 1102-1104; Akarsu, s. 68).

<sup>38</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, s. 21.

<sup>39</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, s. 19.

### III-KUNTER'İN GÖRÜŞLERİNİN ELEŞTİRİSİ

Bu bilgilerin ışığında Kunter'in görüşleri değerlendirildiği zaman aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

#### A- Anlambilim (semantik) açısından yargılama(k) ve muhakeme (etmek) eşanlamlıdır

Bilindiği gibi dilbilimde anlambilim, sözcük öğelerini, bunların türemiş ve başka öğelerle bir araya gelmiş biçimlerini anlam açısından inceleyen bir bilim dalıdır. Her şeyden önce anlambilime başvurduğumuzda yargılama ile muhakeme, yargılamak ile muhakeme etmek sözcüklerinin eşanlamlı olduğu görülmektedir. Gerçekten “muhakeme” Arapça bir terimdir ve kökü “*hukm*”dur! “*hüküm*”dür! “*hüküm*”dür!<sup>40</sup>. Karşı karşıya gelen iki yanı dinleyip hüküm verme, zihinde inceleme ve sonuca (hüküm, yargı) varma, usavurma, akıl yürütme, mahkemeye başvurma anlamlarını taşımaktadır. Türkçede yargılama terimi de özdeş anlamlarda kullanılmaktadır. Bir başka deyişle “*muhakeme*” ve “*yargılama*” terimleri eş anlamlıdır. Muhakeme etmek, yargılamak sözcükleri de işlemin, adlandırmanın eylemidir ve yine eşanlamlıdır. Kunter'in iddiasına karşın hiçbir sözlük bunun tersini ileri sürmemektedir.<sup>41</sup>

#### B- Yargılama ve muhakeme kavramları arasında kapsam-içlem ilişkisi bulunmamaktadır

Yargılamanın “*düzenekçilik*” ve “*biçimcilik*” olmaktan çoktan çıktığı, yöntemden, “*usul*”den (prosedür) “*hukuk*”a geçişi anlattığı doğrudur. Eğer bu doğruyu, Kunter'in “yargılama, yalnızca kovuşturma ve yargı (hüküm) kurmayı anlatır” doğrusu da destekleseydi, elbette muhakeme kapsam, yargılama da içlem olurdu. Ancak yargılama ve muhakeme eşanlamlı olunca böyle bir ilişkinin kurulması olanaksız bulunmaktadır.

#### C- Yapıbilim açısından yargılama oluş değil, süreçtir

Yargılama, Kunter'in belirttiği gibi, salt tek bir öğenin değişimlerini ve gelişimlerini barındıran “*oluş*”<sup>42</sup> ya da “*akış*”<sup>43</sup> yahut da gelişerek ve ayıklayarak değişmeyi anlatan “*evrim*”<sup>44</sup> değildir. Bir bakıma bütün bunları da kavrayan ve kapsa-

<sup>40</sup> “Hüküm” sözcüğünün tek anlamı yoktur. Bu sözcük, yargı, emir, komuta, egemenlik, önem, kuvvet, geçerlilik, tesir, nüfuz, kudret, mahkemenin yargılama sonunda verdiği karar ve Osmanlı'da divan-ı hümayunda padişah adına çıkan karar anlamlarına gelmektedir (Ayverdi, s. 1308, 1309; Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara, 1986, s. 463).

<sup>41</sup> Develioğlu, s. 796; TDK, Türkçe Sözlük, Ankara, 2009, 1414, 2136; Püsküllüoğlu, s. 1273, 1839; Ayverdi, s. 2115, 2116, 3375.

<sup>42</sup> A. Genese, Fr. genèse, devenir, İ. genesis, İ. genesi, İ. génesis, O. tekevün, tekvin. (Hançerlioğlu, s. 292, 293; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1063; Cevizci, s. 1191).

<sup>43</sup> A. flusse, F. ve İ. flux, İ. flusso, İ. flujo. (Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 48, 49; Cevizci, s. 53).

<sup>44</sup> A. ve İ. evolution, F. évolution, İ. evoluzione, İ. evolución, O. tekâmül, inkişaf. (Hançerlioğlu, s. 102, 103; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 524, 525; Cevizci, s. 622).

yan, ancak bunlarla yetinmeyip daha ötelere uzanan bir “süreç”tir<sup>45</sup>. Süreç olmanın doğal sonucu olarak da belli bir bütünlük oluşturan ya da belli bir düzenlilikle elde edilen ve yaşanan ardışık olguların/olayların/fenomenlerin birbirini izlemesidir. Esasen felsefi anlamda “süreç” kavramı içinde bu olgular/olaylar/fenomenler ruhbilimsel (psikolojik), fizyolojik, toplumsal ve arada sırada da fiziksel biçimde bulunabilir. Ancak süreç terimi, oluş, akış ve evrim terimleriyle karıştırılmamak gerekir. Nitekim “süreç” kavramının yukarıdaki anlamı bile dar ve dolayısıyla yetersiz bulunmuştur. Sözelimi, G. Dwelshauvers’a göre, süreç terimi, aslında işlevlerin bütünü, sözcüğün etkin yapısını ve doğasını öne çıkarır. Fiziksel süreç ve ruhbilimsel süreç için de kullanılır. Süreç, etkin ve sürekli bir evrimdir, gelişmedir. Belli bir sonuca ulaşan düşünce akışını, olaylar ya da işlemlerin belli bir sonuca doğru gidişini anlatır. Süreç, fenomenle çakışmaz, fenomen üründür; sürecin sonucu olup, “bilgi”nin akılcı yasaları tarafından yorumlanan ürünüdür<sup>46</sup>.

Anatomide uzantıları/çıkıntıları, bilimde zaman içinde yüzeysel olarak yaklaşıldığında etkin ve örgütlü olarak benimsenmiş fenomenlerin bütünü anlatan “süreç” terimi, derinlemesine inildiğinde, koşulların bütünlüğü içinde ele alınan gelişme anlamında Avrupa bilim dilinin önemli bir parçası olmuştur. Almanlar ve Fransızlar günlük dilde bu sözcüğü, dava anlamında da kullanmışlardır. Ancak sözcükteki anlam gittikçe genişlemiş, alt ve yalın olandan üst ve karmaşık olana doğru bir gelişme yaşanmıştır. Günümüzde süreç, kendi özgücüne yaslanan (otodinamik) ve bundan dolayı da diyalektik bir oluşu tanımlamaktadır. Ne var ki, her oluş, diyalektik değildir ve bir süreci izlememektedir. Sözelimi, dalında olgunlaşan meyvenin kendiliğinden düşmesi bir süreçtir, çünkü bir oluşun doğal sonucudur. Buna karşılık meyvenin fırtınanın etkisiyle düşmesi ya da bir başkasınca koparılması, mekanik bir müdahaledir, ama süreç değildir. Yine bir ağacın topraktan çıkması, doğal yaşamını doldurup çürümesi ve toprağa dönmesi bir süreçtir. Ama biri tarafından kesilip kullanılması, masa yapılması süreç değildir. Çünkü sonuncular, mekanik bir olguyu, bir dış etkeni anlatır. Oysa diyalektik olgu, iç etkeni anlatır. İç etken özgüçtür (otodinamizm), varlığın kendisinden gelir. Bu nedenle bir sürecin söz konusu olabilmesi için varlığın iç etkeniyle, özgücüyle değişikliğe uğraması gerekir. Bu açıdan üç tür süreç olgusundan söz edilir: Doğal süreç, toplumsal süreç, doğa ile toplumu birbirine kaynaştıran süreç. İkinci dünya savaşında balıkçıların kuzey denizlerinde yeterince balık avlayamamaları (toplumsal süreç) üzerine balıkların çoğalması yüzünden hastalanıp boylarının küçülmesi (doğal süreç) ilk iki tür sürece iyi bir örnektir. Elbette gelişme, birçok işlemlerle ve birçok koşullarla gerçekleşir ve süreç terimi, bunların bütünü dile getirir. Bu anlam, kuşkusuz diyalektik açıdan çok önemlidir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> L. ve F. processus, A. Prozess, İ. process, F. I. processo, İ. Proceso, O. vetire, silsile, hadisat-ı müteakibe. (Hançerlioğlu, s. 384; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1374, 1375; Cevizci, s. 1467). Bu tanı, kanımızca “fenomenolojik” açıdan da doğrudur (S. Selçuk).

<sup>46</sup> Lalande, s. 837; Akarsu, s. 154; Dizionario Garzanti della lingua italiana, s. 1336; Dizionario Garzanti, francese-İtaliano/italiano-francese, 1979, s. 738. Le Petit Robert, Dictionnaire, Paris, 1973, s. 1395, 1396.

<sup>47</sup> Hançerlioğlu, s. 384.

Son çözümlemede felsefi açıdan en geniş anlamıyla süreç, düşüncenin belli bir sonuca ulaşacak biçimde art arda dizilişini, olgu ya da olayların yahut da fenomenlerin belli bir düzenin bulunduğu izlenimini verecek biçimde sıralanmasını, duruk (statik) olmayan ve sürekli dönüşüm içinde bulunan gerçekliğin sergilendiği hareketliliği, belli bir bütünlüğü ya da birleştirici bir ilkesi olan değişimler dizisini anlatmakta ve yaratıcı gelişmeyi vurgulamaktadır. Gerçekliğin (realite) süreklilik sergileyen dinamik bir yapısı olduğu da gözetilirse süreç felsefesi, üç temel tezi savuna gelmiştir: 1-Süreç karmaşıktır, ama ayrı evre ya da aşamaların birliğinden oluşur. 2-Karmaşık yapısıyla süreç, zaman açısından tutarlı bir birliktir. 3-Sürecin somut bir yapısı ve biçimsel bir çerçevesi vardır<sup>48</sup>.

Yukarıda sergilenen bilgilerin ışığında konuya yaklaşıldığı ve özellikle diyalektik bir süreç sergileyen yapısı göz önünde tutulduğu zaman, hiç kuşkusuz günümüzde ceza yargılama hukuku, her şeyden önce bir “düzenekçilik”, dolayısıyla “biçimcilik” değildir. Olamaz da. Çünkü düzenekçilik, dolayısıyla biçimcilik, cansız varlıklardaki, daha sonraları canlı ve cansız bütün doğal varlıklardaki nitelik ve nicelik olarak neden ve sonuç zinciri içindeki değişimlerini açıklar. Sözelimi, “atomlar çarpınca birleşir (doğum) ve/ya ayrılır (ölüm)” der. Ancak eski dönemlerde yargılama hukuku, bir yöntemler/usuller (prosedür) bilgisi olarak algılanıyordu ve dolayısıyla bir ölçüde düzenekçiliğe ve biçimcilğe yaklaşıyordu.

Bütün bunların ışığında “yargılama”ya, Kunter’in anlatımıyla “muhakeme”ye gelince, her şeyden önce Kunter’in görüşünün tersine ceza yargılaması (muhakeme), bir oluş değil, sözcüğün tam anlamıyla bir “diyalektik süreç”tir. Zira bizzat Kunter’in vurguladığı üzere eski dönemler artık bitmiş, günümüzde ceza yargılaması tam anlamıyla bir “diyalektik süreç” yapısına kavuşmuştur. Ancak Kunter, bu akışsal yapılanmaya süreç yerine oluş demek, kanımızca oluş kavramını süreç yerine kullanmaktadır. O kadar. Oysa yargılamanın diyalektik yapısı da göz önünde tutulduğu zaman süreç teriminin yargılamayı daha iyi anlattığı ve açıklığa/saydamlığa kavuşturduğu açıktır.

#### **D- Kunter’in yargılama tanımı çağın gerisindedir, yanıltmacalıdır, çelişkilidir, tarihsel evrime ters düşmekte ve haksızlığa yol açmaktadır**

##### **1- Çağın gerisindedir**

Kunter’in tarihe başvurarak yargılama kavramını *yargıda bulunmal/hüküm kurma* aşamasıyla sınırlaması, yukarıda değinilen tanım(lama) kavramının klasik anlayışının bile gerisinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, Kunter, deneysel çözümlemeye dayanan tanıma başvurmakta, kavramı tarihteki değişik anlamlarıyla ve kavramın anlamını nesnelere, nesnelere arası ilişkiye, doğa yasalarına göre belirlemektedir. Kavramın daha yüksek yakın cinsi ile onu bu cinsten ayıran tür ayırımını gözetmemekte, çağın gerisinde kalmış bir tanım(lama) anlayışıyla adlandırma girişiminde bulunmaktadır. Ayrıca çağımızın tanım anlayışına göre, kavram açıklamasına dayanan ta-

<sup>48</sup> Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1374; Cevzici, s. 1467, 1468.

nım, sözcüğün günlük dildeki bulanık tanım anlamını aşmak, onu daha sağlıklı ve gerçek/doğru ve kesin sözcükle/terimle, kesin açıklama yapmaktır. Sokaktaki insan, yargılama (ya da muhakeme) kavramını günlük dilde çok değişik ve karışık anlamlarda kullanabilir, yargıda bulunma etkinliği olarak düşünebilir, onu bu etkinlikle sınırlandırabilir, bu bağlamda tanımlayabilir ve açıklayabilir (explikandum). Ancak bir hukukçu, yargılama kavramını, kavramın içinde yer aldığı bilim dalının dizgesi bağlamında kesin kuralların ve kavramların bütünüyle tutarlı bir biçimde tanımlamak zorundadır. Bu tanım da, ancak yukarıda vurgulandığı üzere, görev açısından iddia, savunma ve soruşturma ile kovuşturmayı, yani hazırlık, duruşma ve yargıda bulunmayı; yapı açısından hukuki ilişkiyi, uyumsuzluğu, ceza yargılaması öznelerini, işlemlerini, düzgülerini (norm); yapıbilimsel açıdan evreleri, aşamaları içeren ortaklaşa bir etkinliği kucaklayan bir tanım ve açıklama (explikat) olmak durumundadır.

Öte yandan toplumların gelişmesiyle birlikte zaman içinde sözcüklerin anlamlarının ve kapsamlarının değiştiği, anlam kaymasına ya da genişlemesine ve daralmasına uğradığı da bir gerçektir. Bundan başka terimler, bir bilim dalına özgü sözcükleridir. Bunların günlük dildeki anlamları ile bilim dilindeki anlamları arasında ince ayrımlar bulunabildiği gibi terimlere özel anlamlar da yüklenebilir. Yukarıda belirttiği üzere, ceza yargılaması tarihin ilkel dönemlerinde tek basamaklı, tek katlı idi. Yargılayanlarca (yargıç), suçun etkin öznesi (fail) hemen cezalandırılır; genellikle karara karşı yasa yolu bulunmadığından ve verilen karar kesin olduğundan ardından hemen cezanın yerine getirilmesi evresine geçilirdi. Hatta Eski İran’da olduğu gibi kimi hukuk düzenlerinde yargıç yalnızca “sanık suçludur” ya da “sanık suçsuzdur” demekle yetinir, gerekçe bile göstermezdi. Bu durumlar, sadece Türk toplumlarında değil, o dönemin bütün toplumlarında böyleydi. İlkel dönemlerin bütün toplumlarında ortaklaşa (kolektif) yargılama da söz konusu değildi. Kısaca “yargılama” kavramı dar bir etkinliği dile getiriyordu<sup>49</sup>.

İslam öncesi Arabistan’a gelince oradaki topluluklarda, her oymak (klan) başkanı (şeyh), kendi oymağının bireyleri ile kölelerinin yaşam hakları üzerinde tartışılmaz bir egemenlik yetkisine ve yoksul aileler, kız çocuklarını diri diri toprağa gömme hakkına sahipti<sup>50</sup>. Bütün o dönem ilkel topluluklarındaki gibi cezanın temeli, “öç alma”ya ve “ödeşme”ye (kıyas) dayanıyordu. Suçu işleyen kimse belirlemediği takdirde o bölgeden seçilen elli kişinin suçsuz oldukları konusunda ant içmeleriyle (*kasâme*)<sup>51</sup> yargılama bitiyordu<sup>52</sup>. Böylesine ilkel bir toplumda elbette haklara dayalı bir yargılamanın kısıntısı bile düşünülemezdi.

<sup>49</sup> Kozak, s. 54, 55, 108-110, 146, 147, 206-211, 262-265, 346-350, 403, 404, 485-494, 591, 592, 637-643; Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1951, s. 116, 150, 151, 166, 167, 192, 225.

<sup>50</sup> Günaltay, İslam Öncesi Araçları ve Dinleri, Ankara, 1977, s. 13, 111.

<sup>51</sup> “Kasâme”, güzellik, cemel, barış, bir konuda ant içip tanıklık etme (cojureur) anlamlarına gelmekte olan bir yargılama hukuku kavramıdır. Bu yöntem, Yahudilerden ve cahiliye dönemi Araçlarından İslam hukukuna da geçmiştir (Dini Kavramlar Sözlüğü, ortak yapıt, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 2006, s. 361, 362); Ekinci, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011, s. 68; Ateş, İslam’a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitab Örf ve Adetleri, İstanbul, 1996, s. 426-430, 438).

<sup>52</sup> Ekinci, s. 68.

Yine bir tür çile ve “Tanrı’nın yargıları” (jugements de Dieu, giuduzi di Dio) anlamlarına gelen “suçsuzluk sınavı”<sup>53</sup> yöntemi, hemen bütün yabanıl (barbar, vahşi) toplulukların ilkel dönem hukuk dizgelerinde ve hatta Ortaçağ Avrupa’sında sıklıkla başvurulan akıldışı ve doğaüstü bir kanıtlama biçimiydi. Buna göre, kanıt bulunamayınca, adalet bir bakıma Tanrı’nın önüne taşınıyor, suçlanan; bedeni üzerinde yapılan denemeye dayanırsa, Tanrı kendisine dayanma gücü verdiği için, suçsuz sayılıyordu. Kızgın demir, ateşte tutma, suya daldırma, kaynar ya da buzlu su, yanan odun yığınının aşma vb. gibi birçok sınaama türleri bulunmaktaydı. Bu “suçsuzluk sınaama” kurumu, Batıda daha sonraları *düello* kurumunun da temeli olmuştur<sup>54</sup>.

Bu durumda bunlardan bir kesimine muhakeme, bir kesimine de yargılama demek, çağ gerisi ve tutarsız bir tanımlamadır.

## 2-Yanıltmacalıdır

Merhum Kunter, haklı olarak ilkel dönemlerde, öbür topluluklar ile Türk oymakları ve devletleri arasında yargılama hukuku açısından hiçbir başkalık bulunmadığı çıkarımına ulaşmaktadır. Ancak daha sonra inanılması güç yanıltmacaların tuzağına düşmektedir.

Bilimsel etkinliklerin amacı, gerçeği/doğruyu bulmak ise bu yanıltmacalara katlanmak çok zordur.

Bilimsel etkinlikte ilkin mantık, çıkarımlar, bilimsel yöntemler ve ölçütler çevrime girer. Bu etkinlikte “yanıltmaca”ların<sup>55</sup> (yanıltı, yanıltım<sup>56</sup>, yanıltılı biçim<sup>57</sup>) tuzağına düşülmemelidir. Merhum Kunter’in benimsediği biçimde konuya yaklaşıldığı takdirde, ilkin görünüşte geçerli gibi bulunmasına karşın hiç de öyle olmayan çıkarımlara yol açan çarpık akıl yürütmelerinin kimi biçimlerinin tuzağına düşülmüş olacaktır. Bunlardan birincisi, olasılıkları kanıt olarak öne sürme (argu-

<sup>53</sup> L. ordalium, Eski İngilizcede ordalium, günümüz Almancasında hüküm anlamına gelen Urteil, F. ordalie, İ. ordalia. Bunun da iki türü vardı: “Tek yanlı sınaama” (ordalie unilaterale) ve daha sonraları *düello*ya dönüşen “çok yanlı sınaama” (ordalie bilaterale). (S. Selçuk).

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les bourreaux, Paris, 1972, s. 160-163; Manzini, Trattato di diritto processuale penale italiano, Torino, 1931, I, s. 7; 1932, II, s. 361; Stefani/Levasseur/Bouloc, Procédure pénale, Paris, 2000, n. 63; Cordero, Procedura penale, Milano, 1985, s. 4,18, 915.

<sup>55</sup> Y. sophisma, L. fallacia, A. Trugschung, sophisma, fangschluss, F. sophisme, argumen captieux, İ. sophism, fallacy, İ. ve İs. sofisma. O. mugalata, safsata. Yanıltmaca, kasıtlı olarak karşısındakini yanıltmaya götüren, kandıran bir mantık yürütme girişimidir. Nitekim, Yunanca sophisma sözcüğü kurnazca bir düzen ya da hile anlamına gelmektedir. (Honer/Hunt/Okholm, [Hasan Ünder], Felsefeye Çağrı, Ankara, 2003, s. 95-101; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1565, 1566; Lalande, s. 1010, 1011).

<sup>56</sup> A. trugschluss, fehlschluss, fallazie, paralogismus; F. paralogisme, argument spcieux; İ. fallacy, paralogysm, İ. ve İs. paralogismo, O. kıyas-ı fasit. Yanıltı, sağlıksız bir akıl yürütmedir. Ancak kasıtlı, bilerek, isteyerek yapılan bir çaba değildir.

<sup>57</sup> Forms of fallacious argument, types of misleading argument (Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1565, 1566; Lalande, s. 736, 737).



mentum ad iudicium), yani bilginin temellerine inilerek varılan yargıların olasılık içerdiği unutulurak kanıt diye öne sürülmesi; ikincisi, bir şeyin parçalarında, öğelerinde belli ortak özellik olması nedeniyle bu özelliğin kendisinde olduğunu çıkarılma anlamındaki *birleşim yanılması* (fallacy of composition); üçüncüsü, “her yurttaş bayrağa saygılıdır; öyleyse bayrağa saygılı herkes yurttaştır” gibi *yanlış evirme* (false conversion), yani çıkarımın bir önermedeki özne ile yüklem, doğru akıl yürütmenin gereklerine uymayan bir önermeyle sonuçlanması; dördüncüsü, *olguya karşı varsayımlar* (hypothesis contraryto fact), yani “babam zengin olsaydı, ben başarılı bir hukukçu olurum” gibi geçmişteki bir olay ya da durum gerçekte olduğundan değişik olmuş olsaydı, başka neler olacağını kesinlikle kestirme sıklıkla başvurulan yöntemler arasındadır. Merhum Usta Hukukçunun “Eğer Eski Türk oymaklarında kişilerin haklarını gözeten, evrelere ve aşamalara ayrılan, basamaklı bir yargılama olsaydı, buna ‘muhakeme’ derdim” mantığı yukarıdaki yanılmaları, özellikle de bu sonucu yanıltıyı anımsatmaktadır. Gerçekten Kunter, ilkin ilkel dönemlerde, öbür topluluklar ile Türk oymakları ve devletleri arasında yargılama hukuku açısından hiçbir başkalık bulunmadığını belirtmektedir. Ama hemen ardından bütün öbür toplumlar<sup>58</sup> için, bu arada İslam öncesi ve de sonrası Arap toplumları için, A’dan Z’ye bütün evre ve aşamaları kapsayan terim olarak “muhakeme” sözcüğünü önermektedir. Buna karşılık Eski Türk oymaklarına gelince, oralarda uygulanan anlayış ve biçimi gözeterek, sanki günümüzde hala o dönemler yaşanıyormuşçasına, “yargılama” terimini önermektedir. Yukarıda değinildiği gibi, bunu da yargılamanın ikinci evresinin son aşamaları olan duruşma ve hatta sadece karar verme/hüküm kurma olgusu ile sınırlayarak yapıyor.

Özellikle de “muhakeme” sözcüğünün boy verdiği uygarlık düşünüldüğü zaman hiç de haklı olmadığı görülmektedir. Gerçekten sözcüğün tam anlamıyla ilkel, bu yüzden de “*cabiliye (bilgisizlik) çağı*”<sup>59</sup> diye bir dönem yaşayan; dört öğeden, yani kum, hurma ağacı, deve ve, yerleşik (hadarî) değil, göçebe (bedevî) öğelerinden oluşmuş, doğru dürüst yargısal bir örgütlenme kurulmamış ve çöl ortamında biçimlenmiş ilkel bir uygarlığa özgü çöl hukukuna<sup>60</sup> dayanan Arap toplumları için

<sup>58</sup> Oysa yalnızca Eski Atina kent devleti ile Roma’da günümüz hukukuna benzer kimi gelişmeler yaşanmıştır (Okandan, s. 299-303, 555-562).

<sup>59</sup> Çağatay, İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ankara, 1982, s. 98 vd.; Çağatay, Başlangıcından Abbasilere Kadar İslam Tarihi, Ankara, 1993, s. 93 vd.; Hizmetli, İslam Tarihi, Ankara, 1995, s. 57, 59, 79.

<sup>60</sup> İslam öncesi Araplar’da bugünkü anlamda yasama, yürütme ve yargı(lama) temelinde gelişen ne bir devlet düzeni ne de örgütlenme vardı. Dolayısıyla uyumsuzlukları çözecek bir mahkeme de söz konusu değildi. Hukuk, oymaklara ve törelere göre değişik uygulanıyordu. Yargıçlardan çok hakemler adalet dağıtımını gerçekleştiriyorlardı. Bireyler, özellikle kendi oymağı dışında cezayı gerektiren bir davayla karşı karşıya kaldığı zaman kendi hakkını aramak ve savunmak durumundaydı. Böyle bir ortamda hakkını arayan kişi maddi açıdan güçlü ise hakkını alır, değilse alamazdı. İşte güçlülere karşı güçsüzleri korumak ve baskılara son vermek amacıyla yirmili yaşlarında Hz. Muhammet’in de katıldığı “Fadl’ların antlaşması” anlamına gelen ve Fadl ailesi bireylerinin ölümüyle sona eren “Hilf-el fudûl” olayı yaşanmıştır. Buna göre, haksızlığa uğrayan kişi, adalet yerine getirilinceye dek

bütün aşamaları kapsayan bir yargılamadan söz etmek ve bunu muhakeme diye adlandırmak akla da uygun bulunmamaktadır.

### 3- Çelişkilidir

Yine bilimsel etkinlikte ikinci olarak, biçimsel düşünce yasalarına da uyulmak zorunludur. Bu yasalar, özneye bağlı değildir, ama özne bu yasalara bağlıdır. Çünkü hepsi buyurucudur, belirleyicidir; ama betimleyici değildir<sup>61</sup>. Bilindiği üzere bu yasalardan en önemlilerinden biri, “*çelişmezlik ilkesi*”dir (principium contradictionis). Buna göre, kurulan iki karşıt/çelişik yargıdan ikisi de yanlış ya da doğru ya da var olan bir şey aynı anda hem kendisi hem de başkası olamaz. Bunlardan biri doğrudur, öbürü yanlıştır; biri kendisidir, öbürü başkasıdır. Yeter ki, özne ve yüklemli özdeş olsun. Merhum Kunter, eski Türk toplumları ile yine öbür eski toplumlar arasında bilim dışı bir ayırım yaparak ayrı çıkarımlara ulaşmış, tam bir çelişkiye düşmüştür. Çelişik görüşler, birbirlerini yok ettikleri için varılan sonuç ya da gerekçe de ortadan kalkar<sup>62</sup>.

### 4- Tarihsel evrime ters düşmekte ve haksızlığa yol açmaktadır

Ayrıca bu anlayış, hem tarihsel evrime ters düşmekte ve hem de bir haksızlığa da yol açmaktadır. Gerçekten bu tutum, her şeyden önce bu bir “*tarih yamılgısı*”dır (anakronizm), tarihi tersinden okumaktır; Türk oymaklarında kullanılan sözcükten yola çıkarak geçmişi bugüne taşımaktır. Oysa Türkçe yargılama sözcüğünün kökündeki “*yār-*“ eyleminin bilinen anlamının yanı sıra “*hüküm vermek*” anlamını da taşıdığı dilbilimciler tarafından ortaya konmuştur<sup>63</sup>.

Öte yandan söz konusu anlayış bu noktada da kalmamakta, Türk adalet anlayışına yönelik bir haksızlığa da yol açmaktadır. Çünkü böyle yapıldığı takdirde,

---

yalnız bırakılmaz, desteklenirdi. Bu kurum, İslam'dan sonra kurulan “mezalim mahkemeleri”nin temelini oluşturmuştur (Çağatay, 1982, s. 100, 1993, s. 78 vd.; Schacht, [Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener], İslâm Hukukuna Giriş, Ankara, 1986, s. 18; Brockelmann, [Neşet Çağatay], İslâm Ulusları ve Devletleri Tarihi, Ankara, 2002, s. 4; Zeydan, [Ali Şafak], İslâm Hukukuna Giriş, İstanbul, 1976 s. 55, 56; Hamidullah, (Kemal Kuşçu), İslam'da Devlet İdaresi, İstanbul, 1963, n. 109; Atar, İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara, 1979, 30, 31, 33, 165). Ancak Hilf-el fudûl, Hz. Muhammed Medine'ye geldikten sonra o çevrede yaşayan ve birbirine düşman olan değişik inançtaki kesimlerin barış içinde yaşamaları amacıyla karşılıklı hak ve sorumluluklarını belirleyen ve bir tür anayasa niteliğinde bulunan 47 maddelik “Medine Belgesi” ile karıştırılmamalıdır. (Armağan, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara, 1996, s. 210-216).

<sup>61</sup> Mengüşoğlu, Felsefeye Giriş, İstanbul, 2008, s. 106; Dinçer, Kısaca Felsefe, Ankara, 201, s. 67. s

<sup>62</sup> Fransız Yargıtayının sürekli dile getirdiği bu husus, yargı kararını kesin bozma nedenlerinden biridir. Bir hukuk özdeyişine dönüşen bu anlatımın kaleme alınış biçimi şöyledir: “Çelişik nedenceler, birbirlerini karşılıklı olarak yok ettikleri için, hüküm gerekçeden yoksun sayılır; o halde geriye bir şey kalmaz” (les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien) ya da “nedenceler ve/ya hüküm fıkrası arasında çelişki bulunması, gerekçe yokluğuyla eşdeğerdir” (la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs). (Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 388, 389).

<sup>63</sup> Gülensoy, Türkiye Türkçesindeki Türkçe Sözcüklerin Köken Bilgisi Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 1074.

değerlendirmede çifte ölçüt kullanılmış olacak, aynı değerlendirmenin öbür toplumlar için neden yapılmadığı sorusu ister istemez gündeme gelecektir. Bu soruyu yanıtlamak ise çok güçtür. Kaldı ki, Türk oymaklarında, bildiğimiz kadarıyla, az önce değinilen “suçsuzluk sınama” yöntemine başvurulduğuna ilişkin bir bulguya da bugüne dek rastlanmamıştır ve bu durum, bir ölçüde aynı dönem öbür toplumlara oranla Türk toplumunun daha çok gelişmişliğinin bir anlatımıdır.

### **E- Kunter’in görüşü, bilim felsefesi açısından, iç çelişkiyle örselenmiştir**

Gerçekten erkler ayrılığı ilkesine göre, yasa yapma görevinin ve organının “yasama”; yasalara göre ülkeyi yönetme görevinin ve organının “yürütme” olarak Türkçeleştirilmesinin doğru, ancak üçüncü erkin “yargılama” yerine “yargı” olarak adlandırılmasının yanlış olduğunu yerinde gerekçelerle vurguladıktan sonra bu kez, “yargılama” yerine “muhakeme” denmesini önermek, çelişkiyi daha da çarpıcı boyutlara taşımaktadır. Bu yüzden Merhum Kunter, özellikle dilbilimcilerin üzerinde birleşecekleri “uzlaşma işlemi”nden büsbütün uzaklaşmakta, paylaşılması zor bir sonuca ulaşmakta, üzerinde uzlaşılması olanaksız “öznel işlem”iyle baş başa kalmaktadır.

## **IV-SONUÇ VE ÖNERİMİZ**

### **A- Bundan böyle artık muhakeme değil, yargılama terimi yeğlenmelidir**

Birinci sorun ve belirleme şudur: Elbette bugün Türkçede “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” yerine “süreç hukuku” (Strafprozessrecht, diritto processuale) denmesi artık çok zordur ya da en azından zor görünüyor. Dolayısıyla geriye, iki terimden birini seçmek kalıyor: Bu hukuk dalına ya “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” adı verilecektir.

İkinci sorun ve belirleme şudur: Anlambilim, köken bilgisi ve yargılama sözcüğünün tarihsel gelişimi, “muhakeme” ve “yargılama” sözcüklerinin eşanlamı olduğunu ortaya koymaktadır. Aradaki tek başkalık, birinin Arapça, öbürünün Türkçe olmasıdır. Öyleyse seçimi bu bilgilerin ışığında yapmak zorundayız.

Üçüncü sorun ve belirleme şudur: Bilim ezbere dayanmaz. Çünkü ancak ana dilin kendi toprağında üretilen sözcükler, insanı düşündürür, düşündürdüğü için canlıdır, diridir ve yaşar. Sözelimi, bir Türk çocuğuna talil, dedüksiyon ya da istikra, endüksiyon dendiği zaman kafasında hiçbir düşünce kıvılcımı çakmaz. Ama tümdengelim ya da tümevarım dendiği zaman beyninde hemen düşünce kıvılcımları çakacak, düşünmeye başlayacaktır, Türk çocuğu. Dahası ne zaman talil, dedüksiyon, istikra, endüksiyon sözcükleri geçse, Türk çocuğu sözlüklere başvurmak, onları ezberlemek zorundadır. Ancak tümdengelim, tümevarım dendiği zaman ezberlemek şöyle dursun, Türk çocuğu hemen düşünmeye başlayacak; ezberin çürütücü etkisinden uzak kalacaktır. Anadilin dehasıdır, bu. Bu yüzden gerçek bilim,

anadilde yapılır. Bunun bilincinde olan toplumlarda anadili koruyan yasalar çıkarılmıştır<sup>64</sup>. Türk toplumu, bu gerçeklerin/doğruların bugün de dışında yaşamaktadır. Türk insanında bir toplumu ulus yapan en önemli öğelerden birinin yetersiz olduğu görülmektedir. Anadil bilincidir, bu. Bu yüzden anadili örseleyen yabancı sözcüklerin dile sızmasına, hatta dili sarıp kuşatmasına, doğal bir olaymış gibi, izin verilmektedir.

Bütün bu nedenlerle biz, “yargılama” teriminin “muhakeme” terimini bütünüyle, hatta fazlasıyla karşıladığı; dahası Türk insanının beyninde düşünce kıvılcımları çaktırdığı kanısındayız. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, Arapça “muhakeme” sözcüğünün kökü, “hüküm”dür. Bu kökten türetilen “muhakeme, mahkeme, hâkim (hükmeden, hüküm kuran), mahkûm”, Osmanlı aydınının uydurduğu “mahkûmiyet”<sup>65</sup> gibi sözcükler, “hüküm” sözcüğünü ve bu sözcüğün anlamını bilen Arap çocuğunun kafasında elbette kıpırdanmalar yaratır. Ama Türk çocuğu bunları ezberlemek zorundadır. Kısaca Türk çocuğu için muhakeme terimi, ezberdir; çürütür ve algılama kapılarını kapatır. “Yargılama” terimi ise, düşünmedir, düşündürür; diriltir, canlandırır ve algılama kapılarını açarak yeni açılımlara doğru koşturur Türk çocuğunu. Öyleyse yukarıda değinilen nedenleri de gözetirsek, asıl dışlanması gereken terim, “muhakeme”dir; “yargılama” değil. Hem yargılama sözcüğü ile muhakeme sözcüğü eş anlamlı ise neden Arapçasını kullanalım ki?!

### **B-İkinci evrenin adı da “kovuşturma” olmalıdır**

Süreç olarak ceza yargılaması, çözümlemeci (analitik) yaklaşıldığında hukuki yapı açısından “duruk” (statik); hukuk düzeni açısından devinimli (hareketli, dinamik), hukuki ilerleme, yürütülme, akış açısından kinematik bir nitelik sergilemektedir<sup>66</sup>.

Ceza yargılamasına birleşimci (sentetik) bakımından yaklaşıldığında ise yapıbilimsel açıdan üç evre karşımıza çıkmaktadır: 1-*Soruşturma* (instruction istruzione, instrucción), 2-*bilişme* (cognition, cognizione, cognición), 3-*yerine getirme* (infaz, exécution, esecuzione, ejecución)<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Selçuk, Önce Dil, İstanbul, 2009.

<sup>65</sup> Çünkü sonu “-iyet-iyet” ekiyle biten bütün sözcükler, halkın dilini küçümseyen ve kendilerine özgü yapma bir dil ardında koşan Osmanlı aydınının uydurmasıdır. Bu sözcükler Arapçada yoktur ya da varsa bile yapısı böyle değildir. Cumhuriyet, hürriyet, mağduriyet, isnadiyet, aidiyet, ciddiye, aynı alışkanlıkla son yıllarda uydurulan acziyet vb. gibi. Türk insanı, kendi anadilinin köklerinden sözcükler yaratarak dilini varsıllaştıracak yerde, başka uluslar adına o ulusların dillerinde sözcük uydurma alışkanlığından vazgeçmelidir (S. Selçuk).

<sup>66</sup> Foschini, Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, 1965, s. 18-22. Bu tanı da, kanımızca “fenomenolojik” açıdan da doğrudur (S. Selçuk).

<sup>67</sup> Foschini, I, s. 22. Böylece Kunter, Foschini’den ayrı düşünmekte, ceza yargılama hukukunda iki evrenin bulunduğunu belirtmektedir (s. 747). Buna karşılık öğrencileri, evre sayısını dörde çıkartmışlardır: 1-Soruşturma, 2-ara soruşturması, 3-kovuşturma, 4-yargının (hüküm) yerine getirilmesi (Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 637).

Görüldüğü üzere ceza yargılaması hukukunda birinci ve ikinci evrelerin adlandırılmasında bir sorun yoktur. Birinci evrenin adı Türkçemizde de Batı dillerindeki gibidir: “Soruşturma”. Ancak bu evreye Kunter, “önsoruşturma” demektedir. Üçüncü evrenin adlandırılmasında da bir sorun yoktur. Gerçi 2004/5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası (CYY), yerine getirme (çektirme, infaz) evresini 2004/5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Önlemlerinin Yerine Getirilmesi Hakkında Yasa’ya (CGÖYGY) bırakmış ve cezaların yerine getirilmesine (infaz) ilişkin hukuk artık yeni bir hukuk dalı olmuş ise de, bu evredeki çoğu işlemlerin ceza yargılaması hukuku kapsamına girdiği açıktır.

Sorun, ikinci evrenin adlandırılmasındadır. Merhum Kunter’in birleşik sözcükle “sonoruşturma” dediği bu evrenin amacı, bilindiği gibi, yükletilen suç konusunda ortaya çıkan uyumsuzluğu yargıya (hüküm) ulaşacak biçimde ortaklaşa ve karşılıklı bilgilenme, öğrenme, aşağıda açıklanacağı üzere, doğru anlatımla “bilişme” yöntemiyle yargılayıp çözmektir<sup>68</sup>.

Kunter’in öğrenme yargılaması başlığı altında incelediği bu evreye CYY, “kov(ğ)uşturma”, yani geniş anlamda “duruşma” demiştir.

Bilindiği üzere İtalyan hukukunda kovuşturma evresine, “bilişme”<sup>69</sup> denmektedir. İtalya’da ve bizde bu evre, aslında terimin geniş anlamında “duruşma”dır (dibattimento, débat, debate) ve üç aşamayı içine almaktadır<sup>70</sup>: 1-Önduruşma (*duruşma hazırlığı*, predibattimento), 2-duruşma (*dar anlamda duruşma*, dibattimento, débat, debate), 3-sonuç çıkarım (istidlal, duruşma sonrası görüşme ve yargı [hüküm] oluşturma, postdibattimento).

Tam bu noktada Osmanlıca “murafaa”<sup>71</sup> teriminin yerini alan “duruşma” te-

<sup>68</sup> Kunter, s. 889.

<sup>69</sup> Foschini, II, s. 273 vd. Sırasıyla Fransızca, İtalyanca ve İspanyolca “*cognition, cognizione, cognición*” sözcüklerinin en doğru çevrisi “öğrenme” değil, “bilişme”dir. Çünkü bu sözcük işi ve/ya eylemi, eylem gövdesine “-(i)ş” eki eklenerek türetilen ve öznelerin “ötüşme(k), uçuşma(k)” gibi birlikte ya da “sevişme(k), kucaklaşma(k), dövüşme(k), sövüşme(k)” gibi karşılıklı edimi yahut da “-leş” ekiyle “esmerleşme(k), güzelleşme(k)” gibi nitelik eşitliğini ya da “sözleşme(k), dertleşme(k), paylaşma(k)” gibi birlikte yapmayı anlatmaktadır (Gencan, Dilbilgisi, TDK, İstanbul, 1971, n. 317). Türkçemizdeki “öğrenme” ise tek yanlı edilgin bir işi ya da eylemi anlatmaktadır ve “işteş” yapılı “öğrenişme(k)” diye bir ad ya da eylem ise Türkçemizde bulunmamaktadır. Buna karşılık “*bilişme, bilişmek*” sözcükleri Türkçemizde vardır ve “birbirini tanıma(k), birbirini bilme(k), dostluk kurma(k), tanışma(k)” anlamlarına gelmektedir ve işteş bir işi ya da eylemi anlatmaktadır. Ozanlarımız zaman zaman bu sözcükleri kullanmışlardır: “Buna zamanlar bilişip, ahir dönüp ayrılışip” (Yunus Emre); “Üzlet ehli bilişir Allah ile” (Eşrefoğlu Rûmi), “Kimse gümân ü zann ile Hak ile olmadı biliş” (Nesimi). (Ayverdi, s. 368; Püsküllüoğlu, s. 301).

<sup>70</sup> Foschini, II, s. 279 vd., 363 vd., 489 vd.; Kunter, s. 749; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.637

<sup>71</sup> Ortadan kaldırma, geçersiz kılma anlamında “*ref*” (*ref-i cidal, ref-i kaza gibi*) kökünden türetilen “*murafaa*” (mürafaa) sözcüğünün karşılığı, Türkçemizde mahkemece tarafların çağrılarak yüze karşı, sözlü ve açık olarak yapılan yargılamadır, yani duruşmadır (Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991, s. 78, 243, 257, 363; Ayverdi, 2145, 2564; Develioğlu, s. 817, 1057; TDK, Türkçe Sözlük, s. 579, 1412).

riminin anlamı üzerinde de durmak gerekmektedir. Çünkü Merhum Kunter, yargılama terimini yukarıdaki son iki aşamayı karşılamak üzere kullanmakta ve ele almaktadır.

“*Duruşma*” terimi, köken bilgisine ve Türkçemizdeki anlamlarına göre, Kunter’in yargılama dediği aşamaları, yani dar anlamda duruşmayı ve yargıda bulunmayı içermekte; bunun yanı sıra yargılamanın her aşamadaki diyalektik yapısının en uç noktada ortaya çıkmasına da vurgu yapmaktadır. Gerçekten duruşma sözcüğü sadece davacı, davalı ya da yakınan, katılan, savcı ve sanığın katıldıkları yargılama evresini anlatmamakta, halk (saz) ozanlarının karşılıklı deyişlerle birbirlerine söz atmalarını, yani “atışma”yı da anlatmaktadır. Bir başka anlatımla sözcük, ağız kavgası, tartışma anlamlarına da gelmektedir. “Duruşmak” sözcüğü ise bu sözcüğün eylem durumunu belirtmektedir. Nitekim duruşmak sözcüğünün kimi zaman eski Türkçemizde “dürüşmek” olarak da kullanıldığı görülmekte ve her iki sözcüğün birbirine karşı durmak, savaşmak, mücadele etmek, çarpışmak anlamlarında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Sözelimi, “Dürüş, kazan, ye, yedir, bir gönül ele getir” (Yunus Emre); “Duruşalım nam için cenk edelim” (İskender Kitabı, Tarama Sözlüğü) gibi<sup>72</sup>.

Tam bu noktada Batı dillerinde kavga, dövüşme gibi anlamlara da gelen ve “*tartışma*” denilen kovuşturmanın bu aşamasının “duruşma” olarak Türkçeleştirilmesinin doğru olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir. Türkçeleştirme devrimi sırasında özleştirmecilerin haklı olarak duruşma aşamasındaki karşılıklılığı ve aynı zamanda birlikteliği, ortaklaşalığı da anlatan bu terimi yeğlerken duruşma sırasında tarafların, saz ozanları gibi atıştıklarını, tartıştıklarını da gözettikleri anlaşılmaktadır. Burada bir sözcük daha karşımıza çıkmaktadır: *Niza*. Sözcüğün kökünde bozma, birbirine düşürme, yok etme anlamlarına gelen “*nez*” sözcüğü bunmaktadır ve anlamı “*bozuşma, çekişme*” dir. Bu aşamaya “*niza*” karşılığı kullanılan ve birlikteliği, ortaklaşalığı anlatan “*çekişme*” ya da aynı doğrultuda Batı dillerindeki gibi “*tartışma*” da denilebilirdi ve bu son terim kanımızca aşağıdaki nedenlerle daha çok doğru olurdu<sup>73</sup>. Ancak gerek “*çekişme*” ve gerek “*tartışma*” sözcükleri, saz ozanlarının yaptıkları gibi karşılıklılık ve atışma vurgusunu “duruşma” sözcüğüne oranla daha ikincil düzeyde sergilemektedir. Bu yüzden özleştirmecilerin duruşma sözcüğünü yeğledikleri anlaşılmaktadır. Elbette özleştirmeciler, bu öneriyi gündeme getirdikleri sırada, uygulamada duruşmanın “*karşılıklı durma*” işine ve eylemine dönüşeceğini kestiremezlerdi. Duruşmanın böyle yaşanması ve karşılıklı durmaya dönüşmesiyle ilgili kınama yargısı, hiç kuşkusuz özleştirmecilere değil, yargıçlara yöneliktir.

Evet, bütün bunlar gözetildiğinde duruşma terimi yerine “*tartışma*” terimi yeğlenmeliydi. Bunun yerinde nedenleri vardı. Birinci neden, Türk hukuku, Batı

<sup>72</sup> Ayverdi, s. 769, 781, 2145; Püsküllüoğlu, s. 181, 583.

<sup>73</sup> Ayverdi, s. 546, 2343, 2359, 3037; Püsküllüoğlu, s. 1310, 1660; Develioğlu, 996, 1008; Türkçe Sözlük, TDK, s. 408, 1478, 1909.

hukuku terimlerini özümsemek ve uygulamaya yansıtma zorundaydı. Nitekim Japonlar, 19. yüzyılın sonlarından bu yana Batı kavramlarını hukuk öğretisine ve uygulamasına yerleştirme savaşını vermişler ve bunda çok başarılı olmuşlardır. Eğer “tartışma” sözcüğü hukuk kavramı olarak alınsaydı ve hukuk terimcemize girseydi, elbette uygulama daha başarılı olacaktı. Zira Batı hukukuyla bütünleşmenin en önemli yollarından biri kuşkusuz terimlerin Batıdaki karşılıklarına uymasıydı. İkinci neden, “tartışma(k)”, Türkçe’nin en güzel ve anlamlı sözcüklerinden biridir. Batı dillerindeki gibi “dövüşme(k)” anlamını içermemekte ve bunun yanı sıra düşünceleri, görüşleri sözlerle açıklayanların karşılarında yer alan kimselerin düşüncelerini, görüşlerini de karşılıklı olarak tartmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır. Üçüncü neden, tartışma terimi, yargılamanın temel ilkelerinden olan sözlülük, yüz yüzelik ve ortaklaşalık ilkelerini çok daha iyi yansıtmaktadır. Son neden olarak da tartışma terimi, duruşma sözcüğü gibi bu aşamaya katılanların karşılıklı durmaları anlamını yansıtmadığından, uygulamayı doğru biçimde etkileyebilir ve yönlendirebilirdi.

Bütün bu nedenlerle kanımızca en doğru seçim “*tartışma*” terimidir.

Yasa’nın yeğlediği “kovuşturma(k)”<sup>74</sup> sözcüğüne gelince, durum şudur: Günlük dilde bu sözcük, bir kimse hakkında yapılan araştırmayı, soruşturmayı ve takibatı anlatmaktadır. Türk yasa koyucusu ise, sözü geçen terimi “iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine dek geçen evre” olarak tanımlamakta (CYY, m. 2[1]f) ve hukuk terimcemize bu anlamıyla katmaktadır.

Demek oluyor ki, kovuşturma evresini anlatmak için İtalyan öğretisi gibi “bilişme” ya da Yasa’nın dediği gibi “kovuşturma” yahut da Kunter gibi “son soruşturma” veyahut da geniş anlamda “duruşma” olarak adlandırmak ve terimlerden birini seçmek gerekecektir.

Bizce yeğlenmesi gereken ve doğru terim, artık “*kovuşturma*”dır. Böylelikle Yasa’nın hem dizgesiyle uyum sağlanmış, hem “soruşturma” teriminin yol açması olası terim/kavram kargaşası önlenmiş ve hem de “duruşma” terimi, kovuşturmanın son iki aşamasıyla sınırlanmış olacaktır.

Bütün bunların bileşkesini aldığımız zaman sonuç olarak ceza yargılaması kanımızca *soruşturma*, *kovuşturma* ve *yerine getirme* olarak üç evreden; kovuşturma evresi de “*hazırlık*”, “*duruşma*” ve “*yargı ya da sonuç çıkarım*” olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

<sup>74</sup> Develioğlu, s. 1227; Püsküllüoğlu, s. 1140, 1644; Ayverdi, 1786, 3009; Türkçe Sözlük, TDK, s. 1224, 1890.

