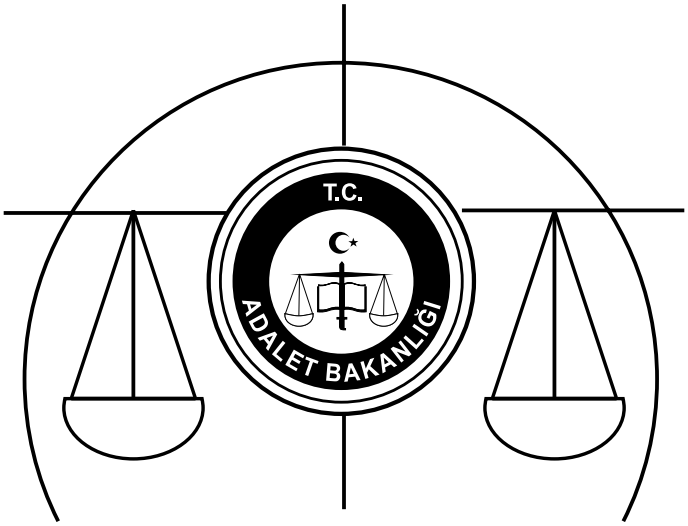

T.C.
ADALET BAKANLIĞI
STRATEJİ GELİŞTİRME BAŞKANLIĞI

ULUSLARARASI YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON JUDICIAL ETHICS

26-27 MAYIS / MAY 2016
İSTANBUL

ULUSLARARASI YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

International Symposium On Judicial Ethics

Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 56

Mayıs 2017

ISBN: 978-975-7978-81-7

Çeviri: Keyhan Tercüme

Kapak Tasarım & Dizgi : Melek Matbaacılık

Teknik Hazırlık Büyük Sanayi 1. Cad. No: 78/17 İskitler/ANKARA

Baskı : Hermes Tanıtım Ofset

Büyük Sanayi 1. Cad. No: 105 İskitler/ANKARA

Bu yayında dile getirilen görüşlerin sorumluluğu dile getirenlere aittir, mutlak suretle Adalet Bakanlığı'nın resmi politikalarını yansıtmaz. Adalet Bakanlığı bunlardan dolayı herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

Sempozyum kayıtlarının çözümleri oturum başkanları ile katılımcılara gönderilerek gerekli düzeltmeleri yapmaları sağlanmıştır. Editör ekip bu çalışmaları koordine etmiş ve sadece önemli anlam bozuklukları ile imla düzetmeleri yapmıştır.

Bu eserin telif hakları Adalet Bakanlığı'na aittir. Bakanlığın yazılı izni alınmadan çoğaltılamaz.

DÜZENLEME KURULU

Hâkim Alpaslan AZAPAĞASI
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı

Hâkim Kubilay İNAN
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkan Yardımcısı

Jale YILMAZ
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Daire Başkanı

Zuhal TOKAR GÜNEŞ
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Tetkik Hâkimi

BİLİM KURULU

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
Türk Felsefe Kurumu Başkanı

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara Üniversitesi Öğretim Üyesi, Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Yıldız Teknik Üniversitesi, İnsan ve Toplum Bilimleri

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Türkiye Felsefe Kurumu Başkan Yardımcısı

Prof. Dr. Mortimer SELLERS
Baltimore Üniversitesi Maryland-ABD

ORGANIZATION COMMITTEE

Judge Alpaslan AZAPAĞASI
The Ministry of Justice, General Director of the Department of Strategy Development

Judge Kubilay İNAN
The Ministry of Justice, Deputy Director of the Department of Strategy Development

Jale YILMAZ
The Ministry of Justice, Department Director of the Department of Strategy Development

Zuhal TOKAR GÜNEŞ
The Ministry of Justice, Investigation Judge of the Department of Strategy Development

SCIENCE COMMITTEE

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
President of the Turkish Philosophy Institution

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara University Lecturer on Philosophy of Law, and Public Law

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Yıldız Technical University, Humanities and Social Sciences

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Acting President of the Turkish Philosophy Institution

Prof. Dr. Mortimer SELLERS
Baltimore University, Maryland-ABD

SUNUŞ

Bekir BOZDAĞ
Adalet Bakanı

Yargı sistemlerinin dünya genelinde reforma tabi tutulduğu bir süreç yaşamaktayız. Bu süreci bilgi çağı olmanın getirdiği değişimler, teknolojik gelişmeler, artan ve hızlanan ekonomik ilişkiler, küreselleşen ve tabiatı hızla değişen suç olgusu hızlandırılmaktadır.

Tüm bunlar, adalet sistemlerinin alternatif usul ve hukuki yöntemlerle derinleşmesini, daha hızlı karar verecek şekilde performansa dayalı anlayışla yeniden yapılanmasını ve sistemde rol alanların zihniyet yapısının değişmesini gündemimize getirmektedir.

Toplumun yaşam standardının yükseltilmesi ekonomik göstergelerin yanı sıra, tüm kamu hizmetlerinin daha nitelikli sunulmasını gerektirmektedir. Bunun farkında olan Ülkemiz, kamunun genelinde olduğu gibi adalet hizmetleri alanında da halkımızın yaşam standardını yükseltecek mükemmelliği yakalamak kararlılığındadır.

Adalet sisteminin işleyişinde mükemmelliğin yakalanması sistemin kalitesinin sürekli artırılmasını gerektirmektedir. Günümüzde adalet sistemlerinin kalitesinin ölçülmesini sağlayacak parametreleri; makul sürede yargılama, isabetli karar, düşük bozma oranları, yararlanıcıların memnuniyet oranının yüksekliği gibi unsurlar oluşturmaktadır. Bakanlığımız adalet sisteminin işleyişinden siyaseten sorumlu olduğu

gerçeğinden hareketle kaliteyi yükseltecek unsurların sağlanması için adeta seferberlik ilan etmiş bulunmaktadır.

Adalet sistemine ilişkin; stratejisi olmayan, birbirinden kopuk, günübirlik ve sadece bazı sorunlara odaklanmış anlayış son yıllarda terk edilmiştir. Bunun yerine, vizyon belirlenmesini ve bir takvim dahilinde önceden belirlenmiş adımların atılmasını öngören stratejik yönetim anlayışı benimsenmiştir. Çalışmalarımız, insan kaynaklarından, mevzuata, fiziki altyapıdan, bilişim sistemlerine, ceza infaz kurumlarından, yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığına kadar birçok alanda önemli sonuçlar vermiştir.

Adalet sisteminin etkinliği açısından sadece hukukçuların yetiştirilmesi yeterli olmamaktadır. Hukuku uygulayanlarda etiğe dayanan bir vicdanın oluşması da mutlaka gereklidir. Hukukçuların, kanunlar dışında uymaları gereken, meslekleriyle ilgili kuralların varlığı şüphesizdir. Bu kurallar yargı etiği kavramı altında somutlaşmaktadır.

Tarihin bütün dönemlerinde tarafsız ve bağımsız hâkimlere ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle, tıpkı kanunlar gibi uyulması gereken temel etik değerler yargı camiasının öteden beri tartıştığı temel alanlardan olmuştur.

Adil yargılanma hakkı kapsamında; yargılamaların bağımsız, tarafsız ve etkin bir şekilde yapıldığına dair, gerek davanın taraflarında gerekse kamuoyunda kuvvetli bir inancın olması bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının sağlanmasında en önemli araçlardan biri yargısal etik ilkelerin belirlenmesidir.

Günümüzde yargı etiği adına geçmişin mirası ve günümüz ihtiyaçları ile yeni belirlemeler yapmak gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu konuda yargı etiğini daha da güçlendirmek adına önemli çalışmalara ve reformlara imza atmaktayız.

Hukukçularımız yargı etiğine ilişkin temel bilgileri hukuk fakültesinde öğrenmeye başlamaktadır. Adaletin yeterli bilgiye dayanılmadan dağıtılması, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün zedelenmesine neden olacaktır. Bu nedenle adalet hizmetlerinde kaliteyi yükseltmenin önemli koşullarından biri de iyi eğitim ve öğrenim görmüş, hukuku özümsemiş, güncel gelişmeleri izleyen, sağlıklı yorum yapan, doğru sonuca varan hukukçuların varlığıdır.

2009 yılında oluşturulan ve 2015 yılında güncellenen Yargı Reformu Stratejisinde yargının hesap verilebilirliğini ve saydamlığını artırmak amacıyla "Tüm yargı mensuplarının uyması gereken etik ilkelerin belirlenmesi" hedefine yer verilmiştir.

Bu hedef kapsamında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yürütülen "Türkiye'de Yargı Etiğinin Güçlendirilmesi Projesi" başlatılmıştır.

Bu yayına konu sempozyum da bu çalışmaları pekiştiren ve bizlere yeni ufuklar açan bir çalışma olmuştur.

Etik ilkelerin belirlenmesi ile yargısal süreçlerdeki şeffaflığı ve hesap verilebilirlik artacak ve bu sayede bir yandan yargıya olan güven yükselirken diğer yandan yargı mensuplarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi daha denetlenebilir hale gelecektir.

Sempozyumumuza yurtdışından ve yurt içinden gelen değerli akademisyenlerimize, üniversite dekanı ve temsilcilerimize, barolarımızın kıymetli temsilcileri ile yargı mensuplarımıza katkılarından dolayı ayrı ayrı teşekkür ediyor ve yayının faydalı olmasını diliyorum.

INTRODUCTION

Bekir BOZDAĞ
Minister Of Justice

We live in a process where judicial systems are going through reformation throughout the world. This process is accelerated by changes in the current information age, technological developments, increasing and accelerating economic relations, globalizing and rapidly changing state of crime.

All of these factors bring to our agenda the deepening of justice systems by alternative procedural and legal methods, their restructuring with a performance-based approach in order to make decisions more quickly, and the change in the mindset of those taking part in the system.

Raising the life standard of the society requires more qualified presentations of all public services, as well as economic indicators. With an awareness on this fact, our country is determined to achieve the perfection that will raise the life standard of our people in the field of justice services as in the entire public area in general.

Achieving perfection in the functioning of the justice system requires continuous increase in the quality of the system. In today's world, the parameters that will enable the measurement of the quality of justice systems consist of elements such as trial within a reasonable period of time, right decision, low rates of reversal, high satisfaction rate of beneficiaries. Acting on the fact that our Ministry is politically responsible for the functioning of

the justice system, they have almost declared mobilization for the provision of elements improving quality.

As for the justice system; approaches which are unassociated with each other, based on no strategy but only a number of particular problems have recently been abandoned. Instead, a strategic management approach has been adopted, which involves a vision to be determined and predetermined steps to be taken within a timeline. Our efforts have yielded significant results in many fields ranging from human resources to legislation, physical infrastructure to information systems, penitentiary institutions to judicial independence and impartiality.

In terms of the efficiency of the justice system, training of law practitioners is not solely enough. It is also absolutely necessary for those practicing law to have a conscience based on ethics. Undoubtedly, there are professional rules that law practitioners need to comply with apart from the law. Such rules are embodied under the concept of judicial ethics.

Impartial and independent judges have been needed throughout all periods of history. Therefore, the fundamental ethical values which must be pursued, such as laws, have long been among the basic areas discussed by the judicial community.

Within the scope of the right to a fair trial; it is essential that both the parties of the case and the public have a strong belief that judicial procedures are carried out in an independent, impartial and effective manner. One of the most important instruments in ensuring the right to a fair trial as set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights is the identification of principles of judicial ethics.

It has lately become necessary to make new determinations with the heritage from the past and today's needs in terms of judicial ethics. In this frame, we have been performing significant efforts and reforms with a view to further strengthen the judicial ethics.

Our law practitioners start to learn fundamental information about judicial ethics at law schools. Doing justice without sufficient knowledge will result in damage to the right to a fair trial and to the right to legal remedies. Therefore, one of the important conditions for improving quality in justice services is the existence of law practitioners who have attained good education and training, and internalized the law, who follow current developments, make sound interpretations, and come to the right conclusion.

The Judicial Reform Strategy which was created in 2009 and updated in 2015 contains the objective that is "to set out the ethical principles that all members of the judiciary are to comply with" in order to improve accountability and transparency of the judiciary.

In frame of this objective, the "Project on Strengthening of Judicial Ethics in Turkey" has been initiated and is being carried out by the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors.

The symposium which is the subject of this publication has strengthened these efforts and opened new horizons for us.

Once ethical principles have been determined, transparency and accountability in judicial processes will increase, as a result of which confidence in the judiciary will be raised, while the principle of independence and impartiality of the members of the judiciary will become more controllable.

I would like to thank our honored academicians attending our symposium locally or from abroad, dean of the university and representatives, distinguished representatives of bar associations and esteemed members of the judiciary for their contribution to the symposium; and I hope this publication will be useful for law practitioners.

İÇİNDEKİLER

PROGRAM ..... **XXXVII**

AÇILIŞ KONUŞMALARI **3**

Hadi SALİHOĞLU
İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

Vasip ŞAHİN
İstanbul Valisi

Alpaslan AZAPAĞASI
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı

Prof. Dr. Erkan İBİŞ
Ankara Üniversitesi Rektörü

Kenan İPEK
Adalet Bakanlığı Müsteşarı

BİRİNCİ GÜN

BİRİNCİ OTURUM 27

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ

Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

EDEBİYAT AYNASINDA YARGI ETİĞİ

Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR

Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Türk Dili Edebiyatı Ana Bilim Dalı,
Öğretim Üyesi

OSMANLI DEVLETİ'NDE HÂKİMLERİN SEÇİMİ VE TAYİNLERİNİN YARGI ETİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL

Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi,
İnsan ve Toplum Bilimleri Öğretim Üyesi

Vuslat DİRİM

Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı

KUŞAKLARARASI ADALETE CUMHURİYETÇİ BİR YAKLAŞIM

Prof. Byung SUN-ON

Sogang Üniversitesi / Güney Kore

İKİNCİ OTURUM 85

YARGILAMADA ETİK BİLGİ VE İLKELER

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Turgut TARHANLI

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

HUKUK İLKELERİNİN YORUMLANMASININ ARZ ETTİĞİ ÖNEMİN KANUN METİNLERİNİN ANLAŞILMASI BAKIMINDAN SORGULANMASI
Prof. Marijan PAVNCNIK
Ljubljana Hukuk Fakültesi / Slovenya

YARGI ETİĞİ YA DA YARGIDA ETİK: YARGI NASIL ETİK OLUR?
Prof. Dr. Harun TEPE
Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

YARGILAMADA BİLGİSEL ADALETSİZLİĞE YER VERMEMEK
Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kamu Hukuku,
Hukuk Felsefesi Öğretim Üyesi

ÜÇÜNCÜ OTURUM 121

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

OSMANLI DEVLETİNDE HÂKİMLERİN UYMASI GEREKEN ETİK İLKELERİ: HÂKİMİN ADABI

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

BATI HUKUKU GELENEĞİNDE AHLAK, HUKUK VE YARGI ETİĞİ

Prof. Mortimer SELLERS

Baltimore Üniversitesi Maryland-ABD

JAPONYA'DA MESLEKTEN OLMAYAN HÂKİMLER NEDEN İDAM CEZASI VERMEYE DEVAM EDİYOR? DEVLET GÜDÜMLÜ ADAM ÖLDÜRME ETİĞİ

Prof. Tetsu SEKURAI

Kobe Üniversitesi / Japonya

İKİNCİ GÜN

DÖRDÜNCÜ OTURUM 215

YARGILAMADA ETİK: HÂKİMLER VE SAVCILAR

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

HUKUKUN GERÇEKLİKLERİ GALİBİYET ANLATILARIDIR - GERÇEKÇİ VE RETORİK HUKUK FELSEFESİNE AİT TEMEL SAVLAR

Joao Mauricio ADEODATO

Federal Pernambuco Üniversitesi/Brezilya

MECELLE'YE GÖRE HÂKİMLİK ETİĞİ

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

HÂKİMLİKTE MESLEK ETİĞİ

Hâkim Gökten KOÇOĞLU

Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Hâkimi

KOMÜNİZM SONRASI TOPLUMLARDA HUKUKÇULARIN BAĞIMSIZLIĞI VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Prof. Dr. Tomasz STAWECKI

Varşova Üniversitesi/Polonya

BEŞİNCİ OTURUM..... 267

HUKUK EĞİTİMİNDE ETİK BİLGİNİN ÖNEMİ

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN

Türkiye Felsefe Kurumu Başkan Yardımcısı

HUKUK EĞİTİMİ VE ETİK

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

İzmir Üniversitesi Rektör Yardımcısı

HUKUK ÖĞRETİM VE EĞİTİMİNDE ETİĞİN YERİ

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Felsefesi Bölüm Başkanı

HUKUK EĞİTİMİNDE MESLEK ETİĞİ DERSİNE YER VERİLMESİNİN ÖNEMİ VE AMACI

Yrd. Doç. Dr. Nazime BEYSAN

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Görevlisi

YARDIMCI ADALET PERSONELİNİN TABİ OLDUĞU MESLEK ETİĞİ VE UYGULAMASI

Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürü

ALTINCI OTURUM **313**

YARGILAMADA ETİK: AVUKATLAR

Oturum Başkanı:

Feyzullah TAŞKIN

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ

Av. Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

Prof. Lorenz SCHULZ

Goethe Üniversitesi, Almanya

AVUKATLIKTA MESLEK ETİĞİ

Av. İzzet Güneş GÜRSELER

Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

INDEX

PROGRAMME.....XLI

OPENING SPEECHES..... 341

Hadi SALİHOĞLU
Chief Prosecutor of İstanbul

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
President of the Turkish Philosophy Institution

Vasip ŞAHİN
Governor of İstanbul

Alpaslan AZAPAĞASI
General Director of the Department of Strategy Development,
the Ministry of Justice

Prof. Dr. Erkan İBİŞ
Chancellor of Ankara University

Kenan İPEK
Secretary of the Ministry of Justice

FIRST DAY

FIRST SESSION..... 365

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator:

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ

President of the Turkish Philosophy Institution

JUDICIAL ETHİCS IN LITERATURE'S MIRROR

Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR

Lecturer at the Department of Turkish Language and Literature,

Faculty of Education, Gazi University

EVALUATION OF THE SELECTION AND APPOINTMENT OF THE JUDGES IN THE OTTOMAN STATE FROM PERSPECTIVE OF JUDICIAL ETHICS

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL

Lecturer at the Department of Humanities and Social Sciences,

Faculty of Letters and Science, Yıldız Technical University

Vuslat DİRİM

Chairman of the Criminal Department No. 13

of the High Court of Appeals

A REPUBLICAN APPROACH TO INTERGENERATIONAL JUSTICE

Prof. Byung SUN-ON

Sogang University / South Korea

SECOND SESSION 425

ETHICAL KNOWLEDGE AND PRINCIPLES IN JUDGMENT

Moderator:

Prof. Dr. Turgut TARHANLI

Dean of the Faculty of Law, İstanbul Bilgi University

QUESTIONING THE INTERPRETATIVE IMPORTANCE OF LEGAL PRINCIPLES FOR THE UNDERSTANDING OF LEGAL TEXTS

Prof. Marijan PAVNCNIK

Ljubljana Faculty of Law / Slovenia

JUDICIAL ETHICS' OR ETHICS IN THE JUDICIARY: HOW CAN THE JUDICIARY BE ETHICAL?

Prof. Dr. Harun TEPE

Lecturer at the Department of Philosophy,

Hacettepe University

AVOIDING EPISTEMIC INJUSTICE IN JURISDICTION

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Lecturer of Philosophy of Law,

Faculty of Law - Public Law, Ankara University

THIRD SESSION 463

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator:

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Dean of the Faculty of Law, Istanbul University

ETHICAL PRINCIPLES OF JUDGES IN THE OTTOMAN STATE: THE CONVENANCE OF JUDGE

Assistant Prof. Dr. Ahmet KILINÇ

Lecturer of the History of Law, Faculty of Law,

Yıldırım Beyazıt University, Ankara

MORALITY, LAW, AND JUDICIAL ETHICS IN THE WESTERN LEGAL TRADITION

Prof. Mortimer SELLERS

Baltimore University, Maryland-ABD

WHY DO JAPANESE LAY JUDGES CONTINUE TO PASS THE DEATH SENTENCE? THE ETHICS OF STATE-SANCTIONED KILLING

Prof. Tetsu SEKURAI

Kobe University / Japan

SECOND DAY

FOURTH SESSION **559**

JUDICIAL ETHICS: JUDGES AND PROSECUTORS

Moderator:

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Dean of the Faculty of Law, Ankara University

THE REALITIES OF LAW ARE THE WINNING NARRATIVES - BASIC THESES FOR A REALISTIC AND RHETORICAL PHILOSOPHY OF LAW
Joao Mauricio ADEODATO
Federal Pemambuco University / Brazil

ETHICS OF JUDGESHIP ACCORDING TO MECELLE
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Lecturer, Faculty of Law, Selçuk University

PROFESSIONAL ETHICS IN JUDICATURE
Judge Gökten KOÇOĞLU
Judge of the Juvenile Court No.2 of Ankara

INDEPENDENCE OF THE LEGAL PROFESSIONS AND THE RULE OF LAW IN POST-COMMUNIST SOCIETY
Prof. Dr. Tomasz STAWECKI
Warsaw University/Poland

FIFTH SESSION 609

THE IMPORTANCE OF ETHICAL KNOWLEDGE IN LEGAL EDUCATION

Moderator:

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN

Acting President of the Turkish Philosophy Institution

LEGAL EDUCATION AND ETHICS

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

Vice Chancellor, İzmir University

THE STATUS OF ETHICS IN LAW EDUCATION AND TRAINING

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Head of the Department of Philosophy of Law,

Faculty of Law, İstanbul University

THE IMPORTANCE AND PURPOSE OF PROFESSIONAL ETHICS COURSE IN LAW EDUCATION

Assistant Prof. Dr. Nazime BEYSAN

Lecturer of Philosophy and Sociology of Law, Faculty of Law,

Eastern Mediterranean University

PROFESSIONAL ETHICS FOR AUXILIARY JUDICIAL STAFF AND IMPLEMENTATION THEREOF

Assistant Prof. Dr. İdris Hakan FURTUN

Director, Vocational School of Justice,

Faculty of Law, Ankara University

SIXTH SESSION 661

JUDICIAL ETHICS: LAWYERS

Moderator:

Feyzullah TAŞKIN

General Director of Law Affairs, Ministry of Justice

ETHICS OF LEGAL PROFESSION

Att. Hakan CANDURAN

President of Ankara Bar

Prof. Lorenz SCHULZ

Goethe University, GERMANY

PROFESSIONAL ETHICS IN ATTORNEYSHIP

Att. İzzet Güneş GÜRSELER

Secretary General of the Union of

Turkish Bar Associations

PROGRAM

BİRİNCİ GÜN

Açılış Konuşmaları

09:00 - 09:30 Kayıt

09:30 - 09:40 Açılış, Saygı Duruşu, İstiklal Marşı

09:40 - 09:55 **Hadi SALİHOĞLU**
İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı

09:55 - 10:10 **Prof. Dr. İonna KUÇURADİ**
Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

10:10 - 10:15 **Vasip ŞAHİN**
İstanbul Valisi

10:15 - 10:25 **Alpaslan AZAPAĞASI**
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı

10:25 - 10:40 **Prof. Dr. Erkan İBİŞ**
Ankara Üniversitesi Rektörü

10:40 - 11:10 **Kenan İPEK**
Adalet Bakanlığı Müsteşarı

11:10 - 11:40 Kahve Arası

BİRİNCİ OTURUM
YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı: Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

13:30 - 14:30 **Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR**
Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Türk Dili Edebiyatı Ana Bilim Dalı, Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Öğretim Üyesi
Vuslat DİRİM
Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı
Prof. Byung SUN-ON
Sogang Üniversitesi / Güney Kore

14:30 - 15:00 Tartışma
15:00 - 15:15 Kahve Arası

İKİNCİ OTURUM
YARGILAMADA ETİK BİLGİ VE İLKELER

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Turgut TARHANLI
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

13:30 - 14:30 **Prof. Marijan PAVNCNIK**
Ljubljana Hukuk Fakültesi / Slovenya
Prof. Dr. Harun TEPE
Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi Öğretim Üyesi

14:30 - 15:00 Tartışma
15:00 - 15:15 Kahve Arası

ÜÇÜNCÜ OTURUM
YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE
Oturum Başkanı: Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

15:15 - 16:00 **Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ**
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Mortimer SELLERS
Baltimore Üniversitesi Maryland-ABD
Prof. Tetsu SEKURAI
Kobe Üniversitesi / Japonya

16:00 - 16:30 Tartışma

İKİNCİ GÜN

DÖRDÜNCÜ OTURUM
YARGILAMADA ETİK: HÂKİMLER VE SAVCILAR
Oturum Başkanı: Prof. Dr. Muharrem Özen
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

09:30 - 10:30 **Joao Mauricio ADEODATO**
Federal Pernambuco Üniversitesi/Brezilya
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Hâkim Gökten KOÇOĞLU
Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Hâkimi
Prof. Tomasz STAWECKI
Varşova Üniversitesi/Polonya

10:30 - 11:00 Tartışma
11:15 - 11:30 Kahve Arası

BEŞİNCİ OTURUM
HUKUK EĞİTİMİNDE ETİK BİLGİNİN ÖNEMİ
Oturum Başkanı: Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Türkiye Felsefe Kurumu Başkan Yardımcısı

09:30 - 10:45 **Prof. Dr. Selma ÇETİNER**
İzmir Üniversitesi Rektör Yardımcısı
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi Bölüm Başkanı
Yrd. Doç. Dr. Nazime BEYSAN
Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Hukuk Feslefesi ve Sosyolojisi Öğretim Görevlisi
Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürü

10:45 - 11:15 Tartışma
11:15 - 11:30 Kahve Arası

ALTINCI OTURUM
YARGILAMADA ETİK: AVUKATLAR
Oturum Başkanı: Feyzullah TAŞKIN
Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

11:30- 12:15 **Av. Hakan CANDURAN**
Ankara Barosu Başkanı
Prof. Lorenz SCHULZ
Goethe Üniversitesi, Almanya
Av. İzzet Güneş GÜRSELER
Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

12:15 - 12:45 Tartışma
12:45 - 14:00 Öğle Yemeği

PROGRAMME

FIRST DAY

OPENING SPEECHES

09:00 - 09:30 Registration

09:30 - 09:40 Opening, Stand in Silence, Turkish National Anthem

09:40 - 09:55 **Hadi SALİHOĞLU**
Chief Prosecutor of İstanbul

09:55 - 10:10 **Prof. Dr. İonna KUÇURADİ**
President of the Turkish Philosophy Institution

10:10 - 10:15 **Vasip ŞAHİN**
Governor of İstanbul

10:15 - 10:25 **Alpaslan AZAPAĞASI**
General Director of the Department of Strategy Development, the Ministry of Justice

10:25 - 10:40 **Prof. Dr. Erkan İBİŞ**
Chancellor of Ankara University

10:40 - 11:10 **Kenan İPEK**
Secretary of the Ministry Of Justice

11:10 - 11:40 Coffee Break

FIRST SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator: Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
President of the Turkish Philosophy Institution

13:30 - 14:30 **Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR**
Lecturer at the Department of Turkish Language and Literature, Faculty of Education, Gazi University

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Lecturer at the Department of Humanities and Social Sciences, Faculty of Letters and Science, Yıldız Technical University

Vuslat DİRİM
Chairman of the Criminal Department No. 13 of the High Court of Appeals

Prof. Byung SUN-ON
Sogang University / South Korea

14:30 - 15:00 Discussion

15:00 - 15:15 Coffee Break

SECOND SESSION

ETHICAL KNOWLEDGE AND PRINCIPLES IN JUDGMENT

Moderator: Prof. Dr. Turgut TARHANLI
Dean of the Faculty of Law, İstanbul Bilgi University

13:30 - 14:30 **Prof. Marijan PAVNCNIK**
Ljubljana Faculty of Law / Slovenia

Prof. Dr. Harun TEPE
Lecturer at the Department of Philosophy, Hacettepe University

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Lecturer of Philosophy of Law, Faculty of Law - Public Law, Ankara University

14:30 - 15:00 Discussion

15:00 - 15:15 Coffee Break

THIRD SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator: Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Dean of the Faculty of Law, Istanbul University

15:15 - 16:00 **Assistant Prof. Dr.Ahmet KILINÇ**
Lecturer of the History of Law, Faculty of Law, Yıldırım Beyazıt University, Ankara

Prof. Mortimer SELLERS
Baltimore University, Maryland-ABD

Prof. Tetsu SEKURAI
Kobe University / Japan

16:00 - 16:30 Discussion

SECOND DAY

FOURTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: JUDGES AND PROSECUTORS

Moderator: Prof. Dr. Muharrem Özen
Dean of the Faculty of Law, Ankara University

09:30 - 10:30 **Joao Mauricio ADEODATO**
Federal Pemambuco University / Brazil

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Lecturer, Faculty of Law, Selçuk University

Judge Gökten KOÇOĞLU
Judge of the Juvenile Court No.2 of Ankara

Prof. Tomasz STAWECKI
Warsaw University/Poland

10:30 - 11:00 Discussion

11:15 - 11:30 Coffee Break

FIFTH SESSION

THE IMPORTANCE OF ETHICAL KNOWLEDGE IN LEGAL EDUCATION

Moderator: Pof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Acting President of the Turkish Philosophy Institution

09:30 - 10:45 **Prof. Dr. Selma ÇETİNER**
Vice Chancellor, İzmir University

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ
Head of the Department of Philosophy of Law,
Faculty of Law, İstanbul University

Assistant Prof. Dr. Nazime BEYSAN
Lecturer of Philosophy and Sociology of Law,
Faculty of Law, Eastern Mediterranean University

Assistant Prof. Dr. İdris Hakan FURTUN
Director, Vocational School of Justice,
Faculty of Law, Ankara University

10:45 - 11:15 Discussion

11:15 - 11:30 Coffee Break

SIXTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: LAWYERS

Moderator: Feyzullah TAŞKIN
General Director of Law Affairs, Ministry of Justice

11:30- 12:15 **Att. Hakan CANDURAN**
President of Ankara Bar

Prof. Lorenz SCHULZ
Goethe University, Germany

Att. İzzet Güneş GÜRSELER
Secretary General of the Union of Turkish
Bar Associations

12:15 - 12:45 Discussion

12:45 - 14:00 Lunch

BİRİNCİ GÜN

ULUSLARARASI YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

26 - 27 MAYIS 2017

AÇILIŞ KONUŞMALARI

BİRİNCİ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı: Prof. Dr. İonna KUÇURADİ

Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

İKİNCİ OTURUM

YARGILAMADA ETİK BİLGİ VE İLKELER

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Turgut TARHANLI

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

ÜÇÜNCÜ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

AÇILIŞ KONUŞMALARI

SUNUCU

Sayın Valim, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ve Yüksek Yargının Değerli Mensupları, üniversitelerimizin saygı değer rektörleri, üniversitelerimizin ve barolarımızın değerli temsilcileri programımıza yurtdışından katılan saygı değer konuklar Bakanlığımızın değerli birim amirleri ve kıymetli yargı mensupları Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'na hoşgeldiniz.

Programımıza başlamadan önce sizlere ulu önder Mustafa Kemal Atatürk, silah arkadaşları ve aziz şehitlerimiz anısına saygı duruşuna, ardından İstiklal Marşı'nı okumaya davet ediyoruz.

Sayın Müsteşarım, Sayın Valim, kıymetli misafirlerimiz, şimdi hoşgeldiniz konuşmalarını yapmak üzere İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı Hadi SALİHOĞLU'nu kürsüye davet ediyoruz.

Hadi SALİHOĞLU
İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı

Sayın Müsteşarım, Sayın Valim, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun çok değerli üyeleri, üniversitelerimizin saygıdeğer rektör ve dekanları, kıymetli akademisyenler, baroların değerli temsilcileri, yurtdışından programımıza katılan değerli akademisyenlerimiz, Bakanlığımızın değerli birim amirleri, kıymetli başsavcılarım ve meslektaşlarım.

Dünya tarihinin çok güzel izlerini taşıyan ve güzeller güzeli nazlı şehrimiz İstanbul'umuza hoş geldiniz. Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'nun hukuka ve adalet camiasına hayırlı olması ve başarılı sonuçlar getirmesi temennisi ile sizleri saygı ile selamlıyorum.

Değerli misafirlerimiz yargı dendiğinde yargılama yapan hâkim, savcı ve avukatlar ile birlikte adalet personeli, bilirkişiler ve adli hizmet veren kolluğun da bu sistem içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu sempozyumda ortaya konulacak görüşler, sempozyumun sonunda alınacak olan sonuçlar, yargı faaliyetinde görev alan herkesi ilgilendirecektir.

Türk Dil Kurumu etik kavramını, çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar olarak tanımlamıştır. Etik, kişinin davranışlarına esas teşkil eden ahlak kurallarının bütünüdür. Her şeyden önce insanın diğer bireylerle ve toplumla olan ilişkileri için ideal olanın araştırılması gayretidir.

Yine etik, sadece öğretide yer alan soyut bir kavram değil doğruluk, dürüstlük, iyilik, hakkaniyet ve adalet olmak üzere insani duygularda vücut bulan bir değer. Yasalarda ve diğer mevzuatta etik değerlere yer verilmesi dışında önemli olan bu değerlerin toplum tarafından benimsenmesi ve biz

yargı görevi yapanların hak ve adalet dağıtırken bu etik değerlerden asla ayrılmamamızdır.

Bilindiği üzere Bangolar Yargı Etiği İlkeleri ile savcılar için etik ve davranış biçimlerine ilişkin Avrupa esaslı, diğer adıyla Budapeşte İlkeleri ülkemizde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 10 Ekim 2006 gün ve 424 sayılı kararı ile benimsenmiştir. Ancak bu ilkeler köklü bir geleneğe sahip olan yargımıza yabancı değildir. Zira Mecelle'nin birinci faslının 1792'nci maddesinde; "Hâkim, fehim müstakim emin, mekin, metin olmalıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri olarak benimsenen bağımsızlık tarafsızlık doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet, liyakat değerleri yargı görevi yapanların vazgeçilmez vasıflarıdır.

Sonuç olarak Anayasamıza göre yargı yetkisini kullanan hâkim ve savcılarımızın bağımsız tarafsız olarak Anayasa''ya, kanuna, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelidir. Dürüstlüklerini ve onurlarını korumak ve daima en iyi şekilde taşımak kararlılığından asla taviz vermemeleri gerekmektedir.

Hâkim ve savcılarımız tüm vatandaşların adalet önünde eşitlik hakkına saygı duymalı cinsiyet, ırk, renk, dil, din, özgürlük ulusal ve sosyal köken, siyasi veya diğer düşünceler gibi statü farklılığı nedeni ile herhangi bir kişiye karşı ayrımcılık asla yapmamalıdır. Bu duygu ve düşüncelerle Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'nun başarılı geçmesini temenni ediyorum, sizleri saygı ile selamlıyorum.

SUNUCU

Efendim Konuşmalarından dolayı sayın başsavcımıza teşekkür ediyoruz. Şimdide Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı Sayın Prof. Dr. İonna KUÇURADİ'yi kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ
Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

Adalet Bakanlığının Sayın Müsteşarı, Sayın Vali, Sayın Rektör, Sayın Yargı Mensupları, Sayın Konuklar;

Neden yargının etiğe dayanmasını istiyoruz? Acaba hukuk haksızlıklarla savaşmak için yetmiyor mu?

Kişilerin haksızlığa uğradıkları zaman başvuracakları en son merciidir hukuk. Ne var ki yasalar her zaman hakkı korumadığı gibi, hukuka başvuranlar da her zaman gerçekten haksızlığa uğramış insanlar değildir. Herkes her durumda kendini haklı sanıyor dünyamızda ve insanların birçoğu, çıkarlarını da hak sayıyorlar. Buna pek şaşmamak gerekir. Çünkü bazı hukuk fakültelerimizde 'hak' "hukukla korunan menfaat" şeklinde tanımlanıyor. Oysa günlük yaşamda olduğu gibi, hukuk türetirken ve hukuku uygularken birbirinden dikkatle ayırt edilmesi gereken iki kavramdır, hak ile çıkar.

Bu farkın farkında olması gerekenlerin başında da yasaları yapanlar ve uygulayanlar gelir. Açık kavramları olmadan ve etik değer bilgisi olmadan, istese de, etik davranamaz bir yargıç. Çünkü yargıladığı durumdaki etik soruna parmak basamaz. En fazla, kabul ettiği ilgili değer yargıları açısından yargılar durumları. Bu ve bu gibi nedenlerle, etik değer bilgisine sahip olmayan ve bazı etik özellikleri kazanmamış hukukçuları yargıç yapmamak uygun olur.

İnsanları yargılarken etik sorunları görebilmek için, yargıç olan kişilerin buna göre eğitilmesi gerekir.

Etik sorunlar derken kastettiğim, kişilerarası ilişkilerde ve kişinin kendisiyle ilişkisinde, eylemde bulunurken, karşılaştığı değer sorunlarıdır.

Yargıçlık, kendine özgü bir etik ilişkidir. Bir yargıcın verdiği karar ise, o yargıcın eylemini oluşturur.

Yargıç ne yapar? Yargıç, kişilerin ilişkilerinde yaptıklarına veya yapmadıklarına ilişkin değer "muhakemesi" ve değer muhasebesi yapar ve bir şey adına hesap sorar. Bu muhasebenin nasıl yapıldığı ve sorulan hesabın kim veya ne adına sorulduğu, farklı etik sorunları olan çeşitli yargıçlık yapma olanaklarını -ama biri dışında adaletin gerektirdiklerini yerine getirmeyen yargıçlık olanaklarını– oluşturur.

Yargıcın yaptığı, normal olarak, üç aşamadan oluşur:

a) İlk aşama, bilgilenme aşamasıdır. Yargıcın hakkında bilgilendiği şey, iki "taraf" arasındaki bir ilişkide ortaya çıkan, kendisinin görmediği bir olay ya da durumdur. Ama yargıçtan beklenen, kişiler hakkında -suçlu olup olmadıkları hakkında- karar vermesidir.

   Yargıcın ilk yaptığı, ona sunulan olay ya da durumla ilgili verilen bilgilerin doğruluğunu soruşturması, bunu yaparken de olayı oluşturmuş kişilerin eylemlerinin nedenlerini-niçinlerini öğrenmesidir. Yargıcın söz konusu eylemi anlaması-anlayamaması-yanlış anlaması da, yargıcın kişi olarak eylem ve yaşantı olanaklarına ilişkin bilgisine sıkı sıkıya bağlıdır. Ne var ki, ancak doğru anlama -rastlantılar dışında- doğru yargılayabilmeyi olanaklı kılar.

b) Bu bilgilenmeyi yargılama aşaması izler. Etik sorunlar en çok bu aşamada karşımıza çıkıyor. Bu aşama yargıcın, karşısında bulunduğu kişinin -sanığı, eylemi ile "yapılmaması gereken" -suç sayılan- arasında ilgi kurma aşamasıdır, yani yargıladığı eylem ile bir norm arasında ilgi kurduğu aşamadır.

'Yapılmaması gereken'e bağlamları içinde baktığımızda, bunun en azından şu üç anlama geldiğini görürüz:

a) o belirli koşullarda (gerekeni yapmamış olmayı da kapsayan) yapılmaması gereken ki bu, belirli bir eylem oluyor;

b) genellikle yapılmaması gereken ki bu bazı davranışlardır,

c) bir (ahlâksal, hukuksal v.b.) "norm"a göre yapılmaması gereken ki bu da belirli bir eylemin ancak bir öğesi olan bir davranış olarak karşımıza çıkar.

Bir yargıcın yargıladığı belirli bir eylem ile hangi anlamdaki "yapılmaması gereken" arasında ilgi kuracağını, kişi olarak o yargıçtan gelen belirleyiciler belirler.

Kimi yargıç, temsil ettiği "grup" adına -onun koyduğu "norm"lar: yasalar, kurallar adına-yargılar. Bu, kendini "grubuna" karşı bu yasalardan v.b. sorumlu duyan yargıçtır. Böyle bir yargıcın kişileri yargılarken aslında korumaya çalıştığı kişiler değil, bu yasalar, kurallar ve bunların amaçladığı -ne çeşitten olursa olsun- toplumsal düzendir. Burada bir kişinin bir eylemini yapılmaması gereken bir eylem - "suç"- yapan ya da yapmayan, yapıldığı kişi veya durumla ilgisi değil, ona takılan davranış adıdır.

Kimi yargıç ise, insan olma adına değer korumaya yönelik genel ilkeler adına kişi eylemlerini yargılar. O, kendini insana karşı bu taleplerden sorumlu duyan yargıçtır. "Yargıç ancak vicdanına karşı sorumludur" ifadesi, bu anlayışın dile getirdiği bir anlayış olsa gerek. Böyle bir yargıcın da, kişileri yargılarken aslında korumaya çalıştığı kişiler değil, bu ilkelerdir. İfade özgürlüğü denilen hak bugün bu şekilde korunmaya çalışılıyor.

Kimi yargıçlar da vardır ki, kendilerini yargıladıkları insanlara karşı sorumlu duyarlar; o belirli ilişkilerinde tarafların her birinin hakkını belirlemekten sorumlu görürler. Böyle bir yargıç yargılarken, o ilişkilerinde karşı karşıya gelmiş iki tarafın, aynı anda hakkını korumaya çalışan yargıçtır.

Böyle bir yargıçlık anlayışında 'yargılama', bakılan eylemi yapmama olanağının olup olmadığına, bakma; yapılmaması gerekeni, yaptığı ileri sürülen eylemi o koşullarda yapılabilir olan(lar)a göre değerlendirmedir. Bu yargılamada yargıçlık, belirli bir eylem için kriter belirleme olur; bu kriter ise "o koşullarda yapılabilir olan" dır. Bir süre önce, marketten yiyecek çalmış bir mülteci için İtalyan yargıcın verdiği beraat kararını buna örnek olarak düşünebilirsiniz.

Bu da demektir ki, yargıcın doğrudan doğruya verdiği yargı, o ilişkide o eylemin yapılmaması gerektiğine ya da yapılabilirliğine değil, başka bir şeye ilişkindir. Bunlar:

Birinci durumda: Doğrudan doğruya yargılama konusu olan, sadece bakılan eylemle yapılanın, bir davranış kavramı altına sokulup sokulamayacağıdır; yani o eyleme şu ya da bu davranış denip denemeyeceğidir.

Böylece bu yargılamada belirlenen, bakılan eylemin o koşullardaki diğer eylem olanakları bakımından özelliği –onu ayıran özellik– değil; bu eylemin belirli bir özelliği -onu diğer eylemlerle davranış bakımından birleştiren bir özelliği– taşıyıp taşımadığıdır. O davranışın kavramını oluşturan özelliklerin bu eylemde olup olmadığına bakılır.

İkinci durumda: doğrudan doğruya yargı konusu olan, bakılan bir eylemin bir etkisinin değer korumaya yönelik genel bir ilkeyle ilgisidir:; o eylemin, genel ilkenin söz konusu ettiği etkiyi, bir etki olarak yaratıp yaratmadığıdır.

Üçüncü durumda ise: doğrudan doğruya yargı konusu olan, bakılan eylemin o belirli ilişkide ve koşullar bütününde hakkın korunması için yapılabilir olanı yapıp yapmadığı; başka bir deyişle, o ilişkide taraflara yüklenen sorumluluğun gereğinin, o koşullarda yerine getirilmediği mi, yoksa getirilemez olduğu mudur? Böylece bu yargılamada belirlenen, yalnızca o durumda o eylemin yapılıp yapılmaması gerektiğidir: bu da, o belirli koşullardaki diğer seçeneğe ya da seçeneklere göre belirlenir.

Yargılamadan beklenen, belirli bir durumda, belirli bir eylemin "yapılmaması gereken" bir eylem olup olmadığı konusunda yargıda bulunmaksa, amacına ulaşan tek yargılama yolu bu olsa gerek.

c) Yargılama aşamasını karar verme aşaması izler. Bu aşama, yargıç kişinin, yargıladığı durumu eylemiyle oluşturulmuş kişinin "suçlu" olup olmadığını belirlediği adımdır.

Biraz önce sözünü ettiğim ilk iki yargıçlık anlayışında bu belirleme, bir akıl yürütme sonucu yapılır: bu eylemi o koşullarda yapmış kişi değil, böyle bir davranış ya da eylemi yapan -kim olursa olsun, ne koşullarda ve hangi nedenlerle yapmış olursa olsun, böyle bir eylemi yapmış bir kişi– suçludur ya da suçsuzdur.

Üçüncü yargılama tarzı gerçekleştiğinde ise, eylemiyle durumu oluşturmuş yargılanan kişinin "suçlu" olup olmadığının –sorumluluğunun– belirlenmesi, etik sorunlarla ilgili olan yeni bir muhasebeyi gerektirir: o koşullarda yapılabilir olanı gerçekleştirmiş ya da gerçekleştirmemiş eylemi yapan kişiden gelen belirleyicilerin yeniden gözden geçirilmesini.

Bir eyleme, eylemde bulunan kişiden gelen belirleyiciler açısından bakıldığında, üç farklı durumla karşılaşırız: eylemi yapan kişinin,

a) yapılabilir olanı yapmamış olmasından sorumlu olmadığı, dolayısıyla eyleminin onu suçlu kılmadığı durumlar;

b) yapılabilir olanı yapmamış olmaktan sorumlu olduğu, dolayısıyla eyleminin onu suçlu kıldığı durumlar;

c) yapılandan başka yapılabilirim olmadığından, yani tek seçeneği ancak yaptığını yapmamak olduğundan, yaptığından sorumlu olduğu, ama bu eyleminin onu suçlu kılmadığı durumlar.

Pozitif hukukun normlarıyla sınırlandırılmış olan yargıç, "adaleti gerçekleştiren yargılama" dediğim yargılamayı ne kadar yapabilir?

Bir mahkeme yargıcının, hakkında yargıda bulunması beklenen: sanığın;

a) ona yükleneni hiç yapıp yapmadığı, yani bunun bir iftira ya da yanılma olup olmadığı

b) yaptığının, iddia edilen "suç", yani o yasaklanmış davranış olup olmadığıdır.

Yasaların yasakladığı, tekliklerinde kişi eylemleri değil, ancak bazı davranışlardır:

Gerçekleştirildiklerinde çoğu zaman değer harcayan davranışlar. İşte yargıcın en önemli etik sorumluluğu şu sorunla ilgilidir: Bir kişinin belirli koşullarda yaptığı ile -yani davranışının ancak öğelerinden birini oluşturduğu eylemi ile– yürürlükteki yasalarla yasaklanmış bir davranış arasında bağlantı kurma sorunuyla. Bu bağlamda yargıcın etik sorumluluğu, bir kişinin belirli bir eylemi ile bir yasa maddesi arasında iddia sahibinin kurduğu bağlantıyla ilgili olarak yargıda bulunurken, yargıladığı eylemin yapıldığı koşullarda "yapılmaması gereken" bir eylem olup olmadığını bu yargılamada hesaba katıp katmamasında ve buna göre söz konusu yasaya bağlanıp bağlanamayacağına -yani yalnızca davranışa bakmayıp, bir bütün olarak eyleme– bakıp bakmamasında ortaya çıkar.

İşte yürürlükteki yasaların çerçevesi içinde yargıda bulunmak zorunda olan yargıcın özelliği de bu noktada ortaya çıkıyor. Bir yargıç ayrıca, yargılamakta olduğu eylemi bağlayacak uygun yasayı –ölçüyü– da belirlemek zorundadır. Başka bir deyişle o, iki ayrı mihenk taşını – etik kriteri ve hukuk ölçüsünü ya da "normunu"– yargıladığı eylemle ilgili olarak bağdaştırmak; eylemin değerine bakarak bağlanabileceği yasayı bulmak ve iddia sahibinin kurup kendisine sunduğu bağlantıyı kendi kurduğu bağlantıya göre sınamak zorundadır.

Kendi "eylemi" pozitif hukukun sınırlarıyla sınırlandırılmış olan yargıcın özgür olduğu yer de, yargılamanın bu noktası: belirli bir eylemi bir yasa maddesine bağlama noktasıdır.

Bir yargıcın, yargıcın bu özgürlüğünden yararlanabilmesi, dolayısıyla yargıçlık işlevini amacına uygun yerine getirebilmesi ise, onun kişi olarak etik özgürlüğüne ve bilgisel donanımı ile yeteneklerine bağlı görünüyor. Bu yargıcın hukuk bilgileri dışında, doğru değerlendirmeler yapabilmesine; başta hak, değer, adalet v.b. gibi, işiyle doğrudan doğruya ilgili kavramların açık felsefî bilgisine sahip olmasına, dolayısıyla farklı olanaklılıkların bilgisine vb. sahip olmasına bağlıdır.

Yargıçlık eğitiminde bu donanımı ne kadar sağlayabiliyoruz acaba?
Sözlerimi bitirirken, bu toplantının yapılış amacının gerçekleşmesine katkıda bulunmasını diler; Adalet Bakanlığını böyle bir toplantının gerçekleşmesini sağladığı için kutlar; uzaktan ve yakından gelen bütün konuşmacılara, oturum başkanlarına ve siz değerli konuklarımıza yapacağınız katkılar için Türkiye Felsefe Kurumunun teşekkürlerini sunarım.

SUNUCU

Sayın Valimiz Vasip ŞAHİN'i konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyoruz.

Vasip ŞAHİN
İstanbul Valisi

Sayın Müsteşarım, kıymetli akademisyenler, Bakanlığımızın üst düzey görevlileri, sayın başkanlarım, başsavcılarım, değerli katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler, basınımızın değerli temsilcileri, öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bu sempozyumun hayırlı ve başarılı geçmesini temenni ediyorum. Benim bugün bir başka programım olduğu için sağolsunlar Sayın Müsteşarım ve diğer konuşmacı arkadaşlarımız müsaade ettiler. İki dakika bir selamlama yapıp ondan sonra müsadenizle ayrılacağım.

Tabii bugünkü sempozyum aslında konusu itibariyle çok önemli bir sempozyum. Biraz önce değerli hocamızında konuşmaların da vukufiyetle belirttiği gibi etik apayrı bir konu ve her meslek açısından olmazsa olmaz. Ama hâkim-savcılar da yargı açısından en olmazsa olmaz konulardan birisi. Malum hukukun temel kaynaklarından birisi de aslında moral değerler, aşkın değerler dediğimiz mavera değerler, ahlak ve inanç gibi toplumun biriktirdiği temel değerlerdir. Dolayısıyla bir meslek icra edilirken sadece yasanın belirlediği sınırlar ve kalıplar, mesleğin hakkıyla yerine getirilmesinde her zaman yeterli olmayabiliyor. Bu tüm meslekler için böyle. Ama aynı zamanda etik değerler dediğimiz bu aşkın değerlerin bizi sınırladığı, yönlendirdiği ve bizi belirli bir tarzda hareket etmeye zorladığı da açık bir gerçektir. Dolayısıyla bunlar ne kadar toplumla barışık toplumun kendi değerlerinden, kendi kaynaklarından beslenirse toplumda o kadar huzur ve adalet sağlanmış oluyor. Dolayısı ile Yargı Etiği Sempozyumu'nun da bu anlamda çok yerinde ve doğru bir konu olduğunu düşünüyorum. Başarılar diliyorum, inşallah yargı etiği gibi diğer meslek etiklerinin de böyle dile getirilmesi, özellikle akademisyenler tarafından da irdelenmesi hem o mesleğe hem de toplumumuza hizmet

sunan insanların niteliğinin artmasına katkıda bulunacaktır. Ben bu sempozyumu düzenleyen herkese şükranlarımı arz ediyorum. Sayın Müsteşarımın şahsında tüm bakanlığımıza bu konudaki çalışmaları nedeniyle şükranlarımı ve saygılarımı sunuyorum.

SUNUCU

Sayın Valimize Konuşmalarından dolayısı ile teşekkür ediyoruz.

Efendim Şimdi Konuşmalarını yapmak üzere Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı Sayın Alpaslan AZAPAĞASI'nı kürsüye davet ediyoruz.

Alpaslan AZAPAĞASI
Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı

Sayın Müsteşarım, Sayın Valim ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun çok değerli üyeleri, üniversitelerimizin saygıdeğer rektör ve dekanları, kıymetli akademisyenler, Türkiye Barolar Birliği ve barolarımızın değerli başkan ve temsilcileri, yurtdışından programımıza katılan değerli akademisyenlerimiz, Bakanlığımızın değerli birim amirleri ve kıymetli meslektaşlarım.

Ankara Üniversitesi ve Türkiye Felsefe Kurumu ile birlikte düzenlediğimiz Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'na hoş geldiniz. İki gün sürecek sempozyumda yurt dışından ve yurt içinden katılan değerli misafirlerimizle yargı etiğine ilişkin tüm hususlar ele alacağız. Sempozyumda hâkim ve savcılar ile avukatlar ve yargı çalışanlarına ilişkin etik ilkeler bütün yönleriyle uluslararası uygulamalar ile birlikte tartışılacaktır.

Sayın Müsteşarım, değerli katılımcılar, toplumların etik konusuna ilgisi oldukça eskidir. 25 Mayıs; dünyada "Etik Günü" olarak kutlanmaktadır. Bizim için de sempozyumun tarihi oldukça anlamlı oldu. Bugün 26 Mayıs tarihinin Türk hukuk tarihi açısından başka bir önemi var. 26 Mayıs Mecelle-i Ahkâmı Adliye'nin müellifi Ahmet Cevdet Paşa'nın 121 inci ölüm yıldönümüdür. Bu münasebetle Büyük Türk Hukukçusu -başka sıfatları da var biz sadece hukukçu yönüyle bakıyoruz- Ahmet Cevdet Paşa'yı böylesi önemli bir eseri bizlere kazandırdığı için minnetle anıyoruz. Gerçekten de Mecelle gerek dili, gerekse yargı etiğine kazandırdığı ilke ve kavramlarıyla bütün hukukçuların zihnine kazınmıştır.

Etik konusunun sürekli olarak gündemde yer alması hem kamu hem de özel sektör alanında insanoğlunun etiğe duyduğu ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Gerek meslek yaşantısında gerekse özel yaşamlarında etik konusunda insanlar artık daha hassastır.

Şüphesiz ki kamu hizmetlerinin en önemlilerinin başında yargı gelmektedir. Yargı etiği hâkimler, savcılar, avukatlar ve yargı çalışanlarının yargı hizmetlerini yürütürken uymaları gereken ilkeleri ifade eder. Yargı etiği insan onurunu koruyucu şekilde davranma, tarafsızlık, dürüstlük gibi bir takım değer ve ilkeleri kapsamaktadır.

Doğal olarak hukuk ve etik aslında birbirinin ayrılmaz parçasıdır. Kanunlar ve etik arasındaki uyum, hukuk kurallarının adil olmasını ve adil bir şekilde uygulamasını gerektirir.

Sayın Müsteşarım, değerli katılımcılar; her mesleğin yazılı olan veya olmayan mesleki kuralları vardır. Bu durum yargı için de geçerlidir. Bütün meslekler için etik kurallar önemli olmakla birlikte yargı etiği ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü bu mesleğin toplum içindeki etki alanı daha geniştir. Yargı mensupları önüne gelen bir uyuşmazlıkta insanların en temel hakları ve özgürlükleri hakkında karar verebilmektedir. Adaletin mülkün temeli olması da aslında etik olmadan hukuk olmayacağını açıkça ilan etmektedir.

Yargı etiği, yargı kurumlarına karşı güven oluşturmanın ve bunu korumanın en önemli araçlarından biridir. Yargı bir anlamda da etiğin icra edilmesini sağlar. Etiğin en önemli amacı olarak, haksızlıkların ortadan kaldırılmasını söyleyebiliriz. Adalet etik bir değerdir, Platon ve Aristoteles'in adalet tanımları günümüzde halen geçerlidir. Adalet tüm meslek gurupları için geçerli bir etik değerdir, fakat bazı meslekler için çok daha büyük bir anlam ifade eder. Yargı etiğinin önemi günümüzde bireylerin hak ve özgürlüklerinin kazandığı değer ve yeni anlayışlarla daha da artmıştır. Yargı etiği iyi yetişmiş donanımlı ve etik değerler bilgisine sahip hukukçularımız sayesinde istenilen seviyeye ulaşacaktır. Bu nedenle iş, hukukçularımıza düşmektedir. Etik değerler ailede kazanılmaya başlamakla birlikte, yargı etiğinde hukuk eğitimi ayrı bir öneme sahiptir. Yargı Reformu Stratejisi ve Stratejik Plan'ımızda yer alan tüm hedeflerde

olduğu gibi hukuk eğitimi ve yargı etiğine ilişkin çalışmalarımız da büyük bir sürat ve gayretle sürdürülmektedir.

Yaklaşık iki gün sürecek sempozyumumuzda yerli yabancı pek çok akademisyen, yargıç, uzman ve avukat değerli sunumlarını bizlerle paylaşacaklardır. Toplam altı oturumdan oluşan sempozyum eş zamanlı oturumlar halinde gerçekleşecektir. Oturumlarda yargılamada etik bilgisi, etik ilkeler, etiğin geçmişi ve bugünü hukuk eğitiminde etik eğitim yeri, hâkimlik, savcılık ve avukatlıkta meslek etiği konularında sunumlar yapılacaktır.

Sözlerime son vermeden önce bu uluslararası sempozyumun ülkemizin yargı etiği anlayışına olumlu katkılar sunacağına inandığımı ifade etmek istiyorum. Bu münasebetle katkılarından dolayı Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı Sayın İoanna Kuçuradi'ye, Ankara Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Sayın Erkan İBİŞ'e ve Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Gülriz UYGUR'a ve değerli mesai arkadaşlarına teşekkürlerimi sunuyorum. Saygılar sunuyorum.

SUNUCU

Efendim Sayın Alpaslan AZAPAĞASI'na konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Şimdi de Ankara Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Erkan İBİŞ'i konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyoruz.

Prof. Dr. Erkan İBİŞ
Ankara Üniversitesi Rektörü

Sayın Müsteşarım, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun değerli üyeleri, çok değerli Rektörlerim, çok değerli başsavcılar, hâkimler, başkanlar, değerli Yargı mensupları, Değerli Felsefe Kurumu Başkanımız, çok Değerli Baro Başkanımız, çok değerli hukukçular ve meslektaşlarım; hepinize öncelikle hoş geldiniz diyorum ve saygı ile selamlıyorum.

Bugün çok önemli bir konu için buradayız. Konumuz; etik… Etik aslında hepimizi ilgilendiren bir konu ama burada tabi ki özel bir konu olan yargı etiğini konuşacağız.

İnsanları bir arada tutmak için bazı kavramlar vardır. Bu kavramlardan biri çalışma, üretme bilinci, diğeri ise değerler bütünüdür. Bu insani, evrensel ve milli değerlere ilave olarak en az bunlar kadar önemli olan ve bugünkü konumuz olan etik değerler. Bunun ötesinde adalet ve hukuk elbette bu alanın en önemli bileşenleridir.

Hepimiz biliyoruz ki, hukuk ve adalet yaşamsaldır. Adalet olmayınca yaşam olmuyor. Adalet aynı zamanda haktır ve hayırdır. Ve aslında toplumda barışı, huzuru ve medeniyeti sağlayan da en önemli unsurdur.

Kısacası adalet yaşamdır ve yaşamın gerçek değerlerinden biridir. Kant'ın bir sözüyle de desteklemek gerekirse "Adaletin olmadığı yerde yaşam değersizdir."

Diyoruz ki medeniyettir adalet. Freud'un "Adalet medeniyetin ilk şartıdır." sözü bunu en iyi şekilde ifade etmektedir.

Adalet haktır diyoruz. Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk "Dünyada üstün bir hak vardır o da adalettir." sözüyle bunu en iyi şekilde vurgulamıştır.

Adalet hayırdır diyoruz. Peygamberimiz Hz. Muhammed "Adalete verilen bir saatlik hizmet bir sene ibadetten daha hayırlıdır." sözüyle bu konuda son noktayı koymuştur.

Dolayısıyla hem tarihi hem de kavramsal derinlik içerisinde adaletin anlamını, adalet sunuculara anlatmanın ne denli zor olduğunu ifade etmek istiyorum.

Bugün Dünya Etik Günü ve doğal olarak konumuz etik. Ama etik kavramı gerçekten çok uzun bir tarihe sahip. Eski Çin'den, Antik Yunan'dan, günümüze kadar uzanan ve günümüzde de yoğun olarak gündemde olan bir kavram. Etik herkes için yaşamın vazgeçilmez bir unsuru. Yaşamımızın her boyutunda var olan ve konu ne olursa olsun gittikçe de gündemde ağırlığını hissettiren çok önemli bir başlık. Toplumun tüm paydaşlarını ilgilendiren, topluma ait tüm konuları kapsayan bir başlık.

Bir hekim olarak, tıp etiği konusunda ne aşamalara gelindiğini 35 yıllık meslek hayatımda yaptığım kıyaslama ile rahatlıkla görebiliyorum. Aslında tıp ve yargı etiği birbiriyle iç içe geçmiş iki temel unsurdur. Bu unsurun da yargı etiği boyutuyla gündemde olması çok önemli diye düşünüyorum. "Yargı etiği için ne diyebiliriz? Toplum ne bekliyor bu hususta?" gibi sorular her birimizin zihninde oluşan ve yanıt bekleyen noktalar. Elbette adaletin, hukukun üstünlüğünün ve toplumsal huzur ve güvenin, insan refahının ve barışın sağlanması hususunda temel bir görev bekliyor yargı etiğini. Çünkü hepimiz biliyoruz ki, yargı sadece yasalar ve mevzuattan ibaret değil. Bunların gerisini dolduran binlerce yazılı - yazısız kurallar ve değerler ile bir bütün yargı etiği.

İnsan hakları ve özgürlüğünü korumaktan başlayarak, bağımsız ve tarafsız olmaya, bütüncül ve bilge olmaya, eşitlikçi ve güvenilir olmaya, doğru ve dürüst olmaya, örnek ve rol model olmaya, vicdanlı, hakkaniyetli ve adil olmaya kadar uzanan evrensel etik kuralları ve değerleri iyi bilmeyi, güçlü içselleştirmeyi ve bunları en iyi şekliyle uygulamalı olarak sunmayı da kapsar yargı etiği.

Elbette ki bunları sunarken yargıda olduğu gibi tüm meslek gruplarında da mesleki etik kuralların yanı sıra yaşamımızı da bununla özdeşleştirmek gerekiyor. Yani sadece mesleği uygularken değil, özel yaşamda da mutlaka bu kuralların bütününü taşımak ve bunlarla bütünleşmek şart. Elbette ki yargı etiği sadece hâkimlerle, savcılarla da ilgili değil, hukuk hizmetlerini sunan; avukatlar ve danışmanlar başta olmak üzere hukuk alanında çalışan tüm hukukçularla da ilgilidir. Hukukçuların yanında, toplumda karar verici olan, yorumlama yapabilen, araştıran ve bir yol belirleyen insanlarla ya da olaylarla ilgili tüm yetkililer ve tüm yöneticiler için de geçerlidir yargı etiği ve meslek etiği. Çünkü sonuçta biz de yöneticilik görevi ile beraber bir şekilde boyutunda olan yargılama boyutunda olan karar verme görevini gerçekleştiriyoruz. Dolayısıyla; yargı etiği veya bütünleştirecek olursak meslek etiği, toplumun ve yaşamın her bir bölümünde var. Bu nedenle de etik kavramı bir yaşam biçimi olarak da kabul edilmelidir diye düşünüyorum.

Meslek etiği; adalet mesleğini sunanlar için, yargıcın adil olması, doğru karar vermesi ve tarafsız davranmasıdır. Bu konularda nasıl davranması, nasıl çözüm sağlaması ve bu çözüm yollarını nasıl bulması, bu bilgiyi nasıl edinmesi ve bunu paydaşlarıyla nasıl paylaşması gerektiğine ilişkin sorulara verilen cevapların bir bütünüdür, meslek etiği.

Bu arada başka bir boyutu daha çıkıyor etik kavramının; "İlişkiler Kavramı". Yargı; sadece doğru, adil karar vermekle ve dürüst davranmakla yetinmemelidir. Yargı etiği; meslektaş ilişkisini, yargı ve adalet hizmetini sunanlardan diğer çalışanlara kadar paydaşlarla ilişkileri veya toplumsal ilişkilerden tüm bireylere kadar olan ilişkileri de düzenleyecek bir anlayış ve ilkeler bütünlüğünü de içermelidir. Elbette bu davranışların bütünü, kamusal güvenin sağlanması, demokrasi, çağdaşlık, uygarlık için toplumsal uzlaşı, barış ve huzur için de çok önemli noktalardır.

Değerli konuklar tabi ki tüm bu konuşmalarımızın temelinde eğitim yatıyor. Ne kadar kavram ortaya koyacak olursanız olun, ne kadar çözüm yolları ortaya koyacak olursanız olun, eğitim olmadan hiçbir şekilde başarılı olamıyoruz. Eğitim deyince de bunun bir de temel kısmı var ki işte asıl kilit nokta da burası. Nedir bu? Tabi ki en önemlisi olan aile eğitimi.

Ahlak eğitimi, değerler eğitimi, inanç ve değerler bütünündeki eğitimin hepsi aileden başlıyor. Daha sonra da ilkokuldan, ortaokula ve üniversiteye kadar uzanan süreçte gelişiyor. İnsanlar etik dahil, değerlerinin büyük kısmını önceden kazanarak üniversiteye gelmiş oluyor. Biz de öğrencilerimize mesleki eğitim verirken mesleki etik yönünden de destek olmaya çalışıyoruz. Elbette ki üniversiteler olarak bizler sadece alanında uzman nitelikli mezunlar yetiştirmekle sorumlu değiliz. Yenilikçi, anlayışlı, çağdaş, değişime açık, ekip çalışmasını, dayanışma kültürünü kabul eden, entelektüel olmayı, bir üniversite mezunu olarak tüm bu değerleri kendisiyle özdeşleştiren, insani değerleri, etik değerleri, adalet, hak, hukuk, hakkaniyet kavramlarını da içselleştirilen, sosyal yönden güçlü bireylerin yetiştirilmesi üniversitelerin temel sorumlulukları olduğunu da özellikle vurgulamak istiyorum.

Bu bağlamda Ankara Üniversitesi olarak, köklü bir üniversite olarak, vizyonunu Türk Milleti ile Türkiye Cumhuriyeti ile çağdaşlık, adalet ve demokrasi kavramlarıyla, milli değerler ile özdeşleştirmiş bir üniversite olarak biz de tüm bu konularda görev ve sorumluluk almanın onurunu, gururunu yaşıyoruz.

Ankara Üniversitesi'nin köklülüğünün gerekçesi, köklerimizden biri de Mustafa Kemal Atatürk'ün 1925 yılında bizzat kurduğu, içinde bulunduğu, derslerini dinlediği, törenlerine katıldığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesidir. Hukuk Fakültemiz burada olduğu gibi sık sık bu tür eğitim etkinlikleri içerisinde yer alıyor ve birikimini toplumla paylaşıyor ve ben de bu gururu bir hekim olarak, bir rektör olarak paylaşıyorum. Ankara Hukuk yetiştirdiği hâkim, savcı, avukat, hukukçu, akademisyen ve tüm değerler ile birçok konuda öncü olmuş, işbirliği anlayışını ve özellikle de kamusal işbirliği anlayışını her alanda olduğu gibi bugün burada da göstermektedir.

Ankara Üniversitesi ve Hukuk Fakültemiz, Adalet Bakanlığımıza, adalet camiamıza yargı reformu stratejisinden, hukuk kliniklerine, fikri haklardan bugünkü konu olan hukuk etiğine, yargı etiğine kadar pek çok konuda çalışmalar, etkinlikler yapıyor, katkı veriyor. Aslında sadece katkı vermekle de kalmıyoruz, Ankara Üniversitesi olarak, Ankara Hukuk olarak kendimizi de yeniliyoruz. Çünkü bu işbirliklerinin temel amaçlarından

biri de kendimizi yenilemek, başka bir bakış açısıyla, başka bir değerle kendimize dönüp bakmak ve ülke için, millet için, vatan için, Türkiye Cumhuriyeti için daha iyisini yapabilme anlayışıdır.

Değerli konuklar bugünkü etkinlikte de çok boyutlu bir işbirliğini görüyoruz. Felsefe Kurumu ve diğer sivil toplum kuruluşları ile de bu konu da önemli çalışmalar gerçekleştiriliyor. Adalet Bakanlığımızın yenilikçi ve eğitimci anlayışla her zaman bu işbirliklerine büyük önem verdiğini çok iyi biliyorum. Ayrıca tüm bakanlıkların, tüm kamu kuruluşlarının, baroların, sivil toplum kuruluşlarının ve tüm üniversitelerin de bu tür etkinliklerde paydaş olarak büyük roller aldığını görüyorum.

Alanlarının uzmanı, çok değerli konuşmacılar burada iki gün boyunca günümüzde toplumsal yaşamın büyük önem kazanan kavramlarından olan, gelecekte çok daha önemli ve vazgeçilmezlerden olacak, "etik" kavramını tartışacaklar. Yine hepimize gerekli olacak adalet kavramının etikle bütünleşmesini değerlendirecekler ve bu değerli sonuçları ilgili paydaşlara ve hepsinden önemlisi toplumumuza ve insanlığa sunacaklar.

Ben başta Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı Alpaslan Bey olmak üzere, değerli çalışma arkadaşlarına, Sayın Müsteşarımız Kenan İpek Bey'e ve bu organizasyonda katkısı olan herkese teşekkür ediyorum.

Sempozyumun başarılı geçmesi dileğiyle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

SUNUCU

Sayın Rektörümüze konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Şimdi de Sempozyum açılış konuşmasını yapmak üzere Adalet Bakanlığı Müsteşarı Sayın Kenan İPEK'in kürsüye teşriflerini arz ederim.

Kenan İPEK
Adalet Bakanlığı Müsteşarı

Yüksek Mahkemelerimizin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulumuzun saygıdeğer daire başkanları ve üyeleri, çok kıymetli Rektörlerimiz, değerli yargı mensupları, Türkiye Felsefe Kurumu'nun saygıdeğer başkanı, Barolarımızın çok kıymetli temsilcileri, sempozyuma yurtiçinden ve yurtdışından katılan kıymetli misafirlerimiz, kıymetli meslektaşlarım, basınımızın değerli mensupları Uluslararası Yargı Etiği Sempozyomuna hoş geldiniz diyor ve tüm misafirlerimizi ayrı ayrı selamlıyorum.

Bugün Sayın Bakanımız Bekir Bozdağ Bey burada, aramızda olacaktı. Açılış konuşmasını da kendileri yapacaktı. Bildiğiniz gibi bugün Ankara'da yapılacak olan toplantıya katılacaklar. O sebeple iştirak edemediler. Kendilerinin selamlarını ve başarı dileklerini sizlere ben iletiyorum.

Değerli konuklar; hukuk istisnasız tüm bireylerin hayatında etkin bir rol oynamaktadır. Hukuk olmadan insanların yaşamını sürdürmesi de toplumsal hayatı sürdürmek de imkansızdır. Hukuk, gelişen teknolojiyle birlikte günümüz insanının giderek artan bir ihtiyacı olmuştur. Günlük hayatımızda bile yaptığımız işlem ve eylemler de hukukla karşı karşıya kalmaktayız.

Adalet Bakanlığı olarak hedefimiz adalet sisteminin etkinliğini en üst seviyelere çıkarmaktır. Bu noktada ise sadece iyi hukukçuları yetiştirmek yeterli olmamaktadır. İyi bir hukukçu olmak için etiğe dayanan bir vicdanın oluşması da mutlaka gereklidir. Hukukçuların da diğer mesleklerde olduğu gibi kanunlar dışında uymaları gereken meslekleri ile ilgili kurallar vardır. Bu kurallar hâkim, savcı ve avukatların uyması gereken etik kurallardır.

Adalet ancak tarafsız ve bağımsız hâkimlerle sağlanabilir. Bu nedenle hukukçuların uyması gereken temel etik ilkeler yargıda eskiden beri tartışılan konulardan biri olmuştur. Çünkü yargılamayı yapan hukukçuların yargılamayı adil, bağımsız, tarafsız bir şekilde yapması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının sağlanmasında en önemli araçlardan biri yargılamada etik ilkelerdir. Bu konuda yargı etiğini daha da güçlendirmek adına önemli çalışmalara ve reformlara imza atmaktayız. Hukukçularımız yargı etiğine ilişkin temel bilgileri hukuk fakültesinde öğrenmeye başlamaktadır. Adalet öncelikle yeterli bilgi birikimiyle sağlanır. Bu nedenle yargılamadaki kaliteyi yükseltmek için iyi yetişmiş, objektif, iyi yorum yapan, hukuku benimsemiş ve doğru sonuca varan hukukçulara ihtiyaç vardır. Diğer yandan hukukçulara meslek etiği ilkeleri öncelikle hukuk fakültelerindeki eğitimle kazandırılabilir. Bu nedenle hukuk fakültelerindeki eğitimin niteliği yargı etiği açısından tartışılmaz bir öneme sahiptir. Donanımlı yetkin hukukçular yetiştirmek için hukuk eğitiminden itibaren yeni reformlar yapılması amacıyla Bakanlık olarak çalışmalara başladık. Bu konuda üzerimize düşen her türlü görevi yerine getirmeye hazırız.

Yine 2009 yılında oluşturulan ve 2015 yılında güncellenen Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde yargının hesap verilebilirliğini ve saydamlığını artırmak amacıyla tüm yargı mensuplarının uyması gereken etik ilkelerin belirlenmesi hedefine yer verilmiştir. Diğer taraftan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Türkiye'de Yargı Etiğini Güçlendirilmesi Projesi başlatılmıştır. Bugün burada yaptığımız sempozyumun da bu çalışmaları pekiştireceğine bize yeni ufuklar açacağına inanıyorum. Etik esasında neyin doğru neyin yanlış olduğuyla ilgilenir. Yargı etiğine sahip uygulayıcılar sayesinde yargıdaki şeffalık ve hesap verilebilirlik artacaktır. Bu sayede kamuoyunda sıkça gündeme gelen yargıya güven de artacaktır. Bağımsız ve tarafsız olan yargıç etik ilkelere sahip olan yargıçtır. Milletlerarası bazı belgelerde bu hususu doğrudan düzenleyen metinler mevcuttur. Örneğin Evresel Hâkimler Şartı, Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı gibi metinler bu konuda sayılabilecek belli başlı belgelerdir.

Uluslararası alanda yargı etiğine ilişkin temel ilkeleri içeren Bangolar Yargı Etiği İlkeleri ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Anayasamızda da hâkimlerin, savcıların görevlerini yaparken önce anayasa, kanunlar ve hukuka bağlı bir vicdani kanaatle görevlerini yapacakları ifade ediliyor. Bu açıkça yargı görevini yapanların Anayasa, yasa ve hukuk dışında herhangi bir kişi , düşünce ile, inançla bağlı olmaksızın sadece anayasa, yasa ve hukuka bağlı vicdani kanaatleri ile hareket etmeleri isabetli karar vermelerine etkilidir. Son derece önemli bir anayasal teminattır, etik bakımından da çok önemlidir.

Bu durum hâkimlik ve savcılık mesleğinin vakar ve onuru açısından da son derece önem arzetmektedir. Vatandaşımız yargıya başvurduğunda doğal olarak adil bir karar beklemektedir. Çünkü yargıda görev alanların yasaya, anayasaya uygun davranarak, vicdanla hareket etmesi yargı etiğinin ve hukuk devleti olmanın temel koşuludur. Bu nedenle bu konudaki farkındalığı artırmak hepimizin görevidir. Her toplum açısından yargılama genel bir ihtiyaçtır. Bu yüzden yargılama sonucu verilen karar adil olmalı, herkezde doğru olduğu inancı doğurmalıdır. Yargılamada varılan sonucun doğru olduğu, her türlü delilin toplandığı konusunda inandırıcılık bulunmalı ve bu da gerekçeye yansıtılmalıdır. Bizler hukuka ve topluma karşı sorumlu kişileriz. Vicdanımızla zaman zaman hesaplaşmamız gerekir. Bunu sağlayan unsurlardan biri de etiktir.

Hukukçularımızın yargı etiği açısından sahip olması gereken önemli vasıflardan biri de nezaketli olmaktır. Nezaketli olmak, davranışlarımıza dikkat ederek karşımızdaki insanı kırmamayı, kibar olmayı gerektirir. İnsanların çekinmeden, korkmadan hakkını arayabilmeleri için yargı sisteminde rol alan herkesin nezaket kuralları çerçevesinde hareket etmesinin büyük rolü olduğuna inanıyorum.

Kıymetli katılımcılar, yargılama sürecinin savunma tarafını oluşturan avukatlar adil yargılama açısından son derece önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Avukatlık mesleğine ilişkin meslek etik ilkeleri de bu nedenle önem taşımaktadır. Bu olguyla doğrudan ilgili olan Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi tarafından; "Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü" ve "Avrupa'da Avukatların Tabi

Olduğu Meslek Kuralları" hazırlanmıştır. Ülkemizde de avukatlar Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler. Yargının üç sac ayağından biri olan avukatlar için meslek etik ilkelerinin güçlendirilmesi ile avukatların avukatlık yaparken genel olarak uyacakları etik ilkelerin net bir şekilde belirlenmesi önem taşımaktadır.

Etik bilincinin geliştirilmesi aile yaşantısından ve ilköğretimden başlar. Üniversitede ise artık meslek etiği öğrenilir ve içselleştirilir. Her mesleğin bir meslek etiği vardır. Fakat hukukçular için meslek etiği konusu çok daha önemlidir. Zira bu meslek mensupları kişi hürrüyetini ve toplumu doğrudan etkileyen kararları verebilme yetkisine sahiptir.

Bu nedenle adil yargılanma hakkının sağlanması için, yargılama görevini yerine getiren kişilerin meslek etiği çok daha büyük önem taşımaktadır.

Hâkimlerimizin yargı etiği konusunda yeterli özeni gösterdiklerine inanıyorum. Meslektaşlarımız yargı etiğini ne kadar benimser ve buna uygun davranışlar sergilerse, bu durum yargıya olan inancı aynı oranda artıracaktır.

Değerli katılımcılar; yargı mensupları için hayati öneme sahip olan etik ilkelerin uygulanması ve içselleştirilmesi yargı çalışanları için de son derece gereklilik arz etmektedir. Tüm kamu çalışanları için gerekli olan etik ilkeler yargı çalışanları için çok daha özel anlamlar ifade etmektedir.

Sözlerime son vermeden önce sempozyumumuza yurtdışından ve yurtiçinden gelen değerli akademisyenlerimize, üniversite dekan ve temsilcilerine, barolarımızın çok kıymetli temsilcileri ile yargı mensuplarımıza katılımlarından ve katkılarından dolayı ayrı ayrı şükranlarımı sunuyorum. Çalışmaların başarılı geçmesi temennisi ile herkesi saygı ile selamlıyorum.

BİRİNCİ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı

Prof. Dr. İonna KUÇURADİ

Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı

SUNUCU

Kıymetli misafirler oturumları gerçekleştirmek üzere yeniden birlikteyiz. Efendim Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'nun 'Geçmişten Günümüze Yargılamada Etik' konulu birinci oturumuna başlıyoruz. Oturum başkanını taktim etmek istiyorum Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı Sayın İonna KUÇURADİ'yi sahneye davet ediyoruz. Bu bölümde sunumlarını yapacak olan Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Türk Dili Edebiyat Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Yaşar Aydemir'i, Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi İnsan ve Toplum Bilimleri Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Fatma Demirel'i, Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı Sayın Vuslat Dirim'i, Güney Kore Sogang Üniversitesinden Prof. Sayın Sun-On'u kürsüye davet ediyorum. Sayın başkan ve konuklar söz sizde.

BAŞKAN

Merhabalar. Bu oturumda yargılamada etik konusunun geçmişi ve bugünü üzerine konuşacağız. Konuşmacılarımızın ikisi hukukçu biri tarihçi, biri de edebiyatçı. İyi bir kompozisyon oluyor. Şimdi başkaları ile ve kendilerimizle ilişkilerimizin, aldığımız kararların takındığımız tavırların ve yaptığımız eylemlerden etik değerlerle ilgisi olmayan yoktur. Ne var ki bunların temelindeki değerlendirmelerimiz çoğu zaman değer bilgisine

değil, benimsediğimiz kültürel değer yargılarına ön yargılara iyi ve kötü saydıklarımıza dayanıyor.

Hatırlayacaksınız Kaddafi'nin insanlık dışı bir şekilde öldürülmesine Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komiseri Navipilay'dan başka hiçbir kimse protesto etmemiştir. Oysa yaşama hakkı suçlunun da hakkıdır biliyoruz. Her yapıp ettiğimiz etik değer ve değerlerle ilgili olduğu halde, gerek pozitif hukuk anlayışında gerekse pozitivist bilim anlayışında bilim insanları araştırma yaparken ve hukuku konuşturup uygularken yapılan çalışmalar; değerlerden bağımsız ya da değer dışı veriflü olmaları gerektiğinin kabulü çok yaygın. Bu kabulün nereye kadar varabildiğini nelere yol açtığını günümüzdeki davalarda görüyoruz. Sokrates'in davasında Nazilerin yargılandığı davada ve günümüzdeki birçok davada bunu görüyoruz. Müze haline getirilmiş Nazi toplama kamplarında birini ziyaret etmek bile yada bugün müze haline getirilmiş herhangi bir hapishaneyi Senagal'de Gore, bizde ise Ulucanları ziyaret etmek bunları görmeye yeter.

Teşekkür ederim.

Altını çizmek istediğim şudur. Bilim insanları da yargıçlar da aslında bütün insanlar hepimiz mesleğimizi icra ettiğimiz sırada değerlendirmelerde bulunurken bunları şu veya bu şekilde öğrenmiş olduğumuz kültürel değer yargıları ile ya da işimize geldiği gibi değerlendirmememiz gerekir. Ama bu değerlendirilen şeyin, etik değer ve değerlerle bu arada insan hakları ile ilgisini gözardı etmek demek değildir. Değer dışı olmak, insan haklarından bağımsız olmak demek değildir. Eğer değer yargıları ile değerleri karıştırmıyorsak bunu görmek zor değildir. Her düzeyde ki eğitim de eğitim programlarımıza değerler eğitimi adına belirli bir kültürün değer yargılarını öğreten bir eğitimi değil de etik değer bilgisi, olan biteni ışık tutarak kişileri düşündüren bir eğitimin yapıldığı derslere yer vermemiz ve böyle bir eğitim yapacak öğretmenleri hazırlamamız uygun olur. Ben buna dikkat çekmek istiyorum. Şimdi programdaki sıraya göre arkadaşlarımızın konuşmalarını yapmalarını rica edeceğim.

Sayın Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR, Eğridir, Isparta doğumludur. Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı mezunudur.

Türk lisansını ve doktorasını Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yaptı ve 2009 yılında Profesör oldu.

Sayın Aydemir 89-91 yılları arasında Başbakanlık Çocuk Esirgeme Kurumu, 92-93 yılları arasında Milli Eğitim Bakanlığı emrinde öğretmen olarak çalışmıştır. 93-99 yılları arasında Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Türk Dili Edebiyatı Fakültesinde Öğretim Görevlisi ve Araştırma Görevlisi olarak görev yapmıştır. 99 yılından beride Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyat Fakültesinde görevli. Sizi Dinliyoruz Yaşar Bey.

EDEBİYAT AYNASINDA YARGI ETİĞİ

Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR
Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Türk Dili Edebiyatı
Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

ÖZET

Edebiyat, bir toplumun yaşantısının; hüznünün, sevinçlerinin, yaşanmışlıklarının belli estetik ölçüler içerisinde dille ifadesidir. Dilin en üst seviyede kullanıldığı yer olan edebî eserler, toplum hayatında etkili bir enstrüman olarak da kullanılır. Sözün gerçek anlamı yanında mecaz ve yan anlamları, göndermeleri en güzel şekilde edebî eserde karşılık bulur.

İnsan-insan, insan-evren ve insan-diğer canlılar ilişkisi belli bir düzeni gerekli kılar. Hukuk adını verebileceğimiz bu düzen; hak, hukuk, adalet, zulüm, irtikâp, haksızlık gibi kavramlar etrafında şekillenir. Birlikte yaşama iradesi gösteren insanın kendi hukuku kadar karşısındakinin hukukunu da gözetmesi düşüncesi, hukuka ait belli yapıları oluşturmuş, üzerinde anlaşmaya varılan değerler çerçevesinde işletilmeye çalışılmıştır.

Bildirimizde öncelikle Osmanlı Hukuk sisteminden; hukuka zemin teşkil eden değerler sistemi, mahkemeleri ve işleyişinden ana hatlarıyla söz edilecek, "etik" kavramını hangi anlam çerçevesinde ele aldığımız belirtilecektir. Arkasından hukuk ve etik bağlamında tespit edilen Klasik Türk Edebiyatı metinlerinden hareketle Osmanlı dönemi hukuk-etik ilişkisi yansıtılmaya çalışılacak, sosyal hayatın vazgeçilmezi olan hukukun işleyişinin edebî eserin malzemesi olarak ele alınışı ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, etik, adalet, kadı, edebiyat.

GİRİŞ

Etik, görebildiğim kadarıyla bütün yönleriyle üzerinde anlaşmaya varılmış bir kavram değildir. Kavramlar, içinde doğduğu toplumun bir problemi ya da problemine cevap olarak doğar. Belli bir düşünüşün ve hayat anlayışının sonucu olarak vardır. İlgili toplumun kavramı gelenekleri farklı bir başka toplumda kendisini ifade için birebir örtüşen kelime veya kavram bulması zor olup anlaşılması ve uygulama alanına konulması da zaman alacaktır. Biz de bildirimizde bu kavramı tartışacak değiliz. Ancak söyleyeceklerimize bir zemin teşkil etmesi açısından "etik" kavramını hangi anlamda aldığımızı ve kullandığımızı belirlemeliyiz.

Bildirimizde "etik" kavramı "ahlak; alışkanlık, töre, görenek" anlamı ile akıl süzgecinden geçirilen ahlak; töre, gelenek ve alışkanlıklardan gelen "karakter" (Pieper 2012:31) manasıyla alınacaktır. Bu anlamıyla etik, ahlak felsefesi demektir. "İrade özgürlüğü, aklîlik, objektiflik, diğerkâmlık, bilgicilik, tutarlılık, ilkelilik, kapsamlılık, niyet, yanlışı model almamak, eyleme geçirme, bilinçlilik, iyiye yönlendirme, kendine ödev çıkarma ve değer vurgusu" gibi özellikleri içinde barındırır (Türkeri 2015:22).

Her devletin kendi içinde ve iletişimde bulunduğu toplumlarla ilişkilerinin sınırlarını çizen bir hukuk sistemi vardır. Hukukunun temelini büyük ölçüde değer yargılarının bütünü oluşturur. İbni Haldun'un dediği gibi medeniyet değerlerini din ve asabiye şekillendirir. Osmanlı toplumunun da hukukunu değerler bütünü oluşturmuştur. Bu değerler bütününde en çok paya sahip olan din, hukuk sisteminde de zemin kabul edilmiştir.

Osmanlı yargısında esas itibariyle Şer'î ve Örfî olmak üzere iki tür yargılama vardır. Şer'î hukukun kaynağı; Kur'an, sünnet, icma ve kıyastır. Örfî hukukun kaynağı ise İslamiyet'e aykırı olmamak kaydıyla töre ile padişahın yönetim, maliye ve ceza gibi konulardaki fermanları ve kanunnameleridir. İslam hukukunda kadıya yargı işlevinde müdahale etmemek kural olduğu için genel olarak devlet başkanları da kadıların yargı kararlarına müdahale etmemiş, aleyhlerine açılan davalarda herhangi bir vatandaş gibi kadı huzurunda yargılanmışlardır (Ünal Özkorkut 2008:231). Şer'î kurallara uygunluğunda bir problem olmadığı sürece kadının verdiği

karar kesin karar hükmünde sayılmıştır. Padişahın toplum yararına koyduğu örfî kurallardan doğan uyuşmazlıklarda yetki padişahtadır. Örfe göre yargılamalarda kadı kendi başına karar veremez. (Ünal Özkorkut 2008:231)

Osmanlı mahkemeleri; Müslümanların tabi olduğu şer'î ve örfî yargılamanın yapıldığı mahkemeler, Gayri Müslimlerin tabi olduğu Topluluk Mahkemeleri, Osmanlı tebaası olmayan yabancıların tabi olduğu Konsolosluk Mahkemeleri ve ticarî alandaki davalara bakan Karma Mahkemeler olarak gruplanabilir. İslamî mahkemelerdeki en üst otorite Şeyhülislamlık makamı, Topluluk Mahkemelerinde her topluluğun en yüksek dinî mercii, Konsolosluk Mahkemelerinde elçilikler, ticarî alanı konu alan Karma Mahkemelerde ise Ticaret Nazırlığı üst otorite olarak kabul edilmiştir. (Aydın 2003:342-43)

"Osmanlı mahkemeleri esas itibariyle Anadolu ve Rumeli olmak üzere iki bölgeye ayrılmış, Anadolu'daki kadılar Anadolu kazaskerliği, Rumeli'de, Kırım ve Kuzey Afrika'daki kadılar da Rumeli kazaskerliği bünyesinde mevleviyet, sancak ve kaza kadılıkları olarak teşkilatlanmıştır." (Aydın 2003:342) XVI. yüzyılın ortalarına kadar kendi bölgelerindeki, günlük 150 akçeye kadar geliri olan kadılıkların kadılarını Kazaskerler padişaha kendileri sunarak, 150 akçeden fazla geliri olan kadıları sadrazam kanalı ve onayıyla padişaha sunarak atamasını yaptırmışlardır. (Aydın 2003:342) Mevleviyet denilen büyük kadılıkların tayinleri Şeyhülislâm tarafından sadrazam kanalıyla padişaha sunularak yapılmıştır. (Aydın 2003:343) Zaman içerisinde yetki devirleri olmuş, sistemde bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçeveden bakıldığında Osmanlı yargısının asıl yükünü çekenler kadılar olmakla birlikte Kazaskerden Şeyhülislam'a, dolaylı olarak da devlet yönetiminin başında bulunan isme kadar birçok makam adaletin ve yargılamanın bir şekilde içinde olmuşlardır.

Osmanlı hukukunda esas itibariyle Hanefî Mezhebinin içtihatları geçerlidir. Ancak davacının ve davalının mezhebi Hanefi mezhebi dışında ise davaları Hanefî kadının ilgili mezheplere bakan naibleri vasıtasıyla çözülür. (Aydın 2003:344) Daha çok "meclis-i şer', mahfil-i şer'" olarak adlandırılan klasik Osmanlı mahkemesi bu devirde tek hâkimli ve esas

itibariyle tek derecelidir. Öte yandan Dîvân-ı Hümâyun'un bir yüksek mahkeme olarak varlığı ve gerektiğinde mahallî mahkemelerin kararlarına yapılan itirazları gözden geçirmesi, mahkemenin tek dereceli olma özelliğini bozmaz. Mahallî mahkeme kararları, bir kısım ceza davaları hariç verildiği andan itibaren bir üst mahkemenin tasdikine gerek kalmadan işlerlik kazanırdı. Mahkemeler, hem şer'î hem örfî davalarda tek yetkili mahkeme konumundadır. (Aydın 2003:342)

Yargılarına müdahale edilmeyen kadıların birtakım sorumlulukları vardır. Her şeyden önce kadı tarafsız ve adil olmalıdır. Hükmünde isabet edebilen, dürüst, güvenilir, sağlam kişilikli ve iradeli olması beklenir. Kadı, anne-baba tarafından akrabaları, çocukları ve torunları, eşi, işçisi, kendi desteğiyle yaşayanların davası gibi davalara bakamaz. Yargı yetkisi bulunan devlet başkanının da kendisiyle ilgili davalara bakamayacağı kabul edilmiştir. Kadı, taraflara eşit davranmak, taraflardan hediye kabul etmemek, onların yemek davetini geri çevirmek, taraflardan birini ikametgâhında kabul etmemek ve taraflardan birine delil telkin etmekten kaçınmak zorundadır. (Ünal Özkorkut 2008:232) Söz konusu hususlara dikkat edecek kadının istenmeyen davranışlara tevessül etmemesi için ihtiyacı kadar gelirinin de olması gerekir. (Ünal Özkorkut 2008:232) Yargılama sürecinde dolaylı da olsa rol sahibi olanların tamamının adil olması; hukuka riayet etmesi beklenir. Şartlara göre fetvası, yargılayanların yargılanması ve cezalandırılması gibi vazifeleri bulunan şeyhülislamlar gibi. Bütün bunları yargı etiği açısından önemli düzenlemeler olarak görmek mümkündür.

EDEBİYAT AYNASINA YANSIYAN HUKUK

Edebiyat, özelde şiir, estetik tarafı öne çıkan bir sanat dalıdır. Sanatkârın toplumda yaşananları anlatmak gibi bir derdi yoktur. Ancak toplumda yaşananlardan ve olgulardan bağımsız olması da düşünülemez. Şiirin eğitim-öğretimden günlük hayatın aksayan taraflarına, toplumu iyiye-güzele yönlendirecek içeriğinden birlik ve beraberliğini sağlamaya kadar birçok hususta kendisinden istifade edildiği, gerektiğinde güçlü bir silah olarak kullanılabildiği sayısız örneği vardır. Toplumun aksayan taraflarını dile getiren Fuzulî'nin Şikâyetnamesi, Bağdatlı Ruhî'nin Terkîb-i

bend'i, "eksilmede" redifli manzumesi; Nâbî'nin "kalmamış" redifli gazeli, oğluna nasihatname türünde yazdığı Hayriyye'si; nasihat amaçlı kaleme alınan nasihatnameler gibi birçok eser hemen söyleyebileceğimiz eser isimleri arasındadır.

Hukuk da toplum hayatının olmazsa olmazı olduğuna göre edebî metinler üzerinden hukukun hallerini takip mümkündür. Bildirimizde daha çok meselenin bu tarafına değineceğiz. Bahsi geçen metinlerde bir taraftan ideal olana vurgu yapılırken diğer taraftan süfli olan eleştirilir. Hayatın rutini çok da vurgulanmaz. Bu hususu da dikkate alarak Osmanlı edebiyatına yansıyan hukuku iki açıdan değerlendirebiliriz: Telkinler ve aksayan yönler.

Telkinler

Osmanlı medeniyetine temel teşkil eden değerler bütünü insanı ideal olana yönlendirmiştir. Bütün İslam sanatlarında olduğu gibi, edebî eserlerde de hep iyiye, güzele, özgüne, ideal olana bir yönlendirme vardır. Bu, İslam sanatlarında din ve dünya ayrımının olmaması, İslam estetiğinin mana ile suretin mükemmel bir uyumunu sergilemesi (Koç, 2010:15), gelenekte estetik zevk ile yararlı olanın iç içe olması ve sanatçının hep olması gerekene yönlendirilmesinden kaynaklanır. Osmanlı şairleri padişahlık, vezaret, kazaskerlik, şeyhülislamlık gibi makamlarda bulunan kişilere yazdıkları kasidelerinde de aynı ilkeden hareket etmişlerdir. Söz konusu makamlarda bulunan kişilerin en çok adalet özellikleri üzerinde durulmuştur. (Aydemir 1996:144) İyi bir yöneticide bulunması gereken bu vasıfların söz konusu makamların tamamında ilk üç sırada yer almaları hayli anlamlıdır. Aşağıdaki iki beyit padişah methiyesinden alınmıştır:

Merhabâ ey pâdişâh-ı âdil ü âlî-nijâd
Oldu teşrîfinle şehr-i Edrine reşk-i bilâd Nefî

Kangı iklîme ki pertev salsa adlüñ sâyesi
Ol diyâr içre görinür zerreden kemter güneş Ahmet Paşa

Şu beyit de Sadrazam Mustafa Paşa için söylenmiştir:

Sehâb-ı cûdı ile tâzelendi bâğ-ı emel
Sadâ-yı adli ile köhnelendi resm-i fesâd Nâbî

Şeyhülislamlık makamı, fetva makamı oluşu dolayısıyla yerine göre padişahın da üstüne çıkan yetkilerle mücehhezdir. İlk önce adil olması gerekenler onlardır. Çünkü dinin gayesi yeryüzünde adaleti sağlamaktır:

Vâris-i adl-i Ömer Hâce-i Efendizâde
Ki odur kâr-ı ebr-âverde-i dîn ü dünyâ

Ömeriyyü'l-eser ol dâver-i adl-âver kim
Pîş-i hükmünde berâberdür anuñ şâh u gedâ Sabrî

Tezkiresinde Osmanlı şairleri hakkında bilgi veren Âşık Çelebi, aynı zamanda kadı olan Pârepârezâde Ahmet Çelebi maddesinde onun örnek bir kadı oluşunu şöyle anlatır:

"Uzunca bir zaman Silivri'de kadılık yapmıştır. Onun gibi muttaki ve doğru kadı Anadolu'ya gelmediği, kadılar içinde benzerinin olmadığı hususunda herkesin ittifakı vardır. Yazın içine bir ak sade, kışın bir gök kapama, üstüne bir Selanik çukası, başına bir Donuzlu (Denizli) çalması takardı. Atı ve kulu yoktu. Uşağı kadılığında muhzırdan ve mülazemetinde ücretle tuttuğu birinden ibaretti. Mahkemesinde döşendiği bir hasır idi. Kadılığa gittiğinde bir beygir kiralar, semerinin üstüne seccadesini koyup binerdi. Görevden alındığı zamanlarda yol harçlığı için bir kitabını satar, İstanbul'da mülazemet harçlığı için yazıcılık yapardı. Yanında resmî mahkeme ücretinin belli bir sınırı yoktu. Sicil ve i'lam karşılığı bir akça, iki akça ne verirlerse onu alırdı; bu azdı, bu çoktu demezdi. Ama haklı davranmanın verdiği aydınlık, doğruluğun verdiği uğurla öyle bir heybeti ve kendinden emin duruşu vardı ki beyler ve voyvodalar ister-istemez buyruğuna uyardı, yanında bunların değeri bir yeşil yapraktan daha azdı. Yargılarında ve şeriatın buyruklarını yerine getirmekte, davaları kesip atmakta bir keskin kılıç idi ve hep Kitapta (Kur'anda) yazılana göre kadı ve hâkimdi." (Gökyay 1976:44-45)

Âşık Çelebi'nin bir başka kadı şair Hâletî ile ilgili anlatımı şöyledir:

"Anadolu'ya kadı oldu. "Vatan sevgisi imandandır." gereğince annesinin rızasını gözeterek büyük vilayetlerden Gelibolu, Yenişehir, Filibe ve Selanik'te kadılıklarda bulundu. Gereği gibi kadılık yaptı. Sıcak ve soğuklukla kabarcığın gönlüne dokunup hatırını kırarım diye korkardı. Yine hassasiyetinden suyu üfürüp içerdi. Hâsılı kendisi Anadolulu iken Arap ve Acem'i gezip Arab'ın lafzını, Farsın lütuf ve mürüvvetini; Diyarbakır'da nice zaman veraset taksimi işleriyle uğraştığı için Farsın zarafet ve nezafetini, Anadolu'nun zekâ ve latifliğini kendisinde birleştirmişti." (Kılıç 1994: 300)

Defterdar Mehmet Paşa, Nasâyihü'l-Vüzerâ isimli eserinde; "Gerek şanlı Padişah, gerekse yüce vezir, memleketin valileri, hâkimleri, polis ve askerleri (zabitleri) hallerini daima hukuka göre ayarlamalı, adalet üzere hareket etmeye önem vermelidirler. Zira adalet hakkında Resûl-i Ekrem sallallâhu aleyhi ve sellem hazretleri: *Bir saat adalet yetmiş yıllık ibadete karşılık gelir."* buyurmuşlardır. Bu hadisin manzum tercümesi:

Hâkim olan kimesne bir sâat
Emr-i Hak üzre ki adâlet ede

Ola mı bir sevâb adle adîl
Ki o yetmiş sene ibâdet ede

(Bir saat adaletle hükmeden hâkim yetmiş sene ibadet edenden daha büyük sevap alır.)" (Defterdar Sarı Mehmet Paşa 2014:30)

Defterdar Mehmet Paşa aynı eserinin "Makamların Hâlleri ve Rüşvetin Zararları" bahsinde de bütün yöneticilere adaletli davranmayı, rüşvetten uzak durmayı, zulümden kaçınmayı öğütler. Yer yer manzum örneklerden de istifade eden yazar temel kaynaklardan; Kur'an ve hadislerden, tecrübelerden örneklerle hukukun etik tarafına vurgu yapar:

"Gerek veziriazam ve gerek bir memleketin vilâyet valisi olan vezirler, Beylerbeyleri, emirler ve diğer hâkimler hukuk ve kanuna aykırı olarak

bir iş karşılığı verilen rüşvete göz ucuyla bile bakmayıp, rüşvet teklif eden batıl yoluna düşmüş rüşvetçiye candan düşman olursa, onlara tabi olanlar ve diğer işlerde olan sair kimselerin malın güzelliğine ve zulme hevesine meyletme ihtimali olmaz. İnsaflı bir vezirin başka bir iyiliği olmasa bile sadece rüşvetten kaçınması yeterli olur. Bu tavır, faydaları çok ve geneli kapsayan büyük bir özellik olup, dünyaya değer en büyük sevaptır. Zamanımızda da kadıların nicesi rüşvetin adını mahsul koyup, hukuku (Allah'ın hükmünü) icra etmeyip, Allah korusun, hangi taraf rüşveti fazla verirse onun lehine hükmeder duruma gelmiştir. Böyle kadıların muradı, isterse alacaklıyı borçlu, müflisi de Karun yapar. Allahu Teâlâ'nın rızası için, bunun gibi kimselerin tam bir ihtimamla araştırılıp, ortaya çıkarılmasına gayret gösterilmeli, bu görevden ve düştükleri yoldan uzaklaştırılmaları sağlanmalıdır. Nitekim bunların hakkında denilmiştir ki:

"La'net ol mâla ki şer'i satasın
Hükm-i Mevlâ'yı yabana atasın

Hakkı ibtâl edesin rüşvet içün
Dîni mâla veresin devlet içün

(O mala lanet olsun ki, karşılığında hukuku satasın! Mevlâ'nın hükmünü yabana atasın! Rüşvet için hakkı iptal edesin! Kendi çarkını döndürmek için dinini mal karşılığı satasın!)

Bunı fikr etmeyesin ey gümrâh
Ki şerefle budur ol şer'-i Allâh

Anı ta'zîm ile Cibrîl-i emîn
Etdi ârâyiş-i ruhsâr-ı zemîn

(Ey yolunu kaybeden kimse! Cebrail'in şerefle, büyük bir saygıyla selamladığı, yeryüzünün ziyneti olarak indirdiği Allah'ın hukukunu nasıl akıl etmezsin?)

Allah (c.c.) korusun, hukuken (şer'an) icrası gereken bir konuyu rüşvet ile başka bir şekle koyup, hukuka aykırı hareketle yapılan günah kadar büyük bir suç yoktur. Devlet adamları için rüşvet hastalığı gibi ilacı

güç, belki de ilacı olmayan bir hastalık yoktur. Bu hastalıktan ziyadesiyle kaçınmak gerekir. Kişinin sevdiği dostlarının bir hediye getirmesi halinde, bu hediyeyi almakta bir beis olmaz. Ancak bu hediyenin bir iş için olmaması gerekir. Getirilen hediyenin ancak muhabbeti artırmaya sebep niyetiyle olması gerekir." (Defterdar Mehmet Paşa 2014:47-48)

Mehmet Paşa, hâkimlerin Hak rızasını gözeterek hükmetmesiyle ilgili olarak bir dörtlük aktarır:

"Kim kazâ etse Hak rızâsı içün
Hâcetin görse bir müselmânun

Etdügi iyilik olmaya zâyi'
Bitüre hâcetini Hak anun

(Hâkimler -Kadılar- hüküm verme işini Hak rızası için yaparsa ve bir Müslüman'ın ihtiyacını giderirse, ettiği iyilik boşa gitmez, Hak onun ihtiyacını giderir.)" (Defterdar Mehmet Paşa 2014:35)

Mahkeme, herkesin saygı gösterdiği, anlaşmazlıklarında yegâne müracaat kaynağı olmalıdır. Mahkemeyi küçümsemek, başka yerlerde ve usullerle dava görmeye kalkmak Hakk'ın razı olacağı bir durum değildir:

Ey eden mahkeme-i şer'-i şerîfi tahkîr
Gören ikrâh ile da'vâsını gayri yerde

Sâhib-i şer'-i mutahhar saña râzı olmaz
Hasmuñ Allah olur mahkeme-i mahşerde Neylî

Toplumda kuvvetli bir düzen kurmak, adalet bileğinden geçer. Peygamberlik mucizesini arz, bembeyaz eller eyler (Hz. Musa'nın yed-i beyza mucizesine gönderme):

Sâ'id-i adldedir kuvvet-i îcâd-ı nizâm
Arz-ı i'câz-ı nübüvvet yed-i beyzâ eyler Fuzulî

Memduh, adaletin dünyada itibarını artırmasa varlığın asıl üslubu ve nizamı olmazdı:

Kâ'im olmazdı nizâm ü nesâk-ı asl-ı vücûd
Vermeseydüñ eser-i adl ile dünyâya revâc Fuzulî

Hükmün sağlıklı olması adalet terazisiyle mümkündür. Devletin sadareti hukukun icrasıyla beğenilir:

Nizâm-ı hükmi terâzû-yı ᶜadl ile mevzûn
Sudûr-ı devleti icrâ-yı şerᶜile meşkûr Nabî

İyi ve kötünün ayrımı adalet terazisiyle mümkündür; inci ile taş aynı ayarda olur mu?:

Mîzân-ı çeşm-i adl iledür fark-ı nîk ü bed
Olsun mı hîç gevher ile hem-ayâr seng Edhem

Tasdik kayığını hukuk (şeriat) limanına demirlersen vücudun alaband olmaktan kurtulur:

Sala gör lenger-i tasdîki limân-ı şer'a
Kurtıla tâ ki vücûduñ alavand olmakdan Aşkî

Fuzulî, Mehmet Paşanın övgüsüne kaleme aldığı bir kasidesinde hüküm ve hâkimin nasıl olması ve nasıl olmaması gerektiğini anlatıyor. Hüküm, dünya nizamının süsü olup dinin kurallarını hayata geçirendir. Hüküm olmazsa zulüm dünyayı kargaşaya sürükler. Hüküm olmazsa mülkün işleyişi kalıcı olmaz:

Hükmdür hükm ki dünyâya verür zîb-i nizâm
Hükmdür hükm ki dîn resmini eyler ihyâ

Hükm eğer olmasa dünyâya salar zulm fesâd
Hükm eğer olmasa bulmaz nesâk-i mülk bekâ Fuzulî

Hâkim, kaderin hükmüne, kazanın emrine uygun hüküm verendir. Hâkimin zatında tamah, icraatında riya bulunmamalıdır. Hâkim, mumun alevinden pervaneye zarar geleceğini bilse, ışık gider karanlık olur diye düşünmeden mumun başını kesendir:

Hâkim oldur ki muvâfık ola hükmüne kader
Hâkim oldur ki mutâbık ola emrine kazâ

Hâkim oldur ki anuñ olmaya zâtında tama'
Hâkim oldur ki anuñ olmaya fi'linde riyâ

Şem'den görse ki pervâneye bir zulm yeter
Kese başın dimeye zâyi' olur nef-i ziyâ Fuzulî

Hak'tan uygunluk, gayret ve yardım bulmayan kimsenin davada hüküm vermesi yakışık almaz. Yakınlık ve kabul mertebesi adaletin işleyişindedir; adaletsiz hâkime hükümet davası uygun değildir:

Bulmayan devlet ü tevfîk ü inâyet Hak'dan
Ne revâ kim kıla icrâ-yı hükûmet da'vâ

Reviş-i adldedir mertebe-i kurb ü kabûl
Adlsüz hâkime da'vâ-yı hükûmet ne revâ Fuzulî

Bir saatlik adaletli hüküm, Allah'a yakınlık sağlamak için yüz yıl ibadet eden insanın ibadetinden daha makbuldür. Hüküm, halkın yaşama ve ölüm vasıtasıdır. Hükmünde hata eden hâkimin vay hâline! Merhametinden mazlumları mahrum bırakıp kendi menfaati için zalimlere istila hakkı tanıyan hâkimin vay hâline!:

Bir vera' ehli eğer kılsa ibâdet yüz yıl
Sâ'at-i adlce vermez eser-i kurb-ı Hudâ

Hükmdür vâsıta-i mevt ü hayâtı halkuñ
Vây ol hâkime kim eyleye hükmünde hatâ

Kıla mazlûmları merhametinden mahrûm
Vere zâlimlere öz nef'i için istîlâ Fuzulî

Hâkime yakışan gafil davranmayıp vakit nakdini kendisine ihtiyaç duyanlara saçı yapmaktır:

Rahmet ol hâkime kim olmaya ilden gâfil
Nakd-i evkâtın ede bezl-i niyâz-ı fukarâ Fuzulî

Fuzulî bir kıtasında doğrudan kadıyı muhatap alarak ona nasihatlerde bulunur. Dünyalık menfaat düşüncesinin hüküm vermede kendisini hataya düşürmemesi için gayret etmesini öğütler. İlim ve marifet halkın makbulü kılmış iken rüşvet seni Hâlık'ın kapısından uzaklaştırmasın der:

Ey kâdî-i huceste-likâ kim Hak eylemiş
Sâhib-serîr-i mesned-i hükm-i kazâ seni

Cehd eyle kim mülâhaza-i nef-i dünyevî
Hükm-i kazâda etmeye ehl-i hatâ seni

Makbûl-i halk kılmış iken ilm ü ma'rifet
Merdûd-ı Hâlik eylemeye irtişâ seni Fuzulî

Usulî bir kasidesinde memduhuna "Bu sütunsuz felek adaletinin sütunuyla ayakta; zamanın binası hükmünün ispatı ile karar üzerindedir." der:

Pâyidâr adlin sütûnuyla bu tâk-ı bî-sütûn
Ber-karâr isbât-ı hükmünle binâ-yı rûzgâr Usûlî

Âşık da "Senin adaletle hükmün halkı öyle hukuka bağladı ki kadılar hasmın gevezeliklerine ferman vermez oldular." der:

Hükm-i adlüñ şöyle münkâd itdi halkı şer'a kim
Kâdılar ihzâr-ı hasma vermez oldular nişân Âşık

Aksayan Yönler

Edebî metinlerde hukuk sisteminin aksayan yönleri arasında en çok öne çıkan özellik rüşvetin yargılamaya etki etmesidir. Özellikle 17. yüzyıldan itibaren toplumda yaygınlaşan ve ifsada götüren bir özellik olarak karşımıza çıkar. 17. yüzyıldan başlayarak Osmanlı toplumunun siyasî, askerî, hukukî ve ekonomik alanlardaki gerilemesi bireyin bozulması ile doğrudan ilgilidir. Bu yüzyılda daha çok hissedilen bozulma bir sonuç olarak vardır. Önceki yüzyıllar hazırlayıcısıdır. 16. yüzyılda yaşamış olan Hayalî Bey, kadı ve muhtesibin şehirde müştereken gerçekleştirdikleri yolsuzluğu "Malı kabz etmekle şehri viran ettiler; meclisi topla, kadı ile muhtesibi hesaba çek." dizeleriyle anlatır:

Ahz-ı mâl ile Hayâlî şehri vîrân etdiler
Meclis eyle muhtesible kâdîyi teftîşe çek Hayâlî

Aynı yüzyılda Bağdatlı Ruhî'nin "Hasbihâl-i Zamâne" başlıklı, "eksilmede" redifli şiiri toplumsal bozulmayı özetleyen bir şiirdir. Hukuk da eksilenlerin içerisindedir: Kadıların çoğu rüşvet yolunu tutmuş, hukuka hürmet eksilmededir. Kimse kendi hâlinden hoşnut değildir, Hakk'ın kazasına rıza eksilmededir:

Ekseri kâdîlarun rüşvet tarîkin tutmada
Hürmet-i şer'-i Resûl-i Müctebâ eksilmede
……
Kendi hâlinden değül hoşnûd şimdi kâinât
Hak Taâlâ'nun kazâsına rızâ eksilmede (Kurnaz 2011:120-21)

17. yüzyıla gelince eksilenler yerini kalmamışa bırakmıştır. Nabî, "kalmamış" redifli şiirinde her şeyin ölçüsünün kaybolduğunu dile getirir. Bunlardan birisi işin ehlini seçecek değerlerin kalmamış olmasıdır:

Kadrin anlar yok bilür yok her dür-i sencîdenün
Çârsû-yı kâbiliyyetde terâzû kalmamış (Kurnaz 2011:123)

Hukuk, kalmamanın ötesinde unutulmuştur. Herkes birbirinin malını yağlamaktadır. Huda'nın hükümleri, Kur'ân'ın manası unutulmuştur.

Herkes kendi nefsinin hükmünü yürütmektedir. Hakk'ın bize gönderdiği ferman unutulmuştur:

Halk açmadadur birbirine pençe-i târâc
Ahkâm-ı Hudâ ma'nâ-yı Kur'ân unutulmış

Nâbî kimi görsen yürütür hükmüni nefsün
Hakkun bize gönderdüği fermân unutulmış (Kurnaz 2011:124)

Birilerine borçlu olarak gelinen makamlarda kişinin hareket alanı kısıtlanır. Rüşvet yiyen hâkim, gebe kadın gibi rahat hareket edemez:

Hayf şol hâkime kim deprenemez merdâne
Mâl-ı rüşvet yiyüp ol avrete döner gebece Ravzî

Hukuktaki bozulmanın sorumlusu sadece kadılar değildir. Onları tayin edenler de onlar kadar sorumludur. Kadıların yaptığı hukukun emrini uygulamak değil her tarafı yakıp yıkarak mal tahsil etmektir. Onların takva sahiplerini sevdiği yoktur. Şer ehli ve ortalığı karıştıranlar yanlarında daha makbuldür:

Bir bölük câhilleri kâdî idüp şâh-ı cihân
Kâ'inâtı zulm-i bî-dâd ile bed-hâl eyledi Ravzî

Emr-i şer' icrâ olunmaz kâdılar ancak hemân
'Âlemi yakup yıkup tahsîl-i emvâl eyledi Ravzî

Zühd ü takvâ ehlini sanma severler kâdılar
Anlaruñ yanında ehl-i şûr u şer makbûldür Ravzî

Âşık Çelebi Tezkiresinde, şair Emânî'nin İskender Çelebi'nin ölümüne düşürdüğü tarih kıtasını aktarır. İskender Çelebi rüşvet kasrının tahtasını gümüşten, çivisini altından yaptırmıştır. Kapısını ve duvarını nakış yaptırmış, açığını fazla koyunca çok açık boyanmıştır. Azil haberi ağızdan ağza yayılınca ölüm tarihi gaybdan "rüşvet" ile gelmiştir:

Târîh

İrtişâ kasrını yapdukda İskender Çelebi
Tahtasın sîmden itdürdi vü zerden mıhın

Der ü dîvârını nakş eyleyicek ol dâna
Katı açuk boyadı çok idüben zırnîhın

Münteşir olıcak efvâha peyâm-ı 'azli
Hâtîf-i gayb didi rüşvet ile târîhin (Kılıç 1994:153.)

Âşık Çelebi, Vahyî-yi Sânî maddesinde şairin kadı olduktan sonra nasıl değiştiğini ve sonunun nasıl olduğunu anlatır:

"Danişmentliği zamanında tatlı, güzel ahlaklı idi. Kadı olunca kendini beğenmişlik, kibirlilik, kara tabiatlılık, kötü ahlaklılık yolunu tuttu. Acayipliği, kendini bir şey zanneden, gururlu ve kibirliliği ortaya çıktı. Arzusu insanları azarlamaya, rağbeti korku salmaya oldu. Garazı arz ile kadılığın ırzını tahkir etmek ve para gözetmek olunca mal çoğaltmak derdiyle kendini beğenmişliğe girdi, ahlakını ve güzel vasıflarını değiştirdi. Eski dostlarına buğz ve taassupla karşı çıktı. Sonunda mazlumların ahı erişip evine ateş düştü. Evi barkı, defter ü divanı, belki de dini ve imanı yandı. O sıcaklığa dayanamayıp varlığını yokluk diyarına çekip ecel ateşi canını ve bedenini yaktı. Kesderye kadısı iken 958 senesinde öldü. (Kılıç 1994:275-76)

Âşık Çelebi, Tutî-i Latîf maddesinde Koca Keşiş namıyla tanınan bir kadının Kırkkilise'ye atanmak için verdiği rüşveti dile getirir:

Virmese yüz papası Koca Keşîş
Mansıba kimse râzı olmaz idi

Olmasaydı papası el-hâsıl
Kırkkilise'ye kadı olmaz idi (Kılıç 1994:375-76)

Âşık Çelebi, Nişânî mahlasıyla şiirler yazan bir kadının "kendini beğenmişliği"ne dikkat çeker. Bu da bir zaaftır ve yargı etiğine uymaz:

Nişânî-i Sâlis, Mora'da hukuk mahkemesinde kadıdır. İlim ve marifetine diyecek yoktur. Ama kendini beğenmişliği haddinden fazladır. İki üç müftü, yanında başındaki bir tüy ölçüsündedir. Mollalık ile anılıp fazilet makamının başında senin olman gerekir demenin dışındaki sözlere razı olmaz. Her allame senin tefsir ilminde yed-i beyzan vardır desin. Gerek Zemahşerî gerek Kadı olarak anılmalıdır. Mantıkta Mîrek Çengi yanında ne çalar! Hikmetten dem vursa kelam ehlinin sessizliği musiki yerine geçer. Sarf (gramer) ilminde Dikkoz (Şemseddin Ahmed Dikkoz (ö. 855/1451) ne kozdur? Onun yanında İbni Hâcib nahvin (söz dizimi, sentaks) kaç bölüm olduğunu bilmez. Sonuç olarak; akaitte, hukukunda ve töresinde bir yolu olup başkalarının meşrebine hep muhalifliği vardır. (Kılıç 1994:464)

Âşık Çelebi, Ulvî maddesinde şairin devrin yargısına dair bir şiirini aktarır. Buna göre hukukun yerinde yeller eser. Haddini bilen yoktur. Hukuku elinde tutanlar hukuksuzluğun baş temsilcileridir:

Kâdî-ı şehr âsitîninden çıkan vakt-i kazâ
Fıkh kitâbın sanmañ ol mekr ü hîle destânıdur

Âsaf-ı devrân geçen şimdi Süleymân devrine
Nâğme-i Dâvûd'ı sanur kim tuyûr elhânıdur

Mâl-i beytü'l-mâlı taksîm eylese defterdâr
Halka minnet eyleyüp eydür ki şâh ihsânıdur

Şehrüñ ıslâhı neden ola ki her müfsid ki var
Yâ efendi muhzırı yâ muhtesib oğlanıdur

(Hüküm zamanı şehir kadısının eşiğinden çıkanı fıkıh kitabı sanmayın; hile hurda destanıdır. Şimdi Süleyman devrinde devrin Asaf'ı(veziri) geçen Hz. Davud'un nağmesini kuşların sesi zanneder. Defterdar, beytülmalın

malını taksim etse, halka minnet ederek şah ihsanıdır der. Şehir nasıl ıslah olsun ki, her ifsat edici ya Efendi muhzırı (mübaşiri) ya muhtesip (belediye memuru) çocuğudur. (Kılıç 1994: C. II/603)

Âşık Çelebi kadı olan şair Fevrî için kadılık sıfatını alınca kendisini bir şey zannettiği, ayağı yer basmaz olduğu, eli paraya erince hem rüşvet alan hem rüşvet veren olduğunu ifadeyle "İbretlik olan şudur ki mührünün nakşı: "Emr olunduğun gibi dosdoğru ol" iken dilinden bu anlam düşmezdi" der:

Kâzî ger mansıb-ı bî-dînest

Kâfirem ger cümle râ server ne'em

(Eğer kadı/kaza dinsizliğe hizmet edici ise, hepsine baş olmazsam kâfirim.) (Kılıç 1994: C.II/688).

17. yüzyılda bozulmaya dikkat çeken ve bunun ıstırabını yaşayan şairlerden biri Nâbî'dir. Hayriyye isimli eserinde oğluna meslekler hakkında bilgi verir. Hangi mesleklerden kaçınması gerektiğini söylerken şair yaşadığı dönemde bürokratik makamların ve insan kalitesinin düştüğü durumları gayet net ifadelerle anlatır. Eser, oğluna nasihat ise de yaşananlar toplumun umumî manzarasıdır. Şairin yargı bahsinde söyledikleri sadece tespit bazında kalmamış eksiklikler söylenmiş, yer yer çözüm yolları da gösterilmiştir. Yargı etiği açısından manzum metinden çıkanları şöyle özetlemek mümkündür:

Kadıların geneli Huda'nın hükümlerini, hukuku yerine getirmez olmuştur. Kimi hâkimler hüküm vermeden evvel hükmü mezada çıkarırlar, kim fazla verirse ona göre hüküm verirler. Hâkimlerden kimisi rüşvet vermeyen davacıya nöbet vermez. Kimi hâkimler mahkemeyi ölçüsüzlük ve rüşvetle dükkân hâline getirmişlerdir. Onlar din ve dünya düşüncesini unutmuş, ceza gününün vahametini hesap edemez hâle gelmişlerdir. Kimi hâkimler suret-i Hak'tan görünüp gözyaşı dökerler; şehrin azılılarını yanına toplar, fukara, art niyetsiz ve akıl edemeyen insanları gözyaşı tuzağına düşürürler. Alenen hakkı devre dışı bırakmak için hak yanından görünürler. Bunu fark edemeyen safdil ve kavraması zayıf insanlar bu

hileyi hakkaniyet zannederler. Dükkânlarının kapısını kapatıp halka şirret yolunu telkin ederler. Hangi yolla düşünürse fesadını icraya bir yol bulur. Şeriat/hukuk adına katı davranır; beye, paşaya zorbalık yapar. Örf hâkiminin zulmüne mani olur ama kendi zulmü ondan daha beterdir. Kendisi paşadan daha öte olur. Kavgadan maksadı da budur. Hele askerinin durumu bellidir; onlar çok zalim olursa yakışır. Zulüm onlar için merkez olmuştur. Mal toplamak belirgin vasıflarıdır. Kadılar hukukun koruyucusu olması gerekirken haşeratın ettiklerinden fazlasını ederler.

Mal celp etmeye takvayı alet eder; yağma elini mala uzatır. Orucunu, halkı yakalamak, inandırmak için dilinin tuzağı eder. Ayıptan korunmak için ibadetlerini sığındığı kale eder. Kese kese alınan yetim malı, tütün içmek gibi değildir; büyük cürümdür. Çokluk mal kesesini biriktirir; fakat tütün kesesini ondan daha kötü addeder. ... Tütünün kendisini sevmez ama dava edilse parasını alır.

Altın mühür veya yüzük görse müdahale eder ama altının ağırını sever. Gece güzeli ipekli kumaşıyla sever ama atlas keseli mektubu (haram diye) tutmaz. Rüşvetin adını "mahsul" koymuş; mahsulü kim kabul etmez ki! Su gibi berrak olan hukuk, rüşvet kazmasıyla harap olmuştur. Eyvah, yazıklar ki şimdi parlak hukukun ipi zalimlerin elindedir!

Hukuku sattığın, Mevla'nın hükmünü devre dışı bıraktığın mala lanet olsun! Rüşvet için hakkı geçersiz kılıp mutluluğun için dinini/hukukunu mala değişesin! Ey yolunu kaybeden! Allah'ın şeriatı/hukuku şeref ve haysiyet bulur diye hiç düşünmez misin? Allah'ın şeriatını, o hukuku emin olan Cebrail büyük bir hürmetle yeryüzünün süsü kılmıştır. Yaratılmışların hayırlısı (peygamber) hüküm işlerini açıklamıştır. Zalim! Sen ne cesaretle hukuku bozarsın? Hâlim nice olur diye düşünmez misin? Hz. Hakk'a olan imanın bu yıkımı, kötü işi, rüşveti işleye mi?

İyi ve kötünün farkı, adalet gözünün terazisiyledir. Hiç taş, cevher ile aynı ayarda olur mu? Kadı olmak için hareket etme; zira kazada bereket kalmadı. Hâkim, adaletin can ve gönlünün hasmı olunca insanın hakkını ispat etmesi mümkün olur mu? (Kaplan 2008:278-82)

Aynı yüzyılda Bosnalı Alaattin Sâbit de rüşvete bulaşmış hükümleri, engerek yılanının zehrine bulaşmış şeker şerbetine benzetir:

Zehr-i ef'î ile âlûde şeker şerbetidür
Şer'in âmîhte-i rüşvet olan ahkâmı Sâbit

Gittikçe bozulan toplumsal hayatta hukuk büsbütün ortadan kalkmıştır. Eski aranır hâle gelmiştir:

Bir memleket ki mahkeme-i adl ü dâd iken
Eyler bugün mezâlim-i hâkimle iştihâr Âsaf

Cari olan mahkeme cevr ü cefa mahkemesine dönmüştür. Rüşvet asırda kanun ve nizam hâline dönüşmüştür; temyiz ve ceza mahkemelerinin sadece adı vardır. Vükelâ mahkemesi kapısına: İşi bitiren paradır, hukuk ve adalet arama diye yazmıştır. Buna da sabr edelim, bir gün Hudâ mahkemesi mazlumun hakkını çıkaracaktır. Dünyanın geniş arsası vakıftır, mülk olamaz. Arz ve sema mahkemesi onu böyle hükme bağlamıştır. Rüşvet toplayanlar ne kadar mal toplasalar kaza kassamı mahkemesi onu sahibine verir. Ey Âsaf! Kime feryad edeyim, yâr bana yâr olmadı. Bu fânî âlemde vefa mahkemesi nerededir?

Mahkeme Hazret-i Bî-çûn u çirâ mahkemesi
Gayriler zulm ü sitem cevr ü cefâ mahkemesi

İrtişâ etmek imiş asrda kânûn u nizâm
Sözde var hey'et-i temyîz ü cezâ mahkemesi

Paradır iş bitiren adl ü şerî'at arama
Bunu yazmış kapısında vükelâ mahkemesi

Susalım sabr edelim bir gün olur elbette
Hakk-ı mazlûmu çıkarmaz mı Hudâ mahkemesi

Vakfdır mülk olamaz arsa-i pehnâ-yı cihân
Böyle hükm etmiş anı arz u semâ mahkemesi

Mürtekibler ne kadar cem'-i nükûd eyleseler
Redd eder ehline kassâm-ı kazâ mahkemesi Âsaf G 154/1-6

19. yüzyılda Meşhûrî, yaşanılan hayatın birbiriyle nasıl iç içe olduğunu gösteren bir dörtlük söylüyor. İnsanlarda "insaf"ın mayası olsa hâkim ve valilere ihtiyaç kalmaz. Devirde içinde rüşvetin veya ithafın olmadığı bir maslahat görülmez:

Kalmaz idi hâcet der-i hükkâm u vülâta
Herkesde eğer olsa idi mâye-i insâf

Bir maslahatın olsa görülmez bu zamânda
Zımnında meğer rüşvet ola ya meğer ithâf Meşhurî

SONUÇ

Etik, farklı bir kültürün terimi olmakla birlikte içeriği bütün toplumlarda ortaklık arz eder. Edebî metinlerde gerek telkin ve gerekse tenkit bağlamında dile getirilen hususlar yargı etiğinin alanına girmektedir. Söz konusu metinlere göre hâkim, hiç bir etki altında kalmadan yargılama yapmalıdır; bu etki bürokratik baskılar, menfaat ilişkileri, yakınlarını kayırma vs.yi içine alacak genişliktedir. Şeyhülislamlık makamına yazılan kasidelerde altı çizilen ilk üç özellik arasında akıl merkezde olup değerlendirme, kıyaslama, çıkarım yapma ve sonuçlarını kamuoyuyla paylaşma anlamına gelen fetva gelmektedir. Hâkim kendi ailesinden, emri altında çalıştırdığı insanlardan veya akrabasından birilerinin davasına bakmamalıdır. Gelen davaları bir an önce sonuçlandırmak, fedakârlık yapmak özendirilen hususiyetlerdendir. Yargılamada kılı kırk yarmak, meselenin bütün ayrıntılarını görerek en kısa zamanda davayı sonuçlandırmak esastır. Hâkim kanunları kendi menfaatine yorumlayarak

gelir elde etme yoluna gitmemelidir. Bilgisizce verilecek kararlar ve yargılamada hukukun dışında aranacak kriterlerin toplumun yargıya olan güvenini yitireceği akıldan çıkarılmamalıdır.

Osmanlı yargısının çok hukuklu oluşu; farklı dinlerden olan vatandaşlarının dininin gerektirdiği hukuka göre yargılanması, hatta aynı dine mensup insanların mezheplerinin dikkate alınması yargı etiği açısından önemli bir ilke olmalıdır. Hâkimin verdiği hükümlerin bazı istisnalar dışında üst mahkemenin tasdikine gerek kalmadan işlerlik kazanıyor olmasının yargı bağımsızlığı ve yargılama sürecinin zamanında gerçekleşmesine önemli ölçüde katkı yaptığı söylenebilir. Kadının taraflara eşit davranmasının öğütlenmesi; davasına baktığı taraflardan hediye kabul etmemesi, yemek davetini geri çevirmesi, hatta ikametgâhına kabul etmemesi, delil telkininden kaçınması, objektiflik, ilkelilik ve tarafsızlık adına önemli uygulamalar olarak görünmektedir.

Yargı zincirinde yer alan kişi ve kurumlarda aranan ilk üç özellik içerisinde adalet vurgusunun bulunması meselenin hassasiyeti açısından önem arz eder. Yargıçların günlük hayatlarındaki sadelikleri, şeffaflıkları, kimseye minnet duymamaları, kamu malını kendi çıkarları için kullanmamaları, paraya düşkünlükten kaçınmaları, vakarlı oluşları, hukuku uygulamada tereddütsüz davranmaları, zarafet ve nezafeti gözetmeleri, vazifelerini bir ibadet aşkıyla yapmaları, insaflı olmaları mesleklerinden beklenen ve özendirilen hususiyetlerdir.

Usulsüz işlere giren kadılar hakkında tahkikat yapılarak suçlu bulunmaları hâlinde gereğinin yapılması, adaletsizliği tescillenmiş hâkime dava verilmemesi, devletin adalet sayesinde ayakta durduğunun altının çizilmesi, işbirliği gerektiren birim ve kuruluşlarla çeteleşmeye, tekelleşmeye izin verilmemesi, ahlaki zafiyetleri olan, riyakâr tavırları dikkat çeken ve merhametten yoksun kişilerin kadı olarak tayin edilmemesi üst yöneticilerin dikkat etmesi gereken hassasiyetler olarak öne çıkmaktadır. Yargılama sürecindeki kişilerin iç denetim ile yargı güvenini gözetmeleri, kamu nezdinde mahkemenin güvenini zedeleyecek davranışlardan kaçınmaları önemle hatırlatılan hususlardır. Bunlarla birlikte yargıçların başka yollara tevessül etmesini engelleyecek düzeyde gelirlerinin olması da ayrıca vurgulanan bir husustur.

KAYNAKÇA

Ahmet Paşa (1992). *Divan*, Haz. Ali Nihat Tarlan, Ankara: Akçağ Yay.

Akkuş, Metin (1993). *Nef'î Divanı*, Ankara: Akçağ Yay.

Âşık Çelebi Dîvânı (1998). Haz. Filiz Kılıç, http://ekitap.kulturturizm.gov.tr. erişim 09.05.2016

Aşkî, *Mecmua*, 06 Mil. Yz. FB. 533, 79b.

Aydemir, Yaşar (1996). "Kasidede Muhteva Unsurları", *Gazi Türkiyat Dergisi*, C.1, s. 137-59.

Aydemir, Yaşar (2007). *Ravzî Dîvânı*, Ankara: Birleşikdağıtım.

Aydemir, Yaşar-Halil Çeltik (2009). *Meşhurî Divanı (Tenkitli Metin)*, Ankara: http://ekitap.kulturturizm.gov.tr

Aydın, Mehmet Akif (2003). "Mahkeme", *TDVİA*. C. 27, s. 341-344.

Bilkan, Ali Fuat (1997). *Nâbî Divanı I-II*, İstanbul: Millî Eğitim Bakanlığı.

Bosnalı Alaeddin Sabit (1991). *Divan*, Haz. Turgut Karabey, Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi.

Ceylan, Ömür (2003). *Hânedânda Bir Âsî: Dâmâd Mahmûd Celâleddîn Paşa* (*Âsaf), Hayatı, Edebî Kişiliği ve Dîvânı,* Ankara: Akçağ Yay.

Defterdar Mehmet Paşa (2014). *Devlet Adamlarına Öğütler*, Haz. Yaşar Aydemir-Güray Kırpık, Ankara: Hece Yay.

Edhem, *Mecmua*, 06 Mil. Yz. FB. 533, 112b.

Fuzulî Divanı (1990). Haz. Kenan Akyüz vd., Ankara: Akçağ Yay.

Gökyay, Orhan Şaik (1976). "Âşık Çelebi Tezkiresi", *Tarih Dergisi*, Sayı 30, s. 39-48.

Hayâlî Dîvânı (1992). Haz. Ali Nihat Tarlan, Akçağ Yay.

İsen, Mustafa (1990). *Usûlî Divanı*, Ankara: Akçağ Yay.

Kaplan, Mahmut (2008). *Hayriyye-i Nâbî*, Ankara: AKM Yay.

Kasır, Hasan Ali (1990). *Sabrî Mehmet Şerif Divanı (İnceleme-Karşılaştırmalı Metin)*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üni., Erzurum.

Kılıç, Filiz (1994). *Meşairü'ş-Şu'arâ İnceleme-Tenkitli Metin*, Gazi Üni. SBE, Doktora Tezi.

Koç, Turan (2010). *İslam Estetiği*, İstanbul: İSAM Yay.

Kurnaz, Cemal (2011). *Divan Dünyası*, Ankara: Kurgan Edebiyat Yay.

Mirzazade Ahmet Neylî ve Divanı (2014). Haz. Atabey Kılıç, İstanbul: Kitabevi Yay.

Pieper, Annemarie (2012). *Etiğe Giriş*, Çev. Veysel Atayman-Gönül Sezer, İstanbul: Ayrıntı Yay.

Türkeri, Mehmet (2015). *Etik Değer Açısından Eğitim, Siyaset, Kamu, Çalışma Hayatı ve Bilim*, İstanbul: Lotus Yay.

Ünal Özkorkurt, Nevin (2008). "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış" *AÜHFD*, C. 57, s.230-236.

BAŞKAN

Bize vermiş olduğunuz bilgiler için teşekkür ederiz.

Ve hemen Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL'e sözü vermek istiyorum.

Fatmagül DEMİREL tarihçidir. İstanbul Üniversitesinde Tarih bölümünü tamamladı. Halen Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi İnsan ve Toplum Bilimlerinde görevlidir. Osmanlı Hukuk ve Basın Tarihi üzerine yayınlanmış kitap ve makaleleri bulunmaktadır.

OSMANLI DEVLETİ'NDE HÂKİMLERİN SEÇİMİ VE TAYİNLERİNİN YARGI ETİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi,
İnsan ve Toplum Bilimleri Öğretim Üyesi

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrasında Batı hukukunun benimsenmesi ile şer'iyye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemeleri de kurulmuştur. Bu mahkemelerde görev yapacak hâkimlerin seçiminde aranan nitelikler ve tayin usulleri hazırlanan nizamnameler ile belirlenmiştir. Bu çalışmada Adliye Nezareti'ne bağlı nizamiye mahkemelerinde görevlendirilen hâkimlerin seçimi ve tayinlerinin nasıl yapıldığı ve bunun yargı etiği açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra Fransa yargı teşkilatı örnek alınarak ceza, ticaret ve usul kanunları çeviri yoluyla hukuk sistemine girmiştir. Bu kanunların uygulayıcısı olan mahkemeler ve üst yargı organlarında da yine Fransız modeli örnek alınmıştır. Bu süreçte kurulan nizamiye mahkemeleri için de farklı tarihlerde hukuki düzenlemeler yapılmıştır.[1] Tanzimat'tan sonra adli teşkilatta Batı hukuku temelli yapılan düzenlemeler, II. Abdülhamid döneminde de kesintisiz devam ettiği görülür. Özellikle 1879 tarihinde gerçekleştirilen adli ıslahat kapsamında Adliye Nezareti'nin ilk kurumsal teşkilat nizamnamesi hazırlanmış ve nizamiye mahkemeleri de nihai şeklini almıştır. 1879 tarihli adli ıslahat

1 Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara: Türk Tarih kurumu Yayınları, 1996, s. 216-217. Nizamiye mahkemeleri için yapılan hukuki düzenlemeler için bkz. Fatmagül Demirel, *Adliye Nezareti'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri*, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 1-33. Sedat Bingöl, *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2004.

programında yine Fransa yargı teşkilatı örnek alınmış ve hazırlanan Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, Usul-ı Muhâkemât-ı Cezaiyye Kanunu ve Usul-ı Muhâkemât-ı Hukukiyye gibi kanunlar ard arda yürürlüğe girmiştir.[2]

Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu ile nizamiye mahkemeleri bidayet ve istinaf olarak derecelendirilerek, hukuk ve ceza dairelerine ayrılmıştır. Bunların üzerinde bulunan Temyiz Mahkemesi ise, hukukun uygulanmasını kontrol etmek amacıyla bir üst mahkeme olarak kurulmuştu.[3] Yine bu kanun ile hâkimlerin seçimi ve tayinlerinin nasıl yapılacağına da açıklık getirilmiştir. Nizamiye mahkemelerinde çalışacak hâkimlerin seçimi Adliye Nezareti'ne bağlı Encümen-i İntihâb-ı Adliye tarafından yapılmaktaydı. Bu encümen Adliye Nazırı, müsteşar, Temyiz Mahkemesi veya İstinaf mahkemesi başkanlarından ve Temyiz Mahkemesi dairelerinden seçilen birer üyeden oluşmaktaydı.[4] Bidayet mahkemesi hâkimlerinin 25 yaşını doldurmuş, kötü hali bulunmayan, cünha ve cinayet cezasıyla mahkum olmamış ve Adliye İntihâb Encümeni huzurunda yapılacak imtihanı geçmiş olması veya 4 yıl aza mülazımlığı, zabıt katipliğinde çalışmış olması gerekirdi. Bidayet mahkemesi başkanı ve istinaf mahkemesi üyesi olabilmek için de en az 30 yaşında olmak ve 4 yıl bidayet mahkemesi üyesi olarak çalışmak gerekliydi. İstinaf mahkemesi başkanlığı ve Temyiz Mahkemesi üyeliği için ise en az 40 yaşında olmak bidayet mahkemesi başkanlığında ve istinaf mahkemesi üyeliğinde 4 yıl çalışmış olmak gerekirdi.[5] İstanbul'da bulunan Temyiz Mahkemesi, diğer adliye mahkemelerinin en üst merci olması bakımından oldukça önemliydi. Temyiz Mahkemesi başkanları, Temyiz Mahkemesi üyelerinden veya istinaf mahkemesi başkanları arasından seçilmekteydi.[6] Bu şartları taşıyan

2 Demirel, *a.g.e.*, s. 35-38.

3 Necip, Bilge, "Adalet Mahkemelerinin Kuruluşu," *Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ile Hâkim, Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Seminer 14 Ocak-24 Ocak 1964)*, Ankara, 1964, s. 14.

4 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, madde 46.

5 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, madde 43-44.

6 Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA.,) YEE., Nr. 38/41.

hâkimlerin seçimi Adliye İntihâb Encümeni tarafından yapıldıktan sonra Adliye Nezâreti'nin takrîri üzerine irade-i seniyye ile tayin olunurlardı.[7] Hâkimler göreve başlamadan önce tüm devlet memurları gibi padişaha ve devlete sadık kalacaklarına, vazifelerini dürüstlükle yapacaklarına dair de yemin etmeleri gerekirdi.[8] Özellikle II. Abdülhamid mülki veya askeri üst düzey memurların intihâb ve tayinlerini yakından takip ederken, müdahale etmediği tek sınıf hâkimler sınıfı olmuştu. Örneğin Adliye Nazırı Abdurrahman Paşa boş olan bir hâkimlik için birkaç isim birden padişaha takdim etmiş ve bunlardan birinin tercihini arz etmişti. Fakat, padişah bu tezkereyi geri göndererek o makama kim uygun ise, onun arz edilmesini istemişti.[9] Yine II. Abdülhamid'in adli işlere müdahale etmemesine örnek gösterilecek bir olay da Hâkimlerin seçimini yapan Encümen-i Adliyeye dışarıdan üye seçimi sırasında yaşanmıştır. Meclis-i Vükela, Bab-ı Fetvadan iki kişinin Encümende bulunması yönünde karar almıştır. Adliye Nazırı Cevdet Paşa ise bu kararın Teşkilat-ı Mehâkim Kanununa aykırı olduğunu belirtilerek karara itiraz etmiştir. Durum II. Abdülhamid'e sunulduğunda ise padişahın iradesi, kanun hükmünün muhafaza edilmesi yolunda çıkmıştır. Yani hâkimlerin seçimini yapan Encümene kanun dışı müdahale yapılmamıştır.[10]

Adliye İntihâb Encümeninin mazbataları incelendiğinde seçim işleminde dikkat edilen hususların neler olduğu da ortaya çıkmaktadır. Öncelikle açık olan görev yeri belirtilmekte, görevden alınan bir hâkimin yerine seçim yapılacak ise neden görevden alındığı ve yerine seçilecek hâkimin özellikleri açıklanırdı. Hukuk Mektebi mezunu ise mezuniyet derecesi, ayrıca imtihan olup olmadığı, kötü şöhreti olup olmadığı, mahalli lisanı bilip bilmediği gibi özellikler dikkate alınırdı.[11] Kanûn-ı Esâsi de ve

7 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, madde 47-48.

8 Gülden Sarıyıldız, "Tanzimat ve Osmanlı Bürokrasisinde Yemin Müessesesi" *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları Dergisi*, sayı 1 İstanbul 2002, s. 261-262.

9 Tahsin Paşa, *Sultan Abdülhamid. Tahsin Paşa'nın Yıldız Hatıraları*, İstanbul, Boğaziçi Yayınları, 1990, s. 31-32.

10 Demirel, *a.g,e.*, s. 77

11 BOA., Y.A.RES, NR.26/6

Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanununda hâkimlerin azl edilemeyeceği hükmü bulunmaktadır.[12] Fakat hâkimlik sıfatına yakışmayan haller veya hakkında bir şikayet söz konusu olduğunda yapılan soruşturma neticesinde İntihâb Encümeni tarafından azl edilebilmekteydiler. Örneğin Kale-i Sultaniye Bidayet Mahkemesi Ceza Dairesi Reisi Abdüllatif Bey ile yine aynı mahkemenin müdde-i umumi muavini Şerif Efendi, kasden yangına sebebiyet vermekten yargılanan bir kişinin muhakemesi ve tahkikatı sırasında birtakım kanuna aykırı işlerinden dolayı azl edilmişlerdi. Özellikle hâkimin kanuna aykırı işlem yapması azl edilme gerekçeleri arasında sıklıkla görülmektedir.[13]

Adliye teşkilatında yaşanan en önemli sorun yetişmiş hâkim sıkıntısıydı. Bu ihtiyacı karşılamak ve kanunları bilen nitelikli hukukçular yetiştirmek amacıyla 1880 yılında İstanbul'da Hukuk Mektebi açılmıştı.[14] Fakat Hukuk Mektebi mezunlarının yeterli sayıda olmaması nedeniyle, hukuk mezunu olmayanlar da adliyenin çeşitli birimlerinde istihdam edilmişti. Özellikle şer'iyye mahkemesi naibleri nizamiye mahkemelerinde de görev yapmaktaydı. Hukuk Mektebi mezun verdikçe yavaş yavaş naiblerin nizamiye mahkemelerinden alındığı görülmektedir.[15] Zaman içerisinde adliye çalışanları hakkında şikâyetlerin artması üzerine adliye memurlarının intihâb ve tayinleriyle ilgili birtakım düzenlemelere gidildi.[16] 1888 yılında adliye memurlarının tayinleri ve sicill-i ahvalleriyle ilgili köklü değişiklikler yapıldı.[17] Bunun için 05.03.1888 (22 Cemaziyelahir 1305) tarihli Hükkâm vesair Memûrin-i Adliyenin İntihâb ve Tayinlerine Dair Kanun,

12 Kanûn-ı Esâsi, İstanbul- Karabet Matbaası, 1324, 24. Kanun-ı Esasi, madde 81., Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu, madde 48.

13 BOA., Y,PRK. AZN,Nr.25/7

14 Demirel, a.g.e., s.99-100 Hukuk Mektebi ile ilgili bkz. Mehmed Nazım, *Mekteb-i Hukuk Günlerim*, Yayına Hazırlayan, Ali Adem Yörük, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2012.

15 Faruk Bilici, "İmparatorluktan Cumhuriyete Geçiş Döneminde Türk Uleması", *V. Milletlerarası Türkiye Sosyal ve İktisat Tarihi Kongresi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1990, s. 712, Demirel, a.g.e., s. 87

16 BOA., Y.PRK.ŞD., Nr. 1/26., Demirel, a.g.e., s. 106.

17 BOA., Ayniyat Adliye, Nr. 1395, s. 284. Ayrıca bkz. BOA., MV., Nr. 29/34.

Hükkâm vesair Bilcümle Memûrin-i Adliyeninin Sicill-i Ahvaline Dair Nizamname aynı tarihte uygulamaya sokuldu.[18]

Nizamiye mahkemelerinde görevlendirilecek hâkimlerin seçimi ve tayini ile ilgili 1888 yılında yürürlüğe giren kanun ile imtihan usulü getirilmiştir. İmtihanın amacı liyakat sahibi kişilerin adliyede istihdamını sağlamaktı. Çünkü, Hukuk Mektebi mezunlarının hem sayılarının yetersiz olması hem de hâkimlik sıfatı taşımayan mahkeme kitabeti, mustantıklık, mukavelat muharrirliği, icra memurluğu gibi memuriyetleri talep etmemeleri sebebiyle bu makamlar boş kalmaktaydı. Hâl böyle olunca bu memuriyetlere Hukuk Mektebi mezunu olmayanlar da alınmaktaydı.[19] Yeni düzenlemeyle devreye giren imtihan heyeti, adliyeden üç kişi ve Hukuk Mektebi'nden iki hoca olmak üzere beş kişiden oluşmakta ve ayda bir Hukuk Mektebi'nde toplanmaktaydı. Hâkim adayları Hukuk Mektebi mezunu olsa dahi yine bu imtihana girmeleri gerekmekteydi.[20]

Hukuk Mektebi'nde toplanan imtihan heyeti tarafından iki dereceli imtihan yapılırdı. Birinci derece imtihanı, hâkimlik sıfatını taşımayan mustantık, icra memuru, mukavelat muharriri, kâtip gibi memuriyetler için yapılırdı. İkinci derece imtihan ise, hâkimlik sıfatını taşıyan mahkeme başkanı ve üyesi gibi adliye memurluklarını kapsardı. Hâkimlik için imtihana girenlere Mecelle'den ve mahkemelerde kullanılan kanunlar hakkında iki yazılı ve iki sözlü olmak üzere dört soru sorulurdu. İmtihan heyeti huzurunda imtihanlarını verenlere, adliyenin ceza ve hukuk işlerinin hangisinde istihdam edilebilecekleri veya hangisinde kabiliyetli olduklarına dair şehadetname verilirdi. İmtihan heyeti imtihana girenlerin isimlerini ve imtihan sonuçlarını her ay Adliye Nezareti'ne gönderirdi.

18 BOA., İD., Nr. 83985. BOA., Nizamat Defteri, Nr. 3, s. 103-109. Sarkiz Karakoç, Külliyat-ı Kavanin,. Dosya Nr. XXIX, vesika nr. 397, 398, 399. Adliye memurlarının tayin ve sicilleri ile ilgili nizamnameler Adliye Nezareti'nin yayın organı olan Ceride-i Mehakim'de de yayınlanmıştı. Bkz. Ceride-i Mehakim, Nr. 449, s. 5002, Nr. 450, s. 5019, Nr. 451, s. 5035.

19 BOA., İrade Kanun ve Nizamat, 9.Ş.1310, Nr. 2. BOA., Nizamat Defteri, Nr. 6, s. 145-146. Düstur I. Tertip C. Vl, s. 1367-1368.

20 Hükkâm vesair memurin-i adliyenin usulü intihab ve tayinlerine dair kanun, madde madde 7-9.

Hâkimlik imtihanına girip başarısız olanlar altı ay geçmeden tekrar başvuru yapamazlardı. İmtihan sonuçlarına göre adayların durumları Adliye Sicil Müdüriyeti tarafından araştırıldıktan sonra, memuriyete intihâb olunmak üzere evrakları intihâb encümenlerine havale edilirdi. Sicil araştırması yapılmadan seçim ve tayin işlemi gerçekleştirilmezdi.[21]

Nizamiye mahkemeleri hâkimleri için getirilen imtihan usulü ile amaç liyakat sahibi kişilerin adliyede istihdamını sağlamaktı. Zira taşradan Adliye Nezareti'ne gönderilen şikayet dilekçeleri ve adliye müfettişlerinin tespit ettikleri aksaklıklar[22] mahkemelerin işleyişi ve hâkimlerin durumları hakkında önemli bilgiler vermektedir. Örneğin Kırıkkilise sancağı mahkeme reisi hakkında yapılan şikayette bir cinayet davasında zanlıları koruduğu ve kendisinin ticaret ile uğraştığı zanlılardan bazıları ile gizli ticari bağlantılarının olduğu yönündedir. Muhakemenin adil ve tarafsız bir şekilde yapılması istenmektedir.[23] Suriye adliye müfettişinin yapmış olduğu teftişte ise Beka Kazası Bidayet Mahkemesi reisinin tutuklu olan bir şahsı serbest bıraktığı tespit edilmiştir.[24] Yine aynı şekilde, Düzce Kazası Bidayet Mahkemesi reisinin ceza süresini tamamlamayan bir kişiyi serbest bırakması, Kastamonu adliye müfettişinden bildirilmesi üzerine, mahkeme reisinin muhakeme altına alınması gerektiği nezaret tarafından müfettişliğe bildirilmiştir.[25] Aydın Vilayeti adliye müfettişi ise yaptığı teftişlerde, Urla Kazası Bidayet Mahkemesi reisinin sorgu altında bulunan bir kişiyi serbest bıraktığını, yine vilayet dahilindeki Kırkağaç Kazası Bidayet Mahkemesi reisinin "bal ve on adet mecidiye rüşvet" aldığını ve bir yaralama olayının tahkiki için de bir kişiden beş adet keçi aldığını tespit etmiştir. Yapılan incelemeler sonunda bu kişiler de muhakeme altına alınmışlardır.[26] Bu tür şikayetler ve adliye müfettişlerinin yapmış oldukları tespitlerde sıkça

21 Hükkâm vesair memurin-i adliyenin usulü intihab ve tayinlerine dair kanun, madde 10-16.

22 Adliye müfettişlerinin çalışmaları ilgili bkz. Demirel, *a.g.e.*, s. 229-242.

23 BOA., TFR.1.MKM, Nr. 1/35.

24 Ceride-i Mehakim, Nr. 295, s. 2642.

25 Ceride-i Mehakim, Nr. 297, s. 2673.

26 Ceride-i Mehakim, Nr. 296, s. 2657.

hâkimlerin kanunları bilmediği veya hâkimlik sıfatına yakışmayan hal ve hareketler içinde oldukları sıkça dile getirilmektedir.[27]

Mahkemelerde yaşanan sorunlar doğrudan Temyiz Mahkemesi'ne yansımaktadır. Zira Temyiz Mahkemesi'ne gelen dava dosyalarının sayısı sürekli artmakta ve mahkeme ilamları bozularak ilgili mahkemeye gönderilmektedir. Bu durum karşısında da birtakım tedbirler alınmıştır.[28] Buna göre, bir sene içerisinde bir mahkemeden verilmiş olan ilamların yarısı Temyiz Mahkemesi tarafından bozuluyorsa, o mahkemenin heyetinin değişmesi için Temyiz Mahkemesi, Adliye Nezareti'ne talepte bulunabilecekti.[29] Temyiz Mahkemesi'nin böyle bir talepte bulunabilmesi için elinde bir takım verilerin bulunması gerekirdi. Bunun için, mahkemeye bir sene içerisinde gelen ilamın sayısı, bunların hangi mahkemeden geldiği, ne kadarının tasdik edildiği ve ne kadarının bozularak ait olduğu mahkemeye gönderildiğine dair Temyiz Mahkemesi'nde bir defter tutulacaktı. Bu deftere göre, her sene sonunda hazırlanacak cetvelde hangi mahkemenin ilamları tasdik edilmiş hangi mahkemenin ilamları bozulmuş ortaya çıkacaktı.[30] Yani hangi mahkemenin kararları düzgün verdiği veya vermediği ve buna bağlı olarak hâkimlerin alanlarındaki ehliyet ve kabiliyetleri anlaşılacaktı. Ayrıca hâkimlerin kararlarını verirken daha dikkatli olmalarını da sağlayacaktı.[31] Temyiz Mahkemesi mahkeme kararlarının düzgün verilmediğinden yola çıkarak bu tedbirleri alma gereği duymasına rağmen, bidayet ve istinaf mahkemeleri reisleri de Temyiz Mahkemesi'nin işleyişinden ve kararlarından şikâyetçiydi. Çünkü Temyiz Mahkemesi aynı konudaki bir mahkeme kararını bazen tasdik ederken bazen de bozmaktaydı. Bu durum karşısında mahkeme reisleri, iade

27 BOA., TFR.1.SL,Nr.26/2544

28 Demirel, a.g.e., s.172-173

29 BOA., Nizamat Defteri, Nr. III, s. 123. Ceride-i Mehakim, Nr. 445, s. 4939 Düstur, I. Tertip, C. VI s. 81. Temyiz mahkemesinin bu talebi Teşkilat-ı Mehakim Kanunu 49. maddesine yapılan ilave ile yerine getirilmişti.

30 BOA., Nizamat Defteri, Nr. III, s. 123. BOA., Y.MTV., Nr. 32/47.

31 Muharrerat-ı Umumiye-i Adliye, sene 1327, s. 6.

edilen dava dosyasında nasıl bir işlem yapacaklarına dair karar almakta zorlanmaktaydı.[32]

Nizamiye mahkemeleri hâkimlerinin seçim ve tayinleri ile ilgili yapılan son düzenleme ise 1913 yılında gerçekleştirilmiştir. 24.06.1913 (19 Receb 1331) tarihli Hükkâm ve Memûrin-i Adliye İntihâb Nizamnamesi'ne göre hâkimliğe yeni başlayacak adaylarda aranan şartlar şöyledir:[33]

Tâbiiyyet-i Osmaniye

Yirmi beş yaşını tamamlamış olmak

Mektebi Hukuk ve Mekteb-i Kudâtdan alâ ve aliyü'l alâ derecesinde mezun olmak

Bir yıllık stajını tamamlamış olmak

Yapılacak imtihanı geçmiş olmak

Hüsnü hal

Hapis cezası almamış olmak

Sıhhat-i bedeniye[34]

İntihap encümeni yine varlığını devam ettirmekle birlikte bu son düzenleme ile Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesi başkanları ve başmüdde-i umûmi Adliye Nazırı tarafından seçilerek padişaha arz edilmesi usulü getirilmiştir. Temyiz mahkemesi üyeleri ise, Temyiz mahkemesi heyet-i umumiyesince namzetler hakkında müdâvele-i efkârı müteâkıb, gizli oy ile beş sene hâkimlik yapmış, metânet-i ahlâkiye ile tanınmış, hukuk bilgisi tam üç aday Adliye nazırına sunulmakta ve nazır bunlardan birini boş olan üyeliğe arz etmesiyle gerçekleşirdi.[35]

Sonuç olarak günümüzde hâkimlere yönelik meslek ahlakı standardı oluşturmak amacıyla hazırlanan Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği ilkelerinde bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük,

32 Mehmed Arif, "Tensikat-ı Adliye, Mahkeme-i Temyiz," *İlmi Hukuk*, İstanbul, 1325, C. II, s. 31-32.

33 BOA., İrade Meclis-i Mahsus, 1331.B.19, Nr. 19

34 1913 tarihli Hükkâm ve Memûrin-i Adliye İntihâb Nizamnamesi, madde 27

35 1913 tarihli Hükkâm ve Memûrin-i Adliye İntihâb Nizamnamesi, madde 18

eşitlik ehliyet ve kabiliyet gibi değerler bulunmaktadır. Bu ilkeler dikkate alındığında Osmanlı Devleti'nde nizamiye mahkemeleri hâkimlerinin seçiminde öncelikli olarak hâkimlerin metânet-i ahlâkiyelerine, ehliyet ve liyakat sahibi olup olmadıklarına dikkat edildiğini söyleyebiliriz. Ayrıca Mecelle'nin 1292-1298 maddelerinde hâkimin doğru hüküm verebilen, dürüst güvenilir, sağlam kişilikli, sağlam iradeli olması, taraflara eşit davranması, yakınlarının davasına bakamayacağı, hediye kabul edemeyeceği gerektiği de belirtilmektedir.[36] Hâkimlerin seçiminde bu değerler dikkate alınmasına rağmen, mesleğe yakışmayacak hal ve tavır içinde olanlar hakkında da gerekli soruşturmaların ve görevden almalarında gerçekleştiği görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde nizamiye mahkemesi hâkimlerinin seçimi ve tayinleri ile ilgili yapılan hukuki düzenlemeler ile meslek ahlakı standardı oluşturulmaya çalışıldığı dikkat çekmektedir.

BAŞKAN

Teşekkür ederiz. Şuana kadar geçmişle ilgili sorunları dinledik.

Bundan sonra Sayın Vuslat DİRİM bugünkü sorunları bize anlatacak.

Sayın Dirim, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Tokat Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamış ondan sonra Denizli, Siirt, Şirvan, Iğdır, Zile Cumhuriyet Savcılığı, Van Sultanbeyli Cumhuriyet Savcılığında görevli bulunmuştur. 2011 yılında Yargıtay üyeliğine seçilmiş, 2015'de Yargıtay Büyük Genel Kurulunca Yargıtay 13. Ceza Başkanlığına seçilmiştir. Halen bu görevdedir. Sizi dinliyoruz bugünkü problemler bakalım ne kadar farklı ne kadar benzer eskiye göre.

36 Ünal Bozkurt, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2008), s.232

Vuslat DİRİM
Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanı

Süremin sınırlı olduğunu biliyorum. Bana hâkimlik mesleği ile ilgili deneyimlerinizi 15 dakikalık bir sunum olarak yapar mısınız dediler. Ben de sabah yoğun programıma rağmen uçakla geldim; programdan sonra da uçakla Ankara'ya geri döneceğim. Yargıtay çok yoğun bir iş yükü altında. Yılda bir milyon dosya geliyor yaklaşık beşyüz bini hukuk davası, bir o kadarı da ceza davası. 46 daire ve 516 üye bu dosyaların altından kalkmaya çalışıyoruz. Dünyanın hiçbir yerinde bu kadar büyük bir Yargıtay yok. Ancak yapılan çalışmalar sonucu istinaf mahkemeleri yeniden devreye giriyor. 20 Temmuz itibari ile istinaf mahkemeleri faaliyete geçecek ve istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ve sisteme oturması ile birlikte bizim iş yükümüz de kademeli olarak azalacak dünya standartlarına gelecek. Böyle ümit ediyoruz.

İnsan hakları ve hukuk devleti ilkesi insanlığın ortak evrensel değerlerindendir. Türk milleti de bu değerlere gönülden bağlıdır. Onun içindir ki asırlar öncesinden, insanı yaşat ki devlet yaşasın diyen büyüklerimiz vardır. Adaletin mülkün temeli olduğunu kabul etmişizdir. Türkiye Cumhuriyeti devleti de çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmayı ve Avrupa Birliğine girmeyi istemekte, insan hakları ve hukuk devleti standartlarını yükseltmek için de her alanda yoğun bir çaba göstermektedir.

Hâkimlik mesleği insanlık tarihi ile ama en azından devletin ortaya çıkması ile birlikte ortaya çıkan en eski meslek gruplarındandır. Devletin şekli ne olursa olsun hâkimlik mesleğinin bütün devletlerde bütün toplumlarda var olduğunu görüyoruz.

Günümüzde hâkimlik anayasa ve yasalara göre vicdani kanaatine göre hüküm veren bu mesleğe icra eden meslektaşlarımız tarafından yerine getiriliyor.

Önceki konuşmacıların da ifade üzere günümüz açısından hâkimliğin vasıfları denilince Bangolar Yargı Etiği İlkelerini görüyoruz. Bizim sistemimiz bakımından da bu ilkeler geçerlidir. Elbette bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda kısaca şunları söylemek isteriz. Tarafsızlık için bağımsızlık mutlaka gereklidir. Bu bağımsızlığın yasama ve yürütme organlarına karşı olduğu gibi kamuoyuna karşı basına ve medyaya karşı da sağlanması da gerekir. Tarafsızlık hâkimin olmazsa olmaz vasıflarındandır. Hâkim tarafsız olduğu kadar tarafsız görünmelidir de. Aynı şekilde doğruluk, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat bunlar hâkimin vasıfları sistemimize göre zaman darlığı nedeni ile bunlar nasıl seçiliyor şuanda anlatacak imkanımız yok. Ancak ehliyet ve liyakat düşüncelerimi ifade ederek konuşmamı sürdürmek ve tamamlamak istiyorum. Hâkimlik gerçekten bir fedakarlık mesleği. Şuanda karşısında konuşma yaptığım topluluk değişik meslek gruplarından ama zannediyorum ağırlıklı olarak hâkim adayları var. Öyle görünüyor.

Ben 1982 mezunuyum. Çok isteyerek hâkimlik savcılık mesleğine girdim ve 82 yılından sonra yapılan ilk sınavda aday olarak başladım. Dünyaya yeniden gelsem yine savcı olmak isterim diyerek, 25 yıl süreyle yurdun değişik yerlerinde hâkimlik, savcılık ve Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulundum. Çok severek yaptım. Bu meslekteki manevi tatminin hiçbir meslekte olduğunu zannetmiyorum. Bununla ölçülebilen başka bir tatmin olduğunu düşünmüyorum. Karmaşık bir cinayeti çözüp, sorumlusunun yargı önüne çıkartıldığı ve iddianamedeki sevk maddesi ile cezalandırıldığı an - meslek yaşantımda 5, 6 sefer böyle anlar oldu - yaşanan mutluluğu hiçbir şekilde ifade edemem ve hiçbir şeye değişemem.

Tabii ki manevi tatmini çok yüksek ama çok büyük de fedakarlık gerektiren bir meslek. Hâkim ve savcıların hoşgörülü olması, sabırlı olması ve empati yapması gerekiyor. Bu, tabii ki hâkim adayları hukuk fakültesi mezunların arasında çok ciddi sınavlar sonucu hâkim adaylığına kabul ediliyorlar. Söz konusu 2 yıllık bir hâkim adaylığı eğitiminin sonunda yapılan ikinci sınavla mesleğe kabul ediliyorlar Bundan sonra da Türkiye Adalet Akademisi, Adalet Bakanlığı ve Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun yaptığı meslek içi eğitimlerle bu vasıflar güçlendiriliyor, hâkimler daha da deneyim kazanıyor.

Şimdi ben süre dar olduğu için size mesleğimin başlarında edindiğim bir deneyimi, bir öğrendiğim bir olayı anlatmak paylaşmak istiyorum.

1986 yılında ilk görev yerim olan Denizli'de müracaat savcılığı yapıyorken 2. Ağır Ceza Reisi Emin Bey odama geldi. "Savcı bey, bizim bir dosyamız var duruşma savcımız bu dosyaya çıkmak istemiyor sen çıkar mısın" dedi. Başkanım tabi ki çıkarım ama neymiş bu olay dedim. Olay şu arkadaşlar; sanığımız bir çobanı parasına tamahen öldürmüş o fiili işlerken de bir kişi görmüş, onu da şahitliğini bertaraf etmek için öldürmüş. Eski dönemde bizim yasalarımızda biliyorsunuz idam cezası vardı. İdam cezası 2001 ve 2004 yıllarında yapılan değişiklikte kaldırıldı ve onun 19 sene öncesine kadar da hiçbir idam infaz edilmemişti. Yani 83'ten beri Türkiye'de hiçbir idam gerçekleştirilmedi. Şu anda savaş halinde dahi idam cezası yok.

Ama benim anlattığım olay idam cezasının verilebildiği dönemlere ait ve bende o zaman 1 yıllık Cumhuriyet Savcısıyım. Şimdi o zamanki kanunumuza göre paraya tamahen yani parasını gasp etmek için yağmalamak için öldürme fiilinin karşılığı idam cezası. Aynı şekilde şahitliği bertaraf etmek için de öldürme fiilinin karşılığı da idam cezası. Yine 765 sayılı kanun döneminde, şimdiki takdiri indirim nedeni olan 62 nci madde değil de 59 uncu madde var. Yani idam cezasını müebbet hapse çevirebiliyorduk. Dosya safahat geçirmiş bir dosya idi. Yapılan yargılamaya göre 2 öldürme fiili de sübuta ermiş. Mahkeme heyeti çobanı parasına tamahen öldürmeden dolayı idam vermiş 59 uncu maddeyi uygulamış müebbette çevirmiş. Aynı şekilde tanığı bertaraf etmek için tanıklığı öldürmeden dolayı da idam vermiş onu da müebbete çevirmiş, eski kanunumuzda garip bir hüküm vardı.

Gerçekten garip, iki müebbetin toplamı idam ediyordu. Şimdi bu maddeye göre de, mahkeme heyeti mecburen 2 müebbeti içtima ettirmiş ve idam cezası vermiş. O zaman, idam cezası verilirken bir daha böyle bir karar vermeyim, diye bir kalem kırılırmış yani heyet kalemi kırmış dosyayı Yargıtay'a göndermiş. O zaman ki büyüklerimiz, onlar da hem idama karşı hem 70 inci maddeye karşı dosyayı bozmak için ne gerekiyorsa yapıyorlar.. Sabıka kaydındaki mühür okunamıyor diye dosyayı bozmuşlar. Bunun üzerine dosya tekrar mahkemeye gelmiş. Mahkeme heyeti şöyle anlı şanlı

bir sabıka kaydı almış. Ona da güzel bir okunaklı mühür vurmuş. Tekrar aynı hükmü vermiş, dosyayı temyize göndermiş. Sonra bu aşamada sanık "ben deliyim" demiş. Yargıtay'ın canına minnet, akli dengesini araştırmak için bir daha bozmuş. Bu sefer akli denge araştırması yapılmış, aklı başında, sağlam çıkmış, yine aynı kararı vermişler. Bu sefer sanık, uyanık: "Efendim ben aslında Hüseyin'im. Benden iki yıl önce Hasan isimli bir abim doğmuş. Hasan ölmüş sonra ben doğmuşum. Ben yeniden nüfusa kaydedilmemişim. Ben onun nüfusu üzerinden gitmişim. Benim adım Hasan değil aslında ben Hüseyin'im. Dolayısıyla suç tarihinde yaşım 18'den küçük." demiş. Bu sefer Yargıtay, sanığın kemik grafiklerini çektir kemik yaşını tespit et gerekiyorsa yaşını düzelt buna göre gereğini yap diye kararı bir daha bozmuş. Bu aşamada araştırmayı yapmışlar. Kemik yaşı da nüfusa kaydedildiği yaşa uygun çıkmış yani yaş düzeltmesi yapılması gerekmiyor aynı cezayı yine vermeleri gerekiyor. Savcı demiş ki, "Başkanım ne olur her gidişte dosya bozuluyor bana not olarak 'orta'mı veriyorlar. -Yargıtay o zamanlar not veriyordu -Ne olur, arkadaşımız kuradan yeni gelmiş ona zarar gelmez o çıksın." demiş. Bende duruşmaya çıktım.

Ama dedim, "Başkanım dosyayı okuyayım." Tabii ki anlatılanlar doğru, dosyaya çıktık, kararı bozmak zorundayız, mütalaamızı verdik. Ben kürsüdeyim, tarif etmem lazım. Kürsüye tek taraftan çıkılıyor, bu çıktığımız tarafın üç kişisi mahkeme heyeti, başkan ortada ben de en sağda Cumhuriyet Savcısı olarak bulunuyorum. Benim aşağıya inebilmem için buradan geçmem gerekiyor. Mütalaamızı verdik. Kürsüden gözükmüyor ama kurşun kalemlerimiz de yanımızda, hazır bulunuyor. Yani kararı verirsek kalemi kıracağız. Ondan sonra mütalaamızı verdik. Ben o zaman 25 yaşındayım. Kürsüden atlayabilecek durumdayım. Mütalaayı verdikten sonra başkanımız sanığa "Evladım mütalaayı duydun ne diyorsun savunmayı yapacak mısın?" dedi. Sanık başladı galiz küfürler etmeye. Ben hemen celallendim. Heyet başkanımız erkek, 2 üyemiz de bayan, baktım başkanımız oturuyor hanımefendiler oturuyor. Ben hemen kürsüden ineceğim adama bir şeyler yapacağım. Sanık beş dakika yüzü morarana kadar, sesi kısılana kadar küfür etti. Biz, süre ilerledikçe sakinleştik, başkan sakin, üyeler sakin, ben de sakinleştim. Ondan sonra adam yoruldu sustu. Bu arada avukat öyle bir mahcubiyet içinde ki; "Çok özür dilerim efendim

çok özür dilerim ben sizden de özür dilerim bu adam çok eşeklik yaptı çok özür dilerim çok mahcubum." deyip duruyor.

Reis bey sakin bir halde dedi ki, "Evladım savunma yapacak mısın?" Avukat hemen atıldı; "Efendim eski savunmalarımızı tekrar ediyoruz." dedi. Ondan sonra son sözü soruldu, yargılamada son sözü sormak gerekiyor. "Eski savunmalarımızı tekrar ederiz" dediler. Biz idamı verdik, kalemi kırdık duruşma bitti. "Reis bey sizi tebrik ederim" dedim. -Hayattadır inşallah Denizli'de yaşıyor, -Dedi ki; "Kötü söz sahibine aittir, onun o sözleri -ben o zaman bekârım- ne senin annene, ne senin eşine, ne hanımefendilere ulaşmadı. Onun amacı ne? Amacı bu sefer de bir karmaşa yaratıp bizi reddetmek, yeni bir bozma sebebi yapmak. Biz buna niye alet olalım? Haklı da olsa, doğru da olsa biz ona verilebilecek en ağır cezayı veriyoruz, idamdan ötesi var mı? Yok. Adamın canı yanmış bırak da sövsün" Bu benim için müthiş bir dersti ve bunu, ortamı olan her yerde anlatıyorum bugün de ortamı olduğunu düşünüyorum, sizlerle paylaştım. Hâkim gerektiğinde bu denli hoşgörü empati yapabilen insanlardan olmalıdır.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

BAŞKAN

Sayın Prof. Byung SUN-ON, Güney Kore'den geliyor. Hukuk Felsefesi ve Uluslararası Hukuk Profesörüdür. Seoul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Kolombiya üniversitesinde Master derecesini aldı ve doktorasını İngiltere'de tamamladı. Kore Hukuk Felsefesi Birliği Başkanlığı ve Kore Uluslararası Hukuk Cemiyeti'nin Başkanlıklarını bir dönem yürüttü.

KUŞAKLARARASI ADALETE CUMHURİYETÇİ BİR YAKLAŞIM

Prof. Byung SUN-ON
Sogang Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Seoul, Güney Kore

I. Giriş

Geçen yıl imzalanan Paris İklim Değişikliği Sözleşmesinde görebileceğimiz gibi, küresel iklim değişikliği bugün dünyanın sıcak gündem maddelerinden biri durumundadır. Atmosferdeki sera gazları dünya iklimini etkilemektedir. Sanayileşmeden bu yana, insanlık özellikle karbon dioksit emisyonlarıyla atmosfer konsantrasyonlarını büyük ölçüde arttırmıştır. İnsanlar, altyapının geliştirilmesi, gıda maddeleri dahil olmak üzere endüstriyel malların üretilmesi, otomobil kullanımı veya ormansızlaştırma gibi emisyon üreten faaliyetlerde bulunurken birçok fayda elde etmektedirler. Bu insan faaliyetlerinin yarattığı emisyonların etkilerinin yarardan ziyade zarar getirmesi hayli muhtemeldir. İklim değişikliğinin emisyonlardan kaynaklanan büyük kısmı, bu emisyonların oluşmasının ardından birkaç on yıllık gecikme ile gerçekleşir. Meyer'e göre, kuşaklararası adalet perspektifinden bakıldığında en önemli gerçek, gelişmiş ülkelerdeki sanayileşmenin sera gazlarındaki artışın büyük bir kısmından sorumlu olmasına karşın, gelişmekte olan ülkelerdeki insanların, özellikle de gelecek kuşakların iklim değişikliğinden çok daha orantısız şekilde zarar görecek olmalarıdır. (Lukas H. Meyer 2012: xviii, Climate Change and Intergenerational Justice)

Burada şöyle bir soru ortaya çıkmaktadır: Henüz doğmamış gelecek kuşaklara karşı bir özen borcumuz var mı? Bu, çağdaş toplumda

yaşayanların, sermaye mallarına yatırım gibi pozitif çabalar göstermek, yahut doğal çevrede geri döndürülemez hasarlara yol açan olası eylemlerden kaçınmak bakımından kendi torunlarına ne tür görevler ile borçlu oldukları sorusudur.

Çevre etiği veya çevre hukuku alanındaki çağdaş tartışmalarda, doğal kaynakların farklı kuşaklararasında adil paylaşımı konusu önemli bir başlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konu, çağdaş toplumun gelecek kuşaklara karşı ahlaki ve yasal yükümlülüklerini ifade eden kuşaklararası adalet veya kuşaklararası eşitlik meselesidir. Bu zorlu kuşaklararası adalet konusuna olumlu yorumlar getiren muhtelif açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalar bir taraftan, sözleşmeci haklar temelli yaklaşım ya da faydacı maliyet-fayda yaklaşımını, diğer taraftan ise liberal ya da toplulukçu yaklaşımı ve benzerlerini içermektedir. Muhtelif yaklaşımlarda gelecek kuşaklar için önerilen görev kavramları her ne kadar bizlerin gelecek kuşakları korumaya yönelik sezgisel isteklerini büyük ölçüde benimsiyor ise de, bunların kuramsal gerekçeleri daima tutarlı değildir. Ayrıca, her bir kuramın politikaya etkileri farklıdır, uygulamada her zaman olumlu etkiler yaratmamaktadır.

Bu noktada, cumhuriyetçi, sinkretik bir yaklaşımın gelecek kuşaklara yönelik özen borcumuza ilişkin daha iyi bir yorum getirebileceğini düşündüğümü belirtmek isterim. Gelecek kuşakları olduğu kadar önceki kuşakları da kapsayacak şekilde zamana yayılmak üzere bu yaklaşımın dayalı olduğu daha yeni bir bireysel benlik vizyonu gereklidir. Buradaki cumhuriyetçi yaklaşım biçimi liberal özerklik unsurları ile egemenlik dışı liberal unsurlardan ve gömülü benlik ve kamu yararı gibi toplumcu unsurlardan oluşmaktadır.

II. Gelecek Kuşaklara, Varsa, Ne Gibi Yükümlülük veya Borçlarımız Bulunmaktadır?

Öncelikle, gelecek kuşaklara karşı borçlarımızı inkâr eden argümanları incelemek istiyorum. Bunlardan biri asgari duruma dair bir liberteryen teori, diğeri ise kati biçimde taraflar arasındaki karşılıklı ilişkiye dayalı sözleşmeci adalet görüşüdür.

Birincisi, Robert Nozick gibi liberter bir etikçi, gelecek kuşaklara borcumuz olduğu görüşünü onaylamayı reddetmektedir. Nozick'e göre, bir 'son durum' meydana getirmek amacıyla kaynakların çağdaşlar arasında yeniden dağıtımını yapmak üzere durumdan yararlanmaya yönelik her türlü girişim gayri meşrudur. Bu nedenle büyük olasılıkla aynı şekilde kaynakların zaman içerisinde dağıtılmasını amaçlayan her türlü kasıtlı kollektif eylem de aynı yasak kapsamı içerisinde olacaktır. Bir birey, bir mülkü adil bir biçimde edinmiş olması koşuluyla, o mülkü adil olarak istediği şekilde - hibe ederek ya da miras bırakarak, başka bir şeyle takas ederek, tüketerek ya da imha ederek - elden çıkarabilir. (Bkz. Nozick 1974: Bölüm 7, kısım 1) Nozick'e göre, birey mülkiyet haklarını ve başkalarının fiziksel zararından emniyette olma haklarını zedelemediği sürece belirtilen tüm bu durumlarda adalet konusunda hiçbir soru ortaya çıkmamaktadır. Mülkümüz üzerinde istediğimiz şekilde tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğumuzdan, kendi yaşamlarımızda tüketebildiğimiz kadarını tüketip, geriye kalanın da ölümümüz halinde yok edilmesini istesek bizden sonraki kuşaklar bizi adaletsizlikle suçlayamazlardı.

İkincisi, mütekabiliyete ilişkin ahlaki yükümlülüklerin temeline ilişkin bir argüman söz konusudur ve bu argümandan direkt bir biçimde gelecek kuşaklara karşı yükümlülüklerin reddedildiği sonucu çıkmaktadır. Ortaya çıkan sorun, sonraki kuşakların elinde pazarlık gücünün olmayışıdır. Pazarlık gücüne sahip olmayanlar, başkalarının cömert düşüncelerine hitap edebilir, ancak meşru ahlaki taleplerde bulunamazlar. Bu görüş, karşılıklı güç ilişkilerinin mevcut olmaması durumunda haleflerimize karşı ahlaki yükümlülüklere veya adalet yükümlülüklerine sahip olmamız ihtimalinin ortadan kalktığını iddia edebilir (Bkz. Barry, 1989: 497) Bu düşünce dizisini, Hobbes ve Hume'dan Hart'a uzanan bir düşünce geleneği gibi,

ampirik filozoflardaki bu düşünce dizisi içerisinde bulabiliriz; buna göre, ahlakın amacı insanlara uygun barış hükümleri sunmasıdır. Filozofların bu görüşlerinin gerekçesi nedir? Aşağıda belirtilene benzer bir mantık yürüttükleri düşünülmektedir: İnsanlar, birbirlerini incitebilme konusunda olduğu gibi iyi yaşamak için birbirlerine olan bağımlılıkları konusunda da yeterince eşit kapasiteye sahiptirler. Dolayısıyla, başkalarının çıkarlarına saygı duyulması için yapay motivasyonlar sunmak üzere tasarlanmış bir kurumu desteklemek tüm insanlar için karşılıklı fayda içeren bir eylemdir. Açıkça göründüğü üzere, bu tür bir görüş, bizim ölümümüzden çok uzun zaman sonrasına dek hayatta olmayacak insanlara karşı ahlaki yükümlülüklerimiz bulunduğu sonucunu doğuramaz. (Bkz. Barry 1989:496)

Taraflar arasında karşılıklı faydanın yokluğunu sözleşmeye dayalı bir ilişki açısından yeniden yorumladığımızda, gelecek kuşaklara karşı olan yükümlülüğü reddeden argümanı daha iyi kavrayacağız. Genelde kuşaklararası bir sözleşme üzerine kurulduğu yaygın olarak düşünülen modern bir refah durumu düşünelim. Her nesil kendi bağımlılık dönemleri geldiğinde sonraki kuşaklar tarafından destekleneceği düşüncesiyle üretken yıllarında kendisine bağımlı olanları desteklemek için çaba gösterir. Bu tür bir kuşaklararası sözleşmenin uygulanabilir olması için taraflar arasında devam eden örtük bir anlaşma olarak anlaşılması gerekir. Ancak, yukarıdaki olumsuz argümanda da belirtildiği gibi, kuşaklar boyunca bu türden bir sosyal sözleşme düzeni ile ilgili şüphe uyandıran durumlar söz konusudur. Çağdaşlar arasında bir sözleşme düşündüğümüzde, şu iki koşuldan herhangi birinin geçerli olmasını öngörmek akla yatkın olacaktır: (1) Taraflarca üstlenilen fayda ve sorumlulukların karşılaştırılabilirliğinin makul ölçüde öngörülebilir olduğu durumlar, veya (1)'in uygulanmadığı hallerde (2) (1)'e zarar veren öngörülemeyen büyük çaplı eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için ilgili taraflar arasında bazı tazminat olasılıklarının bulunduğu durumlar (1). Nitekim kuşaklararasındaki ilişkiler, bu koşulların her ikisine de rutin olarak zarar vermektedir. Topluluk büyüklüklerinde ve refah akımlarının karakteri ve hedefi ile ilgili politik kararlardaki değişiklikler, (1)'e zarar verirken tarafların zamansal asimetrisi de (2)'yi zayıflatmaktadır. (Peter Laslett & James Fishkin 1992:2)

Ancak kuşaklararası ilişki üzerine bu tür bir yorumlama çok dar ve dolayısıyla da eksik olarak görülmelidir. Bunun nedeni, yorumlamada ortaya konulan görüşün varsa meydana gelecek kuşaklararasındaki ilişkiye karşılıklı ilişkilerden doğrudan tatmin edici maddi kazanımlar elde etmek isteyen, görüş açılarını geçmişten geleceğe devam eden kültürel etkileşim ve takibi kapsayacak biçimde genişletme konusunda isteksiz olan bireyler üzerinden yaklaşmasıdır. Bunun yerine, bir kaygı konusu olarak kapsamı genişletilebilecek bir benlik kavramının yanı sıra geçmiş ve gelecek kuşaklara adil muamele kavramı da inşa edebiliriz. Peki, bu nasıl mümkün olurdu? kuşaklararası bir topluluk fikrini ortaya koyarak, gelecek kuşaklara karşı yükümlülük konusuna yaklaşabiliriz. Topluluk, sosyal yaşamdaki ortak norm ve standartların yanı sıra insan hayatına dair benzer kavram ve fikirleri sürekli olarak paylaşmaya, uygulamaya ve iletmeye istekli potansiyel kurucu üyeler tarafından oluşturulabilir. Geçmiş kuşaklara karşı bir duygudaşlık ve dayanışma içerisine girerek onlarla kültürel bir etkileşim yaşadığımızda kuşaklararası topluluk oluşturabiliriz; aynı şekilde gelecek kuşaklarla aramızda yaşam ve düşünceler bakımından bir benzerlik olacağını düşündüğümüzde ve gelecek kuşaklarda bu fikirlerin sürekliliğine dair bir beklenti oluşturduğumuzda, yine bu noktada kuşaklararası bir topluluk meydana gelecektir. Bu doğrultuda, bireysel benliğin daha sonra hatırlanmasını, yeniden canlandırılmasını, yeniden keşfedilmesini ya da en azından iletişimleri yaygınlaştıran ve ortadan kalkan kuşaklara insan birliğini taahhüt eden benzer bir insanlık biçimi olarak başarılı olmasını bekleyebiliriz. İnsanlık, bağlantısı kopmuş bir intihar kulübü olarak düşünülemez; aksine hayatta kalmayı ve insanın gelişmesini amaçlamaktadır. Bu gerçeklik, insanlığın temel bir normuna, dolayısıyla da H.L.A. Hart'ın bir zamanlar öne sürdüğü gibi doğal hukukun asgari içeriğini oluşturan bir norma dönüşebilir.

Bu kuşaklararası topluluk fikri ile, gelecek kuşaklara karşı yükümlülük fikrini türetebiliriz. M.P. Golding'e göre, yükümlülükler 'ahlaki toplum' anlayışına dayanır. (Golding 1972:85-99) Golding neden ve nasıl bu görüştedir? Kendisinin argümanı şöyle devam eder. Gelecek kuşaklara karşı herhangi bir yükümlülüğümüz olup olmadığı konusu, bizim söz konusu gelecek kuşakları 'ahlaki topluluğumuzun' bir parçası olarak görmemize yol

açacak şekillerde yaşamalarını bekleyip beklemediğimize ya da bu gelecek kuşakların 'ahlaki topluluğumuzun' bir üyesi olup olmadıklarına bağlıdır. Onaylamadığımız biçimlerde gelişme göstereceklerini düşündüğümüzde, onlara karşı hiçbir yükümlülüğümüz yoktur. Ahlaki bir topluluk, üyeleri arasında açık bir sözleşme ile teşkil edilebilir. Bu durumda, topluluk üyelerinin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri onların pazarlık şartlarına göre belirlenir. İkincisi, ahlaki bir topluluk, her bir üyenin diğer üyelerin çabalarından fayda sağladığı toplumsal bir düzen içerisinden üretilebilir. Sonuç olarak, bir üye, toplumsal düzeni sürdürme yükünü paylaşma yükümlülüğünü üstlenir. Bununla birlikte, bunların her ikisi de giriş ve katılımın esasen bir kişisel çıkar meselesi olduğu topluluklardır. Açıkçası, mevcut ve gelecek kuşaklardan oluşan ahlaki bir topluluk bu kaynaklardan herhangi birinden doğamaz. Şimdi, kendilerine fedakarlık ve duygudaşlık ile tanımlanabilen duygular beslediğim en az birkaç kişi olduğu doğru. Ancak bu duygular benim onlara karşı yükümlülük öngören bir ahlak ilişkisi kurmam için yeterli midir? Bunlar ahlaki bir topluluk oluşturmak için yeterli midir? Başkalarına karşı olan bu duygular hayvan duygusu seviyesinde kaldığı sürece cevap olumsuz olmalıdır. Başkalarının için gerçekten endişelenmek ve onların iyiliğini önemsemek bilinçli bir endişe kaynağı olmalıdır. Bu durumda benim bir başkasının iyiliğini istemem, dürtüsel olmaktan öte bir şey olmalıdır ve bu karşımdakinin iyiliğine dair bir kavrayışım olmasını gerektirir. Bu iyiliği iyilik olarak kabul ederim, karşımdakinin iyiliğinin benim için iyi olduğunu kabul ederim. Bir kez bu adımı attığımda, artık onun talebinin yerindeliğini vicdanen inkar edemem. Burada, Golding tarafından sürdürülen kuşaklararası topluluğun gerekçesi ile aynı görüşteyim. Bununla birlikte, burada kuşaklararası bir topluluktaki can alıcı unsur kültürel etkileşim, ahlaki benzerlik ve insan dayanışması olmalıdır (Bkz. ve karş. de-Shalit 1995:59)

Çok uzaktaki gelecek kuşaklarla toplulukçu ilişkiler sürdürmüyorsak, bu onlara karşı herhangi bir yükümlülüğümüz olmadığı anlamına mı gelir? Kesinlikle yükümlülüğümüz bulunduğunu inkar edenler mevcuttur. Golding, hem etik açıdan hem de uygulama açısından çok uzak olanın iyiliğini teşvik etmeye çalışmanın akıllıca olmadığını savunarak, çok uzak gelecekteki kuşaklara karşı hiç bir yükümlülük kabul etmemektedir

(Golding 1972:70). Onları serbest piyasanın eline bırakarak çok uzak nesiller için tek yapmamız gerekenin açıkça onlar için hiçbir şey yapmamak olduğunu öne sürmektedir.

Bu, adalet meselesi ile insanlık meselesi arasındaki ayrımdır. Bu fark, gelecek kuşaklara karşı farklı türde bir yükümlülük gerektirir. Burada adalet meselesi ile insanlık meselesi arasındaki fark şudur: İnsanlık, insanların refahı ile ilgiliyken, adalet mülkiyet ilkeleri veya kaynakların kontrolü ile ilgilidir. Bu bizim acının verdiği eziyetten kaçınmamızı ve ortaya çıktığı durumda bu eziyeti azaltmamızı gerektirmektedir (Barry, 1989:456) Bir tarafta adalet anlayışımıza hitap eden ve ihlalinin toplumsal kurumun temel yapısını tehlikeye attığı ve insan zihninin sağlam terkibine zarar verdiği düşünülen temel bir görev olarak adalet görevi, diğer tarafta ise insanlık anlayışımıza hitap eden ve ihlalinin ortak duygulara yönelik rahatsız edici bir etki yaratacağı insanlık görevi söz konusudur. Dolayısıyla, gelecek kuşaklara karşı adaletten doğan yükümlülüklerimiz, daha yakın gelecek kuşaklarla, yani kuşaklararası topluluklarla ilişkilerimizi ilgilendiren, faydanın kontrol ve mülkiyetinin temini ve dağıtımının gerçekleştiği bir bağlam içerisinde geçerli olur. Öte yandan, gelecek kuşaklara karşı insanlıktan doğan yükümlülüklerimiz çok uzak gelecek kuşaklarla ilişkilerimiz bağlamında geçerli olacaktır. Bu, faydanın kontrolünü dağıtamayacağımız bir alandır. (Bkz. de-Shalit 1995:64)

Gelecek kuşaklara karşı olumlu bir görevi kabul edebilecek durumdaysak, bir sonraki soru gelecek kuşaklara karşı görevin en iyi nasıl karakterize edilebileceğidir (Bkz. Partridge 1981: 9) Rawls'ın kuramında tartışıldığı gibi yalnızca sermayenin, kaynakların, kültürel değerlerin ve sadece kurumların 'tasarrufu' biçiminde mi? Zararlı faaliyetlerden kaçınma eylemleri biçiminde mi? Yardımların teşviki biçiminde mi? Geçmişte örneğin doğal çevreye verilmiş hasarların onarılması biçiminde mi? Yoksa mevcut politikaların gelecekteki etkilerini öngörme kabiliyetinin genişletilmesi biçiminde mi?

Bu soru, gelecek nesillerin çağdaşlara karşı varsa ne tür haklara sahip oldukları sorusuyla uğraşmamızı talep etmektedir.

III. Gelecek Kuşakların Günümüz Kuşağına Karşı Ne Gibi Hakları Bulunmaktadır?

Günümüz kuşağının gelecek kuşaklara karşı bir yükümlülüğü bulunduğunu kabul edersek, bu durumda gelecek kuşakların buna karşılık günümüz kuşağından talep edebileceği haklar var mıdır? Buna evet cevabını verdiğimiz takdirde, söz konusu hakların temelleri ve mahiyeti nedir?

Richard De George, gelecek kuşaklar var olmadığı için herhangi bir hakka sahip olmadıklarını ve dolayısıyla onlara karşı bir yükümlülüğümüzün bulunmadığını öne sürmektedir. De George'a göre, insan ırkının devamını teşvik etme yükümlülüğümüz bulunmaktadır - ancak bu yükümlülük bir haktan ziyade değerler ile ilgili sebeplere dayalıdır (De George 1978: 180-190) Bu tür bir sorun, gelecek kuşaklarda tanımlanabilir bir hak sahibinin bulunmaması ve dolayısıyla da hak sahibinin kesin iradesinin veya tercihinin belirlenememesinden doğar. Ancak hakların mahiyetini temelde hak sahibinin çıkarlarını korumak ve temsil etmek olarak anladığımız takdirde, gelecek kuşakların elde edecekleri hakların mahiyeti, sürdürülebilir çevreyi koruma ve sürdürme yararı şeklinde olacak ve böylece haklarını ellerinde bulundurmaya yeterli olacaklardır. Bu anlayış, işlev ve hakların mahiyeti bakımından hakların menfaat teorisine dayanmaktadır. Bu doğrultuda, H.L.A. Hart tarafından savunulan hakların irade ya da seçim teorisi ve Carl Wellman tarafından savunulan hakların mülkiyeti teorisi eleştirilere tabidir. Wellman'ın haklara ait mülkiyet teorisi, Hart'ın seçim teorisi ya da teorisi gibi, gelecekteki halkların sahip olabilecekleri hakları kapsamakta yetersizdir. Wellman tarafından savunulan hakların hakimiyeti teorisi, Hart'ın irade teorisi gibi esasen hak sahibinin irade unsuruna dayalı gibi görünmektedir. Wellman'a göre, yalnızca bir eyleyen, rasyonel eylem için gerekli tüm psikolojik kapasiteye sahip bir varlık herhangi bir hakka sahip olabilir. Wellman buna sebep olarak; bir hak sahibine örneğin bir iddia, bir yetki, bir muafiyet, hatta özgürlükten ziyade bir yükümlülük gibi asli bir yasal hakkın belirleyici özü üzerinde hakimiyet kazandıran yasal özgürlükleri ve yetkileri ifa etmekten aciz herhangi bir varlığa egemenlik, özgürlük ve kontrol atfetmenin yersiz ve yanıltıcı olmasını göstermektedir. Dolayısıyla,

Wellman'a göre, doğmamış hiçbir bebek iptidai rasyonel eylemler için dahi kapasite edinmemiş olduğundan, doğmamış çocukların herhangi bir yasal hakka sahip olmaları kavramsal olarak imkansızdır. (Wellman 2002:85)

Gözlemlediğim kadarıyla, Wellman'ın hakların hakimiyet teorisi, doğmamış fetüs hakları ile ilgili olarak aile hukuku ve kuşaklararası eşitlik ilkesiyle ilgili olarak çevre hukuku alanlarında gelişmekte olan önemli bir hukuki gerçekliği görmezden gelmektedir. Gelecek nesillerin hakları, Neil MacCormick veya Joel Feinberg tarafından savunulan menfaat teorisi ile daha iyi açıklanabilir. Feinberg'in savına göre, hak sahibi olanlar çoğunlukla talep olarak ifade edilen kendi menfaatlerini ellerinde bulunduran veya bulundurabilecek kimselerdir. Feinberg buna dair iki neden ortaya koymaktadır: (1) Bir hak sahibinin temsil edilme yeteneğine sahip olması ve hiçbir menfaat sahibi olmayan bir varlığı temsil etmenin imkansız olması ve (2) hak sahibinin kendi şahsında faydalanıcı olabilme yeteneğine sahip olması ve menfaatsiz bir varlığın kendi yararı ya da iyiliği olmaksızın zarar ya da yarar görme yeteneğinin bulunmamasıdır. Dolayısıyla, menfaatleri olmayan bir varlığın başkası 'adına' hareket etme durumu veya başkası için bir yarar gözetmesi söz konusu değildir. (Feinberg 1980:167)

Çağdaş insanlar halihazırda hayattayken geleceğin insanlarının haklarına kavuşmadan önce hayatta olmak zorunda olduğu gerçeği, menfaat çatışması durumlarında bizi tekrar çağdaşların önceliğine götürür mü? Genel olarak haklar teorisinin savunucuları tarafından ortaya atılan bu sorunun cevabı, 'potansiyel bir menfaat' iddiasıdır: Feinberg'in de açıkladığı gibi, gelecekteki insanların günümüz insanlarına karşı sahip oldukları haklar gelecekteki insanların varlığına bağlıdır. Bunlar, bireylerin dünyaya geldiklerinde sahip olduklarına emin oldukları menfaatlerdir; kimlikleri şimdilik belirsizdir, ancak nihayet dünyaya geldiklerinde menfaat sahipliği elde edecekleri açıktır.

O halde gelecek kuşakların kuşaklararası adalet başlığı altında günümüz kuşağına karşı sahip olabilecekleri hakların mahiyeti ne olacaktır? Bu yalnızca bir kurumu günümüzde var olduğu ya da olması gerektiği şekliyle sürdürmek ve onu gelecek nesillere iletmek midir? Yoksa mevcut tasarruflara kıyasla daha fazla tasarruf veya azami tasarruf

sağlamak mıdır? Gelecek kuşaklar için neyin gerekli olduğunu kesin olarak bilmediğimiz için iyi yaşam standartları, kaynaklar ve çevre ile ilgili asgari gereksinimleri karşılamaya başlarsak bu belki güvenli olabilir.

En iyi yaklaşım, tıpkı bir dönem James Sterba'nın da öne sürdüğü gibi, şu anda sahip olduğumuz bilgiyi kullanmak ve gelecek kuşakların da bugün değerli bulduğumuz şu temel kaynakları gerekli göreceğini varsaymak olacaktır. Gelecek nesillerin temel ihtiyaçlarını karşılamak için bizim daha önce beklenti oluşturduklarımızdan farklı kaynaklara ihtiyaç duyacakları ortaya çıkarsa, bu durumda en azından geçmişte sahip olduğumuz bilgilere dayanarak hareket etmekle suçlanmayacağız (Sterba 1991:111).

Sterba, gelecek nesillerin refah haklarının yaşam hakkı ve adil muamele hakkı temelinde gerekçelendirildiğini öne sürmektedir. Ona göre, yaşam hakkının (özgürlükçülerde olduğu gibi) olumsuz bir hak ya da (refahçı liberallerde olduğu gibi) olumlu bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilmemesinden bağımsız olarak, bu hakkın gelecek kuşakların temel ihtiyaçlarını bolca karşılamak suretiyle refah haklarını gerekçelendirdiği ortaya konulabilir. Sterba ayrıca bir kişinin temel ihtiyaçlarını karşılamak için nelerin gerekli olduğunu tartışmakta ve bu gereksinimlerin toplumdan topluma ve tarihler arasında nasıl değişiklik gösterebileceğini açıklamaktadır (Bkz. Sterba 1991:106).

Bu nedenle, bu temel ihtiyaçlar şartı gereği, gelecek kuşakların ne ölçüde haklara sahip olacakları konusu faydacı yaklaşımlarla yeterli ölçüde ele alınmayacaktır. Zira klasik faydacı yaklaşım doktrini birleştirici bir bakış açısı benimsemekte olup buna göre gelecek kuşakların bugünkü fedakarlıklarına karşılık daha büyük avantajlar elde edebilecekleri düşünülmektedir.

Rawls bu faydacı bakış açısını reddetmektedir. Rawls, faydacı doktrinin ileride çok daha iyi durumda olacak kuşakların daha büyük avantajlar elde etmesi adına bizleri daha yoksul kuşaklardan ağır özveriler talep etmeye yönlendirebileceğini savunmaktadır (Rawls 1971:287).

IV. Yalnızca Tasarruf İlkesi

Gelecek kuşakların günümüz kuşağından meşru talepleri, günümüzde hayatta olan insanların kendi iyilikleri için tüm kaynaklarını tüketememeleri veya girişimlerinin bedellerini gelecek nesillere yüklememeleri adına yapılan dağıtıcı adalet talepleri olarak anlaşılabilir. John Rawls gelecek kuşaklara karşı dağıtıcı adalet görevlerini ilk kez sistematik olarak analiz etmiştir. Rawls, yalnızca tasarruf oranı açısından gelecek insanlara ne ölçüde borçlu olduğumuz konusunu tartışmaktadır. Burada, tasarruflar günümüz insanının kendileri için bir kenara koymayı planlamış olup olmamalarına bakılmaksızın, gelecek kuşakların erişebilecekleri tüm kaynakları içermektedir. Rawls, varsayımsal karar durumunda, yani kendisinin "orijinal konumunda" alınmış bir kararın sonucu olarak tasarruf oranını gerekçelendirmektedir. (Lukas H. Meyer 2012: xv. Saving for Future People)

Rawls, farklılık ilkesinde ya da ikinci adalet ilkesinde, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin, her ikisinin de, a) yalnızca tasarruf ilkesiyle tutarlı olarak, en az avantajlı kişiye en çok fayda sağlayacak şekilde ve b) fırsat eşitliği koşulları altında herkese açık görev ve pozisyonlara bağlı olacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. (Rawls 1999 revize edilmiş baskı: 266)

Rawls'ın yalnızca tasarruf ilkesi çerçevesinde öne sürdüğü üzere; farklılık ilkesi, hem bugün hem de gelecekte en az avantajlı topluluklara odaklanmamızı gerektirebilirken, atalarımızdan miras aldığımız toplumsal zenginlikleri daha da arttırarak herhangi bir tasarrufta bulunmamızı gerektirmemektedir.

Rawls'un günümüz kuşağını gelecek kuşaklar için tasarruf ile zorunlu kılan bir 'yalnızca tasarruf' ilkesini temel alması, adil bir toplumu bir nesilden diğerine süren bir kooperatif çaba olarak ne derece ciddiye aldığını göstermektedir. Atalarımızın çabaları, yatırımları, tasarrufları ve fedakarlıklarından bizler büyük ölçüde yararlandık. Bir tür karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bizler de - miras aldığımız adalet kurumlarını olduğu kadar, bu kurumlardan faydalanma konusunda kat ettiğimiz ilerlemenin bazı unsurlarını da bizden sonra gelecek kuşaklara aktarmak suretiyle

- aynı şeyi bizden sonrakiler için yapmak zorundayız. Önceki kuşaklar ürünlerinin bir bölümü üzerinde tasarruf sağlamamış olsalardı bizler bugün halen medeniyetin liberal ve demokratik sosyal kurumların faydalarından yararlanamayacak ölçüde ilkel bir aşamasında olacaktık. (Freeman 2007:138)

Yalnızca tasarruf düzeyi nedir? Her bir kuşağın bir sonraki borçlu olduğu belirli bir yeknesak tasarruf oranı veya yüzdesi yoktur. Bunun yerine, bir toplumun farklı gelişim aşamalarına farklı tasarruf oranları uygulanır. "İnsanlar yoksul ve tasarruf zor ise, daha düşük bir tasarruf oranı gerekli olacaktır; daha zengin bir toplumda ise, reel tasarruf yükü daha az olduğu için makul ölçüde daha büyük oranda tasarruf beklenebilir" (Rawls 1971:287/255 düzeltilmiş baskı). Öyleyse, bu tasarruf oranına nasıl karar vereceğiz?

Rawls'a göre; Yalnızca tasarruf ilkesine varırken ... taraflar, diğer tüm kuşakların da aynı ölçütlere uygun olarak tasarruf yaptığı veya yapacağı varsayımıyla her bir gelişim aşamasında ne kadar tasarrufta bulunmak isteyeceklerini kendilerine sormalıdırlar. Teklif ettikleri oranların tüm birikim süresini düzenleyeceği anlayışı ile herhangi bir medeniyet evresinde tasarrufta bulunma istekliliklerini değerlendirmelidirler. (Rawls 1971:287/255 düzeltilmiş baskı.

Rawls, yalnızca tasarruf ilkesinin farklılık ilkesini kısıtladığını ve öncelikli olması gerektiğini, aksi takdirde etkisiz olacağını vurgulamaktadır (Rawls 1971:292/258 düzeltilmiş baskı).

Bu, farklılık ilkesinin uygulanması sürecinde yasa koyucuların gelecek nesillerin ihtiyaçlarını ve menfaatlerini dikkate almaları gerektiği anlamına gelmektedir. İlgili refah veya sosyal ürün yüzdesini gelecek için tasarruf ve yatırıma konu etmeleri gerekir; böylece atalarının onlar için tasarrufta bulunmuş olmalarını istemeleri mantıklı olacaktır; öte yandan ise bu bir karşılıklılık ilkesi değildir. -En nihayetinde, gelecek kuşaklar onlara sağladığımız avantajlara bize fayda sağlamak suretiyle karşılık verememektedirler.- Yalnızca karşılıklılık ilkesine benzemektedir. (Freeman 2007:139)

Dolayısıyla, günümüz nesillerinin, kendilerinden sonra gelecekler için aynı miktarda tasarruf sağlamak zorunda olduklarını bildikleri için öncüllerinden kendileri için tasarrufta bulunmalarını rasyonel olarak bekledikleri ölçüde kenara ayırıp gelecek için tasarrufta bulunmaları öngörülmektedir.

Uygulamada bu, mevcut nesildeki en az avantajlı insanlara (vergiler ve ödenekler yoluyla) ne kadarlık bir miktarın aktarılabileceği konusunda bir sınır bulunduğu anlamına gelmektedir. (Suri Ratnapala 2009:340)

Yalnızca tasarruf oranının kuşaklararası ekolojik eşitlik konusuna uygulanması ile ilgili olarak, Uluslararası avukat Edith Brown Weiss, tüm nesiller dünyayı önemseyen ve kullanan ortaklar oldukları için, her bir neslin dünyayı ve doğal ve kültürel kaynaklarımızı sonrakilere en azından bizim atalarımızdan teslim aldığımız haliyle bırakması gerektiğini savunmaktadır. Bu fikir, Weiss'ı seçenekler, kalite ve erişim açısından üç adet kuşaklararası eşitlik ilkesine götürmektedir. Bu ilkeler, (doğal ve kültürel kaynaklar tabanının çeşitliliğinin korunması olarak tanımlanan) seçeneklerin korunması, (gezegeni önceki kuşaklardan teslim alınandan daha kötü bir durumda bırakmama olarak tanımlanan) kalitenin korunması ve (mirasın kullanımına ve yararlarına adil erişim olarak tanımlanan) erişimin korunması gerekliliklerini içermektedir (Edith Brown Weiss 2008:623)

V. Kuşaklararası Adaletin Cumhuriyetçi Bakış Açısıyla Gerekçelendirilmesi

"Gelecek kuşaklara karşı görev" varsayımının gerekçesini teşkil eden nedir? Burada, bir cumhuriyetçi olarak, bağdaştırıcı bir yaklaşımın, gelecek kuşaklara karşı özen görevimizi gerekçelendirmek adına daha iyi bir temel sunabileceğini düşündüğümü belirtmek isterim. Bu yaklaşım, gelecek nesillere dek ulaştırılması gereken daha yeni bir bireysel benlik vizyonunu vurgulamaktadır. Buradaki cumhuriyetçi yaklaşım biçimi liberal özerklik unsurları ile egemenlik dışı liberal unsurlardan ve gömülü benlik ve kamu yararı gibi toplumcu unsurlardan oluşmaktadır. (Pettit 1997:12-13) Müdahalede bulunmama ile karşılaştırılan egemenlik dışı bir unsur olarak

özgürlük kavramı bireylerin ve grupların azami bireysel çıkarları tatmin etmek adına birbirlerine karşı uygulayabilecekleri keyfi müdahale ve sömürülere karşı önlem almaktadır.

Özerk bir benlik, kendi faydalarını tanıtmak için birçok yararlı kazanç arasından seçim yapabilecek çeşitlilikte kabul edilebilir seçeneklere sahip olan kişidir. Bu özerk benlik, kuşaklararası adaletin ortak iyiliğini gözetme konusunda duyarlı ve gelecek nesillere karşı yükümlülükleri kabul etmeye hazırdır. İnsanoğlunun temel mahiyeti, benliğin korunması ve gelişmesine yönelik süregelen bir proje olarak ima edilebileceğinden, liberal bir erdem olarak kişisel özerklik, bireylerin mevcut karar alma eylemlerinin ve yatırımlarının gelecekteki sonuçlarını daha iyi planlamaları ve öngörmeleri için elzemdir. Ortak menfaatin toplulukçu bir unsuru, çağdaşlarımızı kuşaklararası adalet gereksinimlerini karşılamak üzere henüz doğmamış gelecek kuşaklar için yalnızca tasarruf yönünde olumlu bir taahhütte bulunmaya yönlendirmektedir. Yalnızca uzak nesillere açık özerk benlik açısından bakıldığında, hayattakiler, ölmüş olanlar ve doğacak olanlar arasında bir ortaklık halinde kuşaklararası ilişkilere yönelik bir vizyon ortaya çıkabilir. Atalarımızdan fayda elde ettiğimiz için, bir tür eşitlikçilik kavramı, bizleri haleflerimize fayda sağlamaya yöneltmektedir. İlgili eşitlikçilik kavramı da bir şekilde karşılıklılık ilkesi ile bağıntılıdır. Burada, kapsamı genişletilmiş bir mütekabiliyet aşağı yönlü olarak geçerli olmaktadır: Fayda elde ettiğimiz takdirde, benzer faydaları bizden sonrakilere aktarmak üzere bir adalet yükümlülüğümüz mevcuttur. Fayda sağlamak için sürdürdüğümüz bir uygulama çerçevesinde payımıza düşeni ifa etmemiz için bir "adil oyun" görevi doğmaktadır.

Visser't Hooft ayrıca, gelecek nesillerin refahı ile ilgili meselenin, benliğin yeni bir biçimde anlaşılmasına dair bir sorun ortaya koyduğunu savunmaktadır. Kendini aşma ve toplum kavramları aracılığıyla benliğin anlaşılmasında kişinin benliğiyle zamandaki belirli konumunu aşacak bir biçimde doğrudan benliğin ötesine yönlendirildiğini savunmaktadır (Visser't Hooft 1999:128). Ayrıca, geleceği göz önüne almamıza neden olan ve kuşaklararası düzeyde bir tür işbirliği vaat eden kişiler, mekanlar, projeler, değerler ile bir özdeşleşme söz konusu olduğunu öne sürmektedir: Zihinlerimizde bizleri sınırlı ömrümüzün ötesine taşıyan pek çok faydanın

bizden sonrakilerce reddedilmesini beklediğimiz takdirde bu faydaları önemsemenin hiçbir anlamı olmayacaktır. Tam tersine, faydayı idrak edişimizin teyit edilmesini ve bunu gerçekleştirmek için gerekli çabaların devam etmesini öngörürüz. Örneğin, büyük kütüphaneler veya anıtlar ertesi gün yıkılmak için inşa edilmemiştir.

Burns H. Weston, kuşaklararası ekolojik adaletin gerekçelendirilmesi konusunda, temelinde kapsayıcı bir biçimde tasavvur edilmiş ve benimsenmiş bir insan hakları hukukunu ve politikasını sağlama alan değerlere itibar gösteren saygı temelli bir toplumsal adalet teorisinin en büyük yararı sağlayacağını savunmaktadır (Burns H. Weston 2012:251 Özet). İngiliz filozof Alfred North Whitehead'in görüşlerine istinaden Weston, saygı temelli bu ortamda Whitehead'in bağıntısal dünya görüşünün yankılandığını öne sürmektedir. Weston ayrıca, Whitehead'in bütünsel 'insan dayanışması' perspektifinin, zaman ve mekanların ötesinde kişilerarası ve gruplararası saygı ile ilgili bir diyalektik olan kuşaklararası insan hakları söyleminin özünde yer aldığını savunmaktadır (Weston 2012:262).

VI. Sonuç - Kuşaklararası Adaleti Hayata Geçiren Hukuk Politikası

Çevre etiğinde kuşaklararası adalet görüşü, iç meselelerde daha geniş kitleleri çeken ve bunun bir sonucu olarak da hukuk alanını olduğu kadar uluslararası meseleleri de kapsayacak şekilde yaygınlaşmakta olan bir görüştür. Uluslararası adalet ya da kuşaklararası eşitlik uluslararası hukuk biliminin bir parçası haline gelmektedir. Son dönemde bu husus, hâkimlerin uluslararası mahkemelerdeki yazılarına, çeşitli uluslararası hukuk araçlarına ve gelecek nesillerin menfaatlerini etkileyebilecek bazı kurumsal önerilere yansımıştır. Bazen kuşaklararası ilke yalnızca sorumluluğu ifade etmektedir; diğer zamanlarda ise açıkça gelecek nesillerin haklarını da kapsamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nda Yeni Zelanda ve Fransa arasındaki 1995 tarihli Nükleer Denemeler Davası örneğini ele alalım. Bu davada, Yeni Zelanda'nın 1974 tarihli Nükleer Denemeler kararına dayanarak Fransa'nın Pasifik'te yer altı nükleer denemeler gerçekleştirmesine itirazda bulunması ile gelecek nesillerin menfaatleri konusu gündeme gelmiştir. Dava 1974'teki gibi atmosferik testlerden ziyade

yeraltı denemeleri ile ilgili olduğundan Uluslararası Adalet Divanı, yargı yetkisini kullanmayı reddederken, Hâkim Weeramantry'nin karşı görüşü ise mahkemenin gelecek nesillerin haklarını koruma yükümlülüğünü açıkça savunmuştur: Uluslararası Adalet Divanı, bir yerel mahkemenin kendisi hakkını savunamayan bir bebeğin çıkarlarının vasisi olması bakımından kendisini gelecek kuşağın haklarının bir mütevellisi olarak görmelidir. Yeni Zelanda'nın haklarının olumsuz etkilendiği yönündeki şikayeti, yalnızca o tarih itibariyle hayatta olan bireylerin haklarıyla ilgili değildir. Yeni Zelanda halkının hakları aynı zamanda henüz doğmamış gelecek neslin haklarını da içermektedir. Bunlar bir ulusun sahip olduğu ve gerçek anlamda korumak ile yükümlü olduğu haklardır (1995 Nükleer Denemeler, 1995 I.C.J., 341, Weeramantry, J., karşı görüş).

Dünya Mahkemesi Hâkimi Cançado Trindade, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin başkanlığını yaptığı dönemde 2000 tarihli Bámaca -Velásquez - Guatemala davasında şunları ifade etmiştir: "İnsan dayanışması kendisini yalnızca - dünyanın tüm halkları tarafından paylaşılan alanda - mekansal bir boyutta değil, aynı zamanda geçmiş, bugün ve geleceği bir arada değerlendirerek zamansal bir boyutta - yani zaman içerisinde birbirini takip eden kuşaklararasında - da ortaya koymaktadır."

Hâkim Cançado Trindade, kararın ayrı bir görüşünde, bugün hayatta olan bizlerin, gelecekteki kuşakların geçmişte yaşamış kuşakları mağdur eden insan hakları ihlallerinden kendilerini azade buldukları bir dünya inşa etmeye katkıda bulunmakla yükümlü olduğumuzu vurgulamıştır (Geçmiş ihlallerin tekrarlanmayacağının garantisi).

Somut uygulamalar için kuşaklararası adalet ilkesi üzerinde daha tutarlı ve uygulanabilir bir kriter geliştirmek, bu gelişmeler ışığında halen gerçekleştirmemiz gereken görevler arasındadır.

Referanslar

B. M. Barry, "Humanity and Justice in Global Perspective"(s. 434-462), ve "Justice between Generations"(s. 494-510), Democracy, Power and Justice, Oxford: Clarendon Press, 1989

Richard De George, "Do we owe the future anything?", Law and the Ecological Challenge (1978), s. 180-190. James P. Sterba'da tekrar basım (ed.). Morality in Practice, 3. Baskı, Wadsworth Publishing Company, 1991, s. 99-106

Joel Feinberg, Rights, "The Rights of Animals and Unborn Generations"(s. 159-184), Justice and the Bounds of Liberty, Princeton University Press, 1980.

Samuel Freeman, Rawls, London & New York: Routledge, 2007

M.P. Golding, "Obligations to Future Generations," Monist 56 (1972), 85-99

Peter Laslett & James Fishkin (ed.), Justice between Age Groups and Generations, Yale University Press, 1992

Lukas H. Meyer (ed.), Intergenerational Justice, Ashgate, 2012

Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, New York: Basic Books Inc., 1974

Ernest Partridge (ed.), Responsibilities to Future Generations, Buffalo, NY: Prometheus, 1980

Philip Pettit, Republicanism, Oxford: Clarendon Press, 1997

Suri Ratnapala, Jurisprudence, Cambridge University Press, 2009

John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 (Revize Baskı, 1999)

Avner de-Shalit, Why Posterity Matters: Environmental Policies and Future Generations, Routledge, 1995

James P. Sterba, "The Welfare Rights of Distant Peoples and Future Generations," James Sterba (ed.), Morality in Practice, 3. Baskı, 1991, s. 106-118.

Hendrik Ph. Visser't Hooft, Justice to Future Generations and the Environment, Dortrecht, Nl: Kluwer, 1999

Edith Brown Weiss, "Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law," 9 Vermont J. Environmental L. 615-627 (2008)

Carl Welman, "The Concept of Fetal Rights," Law and Philosophy 21:65-93, 2002

Burns H. Weston, "The Theoretical Foundation of Intergenerational Ecological Justice: An Overview," Human Rights Quarterly 34 (2012) 251-266

BAŞKAN

Şimdi sizin sorularınızı bekliyoruz. Konuşmacılarımıza sorunuz varsa buyrun.

Soru yok galiba. Yoksa oturumu kapatıyorum. Dinlediğiniz için teşekkür ederim. Bütün konuşmacılar adına teşekkür ederim.

SUNUCU

Saygıdeğer oturum başkanımız, konuşmacılırımız sempozyumun katkılarınızdan dolayı hepinize teşekkür ediyoruz. Sizlere plaket taktimi için biraz daha bekleteceğiz. Plaket takdimi için Adalet Bakanı Strateji Geliştirme Sayın Alparslan Azapağası'nı sahneye davet ediyoruz efendim.

İKİNCİ OTURUM

YARGILAMADA ETİK BİLGİ VE İLKELER

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Turgut TARHANLI

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

HUKUK İLKELERİNİN YORUMLANMASININ ARZ ETTİĞİ ÖNEMİN KANUN METİNLERİNİN ANLAŞILMASI BAKIMINDAN SORGULANMASI

Marijan PAVCNIK

Ljubljana (Slovenya)

ÖZET

Hukuk, hukuk kuralları ile hukuk ilkelerinden oluşan bir sistemdir. Bunlar arasındaki ayrım göreli bir ayrımdır. Belirli bir durumun (küçük önerme) kurala (büyük önerme) bağlanabilmesi ve kararı da kapsayan bir sonuca varılabilmesi için bu gibi kesin küçük ve büyük önermeler oluşturulmak zorundadır. Bu durum, hukuk kurallarıyla işler hale getirilen hukuk ilkeleri ile anlamları bakımından çoğu kez açık olan ve/veya ilkelere ilişkin unsurların yer aldığı tanımlar (örneğin temel haklar konusunda olduğu gibi) için de aynen geçerlidir.

Hukuk ilkelerinin temel özelliği, hukuk kurallarının içerik, kuralların anlaşılması ve uygulanma biçimleri bakımından tanımlanması konusunda belirleyici nitelik arz eden değer ölçütleri olmalarıdır. Hukuk ilkeleri bir amaca hizmet eder, ağırlıkları vardır ve hukuk kurallarının hareket ettiği anlamsal kapsamı (sınırları) tanımlarlar.

Hukuk ilkelerinin işler hale getirilmesi, somut bir davada karara varabilmek için mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gereken ratio decidendi'dir. Hukuk ilkeleri, somut davalarda verilen kararların dayanağını oluşturan kurallar üzerinden var olurlar. Yeni davalar, hukuk ilkelerinin yeni baştan işler hale getirilerek sonuçlandırılabileceği gibi, daha önce hükme bağlanmış davalarla aynı esas unsurlara sahip olmaları halinde emsal kararlar uygulanarak sonuçlandırılmaları da mümkündür.

1. Kanunların Anayasa'ya ve Anayasal Hukuk İlkelerine Göre Yorumlanması

Kanunların anayasaya uygun biçimde yorumlanması iki yönlü bir niteliğe sahiptir. Bir yandan, kanun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda belirleyici olan anayasanın yorumlanmasını, diğer yandan ise, hukuk sistemi ile anayasal sistemin parçası olan kanunun yorumlanmasını içerir. Bir kanunun anayasaya uygun olarak yorumlanabilmesi için söz konusu kanunun, anayasal sistem ile bu sistem içinde benimsenmiş olan değerler dahilinde yer alması özel önem arz eder (yorumlamanın sistematik-teleolojik unsuru). Kanunlar yorumlanırken bu husus daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bir kanunun anayasal sistem ile bu sistem içinde benimsenmiş olan değerler dahilinde yer alması söz konusu kanunun içerik bakımından anlamını belirleyici unsurlardan bir tanesi olur, almaması ise kanunun içeriği ile anayasanın içeriğinin birbiriyle çatıştığını ortaya koyar. Bir kanun içerik bakımından, anayasa ışığında anlamı detaylı bir şekilde ortaya konup anayasayla desteklenmesi mümkün olmayan şekilde oluşturulduğunda, anayasaya aykırı kabul edilir ve bunun sonucunda kısmen veya tamamen iptali gerekir.

Anayasal hukuk ilkeleri, kanun yorumlamalarının sistematik-teleolojik unsuru bakımından özel önem arz etmektedir. Bunların temel özelliği, hukuk kurallarının içerik, kuralların anlaşılması ve uygulanma biçimleri bakımından tanımlanması konusunda belirleyici nitelik arz eden değer ölçütleri olmalarıdır.[1]

1 Marijan Pavčnik, Argumentacija v pravu (Hukukta Argümantasyon), 3rd ed., 2013, 130

Anayasal hukuk ilkeleri anayasanın genel hükümlerinde, çeşitli temel haklara ilişkin tanımlamalarda ve (daha biraz düşük ölçüde olmakla beraber) yasal düzenlemelerin içeriğinin nasıl olması gerektiği hakkında kısa yönlendirmelerin yer aldığı kısımlarında düzenlenmektedir. Bu doğrultuda Anayasa'da örneğin, hâkimlerin yargı fonksiyonunu icra ederken bağımsız olmaları gerektiği [Slovenya Cumhuriyeti Anayasası (CRS) Madde 125], avukatlığın adalet sistemi içerisinde bağımsız bir hizmet olduğu (CRS Madde 137/1), kamu yararı açısından gerekli olması ve kazanılmış hakların ihlaline sebebiyet vermemesi şartıyla bazı kanun hükümlerinin geri dönük olarak uygulanabileceği (bkz. CRS Madde 155/2 CRS) ve hukuki menfaat sahibi olan herkesin Anayasa Mahkemesi nezdinde yasal işlem başlatılmasını talep edebileceği (CRS Madde 162/2 CRS) düzenlenmiştir.

2. Hukuk ilkelerinin Amacı, Ağırlığı ve Kapsamı

2.1. Giriş

Anayasal hukuk ilkeleri, bir nevi şematik olarak ifade etmek gerekirse, kanunların anayasaya uygun biçimde yorumlanması bakımından daimi bir önem arz etmektedir. Bu ilkeler bir yandan, belirli ilkelere verilen ağırlığa işaret ederken, diğer yandan kanun sistemi ile genel olarak hukuk sisteminin değer hedeflerini oluştururlar; üçüncü olarak ise, hukuk kurallarının hareket ettiği anlamsal kapsamı (sınırları) tanımlarlar.

Hukuk ilkeleri, Roma Hukuku'ndan bu yana iyi bilinmektedir.[2] İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürütülen teorik araştırmalarda Esser, Larenz, F. Bydlinski ve diğerleri buna dikkat çekmiş olup bu husus, Dworkin'in "The Model of Rules I"[3] başlıklı tezinden bu yana Anglo-Amerikan hukuk

2 Bkz. Janez Kranjc, *Latinski pravni reki* (*Latin Hukuk İlkeleri*), 1994. Yazar bu eserinde, hukuk ilkelerinin anlamı ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermiştir: "aksi halde daha uzun ve çoğu kez daha karmaşık bir şekilde ifade edilmesi mümkün olacak şeylerin özünü özetlemektedirler. (...) Öyle sanıyorum ki, Latin hukuk ilkelerinin Avrupa hukuk kültürünün ve Avrupa'daki açık ve net ifade biçimlerine ulaşma çabasının en temelinde yatan özün bir nevi karakteristik özeti olduğunu söylersek abartmış olmayız" (s. 5).

3 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, 14 ff.

kuramı ile Avrupa hukuk kuramında yürütülen kuramsal tartışmalarda sıklıkla üzerinde durulan bir konu olmuştur. Alexy, bu tartışmalara özel bir bakış açısı getiren yazarlardan biridir.[4]

Kurallar ile ilkeler arasındaki temel fark, kuralların "ya hep ya hiç"[5] yaklaşımıyla şekillendirilmesi (örn. kurala uygun davran: Hırsızlık yapma - yoksa cezalandırılırsın), ilkelerin ise ağırlık ya da önem boyutuna sahip olmasıdır.[6] Bir değerin (ahlaki) ağırlığı daha fazla veya daha az olabilmektedir (dolayısıyla Slovenya'nın az çok sosyal bir devlet olduğu söylenebilir). Kuralların bu gibi bir ağırlığı yoktur; dolayısıyla da somut olayların (örneğin A kişisinin hız sınırını aşması) derhal belirli kurallara bağlanması mümkün olmaktadır.

Dworkin tarafından öne sürülen, kuralları "ya hep ya hiç" şeklinde anlamlandırıp uyguladığımız yönündeki görüş, uygun bağlama yerleştirilmediği sürece yanıltıcı olabilir. Somut davalarda karar vermemizi sağlayacak, bu gibi kesin bir ifade biçimine ulaşmak zorunda olmamız, yasal karar verme sürecinin kendi doğasında olan bir zorunluluktur. Bu durum, hukuk kuralları için olduğu gibi hukuk ilkeleri için de aynen geçerlidir.

Bir hukuk kuralı, belirli bir davranış türünü ifade eder, bir hukuk ilkesi ise "sadece", belirli davranış türlerini temsil ettiğimiz yasal ilişkilerde (örn. medeni hukuk ilişkilerinde) nasıl hareket etmemiz gerektiğine işaret eden standartları (örn. makul ve dürüst bir insan olma) ifade etmektedir. Kelime anlamı olarak ilke, daha az veya daha fazla yoğun bir dille ifade edilen ve çeşitli hedef davranış türleri üzerinden uygulamaya koyulan "dayanak, kriter ve düzenleyici sebep"[7] anlamına gelmektedir. Hukuk ilkelerinin, değerlendirme yapmaya izin vermeyecek ölçüde doğrudan uygulanmaması ve kesin olmaması özel önem arz etmektedir.

---

4 Bkz. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 71-157, ve On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, 13 (2000), 294-304.

5 Dworkin (Fn. 3), 24

6 *Ibidem*, 26

7 Joseph Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 51 ff.

2.2. Bazı Örnekler

Kanunların anayasaya uygun biçimde yorumlanması bakımından, temel haklarının ortak paydasının insan onuru olduğunu ya da Slovenya'nın, hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olduğu bir devlet olduğunu söylemek ile genel kanun hükümlerinin geriye dönük olarak uygulanamayacağını (bkz. CRS Madde 155/1) ya da mahkemede görülen bütün duruşmaların açık olmak zorunda olduğunu söylemek (bkz. CRS Madde 24) arasında fark vardır. İnsan onuru veya bir hukuk devleti olmakla ilgili değer ölçütlerinde değer hedefleri ve değer ağırlıkları gibi unsurlar bulunmaktadır. Bunlar doğrudan uygulanamazlar; insan onurunu gözetmek (örneğin ceza yargılaması ile bütün yürütme işlemlerinde) ve yeterince öngörülebilir nitelik taşımak zorunda olan (hukuka duyulan güven, hukuk devleti olmanın bir unsurudur) kanun hükümleri vasıtasıyla önce işler hale getirilmeleri gerekir. Alexy tarafından ifade edildiği üzere, değer hedefleri, amaca (mümkün olan en iyi şekilde) ulaşmaya yönelik komutlardır.[8]

Hukuk ilkeleri bu anlamda, daha az veya daha fazla yoğun bir dille ifade edilmeleri mümkün olan ve belirli davranış türleri bakımından uygulanmaları gereken değer ölçütleridir. Bu şekilde uygulamaya alınan bir değer ölçütü, ne mutlaktır ne de içeriği açısından aşınmış (örneğin, insan onuru ilkesi veya ifade özgürlüğü ilkesi). Şayet mutlak olsaydı, bu durum söz konusu prensibin somut bir davada ihtiyaç duyulan çözümleri mekanik olarak türetebileceğimiz bir piramidin doruk noktası olduğu anlamına gelirdi. Ve şayet içeriği açısından aşınmış olsaydı, bu defa da her şeyin tamamen, yetkili kanun uygulayıcısı tarafından nasıl anlaşılıp uygulanacağına bağlı olduğu anlamına gelirdi. Hukuk ilkeleri dolayısıyla ne içeriği bakımından mutlak olan bir ölçüttür, ne de yalnızca yetkili uygulayıcıya bağlı olan bir ölçüt; bunun yerine daha ziyade, insanın "ölçülü" ve "dengeli bir şekilde" davranmasını gerektiren bir değer

8 Bkz. Alexy 1986 (Fn. 4), 75-76: "Prinzipien Sind Demn*ach Optimierungsge*bote, Die Dadurch Charakterisiert Sind, Dass Sie In Unterschiedlichen Graden Erfüllt Werden Können Und Dass Das Gebotene Maß İhrer Erfüllung Nicht Nur Von Den Tatsächlichen, Sondern Auch Von Den Rechtlichen Möglichkeiten Abhängt. Der Bereich Der Rechtlichen Möglichkeiten Wird Durch Gegenläufige Prinzip

dayanağıdır. Değer dayanağının kendisi ise sadece, hukukun belirli bir alanında normatif olarak tesis edilmiş olan içeriksel çözümler (normatif imkanlar) izin verdiği ölçüde ve de karara bağlanmak istenen davanın kendine has özellikleri ışığında gerekli olan yoğunlukta uygulanabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları, sıklıkla, belirli yasal düzenlemelerin veya belirli yasal çözümlerin anayasal hukuk ilkeleri çerçevesinde Anayasa ile uyumlu olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalmaktadır. Yasal bir düzenleme veya yasal bir çözüm, ilke tarafından ifade edilen değer kapsamını (alanını) aştığında (dışında yer aldığında), Anayasaya uygun olmadığı kabul edilerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. Ceza hukukundaki emir ve yasaklamaların, nispeten spesifik bir şekilde tanımlanmak zorunda olması bunun son derece hassas bir unsurudur [hukukun üstünlüğü çerçevesinde yasal öngörülebilirliğin (CRS Madde 2) ve ayrıca Nullum crimen nulla poena sine lege praevia ilkesinin (CRS Madde 28) bir unsuru olarak lex certa]. Somut bir davada, Anayasa Mahkemesi "ceza gerektiren belirli bir suçun unsurları ile belirli bir hafif suçun unsurlarının birbirinden ayırt edilemez olduğu" gerekçesiyle, ("bireylere satışı yasaklı olan ateşli silahların veya mühimmatın yasadışı bir şekilde depolanması" suretiyle işlenen) bir suçun tasvirinin Anayasa'ya uygun olmadığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu gibi bir durumun "hukuk düzeninde bozulma yaşanmasına sebebiyet vereceğini; bunun ise hukukun üstünlüğü ilkesiyle yönetilen devletlerin ilkelerine aykırı olacağını" ifade etmiştir.[9]

Hukuk ilkelerinin "değer hedeflerini" yansıttığı ifadesi dikkatli bir şekilde yorumlanmalıdır. Hedef ne kesin bir mutlak ne de her koşulda ulaşılmak zorunda olan bir noktadır. Daha ziyade, kanunların ve bunların anlayış biçiminin hareket etmesi gereken yöndür. En önemlisi de, anayasal minimumun altına düşmemesi gereken takdir yetkisinin kapsamı (alanı) içinde yer alma zorunluluğudur. Kanun tarafından dikkate alınması gereken halihazırda izin verilen anayasal kapsam konusu, temel hakların neredeyse hepsiyle ilgili olarak baş gösteren bir konudur. En ideal durum, mevzuatın anayasal semantik alanını daha üst seviyeye çıkarmasıdır; ancak

9 U-I-88/07 [ODLUS (Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararları) XVIII, 1]

bu semantik alanın dışına çıkarak izin verilen minimumun altına düşmesi kanunen yasaktır.

Anayasa Mahkemesi, hürriyetten yoksun bırakma alanında (yakalama, tutuklama, hapis) anayasal standartlarla ilgili bir takım kalite kararları almıştır.[10] Önemli bir ceza davasında;

"Anayasa da öngörülen insanların güvenliğini tehdit etme unsurunu yerine getiren suçları, sadece verilecek cezanın yüksekliğiyle değil, bir takım başka kriterlere de yer vermek suretiyle yeterince detaylı bir şekilde tanımlamayan ve söz konusu suçun tekrar edilme riskinin gerçekten var olup olmadığının mahkemece tespit edilmesini öngörmeyen bir kanun hükmünün"

Anayasa'ya (Art. 2/1) uygun olmadığı ikna edici bir şekilde ifade edilmiştir. Ayrıca;

"İnsanların güvenliğini sağlamak adına sadece, bir kişinin hürriyetine ilişkin olarak uygulanabilecek en büyük kısıtlama olan tutuklama cezası verilmesine yer vererek, aynı zamanda o kadar ekstrem olmayan ama yine de insanların güvenliğini sağlamaya yetecek düzeyde olan alternatif önleyici tedbirlere yer vermeyen bir kanun düzenlemesinin" de Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir.[11]

Bu noktada, daha yakın zamanda verilen kararlar arasından, kişisel verilerin korunması (CRS Madde 38) konusunun ele alındığı bir karara değinmemiz uygun olacaktır. Söz konusu davada karşılaşılan sorunlardan bir tanesi, işlenebilecek verilerin kapsamının belirlenmesiydi:

"Havacılık Kanunu'nda 128 inci maddenin yedinci paragrafı, hangi kişilerin (halen) işlenebileceği sorusuna cevap vermediği için Anayasa'nın 38inci maddesi ikinci paragrafına uygun değildir. Havacılık Kanunu'nda bireylerden toplanması mümkün olan tüm kişisel veriler tanımlanmadığı ve bunun ilgili durumlarda kişisel veri yöneticilerinin ihtiyaçlarına bağlı

10 Bkz. Boštjan M. Zupančič, yayınlandığı eser: Lovro Šturm (ed.), *Komentar Ustave Republike Slovenije* (*Slovenya Cumhuriyeti Anayasası hakkında Yorumlar*), 2002, 214 ff., 223 ff.

11 U-I-18/93 (OdlUS V/1, 40)

olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, kişisel bilgilerin gizliliği ile çakışan hallerin kesin olarak belirlenmesi mümkün olmamaktadır."[12]

Mevzuatın hareket alanını tanımlayan anayasal kapsam ile bağlantılı olan bir diğer husus ise, Anayasa Mahkemesi'nin bir yasal düzenlemenin içerik bakımından uygun olup olmadığına karar verme konusunda yetkili olmadığı şeklindeki altın kuraldır. Bu bağlamda, asıl vurgu yapılmak istenen noktanın kimi zaman tespiti zor bir nokta olması sorun teşkil edebilmektedir - zira vurgu yapılmak istenen nokta, anayasal sınırların ve anayasada öngörülen ölçütlerin ötesine geçmemesi gereken yasal düzenlemeler olabileceği gibi, anayasal olarak mümkün olan kapsam dahilinde veyahut anayasal olarak izin verilen çıkarımlar çerçevesinde hareket eden düzenlemenin kendisi de olabilmektedir. Bunların ikincisinde yasama organı karar vermekte serbesttir ve anayasal olarak mümkün olan çıkarımlar arasından, içerik bakımından en uygun düşecek seçeneklerden birinin seçilip seçilmemiş olması önemli değildir (Anayasa Mahkemesinin kararına göre!). Örneğin, belirli bir davada, sosyal devlet ilkesini (CRS Madde 2) hayata geçirmek için kullanılan tedbirlerin türünü ve içeriğini seçmek bakımından yasama organının geniş bir takdir yetkisi alanına sahip olduğu belirtilmiştir.[13]

Son olarak, hukuk ilkelerinin (anayasal hukuk ilkeleri dahil) karakteristiklerinden biri olan ağırlık konusuna geri dönmek istiyorum. Ağırlık, ilkelere yüklenen değer sınırlarını ve değer anlamını ifade etmektedir. Değer sınırları, bir ilkenin farklı yoğunluk düzeylerinde işler hale getirilmesine olanak verir. İlkeler doğrudan uygulanamazlar; ilkeleri daha detaylı bir şekilde tanımlayan hukuk kuralları tarafından ve de bu hukuk kurallarının somut toplumsal koşullar altında hayata geçirerek uygulanmaları gerekir.

Her mevzuat, göz önünde bulundurulmak zorunda olan anayasal ilkelerin çizdiği bir çerçeve içinde yer almak zorundadır. İlkeler hiç şüphesiz, sadece birer iyi dilek ifadesi ve hatta ütopik birer vizyon değildir; aksine, göz ardı edilmesi mümkün olmayan ve belirli değer hedeflerine

12 U-I-411/06 (OdlUS XVII/2, 43)

13 U-I-310/96 (OdlUS VII/1, 24)

bazen daha yoğun, bazense daha az yoğun bir şekilde yaklaşılmasına olanak veren toplumsal ve hukuksal gerçekliğin parçasıdırlar. Anayasa Mahkemesi bir ilkenin (örneğin yasal öngörülebilirlik düzeyi ya da araç-amaç orantılılığı) hiç veya yeterli düzeyde göz önünde bulundurulmadığı kanaatine vardığında, tartışma konusu olan kanunu kısmen veya tamamen iptal eder (usul yönünden mümkün olduğu takdirde).[14] Bu konuya ilişkin somut davalarla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin klasik bir örnek olan, hâkim maaşlarıyla ilgili bir kararına değinmek istiyorum. Söz konusu kararda, hâkimlerin (maddi) statüsü hakkındaki düzenlemenin hâkimlerin bağımsızlığı ilkesiyle orantılı olmadığına karar verilmişti. Zira söz konusu anayasal ilkenin yoğunluğu (ağırlığı), hâkimlerin kademeler halinde yapılan sınıflandırmasında ifade edilenden daha büyüktür (diğer iki kuvvet organı bünyesinde görev yapanların maaşlarıyla kıyaslandığında da).[15]

3. İki veya Daha Fazla Hakkın Çatışması

Ağırlık meselesi, farklı ağırlıklara sahip ilkeler üzerine inşa edilmiş olan iki veya daha fazla anayasal ve/veya yasal hak birbiriyle çatıştığında özel bir anlam kazanmaktadır.

Bu gibi bir çatışma söz konusu olduğunda, birbiriyle çatışan hakların ifade ettikleri ilkelerin ağırlığı bakımından değerlendirilmesi gerekir. Verilecek nihai karar, iki hakkın (ve sahip oldukları ağırlığın) birbiriyle kıyaslanması sonucunda varılacak sonuca bağlıdır. Somut koşullar, söz konusu iki hakkın uygun sınırlar dahilinde bir arada var olabileceğini gösterebilir ya da birinin diğeri üzerinde öncelik sahibi olduğunu ortaya koyabilir.

Alman kuramında, ifade hakkı ile bir kişilik hakkı unsuru olarak yeniden sosyalleşme hakkı arasındaki çatışmayı ilgilendiren Lebach davası hararetli tartışmalara yol açmıştı. Mesele, bir televizyon istasyonunun, ateşli silahlar çalınarak dört kişinin nasıl öldürüldüğü hakkında bir belgesel yayınlamasına izin verilip verilmeyeceği ile ilgiliydi. Suç ortağı olarak olaya

14 Bkz. Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu Madde 43 ff.

15 U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 (OdlUS XV/2, 84, s. 293)

karışan ve yakalanarak hüküm giydirilen zanlının adı belgeselde defalarca geçiyordu ve hatta fotoğrafı da gösteriliyordu. Belgeselin yayınlanacağı tarihte cezaevinden çıkmak üzereydi. Belgesel yayınlandığı takdirde yeniden sosyalleşmesi tehlikeye girecekti. Alt mahkemeler, filmin yayınını yasaklama talebine uymadılar. Ve ancak Anayasa Mahkemesi'nde şikayet başvurusu yapılarak başlatılan işlemler sonucunda engellenebildi. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda, birbiriyle çatışan hakları ilke olarak değerlendirmiş ve davanın mevcut koşulları çerçevesinde, kişilik haklarının ifade özgürlüğü karşısında daha öncelikli olduğuna hükmetmişti. Şayet belgesel, ilgili mahkumun yeniden sosyalleşme sürecinde yayınlanmış olsaydı, bu yayının mahkumun kişilik hakları üzerindeki olumsuz etkisi orantısız ölçüde ağır olurdu.[16] 20 nci yüzyılın sonunda, Slovenya mahkemelerinde ifade özgürlüğü hakkının (vefat etmiş bir akrabaya ait kişisel bilgilerin onun anısına hazırlanmış bir plaket üzerine yazılması) kişisel dokunulmazlık hakkının bir unsuru olan mahremiyet hakkı arasındaki bir çatışmanın konu olduğu bir dava görülmüştü. Mahkeme, İkinci Dünya Savaşında hayatını kaybetmiş olan kişilerin anısına hazırlanan bir plaket üzerinde bu kişilere ait kişisel bilgilere yer verilmesinin, davacıların ölmüş akrabalarıyla ilgili olarak sahip oldukları mahremiyet hakkına tecavüz ettiğine karar verdi. Bu kararın özünde, mahremiyet hakkının bu şekilde çiğnenmesinin "içinde bulunduğumuz yüzyılda savaş mağdurlarına ait verilerin öğrenilmesindeki kamu yararı ve karşı tarafın milli uzlaşma fikri ile orantısız olduğu" kanaatine varılmıştı.[17]

İfade özgürlüğü ile kişisel mahremiyetin korunması arasındaki çatışma sıklıkla karşılaşılan bir mesele olup bu gibi meselelerde verilecek karar, birbiriyle çatışan hakların içeriğinde yer alan ilkelerin ağırlığına bağlıdır. Mahkemelerde (ve Anayasa Mahkemesi'nde) bu gibi davalarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Mahkemece verilecek karar, söz konusu hakların sahip oldukları ağırlığın, birlikte var olmalarına izin verecek ölçüde eşit mi, yoksa

16 BVerfGE 35, 202. Cf. Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßman, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 97 ff., ve Alexy 1986 (Fn. 4), 84 ff.

17 Slovenya Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme'sinin II Ips 428/96 sayılı Kararı, yayınlandığı eser: *Zbirka odločb Vrhovnega sodišča RS - civilni oddelek* (*Slovenya Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Özel Hukuk Departmanı tarafından verilen Kararlar*), 1999, 129 ff.

ağırlığı daha fazla olan hakkın ağırlığı daha az olan hak üzerinde öncelik sahip olmasını gerektirecek ölçüde farklı mı olduğuna bağlıdır.[18]

En hassas davalar, sanatsal yaratıcılığın özgürlük ve özelliklerine atıfta bulunan davalardır. Bir kişi, kişisel mahremiyetinin koruma altındaki alanına tecavüz edilmeksizin bir sanat eserinde kendi yansımasını bulabilir (örneğin edebi bir eserde).[19] Sanatçı, konuyu işlemiş ve genelleştirmişse sanat özgürlüğü söz konusudur ve bu özgürlük sınırlandırılamaz.

4. Hukuk Kuralları ile Hukuk İlkeleri arasındaki Ayrımın Göreceliği

Yukarıda verilen örnekler, hukuk kuralları ile hukuk ilkeleri arasındaki ayrımın daha ziyade göreceli olduğunu göstermektedir. Kant'ın bu konudaki düşüncesini[20] başka sözcüklerle açıklamak gerekirse, ilkeler

---

18 Anayasa Mahkemesi "sigara içme" davasında [U-I-218/07 (OdlUS XVIII, 12)], kapalı alanlarda sigara içme yasağının "genel bir hak olan özgürce hareket etme hakkına (CRS Madde 35) müdahale olduğuna" dair çok iyi gerekçelendirilmiş bir karar vermiştir: "Ancak yine de, kabul edilemez bir müdahale değildir; çünkü yasama organı tarafından ulaşılmak istenen ve anayasada dayanağı bulunan amaca, yani çalışanları ve bütün diğer kişileri pasif içiciliğin ve ortamda bulunan sigara dumanının olumsuz etkilerine karşı koruma amacı ancak bu şekilde gerçekleştirilebilir." - İki (temel) hakkın birbiriyle çatıştığı durumlarda kaçınılmaz olarak, bu iki hakkın ağırlığını tartıp birbiriyle kıyaslamak gerekmektedir. Bu kıyaslama, "anayasal açıdan belirleyici olan ve tartıda bir hakkın diğerine ağır basmasını sağlayan koşulları ortaya koymaktadır. Aksi halde, çatışma halindeki hakların birine mutlak etki tanınır" (Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Up-444/09 sayılı kararı). Burada vurgulanmak istenen konu, hakların ağırlıkları tartılarak birbiriyle kıyaslanması ve bu kıyaslama neticesinde elde edilen sonuç doğrultusunda uygun bir çözüme ulaşılmasıdır.

19 Cf. Up-422/02 (OdlUS XIV/1, 36): "Sanatsal özgürlüğün (ifade özgürlüğünün spesifik bir tezahürü olarak) kapsamının ne olduğu ya da bu anayasal hak ile yine anayasal olarak koruma altına alınmış kişilik hakları (kişisel onur ve saygınlığın korunması da dahil olmak üzere) arasındaki sınırların ne olduğu sorusuna cevap ararken, ilgili sanatsal faaliyetin kendine has özellikleri de hiç kuşkusuz göz önünde bulundurulmak zorundadır. Sanatsal faaliyetin özünde özgür yaratıcılık yatmakta olup bu yaratıcılık, sanatçının izlenim ve deneyimlerini yansıtmaktadır. Sanatçı, bu izlenim ve deneyimlerini belirli bir sanatsal ifade biçimiyle insanlara aktarmaya çalışmaktadır. Edebiyat sanatında, sanatçının hangi konuyu seçeceği ce seçtiği konuyu nasıl tasvir etmek istediği konusunda özgür olması esastır."

20 Bkz. Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1990: "Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind" (98; B 74, 75).

olmadan kurallar yönünü (ve özünü) kaybederek kemikleşecektir; kurallar olmadan ilkeler ise içerik bakımından çeşitliliklerini (ve aynı zamanda hem öngörülebilirliklerini hem anlam bütünlüklerini) kaybederek ilkesiz ve keyfi kararlar verilmesine yol açacaktır. Burada ele almış olduğum konu bağlamında, belirli bir durumun (küçük önerme), kurala (büyük önerme) bağlanabilmesi ve kararı da kapsayan bir sonuca varılabilmesi için bu gibi kesin küçük ve büyük önermelerin oluşturulması kritik önem arz etmektedir. Bu durum, hukuk kurallarıyla işler hale getirilen hukuk ilkeleri ile anlamları bakımından çoğu kez açık olan ve/veya ilkelere ilişkin unsurların yer aldığı tanımlar içeren (örneğin temel haklar konusunda olduğu gibi) için de aynen geçerlidir.

Daha kesin ve daha açık bir dille ifade etmek gerekirse, hukuk ilkelerinin işler hale getirilmesi, somut bir davada karara varabilmek için mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gereken ratio decidendi'dir. Hukuk ilkeleri, somut davalarda verilen kararların dayanağını oluşturan kurallar üzerinden var olurlar. Yeni davalar, hukuk ilkelerinin yeni baştan işler hale getirilerek sonuçlandırılabileceği gibi, daha önce hükme bağlanmış davalarla aynı esas unsurlara sahip olmaları halinde emsal kararlar uygulanarak sonuçlandırılmaları da mümkündür. Hukuk kuralları ile ilkeleri hakkındaki bu bütünsel anlayış hukukun tipik özelliklerindendir.[21]

Ratio decidendi, parçası olduğu mahkeme kararıyla aynı yasal güce sahiptir.[22] İlkelerin işler hale getirilmesiyle ilgili daha yakın tarihli bir

21 Hukuk bir kurallar sistemi değildir; *hukuk ilkeleri ile hukuk kurallarından oluşan bir sistemdir*. Cf. Marijan Pavčnik, *Teorija prava* (*Theorie des Rechts*), 5. Baskı, 2015, 609: "Wenn man sich noch kürzer fassen wollte, würde man sagen, dass das Recht ein System von ganzheitlich wirksamen Rechtsnormen und -prinzipien ist, die im Rahmen rechtlicher Richtigkeit lebenswichtiges äußeres Tun und Verhalten von Menschen in einer staatsrechtlich organisierten Gesellschaft regeln."

22 Bkz. ilgili pasajlar: Neil D. MacCormick; Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, 1997. *Ratio decidendi* ifadesi aynı zamanda, hukuk içerisinde yaşanan spesifik bir sönüşüm olarak da tarif edilebilir. Bkz. Alexander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983, 55 ff., ve Stephan Kirste, *Recht als Transformation*, yayınlandığı eser: Winfried Brugger; Ulfrid Neumann; Stephan Kirste (eds.): *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 134 ff.

davaya örnek vermek üzere, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki ilişkinin (yani karşılıklı ağırlıklarının) konu olduğu bir Anayasa Mahkemesi kararından alıntı yapmak istiyorum. Söz konusu kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

"Mevcut davada, mahkeme tarafından kararın verilmesinde, birbiriyle çatışan anayasal hakların ağırlığı tartıldığında ifade özgürlüğünün tartıda ağır basmasını sağlayan iki unsur belirleyici olmuştur: 1) kamu için büyük önem arz eden bir konu hakkında yapılmış bir gazetecilik haberi söz konusudur ve 2) davacı, bir kamu görevi yürütmekteydi ve bu nedenle tutum ve tavırları hem basın hem halk tarafından daha büyük bir ilgiyle takip ediliyordu.[23]

Bu tür kararlar, mahkemelerin karara varmasını sağlayan unsurları ortaya koymaktadır. Bu şekilde ortaya konan unsurlar, ifade özgürlüğünün hangi durumlarda mahremiyetin korunmasından üstün olduğunu anlatan bir hukuk kuralı yapısındadır. Somut bir davada verilecek kararda yol gösterici olan bu kurallar, öncekinden farklı olan yeni bir dava görüldüğünde yetkili mahkeme tarafından değiştirilene, ilaveler yapılana veyahut tadil edilene kadar geçerliliklerini korur.[24] Şayet mahkeme başka şekilde hareket etseydi, kararları keyfi olurdu.

Yazarın adresi: Prof. Dr. Marijan Pavčnik, Pravna fakulteta (Hukuk Fakültesi), Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia. E-mail: (Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si).

Bu çalışmada hukuk prensipleri, genel olarak kanun metinlerinin yorumlanması, özellikle de (kanunların) anayasaya uygun biçimde yorumlanması yönündeki anlayış ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Verilen örnekler çoğunlukla, Slovenya hukuku ile Slovenya yargısından alınmıştır. Bu çalışma ilk olarak şurada yayınlanmıştır: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 101 (2015) 1, s. 52–59.

23 Up-2940/07 (OdlUS XVIII, 62)

24 Bkz. Pavčnik (Fn. 1) 208 ff.

"YARGI ETİĞİ" YA DA YARGIDA ETİK: YARGI NASIL ETIK OLUR?

Prof. Dr. Harun TEPE
Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

Özet:

'Ticaret etiği'nden söz eden bir kişiye "ticaret yaparken nasıl etik olunur?" diye sorulmuş, o da ticaret ve etik birada olmaz, insan bunlardan birini seçmeli diye yanıtlamış. Bir anekdot olan ve ticaretle ilgili olarak da doğru olmayan bu görüş, iş yargıya gelince hiç doğru değildir. Bırakın yargı ve etiğin bir arada olamamasını, "yargı, etik olmadan yargı olamaz", "etik olmak adil yargılamanın önkoşuludur, olmazsa olmazıdır" denebilir. Yargılamak ya da yargı vermek, yansız olmayı, yargı konusu olan olay-eylem-durum ya da kişiye mümkün olduğunca nesnel bir biçimde bakabilmeyi, doğru bir değerlendirme yapabilmek için çaba göstermeyi gerektirir. Aslında tüm bunları kısaca "yargı işini amacına uygun yapmak istiyorsa etik olması gerekir" diye ifade edebiliriz. Ama yargı nasıl etik olur? Yargının etik olması, her şeyden önce yargı bileşenlerinin etik olması ve yargı sisteminin etik yargılamaya imkân verecek biçimde yapılanmasıyla mümkün olur. Bu bildiride yargının etik yargılama yapabilmesi için hem yargının üç bileşeni olan, avukat, savcı ve yargıçların hem de yargılama sisteminin nasıl olması gerektiği üzerinde durulacaktır. Yargıda etik sorunu makro ve mikro boyutlarıyla ele alınarak, etik bir yargıya giden yola işaret edilmeye çalışılacaktır.

Giriş: Yargı Etik Olmadan Yargı Olamaz

I. Etik Yargılamanın Dış Koşulları

II. Etik Yargının İçsel Koşulları

A. Yargı Etiği Kodlarının Değerlendirilmesi

B. Yargı Nasıl Etik Olur?

Prof. Dr. Harun Tepe, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü, Felsefe Bölümü ve İnsan Hakları Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.[25]

Giriş:

Yargı, Etik Olmadan Yargı Olamaz

"Ticaret etiği" üzerine konuşma yapan kişiye "Etik bir ticaret nasıl olabilir?" diye sorulmuş, o da ticaret ve etik birada olmaz, insan bunlardan birini seçmeli diye yanıtlamış. Doğru bir görüş olmasa da böyle bir anektod anlatılır ticaret etiğiyle ilgili. Sanırım iş yargıya, yargıçlık işine geldiğinde, bunu tersine çevirerek, "yargı, etik olmadan yargı olamaz", "etik olmak yargının önkoşuludur" biçiminde ifade etmek de mümkündür. Yargılamak ya da yargı vermek, yansız olmayı, yargı konusu olan olay-eylem-durum ya da kişiye mümkün olduğunca nesnel bir biçimde bakabilmeyi, doğru bir değerlendirme yapabilmeyi, en azından bunun için çaba göstermeyi gerektirir. Aslında tüm bunları kısaca "yargının etik olması gerekir" diye ifade edebiliriz. Ancak bunları yaparak ya da yapmak için azami çaba göstererek haklı-haksızı ayırabiliriz, verdiğimiz kararlarla hem adaleti sağlar hem de insanın değerini ya da onurunu koruyabiliriz. İnsan onurunu göz ardı eden ya da çiğneyen kararlardan ancak böyle etik bir yargılama yaparak uzak durabiliriz.

Yargıya ilişkin bu durum, yargılama etkinliğinin doğasından kaynaklanmaktadır: Yargı tıp etkinliğiyle birlikte insanlık tarafından

25 John Stuart Mill, The Subjection of Women, Londra 1870, ss.2-3.

hep kutsal-tanrısal, yüce, üst bir etkinlik olarak görülmüştür. Bu da onun tıp gibi doğrudan insan yaşamına son vermeye kadar varabilen güçlü ve insan yaşamını etkileyen kararlar verebilen bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır. Nasıl tıp insanların doğum ve ölümleri konusunda karar verici olabiliyorsa, yargı da insan yaşamında o derecede belirleyici olabilmektedir: Mahkemeler verdikleri kararlarla temel haklarının kullanılmasına kısıtlama getirebilmekte, hatta yaşama hakkını ortadan kaldırabilmektedirler. Bunun da ötesinde kimin haklı kimin haksız olduğuna karar vermenin kendisi de böyle değerli-kutsal bir etkinlik görülmektedir. O nedenle, yargının adil ya da etik olması hem kişilerin yaşamını hem de toplumsal yaşamı doğrudan etkilemekte, etik olmaması kişilerin yaşamlarında olduğu kadar, toplumsal ve siyasi yaşamda da kapatılması güç yaralar açabilmektedir.

Bu da bizi şu soruyu sormaya götürmektedir: Yargı nasıl etik olabilir? Bu hem yargıç ve savcıların hem de avukatların etik kişiler olmalarını, iş ve eylemlerinde etik ilkelere uygun doğru karar vermelerini gerektirir kuşkusuz; ama hâkim, savcı ve avukatların etik kişiler olmaları her zaman bunun için yeterli olmayabilir. Yargıda etik sorunlar yalnız yargının bu üçayağının etik kişiler olmamalarından kaynaklanan sorunlar olmadığı için, sorunların çözümü de onların etik eylemelerinin, etik kararlar vermelerinin sağlanmasıyla başarılamaz. Yargıda karşılaşılan etik sorunlar, kişilere ilişkin sorunlar, kişilerin yapı ve eylemlerinden kaynaklanan sorunlar olduğu gibi, aynı zamanda yapısal sorunlar diyebileceğimiz siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlardır, ben bunları, K. O. Apel'in terminolojisini kullanarak, yargıda mikro ve makro etik sorunlar olarak adlandırmak istiyorum. Bugün ülkemiz yargı mekanizmasında yaşanan etik sorunlar da, yalnızca yargıda görev alanların yeterli hukuk ve/veya etik eğitimi almamalarından kaynaklanan sorunlar değildir- bu kuşkusuz bir sorundur, hem de ciddi bir sorundur-; bunlar daha çok yargı erkinin modern demokrasilerde sahip olması gereken konuma sahip olmamasından kaynaklanan sorunlar, yapısal sorunlardır.

I. Yargının Etik Olmasının Dış Koşulları

Yargı, temel hakları korumayı ve bunlarla ilgili özgürlükleri tesis etmeyi kendi varlık temeli olarak gören modern demokrasilerin, yasama ve yürütmeyle birlikte üç ana ayağından biri olarak görülmektedir. Yargının kendisinden beklenen adil yargılama işini yapabilmesinin ana koşulu ise özerk ya da bağımsız olması, kendine ilişkin kararları kendi verebilmesidir. Siyaset mekanizmasına bağımlı, kendi kararlarını kendi veremeyen bir yargıdan adil kararlar beklemek, hâkim ve savcıların kahramanlar olmalarını beklemektir. Kuşkusuz kimi hâkim ve savcılar kahramanca davranabilirler, başlarına gelebilecek her şeyi göze alarak doğru/adil kararlar verebilirler, dışardan, en başta da siyaset kurumundan gelecek baskılara direnebilirler; ama herkesten kahraman olmasını, kendi mesleki kariyerlerini, kendilerinin ve ailelerinin geleceklerini ve yaşamlarını tehlikeye atmasını bekleyemeyiz. Ayrıca insanlar genel olarak böyle kahramanca davranmaz, gerçi davranabilme olanağına sahiptirler, ama kendilerine gelecek zararları düşünerek öyle davranmazlar. Normal olan da budur. İnsanın yapısı ya da doğası budur. Zaten kahramanlık insan için normal bir durum olsaydı, ona kahramanlık denmezdi, olağan davranış denir, herkesin de öyle davranması beklenirdi. Olması gereken adil yargılamanın kahramanlık gerektiren bir etkinlik değil, normal insanların, normal davranışla başarabilecekleri bir etkinlik olmasıdır.

Bu ise öncelikle yargı, yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerin doğru kurulması, başka bir deyişle "kuvvetler ayrılığı" denen ilkenin hayata geçirilmesiyle mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin hayata geçirilmesi, daha doğru bir ifadeyle, yürütmenin yargıya müdahalesinin engellenmesiyle olanaklıdır. Yasama ve yürütme iki ayrı erk olarak görülmekle birlikte, yürütme organı gücünü tamamen yasama organından aldığı, yasama organının -ilkesel olarak da olsa- denetimine tabi olduğu için zaten iki güç arasında çatışmalar uzun sürmemekte, yasama yürütme organını denetlemekte, çatışmalarda son sözü o söylemektedir. Günümüz demokrasilerinde seçimi kazanan siyasal partiler ya da siyasal liderler, işin doğası gereği, hem parlamentoyu hem de yürütmeyi ellerinde tutmakta, bu nedenle yasamanın yürütme ya da yürütmenin yasama karşısında bağımsızlığı göreceli bir bağımsızlık olarak kalmaktadır. Buna karşın

demokrasilerin gücü ve etkinliği, bunların yargıyla ilişkileri kadar, bu iki kurum arasındaki ilişkinin niteliğine göre belirlenmektedir. Yürütme organı yeterli bağımsızlık ya da etkinlikte bulunma serbestisine sahip değilse, kendine düşen işleri yapmakta zorlanmakta; öte yandan yasama organının denetimini öngörmeyen ya da onun denetimini devre dışı bırakan bir yürütme ise kolayca antidemokratik yönelimlere sapabilmektedir. Bu nedenle, olması gereken her bir organın, sınırları açık bir biçimde çizilmiş olarak, kendine düşen işleri yapması ve bunu yaparken de diğer kurumların işlerini yapmasını engellememesidir. Platon'un bir devletin ya da siyasal toplumun adil olmasından anladığı şey de budur. Adalet her kesimin kendine düşen işleri amacına uygun biçimde yapmasıdır.

Yasama ve yürütme arasında da kimi zaman yetki sorunları yaşanmasına karşın, bizim ülkemizde de sıkça görülen ve üzerinde daha çok konuşulan yürütme ile yargı arasındaki ilişkide yaşanan sorunlardır. Yargı bağımsızlığı denince de bundan anlaşılan da yargının yürütmenin etkisinde kalmadan kendi iş işleyişini -kendi organlarını oluşturmasını ve onların işleyişini- sağlayabilmesi ve güçlü organ olan yürütmenin etkisinde kalmadan kararlar verebilmesidir. Bu ise makro düzeyde, bu iki kurum arasındaki ilişkilerin anayasa, yasa ve yönetmeliklerde, yargının bağımsızlığını esas alarak kurulmasıyla sağlanabilir. Ülkemizde gerek üst mahkemelere üye seçilmesi ve yetkileriyle, gerekse HSYK'nın kuruluş ve işleyişiyle ilgili tartışmalar bunun tipik örnekleridir. Örneğin HSYK Kanununda "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik ve savcılık teminatı esaslarını gözeterek adalet, tarafsızlık, doğruluk ve dürüstlük, tutarlılık, eşitlik, ehliyet ve liyakat ilkeleri çerçevesinde görev yapar" (6087 sayılı HSYK Kanunu Madde 3) denilmektedir. Buna karşın gerek kurul üyelerinin seçim süreci gerekse kurul kaşkanının yürütme organı olan hükümetin bir bakanı olması ve bakanlık müsteşarının da Kurul üyesi olması nedeniyle Kurulun bağımsızlığının kâğıt üzerinde kaldığı iddia edilmektedir. Kurul üyelerinin seçimle veya atanmayla olmasından ziyade bu seçim ya da atamanın liyakâta dayalı olması, kurulun yapısının bağımsız yargı vermeye

imkân verecek şekilde oluşturulması, kararlarında kurul üyelerinin kendilerini özgür hissetmeleri daha büyük önem taşımaktadır.

Daha genel düzeyde ise sorun hukuk ve siyaset ilişkisidir. "Hukuk siyasetten bağımsız olabilir mi?" sorusudur yanıtlanması gereken soru. Siyasi otorite yönetim gücünü elinde tuttuğuna ve hukuku yapma, yürütme ve değiştirme yetkisine sahip olduğuna göre, hukukun onun etki alanı dışında kalıp kalamayacağı sorunudur. Siyaset geniş anlamda alınınca hiçbir şeyin siyasetin dışında kalamayacağı söylenebilir. Yasama, yürütme ve yargının üç ayrı erk olduğu, bunların birbirinin işine karışmaması gerektiği ilkesinin, yani kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve yargının ancak diğer iki erkin etki alanı dışında kalırsa adil olabileceğini dile getiren yargı bağımsızlığı ilkesinin de siyasi bir düşünce olduğu söylenebilir. Ne de olsa bu durum günümüz modern demokrasilerinin gereği olarak görülmektedir. Totaliter yönetimlerin kuvvetler ayrılığı veya yargı bağımsızlığı gibi bir sorunu yoktur. Yargının bağımsız olup olmaması, adil kararlar verip vermemesinden ziyade önemli olan siyasal erkin önünde bir engel oluşturup oluşturmamasıdır, onun işini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığıdır. Demokrasilerin, anayasal veya siyasal demokrasilerin yargıya bakışı ise tümüyle farklıdır. Yargı demokrasilerin işlemesinin olmazsa olmazlarındandır. Anayasa ve yasalarla belirlenen düzenlemelerin pratikte buna göre işletilip işletilmediğinin denetçisi yargıdır. Yürütme, anayasa ve yasalara aykırı işlemlerde bulunduğunda bunu ona bildirmesi, hatırlatması gereken, böylece onu daha sonra karşılaşabileceği güç durumlara düşmekten kurtarabilecek olan güçtür yargı. Bu nedenle amacına uygun işleyen, özerk ve bağımsız olan, adil olan bir yargı yürütmenin başarısının -işini amacına uygun yapabilmesinin- teminatıdır.

Öte yandan yargının işi yürütmenin işini kolaylaştırmak ya da güçleştirmek değil, bunu hiç dikkate almadan kendi işini yapmaktır. Onun işi, yönetimin anayasa ve yasalara uygun bir şekilde işini yapmasını sağlamak, böylece hem yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini korumak hem de ülkede adaleti tesis etmektir. Bu, devlet ile yurttaşlar arasındaki ilişkide adaletin sağlanması olabileceği gibi, yurttaşlar arasındaki ilişkilerdeki adaletin sağlanması da olabilmektedir. Sıkça dile getirildiği gibi yargının devletten ya da yurttaştan yana olması, ikisinden birini

seçmesi değildir yapması gereken. Kimin haklı kimin haksız olduğunu bulmak, adil kararlar vererek ülkede adaletin tesisini sağlamasıdır. Devlet mi yurttaşlar mı ikilemi yanlış bir ikilemdir, yargı bir devlet kurumudur, işini kamu adına yapar; ama işi yurttaşı veya devleti korumaktan ziyade adaleti gerçekleştirmektir. Bu da kendi başına kararlar verebilmeyi, yargının bağımsız ve tarafsız olmasını gerektirir. Bu nedenle yargı dar anlamda siyasetin dışındadır, eğer dışında kalırsa, kalabilirse yargı olur. Yargı devletin bir organıdır, bu nedenle işinin devleti korumak olduğu düşünülebilir; ama devletin varlık nedeni de yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini korumak, mal ve can güvenliğini sağlamaktır. Ülkede adaleti gerçekleştirmeyi, yurttaşların temel hak ve özgürlerini korumayı hedefleyen bir adalet mekanizması devletin varlık nedenlerine de uygun davranan bir devlet kurumu olacaktır. Yargının işini yapması devletin varlık amacına uygun bir kurum olarak işlemesini de sağlayacaktır.

Yargının etik veya adil bir yargı olabilmesinin önündeki tek dış koşul siyaset değildir kuşkusuz. Ekonomik, sosyal ve kimi zaman kültürel koşullar siyaset kadar yargının işini yapmasının önünde bir engel oluşturabilmektedirler. Ekonomi ya da parasal ilişkiler siyasetin de üzerinde bir güç olarak yargıyı etkileyebilmektedir. Yurttaşlar arasında yargı karşısında herkes eşittir, ama bazıları daha eşittir düşüncesi çok yaygındır. Parası olanın yargıyı etkileme, yargıda kararların kendi lehine çıkmasını sağlama olasılığının yüksek olduğuna inanılmaktadır. Ekonomik durumu daha iyi olanların daha iyi hukukçularla çalışması, onlardan ihtiyaçları olan alanda daha iyi hukuki destek almaları olağandır. Bunda etik dışı bir yan da yoktur. Yoksulların diğerleri gibi hukuki konularda uzman kişilere ulaşmaları, onlardan destek alabilmeleri ise pek mümkün olmamaktadır. Bu durum içinde yaşadığımız ekonomik sistemde kaçınılmaz görünmektedir. Yoksul ve zenginlerin adalete ulaşmalarında ve adaletin tecelli etmesinde ortaya çıkan bu sorunun, bir dereceye kadar da olsa çözümü ise, yargı mekanizmasının bu dengesizliği azaltacak kimi mekanizmalar kurmaları -örneğin baroların yoksul zanlılara hukuki destek için avukat görevlendirmeleri-; savcı ve yargıçların bu durumun farkında olarak daha dikkatli bir biçimde yargılamada bulunmaları ve kararlarını verirken mümkün olduğunca bu durumu göz önünde bulundurmalarıdır.

Kuşkusuz hâkimler, kendileri kanıt yaratamayacaklarına göre, kararlarını önlerine konan ya da bulabildikleri kanıtlara göre vereceklerdir. Ama yargıç ve savcılar, yargılama yaparken bu türden koşulları göz önünde bulundururlarsa, sorunları bir dereceye kadar önleyebilirler.

II. Etik Yargılamanın İçsel Koşulları

Buraya kadar söz edilen yargının etik olmasıyla ilgili sorunlar doğrudan yargıyla ilgili olmayan, onun dışında kalan siyaset ve ekonomiye ilişkin sorunlardır. Bu sorunlar konusunda yargı en fazla sorunlara dikkat çekerek üzerlerine gidilmesini sağlayabilir. Ama bundan ötesi elinden gelmez. Yargılamanın etik bir yargılama olması ise yargının kendi elindedir. Bu ise, hâkim ve savcıların iyi yetiştirilmeleri, yargılama için gereken bilgi birikimine ve deneyime sahip olmaları, doğru karar verme ve etik davranma konusunda beceri kazanmalarıyla başarılabilir.

A. Yargı Etiği Kodlarının Değerlendirilmesi

Diğer mesleklerde olduğu gibi yargılamada da mesleğin icrasına ilişkin bazı davranış normları geliştirilerek bunun sağlanabileceği düşünülmüş ve *Bangalor Yargı Etiği İlkeleri* bu maksatla geliştirilmiş ve BM'nin 2003/43 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi'nin Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi de bu ilkeleri -daha BM'de kabul edilmeden- Bakanlar Komitesi'ne tavsiye etmiştir. Savcılar için ise 2005 yılında Avrupa Savcıları Konferansı'nda kabul edilen *Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları* -kısa bilinen adıyla Budapeşte İlkeleri- bulunmaktadır. Avukatların çalışmalarına ilişkin en çok atıf yapılan belge ise 1990'da Havana'da Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı konulu Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen *Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler* -Havana Kuralları- olarak bilinen belgedir. Davranış ilkeleriyle etik yargılamanın sağlanıp sağlanamayacağı tartışmasını konuşmanın sonuna bırakarak, bu yargı etiği ilkelerinin amaca ne kadar uygun olduğu üzerinde durmak uygun olacaktır. Burada daha kapsamlı olduğu ve ilkeler dışında değerlerden de söz eden bir belge olduğu için *BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri* üzerinde durulacaktır.

Giriş bölümünde *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* ile *BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'*ne göndermede bulunularak, *Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'*nin bu temel belgelere dayandığı, insan haklarının korunmasında, meşruiyet ve hukuk devleti ilkesine uymada ve modern ve demokratik bir toplumda yargı sistemine olan güvenin çok önemli olması nedeniyle, yargı etiğiyle ilgili yüksek standartları muhafaza edip geliştirmesi için hâkimlere yönelik meslek ahlakı standartları oluşturmak için bu etik ilkelerin tasarlandığı belirtilmektedir. Daha sonra ise altı değer ve ilkeyle bunların uygulanmasına ilişkin davranışlardan söz edilmektedir. Bu değerler bağımsızlık (*independence*), tarafsızlık (*impartiality*), doğruluk ve tutarlılık (*integrity*), dürüstlük (*propriety*), eşitlik (*equality*) ile ehliyet ve liyâkattır (*competence and diligence*). Metnin sonunda "mahkeme personeli", 'hâkim", 'hâkimin ailesi" ve 'hâkimin eşi"nin tanımlarına yer verilmekte, ama yargı etiğinin temeline konulan altı değerin tanım ya da içeriklerine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamaktadır. Her değerin altında ilkeyi dile getiren bir cümle yer almakta, ama burada da bir ilkeden ziyade bu değerin yargı etkinliği için öneminden söz edilmekte, genel olarak bu değerlerin yargının işi yapabilmesinin önkoşulunu oluşturduğu belirtilmektedir. Kısaca ilke yazılan yerde ilkelere değil, bu değerin korunmasının ya da sağlanmasının yargı için önemini vurgulayan cümlelere yer verilmektedir. Bağımsızlıkla ilgili bölümde bağımsızlığın yalnız adil yargılamanın değil, hukuk devletinin de temel garantisi olduğu belirtildikten sonra, bundan dolayı hâkimin hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmesi gerektiği dile getirilmektedir.

Her değer ve ilkenin altında ise uygulama başlığı altında ise genel olarak yargının etik işleyişi için yargıcın yapması ve yapmaması gereken davranışlar sıralanmaktadır. Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisinden ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden uzak durmalı ve bunu göstermeli; hâkim yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız yerine getirmeli; hâkim, ailesini temsil eden birinin davacı olduğu veya böyle bir kimsenin herhangi bir şekilde ilişkili olduğu davalara bakmamalı; hâkim, yargıçlık makamında görevli iken avukatlık yapamaz; hâkim tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, adilane ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir, bunlara verilebilecek birkaç örnektir.

Bu türden belgeler, değer ve ilkelerin dışında davranışlara da yer vererek kılavuzluk işlevini daha iyi bir biçimde yerine getirmeye çalışmaktadırlar. Öte yandan, söz konusu değeri korumaya yönelik davranışların metinde sayılanlarla sınırlı olmadığı, kitapçıkta yer verilen davranışların ilk akla gelen ya da önemli bulunan kimi davranışlar olduğu açıktır.

Bu belgede yer verilen değerlerin yargılamayla ilgili temel değerler olduğu söylenebilir. Ama yargılama yalnız bu değerlerle ilgili olmadığı gibi, bu değerler de yalnız yargılama etkinliğine özgü değerler değildir. Tarafsızlık, dürüstlük, bağımsızlık, ehliyet ve liyakat ile eşitlik birçok meslek için merkezde olan değerlerdir. Meslekler ötesinde kişi değerleri ya da kişiler arası ilişkilerde yaşanan değerlerdir. Bunları değer yapansa bunlara uygun eylemde bulunulduğunda insanın değerini ya da onurunu korumaları, en azından harcanmasına engel olmalarıdır.

İlkeler ise bu değerlerin korunması için geliştirilen genel geçerliğe sahip kurallardır. İlkeler ancak değerlerden türetilebilir ya da ancak değerlerden türetilen kurallara ilkeler denebilir. Kuçuradi sadece insanın değerinin bilgisinden türetilen gereklilik önermelerine ya da kurallara -davranış kurallarına- ilke denmesi gerektiğini söylemektedir. "İnsanlara, insan olarak, eşit muamele yapmak gerekir", "sözünde durmak gerekir" gibi ilkeleri insanın değerinin bilgisinden doğrudan yapılan çıkarımların sonucu olan ilkelere örnek verir Kuçuradi. "Irk ayrımı yapmamak gerekir", "işkence yapmamak gerekir" gibi gereklilik önermeleri ya da ilkeler ise bu değeri harcayan tarihsel koşullar aracılığıyla yapılan çıkarımların sonucudurlar (Kuçuradi 1988:25-30).

Genel olarak ilkeler bize değerlerin nasıl hayata geçirileceğini, değerlere uygun bir işleyişin nasıl olacağını söylerler. Davranışlar ise tek tek yapılabilecek ya da yapılmayacak olanı dile getirirler. Yargılamada öne çıkan değerler ortaya konabilir, yargılama için bazı ilkeler de geliştirilip ortaya konabilir, ama adil bir yargılama için yargıcın hangi davranışları yapması -hangilerini yapmaması- gerektiği tüketici bir biçimde ortaya konamaz. Bu nedenle meslek ahlak ilkeleri, değer ve ilkeleri ortaya koyarak, kimi davranışlara da örnekler vererek o mesleğin etik olmasını sağlamaya çalışırlar. Eğer bu ilkeler insanın değerinin bilgisinden türetilirse doğru

değerlendirmenin yapılamadığı durumlarda değerlere uygun eylemde bulunmayı da sağlayabilirler. Ama bu ilkeler genellikle söz konusu mesleği etik kılmaya yetmez. Bunun için etik eylem ilkeleri geliştirip uygulamaya çalışmanın ötesine geçen etik eğitimine ihtiyaç vardır. Etik davranış ilkeleri geliştirilip meslek mensupları "normlara uygun davranmaya zorlanabilirler, ama etik eylemde bulunmaya zorlanamazlar. Bu, her kişinin ancak kendi hesabına öğrenebileceği birşeydir" (Kuçuradi 2009:43).

B. Yargı Nasıl Etik Olur?

Bu soru aslında en başta yargıcın nasıl etik bir yargıç olabileceği, yargılamanın nasıl etik bir yargılama olabileceği sorusudur. Bu soruya yukarıdaki söz edilen *Yargı Etiği İlkeleri*ni göz önünde bulundurarak yargıç bağımsız, tarafsız, dürüst, eşitlikçi, doğru ve tutarlı olduğu, meslek için gereken ehliyet ve liyâkata sahip olduğu zaman diyerek bir yanıt verebilir miyiz? Bu değerlerin her birinin yargılama işinin adil olması için gerekli olduklarına kuşku yoktur. Soru yargıç bu değerlere sahip olduğunda ve bunlara göre eylemde bulunduğunda, bu yargılamanın adil veya etik bir yargılama olması için yeterli olup olmayacağıdır. Adil yargılama öncelikle adil olma isteğine sahip olmayı gerektirir. Yargıcın adil veya etik yargılama yapmayı, adaletin tecelli etmesini sağlamayı istemesi gerekir. Bu isteme ya da irade onda yoksa adalete giden yol -rastlantılar dışında- daha baştan kapanmış olur.

Yargıcın böyle bir iradesi, doğru karar verme ya da adil olma iradesi varsa ve bunun için gerekeni yapmaya hazırsa bu durumda aşılması gereken başka aşamalar vardır. Ama yargıç bunu yapacak bilgisel donanıma ve düşünme/değerlendirme becerisine sahipse adil olması pekâlâ mümkündür.

Kuçuradi yargıcın değerlendirdiği eylemle ilişkisini, değerlendirdiği şeyle kurduğu ilişkiyi özel türden bir ilişki, diğer üç etik ilişki türünden (kişi-kişi ilişkisi, kişi-insan durumu ilişkisi, kişinin kendisiyle ilişkisi) ayrı kendine özgü bir ilişki biçimi olarak görür. "Etik ilişki kişi ile kişi ilişkisiyse, değerlendirilen, bir eylem dolayısıyla kişidir. İlişki kişi-insan durumu ilişkisiyse, burada değerlendirmesi yapılan bir durumdur. Yargıcın

değerlendiği, bir olay ve bunun aracılığıyla o olayı oluşturmuş kişilerin eylemidir" (Kuçuradi, 1996:13). Kuçuradi'ye göre yargıç değerlendirdiği şeye bir seyirci gibi bakmaz, bakmaması gerekir. Yargıç başkalarının ilişkilerine karışır bir anlamda, yaptığı değerlendirmelerle, her iki tarafla da özel türden bir ilişkiye girer. Yargıcın eylemi ise yaptığı değerlendirmedir, verdiği karar da eylemin son halkasını oluşturur. Kuçuradi'yi yargıcın ilişkisini özel türden bir etik ilişki olarak nitelemeye götüren, yargıcın eyleminin bir değerlendirme olması veya yapılan değerlendirmenin kendisinin bir eylem olmasıdır. "Yargıç, kişilerin, ilişkilerinde yaptıkları ve/veya yapmadıklarına ilişkin değer 'muhakemesi' ve 'muhasebesi' yapar, bir şey *adına* da hesap sorar. İşi, adına hesap sorduğu şeyi o belirli koşullarda korumak veya onun en az zarar görmesini sağlamaktır. Bu muhasebenin nasıl yapıldığı ve sorular hesabın kim veya ne adına sorulduğu, çeşitli yargıçlık yapma olanaklarını oluşturur" (Kuçuradi 1996:127).

Kuçuradi, bir eylemin, onun değerlendirme, yaşantı ve yapma dediği üç aşamadan oluştuğunu söylerken, burada yargıcın eylemi söz konusu olduğunda bu üç aşama bilgilenme, yargılama ve karar verme aşamaları olmaktadır. Bilgilenme aşaması, yargıcın değerlendirdiği olayı, olayı oluşturan eylemi ve eylemi yapan kişiyi tanıma aşamasıdır. Yargıcın olayı ya da olayı meydana getiren eylemi anlaması, o eylemin neden/niçin yapıldığını görmesi, durumun gerektirdiği kadarıyla da olsa, eylemi yapan kişiyi tanıması aşamasıdır bu. Yargıcın yapılan şeyin suç ya da yapılmaması gereken bir şey olup olmadığını anlamasını, bu bilgilere sahip olmasını gerektirir bu. Olayı anlaması, eylemin niçin yapıldığını bilmesiyle yargıca, o eylemin "yapılmaması gereken" bir eylem olup olmadığını değerlendirebilme yolu açılır. Burada da yargıca bir ölçüt gerekecektir. Öyle ya, her yapılmaması gereken şu ya da bu şekilde bir ölçüte göre yapılmaması gerekendir. Bu ölçütün ne olduğu önemlidir her yargılamada.

Bu aşamadan sonra gelen ikinci aşama ise yargıcın yargılama aşamasıdır. Yapılmaması gerekene ilişkin ölçütü bulduktan sonra, yargıcın bu ölçütü önündeki tek duruma uygulama aşamasıdır bu. Yargıç karşısında bulunan tek durumu ya da olayı anladıktan sonra bu ölçüte göre yapılan eylemin suç olup olmadığına ya da haklı olup olmadığına karar verebilir. Yargıcın kafasındaki ölçüt, yani yargıcın kimin/neyin adına

yargılama yaptığı ya da kendisini kime/neye karşı sorumlu hissettiği, yargıcın kararını belirlemektedir. Yargıç içinde bulunduğu grubun değer yargılarını ölçüt yapıp kendisini bu gruba ya da topluluğa karşı sorumlu hissederek yargı verebileceği gibi; insanlık adına, insanın değerini ya da onurunu koruma adına, kendisini insana karşı sorumlu hissederek de karar verebilir. Kuçuradi "yargıç ancak vicdanına karşı sorumludur" deyişini kendisini içinde bulunduğu gruba ya da topluluğa değil de insana karşı sorumlu gören bir yargıçlık anlayışının ifadesi olarak görür. Üçüncü bir yargıç tipi ya da yargılama biçimi ise kendilerini yargıladıkları insanlara karşı sorumlu hisseden, o koşullarda her iki tarafın da hakkını belirlemede kendini sorumlu gören yargıç tipidir. Bu tip yargıç söz konusu ilişkide birbirine karşı olan iki tarafı da tutan, aynı anda iki tarafın da hakkını korumaya çalışan yargıçtır. Bu yargıcın yaptığı o belirli koşullarda yapılan eylemin, yapılabilir olan eylem olup olmadığını görmedir. Burada yapılmış bir eylem söz konusu olduğuna ve eylemin geri dönüşü olmadığına göre, yargıç, o koşullarda bundan farklı davranmanın mümkün olup olmadığını bulup, bunu yapmakla kişinin o ilişkinin kendisine yüklediği sorumluluğun gereğini bu koşullarda yerine getirip getirmediğini bulmak durumundadır. Hemen anlaşılacağı gibi daha güç olan, ama doğru veya adil bir karar vermeye götürebilecek olan ancak bu türden bir yargılamadır. Bir eylemi doğru değerlendirmeye götürebilecek olan bu tür bir yargılamadır ancak.

Yargıcın etik ilişkisini son adımı ise karar verme aşamasıdır. Bu aşamada yargıç yargıladığı duruma eylemiyle yol açan kişinin suçlu olup olmadığına karar verir. Aslında bu adım, ikinci aşamada seçtiği yargıçlık ya da akıl yürütme biçimiyle çoktan içine girdiği karar verme sürecini sonlandırmasıdır yargıcın. İlk iki türden yargıçlar hazır buldukları, içinde bulundukları grubun değer yargılarına göre ya da insanın değerinin bilgisinden türetilen ilkelere göre karar vererek davayı sonlandırırlar. Bu değer yargılarına göre yargıladıkları kişiyi suçlu ya da suçsuz bulurlar. Üçüncü yargıç tipinin yaptığı yargılamada ise eylemiyle olaya neden olan kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi "yeni bir muhasebeyi gerektirir: O koşullarda yapılabilir olanı gerçekleştirmiş ya da gerçekleştirmemiş eylemi yapan kişiden gelen belirleyicilerin yeniden gözden geçirilmesini" (Kuçuradi, 1996:136) gerektirir. Bu belirli bir ilişkide yapılan eyleme o

koşullarda yapılabilir eylem olup olmaması açısından, bu eylemi yapmış kişiye de o yapılabilir olanı yapmış olup olmama açısından bakmayı gerektirir. Yapılanın suç, yapanın da suçlu ya da yapılanın suç olmaması, yapanın da suçlu olmaması dışında üçüncü bir olanakla da karşılaştığımız durumdur.

Sonuç olarak yargıç doğru değerlendirme yapmak, adil kararlar vermek istiyorsa, meslek etik ilkelerinin getirdiği normlara göre hareket ederek, yalnız bu nesnel sayılan normlara uyarak -çoğu zaman- bunu sağlayamaz. Bunun için yukarıda da anlatıldığı gibi farklı türden bilgilere gereksinim duyar. Olayı, olayı oluşturan eylemi ve eylemi yapan kişiyi bilmesi, onun hakkında karar vermesine yetecek olgusal bilgilere sahip olması gerekir. Kullandığı ölçüt ister içinde yer aldığı topluluktan, isterse insanın değerini korumaya yönelik ilkelerden seçilsin, değerlendirmenin ezbere ölçütlere göre yapılmaması gerekir. Son olarak, değerlendirmenin o koşullarda yapılan eylemin yapılabilir olan diğer eylem biçimleri içindeki yerini ve bunu yapmakla eylemde bulunanın insanın değerini koruyup koruyamadığını görmesi gerekir. Kısaca normlar, Kuçuradi'nin dediği gibi, sadece negatif belirlemelerde bulunabilirler, yargıca ne yapmaması gerektiğini, nasıl karar vermemesi gerektiğini söylerler, nasıl doğru karar vereceğini bulmak yargıca kalmaktadır. Bunun içinse yargıcın önce bir iyi istemeye -adil karar verme isteğine sahip olmaya- sonra da olgulara, kavramlara ve değerlere ilişkin bilgilere, sonra da doğru değerlendirme yapma becerisine sahip olması gerekir. Yargıç ancak böyle etik bir yargıç, yargılama ancak böyle etik ya da adil bir yargılama olabilir.

Kaynakça

Kuçuradi, İ. (1988), "Ahlak ve Kavramları", *Uludağ Konuşmaları*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

Kuçuradi, İ. (1996), Etik, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

Kuçuradi, İ. (2009), "Felsefi Etik ve 'Meslek Etikleri", *Etik ve Meslek Etikleri*, H. Tepe (Yay. Haz.), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

YARGILAMADA BİLGİSEL ADALETSİZLİĞE YER VERMEMEK

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi Öğretim Üyesi

Bu yazıda temel bilme konusu olarak yargılamanın ele alınması, diğer bir ifadeyle epistemolojik bir problem olarak ortaya konması üzerinde durmaya çalışacağım. Bununla ilgili temel iddiam şudur:

Yargılamada doğru karara ulaşmada bilgi önemlidir. Bu anlamda yargılamanın bilgi konusu olarak ele alınması gerekmektedir.

Neden yargılamanın bilgi konusu olarak ele alınması gerekir sorusunun cevabını reductio ad absurdum yoluyla temellendirmek mümkündür. Reductio ad absurdum, yoluyla yani yargılamada etik bilgiye yer verilmediğinde doğru karara veya adil karara ulaşmama olasılığı artıyorsa, etik bilginin gerekliliği temellendirilmiş olmaktadır. Bu bağlamda reductio ad absurdum, bir şeyin doğruluğunu aksini göstererek ortaya koymakla ilgilidir.

Bilgiyle hareket edilmediğinde, nelerle karşılaşılabileceğini göstermenin yolu olarak bilgisel adaletsizlikten hareket etmek mümkündür. Bilgisel adaletsizliği John Stuart Mill'in düşüncelerine başvurarak açıklamak mümkündür: Mill, cinsiyetler arasındaki farklılıklarla ilgili, bildiğimizi düşündüğümüz şeylerden hareket ettiğimizi belirtir. Ancak bu bilgiyi sınamaya kalktığımızda, bilgimizin tamamıyla yetersiz temele dayandığını görürüz. Ama burada bir zorlukla karşılaşırız. Karşılaşılan zorluk, yeterli nedenlerin bulunmaması veya nedenlerin yeterince güçlü olup olmaması meselesi değildir. Örneğin kadının erkeğe bağımlı olduğuna ilişkin ileri süren düşünceye karşı birçok neden ileri sürebiliriz. Ancak bu nedenlere karşı güçlü bir direnmeyle karşılaşırız. Mill bu direnmenin duygularla ilgili

olduğu veya duygularda temelini bulduğu zaman güçlü olduğunu ve bir argüman karşısında kaybeden değil kazanan olduğunu belirtir. Bu yeri de argümanın ulaşamayacağı yer olarak belirtir.[26]

Argümanın ulaşamayacağı yer, Mill'in belirttiği anlamda, güçlü duygulardan temelini alan yerdir. Bu yer geleneklerde ve eski kurumların korunmasında kendini gösterir. Problem bu yerde ortaya çıkan bir dava konusu ve bununla ilgili yargılama var ise ne olacağıyla ilgilidir. Argüman buraya nasıl ulaşacaktır?

Mill, bu tür davalarda, diğer davalarda olmayan bir güçlükle karşılaşılacağını belirtir. Temelini Mill'in belirttiği duygulardan alan gelenekle çevrili bu tür davalarla ilgili yargılamada, davanın tarafları, kanıtlamayla veya delil göstermeyle ilgili diğer davalıların karşılaşmayacağı güçlükle karşılaşırlar. Örneğin tanıklıkları söz konusu olduğunda, daha fazla zorlukla karşılaşmaktadırlar. Mill bu tür yargılamada davalıların, diğer davalardaki davalılardan beklenmeyen farklı bir mantıki gerekliliğe tabi tutulduklarını belirtir. Mill'e göre bu tür davalarda yargılanan birine ilişkin de kanıtlama yükü tersine çevrilerek, o kişiden kendisinin masum olduğunu değil, suçu işlediğini kanıtlaması beklenmektedir. Bu tür davaya ilişkin diğer delillerinse hiçbir önemi bulunmamakta, tarafsızlık ve herkese benzer şekilde davranma gibi ilkeler de bir tarafa bırakılmaktadır. Mill bu konuyla ilgili özgürlük ilkesini örnek vermektedir. Normalde beklenilen tartışma özgürlüğün savunulmasıdır. Ancak kadının kocaya bağımlı olması ortaya atıldığında, özgürlüğün olmaması gerektiği savunulmaktadır.

Mill'in ifadesiyle, bu tür durumlarda, dünyanın var olabilmesinin temeli olan ilkelerin bir yana bırakılması söz konusu olabilmektedir.[27] Bu tür durumlarla ilgili olarak Mill sahip olunan inanç ve geleneklerle çevrili olmanın insan doğasının iyi yanına değil kötü yanından gücünü aldığını ve kadının erkeğe bağımlı olmasıyla ilgili eşitsizliğin kabulünün, insanlığın veya toplumun iyiliğinin müzakere edilmesiyle ilgisi olmadığını belirtmektedir.[28] Mill insanlararası ilişkilerin adalete ve insanlık

26 Mill, s.5.

27 Mill, ss.6-8.

28 Mill, s.9 vd.

düşüncesine göre düzenlenmesi gerektiği düşüncesi ile bu konunun birbiriyle bağdaşmaz olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda Mill insanlığın temel şartının da mevcut kuşaklarda unutulduğunu belirtir.[29]

Mill'in bu şekilde belirttiği husus bilgisel adaletsizlikle ilgilidir. Bilgisel adaletsizlik te bu anlamda, argümanın ulaşamayacağı yerde kendini göstermektedir.

Bilgisel Adaletsizlik

Mill'in belirttiği gibi, bildiğimizi düşündüğümüz şeylere göre davranma kapasitesi olan varlıklarız. Bu bildiğimizi düşündüğümüz şeyler nelerdir?

İnsan olarak sosyal bir varlığız, yani başkalarıyla ilişkide olan varlıklarız. Bu nedenle de bildiğimizi düşündüğümüz şeyleri, başkalarıyla ilişkilerimiz çerçevesinde ediniriz. Bu ilişkileri içinde doğduğumuz aileden başlayıp, eğitim kurumları, arkadaşlık, iş ve bunlara eklenen başka ait olduğumuz çevrelere doğru katmanlarak artan çevrelerde yaşarız. Dolayısıyla ait olduğumuz çevreler bildiğimizi sandığımız şeyleri edindiğimiz başlıca yerlerdir.

Bu bildiğimiz sandığımız şeyler bilgi konusu mudur?

Bu noktada, bilginin sosyal-siyasal değerlendirmelere tâbi olmasıyla ilgili yaşanan problem ortaya çıkar. Bilgisel adaletsizlikte bu hususla ilgilidir. Genel olarak epistemoloji yani bilgi felsefesinde, rasyonelleştirme üzerinde durularak, sosyal iktidardan, yani içinde yaşanılan çevrelerle ilgili olarak ortaya çıkan çeşitli iktidarlardan bilginin bağımsız olduğu vurgulanır.[30] Bu tür iddia ise bildiğimizi sandığımız şeylerle çelişir görünür.

---

29 Miranda Fricker bu tür bilgi anlayışıyla ilgili açıklama ve Eleştirileri için bkz. Miranda Fricker "Rational Authority and Social Power: Towards a Truly Social Epistemelogy", Social Epistemelogy: Essential Readings, Eds.A.I.Goldman-D.Whitcomb, Oxford University Press 2011.

30 Fricker, s.57.

Bir şeyin bilinmesiyle ilgili olarak, başkalarının neler dediklerine de ihtiyacımız olur. Bu anlamda ihtiyaç duyulan başkalarından elde edilecek bilgi önem taşımakla birlikte, bilmeyle ilgili olarak başkalarının tanıklığı hiçbir zaman yeterli değildir. Diğer bir ifadeyle bir şeyi bilmek sadece başkalarının tanıklığıyla olabilecek bir şey değildir. Diğer yandan bilgisine başvurulan kişilerin de belirli özelliklere sahip olmaları, yani bilgi kaynağı olarak tanınmaları ve güvenilir olmaları ve bu çerçevede de ikna edilebilir özelliğe sahip olmaları istenir.[31]

Başkalarıyla ilişkide olan varlıklar olarak tanıklığına başvurulan kişiler, belirli sosyal ve siyasal çevrelerde yaşamaktadırlar. Bu bağlamda bilgisel pratiğin veya uygulamanın nasıl olacağı sorusu ortaya çıkar. Zira içinde yaşanılan çevreler, aynı zamanda sosyal iktidarın olduğu veya olmadığı çevrelerdir. Bu tür iktidarlar da belirli kesimlerin daha güçlü olmasına belirli çevreleri zayıf olmasına yol açarlar. Bu nedenle de sosyal bağlamda bilgisel uygulamaları ortaya koymak iyice zorlaşır.[32]

Bu zorluk, Miranda Fricker'ın belirttiği gibi, üzerinde uzlaşılmış bir sosyal fenomen olduğu zaman daha da fazlalaşır. Örneğin toplumda oldukça zayıf durumda bulunan veya böyle bir topluluğa ait olan birine, bir olayla ilgili ne olduğu sorulduğunda onun cevabının değerlendirilmesi veya değerlendirilmemesiyle ilgili problemler söz konusu olacaktır. Burada istenilen bir cevapla beraber, soru sorulan kişi retoriğin alanına da girmektedir. Bu alanda kişi vereceği cevaba ilişkin sosyal baskılarla da karşılaşabilir. Bütün bu belirtilenler de Fricker'ın bilgisel adaletsizlik olarak adlandırdığı, adaletsizliğe yol açmaktadır.[33]

Bilgisel adaletsizlikte, uğranılan sosyal baskılar ve/veya zayıf gruplara ait olma veya onlar içerisinde yer almayla birlikte ikna edilebilirlik normunda adaletsizliğin yer almasıdır. Bu tür adaletsizlik, Fricker'ın ifadesiyle, bilgisel ayrımcılığın sonucudur. Bu bağlamda sosyal kimlik ve iktidar ilişkileri epistemik uygulamalarda önem taşımaktadır.[34] Fricker'in

31 Fricker, s.61.

32 Fricker, s.62.

33 Fricker, s.64.

34 Fricker, s,65.

belirttiği bilgisel ayrımcılık cinsiyet, dil, din, etnik köken, toplumsal cinsiyet ve sosyal-ekonomik durum gibi nedenlere dayanılarak kişilerin bilenler olarak kapasitelerinin değerlendirilmemeleriyle ilgili ayrımcılıktır. Bunlar dışında sosyal kimlik ve belirli bir sosyal yaşantıyı deneyimlememek veya deneyimlemek de bilgisel adaletsizliğe yol açan bir durumdur. Örneğin anne olmak, evli olmak gibi. Bu tür durumlara maruz kalan kişi mevcut pratik veya uygulamada bilen olarak kapasitesini kullanamadığı veya tanınmadığı için adil olmayan ayrımcılıkla karşılaşmaktadır.[35]

Hukuk söz konusu olduğunda bu ayrımcılık kendisini haklardan yoksun bırakılma veya hakların kullanılmasını engelleme halinde kendini açıkça göstermektedir. Bu hususu açıklamakla ilgili annelikten hareket edilebilir. Annelikle ilgili yargılardan biliyormuş gibi öyle hareket edilir ki, hâkimlerin bu yargıya dayanarak ezbere bir şekilde hareket etmeleriyle sık sık karşılaşılır. Oysa kral Süleyman, yüzyıllar öncesinden kurduğu oyunla, biliyormuş gibi davranmadan başka türlü davranılacağının örneğini verir.

Kral Süleyman'ın örneği, iki kadınla ilgilidir. Birçok versiyonu bulunan bu hikâyede, aynı evi paylaşan iki kadın oğlan bebek doğururlar. Kadınlardan biri gece uyurken bebeğin üzerine düşüp ölmesine neden olur. Ardından diğer kadının bebeğini alarak, onun kendisinin olduğunu iddia eder. Kral Süleyman'ın önüne geldiklerinde her ikisi de bebeğin kendilerinin olduğunu iddia ederler. Bunun üzerine Süleyman bir kılıç getirilmesini emrederek, çocuğun ikiye bölünmesini ve bir yarının bir kadına ve diğer yarının da diğer kadına verilmesini emreder. Bunun üzerine yaşayan çocuğun, yani gerçek çocuğun annesi karşı çıkarak, çocuğun diğer kadına verilmesini söyler. Gerçek olmayan anne ise çocuğun ikiye bölünmesini kabul eder. Kral Süleyman da çocuğun ikiye bölünmesi yerine, yaşamasını isteyen kadına, yani çocuğun gerçek annesine verilmesini emreder.[36]

---

35 Neil MacCormick, "Particulars and Universals", The Universal and the Particular in Legal Reasoning, Eds.Z.Bankowski-J.MacLean, Ashgate, Edinburgh 2006, s.4.

36 Gülriz Uygur "Edebiyat Eserlerinde Adaletsizliği Görmek", http://t24.com.tr/k24/yazi/adaletsizligi-edebiyat-eserlerinde-gormek-bilgisel-epistemik-adaletsizlik-ve-dertlenerek-ilgilenmek,175 (27.11.2016)

Yargıda Bilgisel Adaletsizliğin Önüne Geçmek: Erdemli Hâkim Olmak veya Süleyman'ın Adaleti Çok Mu Uzak?

Süleyman'ın adaleti tek olanın yerine nasıl ulaşılacağının örneğini verir. Bu anlamda argümanın ulaşamayacağı yere, argümanın ulaşma yolunu açar. Bu bağlamda da bilgisel adaletsizliğe yer vermemeyi sağlar.

Bilgisel adaletsizliğin önüne geçmek için uygulamada bilginin nasıl elde edildiğinin üzerinde durmak gerekmektedir. Bu anlamda da uygulayıcının, en başta da hâkimlerin farkındalığı gereklidir. Hâkimlerin farkındalığını sağlayacak en önemli şey de erdem sahibi olmalarıdır.

Erdemlerle ilgili olarak, Aristoteles adaletin, bütün erdemleri içinde barındıran bir erdem olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda hâkimlerin adil olmaları diğer erdemlere sahip olmalarıyla yakından ilgilidir.

Hâkimlerin erdemli olmalarıyla ilgili olarak da başlıca, dertlenerek ilgilenmek erdemi önem taşımaktadır. Dertlenerek ilgilenmek erdemi şu şekilde tanımlanabilir:

"Zira dertlenerek ilgilenince, bir başkasıyla birlikte gerçek insan kimliğimize kavuşuruz.

Bu bağlamda dertlenerek ilgilenmek, adaletsizliği görmenin başlıca koşulunu oluşturur. Dertlenerek ilgilenmek, kayıtsız şartsız, yani hesap kitaba dayalı olmayan sevgi demektir. Dertlenerek ilgilenmek, kendine dert edinmektir. Bu da sevgi değeriyle birlikte olur. Ancak dertlenerek ilgilenen kişi, gerçekliği bütün çıplaklığıyla görme çabası içinde olur. Asılacak Kadın'daki, Melek'in içinde bulunduğu şartları bütünüyle ve tüm çıplaklığıyla, yani önyargılara dayanmaksızın kavrar. Dertlenerek ilgilenen kişi, önyargılar altından seslerini çıkaramayanları görür. Onlara ne olduğunun farkına varıp, "Zarar görüyorum" çığlıklarını duyar.

Bu bağlamda, dertlenerek ilgilenmek, karşımızdakine adil ve sevgiyle yaklaşmak demektir. Onun tekliğini, içinde bulunduğu durumun karmaşıklığını dinleyerek kavramak demektir. Bunu yaparken, karşımızdakinin insan olarak yüzünü sadece görmek değil, onun yüzünü

unutturmaya yol açan nedenleri de görüp, bunlara karşı mücadele etmek demektir. Pasif adaletsiz olmamak demektir. Dertlenerek ilgilenmek karşısındakine de kendi insan yüzünü görüp, onu harekete geçirmekle ilgilidir. Bu bağlamda dertlenerek ilgilenmek, kişinin kendine insan olarak sorumluluğunun, başkasına olan insan olarak sorumluluğuyla birleşmesi demektir. Bu, sınırsız bir sorumluluktur. Dertlenerek ilgilenen kişi, gördüğü adaletsizlikten sorumlu olduğunu hemen kavrayan kişidir. Savaşlardan, açlıktan, işkencelerden, her türlü ayrımcılıktan sorumlu olduğunu kavrayan kişidir. Başını çevirip de gitmeyen kişidir."[37]

Bu bağlamda dertlenerek ilgilenen kişi argümanın ulaşamayacağı yere ulaşan kişidir. Argümanın ulaşmasına engel olan yolları bilen, bu zor ve engelli yolları aşan kişidir.

Dolayısıyla dertlenerek ilgilenmek, adil karara da ulaşmanın başlıca yolunu oluşturur. Dertlenerek ilgilenmenin başlıca aşamasını kaygı duymak oluşturmaktadır. Kaygı duymak sahip olunan bilgi temelinde olur. Bu da, insan olmanın, insanlığın ve temelde adaletin bilgisiyle ilgili olup, diğer herşeyin mihenk taşını oluşturur. Bu bilgiyle ilgisinde kaygı duyan kişinin kaygısının devam etmesi, duyulan kaygının unutulmaması gerekir. Dertlenerek ilgilenmek için kaygının sürekliliği esastır. Örneğin adaletsiz gerçekleştirme isteğine sahip olup, bununla ilgili yapıp ettiklerinde kaygı duyan bir hukuk öğrencisinin bu kaygısı, mezun olduktan sora sürebilir veya kaybolabilir. Sürdüğü zaman bu kaygının dertlenerek ilgilenmeyi sağlaması mümkündür. Kaygı unutulursa veya bir yana bırakılırsa dertlenerek ilgilenmeden uzaklaşılır. Günün birinde kaygıya yeniden dönme olanağı vardır. Bu olanak söz konusu olduğunda dertlenerek ilgilenmenin yolu da açılmış olur.

Kaygı duymak tek başına yeterli değildir. Neden kaygı duyulacağının bilgisinin de olması gerekmektedir. Bu anlamda dertlenerek ilgilenmenin temel koşulunu da bilgi sahibi olmaktır. Kaygı duyan kişi sahip olduğu bilgi temelinde hareket edecektir. Sahip olunan bilgi de argümanın

37 akilinc@ybu.edu.tr avahmetkilinc@gmail.com

ulaşmayacağı yere ulaşamamakla ilgili engelleri de tanımaya götürecektir. Bu bağlamda sahip olunan bilgi etik farkındalığa yol açacaktır.

Dertlenerek ilgilenmeyi başlatan kaygı bu noktada etik farkındalığa dönüşür. Bu dönüşüm, içerisinde yollardaki engelleri tanıyan kişi açık fikirli de olacaktır. Bu açık fikirlilik, argümanın ulaşacağı yere kişiyi götüreceği gibi, ötekinin yerine de götürecektir. Esasen ötekinin yerine gitmeden argümanı da oluşturmak mümkün olmaz. Bu noktada her ikisinin iç içe olduğu belirtilebilir.

Diğer bir ifadeyle dertlenerek ilgilenmek, beraberinde kaygı duymayı açık fikirliliği ve etik farkındalığı içeren bir erdemdir. Bu erdem adalet erdemi gibi başkalarıyla ilişkide söz konusudur. Bu ilişki çerçevesinde ortaya çıkabilmesi de yukarıda belirtildiği gibi, karşımızdakine ulaşmayla ilgili yolların açık olmasını gerektirir. Açık fikirlilik bu anlamda önemlidir. Öte yandan dertlenerek ilgilenmek için karşımızdakine sadece açık olmak yetmez. Onun yerine ulaşabilmek için içinde bulunduğu durumu anlamak ve bunun için de karşımızdakine empati göstermek gerekir.

Bu bağlamda dertlenerek ilgilenen hâkim, karşısındaki taraflarla ilişkiye geçtiğinde öncelikle adil bir karara ulaşmak kaygısıyla hareket edecek, kaygıyı yenmek için karşısındaki tarafların yerine empatiyle yaklaşacak ve bu yaklaşımda da açık fikirli olacaktır.

Dertlenerek ilgilenmek, neyin yapılması gerektiğini görüp bununla ilgili harekete geçmeyi de gerektirir. Bu anlamda hâkim, vereceği kararla harekete geçmektedir. Ama öncelikle neyin yapılması veya nasıl karar verilmesi gerektiğini o önüne gelen biricik olayda görmesi gerekir. Bu şekilde Süleyman'ın adaletine ulaşmanın da yolu açılır.

Sonuç

Bir şeyi biliyormuş gibi davranma yetimiz vardır. Bu yeti yargılamada kullanıldığında karşımıza doğru olmayan ve/veya adil olmayan kararlar çıkar. Karar alıcı olarak hâkimlerin, şeylerin nasıl bilinebileceği bilgisine sahip olmaları zorunludur. Zira yargılama bir bilme etkinliğidir.

Hâkimlerin yargılamada neyi bilebilecekleri ve bilme konusu olan ve olmayan ayrımını yapabilmeleri için belirli erdemlere sahip olmaları zorunludur. Bu erdemlerin başında da dertlenerek ilgilenmek gelmektedir.

Dertlenerek ilgilenmek, önündeki olaya ışık ışıyana kadar bakmayı, empati göstermeyi ve açıklığı gerektirir. Bu erdem de hâkimin doğru bilgiye ulaşmasını ve yargılamayı bilgi temelinde çözmesine yol açacaktır. Bu bağlamda dertlenerek ilgilenen hâkim neyi bildiğinin ve neyi bilmediğinin farkında olan, bir başka deyişle biliyormuş gibi davranmayan hâkimdir.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: GEÇMİŞTE VE GÜNÜMÜZDE

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

OSMANLI DEVLETİNDE HÂKİMLERİN UYMASI GEREKEN ETİK İLKELERİ: HÂKİMİN ADABI

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi

Giriş

Sosyal düzene olan ihtiyaç, insanın tek başına yaşa(ya)mamasından kaynaklanmaktadır. İnsanların bir arada yaşamaları, uymaları gereken kuralları da beraberinde getirmiştir. Din, ahlak, örf adet ve hukuk kuralları toplumun bir arada kaos, kargaşa olmaksızın huzur ve refah içerisinde yaşamasını sağlamayı hedefleyen sosyal düzen kuralları olarak kabul edilmektedir.[1] Çağımızda sosyal düzen kuralları ile beraber yaşayan ve veya bu kuralların içerisinde yer alan insanların gerek birbirleriyle gerekse toplum ile ilişkilerini yürütürken uymaları gerektiği ifade edilen etik ilkeleri popüleritesi artmış bir kavram olarak karşımızda durmaktadır.

1 İsmail Kayar, İlhan Üzülmez, Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayıncılık 9. Baskı, Ankara 2015, s. 39 vd.

Etik ilkeleri içerisinde de meslek etiği kavramının daha fazla tartışıldığı ve sorgulandığı ifade edilebilir.

Bu çalışmada hâkimlerin uymaları gereken etik ilkelerinin Osmanlı Devleti'ndeki görünümü izah edilmeye çalışılacaktır. Öncelikle Osmanlı Devleti'nde araştıracağımız kavramın ne olduğunu tespit etmemiz, bu kavramın sınırlarını belirlememiz gerekmektedir. Şu durumda etik, etiğin hukuk kuralları ile ilişkisi, meslek etiği gibi kavramlar hakkında bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

Altı asır boyunca varlığını sürdüren Osmanlı Devleti'nin bu kadar uzun süre mevcudiyetini devam ettirmesi, sağladığı adalet mefhumu ile ilişkilendirilmiştir. Hakikaten Osmanlı Devleti, bir taraftan adaleti devletin temeli sayan Türk örfünden[2] diğer taraftan adalete asli kaynaklarında sıklıkla başvuran İslam Hukukundan[3] beslenmiştir. Uyuşmazlıkların çözülebilmesi için başvurulabilecek çok fazla merciin olması[4] bu mercilere

2 İslamiyet öncesi Türk Hukuk Tarihinin önemli kaynaklarından olan Kutadgu Bilig'de hükümdarın adaleti esas alması gerektiği şu şekilde ifade edilmektedir: "…*Elimdeki bu bıçak biçen ve kesen bir alettir. Ben işleri bıçak gibi keser, atarım; hak arayan kimsenin işini uzatmam. Şekere gelince, o zulme uğrayarak, benim kapıma gelen ve adaleti bende bulan insan içindir. O insan benden şeker gibi tatlı-tatlı ayrılır, sevinir ve yüzü güler. Zehir gibi acı olan bu Hind otunu ise, zorbalar ve doğruluktan kaçan kimseler içer... Bunlar bana gelirler ve ben hüküm verince bakarsın acı Hind ilacı içmiş gibi yüzlerini ekşitirler. Bu benim sertliğim, kaşlarımın çatıklığı ve bu asık suratım bana gelen zalimler içindir. İster oğlum, ister yakınım veya hısımım olsun; ister yolcu, geçici, ister misafir olsun. Kanun karşısında benim için bunların hepsi birdir; hüküm verirken, hiç biri beni farklı bulmaz. Bu beyliğin temeli doğruluktur...*" Yusuf Has Hacib, s. 66; Eski Türk devletlerinde adalet anlayışı hakkında bkz. Adem Tutar, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı", Türkler, c. 2, Ankara 2002, s. 868-873

3 Nisa 58: "*Allah size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor. Doğrusu Allah, bununla size ne güzel öğüt veriyor! Şüphesiz ki Allah hakkıyla işitendir, hakkıyla görendir.*"

4 Divan-ı Hümayun, İkindi Divanı, Cuma Divanı, Çarşamba Divanı, Paşa Divanları, Kazasker ve Defterdar divanı, Ağa Divanı, Kaptan Paşa Divanı, Cemaat Mahkemeleri, Konsolosluk mahkemeleri ve elbette kadılar, hukuki sorusunun niteliğine göre reayanın başvurabileceği Klasik dönemdeki yargı mercileri olarak sayılabilir. Tanzimat sonrasında ise bir yandan Nizamiye Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Meclis-i Tahkikat gibi yeni mahkemeler yargı teşkilatına katılırken diğer taraftan eski yargı mercileri güncellenmiş veya kaldırılmıştır. Halil Cin, Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları 5. Baskı, Konya 2013, s. 168 vd; Ekrem Buğra Ekinci, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2004, s. 22

başvuru sırasında herhangi bir ayrım (din, mezhep, cinsiyet) yapılmaması[5] Batılı bir araştırmacının XVI. yüzyıl Osmanlı yönetimini *"çağının koşulları içinde bir hukuk devleti"* olarak nitelemesini sağlamıştır.[6]

Bir devlette adaletin ön plana çıkması, onun tecelli ettirilmesindeki, dağıtılmasındaki rolü itibariyle hâkimlerin mesleklerini nasıl icra ettikleri ile ilintilidir. Yani devlette adaletin varlığı, onu dağıtan hâkimlerin becerileri ile sıkı bir şekilde bağlıdır. Şu durumda adaleti ile de meşhur olmuş Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin mesleklerini icra ederken uymaları gereken kuralların neler olduğu önemlidir.

Çalışmada Osmanlı Devleti'nde hâkim olma süreci hakkında bilgi aktarılmayacaktır. Daha ziyade hâkimlerin gerek duruşma sırasında gerekse duruşma dışında uymaları gereken meslek etik ilkelerine odaklanılacaktır. Osmanlı Devleti'nde böyle etik ilkeleri var mıydı? Osmanlı Devleti'ndeki hangi kavram etik ilkelerine işaret etmektedir? Bu ilkeleri düzenleyen hukuk normları mevcut muydu? sorularına cevaplar aranacaktır. Keza çalışma ile Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin uyması gereken etik ilkeleri ile günümüzde yargı etiği denildiği vakit akla ilk gelen hukuki belge olan Bangalore etik ilkeleri mukayeseli olarak tahlil edilmeye çalışılacaktır. Çalışma ile hedeflenen husus, Osmanlı Devleti'nin hâkimlerin uyması gereken etik ilkeleri konusundaki tecrübesini ortaya koymaktır.

Etik, Etik İlkeleri, Meslek Etiği

Bu başlık altında Osmanlı Devleti'nde arayacağımız olguların kavramsal sınırlarını çizmeye çalışacağız. Bu nedenle etik, etik ilkeleri ve meslek etiği kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmesinde yarar görmekteyiz.

Etik literatürde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Etik, bir insanın davranışları sırasında kullandığı ahlaki ilkeler bütünü olarak

5 Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 50

6 Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 144'den naklen MATUZ Joseph, Das Kanzleiwesen Süleymans des Prachtigen, Weisbaden 1974, s. 8.

tanımlanabileceği gibi insanın doğru ile yanlışı ayırt ederken kullandığı kişisel kriterler olarak da tanımlanmıştır.[7] Bir başka tanıma göre, umumi olarak belirli bir faaliyet alanında veya günlük hayatta işlem ve eylemlerin gerçekleştirilmesinde esas alınması gereken ahlaki değerler bütününe etik denilmektedir.[8] Etik, kişinin bir davranışta bulunurken uyması gerektiğini düşündüğü tüm ahlak ilkeleri şeklinde de tanımlanmıştır.[9]

Etik, bir bilim disiplini olarak da tanımlanabilmiştir. İnsanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, kuralları doğru-yanlış ya da iyi-kötü gibi ahlaki açıdan araştıran felsefe disiplinine etik denilebilmiştir.[10] Bilim olarak etik, ahlaken iyi ve kötünün ne anlama geldiğini, insanlarda ahlaki bilinç ve yargının nasıl oluştuğunu, ödev ve sorumluluk kavramlarını, ahlaki olarak özgür tutumda bulunmanın niteliğini, bireylerin ve toplumun neden ahlaki davranması gerektiğini inceleyen felsefe disiplini olarak da tanımlanmıştır.[11] Hakikaten felsefenin bir dalı olarak etik, insanın diğer insanlarla ve toplumla ilişkisini kurarken uyduğu değerleri, normları, kuralları doğru-yanlış ya da iyi- kötü gibi açılardan inceler.[12] Başka bir ifade ile etik, insanlar arasındaki ilişkileri etkileyen değerleri, ahlaki bakımdan iyi ya da kötü, doğru ya da yanlış davranışların niteliğini ve dayanağını araştıran felsefe bilimidir. Ahlak felsefesi olarak da tanımlanan etik, bu özelliği ile insan davranışlarının iyi

7 Metin Saban ve Banu Atalay (2005) "Yönetim Muhasebecileri Açısından Etik ve Etik Davranışın Önemi", Muhasebe ve Denetime Bakış, 5 (16), s. 50.

8 A. Can Tuncay, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 1,2.

9 Mustafa Lütfi Şen, Kamu Görevlileri Etik Rehberi, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara 2014, s. 11.

10 Çiğdem Kırel (2000) Örgütlerde Etik Davranışlar, Yönetimi ve Bir Uygulama Çalışması, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1211, İ.İ.B.F. Yayınları No: 168, s.2'den aktaran Burcu İşgüden, Adem Çabuk, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri", Balıkesir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 16, Balıkesir 2006, s. 60.

11 Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş, Elis Yayınları, İstanbul 2015.

12 Tuncay, s. 2; İbid

ve kötü olduğu yargısına nasıl varıldığını, arka planlarında hangi niyet ve amaçların yer aldığını incelemektedir.[13]

Tanımlardan yola çıkarak etiğin üç temel özelliğinin olduğunu belirtebiliriz. Bunlardan ilki, etiğin insan davranışlarını belirlemesindeki rolüdür. Etik, insanın, diğer insanlarla ya da toplumla ilişki kurarken nasıl davranması gerektiği yönünde direktifler içermektedir. İnsana hangi davranışın iyi veya hangi davranışın kötü olduğunu teorik soyut ve veya ahlaki açıdan da olsa belirleyerek insanın tutum ve davranışlarına müdahale etmektedir. Etiğin bu özelliği kendisinin bir sosyal düzen kuralı niteliğine sahip olduğunu göstermektedir. Etiğin ikinci özelliği ise ahlaki boyuta sahip olmasıdır. Ahlaki boyuta sahip olması onu diğer sosyal düzen kurallarından özellikle hukuk kurallarından ayıran temel faktördür diyebiliriz. Etik insanları belirli bir davranışta bulunmaya yönlendirirken ahlaki ölçülere, değerlere, ilkelere dayanmaktadır. Bir başka ifade ile etik, ahlaki değerler üzerine inşa edilmektedir.[14] Etiğin üçüncü temel özelliği ise anılan ahlaki değerlere kişinin kendisinin uyması gerektiğini düşünmesidir. Yani etik ilkeleri, kişinin kendisi tarafından kabullenilmelidir. Etiğin bu özelliğinde kişisel kriterler ön plana çıkmaktadır. Etiğin bu niteliği, etik ilkelerine aykırı hareketin denetimini yine kişinin kendisine bıraktırmaktadır. Bu denetim kişinin "vicdanı" ile yapılmaktadır. Hakikaten insan duygusunu, düşüncesini, davranışını, tutumunu, eylemini, "vicdanının sesine" kulak vererek, doğru-yanlış, iyi-kötü, olumlu-olumsuz olarak kritize eder. Böylece kişi kendisi ve başkaları arasındaki ilişkilerde denge, düzen, denetim ve uyum sağlar.[15]

---

13 Necat Kırış, Hukuk ve Etik Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016, s.56.

14 Etik ahlak ilişkisi hususunda ifade edilebilecek çok fazla şey vardır, ancak çalışma konumuzu dağıtmamak gayesiyle etik ahlak arasındaki ilişki hakkındaki görüşlerden sadece birisini ifade edeceğiz. Etikin ahlakın felsefi temellerini inceleyen ve insan davranışların kaynağını irdeleyen bilim olarak görenlere göre, etik ideal ve soyut olanı, ahlak ise somut olan insan davranışlarını konu alır. Kırış, s. 56. Bu husustaki tartışmalar için Mehmet Yüksel, Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk, Hacettepe HFD, 5(1), 2015, S. 9 vd.a da bakılabilir.

15 M. Reşat Mocan (2002). "Etik ve Meslek Etikleri", YDK Yüksek Denetim Dergisi, 1(1), http://www.ydk.gov.tr/dergi/dergi1.htm# ETİK VE MESLEK (05.09.2006) 'den aktaran İşgüden, Çabuk, s. 62.

Dürüstlük, doğruluk, sözünde durmak, sadakat, adalet, başkalarına yardım etmek, başkalarına saygı göstermek, sorumluluklarını yerine getirmek başlıca temel etik değerler arasında yer alır.[16]

İnsanların birbirleriyle olan ilişkilerinde uymaları gereken etik ilkeleri, bir mesleğin icra edilmesinde de etkili olmaktadır. "Meslek Etiği" veya "Meslek Ahlak Kuralları" olarak tanımlanan bu kurallar mesleğin icrasında uygulanması gerekli olan mesleki davranışla ilgili neyin doğru, neyin yanlış, neyin haklı, neyin haksız olduğu hakkında inançlara dayalı ilkeler ve kurallar topluluğu şeklinde tanımlanabilmiştir.[17] Mesleği icra edenlerin kabullenip, onayladıkları genel kurallar olarak tanımlanan meslek etiği, meslek yaşamındaki davranışları direktife eden, nelerin icra edilip nelerin icra edilemeyeceği konularında rehberlik eden etik prensipler ve standartların toplamıdır şeklinde de ifade edilmiştir.[18] Başka bir görüşe göre ise, meslek etiği, belirli bir mesleğin icra edilmesindeki ideal olanı tespit etme amacındaki kurallara işaret etmektedir.[19]

Meslek etiğine uygun davranmanın sağlayacağı birçok fayda vardır. Bu kurallara uymak, mesleğini icra eden kişilerin saygınlığını itibarını artıracaktır. Zira mesleğinden dolayı irtibat halinde olunan kişiler, meslek etik ilkelerine uyan kişileri daha saygın ve itibarlı göreceklerdir. Üçüncü kişilerin, saygısı ve itibarı ile beraber, kurala uyan kişinin vicdanının da rahatlayacağını söyleyebiliriz. Vicdanının rahatlaması, meslek mensubunun kendi bilgi ve yeteneğine olan güvenini artıracaktır.[20] Bu ilkelere uymak,

16 İşgüden, Çabuk, s. 62.

17 Semih Güner, Avukatlık Meslek Etiği, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002, s. 22; Seval Kardeş Selimoğlu (1997). "Muhasebe Meslek Ahlakı (Etik) Yaklaşımı", III. Türkiye Muhasebe Denetim Sempozyumu Bildiri Kitabı (30 Nisan-4 Mayıs, Alanya), İSMMMO Yayınları, No: 20, s.146 'den aktaran Çabuk, İşgüden, s. 63.

18 İoanna Kuçuradi, Felsefi Etik ve Meslek Etikleri, Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1999, s. 17; İşgüden, Çabuk, s. 60; Güner, s. 24.

19 Aulis AArnio, "lawyers' Professional Ethics- Do They Exist?", Ratio Juris, Vol, 14, no: 1, s. 2; Zeynep İspit Toprak, "Meslek "Etik"leri Etikten Bağımsız mıdır?" Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, s. 377.

20 Ahmet Yatkın, Kamu Yöneticilerinin Etik Düşünce ve Davranışlarının Kamu Hizmetine ve Hizmet Tatmine Yansımaları (Elazığ Valiliği Örnek Alan Araştırması), Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, s. 120; Burcu İşgüden, Adem Çabuk, s. 59

yapılan işin niteliğini pozitif manada yükseltmektedir. Mesleği, etik ilkeleri kapsamında icra eden kişiler, kamunun güvenini daha rahat kazanır ve zaman ve kaynak israfının önüne geçilmesini sağlamış olurlar.[21] Meslek etiği ilkelerine uyularak, kişisel eğilimlere sınır çizilmekte; meslek sahiplerinin hukuka aykırı davranmalarının önüne geçilmektedir.

Meslek etik ilkelerinin bazı özellikleri vardır. Bu ilkelerin, prensip itibariyle diğer etik ilkeleri gibi ülke sınırlarını aşıp uluslararası boyuta ulaştığı ifade edilmektedir.[22] Ayrıca meslek etik ilkeleri, pratik etki doğuran kurallardan oluşmakta, mesleğin toplumla uyuşmasını sağlamakta ve süreklilik arz etmektedir.[23] Bu ilkelere o mesleğe sahip olan ve icra eden kişilerin uyması gerekmektedir. Yani kişiler icra ettikleri mesleğe sahip oldukları için bu kurallarla muhatap olmaktadırlar. Meslek etiği ilkelerinin bir başka özelliği, ilkelerin meslek ile doğrudan ilişkili olmasıdır. O meslek icra edildiği için o kurallar vardır. Bir başka ifade ile bu ilkelerdeki yasakların veya tavsiye edilmeyen hal ve davranışların esasında hukuka uygun olmasına rağmen, sırf o meslek icra edildiği için yapılmaması gerektiğidir. Örneğin hediyeleşmek, insan ilişkilerinde hoş nazik bir tutum iken, kamu personelinin ve veya hâkimin hediyeleşmesi bu şekilde yorumlanamaz. Meslek etik ilkelerinin bir diğer özelliği de bu ilkelerin o mesleğin sahip olduğu hak ve yetkileri düzenlememesidir. Zira mesleğin hak ve yetkileri kendi ilgili mevzuat hükümlerinde yer almaktadır.

Meslek etik ilkeleri ile ilgili yapılan tanım ve özelliklerden yola çıkarak bu ilkelerin üç temel unsurunun olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, meslek etik ilkelerinin mesleği icra edenler tarafından kabullenilip onaylanmasıdır. Bu özellik, etik ilkelerinin kişisel olarak kabullenilmesi ile paralellik arz etmektedir. Meslek etik ilkelerinin ikinci özelliği bu ilkelerin meslek yaşamındaki davranışları direktife eden değerlerden ibaret olmasıdır. Zira bu değerler kişinin mesleki faaliyetini yürütürken neler

21 İlkay Güler, "Dünya'da Kamu Etiği Uygulamaları", Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, s. 187; İşgüden, Çabuk, s. 61; Yatkın, s. 101 vd.

22 Güner, s. 22.

23 Friedrih Kübler, Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği, Etik ve Meslek Etikleri, Türk Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000, s. 153; Güner, s. 23.

yapıp neler yapmaması gerektiğini belirlemektedir. Üçüncü özellik de bu prensiplerin gereği olarak yapılmaması gereken tutum ve davranışların, mesleğin özelliğinden kaynaklanmakta olmasıdır. Yani kural olarak örf adet ve hukuka uygun olan bir davranışı sırf o mesleği icra ettikleri için meslek sahiplerinin yapmaması gerekmektedir.

Bilindiği üzere hâkimler kamu görevi icra etmektedirler. Şu durumda kamu görevlilerinin etik davranışları hakkında da bilgi aktarmak gerekmektedir. Kamu görevlisinin etik davranışı *"bir kamu görevlisinin görevini yaparken kamu yararını kendi kişisel çıkarlarının daima önünde tutması, yaptığı görevle ilgili olarak kendisini başkalarına bağımlı kılacak (parasal ve başka çıkarsal ilişkilerle) bağlantılara girmemesi"* şeklinde tanımlanmıştır.[24] Bir başka tanıma göre ise kamu yönetiminde etik, idarecilerin, karar alırken ve kamu hizmetlerini yürütürken uymaları gereken tarafsızlık, dürüstlük, sosyal adalet, saydamlık, hesap verilebilirlik, kamu yararı gözetme gibi bazı ahlaki ilke ve değerler bütünüdür.[25] Türk pozitif hukukunda 5176 sayılı Kanun'un birinci maddesi *saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verilebilirlik, kamu yararını gözetmeyi* örnek mahiyetinde kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri olarak belirlemiştir. Literatür adalet, devlete sadakat, ehliyet ve liyakat, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, saygı, güven, halka hizmet bilinci, güler yüzlülük, yardımseverlik gibi davranışları etik davranış olarak nitelendirirken ayrımcılık, kayırma, rüşvet, yolsuzluk, usulsüzlük, istismar, sömürü, ihmal, savsaklama, işe siyaset karıştırma, psikolojik yıldırma ve baskılar (mobbing), hakaret ve küfür, yetkinin kötüye kullanımı, dedikodu ve zimmeti etik dışı davranış olarak örneklendirmektedir.[26]

Kamuda etik davranışın amaçları ise şu şekilde sıralanabilir: Toplumda yolsuzluğu, yozlaşmayı önlemek ve dürüstlüğü hâkim kılmak, kişisel çıkarların önüne geçmeyi sağlamak, kamu görevlilerine rehberlik etmek, neyin iyi neyin kötü olduğunu belirtmek amaçlardan bir kaçıdır. Ayrıca kamuda etik davranışta bulunmak devlete ve kamu görevlilerine olan

24 Ömür Elçioğlu; "Kamu Çalışanları ve Etik Davranış İlkeleri, http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi.aspx?id=5 e.t.: 15.10.2016; Güler, s. 187.

25 Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi, Okutman Yayıncılık, Ankara 2008, s. 330 vd.

26 Ömür Elçioğlu; Eryılmaz, s. 330 vd.

güveni artırır ve devletin meşruiyetini geliştirir böylece devlet-halk bütünleşmesini sağlar. Kamu hizmetlerinin maliyetini düşürmek ve hizmet kalitesini artırmak amaçlardan diğeridir.

Şu durumda kamu görevini yürüten hâkimlerin, mesleklerini icra ederken meslek etik ilkelerine uygun hareket etmeleri beklenmektedir. Hâkimlerin uymaları gereken meslek etik ilkeleri ise "hukuksal etik" ile çok yakın ilişki halindedir. Zira hukuksal etik, hukuk kurallarının muhafaza edilmesi ve icra edilmesinde, kontrol edilmesinde hukukun üstünlüğünü sağlamaya ve adaleti temin etmeye yarayan ahlaki değerler bütünü olarak tanımlanmıştır.[27] Hâkimlerden, mesleklerini hukuksal etiği hedefleyerek icra etmeleri beklenmektedir. Bu hedef için de yargılama etiğine uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Yargılama etiği ise yargının vazgeçilmez parçaları olan avukat, savcı, hâkim üçlüsünün yargılama sırasında hukuka uygun, adil dürüst velhasıl etik davranma yükümlülüğü olarak belirtilmiştir.[28]

Etik Norm İlişkisi ve Pozitif Hukukta Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeler

Bu başlık altında etik ilkelerinin mer'i kurallar içerisinde yer alıp almadığı ile ilgili bilgilere kısaca değinilecek, hâkimlerin uyması gereken etik ilkelerinin günümüzde nasıl hukukileştiği hakkında bilgiler aktarılacaktır. Bu şekilde günümüz ile Osmanlı Devleti'ndeki uygulama arasında bir değerlendirme yapılabilecektir.

Hukukçu gözüyle etiği, sosyal düzen kurallarından ahlak kurallarına yakın görmekteyiz. İfade edildiği üzere etik ilkeleri, hukuk kurallarının dışında olmakla beraber sosyal düzeni sağlama fonksiyonuna da sahiptir. Zira yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere etik ilkeleri de insanın

27 Can Tuncay, s. 1; Hukuk etiğinin bir anlamda hukukun ve hukuk uygulamasının adaletin gereklerine uygun olmasıyla ilgili olduğu yönündeki görüş için bk. Gülriz Uygur, Hukuk Etiğine Giriş, http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm e.t.: 09.07.2016.

28 Can, Tuncay, s. 164

diğer insanlar veya toplum ile ilişki kurarken nasıl hareket etmesi gerektiğini belirlemektedir. İnsanın, diğer insanlar ile ve/veya toplumla ilişkilerini belirlemesi onu sosyal düzen kuralı haline sokmaktadır. Ahlak kurallarının yaptırımı olarak görülen vicdani rahatsızlığın etik ilkelerinde de yer alması iki olguyu birbirine yakınlaştırmaktadır.

Bazı ahlak kurallarının, aynı zamanda hukuk kuralları da olabildiği malumdur.[29] Peki, etik ilkelerini hukuk kuralları içerisinde görmek mümkün müdür? Başka bir ifade ile etik ilkeleri, normlar ile düzenlenebilir mi? Bu minvaldeki soru beraberinde birkaç soruyu da getirmektedir. Eğer topluma veya bir kesimine direktife edilen bir talimat, hukuk kuralı halini almış ise o talimat artık etik ilkesi olmaktan çıkmış ve hukuk kuralı halini almış sayılmaz mı? Bu sorular esasında hukuk kurallarının meşruiyeti ile de ilintilidir. Kural, dayanağını nereden almaktadır? Etik, hukukun kaynağı olabilir mi? Etik ve hukuku birbirinden ayırmak mümkün müdür?

Belirtilen sorulara literatür farklı açılardan bakabilmiştir. Ahlak kuralları ve etik ilkelerinin hukuk normları içerisine konulması, toplumsal gelişime katkı sağlamayacağı gerekçesi ile eleştirilebilmiştir. Bu görüşe göre, hukuk kuralı haline getirilmiş olan etik ilkeleri, diğer hukuk kuralları gibi geçmişte kalan olaylar ve sorunlar üzerine temellendirilmiştir; bu ilkeler hayatın dinamik ve değişken karakterine uzak kalmaktadır. Kişilerin kendilerine has özelliklerini barındırmama ihtimalinin ve vicdana hitap eden bir değerin tüm toplum üyelerinin kişisel vicdanlarına aynı derecede hitap edememesinin hukuk kuralı haline getirilmiş olan etik ilkelerinin kendine has özelliklerini yitirmesine sebep olabileceği

29 Türkbağ, norm ahlak ilişkisini üç başlıkta incelemektedir. İlk olarak hukukun ahlak kuralını norm haline sokmasıdır. Örnek olarak da Medeni Kanununun 3'üncü maddesinde yer alan iyiniyet kuralı gösterilmektedir. İkincisi ise ahlakın bütününe yapılan atıf ile ahlak kuralları hukuk normu olabilmektedir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu mad. 27 "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Ahlaka aykırı sözleşmenin hukuk kuralları tarafından korunmayacağına amirdir. Son olarak da ahlaken uygun olmayan tutum ve davranış, hukuken daha sert bir şekilde dışlanmaktadır. Örnek olarak yalan söylemek belirli şartlarda suç teşkil etmektedir. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hukukun ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu", GÜHFD, Ankara 2008-2, s. 35,36.

düşünülmektedir.[30] Bunun ile beraber etiği hukuk kurallarından ari düşünmenin mümkün olamayacağı da beyan edilmiştir. Bu görüşe göre ise yazılı etik kodlarını takip etmek, bunların uygulanırlığını görmek çok daha kolaydır zira etik normlarla uğraşmakta, norm koymakta ve veya normları temellendirmektedir.[31]

Etik norm ilişkisi yüzyıllardır tartışılmakta ve üzerinde yukarıda kısaca değindiğimiz üzere teferruatlı çalışmalar yapılmaktadır. Kanaatimizce son yüzyılda insanlık, belirttiğimiz sorulara pratik uygulamaları ile cevaplar vermeye başlamıştır. Gerek uluslararası hukuk normlarında gerek ise milli hukuk normlarında özellikle belirli meslek grupları için uyulması gereken etik ilkeleri hukuk kuralları içerisine dâhil edilmektedir. BM'nin almış olduğu tavsiye niteliğindeki kararlar, belirli meslek grupları için çıkarılmış hem uluslararası hem de ulusal meslek ilkeleri, artık etik ilkelerinin hukuk kurallarına derç edilebileceğini göstermektedir. "Tıbbi Deontoloji Tüzüğü," "Kamu Görevlileri Etik İlkeleri" bunlara sadece ulusal bazda yürürlükte olan birkaç örnektir.

---

30 Bu minvaldeki görüş için bk. Mehmet Yüksel, "Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk", Hacettepe HFD, 5 (1), 2015, s.24, 25. Prosedürel bir sürecin akabinde meydana getirilen normların, çoğunluğu, çeşitliliği ve farklılığı kavramasının zor olduğu, bunların tek tipleştirici ve dışlayıcı da olduğu yönündeki benzer fikirler için bk. Rıdvan Değirmenci, Hukuk Politikası içinde "Hukuk Politikası Açısından Hukuk Ahlak Etkileşimi", Editör: Ali Şafak Balı, Astana Yayınları 2016, s. 59. Etiğin hukuk kuralı haline getirilmesi halinde, ilkenin sıradanlaşabileceği, diğer hukuk kuralları gibi bu kuralın kaldırılması halinde, etik ilkesinin izlerini etkilerini silmeninin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bk. Yusuf Karakoç, "Hukuk-Etik İlişkisi" Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 94.

31 Ömür, Elçioğlu, slayt. Etiğin sadece normların temellendirilmesiyle ilgili olabileceği, ancak normlarla yapılan değerlendirmelerin ezbere değerlendirmeler olacağı, değerlendirilen şeyin "değer"ini göstermeyeceği bu nedenle de etiğin norm getiren, normlara göre değerlendirmeler öneren bir alan olmadığı yönündeki görüş için bk. Harun Tepe, Bir Felsefe Dalı olarak Etik: 'etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik, Doğu Batı, yıl 1, sayı 4, s. 14; İbrahim Okur, "Yargı Etiği ve Davranış Kuralları", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013, s. 234.

Hâkimlerin uyması gereken etik ilkeleri ise günümüzde de hem ulusal hem de uluslararası sahada normlar halinde karşımıza çıkmaktadır. 1985 BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik tavsiye kararı, Venedik komisyonunun 2007 tarihli Yargısal Atamalar Raporu aynı komisyonun 2010 tarihli Yargıçların Bağımsızlığı Raporu, Hâkimlerin Satüsüne İlişkin Avrupa Şart ve nihayet Bangalore etik ilkeleri yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin uluslararası belgelerdir.

Konumuz açısından son derece önemli olan Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, önsözünde de yer aldığı üzere hâkimlere yönelik meslek ahlâkı standartlarını oluşturmak niyetiyle hâkimlere rehberlik edecek ve yargı etiğini düzenleyecek bir çerçeveyi yargıya temin etmek üzere oluşturulmuştur.[32] Şubat 2001 tarihinde BM tarafından Hindistan'ın Bangalore şehrinde düzenlenen toplantıda taslak olarak kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23.04.2003 tarihinde kabul ettiği 2003/43 sayılı Bangalore yargı etiği ilkeleri hâkimlerin uyması gereken etik ilkelerini, meslek ahlakı standartlarını barındırmaktadır.

Bangalore etik ilkeleri, toplantıya katılsın katılmasın birçok ülke tarafından hızlı bir şekilde benimsenmiş ve iç hukuk kuralı haline getirilmiştir. Bunun üzerine bu ilkelerin geliştirilmesi amacıyla yeni çalışmalar yapılmıştır. 1-2 Mart 2007 tarihinde Viyana'da BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC) koordinasyonunda 35 ülke temsilcisinin katılımı ile Bangalore ilkelerini kuvvetlendirmek üzere toplantı yapılmıştır. Toplantı akabinde Eylül 2007'de "Bangalore Yargı Etiği Şerhi" adlı bir rapor hazırlanmıştır.[33] Anılan şerh, Bangalore ilkelerine bir derinlik ve güç kazandırmış ve evrensel yargı etik ilkelerini her ülkenin kendi hukuk sistemine uyarlaması hususunda katkı sağlamayı hedeflemiştir. Bu şerhe her medeniyetin ve bölgenin etik ile ilintili hükümleri de ek olarak konmuştur. Şerhin ekinde İslam hukukunun yargı etiğine nasıl baktığına da yer verilmiştir. Toplantıya Suriye, İran, Mısır, Pakistan gibi İslam

32 İlkeler için bk. www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf e.t.: 15.04.2016.

33 Şerh için bk. www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

hukukunun uygulandığı ve/veya Müslüman nüfusunun çok olduğu ülkelerden temsilciler de katılmışlardır. Ülkemizin Bangalore ve Viyana toplantılarına katılmadığını bildirmek gerekir. Ancak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla (tanımlar kısmı çıkarılarak) bu ilkeler benimsenmiştir.[34]

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri içerisinde yer alan hükümler, birden ortaya çıkmamış, kendiliğinden tezahür etmemiş, belli bir birikimin, tecrübenin sonucu kabul edilmiştir. Gelinen noktada dünyada yargı etiği denildiğinde ilk başvuru kaynağı olmuştur. Bahsedildiği üzere birçok medeniyetin ve tecrübenin eseri olarak ortaya çıkmıştır. Hangi yerelden esinlenildiği de bizzat kendisinde belirtilmiştir.[35]

34 http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf , s. 7.

35 Esinlenildiği ifade edilen bazı hukuk kaynakları şu şekildedir: Amerika Barolar Birliği Yargı Etiği Kodu, Avusturya Yargısal Bağımsızlık Prensipleri Deklarasyonu, Bangladeş Yüksek Mahkeme Hâkimlerine Yönelik Davranış Kodu, Kanada Hâkimler için Etik Kurallar. Hâkimlerin statüsüne dair Avrupa Konseyi Şartı. Idaho Yargı Etiği Kodu. Hindistan Yargısal Hayatla İlgili Değerlerin Yeniden İfadesi. Iowa Yargı Etiği Kodu. Kenya Yargı Mensuplarına Yönelik Davranış Kodu. Malezya Hâkimlerinin Ahlak Yasası. Namibya Hâkimler İçin Davranış Yasası. ABD New York Eyaleti Yargıda Etiği Düzenleyen Kurallar. Nijerya Federal Cumhuriyeti Yargı Mensupları Davranış Kodu. Pakistan Yüksek Mahkemesi ve Üst Dereceli Mahkeme Hâkimleri tarafından ileri sürülen Davranış Kodu.Filipinler Yargı Etiği Kodu. Filipinler Yargı Ahlakı Kanunları. Solomon Adaları Yargı Bağımsızlığı Prensipleri. Güney Afrika Hâkimlerine Yönelik Rehber. Tanzanya Yargı Mensupları Davranış Kodu. Teksas Yargı Etiği Kodu. ABD Yargı Konferansı Davranış Kodu. Virginia Cumhuriyeti Yargı Etiği Kanunları. ABD Washington Eyaleti Yargısal Davranış Kodu Zambiya Yargısal Davranış Yasası. Siracusa Prensipleri. Uluslararası Barolar Birliği Minimum Bağımsız Yargı Standartları. Yargı Bağımsızlığına Dair BM Temel Prensipleri. Bağımsız Adalet Üzerine Evrensel Bildiri Tasarısı (Singhvi Deklerasyonu) Lawasia Bölgesi Yargı Bağımsızlığı Prensipleriyle İlgili Beijing Beyanatı Latimer Cumhuriyet Rehberi. CCJE-GT'nin yargının bağımsızlığı ile ilgili standartlar üzerine 1 nolu (2001) görüşü CCJE-GT'nin hâkimlerin meslekî davranışlarını düzenleyen kurallar ve prensipler üzerine, özellikle, etik, uygun olmayan davranış ve tarafsızlık üzerine taslak Görüşü; Haziran 2002 tarihli Avusturya Adalet Başkanları Konseyi tarafından yayınlanan Yargısal Davranışla İlgili Rehber, Baltık ülkeleri hâkimlerine yönelik Davranış Kuralları Modeli, Çin Halk Cumhuriyeti Hâkimlerine Yönelik Yargı Ahlakı Kodu Makedonya Hâkimler Birliği Yargı Ahlakı Kodu; Atilla Pınar, Yerelden Evrensele Mütevazı Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı, TBB Dergisi 2013 (104), s. 327 vd.; www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

Bangalore etik ilkeleri genel olarak değerlendirildiğinde hâkimlerin yargılamanın her aşamasında toplumun diğer fertleri için makul sayılabilecek hangi faaliyetleri yapamayacağını belirlemeye çalışmıştır diyebiliriz. Bir başka ifade ile hâkimlik mesleğini icra ettiği için yapmaması gereken davranış ve tutumlar hakkında bilgiler içermekte, buna paralel olarak neleri yapabileceğinin ipuçlarını vermektedir. Buradaki can alıcı nokta, hâkimlerin yapmaması gereken bu tutum ve davranışların normal şartlarda -bir başka kişi ve veya kamu görevlisi tarafından- yapılmasının bir sakıncasının olmaması hatta bazı hallerde toplum tarafından hoş karşılanmasıdır.

Bangalore etik ilkelerinin hangi davranışları etiğe aykırı olarak kabul ettiğine burada değinmeyeceğiz. Bu davranışları, Osmanlı Devleti ile ilgili bilgileri aktarırken izah etmeye çalışacağız. Burada bizim önemsediğimiz ilk husus, hâkimlerin uyması gereken etik ilkelerinin hukuk kuralları ile düzenlenmeye çalışılmış olmasıdır. Ayrıca bu başlık altında hâkimlerin uyması gereken etik ilkelerinden neyi anlamamız gerektiğine odaklanılmıştır. Şu durumda *hukukun üstünlüğünü ve adaletin sağlanması için hâkimlerin sırf hâkim oldukları için yapması veya yapmaması gereken ve ahlaki değerlerden kaynaklanan davranış ve tutumlar hâkimlerin uymaları gereken etik ilkeleri* olarak algılanabilir. Burada can alıcı nokta hâkimlerden yapmamasını beklediğimiz bu davranış ve tutumların normal şartlarda hukuka ahlaka örfe aykırı olmaması; hatta insanların bu davranışlara teşvik dahi edilebilmesidir. Bu davranışları yerine getirmenin etik ihlali olarak algılanmasının nedeni davranışı yapanın mesleğinin hâkimlik olmasıdır.

Osmanlı Hukukunda Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Âdabı

Osmanlı Devletinde gerek klasik dönemde gerekse Tanzimat sonrası dönemde hâkimlik mesleği önemsenmiş çeşitli eğitim ve aşamalardan geçen ve belirli vasıflara sahip olan kişilerin bu görevi yerine getirmesi sağlanmıştır. İlmiye teşkilatı içerisinde yer alan kadılar, klasik dönemde ilk olarak taşrada hariç medresesinde eğitim almışlardır. Ardından dâhil medreselerinde eğitimine müteakiben belirli bir staj ve sınavın ardından naib (kadı vekili) olarak atanabilmişlerdir. Ancak kadı olarak

atanmak isteniyorsa Mûsile-i Sahn ve Sahn-ı Seman Medreselerine devam edilmesi gerekmiştir. Buradan mezun mülazımlar kaza kadılığı hakkını elde etmiş; yüksek dereceli hâkimliklerde görev yapmak istiyorlarsa Altmışlı Medreseleri'nden ardında da Dâr'ül Hadis'ten mezun olmaları gerekmiştir.[36] Kadıların göreve başlamadan önce bir nevi staj yapma mükellefiyetlerinin de olduğunu vurgulamak gerekir.[37] Tanzimat dönemine bakıldığında ise değişik tarihlerde çıkarılan nizamnâmelerle kadıların rütbe ve dereceleri belirlenmiş; 1854'de Muallimhane-i Nüvvab adıyla kadı yetiştirmek için bir okul açılmış, daha sonra Medrese'ül- Kûzat (Kadılık Yüksek Okulu) öğretime geçmiş, böylece kadı olabilmek için medreseden ayrı bir okulda tahsil yapmak gerekli görülmüştür.[38]

Osmanlı Devleti'nde kadıların bulundurmaları gereken niteliklerin bir kısmı üzerinde İslam hukukçuları hemfikir iken, bazıları hususunda farklı değerlendirme yapmaktadırlar. Bu kapsamda, kadının Müslüman, mümeyyiz (akıllılık), baliğ ve hür olması hususunda fikir birliği vardır. Ayrıca bazı İslam hukukçuları kadılıkta erkek olma şartını da aramışlardır.[39] Hâkimin bağımsız, tarafsız, dürüst, mesleğe uygun, ehliyetli ve liyakatli kişilerden seçilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır.[40]

---

36 Cin, Akyılmaz, s. 175; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1984 UZUNÇARŞILI, s. 1-18, 33-38.

37 Melikşah Aydın, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri, Seşçuk Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015, s. 139.

38 Ekrem Buğra Ekinci, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", Osmanlı, c. 1, Ankara 1999, s. 770; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bzokurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 299-300; Cin, Akyılmaz, s. 187.

39 Halil Cin, Gül Akyılmaz, İslam hukukunun asli kaynaklarından Kur'an ve Sünnet'te kadının hâkimliğini engelleyici herhangi bir hüküm olmadığını aksine Nisa Suresi'nin 58. Ayetinde "Şu bir gerçek ki, Allah size emanetleri, onlara ehil olanlara vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğinizde adaletle hükmetmenizi emrediyor" derken herhangi bir cinsiyet ayrımı yapılmadığını ifade ederler, THT, 5. BASKI, S. 174. Ayrıca bk. Aydın, s. 132.

40 Aydın, s. 36 vd; Recep Akcan, "Hâkimin Vasıfları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -XII, Cilt 4, sayı 2, Isparta 2014, s. 278 vd.

Mecelle[41] hâkimin hangi vasıflara sahip olması gerektiğini veciz bir ifade ile belirtmiştir. Mecelle'nin 1792'inci maddesinde hâkimin nitelikleri sayılırken "*hâkim hakîm (adaletli, akıllı, bilge, âlim), fehim (anlayışlı, zeki), müstakim (dosdoğru, bağımsız, dürüst) ve emin (kendinden bilgisinden emin olmalı, güvenilir), mekin (şeref sahibi, saygın, vakar sahibi), metin (sabırlı, metanetli) olmalıdır*"[42] ifadeleri kullanılmıştır. Osmanlı Devleti'nde hâkimlik mesleği, bu mesleğe atanabilmek için gerekli olan eğitimler, mesleği icra edecek kişilerde bulunması gereken vasıflar üzerinde söylenebilecek çok şey vardır. Ancak biz hâkimlik mesleğini icra ederken uyulması gereken etik ilkeleri üzerinde duracağız.

Meslek etik ilkelerini, sırf o mesleği icra ettiği için normal şartlarda yapılmasında sakınca olmayan tutum ve davranışlar olarak somuta indirgemiş idik. Meslek etik ilkelerine bu açıdan bakıldığında "hâkimin âdabı" ifadesi, Osmanlı hâkimlerinin uymaları gereken etik ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Literatür de, bu fikrimizi destekler niteliktedir. Örneğin Ali Himmet Berki, "Bazı hareketler vardır ki bunlar mübah olduğu halde mahzurlarından dolayı hâkimlerin çekinmelerinin lazım olduğuna" değinmiş; aksi hareketin hâkimlik âdab ve şiarına aykırı olacağını ifade etmiştir.[43] Osmanlı Devleti'nde hâkimin âdabı sadece literatürde yer almamış mevzuat halinde de kendisini göstermiştir. Mecellenin Kitab'ül-Kazâ başlıklı 16'ıncı kitabının hâkimlere ilişkin olan birinci bölümünün ikinci faslı "**Hâkimin âdabı beyanındadır**" başlığını taşımaktadır. Bu fasıl, kanaatimizce Osmanlı Devleti'nde kadıların uymaları gereken, bugünkü ifade ile meslek kurallarını ve veya etik ilkelerini barındıran 1795 ile 1799'uncu maddeleri ihtiva etmektedir.

---

41 Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir heyet tarafından peyderpey hazırlanarak kabul edilen, bir mukaddime, 16 kitap ve 1851 maddeden oluşan, İslâm hukuk tarihinin ilk medeni kanunudur; Mustafa Reşit Belgesay, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İÜHFM, İstanbul, 1946, sy. 2-3, XII, 561-562. Meseleci metodla yazılan Mecelle, Hanefî fıkhına istinad ederek hazırlanmıştır; sadece ihtilaflı konularda- Hanefî mezhebi içinde kalmak koşuluyla nadir de olsa ihtiyaca ve asrın icaplarına uygun olanı tercih etmiştir.

42 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.569

43 Ali Himmet Berki, İslamda Kaza Tarihi, AÜİFD, Cilt 17, sayı 1, Ankara 1969, s. 162.

Faslın başlığında geçen "âdab", "edeb" kelimesinin çoğuludur. Sözlükte iyi terbiye, usluluk, zariflik, naziklik olarak tanımlanan[44] bu kavram "*nâs ile mu'âşeret ve mu'âmelede ahlâk-ı cemîle ve hısâl*[45]*-ı müstahsene*[46] *ile tahalluktan*[47] *ibârettir*" şeklinde tanımlanmıştır.[48] Bu tanıma göre edeb, insanların bir arada yaşadıkları sırada birbirleriyle ilişkiye girmelerinde sahip oldukları güzel ahlak ve beğenilmiş, güzel sayılmış huy, tabiat olarak tarif edilmiştir. Görüldüğü üzere âdabın bu tanımı, etiğin yukarıda belirlemiş olduğumuz üç temel özelliğini de barındırmaktadır. Buna göre âdab da etik gibi insanlar arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi hedef almaktadır. Etiğin ikinci özelliği olan ahlaki değerlere dayanma vasfını, âdabın bu tanımında da görmek mümkündür. Zira tanım adabı, kişinin sahip olmuş olduğu güzel ahlak, huy ve tabiata dayandırmaktadır. Tanım, etiğin üçüncü özelliği olan bu ahlaki değerleri kişisel olarak kabullenmeyi, kişilerin anılan ahlaki değerlere sahip olduklarını ifade ederek belirtmektedir. Görüldüğü üzere her iki kavram da insanın, diğer insan ile ya da toplum ile ilişki kurarken nasıl davranması gerektiğini düzenlemekte ve bunu yaparken ahlaki ölçülere, değerlere dayanmakta ve insanların kişisel olarak bu değerleri kabullendiğini göstermektedir. Şu durumda günümüzde etik olarak tanımlanan olguyu İslam Osmanlı literatüründe âdab olarak görüyoruz diyebiliriz. Edeb ve çoğulu olan âdab bir meslek ve sanata, hal ve davranışa uyarlandığı ve izafe edildiği zaman o iş ve sanata ait özel kuralları, incelikleri, o konuda tabi olunması lazım gelen dinî, ahlâkî ve meslekî esasları ifade etmektedir.[49]

Edebi, Âdabı hâkimlik mesleği ile ilişkilendirdiğimizde ise İslam literatüründe yüzyıllardır işlenmiş olan **Edebü'l Kâdî** ve veya **Edebu'l-**

---

44 Ferit Develliogğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Aydın Kitabevi, Ankara 2007, s. 203.

45 Huylar, tabiatlar, ahlaklar,

46 Güzel sayılmış, beğenilmiş

47 Hulk dan ahlaklanma, bir tabiat, huy edinme

48 (İbni Abidin) Redd-i Muhtar ve Cevhere, Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Gül Neşriyat, Cilt 4, bila tarih, s. 431.

49 Abdülaziz Bayındır, âdâb, İA, Cilt 1, s. 334, 1998.

Kadâ başlığı ile karşılaşıyoruz. Edebü'l Kâdı, dar manada hâkimin uyması gereken kuralları, hâkimden beklenen güzel davranışları ifade etmekle beraber, İslam Hukuk literatüründe zamanla kadı, usul hukuku ve adliye teşkilatı ile ilintili mevzuların irdelendiği hususi bir bilim dalının adı olmuştur.[50] Edebü'l-kadıda hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, söz ve davranışları, giyim[51] ve kuşamı da dâhil olmak üzere özel hayatı, insani münasebetleri ve resmî göreviyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmış ve bu konuda belli bir gelenek oluşturulmaya çalışılmıştır.[52] Çünkü hâkimin şahsiyeti ve hususi hayatı, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığını doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle İslam hukuku hâkimin sadece hukuki statüsünü değil, onun tabi olması gereken dini ve ahlaki kuralları da ele almak gerektiğinden hareket etmiştir. Bu nedenle konu başlığını "ahkâm" değil de "edeb-âdab" kelimesi ile ifade etmiştir.[53]

---

50 Salim Öğüt, Edebü'l-Kadî, İA, cilt 10,sayfa 408 vd. Elbette, bu ilim dalının oluşumu fıkhın genel teşekkül seyrinden farklı değildir; Öğüt, s. 409. Yargılama hukuku alanında yazılmış fikhi kitaplara örnekler için bk. İbid; Şahban Yıldırımer, İslam Hukukunda Yargıç Etiği, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, www.e-sarkiyat.com Sayı VIII, 2012, s. 34.

51 Osmanlı Devleti'nin de kadılara has kıyafet tahsis etmiştir, 1254 (1838) tarihli hatt-ı hümâyunda (BA, HH, nr. 24176) kadılar için eyyâm-ı resmiyyede giyilecek kıyafeti müderrislerinki gibi telli imâme ve ferâce diye tarif edilmiştir İlber Ortaylı, Osmanlı'da Kadı, cilt 24, sayfa 73, 2001.

52 Örneğin "Târihu Kudâti'l- Endelus", "Tarihu Kudât'i- Mısr", "Tarihu Kudât'i- Kayravan" gibi eserlerde hâkimlerin vasıfları kadar giyimlerinin nasıl olması gerektiğine ilişkin bilgilere ulaşmak mümkündür; Yıldırımer, s. 34.

53 Öğüt, s. 408 vd. Görüldüğü üzere, İslam literatüründe de günümüz ifadesiyle norm etik ilişkisi tartışılmıştır. Âdab olarak ifade edilebilecek etik ilkelerinin ahkâm olarak ifade edilen hukuk kuralları şeklinde tezahür etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce burada iki önemli tespiti vurgulamakta fayda vardır. Bunlardan ilki, Batı'nın hâkimin etik ilkelerine verdiği önem son yıllarda artmış olmasına rağmen, İslam literatüründe bu konu mezkûr kitaplarda yüzyıllardır önemsenmiş ve işlenmiştir. İkinci mühim nokta ise Batı'nın 21'inci yüzyılda etiğin hukuk normu haline dönüşmesi gerektiği yönündeki pratik uygulamaları, Osmanlı Devleti 19'uncu yüzyılda Mecelle'de yer alan anılan başlık ile hayata geçirmiştir; Nasi Aslan, İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Karahan Kitabevi Adana 2014, s. 143.

Peki hâkimin âdabı, yani Osmanlı hâkimlerinin uymaları gereken etik ilkeleri kavramından konumuzla bağlantılı olarak ne anlamamız gerekmektedir? Ali Haydar Efendi, Hindiye'ye atıfta bulunarak, Kadı'nın edebi, "*bast-ı adl, def'i-zulum, terk-i meyl ve hudûd-ı şer 'iyi muhâfaza ve cerâ âlâ-süneni's-sünne gibi şer '-i şerifin mendûb kıldığı şeyi iltizamdan ibârettir*" demektedir.[54] Şu durumda Osmanlı hukukçularına göre, kadının âdabı, yani uyması gereken etik ilkeleri, *adaleti yayma, haksızlığı, eziyeti uzaklaştırma, bir tarafa yönelmeyi meyletmeyi terk etme, tarafsız olma, İslam hukukunun uygulanmasını koruma gibi İslam hukukuna göre yapılması uygun görülen iyi ahlaki fiilleri kendisi için gerekli (lüzumlu) sayması*dır.[55]

Görüldüğü üzere Osmanlı hukukçularının hâkimlerin âdabı tanımı, günümüzdeki meslek etik ilkeleri ve hukuksal etiğin özellik ve unsurlarını barındırmaktadır. Gerek etik gerekse meslek etiği ilkelerinin özelliği olan, bu ilkeleri mesleği icra edenlerin kabullenmesini, onaylamasını mezkûr tanımda da görüyoruz. Zira Osmanlı hukukçularının tarifinde de bazı ahlaki değerlerin hâkim tarafından *iltizam* edilmesi, bir başka ifade ile kendisi için lüzumlu sayması gerekmektedir. Yani bugünkü etikten beklenildiği gibi hâkimin anılan değerleri kişisel olarak kabullenmiş olması gerekir.[56]

---

54 Ali Haydar Efendi, s. 431.

55 Bangalore etik ilkeleri 4.3. de hâkim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, objektif olarak bakıldığında tarafgirlik veya bir tarafa meyletme görüntüsü ya da şüphesi doğuracak durumlardan kaçınmalıdır demektedir. Rahatça anlaşılmaktadır ki bir tarafa meyletme görüntüsü ya da şüphesi, etik davranış şekli olarak değerlendirilemez. Bu örnek bize, Osmanlı Devletinde hâkimin edebi adabı olarak ifade edilen tutum ve davranışların, günümüzdeki hâkimin uyması gereken etik ilkeleri ile aynı tutum ve davranışlar olduğunu göstermektedir.

56 Hâkimlerin bu ahlaki ilkeleri kabullenmesinin denetimi ise kendi vicdanlarına bırakılmıştır. Bu husus İslam hukukunun bir özelliği olan uhrevi ve dünyevi vasfının güzel bir örneğidir. Bu dünyada gerçekleştirilecek bir adaletsizlik hem bu dünyada hem de ahirette müeyyide ile karşılaşabilecektir. Ancak bir Müslüman için ahiretteki yaptırım, maddi müeyyiyeden daha tesirli olduğu ifade edilmiştir. Bu ilkeden hareketle Hz. Ömer, adaletli kararlar için merkezi otoritenin korkusundan evvel hâkimlerin kendi vicdanlarını denetim merci olarak görmelerini tavsiye etmiştir Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Fahrettin Atar) ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y) 1995, s. 319-320; Yıldırımer, s. 35.

Meslek etiği ilkelerinin meslek yaşamındaki davranışları direktife eden değerler manzumesi olduğunu ifade etmiş idik. Osmanlı hukukçularının tanımı da hâkimin mesleğini icra ederken ne gibi davranışları yapıp yapamayacağını belirten değerleri barındırmaktadır. Tanıma göre hâkimlerin kendileri için lüzumlu saymaları gereken bu değerler, adaleti yayma, haksızlığı, eziyeti uzaklaştırma, tarafsız olma, hukukun uygulanmasını koruma gibi hukukun üstünlüğünü sağlayacak prensiplerdir. Tanımın bu unsuru çağımızda yapılan hukuksal etik ile de uyuşmaktadır. Zira hukuksal etikte[57] de tanımda olduğu gibi hukuk kurallarının uygulanmasında, korunmasında ve kontrol edilmesinde adaleti temin etmek, hukukun üstünlüğünü sağlamak için gerekli olan ahlaki değerler mevcuttur.

Bahsedilen bu değerlerin sadece Osmanlı literatüründe değil pratiğinde de yer aldığını ifade etmek gerekir. Örneğin literatürün belirttiği gibi[58] Radovişte kazası naibi, Hicri 1312'de adab-ı ubudiyete uymayan harekette bulunduğundan azledilmiştir.[59] Bir başka örnekte de Hicri 1234 tarihli bir arşiv belgesinde Eski Edirne Kadısı Selim Efendizade Mustafa Nafiz Efendi'nin tediyesine (borcunu ödemesine) hüccet-i şer'iye ile mahkûm olduğu borcunun ayda beş yüz kuruş ile alacaklıların iskanına Şeyhülislam Mustafa Asım Efendi delalet etmek istemiş ise de **menafi-i edeb** harekata ictisar ettiğinden (cesaretlendiğinden) arpalığından dört yüz kuruşun ailesine ve beş yüz kuruşun borcuna tahsisi ile kendisinin Keşan'a sürülmesine karar verilmiştir.[60] Görüldüğü üzere kadılık vazifesi yapan bir kişi edebe aykırı hareketinden ötürü, borcu yapılandırılmış ve cezalandırılmıştır.

57 Can Tuncay, s. 1; Hukuk etiğinin bir anlamınında hukukun ve hukuk uygulamasının adaletin gereklerine uygun olmasıyla ilgili olduğu yönündeki görüş için bk. Gülriz Uygur, Hukuk Etiğine Giriş.

58 Ali Himmet Berki, adaba aykırı hareket eden hâkim, ihtar edilmesine rağmen, ısrarla aynı fiili yapmaya devam ederse görevinden alınabileceğini ifade etmektedir; Berki, s. 162; Yıldırımer, s. 44.

59 Hicri 26/M/1312 tarihli vesika için bk. BOA, Y. PRK. MŞ, Dosya No: 5, Gömlek No: 60.

60 Hicri, 22/Ş/1234, tarihli vesika için bk. BOA, C..ADL, Dosya No: 25, Gömlek No: 1481.

Meslek etik ilkelerinin bir diğer özelliğinin de bu ilkelerin o mesleğe sahip kişilerin sırf o mesleği icra ettikleri için neleri yapıp neleri yapamayacağını belirlemesi olduğunu ifade etmiş idik. Şu durumda Mecelle'deki anılan fasıl, *hukukun üstünlüğünü ve adaletin sağlanması için hâkimlerin sırf hâkim oldukları için yapması veya yapmaması gereken davranış ve tutumları* maddeler halinde sıralamıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi burada can alıcı nokta hâkimlerden yapmamasını beklediğimiz bu davranış ve tutumların normal şartlarda hukuka ahlaka örfe aykırı olmaması; hatta teşvik dahi edilebilmesidir. İslam hukukunun kazuistik özelliğine uygun bir şekilde Mecelle, hâkimlerin uymaları gereken etik ilkelerini somut örneklerden yola çıkarak belirlemiştir. Hâkimin mesleğinden ötürü yapmaması gereken ve kendileri için gerekli görmeleri lazım olan bu maddeleri detaylı[61] bir şekilde incelemek gerekir.

61 Mecelle'deki hükümlerin detaylı bir şekilde incelenebilmesi için şerhlerden yararlanılmıştır. Bu bağlamda "Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm" adlı şerhten ziyadesiyle istifade edilmiştir. Osmanlı temyiz mahkemesi reisi, fetvâ emini, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecelle hocası ve adliye vekili Ali Haydar Efendi tarafından yazılan bu şerhte bütün maddeler klasik hukuk şerhleri sisteminde açıklanmış ve içerdiği şer'i hükümlerin alındığı fıkıh kitapları, fetva mecmuaları ve risaleler belirtilmiştir. Farklı hukukî meseleler hakkında ise muteber fıkıh kitaplarındaki şer'i hükümler nakledilen şerhte, ihtilaflı meseleler tartışılmış, hangi görüşün tercih edildiği veya tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nadir de olsa hakkında şer'i bir bilgiye rastlanmayan meseleleri ise müellif bizzat kendisi çözmeye çalışmıştır Çağdaş İslam hukukçularından Mahmesanî, bu eserle ilgili olarak kanaatini şöyle dile getirmektedir: "Bu şerhte, bütün hükümlerin kaynakları ve şer'i delilleri bulunmaktadır." Ali Haydar Efendi, II, 397; Ahmet Akgündüz, "Dürerü'l-Hükkâm", DİA, İstanbul, 1994, X, 28-29; Mustafa Baktır, "Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Ahmet Cevdet Paşa", Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1997, s. 320; Mecelle üzerine yapılan diğer şerh çalışmaları için bkz. Mehmet Malkoç, Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle ile İlgili Bibliyografik Çalışma(Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), SAÜSBE, Sakarya, 2001, s. 80-96. Ali Aslan Topçuoğlu, "Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendinin Hayatı ve Hukukçuluğu", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, S. 339. Bu çalışma, Hanefî fıkhının muamelâta dair bir hazinesi mahiyetindedir, Ahmed Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Diyarbakır 1986, s. 367; www.ekrembugraekinci.com e.t. 02/04/2016

Meclisin Saygınlığını Giderecek Fiillerde Bulunmama

Mecelle'deki madde sıralarına tabi olunduğunda, Osmanlı hâkimlerinin uymaları gereken ilk somut etik ilkesi meclisin saygınlığını giderecek fiillerde bulunmama olarak başlıklandırdığımız prensiptir. Osmanlı hâkimlerinin meclisin saygınlığını giderecek fiillerde bulunmamaları gerektiğine ilişkin hüküm Mecelle'nin 1795'inci maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Hâkim; meclis-i muhâkemede alış veriş ve mulâtafe gibi mehâbet-i meclisi izale edecek ef'al ve harekâtdan içtinâp etmelidir.*"

Bu hükmü Cengiz İlhan, "Madde 1795.- *Hâkim duruşma sırasında alış veriş ve şakalaşma gibi duruşmanın saygınlığını etkileyecek fiil ve hareketlerden kaçınmalıdır.*" şeklinde günümüz diline çevirmiştir.[62] Bir diğer sadeleştirmede şu şekildedir: "*Hâkim, yargı meclisinde alışveriş ve şaka gibi meclisin saygınlık ve itibarını giderecek iş ve davranıştan sakınmalıdır*". Atilla Pınar ise şu şekilde sadeleştirmiştir: "*Hâkim; mahkeme meclisinde alışveriş veya şakalaşma gibi meclisin azametini giderecek (gölgeleyecek) fiil ve hareketlerden sakınmalıdır*."[63]

Hüküm, etik ve hâkimin adabında olması gereken vicdani denetime, kullandığı ifadeler ile atıfta bulunmaktadır. Şöyle ki, hüküm doğrudan yasaklayıcı emredici bir şekilde kaleme alınmamıştır: "… içtinap etmelidir" denilmiştir. "… fiilleri yapamaz" şeklinde emredici kalıpla düzenlenmemiştir. Böylece hâkimin yapmaması gereken fiilleri belirlemekte ve bunun denetimini aynı zamanda hâkimin kendi vicdanına bırakmaktadır. Böylece, hâkimlik mesleğini yapacak kişilerin bu gibi fiilleri yapmamaları gerektiğini kabullenmiş olmalarına işaret etmektedir.

Hükmün esasına bakıldığında hâkimlerden duruşma sırasında dikkat etmeleri gereken hareketler belirtilmeye çalışılmıştır. Hâkimler, duruşmanın saygınlığını veya itibarını eski ifadesiyle *mehâbetini* zedelememelidirler. Mehâbet, sözlükte "azamet, ululuk, korkunçluk, büyük görünme" şeklinde

62 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Abkara 2011, s.569

63 Pınar, Hâkimin Adabı, s. 340.

tanımlanmıştır.[64] Norm, duruşmanın bizatihi kendisine bir itibar, saygınlık, ululuk, yücelik, azamet atfetmiştir. Hâkimler de bu saygınlığa yüceliğe, ululuğa uygun hareket etmelidirler. Norm, itibarı sarsabilecek davranışlara örnekler de vermiştir. Bu kapsamda yargılama sırasında dava ile ilintili olmayan bir nesnenin alınıp verilmesi veya şakalaşma anılan yüceliği, itibarı zedelemeye örnek davranışlar olarak gösterilmiştir.

Ali Haydar Efendi'nin şerhinde, 1795'inci madde hükmünün dayanağı Hz. Ömer'in (r.a.) Hz. Şureyh'i kadı olarak atadığı sırada ona şart koştuğu fiiller olarak belirtilmektedir. Hz. Ömer, Hz. Şureyh'in alım satım ile meşgul olmamasını ve rüşvet almamasını şart koşmuştur.[65] Hükümde geçen alışverişin neden yasaklandığının İslam hukukundaki kaynağının anılan vaka olduğu ifade edilebilir. Hanefiler, hâkimin maaşının zaten yüksek[66] olduğu için alışveriş yaparak kazanç elde etmesini gerektirecek bir durumda olmamalarından hareketle bu ilkeyi benimsemişlerdir.[67]

Madde hükmünde her ne kadar meclis-i muhakemede alışverişin yasak olduğu ifade edilse de, Osmanlı hukukçuları, yasağın sadece meclis-i muhakemede değil, meclis dışında da geçerli olduğunu belirtmişlerdir.[68] Hatta bu hususta o kadar hassas davranılmalıdır ki, hâkim alışveriş yapması gerektiğinde "emin" bir kimseyi kendi vekili tayin etmeli ve bu vekil de hâkimin vekili olduğunu bilmemelidir.[69] Çünkü bu durumda

64 Devellioğlu, s. 602.

65 Fethu'l-Kadîr, Ali Haydar Efendi, s. 431.

66 Yapılan bir araştırmaya göre Hz. Ömer'in Kadı Şurey'e tahsis ettiği maaş, bir dönem ülkemizde Yargıtay Başkanının maaşına tekabül etmektedir; Erk, H. Basri, Adalet Edebiyatı Antolojisi, (m.y.) (t.y.) (y.y.), s. 121'den nakleden Yıldırımer, s. 43.

67 Yıldırımer, s. 45.

68 Hâkimlerden beklenilen meclisin saygınlığına zarar verecek davranışlarda bulunmama gerekliliği esasında, İslam Osmanlı hukuk kültüründe tüm kamu görevlileri için geçerlidir. Nitekim Maverdi'nin eserlerinde kamu görevlilerinin, kamu görevliliğine yakışmayan davranışlardan kaçınması gerektiği ifade edilmektedir; İsa Akalın, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı El-Mâverdî Örneği, Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009,s. 168

69 Ali Haydar Efendi, s. 431.

onun hâkim olduğunu bilerek aldığı şeyi daha ucuza, sattığı şeyi ise daha pahalıya satabilme ihtimali vardır. Bununla beraber, hâkimin yargılama meclisi dışında usulüne uygun bir şekilde iki tarafa yükümlülük yükleyen alım satım işlemi yapması *mekruh* değildir.[70] Buradan yola çıkarak Osmanlı hukukunda etik ilkelerinin hâkimin kürsüde olup olmamasına göre de değişkenlik arz ettiğini ifade edebiliriz. Nitekim alışveriş kürsüde iken yapılmaması gereken bir fiil iken, meclis dışında da pek tasvip edilmese de yapılmasının hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir.[71]

Hükümde mecliste iken alışveriş hâkimin "kendisi" için ise yasaklanmıştır[72]; mesleği icabı alış veriş yapması hukuka uygundur. Zira hâkim, görevi gereği yetim için mal satın alabilir veya borçlunun malını sattırabilir.

Maddede mahkemenin yüceliğini zedeleyecek diğer örnek ise şakalaşmadır. Osmanlı hukukçuları, şakalaşmanın nerde ve kimle olacağı hususunda hem fikir olamamışlardır. Örneğin Ali Haydar Efendi, şakalaşmama gereğinin sadece mahkemede değil, hiçbir yerde hiçbir kimse ile yapılmamasını ifade etmişlerdir. Zira şakalaşma hâkimin halk içindeki azametini, yüceliğini zedeleyecek bir fiil olarak öngörülmüştür.[73] Halebî ise sadece mahkemede iken şakalaşılmaması gerektiğini; ancak şakalaşmanın mahkemede sadece taraflar ile değil, hiç kimse ile yapılmaması gerektiği vurgulanmıştır.[74] Hâkim mizah ve şakalaşmadan uzak durarak, ağır başlı ve vakarlı (temkinli) olmalı ve taraflar ile davalarından başka bir şey ile konuşmamalıdır. Zira şakalaşma gibi konuşmalar, meclisin yüceliğine zarar vermektedir.[75] Burada mühim olan bir nokta şudur: Esasında şakalaşmaya

70 Feth ve mecme 'u'l-enhur ve velvâliciyye, Ali Haydar Efendi, s. 431.

71 Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi (ö. 1097), Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, C. XVI, 77.

72 İbrahim Halebi, Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleştiren Ahmed Davudoğlu, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980, s. 98.

73 Dürr-i Müntekâ, Ali Haydar, s. 431.

74 Halebi, 2/98; Atar, Kadı, s. 69.

75 Zeylai, Ali Haydar Efendi, s. 432.

fıkıh izin vermektedir[76], ancak kişinin hakim olması bu izni elinden almaktadır.

Ali Haydar Efendi, bu maddeyi geniş yorumlayarak, hâkimin oturarak karar vermesi gerektiğini ve karar verirken yanında hukuk bilgisi olan kişilerin de bulunması gerektiğini ifade etmektedir.[77] Hâkimin oturarak karar vermesi gerektiği fikrinin altında yatan faktör, hâkimin oturarak yargılama yetkisine saygı göstermesidir. Hâkimin dayanarak karar vermesinde de bir sakınca görülmemiştir. Hâkimin oturarak veya bir yere dayanarak daha rahat edeceği ve kararını da daha sağlıklı vereceği düşünülmüştür. Ancak hâkimin yürürken karar vermemesi, zira yürüme ile meşgul olurken, fikrini toplaması ve sağlıklı karar vermesi zor olabilecektir.

Gerek çağdaş İslam hukukçuları gerekse Osmanlı hukukçuları, bu maddenin aynı zamanda hâkimin yargılama sırasında yalnız kalmaması gerektiğini de ifade etmişlerdir.[78] Zira hâkimin yalnız kalması onu töhmet

76 Bu konuda bir hadis mevcuttur. Peygamber Efendimiz "Allah'ım keder ve üzüntüden sana sığınırım"33 buyurmuş gerektiğinde gülmüş ve lâtife yapmıştır.

Yaşlı bir kadın Rasûlullah (s.a.v.)'e gelerek "beni cennete sokması için Allah'a dua buyur" demişti. Peygamberimiz "Ey filânın anası! Cennete yaşlı kadın girmez" buyurmuş, kadın da cennete hiç giremeyeceğini zannederek üzülmüş ve ağlamıştı. Kadının durumunu görünce ona maksadını açıklayarak: "Yaşlı kadın cennete yaşlı olarak giremiyecek: Allah onu yeni baştan yaratacak da genç bâkire olarak girecek" buyurdu ve ona şu âyeti okudu: "Biz onları yeniden yaratmışızdır; onları bâkire, eşlerine düşkün ve yaşıtları kılmışızdır." (el-Vâkı'a: 56/35-38)34

Sahâbe arasında mizah ve nükte yönüyle tanınan Hz. Ali şöyle der: "Zaman zaman gönülleri dinlendirin; çünkü gönül zorlanırsa körleşir."

Şaka, mizah ve nükte yapmanın cevazını sınırlayan çizgiler vardır:

a) İnsanın hayatında mizah, yemekteki tuz gibi olacaktır; işi gücü mizah olmayacaktır.

b) Hiçbir kimse ile alay edilmeyecek, şeref ve namuslara dil uzatılmayacaktır. (el-Hucurât: 49/11).

c) Güldürmek için yalan söylenmeyecektir.

"Etrafındakiler gülsün diye konuşup da yalan söyleyene yazık, çok yazık! "35 33. Ebû-Dâvûd, K. el-Vitr, 32; Buhârî, K. el-Cihâd, 74.

34. Tirmizî (Şemâil'de)

35. Tirmizî, K. ez-Zühd, 10; Ebû-Dâvûd, K. el-Edeb, 80 http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/helalharam/0129.htm 09.04.2016.

77 Ali Haydar Efendi, s. 432.

78 Aslan, s. 49; Fethul Kadir, Ali Haydar Efendi, s. 432.

altına sokabilecektir. Hâkimin yalnız kalmaması gerektiği yönündeki delili ise şu vakalara dayandırılmıştır. Hz. Osman'ın yanında en az 4 kişi var iken, Hz. Ebu Bekir'in (r.a.) ise yargılama esnasında yanında Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Ali'yi de bulundurmasından yola çıkarak hâkimin duruşma sırasında yalnız kalmaması gerektiği belirtilmiştir.[79]

Peki hâkimin duruşma sırasında yanında olması gereken kişiler kimlerdir? Ali Haydar Efendi, hâkimin kâtiplerinin, hademe ve muhzırlarının, kapıcısının ve şuhud ve sâmî'in duruşma esnasında hazır bulunmaları gerektiğini ifade etmektedir. Katipler, yargılama usulüne vakıf olmalı, iddia ve ifadeleri usule uygun kaydetmelidir. Kâtipler, hediye almak gibi bir girişimde bulunmaması için hâkimin belirttiği yerde oturmalıdırlar. Muhzırlar, tarafların gereksiz, manasız, faydasız söz ve adaba aykırı olabilecek fiillerine engel olmak üzere hazırda beklemelidirler. Zira bu gibi davranışlar, hâkimin ve mahkemenin yüceliğine zarar vermektedir. Ancak muhzırlar, hâkimin yakınında değil, uzağında durmalıdır. Çünkü bu görevlilerin bulunmaları, yargılamanın ululuğu içindir; uzak bulunmaları bu yüceliği, azameti arttırmaktadır.[80] Tüm bunlar esasında hâkimin aleni bir şekilde karar vermesi gerektiğini göstermektedir ki 1815'inci madde de bunu açık bir şekilde ifade etmektedir. Hâkim karar verirken, tarafların ve kendisi dışında kişilerin duruşmada hazırda bulunmaları gereği önemsenmiştir. Mühim olan noktalardan diğeri de anılan görevlilerin hepsinin bir vazifesi vardır ve bu vazifenin hedefinde adil ve tarafsız bir hükmün ortaya çıkması vardır. Bu şekilde bir hükmün ortaya çıkabilmesi için de görevlilerin mahkemenin mehabetini, yüceliğini artırıcı şekilde vazifelerini yapmaları gerekmektedir.

Klasik dönem Osmanlı pratiğine bakıldığında Meclis-i Şer'de mutlaka şuhudul hallerin yer aldığını görüyoruz. Bu şahıslar, o kaza bölgesinin ileri gelenleri arasından seçilmekte, sayıları beş, altı ya da daha fazla olabilmektedir. Ancak bunlar mahkemenin işleyişine ve karara herhangi bir şekilde dahil olmazlar, sadece kadıları adil karar vermelerinde

79 Fethul Kadir, Ali Haydar Efendi, s. 432; Aslan, s. 50.

80 Zeylai, Ali Haydar Efendi, s. 432.

varlıklarıyla dolaylı olarak etkilerlerdi.[81] Bu kişiler mahkemeye intikal eden hukuki uyuşmazlıklara değil; yargılamanın nasıl icra edildiğine şahitlik etmektedirler.[82] İşte bu kişiler aynı zamanda hâkimin yalnız kalmamasını temin ederek onun töhmet altında bırakılmamasına hizmet etmektedir.[83]

Kanundaki bu madde Ali Haydar Efendi tarafından geniş yorumlanarak, hâkimin elbisesi hakkında da fikir verdiği ifade edilmiştir. Buna göre hâkim, yargılamada güzel elbiseler giymelidir. Pis, pejmürde elbise giyinmesinin onun yüceliğine zarar vereceği düşünülmektedir.[84] Çağdaş İslam hukukçuları bu fikre hala sahip çıkmaktadırlar.[85] Bangalore ilkeleri şerhi İslam hukuku başlığında 6'ıncı maddesinde hâkimin, giyim ve kuşam şekli de dâhil, kendini başkalarının saygısını çekecek bir şekilde takdim etmesi gerektiği yazılıdır.

Belirtildiği üzere Mecelle'nin hüküm ile koruduğu husus, mahkemenin yüceliğidir. Mahkemenin ve hâkimin yüceliğini sarsabilecek davranışların hâkim tarafından da yapılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bangalore etik ilkelerinde doğrudan mahkemenin yüceliğine işaret eden bir hükmün olmadığını söyleyebiliriz. Ancak yine bazı ilkeler, hâkimin mesleki davranış şekilleri ile ilgili prensiplere değinirken yargının doğruluğu ve tutarlılığının görünürlülüğüne hizmet etmesine dikkat çekmiştir. Örneğin 3.1 de hâkim, mesleki davranış şekli itibariyle, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide herhangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır denilmektedir. Şu durumda hâkimin hal ve hareketi makul ölçüde olmalıdır denilmektedir. Anılan ilkelerin 3.2 maddesinde hâkimin hal ve davranış

81 Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 181; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 84-85; Hasan Tahsin Fendoğlu, "Osmanlıda Kadılık Kurumu ve Yargının Bağımsızlığı", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 465.

82 Nasi Aslanın bu hususta farklı bir bakış açısının olduğunu ifade etmek gerekir. Ona göre Şuhudul halın ortaya çıkış gerekçesi sadece kadıyı yalnız bırakmamak değildir, aynı zamanda gerektiğinde istişare edebilecek ilim sahibi kişilerinde yargılama sırasında hazır bulundurma zorunluluğudur Nasi Aslan, İslam Yargılama Hukukunda Jüri /Şuhudul Hal, beyan yayınları, İstanbul 1999.)

83 Aslan, s. 50.

84 HANİYE, Ali Haydar Efendi, s. 432.

85 Atar, Kadı, s. 69.

tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin *görüntü olarak sağlanması* da önemlidir denilmektedir. Yine 4.6 maddesinde hâkimin ifade inanç ve dernek kurma ve toplama özgürlüğünü, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde kullanmalıdır denilerek yargının yüceliğine dolaylı bir atıf yapılmıştır. Benzer şekilde 4.11.4 maddesinde de hâkimlik makamının onurunu zedelemeyecek ve yargısal görevini yerine getirmesine engel olmaması koşuluyla diğer etkinliklere katılabileceği yazılıdır. Keza, ilkelerin 6.7 düzenlemesi de "Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz" demek suretiyle Mecelle'de yer alan bu hükmü günümüzde daha genel bir tarzda ifade etmiştir. Mecelle'nin örnek vermesi, esasında uygulama açısından daha yararlı olabilmiştir diyebiliriz.

Bangalore etik ilkeleri şerhi ekinde yer alan İslam hukuku başlığında da mahkemenin yüceliğine atıfta bulunulduğu söylenebilir. Şerhin 4'üncü maddesi "Bir mahkeme ciddiliğin, ağır başlılığın ve saygınlığın yeridir. Manasız davranışların, uzun süren konuşmaların ve kötü tutumların yeri değildir" diyerek Mecelle'de de vurgulanan mahkemenin yüceliği yazıya dökülmüştür. Şerhin 3'üncü maddesi de hâkimin, yakın arkadaşı olsun veya olmasın, onlarla şakalaşmaktan ve onları güldürmekten kaçınması gerektiğine yer vermiştir. Dolayısıyla şakalaşmak çağdaş İslam hukukçuları tarafından da etik olmayan bir davranış olarak kabul edilmektedir.

Bangolare etik ilkeleri şerhinin İslam hukuku başlığı altında kendisine atıfta bulunulan Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî[86] eserinde de hâkimin, taraflara gülmemesi ve onlarla şakalaşmaması gerektiği belirtilmektedir.

86 Hanefî fakihi Ebû Bekir el-Hassâf'ın (ö. 261/875) İslâm muhakeme usulüne dair bu eser bugüne ulaştığı bilinen en eski ve en meşhur olanıdır. Genel anlamda muhakeme sırasında uyulması gereken usul ve kaidelerin ele alındığı eser toplam 120 bab olarak düzenlenmişse de bunları sırasıyla kadılık görevi, yemin, kefalet, şikâyet, hapis, hacir, borçlunun takibi, hak iddiası, kadılarla yazışma, vasiyet, vekâlet, nesep ve borç ispatı, ayıp dolayısıyla akdin feshi, şüf'a, hakem tayini, ikrar, gayri müslimlerin muhakemesi, miras taksimi, nikâh, nafaka, şahitlik gibi ana bölümlere ayırmak mümkündür, Abdülvehhab Öztürk, EDEBÜ'L-Kâdî, İA, Cilt 10, s. 410.

Hükümden yola çıkarak, Osmanlı Devleti'nin yargılamaya bir saygınlık atfettiği, bu saygınlığı hâkim de dahil kimsenin zedelememesi gerektiği sonucuna varabiliriz. Mehabeti zedeleyebilecek durumlar maddede geçen alışveriş şakalaşma iken, Osmanlı hukukçuları yalnız kalmama, oturarak karar verme, güzel giyinmeyi de bu kapsamda değerlendirmişlerdir. Keza Osmanlı hukukunda etik ilkelerinin hâkimin kürsüde olup olmamasına göre de değişkenlik arz ettiğini ifade edebiliriz.

Hediye Kabul Etmeme

Osmanlı hâkimlerinin uyması gereken diğer etik davranış ise hediye kabul etmemektir. Hâkimlerin hediye kabul etmemelerine ilişkin düzenleme Mecelle'nin 1796'ıncı maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Hâkim iki hasmdan hiç birisinin hediyesini kabul etmez*."

Hâkim iki taraftan hiç birisinin hediyesini kabul etmez[87] şeklinde de çevrildiği gibi "*Hâkim uyuşmazlığın taraflarından hiçbirinin hediyesini kabul etmez*"[88] şeklinde de sadeleştirilmiştir. Hüküm açıktır; uyuşmazlık halinde olan iki taraftan herhangi birinden hediye alınamayacağı ifade edilmektedir. Esasında hediyeleşmek Fıkıh'ta tavsiye edilen bir münasebet şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.[89] Hatta hediyeleşmenin sünnet olduğu da bilinmektedir. Ancak memurun özellikle de hâkimlerin hediye almaları uygun bulunmamıştır. Zira hâkimin hediye kabul etmesi, hediye verene karşı bir eğilim doğurabilmektedir.

Hediye, "insanlar arasında sevgi ve dostluk nişanesi olarak veya muaşeret kaidesi uyarınca karşılıksız verilen nesne" olarak

87 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.569

88 Yusuf Sancak, Emre Kıyak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 22, sayı 2, Konya 2014, s. 59.

89 Konuyla ilgili iki hadis şu şekildedir: (Davete icabet edin, hediyeyi reddetmeyin!) [Buhari] (Hediye, Allahü teâlânın gönderdiği güzel bir rızktır. Hediyeyi kabul edin ve karşılığında daha güzelini verin!) [H.Tirmizi]

tanımlanabilmiştir.[90] Mecelle'nin 834'üncü maddesi hediyeyi, "bir kimseye ikrâmen götürülen veya gönderilen mal[91]" şeklinde ve hibenin bir türü olarak tanımlar. Ancak hibenin hediyeden daha geniş kapsamlı olduğunu ifade etmek gerekir; zira her hediye bir hibe olabilecek iken, hediye olmayıp hibe olabilen yardım veya ibadet amaçlı diğer bağışlamalar da mevcuttur.[92]

Osmanlı hukukçularına göre hediye 4 kısma ayrılmıştır. Birinci kısım, her iki taraf için de helal olan hediyedir. Hâkim ve memur olamayanların birbirlerine verdikleri hediye bu kapsamda öngörülmüştür. Hâkimin bu hediyeyi dahi kabul edemeyeceği, zira bu hediyenin rüşvet gibi sayıldığı ifade edilmektedir. İkinci kısım, iki tarafa da haram olan hediyedir. Haksızlığa karar verdirmek üzere verilen hediye buna örnektir. Üçüncü kısım, sadece alana yasak olan hediyedir. Bir kimsenin kendisine yapılan haksızlıktan vazgeçilmesi için hediye vermesi buna örnek olarak gösterilmiştir. Dördüncü kısım, canına veya malına gelebilecek zarardan korktuğu için verilen hediyedir. Bunun verilmesi helal, alınması ise haram olarak değerlendirilmiştir. Birinci kısım olarak ifade edilen hediyeleşme de dâhil olmak üzere hâkimin hiçbir şekilde hediye alamayacağı belirtilmektedir.[93]

İslam hukukunun ikinci asli kaynağı olan hadislerde memurun hediye almaması gerektiği yönünde çok fazla örnek vardır. "*Memurların hediye alması ihanettir*."[94] Hadisi ile "*Benim gönderdiğim memura ne oluyor ki; bu sizin bu da bana hediye edildi, diyor! Babasının yahut da anasının evinde otursaydı, kendisine hediye edilecek mi edilmeyecek mi baksaydı ya*!..."[95], "*Yöneticilerin*

90 Ali Bardakoğlu, Hediye, DİA, XVII, s. 151 vd.

91 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.256

92 Bardakoğlu, s. 151.

93 Ali Haydar Efendi, s. 433; Mülteka 2/98; SERAHSİ, C. XVI, 82.

94 Ahmed b. Hanbel, IV, 424; Telhîsü'l-Habîr, IV, 189; Mecmaü'z-Zevâid, IV, 200; www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016.

95 Buhari, Ali Haydar Efendi, s. 433.

hediye almaları gulüldür/devlet malını çalmaktır"[96] Hadis-i şerifi bunu ifade etmektedir.[97] İslam hukukunun ilk dönem uygulamalarında da bu hükümlere sıkı bir şekilde riayet edilmiştir. Nitekim Hz. Ömer (r.a.) memur olarak atadığı bir kişinin birçok hediye getirdiğini görmesi üzerine, "bunları nereden aldığını" sormuştur. "Aldığım hediyelerdir" cevabını duyunca yukarıdaki Hadisi işaret ederek, hediyeleri beytülmala aktarmıştır.[98]

Mecelle'deki tanıma binaen insanlar arasındaki husumeti ve davayı yürürlükteki hükümlere göre çözme yetkisine sahip olan kişinin, yani hâkimin böyle bir hakkı yoktur.[99] Osmanlı hukukçuları da hâkimin birkaç istisna dışında hiçbir şekilde hediye kabul etmeyeceği hususunda hemfikirlerdir.

---

96 Ahmed b. Hanbel, Müsned, V/424'den aktaran Aslan, s. 51.

97 Vehbe ez-Zühay!î, el-Fıkhu'l-İslâmî fî Üslûbi hi'I-Cedîd, II, 594; Bedâyiu's-Sanâi, VII, 9; Fethu'l-Kadîr, V, 497; Lübâb, IV, 81. www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016.

98 Memurun aldığı hediyeleri devlete aktarması hususunda başkaca hadisler de mevcuttur: Adiyy b. Amîre el-Kindî'den, Rasûlullah (s.a)'ın şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir: "Ey insanlar, sizden birisi bizim bir işimizin başına getirilir de o işten (hasıl olan) bir iğneyi veya daha küçüğünü bizden gizlerse bu (gizlediği şey onun boynuna geçecek) bir bukağıdır. (Bu kimse) kıyamet gününde Allah'ın huzuruna onunla beraber gelir. (Ravi, sözlerine şu şekilde devam etmiştir:) Ensar'dan siyah bir adam ayağa kalktı, (şu anda ben) o adamı görüyor gibiyim. Ey Allah'ın Rasûlü, görevini benden geri al, dedi. (Hz. Peygamber de ona): "Bu (sözü söylemenin sebebi) nedir?" diye sordu.
Ben seni şöyle şöyle derken işittim; karşılığını verdi. (Bunun üzerine Hz. Peygamber): "Ben bu sözü (yine de) söylüyorum. Bizim bir işte görevlendirdiğimiz kimse (bu görevi esnasında halktan almış olduğu malların) azını da, çoğunu da (bize) getirsin. Bu iş (in)den dolayı (kendisine) verileni alsın. Alınması yasaklanan şeyi de almasın" buyurdu. Ahmed b. Hanbel IV, 192. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi, Şamil Yayınevi: 13/160-161, www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016

99 Hâkimin bir şekilde hediye alması durumunda ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Hediyeyi kimin verdiği bilinmekte ise Mecelle'nin 890 ve 891'inci maddeleri gereğince (mal-ı magsub) gasp edilmiş mal olarak kabul edilen hediye mevdus ise aynen, değil ise bedelen sahibine iade edilmelidir. Eğer sahibi belli değil veya sahibine iade edilemiyorsa, beytülmala aktarılmalıdır, Feth ve İnaye, Ali Haydar Efendi, s. 434; Nasi Aslan, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Karahan Kitabevi, Adana 2014, s. 52.

Hâkimin hediye alabileceği istisnai durumlar ise şu şekilde ifade edilmiştir.[100] İlk istisna, bir hâkimin ancak kendisinden rütbece kıdemli olan ve kendisine hâkimliği veren kişiden hediye kabul etmesi halidir. Örneğin bir vilayet kadısının, kendi kazası dâhilindeki nahiyelere yetkisi dahilinde naip ataması halinde naiplerin anılan kadıdan hediye almasında sakınca yoktur.[101] İkinci istisna hâkimin derdest davası olmadığı müddetçe akrabasından hediye alması halidir. Buna izin verilmesinin fıkhi delili, hediyeyi reddetmenin akrabalık ilişkisini kesmek olarak algılanabileceği, bu durumun ise haram olarak nitelendirilmesidir.[102] Üçüncü istisna derdest davaları olmadığı müddetçe hâkim olmadan önce kendi arkadaşları olup sürekli hediyeleştiği kişilerin mutat sayılabilecek hediyelerini kabul etmesidir. Bu hediyenin kabul edilmesi veya bu hediyenin rüşvet olarak görülmemesinin nedeni, buradaki hediyeleşmenin âdetin gereği olmasıdır. Buradaki hediye, hâkimlikten veya sıfattan olmadığı aşikârdır. Ancak buradaki hediye mutat olmalıdır. Mutadın dışında verilen hediye iade edilmelidir. Mutat dışındaki kısım iade edilemiyorsa hediyenin tamamı iade edilmelidir. Örneğin hâkim olmadan önce hâkime ketenden elbise verilmesi mutat ise, ancak hâkim olduktan sonra ipek elbise verilmiş

---

100 Halebi, s. 98; Hukuk-i İslâmiyye Kamusu, VIII, 220. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi, Şamil Yayınevi: 13/161; www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016; Ali Haydar Efendi, s. 434; Saffet Köse, İslam Hukukuna göre rüşvet suçu ve cezası, İHAD, 11, s. 158, 159; Aslan, s. 51, 52.

101 Mecelle'nin 1805'inci maddesi bu şekilde görevlendirmenin mümkün olabileceğini göstermektedir. Madde 1805.- Hâkim, eğer izin verilmiş ise bir diğer kimseyi kendisi yerine yetkili kılabilir (naip),azledebilir. Eğer izin verilmemiş ise yetkili kılamaz. Kendisinin görevine son verilmesi veya ölmesi halinde yerine yetkili kıldığı kimsenin görevi son bulmaz.
Bu sebeple bir ilçenin hâkimi vefat ederse yerine bir başka hâkim gelinceye kadar o ilçedeki davalara,ölen hâkimin yetkili kıldığı kişi bakabilir,sonuçlandırabilir.
Madde 1805.- Hâkim eğer nasp ve azl-i naibe mezun ise diğer kimseyi kendisine naip nasb ve anı azl edebilir;değilse edemez;ve kendisinin ma'zul ya fevt olması ile naibi naibi mün'azil olmaz. (1460 maddeye bak)
Binaenaleyh bir kazanın hâkimi vefat ettik de yerine diğer hâkim gelinceye dek ol kazada vuku' bulan dâ'vayı hâkimi müteveffanın naibi istima' ve hüküm verebilir.

102 Mecme 'u'l-enhur, Ali Haydar Efendi, s. 434.

ise hâkim tamamını iade eder. Görüldüğü üzere hâkimin hediye kabul edebileceği haller çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Şartlardan ilki herkesin hediye veremeyeceğidir. İkinci şart ise bu konuda sürekliliğin olmasıdır. Bu sürekliliğin başlangıcı ise hâkim olmadan önceki döneme tekabül etmelidir. Bir başka şart da verilen hediyenin daha önce verilen hediyeler ile benzer nitelikte olmasıdır. Son olarak da bu kişilerin görülmekte olan davalarının olmaması gerekmektedir.

Madde hükmünde geçen "hasmeyn" yani taraflar ifadesi, Ali Haydar Efendi tarafından geniş yorumlanmaktadır. Yazara göre, burada sadece davadaki taraflar değil, davası olmayan kişiler de anlaşılmalıdır. Zira ona göre kimden olursa olsun hâkimin hediye alması haramdır.[103] Kanaatimizce de Ali Haydar Efendi, kanun hükmünü çok geniş yorumlamaktadır. Eğer hiçbir şekilde hâkimin hediye alması istenmemiş olsaydı, kanuna bu şekilde ifade konabilirdi fikrine sahibiz.

Maddede geçen hediye ifadesi de geniş bir şekilde yorumlanabilir. Hükümde "hediye" ifadesi kullanıldığı için hâkimin, ödünç mal veya para alıp verebileceği veya eşya alım satım işlemi yapabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Bu hususta zaten 1795'inci madde izah edilirken, hâkimin bunları dahi yapabilmesinin belli şartları olduğunu vurgulamış idik. Hediyenin miktarı ve ekonomik karşılığı da kanaatimizce mühim değildir. Zira, ekonomik anlamda çok kıymetsiz olan bir nesne, hâkim için manevi olarak çok değerli olabilir, ve bu durum karar vermesine etki edebilir.

Rüşvet ile hediye arasındaki münasebet İslam hukukunun ilk dönemlerinden itibaren üzerinde durulan esaslı problemlerden birisidir. İslam hukukçularından bir kısmı kamu görevlisinin hediyesini, rüşvet ile bir tutmuştur. Ömer bin Abdulaziz, "*Hediye, Peygamber Efendimiz döneminde hediye iken, zamanımızda rüşvettir*" şeklinde fikir beyan

103 Ali Haydar Efendi, s. 433; Nitekim Halife Ömer b. Abdilazîz'in kendisine hediye edilen elmayıkabul etmediği, orada bulunan akrabalarından birisinin satın alıp kendisine hediye etmesi üzerine yediği rivayet edilir; Köse, Rüşvet, s. 158-159.

ederek, kamu görevlisinin alacağı hediyenin rüşvetten farkı olmadığını vurgulamaktadır.[104] Hz. Peygamber döneminde birisine hediye veren, gayr-ı meşru herhangi bir beklenti içinde değildi ve amacı sadece sevgiyi ve muhabbeti pekiştirmek idi. Daha sonra ise bu durum değişti ve hediye veren, karşı taraftan gayrı meşru bir menfaat elde etme amacıyla hediye vermeye başladı ki bu rüşvet anlamına gelmektedir.[105] Ali Haydar Efendi de, Cilâ'ül-Kulûb, li'l-Birgivî'ye atıf yaparak "Esdika ve mu'ârifin başkasından hediyye câiz değildir. Zîrâ hediyye-i mezkûre rüşvet-i mesturedir" demektedir.[106] Yani hediyenin gizli, üstü örtülmüş bir rüşvet olduğuna işaret etmektedir. Aslında rüşvetin hediye olarak kamuflesi, hukuken izin verilmeyen sonuçların ya da menfaatlerin, meşru hükümler arkasına gizlenip şekli bir meşruiyete dayanarak yani kanuna karşı hile yapılarak elde edilmeye çalışılmasının bir örneğidir.[107]

Maddede rüşvet ifadesi geçmese de rüşveti de bu madde kapsamında değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir. Hediye ile rüşveti birbirinden ayıran temel faktör menfaat beklentisinin bulunup bulunmamasıdır.[108] Rüşveti, hediyeden ayıran unsurun amaç olduğu belirtilebilir. Rüşvet, yardım (i 'âne) şartıyla, hediye ise bu şart olmaksızın verilen mal olarak belirtilmiştir.[109] Rüşvet İslam Hukukunun asli kaynaklarından hem Kuran hem de Hadis ile yasaklanmıştır.[110] Kanaatimizce rüşvet, etik ihlalinin

104 Reddi Muhtar ve Fethül Kadir, Ali Haydar Efendi, s. 433; Buhârî, "Hibe", 17; Husâmü~~ehîd, s. 88; Köse, s. 157; Aslan, s. 50.

105 Köse, Rüşvet, s. 157.

106 Ali Haydar Efendi de, Cilâ'ül-Kulûb, li'l-Birgivî, s. 433.

107 Köse, Rüşvet, s. 156.

108 Köse, Rüşvet, s. 158.

109 Ali HaydarEfendi, s. 434, 435.

110 "Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin" (Bakara 2 / 188) ayeti ilke olarak Allah'ın mübah ve meşru kıldığı usullerin dışına çıkaraj haksız biçimde mal edinmek yasaklanmıştır. Nitekim ayetin devamında yer alan: "insanların mallarından bir kısmını bile bile haksız yere yemek için rüşvetle hâkimlere koşmayın" şeklindeki ifade rüşvete vurgu yapmaktadır; Köse, Rüşvet, s. 145.

ötesinde ceza hukukunun konusu kapsamındadır. Nitekim İslam, Osmanlı ceza hukukunda da kanundaki yerini almıştır.[111]

Osmanlı pratiğine bakıldığında da kayıtlarda reayadan hediye alınmaması gerektiğini görmek mümkündür. Hicri 1207 senesinde Vüzera, mirimiran, kadı ve sairenin reayadan kudumiye ve hediye adı altında herhangi bir şey almamaları gerektiği yönünde Vidin ve Silistre muhafızlarına ve kadılarına evrak gönderilmiştir.[112] Keza Hicri 1274 senesinde Erzurum'da Naib'in rüşvet alarak Penbe adlı kadının miras

111 Rüşvetin suç olduğunu 1838 tarihli Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesinde görmek mümkündür. Buna göre "Bir kimse hâkim atandıktan sonra bana yararları dokunur diye vali, mütesellim, voyvoda, muhtar ile ileri gelenlere "hediye" adı altında rüşvet verip, sonra bunun karşılığını mahkemeye işi düşen halktan alma yoluna giderse cezalandırılacaktır. Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli (Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi)", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Ankara, 1983, s. 145, 146. Anılan kanunnameye göre kamu düzenine göre zarar teşkil etmeyen küçük hediye ve bahşişlerin alınabilmesinin önünde engel yoktur. Erdoğan Keleş, "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler" (1839-1858), s. 261. Klasik dönemde de rüşvet alındığına ilişkin kayıtlar mevcuttur. Anadolu mülâzımları Kadıasker Damad Muhyiddin Efendi'nin rüsvet aldığını, fukara ulemâyı hakir gördüğünü, alt derecedeki kadılıkları büyük paralarla sattığını ve bir yılda pek çok kez tebdil edildiklerini söylerek kadıaskeri padişaha şikâyet etmişlerdir. Valide Sultan'dan da Ahîzâde Abdulhalim Efendi'nin kadıasker atanması hususunda yardımcı olmalarını istemişlerdi. Ayrıca Divân'a gelerek vezirlere şikâyetlerini bildirmişler ve Damad Efendi'yi azlettirmişlerdi; Tarih-i Selânikî, C.II, s. 826-827'den aktaran Yasemin Beyazıt, Osmanlı İlmiyye Tarkîkinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi (XVI. Yüzyıl), Ankara Üniversitesi,, SBE, Doktora tezi, Ankara 2009, s. 159; Melikşah Aydın, "İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlerin Hediye Almaları Ve Davetlere Katılmaları Hususu Ve Günümüz Modern Hukukla Karşılaştırılması" Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 2016, Yayımlanmamış Tebliğ, s. 10. Bazı hukukçulara göre yargılamanın yapıldığı yere tarafların giriş çıkışlarını düzenleyen kişilerin adlıkları şeylerde dahi hâkim dolaylı yoldan rüşvet almış kabul edilmelidir; Ömer Düzbakır, İslâ-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler, e-Journal of New World Sciences Academy 2008, Volume: 3, Number: 3, 2007, s. 535.

112 17/Za/1207 hicri tarihli belge için bk. BOA, C.ML, Dosya no: 18, Gömlek No: 850.

davasında haksızlık yaptığına dair vaki olan şikâyetin Meclis'te muhakeme edilmesine karar verilmiştir.[113]

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 4.14'de yer alan "*Hâkim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hâkim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir teberrû ya da bir iltimas talebinde ne bulunabilir ne de kabul edebilir*" şeklindeki düzenleme işbu madde ile benzerlik ihtiva etmektedir. Anılan ilkelerin şerhinde yer alan İslam hukuku başlığı altında hediyeleşme biraz daha ayrıntılı şekilde ifade edilmiştir. Buna göre "*Bir hâkimin hediye kabul etmesine izin verilemez. Bir hâkimin yetki sınırı dâhilinde diğer bir insandan kabul edebileceği yararların tüm halleri, aynı şekilde hediye olarak kabul edilmelidir.*" Dikkat edilirse bu hükümde neyin hediye olarak kabul edileceği daha ayrıntılı şekilde izah edilmiştir. Bu kapsamda hediye olarak sadece bir nesne veya eşya düşünülmemeli; yararların tüm halleri bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Gerek İslam hukuku gerekse Bangalore ilkeleri hâkimin hediye almasına belirli şartlarla müsaade etmiştir. Bangalore ilkeleri, umuma açıklama konusundaki yasal gerekler ve hukuk gözetilmek suretiyle hâkim; tarafgirlik görüntüsüne yol açmayacak veya yargısal görevlerin icrasında hâkimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi yaratmayacak hatıra kâbilinden hediye, ödül veya benzeri şeyi alabilir demektedir. Şu durumda İslam hukukunun getirdiği tahditlerle buradaki sınırlamalar arasında fark vardır. İlk olarak Bangalore ilkelerinde verilecek hediyenin hatıra kabilinden olması üzerinde durulmaktadır. İslam hukukunda ise mutat olan hediyeler, hatıra kabilinden olmayabilir. İslam hukukunun burada dikkat ettiği husus, hediyenin daha evvelden beri veriliyor olması ve mutat olmasıdır. İkinci fark Bangalore ilkelerinde hediyenin kimden geldiği ile ilgili bir sınırın olmamasıdır. İslam hukuku bu konuda da yukarıda da izah edildiği üzere sınır getirmiştir. Belirtmek gerekir ki her iki düşünce de hediyenin hâkimin kararına bir etki yaratmamasını hedeflemektedir. Ancak İslam hukuku kazuistik metot ile gelişmesine bağlı olarak daha spesifik örnekler ile konuyu ele almıştır.

113 17/S/1274 hicri tarihli belge için bk. BOA, A.}MKT.UM, Dosya No: 294, Gömlek No: 11.

Bangalore etik ilkeleri şerhi ekinde yer alan İslam Hukuku başlığında, yukarıda bahsettiğimiz hediye alma istisnalarına yer verilmemiştir. Şerhte "Hâkimin hediye kabul etmesine izin verilemez. Hâkimin muhakeme sırasında diğer bir insandan kabul edebileceği yararların tüm halleri, aynı şekilde hediye olarak kabul edilmelidir"[114] denilmektedir. Yine anılan şerhin atıfta bulunduğu Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî adlı eserinde Hâkimin, davası olmamak kaydıyla yakınlardan hediye alabileceğinden, kadı olarak atanmadan evvel mutat olarak aldığı hediyeleri almaya devam edeceğinden ancak hâkim olduktan sonra kendisine verilen hediyelerin kıymetinde artış olması halinde hediyeyi kabul etmemesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Görüldüğü üzere tek istisna olarak kendisinin atanmasında yetkisi olan kişiden hediye alabileceği hususu burada zikredilmemiştir.

Pozitif milli hukukumuzda da HSK m. 68/2-f, hâkimin, *doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemesini ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul veya iş sahiplerinden borç istemesi veya almasını* "yer değiştirme" disiplin cezasının verilmesini gerektiren bir davranış olarak öngörmüştür.

Sonuç olarak hâkimin hediyeleşmesi İslam hukukunun bu konuda ayrıntılı hükümleri çerçevesinde şekillenmiş ve Mecelle'de yerini almıştır. Rüşvet ile ilişkilendirilerek izah edilen hediye mefhumu esasında hoş görülen hatta tavsiye edilen bir tutumdur. Ancak hâkimler için yapılmaması gereken davranış olarak görülmüştür. Mecelle her ne kadar hâkimlerin hangi hallerde hediye alacağını hükme bağlamamış olsa da gerek Osmanlı hukukçuları gerekse çağdaş islam hukukçuları bazı şartların varlığı halinde hâkimlerin hediye alabileceğine değinmektedirler. Bu maddede dikkat çeken bir başka husus da hükmün geniş zamanla ifade edilmiş olmasıdır. Bu şekilde hediye kabul etmenin mesleğin vakarına hiçbir zaman yakışmayacağı vurgulanmış olmaktadır. Ayrıca hükmün bu özelliği, hediyenin ne zaman alınmayacağı hususunda da fikir vermektedir. Şu durumda hâkim, ne hükümden önce ne de hükümden sonra hediye kabul edemez. Yani hâkim, davanın sonuçlanmasından, kesinleşmiş olmasından sonra da hediye kabul edemez.

114 www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

Ziyafetlere Katılmama

Osmanlı hâkimlerinin ziyafetlere katılmaları da etik ihlali olarak değerlendirilmiştir. Mecellenin 1797'inci maddesi bu durumu kısa ve öz bir şekilde ifade etmiştir: *"Hâkim mütehasımeynden hiç birisinin ziyafetine gitmez."*[115] Bu durumun hâkim için töhmet nedeni olabileceği ve onu zan altında bırakabileceği düşünülmüştür.[116]

"Hâkim taraflardan hiç birisinin ziyafetine gitmez." şeklinde sadeleştirilecek hükümde üzerinde durulması gereken olgu ziyafettir. Ziyafet, sözlükte misafir kabul etme, misafire yedirip içirme şeklinde tanımlanmıştır.[117] Ziyafet, düğün ve doğum gibi bir olay dolayısıyla, bazen de böyle bir sebep olmadan insanları davet edip toplu yemek verme durumu ve bu şekilde verilen yemek için kullanılır.[118] Ziyafete katılmak, sünnet olup tavsiye edilen bir husustur.[119] Ancak hâkimlerin ziyafetlere katılması etik görülmemiştir.

115 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.569

116 Aslan, s. 55.

117 Devellioğlu, s. 1190.

118 Mustafa Çağrıcı, Ziyafet, DİA, 2013, cilt 44, s. 495 vd.

119 Ziyafet veren kişi davet ederken zengin fakir ayırımı yapmamalıdır. Zira bir hadiste, "Yemeklerin en kötüsü zenginlerin çağırılıp fakirlerin çağırılmadığı ziyafet yemeğidir" denilmiştir (Buhârî, "Nikâĥ", 42; Müslim, "Nikâĥ", 107; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1). Davetlerde akrabalara öncelik verilmeli, ardından dostlar, tanıdıklar çağırılmalıdır. Ziyafet veren kimse övgü ve itibar peşinde olmayıp dostlarını memnun etmek, Peygamber'in sünnetini yaşatmak ve insanların gönlünü hoş tutmak gibi amaçlar taşımalı, ziyafete katılmakta sıkıntı çekecek kimseleri çağırmamalıdır. Davet edilen de zengin fakir ayırımı yapmaksızın mümkün olduğu ölçüde davete icabet etmelidir. Nitekim Hz. Peygamber kölelerin ve yoksulların davetine de katılırdı (İbn Mâce, "Ticârât", 66, "Zühd", 16; Tirmizî, "Cenâøiz", 32). Özellikle düğün yemeğine katılmanın önemi üzerinde durulmuş, bunun farz-ı ayın, farz-ı kifâye veya sünnet olduğu belirtilmiş, diğer ziyafetlere katılmak ise müstehap sayılmıştır (Gazzâlî, II, 42; Akfehsî, s. 36; İbn Tolun, s. 41-42). Resûl-i Ekrem davet edilenlerin davete katılmalarını öğütlemiş (Müslim, "Nikâĥ", 97, 98, 100-106; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1), mazeretsiz davete icabet etmeyenlerin günahkâr olacağı bildirilmiştir (Müslim, "Nikâĥ", 110; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1; İbn Mâce, "Nikâĥ", 25). Kendisi davet edildiğinde Medine'ye çok uzaktaki yerlere bile giderdi (Müsned, II, 424, 479, 481, 512; Buhârî, "Hibe", 2, "Nikâĥ", 73; Müslim, "Nikâĥ", 104); Çağrıcı, Ziyafet, s. 496. Hz. Peygamber "Davete gitmeyen kimse Ebu'l-Kasım'a (peygambere) karşı gelmiştir buyurmuştur. Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/88; İbn Mâce, Cenaiz 1; Tirmizî, Edeb 1; Berki, s. 162.

Hatta fetvalarda hâkimin, tarafların yemeğini yemesi halinde o uyuşmazlık hakkında hüküm veremeyeceği belirtilmiştir. Örnek olarak Ebusuud efendinin fetvasını verebiliriz: "Mes'ele: Zeyd-i kâdî, hükm-i şerîf ile ahar kadılığa vardıkta, da'vâcıların sofrayla getirdikleri yemeği yese hükmü nafiz olur mu? El-cevap: Yemeğin yediğine hükmü nafiz olmaz."[120]

İslam Osmanlı hukukçuları, hâkimin hasımlardan birine ait olmayan ziyafetlere gidebilip gidemeyeceğini ziyafetin umumi veya hususi olmasına göre değerlendirmişlerdir. Ziyafetin umumi olup olmaması davet şekli ile anlaşılmaktadır; herkesin çağrıldığı davetler umumi ziyafet iken, hususi olarak birinin çağrıldığı davetler hususi ziyafet olarak nitelendirilmiştir. Şu durumda hâkimin kendisi için hazırlanan, bir başka ifadeyle kendisi bulunmasaydı hazırlanmayacak olan davetlere iki istisna dışında gitmemesi gerektiği ifade edilmiştir.[121] Bu düşüncenin altında yatan faktör, hâkimin toplum üyelerinden bedelsiz bir şekilde menfaatlenmesinin yasak olmasıdır. Hâkimin ziyafete gitmesi diğer insanlardan bedelsiz bir şekilde menfaat sağlaması olarak algılanmıştır. Bu durum ise karşı tarafı, korkutacak, sıkıntıya sokacak, hâkimi ise töhmet altına sokacaktır.[122]

İstisnalardan[123] ilki mahrem olan hısımlarının hususi davetleridir. Zira bu davet, sıla-ı rahim olarak kabul edilmiştir. Bunun reddedilmesi

120 DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983, s. 133.

121 Halebi, s. 98; Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî 'dan aktaran Bangalore Şerhi, Serahsi. Atar, Kadı, s. 69. Bu konuda müçtehitlerin farklı düşüncelere sahip olduklarını görebiliyoruz. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre hâkim kendi yakın akrabaları dahi olsa özel davetlere gidemez. İmam Muhammed'e göre ise gidebilir. Fetâvâyi Hindiyye, C. VI, 270. Fetâvâyi Hindiyye, tercüme: Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004; Aslan, s. 55.

122 Velvâliciyye ve İnaye ve Feth, Ali Haydar Efendi, s. 437.

123 Redd-i Muhtar, Ali Haydar Efendi, s. 437; Halebi, 2/98, Zuhayli Vehbe. İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, s. 8/255 İstanbul, 1994; Ebubekir Yağmur, İslam Hukukuna Göre Hâkimin Ahlaki Yönü, Yeni Ümit Dergisi, Nisan Mayıs Haziran 2000, Yıl 12, sayı 48, http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/islam-hukukuna-gore-hakimin-ahlaki-yonu e.t.: 15/04/2016, Aslan, Yargılama Etiği, s.55. Eğer daveti yapan akraba hâkimi, hâkim olmadan önce hiç davet etmemişse ve fakat hâkim olduktan sonra davet etmeye başlamışsa bu akrabanın da davetine gidilmemelidir. Fetâvâyi Hindiyye, C. VI, 270

hoş karşılanmamıştır. Ancak davet eden kişinin davasının olmaması gerekir. İkinci istisna şu şekildedir: Hâkim, mesleğe başlamadan önce de katıldığı mutat olan hususi davetlere katılabilir. Elbette burada da davet edenin davasının olmaması gerekir. Keza mutadın dışındaki davetlere gitmemesi gerekir. Yani hâkim olmadan evvel ayda bir kez hususi ziyafet düzenleniyorsa, hâkim olduktan sonra süre haftada bire düşürülmüşse hiçbirine gitmemesi gerekir.

Taraflar dışındaki kişinin umumi ziyafetine gidilmesine engel bir hal gözükmemektedir. Umumi davetlere taraflardan birisinin gelmiş olması töhmet konusu olarak sayılmamıştır.[124] Şu durumda yasak, hükümdeki "mütehasımeyn" yani taraflar ile sınırlıdır.

Hâkimin cenazeye gitmesinde ve hasta ziyaretinde bulunmasında bir sakınca bulunmamaktadır, çünkü hasta ziyareti ve cenazeye katılmak Hz. Peygamberin sünnetidir.[125] Nitekim hükümde ziyafete gitmek esas itibariyle etik görülmemiştir. Ancak bu gibi ziyaretlerde hâkim çok fazla vakit geçirmez ve dava konusunu konuşamaz.[126] Keza taraflardan birisinin hasta olması durumunda hâkimin onu ziyarete gitmemesi tavsiye edilmiştir.[127]

Osmanlı uygulamasına baktığımızda hâkimlerin yer aldığı ziyafetlerin masraflarının hazine tarafından karşılandığını görüyoruz. Örneğin Gelibolu Kadısı Mustafa Çelebi ile halifeleri Kasım ve Hamza'ya ve Midilli Kadısıyla sair bazı kadılara ve mimarbaşı ile hatib ve müderrislere ve Dergâh-ı Ali'ye mensup uzeban, sipahiyan ile çavuşane ve seyyidan ile talebe ve dervişane ve Hacı Bektaş cemaati ile saireye Rebiülahir ayının muhtelif

124 Yağmur, aynı yer, s. 196; Aslan, s. 55.

125 Serahsi, C. XVI, 81; Bazı müellifler hasta ziyaretinin de fazla uzun sürmemesi gerektiği görüşündedirler. Sünnete uygun olan da budur. İbn Abidin, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, terc. Mehmet Savaş, İstanbul, 1985, C. XII, s. 164; Ali Haydar, C. IV, s. 437, Mahmut Şen, İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 6, Ankara 2015, s. 519.

126 Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî'dan aktaran Bangalore İlkeleri Şerhi. Keza hâkim gittiği düğün ve cenazelerde de baktığı davalar hakkında konuşmamalıdır; Şen, s. 519.

127 Mecme 'u'l-enhur, Ali Haydar Efendi, s. 437. Fetâvâyi Hindiyye, VI, 265.

günlerinde verilen ziyafetlerde sarf edilen et, ekmek, peynir, sadeyağ ve bal ile saireden ibaret mekulat mühimmatının mikdar ve müfredatını ve bu uğurda sarf edilen mebaliğin muhasebesini ihtiva eden muhasebe defteri tutulmuştur.[128] Kanaatimizce bu şekilde yukarıda bahsettiğimiz töhmet altında kalma durumu engellenmek istenmiştir.

Bangalore ilkelerinde hâkimlerin taraflara misafir olarak gidemeyeceğine ve buralarda şaşalı yemekler yiyemeyeceğine ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak HSK md 68/ b bendinde hâkimin, yaptığı işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırması yer değiştirme disiplin cezasının verilmesini gerektiren bir davranış olarak sayılmıştır.

Literatürde bazı yazarlar, ziyafetin de Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 4.14 de belirtilen hediye kapsamında değerlendirilebileceği fikrini ileri sürmüşlerdir.[129] Ancak bizce hediye ile ziyafet yani taraflara misafir olma aynı manada kabul edilmemelidir. Zira misafirlikte hiçbir ikram veya nesnel bazda fayda sağlanmayabilir. Ancak misafirlik, ağırlayan ve giden kişi arasında bir hukuk oluşturmakta, tarafları birbirine yakınlaştırmakta ve dostane bir münasebet kurmasını sağlamaktadır. Mecelle böyle bir münasebetin, karar alırken hâkimi sübjektif değerlendirmeye iteceğini düşünmekte ve bu fiili yasaklamaktadır.

Bangalore etik ilkeleri şerhi ekinde yer alan İslam Hukuku başlığında ise bu minvalde bir hükme rastlamak mümkündür. Şerhin 3'üncü maddesi, hâkimin sosyal olarak kabul edilmeyen hiçbir davranışta bulunmaması gerektiğine değinerek başkalarıyla aşırı bir şekilde sosyalleşmemesini vurgulamıştır. Madde hâkimin, kendisi için düzenlenmiş olan umumi toplantılara da katılmaması gerektiğine değinmiştir.

Ezcümle Osmanlı hâkimlerinin tarafların ziyafetlerine gitmemeleri gerektiği hükme bağlanarak herhangi bir töhmetin önüne geçilmek istenmiştir. Hatta hâkimlerin kendileri için hususi olarak organize edilen ziyafetlere de katılmamaları gerektiği Osmanlı hukukçuları tarafından ifade

128 Bila tarihli BOA, MAD.D, vesikanın Gömlek Nosu: 7987'dir.

129 Sancak, Kıyak, s. 59.

edilmiştir. Pratikte hâkimlerin katıldığı ziyafetlerin masraflarının hazine tarafından karşılanması böyle bir töhmetin önüne geçmek için alınan bir tedbir olarak değerlendirilebilir. Bu hüküm ayrıca bize yine hâkimin duruşma dışında yapamayacağı fiillere örnek teşkil etmesi açısından önemlidir.

Kötü Anlaşılmalara ve Töhmete Yol Açmama (Özel İlgi Göstermeme)

Mecelle'nin 1798'inci maddesi, Osmanlı hâkimlerinin kötü zana ve kendilerini töhmet altına sokabilecek tutum ve davranışlarda bulunmamaları gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: *"Esnâ-yı muhakemede hâkim tarafeynden yalnız birisini hanesi kabul etmek ve meclisi hükümde biriyle halvet veyahut ikisinden birine el ya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve hareket de bulunmamalıdır"*

"Hâkim; dava görülürken, evinde taraflardan yalnız birisini kabul etmek, karar sırasında birisiyle yalnız kalmak veya ikisinden birine el, göz veya baş ile işaret etmek veya taraflardan birine gizlice yahut diğerinin bilmediği dil ile söz söylemek gibi kötü anlaşılmalara ve suçlamalara sebep olabilecek tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır."[130] şeklinde sadeleştirilebildiği gibi *"Yargılama sırasında hâkim, taraflardan yalnız birini hanesine kabul etmek ve bu yargı meclisinde (taraflardan) biriyle yalnız kalmak ya da ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret etmek veya onlardan birine gizli söz yahut diğerinin bilmediği dil ile söz söylemek gibi itham veya şüpheye sebep olabilecek hal ve davranışta bulunmamalıdır."*[131] şeklinde de sadeleştirilebilir. *Atilla Pınar ise "Hâkim; mahkeme esnasında taraflardan yalnız birini hanesine kabul veya hüküm sırasında biriyle yalnız kalmak veya taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret eylemek veya taraflardan birine gizli lakırdı veya diğerinin bilmediği lisanla söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır." şeklinde günümüz diline çevirmiştir.*[132]

130 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.569

131 Sancak, Kıyak, 60.

132 Pınar, Hâkimin Adabı, 341.

Burada da diğer etik ilkelerinde olduğu üzere hâkimin hal ve hareketleri üzerinde durulmaktadır. Hâkimin, neyi yapıp neyi yapamayacağı ifade edilmektedir. Hükmün amacı bu fiillerin suizana ve töhmete neden olabilmesidir. Esasında suizan ve töhmet, yani kötü anlaşılma ve suçlamalara sebep olacak her türlü davranış yasaklanmıştır. Dolayısıyla hedefte bu sonuçları doğurabilecek davranışlar yasaklanmaktadır.

Madde nelerin suizan ve töhmet doğurabileceğini örneklendirmiştir:

- Taraflardan yalnız birini hanesine kabul etme mümkün değildir. Şu durumda ikisi aynı anda kabul edilebilir. Ancak tek kişi kabul edilemez.
- Hüküm verileceği sırada biriyle yalnız kalma mümkün değildir.
- Taraflardan birine el göz kaş baş hareketleri ile işaret etmek uygun değildir.
- Taraflardan birine gizli bir söz söylemek etik görülmemiştir.
- Taraflardan birinin diğerinin bilmediği dilde söz söylemek de uygun görülmemiştir.

İslam hukukçuları hâkimin hasımlardan birisine tek taraflı tebessüm etmesini, gülmesini veya herhangi bir şekilde işaret etmesini de bu kategoride saymıştır.[133]

Bu gibi fiillerde bir tarafa meyletme ve diğer tarafa haksızlık etme söz konusu olabileceğinden buna bağlı olarak da töhmet altında kalınacağından hâkimin bu fiillerden uzak durması gerekmektedir. Zira bu durum diğer tarafın aklına şüphe düşebilir, birini diğeri aleyhine cesaretlendirebilir, diğer taraf için hâkim hasım tarafı destekliyor intibaı verebilir ve bundan ötürü hâkimin söz konusu davayı terk etmesini isteyebilir.[134]

133 Mergınânî, el-Hidâye, c. III, s.103'den aktaran Aslan, s. 56.

134 Şerh-i Mecma ' ve Velvâliciyye, Ali Haydar Efendi, s. 437; Bilmen 8/220; Yıldırımer, s. 46; Aslan, s. 56.

Ancak hâkim davası olmayan kişileri, ziyaret edebilir ve hanesine kabul edebilir.[135]

Hâkimin, tarafları kendi hanesine davet etmemesi gerektiği gibi davetsiz bir şekilde gelmeleri halinde de kabul etmemesi gerekir.[136] Ancak iki tarafın ikisini birden davet etse ve ziyafet verse bunda bir sakınca olmadığı belirtilmiştir.[137]

Bu hükümden yola çıkarak hâkimin, taraflardan birisine bağırmaması gerektiği de zikredilmiştir. Bunun tek istisnası yargılama usulüne aykırı davranıştan ötürü tedip amaçlı sesleniştir.[138]

Madde hükmü, hâkimin taraflara telkinde bulunmaması gerektiği şeklinde de yorumlanmıştır. Hâkimin sadece taraflara telkinde bulunması yasaklanmamış, şahitlere ise töhmete sebebiyet vermediği müddetçe telkinde bulunabileceği ifade edilmiştir.[139] Örneğin davacı 2500 akçeyi dava ettiğini ifade etse, şahit ise 2000 akçeye şahitlik etse, 1708'inci madde uyarınca davanın reddedilmesi gerekir. Ancak hâkimin şahide "davacının, davalıyı 2000 akçesinden ibra etmesi ihtimaldir" demesi ile şahidin de "evet, davacı 2000 akçeyi ibra ettiğine göre şimdi 500 akçe alacağı kaldı" demesi telkin neticesinde meydana gelmiştir.[140] Bu örnekte olduğu gibi şahidin de töhmete sokacak şekilde telkin edilmemesi gerekir. Bu noktada

135 Berki, s. 162.

136 Feth ul Kadir, Ali Haydar Efendi, s. 438.

137 Redd-i muhtar, Ali Haydar Efendi, s. 438.

138 Redd-i muhtar, Feth, Ali Haydar Efendi, s. 438

139 Ancak huzura çıkan taraflardan birisinin aşırı heyecan ve korkudan dolayı konuşamaması nedeniyle hâkimin onu sakinleştirmesi ve derdini anlatabilmesi için yardımcı olmasında beis görmeyen hukukçular da vardır; DEMİR Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, Yitik Hazine Yayınları, 2010, s.26; Şen, s. 519. Anılan görüş Ebu Yusuf ve İmam Şafii'ye aittir; Ebu Yusuf'a göre bu, istihsanen caizdir. Çünkü yargının meşru kılınmasındaki gaye insanların haklarını muhafaza etmektir. Şahitler de nihai itibariyle gerçeğin ortaya çıkmasında bir araçtır; Aslan, s. 57.

140 Redd-i muhtar, Ali Haydar Efendi, s. 438; İbrahim Halebi de töhmet altına sokabilecek ve telkin içerebilecek örnek soruyu şu şekilde yazmıştır. "Falan davaya şu şekilde şahitlik eder misin?", Halebi, s. 98.

Ebu Yusuf'un diğer müçtehitlerden farklı bir yaklaşımı olduğunu da zikretmek gerekir. Ebu Yusuf'a göre töhmet olmayan yerde şahide telkinde bulunmak "güzel" olarak değerlendirilmiştir.[141] Yani, sorulacak soru, bir tarafı töhmet altına sokmayacaksa, konunun daha iyi anlaşılması için nispeten yönlendirici soru sorulması davanın çözülmesi açısından iyi bir yöntemdir.

Hükümde geçen "gizli bir söz söylememe" gereği sadece hâkimler için geçerli değildir. Duruşma sırasında yer alan diğer görevliler de örneğin hademe, kâtip, muhzır da taraflarla gizli bir şekilde konuşmamalıdır. Hâkim görevlileri bu açıdan da kontrol etmelidir. Ayrıca hâkim, mahkeme dışında dava konusuna ilişkin taraflar ile konuşmamalıdır.[142]

Ali Haydar Efendi bu hükümden yola çıkarak hâkimin duruşma sırasında dilekçe alamayacağını ancak duruşma sonrasında alabileceğini ifade etmiştir.[143]

Bu hususlar HSK 36'ıncı ile ilişkilendirilebilir. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, "*Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır*" şeklindeki 2.2 düzenlemesi, "*Hâkim, meslekî davranış şekli itibariyle, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır*" şeklindeki 3.1 ile "*Hâkimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir*" şeklindeki 3.2 düzenlemeleri de 1798'inci ile benzerlik arz etmektedir.[144]

Şerhin 7'inci maddesi çağdaş İslam hukukçuları hâkimin davanın her aşamasında taraflara eşit davranması gerektiğini yazmaktadır. Buna göre,

141 Halebi, s. 98. Örneğin şahitlere "şuna" veya "olayın şu şekilde gerçekleştiğine şehadet eder misin?" diye hakkın ortaya çıkmasına yardımcı olmak amacıyla yol gösterici telkinde bulunabilir. Ebu Yusuf'a göre bu istihsânen caizdir; Aslan, s. 57.

142 Redd-i muhtar, Velvaliciyye, Ali Haydar Efendi, s. 438.

143 Ali Haydar Efendi, s. 438.

144 Sancak, Kıyak, s. 60.

hâkim, davanın taraflarına, ister baba ve oğul, ister halife ve tebaa isterse de Müslüman ve gayrimüslim olsun, her aşamada eşit davranmalıdır. Buna hâkimin onlara bakışı, söylemi ve onlarla ilgilenmesi de dâhildir. Bir tarafa gülmemeli veya diğer tarafa kaşlarını çatmamalıdır. Taraflardan birine diğerine gösterdiği ilgiden daha fazlasını göstermemelidir. Davanın iki tarafının da bildiği ortak bir lisan varsa ve bunu konuşabiliyorlarsa, taraflardan birine diğerinin bilmediği bir lisanda hitap etmemelidir. Yine anılan şerhin atıfta bulunduğu Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî adlı eserinde Hâkimin, tarafların evine gelmelerine müsaade etmemesi gerektiği ve veya taraflardan sadece birini kendi evinde ağırlamaması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu hükümde hâkimin hal ve hareketlerinin suizana sebep olabilecek, töhmet altına sokabilecek nitelikte olmaması gerektiğini görmekteyiz. Osmanlı hukukçularının töhmet altına sokabilecek gizli konuşma gibi fiillerin sadece hâkimler için değil yargılamada görev alan tüm memurlar için söz konusu olmasına vurgu yapmaları yargılama etiği açısından olumlu bir tutum olarak görülebilmektedir. Bangalore etik ilkeleriyle kıyaslandığında kazuistik özelliğine bağlı olarak somut örneklerin verilmesi dikkate değer bir başka özelliktir.

Taraflara Adil Davranma

Osmanlı hâkimlerinin[145] taraflara adil davranmaları gerektiği yönündeki hükmü Mecellenin 1798'inci maddesinde görmek mümkündür: *"Hâkim, beyn-el-hasmeyn adl ile me'murdur. Bianaenaleyh tarafeynden biri her nekadar eşraftan ve diğeri ahad-ı nasdan olsa bile hîn-i muhakemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imal-i nazar ve tevcih-i hitap etmek gibi muhakemeye müteallik muamelâtda tamamiyle adl ve müsavata riayet etmesi lâzımdır."*

145 Adil davranma yükümlülüğü İslam Osmanlı hukuk kültüründe sadece hâkimler için değil, aynı zamanda tüm kamu görevlileri için söz konusudur. Maverdi'nin eserlerinde bunu görmek mümkündür; İsa Akalın, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı El-Mâverdî Örneği, Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, s. 168

Cengiz İlhan hükmü *"Her iki tarafa adil davranmak hâkimin görevidir. Bu nedenle, taraflardan biri eşraftan diğeri de halktan biri olsa dahi duruşma sırasında tarafları oturtması ve duruşma gereği bakışlarını ve sözlerini taraflara yöneltme gibi zorunlu durumlarda tam bir şekilde adil ve eşit davranması gerekir.*[146]*"* şeklinde sadeleştirirken, Atilla Pınar *"Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur. Bundan dolayı; taraflardan biri her ne kadar şerefli kimselerden ve diğeri halktan biri olsa bile yargılama sırasında tarafları oturtmak ve kendilerine bakmak ve söz vermek gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla adalet ve eşitliğe riayet etmelidir."* şeklinde sadeleştirmiştir.[147] Hüküm *"Hâkim, uyuşmazlığın tarafları arasında adil olmakla yükümlüdür. Bundan dolayı, her ne kadar taraflardan biri ileri gelenlerden ve diğeri sıradan biri olsa da, yargılama sırasında tarafları oturtmak, kendilerine bakmak ve sözü yöneltmek gibi yargılamaya ilişkin işlemlerde tamamen adalete ve eşitliğe riayet etmelidir"* tarzında da günümüz diline aktarılabilmiştir.[148]

Maddede geçen adil davranma yükümlülüğü madde hükmünden iki şekilde anlaşılabilir. İlki hâkimin yargılama sırasında yargılamaya ilişkin işlerde taraflara eşit davranmasıdır. İkincisi ise haksızlığa yönelmeden, haklıya hakkının verilmesidir.

Hükmün hâkimlere yüklediği ilk sorumluluk, yargılamaya ilişkin hususlarda taraflara eşit davranmaktır. Bu yükümlülük İslam hukukunun asli kaynaklarından yola çıkılarak hâkime yüklenmiştir. Hz. Peygamber'in *"Sizden biriniz yargı görevini üstlenince oturtmak, bakmak, işaret etmek hususlarında taraflara eşit muamele yapsın. Sesini iki hasımdan sadece birine karşı yükseltmesin"*[149] şeklinde hadisi vardır. Hz. Ömer'in Ebu Musa

146 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.568

147 Pınar, Hâkimin Adabı, s. 341

148 Sancak, Kıyak, s. 60.

149 Dârekutnî, IV, 205'den aktaran Atar, Kadı, s. 69; Şen, s. 524. http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c24/c240047.pdf, s. 69

el Eşâ'rî'ye yazdığı mektubunda[150] taraflara eşit davranma şu şekilde ifade edilmiştir: "*Taraflara öyle davran ki; zayıf olanlar adaletten ümidini kesmesinler ve güçlü olanlar da kayrılma beklentisi içinde olmasınlar*".[151] Serahsî de Hz. Ömer'in mektubunda yer alan "*Yargı meclisinde insanları eşit tut*" ifadesinde "insanlar" kelimesinden hareketle mahkemeye her kesimden insanın gelebileceğini, bunlar arasında ırk, renk, dil, din, sosyal, ekonomik, siyasi statü farkı gözetilmeksizin herkese eşit davranılması gerektiğini vurgulamaktadır. Mülteka'da bu husus şu şekilde yazılıdır: "*Kâdî, da'vâcıları oturtmada, kendilerine yönelmede, bakmada eşit muâmele etmeli, da'vâcıların birisiyle gizli konuşmamalı, birisine işaret etmemeli, birisinin ziyafetine gitmemeli, birisine güler yüzlü olup diğerine yüzünü ekşitmemeli, birisiyle şaka etmemeli, birisine nasıl savunacağını telkin etmemelidir.*"[152]

İslam Osmanlı hukukçuları, hâkimin taraflara eşit davranmalarından çekinme ihtimalinin, hâkimlerin güçlü taraftan korkmasıyla ilintili olabileceğini ifade etmişlerdir. Hâkim taraflardan birinin gücünden korkmamalı, onun hatırına yönelik ve ona hoş görünmek için karar vermemelidir.[153] Zira eşit davranmanın Kurani delili de vardır: "… *insanlardan korkmayın, benden korkun*…"[154]

Anılan hüküm, hâkimi taraflara eşit davranmaktan saptırabilecek hususları diğer maddelerde olduğu gibi örneklerle izah etmiştir. Taraflardan birinin ileri gelenlerden diğerinin ise sıradan biri olması hâkimi adaletten saptırabilecek potansiyele sahip haldir. Hüküm ile buna dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu özelliklere sahip kişilerin duruşmaları sırasında hâkim, tutum ve davranışlarına dikkat etmelidir. Örneğin Osmanlı hukukçularına göre biri sırf ileri gelen olduğu için onu

150 Bu mektup, İslam yargılama hukukunun veya Edebü'l-Kâdî nın nüvesini oluşturan temel kuralları barındırmaktadır. Mektubun tamamı için bk. Aslan, s. 143 vd; Serhasi, Mebsut, c. XVI, s. 60 vd.

151 Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Fahrettin Atar) ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y.) 1995, s. 289; Yıldırımer, yargıç etiği, s. 43; aslan, s. 144.

152 Mülteka, s. 98.

153 Kadı, Ali Haydar Efendi, s. 439.

154 Maide, 5/44.

oturtup diğerini ayakta tutamaz.[155] Birine bakıp diğerine bakmamazlık edemez, birine söz vermesine rağmen diğerine söz vermemezlik yapamaz.

Keza, bu madde, hâkimin taraflardan birisine iddiasını nasıl ve hangi sözlerle ifade etmesi gerektiği yönünde de bir yönlendirmesinin olmaması gerektiğine de işaret etmektedir. Yani hâkim, taraflardan birisine, iddianı "şöyle ifade et" gibi telkin ve yönlendirmelerde bulunamaz.[156]

İslam Osmanlı hukukçuları, taraflara eşit davranma hususunda o kadar hassas değerlendirmede bulunmuşlardır ki, hâkimin taraflardan birini sağına diğerini soluna alacak şekilde yargılama yapmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ali Haydar Efendi, bunun gerekçesini, sağ tarafından sol tarafa nazaran daha üstün ve şerefli olduğunu, zira Hz. Peygamber'in sağ tarafını Hz. Ebu Bekir (r.a.) e tahsis ettiğini zikreder.[157]

İslam hukukçularının hâkimin taraflar arasında eşitliği sağlayabilmesi için iki tarafın hâkime ne kadar mesafede ve neresinde bulunması gerektiğini ifade eden görüşler beyan etmişlerdir. Şu durumda taraflar, hâkimin karşısında olacaklar, tarafların normal seslerini kolayca duyabileceği mesafede yer alacaklardır. Yani hâkimin tarafları duyabilmek için dikkat kesilmesine gerek olmayacak uzaklıkta yer almaları gerekmektedir. Bu mesafe, iki "zirâ '" mesafesi olarak ifade edilmiştir.[158] Hâkim buradan yola çıkarak, tarafların seslerini yükseltmelerini yasaklamalıdır. Zira bir tarafın sesini yükseltmesi, eşitliğe zarar verecek bir uygulama olarak görülmüştür.[159]

---

155 Belirtmek gerekir ki hâkim, her ikisini ayakta tutabilir Dürr-i Münteka, Ali Haydar Efendi, s. 439. Berki tarafların mutlaka oturtulmaları gerektiğini belirtmektedir; Berki, s. 163. İslam hukuk tarihine bakıldığında da Hz. Ömer'in taraf olduğu bir davada zamanın Medine kadısı Zeyid bin Sabit "Size bir kavmin kerimi gelirse ikram ediniz" mealinde olan Hadis'e dayanarak Hz. Ömer'i mevkii ikramda bulundurmak istemiştir. Hz. Ömer ise tarafgirliğin ilk alametidir diyerek kabul etmemiş ve hasmı Übey ibni Kaabın yanına oturmuştur; Berki, s. 164.

156 Redd-i Muhtar, Ali Haydar Efendi, s. 439.

157 Ali Haydar Efendi, s. 439; Berki, s. 163.

158 Günümüzdeki karşılığı 150 ile 180 cm arasıdır; Devellioğlu, s. 1188; Berki bunun 2 metreye işaret ettiğini belirtmektedir; Berki, s. 163.

159 Zeyla 'î ve Redd-i Muhtâr ve İnâye ve Feth, Ali Haydar Efendi, s. 439.

Hâkimin ekonomik, sosyolojik veya siyasi yönden güçlü olan ile zayıf olana eşit muamelede bulunması, bir yandan güçlü konumda olan tarafın hâkimin kendi tarafına meyletmeyeceği ve adaletle hükmedeceği fikrine sahip olmasına sebep olacak; diğer taraftan zayıf tarafın zayıf olmasının verilecek karara bir etkisinin olmayacağını düşünmesine destek olacak ve hâkime, mahkemeye ve devlete olan güvenini pekiştirecektir. Aksi halde yani hâkimin duruşma sırasında bir tarafı daha fazla dinlemesi, ona güler yüz göstermesi gibi tutum ve davranışlarda bulunması diğer tarafın davasını ispat edebilmek için göstereceği gayretin kırılmasına ve buna bağlı olarak da hakkını terk etmesine sebep olabilecektir.[160]

Hâkimin, adil davranmasından anlaşılması gereken diğer husus da, haklıya hakkının verilmesidir.[161] Hâkim, haklı kim ise onun lehine hüküm vermekle mükelleftir. Herhangi bir taraftan çekinerek veya bir tarafın nispi de olsa yakınlığını (örneğin aynı kasabadan olma) dikkate alarak karar vermemelidir. Hâkim, kendisinin çekiştirilmesinden veya gıyabında kendi hakkında kötü söz söylenmesinden etkilenmemeli, her halükarda adaletten sapmamalıdır. Yapacağı yargılamada Müslüman- gayrimüslim; kadın-erkek, genç-yaşlı arasında bir fark gözetmemeli, hangi taraf haklı ise o yönde karar vermelidir.

Osmanlı pratiğine bakıldığında taraflardan birinin padişah olması halinde dahi hâkimin adil davranması gerektiğini görüyoruz.[162] Klasik dönemde Fatih'in bir cami inşasında iki mermer sütunu emri hilafına üçer arşın kısaltan bir Rum mimarın ellerini kestirmesi üzerine davalı

---

160 Hz. Ömer'in Basra Kadısı Ebu Musel eş'arîye yazmış olduğu mektupta da bu düşünce şu şekilde yer almıştır: "Meclisi kazada karşında ve hükmünde bulunan nâsı müsavi tut, taki şerefli olanlar zulmünden ümitvar ve zayıf olanlar adaletinden ümitsiz olmasınlar; Berki, s. 163; ayrıca bk. Mecme 'u'l-enhur ve Zeyla 'i; Ali Haydar Efendi, s. 439; Şen, s. 520. Atar, s.49,50, Yıldırımer, s. 47

161 Adil davranma şartı İslam Hukukunun asli kaynaklarında da detaylı bir şekilde yer bulmuştur. "…hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder…" Nisai 4/128 en bilenen ayettir.

162 İslam hukuk tarihinde özellikle Hz. Ömer'e ilişkin örnek vakalar için bk. Ahmet Lütfi Kazancı, Adil Halife Emirü'l Müminin Hz. Ömer, Ensar Yayınları, 2014, s.247-248; Şen, s. 525, 526.

konuma düşmesi verilecek bir örnektir.[163] Benzer bir vaka, 2. Abdülhamid zamanında yaşanmıştır.[164] Padişaha isyan suçunu işlemekten ötürü açılan davadan önce Damad Mahmut Celaleddin Paşa, mahkeme başkanı Abdüllatif Suphi Paşa'ya gider ve Sultan'ın selamını ilettikten sonra 'sizden şanı sadarete layık bir karar bekliyoruz' der. Davaya bakılır, sanık beraat eder. Padişahın yolladığı haberi bilen Suphi paşanın kızı kararı öğrenince hayretlere düşer ve babasına 'kararı verirken şanı sadarete layık karar bekleyen hünkârdan korkmadınız mı?' diye sorar. Paşanın karşılığı ise manidardır: 'kızım öyle bir hâkim, öyle bir sultan var ki, huzuruna yarın hünkâr da, ben de beraber çıkacağız. İşte ben yalnız o hünkârdan korkarım".

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 5'inci değerde, hâkimlik makamının gerektirdiği performans açısından asıl olanın herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bu hüküm Mecelle'nin bu maddesinde işaret edilen prensiple uyuşmaktadır. Zira bu değerin uygulama başlıklarında, hâkimin toplumdaki çeşitliliğin (ırk, din, tabiiyet, evlilik durumu ve benzeri) farkında olması ve bunları anlaması gerektiğine işaret edilmiştir. Hâkim, farklılıklar hususunda şuurlu olarak vicdani kanaatine göre karar vermelidir. Özellikle "*Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı olarak hareket edemez*" şeklindeki 5.2 düzenlemesi Mecelle'deki bu hükümle paralel olarak yargılamaya ilişkin konularda hâkimin hiçbir tarafa meyilli hareket etmemesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Bangalore ilkelerinin 2'inci değeri olan tarafsızlık ile de Mecelle'deki bu hüküm ilintili olabilir. "*tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir*" ilkesi, tarafsızlığın sadece hüküm verirken değil muhakeme sırasında da dikkate alınmasına

163 Nurullah Kunter, ''Türkiye'de Kaza Kuvveti'', İ.H.F.M. Cilt 25, S.1-4, İstanbul, 1960, s.51; Şen, s. 514.

164 Şeref Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1994, s.25; Şen, s. 514.

işaret etmektedir. Mecelle'deki hüküm de hâkimin duruşma sırasında taraflara adil bir şekilde davranması gerektiğini belirtmektedir. Şu halde, Mecelle'deki norm, Bangalore ilkesindeki bu düşüncenin daha teferruatlı bir halidir diyebiliriz.

Bangalore etik ilkeleri şerhinin İslam Hukuku başlığı altında Mecelle'deki hükümle hemen hemen aynı olan ifadelere rastlanılmaktadır. Şerhin 7'inci maddesine göre hâkim, davanın taraflarına, ister baba ve oğul, ister halife ve tebaa isterse de Müslüman ve gayrimüslim olsun, her aşamada eşit davranmalıdır. Buna hâkimin onlara bakışı, söylemi ve onlarla ilgilenmesi de dâhildir. Bir tarafa gülmemeli veya diğer tarafa kaşlarını çatmamalıdır. Taraflardan birine diğerine gösterdiği ilgiden daha fazlasını göstermemelidir. Davanın iki tarafının da bildiği ortak bir lisan var ise ve bunu konuşabiliyorsa, taraflardan birine diğerinin bilmediği bir lisanda hitap etmemelidir.

Mecelle'de yer alan bu hüküm günümüzde sık kullanılan adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilebilmektedir. Zira adil yargılanma, ihtilaf konusu, haklar ve sorumlulukların veya bir kişiye yönetilmiş olan bir suç isnadının, adil bir şekilde karara bağlanması şeklinde tanımlanmış ve bu hakkın amacının sağlıklı bir yargılama sürecini temin etmek olduğu vurgulanmıştır.[165] Sağlıklı bir yargılama sürecinin en temel gereksinimi ise hâkimin taraflara yargılama sırasında eşit muamelede bulunmasıdır.

Mecelle'deki bu hüküm, hâkimin yargılama sırasında uyması gereken etik ilkelerine işaret etmektedir. Hâkim güzler yüzlü olmak veya asık suratlı

165 Adil yargılanma hakkı, "yargı yeri önünde hak arama hakkı", "yasalar ve yargı yerleri önünde eşit olma hakkı", "kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı", "makul sürede (gereksiz gecikme olmaksızın) yargılanma hakkı", "aleni duruşma hakkı, gerekçeli karar hakkı", "hakkaniyete uygun yargılanma (adil duruşma) hakkı" ve "duruşmada hazır bulunma hakkı" gibi hakları içerir ve adil bir yargılamadan söz edebilmek için, yargılamanın özellikleri de dikkate alınmak koşuluyla, bütün bu hakların sağlanmış olması gerektiği ifade edilmektedir. Başar Başaran, Adil Yargılanma Hakkı, AÜ SBE, Kamu Hukuku ABD, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 2, 3.

olmak, yüksek veya alçak sesle konuşmak gibi tutum ve davranışlarını yargılama sırasında daha fazla önemsemelidir. Zira bu gibi davranışlarda adil ve eşit davranması hem çeşitli açılardan güçlü hem de zayıf hasım tarafından mahkemenin ve buna bağlı olarak devletin meşruiyetini sağlayacaktır. Bangalore etik ilkelerinde de bu yönde hükmün olduğunu ancak Mecelle'deki hükmün somut örnekler vermesi açısından farklılık arz ettiğini belirtebiliriz. Bangalore etik ilkeleri şerhinde yer alan bilgilerin ise Mecelle'deki hükümlere çok yakın olması dikkat çekicidir.

Sağlıklı Düşünmeye Engel Bir Halde iken Hüküm Vermeme

Osmanlı hâkimlerinin, uymaları gereken etik ilkelerini, hâkimin adabı ile ifade edildiğini ve Mecelle'deki bu başlık altında yer alan hükümlerin etik ilkeleri olduğunu ifade etmiş idik. Etik ilkeleri sadece Mecelle'deki "Hâkimin Adabı Beyanındadır" başlığı altında düzenlenmemiştir. Mecellenin Yargılama kitabında "Hâkimin görevleri hakkındadır" faslında yer alan bir hüküm de kanaatimizce başka bir etik prensibini ortaya koymaktadır.

1812'inci madde "*Hâkim, gam ve gussa ve açlık ve galeb-i nevm gibi sıhhat-ı tefekküre manii olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tasaddi etmemelidir.*" hükmüne amirdir. Hüküm Atilla Pınar tarafından şu şekilde sadeleştirilmiştir: "*Madde 1812 - Hâkimin zihni; gam, keder, açlık veya uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir arıza ile belirsiz veya düzensiz hale gelirse hüküm vermeye girişmemelidir.*" Cengiz İlhan ise hükmü "*Madde 1812.- Hâkim, üzüntü ve kaygı ve açlık ve uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir sakatlık ile aklı karışık olduğu zaman hüküm vermeye girişmemelidir.*" tarzında sadeleştirmiştir.[166]

Madde hükmünün Şeri' delili olarak "*Hâkim öfkeliyken taraflar arasında kesinlikle hüküm vermemelidir*" veya "*Hâkim öfkeli iken iki kişi arasında hüküm*

166 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 575.

veremez." mealindeki hadisler[167] gösterilmiştir. Keza, Emevî Halifesi Ömer b. Abdülazîz'in kadılık göreviyle tayin ettiği Meymûn b. Mihrân'a verdiği şu tâlimat da bu husus ile ilgilidir: "*Sinirli ve sıkıntılı iken davayı karara bağlama, taraflara karşı yumuşak davran*".[168] Malum olduğu üzere öfke, akl-ı selim düşünmesinin önüne geçer, dolayısıyla insanın ölçülü ve dengeli düşünmesine engel olur. Hâkimi öfkeye iten sebebin ne olduğunun önemi İslam hukukçuları arasında tartışılmış olsa da genel kabul her ne sebeple olursa olsun hâkimin öfkeli iken karar vermemesi gerektiği yönündedir.[169] İslam hukukçuları bu hadislerde geçen öfkeyi geniş yorumlamışlardır diyebiliriz.[170] Zira öfke, insan fikrini bozmasının ve düşünülmesi, değerlendirilmesi gereken hususları engellemesinin odak noktası olarak görülmüştür. Şu durumda, değerlendirme ölçme gibi hâkimlik mesleğinin can alıcı noktalarını zayıflatacak hallerde karar verilmemesi gerektiği düşünülmüştür.

---

167 Örneğin, Abdurrahman b. Ebî Bekre'nin, babası (Ebû Bekre)'den naklettiğine göre; Ebû Bekire, (Sicistan'da hâkimlik görevinde bulunan Ubeydullah isimli) oğluna bir mektup yazarak, Rasûlullah (s.a.v)'ın şöyle buyurduğunu bildirmiştir: "Hâkim öfkeli iken iki kişi arasında hüküm veremez." Buharı, ahkâm 13; Müslim, akdiye 16; Tirmizî, ahkâm 7; Nesâî, kudât 18, 32; Ibn Mâce, ahkâm 4; Ahmed h. Hanbel, V, 36, 38, 46, 52.
Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi, Şamil Yayınevi: 13/171, Ali Haydar Efendi, s. 458; Hüseyin Vehbi İmamoğlu, "Hz. Peygamber Döneminde Hukuksal Gelişim ve Yargısal Örgütlenme", Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 3, sayı 2, Karabük 2013, s. 161; Yıldırımer, s. 47; Aslan, s. 57.

168 Sadrüşşehid, II, s. 7-8'den aktaran Fahrettin Atar, Kadı, İA, cilt 24, s. 68 vd, 2001; Şen, s. 520; Atar, s. 90.

169 Örneğin Bagavi ve İmamü'l Harameyn, Allah için olmayan öfke halinde karar verilmemesi gerektiğini, zira Allah için olan gazabın öfkenin, zulme engel olacağını ancak nefis için olan öfkenin ise zulme engel olamayacağını ifade etmişlerdir. www.enfal.de/ebudavud

170 Ebu Davud, www.enfal.de.... Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî adlı eserinde Kararın ne sinirlilikle ne de duygusal baskı altında verilmemesi gerektiğini vurgulamıştır; Bangalore Şerhi.

Hadislerde hâkimin öfkeli iken karar vermemesi ifade edilmiş iken, İslam Hukuk Tarihinde kapsamın biraz daha genişletildiği görülmektedir.[171] Mecelle'deki hükümde ise hâkimin, sağlıklı düşünmeye engel olabilecek halde iken karar vermemesi gerektiği belirtilmiş ve sağlıklı düşünmeye engel olacak haller genişletilmiştir. Şu halde, hâkimin üzüntülü olması, kaygılı olması, aç ve uykusuz olması sağlıklı düşünmesine engel olan haller olarak örneklendirilmiştir. İslam Hukukçuları, bu hallere çok sevinçli olmayı, susuz olmayı, çok tok olmayı hatta çok fazla sıcaklanma veya üşümeyi, uykulu olmayı, fazla yorgun olmayı, aşırı tok olmayı, hatta kötü duyguların veya şiddetli cinsel arzuların tesirini, aşırı soğuk ve sıcaktan bunalmayı da eklemektedir.[172] Esasında burada hâkimden beklenen onun sakin ve mutedil bir halde iken karar vermesidir. Anılan bu tür duygular ve haller onun dikkatini dağıtır veya duygusal davranmasına neden olabilir ki bu da onun adalete uygun olmayan bir şekilde karar almasına neden olabilir.

Ali Haydar Efendi, sadece karar aşamasında yani hüküm verirken değil, yargılama sırasında da hâkimin bu hallerde olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Hatta yargılamayı çok uzatıp vücudun çok fazla yorulması

171 Örneğin Şâtıbî bu hadisi yorumlarken hâkimin kararını etkileyecek tüm psikolojik durumları bu hadis kapsamında değerlendirir ve hâkimin bu hallerde duruşmaya çıkmaması gerektiğini belirtir; Ebû İshak eş- Şâtıbî, el- Muvâfakât (Çev. Mehmet Erdoğan) İz Yayıncılık, İstanbul 1990, c. I, s. 197'den nakleden Yıldırımer, s. 47.

172 Fethül-Kadir ve Haniye, Ali Haydar Efendi, s. 458. İslam hukukçuları, sayılan bu haller ile ilgili zayıf da olsa rivayetlerin olduğunu ifade etmişlerdir. Dârekutnî ile Beyhakî, Ebû Saîd el-Hudrî'den şu hadisi tahric ettiği zikredilmiştir: "Peygamber (s.a): Hâkim ancak tok ve suya kanmış iken hüküm verebilir, buyurdu." Yalnız hadisin isnadında zayıf bir ravi vardır; Davudoğlu Ahmed, Selâmet Yolları, IV, 257-258; www.enfal.de/ebudavud. Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf) Edebü'l-Kâdî; Bangalore şerhi.;Bilmen, Kâmus, c. VIII, S. 224, Mahfuz b. Ahmed (ö.510 H.) Kelvezani, el-Hidaye fş Furûi'l-Fıkhi'l-Hanbelî, Dâr'l-Kütübi'l 'İlmiyye, Byerut 2002, c. II, S. 173, Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed İbn Kudame, el-Muğni (eş-Şerhü'l-Kebir ile beraber), Daru'l-Hadis, Kahire 1995, c. XIII, S. 439'den aktaran Aslan, s. 57.
Hukuk-i İslâmiyye Kamusu, VIII, 224. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi, Şamil Yayınevi: 13/171-172 www.enfal.de/ebudavud e.t: 14.04.2016.

halinde bile yargılamayı durdurmasını tavsiye etmiştir.[173] Bu durumun tek istinası olarak da dava konusunun hükmü vermeye çok yakın bir aşamada olması belirtilmiş; örnek olarak davacının iddiasının davalı tarafından kabul edilmesi verilmiştir. İslam hukukçularından aksi yönde fikre sahip olanların da var olduğunu belirtmek gerekir. Halebi, istisnasız bir şekilde hâkimin anılan hallerde iken karar vermemesi gerektiğini ifade etmiştir.[174] Kanaatimizce Mecelle'de kullanılan "tasaddi" kelimesi, Ali Haydar Efendi'nin görüşünü desteklemektedir. Zira madde, hâkimin anılan hallerde hüküm vermemesinden değil hükme tasaddi (teşebbüs etme, başlama) etmemesinden bahsetmektedir. Bu tercih, sadece hüküm sırasında değil, hükme esas olabilecek işlerin de yapılmaması gerektiğini göstermektedir.[175]

Hâkimin sağlıklı düşünemediği zamanlarda karar vermemesinin gerekçesi, bu hallerin onu adaletten saptıracak olmasıdır. Ancak hâkim Mecelle'nin 1799'uncu maddesine göre adil hükmetmekle yükümlüdür. Sağlıklı düşünemeyen hâkim ise adaletli davranamayabilir. Belirtmek gerekir ki İslam hukukçuları hadisteki yasağı kerahete mal etmiş ve herşeye rağmen hâkim, bu olumsuz şartlarda hüküm vermiş ve hükmünde isabet etmiş ise bunun geçerli olacağı belirtilmiştir.[176]

Çağdaş hukukçuların bir kısmı, pozitif hukukta bağlayıcı olacak şekilde böyle bir düzenlemeye rastlamanın mümkün olmadığını ifade ederek, bu gibi şartların yazılı hukuk kuralı haline getirilmesine gerek olmadan aranması gerektiğini ifade etmişlerdir.[177] Zira İslam hukukçularının da üzerinde durduğu gibi, sağlıklı düşünceye halel getirecek halin tespiti çok kolay olmayıp kişiden kişiye değişebilmektedir. Hakikaten dışarıdan tespiti mümkün olabilen psikolojik rahatsızlıklar dışında, üzüntü, sıkıntı gibi geçici psikolojik durumların veya açlık gibi fizyolojik durumların

173 Fethül-Kadir ve Haniye, Ali Haydar Efendi, s. 458.

174 Halebi, s. 98.

175 Benzer yönde görüş için bk. Hondu, s. 15.

176 Ebu İshak Şirâzî, el-Mühezzeb, thk. M. Zuhaylî, Şam 1996, c. V, s. 483'den aktaran Aslan, s. 58.

177 Sancak, Kıyak, s. 71.

hâkimin sağlıklı hüküm vermesini engelleyip engelleyemeyeceği yine onun tarafından belirlenebilecek bir husustur. Ancak sağlıklı düşünemeyecek hallerde hâkimin karar vermemesi gerektiğini hukuk kuralı haline getirmeye gerek olmadığı fikri kanaatimizce tartışılabilir. Zira çalışmanın başında da ifade edildiği üzere, çağımızda özellikle meslek etik ilkeleri artık hukuk kuralı içerisine dâhil edilmeye başlanmıştır. Etik ilkelerinin hukuk kuralları içerisinde yer almaması gerektiği açısından bakılacak olursa, hiçbir etik ilkesini normların içerisine koymamalıyız. Ancak insanlığın geldiği bu devirde daha önce de ifade edildiği gibi, etik ilkeleri hukuk kurallarının içerisine konmuştur. Bu hükmün de bu çerçevede hâkim meslek etik ilkelerine konabileceği düşünülebilir.

Çağdaş hukukçuların bir kısmı ise 1812'inci maddede belirtilen bu düzenlemenin evrensel bir etik ilkesi olduğunu ve çağımıza örnek teşkil edebileceğini ifade etmektedir.[178] Hakikaten günümüzde hâkimlerin uymaları gereken etik ilkeleri hususunda insanlığın geldiği en son nokta olan Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nde böyle bir hükme rastlanılmamaktadır. Ancak Mecelle'deki hükümde geçen sağlıklı düşünmeye engel hallerde hüküm verilmemesi fikrine kimsenin karşı çıkacağını zannetmiyoruz. Zira günümüzde duruşma salonunun çok soğuk olmasından ötürü sağlıklı karar vermediklerini duruşma tutanaklarına geçirdiklerine ilişkin bilgilere basında rastlamak mümkündür.[179]

178 Pınar, Hâkimin Adabı, s. 338; Selçuk Hondu, Adalet Hizmeti ve Hâkimlik Meslek Ahlâkı, Akademi Yaşam Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, bila tarih Ankara, s. 14.

179 26 Ocak 2006 tarihli bir haberde 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen bir cinayet davasında hâkim Sadık Gözükara, salonun soğuk olması nedeniyle sağlıklı karar veremediklerini söylediği ve durumun kayıtlara geçmesini istediği belirtilmiştir. http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargi-tutanagi-heyet-donuyor-769945/ e.t.: 17/06/2016. Pozitif Türk Hukukunun gece yarılarında nöbetçi hâkimlerin uykulu gözlerle, tutuklamaya ve ya serbest bırakmaya karar vermesini öngörmesi Mecelle'deki bu hükümle bağdaşmadığından hareketler adli kültürümüzün zedelendiğine ilişkin görüş için bk. Ömer Köroğlu, ""Ülkemizde Adliye Kültürü" ve Etik", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013, s. 435.

Bangalore etik ilkelerinde bahsedildiği üzere bu minvalde bir madde mevcut değildir. Ancak anılan ilkelerin 3'üncü ve 6'ıncı değerleri konuyla irtibatlıdır. 3. değer olan "Doğruluk ve Tutarlılık" değerine göre "*Doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır*." ve "*Hâkim, meslekî davranış şekli itibariyle, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır*." denilmektedir. Keza 6. değer olan "Ehliyet ve Liyakat" ve bunun açılımı olan "*Ehliyet ve liyakat, yargıçlık makamının gerektirdiği performansın ön koşuludur*." ilkesi ve "*Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir*." denilen 6.5. uygulama maddesinin kapsamına girebileceği değerlendirilebilir."[180] Ancak bu değerlerde yer alan bilgiler, Mecelle'deki kadar net bir şekilde sağlıklı düşünceyi engelleyen hallerde hüküm kurulmaması gereğini izah etmemektedir.

Bangalore etik ilkeleri şerhinin ekinde yer alan İslam Hukuku başlığı altında hâkimin zihni durumuna (mental state) ve muhakeme kabiliyetini zedeleyebilecek olan fizyolojik unsurlara değinilmiştir. Şu durumda hâkim öfkeli, çok susuz, aşırı keyifli veya kederli olmamalı, kendisini çok yorgun hissetmemeli bir başka ifade ile dinlenme ihtiyacı hissetmemeli. Zira tüm bunlar hâkimin zihni kabiliyetlerini kullanmasına engel olabilecektir. Şerhte böyle bir hükmün olması, Mecelle'deki bakış açısının günümüz İslam hukukçuları tarafından hala kabul edildiğini göstermesi açısından kıymetlidir.

Bu hükmü günümüzde sıklıkla kullanılan yargı bağımsızlığı ile de ilişkilendirmek mümkün olabilir. Bilindiği üzere yargı bağımsızlığı, hâkimin, mesleğini yasama, yürütme ve hatta yargıdan gelebilecek etkilerden bağımsız olarak, sadece hukuka ve vicdani kanaatine göre yerine getirmesi olarak tanımlanmaktadır.[181] Yargının bağımsızlığı yani adil

180 Pınar, Hâkimin Adabı, s. 343.

181 Nevin Ünal Özkorkut, Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış, AÜHFD, Ankara 2008, s. 228.

kararın ortaya çıkabilmesi için hâkimin kararda "yabancı unsur"lardan[182] etkilenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. İncelediğimiz maddedeki husus, esasında yargının kendi içinde bağımsız olması ile daha yakından ilintilidir. Malum olduğu üzere gerek üst mercideki yargı organlarının denetimi sırasında gerekse aynı derecedeki diğer yargı birimlerinin hâkimi etkilememesi gerekmektedir. Hâkim, sosyolojik -yani belli bir gruba, mahale olan yakınlığı veya uzaklığı- açıdan kendisinden de bağımsız olmalıdır. Mecelle'deki bu hüküm hâkimin aynı zamanda kendisinden fizyolojik ve psikolojik olarak da bağımsız olması gerektiğine işaret etmektedir. Hâkim psikolojik olarak kendinden bağımsız olmalıdır, kendi ruh hali adaletli hükmetmeye engel olmamalıdır. Hâkim, fizyolojik olarak da kendisinden bağımsız olmalıdır. Sağlıklı düşünmesine engel olabilecek açlık susuzluk gibi haller hakkaniyetli karar vermesine engel olmamalıdır. Dolayısıyla bu gibi hallerde karar vermemelidir.

Hâkimin adaletli karar verebilmesi için onun aklıselim, doğru düşünmesi gerekmektedir onun için hem zihinsel hem de ruhsal halini etkileyen her türlü tesirden uzak durması gerekmektedir. Mecelle'deki hükümler onun zihinsel halini etkileyebilecek olan halleri örneklerle bu şekilde izah etmiştir.

Sonuç

Etik ilkelerin hukuk kuralları içerisinde yer alabilip alamayacağı literatürde farklı şekillerde değerlendirilmiştir. İnsanoğlu son yüzyılda gerek uluslararası hukuk normlarında gerekse milli hukuk kurallarında özellikle meslek etiği ilkelerine yer vermiştir. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri ve bu ilkelerin şerhi günümüzde hâkimlerin uymaları gereken etik ilkelerinin evrensel olarak kabul gördüğü hukuki kaynaklardır. Gerek bu ilkeler gerekse şerhi, belirli tecrübeler ve birikimler ile oluşmuştur diyebiliriz.

Adaleti ile ün salmış olan Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin uyması gereken etik ilkelerinin belirlenmesi, önemli bir tecrübeden yararlanma

182 Ali Koyuncu, Ceza Adaleti Usul Hukuku İlişkisi ve Vicdani Kanaat, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 360.

imkânı sağlayacaktır. Çalışma sırasında hâkimlerin uymaları gereken etik ilkelerinden hâkimlerin sırf hâkim oldukları için yapması ve yapmaması gereken tutum ve davranışlar anlaşılmıştır. Ancak burada can alıcı noktanın hâkimlerden yapmamasını beklediğimiz hal ve hareketlerin normal şartlarda hukuka ahlaka örfe aykırı olmaması hatta teşvik ediliyor olmasıdır.

Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin uymaları gereken etik ilkelerine bu açıdan bakıldığında bu olguyu hâkimin âdabı kavramının karşıladığını görmekteyiz. Esasında çağdaş literatürün etik olarak tanımladığı mefhumun Osmanlı doktrininin âdap olarak tanımladığını görüyoruz. Osmanlı hukukçularına göre, kadının ahlakı, adaleti yayma, haksızlığı, eziyeti uzaklaştırma, bir tarafa yönelmeyi meyletmeyi terk etme, tarafsız olma, İslam hukukunun uygulanmasını koruma gibi İslam hukukuna göre yapılması uygun görülen iyi ahlaki fiilleri kendisi için gerekli (lüzumlu) saymasıdır. Teoride yapılan bu tanımın Osmanlı uygulamasında dikkate alındığını ifade edebiliriz.

Hâkimin âdabını Osmanlı medeni kanunu olarak bilinen Mecelle'de ayrı bir fasıl altında görmek mümkündür. Bu hükümler genel olarak değerlendirildiğinde hükümlerin İslam hukuku ile delillendirildiğini, maddelerde yer alan normların kural olarak İslam hukuku kaynaklarına dayandığını ifade edebiliriz. Ayrıca İslam hukukunun kazuistik olma özelliğini hâkimin âdabı hükümlerinde de görmek mümkündür. Nitekim teorik olarak yapılmaması istenen tutum ve davranışlar örnekler verilerek maddelerde izah edilmektedir. Şerhler incelendiğinde Osmanlı hukukçularının hâkimin uyması gereken etik ilkelerini daha geniş örneklerle ifade ettiklerini görüyoruz.

Mecelle'deki hâkimin meslek etiğine ilişkin düzenlemeleri sadece Tanzimat dönemi normu gibi görmenin doğru bir bakış açısı olmadığını düşünüyoruz. Zira bu ilkeleri klasik dönem Osmanlı devletinde kadıların başucu kitabı olarak ifade edilen Mülteka'da da görmek mümkündür.

Osmanlı hâkimlerinden hem yargılama sırasında hem de yargılama dışında bazı tutum ve davranışlarda bulunması beklenmiştir. Buna göre hâkimlerin meclisin saygınlığını giderecek fiillerde bulunmaması

gerekmektedir. Şakalaşmak, alışveriş yapmak, tek başına iken karar vermek, pejmürde kıyafet giymek meclisin yüceliğine zarar verecek haller olarak ifade edilmiştir. Hediye kabul etmesi etik bir davranış olarak görülmemiş; hâkimin hediye alabilmesi çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Hâkimin taraflardan hiçbirisinin ziyafetine gitmemesi gerektiği gibi hususi olarak kendisi için düzenlenen davetlere de gitmemesi gerekmektedir. Uygulamada hâkimin yer aldığı ziyafetlerin hazine tarafından karşılanması dikkate değerdir. Hâkimin yargılama sırasında jest ve mimikleri ile taraflardan birisine meylettiği izlenimini yaratarak kötü anlaşılmalara ve töhmete yol açacak tutum ve davranışlarda bulunmaması gerekmektedir. Keza hâkim, yargılamayı taraflardan birinin siyasi ekonomik sosyolojik gücünü dikkate almaksızın adil bir şekilde yürütmelidir.

Mecelle'de hâkimin âdabı başlığı altında düzenlenmese de hâkimlerin uymaları gereken diğer bir etik ilkesi, hâkimin sağlıklı düşünmeye engel bir halde iken hüküm vermemesi gerektiğidir. Hükümde üzüntü, kaygı, açlık ve uyku örnek olarak sayılmakta, Osmanlı hukukçuları bunlara çok sevinçli olmayı, susuz olmayı, çok tok olmayı, sıcaklanmayı, üşümeyi, fazla yorgun olmayı da dâhil etmektedirler. Hatta sadece hüküm verirken değil yargılamanın her aşamasında buna dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çağdaş hukukçulardan bir kısmının ifade ettiği bu düzenlemenin evrensel bir etik ilkesi olduğu ve bu ilkenin günümüz evrensel yargı etiği ilkeleri içerisine dâhil olmalıdır fikri tutarlı ve desteklenmesi gereken fikirdir.

Son olarak Bangalore etik ilkeleri ile mukayese edildiğinde, Mecelle'de yer alan etik ilkelerinin somut örnekler üzerinden teorik prensipler belirlemesi fark olarak göze çarpmaktadır.

KAYNAKÇA

AARNIO, Aulis, "lawyers' Professional Ethics- Do They Exist?", Ratio Juris, Vol, 14, no: 1.

TOPRAK, Zeynep İspit, "Meslek "Etik"leri Etikten Bağımsız mıdır?" Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Gül Neşriyat, Cilt 4, bila tarih.

AKALIN, İsa, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı El-Mâverdî Örneği, Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

AKCAN, Recep, "Hâkimin Vasıfları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -XII, Cilt 4, sayı 2, Isparta 2014.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Dürerü'l- Hükkâm", DİA, İstanbul, 1994, X, 28-29.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Diyarbakır 1986.

AKYILMAZ, Gül, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

ASLAN, Nasi, İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Karahan Kitabevi, Adana 2014.

ASLAN, Nasi, İslam Yargılama Hukukunda Jüri /Şuhudul Hal, beyan yayınları, İstanbul 1999.

AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999.

AYDIN, Melikşah, "İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlerin Hediye Almaları Ve Davetlere Katılmaları Hususu Ve Günümüz Modern Hukukla Karşılaştırılması" Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 2016, Yayımlanmamış Tebliğ.

AYDIN, Melikşah, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri, Selçuk Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015.

BAKTIR, Mustafa, "Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Ahmet Cevdet Paşa", Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1997.

BARDAKOĞLU, Ali, Hediye, DİA, XVII.

BAŞARAN, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, AÜ SBE, Kamu Hukuku ABD, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

BAYINDIR, Abdülaziz, âdâb, İA, Cilt 1.

BELGESAY, Mustafa Reşit, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İÜHFM, İstanbul, 1946, sy. 2-3, XII.

BERKİ, Ali Himmet, İslamda Kaza Tarihi, AÜİFD, Cilt 17, sayı 1, Ankara 1969.

BEYAZIT, Yasemin, Osmanlı İlmiyye Tarkîkinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi (XVI. Yüzyıl), Ankara Üniversitesi, SBE, Doktora tezi, Ankara 2009.

CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları 5. Baskı, Konya 2013.

ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli (Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi)", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Ankara, 1983.

ÇAĞRICI, Mustafa, Ziyafet, DİA, 2013, cilt 44.

ÇİLİNGİR, Lokman, Ahlak Felsefesine Giriş, Elis Yayınları, İstanbul 2015.

DAVUDOĞLU, Ahmed, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980.

DEĞİRMENCİ, Rıdvan, Hukuk Politikası içinde "Hukuk Politikası Açısından Hukuk Ahlak Etkileşimi", Editör: Ali Şafak Balı, Astana Yayınları 2016.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Aydın Kitabevi, Ankara 2007.

DÜZBAKIR, Ömer, İslâm-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler, e-Journal of New World Sciences Academy 2008, Volume: 3, Number: 3, 2007.

DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983.

Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi (ö. 1097), Mebsût, Editör Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008, C. XVI.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", Osmanlı, c. 1, Ankara 1999.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2004.

ELÇİOĞLU, Ömür, "Kamu Çalışanları ve Etik Davranış İlkeleri, http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi.aspx?id=5 e.t.: 15.10.2016.

ERYILMAZ, Bilal, Kamu Yönetimi, Okutman Yayıncılık, Ankara 2008.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Osmanlıda Kadılık Kurumu ve Yargının Bağımsızlığı", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

Fetâvâyi Hindiyye, tercüme: Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004.

Atilla Pınar, Yerelden Evrensele Mütevazi Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı, TBB Dergisi 2013 (104), Ankara.

GÜLER, İlkay, "Dünya'da Kamu Etiği Uygulamaları", Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

GÜNER, Semih, Avukatlık Meslek Etiği, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002.

HONDU, Selçuk, Adalet Hizmeti ve Hâkimlik Meslek Ahlâkı, Akademi Yaşam Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, bila tarih Ankara, İbrahim Halebi, Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleştiren.

İMAMOĞLU, Hüseyin Vehbi, "Hz. Peygamber Döneminde Hukuksal Gelişim ve Yargısal Örgütlenme", Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 3, sayı 2, Karabük 2013.

İŞGÜDEN, Burcu, ÇABUK, Adem, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri", Balıkesir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 16, Balıkesir 2006.

KARAKOÇ, Yusuf, "Hukuk-Etik İlişkisi" Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

KAYAR, İsmail, ÜZÜLMEZ, İlhan, Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayıncılık 9. Baskı, Ankara 2015.

KAZANCI, Ahmet Lütfi, Adil Halife Emirü'l Müminin Hz. Ömer, Ensar Yayınları, 2014 Fahrettin Atar, Kadı, İA, cilt 24.

KELEŞ, Erdoğan, "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler" (1839-1858).

KIRIŞ, Necat, Hukuk ve Etik Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016.

KOYUNCU, Ali, Ceza Adaleti Usul Hukuku İlişkisi ve Vicdani Kanaat, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4.

KÖROĞLU, Ömer, "Ülkemizde Adliye Kültürü" ve Etik", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013.

KÖSE, Saffet, İslam Hukukuna göre rüşvet suçu ve cezası, İHAD, 11.

KUBLER, Friedrih, Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği, Etik ve Meslek Etikleri, Türk Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000.

KUÇURADI, İoanna, Felsefi Etik ve Meslek Etikleri, Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1999.

KUNTER, Nurullah, ''Türkiye'de Kaza Kuvveti'', İ.H.F.M. Cilt 25, S.1-4, İstanbul, 1960.

MALKOÇ, Mehmet, Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle ile İlgili Bibliyografik Çalışma (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), SAÜSBE, Sakarya 2001.

Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Fahrettin Atar) ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y) 1995.

OKUR, İbrahim, "Yargı Etiği ve Davranış Kuralları", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013.

ORTAYLI, İlber, Osmanlı'da Kadı, cilt 24, sayfa 73, 2001.

ÖĞÜT, Salim, Edebü'l-Kadî, İA, cilt 10

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış, AÜHFD, Ankara 2008.

ÖZTÜRK, Abdülvehhab, EDEBÜ'L-Kâdî, İA, Cilt 10.

PINAR, Atilla, Yerelden Evrensele Mütevazı Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı, TBB Dergisi 2013 (104).

SABAN, Metin, ATALAY, Banu, "Yönetim Muhasebecileri Açısından Etik ve Etik Davranışın Önemi", Muhasebe ve Denetime Bakış, 5 (16), 2005.

SANCAK, Yusuf, KIYAK, Emre, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 22, sayı 2, Konya 2014.

ŞEN, Mahmut, İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 6, Ankara 2015.

ŞEN, Mustafa Lütfi, Kamu Görevlileri Etik Rehberi, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara 2014.

TEPE, Harun, Bir Felsefe Dalı olarak Etik: 'etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik, Doğu Batı, yıl 1, sayı 4.

TOPÇUOĞLU, Ali Aslan, "Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendinin Hayatı Ve Hukukçuluğu", Türkiyat Araştırmaları Dergisi.

TUNCAY, A. Can, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015.

TUTAR, Adem, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı", Türkler, c. 2, Ankara 2002.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "Hukukun ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu", GÜHFD, Ankara 2008-2.

UYGUR, Gülriz, Hukuk Etiğine Giriş,

http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm e.t.: 09.07.2016.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1984.

ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996.

ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1994.

YAĞMUR, Ebubekir, İslam Hukukuna Göre Hâkimin Ahlaki Yönü, Yeni Ümit Dergisi, Nisan Mayıs Haziran 2000, Yıl 12, sayı 48, http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/islam-hukukuna-gore-hakimin-ahlaki-yonu e.t.: 15/04/2016.

YATKIN, Ahmet, Kamu Yöneticilerinin Etik Düşünce ve Davranışlarının Kamu Hizmetine ve Hizmet Tatmine Yansımaları (Elazığ Valiliği Örnek Alan Araştırması), Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

YILDIRIMER, Şahban, İslam Hukukunda Yargıç Etiği, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, www.e-sarkiyat.com Sayı VIII, 2012.

YÜKSEL, Mehmet, Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk, Hacettepe HFD, 5 (1), 2015.

www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf e.t.: 15.04.2016.

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

www.ekrembugraekinci.com e.t. 02/04/2016

http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/helalharam/0129.htm 09.04.2016.

www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016.

http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargi-tutanagi-heyet-donuyor-769945/ e.t.: 17/06/2016.

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

26/M/1312. BOA, Y. PRK. MŞ, Dosya No: 5, Gömlek No: 60.

22/Ş/1234, BOA, C.ADL, Dosya No: 25, Gömlek No: 1481.

17/Za/1207, BOA, C.ML, Dosya no: 18, Gömlek No: 850.

17/S/1274, BOA, A.}MKT. UM, Dosya No: 294, Gömlek No: 11.

Bila tarihli BOA, MAD.D, vesikanın Gömlek Nosu: 7987'dir.

BATI HUKUKU GELENEĞİNDE AHLAK, HUKUK VE YARGI ETİĞİ

Prof. Mortimer SELLERS
Maryland Üniversite Sistemi Mütevelli Profesörü
Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Derneği Başkanı

Giriş

"Batı Hukuku Geleneğinde Ahlak, Hukuk Ve Yargı Etiği" konulu bir konuşma yapmam için sizlerden gelen davet üzerine burada bulunmaktayım. Bu sunumu Batı hukuku geleneğinin ilk ve en önemli noktası olan İstanbul'da yapmaktan ayrıca memnuniyet duymaktayım. İnsanların adalet ve barış içinde bir arada yaşayabilmek için hukuk devletini tesis etmek üzere çalıştıklarında neler başarabileceklerini bize her yönden hatırlatan güzel şehrinizde bulunmaktan onur duyuyorum.

Sempozyumumuzun odak noktası yargı etiği olmakla beraber ben bu sunumda ahlak, hukuk ve hukuk etiğini bir bütün olarak Batı hukuku geleneği ile ilişkilendirmek suretiyle bu konu başlığını daha geniş kapsamlı bir biçimde ele alacağım. Bu benim çok sevdiğim, önem taşıyan, ilginç ve hayli faydalı bir konu başlığı, ancak nihai konumuz sınırlı değil evrensel olduğundan, başlangıçta biraz dikkat gerektirmekte. Hukuk ve yargı etiğinin özü her yerde aynı olan insan doğasından kaynaklanır, bu nedenle de tüm toplumlar adalet ve hukukun üstünlüğüne yönelik arayışa eşit ölçüde katılım gösterirler ya da göstermelidirler. Batı hukuku geleneği özellikle iyi bilinen ve iyi kaydedilmiş tarihinden ötürü ilgimizi çekmekle beraber, her bir hukuk geleneği ve tüm uluslar hukukun üstünlüğü çerçevesinde barış ve adalete yönelik aynı hayati mücadeleye katılım göstermektedirler.

Batı Hukuku Geleneğinin Kökenleri

Batı hukuku geleneği özellikle İstanbul'da önemli bir konudur, zira İmparator Jüstinyen - Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus Augustus - Codex, Digesta ve Institutiones bölümlerini içeren, Batıda modern hukukun temeli haline gelen ve günümüze dek bir buçuk milenyum boyunca entelektüel hukukçular ve bilginler üzerindeki geniş çaplı (ve çoğunlukla örtük) etkisiyle her yerde hukuki gelişmelere rehberlik eden *Corpus Iuris Civilis* adlı derlemeyi burada hazırlatmıştır. *Corpus Iuris*'in geniş kapsamlılığı, akılcılığı ve özenle hazırlanmış detayları, onu yüzlerce yıl boyunca bilge (ya da daha az eğitimli) hâkimler için (çoğunlukla gizli olmakla beraber) daima başvurulan - iyi ya da kötü - bir kaynak haline getirmiştir. "İyi ya da kötü" diyorum, çünkü *Corpus Iuris*, bazı mükemmel ve çok iyi hazırlanmış hukuk ilkeleri içermesinin yanı sıra, imparatorların kendi menfaatlerini ve yolsuzluklarını yansıtan çok kötü ilkeler de içermektedir.

İmparatorların, en kötü özelliklerinden bazılarını Batı hukuk geleneğine dahil etmeleri sebebiyle kusurlu olduklarını düşünüyorum, zira geleneğin kökenleri, imparatorlardan da önce, Roma cumhuriyetinin yasal fikirlerine ve - en azından Romalıların kendi Roma tarihini yazan Romalı Titus Livius'a göre - bu milletler topluluğunun ilk yol gösterici ilkesine kadar uzanmaktadır. Bu "imperia legum"un ("hukukun iktidarının") "potentiora quam hominum" ("insanın iktidarından daha güçlü") olduğu ya da olması gerektiği ilkesiydi. Livy, bu ilkenin Roma'yı güçlendirdiğini ve Romalıların uzun süren saadet ve başarısını beraberinde getirdiğini söylemiştir. Livy, hukukun üstünlüğü ilkesi düşüşe geçtiğinde Roma'nın güzelliği ve etkisinin de düşüşe geçtiğini gözlemlemiştir.

Batı Hukuku Geleneğinin İdealleri

Roma bir imparatorun, birkaç yöneticinin ya da hükümetin kontrolünü elinde bulunduran herhangi bir grubun keyfiyetine göre değil, insanların - tüm insanların - refahı için kanun ile yönetilen bir "cumhuriyet" ("*res publica*") olduğunu iddia etmiştir. Elbette bu bir idealdi ve her zaman gerçek değil, ama güzel bir idealdi. Öte yandan bu yalnızca bir Batılı ideali de değildir. Hukukun üstünlüğü her hükümetin ve her yasal sistemin -

gerçek olsun ya da olmasın - hizmet ettiklerini iddia ettiği evrensel bir idealdir. Yalnızca insanların irade ve gücünün değil, hukukun egemen olması gerektiği görüşü - samimi bir görüş olmamakla beraber - her hukuk sistemi ve hukuk geleneğinde mevcuttur; zira bu ilke herhangi bir hukuk sistemini gerekçelendiren ya da - mümkün ise - gerekçelendirebilecek unsurların özüdür.

Hukuk sistemleri, yalnızca *fiilen* hukukun üstünlüğünü sağladıklarında meşrudurlar. Bu, yalnızca yöneticilerin ya da gücü elinde bulunduran bazı grupların çıkarlarına değil, bir bütün olarak topluluğun refahına *gerçekten* hizmet eden yasaların bulunması ve sürdürülmesi anlamına gelir. Yöneticiler keyfi bir yetkiye sahip olmamalı, bir bütün olarak ortak yarar ve toplumun menfaati için hukukun üstünlüğüne hizmet etmek ve bunu korumak üzere halk adına hareket etmelidir. Bu ilke Batı hukuk geleneğinin kalbinde yer almaktadır, ancak bunun en azından teoride dünyadaki her hukuk sistemi tarafından bir biçimde paylaşıldığına inanıyorum, zira bu ilkeye bağlı kalınmadığında veya en azından bu yönde bir iddiada bulunulmadığında hukuk sistemi hükümsüz - gayrimeşru - olacak, ona riayet etmemize, önemsememize veya en ufak derecede saygı göstermemize layık olmayacaktır.

Hukukun Üstünlüğünün Temelleri

Hukukun üstünlüğü ilkesi, Jüstinyen'in, *Corpus Iuris Civilis*'in etkisi ve Roma yasasının mirası nedeniyle bugün batı olarak adlandırdığımız uygarlıkta kapsamlı bir biçimde incelenmiş ve titizlikle ele alınmıştır. Ancak bu kıymetli ve ilginç geleneğin kusurları olmadığı söylenemez. Jüstinyen'den aldığımız haliyle Roma hukuk geleneği, mantıklı ve çağının ötesindeki ilkelerini daima aynı derecede makul ve çağının ötesinde kurumlarla desteklememiştir. Roma hukuk öğrencileri, hukukun üstünlüğünün şu iki temel ve kaçınılmaz eksikliği bulunduğunu biliyor ve bunu sıklıkla dile getiriyorlardı: *Birincisi*, iyi hukuk ve adalet ilkeleri, *ikincisi* de, adalet ilkelerini gerçekleştirmek için asıl gerekli olan iyi kurumlar. Adalete bağlılığın ve insanların değil hukukun iktidarının ilan edilmesi yeterli değildir; yolsuzluğu, gaspları ve yasayı devam ettirmekle yükümlü olanların kanunlara aykırı hareket etmelerini önlemeye yönelik prosedürler de mevcut olmalıdır.

İyi kurumların hukuk ilkelerini keşfetmesi, yürürlüğe koyması ve koruması gerekliliği en az bu ilkeler kadar, hatta ilkelerin kendisinden daha da önemlidir. Neyse ki, adil bir hükümetin iyi bilinen temel yapısal gereklilikleri arasında yürütme organının görev sınırları, yasama organı seçimleri, güçler ayrılığı ve hepsinden önemlisi yürütme gücünün gaspına karşı hukuk, adalet ve anayasanın korunması için yetkilendirmeler de dahil olmak üzere hâkimlerin özgürlüğü yer almaktadır. Bu ilkeleri her yerde uygulamak için çaba göstermemiz gerekmektedir.

Yargı Bağımsızlığının Gerekliliği

Bu, bizleri en nihayetinde bu sempozyumun genel teması olan yargı etiğine geri getirir, çünkü bir hâkimin en temel erdemi, tüm hukukun ve yasal otoritenin temelini oluşturan adalet ve ortak yarar da dâhil olmak üzere, hukukun üstünlüğüne bağlılık erdemidir. Hâkimlerin yalnızca hukukun üstünlüğüne (ve ayrıca adalet ve ortak yarara) bağlı olmaları gerekmektedir. Hâkimlerin görevlerini yerine getirmeleri için bağımsız olmaları şarttır: Bu, hükümetten bağımsız, parlamentodan bağımsız, dinden bağımsız ve hatta insanlardan bağımsız olmalarını öngörür. Hâkimler bu sıfatla hareket ettikleri süre boyunca başkalarına değil, yalnızca hukukun üstünlüğüne bağlı olmalıdırlar.

Batı hukuk geleneğinin korunmasını, gücünü ve pek çok detayını borçlu olduğumuz Roma imparatorlarının da bu konuda bazı büyük hatalar yaptıklarını belirtmiştim. Bu hataların en büyüğü Jüstinyen ve halefleri tarafından benimsenmiş olan, kendilerinin yasaların da üzerinde veya ötesinde olduklarını belirten "princeps legibus solutus est" (Digest 1.3.31) "imparator yasalar tarafından kısıtlanamaz" ilkesiydi. Bundan daha da kötüsü, "prensi memnun edenin kanun hükmünde yetkisi olduğunu" belirten "quod principi placuit, legis habet vigorem" (Digest 1.4.1) ilkesiydi. Bu ilkelerin her ikisi de hukukun üstünlüğüne aykırıdır ve uygulandıkları ya da hukuk kavramları içerisine zorla sokuldukları her yerde yolsuzluklara, adaletsizliğe, yoksulluğa ve felâkete neden olmuştur.

Yürütme Gücünün Bağlılığı

Batı hukuk geleneğinin kökenlerine kısaca göz gezdirildiğinde, bu kökenler bizlere batı'daki tüm hukuk ve hukuk etiği tarihinin, imparatorlar, krallar ve diğer yürütme organlarınca yapılan ve kendilerinin ve devletin zorlayıcı güçlerini kontrolü altında bulunduran kişilerin bir biçimde yasalar üzeri veya yasaların ötesinde bir konuma sahip oldukları yönünde rekabet içeren hak iddialarına karşı adaletin birinci ilkesi olan - "imperium legum" ya da "hukukun üstünlüğü" ilkesini tesis etme ve koruma mücadelesinden ibaret olduğunu hatırlatmaktadır. Adil bir toplumun anahtarı, otorite konumundaki kişilerin *kendilerinin* de hukukun üstünlüğüne tabi ve bağlı olmalarıdır. 13. yüzyılda İngiltere'de Henry de Bracton'un da belirttiği gibi, kralın kendisi "alt Deo et lege", yani "Tanrı'nın ve yasaların altında" olmalıdır.

18. yüzyılda İngiltere'nin özgürlüğün yuvası olarak kazandığı büyük ün, 1701 tarihli Veraset Kanunu'ndan doğmuştur. Bu kanun çerçevesinde, kral ve Parlamento, hâkimlerin yürütme organının iradesine göre ("durante bene placito") değil, ("quamdiu se bene gesserint") ("yolsuzluk yapmadıkları sürece") hizmet edeceklerini taahhüt etmişlerdir. Birleşik Devletler Anayasası çerçevesinde federal hâkimler de aynı korumaya tabidirler (Madde III.1). Bu korumanın amacı, hâkimlerin, başkanın, hükümetin, yasama organının ve hatta halkın hukukun üstünlüğünü ihlal eden isteklerine karşı hukukun üstünlüğünü ilkesini korumak üzere güvenlik ve bağımsızlığa sahip olmalarını güvence altına almaktır. Hâkimler, kendileri için bu güvenlik temin edilmediğinde kendilerinin kontrolü altında olması gereken organlarca baskıya tabi tutulurlar.

Hâkimlerin Erdemleri

Batı hukuku geleneğinin tarihi, hâkimlerin hizmet etmek üzere içerisinde yer aldıkları hukuk sisteminin bütünlüğünü ve adilliğini korumak amacıyla sahip olmaları gereken başlıca iki erdemden söz eder. Bu erdemler; hâkimlerin bağımsız olmaları ve hâkimlerin hukukun üstünlüğüne sadık kalmalıdır. Hukuk etiğinin merkezinde, hâkimlerin bu iki ilkeye sadık kalmaları gerekliliği yer almaktadır. Yargıya ilişkin bu iki erdemi birbiriyle bağlantılı olmakla beraber aynı değildir. Hukukun

üstünlüğü, kişilerin ya da hükümetin asla keyfi yetkilerden yararlanmaması gerektiği ilkesidir. Yargı bağımsızlığı ilkesi, başkalarının keyfi yetkilerine karşı hâkimleri korur.

Keyfi yetkilerin hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde yasaklanması, hukukun doğası, amacı ve yargı erkinin devlet ile ilgili rolü bakımından önemli anlamsal hususları gündeme getirmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesi hukuk yoluyla yönetimden ayırt edilmelidir. Hukukun üstünlüğü, vatandaşların keyfi bir yetkiden bağımsız olmaları halinde mevcuttur. Hukuk yoluyla yönetim ise, güçlü kişilerin, kendi keyfi yetkilerini kullanmak için hukuk biçimlerinden yararlandıkları durumlarda söz konusudur. Hâkimler, hukuk yoluyla yönetimin yaratacağı ihlallere karşı hukukun üstünlüğünü korumakla görevlidirler. Anayasacılık, modern devletlerin bu yasal koruma görevi için hâkimleri güçlendirmelerini sağlayan bir araçtır, ancak bu görev hâkimlerin devletin nominal yapısından bağımsız olarak üstlenecekleri bir görevdir. Hâkimler nitelikleri gereği adalet bakanlarıdır ve hukuk biçimlerini kendi özel amaçlarına alet edenlere karşı hukukun bütünlüğünü korumak zorundadırlar.

Adil Olmayan Hukuk Sistemlerinde Hâkimler

Hukukun amacı adalettir ve tüm hukuk sistemleri adil olduklarını iddia ederler. Sistemler adil olduklarını iddia eder ve adil oldukları için kendilerine riayet edilmesini talep ederler. Ancak her ne kadar tüm hukuk sistemleri adalete hizmet ettiklerini iddia etseler de, bazen adalete hizmet etmezler. Bu da, adalete ve hukukun üstünlüğüne hizmet etmek için görev yapan hâkimler bakımından bir ikilem yaratır. Hukuk sistemleri yozlaştığı takdirde yahut bir yönetici, hizip ya da bir parti hukukun biçimlerini kendi amaçlarına hizmet etmek için kullanarak bu sistemlere el koyduğu ya da bunları yolsuzluğa alet ettiği takdirde, bu durumda hukukun değil kişilerin iktidarı söz konusu olur. Bir noktada, hukuk sistemini kendi özel kullanımına alet eden insanlara hizmet etmek yerine, asıl amaçları olan adalete hizmet edecek şekilde hukuku yorumlamak veya uygulamak hâkimin görevi haline gelir.

Hâkimler, kendilerinin de içinde bulundukları belirli hukuk sistemini aşan bir adalet görevine sahiptirler. Her hukuk sistemi adalete

hizmet ettiğini iddia eder, bu, adeta bir bütün olarak toplumun ortak refahını ifade eder. Bu iddia doğru olduğunda hâkimin görevi kolaydır: cumhurbaşkanlarının, başbakanların, parlamentoların ya da hukuk sistemini yıkmaya ve yasayı göz ardı etmek için hâkimleri etki altına almaya çalışan kişilerin etkilerine direnmek. Ancak hâkimler ayrıca hukuk sisteminin kendisinde bir adaletsizlik söz konusu ise bunu tespit etmek ve engellemekle görevlidirler. Bu görev ise daha ağır ve daha zordur. Hâkimler bir noktada haksız yaptırımları - düz anlamlarına karşı bile olsa - onları daha adil hale getirecek biçimde yorumlayarak, adaletsizliğin giderek artmasına karşı direnmelidirler.

Hâkimlerin Cesareti

Hâkimler için en zor görev, devlet destekli adaletsizlik karşısında cesaret göstermelerini öngörür. Hükümetin azınlıklara baskı uygulamak için yasa oluşturduğunu varsayalım. Yasama organının yalnızca toplum içinde belli bir sınıfı zenginleştirmek için faaliyet gösterdiğini varsayalım. Devlet başkanının ulusun menfaatine göre değil, kendi menfaatine göre hareket ettiğini varsayalım. Hâkimler kendilerine de zulüm ve haksızlık yapılması riskiyle karşı karşıya olsalar dahi bu haksızlıklara karşı durmak için gereken cesarete sahip olmak zorundadırlar.

Burada Batı hukuku geleneğinin en önemli yönlerinden birisi ile karşılaşmaktayız; bu sadece hükümetin ve yasaların herkesin menfaati için var olması değil, aynı zamanda *kamu* yetkilerini kendi *özel* menfaatleri için istismar etmeye başladıklarında otoriteye sahip olanlara karşı direnme konusunda da istekli olmaktır. Bu, tüm vatandaşların görevi olmakla beraber bilhassa adaleti ve hukukun üstünlüğünü savunmakla yükümlü olan hâkimleri ilgilendirmektedir. Batı hukuku sistemlerinin en çok ilham kaynağı olduğu ve en iyi geliştiği dönemler, hâkimlerin halkın haklarını ihlal eden kötü hükümetlere karşı durma gücünü bulduğu dönemlerdir.

Hukuk Etiği

Biz hukukçular, tıpkı yargı etiğini sıkça tartıştığımız gibi Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukuk etiğiyle ilgili de çok şey söyleyebiliriz; ancak yine de sıklıkla etik ile mevzuatı birbirine karıştırmamıza ve

hukukçuların etik hayatında ahlakın rolünü unutmamıza neden olan mesleki bir deformasyona maruz kalmaktayız. Ahlak ile kast ettiğim, yalnızca yapmaya *mecbur olduğumuz* ya da yapmamızın öngörüldüğü şeyleri kapsayan daha dar bir hukuk sahasının aksine, yapmamız *gereken* şeylerin toplamıdır. Sözgelimi, yaşadığım yer olan Maryland'de, çoğu avukatın büyük dikkatle okuduğu ve kurallarına uymaya çalıştığı bir hukuk etiği ilkelerinin taslağını oluşturmuş bulunuyoruz. Ancak bu yeterli değildir.

Kendi etik kurallarını veya cezadan kaçınmak için takip edilmesi gereken kati kuralları kanun hükmünde gören avukatlar ve hâkimler veya cezadan kaçınmak için takip edilecek sıkı kurallar, girişimin asıl önemli noktasını gözden kaçırır. Yargı ve hukuk etiği, hâkimlerin ve avukatların neler yapmak *zorunda* olduklarını tasvir eden kural ya da kanunların ötesine geçerek, daha geniş kapsamlı ve daha önemli bir soru olan, mesleki rollerini doğru bir şekilde ifa etmeleri için ne yapmaları *gerektiği* sorusunu da kapsamalıdır. Bu ileri şartlar haricen uygulanamaz ve uygulanmamalıdır. Hâkimler, bağımsızlık, adalet ve hukukun üstünlüğüne bağlılık şeklinde mevcut olan temel ilkeleri anlamalı ve ve bu ilkelere bağlı olmalıdırlar. Günümüz hükümeti de dâhil olmak üzere toplumda iktidarı elinde bulunduranların hırslarına engel olmalıdırlar.

Özgürlük

İngiltere 18. yüzyılda dünyadaki en özgür yer olarak ünlenmiştir. Büyük filozof ve aydınlanma öncüsü Voltaire, İngiltere'yi ziyaret edip bunu gördüğünde sebebini anlamaya çalışmıştır. Bu konuda tespit ettiği sebep, İngilizlerin dünyanın başka her yerine kıyasla burada krallarının yetkilerine daha iyi ve daha kati sınırlamalar getirmiş olmalarıydı. İngilizler bunu hâkimleri yetkilendirmek, onları bağımsız kılmak ve saldırılardan korumak suretiyle gerçekleştirmişlerdir. İngiltere'deki hâkimler yetkinin elinden bağımsızlık almak için beklemek istemediklerinden dünyanın diğer herhangi bir ulusundaki hâkimlerin de ötesinde bağımsızlardı. Bu hâkimler bağımsızlıklarını elde etmiş ve otoritelerine saygısızlık edenleri cezalandırmışlardır.

Büyük İngiliz hukukçusu Sir Edward Coke kanunun kralın da üzerinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Kral I. Charles İngiliz Anayasası'nı ve İngiliz halkının haklarını ihlal ettiğinde, İngilizler Kral Charles'ı mahkemede yargılamış, suçlu bulmuş ve idam etmişlerdir. Yine daha sonraları, Charles'ın oğlu II. James bir kez daha kanunların dışına çıkmaya teşebbüs ettiğinde, İngilizler tarafından görevden alınan James Fransa'ya kaçmıştır. James'in ve babasının akıbeti, her yerdeki hâkimler ve hükümetler için yararlı dersler ortaya koymaktadır. Hukuk olmadan özgürlük olmadığı gibi, yürütme organı kendi yetki sınırlarını ihlal ettiğinde söz konusu hukuk çerçevesinde hâkimler yürütme organını cezalandıramadığı ve yetkilerini kısıtlayamadığı takdirde de özgürlükten söz edilemez.

Sonuç

Batı hukuku geleneği üzerine yürütülen fikirler neticesinde hukuk, hâkimler ve yargı etiği ile ilgili bazı net sonuçlara ulaşılmaktadır. Batı hukuku geleneğinin kalbinde, kişilerin değil hukukun iktidarının egemen olduğu bir dünya yaratma mücadelesi yer almıştır. Ancak hâkimler bağımsız olmadıkları, saldırılardan emniyette olmadıkları ve hukukun üstünlüğüne bağlı olmadıkları sürece bu asla mümkün olmayacaktır. Bu bağlılık her yerde tüm hâkimlerin temel görevi olmayı sürdürmektedir. Hâkimler, toplumdaki diğer güçlü aktörlerin menfaatleri ve etkilerine rağmen, yasaları tarafsız bir biçimde uygulamak için gereken cesaret ve dayanıklılığa sahip olmalıdırlar. Yasal sistem bunu kolaylaştıracak biçimde yapılandırılmalıdır, ancak mevcut kurumlar onlara hak ettikleri korumayı sağlamadığında dahi hâkimler bağımsızlık haklarını savunmalıdırlar.

Hâkimler, hükümetlerin en kötü tutumlarda bulunduğu zamanlarda en önemli hale gelmektedir. Cumhurbaşkanları ve parlamentolar yolsuzluk yapmak veya toplumdaki bireylere veya gruplara baskı uygulamak için hukuk biçimlerinden yararlandıklarında hâkimler de onlara karşı direnmelidirler. Hukuk sistemi adaletten uzaklaştığında, hukuk sistemini daha adil hale getirmek için yorumlama yetkilerinden yararlanmalıdırlar. Hâkimler, hukukun üstünlüğünü savunan kahramanlardır, öyle olabilirler yahut olmalıdırlar. Bugün burada bana çok sayıda cesur hâkim karşısında konuşma fırsatı verdikleri için onur duyduğumu bilmenizi isterim.

JAPONYA'DA MESLEKTEN OLMAYAN HÂKİMLER NEDEN İDAM CEZASI VERMEYE DEVAM EDİYOR? DEVLET GÜDÜMLÜ ADAM ÖLDÜRME ETİĞİ

Prof. Tetsu SEKURAI
Kobe Üniversitesi /Japonya

1- Giriş

Mayıs 2009'da, Japonya'da meslekten olmayan hâkim sistemi yaklaşık sekiz yıllık hazırlık döneminin ardından nihayet yürürlüğe girdi. Söz konusu hazırlık döneminde, bu sistemin Japon yargı sistemine edilmesinin yararları ve dezavantajları konusunda büyük tartışmalar yürütüldü. Çoğu insan buna pek sıcak bakmıyordu; özellikle sistem ilke olarak cinayet, soygun cinayeti ve tecavüz cinayeti de dâhil olmak üzere idam cezası gerektirebilecek çeşitli ağır suçlardan herhangi birinin ilk yargılama sürecine uygulanacağı için. Yapılan eleştiriler, sade vatandaşlar arasından seçilecek hâkimlerin bu tür davalarda büyük psikolojik baskı altına girebileceği vurgulanıyordu, özellikle de vasıflı seçmenler arasından seçmenler arasından rasgele seçilecek olmaları ve belirli bir neden göstermedikleri sürece bu görevlendirmeyi reddetme imkânları bulunmayacak olması düşünüldüğünde. Bununla beraber çok eleştirilen bir diğer konu ise, meslekten olmayan hâkimlerin, mağdurlar, mağdurun ailesi ve savcıların mahkeme önündeki ifadelerinden çok fazla etkilenerek gereğinden daha sert hükümlere destek verebilme ihtimaliydi. (Maruta 2004; Nishino 2007; Takeda 2008; Inoue 2008; Murai 2008; Inoue ve Kadota 2009; Ohkubo ve Ikeuchi 2009)

Meslekten olmayan hâkim sistemindeki bir hâkim heyeti kural olarak, meslekten olmayan altı hâkim ve üç profesyonel hâkimden oluşmakta olup, oy çoğunluğu ile verilen mahkûmiyet kararlarında bu çoğunluğun içinde meslekten olmayan en az bir hâkim ve bir de profesyonel hâkim yer almak zorundadır. Bu, meslekten olmayan hâkimlerin tek başına mahkûmiyet kararı veremeyeceği anlamına gelmekle beraber, bu yeni sistemdeki kararların sıradan vatandaşların görüşlerini, sadece başına profesyonel hâkimlerden oluşan bir sisteme göre çok daha güçlü bir şekilde yansıttığı inkâr edilemez bir gerçektir.

Japonya, idam cezasını kaldırmayan az sayıdaki gelişmiş demokrasilerden bir tanesidir. 2014 yılının sonlarına doğru Japonya Kabine Ofisi tarafından yapılan bir kamuoyu yoklamasında, Japon halkın %80.3'ünün "Bazı durumlarda idam cezası kaçınılmazdır" ifadesine katıldığı görülmüştür (Kabine Ofisi, 2015). Bu noktada sorulması gereken asıl soru şudur: Özellikle günümüzde bu kadar çok Japon vatandaşı neden idam cezasını destekliyor? Bu makalede, Japonya'da uygulanan cezalar lehine ve aleyhine öne sürülen argümanlar ele alınarak idam cezasının Japonya halkı arasında nasıl bir yankı uyandırdığını irdelemeye çalışacağız. İtiraf etmeliyim ki idam cezasının kaldırılması konusunda ikna olmuş birisi değilim. Bunun yerine kendimi, ölüm cezasının kaldırılmamasını savunan görüşe daha yakın hissediyorum. Bunun nedenlerini aşağıda açıklayacağım.

2- İdam Cezasının Kaldırılmasını Savunan Hareketin Çöküşü

Daha önce de belirttiğim gibi, Japon halkının oldukça yüksek bir yüzdesi, bazı acımasız suçlar için ölüm cezasının kaçınılmaz olduğuna inanmaktadır. Bununla birlikte, ölüm cezasının kaldırılması yönündeki sivil hareket, 1980'lerden 1990'ların başlarına kadar Japonya'da oldukça güçlü bir hareketti; hatta Yüksek Mahkeme tarafından bir idam cezası onandığı zaman bu hareketin üyeleri hâkimlere "Katil!" diye bağırmıştı (Yomiuri Shimbun 2013, 270). O zamanlar Yüksek Mahkeme'de hâkim olarak görev yapan Shigemitsu Dando, mahkemede yaşanan bu tür öfke patlamalarının kendisini ölüm cezasına karşı sergilediği teorik muhalefeti daha titiz bir şekilde geliştirmeye ittiğini söyledi (Dando 2000, 9). 1980'li

yıllara kadar yapılan kamuoyu araştırmaları, sorulan sorular bugünkünden biraz daha farklı ifade ediliyor olsa da, idam cezasının sürdürülmesine daha az insanın destek verdiğini gösteriyordu. 1989'da insanların %66.5'i ölüm cezasının her ne şart altında olursa olsun kaldırılması fikrine itiraz ederken, 1999'da bu oran hızlı bir artış göstererek %79.3'e yükseldi. Bu durum, 1990'lı yıllarda ölüm cezasına verilen desteğin hızla arttığına işaret ediyor. 1999'dan günümüze kadar, Japon kamuoyunun yaklaşık %80'i ölüm cezasının sürdürülmesini tutarlı biçimde sürekli olarak desteklemeye devam etmiştir.

Kamuoyunun ölüm cezasına konusundaki duruşunda yaşanan değişimi tetikleyen en büyük unsur, 1995 yılında Aum Üstün Gerçek Tarikatı ve bu tarikatın lideri olan Shoko Asahara tarafından Tokyo metrosunda gerçekleştirilen hain sarin gazı saldırısı olmuştu. Bu zehirli gaz 13 yolcu ve tren mürettebatının ölümüne sebep olurken, 6.000'den fazla kişinin yaralanmasıyla sonuçlandı. Bu terör saldırısının yanı sıra, 1994 yılında Matsumoto şehrinde gerçekleştirilen ve yedi vatandaşın ölümüyle sonuçlanan sarin gazı saldırısı ile 1995 yılında Aum tarikatının bir üyesi tarafından üstlenilen, Aum-karşıtı avukat Tsutsumi Sakamoto ve ailesinin öldürüldüğü cinayet olayı da dahil olmak üzere bir dizi başka hain saldırı da Japon halkının Asahara ve takipçilerine öfke duymasına yol açarak idam cezasının kaldırılmasını savunan hareketin ciddi biçimde hız kaybetmesine sebep oldu. Daha da önemlisi, bu suç olaylarının zalimliği, idam karşıtı hareketin, savaş sonrası Japonya'sında en menfur suçlu olarak kabul edilen Asahara'nın idam cezasına çarptırılmasına itiraz etmesini zorlaştırdı ve hatta gerçek dışı bir hal almasına yol açtı. Asahara'nın ölüm cezası 2006'da kesinleşmesine rağmen halen infaz edilmemiş olup bu hain suçlu Tokyo Cezaevinde parmaklıklar ardında yaşamaya devam etmektedir.[183]

Kamuoyunun ölüm cezasına doğru kaymasının bir diğer önemli nedeni, Japonya'daki ceza muhakemesinin suç mağdurlarına ve aile

183 Kendisinin akıl sağlığını tamamen yitirdiği bildirilmiş olup Japonya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 479uncu maddesinde, hükümlünün akıl hastası olduğu tespit edilmesi durumunda infazın ertelenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 479(1)inci maddesinde "Ölüm cezasına çarptırılan bir kişi akli maluliyet halinde olduğunda, Adalet Bakanlığı'nın vereceği emirle infazın ertelenmesine hükmedilir."

bireylerine tanınan statü ve haklar açısından belirgin bir ilerleme kaydetmesi oldu. 2000 yılından önceki dönemde, mağdurlar ceza davasına taraf değildi. Bununla birlikte, 2000 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değişikliğe gidilerek mağdurlara veya mağdurların aile fertlerine "... mülahazalar hakkında görüş bildirme veya davayla ilgili başka hususlarda görüşlerini ifade etme" yetkisi verilmiş, ancak masumiyet karinesine aykırı düşmeleri kuvvetle muhtemel olması nedeniyle bu ifadelerin kanıt olarak kabul edilmesine izin verilmemiştir.[184] Akabinde 2007 yılında kanunda bir değişiklik daha yapılarak, bazı ağır suç mağdurlarının (veya bunların aile fertlerinin) "katılımcı mağdur" olarak duruşmaya katılıp sanıklar hakkında soru sormasına ve "...gerçeklerin bulunması veya hukukun uygulanmasına ilişkin görüş bildirmesine"[185] izin verildi. Bu kanun değişikliklerinin amacının mağdurların haklarını korumak ve genişletmek olduğu ortada olup, 2000 yılından bu yana mahkemede "Katil!" diye bağıran idam karşıtlarının sesi giderek daha nadir duyulduğu düşünüldüğünde bu amacın en azından kısmen yerine getirildiğini çok rahat söyleyebiliriz. Japonya'daki idam karşıtı hareketin çekirdek üyelerinden bir tanesi, sanık hakkında neredeyse her zaman en ağır cezalara hükmedilmesini isteyen mağdur taraf ailesi karşısında mahkeme heyetine bu şekilde bağırmanın çok zor hale geldiğini itiraf etmiştir (Yomiuri Shimbun 2013, 270).

3- Yurttaş Hâkim Sistemi ve Ölüm Cezası

Daha önce de belirttiğim gibi, Japon hükümetinin meslekten olmayan hâkim sistemini 2009 yılında uygulamaya başlamasından hemen önce, Japon yurttaş hâkimlerin ölüm cezası davalarına nasıl tepki vereceği hakkında çeşitli öngörüler vardı. Elde edilen sonuç ise oldukça ilginç. Bölge mahkemeleri tarafından bir yıllık süreçte verilen idam cezalarının sayısı yeni sistem uygulanmaya başladığından bu yana düşüş sergilerken, yalnızca bir kişiyi öldürdüğü iddia edilen sanıklar hakkında verilen idam

184 Madde 292-2(1): Mahkeme, mağdur veya başkaları ya da mağdurun yasal temsilcileri tarafından mülahazalar hakkında görüş bildirme veya davayla ilgili başka hususlarda görüşlerini ifade etme talebinde bulunulması halinde, bunların duruşma sırasında görüşlerini ifade etmesine izin vermekle yükümlüdür.

185 Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 316-36, 316-37, 316-38 maddeleri.

kararlarının yüzdesinde belirgin bir artış yaşandı. Bunların ilki kesinlikle şaşırtıcı değil, çünkü bildirilen ağır suçların sayısı, gelişmiş ülkelerin birçoğunda olduğu gibi Japonya'da da 2002'den günümüze dramatik bir şekilde düştü. 2009'da meslekten olmayan hâkim sisteminin başlamasından hemen önceki on yıl boyunca, ilk yargılamada verilen ortalama ölüm cezası sayısı yılda 12,3 idi; meslekten olmayan hâkim sisteminin hayata geçirilmesinden geçtiğimiz yıla kadar geçen sürede ise bu ortalama 4.3 olarak gerçekleşti. Açıkça görüldüğü üzere, ilk yargılama sonucunda verilen ölüm cezalarının sayısı sistem uygulanmaya başladıktan sonra yaklaşık üçte iki oranında azaltmıştır (Adalet Bakanlığı 2015).

Bunu kısmen, meslekten olmayan hâkim sistemi uygulanmaya başladıktan sonra yargılaması yapılan ağır ceza davalarında yaşanan düşüşle açıklayabiliriz. Sistemin uygulamaya alınmasından önceki sekiz yılda, şimdi olsa meslekten olmayan hâkim sistemi altında yargılanması gereken sanıkların ortalama sayısı yılda yaklaşık 2.736 idi. Buna karşın 2014 yılına kadarki dönemde bu sistemle yargılaması yapılan ortalama sanık sayısı yılda 1.452 olarak gerçekleşti; sistemden önceki döneme ait rakamın neredeyse yarısı (Adalet Bakanlığı 2015). Meslekten olmayan hâkim sisteminde yargılanan sanık sayısı, "ağır" suç işlediği iddia edilen sanık sayısını ifade etmekte olup, sistemin uygulamaya alınmasından sonra verilen idam kararlarının sayısındaki düşüş günümüz Japon toplumunda işlenen ağır suç oranlarında yaşanan önemli azalmayı yansıtmaktadır. Dolayısıyla yukarıda açıklanan eğilimlerin ilki o kadar da heyecan verici değildir.

Yukarıda açıklanan eğilimlerin ikincisi, yani yalnızca bir kişiyi öldürdüğü iddia edilen sanıklar hakkında verilen idam kararlarının sayısındaki artış, daha kayda değer bir gelişmedir; çünkü meslekten olmayan hâkim sistemi uygulamaya alınmadan önceki dönemde Japon hâkimler, mağdur sayısının sadece bir olduğu davalarda ölüm cezası vermek konusunda isteksizdi. 1999-2008 arasındaki dönemde, üçten fazla kişinin katili olan sanıklara verilen cezaların %94'ü idam cezası, %6'sı ise ömür boyu hapis cezası şeklindeydi. İki kişinin katili olan sanıkların ise %73'ü ölüm cezasına, %27'si de ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı. Buna karşın sadece bir kişinin katili olan sanıklar hakkında verilen idam cezası

kararlarının oranı yalnızca %0.2 idi (Mori 2012, 21-22). Bu oran sadece, profesyonel hâkimlerin mağdur sayısının sadece bir olduğu davalarda ölüm cezası vermek konusunda isteksiz olduğunu ortaya koymakla kalmamakta, aynı zamanda bu tip davalarda idam cezasından otomatik olarak kaçınıldığını göstermektedir. Bu eğilim, mağdur sayısının çok daha fazla önem arz ettiği o günlerde oldukça bürokratik bir kriter niteliğindeydi ve tek bir mağdurun söz konusu olduğu davalarda ölüm cezası, fidye istemek amacıyla gerçekleştirilen adam kaçırma olaylarındaki cinayet vakaları gibi sadece çok özel davalarda göz önünde bulunduruluyordu.

Bununla birlikte, bu eğilim, meslekten olmayan hâkim sistemi uygulamaya alındığından beri büyük ölçüde değişti. 2009 yılından bu yana, meslekten olmayan hâkim mahkemesinde idam cezası veya ömür boyu hapis cezası verilmesi istemiyle açılan ve mağdur sayısının bir olduğu toplam 138 cinayet davası görülmüş olup bugüne kadar bu davaların dördünde idam cezasına hükmedilmiştir. Bir kişinin katili olan sanıkların, meslekten olmayan hâkim sistemi uygulamaya alınmadan önceki dönemde %0.2 olan idam cezasına çarptırılma oranı böylelikle, sistem uygulamaya alındıktan sonra %2.9'a yükselmiştir.

Peki bu artış, çağdaş Japon toplumunda ağır suç oranlarının genel olarak düşüş kaydetmesi ışığında ne anlama geliyor? Japonya'da meslekten olmayan hâkimler cezalara hükmederken profesyonel hâkimlerden daha mı sert davranıyor? Sadece profesyonel hâkimlerden oluşan bir mahkemede, ölüm cezasına hükmetme kararı büyük oranda belirli niceliksel faktörleri göz önüne alan yeknesak ölçütlerin bürokratik bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bunlara mağdurların sayısı ve maddi nedenlerin varlığı ya da yokluğu dâhildir; bunu kısmen, Japonya'daki hâkimlerin herhangi bir demokratik temele sahip olmayan profesyonel bürokratlar olmalarıyla açıklayabiliriz. Yurttaş hâkimler içinse asıl sorulması gereken soru, ölüm cezasının ağır suçların hem sanıkları hem mağdurları bakımından adaletin tesis edilmesini sağlayıp sağlamayacağıdır. Yani, meslekten olmayan hâkim sisteminde idam cezasına hükmetme kararı, sade vatandaşın hangi cezanın uygun olacağı konusunda şekli kriterleri bürokratik bir yaklaşımla uygulamak yerine sosyal değerlere dair açık bir anlayışla bir karara varmasını gerektirmektedir (Mori 2012, 14-17).

4- Japon Halkı İdam Cezası Hakkındaki Kantçı Görüşü Destekliyor mu?

Japonya hükümetinin uluslararası arenada, özellikle de Avrupa Birliği'nde (AB) hâkim olan görüşe rağmen idam cezasını uygulamaya devam etmesinin ardında yatan başlıca nedenlerden bir tanesi, yakın zamanda yapılan kamuoyu yoklamalarında Japonya vatandaşlarının idam cezasına büyük destek vermiş olmasıdır. Örneğin Aum tarikatı ve bu tarikata üye kişiler tarafından 1990'lı yıllarda işlenen hain suçların, Japonya'da halkın idam karşıtı harekete karşı duyduğu sempatiye ciddi zararlar verdiğini yukarıda anlatmıştım. Dahası, benim görüşüme göre, bugüne kadar Japonya'daki idam karşıtı görüşün kuramsal dayanaklar idam cezasını savunan halkın ikna edilmesi noktası yetersiz kalmıştır. İdam karşıtı duruşuyla bilinen Jacques Derrida'nın "İdam karşıtı söylemin bugünkü haliyle... geliştirilmeye ihtiyaç duyduğunu ve gerek felsefi gerekse politik açıdan kırılgan ve aynı zamanda kolayca çürütülebilir yapıda olduğunu" itiraf etmesi oldukça ilginçtir. Derrida'ya göre, idam cezasının en az faydayı bir kenara bırakan Kantçı dayanakları çürütülmediği sürece, idam karşıtları "ampirik olgular tarafından koşullandırılacak ve özünde ... bir araçlar ve amaçlar mantığı içerisinde yer alacaktır" (Derrida ve Roudinesco 2004, 148).

Benim anladığım kadarıyla, idam cezası hakkındaki Kantçı görüş günümüzde dahi Japon halkının genel hissiyatı ile kısmen uyum içindedir. Burada kastettiğim, Kant'ın örneğin "cinayet işleyen kişi ölmek zorundadır" diyerek savunduğu lex talionis (kısasa kısas hukuku) görüşünün katı bir şekilde uygulanması değil. Kant bu gibi bir durumda "adaleti sağlayacak başka bir ceza şekli olmadığı" görüşünü savunuyor olsa da, cinayet işlemiş olan herkesin idam edilmesi gerektiği yönündeki görüşün gerçekçi olmadığı apaçık ortadadır. Özellikle Aum terör saldırılarından sonra Japon halkı, Kant'ın deyişiyle "…yargı tarafından suçun faili hakkında ölüm cezasına hükmedilmediği sürece, her ne kadar acınası bir durum gibi görünse de yaşam ile ölüm arasında, dolayısıyla da işlenen suç ve karşılığında ödenen kefaret arasında herhangi bir denklik olduğundan söz edilemez" (Kant 1996, 106). "Kefaret" ifadesi kulağa biraz çağ dışı gelebilir. Bu nedenle onun yerine, bir suçun failinin özgür ve de sorumlu bir insan

olarak, işlemiş olduğu suçun "sorumluluğunu" almasını isteyebiliriz. Burada sorulması gereken soru, süresi ne kadar uzun olursa olsun, azılı bir katilin işlemiş olduğu hain suçlar karşılığında hapis cezasına çarptırılarak bu suçların sorumluluğunu almış sayılıp sayılamayacağıdır. Bu soru, Kant'ın açık bir dille ifade ettiği üzere, yaşam ile ölüm arasındaki radikal kıyaslanamazlık ile yakından alakalıdır. Cinayet mağdurlarına karşı bu dünyada artık herhangi bir özür ya da telafi mümkün olmadığı gerçeğini göz önünde bulundurarak bu açmazın içinden çıkabiliriz. Başka bir deyişle, haklı bir nedene dayanmaksızın başka kişilerin yaşama hakkını çiğnemiş olan bir kişi aynı hakkı kendisi için nasıl olur da talep edebilir? (Mori 2012, 237) Daha sonra tartışacağımız üzere, Kantçı cezalandırıcı adalet anlayışının günümüz toplumunu karşı karşıya bıraktığı en zorlu mesele tam olarak budur.

Kabine Ofisi tarafından 2014 yılında gerçekleştirilen kamuoyu araştırması, beş yıl önceki kamuoyu araştırmasının sonuçlarına göre %4.6 oranında düşüş kaydetmesine rağmen halkın %57.7'sinin halen, idam cezasının ağır suçlar karşısında caydırıcı unsur olarak işlev gördüğü görüşünde olduğunu ortaya koymuştur. Bu rakamlar, idam cezasının caydırıcı bir güç olduğu yönündeki inanışın Japonya'da geçerliliğini korumaya devam ettiğini, ancak başka ülkelerden gelen nesnel kanıtların da etkisiyle yavaşça düşüşe geçmiş gibi göründüğünü göstermektedir. Ben şahsen, Japon halkının genel olarak idam cezasının kaldırılmaması yönündeki duruşunun ardında yatan nedenin, idam cezasının caydırıcı gücü olduğuna inanmıyorum; çünkü Japon halkı aynı zamanda Japonya'nın dünyadaki en güvenli ülkelerden bir tanesi olduğunun tamamen bilincindedir.

Dolayısıyla, idam cezasına istikrarlı biçimde verilmeye devam eden desteğin ardında yatan nedenin daha ziyade, ağır suçlarda adaletin gerçek manada sağlanması yönünde halkın yoğun bir talebi olmasından kaynaklandığını düşünüyorum. Japon kamuoyuna göre iğrenç suçlara verilebilecek tipik bir örnek, Aum Üstün Gerçek Tarikatı'nın lideri Shoko Asahara ve bu tarikat tarafından gerçekleştirilen terör saldırılarıdır. Benim görüşüme göre, Aum tarikatı tarafından gerçekleştirilen seri terör

saldırıları, günümüz Japon toplumunda ölüm cezası ile ilgili kamuoyu anlayışının şekillenmesinde çok önemli bir rol oynamıştır.

5- Japonya Ceza Hukuku Sistemindeki Usuli Eksiklikler

En ünlü Japon idam karşıtlarından biri olan Shigemitsu Dando, adaletsizliğin önüne geçilmesinin imkansız oluşunu idam karşıtlığı karşısında en belirleyici argüman olduğunu ifade etmiştir (Dando 2000, 7-12). Nitekim, 1983-1989 yılları arasında Japonya'da ölüm cezasına çarptırılan dört mahkum birbiri ardına yeniden yargılanarak beraat ettirilmişti. Bu adli hatalar, şüphelileri yalan itirafta bulunmaya zorlayan usulsüz sorgulama yöntemlerinin sonucuydu. Bazı kesimler, o zamandan bu yana aynı türden adli hata yaşanmadığını iddia edebilir. Ancak, bildiğim kadarıyla, ölüm cezasının yalnızca çok sayıda ikinci dereceden kanıta dayanarak verildiği, en az bir tartışmalı dava var ve bu dava neticesinde mahkum 2008'de infaz edildi. Bahsettiğim dava, 1992 yılında Fukuoka Eyaleti, IIzuka şehrinde yedi yaşındaki iki kız çocuğunun kaçırılıp öldürülmesi hakkında görülen ve halk arasında IIzuka davası olarak bilinen davadır. Mahkum hüküm giydikten sonra, idam cezasının infaz edildiği son ana kadar suçlamaları reddetmeye devam etmişti (Aoki 2012, 224-63). O herkesçe bilinen ünlü Britanya örneğinden bahsetmeyecek olsak dahi, bu gibi tartışmalı bir davanın varlığı bile bizleri idam cezasının kaldırılmasına daha sıcak bakmaya itmektedir. Zira görünen o ki, ağır suçlarda yapılan adli hatalar masum insanların infaz edilmesi riskini artıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa Konseyi tarafından 2013 yılında benimsenen AB İdam Cezası Kılavuz İlkeleri'nde, idam karşıtı görüşün ardında yatan en ikna edici nedenin "insan hakları ve insanlık onuru" olduğu ifade edilmiş olup bu ifade özünde, ölüm cezasının mahkum edilen kişinin yaşama hakkını ihlal ettiği anlamına gelmektedir. İdam cezası kuşkusuz, mahkûm edilmiş tutukluların insan haklarını hem usul hukuku hem de maddi hukuk bakımından tehdit edici bir unsur olabilmektedir. Usuli yönden bakıldığında, yukarıda da belirttiğim gibi, bütün ceza davalarında "masum bir kişinin devlet yetkilileri tarafından kasten öldürülmesine" yol

açabilecek adli hatalar yaşanması gibi kaçınılmaz bir risk söz konusudur (Avrupa Birliği Konseyi 2013, 5). Shigemitsu Dando daha da ileri giderek, masum olmasına rağmen hüküm giydirilmiş bir kişinin infaz edilmesinin bir insana karşı yapılabilecek adaletsizliklerin en büyüğü olduğunu ifade etmiştir (Dando 2000, 11).

Dahası, Japon ceza hukuku sisteminde, sanık aleyhinde işleyebilecek ciddi eksiklikler bulunmaktadır. Bunların ilki, daha önce de belirttiğim gibi, ağır suçların mağdurları (veya bunların aile fertleri) günümüzde artık "katılımcı mağdur" olarak duruşmaya katılarak "gerçeklerin bulunması veya hukukun uygulanmasına ilişkin görüşlerini" bildirebilmektedir. Buradaki asıl sorun, Japon ceza muhakemesinde gerçekleri bulma ve cezaya hükmetme aşamaları arasında herhangi bir ayrım olmamasıdır. Bu gibi bir ayrımın olmayışı, mağdurların büyük ölçüde duygusal olan ifadelerinin yurttaş hâkimlerin olgulara ilişkin bulgularını etkileme ihtimalini beraberinde getirmesidir. Bazı yorumcular, Japonya'daki gibi bir "katılımcı mağdur" uygulamasının sanıkların "suç olduğu sabit olana kadar masum sayılma" hakkını ihlal ettiğini, dolayısıyla da Japonya Anayasası'nın sanıkların "tarafsız bir mahkemede yapılacak adil yargılanma … hakkını" teminat altına alan 37nci maddesine aykırı olduğunu savunmaktadır (Foot 2007; Johnson 2012).

İkincisi ise, ülkemizde uygulanan meslekten olmayan hâkim sisteminde, bütün mahkumiyet kararları, meslekten olmayan en az bir hâkim ve en az bir profesyonel hâkimin yer aldığı çoğunluk oyuyla verilmekte olup bu kural, idam cezası için de geçerlidir. Yani başka bir deyişle, Japonya ceza muhakemesi uyarınca, ölüm cezası verilebilmesi için hâkimler arasında oybirliği sağlanmak zorunda olmamakla birlikte bu uygulamanın uluslararası insan hakları standartlarına uygun olmadığı iddia edilmektedir.

6- Hume'cu Sözleşmeci Ahlak Felsefesine Göre Bir İnsan Hakkı Olarak Yaşama Hakkı

Bununla birlikte, burada vurgulamak istediğim husus, ölüm cezası ile ilgili olarak, usuli yönler ile maddi yönlerin birbirinden ayırt edilebilir nitelikte olması ve idam karşıtı görüşün idam cezasına karşı öne sürdüğü maddi argümanda tartışmaya açık bir nokta bulunduğu gerçeğidir. Daha önce bahsedilen AB İdam Cezası Kılavuz İlkeleri'ne göre, ölüm cezası karşısındaki en maddi argüman, bütün suç zanlıları için bir insan hakkı olarak yaşama hakkının güvence altına alınmış olmasıdır. Ancak, bir insanlık hakkı olarak yaşama hakkı ölüm cezasının adaletsizliğini maddi olarak ortaya koymak için yeterli bir gerekçe midir?

Batı Avustralya Üniversitesi bünyesinde görev yapan felsefeci Robert Ewin, otuz beş yıl önce, Thomas Hobbes'un sözleşmeci etiğine binaen, yaşama hakkının doğal bir hak değil, toplum tarafından oluşturulmuş bir hak olduğunu öne sürmüştür. Basitçe ifade etmek gerekirse, Ewin'e göre "hepimiz adam öldürmemek konusunda anlaşma yaptık, dolayısıyla adam öldürmek bu sözleşmenin bir ihlalidir ve bu nedenle de haksız fiil niteliği taşır" (Ewin 1981, 109). Ewin'in oldukça karakteristik yönlerinden biri, adam öldürme yasağını sözünü tutmama yasağıyla kıyaslamasıdır. Bu iki yasak, her ikisinin de yapısal ahlak kuralı olması sebebiyle "aynı mantıksal türdendir" (Ewin 1981, 110). Bu şu anlama gelmektedir: Söz konusu temel kurallar toplumsal uygulamalar yaratmakta olup bu uygulamaların varlığı mantıksal olarak kurallara bağlıdır. Adam öldürme yasağı kuşkusuz, sözünde durmama yasağı karşısında mantıksal bir önceliğe sahiptir; çünkü hayatta olmadığımız sürece toplumsal etkileşimlerimizden faydalanmamız imkansızdır.

Aslında Hobbescu değilim; ancak bir Humecu olarak, adam öldürmeye karşı uygulanan kuralın, tıpkı sözünde durma ve başkalarının mülküne saygı gösterme kura gibi yapay bir erdem olduğu konusunda Ewin'e katılıyorum. Diğer bir deyişle, tüm bu kuralların 'aramızdaki sözleşme veya anlaşma'nın bir ürünü olduğunu, yani başkalarının da aynı şekilde hareket edeceği varsayımından hareketle davranışlarımızı kurallara göre düzenlememize yol açan "genel bir ortak çıkar anlayışı" (Hume 200, 315)

olduğunu savunuyorum. Bu anlamda, adam öldürmeyi yasaklayan kural aslında doğal hukuktan ziyade toplumsal bir yapıdır ve her bireyin yaşama hakkına saygı, toplumun kurulması ve sürdürülmesi, yani barışçıl bir karşılıklı işbirliği ortamının tesis edilmesi için zorunlu bir şarttır.

İster Hobbescu ister Humecu olsun, bu gibi bir sözleşmeci ahlak, bazı özel durumlarda temel normların askıya alınmasını açıklayabilme avantajına sahiptir; çünkü bu teoriye göre, bu normların bağlayıcı gücü tamamen, bireyler arasındaki "ortak çıkar duygusuna" bağlıdır" (Hume 200, 315). Genel olarak hepimiz, kendinizi ve hatta başkalarını savunmak için azılı bir saldırganın öldürmenin ahlaki ve yasal olarak haklı bir gerekçesi olduğunu ve hatta bazı durumlarda kaçınılmaz bir sonuç olduğunu kabul ediyoruz. Başka bir deyişle, nefsi müdafaa için adam öldürmek haklı nedenleri olan bir fiildir. Bu temel normun bazı istisnalarda ani olarak askıya alınması, sözleşmeli ahlak kurallarıyla tutarlı bir şekilde açıklanabilir; çünkü bir kişinin beni ya da bana eşlik eden kişi veya kişileri öldürmeye kalkması halinde bu durum beni, saldırganı öldürmeme yükümlülüğünden kurtarır.

Nefsi müdafaa gerekçesi şaşırtıcı bir paradoksu açığa çıkarır. Kötü niyetli bir saldırgan sizi veya yanınızdaki çocuğunuzu öldürmeye kalktığında bu saldırganı öldürmek için hukuki açıdan tamamen haklı nedenleriniz olur; yani saldırgan cinayet işlemek niyetiyle gerçekleştirdiği saldırıyla beraber kendi yaşama hakkından da bir nevi vazgeçmiş olur. Buna karşın saldırgan, saldırısını tamamlayıp çocuğunuzu öldürdüğü andan itibaren bu suçun kesin şüphelisi haline gelir ve kolluk kuvvetleri ondan intikam almanızı yasaklar. Sonuç olarak, idam karşıtı bir ülkede zanlının yaşama hakkına saygı gösterilmek zorundadır. Bu senaryoda, ölümle sonuçlanan saldırısını gerçekleştirerek yaşama hakkını kaybetmiş olan saldırgan, sırf cinayeti gerçekleştirdi diye yaşama hakkını geri kazanmış olmaktadır ve bu durum beni son derece rahatsız etmektedir.

7 - Sonuç

Bu paradoksal senaryo, en menfur suçların kesin faili olan kişilerin idam edilmesinin haklılığını savunmak noktasında, en azından maddi unsurlar bakımından katkı sağlıyor mu? Bilemiyorum. Hiç şüphesiz, ölüm cezasının haklılığına karar vermeden önce incelenmesi gereken başka önemli usul faktörleri vardır. Ve tüm ceza yargılaması sistemlerinin, usuli eksiklikleri ortadan kaldırmak ve adaletsiz cezalar verilmesini önlemek için sürekli olarak kendini geliştirmesi gerektiği apaçık ortadadır. Ancak, daha önce de ifade ettiğim soru asla aklımdan çıkmıyor; haklı bir nedene dayanmaksızın başka kişilerin yaşama hakkını çiğnemiş olan bir kişi aynı hakkı kendisi için nasıl olur da talep edebilir? (Mori 2012, 237) Başka bir deyişle, Aristo'nun düzeltici adaleti bir caninin yaşama hakkına her zaman yol vermeli midir? Sanıyorum ki bu soru - bilhassa da ömür boyu hapis ceza almış mahkûmlar, artık hayatta olmayan kurbanlarının aksine, parmaklıklar ardında da olsa küçük bir topluluk içerisinde dışarıdaki hayatlarından pek farkı olmayan rahat bir hayat sürmeye devam ettikleri düşünüldüğünde Japonya halkının çoğunun paylaştığı görüşü yansıtmaya devam ediyor .

Kaynakça

Aristo. 2000. Nicomachean Ethics. Çeviri ve Ed.: R. Crisp. Cambridge ve New York: Cambridge Üniversite Yayınları.

Aoki, Osamu. 2012. Death by Hanging (Japonca). Tokyo: Kodansha.

Kabine Ofisi. 2015. "The Surveys on Attitude for the Capital Punishment System (Japonca)." Kasım 2014. http://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-houseido/2-2.html.

Avrupa Birliği Konseyi. 2013. "AB İdam Cezası Kılavuz İlkeleri" https://eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/death_penalty/docs/guidelines_death_penalty_st08416_en.pdf.

Dando, Shigemitsu. 2000. Abolition of Capital Punishment (Japonca). 6. Baskı. Tokyo: Yuhikaku.

Derrida, Jacques ve Elisabeth Roudinesco. 2004. For What Tomorrow: A Dialogue. Çeviri: J. Fort. Stanford: Stanford Üniversite Yayınları.

Ewin, R. E. 1981. Co-operation and Human Values: A Study of Moral Reasoning. Brighton: Harvester Press.

Foote, Daniel H. 2007. Judiciary With No Name or Face (Japonca). Tokyo: NTT.

Hume, David. 2004. A Treatise of Human Nature. Ed.: D. F. Norton ve M. J. Norton. Oxford ve New York: Oxford Üniversite Yayınları.

Inoue, Kaoru. 2008. Down With the Citizen Judge System! (Japonca). Tokyo: Shinchosha.

Inoue, K. and Kadota, R. 2009. Duel! The Citizen Judge System (Japonca), Tokyo: Wac.

Johnson, David T. 2012. "Capital Punishment and Japan's Meslekten olmayan hâkim System (Japonca)." Aoyama Hukuk Dergisi 5, 269-87.

Adalet Bakanlığı. 2015. "The Citizen Judge System" The 2015 White Paper on Crime (Japonca). http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_2_3_2_3.html.

Kant, Immanual. 1996. The Metaphysics of Morals. Çeviri ve Ed. M. Gregor. Cambridge ve New York: Cambridge Üniversite Yayınları.

Maruta, Takashi. 2004. The Citizen Judge System (Japonca). Tokyo: Heibonsha.

Mori, Honoo. 2012. Death Penalty and Justice (Japonca). Tokyo: Kodansha.

———. 2015. Arguments for the Death Penalty (Japonca). Tokyo: Chikuma Shobo.

Murai, Toshikuni. 2008. Introduction to Criminal Law and Procedure for Citizen Judges (Japonca). Kyoto: Horitsubunkasha.

Nishino, Kiichi. 2007. The True Nature of the Meslekten olmayan hâkim System (Japonca). Tokyo: Kodansha.

Ohkubo, T. ve Ikeuchi, H. 2009. Your Honor, That Wasn't the Deal! (Japonca). Tokyo: Shogakukan.

Takeda, Masahiro. 2008. To Know and Think About the Citizen Judge System (Japonca). Tokyo: Iwanami-Shoten.

Yomiuri Shimbun. 2013. The Death Penalty (Japonca). Tokyo: Chuokoron Shinsha.

İKİNCİ GÜN

ULUSLARARASI YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

26 - 27 MAYIS 2017

DÖRDÜNCÜ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: HÂKİMLER VE SAVCILAR

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

BEŞİNCİ OTURUM

HUKUK EĞİTİMİNDE ETİK BİLGİNİN ÖNEMİ

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN

Türkiye Felsefe Kurumu Başkan Yardımcısı

ALTINCI OTURUM

YARGILAMADA ETİK: AVUKATLAR

Oturum Başkanı: Feyzullah TAŞKIN

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

DÖRDÜNCÜ OTURUM

YARGILAMADA ETİK: HÂKİMLER VE SAVCILAR

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

SUNUCU

Saygıdeğer katılımcılar Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'na tekrar hoşgeldiniz efendim. Dün açılışını yaptığımız ve birbirinden önemli değerli konuşmacıların yer aldığı oturumlarla devam ediyor Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu. İlginiz dolayısı ile öncelikle hepinize ayrı ayrı teşekkür ediyoruz efendim.

Sempozyumun tüm katılımcılara faydalı olacağını umut ediyoruz. Sempozyum bugün de oturumlar şeklinde devam edecek dün olduğu gibi bugünde etkili ve verimli geçeceğini umut ediyoruz.

Evet, az sonra başlayacak olan birinci oturumumuza geçebiliriz. Kıymetli misafirler Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'nun 'Hâkim ve Savcılar Açısından Yargılamada Etik' konulu birinci oturumu az sonra başlayacaktır. Oturum başkanını hemen size takdim etmek istiyorum. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Sayın Muharrem ÖZEN'i sahneye davet ediyorum Brezilya Federal Pemambuco Üniversitesinden, Joao Mauricio ADEODATO efendim kendisini sahneye davet ediyoruz.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Mustafa AVCI ile Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Hâkimi SayınGökten KOÇOĞLU ve Polonya Varşova Üniversitesinden Prof. Sayın Tomasz STAWECKİ'yi sahneye davet ediyoruz efendim.

Sayın Başkan değerli konuşmacılar söz sizde.

BAŞKAN

Herkese günaydın konuşmamıza ve oturumumuza başlamadan önce teşekkür etmem gereken insanlar olduğunu biliyorum. Gerçekten hem uluslararası alanda çok yetkin hem de kendi ülkemizde alanda yetkin insanları bir araya getirme fırsatı veren Adalet Bakanlığının bu girişimini yürekten kutluyorum. Bu vesileyle de bizi bir araya getirme çabası dolayısıyla başta Strateji Geliştirme Daire Başkanımız Alparslan Azapağası'na ve tüm ekibine huzurlarınızda şükranlarımı sunuyorum. Gerçekten de iki gündür devam eden bu etkinliklerin her meslekte olduğu gibi hâkim ve savcılarımız boyutunda da yargı etiğinin daha işselleştirmesine, bilinçleştirmesine çok büyük bir katkı sunacağını düşünüyorum.

Ben Ankara Üniversitesinde Hukuk Fakültesi Dekanlığına yakın bir zamanda başladım. Ama üçbuçuk dört yıldır da Ankara Etik Kurulu Başkanıyım. Biz sadece hâkim ve savcılar ile ilgili değil tüm akademisyenler ve idari personellerle ilgili, hatta öğrenci akademisyen ilişkisine kadar etik değerlerin işselleştirilmesinin yararlı olacağını düşünen bir platformda üniversitede çok değişik düzenlemeler yaptık. Birçok normatif düzenlemeler ilkeler yargı ayağında kabul edildiğini biliyoruz. Tabi ki adaletin ne eksik ne tam artan bir şekilde tartılması gerekiyor. Adalet kavramına ilişkin bakışımızı da hiç kuşkusuz bu yargı erkini kullanan hâkim ve savcıların tutum ve davranışları belirliyor. Dolayısı ile yargı etiğini, başta Hâkim ve Savcılar Kurulu olmak üzere gündemde tutmalarını bunu çok önemli bir hedef olarak görmelerini gerçekten çok memnuniyetle karşılıyorum. Onur duyduğumu ifade etmek istiyorum.

İlk olarak sözü sayın Adeodato'ya vermek istiyorum. Süre 15 dakika efendim. Bunun en iyi şekilde kullanılacağından eminim. Buyurun.

HUKUKUN GERÇEKLİKLERİ GALİBİYET ANLATILARIDIR - GERÇEKÇİ VE RETORİK HUKUK FELSEFESİNE AİT TEMEL SAVLAR

João Maurício ADEODATO
Recife´s Hukuk Fakültesi - Pernambuco Federal Üniversitesi

Özgeçmiş: http://lattes.cnpq.br/8269423647045727

Özet: 1. Retoriğin Aristocu bir yaklaşımla iknaya indirgenmesi.

2. Aristocu retorik üzerine gerekçi bir kritik:

2.1. Üç sav;

2.2. Üç retorik düzeyi.

3. Sonuç.

1. Retoriğin Aristocu bir yaklaşımla iknaya indirgenmesi

Bu makalenin hedefleri yukarıda yer alan özet ile belirtilmiştir: Aristo'nun saygınlığının Batı kültürel geleneğinde retorik anlamını nasıl değiştirdiğini göstermeye ve Antik Yunan'daki orijinal anlamına daha yakın bir biçimde bir retorik biçimi ortaya koymaya çalışacağım, bu ayrıca günümüz hukukunun anlaşılması için daha uygun görünmektedir.

Etiği tartışmanın temeline yerleştiren Aristo, retorik ve felsefe arasındaki platonik ayrımı bir çıkış noktası olarak alır. Sofistleri tam da retoriği felsefeye getirerek onları karıştırdığı için katışık olarak değerlendirir. Bununla birlikte, Aristo, vatandaşın teşkilini oluşturması beklenen insan çalışmaları grubuna retoriği yerleştirme gerekliliği bakımından sofistlerle hemfikirdir. Retoriği inceleyen Aristo, her ne kadar onu felsefe seviyesine yükseltmenin mümkün olmadığını onaylasa da, eski retoriğe izin vermek ve meşrulaştırmak suretiyle içsel ayrımlarla, iyi

ve kötü retoriği ayırmaya çalışmaktadır. Bu nedenle Aristo'nun stratejisi iknayı gelecek zamanların tüm retorik terminolojisini yönlendirecek ve şekillendirecek bir yol olarak pathos, logos ve ethos araçlarından yararlanan retoriğin amacı olarak göstermektir.

Ve kötü retoriğe ait örneği de, tam olarak hitabetle ilgilidir; savları, izleyicinin duygularını değiştirmeye, kanıtları manipüle etmeye ve her durumda kazanmaya yönelik (müzakereci ya da siyasi ve övücü türlerin yanı sıra) üç retorik biçiminin en incelikli ve hassas savlarıdır.

2. Aristocu retorik üzerine gerekçi bir kritik:

2.1. Üç sav;

Bu çıkış noktası göz önünde bulundurulduğunda, üç temel sav, *gerçekçi retorik* olarak adlandırdığım, felsefeye ve hukuk felsefesine uygulanan retorik düşünce biçimini tanımlamaktadır. Bunların isimlendirilmesinde, yazılarının başlıkları daima "karşı" ifadesini içeren Helenistik filozof Sextus Empiricus'tan esinlendim.

Birinci sav: ontolojik filozoflara ve Aristocu retorisyenlere karşı. Retorik, bir bütün olarak felsefeye değil, egemen ontolojik eğilime karşı duruş niteliğinde bir felsefe biçimidir. Ontolojik filozoflar, retorisyenlerin dahi felsefenin gerçeğe dair bir arayıştan müteşekkil olduğuna ve dolayısıyla da retoriğin felsefeden ayrılması gerektiğine inandığı noktaya kadar felsefeye tutunmuşlardır. Ancak gerçek kavramı terk edilir ise retorik bir felsefe biçimi olur, zira felsefe gerçek (alethea) değil, bilgelik (sofia) arayışıdır.

İkinci sav: ontolojik filozoflara karşı. Retorik - söylemin önemli işlevlerinden biri olmasına karşın - yalnızca bir süsleme işlevine ve hatta ihtiyatsız olanı kandırmaya yönelik etik olmayan bir süslemeye (bu mevcut becerilerinden biri olmasına karşın) indirgenemez. Başka bir ifadeyle: retorik, yalnızca kelimelerin güzelliğine ve baştan çıkarıcılığına önem vermediği gibi onları "kötü" etik aracı olarak da kullanmaz. Öte yandan retorik, sanki yalnızca güzel kelimelerden müteşekkil "içi boş" (herhangi bir içeriği olmayan) bir oyunu değil, aynı zamanda yalanlar ve yarı gerçekleri da ifade ediyormuş gibi eyleme karşı duruş niteliğinde olmayacaktır. Retorik kesinlikle eylem üretir ve eylemi destekler.

Üçüncü sav: Aristocu retorisyenlere karşı. Retorik yalnızca ikna, çalışma ve söylem yoluyla içtenlikle ikna etme araçlarını içermez, bunların da ötesine uzanır. - Burada tartışılacağı üzere retorik türlerinden yalnızca biri olan - İknanın en önemli rolü oynadığı stratejik retorik dahi, ikna edici yöntemler içerisine gizlenemez. Stratejik fakat ikna edici olmayan diğer araçlar arasında, retorik otorite, baştan çıkarma, yalan, cezbetme, ayartma ve zarar tehdidini ele alır. Bu temel olarak hitabet retoriği ile ilgilidir.

Şimdi retoriği ayrıca ideal türler olan üç seviye halinde ele alarak bu savları açıklamaya çalışacağım.

2.2. Üç retorik düzeyi;

Retorik perspektifin maddi (dynamis), stratejik (techné) ve analitik (episteme) olmak üzere üç bölüme ayrılması izleri antik retoriğe, Friedrich Nietzsche ve Ottmar Ballweg'e kadar sürülebilecek köklü bir geleneğe dayalıdır.

Burada retorik yaklaşımın bölündüğü üç ideal tipten birincisi, sağduyu ve geleneksel ontolojik felsefe tarafından "gerçeklik" olarak adlandırılan *maddi retorik*tir. Bu, gerçekliğin mutlaka ikna ve fikir birliğine dayalı olması gerekmeyen, başka yollarla da edinilebilecek galibiyet anlatısı ile oluşturulduğu ve şekillendirildiği anlamına gelir ve başka yollarla da elde edilebilir.

Maddi retorik, en azından her bir bireye bağımlı olma bakımından gerçekliğin öznel olduğunu değil, tam aksini ima eder. Bir meselenin "gerçeklik" derecesinin az ya da çok olması kesinlikle diğer insanlara, halkın dili kontrol edebilme ihtimaline bağlıdır. Bazı ortamlarda iblisler, kara delikler, zerreler, süperego ve önseziler bulunmasının sebebi budur. Bu retorik kontrol kurallarının koşullu, duruma bağlı, değiştirilebilir ve belirsiz nitelikte olduğu doğrudur; ancak maddi retorik keyfi değildir, dil kontrol işlevine sahiptir ve bu işlevi karmaşıklığı azaltmak suretiyle uygular; bu nedenle bir sayıklama hali olamaz, her bireyin iradesine göre belli düzenlilikler sunmalıdır; ancak daha önce de belirtildiği gibi, bu düzenlilikler çok değişkendir ve önceden tahmin edilemez, anlık talepler için oluşturulmuştur.

Modern hukuktan bir örnek verebilirim. Hukuki bir vaka, belirli bir olası bağlama dair belirli bir algıyı ifade etmeye çalışan bir söylemdir. Hukuki işlemler de, bir çocuğun telsiz telefon ile oynaması gibi ve hayatın kendisi gibi, diğer anlatılarla ilgili anlatı zincirlerinden oluşur. Zorlayıcı hukuk, "gerçeklikleri oluşturmaya" güçlü bir katkıda bulunur, zira hukukun bu biçiminin kazanan biçim olma ihtimali yüksektir. O noktada, gerçek dünyanın aynı zamanda nasıl ampirik ve dilsel bir olgu olduğunu veya burada tercih edildiği gibi retorik olduğunu ve dilin kelimenin tam anlamıyla gerçek dünyayı ve insanlığın kendisini nasıl imal ettiğini görmekteyiz.

Ağır yaralanmalarla sonuçlanan bir otomobil kazası ile örneğin sarhoş bir sürücü gibi bununla hukuken ilişkili başka bir suç olayı düşünün. Polis, olay yerinde neler bulduğuna ilişkin bir anlatı hazırlar; bu anlatı heterojen görüşlerden ve algılardan vs. dolayı birbirinden farklılık gösterebilecek tanık ifadelerinin içerisinde yer alabileceği polis raporudur.

Ardından emniyet amiri bu belgeyi alır ve cezai soruşturma adı verilen kendi anlatısını oluşturur; bu anlatı için tanıkların yeniden dinlenmesini gerekli görebilir, tanıklar da ilgili deneyimin ardından birkaç hafta ya da ay geçtikten sonra, daha önce kaza yerinde polise vermiş oldukları ifadeden farklı hikâyeler anlatabilirler. Böylece, ceza soruşturması bölge başsavcısına iletilir; Başsavcı da, - suça dair yeterli kanıt bulunduğuna inanıyorsa - önceki söylemlerde yer almayan diğer birçok unsur ile zenginleştirilmiş başka bir hikâye üretir.

Hâkim, dava dosyasını bölge başsavcılığından aldıktan sonra iddianamenin işleme konması için kendi anlatısını hazırlarken, belki birkaç ay sonra, başka unsurlar elde edebilir, tanıkları, polis memurlarını ve yeni iddiaları dinleyebilir... Jürili yargılama söz konusu ise, tanıklar, polis, savcı ve avukatlar kamuya açık bir biçimde kendi anlatı biçimlerini oluşturduklarında yargılama sürecinde başka birçok farklılık söz konusu olacaktır.

İfadeye atfedilen sağduyu çerçevesinde "gerçek" olay hakkında hiç bir şey söylenemezdi. Zira doğal olarak gerçek bir olay yoktur.

Bu gelişme seviyesinin algılanmasının önündeki engel, insanoğlunun hemen hemen biyolojik bir gereksinimi olan gerçeğe yatkınlık eğilimidir; tüm metaforların metaforu olan gerçek, mesafeyi ve belki de kelimeler ile şeyler arasındaki asıl farkı ortadan kaldıracak olan metafordur; türlerin temel içgüdülerinden doğabilecek antropolojik bir dürtüdür. Dolayısıyla, harici kriterleri savunan ontolojik felsefelerin egemenliği, öznenin "önüne" etik ve bilgiye dair referans kalıpları olarak "nesne"yi koyar.

Stratejik retorik, maddi retoriğe uygunluk hedefi ile seçilmiş bilgi ve stratejilerin tamamını içerir; buna dair yönergeleri tespit etmek suretiyle, nasıl "olmak zorunda olduğunu" - ya da konuşmacıya göre nasıl "olması gerektiğini" belirleyerek ona müdahale eder. Stratejiler, hedefe yönelik davranışlar olarak hedef elde etme yönelimlerine atıfta bulunmaları dolayısıyla normatiftirler. Hukuki uygulamada başarıya dair dogmatik bilgi kurallardan kaçamaz. Ve "gerçek hayatta" ve "gerçek hukukta" yer alan bu stratejiler, iknaya indirgenemez, aynı zamanda yasadışı olabilir ve tıpkı periferik olarak gelişmekte olan toplumlarda olduğu gibi hükümet ile onun dogmatik yasaları tarafından sunulan anlatılara da egemen olabilir.

Dolayısıyla bu retorik yaklaşım gerçekliğin inşasına yönelik stratejilerden müteşekkil iken, maddi retorik ise gözlemin hedefi ve nesnesidir. Her iki retorik boyut da normatif, pragmatik ve teleolojiktir. Stratejik retorik, maddi retoriğin nasıl işlev gösterdiğini ve bu işlev içerisinde çalışan başarılı stratejileri gözlemler ve "bilinen" dünya olarak görünen çevreye dair belirli görüşler oluşturmak üzere *topoi* kataloglarını, doktrinlerini, teorilerini inşa eder; bu görüşlerin gerçekliği diğerlerinden daha fazla inanç ve bağlılık sağlayabilecek ayrıcalıklı anlatılardan başka bir şey değildir. Etkililik, onun örüntüsüdür. Ve bu metodolojiler öğretilebilir; bunlar modern hukuk çalışmalarında ve hukuk dogmatiklerinin doktrinlerinde yer alan başlıkları, argümanların teorilerini, dil ve biçimin statü ve figürlerine dair teorileri kapsar. Bir söylem içerisinde daha sık ortaya çıkan *topoi*yi uygulamaktadırlar; bunu ya da o etkiyi hangi yöntemlerin teşvik ettiğini, retorik klişeler üzerinde nasıl çalışıldığını, hangi taktiklerin, sözcüklerin, mimiklerin ve benzerlerinin istenen etkileri daha verimli biçimde ürettiklerini bilmektedirler.

Maddi ve stratejik retoriğin analitik çalışması, araştırma grubumuzda aradığım eylemi, her ne kadar sağduyu bizleri gerçekliğin dilden bağımsız olduğuna inandırsa da, dilin gerçekliği nasıl teşkil ettiğini açıklama eylemini gerçekleştirir. Retorik felsefeye göre dil insanlığın dünyasını, onlara kendi öze yönelik gerçekliklerini veren kollektif bir solipsizm sergiler. Dil, hayaletleri, cadıları, kuantum fiziğini ve meteorolojiyi gerçeğe dönüştürür ve Pluton'u bir gezegen yapar ya da yapmaz; kuasarları, astrolojiyi ve hayvanlarla virüsler arasındaki farkları yaratır.

Analitik retorik, müşterek stratejileri ve galibiyet anlatılarını hedeflemekte, odak noktası olarak karşılıklı etkileşimlerini vurgulamaktadır. Dilin meta dil ve nesne dili şeklinde iki bölümlü geleneksel yapısını genişleterek - her ikisinin de refleksif yani üst diller olmasına rağmen - stratejik ve analitik retorik arasındaki, değişen gerçeklik çerçevesine dahil olan beceriler arasındaki ve bunlara ait daha içe dönük ve nötr bilgiler arasındaki farklılıkları vurgulamayı amaçlayan üç bölümlü bir hale getirir. Bilim de üzerinde anlaşmaya varılan ortak bir dilsel çevreye ilişkin dilsel bir üst sözleşme olmakla, ilgili analiz ayrıca insan bilgisinin kendisini tanımlamayı da amaçlar.

Analitik retorik, sadece maddi retoriği değil, aynı zamanda seçilmiş söylemleri yönlendirmeye çalışan stratejileri de incelemek istediği sürece, genel olarak hukuk ve etik çalışmalarında ampirik ve normatif yaklaşımlar arasındaki karışıklıktan kaçınır. Bu karışıklık sebebiyle çoğu hukuk teorisi hukukun onu oluşturanlarca "olması gereken" olduğunu ve temel esas kuralları içerisinde yakalanarak kendilerince tespit edildiği varsayılan bir yönde çözüldüğünü ve ilerlediğini savunmaktadır. Savunucuları bunu bilsin veya bilmesin, söz konusu dünyayı görme biçimleri gerçekliği değiştirmeyi tasarlamaz, buna niyetlenir; dolayısıyla analitik değil, stratejiktir. Bunlar tamamen farklı perspektifleri birbirleri ile karıştırmadıkları sürece meşrudurlar. Bu tür bir karışıklığın iletişimi engellemesi muhtemeldir.

Hukuk çalışmasında normatif / kuralcı ve ampirik / betimleyici yaklaşımlar arasındaki bu farka değinilmesi önem arz etmektedir. Stratejik retoriğin argümantasyonu, diğer insanların davranışlarını, ikna edici samimi sözler ve otorite iddialarından yalanlarla aldatmaya ve şiddetle

tehdide kadar pek çok biçimde sonuç elde etme gücüne ilişkin farklılıkları etkilemeyi amaçlayan muhtelif kapasitelerin dolaylı koşullarına dayalıdır. Retoriğin geçmişten gelen aldatıcı ve yanıltıcı ünü bu stratejik özellikten gelmektedir; zira amacı hakikat ya da adalet değildir, aksine denetleyicilerin retoriğin sahibince istenen eylemlere yönlendirilmesidir. Daha önce de belirtildiği gibi, bu sofistike eksiklik büyük önem arz etmektedir, ancak retorik ona indirgenemez.

Dolayısıyla, gerçekçi retorik diğer geçmiş ve marjinal geleneklere de dayalı olmasına karşın, daha önce de belirtildiği gibi gelenekteki ilgili eğilimlere karşı savaşır. Maddi retorik kavramıyla, çevremizin dil tarafından nasıl oluşturulduğunu, nasıl yalnızca dilden müteşekkil olduğunu açıklamak suretiyle bir felsefe olmayı amaçlamaktadır. Stratejileri yalnızca retoriğin bir parçası olarak göz önüne alındığında, gerçekçi retorik, çok önemli olmakla beraber, retorik bilgisinin yalnızca söylemi süslemek, akılsızları ve masumları ayartmak ve kandırmak için var olduğu geleneksel ontolojik hasımları ile çelişir. Son olarak, söylem oluşturmanın diğer yollarını da içeren analitik yaklaşımla, gerçekçi görüş bazı sofistleri takip eder ve ikna bilgeliği olan hâkim Aristocu retorik geleneğinden de uzak kalır. Hem ontolojik filozoflar hem de Aristocu retorisyenler retoriği stratejik seviyesine indirgemek suretiyle metonimiye düşer.

3. Sonuç

Savım, gerçekçi retoriğin, bir konuşmacının samimi kanaatlerinin yanı sıra kendi söylemini kabul ettirmek amacıyla kullanabileceği alternatif yolları da göz önüne alması gerektiği yönündedir. İnsan iletişiminde gerçekleşen ve Sofistler tarafından ortaya çıkarılmaya başlamış olan, ayartma, ironi, yalan, tehdit, benzeşim, gizleme, ikiyüzlülük, blöf ve benzeri tüm stratejileri araştırmayı amaçlamaktadır. Bu, çağdaş argümantasyon teorilerinin çoğunda olduğu gibi, hukuki muhakemeyi yalnızca iknaya indirgemek için naif ya da en azından idealist görünmesi bakımından özellikle hukukla ilgilenen filozoflar için önem taşımaktadır. Araştırma grubumuz, yürütme, adli kararlar, hukukun kendisi ve benzerlerinden ötürü tüzükler gibi yasal metinlerde karşılaşılan olası tüm stratejileri ve biçimleri tespit ve analiz etmeye çalışmaktadır.

Ontolojilerin hakikat arayışı ve savunusu olarak bu başarısı, antropolojik bir bakış açısıyla, atalardan gelen bir güvenlik ihtiyacı gibi; tarihi ve siyasi bir bakış açısıyla kendininki haricindeki tüm tanrıların sahte olduğuna dair çok başarılı tek tanrıcılık fikri ile etik çeşitliliği kontrol etme arzusu gibi; ya da teknikler bakımından bilim ile düşmanca bir doğaya olağanüstü ustalıkla hükmedilmesi gibi bazı açıklamalara ve izlenebilen derin köklere sahiptir. Güvenlik, din ve bilimin ne kadar zorlu düşmanlar olduğunu tahayyül etmek güç değildir.

BAŞKAN

Çok değerli açıklamalar yaptığı için konuşmacımıza içtenlikle teşekkür ediyorum. Çok önemli bir felsefi temeli ortaya koydu. Yine zamandan yararlanmak adına süreye uyarak. Prof. Dr. Mustafa AVCI'ya söz vereceğim. Buyurun sevgili meslektaşım sizde 15-20 dakika bandında düşünceler açıklarsanız çok mutlu olurum.

MECELLE'YE GÖRE HÂKİMLİK ETİĞİ[1]

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ederim sayın başkan.

Muhterem hazirun yargı etiği gibi önemli bir konuda sempozyum düzenleyip bana da düşüncelerimi açıklama fırsatı veren Adalet Bakanlığının değerli yetkililerine teşekkürlerimi, siz dinleyenlere ise saygılarımı sunarak konuşmama başlamak istiyorum.

Ben Mecelle'ye göre yargı etiği konusunda sunum yapacağım. Mecelle 1868 - 1876 yılları arasında hazırlanarak bölüm bölüm yürürlüğe giren Osmanlı Medeni Kanunu diyebileceğimiz bir metin. Tanzimat dönemi olmasına rağmen yerli hukuktan yani şerhi hukuktan hatta resmi mezhep olan Hanefilikten yararlanılarak oluşturulmuş, dönemine göre ileri seviyede halen de yararlanabileceğimiz hükümler içeren önemli bir kanun.

1- GİRİŞ

İnsanlar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi, hak ihlallerinin önlenmesi, zarar görenlerin mağduriyetinin giderilmesi ve suç işleyenlerin cezalandırılması bir arada yaşamanın gerektirdiği bir zorunluluktur. Bir toplumda fertlere ihlâl edildiğini düşündüğü hakkını bizzat alma hakkı tanınması kamu düzeninin bozulması ve anarşinin hâkim olmasıyla eş anlamlıdır. İhtilâfların hakem ve uzlaşma yoluyla çözümlenmesi, arkasında cebrî yaptırımı ve kamu desteğini taşımadığı için her zaman beklenen sonucu vermez. Bunun için de zayıfı koruyacak, haklıyı haksızdan ayıracak ve hakkı çiğnenen kimsenin hakkını sahibine geri verecek, suçluyu tespit edip onu cezalandıracak kamu otoritesine ve yaptırım gücüne sahip bir kuruma ihtiyaç vardır. Bu da yargı kuvveti ve kurumudur.

1 T.C. Adalet Bakanlığı tarafından 26-27 Mayıs 2016 tarihinde İstanbul'da düzenlenen Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu'nda sunulan bildiri metnidir.

Klasik fıkıh doktrininde geçen "Edebü'l-kadî" tamlaması, dar anlamda hâkimin uyması gereken kuralları, hâkimden beklenen güzel davranışları ifade etmekle birlikte İslâm hukuk literatüründe giderek kadı, yargılama usulü ve adliye teşkilâtıyla ilgili konuların ele alındığı özel bir ilim dalının adı olmuştur.[2] Mecelle'de "hüküm ve hâkimlik" şeklinde kısaca tanımlanan kazâ (m.1784), İslâm hukukçularınca genelde yargılama hukuku anlamı ön plana çıkarılarak "insanlar arasındaki uyuşmazlıkları usulüne uygun olarak sonuçlandırmak" "şer'î hükümlerin yargı yetkisine sahip kimselerce insanlar arasındaki uyuşmazlıklara uygulanması" bazan da yargı kararına ağırlık verilerek "yargı yetkisi bulunan bir kişiden sâdır olup tarafların uymakla mükellef tutulduğu söz (hüküm)" şeklinde tanımlanır.[3]

Yargının nihaî hedefi adaleti gerçekleştirmektir. Bu amacından dolayı yargı terimi zamanla adalet kelimesiyle özdeşleşmiş ve yargı kurumu tabiri yerine adalet kurumu (adlî teşkilât, adliye) tabiri kullanılmıştır. İslâmî öğretide adaleti temin, imandan sonra en faziletli ibadet, yargı görevi de kutsal sayılmıştır.[4]

2- HÂKİMLİK MESLEĞİ VE ÖNEMİ

Mecelle'nin 1785. maddesindeki hâkim tanımı şöyledir: "Hâkim, beyne'n-nas (insanlar arasında) vuku bulan dava ve muhasamayı (uyuşmazlıkları) ahkam-ı meşruasına tevfikan (hukuki usullere göre) fasl ve hasm (çözmek) için taraf-ı sultaniden (atamaya yetkili devlet organı tarafından) nasb ve tayin buyrulan (atanan) zattır."

Hz. Peygamber, hâkimlik mesleğinin sorumluluğunun büyük olduğunu,[5] insanlar arasında hüküm verenlerin Allah'tan korkmaları, aşırı açlık, susuzluk ve öfke gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyen durumlarda hüküm vermekten kaçınmaları gerektiğini,[6] yargı işine rüşvet karıştıranların

2 Öğüt, Salim, "Edebü'l-Kadı" *DİA*, C:10, s.409.

3 ATAR, Fahrettin, "Kaza" *DİA*, C: 25; s.114.

4 ATAR, s.115.

5 Ebû Dâvûd, Akdıye, 1; İbn Mâce, Ahkâm, 1.

6 Müslim, Akdıye, 16; İbn Mâce, Zühd, 1.

Allah'ın lânetine uğrayacağını belirtmiş,[7] hâkimin adaletten sapmadığı müddetçe Allah'ın onunla birlikte olduğunu ve cennete gireceğini, gerçeği bildiği halde haksızlık edenlerin cehenneme gireceklerini haber vermiştir.[8]

Yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması ve verilen hükmün isabetli olması bakımından hâkimin görevi esnasında uyması gereken bazı kurallar (âdâbü'l-kādî) vardır. Meselâ hâkimin muhakeme esnasında alışverişte bulunması, şaka yapması, taraflardan hediye alması, birinin davetini kabul etmesi mahkemenin tarafsızlığını ve saygınlığını gideren davranışlar olarak görülür. Hâkim muhakeme esnasında her hususta taraflara karşı âdil ve eşit davranmalı, öfke, keder, aşırı açlık, susuzluk ve uyku galebesi gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyecek durumlarda hüküm vermemelidir.[9]

Halife Ömer, şehir ve kasabalara hâkim ataması yapan eyalet valilerine gönderdiği bir mektupta şöyle der: "Aranızdan salih ve muttaki kimseleri hâkim olarak görevlendirin ve onlara yeterli miktarda ödemede bulunun."[10]

Hâkimin verdiği kararın, onun sahip olduğu bilgi birikiminden çok, kişiliğindeki bütünlüğü ve zekâsındaki incelik ve duyarlığı yansıtması gayet doğaldır. Hâkimin tarafsızlığı onun feraset ve keskin zekâsından daha önemlidir.[11]

3- HÂKİMİN NİTELİKLERİ

Mecelle'nin 1792. maddesinde hâkimin nitelikleri şöyle sıralanmaktadır: Hâkim;

- Hakîm (akıllı, adil ve salih),
- Fehîm (anlayışlı, fetanetli, fıkhı, sünneti, asarı ve insanların adetlerini (örfü) bilen,

7 Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/287-288.

8 İbn Mâce, Ahkâm, 3; Tirmizî, Ahkâm, 1.

9 ATAR, s.117.

10 HAMİDULLAH, İslam Peygamberi, s.781, No:1577.

11 HAMİDULLAH, 1563.

- Müstakîm (doğru sözlü olan, hileci ve inatçı olmayan, rüşvet ve hediye almayan)
- Emîn (itimat edilen, haksızlık ve hıyanetten beri olan)
- Mekîn (oturaklı olup hafif meşrep olmayan)
- Metîn (güçlü olan, etki altında kalmayan, mehabetli, ciddi, kızgınlık göstermeyen)

olmalıdır.

4- MECELLE VE HÂKİMLİK ETİĞİ

A. MECELLE

Mecelle, 1868-1876 yılları arasında İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını içeren eksik bir Osmanlı Medeni Kanunu'dur.

Hazırlandığı dönemde nizamiye mahkemelerinin yararlanacakları muhakeme usulüne dair kanun olmadığı için Mecelle'ye bu hükümler eklenmiştir.

Mecelle'nin "Kitabü'l-Kaza" başlığını taşıyan On altıncı Kitabı, muhakeme hukuku ile ilgilidir (m.1784vd.) Bu kitabın Birinci Babı hâkimlerle ilgili olup 1792-1794. maddeleri hâkimin nitelikleri, 1795-1799. maddeleri ise hâkim etiği ile ilgilidir.

İnceleme konumuz olan hâkimlik etiği, Mecelle'de toplam sekiz maddede özetlenmiştir. Hâkimin görevlerini düzenleyen 1800 vd. maddeleri arasında da görev yasağını düzenleyen m.1808, sağlıklı düşünmeye engel bir hal varken duruşma yapılmasını yasaklayan m.1812 ve ihsas-ı reyi (görüş bildirmeyi) yasaklayan m.1815 gibi yargılama etiği ile ilgili maddeler de mevcuttur.

B. HÂKİMLİK ETİĞİ

Hâkimlik etiği denince ilk önce akla yargı bağımsızlığı ve hâkimin tarafsızlığı gelir.

1. Hâkimin -Yargının- Bağımsızlığı

Bağımsızlık, emir almama ve özgür olma demektir. Bağımsız olmayan bir hâkimden tarafsız bir karar vermesi beklenemez. Hâkimin bağımsızlığı, muhakeme dışı hiçbir etki altında kalmamakla elde edilir.[12] Yargı fonksiyonunun en temel unsuru hâkimdir. Ancak hâkim yargılama faaliyetinin efendisi değil; hizmetçisidir. Dolayısıyla bağımsızlık hâkime keyfi davranma serbestisi vermez.[13] Hâkim hüküm verirken etki altında kalmamalı (bağımsızlık), adaletli olmalı ve hükmü geciktirmemelidir.[14]

İslam âlimlerinin çoğunluğu kadıların halife adına değil kamu adına görev yaptıklarını, dolayısıyla kadıların görevlerinin kendilerini tayin eden halifenin görevden ayrılmasıyla sona ermeyeceğini belirterek yargının devletin fonksiyonları içinde sahip olduğu konuma da işaret etmişlerdir. İslâm devletlerinde ilk dönemlerden itibaren yargı kurumu devlet kurumları arasında seçkin bir yere sahip olmuş, kadıların tayin ve azli devlet başkanına bağlı olsa da işleyiş ve adaleti gerçekleştirme yönüyle siyasî idareden bağımsız faaliyette bulunmuştur.[15]

---

12 CENTEL, Nur, Hâkimin Tarafsızlığı, İst.1996, s.5-6.
Rivayete göre yahudilerin ileri gelenlerinden bir grup Hz. Peygamber'i yanıltmak ve ona yanlış hüküm verdirmek maksadıyla şöyle demişlerdi: "Ey Muhammed! Bilirsin ki biz yahudilerin bilginleri ve eşrafıyız. Biz sana tâbi olursak bütün yahudiler sana tâbi olur. Şimdi bizimle hasımlarımız arasında bir dava var, davayı sana getirelim, sen de bizim lehimize hüküm ver. Böyle yaparsan sana iman eder ve seni tasdik ederiz." Hz. Peygamber ahlâka aykırı olan bu teklifi reddetmiş, olay üzerine şu ayet inmiştir: "Aralarında, Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma ve Allah'ın sana indirdiğinin bir kısmından (Kur'an'ın bazı hükümlerinden) seni şaşırtmalarından sakın…" Maide, 5/49, Kur'an Yolu, II/230-231. Ayet yargı bağımsızlığı ile ilgilidir. ASLAN, Yargılama Etiği, s.118vd.

13 CENTEL, s.13.

14 İBN AŞUR, s.308-323.

15 ATAR, s.115.

İslam hukukunda, adalete büyük önem verildiği için, hâkime yargı işlevini yerine getirirken müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir. Devlet başkanları hâkimlerin kararlarına müdahale etmemiş; aleyhlerinde açılan davalarda da ayırım gözetilmeksizin herkes gibi yargılanmışlardır.[16] Hâkim, kendisini atayan devlet başkanını da yargılar. Örneğin Ebu Yusuf, Harun Reşid ile bir hristiyan arasındaki davayı görmüş ve halife aleyhine hüküm vermiştir.[17]

Yargı bağımsızlığı hâkim için önemli bir güvencedir, fakat ona keyfi davranma hakkı vermez. Hâkim etik kurallara uygun davranmalıdır. Yargının bağımsız olması, sınırsız ve ölçüsüz olması demek değildir, şüphesiz yargı bağımsızlığının da "hukuka bağlı olmak" gibi bir sınırı olmalıdır ve hâkim de denetlenmelidir. Ancak denetim, yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde olmalı ve bağımsız ve tarafsız organlar eliyle gerçekleştirilmelidir.[18]

Osmanlı kadısı hükümlerinde tamamen serbest ve vicdanına göre hareket ederdi.[19] Padişahlar bile onların tarafsızlığına gölge düşürecek bir davranışta bulunamazlardı. Bursa Kadısı Molla Fenarî, cemaatle namaza devam etmeyen Sultan Yıldırım Bayezid'in şahitliğini, Allah'ın hukukuna riayet etmeyen kimsenin kul hakkının gözetilmesi gereken yerlerde de dikkatsiz davranabileceğin düşüncesiyle, bir davada kabul etmemiş,[20] Fatih, kadı Hızır Bey önünde yargılanmıştır.

---

16 ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", s.231, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

17 İBN ABİDİN, (Tercüme) XII/155.

18 ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

19 Vicdan insanın içinde bulunan ahlâkî otorite, ahlâkî değerler ve eylemler hakkında hüküm verme ve yargılama yeteneğidir… Kur'an'a göre nefis, vicdanî boyutu sayesinde kendini denetleme ve buna göre ödül veya ceza verme yetkisine sahiptir (Enbiya 21/64; Neml 27/14). (Âl-i İmran 3/159) ayetindeki "galîzu'l-kalb" (katı kalpli) ifadesi Türkçeye "acımasız, vicdansız" şeklinde çevrilebilir.
Güzel işlerin kalbe huzur verdiğini, kötü davranışların onu rahatsız ettiğini bildiren hadisler (Müsned, IV/182, 227, 228; Müslim, Birr, 14-15) insanın fıtraten temiz bir vicdana sahip olduğuna işaret eder. DEMİR, Osman, "Vicdan" DİA, C:43, s.101.

20 Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, s.19.

1876 tarihli Kanun-ı Esasi m.86: "*Mahkemeler her türlü müdahelâttan azadedir.*"[21]

Madde 81: "*Kanun-ı mahsusuna tevfikan taraf-ı Devletten nasbolunan (atanan) ve yedlerine (ellerine) berat-ı şerif verilen hâkimler lâ-yen'azildir (azledilemez); fakat istifaları kabul olunur. Hâkimlerin terakkıyatı (yükselme) ve meslekleri ve tebdil-i memuriyetleri ve tekaüdleri (emeklilikleri) ve bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azlolunmaları dahi kanun-ı mahsusu hükmüne tabidir ve hâkimlerin ve mehakim memurlarının matlup olan evsafını işbu kanun irae eder (gösterir).*"

5 Haziran 1878 (1295) tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu m.48'e göre, hâkimlerin istekleri dışında bir göreve atanamayacakları ve görevlerine son verilemeyeceği belirtilmiştir.

2. Hâkimin Tarafsızlığı

a. Kavram:

Tarafsızlık, objektiflik demek olup taraf tutmama, kişiliğinden sıyrılmadır (önyargılı olmama). Müslümanlar nezdinde hâkimin gördüğü iş çok önemli olduğundan, hâkim tayininde onun sahip olduğu malumat yığınından ziyade, karakter bütünlüğü ve ruh inceliğinin nazar-ı itibara alınması gerekir. Hâkimin tarafsızlığı ferasetinden daha önemlidir.[22]

Hz. Ali'ye göre hâkim, iffetli ve yumuşak huylu olmalı, kendinden önce olup bitenleri bilmeli, görüş sahibi alimlerle istişare etmeli, Allah rızasını gözetmeli, bu hususta hiç kimsenin kınamasından korkmamalı, tehditlere boyun eğmemelidir.[23] Hz. Ali, Eşten Nahai'ye yazdığı mektupta, hâkimin

21 Mecelle m.1800: "Hâkim, taraf-ı Sultani'den icra-yı muhakeme ve hükme vekildir." hükmüne göre hâkimin bağımsız olmadığı iddia edilmiştir. ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ank.2004, s.52. Ancak bu madde hâkimin atanmasıyla ilgili olup bağımsızlığı ile ilgili değildir. Hâkimin sultanın vekili olması onun lehine veya aleyhine hüküm vermesine mani değildir. Nitekim Kadı Şüreyh, Hz. Ali ile bir yahudi arasındaki davayı Hz. Ali'nin aleyhine sonuçlandırmıştır. ALİ HAYDAR, IV/440.

22 HAMİDULLAH, No:1563.

23 BEYHAKİ, Sünen, X/110, akt. ASLAN, s.44.

halkın en değerlisi olması, işten sıkılmaması, sinirli ve inatçı olmaması, hatasında ısrar etmemesi, tamahkar olmaması, meselenin künhüne vakıf olmadan acele hüküm vermemesi, delillere dayalı hüküm vermesi, övgüyle şımarmaması, menfaat ve heyecan için de eğilip bükülmemesi gerektiğini belirtmiştir.[24]

Hâkimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmaları, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri gerekir (Mecelle, m.1799). Kur'an'da şahitlik örneğinde, kişilerin en yakınları ve sevdikleri lehine de olsa adaletten sapmaları yasaklanmıştır:

"Ey iman edenler! Kendiniz, ana babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kimseler olun." (Nisa, 4/135)

Nefret sebebiyle taraf tutmayı yasaklayan ayet şöyledir: *"Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir topluma olan kininiz sizi adaletsizliğe itmesin. Adil olun. Bu, Allah'a karşı gelmekten sakınmaya daha yakındır."* (Maide, 5/8)

b. Tarafsızlığın Teminatları

1) Mecelle m.1808'de hâkimin usul, füru, eş, ortak, özel işçi ve yardımıyla geçinen kişi hakkında hüküm veremeyeceği belirtilerek görev yasağı kavramı ortaya konulmuştur.

2) Hâkimin duruşmada şakalaşması ve alışveriş yapması yasaktır (Mecelle, m.1795). Çünkü bu tür şakalar onun heybetini giderebilir, kişilerin gözünde onu küçültebilir.

3) Hâkime verilen hediyeler lehinde hüküm verme veya ona bir fayda temin etmesi için verildiği için hâkim, taraflardan hediye alamaz (Mecelle, m.1796).

Hediye, bir kimseye ikramen götürülen veya gönderilen maldır (Mecelle, m.834). İnsan, kendisine hediye verene meyleder. Bu durum,

24 SAVA PAŞA, I/222.

hikmet nurunu söndürür. Ancak babası, kardeşi, halası gibi yakınlarının hediyelerini kabul edebilir.[25] Hâkim olmazdan önce aralarında hediyeleşme âdeti olan kişinin, eski adet üzere getirmiş olduğu hediyeleri alabilir.[26] Eskiye oranla daha çok getiriliyorsa, yakınının veya aralarında hediyeleşme âdeti olan kişinin davası yoksa kabul edebilir. Davaları olduğu takdirde veya eski hediyeden fazla getirmeye başladıkları takdirde, hediye alamaz.[27]

Osmanlı'da hâkimler, kendilerini atamaya yetkili olan kazasker ve şeyhülislamdan gelen hediyeyi kabul edebilirdi.[28]

1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi zeylinde para, mücevher ve kıymetli eşyaların hediye olarak alınması kesinlikle yasaklanmış,[29] akraba içinde verilmesi uygun görülen yağ, bal, köle, cariye, beygir, koyun, kuzu gibi malların ise hediye olarak alınıp verilebileceği belirtilmiştir.[30]

4) Tarafların ziyafetine gidemez (Mecelle, m.1797): Hâkim, yakın akrabası veya aralarında eskiden davete gelip gitme adeti olan kişiler tarafından da olsa, özel davetlere gidemez. Davanın tarafı olmayanların cenazesine ve hasta ziyaretine gidebilir.[31]

5) Hâkim, taraflardan yalnız birini evine kabul etmek, duruşma salonu veya başka bir yerde taraflardan biriyle baş başa kalmak, taraflardan birine el, göz veya başıyla işaret etmek, onlardan birine gizlice yahut diğerini

25 BİLMEN, VIII/215-216, No:36.

26 Mahremi olan birinden veya hâkim olmadan önce de hediyeleştiği bir kimseden hediye kabul edebilir. Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314, s.296.

27 İBN ABİDİN, V/372vd. Hz. Ömer, devlet memurlarından gelen hediyeleri kabul etmez; devlet hazinesine gönderirdi. ALİ HAYDAR, IV/433. Ömer b. Abdülaziz ise kamu görevlilerine görevleri dolayısıyla verilen hediyelerin devlet hazinesine gönderilmesini emrederdi. BARDAKOĞLU, "Hediye", s.152.

28 ALİ HAYDAR, IV/433-434.

29 Kanun metni için bkz. ÇADIRCI, s.153.

30 VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat", Tanzimat I, MEB, İst.1999, s.171-172.

31 Kuduri Tercümesi, s.296.

bilmediği bir lisan ile bir şey söylemek gibi töhmet ve suizanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır (Mecelle, m.1798).[32]

6) Mahkemede hasımlara eşit davranması hâkimin önemli görevlerinden biridir. Tarafları eşit yerlere oturtur, onlara hitap ederken aynı şekilde hitap eder.[33] İşaret ederken, onlara bakarken eşit davranmayı kendisine ilke edinmelidir.

Hz. Peygamber: "*Sizden biriniz yargı görevini üstlenince oturtmak, bakmak, işaret etmek hususlarında taraflara eşit davransın. Sesini iki hasımdan sadece birine karşı yükseltmesin*!"[34] buyurmuş, yargılamanın tarafsızlığı ve verilen kararın adaletli olması kadar davada tarafların yargı organına güvenlerinin korunmasının da önemli olduğuna işaret etmiştir.

Taraflardan sadece birine kızması, sesini yükseltmesi veya birinin yüzüne gülüp diğerine surat asması da yasaktır. Biri içeriye girince ayağa kalkamaz. Taraflardan sadece birine iltifatta ve ikramda bulunamaz.

Taraflara delil telkin edemez,[35] bu durum hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturabilir. Hâkimin, şahide "şöyle mi demek istedin?" diye soramaz. Ebu Yusuf'a göre, kanaat getirmek için açıklayıcı sorular sorabilir; ancak şahidi yönlendiremez.[36]

---

32 Tarafsızlık ilkesinin gereğinin sonucu olarak hâkimin taraflarla veya tarafların vekilleriyle mahkeme salonu dışında iletişim kurmaması gerekir. İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008, s.84.
Hâkimin bilgisi dışında taraflardan birinin hâkimle görüşmeye çalışması durumunda ise hâkimin bu isteği dışında yapılan görüşme hususunda karşı taraf bilgilendirilmelidir. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s.62, m.64.
ABD'de devam etmekte olan bir davada hâkimin tarafların birisinden habersiz olarak diğer tarafla görüşmesinin, iletişim içinde olmasının ve hâkimin dava sonunda verdiği hükmün bu görüşme sonrasında şekillenmesi durumunda hâkimin meslekten çıkarmaya kadar varan disiplin cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. İNCEOĞLU, s.84.

33 Bu husus 1838 tarihli Tarik-i İmiyeye Dair Ceza Kanununda da vurgulanmıştır. Metin için bkz. ÇADIRCI, s.153.

34 DÂREKUTNÎ, IV/205.

35 Kuduri Tercümesi, s.296.

36 ALİ HAYDAR, IV/438.

7) İhsas-ı rey yasağı: "*Hâkim, kable'l-hüküm ne veçhile hükmedileceğini ifşa etmez.*" (Mecelle, m.1815). Çünkü ihsas-ı rey (görüş bildirme), hâkimi töhmet altında bırakır.[37]

8) Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında Osmanlı'nın klasik döneminde şühûdü'l-hal uygulaması yardımcı bir mekanizma olarak dikkat çekicidir.[38] Genellikle, bir yerin ileri gelenlerinden oluşan böyle bir heyetin varlığı, yargılamaya farklı odaklardan gelebilecek müdahalelere karşı korunma duvarı oluşturmakta ve aynı zamanda hâkimin tarafsızlığını denetleyiciliği işlevi de görmektedir. Bu heyetin kadı tarafından tayin edilmesi ve dürüst ve güvenilir kişilerden oluşmasının zorunlu olması da, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından şühûdü'l-hali önemli kılmaktadır.[39]

1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi'nde, hâkim atamalarında gözetilecek ilkelere de yer verilmiş ve hâkimlerin iltimas ve rüşvetle değil, taraflar arasında ayırım gözetmeksizin karar verecekleri hükme bağlanmak suretiyle hâkimin "tarafsız olma" yükümlülüğü de vurgulanmıştır.

5- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda açıklanan hâkimlik etiğine ancak nitelikli hâkimler uygun davranırlar. Nitelikli hâkim, nitelikli hukukçular arasından seçilir.

Hukuk kelimesinin kökü "Hak"tır, hukuk adalete (adl) hizmet eder. "Hak" ve "Adl", Allah'ın isimlerindendir. İyi hukukçu **Allah'a hizmet ettiğinin bilincinde** olmalıdır.

İyi hukukçu **işinin öneminin farkında olmalı**: Hâkim, peygamberlerin makamında oturduğunu ve Hz. Peygamber'in temsilcisi olduğunu unutmamalıdır.

37 ALİ HAYDAR, IV/461.

38 ASLAN, s.135-145.

39 ASLAN, s.72, ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", s.234, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

İyi hukukçu **inançlı olmalı:** İnsan olduğunu unutmamalı, tanrılaşma temayülüne yenilmemeli, büyük mahkemede sorumlu tutulacağının farkında olmalıdır.

İyi hukukçu **ahlaklı olmalı**: Mütevazı ve saygılı olmalı, bilmediği konularda ahkâm kesmemeli, gerekirse bilenlere sormalı, sadece gerçeği esas almalı, belgeler karşısında hakkı kabul etmeli (inatçı olmamalı), emanetleri ehline vermeli, kolaylaştırıcı olmalı, çıkarcı, kıskanç, fasık olmamalı, gerçekleri saptırmamalıdır.

İyi hukukçu **bilgili olmalı:** Kendi değerler dünyamızı (tarih, sosyoloji vb.), hukukun gerçek ve şekli kaynaklarını bilmeli, boşluk doldurma yeteneğine ve mevzuat hazırlama becerisine sahip olmalıdır.

İyi hukukçu **hikmet ehli olmalıdır**: Bilgiyi amele, teoriyi pratiğe dökmeyi becermelidir.

Ülkemizde hukuk eğitimi yetersizdir. İyi hukukçu olabilmek için hukuk, ilahiyat, tarih, sosyoloji ve psikoloji eğitimlerinin tamamını almalı, en azından hukukçular, hukuk eğitiminin yan dalı olarak bu formasyonları edinmeli, hâkim olarak atanmada bu formasyonları edinenlere öncelik tanınmalıdır.

KAYNAKLAR

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır, 1986.

ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, 1330.

ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Ank.2005.

ATAR, Fahrettin, "Kaza" *DİA*, C: 25; s.117.

BARDAKOĞLU, Ali, "Hediye", DİA, C:??, s.152.

BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975.

CENTEL, Nur, Hâkimin Tarafsızlığı, İst.1996.

ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi" *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C:XIV, S:25 (1982), s.153.

DEMİR, Osman, "Vicdan" *DİA*, C:43, s.101.

Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Tercümesi, Dersaadet, 1314.

HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev. S. Tuğ) İst.1980.

İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988.

İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008.

KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004.

ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı" *DİA*, C:10, s.409.

ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ank.2004, s.52.

ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

SAVA PAŞA, (ö.1904), İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, (Çev: B. Arıkan) Ank.1955.

Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, s.19.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat", Tanzimat I, MEB, İst.1999, s.171-172;

BAŞKAN

Prof. Doktor Sayın Mustafa Avcı Hocama Çok teşekkür ediyorum. Hem İslam Hukuku hem de Osmanlı İmparatorluğunda hâkimin vasıfları, karakteri, profilini Mecelleyi de dikkate alarak çok doğru bir şekilde ortaya koydu. Sonuç kısmında da gerçekten de günümüz bakımından hâkimin vasıfları nasıl olması gerektiğini vurguladı. Son ifadesi, benimde yürekten katıldığım kısım. Hukuk fakültesinde eğitim yetersiz. Psikoloji, tarih ve sosyoloji gibi yan dallarla donatıldıktan sonra hâkimlik mesleğine yönelenlerin tercih edilmesi gerçekten de çok isabetli bir yaklaşım. Hocama teşekkür ediyorum.

Üçüncü Konuşmacımız Hâkim Gökten KOÇOĞLU, Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Hâkimi. Hâkime hanımla biz dönem dönem beraber olduk. Tekrar beraber olmaktan mutluluk duyuyorum. Hâkimlerin kararları hem gerekçeli hem kısa olacak. Dolayısıyla ben inanıyorum ki, süreyi en iyi şekilde kullanacaktır.

HÂKİMLİKTE MESLEK ETİĞİ

Hâkim Gökten KOÇOĞLU
Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Hâkimi

Toplum yaşamını düzenleyen çeşitli kurallar vardır. Bunlar din kuralları, ahlak kuralları, hukuk kuralları ve görgü kuralları olarak sayılabilir. Bu kurallar o toplumda yaşayan insanların birbirleri ile ilişkilerini düzene koyan kurallar olup din kuralları dışında diğerleri zamana ve ihtiyaca göre değişebilen kurallardır. Ahlak ilkelerinin yasası olarak tanımlanabilecek etik kurallar ise kolay kolay değişmeyecek kurallardır.

Genel olarak belirli bir meslekte ya da faaliyet alanında günlük yaşamda geçerli olan ahlak kurallarının temel felsefesi olarak tanımlanabilecek olan etik o meslek veya faaliyet ile ilgili soyut kavramları ortaya koyarak bahsi geçen meslek grubunun davranışlarına rehberlik yapan bir anlamda ahlak ilkelerinin yasasıdır.

Hukukun ahlaki tarafını inceleyen bir felsefe disiplini olan hukuk etiğini hukuk kurallarının konmasında, uygulanmasında, denetlenmesinde hukukun üstünlüğünün ve adaletin sağlanmasına yarayan ahlaki değerler bütünü olarak tanımlayabiliriz.

Hukukun nihai amacı adaletin sağlanmasıdır. Adalet sadece hukukun yapılması sırasında değil uygulanması sırasında da gözetilir. Bu süreç adil olduğu sürece hukukun etik değerlerinden bahsedebiliriz.

Bir ülkede yürürlükte bulunan kanunlar ne kadar mükemmel olur ise olsun bu kanunlar uygulayıcılar bakımından adil, eşit, dürüst insan haklarına hukuka uygun olarak uygulanmadığı takdirde o toplumlarda huzursuzluk kaçınılmaz bir sonuçtur.

Hukuk kurallarının uygulanması, uyulması ve korunması sadece uygulayıcıların değil o toplumda yaşayan herkesin görevidir.

Hukuksal etiğin özelikleri olarak evrensel olması, temel hukuk ilkelerini içermesi; hak ve özgürlükleri gerçekleştirmeyi, olması gerekeni, hukukun üstünlüğünü, demokrasiyi amaç edinmesi ve son olarak da bağlayıcı olması sayılabilir.

Her mesleğin etik kuralları vardır. Konumuz olan hâkimlikte meslek etiği kuralları bakımından ise elbet de en başta bağımsızlık olmak üzere tarafsızlık, doğruluk, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat değerleri, meslek onuru gibi ilkeleri saymak gerekir.

Bu anlamda hâkimlerin eğitim gördükleri hukuk fakültelerinde ve Adalet Akademisinde meslek etiği derslerin önemsenmesi ve okutulması gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesinde yargı görevinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 138'inci maddesinde de hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri hiç bir organ, makam, merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyecekleri, genelge gönderilemeyeceği tavsiye ve telkinde bulunamayacağı buyrulmuştur.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesinde medeni hak ve yükümlülükleri veya hakkında bir suçlama karara bağlanırken herkesin yasayla kurulmuş bağımsız, yansız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve açık yargılanma hakkının olduğu kabul edilmiştir.

Ülkemizin ve kırk ülkenin imzaladığı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat başlıkları altında toplanmıştır.

Bağımsızlık: Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin ön koşulu ve adil yargılamanın temel garantisi olduğundan, hâkimin hem bireysel hem de kurumsal yönleri ile yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmesi doğrudan veya dolayısıyla herhangi bir yerden gelecek tehdit, baskı, teşvik ve tüm harici etkilerden uzak, olayı vicdani, hukuk anlayışı ile bağımsız

olarak değerlendirip yargı görevini yerine getirmeli, yasama ve yürütme organlarının etkisinden uzak olmalı, fiilen bağımsızlığın yanında bağımsız olduğu da görünmelidir.

Tarafsızlık: Yargı görevinin tam ve doğru şekilde yerine getirilmesinin esası olduğundan bu prensip sadece karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısında da önemli olmakla,

- Hâkim Yargısal görevini tarafsız, önyargısız, iltimazsız olarak yerine getirmeli, gerek mahkemede gerekse mahkeme dışında yargı ve yargıç tarafsızlığı konusunda, kamuoyunun ve davanın taraflarının güvenini sarsacak davranışlar içinde olmamalı, önüne gelme ihtimali bulunan bir davada süreci etkileyecek herhangi bir yorum ve açıklamada bulunmamalıdır.

Doğruluk ve Tutarlılık: Yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır.

- Hâkim mesleki davranış şekli itibariyle makul düşünme yeteneği olan kişi üzerinde herhangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve davranış içinde olmalı,

Dürüstlük: Hâkim normal vatandaşın kabul etmekte zorlanabileceği kişisel sınırlamaları kabullenmeli, bu sınırları özümseyerek görevinden doğan tüm etkinliklerde ve özel yaşamında yakışık almayan görüntüler içinde olmaktan kaçınmalı, ailesinin ve sosyal çevresinin de aksi şekilde davranmasına izin vermemelidir.

Eşitlik: Hâkim toplumdaki ırk, renk, cinsiyet, din, tabiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzer diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların şuurunda olmalı ve mahkeme önünde herkesin eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamalı, mahkeme personelinin ve yönetimde olan kişilerin de davayla ilgisi olmayan sebeplerle bireyler arasında ayrımcılık yapılamasına izin vermemelidir.

Ehliyet ve Liyakat: Hâkimlik makamının gerektirdiği performansın ön koşulu olduğundan, diğer tüm etkinliklerin önünde yer alır.

- Hâkim mesleki aktivitesini sadece mahkemedeki yargısal işlevler ile sınırlı tutmamalı yargıçlık makamı ile ilgili başka görevleri de yerine getirmeli, yargının kontrolünde yapılan eğitim ve fırsatlarını kollayarak bilgi ve becerisini bireysel yeteneklerini artırmak için gerekli girişimlerde bulunmalı, görevlendirmeyi yapacak üst kurulların da bu birikimi göz ardı etmemeleri gerekir.

- Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 15 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanması bakımında da çocuk mahkemesinde görev alan hâkimlerin bu kanunun 4. maddesinde yerini bulan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin de temel ilkeleri olan,

- Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

- Yarar ve esenliğinin gözetilmesi,

- Kendisinin ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmaması,

- Ailesi ile birlikte bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,

- Çocuk ve ailesi ile ilgili kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları ile iş birliği halinde çalışmayı insan haklarına dayalı adil, etkili çocuğun çok çabuk büyüdüğü göz önüne alınarak süratli bir usul izlenmesi,

- Soruşturma ve kovuşturma süresince çocuğun durumuna uygun ihtimam gösterilmesi, alınacak kararlarda ve uygulamada daima çocuğun yaşına, gelişimine uygun, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunun geliştirmesini destekleyecek kararlar vermekte özen göstermesi, çocuk hakkında yapılan işlemlerin ve kimliğinin başkaları tarafından belirlenmemesine yönelik önlemler alması beklenmelidir.

İSTİFADE EDİLEN KAYNAKLAR:

Hukukta Adaletsizliği Görmek - Prof. Dr. Gülriz Uygur, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları - Prof. Dr. A. Can Tuncay, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi ,

Mekandan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi - Y. Doç. Dr. Eylem Ümit Atılgan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

BAŞKAN

Sayın Hâkim Gökten Koçoğlu'na etkileyici konuşması için çok teşekkür ediyorum. Bir taraftan hâkimin sahip olması gereken vasıfları konusunda bir kürsüden sahada olan yaşımından kesitler sunması bizi gerçekten de etkiledi. Çok önemli özdeyiş var hepimizin bildiği. Almanya'daki değirmenci hikayesi, Berlin'de hâkimler var diye bitiririz. Ama görüyorum ve gurur duyuyorum ki Elazığ'da da, Ankara'da da Türkiye'nin her yerinde hâkimler var. Onlarla bir kere daha onur duyduğumuzu ifade etmek istiyorum, çok teşekkür ediyorum.

Şimdi son konuşmacımız Prof. Dr. Tomasz STAWECKI'ye söz veriyorum. Polonya'dan Varşova Üniversitesi'nden geliyor. Buyurun efendim söz sizin.

KOMÜNİZM SONRASI TOPLUMLARDA HUKUKÇULARIN BAĞIMSIZLIĞI VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Prof. Dr. Tomasz STAWECKI
Hukuk ve İdari Bilimler Fakültesi, Varşova Üniversitesi[40]

Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir devletin temeli olarak yargının ve diğer hukukçuların bağımsızlığını değerlendirirken bazı önemli bağlamların dikkate alınması gereklidir. Birincisi, hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen devlet kavramına veya, İngiliz ve Amerikan siyasi düşüncesinde geliştirilmiş terminolojiyi kullanacak olursak, hukuk devleti kavramına dair derin bir kavrayışa gereksinim vardır, özellikle de bunu anayasal bir ilke olarak kabul edersek. İkincisi, Polonya gibi komünizm sonrası toplumlardaki siyasi ve yasal uygulamada bu ilkenin derin köklere sahip olmasından kaynaklanan muhtelif zorluklar veya engeller olduğunu kabul etmemiz gerekir. Bunun nedeni, hukukun üstünlüğü fikrinin liberal hükümet kavramının bir unsuru olarak formüle edilmiş olmasıdır. İki veya üç kuşağın liberalizmin ilkeleriyle çatışan bir sistemi deneyimlediği bir toplumda bu kavramın kolay veya hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bunu hayata geçirmek için 'Polonya Cumhuriyeti, hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen demokratik bir devlettir' diye bir düzenleme yapmak, bu düzenlemeye Anayasada yer verilse dahi,

40 Prof. dr hab. Tomasz Stawecki Varşova Üniversitesi Hukuk ve İdari Bilimler Fakültesinde hukuk profesörüdür ve hukuk danışmanlığına (radca prawny) kabul edilmiştir. 1991 yılından bu yana hukuk alanında görev yapmakta olan Stawecki halen uluslararası hukuk firması Squire, Sanders & Dempsey'in Varşova ofisinde hukuk danışmanı olarak çalışmaktadır.

yeterli olmaz.[41] İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde 18. yüzyıldaki mutlakiyetçiliğe karşı yürütülen mücadele deneyimi ile 20. yüzyılın ikinci yarısında Orta ve Doğu Avrupa'daki toplumlarca totaliterliğe karşı başlatılan mücadele arasında bir benzetme yapılabilse dahi, hukuk devleti kavramının uygulanması sürecinde bazı temel farklılıklar bulunduğunun farkında olmamız gerekir, aksi halde temenniye dayalı bir düşünceden öteye gidemeyiz. Francis Neate tarafından öne sürülen savları sorgulamama sebeplerimden biri de budur.[42] Aslında tam aksine, kendisinin çoğu tavsiyesini ve Uluslararası Barolar Birliği, Avrupa Barolar ve Hukuk Kuruluşları Konseyi, Polonya baroları ve Helsinki Vakfı tarafından düzenlenen konferanslarda yer alan diğerlerinin öne sürdüğü önerilerin birçoğunu destekliyorum. Fakat yine de, bilhassa hukuk sistemine dair fikir ve ilkelerin düzgün işlediği varsayılan siyasi gerçekliğe dair bazı gözlemlerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

'Hukuk Devleti' ile 'Kanun Devleti' Arasındaki Fark

Başlangıç noktamız, kullanılan başlıca terimler olmalıdır. Francis Neate yapmış olduğu sunumda, hukuk devleti ilkesinden bahsederken *'hukuk devleti'*, *'Rechtsstaat'* ya da *'demokratyczne panstwo prawne'* gibi farklı terimler kullanıyor olmamıza karşın aslında hepimizin aklında aynı kavram olduğunu ortaya koymaya çalıştı.[43] Yani yasalar, hükümette yer alan kişiler

41 M. Krygier, komünizm sonrası reformcuların en azından retorik bakımdan neredeyse evrensel olarak, hukuk devletini, yani *Rechtsstaat*'ı ya da diğer bir deyişle "hukukla yönetilen devlet"i uygulamayı taahhüt ettiğini bizlere hatırlatmaktadır. Ancak, daha önce var olmadığı veya sistematik olarak inkar edildiği yerlerde hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinin kolay bir iş olmayacağını biliyorlardı. M. Krygier; A. Czarnota, M. Krygier & W. Sadurski (*eds.), Rethinking the Hukuk devleti after Communism,* CEU Press, Budapest & New York 2005, s. 266.

42 *Bkz. Francis Neate,* What is a Definition of Hukuk devleti?.

43 Polonya hukuk literatüründe, İngiliz 'hukuk devleti' geleneği ile Alman *Rechtsstaat* kavramı arasında önemli farklar bulunmadığı ileri sürülmüştür. Buna karşın bazı yorumcular, bu iki kavram ve hukukun uygulanması konusundaki bu iki farklı gelenek arasında ayrım yapmak gerektiğinin altını çizmektedir. Bkz. W. Staskiewicz, kitap incelemesi: B.Z. Tamanaha, *On theHukuk devleti: History, Politics, Theory, PrzeglqdSejmowy* No. 2 (73)72006, s. 158.

de dahil olmak üzere herkes için geçerli ve herkes için bağlayıcı olmalı ve aynı zamanda, devlet mercilerinin oluşturduğu sistem de kuvvetler ayrılığı ilkesi ile karşılıklı denetim ve dengeleme ('checks and balances') esası üzerine inşa edilmiş olmalıdır. Yetkilerin sınırlandığı bu sistemin önemli unsurlarından bir tanesi, yargının bağımsız olması ve hukukçuların faaliyetlerini bağımsız şekilde yürütebilmesidir.

Neate aynı zamanda ve de isabetli olarak, yasalara karşı saygı kültürünün yasaların herkes için eşit ölçüde bağlayıcı olmasının önkoşulu olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki bunu gerçekleştirmek, komünizm sonrası toplumlarda kolay değildir. Zira en nihayetinde, Polonya ve komşu ülkelerinde komünist partilerin neredeyse yarım yüzyıl boyunca siyasi iktidarı tek başlarına ellerinde bulundurduğu ve bu süreç zarfında, şiddet içeren yöntemler kullanmak konusunda önlerinde herhangi bir sınırlama bulunmadığı unutulmamalıdır. Bu partiler, millileştirilmiş ve merkezden kontrol edilen bir ekonomi üzerinde neredeyse tamamen kontrol sahibiydi (Polonya tarım sektöründe özel küçük çiftlikler çok nadir görülen birer istisnaydı). Bu partiler, iktidarda kaldıkları uzun yıllar boyunca tam ve de özellikle demokratik bir meşruluk tesis edemediler. Tabi resmi istatistiklere bakacak olursak, oy kullanma hakkına sahip kişilerin %99'u her birkaç yılda bir yapılan parlamento seçimlerinde oy kullanıyordu ve yine bunların %99'u tabii ki iktidardaki partilere oy veriyordu. Ama halk, seçim sonuçlarının gerçeği yansıtmadığını, komünist parti mekanizması ile müttefiklerinin bir fabrikasyonu olduğunu biliyordu. Bu partileri kısmen meşru kılmaya çalışan çeşitli çabalar da yok değildi; özellikle de 'SSCB faşist Almanya'yı yendi', 'Polonya batıdaki ve kuzeydeki topraklarını Polonya komünist partisi sayesinde geri alabildi', 'birçok ekonomik ve kültürel başarımız oldu: savaşın geride bıraktığı harabelerden ülkemizi yeniden inşa ettik, herkesi okur yazar hale getirdik, sağlık hizmetlerini ücretsiz yaptık' ve hatta 'Sovyet ve Doğu Almanya atletleri Olimpiyatlarda en iyi başarı gösteren atletlerdir' ve benzeri gibi ideolojik argümanlar şeklinde. Polonya, Çekoslovakya ve Macaristan halkları bu ideolojik kampanyalara rağmen, komünist hükümetin 'kendi hükümetleri' olmadığını ve bilhassa devlet idaresi tarafından uygulanmakta olan hukukun 'kendi hukukları' olmadığını biliyordu.

Siyasi sistem ile hukuk sisteminin meşru olmayışı, hukuk devleti ilkesini bir ülkede inşa etmeye çalışırken karşılaşılan zorlukları anlayabilmek için göz önünde bulundurulması gereken çok önemli bir faktördür. Bir yandan, "hukuk" kelimesinin her zaman hukuk anlamına gelmesine duyulan ihtiyaç gerçekten çok büyüktü. Bu, hukuk devleti fikrine güven duygusundan başka bir şey değildi. Diğer yandan ise, hukukun salt baskı aracı olmasına ve hükmedilen yerine, her şeyden önce ve de en çok hükmedene hizmet etmek üzere empoze edilmiş kurallar dizisi olmasına artık alışmış iki veya üç jenerasyon vardı.[44] Bu gibi bir toplumda hukuka evrensel olarak saygı duyulması pek beklenemez. Kanundan kaçmak ve hatta kanunu ihlal etmek o durumda ulusal bir erdem olarak kabul ediliyordu, ortak temellerin yerle bir edilmesi olarak değil. Bu nedenle, hukuk devleti fikrini hayata geçirebilmek için temel kurumların tesis edilip detaylı prosedürlerin oluşturulması yeterli gelmez; yurttaşların hukuk sistemi karşısında uygun tutum ve davranışlar benimsemeleri konusunda teşvik edilip bunun perçinlenmesi de büyük önem taşır. Bu tutum ve davranışlar, 'hukuka saygı kültürünün' kilit unsurları arasında yer almaktadır.

Polonya'da yaşananlar ayrıca, hukuk devleti sisteminin diğer bir temel unsurunun otomatik olarak elde edilemeyeceğini göstermektedir: 'kanun devletinin' aydınlanmacı mutlakıyetini terk edip 'hukuk devletine' ulaşmak için, belirli bir karşılıklı denetim ve dengeleme sistemine dayanıyor olsa dahi fonksiyonel bir kuvvetler ayrımını uygulamaya başlamak yeterli değildir.

Komünist dönemlerde bizi en çok korkutan şey, iktidar partisi ile parti liderlerinin siyasi istenççiliğiydi. O zamanlar yaygın olarak kullanılan adıyla 'halkın adaleti' ile neyin doğru olduğuna dair yaratılmaya çalışılan 'devrimci bilinç', dolayısıyla da iktidardaki kişilerin kanuna tabi olması

44 Egemen gücün emirlerinden oluşan hukuk kavramı ile siyasi bir topluluk tarafından tanınan bir kurallar bütünü olarak hukuk arasındaki fark, H.L. A. Hart tarafından 'Positivism and the Separation of Law and Morals' başlıklı klasik eserinde ortaya konmuştur; *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 2001, s. 59). Hart bunun için 'tetikçi argümanını' kullanıyordu.

ilkesinin tümden reddedilmesi, totaliter devletin en tehlikeli unsurlarıydı. Bu nedenledir ki komünist rejimi desteklemeyen Polonyalı hukukçular, kanun devleti fikrini uygulamaya koyup yaymaya çalışmışlardır. Yani, herhangi bir siyasi değişimi gerçekleştirebilmek için, iktidardakilerin parti komitesi tarafından ilgili idari ofise gönderilen talimatlar yerine yasama sürecini başlatması gerekiyordu. Bu yasama süreci, politik anlamda çok daha sık aralıklarla kamuya açık olarak yürütülüyordu; dolayısıyla da parti komitelerinde gizli kararlar alınmasına kısıtlama getirmişti. Yine kanun devleti ilkesine göre, birini tutuklamak ya da evinde arama yapmak için siyasi polisin ('milis kuvvetleri' ya da güvenlik servisi) mahkeme emri çıkarttırması gerekiyordu. Kanun devleti, bu nedenle, kişisel hakları teminat altına almıyor, ama en azından kişisel hakların ne olduğunu ortaya koyup tanımını yapıyordu. Bu ileriye dönük olarak atılmış çok önemli bir adımdı; çünkü bir şeyin adını koymak o şeyin bir şekilde var olmasını sağlamak, var olduğunu kabul etmek demektir.

Kanun devleti olmak, komünist ülkelerde en azından 1956'dan itibaren, daha alt kademelerde çalışanlar da dahil olmak üzere bütün devlet yetkililerinin kanuna tabi olduğunu kabul etmek anlamına geliyordu.[45] Ne var ki komünist otoriteler belirli bir amaca ulaşmak istediklerinde, eğer bunun için kendi kanunlarını çiğnemeleri gerekiyorsa tabi ki bunu hiç çekinmeden yapıyorlardı; ama incelikli şekilde ya da mahcubiyet duyarak. Sonuç olarak komünistler en nihayetinde, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, siyasi meşruiyet kazanmaya çalışıyorlardı ve kendi kanunlarını ihlal etmeleri, fragmentler halinde bile olsa toplam tarafından kabul görme ihtimallerini düşürüyordu.

45 'Kanun devleti' fikri bugün bile, örneğin Arjantin, Şili, Singapur, Mısır, Zimbabwe ve Rusya Federasyonu gibi resmiyette demokratik olan, ancak yine de otokratik veya otoriter şekilde yönetilen ülkelerdeki politik mekanizmaları açıklamak için kullanılmaktadır. Bkz. T. Ginsburg & T. Moustafa, *Kanun devleti: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes,* Cambridge University Press, 2008.

Bu nedenle komünist dönemlerde ve 1989'da komünizmin yıkılmasından hemen sonraki dönemde, 'kanun devleti' fikrine hizmet eden araçlar geliştirdik. Yargı bağımsızlığı ilkesi 1952 Anayasasında sabit bir ilkeydi ve zaman zaman başarılı bir şekilde uygulanıyordu da. Avukatlık (*adwokaci*), komünist dönemin tamamı boyunca Polonya'da bağımsız organize edilmiş bir meslekti ve bu bağımsızlığın kısıtlanmasına yönelik çeşitli çabalara rağmen, Polonya tam bağımsız bir ülke olana kadar bağımsız kalmaya devam etti. Ayrıca 1980'de Yüksek İdare Mahkemesi kurularak idari faaliyetler yargı kontrolü altına alınmıştı. Yine 1985'de, yani komünist iktidar nihai olarak çökmeden önceki bir zamanda, Anayasa Mahkemesi kurularak hukuki fiillerin anayasaya uygunluğunu sorgulama imkanı yaratılmıştı. O dönemde egemen güçlerin asıl niyeti bu kurumların sadece göstermelik olmasıydı; yani halkın gözünde sanki ödün veriliyormuş izlenimi uyandırmaktı. Ama daha sonra görülecekti ki bu kurumlar, beyan edilen rollerini belli ölçüde de olsa yerine getirmeyi başaracaktı. 'Kanun devleti' olmak, hukuksuzluğu yenme yolunda yolun yarısıydı (karamsar bir kişi bunun sadece yolun yarısı olduğunu söylerdi). 'Hukuk devleti' olma idealini gerçekleştirmek için kat edilmesi gereken daha çok yol vardı, ama en azından gidilecek yol artık belliydi. Bununla beraber birçoğumuz bunun, ilk olarak 17 Ekim 1992 tarihli 'Küçük Anayasada', daha sonra ise 2 Nisan 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasasının 2 inci maddesinde düzenlenen 'hukukla yönetilen demokratik' ilkesinin özü olduğuna inanıyordu.

Çağdaş Hukuk ve Yargı ile Hukukçuların Bağımsızlığı Karşısında Bir Tehdit Olarak Kanun Devleti

Kanun devletini yansıtan çözümlerle edinilen deneyimler, *hukuk devleti* uygulamaları arasındaki farkın sadece aşama ile ilgili bir fark olduğunu ortaya koymaktadır: hukuk devleti olmak ayrı bir nitelik değildir; kanun devleti olmanın daha genişletilmiş ve güçlendirilmiş halidir. Bu nedenle 1989 yılından, yani komünizmin çöküşünden sonraki dönemde, eklenecek yeni kurumlarla ve mevcut uygulamalarda yapılacak değişikliklerle beraber olgun hukuk devleti sistemleri oluşturmanın mümkün olacağı beklentisine dayanarak mevcut kurumların varlıklarını sürdürmelerine

izin verilmişti. Bu düşünce tarzı, siyasi sistemde ve hukuk sisteminde yaşanan değişikliklere rağmen Polonya'da çok başarılı olan ekonomik neo-liberalizm kavramlarıyla belli ölçüde benzerlik taşıyordu. Buna göre, ekstrem devlet müdahaleciliğini yansıtan metotlar tümden reddedildiği, devlet teşebbüsleri kapsamlı biçimde özelleştirildiği ve para biriminin istikrarlı, enflasyonun ise düşük olması için çaba gösterildiği takdirde, 'görünmez bir el' tarafından yönlendirilen piyasa ekonomik süreçleri kendiliğinden başarılı bir şekilde düzenlemeye başlayacaktır.

Hukukçular, ekonomistlerinkine benzer bir inanç benimsemişti: hukuk devleti ilkesi Anayasaya yazıldığı ve örneğin Anayasa Mahkemesi kararıyla güvence altına alındığı ve hukuk da ilgili prosedürlere uygun şekilde tesis edilerek halkı mümkün olduğu kadar nadir durumlarda şaşırtması ve yarım asır önce Lon L. Fuller tarafından 'hukukun iç ahlakı'[46] olarak adlandırılan şeyin gereklerini yerine getirmesi sağlandığı takdirde, hukuk devleti ilkesi kendi kendini gerçekleştiren bir ilke haline gelecektir. Hukukun etkisi, 'görünmez el' ilkesinin gerçekleştirilmesinde modern pazar ekonomisinden daha zayıf olmayan engellerle karşı karşıya kalmaktadır. 1989 – 2008 döneminde elde edilen deneyimler, kanun devleti fikrinin benimsenmesinin ve uygulanmasının belli bazı avantajları beraberinde getirmekle beraber uzun vadede bunun ciddi kusurları bulunduğunu açık bir şekilde gözler önüne sermektedir. Aşağıda örnek olarak verdiğim bir dizi olay, öyle umuyorum ki bu görüşü benimserken dayanaklarımın neler olduğunu ortaya koyacaktır.

Birincisi, kanun devleti ilkesi insanları hukuka saygı duymaktan caydırmakta ya da daha basit bir ifadeyle, hukukçulara ve diğer yurttaşlara hukuka saygı duymamayı öğretmektedir. Zira hukuk, kanun devleti düzeninde iktidardaki kimselerin kullandığı bir araç ve son mercide bir şiddet aracı olarak işlev göremeye devam etmekte, dolayısıyla da genel ve soyut kurallar karşısında kuşku ve güvensizlik makul bir yaklaşım haline gelmektedir. İktidardakiler, serbest seçimleri kazanmış olan partileri temsil ettikleri için demokratik anlamda ülkeyi yönetme yetkisini

46 L.L. Fuller, *Morality of Law,* New Haven 1964.

ellerinde bulunduruyor olsa da, hukuka saygı öyle hemen artan bir şey değildir; çünkü iktidardakiler tarafından başvurulan yöntemler, onlardan önceki deneyimlere çok fazla benzemektedir. Ayrıca, ekonomik ve sosyal dönüşüm sağlamaya yönelik birçok düzenleme de çeşitli sosyal gruplar için özellikle kısa vadede ciddi sıkıntılar yaratmaktadır. Dolayısıyla, hukuka saygının demokratik meşruiyetle aynı orantıda artış sergilememesi insana pek şaşırtıcı gelmemelidir.

İkincisi, kanun devleti ilkesi hukukun hem kamu idaresinde, hem halk arasında aşırı düzeyde salt araç olarak muamele görmesi durumunu daha kabul görür hale getirmektedir. Yani, 'iktidar, hukukun lafzını istediği gibi şekillendirebilir' ve 'fiziki imkansızlıklar dışında, bir şeyin yapılmasını sınırlayan başka hiçbir şey yoktur' gibi görüşler yaygın hale gelmektedir. Bununla beraber bu araççılık, yani enstrümantalizm, felsefi pragmatik fikirlerin ve iktidardakiler üzerinde sosyal kontrol tesis edilmesine olanak verirken azınlıkların korunmasını sağlayan bir mekanizma olarak anlaşılan demokrasi ilkelerinin sonucu değildir. Tam aksine, komünizm sonrası toplumlarda hukukun salt araç olarak muamele görmesi daha ziyade eski zamanlardan beri süregelen bürokratik gelenekler ile otoriter siyasi uygulamaların ve popülist demokrasi yorumlamalarının ('siyasi çoğunluk her zaman haklıdır') sonucudur. Bunu daha çok şu amiyane zafer sloganıyla ifade etmek mümkündür: 'Şimdi bizim sıramız l**** o*******!' Komünizm sonrası toplumlarda görülen paradoksların bir tanesi, özgür Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Litvanya'daki siyasetçilerin düşünce ve davranışlarının Karl Marx'ın o bir zamanlar pek ünlü olan, Feuerbach üzerine tezlerinin 11 incisine karşılık gelmesidir: 'Filozoflar dünyayı yalnızca çeşitli biçimlerde *yorumlamışlardır*; oysa sorun onu *değiştirmektir*.'

Ayrıca, hukuk karşısında benimsenen araçsalcı yaklaşım ile hukuk devleti fikri arasındaki ilişkinin iki yönlü olduğu unutulmamalıdır. Literatürde çoğu kez, hukuk karşısında benimsenen araçsalcı tutumun, bir toplumda hukuk devletinin gerektirdiği temel kurum ve ilkeler tesis edilebilmiş olsa dahi hukuk devleri ilkesini genellikle aşındırdığı

vurgulanmaktadır.[47] Öte yandan, 'hukuk devleti' ilkesi indirgenerek 'kanun devleti' uygulamasına dönüştürüldüğünde bu durum, hukukun iktidardaki kişilerin ellerinde salt araç olarak muamele görmesi için gereken en uygun ortamı yaratmaktadır. Tam da bu noktada bir diğer paradoks çıkıyor karşımıza: iktidarda olan kişiler yetkilerini icra etmek için hukuku ne kadar çok salt araç olarak kullanır ve amme menfaati (*bonum commune*) olarak addedilebilecek çıkarlar yerine ne kadar çok bazı özel çıkarları korumaya yönelik hareket ederlerse, bu yönde aldıkları tedbirler o kadar etkisiz kalmaktadır.[48] Bunun nedenini şöyle açıklayabiliriz: yasal bir düzenlemenin amacı, büyük sosyal gruplar anlamında toplumun ihtiyaç veya çıkarlarına hizmet etmediği yönünde izlenim uyandıran amaçlara hizmet etmek olduğunda, bu yasal düzenleme hem daha detaylı olmak hem de insanların düzenlemeye uymasını sağlamak üzere bir takım yaptırımlara başvurmak zorunda kalmaktadır. Düzenlemeyi hazırlayan yasama organları bunu yaparken de, devlet makamlarının iş ve işlemleriyle yaratmak istedikleri sosyal enerjiye ya da hukuka tabi kişilerin inisiyatifine, dolayısıyla da bunun ilgili yasal düzenlemeyi daha etkin kılacak etkisine bel bağlayamazlar. Kanun yapıcılar bu nedenle giderek daha fazla kanun 'üretmekte' ve bu kanunlar giderek daha karmaşık, kendi içinde giderek daha az tutarlı, giderek daha az bilinen ve uygulanması giderek daha masraflı hale gelmektedir. Tüm bu süreç, hukuk devleti fikri ile giderek daha az ortak noktayı paylaşır hale gelmekte ve eninde sonunda ya da belki ta en başından beri bir kanun devleti örneğine dönüşmekten öteye gidememektedir. Neticede, hukukçuları hukuk devleti uygulamaları inşa etmeye teşvik etmek giderek daha zor hale gelmektedir.

Üçüncüsü ve de son olarak, kanun devleti ilkesi hukukun mahkemeler tarafından uygulanması sürecinde şekilciliği güçlendirmekte (ki bu karşımıza çıkan bir sonraki paradokstur) ya da başka bir deyişle, 'hukukun

47 B.Z. Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge 2004, s. 79, 82-84; B.Z. Tamanaha, 'How An Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law', DePaul Law Review, Cilt 56/2007; P. Winczorek, 'Instrumental Use of Law in the Legislative Process' [Leh dilinde, Studia Iuridica No. 38/2000, s. 34.

48 Bu argüman, F.A. Hayek tarafından daha önceden ileri sürülmüş olan bir savdır: *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order,* Chicago 1973, Cilt 1, s. 89 ve devamı.

mekanikleşmesine' mazeret oluşturmaktadır.[49] Bunun neticesinde tefsir (exegesis), hukukun yorumlanmasında en sık tavsiye edilen yöntem haline gelmektedir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararın gerekçe kısmında bu görüşü tüm iyi niyetiyle şu şekilde özetlemiştir: 'Lafzi yorum kurallarının önceliği tam olarak, hukukla yönetilen bir devlette hukukun işlemesi için en temel koşuldur. Yasama organının rasyonel olması ilkesi de (ya da varsayımı) benzer bir sıraya konmalıdır. Bir kanun metninin lafzı dilbilimsel açıdan apaçık olmasına rağmen bu kanun metnine, apaçık ortada olan dilbilimsel anlamından farklı bir anlam yüklendiği takdirde yasama organının rolü yüzeysel bir hal almış olurdu.'[50] Hâkimlerin bu görüşüne göre şekilcilik, sorumluluktan kaçmanın bir şekli haline gelmişti. Bu aynı zamanda, yargının bağımsız olması ilkesinin – benim görüşüme göre – tamamen yanlış bir şekilde yorumlanmasına da yol açmıştı: eğer bir hâkim, hukuku yasama organı tarafından düzenlenen kapsamın dışına çıkacak şekilde yorumladığı ve bunu yaparak siyasi

49 Bu ünlü ifade ilk olarak, Amerikalı bir hukuk sosyoloğu olan Roscoe Pound tarafından 1908 yılında yayınlanan, Amerikan mahkemelerinin sözleşme ve haksız fiil davalarında şekilci bir hukuk bilimi benimsemeleri ile ilgili eleştirisinde kullanılmıştır. İngiliz ve Amerikan hukuk düşüncesine aşina olan bir okuyucu, Polonya'daki kanun devleti uygulaması ile ilgili yapmış olduğum yorumdaki çelişkiyi fark edecektir: teamül hukuku geleneğinde ve spesifik olarak Amerika'daki hukuksal gerçekçiliğin başlangıcından beri, hukuki şekilcilik ile hukuki araççılık iki ayrı hukuk vizyonu (veya kavramı) olarak kabul edilmektedir. Ne var ki Polonya örneğinde bu bir çelişki olmaktan çıkmıştır. Zira 20 inci yüzyılın ikinci yarısında Polonya'da başlayan kanun devleti uygulaması, yasama alanında radikal istenççilik ile araççılığın, hukukun asliye mahkemeleri tarafından uygulanmasında (veya icra edilmesinde) aynı ölçüde radikal olan bir şekilcilikle son derece özel biçimde sentezlenmesine yol açmıştır. Polonya Anayasa Mahkemesi çok daha yaratıcı bir tutum sergilemiş, fakat bunun sonucunda 2000'li yıllarda kanun yapıcılar, siyasi reformcular ve Yüksek Mahkeme de dahil olmak üzere asliye mahkemelerinde görev yapan hâkimlerle bir takım sorunlar yaşanmıştır. Bkz. T. Stawecki, W. Staskiewicz & J. Winczorek, 'Between Polycentrism and Fragmentation: The Impact of Constitutional Tribunal Rulings on the Polish Legal Order,' Ernst & Young 'Better Government' programı kapsamında gerçekleştirilen çalışma hakkında rapor, Ernst & Young, Varşova 2009, E&Y web sitesinde yayınlanacaktır: http://www.ey.com/PL/Industries/Government—Public-Sector/Debata-Wplyw_Trybunalu_Konstytucyjnego).

50 Polonya Yüksek Mahkemesinin 20 Temmuz 2005 tarihli kararı ile (I KZP 19/05) ile Polonya Yüksek Mahkemesinin 20 Haziran 2000 tarihli kararı (I KZP 16/00), OSNKW 2000, Cilt 7-8, Madde 60).

kararlar alanına girdiği, dolayısıyla da kanunu uygulamak yerine kanun yaratarak kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı geldiği yönünde suçlamalarla karşı karşıya kalmak istemiyorsa, kanunların lafzına mümkün olduğunca yakın hükümler vermeliydi – hâkim tarafından verilecek kararın adil veya rasyonel olmaması anlamına gelse dahi. Bir hâkimin, tarafsız ve 'kanunun ağzı' (*'bouche de la loi'*) olmasının tek yolunun bu olduğu düşünülüyordu.[51]

Yargı bağımsızlığının yukarıda açıklanan hali ile hukuk devleti fikri arasında pek bir ortak nokta bulunmamaktadır. Daha ziyade, siyasi güçlerin şeklen bağımsız olan hâkimleri kendi iradelerine biat etmeye zorladığı dönemlerde öğrenilen oportünizmin doğurduğu bir semptom olduğu söylenebilir. Kanun devleti bu nedenle çoğu zaman, toplumu iktidara karşı korumak için kullanılamamakta; tam aksine toplum için bir yük teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, Polonya'da köklü bir düşünce olan 'kanun devleti' hukuki bir idealdir düşüncesi çok kez, ortaya kötü bir mevzuatın çıkmasına yol açmaktadır. Son yirmi yılda gerçekleşen kapsamlı değişikliklere rağmen, yasama sürecinde (ki bu süreç çeşitli merciler tarafından yürütülmektedir) halen yeterli bir bütünlük bulunmamakta ve bunun sonucunda kendi içinde tutarsızlıklar barındırmaktadır. Kanunlar, önceki dönemlerde meydana gelen ihmallerden kaynaklı olarak aceleyle çıkarılmakta ve çoğu kez, iktidardaki kimselerin şeffaf politikası kapsamında olmayan belli bir gizlilik derecesine sahip siyasi uzlaşmaların yansıması olarak spesifik gruplara bir takım ayrıcalıklar tanımaktadır.[52] Bu nedenle hukukun kalitesi şekli anlamda düşük seviyelerde kalmaktadır: açık değildir, kötü düzenlenmiştir, geriye dönüktür, gerekli düzenlemeleri içermemektedir,

51 Bu metaforun anlamı J.M. van Dunne tarafından 'Montesquieu, Baron de, Charles de Secondat (1689-1755)' başlıklı eserinde açıklanmıştı; C.B. Gray (ed.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia,* Taylor & Francis 1999, s. 566.

52 Ünlü mevzuat uzmanı Prof. S. Wronkowska bu olayı şu şekilde özetlemektedir: 'doğrusunu söylemek gerekirse; hukukun, iktidardaki kimseler tarafından siyasi erklerini kullanmak için sistematik biçimde salt araç olarak muamele görmesi söz konusu değildir. Fakat hukuk karşısında araçsalcı tutumlar yine de sıklıkla görülmektedir.' S. Wronkowska, 'The Polish Legislative Process: Between Autonomy and Politics', lus et Lex, No. Ill - 1/2005, s. 199 ve devamı. Benim görüşüm bundan çok daha fazla eleştirel.

imkansızı ister ve kimi durumlarda herhangi düzenleyici bir etkisi olmayan sadece sembolik bir rol üstlenmektedir. Bu gibi bir mevzuatın içeriği de çoğu zaman eleştirilmeyi hak etmektedir: zira kanunlar bütün kişisel hak ve özgürlükleri eksiksiz olarak tanımamakta, geniş kitleler yerine sadece iktidarı elinde bulunduran küçük bir elitler grubunun çıkarlarını temsil etmekte ve bir takım demokratik prosedürler uygulamaya alındığında dahi kanunlar her şeyden önce belirli partilerin ve seçim komitelerinin desteklenmesine yönelik olarak çeşitli lobiler tarafından yürütülen faaliyetleri ve siyasi pazarlıkların sonuçlarını yansıtmaktadır.[53]

Hukuk Devleti Ve Kanun Devleti İle Yargının ve Hukukçuların Bağımsızlığı

Bir devlette mevzuatı oluşturup uygulamak için hukuk devleti fikri yerine kanun devleti fikrinin benimsenmesi, yargının tutum ve davranışları ile diğer hukuk mesleklerinin icrası üzerinde geniş ve benim görüşüme göre olumsuz bir etki yaratmaktadır. Bu konuyu inceleyebilmek için, anayasa hukuku ile uluslararası hukukta kuvvetlerin yatay ayrımı ile dikey ayrımı arasında bilinen farka geri dönmemiz gerekmektedir.[54]

Başta da tanımladığımız üzere konusu basittir: 18 inci yüzyılın ortalarında Montesquieu tarafından tavsiye edilen, yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki ayrım bugün Avrupa, Kuzey Amerika ve dünyanın başka yerlerindeki ülkelerin siyasi sistemlerin temel kaidesini oluşturmaktadır. Yatay kuvvetler ayrımı ilkesi, başka nedenler de var

53 Demokratik prosedürlerinin ille de siyasi topluluğun değer ve çıkarlarına uygun bir mevzuatla sonuçlanması gerekmediği yönündeki yaygın deneyimler, bir Anayasa Mahkemesi (veya benzer nitelikte başka adalet divanları) tesis edilip bunlara mevzuatı gözden geçirme yetkisi verilmesinin gerekçesini oluşturan argümanlardan bir tanesidir. Bkz. W. Sadurski, Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe, Springer, Dordrecht 2005, s. 34-35.

54 Bkz. örn. Z. Czachor, 'The Division of Powers Between the European Union and the European Communities and the Member States: The Multivariant', *European Studies* No. 3/2002, s. 38 ve devamı; F. Mayer: 'Competences Re-loaded? The Vertical Division of Power in the EU after the New European Constitution', J.H.H. Weiler & C.L. Eisgruber (eds.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective,* Jean Monet Çalışma Raporu 5/04 [http://www.jeanmonetprogram.org/papers/04/040501-16.html].

olmakla beraber, yargı bağımsızlığı ile mahkemelerin diğer devlet mercilerinden şekli olarak bağımsız olmasının (2 Nisan 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasası Madde 173: 'Mahkemeler ve Divanlar, başka mercilerden ayrı ve de bağımsız olarak varlıklarını sürdüren mercilerdir') ve ayrıca hâkimlerin, yani esasen 'üçüncü kola' tevdi edilmiş olan görevleri yürüten kişilerin diğer kollardan ve bütün diğer kişilerden şeklen ve fiilen bağımsız olmalarının (Polonya Cumhuriyeti Anayasası Madde 178(1): 'Hâkimler görevlerini icra ederken tarafsız hareket eder ve yalnızca Anayasaya ve yürürlükteki kanunlara tabidirler') ana nedenlerinden bir tanesidir.

Mahkemelerin bağımsızlığına hukuk devleti fikri ile daha düşük kapsamda olmakla beraber kanun devleti fikri açısından baktığımızda, yargı bağımsızlığının her ne pahasına olursa olsun korunması gereken bir özellik olduğu sonucuna varmaktayız. Mahkemelerin bu pozisyonu kısıtlandığında ortaya çıkacak olan sonuç, kamusal alanın çok hızlı bir şekilde, başta yürütme olmak üzere başka kolların ve çoğu zaman, siyasi nedenlerden ötürü bir ülkedeki yasama ve yürütme süreçlerini kontrol eden çıkar gruplarının hakimiyeti altına girmesi olacaktır.

Yukarıda tanımlandığı üzere, mahkemelerin bağımsızlığının çoğu zaman, mahkemelere ve hâkimlere bir nevi dokunulmazlık içeren haklar tanınmasından, yani başka kişilerce gerçekleştirilmesi yasak olan bir takım fiillerle ilgili olarak işlem gerçekleştirme yetkisi verilmesinden ibaret olması insana şaşırtıcı gelebilir. Bunun nedeni, bu durumda mahkemeler tanınan bağımsızlığın her şeyden önce, başka kurum ve kişilerin müdahalelerine tabi olmama hakkı şeklinde tanımlanabilecek olmasıdır. Hâkimlerin bağımsızlığı, iş başka bir kişinin bir hâkime bir şey verme ya da bir ayrıcalık tanıma yükümlülüğüne, yani hâkimlere başka kişilerin uymak zorunda olduğu işlemlerde bulunma yetkisinin verilmesine geldiğinde, çok daha düşük kapsamda bir haklar-talepler kaynağı olarak çıkmaktadır karşımıza.[55] En basit haliyle ifade etmek gerekirse, hâkimler başka kişiler tarafından uygulanabilecek baskılara maruz kalmadan karar vermelerini

55 Yukarıdaki analiz elbette ki W.N. Hochfeld tarafından *Fundamental Legal Conceptions as Applied injudicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919) başlıklı eserinde ortaya konan, o çok bilindik sınıflandırmaya yapılmış bir atıftır.

sağlayacak ve fakat yüksek ödemeler talep etmelerini ya da kendi işleri ile ilgili şikayetleri kolayca reddedebilmelerini engelleyecek ölçüde bağımsızdır.

Hâkimlerin, yatay kuvvetler ayrımı fikrine dayanan bağımsızlığı hâkimlerin kendisi için de, haklardan ziyade daha çok hukuki ve ahlaki yükümlülükler kaynağıdır. Bunun nedeni, şayet bu ilkenin kaynağına, yani Montesquieu tarafından ortaya konan kavrama uzandığımızda, cumhuriyetçi sistemde üçüncü kolun bağımsızlığının mutlak tarafsızlığı koruma veya *The Spirit of the Laws* başlıklı eserin sahibi tarafından ifade edilen şekliyle 'belli bir serinkanlılığı koruma kabiliyeti' ve yasada öngörülmeyen hususlara resmi olarak kayıtsız kalma zorunluluğu olarak görülmüş olmasıdır. Bağımsızlık bu bağlamda, hüküm kurarken ve günlük dava işlemleri sırasında hâkimin tabi olduğu katı disiplin anlamına gelmektedir.[56] Yargı bağımsızlığı bu nedenden ötürü, hukuka uygunluk fikri ve eylemlerimizin kanunla resmi olarak uyumlu hale getirilmesi fikriyle yakından ilişkilidir ve bu tam olarak nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır, özellikle de hukuk devleti ile kanun devleti arasındaki farkları incelerken.

Yatay kuvvetler ayrımı açısından bakıldığında, yargı dışındaki diğer hukuk meslekleri daha küçük bir rol oynamaktadır. Yargının düzgün bir şekilde işlemesini ve sivil hakların, özellikle de yargı yollarına başvurma hakkının doğru ve etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için elbette ki avukatların, hukuk müşavirlerinin, dava vekillerinin, noterlerin ve benzerlerinin bağımsızlığı hayati önem taşımaktadır. Yargı örneğinde olduğu gibi, hukuk mesleklerinin bağımsızlığı da, bir ayrıcalıklar ve haklar-talepler kaynağı olarak değil, bir hukuki ve ahlaki yükümlülükler kaynağı olarak korunmalıdır.

Kuvvetler ayrımı ilkesine ilişkin olarak yapılan ikinci tanımlama bu makalenin konusu açısından daha ilginç bir konudur: yani dikey kuvvetler ayrımı. Bu perspektif benimsendiğinde, devlet makamları, yerel yönetim makamları, özerk meslek kuruluşları, bölgesel makamlar ve örneğin Avrupa Birliği gibi uluslararası makamlar arasında ayrım gözetilmektedir.

56 Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws,* MacMillan 1949, Kısım I, s. 75, 80, 158-159.

Aralarında bu şekilde ayrım yapılan kamu kurum ve kuruluşlarını basit hiyerarşik kurallar (daha yetkili veya daha az yetkili şeklinde) çerçevesinde sıraya dizmek mümkün değildir; çünkü yatay kuvvetler ayrımında olduğu gibi, illa ki münhasır yetkiler anlamına gelmemekle birlikte, bir kurumun kendi yasal kurallarını yaratma anlamında bu kurum ve kuruluşların her biri için belirli ve de önemli bir özerklik ve bağımsızlık seviyesi varsayılmaktadır.[57]

Bu bağlamda yargı ile örneğin avukatlar ve hukuk müşavirleri tarafından üstlenilen mesleki roller arasında o kadar da belirgin bir fark bulunmamakla beraber, hukuk mesleklerinin ortak bir özelliğinin, her birinin devletten ve diğer kamu mercilerinden kayda değer ölçüde bağımsız birer meslek kurumu olduğunu vurgulamak gerekir. Meslek birliklerinin faaliyet gösteriyor olması, devletin yurttaşlar bakımından yetkilerinin kısıtlanması suretiyle elde edilen siyasi özgürlüğün ve aynı zamanda, modern toplumların politik, sosyal ve ekonomik çoğulculuk karakterinin tanınması neticesinde ortaya çıkan yerellik (*subsidiarity*) ilkesinin birer işaretidir. Hukuk mesleklerinin (ve örneğin hekimler ya da mimarlar gibi diğer mesleklerin) oluşturduğu özerk birlikler çok önemli kamusal işlevler yerine getirmektedir: bu birlikler, yeni üyelerin mesleğe kabulüne ilişkin hayati kararlar almakta, mesleğin icra edilmesine ilişkin kuralları belirlemekte, belirli iç standartların benimsenmesini sağlamakta ve meslek etiği ilkeleri oluşturmaktadırlar. Aynı zamanda, disiplin duruşmaları (meslektaşlar arasındaki ilişkiler) ve benzeri aracılığıyla bir nevi yargı işlevi de görmektedirler.

Buna karşın siyaset sosyolojisi, yukarıda belirtilen özerklik fikrinin farklı uygulamalarının birbirinden ayrı olmadığını iddia etmektedir. Tam aksine, 'karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin ana varsayımlarından biri,

57 Hukuk teorisinde özerklik kavramı farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Ahlaki standartlara ve ideallere göre pozitif hukukun özerkliği meselesini (bkz. örneğin R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996) ve belirli bir siyasi kişiliğin – devlet, bölge, topluluk vs. – diğer kurum ve kuruluşlardan bağımsızlığı şeklinde anlaşılan özerklik meselesini (bkz. örneğin M. Suksi (ed.), *Autonomy: Applications and Implications,* Kluwer Intl., The Hague & London 1998) bir kenara bırakıyorum. Hukuk mesleklerinin özerkliği fikrini ifade etmenin en iyi yolu, öz-yönetimin ve devletten (veya hükümetten) bağımsızlığın bir bileşimi şeklindedir.

özerk ve bağımsız hukuk sistemlerinin bağımsız bir sosyal tabana sahip sıkı organize edilmiş meslek grupları tarafından desteklenmesi şeklindedir; buna karşın bağımlı hukuk sistemleri, hukuk uzmanlarının bağımlılığını ve zayıflıklarını yansıtmaktadır.' Avrupalı okuyucuların daha aşina olduğu kelimelerle ifade etmek gerekirse: hukuk mesleklerinin bağımsızlığı, ilgili avukatların memleketlerinde hakim olan siyasal egemenlikle yakından bağlantılıdır.[58]

Avukatların özerk olmasının önemine rağmen, hukukçu birliklerinin (avukat baroları) özerkliği ile ilgili çekişmeler yaygın olarak görülmektedir. Adalet Bakanı, belirli yetkilerin baroların elinden alınması (mesela yeni üyelerin mesleğe kabulü konusunda baroların elinde bulunan münhasır karar verme yetkisi) veya baroların, örneğin baro içinde alınan kararlar bakımından sıkı idari bir gözetim altına alınması yönünde defalarca mevzuat çıkarma girişimleri başlatmıştır.[59] Bu konuyla ilgili olarak ciddi tartışmalara yol açan yasalar Polonya Ulusal Parlamentosu (SEJM) tarafından kabul edilmiş ve Anayasaya uygun olup olmadıkları konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından gözden geçirilmiştir (örneğin P 21/02, K 6/06, K 30/06 ve K 4/07 sayılı davalar).[60] Bu ihtilaflarda bir yandan, baroların kendi uygulamalarının kilit yönleri ile ilgili karar verme konusundaki münhasır hakları şeklinde karşımıza çıkan, hukuk mesleklerinin bağımsızlığı savunulmuştu. Diğer yandan ise, baroların devletten (hükümetten) tam özerklik talebinin, bir ortaçağ lonca modeline dayanan bir anakronizm olduğu iddia edilmişti. Ayrıca, uygulamada, baroların kimin mesleğe kabul edilip kimin edilmeyeceğine karar verme hakkını, bu mesleği icra etmek isteyen fakat baroya kabul edilmedikleri için icra edemeyen kişilerin yaratacağı istenmeyen rekabet ortamını ortadan kaldırmak için kötüye kullandıkları da söyleniyordu. Benzer biçimde, baro

58 P.S.C. Lewis, 'Comparison and Change in the Study of Legal Professions'; R.L. Abel & P.S.C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society,* Cilt 3: *Comparative Theory,* University of California Press, Berkeley 1989, s. 32.

59 Bkz. örn. H. Izdebski & L. Morawski, 'Debate: Democracy and Privileges of Associations' [in Polish], *State and Law* No. 6/2007.

60 Bkz. Polonya Anayasa Mahkemesi kararlarının yer aldığı derleme: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm.

içindeki karar mekanizmasının, avukatların mesleki sorumsuzluğunun tezahürü olan kurumsallaşmış bir sistem olduğu ve buna benzer daha birçok başka şey iddia edilmektedir. Bu nedenle eleştirmenler, baroların, Anayasa'da ifade edildiği gibi, kamu yararına zarar verecek şekilde giderek belirli bir grubun çıkarlarını korumaya yönelik bir araç olarak işlev görmeye başladığını ve dolayısıyla da kamu işlevlerinin ilkelerine ihanet ettiklerini ifade etmektedir. Bu anlamda, Lord Acton'un Francis Neate tarafından alıntılanan o ünlü "Güç her zaman yozlaşma eğilimindedir ve mutlak güç eninde sonunda mutlaka yozlaşır" sözünü, sadece kamu makamlarına değil, sahip oldukları mesleki özerklik sayesinde münhasır ve mutlak güç kullanmak isteyen hukuk mesleklerine de atıf yapacak şekilde ele almak gerekir. Neate açık bir şekilde, avukatların bağımsızlık ilkesinin belirli veya bireysel menfaatleri korumak adına ardına saklanılan bir duman perdesi olarak kullanılmaması gerektiğini söylemektedir.

Hukuk mesleklerinin bağımsızlığı ile ilgili olarak yapılan tanımlamalar ve bu bağımsızlığın kapsamı (modern bir devlette yetkilerin dikey ayrımı bağlamında) hakkındaki anlaşmazlıklara, bu makalede hukuk devleti ile kanun devleti arasında açıklamaya çalıştığım ayrımı esas alarak baktığımızda, ilginç motifler görmekteyiz. Avukatlık mesleğinin mutlak haklar açısından bağımsızlığının savunulması, kuşatılmış bir kalenin savunulması gibi, kanun devleti değil, hukuk devleti düşüncesinden kaynaklanıyor olabilmektedir. Burada hukukun üstünlüğü, tıpkı bir tarafın kazancının diğer tarafın kaybettiklerinden ibaret olduğu sıfır toplamlı ve tamamen rekabete dayalı bir oyunun resmi sonucu gibi, belirli çıkarların başka çıkarlar karşısında zafer kazanması olarak anlaşılacaktır. Bu perspektiften bakıldığında, avukatların mesleki faaliyetlerini düzenleyen yasaların sadece, mesleki çalışmalarında uygunluk sağlamak üzere avukatların kendileri tarafından bir kez ve şu ya da bu konuda avukatları uygunluk sağlamaya zorlamak üzere devlet (hükümet ya da kamu idaresi) tarafından bir kez kullanılmak amacıyla tasarlanmış birer araç olduğu söylenebilir. Bu şekilde anlaşıldığında, hukuk, avukatların özerkliği ile ilgili uyuşmazlıklara taraf olan çeşitli taraflar arasında güven gerektirmez; aksine, güvensizliğe dayanmaktadır. Aynı şekilde, avukatların faaliyetlerini düzenleyen yasalar da, tıpkı hukuk sisteminin bütünü gibi, aslında saygı

görmez; sadece kayırma sisteminin doğurduğu bir etkiden ibarettir. Francis Neate tarafından açıklanan hukuka saygı kültürü bu durumda yerini artık çatışma psikolojisine bırakmıştır.

Yukarıda kanun devleti ile ilgili sunulan düşünceler, bizi tek başına hukuk devleti fikrini gerçekleştirmeye sevk etmemekte veya hukuk mesleklerinin bağımsızlığı için yapılan 'çatışma durumunda bir savunma biçimi' şeklindeki tanımın ötesine geçmemizi sağlamaktadır. Ancak hem hukuk mesleklerinin konumu hem de hukuk ve siyasetin algılanma biçimi ile ilgili bir alternatif var önümüzde. Avukatların bağımsızlığı en nihayetinde, çeşitli kurumlar ve meslek grupları arasında tesis edilmiş bir işbirliği biçimini alabilir. Yargı, avukatlar ve hukuk müşavirleri ile rakip olmak zorunda değildir; her iki tarafın da diğeri hakkında yeterli mesleki bilgi ve tecrübeye sahip olmadığını, ihmalkar olduğunu veya finansal ayrıcalıklara ve diğer avantajlara sahip olduğunu söylemesi şart değildir. Belirli hukuk birlikleri ve Adalet Bakanlığı'nda (ve diğer devlet dairelerinde) görev yapan yetkililer, adalet sistemini dönüştürme sürecini örneğin "polis memurları ve hırsızlar" ya da daha kötüsü "çete savaşı" gibi bir rekabet olarak ele almak zorunda değildirler. Sonuçta, avukatlar, kamu tarafından, mesleki tarafsızlık gibi kendi hukuk kurallarını ve ilkelerini kendi sorumsuzluklarını savunmak için kullanan bir parazit sınıfının temsilcisi olarak görülmek zorunda değildir.

Benzer bir şekilde, hukukun da araçsalcı olmayan bir şekilde bir söylem biçimi olarak ele alınması mümkündür – siyasi toplulukta tanınan değerler için daha güçlü rasyonellerin kabul edilmesini sağlayan bir tartışma ve diyalektik ortamı; hem de sadece zorunlu usuller ve cezalandırıcı yaptırımlar yoluyla sağlanan bir adaletin değil, gerçek manada sağlanan bir adaletin öncülüğünde. Bu durumda varacağımız nokta, 'sorumlu düzen'[61] şeklindeki bir hukuk tanımı olacaktır; yani toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilen ve katı kurallara, kademeli olarak esnetilip 'ağırlıklandırılabilen' prensip ve politikaların eklenebildiği bir hukuk düzeni. Hâkimlere tanınan yetkileri, toplumsal amaçların sorumlu bir şekilde gerçekleştirilmesine ve kamu yararına (*bonum commune*) hizmet etmesi şartıyla, daha büyük bir

61 Bu elbette ki P. Nonet & P. Selznick'in o ünlü eserine yapılmış bir atıftır: *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law,* Harper and Row, New York 1978.

takdir yetkisi kapsayabilir. Hukukun lafzi yorumundan görülecek sapmalar, yasama organı tarafından benimsenen amaçlar, belirli bir düzenlemenin veya hukuk sisteminin işlevleri ya da belirli bir kararın önceki kararlarla ve sosyal gerçeklikte yaşanacak değişimleri yansıtan gelecek eğilimlerle tutarlı olmasını sağlamak gerekliliği ile haklı çıkarılabilecektir. Ne var ki tarafsızlık 'Ne istersem onu yaparım, çünkü beni durduramazsın' şeklinde anlaşıldığı zaman hâkimin bu yetkisini tarafsızlıkla haklı çıkarmak mümkün değildir.

Neticede siyaset de, avukatlar ve diğer mesleklere mensup olan ya da başka sosyal roller üstlenen kimseler de dahil olmak üzere çeşitli sosyal grupların çıkarları ve niyetleri ile ilgili bir entegrasyon, uyumlaştırma ve istişare süreci olarak ele alınabilir. Fakat bu şekilde organize edilen siyasi bir süreç, kuvvetler ayrımı ilkesinin (yatay ve dikey), kamu menfaati gözetilmeksizin katı bir ayrışma ve rekabet olarak değil, kuvvetlerin harmanlanmasına yol açan bir ilke olarak yorumlanması varsayımını esas almaktadır. Bu politikanın temel fikri, katılımcı demokrasi olabilir; karşılıklı olarak yıkıcı (ama kanlı değil) çatışma ortamı şeklindeki bir demokrasi ya da otokratik bir hakimiyeti perdelemek için yaratılmış basit bir vitrin süslemesi değil. Sonuçta, demokratik sistem ve süreç, çıkarların, görüşlerin ve değerlerin temsili için toplumsal ve yasal biçimleri birleştirmeyi amaçlamalı ve 'Altta kalanın canı çıksın!' (*Vae victis*) gibi sloganlarla ifade edilmesine yer olmamalıdır.

Bu alternatif, olası bir senaryo olarak duruyor önümüzde. Bu senaryonun gerçekleşmesi için yerine getirilmesi gereken şart da basitmiş gibi görünüyor: hukukçuların işbirliği, söylem ve katılımcı demokrasi çerçevesinde şekillenen bir düşünce sistemi benimsemesi şartıyla, hukuk mesleklerinin tatmin edici bir bağımsızlık düzeyine kavuşmasını sağlayabilir ve hukuk devleti ilkesine dayanan bir hukuk sistemi inşa edebiliriz. Kuşatılmış bir kale ideolojisini beslemeye devam ettiğimiz ve bir hükümetin ya da koalisyonun önceki hükümet gibi başka bir hükümetten ya da koalisyondan daha iyi olduğunu ve yalnızca kendi kampımızda yer alan kişilerden başka hiç kimsenin dürüst ve yetkin olmadığını ileri sürdüğümüz müddetçe, karşılaşacağımız sonuç – o da en iyi ihtimalle – kanun devleti sisteminde sıkışıp kalmak ve bu sistemin doğurduğu tüm olumsuz sonuçlara katlanmak olacaktır. Bunu daha da açık söylemek

gerekirse: hukuka ilişkin ortak yaygın yaklaşımımızı değiştirmediğimiz sürece hukuk devleti, gerçekleştirilemeyen bir ideal olarak kalmaya devam edecektir.

Hukuk Devletinin Bir Koşulu Olarak Avukatların Ahlaklı Olma Cesaretini Göstermesi

Son olarak, Francis Neate'nin yaptığı konuşmaya bir kez daha değinmek istiyorum. Neate, hukuk mesleklerinin bağımsızlığının sadece örgütsel koşullara ve mevzuatın lafzına değil aynı zamanda, benimsenen ve uygulanan etik standartlara da bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu konuda, Neate'e katılıyor ve iyi bir avukat olmak için gereken ahlaklı olma cesaretini göstermeleri gerektiği yönündeki düşüncelerini destekliyorum. Fakat bu meydan okumayı, Sokrat'ın, Thomas Aquinas'ın veya diğer büyük filozofların öğretilerinde olduğu gibi, kişisel erdem etiği açısından yorumlamamak gerekir. Bu sadece komşumuzla kişisel ilişkilerimizle değil, mesleki davranışlarımızla ilgilidir.

Konu yargı olduğunda, ahlaklı olma cesaretini göstermenin unsurlarından bir tanesi, insanın kendini lafzi yorumlamayla sınırlı tutmayıp kanunun lafzına ilaveten temel toplumsal değerlerin de göz önünde bulundurulduğu bir hüküm tesis edilmesini amaçladığı entelektüel cesareti göstermek olmalıdır. Mahkemeler, verdikleri kararlarda, bir kararın üst mahkeme tarafından bozulmayacağından emin olmak gibi oportünist bir arzuyla değil, kamu menfaatini gözeten bir tutumla hareket etmelidir. Hâkimlerin ahlaklı olma cesareti aynı zamanda, aynı mahkemede bünyesinde görev yapan üstleri veya meslektaşları farklı bir görüşe sahip olsa bile, verdikleri kararları sağlam gerekçelere dayandırmak için gerekli kararlılığa sahip olmaları ve bu gerekçede sadece kanun lafzına değil, göz önünde bulundurulan argümanların tamamına yer vermeleri anlamına gelmektedir.[62]

62 Hâkimlerin, bir bütün olarak hukuk sistemine uygun kanunları yorumlama ve uygulama yetkisine sahip olması fikri – bu yorum, yasa koyucunun niyetlerini geçersiz kılacak olsa dahi – Friedrich Hayek'in klasik eserlerinde zaten ortaya konmuş olan bir fikirdir. Bkz. örn. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Cilt *I: Rules and Order*, Routledge, London & New York 1998 (yeniden basım), s. 66.

Öte yandan avukatlar ve hukuk müşavirleri söz konusu olduğunda ahlaklı olma cesareti, müvekkilin mahkeme önünde içinde bulunduğu hukuki durumun adil bir değerlendirmesi eşliğinde ve de karşı tarafın konumundaki doğruluk payını da göz önünde bulundurarak takdim edilmesini sağlama yükümlülüğünü ifade etmektedir. Amerikalıların da söylediği gibi avukatlar, tek amacı karşı tarafı vurmak olan birer 'kiralık tabanca' olmamalıdır.[63] Bir ihtilaf söz konusu olduğunda dilekçelerimizi sunarken sağlam yasal argümanlar ileri sürmeye çalışmalı, yasal boşluklara başvurmamalı ve davanın gerçeklerini çarpıtmamalıyız. Ayrıca rekabetin mesleklerimizde de var olduğunu kabul etmeli ve adil yöntemlere başvurarak bunun üstesinden gelebilme becerisine sahip olmalıyız. En azından kendi çalışmalarımızın ve elde ettiğimiz mükemmel sonuçlar kadar hatalarımızın da sorumluluğunu üstlenmeliyiz.

Söylediklerimin etik idealizmin bir ifadesi olduğu ve benim, herkesi başkalarına iyi davranmaları, herkesi sevmeleri ve iyi bir hayat yaşamaları konusunda ikna etmeye çalışan o 'kendini beğenmiş estetlerden' biri olduğum söylenebilir. Böyle bir yorumu kabul edemem. Avukat olarak çalıştığım uzun yıllar benden o naifliği alıp götürdü. Bu noktada herkese, sağlam bir İngiliz atasözü olan şu atasözünü hatırlatmak isterim: 'Azmin olduğu yerde mutlaka bir yol vardır'. Şayet hükümet ve diğer avukatlar tarafından saygıyla ve özenle muamele görmek istiyorsak, kendimiz de başkalarına karşı aynı ölçüde saygılı ve özenli davranmalıyız. Bunun başka yolu yok.

---

63 Avukatlar için kullanılan 'kiralık tabanca' metaforu, avukatların müvekkiller, mahkemeler ve diğer taraflar karşısında sergiledikleri tutum ve davranışları anlatmak için uzun zamandan beri kullanılagelen bir metafordur. Bkz. L.S. Terry, 'An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code. Part I: An Analysis of the CCBE Code of Conduct', *Georgetown Journal of Legal Ethics,* Cilt 7, No. 1, 1993, s. 47; C. A. Gear, 'The Ideology of Domination: Barriers to Client Autonomy in Legal Ethics Scholarship', *Yale Law Journal,* Cilt 107,1998. Ayrıca dava dilekçelerinde de yer verildiğini görmek mümkündür: *Lawyer Disciplinary Board v. Moore* (No. 25794): http://www.state.wv.us/WVSCA/docs/fall03/25 794c.htm.

BAŞKAN

Buradaki çıktıların hem ülkemiz açısından hem de uluslararası alanda çok yararlı olacağını düşünüyorum. Her bir konuşmacıya da ayrı ayrı huzurlarınızda sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

SUNUCU

Sayın Başkan değerli konuşmacılar sempozyuma katkılarınızdan dolayı hepinize ayrı ayrı teşekkür ediyoruz. Sizleri biraz bekleteceğim. Plaket taktimi için Adalet Bakanı Strateji Geliştirme Başkanı Sayın Alparslan Azapağası'nı kürsüye davet ediyoruz. Değerli misafirler 15 dakikalık kahve aramız var. Ardından programımız 'Hukuk Eğitiminde Etik Bilginin Önemi'' konulu oturumla devam edecek.

BEŞİNCİ OTURUM

HUKUK EĞİTİMİNDE ETİK BİLGİNİN ÖNEMİ

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN

Türkiye Felsefe Kurumu Başkan Yardımcısı

HUKUK EĞİTİMİ VE ETİK

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

İzmir Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Hukuk eğitiminde etik bilginin yeri konusuyla ilgili bu sunumumda hem hukuk lisans eğitiminde hem de hâkimlik görevi için meslek eğitiminde (stajda) etik kazanımların önemi ve gereği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Bilindiği üzere, eğitim; insanı akıl, duygu ve davranış boyutlarıyla kavrayıp beden ve ruh bütünlüğü içinde ele alan bir oluşturma, geliştirme ve yönlendirme sürecidir.[1] Eğitim; öğretimden farklı, bir bilgi aktarımını değil, bu bilgiyle kişide tutum değişikliğine yol açmayı hedefler. Her iş kolunda eğitime ihtiyaç duyulmaz. Örneğin mühendislik alanında çalışacak kişinin etik eğitime ihtiyacı yoktur. Ancak bir çalışma alanı bilginin yanı sıra bazı değerlerin kişide yerleşmesini gerektiriyorsa o zaman eğitime ihtiyaç var demektir. Bir konuda eğitimli kişi dediğimiz zaman bilgiyle birlikte bu bilgide bulunan değerleri de davranışlarında sergileyen kişiyi kast ediyoruzdur. Teorik bilgide değerler bir obje olarak karşımızda bulunur, onlarla aramızdaki aralık ancak bu değerleri benimsediğimizde ortadan kalkar.[2] Artık süje ve obje bir olmuş, bilgi ete kemiğe bürünmüştür.

1 TDK Büyük Türkçe Sözlük

2 ARAL, V. "Yaşamda Eğitim ve Öğrenim" İstanbul 2003, s.36

Eskiler bu tür bilgiye "hakkel yakin" bilgi diyorlardı[3], günümüzdeki ifadesi "içselleştirilmiş bilgi" dir.

Eğitim, davranış değişikliğine yol açan süreç diye tanımlandığına ve konumuz hukuk eğitimi olduğuna göre, öncelikle hukuk fakültesi mezunlarının hangi değerlere sahip olmaları ve bunları içselleştirerek nasıl bir davranış sergilemeleri istendiği sorusu akla gelmektedir. Çünkü eğitim amaçsız yapılamaz. Örneğin Oxford Üniversitesi'nin on yedinci yüzyıldaki amacı, "öğrencilerinin kibar bir erkek olarak yetişmesidir".[4] Dolayısıyla eğitimden bu amaç doğrultusunda yapılacaktır. Ülkemizdeki hukuk fakültelerinin amacına yeni deyimiyle misyonlarına baktığımızda farklı cümlelerle benzer hedeflerin yer aldığını görmekteyiz. Bu hedef de "iyi bir hukukçu yetiştirmektir". Hukukun nihai amacı "adalet" olduğuna göre, iyi hukukçuyu hem adaletin ne olduğunu bilen hem de bunu özümsemiş adil kişi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak burada karşımıza bir büyük soru çıkmaktadır? Kişinin adil olması sağlanabilir mi? Bu konuda kişileri, eğitmek mümkün müdür? Bu soru Sokrates'in ünlü "erdem öğretilebilir mi?" sorusudur aynı zamanda.[5] Solomon, adaletin bir duygu olduğunu söyler.[6] Eğer adalet duygusunun süjede yer alışı 'vicdan' dır dersek, bu defa her insanda vicdan var mıdır? Varsa aynı ölçüde midir? Soruları akla gelmektedir. Kant, vicdanın her insanda olduğunu varsaymıştır.[7] Ona göre; Tanrısal kayra her insanın içerisine iyiliği kendiliğinden biçimlenmeye hazır olmayan, fakat bir eğilim bir yatkınlık olarak koymuştur. Bu yüzden bir insanın ödev olarak üstlenebileceği ve kendisini adayabileceği en büyük ve en güç sorun eğitim meselesidir. Çünkü der "insan ancak eğitimle

3 POLATER, K. "Kur'an'a Göre Bilgi-İman İlişkisi ve Yakin Kavramı", Ekevakademi Dergisi S.17 2013 s.55 vd.

4 RUSSELL, B. " Eğitim Üzerine" İstanbul 1996, s.214-216

5 AYDIN, H, "Sokrates'in Felsefesi Işığında Sokratik Yönteme Analitik Bir Yaklaşım" www.üniversite-toplum.org,

6 SOLOMON , R.C, "Adalet Tutkusu" (Çeviren: E. Altınay) İstanbul 2004 s.133,254 vd.

7 Kant'ın mezarında şu yazı yazılıdır "Dünyada iki şey beni şaşırtmıştır. Bizi saran gökkubbe ve içimizdeki vicdan".

insan olur."[8] Sokrates'te, benzer şekilde bütün bilgilerin insanda var olduğunu kabul ediyor ve bilginin doğurtulması gerektiğini söylüyordu.[9] Mencius'da hiç kimsenin başkalarının acılarına duyarlı bir yürekten yoksun olmadığını söyler.[10] Ancak her insanda var olduğunu kabul ettiğimiz adalet duygusunun her insanda tezahürünü, açığa çıkışını aynı şekilde göremeyiz. Bu duygu bazı insanlarda çok belirgin fark edilirken, bazılarında daha derinde, üstü örtülü olarak kalmıştır. Bu bağlamda hukuk eğitimin de öğrencinin bilgiler, uygulamalar ve örneklerle içlerinde yer aldığını varsaydığımız vicdanla irtibat kurmasını sağlamak amaç olmalıdır. İnsanın içindeki vicdanla irtibat kurmasının yolunun da sevgiden geçtiğini düşünmekteyiz. Nitekim birçok felsefeci de buna vurgu yapmıştır. Örneğin; Solomon, 'sevme niteliğinden yoksun bir insanda adalet duygusunun olamayacağını' belirtmiştir.[11] Ülken ise, iyi insan ve adil insanın farklı olduğunu, adil insanın iyi insan olmanın son aşaması olduğunu, zira ancak insan sevgisi ile dolu olanların kendilerini adil davranmaya zorunlu hissedeceklerini söylemiştir.[12] Aristo ise bir adım daha ileri giderek 'sevginin olduğu yerde adalete dahi ihtiyaç olmayacağını' dile getirmiştir.[13] O halde hukuk fakültelerinde tüm bilgi, emsal ve uygulamaların yanı sıra insancıl bir eğitim verilmelidir.

Hukuk fakültelerinin amacı adil insan yetiştirmek olmakla beraber her zaman ve tüm öğrenciler için bu amacın gerçekleştiğini söyleyemeyiz. Hukuk eğitimden istediğimiz sonucun alınamaması bazen eğitici, bazen müfredat bazen de alıcıdan (talebeden) kaynaklanıyor olabilir. Ancak her hukuk fakültesinden mezun olan öğrenci de adalet dağıtımında bir başka deyişle yargı alanında çalışmayı tercih etmeyebilir. Hukuk Fakültelerinin mezunlarına bazen bankacılık, noterlik vb. mesleklerde çalışmak daha

8 KANT, İ ."Eğitim Üzerine" (Çeviren: A, AYDOĞAN) İstanbul 2013 s.21

9 GROSS, R. "Sokrates Yöntemi"(Çeviren: İ.ŞENER), İstanbul,2006 s. 35

10 SOLOMON (naklen), s.52

11 SOLOMON, s.56

12 ÜLKEN, H.Z. "Aşk Ahlakı" İstanbul 2004 s.14 vd.150 vd.

13 SOLOMON, (naklen) s.56

cazip gelebilir. Ancak yargı alanında çalışmak isteyenlerin belirli nitelikleri taşıyor olması gerekir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hâkim atamalarında amaç, hukukçulardan " the best" "en iyi" olanları hâkim koltuğuna oturtmaktır.[14] Yine Fransa'da Roma istilasından sonra adaleti sağlayacak olan "mallum" mahkemelerine seçilecek kişilerin "bulunabilen insanların en layığı" olması gerektiği belirtilmiştir.[15] O halde hukuk fakültesinden mezun olanlar arasından hâkim seçilirken adalet duygusu gelişmiş ve bilgisi en iyi olanların seçilebileceği bir sınav yapılmalıdır. Mevcut sistemde bu başarılabiliyor mu? Bildiğiniz gibi Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen bir yazılı yarışma ve toplam yedi üyeden[16] oluşan mülakat kurulunca yapılan sözlü sınav sonrası başarılı olanlar arasından seçilmektedir. Ancak bu sistemle en iyi hâkim-savcı adaylarının tespiti yapılıp yapılmadığı sorgulanmalıdır. Diğer yandan yalnızca hukuk lisans eğitiminde değil, yargı için hâkim-savcı adaylarının seçiminde de etik ilkelerden ayrılmamalıyız. Biz öğretim üyeleri olarak; iyi yetişmiş, çalışkan öğrencilerimize hâkimlik sınavına girmelerini tavsiye ettiğimizde, öğrencilerden ama hocam torpilimiz yok ki, cevabını almaktayız. Hâkim-savcı seçiminde oluşan bu önyargı silinmeli, şeffaf bir sınavla seçim yapılmalıdır.

Diğer yandan hukuk eğitimi denilince ve konu, yargı ile ilgili olunca, aynı zamanda hâkim ve savcı adaylarının eğitimi de bu kapsamda düşünülmelidir. Etik değerleri özümsememiş kişilerin adalet dağıtmasını beklemek, kurtların kuzulara merhamet etmesini beklemek kadar doğaya aykırıdır. İnsanın insanı yargılaması kolay iş değildir. Biz bunu meslek yapmışsak onu peygamber postuna oturtacaksak -ki, bu post

14 VOLCANSEK, M. "Appointing Judges The European Way" Fordham University Journal, Nisan 2007 New York s.364

15 ROUSSELET, M. "Adalet Tarihi" İstanbul 1963 s.25-26

16 Mülakat Kurulu, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlüğü ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur (Hâkimler ve savcılar Kanunu md.9/A).

kendi derisidir-[17] o en iyi şekilde yetişmelidir. Sheetret'in dediği gibi, "Bir toplumda adaletin kalitesi o toplumda hâkim koltuğunu işgal eden kişilerin niteliğine bağlıdır".[18] Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na baktığımızda Mecelle'nin aksine hâkimin kişiliği ile ilgili bir hüküm olmadığını görüyoruz. Ancak Bangalor Yargı Etiği İlkeleri[19], Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından benimsendiğinden[20] bu ilkeleri, hâkimlerin kimliği olarak kabul edilen ilkeler olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'da hâkimlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili bir kararında "HSYK tarafından benimsenen ve tüm hâkimlere duyurulan bu ilkelerin bu davalarda değerlendirileceğini bu belgede altı değerin -bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük ve eşitlik- bulunduğunu belirtmiştir".[21]

O halde hâkimlerin seçimlerinde en iyi hukukçuların seçiminden sonra staj eğitiminde de ilkelerdeki, kimliğin oluşması için gereken eğitimler verilmelidir. Aslında tüm bu ilkeler (bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük ve eşitlik) adalet erdeminin toplamıdır. Nitekim Aristo, adalette bütün erdemlerin bir arada bulunduğunu söylemiştir.[22] Ancak tarafsızlık bir hâkimde olması en çok beklenen meziyettir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında tarafsızlığı şu şekilde tanımlar; "Tarafsızlık; önyargılı veya peşin hükümlü olamamaktır". Karşımıza bu defa psikolojinin cevaplaması gereken bir soru çıkmaktadır? İnsan tarafsız olabilir mi? Psikoloji, önyargının üç bileşeni olduğunu söyler. Bunlar;

17 Eski İran'da II. Kambises rüşvetçi hâkim Sisamnes'in derisini yüzerek öldürmüş ve derisin yargıçlık sandalyesinin üzerine gerdirmişti ve Sisamnes'inn oğlu Ottones'i hâkimlik görevine atarken "Nasıl bir sandalye üzerinde oturduğunu unutma" demişti. SELÇUK, S. "Yolsuzluklar" HFSA 7.Kitap İstanbul 2003 s.171

18 SHETREET, S. "Who Will Judge: Reflection Standards of Judicial Selection" The australia Law Journal V.6, Australia 1987 s.766

19 Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 23 Nisan 2003 tarihinde Hindistan'ın Bangolar kentinde Birleşmiş Milletlerce kabul edilmiştir.

20 HSYK'nun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı Kararı ile benimsenmiştir.

21 YHGK 27.10.2010 T. 2010/4-553 ve 2010/537 SK.

22 ARİSTOTELES (Nikomakhos'a Etik) (Çeviren: S. Babür) İstanbul 2012 s.93

inançlar, duygular ve davranışsal eğilimlerdir.[23] Kendiside bir hâkim olan Tutumlu, yazdığı bir kitabında "Tarafsız olamam, tarafsızlığı oynarım" demiştir.[24] Russel'a göre de "zihin her şeyden önce bir taraf tutma işidir."[25] Einstein da "Önyargıyı parçalamak atomu parçalamaktan zordur" der.[26] Fromm'da sıradan insanların nesnel olamayacağını söylemiştir.[27] Gerçekten de insanın inançlarından, duygularından ve davranışlarından sıyrılması kolay iş değildir. İrrasyonel beşeri zafiyetlerden kendini kurtaramamış, zihnini yerel değerlerden dogma ve ideolojilerden arındırıp evrensel bir dünya görüşüne ulaşmamış bir bilincin, beşeri haller üzerine verdiği her hüküm eksik bir hüküm olacaktır.[28] Objektif, tarafsız olmak büyük uğraş gerektirir. Zira var olduğumuzu anlamak için, kendi düşünce ve duygularımıza sarılırız, çünkü onlar kendi dünyamızı oluşturmamıza ve anlam bulmamıza yardım ederler.[29] Yargıda bulunabilmenin önkoşulu "trabzansız düşün(ebil)mek"tir. Bunun da yolu eleştirel düşünceden geçer.[30] Arendt bunun için "düşünce rüzgarı" nın ,yargı yetisini verili kural ve buyrukların tahakkümünden kurtaracağını söyler.[31] Düşünme yetisi sağlıklı bütün insanlarda vardır. Düşünme, Platon'a göre; kişinin kendisiyle ("ben" ile "kendim") arasında kurduğu bir sessiz diyalogdan başka bir şey değildir. Sezer'e göre bu içsel diyalog, hem düşüncelerimizin, yargılarımızın ve seçimlerimizin hesabını kendimize vermemizi sağlayan hem de kendi kişiliğimiz de bir başka benin filizlenmesine ve vicdanın sesini duymamıza yol açar.[32] Goethe'de tarafsız düşünme için "hemen

23 MORRİS, C. "Psikolojiyi Anlamak" Ankara 2002 s.622

24 TUTUMLU, A. "Hüzünlü Öğretiler" Ankara 2011 s.107,172

25 TUTUMLU, (naklen) s.233

26 EİNSTEİN, A. "Einstein" İstanbul 2000 s.21,45

27 FROMM, s.112

28 CEYLAN, Y. "Yargıç, Yasa, Karar" Ankara Baro Dergisi S.3 2007 s.55

29 Mc. MAHON, S. "Ruhsal Rehberim Yanımda" İstanbul, 2004, s.32,33

30 SEZER, D. "Yargıya Felsefeyle Bakmak" (Hazırlayanlar: Gülenç, K-Duva,Ö) İstanbul 2006 kitabında "Yargı ve Etik" s.116

31 SEZER, s.116

32 SEZER, s.119

içine dön, hiçbir soylunun kuşkulanmayacağı merkezi orada, her kuralı orda bulursun. Çünkü bağımsız vicdan, ahlak gücünün güneşidir" der.[33] Mahatma Gandi'de buna "spotları içine döndürme" işlemi der.[34] O halde derin düşünme eskilerin deyimiyle tefekkür, kanaatimizce "vicdanla buluşmadır". Hâkimlik yapacak olanlara stajda "Analatik ve Kritik Düşünme" "Eleştirel Düşünme" dersleri verilmelidir.

Bunun dışında sabır hâkime en çok yakışan erdemlerdendir. Hâkimlere dikkatlerini uzun süre tutabilecekleri egzersizler yaptırılmalıdır.[35] Zira hâkimlik her şeyden önce bir problemi dinleme ve anlamayı gerektirir. Bu nedenle hâkimlik için verilecek eğitimde "Etkin Dinleme" dersleri olmalıdır. Ne yazık ki hâkimlerimizin işlerinin yoğunluğundan olsa gerekir, uygulamada tarafları yeterince dikkatli dinlemedikleri gibi zaman zaman onlara öfkeli de davranmaktadırlar. Yine "öfke kontrolü" hâkimlerin edinmesi gereken meziyetlerdendir. Bu nezaketli olmayı da beraberinde getirir.

Son olarak hâkim nüktedan da olmalıdır. Unutmayalım ki, "nükte ruhun işaretidir."[36]

33 GOETHE,W. "Goethe Der Ki…!" İstanbul 2002 s.539

34 Mc.MAHON, (naklen) s.32,33

35 WYZANSKİ, C. " Where as A judge 's Premises" Boston 1965 s.3

36 Mc.MAHON, s.195

KAYNAKÇA:

ARAL, V. "Yaşamda Eğitim ve Öğrenim" İstanbul 2003

POLATER, K. "Kur'an'a Göre Bilgi-İman İlişkisi ve Yakin Kavramı" Ekevakademi Dergisi S.17 2013

RUSSELL, B. " Eğitim Üzerine" İstanbul 1996

AYDIN, H. "Sokrates'in Felsefesi Işığında Sokratik Yönteme Analitik Bir Yaklaşım" www.üniversite-toplum.org,

SOLOMON, R.C, "Adalet Tutkusu" (Çeviren: E. Altınay) İstanbul 2004

KANT, İ. "Eğitim Üzerine" (Çeviren: A, AYDOĞAN), İstanbul 2013

GROSS,R. "Sokrates Yöntemi" (Çeviren: İ.ŞENER), İstanbul 2006

ÜLKEN, H.Z. "Aşk Ahlakı" İstanbul 2004

VOLCANSEK, M. "Appointing Judges The European Way" Fordham University Journal, Nisan 2007 New York

ROUSSELET, M. "Adalet Tarihi" İstanbul 1963

SHETREET, S. "Who Will Judge: Reflection Standards of Judicial Selection" The australia Law Journal V.6, Australia 1987

MORRİS, C. "Psikolojiyi Anlamak" Ankara 2002

TUTUMLU, A. "Hüzünlü Öğretiler" Ankara 2011

EİNSTEİN, A. "Einstein" İstanbul 2000

CEYLAN, Y. "Yargıç, Yasa, Karar" Ankara Baro Dergisi S.3 2007

Mc. MAHON, S. "Ruhsal Rehberim Yanımda" İstanbul 2004

SEZER, D. "Yargıya Felsefeyle Bakmak" (Hazırlayanlar: Gülenç, K-Duva, Ö) İstanbul 2006 kitabında "Yargı ve Etik"

GOETHE, W. "Goethe Der Ki…!" İstanbul 2002

WYZANSKİ, C. " Where as A judge 's Premises" Boston, 1965

ARİSTOTELES (Nikomakhos'a Etik) (Çeviren: S. Babür) İstanbul 2012

HUKUK ÖĞRETİM VE EĞİTİMİNDE ETİĞİN YERİ

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi Bölüm Başkanı

Öğretim ve eğitimin teknik ve belirlenmiş hedeflerinin yanında saygılı, dürüst ve adil olmayı temin etmek gibi duygusal hedefleri de vardır. Duygusal hedefler sosyal ve bireysel alan beklentilerinin bütünleşmesiyle ilgili bilgi, beceri ve değerlerin içerilmesidir. Duygusal eğitim alanı içine bu bağlamda değerler eğitimi, ahlâk, etik, sosyal beklenti ve tutumlar da girmektedir. Eğitimin bunların ötesindeki hedefi ise bilginin bilgisizlikten, sosyal düzenin düzensizlikten daha değerli olduğunu öğretmektir.

Demokratik bir toplum başarısı değer eğitimine bağlıdır. Demokrasinin öncelikle kendi kendini yönetme pratiğine ulaşmış insana ihtiyacı vardır saptaması ile konunun haklı bir açılımı yapılabilir. Bu insan da adil ve özgür bir toplumun ürünüdür. Demokrasiyi anlayan ve ahlâki bir kimliğe ulaşmış insan diğerlerinin haklarına ve genel olarak hukuka saygılı, kamu yaşamına gönüllü katılan ve toplumun iyiliğiyle ilgili kişidir.

Hukuk öğretim ve eğitimi, hiç kuşkusuz, teknik ve profesyonel bilgilendirmeyi gerektirir. Ancak hukuku "Adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzeni" olarak tarif ettiğimizde ortaya çıkan yönelim, hukuk-değer bağlantısını açıkça göstermektedir. Kültür dersleri alanına Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi özellikle girmektedir. Bunun dışında, meslek etiği ile ilgili dersler ve seçimlik dersler aracılığıyla etik alanının genişletilmesi de düşünülmelidir. Bu nedenle hukuk öğretim ve eğitiminin kültür dersleri ile ve değer bilinci ile mutlaka taçlandırılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Öğretim, eğitim, etik, kültür dersleri alanı, adalet.

HUKUK ÖĞRETİM VE EĞİTİMİNDE ETİĞİN YERİ

1- Conditi Humana Olarak Öğretim ve Eğitim

İnsan olmanın genel şartları ve insanın doğası olarak bilme eyleminin doğrudan gerçekleşme alanlarından en önemlileri olarak öğretim ve eğitim üç ayrı düzey üzerinden izlenebilir: biyolojik, psikolojik ve sosyolojik düzeyler. İlki biyolojik bir süreç olarak insan yavrusunun olgunlaşma süreci ve eğitim ilişkisidir. Her ne kadar öğrenmenin yaşı yoktur denilse de, kadim bir bilgi olarak ağacın yaşken eğileceği de göz önünde tutulmalıdır. Bu süreç eğitimin başlangıcı olarak emme ve tutunmadan başlayarak ağlamanın farklılaşması ile kademe kademe bir olgunlaşma ile sürdürülür. Bu normal insan yavrusunun gelişim sürecidir. Pedagoji çerçevesinde, çocukluk döneminden başlanarak üzerinde pek çok çalışma yapılmış bir alandır. Bu dönemin okul eğitim yaşının başlangıcına ilişkin tartışmalar çerçevesinde ülkemiz açısından çok yakın dönemlerde yeniden gündeme getirildiğini de biliyoruz. Okul öncesi eğitim, zorunlu eğitim yaşı, süresi, meslek eğitimi vb. gibi sorunlar bu başlıkla ilgilidir.

Nihayetinde zorunlu eğitim ve sonrasında devam eden eğitimin yüksek aşamalarından olan üniversite eğitiminde, özel olarak da hukuk eğitimi ile ilgili olan bu makalenin uzak bakışlı bir girişinin -özellikle biyoloji ve eğitim bağıtının- önemi, öngörülen insan tipinin son aşamada yeni bir projelendirmeye konu olup olmayacağı açısından tartışılmasına duyulan gereksinimdir.

İkinci önemli başlık biyoloji ile paralel gitmekte olan psikolojidir. Psikolojinin biyolojik yaş alma ile bağlantılı önemli kavramı olan değer bilincinin, kendini inşa ve karakter kavramları açısından eğitimle çok sıkı bağları vardır. Eğitim insana insan olmanın bilgisini de sunmalıdır. Buna diğer canlı ve cansız varlıkların varoluş bilgisini de ekleyebiliriz. Eğitimin genel olarak anlamı ilim, irfan sahibi olma ile bağlantılı iken elde edilen yetenekler de eğitimin ürünü olarak görülür. Örneğin sabır ve merhamet, eğitimin önemli değerlerindendir. Bunların zihnin bir yeteneğine dönüştürülmüş aynı zamanda öğretilebilir olduklarının da ispatı sayılabilir. Psikolojik açıdan yapılacak değerlendirmelerde özel olarak

eğitim ve öğretim arasındaki farka işaret etmek gerekir. Öğretim belirli bir düzeye gelmiş olan bireye disiplinli bir bilgi aktarımı iken eğitim ise tam Türkçe'deki ifadesinde olduğu gibi eğip bükmek, belirli bir biçime sokmak anlamındadır. Eğitim karşılığı kullanılan educare kökü de bir beceriyi talim ettirmek tekrarını gerçekleştirmek anlamı ile aynı şeye işaret etmektedir. Eğitimin bu pratik yanı bir mesleğe yeterlilikle paralellik gösterir. Ancak burada da, özel olarak, var olanın bire bir tekrarına götüren bir öğrenme sürecindense kişinin yaptığı işi bilerek sınırlar konusunda kendisini geliştirme olanaklarını ortaya koyabilmesi ile ilgili olmalıdır. Böylece eğitim ile kişide entelektüel, ahlâki ve beceri anlamında bir olgunlaşma ortaya çıkabilir.

Bunun tam zıttı olarak talim ve terbiye bağlantısı ile eğitim özdeşleştirildiğinde öncelikle insanın eksik, denetim altında tutulması gereken, itaat ettirilen, otorite karşısında geri çekilen bir karakter kaybı olarak da görülebilir. Bu durumda eğitim özellikle mikro iktidarı gerçekleştirmenin en önemli araçlarından birisi olur. Özgürlüğün bir lükse dönüştüğü ve körü körüne itaatin yüceltildiği bir ortam faşizandır ve bireyin kendini inşasına hizmet edemez. Bu da bir eğitim biçimi olmakla birlikte insanın kendi öz varlığından uzaklaşmasına yol açtığı için iyi bir eğitim değildir.

Psikolojinin eğitimle ilişkisi de göz önünde tutulduğunda zihinsel gelişim kuramının özellikle de Piaget ve Kohlberg-Hersch'in açıklamaları ahlâki yargının gelişimine ilişkin önemli açıklamalar sunmuşlardır.[37] Aynı şekilde eğitimin bütünlüğüne ve karakter gelişiminin biyolojik gelişimle olan ilişkisine Kohlberg-Hersch de işaret etmekte ve evrelerin her zaman bir önceki evrenin sentezi olduğunu vurgulamaktadır.[38] Tüm bu göstergeler

37 Piaget'nin zihinsel gelişimle bağlantılı olarak gördüğü özümseme (*assimilation*), uyum (*accomodotion*) ve örgütleme (*organisation*) süreçleri hiyerarşik bir bağlantı ile çocukluk sürecinin çeşitli aşamaları ile bütünleştirir. Duygusal devinim (0-2), işlem öncesi dönem (2-7) somut işlem dönemi (7-11) soyut işlem dönemi (11 yaş ve üzeri) biçimindeki dört temel bu süreçlere karşılık gelmektedir (Jean Piaget, **Çocuğun Gözüyle Dünya**, çev. İsmail Yerguz, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005, s. 27 vd).

38 Lawrence Kohlberg, Richard H. Hersch, "Moral Development: A Review of the Theory", **Theory into Practice**, Cilt 16, Sayı 2, s. 54.

bireyin ahlâki yargısı ile ahlâki davranış arasında karşılıklı bir belirlenime dair işaretler olmasına rağmen sonuç yine de garanti edilemez. Kişinin duygu, düşünce, yargı, tutum ve davranışlarındaki her türlü ahlâk dışılığı vicdanında hemen hissetmesine ahlâki olgunluk denir.[39] Bu düzeyde insanın güvenilir, sorumlu, saygılı, adil kendini kontrol edebilen, empati yeteneği gelişmiş iyi bir insan ve tüm bunların ötesinde kanunlara ve kurallara uygun iyi bir vatandaştır.[40]

Ahlâki olgunluk, Kohlberg-Hersch'in açıklama şemasında şu düzeylerle ilişkilidir:

Birinci düzeyde, ahlâki davranış, ceza ve ödül gibi fiziksel sonuçlara göre değerlendirilir. Heteronom ahlâkı gösterir. Ceza ve ödül için davranışta bulunma söz konusudur.

Geleneksel düzey olarak da isimlendirilen ikinci düzeyde toplumun veya ait olunan grubun ahlâki kural ve değerleri olduğu gibi kabul edilir, sorgulanmaz. Geleneksel oluşunun anlamı, bu ortamda ortaya çıkan davranış kalıplarının aynı zamanda yaşatılması korunması ve sürdürülmesini temindir.

Üçüncü düzey ise değerlerlendirici düzeydir; geleneksel olarak ortaya çıkan değer ve davranış kalıplarına uyum esas olmakla birlikte bunların da değiştirilip düzeltilmesini değerlendirme söz konusudur. Kişinin davranışları kendi vicdani kontrolü altındadır.

Gelenekseli algılamakla birlikte, "insan olmaya" evrensel bir bakış söz konusudur ve evrensel değerlere bir yönelim ortaya çıkar. Bu düzeyin sorgulayıcı tutumu nedeniyle Kohlberg-Hersch haklı olarak çok az sayıda insanın bu düzeye çıkabildiğini, geniş kitlelerin geleneksel düzeyde takılı kaldıklarını söylemektedir. Bir ahlâk yargısı ile ahlâki davranış arasında karşılıklı belirleyicilik açısından güçlü bir ilişki olmasına rağmen, bir zorunluluk olmadığının da kabulü gerekir. Yani ahlâkın, doğrunun ne

39 Thomas Lickona, **Education for Character: How School Teach Respect and Responsibility**, New York, Bantam Books, 1991, s. 50 vd.

40 Lickona, **Educating for Character: How Our Schools Can Teach Respect and Responsibility**, s. 52.

olduğunun bilgisi ile gerçekleşen davranış her zaman üst üste oturmaz. Kişinin zaafları, çıkarları ve beklentileri ahlâki olgunluğuna rağmen ahlâki olmayan davranışa ortam hazırlayabilir.[41]

Bunun dışında sosyo-psikolojik etkenler ve içinde bulunulan çevre de bireysel tercihlerin davranışlara farklı biçimde yansımasına neden olabilir.

Zekâ, bilme ve muhakeme ile ilişkisini kurduğumuz erdemli davranışın psikolojimizle olan bağını da gözden kaçırmamak gerekir. Biyoloji ve psikoloji bağlantısı kadar duyguların insanın tüm hayatına olan etkisinin günümüzde çok daha iyi anlaşılarak zekânın bir görünümü olarak "duygusal zekâ" başlığının özgün bir çalışma alanına dönüştürülmüş olduğunu görüyoruz.[42] Öfke, sevgi, korku ve utanç gibi duygular hem biyolojik hem de eylemsel olarak kendini gösteren dürtülerdir. Ancak bu dürtülerin kontrolü de kişinin özgürlüğü ve iradesiyle ilgilidir.[43] Bu duyguların abartılı uygulamaları sosyalleşme açısından sorun yarattığı gibi, dikkate alınmaması hâlleri de kişiyi duyarsız kılar. Psikoloji ile ahlâk arasındaki ilişkinin "ahlâki duyuş" başlığı ile değerlendirildiğini görüyoruz.[44] Ahlâki duyuşun yarattığı etki vicdan oluşumu, kendine güvenme ve empati ile ilgilidir. Bu başlıkların duygusal zekâ ile bağlantısı da açıkça görülebilir. Ahlâki duyuşu ortaya çıkaran duygusal zekâ; kendini tanımaktan kaynaklanan özgüveni, duygularla ilgili farkındalığın hem kendine hem de ilişkide olduğu kişilerle bağlantısını kurabilme, duyguların bir amaç doğrultusunda davranmayla bağlantısını kurma ve duyguların iletişimi kolaylaştırıcı fonksiyonunu güçlendirme olarak bizi sosyal ortama uyumlu ve başarılı bir hâle getirmektedir.[45]

---

41 Doğu Ergil, **İnsan ve Toplum**, Ankara, Turan Kitapevi, 1994, s. 27 vd.

42 Daniel Goleman, **Duygusal Zeka**, çev. Banu S. Yüksel, İstanbul, Varlık Yayınevi, 2007, s. 31 vd.

43 Goleman, **Duygusal Zeka**, s. 32.

44 Lickona, **Educating for Character: How Our Schools Can Teach Respect and Responsibility**, s. 53; Özcan Köknel, **Kaygıdan Mutluluğa Kişilik**, 17. bs., İstanbul, Altın Kitap Yayınevi, 2005, s. 32 vd.

45 Goleman, **Duygusal Zeka**, s. 32.

Duygusal zekânın kökenlerinin çocukluk dönemi ile olan ilişkisi önemlidir. Güven içinde, sevgi ve korkuların yönetişimini temin eden bir ortamda büyüyen çocuğun ahlâki kimliği ile ilgili güçlü bir temel de atılmış olmaktadır. İçgüdüsel olarak taşıdığımız öfke, sevgi, korku ve utanç duygularının bastırılması, yönlendirilmesi veya dengede tutulması önem taşımaktadır. Ayrıca neşenin yitirilmesi, umutsuzluk, rutin içine hapsedilme, yaşıtlarla birlikte olmanın sadece okul yaşamına indirgenmesi gibi çevresel faktörler de duygusal zekânın gelişmesine engel oluşturacaktır. Aşırı disiplin en önemli karakter yıkıcısıdır; ancak disiplinsizlik de sınırlarını öğrenmek isteyen genç için bir boşluk hâlidir. Burada da denge yol göstericidir.

Psikolojik açıdan bir başka önemli açılım olarak başarı ve eğitim arasında kurulan bağlantı üzerinde de durmak gerekir. Bu bağlantı popüler değerler veya salt fayda üzerinden bir okumayı sonuçlandırdığında yine ahlâki ve psikolojik bir kopuş ortaya çıkacaktır. Asıl başarının ihtisas sahibi olma, değer alanında yaratıcılık, insani ve ahlâki gücün yükselmesi olarak anlaşılması olduğu gözden kaçırılmamalıdır.[46] Zengin ama kof, merhametsiz, kendi yararından başkasını düşünmeyen, ruhsal olarak gelişmemiş, değer bilinci olmayan insanın gerçekten başarılı olup olmadığını da düşünmek gerekir.

Tüm bu saptamalar anlamlıdır ve uyanık olmayı gerektirir. Bir ihtiyaç olarak da insanın erdemli hayatı seçmesine yönelik eğilim çok daha eskilerden beri konuşulmaktadır ve üzerinde düşünülmektedir. Erdem ya da ahlâkın içeriğinin ne şekilde doldurulacağı konusu hem felsefenin hem de teolojinin büyük bir problemidir. Ayrıca insanın davranışının saikleri veya niçin böyle bir davranışın ortaya çıktığını sorgulayan psikoloji de kendi perspektifinden "amaçlı insan eyleminin" anlaşılması konusunu en önemli problemlerden birisi olarak sunmaktadır.[47]

---

46 Hilmi Ziya Ülken, **Eğitim Felsefesi**, İstanbul, Talim Terbiye Dergisi Yayını, 1967, s. 257 vd.

47 Sigmund Freud**, Psikanalize Yeni Giriş Dersleri**, çev. Selçuk Budak, Ankara, Öteki Yayınları, 1994, s. 92 vd.

Psikoloji ve eğitim ilişkisinin bu boyutu, hukuk öğretimi alanında, tarafsız ve bağımsızlığın desteklendiği bir tutum kadar vicdan sahibi olmakla da ilgilidir. Ancak vicdanların ne ile doldurulduğu sorusu da burada daha ince ve derin bir bakışı gerektirmektedir. Cehenneme giden yolların iyi niyet taşlarıyla döşeli olduğuna ilişkin özlü sözün ima ettiği kör vicdanların varlığı, konunun zorluğuna işaret eder.

Üçüncü boyut ise özgür kişiyi oluşturacak sosyal ortamın etkisi, yani sosyal atmosferdir. Bu, özgür bireyin varlığının gerçekleşeceği demokratik ortama işaret eder. Hukuk eğitimindeki karşılığı ise adil kişiliği ortaya çıkarıcı ve adalet talep eden, adalet arayan hukukçunun inşasıdır.

Değerler eğitiminin uluslararası perspektifte demokrasi ve vatandaşlık eğitimi olarak kavranması bu son başlıkla ilgilidir ve öne çekilmiştir. Burada bireyin statüsü daha geniş bir perspektifte ortaya çıkar. Bu boyut aynı zamanda iletişimsel-toplumsal boyuttur. Bu boyut biraz yukarıda işaret etmiş olduğumuz fiziksel-varoluşsal biyolojik ve psikolojik boyut ile kişinin kendini gerçekleştirme süreçleri kadar kültürel boyutu da içeren belli yöndeki çabalarını da kapsayan sosyal boyuttur. İçinde yaşanılan toplum, toplumun inşasına bireyin katılma olanaklılığı, birey çeşitliliği, toplumsal barış ve denge gibi unsurlara kadar genişletilebilir.

II. "İyi" Eğitim

İyi eğitim, insanın "iyi" olmasını temin eden eğitimdir. Bu nedenle teknik boyutunun önemi kadar, hangi değerlerin temel alınacağına ilişkin bilginin de amaç olarak belirlenmiş olması gerekir.

Ahlâk herhangi bir davranışın yaşam biçiminin ya da kararın doğru ve yanlış olmasını ifade ederken etik bu durumların değerlendirilmesinde kullanılan standartlarla ilgilidir. Örneğin yalan söylemek ahlâka uygunluk açısından reddedilirken, etik, yalan söylemenin neden ahlâka aykırı olduğuyla ve bunun değerlendirmesinde aklımızın nasıl gerekçelendirmeler kullandığıyla ilgilidir. Bu nedenle etik, ahlâki kavramları eleştirmek, savunmak ve doğrulamak üzere kullanıldığından ve bir meta anlatı olduğu için ahlâk felsefesi olarak da isimlendirilir.

Ahlâk ile ilgili iki farklı düşünme biçimi olduğunu belirtebiliriz. Bu biçimler şu sorular çerçevesinde şekillenir:

1. Nasıl bir insan olmalıyım?

2. Nasıl davranmalıyım?

İlk soru bazı erdem ve niteliklere sahip olma ile ilgili iken ikinci soru belirlenmiş standartlara uygunluk açısından bir ölçme kriteri sunulmasıyla ilgilidir.

Hem ahlâkın hem de etiğin üstünde yükseleceği kişi alanındaki zemin "karakter"dir. Karakter ise ilk ifade olarak bir şeyi diğerlerinden ayırmak için kullanılabilecek ölçütler anlamındadır. İnsan ve karakter ilişkisinde ise bu ayırıcı niteliği nedeniyle daha çok "kişilik" anlamında kullanılmaya evirilmiştir. Böylece Eski Yunan'dan beri gelen köklü aksiyolojik sorulara yeniden dönülmüş olmaktadır. Kişilik ve yüksek değerler yani erdemle olan ilişki, "Kişi nasıl erdemli olabilir?"e dönüşmüştür. Örneğin MacIntyre, Aristoteles'in bağımsız bir "etik" incelemeye mesafesi dolayısıyla kullandığı bir merkezi kavram olarak karakter incelemesine atıf yapmaktadır.[48] Yani, karakter incelemesi bugünkü anlamda etik karakter bilimi olarak sunulur. Aristoteles akla uygun erdemler-düşünce erdemleri (dianoetik erdemler) ve karakter erdemleri yani etik erdemleri ayırır. Karakter erdemleriyle kast ettiği ise bireysellik ve ayrışma olmayıp bireyi ahlâki olarak takdir etmemize yol açacak niteliklerin bir bileşkesidir.[49]

Nikomakhos'a Etik'te Aristoteles düşünce erdemlerinin eğitimle geliştiğini, karakter erdemlerinin ise alışkanlıklarla edinildiğini belirtir.[50] Karakter erdemlerinin ethos olarak adlandırılmasının da bu durumla ilişkisini tespit etmiştir. Ethos alışkanlık demektir, yapabilmekle ilgilidir. İnsan adil şeyler yapa yapa adil, gitar çala çala gitarist olur. Aristoteles alışkanlıkla etik ilişkisinin eğer bu şekilde olmasaydı herkesin doğuştan iyi veya kötü olacağını da belirtmektedir.[51]

48 Sercan Gürler, **Ahlak ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s. 49 vd.

49 Bedia Akarsu, **Ahlak Öğretileri**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1982, s. 103 vd.

50 Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınları, 1997, s. 23

51 Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, s. 24.

Batı dünyasında Antik Yunan'dan gelen bu erdem ve karakter olarak ahlâkın yerini Ortaçağ boyunca yükümlülük, görev ve kanun kavramları almış ancak 17. yüzyıl aydınlanmasıyla birlikte erdem ve karakter yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Yine de, bu tartışmalardan ziyade, önerilen normatif kriterler üzerinde durmak hukuk-eğitim ilişkisi ve genel olarak eğitim-etik ilişkisi açısından daha uygun olacaktır. Kişisel yarar, toplumsal yarar, yardımseverlik ilkesi, yol gösterme ilkesi, zarar ilkesi, dürüstlük ilkesi, yasalara uygunluk ilkesi, özerklik ilkesi, adalet ilkesi, haklar örnek olarak sayılabilir.

Normatif etik yaklaşımlar sadece geçerli tek bir ilke esasından hareket etmektedir. Görev kuramı, sonuç kuramı ve erdem kuramı önemli normatif yaklaşımlardır. Bunlar içinde özellikle erdem kuramı karakter eğitiminin felsefi temelini oluşturur. Sayılan ilkeler eylemlerin sonuçları üzerinden bir değerlendirmeyi (consequentialist) hem de görevlerin ne olduğuna ilişkin değerlendirmeyi (duty-based) bir arada ele alarak geniş bir normatif alanı kapsayacak niteliktedir.[52] Konunun çok genişlemesine yol açacağı için bu hususlara giriş niteliğindeki bu dar açıklamanın yeterli olacağı kanısındayım. Bu tespit "Nasıl bir insan olmalıyım?" ve "Nasıl davranmalıyım?" başlıklarını kapsar. Böylece, gelinen noktada "Hangi değerler seçilmelidir?" hatta bir üst soru olarak "İnsanlığın yöneleceği değerler evrenselleştirilebilir mi?" sorusunun da cevaplandırılması gerekir. Bu sorunun cevabı ile ilgili açıklamalara geçmeden, değeri gerçekleştirebilecek insanın olanakları ile ilgili bir açılıma daha ihtiyaç duyulmaktadır.

Eyleyebilmek, yani "yapabilmek" olarak ahlâki edim, seçeneklilik halinde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kişinin tercihlerinden sorumlu tutulabilmesi için seçebilme imkânına sahip olması, başkaca müdahalenin yapılmaması gerekir. Yani insanın sorumlu tutulabilmesi için seçimin de özgür ve bilinçli hareketinin varlığı şarttır.

Aristoteles'e göre erdemler duygularımızı düzenleyen iyi alışkanlıklardır. Ayrıca erdemler öncelikle davranış, sonra duyum ve son olarak da mantıkla tanımlanabilir. İnsan önce iyi davranışı öğrenir. Sonra

52 Gürler, **Ahlak ve Adalet,** s. 32 vd.

iyi olduğunu bilerek davranır, son olarak da yaptıklarının gerekçesini kavrama noktasına ulaşır.[53]

Ahlâk felsefesi ve bu konuya ilişkin eğitim, bireyin öncelikle ahlâk bakımından özgürleşmesi yoluyla başarı kazanabilir. Düşünce özgürlüğünün ortadan kalktığı yerde kör bir itaat ve sorgulamasız inanma ortaya çıkar. Bu durum başlı başına ahlâka bir aykırılıktır. Başkasının istençlerine bağlı kalma ve sorgulamasız davranma en esaslı ahlâki daralma halidir. Bireyin kendi gözleri ile görebildiği bir ruh hali özgür ve yüksek ahlâklı insanı yaratabilir. Böylece özgürlüğün aynı zamanda eyleyen kişinin neyi, ne için ve ne şekilde yaptığına bilinçli olması ve sonuçları öngörmesi anlamına geldiğini de tespit etmiş oluyoruz. Kısacası insan özgürdür dediğimizde, insan sorumludur da demiş oluruz. Özgürlüğün bir yanı da daima sorumluluğa ve iradenin varlığına dayalıdır. İnsanın akıl ve irade sahibi olduğunun kabulü, neyi, ne zaman, nasıl ve ne gerekçeyle yaptığını açıklamak için bilinçle hareket ettiği hallerde hesap verme yükümlülüğünü de gösterir. Bir başka deyişle insan akıl sahibi olduğu için hareket ve niyetinden sorumludur.

Türkçe'nin güzel ifadesi ile yapabilmek, bilgi ve bilgi ile elde edilenin fiilen gerçekleştirilmesidir. O nedenle, etik alanında öğrenmede ahlâk teorisinden çok ahlâki davranış katalogları, meseller daha büyük etki yaratır. Hatta ondan da öte, iyi bir davranışa tanıklık çok daha içten öğrenmeyi sağlar. Bilmenin köklü ve güçlü değiştirici gücü günümüzde de aynı fonksiyonu icra ediyor mu acaba?

Bilginin hikmet, irfan ve iyiye yönelik davranışa dönüşme imkânlarının günümüzde performansın, yararın ve ticaretin konusu oluşuna bağlı olarak ortaya çıkan pozisyonu, çağımızın bilgi çağı olarak isimlendirilmesinin acıklı bir çarpıtılması gibi. Hakikatin aranması bir çeşit büyü gibi

53 Platon bilgelik, cesaret, özdenetim ve adaleti ana erdemler olarak sayar. Bunlara ek olarak sabır, cömertlik, özsaygı, iyi huy ve içtenliği de saymaktadır. Aristoteles ise ikili ayrımına bağlı kalarak karakter erdemleri olarak cesaret, adil olma, dürüstlük, onurlu olma, ağır başlılık, alçakgönüllülük, arkadaş canlısı olma ve ölçülülük olarak sayarken düşünce erdemi olarak tedbirlilik, anlayışlı olma, kararlılık ve pratik akıl sahibi olmayı saymıştır (Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, s. 17 vd).

görünüyor; artık hakikat aranmıyor. İşletmeci zihniyet ile kârlılık, verimlilik ve müşteri memnuniyeti aranıyor. Akademik ortamda bu, kariyeristlik ya da yuppie-akademisyen modeline dönüşüyor. Puana dönüşen kitaplar, atıflar, akademik çalışmalar vasıftan çok biriktirme, tüketme olarak nitelendirilebilir.

III. "İyi Toplum"?

Tüm bu tespitlerden ulaşabileceğimiz nokta, eğitimin, değerli olanın planlı bir şekilde öğretilmesi olduğu noktasının vurgulanmasıdır. İnsanlığın geldiği aşamada gerçekten değerli olanın ne olduğunu doğru olarak tespit edip etmediğini biliyor muyuz?

Bilgi ile erdemin sıkı bağını vurgulayan Sokrates "bilgi erdemdir" ilkesini aynı zamanda bilginin içten gelen iradi ve olgunlaştırıcı bir süreç olduğu ile birlikte değerlendirmektedir. Sokrates'e göre bu bağlamda ahlâklı olma ile bilgili olma da örtüşmektedir. "Kendini bilmek" olarak değer, yapıp ettiklerine bilinçli olmak anlamı ile ahlâki bir kalıp da yaratmaktadır. Bugün biz, artık bilmek ile yapabilmek arasındaki mesafeye daha çok bilinçliyiz. Bilmek, mutlak olarak yapabilmek anlamına gelmeyebilir. Bu noktadan sonra artık zihniyet ahlâkı ile eylem olarak ahlâkilik arasındaki mesafe açılmış olmaktadır. Ancak yine de ahlâkiliğin aksiyolojik özelliği bir gerçekleşme talebi ile birlikte ilerlemektedir.

Turiel günümüzde insanları, içine yuvarlandığı toplumsal yapı nedeniyle aşırı ve dengesiz tüketimin esiri ve ahlâki değerlerinden uzaklaşıp ihtiras yüklü ama bir şekilde yine de tatmin olamamış mutsuz varlıklar olarak tanımlar. Büyük bir genelleme'de olsa bu saptamanın üzerinde durmakta yarar vardır.[54] Medeniyetin maddi gelişmişlikle özdeşleşmesi bireysel çıkarın her türlü çıkardan önce gelmesine yol açmıştır. Utilitarist bir tutumla baksak bile çok sayıda kişinin bireysel çıkarı ne yazık ki ortaya toplam bir fayda da çıkaramamıştır. Korkunç bir biçimde tükettiğimiz Dünya giderek dengesini yitirmektedir. Görünmez bir Batı

54 Elliot Turiel, "Çocukluk Çağında Toplumsal Uzlaşmanın Doğası ve Temelleri", **Etiğin Doğal Temelleri**, Ed. Jean-Pierre Changeux, çev. Nermin Acar, İstanbul, Doruk Yayınları, 2002, s. 275 vd.

eleştirisi olarak ortaya çıkan durum Dünya'nın yuvarlak olduğunu gözden kaçırmakta, her seferinde yapılan siz-biz ayrımı dönüp dolaşıp tüm insanlık için bir sonuca bağlanmaktadır.

Freyer, Batı'ya sesleniyordu ama o sözden tüm insanlara pay çıkarılabilir. Modernizmi yaratan enerji olarak petrol, kömür ve uranyumun yanında manevi bir enerji ihtiyacına işaret ediyor. Nereden temin edeceğiz bu enerjiyi?[55]

Aynı şekilde ünlü Güven kitabında Fukuyama, tarihin sonunu getirecek ve son insanı ortaya çıkaracak olan çelişkinin teknolojik ilerlemeye rağmen ahlâki ilerlemenin temin edilememiş olmasına bağlanmıştır.[56]

Medeniyetin maddi gelişmişlikle özdeşleşmesi manevi değerlerin itilmesine yol açmıştır. Din ile ilgili yükselen dalganın bu duruma bir tepki olarak güçlenmesi de gözden kaçacak gibi değildir. Din konusunda yükselen dalga tam da karşı çıktığı maddileşme alanına salt benzerlik ve özdeşlik üzerinden kurarak giderek radikalleşmiş ve evrensellik iddiasında bulunan dinler kendi dar penceresinden ilk ağızda farklı konumda olan insanı öteki olarak tarif ederek kendi yüce mesajını da yerle bir etmiştir. Bu günkü dinsel radikallik maneviyat adına çok sefil bir tablo çizmektedir. Heykelleri kırmakta, kadınlara tecavüz etmekte yakıp yıkmakta ve vahşi bir ilkel gibi hareket ederek aklı gündeminden düşürmektedir. Yaradan adına yapıldığı söylenen eylemler yakışıksız, insanı daha iyi kılacak bir durum da değildir.

Değerler, kültürel odak noktalarının belirlenmesinde, sosyal rollerde ve sosyal kontrolün önemli argümanı olmada, dayanışmada ve meşrulaştırmada ölçü olarak kullanıldıkları için sosyolojik olarak da önemlidir. Toplum hayatının önemli bir özelliği, kültür üretiyor olmasıdır. Kültür ve değerler arasında hiç kuşkusuz bir neden sonuç ilişkisi vardır. Soyut değerler kişinin dünyasında ve toplumda yargılar, normlar, kurumlar ve eylemler biçiminde somutlaşırlar. Bir toplumda

55 Hans Freyer, **Endüstri Çağı**, çev. H. Batuhan, İstanbul, İ.Ü.E.F. Yayınları, 1954, s. 50 vd.

56 Francis Fukuyama, **Güven: Sosyal Erdemler ve Refahın Yaratılması**, çev. A. Buğdaycı, TİB Yayınları, Ankara, 1998, s. 39.

değerlere karşı duyarsızlık gösterilmesi durumunda "değer körlüğü", değerlerin belirsizleşmesi ve yarışması hallerinde ise "değer çatışması" ortaya çıkar. Değerlerin içinin boşaltılarak bağlamından koparılması halinde ise "değer kayması" ortaya çıkar.[57] Bu son durum değerli olanın değersizleştirilmesidir. İçinde yaşadığımız toplumun inanç, gelenek ve değer yargıları ile kişinin vicdan ve ahlâk duygusunun değiştiğini kabul eden görüşler de vardır. Güçlü bir gerekçe olarak da zamanla değişen ahlâki değerleri göstermektedirler. Bu sosyolojik etkinin de bütünüyle göz ardı edilemeyeceğine işaret etmek gerekir. Örneğin bir kültür görünümü olarak din değerlerin belirleniminde büyük etki yaratır.

İslam dini açısından;

Kur'an-ı Kerim Nahl Suresi'nin 90. ayetinde:

"Şüphesiz Allah, adaleti, iyilik yapmayı, yakınlara yardım etmeyi emreder, hayâsızlığı fenalığı ve azgınlığı da yasaklar. O, düşünüp tutasınız diye size öğütler veriyor." ifadesi ile adalet, ihsan, iffet ve merhamet ve ölçülülük temel değerler olarak sunulmuştur.

Bunun dışında Mesnevî'de Mevlana cömertlik, merhamet, affedicilik, öfkeye hâkim olma, tevazu, hoşgörü ve dürüstlük'ü temel erdemler olarak sayar.

Bir başka cephede ise Bektaşilik geleneği eline, beline, diline hâkim olma söylemi ile hakkına razı olma, adalet, iffet, doğruluk ve dürüstlük erdemler olarak gösterilmektedir. Dinin değerlerle olan ilişkisinin arka planda kalması insanlık için gerçek işlevini yerine getirmesinin en önemli engellerindendir. Oysa burada tespit edilen değerlerin tüm kitabî dinler için ortak olduğuna işaret etmek gerekir.

Bu ortaklaşa kültür alanına rağmen din kriterleri dışında insanlar için ya da daha doğru bir ifadeyle insanlık için ortaklaşa rasyonel evrensel değerlerin varlığı için bir zemin bulunabilir mi?

57 Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 62 vd.

Değerlerin evrenselleştirilmesi konusu için önemli bir belirlenim olarak insan hakları evrensel beyannamesi de gösterilmektedir.[58]

Kabulün genişliği ve paylaşımı, bu kriterin evrensel değerlere ilişkin saptama açısından uygunluğunu göstermektedir. Yasal, uluslararası belgeler tarandığında şu değerleri saptayabiliriz;

Adalet, eşitlik, doğruluk, dürüstlük, insan hakları, merhamet, sevgi, saygı, yardımlaşma emek. Elbette hukuken saptanmış olan ve dünyanın pek çok yerinde kabul edilen bu değerlerin fiilen de gerçekleştirilmesi sağlanabilmiş midir, sorusu gündemdeki yerini koruyor. Değer taşıyıcısı olarak insanın eğitimi bu noktada da birincil sorundur.

İnsanlar benimsedikleri değerleri güçlü bir şekilde muhafaza ederler. Bu bağlamda değerler, genel nitelikteki ahlâki inançlara dönüşmüş olur.

Kant, "Eğitim Üzerine" başlıklı kitabında özel bir bölüm ayırdığı ahlâk eğitimi için; "Ahlâk eğitimi disiplin üzerine değil, maksimler üzerinden yapılmalıdır" saptamasını yapmıştır.[59] Burada sözü edilen maksimler aynı zamanda genel kategorik emperatif yaklaşımının kategorileri olarak ahlâki değerlere denk gelmektedir. Maksimlerin inşasında kendiliğinden kökleşmesi gerektiğine işaret ile özgürlüğe özel bir vurgu yapmaktadır.[60] Kant ahlak için özgürlüğü şart saymaktadır. Eğitimde her şey değer ilkelerini tesis etmekle sağlanır.[61] Bu hukuk eğitimi için de böyledir.

"Hukuk adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir" tanımı kadar adaletin mülkün yani devletin temeli olduğuna dair kabul de benimseme açısından çok sorunlu görünmemektedir.[62] Ancak hukukun amacı olan adaletin salt hâkim ve mahkemeler aracılığı ile gerçekleşecek bir şey

58 Lickona, **Education for Character: How School Teach Respect and Responsibility**, s. 38 vd.

59 Immanuel Kant, **Eğitim Üzerine**, 4. bs., çev. Ahmet Aydoğan, İstanbul, Say Yayınları, 2016, s. 101 vd.

60 Kant, **Eğitim Üzerine**, s. 102 vd.

61 Kant, **Eğitim Üzerine**, s. 123 vd.

62 Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 42 vd.

olmayıp, hakkı bir değer olarak her şeyin üstünde tutabilecek karakter sahibi kişilerce gerçekleştirilebilir olduğunu söylediğimizde bir sessizlik hâkim oluyor. Çünkü hukukun adaletle ilişkisinin yerini bir iktidar odağı olarak hukukun zorlayıcı gücü alıyor. Belli karakterde insanın yetiştirilmesine ilişkin koşulların biyolojik, psikolojik ve sosyolojik etki alanlarına ilişkin açıklamalara çalışmanın giriş bölümünde yer verilmiştir. Yani bugünden yarına gerçekleştirilemeyecek daha uzun soluklu bir bakış. Bana bu memleket için makbul insanın kim olduğunu söyle ben de sana ülkenin geleceğini söyleyeyim. Hangi değerler makbul olarak sunuluyor, sözde değil özde. Dürüstlük mü, çalışkanlık mı, adil oluş mu, tarafsızlık ve bağımsızlık mı? Tüm bu değerlerle ilgili genel bir eksen kayması olduğunu her aklı başında insan tespit edebilir. Hatta çok da incelmemiş olan yukarıda saydığımız değerlere uygun davranmak bile ne yazık ki başlıca kusur olarak görülmeye başlanmıştır.

Eğitimin teknik bir konu olduğunu düşünerek, sadece mekanik bir süreç olarak anlaşılması yetersiz ve hatalı bir yaklaşımdır. Eğitim, daha çok kişinin kendisini gerçekleştirmesi için sahip olması gereken yetenekleri kazandığı bir karakter oluşturma sürecidir. Hukuk eğitimi başlığı ile ilişkilendirildiğinde hayatın tümüne ait bu eğitim çabasının hukuk eğitiminde daha çok vicdan sahibi, tarafsız, bağımsız ve özgür bir kişi olma olanaklarını destekleyici bir eğitim bir bilinçlenme çabası olarak görünmesi ve özel olarak da hukuk felsefesi ile tamamlanmasının gereğine işaret etmek isterim.

Entelektüel bir cesaretle ve kıymetli Hocam Aral'dan esinlenerek somut bir değerler listesi ile bu çalışmayı kapatmak uygun olacaktır.[63] İyi insan olmak iyi hukukçu olmayı da içerir;

Ahlaki temel değerler:

- Saygı
- Alçak gönüllülük
- Sevgi
- "Ben"le ilgili değerler:
- Doğruluk
- Kendine sadakat
- Açık kalplilik
- Ölçülü olmak
- Saflık
- Çevreyle ilgili değerler:
- Dürüstlük
- Adalet
- Barışseverlik
- Eşya ve Olaylarla İlgili Değerler
- Cesaret
- Sabır

63 Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 109 vd.

HUKUK EĞİTİMİNDE MESLEK ETİĞİ DERSİNE YER VERİLMESİNİN ÖNEMİ VE AMACI

Yrd. Doç. Dr. Nazime BEYSAN
Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Görevlisi

Hukuk eğitiminde etik bilginin önemini, hukuk fakültesi programlarında yer verilmeye başlanan "Meslek Etiği" ile ilgili dersler bağlamında ele almak istiyorum.

Bu çerçevede öncelikle hukuk ile etik arasındaki ilişkiye değinmek gereklidir. Hukukun varlığı ve işlevi toplumun düzeni ve refahıyla, hukukun amacı ise adalet değeriyle ilgilidir. Hukukun nihai hedefi, adil bir toplum düzenidir. Adil bir toplum düzeni de adaletin gereklerine uygun bir hukuk düzeni ile sağlanabilir. Hukukun adaletin gereklerine uygun olması ise, insanın değerine yani insanın onur sahibi bir varlık olmasının gereklerine uygun olmasıyla mümkündür. Hukukun nihai amacını bu biçimde kavramak, felsefenin alt dallarından biri olan ve insanlararası ilişkilerdeki değer sorunlarını inceleyen etiğin[64] hukuk ile ilişkisini de kurmamızı sağlamaktadır. Bu bağlamda insanın değerinin bilgisi yani insanın onur sahibi bir varlık olmasının anlamını bulmak ve adaletin gereklerini belirlemek etiğin konusudur[65].

64 "*Etik*, felsefenin bir dalıdır, insanlararası ilişkilerde eylemin ne olduğunu -bir eylemin ne gibi öğelerden oluştuğunu ve ne gibi belirleyicileri, olduğunu- inceliyor. Başka bir deyişle *Etik*, felsefenin insanlararası ilişkilerde değer sorunlarını inceleyen bir dalıdır- bu konuda bilgi ortaya koyan bir dalı." İoanna Kuçuradi, "Ahlak ve Kavramları", **Uludağ Konuşmaları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1994, s. 34.

65 Gülriz Uygur, "İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik Mi? Ahlak Mı?" **İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında**, Editör: Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, Tarihçi Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 170.

Adalet, sadece hukukun yaratılmasında değil, hukukun uygulanmasında da gözetilmesi gereken bir değerdir. Yani adil bir sonuca ulaşmak için sadece hukuk kuralının adil olması yetmez. Aynı zamanda bu kuralın adil bir biçimde uygulanması da gerekir.[66] Hukukun nihai amacının adaleti sağlamak olduğunu kabul ettiğimizde, hukukun yapısında yer alan her birimin, hukuku uygulayan her kurumun ve kişinin bu amaç doğrultusunda hareket etmesi beklenir. Bu bağlamda da hukukun üzerinde temellendiği değerlerin etikle, etiğin de hukuk uygulayıcılarını ilgilendiren meslek etiğiyle ilişkisi açık bir biçimde ortaya çıkar.[67]

Hukuk mesleğiyle uğraşanların da, adaletin ve dolayısıyla insanın onur sahibi bir varlık oluşunun gereklerine uygun biçimde mesleki rollerini yerine getirmeleri beklenir. Bu beklentinin karşılanması ise etik bilgi ve etik farkındalık gerektirir. Bu da yine hukukun uygulanması ile etik arasında yakın bir ilişki olduğunu gösterir.

Bilindiği üzere meslek kavramı, her meslek grubunun kendine özgü değerler kümesi veya etik kodlar çerçevesinde, uygulama kapsamı tanımlanmış bir alanda sunulan sosyal hizmet ile ilgilidir.[68] Her bir mesleğin gerektirdiklerinin ve iç dinamiklerinin farklı olması, her bir meslek mensubunun da söz konusu hizmeti sunarken farklı sorunlarla karşılaşmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte bu sorunlarla karşılaşanlar hep kişilerdir. Bu nedenle etik sorunların, yani insanlararası ilişkilerdeki değer sorunlarının meslekten mesleğe tümüyle farklılık göstermeyeceği aşikârdır.[69]

---

66 Gülriz Uygur, "Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/ kose_ yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (Çevrimiçi: 10.04.2014)

67 Nadire Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 2.

68 Clifford D. Stromberg, "Key Legal Issues in Professional Ethics", **National Student Speech Languauge Hearing Association Journal,** Vol.:19, 1991-1992, s.61.

69 Harun Tepe, "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve 'Etikler'", **Etik ve Meslek Etikleri**, Yayına Hazırlayan: Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2009, s. 10.

Aynı zamanda çeşitli meslek alanlarında mesleki rolleri yerine getirirken karşılaşılan etik sorunlar, etik sorunlar olarak, gündelik hayatta karşılaşılan etik sorunlardan türleri bakımından farklı değildir. Mesleki yaşantımızda karşılaşılan ve eylemde bulunmak için çözmek zorunda olduğumuz etik problemlerin her biri, tıpkı gündelik yaşamdakiler gibi, belirli bir kişi tarafından, belirli bir anda, belirli bir durumda karşılaşılan ve teklik-biriciklik gösteren problemlerdir. Dolayısıyla çözümleri de birbirinden farklıdır. Her biri için ayrı ayrı çözümler bulmak gerekir. Hiçbir çözümün de hazır bir reçetesi yoktur.[70]

Bu tip problemlerle nasıl baş edileceği ve nasıl çözüm bulunabileceği, hukukçu eğitiminin en önemli bileşenlerinden birini oluşturmalıdır.

Bilindiği üzere eğitim özneye, öğretim ise konuya yöneliktir.[71] Diğer bir ifadeyle eğitimin amacı, öğretimden farklı olarak, eğitilen üzerinde tutum ve davranış değişikliğine yol açmak, belirli yetilerle donatmak ve bu yetileri geliştirmektir.

Buna karşın bugün hukuk fakültelerimizde ağırlıklı olarak yapılan hukuk öğretimidir. Hukukçu eğitimi ise daha geri planda kalmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuk fakültelerinde hukuk öğretimi teknik bir faaliyet olarak yürütülmekte ve kurallara dayalı bir anlayış benimsenmektedir. Yani kurallara dayanan bir öğretim tekniği söz konusudur. Bununla da amaçlananın, öğrencilerin, hukukçu gibi düşünmelerini sağlamak olduğu iddia edilmektedir. Hukukçu gibi düşünmek ile ilgili öğretilen ise, mevcut uyuşmazlık ile ilgili olguları incelemek, hukuk kurallarıyla ilişkilendirmek, hukuk dilinde ifade etmek ve hukuki çözüm bulmaktır. Bu öğretim tekniği de öğrencilerin kuralları adeta kendi başına şey olarak, amacından kopuk olarak ele almalarına ve kavramalarına yol açmaktadır.[72]

---

70 İoanna Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", **Türkiye Mühendislik Haberleri,** Sayı 423, 2003-1, s. 7.

71 Hayrettin Ökçesiz, "Kolokyum Açılış Konuşması", **HFSA, 18. Kitap,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 86.

72 Gülriz Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", **HFSA, 18. Kitap,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 166-167.

Bu tip bir öğretim tekniğinin sakıncaları şu basit gözlemden bile çıkartılabilir: Genellikle hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencilerine hukuk fakültesine gelme amaçları sorulduğunda, "adaleti sağlamak", "haksızlıklarla mücadele etmek" gibi yanıtlar verdikleri görülmektedir. Fakat ilerleyen yıllarda bu amacın yerine başka şeylerin geçtiği veya unutulduğu gözlemlenmektedir.

Bunun başlıca nedenlerinden biri, hukuk eğitiminde etik bilgiye, değerler bilgisine gerektiği kadar yer verilmemesidir. Hukuk eğitiminde etik bilgiye gerektiği kadar yer verilmemesi ise hukukun etik boyutunun -etik ile ilişkisinin- ve dolayısıyla insani yanının görülmemesine yol açmaktadır.[73] Böyle bir süreçten geçen öğrenciler ise, teknik anlamda hukukçuluk ile ilgili becerilere sahip olmakla birlikte, hukuk ile ilişkili etik değerlerin bilgisini olması gerektiği kadar edinememektedir. Oysa hukukçu gibi düşünmenin anlamı, hukuktan ne anlaşıldığına bağlıdır.

Aslında hukukçu gibi düşünmek, teknik hukuk bilgisi yanında hukuk ile ilgili etik değerlerin bilgisine yani hukuk sisteminin dayandığı temel değerlerin bilgisine de sahip olmakla mümkündür. Bu da ancak kurallar sistemi olarak hukuk anlayışının dışına çıkarak, hukuki düşünmeyi-hukukçu gibi düşünmeyi tanımlamakla ve böylece hukuk-etik ilişkisine yer vermekle mümkündür.[74]

Tüm bunlara ek olarak hukukçu olmak, hukukçu gibi düşünmenin yanında hukukçu gibi davranmayı da gerektirmektedir. Çünkü hukuk mesleği kamu hizmeti vermekle ilgilidir. Bir başka deyişle hukukçu olmanın anlamı, sadece teknik bilgiye sahip olmak değil, kamusal alanda yerine getirilecek hâkimlik, savcılık veya avukatlık gibi mesleklerle ilgili de donanıma sahip olmaktır. Sadece teknik anlamda hukukçuluk, hukuk öğrencilerini kamusal hayattaki meslek yaşamlarına hazırlayamayacağı

73 Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", s. 166.

74 Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", s. 168.

gibi, mesleki rollerini de tam anlamıyla kavramalarına imkân vermez.[75] Halbuki öğrenci hukuk fakültesine başladığı andan itibaren teknik hukuk bilgisi edinmenin yanında, mesleğinin toplumsal işlevini ve kendisinin bu meslekteki rolünün ne olduğunu da kavramaya ve özümsemeye başlamalıdır.

Tüm bunlardan hareketle hukukçuluk mesleğine özgü olan ve hukukçuların izlemesi gereken, davranışlarına yön veren etik ilke ve değerlerin aktarılacağı, mesleği karakterize eden veya mesleğe hâkim olan idealler konusunda rehberlik edecek bir meslek etiği dersine hukuk fakültesi programlarında yer verilmesi çok önemlidir.

Öyle ki "meslek etiği" ile ilgili konular, uygulamadaki uzmanlık alanı veya icra ettiği mesleki rol (avukat, hâkim, savcı) fark etmeksizin hukuk fakültesinden mezun olan her hukukçunun meslek yaşamında karşılaşacağı sorunlarla ilgilidir.

Meslek etiğinin öneminin farkında olan bazı hukuk fakültelerimizin, öğrencileri hukuk pratiğine yönelik olarak bilinçlendirmeyi amaçlayan ve "Hukuk, Etik, Meslek Etikleri", "Hukuk ve Meslek Etiği", "Hukuk Mesleği ve Etik", "Hukuk Etiği", "Yargı Etiği" gibi isimlerle seçmeli veya zorunlu derslere programlarında yer vermeye başladıkları görülmektedir.

Bu gereklilik ve gelişmelerle birlikte üzerinde önemle durulması gereken esas konu, "meslek etiği" dersinin programlara eklenmesi ile asıl amaçlananın ne olduğudur. Nasıl bir yaklaşımın benimseneceğidir, hangi yetilerin geliştirileceğidir. Nasıl bir yaklaşımla meslek etiği eğitiminin gerçekleştirileceğidir.

Bu konuda iki temel yaklaşımın varlığından söz edilebilir. Bunlar; ***"Hukuk Merkezli Yaklaşım"*** ve ***"Etik Merkezli Yaklaşım"***dır.

Günümüzde hukukçulara özgü meslek etiği denildiğinde, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri), Avrupa Barolar ve Hukuk Birliği Konseyi'nin

75 Martha C. Nussbaum, "Cultivating Humanity in Legal Education", **The University of Chicago Law Review**, Vol:70, 2003, s. 271.

oluşturduğu Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları gibi avukatlar, savcılar ve hâkimlere özgü ödevleri ifade eden normlar ve ilkeler bütünü akla gelmektedir.

Meslek etiğinin anlamını sadece bu tip düzenlemeler ışığında kavrayan hukuk merkezli yaklaşım, "meslek etiği" ibaresindeki etiği tanımlayıcı anlamda kullanmakta ve meslek etiği kurallarını diğer hukuki düzenlemeler gibi ele almaktadır. Bu yolla da, hukukçulara özgü meslek etiğini, mesleki sorumluluk ve mesleki davranış kurallarına indirgemektedir. Böylece de hukuk merkezli yaklaşım, meslek etiğini, "mesleki sorumluluk kuralları" ya da "mesleki davranış kuralları" ile ilgili bir hukuk disiplini olarak kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle meslek etiğine ilişkin hukuki düzenlemelerden hareketle, "hukuk kuralları sınırı içinde kalarak avukatlık, hâkimlik ve savcılık meslekleri nasıl icra edilir?" sorusunu yanıtlamaya çalışmaktadır. Genel ahlak felsefesini yani bir anlamda etiği, hukuk alanından ayrı tutma anlayışına sahip olan bu yaklaşıma göre, hukukçulara özgü meslek etiği disiplini, mesleki düzenlemeler veya mesleki yapıla geliş kurallarıyla ilgilidir.[76]

Hukuk merkezli yaklaşım kesinlik, öngörülebilirlik gibi kıstasları ön planda tutarak, göreli ve sübjektif bir alan olarak kabul ettiği etiğin sınırlarını da kurallarla belirleme çabasındadır.[77] Bu yaklaşım aynı zamanda hukuk uygulamasında karşımıza çıkan söz gelimi avukat-müvekkil, yargıç-sanık ilişkilerini sadece hukuki bir ilişki olarak nitelemektedir. Bu ilişkilerin, etik ilişkiler olduğunu görmezden gelmektedir. Bu yaklaşımın vardığı en temel sonuç ise, yine hukuki düzenlemeler aracılığıyla belirlenen hukukçulara özgü mesleki sorumluluk veya davranış kurallarına bire bir uyulması durumunda, mesleğin gereği gibi yerine getirileceğine duyulan inançtır.

76 Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", s. 10-11.

77 Christine Parker, "A Critical Morality For Lawyers: Four Approaches To Lawyers' Ethics", **Monash University Law Review,** Vol.:30, No:1, 2004, s. 53.

Hukuk merkezli yaklaşım bir anlamda "etiksiz meslek etiği[78]" olarak da anlaşılabilir. Bu yaklaşımın benimsenmesi suretiyle öğrencilere mesleki sorumluluk veya davranış kurallarının gerektirdikleri aktarılabilse de, bu düzenlemelere eleştirel olarak bakabilme, somut tek tek durumlarda doğru değerlendirme ve doğru davranma yani olası değerlendirme ve hareket biçimlerinden insanın değerini harcamayan ya da en az değer harcamasına yol açan davranış biçimini seçip uygulama becerisi kazandırılmış olmayacaktır.

Etik değer ve etik değerlere ilişkin felsefi bilgi yani etik bilgi olmaksızın, herhangi bir mesleki davranış kodunun geliştirilmesi, oluşturulması, değerlendirilmesi ve uygulanması mümkün değildir. Aynı zamanda meslek yaşamında insan onuruna zarar vermeden eylemde bulunabilmek de, ancak bu tür bir bilginin ışığında olanaklıdır.

Dolayısıyla hukuk merkezli yaklaşımın karşısındaki diğer seçenek ise etik merkezli yaklaşımı benimsemektir. Bu yaklaşıma göre hukukçulara özgü meslek etiği, temel olarak meslek yaşamının kurallarla belirlenemeyen ahlaki boyutlarıyla ilgili olup, hukukçuların mesleklerini icra ederken karşılaştıkları eylem ve değerlendirmelere dair etik sorunları konu edinmektedir. Kısaca meslek etiğinin anlamı, genel olarak etik ile ilişkilendirilerek belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle meslek etiği bağlamında, hukuki düzenlemeler aracılığıyla belirlenmiş mesleki sorumluluk veya davranış kurallarının içeriğine ilişkin soyut bir takım değerlendirmeler yapmak yerine, bunların uygulamada yarattığı sorunlar etik açısından tartışma konusu yapılmaktadır.[79]

Ayrıca etik merkezli yaklaşım, hukuk uygulamasında karşımıza çıkan avukat-müvekkil, yargıç-sanık ilişkilerinin etik yanının görülmesine de yardımcı olmaktadır. Örneğin avukat-müvekkil ilişkisi veya hâkim-

78 İfade için bkz. Deborah L. Rhode, "Legal Ethics in Legal Education", **Clinical Law Review**, Vol.: 16, 2009, s. 46; Deborah L. Rhode, "Professional Education and Professional Values", **Professional Lawyer Symposium**, Issues 11, 1998, s.11.

79 Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil Arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", s. 9.

sanık ilişkisi toplumsal yapı içinde, yargı faaliyetinin yerine getirilmesi amacıyla konumlandırılmış olan ve nitelikleri zamandan zamana değişiklik gösterse de amaçları değişmeyen bir toplumsal ilişki türüdür. Fakat müvekkil rolünü veya avukat rolünü gerçekleştirenler de en nihayetinde birer kişidir.[80] Bu kişiler arasındaki ilişki de belirli bir bütünlüğü (değer dünyasının bütünlüğü anlamında) olan A kişisi ile B kişisinin ilişkisi gibi etik bir ilişkidir.[81] Yani hukuk tarafından belirlenen bu konumlardaki rolleri oynamak üzere girilen her bir ilişki, aynı zamanda bir bütünlüğe sahip belirli kişiler tarafından yerine getirilmektedir.[82]

Etik ilişki de, değer sorunlarının söz konusu olduğu ilişki türüdür.[83] Değer sorunları ise, tek tek olaylar veya durumların değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla toplumsal ilişkilerin kuruluş biçimi ve gerçekleştirilme koşullarıyla ve bu ilişkiler içinde olan insanların eylemleriyle ilgili olarak değer sorunları gündeme gelebilir.[84] Örneğin avukatın müvekkili ile ilişkisi, her ne kadar bu ilişki toplumsal türden bir ilişki yapısında olsa da, o rolleri gerçekleştirenler arasında avukatın gerek müvekkilinin durumu karşısında gerekse müvekkiliyle ilişkisinde değer sorunlarının gündeme gelebileceği bir etik ilişki olduğu söylenebilir.[85]

Etik değeri koruyarak yaşayabilmek ve hukukçuluk mesleğini etik değerleri koruyarak yapabilmek için, normlardan ziyade etik değerin ve etik değerlerin felsefi bilgisine dayanan felsefi bir eğitime ihtiyaç vardır.

---

80 Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil Arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", s. 5.

81 Etik ilişki, belirli bütünlükte bir kişinin belirli bir bütünlükte başka bir kişiyle veya bir insan durumu ile ilişkisidir. İoanna Kuçuradi**, Etik,** Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2006, s.3, 7.

82 Kuçuradi, **Etik**, s. 6-7.

83 Kuçuradi, **Etik**, s.3.

84 Kuçuradi, **Etik,** s. 8.

85 Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil Arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", s. 6.

Çünkü böyle bir eğitim, yüz yüze geldiğimiz durumlarda, insan onurunun nerede tehlikede olduğunu fark edebilmemize yardımcı olabilir.[86]

Yazıya dökülmüş mesleki davranış kuralları, eğer etik değer ve değerlerin bilgisinden hareketle oluşturulmuşsa, kişilerin eylemde bulunmak zorunda oldukları ama hakkında yeterince bilgi sahibi olmadıkları durumlarda, insan onurunu koruma olasılığını arttırabilir. Ama insan onurunun korunmasını kayıtsız şartsız güvence altına alamaz. Çünkü normlar, tek başına etik değer koruyucu kararlar almaya ve değerli-doğru eylemde bulunmaya yetmez. Bunun nedeni de eylemde bulunmak zorunda olduğumuz her durumun tek-eşsiz olmasıdır. Bu durumda, bir norma uygun davranmak ama etik bakımdan değersiz davranmak yani değer harcamak -yani insanın değerini harcamak- da mümkündür.[87]

İoanna Kuçuradi'nin de dediği gibi, kişiler normlara uygun davranmaya zorlanabilirler, ama etik değer korumayı istemeye ve koruyarak eylemde bulunmaya zorlanamazlar. Buna karşılık kişiler etik değeri korumayı isteyecek şekilde eğitilerek meslek yaşamlarında etik değeri koruyacak şekilde eylemde bulunabilmek için gerekli olan felsefi değer bilgisiyle donatılabilirler.[88]

Etik değeri korumayı isteme ve etik bilgisi -eylemde bulunulacak durumun bilgisiyle birlikte-, belirli gerçek tek tek durumlarda değer koruyucu veya en az değer harcayıcı şekilde eylemde bulunabilmenin asgari koşullarıdır.[89] Bu nedenle meslek etiği eğitimde, felsefi etik eğitimine mesleki normların bilgisinden daha önemli bir yer verilmelidir. Yani günlük yaşamımızda ve meslek yaşamımızda değer koruyarak yaşayabilmek için, normların bilgisinden çok, etik değerin ve değerlerin bilgisine dayanan felsefe eğitimi gereklidir. Çünkü sadece böyle bir eğitimle tek tek durumlarda insan onurunun nerede tehlikede olduğunu görebilmemiz mümkün olabilir.

86 Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", s.9.

87 Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", s. 9.

88 Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", s.9.

89 Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", s. 9.

Meslek kuralları ve ilkeleri, hukukun amacı yani adaletin gerekleri ve insan onuru ışığında yorumlanıp, uygulamaya geçirilmelidir. Bu da ancak söz konusu kurallara etik bilgi ışığında, eleştirel ve sorgulayıcı bir gözle yaklaşmakla başarılabilir.

Ayrıca mesleki davranış kurallarında belirsizliklerin veya uygulamacıya bırakılmış takdir alanlarının da bulunması mümkündür. Eğer hukukçulara özgü meslek etiği felsefi bir temele oturtulmadan, öğrencilere, bir takım yasaklar veya standartlar olarak öğretilecek olursa, dile getirmeye çalıştığım sorunlarla baş edebilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu da, meslek etiği dersinin amacına ulaşmasını engelleyecektir.

Kısaca, meslek yaşantısında mesleki rolleri yerine getirirken karşılaşılan değer sorunlarının üstesinden gelmek, insanın değerinin bilgisinden türetilen başta insan hakları olmak üzere hukukta yer alan etik ilke ve değerleri doğru kavramayı, karşılaşılan somut tek bir olaydaki veya durumdaki etik problemi yani değer harcamasıyla -insanın değerinin harcanmasıyla- karşı karşıya bırakan problemi doğru biçimde görmeyi, değerlendirmeyi ve değer harcamasına yol açmayacak şekilde karar alıp davranmayı gerektirmektedir.

Bu nedenle ancak etik merkezli yaklaşımla planlanmış bir meslek etiği dersi, geleceğin hukukçularının mesleklerini icra ederken kaçınılmaz bir biçimde karşılaşacakları bu tip sorunlarla ilgili etik bir takım değerler üzerinde düşünmelerini sağlayabilir ve onlara etik bilgi ve farkındalık kazandırabilir. Böyle bir kazanımın da, hukukun ve hukuk uygulamasının nihai hedefi olan adalete ulaşmadaki önemi sanırım tartışılmazdır.

KAYNAKÇA

Kuçuradi, İoanna: "Ahlak ve Kavramları", **Uludağ Konuşmaları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1994.

Kuçuradi, İoanna: "Etik ve 'Etikler", **Türkiye Mühendislik Haberleri,** Sayı 423, 2003-1, s. 7-9.

Ökçesiz, Hayrettin: "Kolokyum Açılış Konuşması", **HFSA, 18. Kitap,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 86-92.

Kuçuradi**,** İoanna:**Etik,** Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2006.

Nussbaum, Martha C.: "Cultivating Humanity in Legal Education", **The University of Chicago Law Review**, Vol:70, 2003, s. 265-279.

Özdemir, Nadire: "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Parker, Christine: "A Critical Morality For Lawyers: Four Approaches To Lawyers' Ethics", **Monash University Law Review,** Vol.:30, No:1, 2004, s.49-74.

Rhode, Deborah L.:"Legal Ethics in Legal Education", **Clinical Law Review**, Vol.: 16, 2009, s. 43-56.

Rhode, Deborah L.: "Professional Education and Professional Values", **Professional Lawyer Symposium**, Issues 11, 1998, s.11-15.

Stromberg, Clifford D.: "Key Legal Issues in Professional Ethics", **National Student Speech Languauge Hearing Association Journal,** Vol.:19, 1991-1992, s. 61-72.

Tepe, Harun: "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve 'Etikler'", **Etik ve Meslek Etikleri**, Yayına Hazırlayan: Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2009, s. 9-26.

Uygur, Gülriz: "İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik Mi? Ahlak Mı?",**İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında**, Editör: Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, Tarihçi Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 161-172.

Uygur, Gülriz: "Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (Çevrimiçi: 10.04.2014)

Uygur, Gülriz: "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", **HFSA, 18. Kitap,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 166-176.

YARDIMCI ADALET PERSONELİNİN TABİ OLDUĞU MESLEK ETİĞİ VE UYGULAMASI

Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürü ve Öğretim Üyesi

Giriş

Ülkemizde uzunca bir süredir gündemi meşgul eden konulardan biri de yargıya duyulan güven olmuştur. Basında çıkan haberlerde bizzat Yargıtay Birinci Başkanı tarafından yargıya güvenin yüzde 70'lerden yüzde 30'lara gerilediği ifade edilmiştir.[90]

Oysa ölüm yıldönümü bu bilimsel toplantının başladığı 26 Mayıs tarihine denk düşen büyük devlet ve bilim adamı, tarihçi, hukukçu, şair aynı zamanda Mecelle-i Ahkam-ı Adliyenin yazarı Ahmed Cevdet Paşa'nın da isabetle belirttiği üzere hükümetlerin adaleti sağlamak ve memleketi korumak olmak üzere iki temel görevi vardır. Devletin adaleti sağlamak noktasındaki görevini yerine getiremediğine dair en ufak bir şüphe dahi devletin vatandaşlar nezdindeki meşruluğuna halel getirebilecektir. Böyle yargıda çalışan tüm personelin etik kurallara uyması böyle bir şüphenin ortadan kaldırılması bakımından büyük önemi haizdir.

Etik Kavramı

Etik kavramı, bireylerin diğer bireyler ile olan çeşitli -özellikle de mesleki!- ilişkilerinde nasıl bir tutum izlemeleri veya nasıl bir tutum izlemekten kaçınmaları hususunda onlara yol gösteren, doğru tutum ve

90 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1232485-ismail-rustu-cirit-yargiya-guven-yuzde-70ti-simdi-yuzde-30lara-dustu 29 Nisan 2016

davranışı yanlıştan ayırt etmelerine yardımcı olan bazı değerler, ilke ve standartlar ile kurallar bütünü olup, etik aynı zamanda değerlere dayalı bir karar alma sürecini ifade eder.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te "çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü" olarak tanımlanan[91] etik sözcüğünün günümüzde en yaygın kullanıldığı anlam, «yazılı normlar bütünü anlamında etik» olup bu anlamda etiğin en tipik örneğini ise meslek etikleri oluşturmaktadır.

Meslek Etiği Kavramı

Meslek etiği, belirli bir meslek grubunun, mesleğe ilişkin olarak oluşturup, koruduğu, meslek üyelerine emreden, onları belli bir şekilde davranmaya zorlayan, kişisel eğilimlerini sınırlayan; yetersiz ve ilkesiz üyeleri meslekten dışlayan, meslek içi rekabeti düzenleyen ve hizmet ideallerini korumayı amaçlayan mesleki ilkeler bütünü olarak tanımlanabilmektedir.

Meslek etiğinin meslekilik, cebrilik ve evrensellik biçiminde üç temel özelliğinden bahsedilebilir.

Mesleki etiği kuralları, meslek mensuplarının kendi aralarındaki veya üçüncü kişiler ile olan ilişkilerinde uygulanması istenen kurallar olup belli bir meslek grubuna üye kişi veya kuruluşların bu meslek alanına ilişkin olan ilişki ve davranışlarında uymaları gereken kurallar niteliğinde olduğu için bu kurallar mesleki niteliktedir.

Meslek etiği kuralları, bir meslek grubundaki kişilerin sahip oldukları dünya görüşlerinden, kültürlerinden, ideolojilerinden ve dini inanışlarından bağımsız olarak sırf o mesleğe mensup olmaları nedeni ile uymak zorunda oldukları normlardır, bu nedenle de cebri nitelik taşırlar.

Dünyanın her tarafında ilgili meslek açısından aynı şekilde uygulanmak üzere düzenlenmekte olduklarından meslek etiği kuralları aynı zamanda evrensel niteliktedir.

91 ww.tdk.gov.tr, Güncel Türkçe Sözlük

Günümüzde hemen her meslek grubunun özelliklerine uygun olarak meslek etiği kuralları oluşturulmakta ve bu kurallar zaman içinde geliştirilmektedir. Bu bağlamda tıbbi etik, bilimsel etik, çevre etiği, hukuk etiği, medya etiği, mühendislik etiği gibi çeşitli meslek etiği dalları ile bunların alt ayrımları olarak yargı etiği, adalet meslek etiği gibi ayrı mesleki etikleri oluşturulmaktadır.

Hukuk Etiği

Hukuk etiği kavramı, hukuk ile ilgili çeşitli mesleklere dair etik ilke ve değerleri kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Bu bağlamda hukuk etiğinin yargı etiği, avukatlık etiği, noterlik etiği gibi dalları ve yargı etiğinin de hâkimlik etiği, savcılık etiği ve adalet meslek etiği gibi alt dallarından söz edilebilir.

Hukuk devleti ilkesinin uygulanması ve hukukun üstünlüğü idealinin gerçeklik kazanması hâkimler ve savcılar yanında yardımcı adalet personelinin de etik tutum sergilemek yönünde çaba göstermesine bağlıdır.

Yargı hizmetlerinin topluma gereken nitelikte sunulması ve devletin vatandaşlar nezdinde saygınlığının korunmasında sadece hâkim ve savcıların etik tutum sergilemelerinin yeterli olamayacağı, ancak yargı örgütünü oluşturan tüm personelin top yekûn biçimde etik tutum sergilemesi sureti ile bu hedeflere ulaşılabileceği aşikârdır.

Yardımcı adalet personeli, yargı teşkilatında ara kademe pozisyonlarda görev alan ve hâkim ve savcıların en önemli yardımcısı konumunda bulunan mesleki personeldir.

Yargı teşkilatının esaslı bir parçasını oluşturan yardımcı adalet personelinin de tıpkı hâkim ve savcılar gibi uymak zorunda oldukları mesleki etik ilke ve gereklilikler bulunmaktadır.

Yargı teşkilatında çalışanlar içinde çoğunluğu yardımcı adalet personeli oluşturmaktadır. Bu bağlamda 2014 yılında ülkemizde toplam hâkim savcı sayısı 12047 iken, Adalet Bakanlığı'nda çalışan toplam personel sayısı 52260 olmuştur. Bu rakam içindeki icra müdürü, yazı işleri müdür, zabıt kâtibi

ve mübaşir (yardımcı adalet personeli) toplam sayısı toplamı ise 40784'ü bulmuştur.[92] Sayıları bu kadar çok olmasına rağmen yardımcı adalet personeli daima yargı örgütünün geri plandaki aktörleri diğer bir deyişle gizli kahramanları olmuştur. Ancak bu kadar önemli olmalarına rağmen ne yazık ki yardımcı adalet personelinin etik değerler açısından olması gereken yerde olmadığı, meslek etiği hususunda eksik oldukları basına yansıyan çeşitli olaylardan anlaşılmaktadır.[93]

---

92 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist_tab.htm

93 Bu konuda yazılı ve görsel basın yayın araçlarında çıkmış çeşitli haberlerden bazıları aşağıdaki gibidir: «Antalya`da bir zabıt kâtibinin 30 bin lira rüşvet karşılığında 18 yıllık hapis cezası kararını hâkimin UYAP elektronik şifresini kullanarak 18 aya indirdiği, bu cezayı da hükmün açıklanmasını geri bırakarak ertelediği iddia edildi.»
«Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na gelen ihbarda, sanık hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunduğu ancak bu işlemin Ankara Adliyesi'ndeki İlamat Bürosu'nda görevli bir zabıt kâtibi tarafından para karşılığı üstünün kapatıldığı, infaz işleminin zabıt katibinin kullandığı bilgisayardan üç defa yok edildiği iddia edildi.»
«İstanbul polisinin geçen yıl haziranda sahte belgeler düzenleyen bir çeteye yönelik yaptığı operasyon, özel yetkili mahkemeleri de kapsayan yargıdaki rüşvet skandalını ortaya çıkarttı. Çete soruşturmasında polisin yakaladığı zabıt kâtibinin itirafları ile bazı hâkim, savcı ve adliye çalışanlarının rüşvet ağına karıştıkları tespit edildi. Zabıt kâtibi para karşılığında tutuklanması gerekenlerin nasıl serbest bırakıldığını örneklerle anlattı.»
«Zonguldak'ta, rüşvet, zimmet ve resmi evrakta sahtecilik yaptığı iddiasıyla yargılanan Zonguldak Kadastro Mahkemesi zabıt kâtibi 13 yıl 10 ay hapis cezasına çarptırıldı.»
«Muğla'nın Ortaca adliyesinde 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kaleminde görev yapan zabıt katibi mahkeme dosyalarına yatırılan gider avanslarını zimmetine geçirdiği iddiası ile çıkarıldığı mahkemece tutuklandı.»
«Gümrük operasyonunu gerçekleştiren savcı, bu kez de Büyükçekmece Adliyesi'nde rüşvetçi personele suçüstü yaptı. Büyükçekmece Adliyesi'nde görevli İcra Müdür Yardımcısı ile zabıt katibi, gümrük çalışanlarının telefon kayıtlarını para karşılığında almak için aynı adliyede görev yapan katibe rüşvet teklif etti. Taraflar tam rüşvet alışverişini gerçekleştirirken, Savcı polislerle birlikte zanlılara suçüstü yaptı. İki personel tutuklandı.»
«Geçtiğimiz Temmuz ayında Kocaeli Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şubesi ekipleri tarafından Kocaeli 7. İcra Dairesi personeline rüşvet aldığı yönünde iddialara yönelik yapılan operasyonun ardından açılan dava Kocaeli Adliyesi'nde görülmeye devam edildi.»
«Bursa'da bir asliye ceza mahkemesinde zabıt katibi olarak görev yapan memurun para karşılığı bazı dosyaları yok ettiği, gizli bilgileri paylaştığı ihbarını alan güvenlik güçleri, operasyon düzenledi. Adliye sarayında rüşvet karşılığı bazı dosyaları yok ettiği iddiasıyla gözaltına alınan zabıt katibiyle iki kişi tutuklandı.»

Adalet Meslek Etiği

Adalet meslek etiği, adalet-hukuk hizmetleri sektöründe çalışan yardımcı mesleki personel açısından bağlayıcı ve zorunlu olan, adaletin herkese eşit ve adil dağıtılması etik gereğini gerçekleştirmeye yönelik çeşitli etik kurallar ile ilkeleri ifade eder.

Adalet meslek etiği adı verilen bu meslek etiği türünü oluşturan bu etik ilke ve gerekliliklerin bir kısmı bazı yargı etiği ilke ve gereklerine karşılık gelirken önemli bir kısmı da hâkim ve savcıların tabi olmadığı kamu görevlileri meslek etiği ilke ve gereklerinden oluşmaktadır.

Adalet meslek etiği, bir meslek etiği alt türü olup, yargı etiği, avukatlık etiği, noterlik etiği gibi hukuk etiğinin bir alt dalı konumundadır.

Adalet meslek etiği karma bir meslek etiği olup , adaletin tarafsız ve adil olarak sunulduğu hususunda bireylere güven verilmesi için hâkim ve savcılar için oluşturulmuş bir kısım etik değer ve kurallar anlamında yargı etiğinin yanı sıra hukuk hizmetleri sektöründe en büyük istihdam edenin kamu kesimi (Devlet-Adalet Bakanlığı) olması hasebiyle kamu görevlileri etiğine ilişkin değer ve kurallardan da oluşur.

İster memur statüsünde isterse sözleşmeli personel statüsünde istihdam edilsinler tüm yardımcı adalet personeli yargı teşkilatı bünyesinde uhdelerindeki görevlerini yerine getirirken adalet meslek etiği ilke ve gereklerine titizlikle uymak zorundadır.

Özel kesim tarafından istihdam edilen yardımcı adalet personeli bakımından adalet meslek etiği ise daha ziyade bu personeli istihdam edenlerin meslek etiklerine (avukatlık etiği, noterlik etiği gibi) karşılık gelir.

Adalet Meslek Etiğinin Hukuki Boyutu

Adalet Meslek Etiğinin Hukuki Boyutunu T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan «Hak Arama Özgürlüğü»nden herkesin eşit biçimde yararlanmasını sağlamak, bu özgürlüğün etkin biçimde kullanılmasını kolaylaştırmak ödevi ile birlikte Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 8 ve 10. maddelerinde dolaylı

ve nakıs, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise tam olarak düzenlenen «Adil Yargılanma Hakkı»ndan herkesin eşit biçimde yararlanmasını sağlamak ödevi oluşturur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36 ıncı maddesinde yer alan "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" hükümleri ile düzenlenen hak arama özgürlüğü yargı organlarına bu makamlar nezdinde iddia ve savunma ile adil yargılanma haklarının kullanımına destek olma, görev ve yetkisi içindeki davalara bakmaktan kaçınmama, bu davaların etkin biçimde sonuçlanmasına yardım etme ödevi yükler.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 8 ve 10 uncu maddelerinde yer alan "Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır" ve "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır" hükümleri ile düzenlenen adil yargılanma hakkı, yargı yolunun etkinliğinin sağlanması ve davaların tarafsız bir mahkemede hakça ve açık görülmesini gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ıncı maddesinde

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak"

hükümleri ile düzenlenen adil yargılanma hakkı ise davaların yargı organlarında tarafsız biçimde ve makul bir süre içinde görülmesini öngörür.

Kamu Kesiminde İstihdam Edilen Yardımcı Mesleki Personel İçin Adalet Meslek Etiğinin Kapsamı

Kamu kesiminde istihdam edilen yardımcı mesleki personel için adalet meslek etiği yargı etiği ile kamu görevlileri etiğinin bir bileşimi mahiyetindedir. Diğer bir deyişle kamu kesiminde çalışan yardımcı mesleki personel için adalet meslek etiği kamu görevlilerine (memur ve sözleşmeli personel) dair etik ilke ve kurallar ile yargı etiğine dair bir kısım değer ve ilkelerden oluşur.

Adalet Meslek Etiğine Dâhil Yargı Etiği Değer ve İlkeleri

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nden yardımcı adalet personeli hakkında da uygulanabilir olanlar şu şekilde belirtilebilir:

- Tarafsızlık
- Doğruluk ve Tutarlılık
- Dürüstlük
- Eşitlik
- Ehliyet ve Liyakat

Kamu Görevlileri Etik Değer ve İlkeleri

Kamu kesiminde istihdam edilen yardımcı adalet personelinin de tabi olduğu Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından "Avrupa Konseyi Kamu Görevlileri İçin Davranış Kuralları" Tavsiye Kararına uygun olarak çıkarılan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiş kamu görevlilerinin uymak zorunda oldukları 18 etik davranış ilkesi aşağıdaki gibidir:

- Görevin yerine getirilmesinde kamu hizmeti bilinci ile hareket etmek,
- Halka hizmet bilinci ile görev yapmak,
- Hizmet standartlarına uymak,
- Görevi yerine getirirken amaç ve misyona bağlı kalmak,
- Görevini dürüst ve tarafsız biçimde ifa etmek,
- Görevini yerine getirirken saygınlık ve güveni korumak,
- Vatandaşlara karşı nazik ve saygılı davranmak,
- Suç oluşturan veya etik davranış ilkelerine aykırı tutum ve davranışları yetkili makamlara bildirmek,
- Görevini yaparken her türlü çıkar çatışmasından kaçınmak,
- Görev ve yetkilerini menfaat sağlamak amacıyla kullanmamak,

- Hediye alma yasağı kapsamındaki hediyeleri almamak ve bu yasak kapsamında bir menfaat sağlamamak,
- Kamu mallarını etik kurallara uygun olarak kullanmak,
- Görevinde savurganlıktan kaçınmak,
- Kurumunu bağlayıcı açıklamalarda ve gerçek dışı beyanlarda bulunmamak,
- Yasal bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmek ve kamu görevinin gerekli kıldığı saydamlık ve katılımcılığı sağlamak,
- Yöneticiler açısından hesap verme sorumluluğunu taşımak,
- Eski kamu görevlileriyle ilişkilerde etik kurallara uymak
- Mal bildiriminde bulunmak

Adalet Meslek Etiği Konusunda Yardımcı Adalet Personelinin Bilgilendirilmesi

Yardımcı adalet personelinin mesleğini yaparken etik bir tutum sergilemesi ve etik dışı tutumlardan kaçınmalarının sağlanması açısından bu personele adalet meslek etiğine dair ilke ve değerlerin tanıtılması elzemdir.

Eğitim, malum olunduğu üzere, bireylerde istenilen davranış değişikliklerini meydana getirmeye yönelik çabalardan oluşan bir süreçtir. Geleceğin müstakbel yardımcı adalet personelini yetiştiren adalet meslek yüksekokulları müfredatında adalet meslek etiği dersine yer verilmekte ve bu ders kapsamında öğrenciler adalet meslek etiği konusunda bilgiler edinmekte, adalet meslek etiğinin ilke ve değerleri konusunda eğitilmektedirler. Bu eğitim sadece bilgilerin teorik biçimde aktarılması ile sınırlı kalmamakta etik değer ve ilkelerin idrakine yönelik uygulama ve örneklemeler de içermektedir.

Bu konuda ülkemizde ilk uygulamayı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu yapmış olup 2007 yılından beri adalet meslek etiği dersi birinci sınıf birinci yarıyılda haftada iki saat iki kredilik bir zorunlu ders olarak okutulmaktadır.

Halen Türkiye'de mevcut 53 adalet meslek yüksekokulu veya adalet programının 16'sının müfredatında adalet meslek etiği dersi yer almakta, adalet meslek etiği bu okulların 7'sinde zorunlu ders, 9'unda ise seçimlik ders olarak okutulmaktadır.

Yapılacak bir müfredat yeknesaklaştırması ile tüm adalet meslek yüksekokulları ile adalet programları müfredatlarında adalet meslek etiğine zorunlu bir ders olarak yer verilmesi ve halen görev yapan yardımcı adalet personeline yönelik verilecek hizmet içi eğitimlerde de bu konunun ele alınmasında büyük fayda telakki edilmektedir.

Yardımcı Adalet Personelinin Adalet Meslek Etiği Açısından Güçlendirilmesi

Aşağıda belirtilen koşulların en azından bir kaçının gerçekleşmesi durumunda yardımcı adalet personelinin adalet meslek etiği açısından daha güçlü bir konuma geleceği, böylelikle etik dışı tutum ve davranışların ciddi biçimde azalacağı kanaatindeyiz:

- Yardımcı adalet personelinin maaş ve diğer özlük hakları yönünden mevcut durumlarının iyileştirilmesi,
- Yardımcı adalet personeli alımlarında adalet meslek yüksekokulu ve adalet meslek lisesi mezunlarına **(gerçekten ve etkin biçimde!)** öncelik tanınması,
- Yardımcı adalet personelinin görev tanımlarının ve sahip olmaları gereken mesleki yeterliklerin tespit edilmesi, yapılan mesleği adının net biçimde ortaya konması,
- Adalet komisyonları nezdinde bir üyenin yardımcı adalet personelinin etik dışı tutumlarına yönelik başvuru mercii olarak görevlendirilmesi ve böylece yardımcı adalet personelinin sadece suç teşkil eden davranışları açısından değil etik ilkelere aykırılık bakımından etkin bir denetim ve takibe tabi tutulması
- Mesleğini yaparken örnek etik tutumlar sergileyen yardımcı adalet personelinin diğer personele duyurulması ve taltif edilmesi suretiyle etik tutum sergilemenin etkin biçimde teşvik edilmesi

- Adalet meslek etiği alanında geçerli etik ilke ve gerekliliklerin de, tıpkı yargı etiği alanında olduğu gibi, Adalet Bakanlığı tarafından özel olarak kurallar ile düzenlenmesi *(hem bu alanda ortaya çıkabilecek ihlallerin önlenmesi hem de adalet hizmetlerinin ülke düzeyinde nitelik ve nicelik açısından daha yetkin bir şekilde sunulması açısından son derece önemlidir!)*

Bu hususta söylenebilecek son söz ise: "Etik her zaman kazanır!" olmalıdır.

ALTINCI OTURUM

YARGILAMADA ETİK: AVUKATLAR

Oturum Başkanı

Feyzullah TAŞKIN

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

SUNUCU

Bu bölümde konuşma yapacak olanları da davet edelim. Ankara Baro Başkanı Av. Hakan CANDURAN, Almanya Goethe Üniversitesinden Prof. Lorenz SCHULZ ve Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri Av. İzzet Güneş GÜRSELER'i sahneye davet ediyoruz.

Sayın Başkan değerli konuşmacılar söz sizde.

BAŞKAN

Merhabalar. Evet son oturum olması nedeniyle herkesde yorgunluk vardır. Ama burada gerçekten uzman arkadaşlarımız var. Birlikte mesai sarfettik, değerli Ankara Barosu Başkanı Barolar Birliği Genel Sekreteri Sayın Güneş Bey ve değerli öğretim üyesi arkadaşımız Almanya'dan Goethe Üniversitesinden Sayın Lorens Schulz bizlerle birlikte.

Şimdi sözü Baro Başkanımız Sayın Hakan Bey'e veriyorum.

Buyurun Başkanım.

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ

Avukat Hakan CANDURAN
Ankara Barosu Başkanı

ÖZET:

Adalet, toplumdaki insanların düzene ve birbirlerine güvenin temelidir. Adalete güven nasıl sağlanacaktır?

Adaletin sağlanmasında özel süjelerden biri olan avukat, bağlı bulunduğu meslek kuruluşu olan baro, Türkiye Barolar Birliği ve uluslararası örgütlerin geliştirdiği ve uzun yıllar süren mesleki değer yargılarıyla meslek etiğini edinmiştir. Meslek etik değerleriyle yapılacak avukatlık adalete nasıl güvenileceği sorusunun cevaplarından sadece biri olacaktır. Avukat, sadece profesyonel ve deontolojik ilke ve kurallar ile adalete güvende ne kadar etkili olabilecektir? Avukatlık, uluslararası boyutlarıyla oluşan meslek kurallarıyla yapılabilirse ve meslek kurallarına uyulmaması halinde yaptırımlara maruz kalırsa etik değerler oluşacaktır. Ülkelerin gelişmesi sürecinde etik ilkelerin kabul edilebilirliği artmaktadır. Etik dışı bencilliğin karşısında avukatların bile sessiz kalması adalete güvenin önünde önemli bir etkendir. Avukatın, hâkimin etik dışı tutum ve davranışlarına sınırlar içinde tepki göstermemesi diğer bir sebeptir. Avukatların kimliksel olarak etik değerlerden uzaklaşmasının sonucu hâkim kimliğinde de etikten uzaklaşma ve yozlaşma getirecektir. Sonuçta çıkan anlam; etik yozlaşma veya etikten uzaklaşmanın, hukuk güvenliğinden yoksun kalınması ve adalete güvenin oluşmamasıdır.

GİRİŞ:

Adalet, toplumdaki insanların düzene ve birbirlerine güvenin temelidir.

Adalet bir temelse, adalete " güven" nasıl sağlanacaktır?

Avukat adaletin sağlanmasında süjelerden biridir. Ancak avukatlığın profesyonel ve deontolojik ilke ve kurallar ile yapılması adalete güven sağlamada ne kadar etkili olabilecektir?

Uluslararası boyutlarıyla oluşan, meslek kurallarına uyulmaması halinde yaptırımlara maruz kalınırsa "ETİK DEĞERLER" oluşabilecektir.

Ülkelerin gelişmesi sürecinde etik ilkeler içselleştirilebilmektedir. Gelişmişlik mesleki etik kurallarının daha kolay kabullenilmesini sağlayabilmektedir.

Etik dışı bencilliklerin karşısında, avukatların bile sessiz kalması adalete güvenin önünde önemli bir olumsuz etkendir.

Avukatların kimliksel olarak etik değerlerden uzaklaşmasının sonucu, hâkim kimliğinde de etikten uzaklaşma ve yozlaşma ortaya çıkacaktır.

Etik yozlaşma veya etikten uzaklaşma hukuk güvenliğinden yoksun kalınma adalete güvensizlik getirecektir.

MESLEK KURALLARI

Avukatlık Kanunu madde 117/7 'ye göre , "uyulması zorunlu meslek kurallarını belirlemek" görevi Avukatlık Kanunu 34'üncü madde gereğince, Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'ndadır.

Avukatlar Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen meslek kurallarına uyumakla yükümlüdürler.

Meslek kuralları Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından 1971 yılında kabul edilmiştir. Avukatlık meslek kuralları diğer ülkelerle kıyaslandığında nispeten yeni kurallardır.

Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunca kabul edilen meslek kuralları, uluslararası avukatlar meslek kurallarıyla benzerlik göstermektedir.

1989 yılında meslek kurallarında kısmi değişiklikler yapılmakla birlikte Danıştay kararları ile bazı meslek kurallarının uygulaması da iptal edilmiştir. Geçen yıllar içinde bazı meslek kuralları işlevselliğini yitirmiş, ancak Türkiye Barolar Birliği tarafından meslek kuralları üzerinde yeterli ve özenli bir çalışma yapılmamıştır. Bir kısım zamanın gereklerine uymayan veya değiştirilmesi gereken meslek kuralları yenilenmemiş veya ortadan kaldırılmamıştır. Diğer yandan barolar, meslek kuralları üzerinde özenli yenileştirme tekliflerini Türkiye Barolar Birliği'ne süreç içinde gönderememiştir.

MESLEK ETİĞİ OLUŞUMU

Etik Kurallar

a. Genel etik kuralların öğrenilmesi ailede ve ilköğretimde başlamaktadır. Genel davranış ve ahlak kurallarının yeterince öğrenilmesi ile bir üst etik yani "Hukukçu Etiği" ancak öğrenilebilecektir. Temel etik kuralların öğrenilmesindeki eksikler veya hiç etik kuralı öğrenmeden yetişkinlik dönemine geçiş ileri eğitim ve yaşam aşamalarında mesleki etiğin öğrenilmesini kısıtlamaktadır. Ancak son yıllarda ülkemizdeki deformasyonların artması, ahlaki niteliklerin zayıflaması ve farklılaşması ile ailelerin etik kurallara bakışı da yozlaşmıştır. Ekonomik deformasyonlar ile sosyal deformasyonlar da toplumdaki etik değerlerin yitirilmesinde veya öğrenilmemesinde etkin rol oynamaktadır.

b. Yükseköğrenimde (hukuk fakültelerinde) meslek etiği ve hukukçu etiği kavramlarına değinilmemekte, mesleki öğrenim üzerinde yoğun eğitim verilmektedir. Ancak ne genel ve ne de hukukçu etiği kavramları üzerinde ciddi bir eğitim verilmesi yönünde çalışmalara rastlamak mümkün değildir. Özellikle son yıllarda hukuk fakültelerindeki sınırlanamaz sayısal artış neticesinde etik değerlere ilişkin eğitim bir yana mesleki eğitim bile yeterince verilememektedir.

c. Ailesinde ve hukuk fakültesinde "hukukçu etiğini" kazanamayan öğrenci mezuniyet ile birlikte Ankara Barosu'nda staja başlamaktadır. Ankara Barosu staj eğitimi konusunda ülkemizde bir "marka" haline gelmiş olduğundan, mesleki eğitim ve meslek etiği konusunda birçok barodan çok daha ileri düzeyde eğitim verebilmektedir. Özellikle yasal 120 saatlik avukatlık eğitiminin nitelikli bir bölümü "meslek kuralları" nın öğretilmesi çalışmaları ile doldurulmaktadır. Diğer yandan staj eğitimi boyunca her 40 stajyer avukata atanan bir "danışman" avukat ile stajyer avukatlara "rol model" verilmektedir. "Rol model" danışman avukatların seçiminde en az 5 yıllık kıdem, disiplin cezası almamış olmak gibi koşullar aranmaktadır. Ancak diğer barolarda bu yönde bir eğitim ve öğretim programı bulunmadığından, stajyer avukat ancak yanında staj yaptığı avukatın edinmiş olduğu "meslek etiği" ni öğrenebilmektedir. Bu durumda yeknesak bir meslek etiği kazanılması güçleşmektedir.

d. Ankara Barosunda stajyer avukatın meslek etiğini öğrenip öğrenemediği ise, "mülakat" ile belirlenmeye çalışılmaktadır. Bilindiği üzere staj sonrasında yapılan mülakat neticesinde stajyer avukat mesleki bilgi ile avukatlık meslek kurallarını yeterince öğrenemediyse en fazla 6 ay süre ile stajı uzatılabilmektedir. Bu durumda stajyer avukat meslek etiğine ilişkin bilgiyi öğrense de öğrenmese de en geç bir buçuk yıl sonra avukat olabilmektedir.

DİSİPLİN YARGILAMASI VE ETİK KURUL:

Meslek kurallarının Avukatlık Kanunu gereğince, avukatların Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü olduğu bilinmektedir.

1971 yılından beri ülkemizdeki tüm avukatlar "meslek kuralları" ile bağlıdırlar. Bu kurallara uymamanın müeyyidesi baroların disiplin kurullarında yargılanmaktır. Meslek kurallarına uymamanın karşılığında avukatın meslek kuralını ihlal ettiğini belirlenmesi halinde uyarıdan meslekten çıkarılmaya kadar ceza ile karşılaşması olası bulunmaktadır.

Bununla birlikte, etik kuralları salt ihlalleri düzenleyici normlar olarak görmek yerine "proaktif" işlemini yeni haliyle veya habersiz ziyaret ve kontrollerle avukatlıkta etik kurallara uyumun daha kolay sağlanması mümkün olabilecektir.

Barolarda disiplin kurullarının işleri daha çok norm denetimini ihtiva etmektedir. Etik kuralların ihlali Disiplin Kurullarınca dikkate alınmadığı için en azından etik kuralların ihlali halinde baro disiplin kurullarının önüne, ihlalcilerin çıkarılması doğru olmamış olacaktır.

Ayrıca disiplin ve etik kurullarında, kıdemli avukatlar ile emekli yargıçların görev yapmasının sağlanması denetim anlamında daha etkin sonuçların alınmasını sağlayabilecektir.

Etik kurallarının ihlalinde karşılaşılan üç hal vardır.

1- İhbar / şikayet edilme riski

2- Yakalanma riski

3- Disiplin Yargısı uygulanma riski

Belirlenebilen etik kuralı ihlallerine rağmen, belirlenemeyen ihlallerin meslek etik kurallarına nasıl etki yapacağı konusunda araştırmalar yapmak gerekmektedir.

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİ SORUNUNUN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ:

Ailede verilecek etik değerlerin artırılması, içinde bulunduğumuz koşullarda pek mümkün görülmediğinden bu aşamada genel etik kurallarının iyi öğrenilmesi konusunda biz hukukçuların yapabilecekleri çok fazla bir şey bulunmadığı düşünülmektedir.

- Hukuk fakültelerinde mutlak surette hukukçu etiği adı altında sınavlı dersin müfredat içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Söz konusu "hukukçu etiği" dersinin ciddi bir surette sınav ile değerlendirilmesi ve meslek dersleriyle aynı değerde kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

- Avukatlık sınavının istisnasız 2 dereceli olarak hemen yasal değişiklik ile getirilmesi zorunludur. Avukatlık sınavı, öncelikle, hukuki alt yapısı ve tutarlılığı olmayan, sadece siyasi gayelere hizmet eden "kazanılmış hak" kavramından arındırılmalıdır. Diğer yandan avukatlık sınavı staja başlayabilmek için "akademik formasyonu" ölçen bir test ile başlamalıdır. Belli bir hukuki eğitim düzeyine ulaşan hukuk fakültesi mezunlarının barolarda staj eğitimine başlaması sağlanmalıdır. Avukatlık stajının bitimi ile de barolar tarafından yapılacak klasik yazılı ve mülakatlı sınav ile de stajyer avukatın "avukatlık sanatı" nı ve "avukatlık meslek etiği" ni öğrenip öğrenmediği ciddi olarak sorgulanmalıdır.

- Avukatlık stajında mecburi olarak verilen 120 saatlik eğitimin önemli bir bölümünün "avukatlık meslek etiği" ne ayrılması zorunlu olmalıdır.

  Diğer yandan 79 baronun tamamında yeknesak bir staj eğitiminin mutlaka hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bütün barolarda staj eğitiminin yeknesaklığının sağlanmasında, Türkiye Barolar Birliği ile Ankara Barosu gibi yasal stajı tamamen başarabilen baroların bilgi ve birikimlerinden yararlanılması, avukatlık meslek etiği konusunda uzmanlaşmış meslektaşlardan ülkedeki barolara eğitim vermesi konusunda destek alınmalıdır.

- Ülkemizde hukuk fakültelerini denetimsiz olarak sürekli çoğalması ve avukatlık sınavının olmayışı nedeniyle avukat sayısı da kontrol edilemez şekilde artmaktadır. Avukat sayısının artması, staj imkanların kısıtlılığı ve eğitim/öğretim eksiklikleri ile birleştiğinde, meslek etiği konusunda yeterli eğitim alınmamaktadır.

- Barolara bulundukları ildeki avukat sayısını belirleme yetkisinin mutlaka verilmesi zorunlu hale gelmiştir. Barolar bulundukları ildeki avukat sayısını belirleyebildikleri zaman meslek eğitine ilişkin problemlerin azalmaya başlayacağı bilinmelidir.

- Ülkemizdeki ekonomik koşulların zor olması, yargılamaların uzaması, yargıda bir çok problemin olması nedeniyle yargıç ve savcıların da meslek etik problemlerini yaşadıklarını görmekteyiz. "Yargının kirlenmesi" probleminin iki ayağı yargıç ve savcılar ise son ayağı da avukatlar olmaktadır.

- Baroların disiplin kurullarından ayrı olarak "Baro Etik Kurulu" nun kurulması gerekmektedir. Genelde disiplin kururları meslek etiğine aykırı olan birçok konuda meslektaşlarını cezalandırma eğilimi dışında hareket edebilmektedir. Kurulacak "etik kurul" ile meslek etiğine aykırı davranmış bulunan meslektaşların cezalandırılmalarından öte ahlaki değerlendirme ile meslek kurallarının çiğnenmesinin önüne geçilebilecektir.

- Mesleki bilgi ve gelişmenin temel unsurlarından bir tanesi "sürekli eğitim" ve diğerinin de "sertifikasyon" olduğu tartışmasızdır. "avukatlık meslek etiği" nin de avukatlık mesleğinin yapılması aşamalarında düzenli aralıklarla tazelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Bu yönüyle meslek etiğine ilişkin bilgilerin tazelenmesi, yeni meslek ve etik kurallarının meslektaşlara öğretilmesi, sonucunda denetlenerek başarılı olanlara sertifika verilmesi de bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu eğitime katılmış meslektaşların aldıkları sertifikanın, müvekkiller açısından da güvenirliliği arttırıcı bir faktör olabileceği düşünülebilecektir.

BAŞKAN

Sayın Başkanıma çok teşekkür ediyorum Değerli önerileri oldu, bende onları not aldım. Şimdi Sayın Prof. Lorenz SCHULZ'u dinleyeceğiz.

Buyurun Sayın Schulz.

Prof. Lorenz SCHULZ
Goethe Üniversitesi, ALMANYA

Bana bu fırsatı verdiği için Adalet Bakanlığına şükranlarımı sunuyorum. Goethe Üniversitesi'nde eğitim verdiğimden, sizlere Goethe'nin bir sözünü alıntılamak istiyorum: "Ne kadar sıkıcı olursa olsun gerçeği pek çok kez söyleyebilirsiniz. Belirtmek istediğim ilk husus, meslek etiğinin başlı başına oldukça özel olduğudur. Genel etik ilkelerinden uygulamalı etiğe ve oradan da tek bir mesleğe dair ilkelere, avukatlık etiğine giden uzun bir yol söz konusudur. İkinci husus da gözlemcinin bakış açısıyla meslek etiğinden bahsetmenin oldukça çelişik bir durum olmasıdır. Suistimali kolaydır. Krizde olan bir meslek, bir şirket, bir kurum söz konusu ise er geç etik hakkında konuşulur. Ondan önce satacağımız etik yok ise bile daha sonradan olur. Satacağımız etik, yani ekonomi etiği, bencil kapitalizmi gizleyecek faaliyetler. Elbette bu gözlem en nihayetinde iç perspektifin benimsenmesini ve mesleki etikten felsefi çerçevede bahsedilmesini yasaklamaz - ki ben de şimdi tam olarak bunu yapacağım. Üçüncü husus, mesleklerin genellikle hukuki kısıtlamalarla karşı karşıya olmasıdır. Kısıtlamalarımız ne kadar fazlaysa, etiğe o kadar az ihtiyacımız olur. Hukuk kurallarıyla ne kadar fazla ilgilenirsek, konunun evrenselliği o kadar az olur. Konu, yargı mesleği için tanımlanmış roller sağlayan özel bir hukuk sistemidir. Hâlihazırda kabaca yapılmış bir hukuki karşılaştırma ile de dünyadaki modellerin çoğulluğu görülmektedir. Aralarındaki farkın en belirgin olduğu alan ceza yargılaması sistemleridir. Benim çıkış noktam ise en bilinenlerinden bir tanesi. Çekişmeli sistem ve soruşturma sistemi arasındaki fark. Bunların her ikisi de bir ceza yargılaması prosedürünün üç ana aktörü olan hâkim, savcı ve suçlanan sanığı - faili - temsil eden avukatın (duruşma avukatı veya dava vekili) rollerini tanımlamaktadır. Aşağıda, sorgulama sisteminde avukatın rolü üzerinde duracağım. Ayrıca, profesyonel olmayan ya da ahlak dışı ya da yasadışı davranış, yani ceza

hukukunda suç niteliği taşıyan yasadışı davranış ile ilgili müeyyidelerde temel bir farklılık söz konusudur. Dolandırıcılık, vs. gibi basit suçların yanı sıra, etiğe en yakın suç, çekişmeli dava sürecinde mahkemeye saygısızlık ya da soruşturma sürecinde ihanettir. Dördüncüsü, bu kabataslak tabloyu ele alarak, ceza hukukunda Alman sorgulama sürecine dair çok önemli sorunlara vardım. Bu çerçevede dahi sorunların daraltılması gerekir. Küreselleşmenin yönlendirdiği, devam eden bir dönüşüm söz konusudur. Küreselleşme, yasa oluşturma ve yasayı uygulama sürecinde küresel oyuncular olarak büyük hukuk firmalarının yükselişini ifade etmektedir. Bu firmalar iki organizasyon modeli izlemektedirler.

a: Ortakların firmanın gelirine yaptıkları katkıdan bağımsız olarak yıl sonunda eşit hisse aldığı eski tip, eşitlikçi model. İkinci model,

b: Gelirini faaliyetlerine göre avukatlara dağıtan, modern ve giderek popüler hale gelen bir işletme biçimi.

Bu daha sonraki b modeli eski modele galip gelecektir. Giderek artan sayıda hukuk firması büyük yatırım haline gelecektir. Örneğin Freshfields'i satın alan Warren Buffet'yi ele alalım. Bu son derece tartışmalı bir gelişmedir. Bugüne kadar, Avrupa Birliği'nde benim deyimimle bu kâr modelinin hukuki olasılığına ilişkin olarak bir fikir birliğine varılamamıştır. Diğer durumlarda da olduğu gibi, Birleşik Krallık kâr modelinin savunulmasına öncülük etmektedir. Görünen o ki, bu durum faydacı ve ontolojik yaklaşım arasındaki etik zemin tartışmasını yansıtmaktadır. Artık, uygunluk (15-20 yıl önce bu kelimeyi duymuyorduk) giderek daha da önem kazanmaktadır. Bahsettiğim modern hukuk firmaları modeli ve dolayısıyla da dolaylı olarak kâr modeli önem kazanacaktır. Beşinci olarak, Almanya'da büyük İngiliz-Amerikan hukuk firmalarının bir ceza hukuku şubesi kurma girişimi başarısızlıkla sonuçlandı. Konu, yani ceza hukuku konusu, büyük bir hukuk firmasında kârlı bir ceza hukuku şubesi açmak için fazla ölçüde kendine has görünmektedir. Müvekkiller güven ister. Bu da gece gündüz güvenecek insanlara ihtiyaçları olduğu anlamına gelir. Yakın zamanda böyle bir olay gerçekleşti, Deutsche Bank'ın beş eski CEO'su bir yıl boyunca Münih Bölge Mahkemesi'nde yargılandı. Yine her zamanki firmalardan pek çok avukat tutuldu. Yani, Berlin, Düsseldorf,

Hamburg ve Münih'teki ünlü ceza hukuku firmalarından. Sonunda, büyük firmalar bu geleneksel ceza hukuku pazarından çekildiler. Ancak uygunluk yalnızca kısmen ceza hukukunun konusu olduğundan yeni uygunluk pazarında başarılı oldular. Müvekkiller, büyük oranda ekonomik beceri de dâhil olmak üzere, ceza hukuku ve medeni hukuk, kısmen de idari hukuk içeren tam bir hukuk paketine ihtiyaç duymaktadır. Burada, Freshfield gibi firmalar başlıca oyunculardır. Zorlu davalar çoğunlukla ABD mahkemeleri tarafından Yolsuzluk Uygulamaları Yasası'nın uygulanmasının yayılmacı yorumlanmasından ötürü genellikle ABD makamlarının yetkili olduğu büyük şirketler ya da bankalar ile ilgili uluslararası davalardır. FIFA'dan bildiğiniz gibi, Amerikan mahkemelerinin yetkin olduğumuzu söylemeleri için Amerikan bir e-posta sağlayıcıdan alınmış bir Amerikan hesabını kullanmak yeterlidir. Bu yine büyük firmaların önemini arttırmaktadır. Bunların kendi avukatlarının hayli zorlu olan etik kurallarına değinmeyeceğim. Altıncı husus, Almanya'da, Federal Avukatlar Yasası'nın en son 2015 yılında tadil edilmiş bazı genel maddelerinin mevcut olmasıdır. 43. bölümde, bir genel mesleki görevlerimiz, bir avukatın temel görevleri yer almaktadır. Bunu okumayacağım. 43 a'da - şimdi bu Türkiye için ilginç - bir avukatın temel görevleri var. Bölüm 43 a'nın görünür bir tadil olduğuna dikkat ediniz. Bu tadil gereklidir zira bu görevlerin birer kamu kurumu olan avukat odaları tarafından oldukça etik biçimde tanımlanmasına karşı Yüksek Mahkeme'nin 1987'de verdiği karardır, - daha önce sözü edildiği gibi - bu karar Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmişti. Yüksek Mahkeme'ye göre bu temel görevlerin Alman Anayasası'na uygun olarak yasama organı tarafından tanımlanması gerekmekteydi. Bu odaların, uygunsuz olarak değerlendirilen bir avukat davranışına yaptırım uygulama yetkisini kullandıkları bilinmektedir. Şimdi ise bu davranışın yaptırıma tabi olması için yasadışı olması gerekmektedir. Alman odalarının avukatları göz ardı ettikleri Nazi dönemi geçmişi üzerinde durmayacağım. Daha yakın dönemde, gazetelerde veya metro istasyonları gibi kamuya açık alanlarda avukatların reklam yapmalarını uygunsuz veya yanlış olarak değerlendirmek suretiyle yasaklamışlardı. Daha sonra, Yüksek Mahkeme bu tür faaliyetlerin alanını açtı ve yasama organı yasayı tekrar değiştirdi ve 43b yürürlüğe girdi. Avukatların yalnızca kendi hizmetlerinin reklamını yapmalarına, söz konusu reklamın mesleki hizmetlerin biçim ve niteliğine

ilişkin somut bilgi vermesi kaydıyla ve özel talimatlar veya özel avukatlık hizmetleri talep etmeyi amaçlamadığı sürece izin verildi. - Bu söz konusu bölümün içeriğini oluşturmaktadır. Son olarak, yasama organları, artık işletmeleri gün geçtikçe daha fazla yönlendiren uzmanlaşmış avukatların kurumsallaşmasına izin vererek avukatlık alanında artan uzmanlaşmayı güvence altına aldı. Dolayısıyla 43c sayılı bölümümüz var. Yasanın genel görevlere ilişkin ifadesinden esasları çıkardığımızda, objektiflik, tarafsızlık, bağımsızlık ve dürüstlük gibi hep birden etik olan standartlara ulaşırız. Bu görevleri içerikle doldurmak hem mahkemelerin hem de etiğin meselesidir. Mahkemeler asgari görevler belirtirler. Etik orta düzeyde veya en uygun görevleri tanımlayabilir. Dolayısıyla, bir avukat kendi hizmetinin reklamını oldukça agresif bir biçimde yapabilir. Etik, ona uygun biçimde davranmaya devam etmesini söyleyebilir. Son olarak, yedinci madde. Ancak, ne tür bir etik? Varoluşçu etik mi, sonuçsalcı etik mi yoksa faydacı etik mi? Her durumda, evrenselci etik çerçevesinde kolay sonuç elde etmesini yasaklayan etiktir. Ceza yargılaması usulünde, avukatın hizmetleri, usulün sanığı korumaktan mağduru korumaya yönelen temel geçişinden ötürü saldırı altındadır. Oturumlarımızdan birinde, Gülriz Uygur mağdurlar hakkında konuşmuş, mağdurların sessiz kalmak değil, konuşmak zorunda olduklarından bahsetmişti. Dolayısıyla, sessiz kalma hakkımı kullandığımda bu failin bakış açısıdır. Gülriz'in bakış açısını seçersem, bu mağdurun bakış açısıdır. Sanığın bakış açısından mağdurun bakış açısına bir geçişimiz var. Ve bu konuda şunu söylemek gerekirse, zira makamlar sizden bir itirafta bulunmanızı istemektedir - tam bir itiraf beklemektedir -. Savcılıktan ve mahkemelerden avukatlarca istenecek temel adil yargılama görevine riayet eden az çok etik bir organ olsa idi, ceza yargılaması usulünde savunma avukatının temel rolü üzerinde ısrarcı olmak daha kolay olurdu.

Anayasa Mahkemesinden bahsetme sebebim anlatacağım şeyi size en basit resmi ile gösterebilmekti. Size başında da söylediğim üzere siyasi durum, siyasi çekişme çok daha karmaşık ve size dört nokta olarak anlatabileceğimden çok daha katmanlı bir yapıya sahip. Örneğin anayasa mahkemesine destek üst idari mahkeme, Ulusal Yargı Odası adı verilen kendini yöneten hâkimlerden oluşan bir dernek, çok sayıda adli yetkili

kurumlar, avukat dernekleri, yasal kurumlar vb. yerlerden gelmişti. Anayasa mahkemesinin savunması sizin de söylediğiniz üzere ve size de bu konuda tamamen katılıyorum, yargının bağımsızlığı ilkesinin savunulması demektir, belirli kurumların veya belirli hükümet organlarının böyle bir bağımsızlığın ihlaline karşı bağımsızlıkları ilkesinin savunulması demektir. Söylediğim üzere, problemi göstermek üzere size yasal bir tablo sundum ama elbette bu tablo daha büyük bir problemin çok küçük bir kesintisi. Elbette anayasa hâkimleri oldukça çok özel bir konu. Sizin de kesinlikle bildiğiniz üzere, sanırım Estonya hariç çoğu Avrupa ülkesinde çift sistem mevcut. Yüksek mahkeme ayrı bir mahkemedir, anayasal mahkeme ise ayrı bir mahkemedir. İkisi ile birlikte uğraşan ABD'nin Yüksek Mahkemesi'nin olduğu bir sistem değildir. Oradaki mahkeme hem en yüksek mahkemedir hem de anayasa mahkemesidir. Bizde ise bu iki mahkeme ayrılmıştır fakat bunlar halen mahkemedir. Burada karar veren hâkimler de halen hâkimlerdir. Ve ayrıca, yüksek mahkemedeki hâkimler anayasa mahkemelerine atanarak anayasa hâkimleri olurlar. Önceden farklı mahkemeler arasında "yoruma dayalı kararlar" adı verilen meseleler hakkında gerilimler vardı, bu kararlar ile ilgili konu başka bir tartışma konusudur - fakat son altı aydır bu yargı içerisinde yaşanan gerilimler ortadan kayboldu. Bir problem yaşamıyorlar. Çok teşekkürler.

BAŞKAN

Evet, Bay Schulz'a değerli konuşmalarından dolayı çok teşekkür ediyorum.

Şimdi Sayın Genel Sekreterimiz Güneş Bey'e söz verelim. Buyurun

AVUKATLIKTA MESLEK ETİĞİ

Av. İzzet GÜNEŞ GÜRSELER
Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri

Yargısal etik standartları hukukun üstünlüğüne saygı duyan ülkelerde geçerli olur.

Avukatlıkta meslek etiğini yani avukatların mesleklerini icra ederken uyması gereken etik kurallarını irdelerken öncelikle avukatlık mesleğinin genel bir çerçevesini çizerek nasıl bir meslek olduğu ve ilkeleri üzerinde durmak gerekir. Bunu yaparken en önemli yardımcı Anayasa Mahkemesi'nin Esas 2007/16, Karar 2009/147 sayılı ve 15.10.2009 tarihli kararıdır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDA AVUKATLIK

Anayasa Mahkemesi'nin, 5558 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un avukatlık sınavını kaldıran, 1. maddesini iptal eden Esas 2007/16, Karar 2009/147 sayılı ve 15.10.2009 tarihli kararı gerekçeli olarak 8.1.2010 tarih ve 27456 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.

Bu karar, gerekçesinde mesleğimize yönelik olarak içerdiği yaklaşımlar açısından önemlidir ve yıllardır savunduklarımızın Anayasa Mahkemesi düzeyinde yanıt bulduğunu göstermesi açısından sevindiricidir. (Bu karardan sonra avukatlık sınavının nasıl düzenlenmesi gerektiği ve neden hala düzenlenmediği ise ayrı bir yazının konusudur.)

Gerekçe aynen şöyledir;

"Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine

vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır.

Anayasa'nın 135. maddesi ile birlikte Avukatlık Kanunu'nun Barolara ve Türkiye Barolar Birliği'ne yüklediği görevler, tanıdığı hak ve yetkilerle bu kuruluşların toplum ve devlet yaşamı için gözardı edilmeyecek önemleri de düşünülürse, avukatların genel niteliklerine verilen değer kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Her serbest mesleğin kendine özgü yanları, birbirinden ayrılıkları bulunduğu gibi uzmanlık alanlarının farklılığı, farklı uygulamaları doğal, hattâ zorunlu kılar. Avukatların, savunma görevini üstlenmeleri ve adaletin gerçekleşmesine katkıları, mesleğin özelliği sayılmakta ve kimi kısıtlamalara bağlı tutulmalarının haklı nedenlerini oluşturmaktadır. Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülemeyecek saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan "bağımsız yargı", yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, "sav-savunma-karar" üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden yasalaştığı anlaşılan dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçe ile mesleğimiz için kabul ettiği ya da mesleğimizde geçerli olmasını istediği ilkeleri şöyle vurgulayabiliriz:

- Avukatlık mesleği bir kamu hizmetidir, avukat, yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev alarak kamu yararına hizmet etmektedir.
- "Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır."
- "Avukatların, savunma görevini üstlenmeleri ve adaletin gerçekleşmesine katkıları, mesleğin özelliği sayılmakta ve kimi kısıtlamalara bağlı tutulmalarının haklı nedenlerini oluşturmaktadır. Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülemeyecek saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir."
- **"Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan "bağımsız yargı", yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, "sav-savunma-karar" üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir.** Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir."
- "Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her

türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. **Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır."**

Anayasa Mahkemesi'nin avukatlık mesleğine yaklaşımının altını çizdikten sonra güçlü ve bağımsız savunma mesleği neden gereklidir? Sorusunu yanıtlamak gerekir.

Güçlü ve bağımsız savunma mesleği;

- hukukun üstünlüğünün,
- hukuksal uzlaşmanın,
- adil yargılanma duygusunun ve
- toplumsal barışın

güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.

Güçlü ve bağımsız savunma mesleği bunun için gereklidir.

Avukatlığın iki temel niteliği:

1. Avukat kamu görevi yapmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde belirtildiği gibi avukatlık kamu hizmeti niteliğinde bir serbest meslektir. Ayrıca avukat, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı temsil eder. Yargının kurucu unsuru olduğu için sav ve hüküm ile birlikte yargıyı kurduğu için gördüğü hizmet kamu hizmeti niteliğindedir. Ancak kendisi kamu görevlisi değildir.

2. Avukat bağımsızdır.

Avukatlık mesleği, yargıyı kuran bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden bir serbest meslektir. Avukat sadece müvekkiline karşı değil, devlete karşı ve hatta topluma karşı da bağımsız olmalıdır. Çünkü avukatın aynı zamanda hem hukuka hem de müvekkilin çıkarlarına hizmet edebilmesi gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olur.

Bu özellik ve nitelikteki avukatlığın amacı nedir?

Avukat hukuki ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organlarına, resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektedir. Bu nedenle avukat üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilin buyruğu altında ne de yalnız onun çıkarları ve yararları peşindedir.

İşlevi, niteliği ve özellikleri bu şekilde özetlenebilecek avukatlık mesleğinin etik kuralları yasa ve yönetmelikler içinde düzenlendiği gibi ulusal ve evrensel mevzuat ile de belirlenmiştir.

MESLEK KURALLARI

Avukatlık Kanunu'nun 34 üncü maddesi avukatların Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü olduklarını düzenlemiştir. Kanun, belirleme görevini 117/7 maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'na verirken belirlenen kurallara uyulmasının zorunlu olduğu hükmünü de getirmiştir. Türkiye Barolar Birliğinin 8.9.1971 tarihinde toplanan Genel Kurulu da halen yürürlükte olan meslek kurallarını belirlemiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 134'üncü maddesi; avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında disiplin cezası uygulanacağını düzenlemiştir.

AVUKATIN SORUMLULUKLARI

Ulusal ve uluslararası düzenlemelere uyarak görevini yerine getirmesi gereken avukatın davranışlarını belirleyen ve yönlendiren sorumluluklarından bazılarını başlıklar altında değerlendirebiliriz.

Kendine Karşı Sorumluluğu

Avukat öncelikle kendine karşı sorumludur, bu sorumluluğun temel dayanakları aldığı hukuk eğitimi sonunda edindiği vicdani değerler ve de mesleğe başlarken ettiği yemin, içtiği andıdır. Avukatlık Yasası 9'uncu maddesi bu andı; "***Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine andiçerim.***" şeklinde düzenlemiştir. İçtiği bu and, yasa ve meslek kuralları ile birlikte avukatın bütün yaşamını düzenlemesinde en önemli yol gösterici olmalıdır (Mesleğe başlarken edilen yeminin önemini belirtirken ülkemizde yargıç ve savcılarımızın yemin etmeden göreve başladıklarını belirtmeliyim.). Örneğin avukat özel hayatında kendini tüm bu kuralların baskısı altında hissetmelidir. Özel hayatın gizliliği ve de dokunulmazlığı esastır ancak avukatın "bu benim özel hayatımdır" diyerek yakışıksız davranışlar içinde olamaz, özel hayatında da mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır.

Avukat giyim kuşamını da bu baskı altında düzenlemek zorundadır. Adliye ve bürosu dışında da düzenli giyinmek, düzgün davranmak zorundadır. Adliyeye gidince giyilen cüppe, altındaki pejmürdeliği örtmez, pejmürdelik cüppeye saygısızlıktır.

Başkalarından bekleyebileceğimiz saygının kendimize duyduğumuz saygıdan fazla olamayacağı gerçeği karşısında, mesleğimize ne kadar çok saygılı davranırsak toplumdan o kadar saygı göreceğimizi unutuyoruz.

Belki de çok az bedel ödeyerek, sadece herhangi bir hukuk fakültesini bitirerek kolayca elde ettiğimiz için mesleğimizin değerini bilmiyoruz.

Cüppemizin yakasının temizliğinden, kıyafetimize, büromuzun düzeninden tüm ilişki ve davranışlarımıza kadar genel özelliğimiz bu

değeri bilmediğimizi gösteriyor. Adliye çalışanları ile meslektaşlarımızla, müvekkillerimizle ve karşı tarafla ilişkilerimizin ortalaması da hep bu genellemeyi doğruluyor. Bunun bir başka kanıtı da uğradığımız saldırılardır. Her yıl çok sayıda meslektaşımız saldırıya uğruyor ve bu saldırılar ölümle sonuçlanabiliyor. Bunları gerçekleştirenler ise genelde ya müvekkillerimiz ya da üstlendiğimiz işin karşı tarafı. Yani kendi müvekkillerimiz de onların hasımları da bizleri kolayca saldırılabilecek konumda görüp saygı duymuyorlar.

Topluma/Adalete Karşı Sorumluluğu

Avukat aldığı hukuk eğitimi ile edindiği birikimini toplumda hukuk bilincinin gelişmesine, adalete ve yargıya olan güvenin korunmasına katkı yapacak şekilde kullanmalıdır. Güveni sağlayacak olan kurum içindeki bireylerin güven verici davranışlarıdır.

Avukatlık ve genel olarak hukukçuluk topluma siyasal ve sosyal alanlarda hizmete en uygun meslektir. Avukatın sorumluluğunu yerine getirebilmek, sosyal ve siyasal gelişmelere katkıda bulunabilmek, öncülük edebilmek için düşüncesine uygun sivil toplum örgütlerinde ve siyasi partilerde görev alması gereklidir.

Müvekkiline Karşı Sorumluluğu

En temel sorumluluk dürüst olma sorumluluğudur. Avukat üzerine aldığı işin öngörebildiği hukuki sonucunu müvekkiline açıklamak ancak bunun bir teminat olmadığını da belirtmek zorundadır. Avukat haklıyı haksız, haksızı da haklı yapma gayretinde olamaz, avukat gerçeğin ortaya çıkmasını ve herkesin hakkına almasını sağlamada yardımcı olma durumundadır.

Avukat yüklendiği iş ile birlikte öğrendiği sırları saklama sorumluluğundadır.

Avukat, müvekkiline hukuki yardımda bulunmak için işi üstlenmiştir, müvekkilin yerine geçmemiş onunla özdeşleşmemiştir. Bu ölçünün kaçırılmaması gerekir.

Yargı Organlarına Karşı Sorumluluğu

Avukat, görevi kapsamında temasta bulunduğu tüm kişilere; yargıç, savcı, adliye personeli, noter ve diğer tüm ilgililere görevinin ölçü ve gereklerine uygun davranmak zorundadır.

Meslektaşa Karşı Sorumluluğu

Avukat, meslektaşları ile dayanışma anlayışı içinde hareket etme durumundadır. Adalet ve eşitlik ilkelerinden ayrılmadan mesleki birlikteliği ve mesleğin onurunu koruyacak davranışlar gösterilmelidir. Takip ettikleri davada hasım durumunda olan avukatların bu hasımlıklarını duruşma salonu dışına çıkınca mesleki hısımlığa dönüştürmeleri gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi avukat iş sahibi ile özdeşleşmemiştir sadece vekil olarak işi takip etmektedir.

Meslek Örgütüne Karşı Sorumluluğu

Avukat meslek örgütüne yani barosuna ve barolar birliğine karşı üyeliğinden kaynaklanan görev ve sorumluluklarını yerine getirmek zorundadır. Ancak bu yerine getirme uzaktan bakmakla sadece genel kurul toplantılarına katılıp imza atıp oy kullanmakla sağlanamaz. Çalışmalara katılmak, kurullarda görev almak gereklidir. Avukat sayısının önlenemeyen olağanüstü artışı karşısında har avukata büyük sorumluluk düşmektedir.

Sonuç Yerine

Henüz demokrasimizi kurumlaştıramadık, eksiklerimizi gideremedik. Erkler ayrımını yerleştirip, içselleştiremedik. Gerçek demokrasiye ulaşamayınca "hukuk devleti" de olamadık. Hukuk devletini oluşturamayınca yargımız bağımsız ve tarafsız olamadı ve böyle bir yargı organı içinde savunmamız da bağımsız değil.

İşte bu olumsuz tablo içinde etik kurallar ne kadar benimsenebilir?

Temel sorunumuz demokrasiyi içselleştirebilmektir.

İçselleştirilmiş ve kurumlaştırılmış bir demokrasi belirttiğimiz zincir içinde yargı etiğini de oluşturacaktır.

BAŞKAN

Evet ben değerli konuşmacılara çok teşekkür ediyorum. Sayın Başkanımız Av. Hakan Bey temelde çok öneri getirdi ama dikkat çekici iki önerisi var. Bir tanesi stajda sınav getirilmesi ve burada etik yönden değerlendirmenin üst düzeyde tutulması önerisi var. Kıymetli bir öneri olduğunu düşünüyorum. Diğeri de barolarda etik kurulların oluşturulması bu da çok kıymetli bir öneri mutlaka değerlendirilmesi gerekiyor diye düşünüyorum. Sayın Schulz avukatlık mesleğinin Almanya'daki ve Dünyadaki gelişimi ile ilgili bizlere bilgi verdi. Bilhassa şirketleşme ile ilgili gelişmeleri, ceza yargısındaki durumunu ve büyük ticaret sermaye şirketlerindeki gelişimi ile ilgili bilgi verdi. Ayrıca Almanya'daki avukatlık hukukunun gelişimlerine ilişkin 43a 43b 43c'de işte burada avukatların görevlerinin belirlenmesinin yasalarla olması gerektiği sınırları, ihtisaslaşma üzerinde durdu. Sayın Genel Sekreterimiz de demokrasi, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, savunma bağımsızlığı ilişkisi üzerinde durdu. Akabinde hak arama özgürlüğü ve adil yargılanmanın detaylarını bize anlattı. Daha sonra avukatların bağımsızlığı sorumluluğu ve kanun tasarısına kısaca değindi. Kanun tasarımız hakkında inşallah bu sene içerisinde öncelikle geniş katılımlı bir toplantıda sempozyumda bütün baro başkanlarımızın ve değerli hocalarımızın katılımlarıyla bir değerlendirme yapacağız. Değerlendireceğiz evet sorularınız değerlendirmeleriniz varsa çok kısa bir şekilde alalım buyrun. Evet olmadığını görüyorum. Çok teşekkür ediyorum.

Ama bir önerim var genç meslektaşlarıma. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın hepsinin mutlaka okumasını arz ediyorum. Aynı zamanda benim kanaatime göre erdemli bir insan olmanın da iyi bir hâkim olmanın da ipuçları var. Mutlaka okumalarını tavsiye ederim. İlginiz için çok teşekkür ederim. Saygılarımla.

T.C.
ADALET BAKANLIĞI
STRATEJİ GELİŞTİRME BAŞKANLIĞI

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON JUDICIAL ETHICS

ULUSLARARASI YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

26-27 MAY / MAYIS 2016
İSTANBUL

FIRST DAY

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON JUDICIAL ETHICS

26 - 27 MAY 2017

OPENING SPEECHES

FIRST SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator: Prof. Dr. Ionna KUÇURADI

President of the Turkish Philosophy Institution

SECOND SESSION

ETHICAL KNOWLEDGE AND PRINCIPLES IN JUDGMENT

Moderator: Prof. Dr. Turgut TARHANLI

Dean of the Faculty of Law, Istanbul Bilgi University

THIRD SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator: Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Dean of the Faculty of Law, Istanbul University

OPENING SPEECHES

The Esteemed Governor and Distinguished Members of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors and of Higher Judicial Bodies, honorable chancellors of Universities, honorable representatives of universities and bars, esteemed guests attending our program from abroad, distinguished supervisors of the departments of our Ministry, esteemed members of the judiciary

Welcome to the International Symposium on Judicial Ethics.

Before starting our program, I invite you to a minute of silence in memory of our Great Leader Mustafa Kemal Atatürk, his brothers in arm, and our saintly martyrs, and then to read our Turkish National Anthem.

The Esteemed Undersecretary, the Esteemed Governor and distinguished guests; now we invite Mr. Hadi SALİHOĞLU, the Chief Public Prosecutor of Istanbul, to make their opening speeches.

Mr. Hadi SALİHOĞLU
Chief Prosecutor of İstanbul

The Esteemed Undersecretary, the Esteemed Governor and distinguished members of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, honorable chancellors and deans of universities, distinguished academicians, honorable representatives of bar associations, esteemed academicians attending our program from abroad, distinguished supervisors of the departments of our Ministry, esteemed chief prosecutors colleagues.

Welcome to Istanbul, our beautiful and delicate city with traces of the world history. I tender my respect to all of you, hoping that this International Symposium on Judicial Ethics will have positive outcomes for the law and judicial community.

Dear guests, when we consider the judiciary, it means that we have to consider judges, prosecutors and lawyers who perform the act of judging, together with the judicial staff, experts and judicial police within the scope of this system. Therefore, the opinions to be presented in this symposium and the conclusions to be drawn at the end of the symposium will concern everybody involved in the judicial service.

The Turkish Language Society defines the notion of ethics as the behaviors which should be complied with or avoided by parties of various professions. Ethics refers to the entire rules of morality which constitute the basis of an individual's behavior. Above all, it refer to the effort to search for what is ideal for a person's relationship with other individuals and with the society.

Moreover, ethics is not an abstract notion which is merely addressed in the doctrine but a value embodied in human emotions, such as truth, integrity, benevolence, equity and justice. Apart from the inclusion of

ethical values in the law and other legislation, what is essential is to ensure adoption of these values by the society and to strictly adhere to these ethical values when practicing justice.

As is known, Bangalore Principles of Judicial Conduct, and the European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors, also called as the Budapest Guidelines, were adopted in our country by the decision dated 10 October 2006 no 424 by the Supreme Council of Judges and Prosecutors. However, our deep-rooted judicial tradition is not unfamiliar to these principles. In fact, the article 1792 of the first chapter of Mecelle stipulates that "The judge must be intelligent, upright, reliable and firm." The principles of independence, impartiality, integrity and propriety, equality, competence and diligence, which are adopted as the Bangalore Principles of Judicial Conduct, are the indispensable qualities of professionals performing judicial service.

In conclusion, judges and prosecutors who exercise their jurisdictional powers in accordance with our Constitution are expected to render their judgment in an independent and impartial manner, with their personal conviction in conformity with the Constitution, the law and the rules of law. They must never compromise their commitment to maintain and represent their honesty and honor in the best manner at all times.

Judges and prosecutors must always respect citizens' right of equality before the law and never discriminate any individual on the grounds of gender, race, color, language, religion, freedom, national and social origin, political or other beliefs and differences in status. I hope that this International Symposium on Judicial Ethics will be successful, and I salute you with respect.

We thank the esteemed Chief Public Prosecutor for his speech. Now I invite Prof. Dr. Ionna KUÇURADI, the President of the Turkish Philosophy Institution, to make her speech.

Prof. Dr. Ionna KUÇURADI
President of the Turkish Philosophy Institution

The esteemed Undersecretary of the Ministry of Justice, Governor, Rector, Members of the Judiciary, and Guests;

Why do you want the jurisdiction to rely on ethics? Does law alone fail to fight the injustice?

Law is the last resort for people when they are subject to unfair treatment. However, laws do not always protect their rights or those who resort to law have not always really suffered unfair treatment. In our world, everyone deems themselves right in any circumstance. And most of the people also deem that their interests are their deserved rights. This must not be surprising. Because some of our law schools define 'rights' as "interests protected by law". Whereas, just as it is in everyday life, rights and interests are two concepts that should be carefully distinguished when making and practicing law.

And those who are supposed to be aware of this difference primarily include law makers and practitioners. A judge cannot act in compliance with ethics, even if he/she wants to, without clear concepts and the knowledge of ethical values, as otherwise he/she cannot draw attention to the ethical problem in the case that he/she is judging. At the utmost, he/she will judge cases in terms of relevant value judgments he/she accepts. For these and other reasons, it would be appropriate to avoid appointing as judges such law practitioners that do not possess the knowledge of ethical values and have not acquired some ethical characteristics.

In order to be able to see ethical problems when judging people, judges must be trained accordingly.

What I mean by referring to ethical problems is the problems of value that people have in their relationships with other people and with themselves, and while performing an action. Jurisdiction is a unique ethical relationship. And a decision a judge makes forms that judge's action.

What does the judge do? The judge performs value "judgment" and a review of what people did or didn't do in their relationship or calls to account for a claim. The manner of such act of calling-to-account and for whom or what the judge calls to account constitutes various judging opportunities with different ethical problems - but failing to fulfill requirements of justice except one - .

The judge's duty does normally consists of three steps:

a) The first stage is the stage of gathering information. What the judge is informed about is an event or situation which occurred in a relationship between two "parties" and was not witnessed by the judge. However, the judge is expected to decide on persons - on whether they are guilty or not -.

The first thing the judge does is to investigate the truth of the details submitted to him/her about the event or situation and to learn the reasons of acts by those who caused the event. When the judge understands or fails to understand or misunderstands such acts, this is strictly tied to his/her personal knowledge of the possibilities of action and experience. However, proper judgement is possible only by understanding correctly - except coincidences -.

b) The stage of gathering information is followed by the stage of trial. Ethical problems are most often encountered at this stage. This is the stage in which the judge establishes a relation between the act of the person -perpetrator- and the act "which must not be done" -which is regarded as an offense-, that is, between the act judged and an established norm.

When we look at the act "which must not be done" within respective contexts, we will see that it has at least the following three meanings: o) the act which must not be done in those certain conditions (including not doing what is required) -such as particular acts; oo) the act which usually must

not be done, such as certain behaviors, and ooo) the act which must not be done according to a "norm" (ethical, legal, etc.), which comes as a behavior that is only a part of a certain action.

There are determinants which are set by the judge and which identify in what meaning "the act which must not be done" will be tied to a certain action by the judge.

Some judges, perform the judgement in the name of the "group" they represent -in the name of the "norm"s: laws, rules they establish-. They are those who feel responsible for such laws towards their own "group". Such judges actually protect the laws, rules and social order which they aim - in any form whatsoever-, not individuals. Here, what makes an individual's act a - "offense" - is the name of behavior that is tied to such act, not its relation to the person who is the victim of such act, or to the situation.

Some judges, on the other hand, judge individual actions in the name of humanity and general principles for protection of values. Such judge feels responsible for such claims towards people. The quote "Judges are responsible only towards their own conscience" must probably be expressed in frame of this understanding. Such judges actually protect these principles, not individuals. Today, there are such efforts aiming at protecting the right called as freedom of expression.

Some judges, on the other hand, feel themselves responsible towards people they judge; they deem themselves responsible for establishing the rights of each of the "parties" in their particular relationship. Such judges try to protect rights of both of the opposing "parties" at the same time.

In this notion of jurisdiction, 'judging' is to whether there is possibility to avoid doing the act examined, and 'examining' is to evaluate the "act which must not be done" and is alleged to have been done, according to act(s) which can be done in the given circumstances. In such judgement, jurisdiction is to identify criteria for a certain act, which is the "act which can be done in the given circumstances". You can take as an example the decision of acquittal ruled by an Italian judge for a refugee who stole food from the market a while ago.

That is to say, the judgment directly passed by the judge is not related to that such act must not be done or can be done, but to other criteria. Such criteria are as follows:

In the first condition: The direct subject of jurisdiction is only the issue of whether the examined act and the committed act may be included within a notion of behavior; that is, whether such act can be categorized as a certain behavior.

So, what is determined in the judgement is not the - characteristics of the examined act in terms of other opportunities under the given circumstances - its distinctive characteristics - but whether such act embodies a certain characteristic - which combines it with other acts in terms of behavior -. It will be analyzed if such act incorporates the characteristics forming the notion of the act.

In the second condition: the matter which is directly the subject of judgement is the relation of the impact of an examined act to a general principle towards protection of values: that is, whether the general principle has created it as an impact.

And, in the third condition: the matter which is directly the subject of judgement is whether the examined act has actually realized what can be done for the protection of the right within the given circumstances; in other words, whether the liability laid on the parties was fulfilled or cannot be fulfilled under those circumstances. Thus, what is determined in such judgement is only the issue of whether such act must or must not be done in those particular circumstances: which is ascertained on basis of the other option or options under those given circumstances.

If what is expected of jurisdiction is to judge upon whether a particular act within a particular circumstance is or is not an act "which must not be done", it is probably the only way of judgment that achieves its aim.

c) The stage of judgement is followed by the stage of decision-making. This stage is the step by which the judge will decide whether the individual whose situation is formed by his/her act is actually "guilty" or not.

This is done by a reasoning in the first two conditions that I have just mentioned: not only the particular individual who performed such act under those particular circumstances but also any individual who performed such behavior or act - no matter who such individual is or under what circumstances or with which motive he/she did it- is either guilty or not.

Whereas, in the third form of judgement, a new form of reasoning on ethical problems is required to determine if the judged individual whose situation is formed by his/her act is "guilty" or not - determine his/her responsibility -: such reasoning refers to a review of the determinants coming from the individual who performed the act that did or did not realize what can be done under those particular circumstances.

When we consider an act from the perspective of determiners coming from the person performing the act, we encounter three different situations: situations in which o) the person performing the act is not responsible for his/her not doing what can be done, and thus, is not rendered guilty by his/her own act; oo) the person performing the act is responsible for his/her not doing what can be done, and thus, is rendered guilty by his/her own act; ooo) the person performing the act is responsible for his/her act as there is no other feasible act than that which can be done, or in other words, as his/her only option was to not do what he/her did, but his/her such act did not render him/her guilty.

How much is it possible for the judge, who is limited by the norms of positive law, to perform jurisdiction which I call "judgement realizing justice"?

A court judge is expected to judge on: Whether or not the perpetrator a) has ever committed the crime charged, that is, whether it is a libel or a mistake, and whether or not his/her act b) is the alleged "crime", that is, such prohibited behavior.

It is not individual personal acts that are prohibited by law, but some behaviors:

Behaviors that often consume value when performed. The most important ethical responsibility of the judge is associated with the following problem: With the problem of establishing a link between what an individual has done - his/her act in which he/she created only one of the elements of his/her behaviour- under particular circumstances and a behavior which is prohibited by applicable laws. In this context, the ethical responsibility of the judge reveals itself while making a judgment in respect of the claimant's correlation between an individual's particular act and an article of the law, specifically on the issue of whether the judge will take into account if there is an act "which must not be done" under the particular circumstances in which such judged act was performed, and whether the judge will relate such act to the relevant law accordingly -that is, whether the judge will consider the act as a whole, not merely the behavior-.

This is the very point which reveals the quality of the judge who has to make a decision within the frame of the applicable laws. A judge must also determine the appropriate law -norm- which will bind the act which is being judged. In other words, the judge has to associate two separate benchmarks: the criterion of ethics and the legal measure or "norm" to the act which he/she is judging; to identify the law which will bind the act by considering the value of the act, and to check the relation established and submitted by the claimant according to the relation established by the judge himself/herself.

Where the judge, whose own "act" is restricted by the limits of positive law, is free, the point of judgment is the point of relating a particular act to a particular article of the law.

Whereas, a judge's ability to benefit from such freedom of the judge, and consequently to fulfill his/her duty as a judge in conformity with its purpose, seems to depend on his/her ethical freedom as an individual as well as his/her knowledge and skills: In addition to the judge's knowledge of law, it depends on the ability to make a sound judgment; the judge's having clear philosophical knowledge of concepts which are directly related to his/her work, such as right, value, justice, etc., and thus, the knowledge of different possibilities.

How much can we provide this competence in judicial training?

Before ending my speech, I hope that this meeting will contribute to the achievement of its very purpose; I congratulate the Ministry of Justice for ensuring the organization of such a meeting; and I would like to express my gratitude in the name of the Turkish Philosophy Institution to all the speakers coming from home and abroad, the moderators and the distinguished guests for all the contributions they will make.

We invite the Esteemed Governor Mr. Vasip ŞAHİN to take the floor for his speech.

Mr. Vasip ŞAHİN

The Governor of İstanbul

The Esteemed Undersecretary, distinguished academicians, senior officials of our Ministry, esteemed presidents and chief prosecutors, honorable guests, ladies and gentlemen, and distinguished members of our press, greetings to you all.

I hope that this symposium will be a successful one. I am sorry to say that I have another schedule today, so Dear Undersecretary and other speakers allowed me to give my greetings to you, the esteemed guests, for a minute or two, and then ask your permission to leave.

Today's symposium is, of course, a very important one, in terms of its subject. Just as mentioned by the esteemed professor with the profound knowledge on the matter, ethics is a distinctive subject and inevitable for any profession. But it is the most indispensable for the judiciary. As is known, one of the basic sources of law is moral values, the values which we call as extrinsic values, and the fundamental values gained in a society, such as morality and faith. Thus, the boundaries and patterns determined solely by the law during the practice of a profession may not always be sufficient to practice that profession in a proper manner. This applies to all professions. However, it is an obvious fact that these extrinsic values, which we refer to as ethical values, restrict, manipulate and force us to act in a certain manner. Thus, the realization of peace and justice in a society strongly depends on the harmony of ethical values with the society, and their origination from the own values and resources of the society. Thus, I think that this Symposium on Judicial Ethics is a quite essential and spot-on discussion of this subject in this sense. And I wish you success with that. Hopefully, ethics for other professions will also be brought up for scrutiny, especially by academicians, and this will be a great contribution to the improvement both in the quality of that particular profession and in the

quality of people who serve for that profession. I would like to express my gratitude to all who organize this symposium. I also would like to express my gratitude and respect to all officials of our Ministry, in the person of Dear Undersecretary, for their efforts on the subject. I tender my best regards to you all.

We thank the Esteemed Governor for his speech.

Now we invite Dear Mr. Alpaslan AZAPAĞASI, the General Director of the Department of Strategy Development, to make their speech.

Mr. Alpaslan AZAPAĞASI
General Director of the Department of Strategy Development, the Ministry of Justice

The Esteemed Undersecretary, the Esteemed Governor and distinguished members of the Council of Judges and Public Prosecutors, honorable chancellors and deans of universities, distinguished academicians, the esteemed Union of Turkish Bar Associations, honorable presidents and representatives of bar associations, esteemed academicians attending our program from abroad, distinguished supervisors of the departments of our Ministry, and dear colleagues.

Welcome to the International Symposium on Judicial Ethics which we organize in collaboration with Ankara University and Turkish Philosophy Institution. The symposium will last for two days, during which we will be discussing with distinguished local and foreign guests on all the subjects related to judicial ethics. The principles of ethics related to judges and prosecutors, lawyers and judicial staff will be discussed in all aspects, together with international practices.

The Honorable Undersecretary and distinguished guests, I'd like to note that there has been long interest in the subject of ethics in societies. The 25th of May is celebrated worldwide as the "Ethics Day". It was also quite meaningful for us. Today, the 26th of May, is also important from another aspect; from the aspect of the History of Turkish Law. The 26th of May is the 121st death anniversary of Ahmet Cevdet Pasha, the author of Mecelle-i Ahkamı Adliye. We'd like to take this occasion to commemorate such a significant work created by the Great Turkish Law Practitioner Ahmet Cevdet Pasha, who has many other qualities among which we only consider his quality as a law practitioner. Indeed, Mecelle is a profound work for all law practitioners not only in terms of its language, but also the principles and concepts which it brought to judicial ethics.

The fact that the notion of ethics is permanently on the agenda arises from people's need for ethics both in public and private sectors. Today, people are more sensitive about ethics both in their professional and private lives.

Beyond any doubt, the judiciary is among the most important public services. Judicial Ethics embody a number of values and principles which must be obeyed by judges, prosecutors, lawyers and judicial staff during their judicial services, primarily including justice, attitude towards protection of human dignity, impartiality, and integrity.

In fact, law and ethics are inherently inseparable. The harmony between laws and ethics promotes fair rules of law and fair practice of law.

Dear Undersecretary and distinguished guests, every profession has its own professional rules, whether in writing or not. This also applies to the judiciary. The rules of ethics are important for all professions, but judicial ethics is separately of importance. This is because this profession has a wider area of influence within the society. In an event of dispute, members of the judiciary can decide on the most fundamental rights and freedoms of people. The fact that justice is the foundation of the state, which is acknowledged at courts, actually is a manifestation of the indispensable nature of ethics for the law in our legal system.

Judicial ethics is one of the most important means of building and protecting trust towards judicial institutions. The judiciary ensures, in a sense, the practice of law. Indeed, we can say that the most important objective of ethics is to eliminate injustice. And this can only be achieved by means of the law. A fair treatment also means avoiding injustice and behaving in a fair manner. Justice is an ethical value, the definitions of justice by Plato and Aristotle are still valid today. Justice is an ethical value applicable for all groups of professions, but it means much more for certain professions. Justice is of highest priority for our profession.

Today, the significance of judicial ethics has been further enhanced by the rising importance of rights and freedoms of individuals and new insights. Judicial ethics will reach the desired level thanks to our well-

trained and skilled law practitioners with their knowledge of ethical values. Thus, it is again the duty of law practitioners to achieve this objective. The ethical values are initially learned in the family, however, legal education is of particular importance in terms of judicial ethics. As in all objectives that are contained in our Judicial Reform Strategy and Strategic Plan, our works on legal education and judicial ethics are also ongoing with a great speed and effort under the supervision of our Honorable Minister and Undersecretary.

This two-day symposium will host many academicians, judges, experts and lawyers from Turkey and abroad who will share their valuable presentations with us. The symposium, consisting of six sessions in total, will be held in simultaneous sessions. During the sessions: Presentations will be made on the knowledge of ethics in judgement, principles of ethics, the history and the present situation of the ethics, the importance of ethics in legal education, and professional ethics in judiciary, prosecution and practice of law.

Before I finish my speech, I would like to say that I believe this international symposium will make positive contributions to the perception on judicial ethics in our country. I would like to express my gratitude to Dear Iouanna Kuçuradi, the President of the Turkish Philosophy Institution, Dear Prof. Dr. Erkan İBİŞ, the Chancellor of Ankara University, Dear Prof. Dr. Gülriz UYGUR and her esteemed colleagues for their contributions to the organization of this symposium. I tender my sincere respect to all of you.

We thank Dear Mr. Alpaslan AZAPAĞASI for his speech.

Now we invite the Esteemed Chancellor of Ankara University, Prof. Dr. Erkan İBİŞ, to take the floor for his speech.

Prof. Dr. Erkan İBİŞ
Chancellor of Ankara University

Dear Undersecretary, dear members of the High Council of Judges and Prosecutors, dear Rectors, Chief Public Prosecutors, Judges, Presidents, dear members of the Judiciary, dear President of the Turkish Philosophical Society, dear Legal Professionals, and my dear Colleagues… First of all, I would like to welcome and greet each of you with my most sincere regards.

Today, we have gathered here for a very important topic. Namely, Ethics… In fact, ethics is an issue that is of concern for everybody, but what we are going to discuss here is the specific issue of judicial ethics.

There are some concepts to keep people together. One of them is working/production consciousness, and the other is the set of shared values. In addition to these human, universal and national values, there are also ethical values which we are going to discuss here today and which are at least as important. Beyond that, justice and law are, of course, the most important components of this field.

We all know that law and justice are vital. Life is not possible without justice. Justice is what we understand as right and good. And, in fact, it is the most important element in ensuring peace, serenity and civilization in society.

In short, justice is life and one of the true values of life. To support this in Kant's words: "Life is worthless where there is no justice."...

We say that justice is civilization. Freud's words "The first requisite of civilization is that of justice" express this best.

We say that justice is a right. The founder of our republic, Mustafa Kemal Atatürk, emphasized this in the best way possible with his words "There is a paramount right in the world, and this right is justice."

We say that justice serves the good of man. The prophet Mohammed put a definite end to this issue by saying that "Serving the justice for just an hour means more good than a whole year of worship."

Therefore, I would like to express how difficult it is to explain the meaning of justice to the providers of justice in all its historical and conceptual deepness.

Today is World Ethics Day and, as a matter of course, our topic is ethics... But the concept of ethics has indeed a very long history. It is a concept that roots back to Ancient China and Ancient Greece, and continues to occupy the agenda of today. Ethics is an indispensable element of life for everyone. It is a very important heading that exists in every dimension of our lives with an ever-increasing weight in the agenda. A heading that covers all topics relevant for society and concerns all stakeholders of society.

As a medical doctor, I can easily see the gradual progress of medical ethics compared to the beginning of my 35 years of professional life. In fact, medicine and legal ethics or judicial ethics are two basic elements that are intertwined. And I think it is very important that this element is on the agenda in terms of judicial ethics. "What can we say about judicial ethics? What are the expectations of society in this regard?" are questions that occur in our minds, calling for an answer. Of course, judicial ethics will have to play a fundamental role in establishing justice, the rule of law, social serenity and trust, human welfare and peace, because we all know that laws and legislation are not the only constituents of justice. Judicial ethics is a whole with thousands of written and non-written rules and values that backfill them.

Judicial ethics comprises also other virtues such as to have very good command of universal ethical rules and values, to internalize and implement them in the best way possible. These rules and values range from protecting human rights and freedoms, being independent and impartial, being holistic and wise, being equitable and reliable, being true and honest, being an example and role model, being conscientious, just and fair. Internalizing and presenting them in the best possible way.

Of course, when presenting these, it is necessary to identify ourselves with these values also in our private lives, with regard to not only judicial ethics but also professional ethics. In other words, not only in the practice of profession, but also in private life, it is imperative to carry the whole of these rules and internalize them. Judicial ethics is certainly not only relevant for judges or prosecutors, but covers all legal professionals who work in the field of law, notably lawyers and consultants. Along with legal professionals, judicial ethics and professional ethics are also relevant for all authorities and managers who hold a decision-making position in society, make comments, do research, set the path and are in this way or in the other connected with people or incidents. In the end, we in our capacity as managers do also perform the task of decision-making in a somewhat judicial aspect. Therefore, judicial ethics, or professional ethics to address it as a whole, are present in every part of society and life. For this reason, I think that the concept of ethics should be accepted as a way of life.

Professional ethics for those engaging in the legal profession means for a judge to be fair, make the right decisions and act impartially. Professional ethics is a whole set of answers to the questions of how a judge should act on these issues, how to solve them, how to find these ways of solution, how to obtain the required information and how to share it with stakeholders.

By the way, there is also another dimension of concept of ethics; the "Concept of Relations". The judiciary should not content itself only making fair, just decisions and act honestly, but include a whole set of understandings and principles that will regulate the relations between colleagues, stakeholder relations ranging from providers of judicial and legal services to other employees, and from social relations to relations between all individuals. Of course, this whole set of behaviors are at the same time important points for securing public confidence, democracy, modernity, social consensus for civilization, peace and serenity.

Dear guests, of course, education lies at the heart of all these discussions. No matter how many concepts you put up, no matter how many ways of solution you assert, we cannot and will not succeed without education. When talking of education, it can be seen that there a basic aspect of key importance. What is this? Of course, the most important thing

is family education. Moral education, education of values, education of beliefs and values all start from the family. Then it develops and evolves from primary school to secondary school and university. At the time they come to university, people have already gained a major part of values, including ethics. What we are trying to do is to support our students in terms of professional ethics while providing professional training. I would also like to emphasize that, as universities, we are not only responsible for raising qualified graduates who are specialized in their respective fields, but to raise socially strong, innovative, understanding, modern individuals who are open to change, recognize the importance of teamwork and solidarity, identify themselves with intellectual values as a university graduate, and internalize the human values along with ethical values, and the concepts of justice, rightfulness, lawfulness and equity.

In this context, as Ankara University, as a well-established university, we are proud and honored to have taken our share in the tasks and responsibilities of all these issues as a university that identifies its vision with the Turkish Nation and the Republic of Turkey, coupled with the concepts of modernity, justice, democracy and national values.

One of the reasons why Ankara University is regarded as one of the country's most deep-rooted universities is the Faculty of Law at Ankara University, which was established in 1925 by Mustafa Kemal Atatürk in person who was so kind to attend the lectures and participate in the ceremonies of the faculty. As in this occasion, our Faculty of Law is often involved in such educational activities to share its knowledge and experience with the society, and I have the honor to share this pride as a medical doctor, as a rector. With the many judges, prosecutors, lawyers, legal professionals, academicians it has raised and all the values it has developed, Ankara Law Faculty has been a pioneer in many issues, and has always manifested its commitment to cooperation and particularly the understanding of public cooperation, in every field as at this occasion here today.

Ankara University and our Faculty of Law has always supported our Ministry of Justice and the entire justice circles in our country through diverse studies and activities ranging from judicial reform strategy to law

clinics, from intellectual rights to legal and judicial ethics, which is our topic here today. In fact, we do not just contribute, but renew and improve ourselves as Ankara University, as Ankara Law Faculty. One of the main objectives of these collaborations is to renew ourselves, to look at ourselves from another point of view, to look at ourselves with another value, and to do better for our country, for our nation, for our homeland, for the Republic of Turkey.

Dear guests, we also see a multidimensional collaboration at today's event. Very significant studies are carried out on this topic in collaboration with the Turkish Philosophical Society and other non-governmental organizations. I know very well that, with an innovative and educationalist understanding, our Ministry of Justice has always attached great importance to these collaborations. I also see that all ministries, all public institutions, bar associations, non-governmental organizations and all universities are playing a major role as stakeholders in such events.

Over the next two days, highly valued speakers who are experts in their field will discuss the concept of "ethics" here, which is one of the concepts that have gained great importance in today's social life will become even more important and indispensable in future. They will also evaluate the integration of the notion of justice with justice, which is required of all of us, and present the valuable results of their evaluations to the relevant stakeholders and, what is even more important, to the people, to humanity.

First of all, I would like to extend my sincere thanks to Mr. Alpaslan Azapağası, General Director of the Department of Strategy Develop, Ministry of Justice, to his valuable teammates, to the dear Undersecretariat, Mr. Kenan İpek, and to everybody who has contributed to this organization.

I salute all of you with the wish of a successful symposium.

We thank the esteemed Chancellor for his speech.

Now I would like to invite Dear Mr. Kenan İPEK, the Secretary of the Ministry of Justice, to take the floor for his opening speech of the Symposium.

Mr. Kenan İPEK
The Secretary of The Ministry of Justice

Esteemed presidents and members of our Higher Courts and the High Council of Judges and Prosecutors, honored Chancellors, distinguished members of jurisdiction, the esteemed president of Turkish Philosophy Institution, honorable representatives of bar associations, honorable guests attending locally from abroad, distinguished colleagues, esteemed members of the press, welcome to the International Symposium on Judicial Ethics. I salute all guests.

Today the Honored Minister Mr. Bekir Bozdag was going to be here with us. He would also make the opening speech. However, as you know, he will attend the meeting which will be held in Ankara today. Therefore, he could not join us. I feel honored to convey to you his greetings and wishes of success to you.

Distinguished guests; law plays an active role in the lives of all individuals, without any exceptions. Without law, it is impossible for people to live their lives and to maintain social life. Together with the developing technology, law has become an increasing need of today's people. Even in our daily life, we are before the law in all acts and deeds that we do.

As the Ministry of Justice, our goal is to raise the efficiency of the Justice system to the highest levels. At this point, it is not enough to train only good law practitioners. In order to become a good law practitioner, it is also absolutely necessary to form a conscience based on ethics. As in other professions, there are also professional rules that law practitioners are expected to comply with in addition to the laws. These are ethical rules that must be obeyed by judges, prosecutors and lawyers.

Justice can only be ensured by impartial and independent judges. Therefore, the basic ethical principles that law practitioners must comply

with have been one of the oldest subjects in field of jurisdiction. The judiciary are expected to perform jurisdiction in a fair, independent and impartial manner.

The right to a fair trial is regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights. Ethical principles in the judiciary are among the most important means of ensuring the right to a fair trial. In this frame, we have been performing significant efforts and reforms with a view to further strengthen the judicial ethics. Our law practitioners start to learn fundamental information about judicial ethics at law schools. Justice is first ensured with sufficient knowledge. Thus, to raise the quality in judgment, there is a need for well-educated and objective law practitioners who possess the power of discernment, adopt the law and have the ability to reach correct conclusions. On the other hand, law practitioners can be equipped with the knowledge of professional ethical principles firstly through education at law schools. Therefore, the quality of education at law schools has an indisputable significance in terms of judicial ethics. With a view to train qualified and skilled law practitioners, we, as the Ministry, initiated our activities to realize new reforms starting from legal education. We are ready to fulfill any duty under our responsibility on this subject.

Moreover, the judicial reform strategy document which was issued in 2009 and updated in 2015 contains the objective that is to set out the ethical principles that members of the judiciary are to comply with in order to improve accountability and transparency of the judiciary. Additionally, the project on strengthening of judicial ethics was initiated in Turkey, carried out by the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors. I believe that the symposium in which we take part today will support these efforts and open new horizons for us. Ethics, in fact, involves what is right and what is wrong. Law practitioners who adopt judicial ethics will ensure an increase in transparency and accountability of the judiciary. Consequently, the confidence in the judiciary, which is a common matter of debate in the public, will be raised. An independent and impartial judge is the one who has internalized ethical principles. There are certain international documents which contain texts directly regulating this subject. For example, texts such as the Universal Charter of the Judge, the European Charter on the Statute for Judges are some of the major documents that can be based

upon on this subject. Also, the Bangalore Principles of Judicial Conduct, which contain the basic principles of judicial ethics in the international jurisdiction, have been adopted by the Supreme Council of Judges and Prosecutors. It is also stipulated in our Constitution that judges and public prosecutors will perform their duties at their conscientious discretions firstly in compliance with the constitution, legislation and the law. This obviously has an influence on the judiciary's decision to act with at their conscientious discretions in compliance with the constitution, legislation and the law, regardless of any individual, opinion or belief that is out of the scope of constitution, legislation and the law. That is a highly significant constitutional guarantee, which is also crucial in terms of ethics.

This is of utmost importance for the dignity and honor of Prosecution and Judicature. When our citizens apply to the judiciary, they naturally expect a fair judgment. This is because it is the basic requisite of judicial ethics and the state of law for the judiciary to act with conscience in accordance with legislation and the constitution. Therefore, it is our duty to raise awareness on this subject. Judgement is a common need for every society. Thus, a ruling to be passed after a trial should be fair, and assure everyone that it is right. There must be plausibility as to the fact that the conclusion reached upon during the judgement is true, and that all evidence has been collected; and this should be reflected on the justification. We are responsible towards the law and the society. Sometimes we need to reckon with our conscience. Ethics is one of the factors to ensure this.

Another important quality that our law practitioners are expected to possess in terms of judicial ethics is to be polite. Being courteous requires being careful with our actions, avoiding hurting people and being polite. I believe that every individual member of the judiciary should act in frame of the rules of courtesy, which has a great role in encouraging people to seek their rights without hesitation or fear.

Esteemed guests, lawyers who constitute the defense side of the process of judgement fulfill a function of ultimate importance in terms of fair trial. Professional ethical principles concerning lawyers are also of importance for this very reason. The Council of Bars and Law Societies of Europe, which is directly involved in this subject has issued the "Basic

Principles on the Role of Lawyers in Europe" and the "Code of Practice for Lawyers in Europe". Lawyers in our country are obliged to comply with the professional rules set out by the Union of Turkish Bar Associations. For lawyers, who constitute one of the basic elements of the judiciary, it is essential to strengthen the professional ethical principles and to clearly define the ethical principles that lawyers will generally adhere to when practicing law.

The development of the sense of ethics begins with family life and elementary education. Later in college, professional ethics are learned and internalized. Every profession has its own professional ethical rules. But the notion of professional ethics is much more important in terms of law practitioners. This is because these professionals are individuals who have the power to make decisions that have an direct effect on the individual liberty and the society.

Therefore, the professional ethics of those who act as members of the judiciary are of greater importance in terms of securing the right to a fair trial.

I believe that our judges pay due attention to judicial ethics. Confidence in the judiciary will increase as long as our colleagues adopt judicial ethics and behave accordingly.

Dear guests; the implementation and internalization of ethical principles, which are of vital importance for members of the judiciary, are also highly crucial for judicial staff. The ethical principles, which are essential for all public officials, connote much more specific meanings for judicial staff.

Before I finish my speech, I would like to express my gratitude to distinguished academics attending locally and from abroad, esteemed deans and representatives of universities, distinguished representatives of bar associations and esteemed members of the judiciary for their participation and contributions. Hoping that our efforts will bring achievements, I tender my kindest regards to you all.

FIRST SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator

Prof. Dr. Ionna KUÇURADI

President of the Turkish Philosophy Institution

JUDICIAL ETHICS IN LITERATURE'S MIRROR

Prof. Dr. Yaşar AYDEMİR

Lecturer at the Department of Turkish Language and Literature, Faculty of Education, Gazi University

ABSTRACT

Literature is the verbal expression of the life, sadness, happiness, and life experiences of a society in accordance with certain aesthetic rules. Literary works, the place where the language is used at the top level, are also used as an effective instrument in community life. Besides the true meaning of the word, the metaphor and the connotation, implications correspond in the most beautiful way in the literary works.

The relation between man and man, man and universe and human and other creatures necessitates a certain order.

This order that we can called as "Law" is sharpened around concepts such as rights, law, justice, cruelty, extortion, unfairness. The idea that a person who shows willingness to live together should also not only his own rights but also the rights of the others have created some concepts

belonging to law, and the order have been tried to be maintained within the framework of the values on which general agreement has been achieved.

In this paper, at first, general information about the Ottoman Law System, the system of values that constitute the basis of law, its courts and the operation system of the courts will be given and which meaning of the concept of "ethics" is studied will be explained. Then, based on the classical Turkish Literature Works that have been determined in the context of law and ethics, law-ethics relationship during the Ottoman period will be tried to be reflected, and how the operation of law was dealt with as a literary material, which is an indispensable part of social life, will be revealed.

Key Words: Law, ethics, kadi (judge), literature.

INTRODUCTION

Ethics, as far as I can see, is not a concept on which no general agreement has been reached yet. Concepts are a problem of the society in which they are born, or they arise in response to the problem. Concepts are the result of a certain thought and understanding of life. In another society where traditions are different, it is difficult to find another word that reflects the same meaning as the relevant concept, and it will take time to understand and put into practice. We will not discuss this concept in this paper. However, in order to establish a ground what we will say, we need to determine in what sense we take the concept of "ethics" and how we use it.

In this paper we will use the concept of "ethics" with its following meanings: with its habits, customs, traditions meaning "morality" that is reasonably-rated and "character" arisen from customs, traditions and habits (Pieper, 20120:31). In this sense, ethics means moral philosophy. It contains the features such as "Freedom of will, rationality, objectivity, altruism, scholasticism, coherence, principlism, comprehensiveness, intention, not taking the wrong as a model, trans incident, consciousness, sublimation, taking tasks for oneself and value emphasis" (Türkeri 2015:22).

Every state has a legal system that regulates its own society and draws the boundaries of its relations with the communities it communicates with. The basis of law is largely constituted by the sum of value judgments. Like

Ibni Khaldun said, civilization values are shaped by religion and loyalty. The law of the Ottoman Society was constituted by set of values. Religion, which has the most share in this set of values, is accepted as the ground in the legal system.

There are mainly two types of proceedings in the Ottoman judiciary, which are "Şer'i (religious)" and "Örfi (customary)". The sources of religious law are Quran, Sunna, "icma (consensus)" and "qiyas (analogy)". The sources of customary law are firmans(royal mandates) and legal codes of the Sultans on issues such as administration, finance, criminal on condition that they are not contrary to Islam. Since it is the rule not to intervene the kadi(judge) in the proceedings, head states didn't intervene the judicial judgements of kadis, and were tried like ordinary citizens in front of kadis related to the cases filed against them (Ünal Özkorkut 2008:231). As long as there was no problem in conformity with the religious rules, the decision given by the kadi was counted as a definitive decision. Sultan had the authority in disputes arising from the customary rules that were put into force for the benefit of the society. In the proceedings carried out based on to customary rules, the judge cannot decide on his own (Ünal Özkorkut 2008:231).

The courts in the Ottoman State could be grouped as follows: the courts where proceedings were carried out based on the religious and customary rules and that the Muslimas were subject to, Community Courts that non-Muslims were subject to, Consulate Courts that the foreigners who were not citizens were subject to and Mixed Courts that ruled the commercial disputes. The top authorities of the courts were as follows: sheikh al-Islam for religious courts, the highest religious authority of each community for community courts, embassies for the consulate courts, and the Ministry of Trade for mixed courts authorized in commercial disputes (Aydın 2003:342-43).

"Ottoman courts were basically divided into two regions, Anatolia and Rumelia; the kadis in Anatolia were organized under "Anatolia Kadiasker", and kadis in Rumelia (Lands in Europe), Crimea and North Africa were organized as "mevlevivet", "sancak (province)" and "kaza (district)" kadi under the Rumelia

Kadiasker" (Aydın 2003:342). By the middle of 16th century, Kadiasker presented the names of the kadi candidates for the posts having a daily revenue less than 150 "akçe" directly to the Sultan, and for the posts having a Daily revenue more than 150 "akçe" through Grand Vizier; and the assignments were made by the Sultan (Aydın 2003:342). The names of kadi candidates for the posts described as "Mevleviyet" were presented by sheikh al-Islam to the Sultan through Grand Vizier, and these kadis were appointed by the Sultan (Aydın 2003:343). Authorities were delegated over time, and some arrangements were made in the system. When considered from this perspective, it can be said that although those who have taken the real burden of the Ottoman judge were kadis, many authorities were engaged in judiciary and proceedings including Kadiasker, sheikh al-Islam, indirectly the Sultan.

In the Ottoman law, mainly Hanafî Sect's jurisprudence was valid. However, if the claimant and defendant were not members of Hanafi sect, their cases were ruled by "naip"s of the Hanafi kadi who ruled cases of the peopled from the relevant sects (Aydın 2003:344). In this period, classical Ottoman Court which was described as "meclis-i şer", "mahfil-i şer" had single judge and was single-graded in principle. On the other hand, the presence of Divan-ı Hümayun as a supreme court and that it supervised the judgements of the local courts when necessary does not disrupt the single-grade nature of the court. Local court rulings became operative without the need for a higher court to approve as soon as they were ruled, except for some criminal cases. The courts were the sole competent courts in both religious and customary cases (Aydın 2003:342).

Kadis who do not intervene in their judgments have certain responsibilities. First of all, kadi must be impartial and fair. He is expected to be a person who can make accurate decisions, honest, reliable, solid and strong-minded. Kadi cannot rule the cases of which his relatives by parents, his children and grandchildren, his wife, employer, and those who are supported financially by the kadi are one of the sides. It is accepted that the head of state with jurisdiction cannot take care of his case. It is accepted that the head of state who has jurisdiction authority cannot rule the cases that he is one of the parties. Kadi should treat the parties equally, should not

accept gifts, should reject the invitations of the parties, shouldn't host one of the parties at his home and should avoid from making recommendation to one of the parties about evidence (Ünal Özkorkut 2008:232). Kadi who are expected to obey these rules should be provided with enough salary to enable him not to resort to these unapproved behaviors (Ünal Özkorkut 2008:232). All of those who have a role, even if indirectly, in the judicial process are expected to be fair and obey the law, such as sheikh-al Islam, who has authority to give fatwas, prosecute and punish the judges. It is possible to see all these as important regulations in terms of judicial ethics.

LAW REFLECTING IN THE MIRROR OF THE LITERATURE

Literature, in particular poetry, is an art branch that stands out with its aesthetic characteristic. Artists do not essentially have a purpose to tell what is going on in the community. However, they cannot be thought to be independent from the events and facts in the society. There are numerous examples in which poems are taken advantage of such as education, failing sides of everyday life, its content that will lead the society to good-natured, and in which they are used as strong weapons. Fuzuli's "Şikayetname (complaint)" in which the failing sides of the community are mentioned, Bağdatlı Ruhi's "Terkîb-i bend", his poem in which the word "eksilmede" is repeated, Nabi's ode in which the word "kalmamış" is repeated, his "Hayriyye" which is written as a advice to his son, and "advices" that have been written to give advice are examples of the works than can be said immediately.

Since law is a sine qua non of society's life, it is possible to follow the situation of law through literary texts. In this paper, we will focus on this feature of the issue. In above-mentioned texts, while the ideal one is emphasized, on the other hand, the bad one is criticized. The routine of life is not emphasized much. Taking this into consideration, we can evaluate the law reflected in Ottoman literature from two points: Suggestions and the criticized practices.

Suggestions

The set of the values that constitute the basis of the Ottoman civilization directed the human to the ideal. As in all Islamic arts, literary works always tried to the human to the good, the beautiful, the original, the ideal. This is because of the fact that there is no distinction between religion and world in Islamic arts, the Islamic aesthetics show a perfect harmony between the appearance and the meaning (Koç, 2010:15), the aesthetics pleasure traditionally intertwines with the useful and the artists are always directed to "what should be". In their odes dedicated to prominent people such as the Sultan, Viziers, Kadiasker, sheikh-al Islam, Ottoman Poets based on the same principle. The characteristics of being fair of the above-mentioned prominent persons were the most emphasized feature (Aydemir 1996:144). It is quite meaningful that these features, which a good administrator should have, are among the top three characteristics of the people at the said positions. The following two couplets are taken from a panegyric dedicated to Sultan:

Merhabâ ey pâdişâh-ı âdil ü âlî-nijâd
Oldu teşrîfinle şehr-i Edrine reşk-i bilâd Nefî

Kangı iklîme ki pertev salsa adlüñ sâyesi
Ol diyâr içre görinür zerreden kemter güneş Ahmet Pasha

The following couplet was dedicated to Grand Vizier Mustafa Pasha:

Sehâb-ı cûdı ile tâzelendi bâğ-ı emel
Sadâ-yı adli ile köhnelendi resm-i fesâd Nâbî

Because of the fact that he has the authority to give fatwas, Sheikh-al Islam sometimes has more authority than the Sultan. That's why the first person that must be fair is sheikh-al Islam. Because the purpose of religion is to provide justice on earth:

Vâris-i adl-i Ömer Hâce-i Efendizâde
Ki odur kâr-ı ebr-âverde-i dîn ü dünyâ

Ömeriyyü'l-eser ol dâver-i adl-âver kim
Pîş-i hükmünde berâberdür anuñ şâh u gedâ Sabrî

Aşık Çelebi, who gives information about the Ottoman Poets in his collection of biographies, states that Pârepârezâde Ahmet Çelebi, who were also a kadi, was an exemplary kadi in the section about him as follows:

"He served as a kadi in Silivri for a long time. It was agreed on that no such a "muttaki (person who is afraid of the God and obeys the God's rules) and honest kadi had been appointed to Anatolia before him and there was no kadi like him. He dressed very simply. He had no horse and vassals. He had only one servant whose salary was paid by him. He sat on only a mat at the courthouse. When going somewhere to rule a case, he hired a horse and put his prayer rug on the saddle of the horse. When he was dismissed, he sold his books to get travel expenses; worked as scribe to get the accommodation expenses during the internship. He did not apply a specific tariff for the official court fee. He accepted what the people gave as the fee, without saying more or less. However, he had such a majesty and self-confident stance based on the brightness arising from being act fairly and the fortune arising from being right, all governors and voivodes unavoidably obey his judgements; to him, the value of these people was less than a green leaf. He was like a sharp sword in his judgements and the implementation of the sharia law and concluding the cases; he was a kadi and a "hakim (wise man)" based on what is stated in Quran" (Gökyay 1976:44-45).

Aşık Çelebi's wording about Hâletî, who was another poet-kadi, is as follows:

"He served as kadi in Anatolia. Aiming at winning the consent of his mother and as required by the old stating that "Homeland love is a sign of faith", he served as kadi in large provinces such as Gallipoli, Yenişehir, Plovdiv and Salonika.He served as kadi as required. He was afraid of t breaking the heart of a bubble by touching its heart in warmth and coldness. He was so sensitive that he drank water by wiffling. He had the good characteristic of different regions such as the Arabic language and mercy and generosity of Persia when he travelled to Arab countries and Persia, elegancy of the Persian when he was dealing with the partition of the inheritance in Diyarbakır, the intelligence and pleasantness of Anatolia" (Kılıç 1994:300).

In his work "Nasâyihü'l-Vüzerâ", Defterdar Mehmet Pasha states that " Those including the Glorious Sultan, honorable vizier, governors, judges, police and soldiers of the state should always behave in accordance with law, and should act in accordance with justice. Because, Mohammad the Prophet "sallallahu alayhi wa salaam" (may God's prayers and peace be with him) stated that *"One hour justice corresponds to seventy years of worship".* The poetical translation of this hadith is as follows:

Hâkim olan kimesne bir sâat
Emr-i Hak üzre ki adâlet ede

Ola mı bir sevâb adle adîl
Ki o yetmiş sene ibâdet ede

(The judge who rules for an hour with justice takes more good deeds than one who prays for seventy years".

(Defterdar Sarı Mehmet Paşa 2014:30)

Defterdar Mehmet Paşa also advises all the administrators to be fair, to stay away from bribery and to avoid persecution in "The State of the Positions and the Damage of Bribery". Section of his same work. The writer who benefits from poetical examples from time to time emphasizes the ethics side of law with the examples from Quran and hadiths that are the main sources:

"If grand vizier and the viziers who are the governors of the provinces, "beylerbeyi"s, "emir"s and other judges don't even look from the corner of their eyes to the bribe that is presented for an unlawful and unethical transaction and turn against the bribery proposer who has fallen on the path of superstition, there will no possibility that the people who are subject to them and other people tend to the attraction of wealth and persecution. Even if a conscientious vizier does not have any other good characteristics, it is good enough for him to avoid bribery. This attitude is a great feature that has many benefits and encompasses the whole, and is the greatest reward in the world. Today, many kadis called bribery as harvest, do not implement the law (order of the God) and, God forbid, and they make the decision in favor of the party that offers more bribe. If they would like so, such kadis can turn the debtee into debtor, and the bair man into Croesus. For God's sake, efforts should be made to search and reveal such persons with utmost care, they must be removed from this duty and from the road they are going down. Indeed, it was stated about these people that:

"La'net ol mâla ki şer'i satasın
Hükm-i Mevlâ'yı yabana atasın

Hakkı ibtâl edesin rüşvet içün
Dîni mâla veresin devlet içün

(Damn the property for which you sell the law! You do not apply God's judgment! You cancel the justice for bribe! You sell your religion for commodities!)

Bunı fikr etmeyesin ey gümrâh

Ki şerefle budur ol şer'-i Allâh

Anı ta'zîm ile Cibrîl-i emîn

Etdi ârâyiş-i ruhsâr-ı zemîn

(O, who has lost his way! How dare you do not apply the law of the God that Gabriel greeted with great respect and honor and brougt to the earth as the jewel of the earth?)

God forbid, there is not a worse sin than acted by changing the decision that should be made according to the law in return to bribe. For the statesman there in not an illness the medication of which is difficult and even impossible as bribery. It is absolutely necessary to avoid this disease. If your loved ones bring a gift, there is no harm in getting this gift. However, this gift should not have been given in return for something. The gift should be brought only with the intention of strengthening the attachment". (Defterdar Mehmet Pasha 2014:47-48).

Mehmet Pasha quotes a quatrain about the necessity that Judges should judge by observing God's intercession:

"*Kim kazâ etse Hak rızâsı içün*

Hâcetin görse bir müselmânun

Etdügi iyilik olmaya zâyi'

Bitüre hâcetini Hak anun

(*If the judges - kadis - perform the work of judging for* God's intercession*, and meet the needs of a Muslim, the goodness that they make do not go to waste, but Allah will meet their needs).* (Defterdar Mehmet Pasha 2014:35).

The court should be the only place of application for disputes, which everyone respects. Underestimating the Court, trying to solve the disputes elsewhere with different means is not a method that God will forgive:

Ey eden mahkeme-i şer'-i şerîfi tahkîr
Gören ikrâh ile da'vâsını gayri yerde

Sâhib-i şer'-i mutahhar saña râzı olmaz
Hasmuñ Allah olur mahkeme-i mahşerde Neylî

Establishing a strong order in society depends on the justice. White hands perform the miracle of the prophet (a reference to the moss the prophet's yed-i beyza-white hand- miracle):

Sâ'id-i adldedir kuvvet-i îcâd-ı nizâm
Arz-ı i'câz-ı nübüvvet yed-i beyzâ eyler Fuzulî

If Memduh does not increase the reputation of justice in the World, the presence won't have order and style:

Kâ'im olmazdı nizâm ü nesâk-ı asl-ı vücûd
Vermeseydüñ eser-i adl ile dünyâya revâc Fuzulî

A healthy judgement may be possible through the scale of justice. Administration of the state is appreciated when law is implemented.

Nizâm-ı hükmi terâzû-yı ᶜadl ile mevzûn
Sudûr-ı devleti icrâ-yı şerᶜile meşkûr Nabî

Discriminating bad and good is possible with the scale of justice; can the pearl and stone be at the same value?

Mîzân-ı çeşm-i adl iledür fark-ı nîk ü bed
Olsun mı hîç gevher ile hem-ayâr seng Edhem

If you anchor the approval boat to the law (sharia) port, your body will be saved from being "alaband":

Sala gör lenger-i tasdîki limân-ı şer'a
Kurtıla tâ ki vücûduñ alavand olmakdan Aşkî

In an ode that he dedicated to Mehmet Pasha, Fuzuli explains how a judge should and should not be. The judgement is the ornament of the World order which put the religious rules into practice. Without judgment, persecution will bring the world into turmoil. Without judgement, the functioning of the state will not be permanent:

Hükmdür hükm ki dünyâya verür zîb-i nizâm
Hükmdür hükm ki dîn resmini eyler ihyâ

Hükm eğer olmasa dünyâya salar zulm fesâd
Hükm eğer olmasa bulmaz nesâk-i mülk bekâ Fuzulî

Judge is one who makes judgement in accordance with the judgement of fate and the order of the God. The judge should not have avarice in his personality, and two-facedness in his performance. Judge is the person who puts out the candle without hesitation if he knows that it may harm the luna moth:

Hâkim oldur ki muvâfık ola hükmüne kader
Hâkim oldur ki mutâbık ola emrine kazâ

Hâkim oldur ki anuñ olmaya zâtında tama'
Hâkim oldur ki anuñ olmaya fi'linde riyâ

Şem'den görse ki pervâneye bir zulm yeter
Kese başın dimeye zâyi' olur nef-i ziyâ Fuzulî

It is not appropriate for anyone who does not find eligibility, endeavor and help from the God to judge in court. Proximity and acceptance are in the functioning of justice; government case is not appropriate fort he unfair judge:

Bulmayan devlet ü tevfîk ü inâyet Hak'dan
Ne revâ kim kıla icrâ-yı hükûmet da'vâ

Reviş-i adldedir mertebe-i kurb ü kabûl
Adlsüz hâkime da'vâ-yı hükûmet ne revâ Fuzulî

A fair management for an hour is more favorable than the worship of a person who worshiped for a hundred years to be close to God. Judgment is the means by which people live and die. Woe to the judge who made a mistake in his judgment! Woe to the judge who deprives the oppressed from his compassion and granted the right to invade the oppressors for his own benefit!

Bir vera' ehli eğer kılsa ibâdet yüz yıl
Sâ'at-i adlce vermez eser-i kurb-ı Hudâ

Hükmdür vâsıta-i mevt ü hayâtı halkuñ
Vây ol hâkime kim eyleye hükmünde hatâ

Kıla mazlûmları merhametinden mahrûm
Vere zâlimlere öz nef'i için istîlâ Fuzulî

What is appropriate for the judge is not behave heedlessly and dedicate time to those who need it:

Rahmet ol hâkime kim olmaya ilden gâfil
Nakd-i evkâtın ede bezl-i niyâz-ı fukarâ Fuzulî

In his quatrain, Fuzuli directly addresses to the kadi and gives advice to him. He advises the kadi to make effort not to let the sense of interest to make him fall into error when ruling. He says while the knowledge and expertise are appreciated, do not let bribe move you away from the God:

Ey kâdî-i huceste-likâ kim Hak eylemiş
Sâhib-serîr-i mesned-i hükm-i kazâ seni

Cehd eyle kim mülâhaza-i nef-i dünyevî
Hükm-i kazâda etmeye ehl-i hatâ seni

Makbûl-i halk kılmış iken ilm ü ma'rifet
Merdûd-ı Hâlik eylemeye irtişâ seni Fuzulî

In an ode, Usulî said to the person he praises that "This pillarless world is standing by the column of your justice; the building of out time is standing on your judgement".

Pâyidâr adlin sütûnuyla bu tâk-ı bî-sütûn
Ber-karâr isbât-ı hükmünle binâ-yı rûzgâr Usûlî

Âşık says that "Your justice bound the people to the law, therefore kadis has started not to give importance to the babbling of the opponents".

Hükm-i adlüñ şöyle münkâd itdi halkı şer'a kim
Kâdılar ihzâr-ı hasma vermez oldular nişân Âşık

Criticized Practices

In literary texts, the most prominent criticized aspect of the legal system is the fact that corruption has an effect on the judiciary. Especially starting from the 17th century, it becomes a common feature in society that leads to degeneration. Starting from the 17th century, the corruption of the Ottoman community in terms of political, military, legal and

economic aspects is directly related to the degeneration of the individual. The corruption that was felt more intensely in this century was a result. This corruption had been prepared in the previous centuries. Hayalî Bey, who lived in 16th century, describe the corruption made by the kadi and muhtesip (supervisor of the market) in the city as "They have ruined the city by receiving the goods; convene the assembly and judge the kadi and muhtesip":

Ahz-ı mâl ile Hayâlî şehri vîrân etdiler
Meclis eyle muhtesible kâdîyi teftîşe çek Hayâlî

In the same century, the poem of Bağdatlı Ruhî with the repeating word "eksilmede" is a poem that summarized the degeneration in the society. Law is also among those that are deteriorating: Most of kadis accept bribe, and the respect to the law has been decreasing. Nobody is happy with his own situation, the respect for the order of the God has been decreasing:

Ekseri kâdîlarun rüşvet tarîkin tutmada
Hürmet-i şer'-i Resûl-i Müctebâ eksilmede
……
Kendi hâlinden değül hoşnûd şimdi kâinât
Hak Taâlâ'nun kazâsına rızâ eksilmede (Kurnaz 2011:120-21)

In the 17th century, "eksilenler (decreasing)" was replaced by "kalmamış (no more exists). In his poem with the repeated word "kalmamış", Nabî mentions that there was no criteria for anything anymore. One of these is the fact that no values were left to choose the competent persons for the job:

Kadrin anlar yok bilür yok her dür-i sencîdenün
Çârsû-yı kâbiliyyetde terâzû kalmamış (Kurnaz 2011:123)

Law has not only deteriorated but also been forgotten. Everyone is looting each other's goods. God's orders, the Qur'an's meaning has been

forgotten. Everyone is ruling his own self. The firman sent by the God has been forgotten:

Halk açmadadur birbirine pençe-i târâc
Ahkâm-ı Hudâ ma'nâ-yı Kur'ân unutulmış

Nâbî kimi görsen yürütür hükmüni nefsün
Hakkun bize gönderdüği fermân unutulmış (Kurnaz 2011:124)

The movement area of the person is restricted at the posts that are gained with the help of somebody. A judge who accepts a bribe cannot move freely like a pregnant woman:

Hayf şol hâkime kim deprenemez merdâne
Mâl-ı rüşvet yiyüp ol avrete döner gebece Ravzî

Those who are responsible for the corruption in law are not just kadis (judges). Those who assign them are as responsible as they are. What the kadis are doing is not implementing the order of the law but collecting goods by destroying everywhere. They do not like those who obey the rules of the God. Bad people and mischief-makers are more acceptable for them:

Bir bölük câhilleri kâdî idüp şâh-ı cihân
Kâ'inâtı zulm-i bî-dâd ile bed-hâl eyledi Ravzî

Emr-i şer' icrâ olunmaz kâdılar ancak hemân
'Âlemi yakup yıkup tahsîl-i emvâl eyledi Ravzî

Zühd ü takvâ ehlini sanma severler kâdılar
Anlaruñ yanında ehl-i şûr u şer makbûldür Ravzî

In his collection of biographies, Âşık Çelebi cited Emânî's envoi written after the death of Iskender Çelebi. Iskender Çelebi had silver boards and golden nails used his palace that was built using the bribe he accepted. He had have his door and walls embroidered, and had the palace have light colored. When the dismissal news spared by rumor, the death date came from the unknown in return to "bribe":

Târîh

İrtişâ kasrını yapdukda Sikender Çelebi
Tahtasın sîmden itdürdi vü zerden mıhın

Der ü dîvârını nakş eyleyicek ol dâna
Katı açuk boyadı çok idüben zırnîhın

Münteşir olıcak efvâha peyâm-ı 'azli
Hâtîf-i gayb didi rüşvet ile târîhin (Kılıç 1994:153.)

In Vahyî-yi Sânî section, Âşık Çelebi tells how the poet changed after becoming a kadi and how was his end:

"When he was danişmend (trainee judge) he was a sweet and well-behaved. After becoming kadi, he became self-righteous, bad-natured, dissolute person. His strange, self-righteous and arrogance appeared. He preferred to reprehend the people and spread terror. Since his aim was to damage the reputation of the judgeship and to gain money, he became self-righteous and changed his moral and good features. He started to hate his old friends. At the end, the curse of the oppressed were accepted and fire fell on his house. His house, records, and probably, religion and faith burned. The fire of the fate burned his body. He died when he was kadi of Kesderye in 958" (Kılıç 1994:275-76).

In Tutî-i Latîf section of his book, Âşık Çelebi, mentioned the bribe given by a kadi called as Koca Keşiş to be appointed as kadi to Kırkkilise (Kırklareli):

Virmese yüz papası Koca Keşîş
Mansıba kimse râzı olmaz idi

Olmasaydı papası el-hâsıl
Kırkkilise'ye kadı olmaz idi (Kılıç 1994:375-76)

Âşık Çelebi, attract the attention to the self-righteousness of a kadi who writes poems with the nickname "Nişânî". This is also a weakness and does not fit the ethics of judiciary:

Nişânî-i Sâlis is a kadi at the civil court in Morae. There is nothing to criticize about his knowledge and skills. However, his self-righteousness is excessive. According to him, two or three muftis are as valuable as a feather on his head. He doesn't accept the words other than saying "you should be at the head of the virtue post". He expects everyone to say that his commentaries are like miracle. He wants to be called both as Zemahşerî (a religious scholar) and as kadi. "Mantıkta Mîrek Çengi yanında ne çalar!" When he talks about the secrets of the God, the best writers become silent. When grammatical knowledge is compared, Dikkoz (Şemseddin Ahmed Dikkoz (d. 855/1451) is nothing besides him! Compared to him, İbni Hâcib doesn't know the number of the section in syntax. As a result, he believes that his faith law and customs are always true and criticize those of the others (Kılıç 1994:464).

In the section about Viv, Âşık Çelebi cited a poem of the poet about the judiciary institution in his period. According to this poem, justice has gone forever. Those who are responsible for implementing the law are the chief representatives of the lawlessness:

Kadi-ı şehr âsitîninden çıkan vakt-i kazâ
Fıkh kitâbın sanmañ ol mekr ü hîle destânıdur

Âsaf-ı devrân geçen şimdi Süleymân devrine
Nâğme-i Dâvûd'ı sanur kim tuyûr elhânıdur

Mâl-i beytü'l-mâlı taksîm eylese defterdâr
Halka minnet eyleyüp eydür ki şâh ihsânıdur

Şehrüñ ıslâhı neden ola ki her müfsid ki var
Yâ efendi muhzırı yâ muhtesib oğlanıdur

(Do not suppose what the kadi of the city ruled is based on the fiqh, it is an epic of fraud. Now, in the reign of Süleyman, the vizier takes the voice of Davud the Prophet as the voice of the birds. If Defterdar-head of provincial treasury- distributes the properties of the treasury, he will call it as the gift of the Sultan. How can the city improve while each mischief maker is either bailiff of the master or the son of municipality officer (Kılıç 1994: C. II/603)?

Stating that poem Fevrî who was a kadi at the same time thought he was the bee's knees after becoming a kadi and became a person who gives and accepts bribe after having authority to deal with money, Âşık Çelebi says "what is noteworthy is that although it is written on his seal: "Be straight as ordered!", he always keeps saying the following:

Kâzî ger mansıb-ı bî-dînest

Kâfirem ger cümle râ server ne'em

(If kadi/order means the person serving irreligiousness, I swear to be the first among them) (Kılıç 1994: C.II/688).

In 17th century, Nâbî was one of the poets that attracted attention to the corruption and had the sadness for this. In his work "Hayriyye"i he gives information to his son about the professions. When stating which professions should be avoided, he clearly stated the level of the quality of bureaucrats and the humans in the period he lived. Although the work was an advice to his son, what is stated in it is the general situation of the society. In the section about the judiciary, the poet not only mentioned the practices he criticized but also the measures to be taken. The issues mentioned in the poetic text can be summarized as follows:

The majority of kadis are not implementing the orders of the God, the law any more. Some of the kadis are putting their judgement at auction and make the judgement in favor of the party who gives more money. Some kadis do not give trial day to those who don't give bribe. Some kadis make the court a place of business with bribe and repulsiveness. They have forgotten the nature of the world and religious and cannot predict the severity of the punishment day. Some kadis looks as if they were well-intentioned and cried, however they gather the ferocious people of the city and tyrannize over those who are poor, guileless and cannot think clearly.

They publicly looks as if they are in favor of the right in order to disable the justice. Those people who are well-intentioned and having difficulty in understanding the truth that cannot realize this consider this behaviors as justice. They close the doors of the shops and recommend the people the bad-tempered attitudes. They find a way to accomplish their evil goals. They behaves strictly in the name of sharia / law and overbear on the master, pasha. He prevents the persecution of the "örf" judge, however his persecution is much worse. He sees himself bigger than a pasha. This is the reason for fighting. Especially the situation of his soldiers is certain; the more they are cruel, the better it is. Persecution has become a center for them. Collecting commodities is their distinctive feature. Although kadis must be defenders of the justice, they do more damage than the pest.

He uses "takva" to collect the goods, extends his hand to the loot. He uses fasting as a trap to convince the people. He uses his prayers as a castle to take shelter in to protect himself from shame. Receiving the goods of the orphans is not like smoking; it is a big offense. He cumulates the goods in pouches, but he accepts tobacco cuts worse than it… He doesn't like tobacco itself, however when it is a subject to a case, he accepts tobacco money.

He intervenes if he sees a gold seal or ring, but he loves the weight of gold. He likes the beautiful in a silk fabric, however he doesn't touch the letter presented in a satin pouch (saying that is it forbidden by religion). He calls bribe as "harvest"; who doesn't accept harvest? Law that is clear as water has been destroyed by the pickax of bribery. It is a pity that now the reins of the law is in tyrants' hands!

Damn the property for which you sell the law and you do not apply God's judgment! You have canceled the justice for bribe! You have sold your religion/law for commodities in order to be happy. O, you, who has lost his way! Don't you ever think that the religion/law of the God find honor and dignity? Gabriel, who is the guardian of the God's law, has made the sharia of the God the jewel of the earth with great respect. The best of creatures (the prophet) explained the judgement rules. You Persecutor! How dare you violate the law! Don't you ever think what will happen to you? Is the collapse of your faith in God is to accept bribe?

Discriminating bad and good is possible with the scale of justice; can the pearl and stone be at the same value? Do not try to become a kadi, because there is no abundance left in the order of the God. Can it be possible for a person to prove his right when the judge is a rival to the justice? (Kaplan 2008:278-82)

In the same century, Bosnian Alaattin Sâbit associates the judgements ruled in return to bribe with the sugar syrup in which there is viper snake venom:

Zehr-i ef'î ile âlûde şeker şerbetidür

Şer'in âmîhte-i rüşvet olan ahkâmı Sâbit

Law has totally disappeared in a social life that has been gradually deteriorating. Old times have become sought after:

Bir memleket ki mahkeme-i adl ü dâd iken

Eyler bugün mezâlim-i hâkimle iştihâr Âsaf

The court has become a place of persecution. Bribery has become the order of the society in the current century; there are just names of appeal courts and criminal courts. İt is written on the door of the court that: You can get what you want with money; do not look for law and justice. We should be patient, one day the court of the God will give the right of the oppressed. The vast land of the earth is glebe, it cannot be a property. The Holy Court has made this decision. No matter how much property the bribers collect, the "kassam" will give them back to the owners. O Âsaf! Who should I complain to because She who I loved didn't become my lover? Where is the loyalty court in this ephemeral World?

Mahakam Hazret-i Bî-çûn u çirâ mahkemesi
Gayriler zulm ü sitem cevr ü cefâ mahkemesi

İrtişâ etmek imiş asrda kânûn u nizâm
Sözde var hey'et-i temyîz ü cezâ mahkemesi

Paradır iş bitiren adl ü şerî'at arama
Bunu yazmış kapısında vükelâ mahkemesi

Susalım sabr edelim bir gün olur elbette
Hakk-ı mazlûmu çıkarmaz mı Hudâ mahkemesi

Vakfdır mülk olamaz arsa-i pehnâ-yı cihân
Böyle hükm etmiş anı arz u semâ mahkemesi

Mürtekibler ne kadar cem'-i nükûd eyleseler
Redd eder ehline kassâm-ı kazâ mahkemesi Âsaf G 154/1-6

In the 19th century, Meşhûrî wrote a quatrain explaining how intertwined the lives. If the people are fair, there will be no need for judges and governors. Today, there is no an affair in which there is no bribe and dedication:

Kalmaz idi hâcet der-i hükkâm u vülâta
Herkesde eğer olsa idi mâye-i insâf

Bir maslahatın olsa görülmez bu zamânda
Zımnında meğer rüşvet ola ya meğer ithâf Meşhurî

CONCLUSION

Although ethics is a concept of a different culture, its content is similar in all communities. The issues mentioned in the literary texts both as recommendation and criticism are in the field of judicial ethics. According to said texts, the judge must make judgments without being under any influence; the concept of influence is so wide that it includes bureaucratic pressures, interest relations, favoring relatives etc. Among characteristics underlined in the odes written to the sheikh-al Islam, wisdom is at the

center, and fatwa which means evaluation, comparison, deduction and sharing the results with the public follows it. Judge should not rule the cases of which members of his family, his employees or his relatives are one of the parties. Concluding the cases as soon as possible and making sacrifice are among encouraged characteristics. It is the main purpose to make tiny distinctions during the proceedings and concluding the case in the shortest time that is possible by evaluating all aspects of the case. The judge try to earn income by interpreting the laws in his own interest. It should not be forgotten that the decisions to be made without knowledge and basing the criteria other than the law during the proceedings will destroy the confidence in the judiciary.

The facts that the ottoman judiciary used different laws, that the citizens from different religions were subject to court's ruling based on the law of their religions, that even the religious sects of the citizens were taken into consideration are important principles in terms of judicial ethics. It can be said that the fact that except for some exceptions, the judgements ruled by the judges were implemented without the need to be approved by a superior court made an important contribution to the judicial independence and enable to carry out the proceedings on time. The rules for the judges such as treating the parties equally, not accepting gifts from the parties of the case that he is ruling, not accepting the invitations to banquets and even not accepting the parties to his home, avoiding making recommendation about the evidence are considered important practices for objectivity, principlism and impartiality.

The presence of the emphasize to the justice among the top three properties sought in persons and institutions in the judicial chain is of important, for it shows the sensitivity of the issue. The features such as simplicity in the daily life, transparency, not being thankful to anyone, not using the public property for personal interest, not being addicted to money, being grave, applying law without hesitation, giving importance to grace and kindship, performing the duty like a prayer, being merciful are the characteristics that are expected from the judges and encouraged.

Making necessary investigation about the kadis who entered the illegal Works and punishing them if found guilty, not allowing the judges to rule cases who are registered as injustice, underlying that the state stands thanks to justice, not allowing to get gang and monopolization, not assigning the person who have moral weaknesses, who are two-faced and who do not have compassion are the issues that the senior administrators should take into consideration. Paying regard to the confidence in judiciary during the proceedings by internal audits, avoiding from the behaviors that may damage the confidence of the public in the court are the issues that are the importance of which is reminded. In addition, it is also a highlighted fact that judges must be allocated enough income to the extent that it prevents the judges from reoccurring in other ways.

REFERENCES

Ahmet Paşa (1992). *Divan*, Prepared by Ali Nihat Tarlan, Ankara: Akçağ Yay.

Akkuş, Metin (1993). *Nef'î Divanı*, Ankara: Akçağ Yay.

Âşık Çelebi Dîvânı (1998). Prepared by Filiz Kılıç, http://ekitap.kulturturizm.gov.tr. Access date: 09.05.2016

Aşkî, *Mecmua*, 06 Mil. Yz. FB. 533, 79b.

Aydemir, Yaşar (1996). "Kasidede Muhteva Unsurları [Context Components of Odes]", *Gazi Türkiyat Dergisi*, C.1, p.137-59.

Aydemir, Yaşar (2007). *Ravzî Dîvânı*, Ankara: Birleşikdağıtım.

Aydemir, Yaşar-Halil Çeltik (2009). *Meşhurî Divanı (Tenkitli Metin* [Text with critics]*)*, Ankara: ttp://ekitap.kulturturizm.gov.tr

Aydın, Mehmet Akif (2003). "Mahkeme [Court]", *TDVİA*. C. 27, p. 341-344.

Bilkan, Ali Fuat (1997). *Nâbî Divanı I-II*, İstanbul: Millî Eğitim Bakanlığı.

Bosnalı Alaeddin Sâbit (1991). *Divan*, Prepared by Turgut Karabey, Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi.

Ceylan, Ömür (2003). *Hânedânda Bir Âsî: Dâmâd Mahmûd Celâleddîn Paşa* (*Âsaf), Hayatı, Edebî Kişiliği ve Dîvânı [A rebellion personality in the Royal Family: Dâmâd Mahmûd Celâleddîn Paşa* (*Âsaf), His life, Personality and Divan)*, Ankara: Akçağ Yay.

Defterdar Mehmet Paşa (2014). *Devlet Adamlarına Öğütler [Advices to Statesmen],* Prepared by Yaşar Aydemir-Güray Kırpık, Ankara: Hece Yay.

Edhem, *Mecmua*, 06 Mil. Yz. FB. 533, 112b.

Fuzulî Divanı (1990). Prepared by Kenan Akyüz et al., Ankara: Akçağ Yay.

Gökyay, Orhan Şaik (1976). "Âşık Çelebi Tezkiresi", *Tarih Dergisi*, Sayı 30, p. 39-48.

Hayâlî Dîvânı (1992). Prepared by Ali Nihat Tarlan, Akçağ Yay.

İsen, Mustafa (1990). *Usûlî Divanı*, Ankara: Akçağ Yay.

Kaplan, Mahmut (2008). *Hayriyye-i Nâbî*, Ankara: AKM Yay.

Kasır, Hasan Ali (1990). *Sabrî Mehmet Şerif Divanı (İnceleme-Karşılaştırmalı Metin [Review-Comparative Text])*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üni., Erzurum.

Kılıç, Filiz (1994). *Meşairü'ş-Şu'arâ İnceleme-Tenkitli Metin [Review-Comparative Text]*, Gazi Üni. SBE, Doktora Tezi.

Koç, Turan (2010). *İslam Estetiği [Islamic aesthetics]*, İstanbul: İSAM Yay.

Kurnaz, Cemal (2011). *Divan Dünyası [Divan World]*, Ankara: Kurgan Edebiyat Yay.

Mirzazade Ahmet Neylî ve Divanı (2014). Prepared by Atabey Kılıç, İstanbul: Kitabevi Yay.

Pieper, Annemarie (2012). *Etiğe Giriş [Introduction to Ethics]*, Translated by Veysel Atayman-Gönül Sezer, İstanbul: Ayrıntı Yay.

Türkeri, Mehmet (2015). *Etik Değer Açısından Eğitim, Siyaset, Kamu, Çalışma Hayatı ve Bilim[Education, Politics, Public, Work Life and Science in Terms of Values of Ethics]*, İstanbul: Lotus Yay.

Ünal Özkorkurt, Nevin (2008). "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış [An Overview of the Judiciary in the Ottoman and Contemporary Turkey in terms of Judicial Independence]," *AÜHFD*, C. 57, p.230-236.

MODERATOR

Thank you for the information that you gave to us.

I want to leave the stage to Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL, as soon as possible.

Fatma Demirel is a historian. She graduated from the History Department of İstanbul University. She is still working at the Department of Humanities and Social Sciences of Yıldız Technical University. She is the writer of published books and articles on the Ottoman Law and the History of Media.

EVALUATION OF THE SELECTION AND APPOINTMENT OF THE JUDGES IN THE OTTOMAN STATE FROM PERSPECTIVE OF JUDICIAL ETHICS

Prof. Dr. Fatmagül DEMİREL
Lecturer at the Department of Humanities and Social Sciences, Faculty of Letters and Science, Yıldız Technical University

In the Ottoman State, with the adoption of Western Law following the Tanzimat, "Nizamiye Courts" were established in addition to "Şer'iyye Courts". The qualifications sought in the selection of the judges to serve in these courts and the appointment procedures are determined by the regulations (Nizamname). In this study, how the selection and appointment of the judges to be assigned to Nizamiye Courts affiliated to Ministry of Justice was made will be evaluated in terms of judicial ethics.

In the Ottoman State, after the Tanzimat, the French judicial organization was taken as an example and entered the legal system through translation of criminal, trade and procedural laws. The French model was also taken as an example when establishing the courts and supreme judicial bodies which were the practitioners of these laws. Legal arrangements were made at different dates for the courts established in this process.[1] The regulations which were based on western law in judicial organization that were made after the Tanzimat continued uninterruptedly during the reign of Abdulhamid II. In particular, the first institutional organization regulation for the Ministry of Justice were prepared within the scope of

1 Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi [Adoption of Western Law in Turkey],* Ankara: Türk Tarih kurumu Yayınları, 1996, p.216-217. For the legal regulations on Nizamiye Courts see Fatmagül Demirel, *Adliye Nezareti'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri [Establishment and Activities of the Ministry of Justice*], İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2008, p. 1-33. Sedat Bingöl, *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu [Judicial Reform in the Ottoman State in the Tanzimat Period]* Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2004.

the judicial reforms carried out in 1879, and the organization of Nizamiye Courts was finalized. In the judicial reform program dated 1879, the French judicial organization was taken as an example and the laws such as Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu(Law on the Organization of Nizamiye Courts), Usul-ı Muhâkemât-ı Cezaiyye Kanunu(Law of Criminal Procedure) and Usul-ı Muhâkemât-ı Hukukiyye(Code of Civil Procedure) were put into force in succession.[2]

With the Law on the Organization of Nizamiye Courts, Nizamiye Courts were graded as "bidayet Courts(first instance courts)" and "istinaf Courts(court of appeal)" and divided into two departments: Criminal Departments and Civil Department. The Court of cassation, which was on top of them, was established as a superior court to control the implementation of the law.[3] This law also clarified how the judges were selected and appointed. The judges to be appointed to Nizamiye Courts were selected by a committee name of which was "Encümen-i İntihab-ı Adliye" that was affiliated to the Ministry of Justice. This committee consisted of the Minister of Justice, Undersecretary of the Ministry of Justice, and one representative from each of the following institutions: Presidents of Court of cassation or Courts of Appeal and Departments of Court of cassation.[4] The judges to be appointed to Bidayet(first instance) courts had to have the following qualifications: to be 25 years and over, not to have bad attitudes, not to be sentenced due to criminal offence and murder, to have passed the examination carried out in front of the Adliye İntihâb Encümeni(the committee) or to have worked as deputy member of the court or clerk of the court for four years. In order to be the president of bidayet court and a member of court of appeal, it was necessary to be over 30 and have worked as a member of bidayet court for four years. In order to be president of court of appeal it was necessary to be over 40 and

2 Demirel, *ibid*, p. 35-38.

3 Necip, Bilge, "Adalet Mahkemelerinin Kuruluşu*[Establishment of Judicial Courts]*," *Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ile Hâkim Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Seminer 14 Ocak -24 Ocak 1964)*, Ankara, 1964, p. 14.

4 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu [Law on the Organization of Nizamiye Courts], Article 46.

have worked as the president of the court of appeal and a member of the court of appeal for four years.[5] The court of cassation located in Istanbul was important, for it was the highest authority on other civil courts. The president of the court of cassation was selected among the members of the court of cassation or the presidents of the courts of appeal.[6] After the judges having these qualifications had been selected by the committee (Adliye İntihâb Encümeni), they were appointed by the approval of the Sultan (irade-i seniyye) on the proposal of the Ministry of Justice.[7] The judges had to swear like all the civil servants before the beginning of their duties that they would remain faithful to the Sultan and the state, and will perform their duties honestly.[8] Although Abdulhamid II closely followed the selection and appointment of civilian or military senior officers, the only class that he didn't intervene was the Judges. For example Abdurrahman Pasha, the minister of justice, presented the names of a few candidates one of whom were going to be appointed as a judge, and asked the Sultan to choose one of them. However, the Sultan returned the statement and asked the minister to present the name of the candidate who is most appropriate for the duty.[9]

Another example showing that Abdulhamid II didn't intervene in the judicial proceedings occurred during the selection procedure of the external members of the Encümen-i Aliye. Bab-ı Vükela (Council of Ministers) made a decision stating that there would be two members from Bab-ı Fetva (The official body having the authority to give fatwas). Cevdet Pasha, the

5 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu [Law on the Organization of Nizamiye Courts], Article 43-44.

6 Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA.,) [Prime Ministry Ottoman Archive(BOA)] YEE., Nr. 38/41.

7 Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu [Law on the Organization of Nizamiye Courts], Article 47-48.

8 Gülden Sarıyıldız, "Tanzimat ve Osmanlı Bürokrasisinde Yemin Müessesesi[The Tanzimat and the Oath Procedure in the Ottoman bureaucracy]" *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları Dergisi,* sayı 1 İstanbul 2002, p. 261-262.

9 Tahsin Paşa, *Sultan Abdülhamid. Tahsin Paşa'nın Yıldız Hatıraları*[Abdülhamid the Sultan, The Memories of Tahsin Pasha at Yildiz Palace], İstanbul, Boğaziçi Yayınları, 1990, p. 31-32.

minister of justice objected this decision stating that this was contrary to the Law on the Organization of the Courts. When the case was presented to the Sultan for his instruction, he ordered that the provision of the Law should be implemented. In other words, no illegal intervention was made on the Encümen (committee) that was authorized to select the judges.[10]

When the official reports of "Adliye İntihâb Encümeni" is examined, the issues that were taken into consideration during the selection process are found out. First of all, the vacant post to which the appointment would be made were explained. If an appointment was going to be made to replace a judge who had been unseated, the reason of this dismissal and the qualifications of the judge to replace of him were explained. The personal features such as the graduation grade if he had graduated from the school of law, whether he had any examination, whether he had bad reputation, whether he could speak the local language were all taken into account.[11]

There were provisions in Kanun-i Esasi (Constitution) and Law on the Organization of Nizamiye Courts that judges cannot be dismissed.[12] However, judges could be dismissed if they had attitudes and behaviors that may harm the respectability of the judge title, and as a result of an investigation carried out by Intihab Encümeni (The Committee) on complaint. For example, Abdullatif Bey, the president of Criminal Department of Kale-i Sultaniye Court of First İnstance, and Şerif Efendi, the acting prosecutor of the same court, were dismissed because of some illegal actions performed during the investigation and judgement process about an individual who were accused of deliberately causing a fire. Particularly the judge's actions against the law are frequently seen among the reasons of dismissal.[13]

10 Demirel, *ibid.,* p. 77

11 BOA., Y.A.RES, NR.26/6

12 Kanûn-ı Esâsi[The Contitution], İstanbul- Karabet Matbaası, 1324, 24. Kanun-ı Esasi[The Contitution], article 81., Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu[Law on the Organization of Nizamiye Courts], article 48.

13 BOA., Y,PRK. AZN,Nr.25/7

The most important problem experienced in the judicial organization was the lack of trained judges. Law School was opened in Istanbul in 1880 in order to meet this need and educate qualified lawyers who know the laws.[14] However, because of the fact that the number of those who graduated the Law School was not enough, the persons who did not graduate from the Law School were employed at the different departments of the judicial institutions. Especially the "naib"s (deputy judge) of Şer'iyye (Criminal) courts also worked at Nizamiye Courts. It is observed that as the number of the graduates of the Law School increased, the naibs were withdrew from Nizamiye courts.[15] Because of the increase in the number of the complaints about the staff of the courts over the time, some regulations were made related to the procedures on the selection and appointment of the judicial officers.[16] In 1888 radical changes were made in the rules related to the appointments of judicial officers and their employment records.[17] For this purpose, Hükkâm vesair Memûrin-i Adliyenin İntihâb ve Tayinlerine Dair Kanun (Law on the Selection and Appointment of the Judges and other Judicial Officers) and Hükkâm vesair Bilcümle Memûrin-i Adliyeninin Sicill-i Ahvaline Dair Nizamname (Reulation on the Employment Records of the Judges and Other Judicial Officers) were put into force on dated 05.03.1888(22 Cemaziyelahir 1305).[18]

---

14 Demirel, ibid, p.99-100 Abot the school of law see Mehmed Nazım, *Mekteb-i Hukuk Günlerim[My Days at the School of Law*], Yayına Hazırlayan, Ali Adem Yörük, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2012.

15 Faruk Bilici, "İmparatorluktan Cumhuriyete Geçiş Döneminde Türk Uleması [Turkish Ulema in the Transition Period From the Empire to the Republic]*", V. Milletlerarası Türkiye Sosyal ve İktisat Tarihi Kongresi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1990, p. 712, Demirel, ibid, s. 87

16 BOA. Y.PRK.ŞD. Nr. 1/26., Demirel, ibid, p. 106.

17 BOA. Ayniyat Adliye, Nr. 1395, p. 284. Also see BOA. MV. Nr. 29/34.

18 BOA. İD., Nr. 83985. BOA. Nizamat Defteri, Nr. 3, p. 103-109. Sarkiz Karakoç, Külliyat-ı Kavanin,. Dosya Nr. XXIX, vesika nr. 397, 398, 399. The regulations on the selection and appointment of the judicial officers were also published in Ceride-i Mehakim which was the official publication of the Ministry of Justice. See Ceride-i Mehakim, Nr. 449, p. 5002, Nr. 450, p. 5019, Nr. 451,p. 5035.

The examination procedure was introduced with the Law on the selection and appointment of the Judges to be appointed to Nizamiye Courts that was put into force in 1888. The purpose of the examination was to enable the employment of the meritorious persons. Because, the official posts such as court clerk, coroner, notary, bailiff were left vacant because of the facts that the number of the graduates of the School of Law was not enough and the above-mentioned post that do not have "judge" title were not preferred. Because of the said reason, persons who didn't graduate from Law Schools were appointed to these posts.[19] The examination committee, which was introduced with the new arrangement consisted of three members from the judicial institutions and two instructors from the School of Law, and had meetings once a month at the School of Law. The judge candidates had to have this examination even they graduated from the School of Law.[20]

A two-grade examination was held by the exam committee meeting at the Law School. The first grade examination was held for the official posts that didn't have judge title such as coroner, bailiff, notary, and clerk. The second examination was held for the judicial officer's posts having "judge" title such as president of the court and member of the court. The candidates who had the examination to be appointed as judge were asked four questions, two of which were written and two of which were verbal, about Mecelle and the laws enforced by the courts. Those who passed the examination in front of the exam committee were given a certificate that showed which judicial posts they could appointed to or which duty they have ability. The exam committee sent the names of the candidates having the exam and the results of exam to the Ministry of Justice each month. Those who failed the judge examination could not apply again unless six months passed. After the conditions of the candidates were investigated by the Judicial Registry Office based on the exam results, their documents were transferred to "intihab encümen"s to be appointed. The selection and

19 BOA. İrade Kanun ve Nizamat, 9.Ş.1310, Nr. 2. BOA. Nizamat Defteri, Nr. 6, p. 145-146. Düstur I. Tertip C. VI, p. 1367-1368.

20 Hükkâm vesair memurin-i adliyenin usulü intihab ve tayinlerine dair kanun [Law on the Selection and Appointment of the Judges and other Judicial Officers], article 7-9.

assignment process could not be carried out unless the investigation was carried out.[21]

The purpose of the examination procedure introduced for the judges of Nizamiye courts was to enable the employment of the merit people in the judicial organization. Because, the complaints letters sent to the Ministry of Justice from the upcountry and the problems determined by the judiciary inspectors[22] provide important information on the functioning of courts and the situation of judges. For example, in a complaint made about the head of the court of Kırıkkilise Sanjak, it was claimed that the judge protected the accuseds during a murder trial, and he was dealing with trading and had secret relationship with some of the accuseds. It was requested that the trial be fair and impartial.[23] During the inspection carried out Syria Judiciary Inspector, it was determined that the head of Bidayet (first instance) court of Beka District had released a person that had been under arrest.[24] Again, after Kastamonu Judiciary Inspector reported to the Ministry that the head of Bidayet Court of Düzce District had released a person before he completed his sentence, the Inspector was informed that the head of the court should be judged.[25] Judiciary Inspector of Aydın Province determined that the head of Bidayet Court of Urla District had released a person who was under questioning; he also determined that the head of Bidayet Court of Kırkağaç District of Manisa Province received "honey and ten mecidiye" as a bribe, and that he accepted a goat from a person relating the investigation of a bodily injury case. After the investigations these persons were tried.[26] It was frequently stated in the complaint letters and the reports of the Judiciary inspectors that the judges did not know the laws or they had attitudes and behaviors that were not fit the judge title.[27]

21 Hükkâm vesair memurin-i adliyenin usulü intihab ve tayinlerine dair kanun [Law on the Selection and Appointment of the Judges and other Judicial Officers], article 10-16.

22 Fort he studies of the Judiciary Inspectors see Demirel, *ibid*, p. 229-242.

23 BOA. TFR.1.MKM, Nr. 1/35.

24 Ceride-i Mehakim, Nr. 295, p. 2642.

25 Ceride-i Mehakim, Nr. 297, p. 2673.

26 Ceride-i Mehakim, Nr. 296, p. 2657.

27 BOA., TFR.1.SL,Nr.26/2544

The problems in the courts were directly reflected in the Court of Cassation. Because the number of cases filed with the Court of Cassation was constantly increasing and court orders were overturned and sent back to the relevant court. A number of measures have been taken against this situation.[28] According to this, if half of the orders of a court were overturned by the court of cassation in a year, the court of cassation could request the Ministry of Justice to change the member of the relevant court.[29] In order to make such a request, it was necessary for the court of cassation to have some data. To have these data, a record were going to be kept about the number of court orders file to the court of cassation, the names of the courts giving the orders, then number of the approved orders and the number of the overturned orders. Based on this record, it was going to be determined that which courts orders were approved and which courts orders were overturned.[30] In other words, it was going to be found out which court made proper decisions or not and based on this, the skills and capabilities of the judges. It would also lead judges to be more careful when they make their decisions.[31]

While the court of cassation needed to take these measures based on the assumption that the courts did not make proper decisions, bidayet(first instance) and istinaf (appeal) courts were complaining about the functioning of the Court of Cassation and its decisions. Because the court of cassation sometimes approved and sometimes overturned the court orders on the same subject. In view of this situation, the heads of the courts were having difficulty in deciding what to do in the overturned case files.[32]

28 Demirel, ibid, p.172-173

29 BOA. Nizamat Defteri, Nr. III, s. 123. Ceride-i Mehakim, Nr. 445, s. 4939 Düstur, I. Tertip, C. VI s. 81. This request of the Court of Cassation was realized with the additional paragraph to article 49 of Teşkilat-ı Mehakim Law.

30 BOA. Nizamat Defteri, Nr. III, s. 123. BOA. Y.MTV. Nr. 32/47.

31 Muharrerat-ı Umumiye-i Adliye, year 1327, p. 6.

32 Mehmed Arif, "Tensikat-ı Adliye, Mahkeme-i Temyiz," *İlmi Hukuk*, İstanbul, 1325, C. II, p. 31-32.

The last arrangement about the selection and appointment of the judges of Nizamiye Courts was put into force in 1913. According to the Regulation on the Selection of the Judges and Judicial Officers dated 24.06.1913 (19 Receb 1331), the qualifications to be sought for the candidates who would newly appointed as judge were as follows:

To be citizen of Ottoman State

To have completed 25 years old

To have graduated from Law School or Mekteb-i Kudât with good and very good grades

To have completed one-year internship

To have passed the examination

To have good state

Not to have been convicted of imprisonment

To be healthy[33]

Although İntihap Encümeni continued its presence, with this last arrangement, a new procedure was introduced in which the heads of the Court of Cassation, The Court of Appeal and chief prosecutor were determined by the minister of justice and would be presented to the Sultan for approval. For the membership of the court of cassation, the general assembly of the court of cassation determined three names by a secret ballot among the candidates who had worked as judges at least five years, had full knowledge of law and well known; and presented these three names to the minister of justice; then the Minister of Justice chose one of the names and present it to the Sultan to be appointed to the vacant membership.[34]

As a result, there are values such as independence, impartiality, integrity propriety, equality, competence and diligence in the United Nations Bangalore Principles on Judicial Conduct, which have been prepared to establish professional ethics standard for judges. When these

33 1913 tarihli Hükkâm ve Memûrin-i Adliye İntihâb Nizamnamesi [the Regulation on the Selection of te Judges and Judicial Officers], article 27

34 1913 tarihli Hükkâm ve Memûrin-i Adliye İntihâb Nizamnamesi[he Regulation on the Selection of te Judges and Judicial Officers], article 18

principles are taken into consideration, we can say that in the Ottoman State, the moral ethics of the judges and whether they were competent and diligent were primarily considered during the selection of the judges of Nizamiye courts. In addition, it was stated in the articles 1292-1298 of Mecelle that judges should be a person that can make proper decisions, be honest, be reliable, be character-wise, have strong will, treat the parties equally, not deal with the case of their relatives, not accept gifts.[35] Although these values were taken into consideration in the selection of judges, it is observed that the necessary investigations and dismissals were realized about the persons who had acts and behaviors that were not be suitable for their professions.

It is noteworthy that in the Ottoman Empire, through legal regulations related to the selection and appointment of judges of the nizamiye courts, the standard of professional ethics were tried to be determined.

MODERATOR

Thank you. Until now, we have listened to the problems about the past.

From now on, Mr. Vuslat DİRİM will tell us about the problems of today.

Mr. DİRİM gradtuated from the Faculty of Law of Ankara University. He started to work as a Candidate Justice in Tokat Province, and then he served as the Public Prosecutor of Denizli, Siirt, Şirvan, Iğdır, Zile and Van, Sultanbeyli. In 2011, he was appointed to be a Member of the High Court of Appeals, and in 2015, he was appointed to be the Chairman of the Criminal Department No. 13 of the High Court of of Appeals. He is still serving at this position. Now, we will listen to him, let's see how much different - or similar - the problems of today are, compared to the old ones.

35 Ünal Bozkurt, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bakış[An Overview of the Judiciary in the Ottoman and Contemporary Turkey in terms of Judicial Independence]", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2008), p.232

Mr. Vuslat DİRİM
Chairman of the Criminal Department No. 13
of the High Court of Appeals

I know that my time is limited. I was asked to tell about my professional experience as a judge in form of a 15-minute presentation. So, despite my busy schedule, I arrived in here by flight in the morning, and I have a flight back to Ankara soon after the session. The High Court of Appeals has already a huge pile of backlogs. One million case files are received every year, nearly five hundred thousand of which are civil claims and the remaining are criminal files. 46 departments and 516 members have been struggling to tackle all these files and there is no high court at such large scale anywhere around the world. However, appellate courts are planned to come into operation again following the completion of preparatory works. Appellate courts will come into operation by the 20th of July and, once the stability of this system has been ensured, our backlog will be gradually reduced to world standards, hopefully.

Human rights and the rule of law are among the common universal values of humanity. These values are cordially adopted by the Turkish Nation. This has evidence from centuries ago, by quotes of our predecessors, including the quote: 'Make the human live so that the state can live'. We have already acknowledged that justice is the foundation of the state. The Republic of Turkey has been aiming at keeping up with the level of modern civilization, and has been willing to become a member of the European Union.

Our state has been exerting vigorous efforts in every field to raise the standards of human rights and the rule of law.

Judicature is among the oldest professional groups that emerged with the beginning of the history of humanity, but particularly in concurrence with the emergence of state. Regardless of the form of a state, we observe that judicature exists in all states and communities.

In today's world, judicature is exercised by our colleagues holding office as judges and ruling at their conscientious discretions in compliance with the Constitution and the Laws.

As already expressed by the former speakers, the qualifications of a judge in today's world lead us to have regard to the UN Bangalore Principles of Judicial Conduct. These principles also apply on the part of our system. With regard to independence and impartiality, we certainly have a couple of words to say. Independence is definitely crucial for impartiality. Such independence must be guaranteed vis-a-vis Legislative and Executive Organs as well as the Press and the Media. Impartiality is an indispensable quality of judicature. A judge must not only be impartial but also take an impartial stance; likewise, integrity, propriety, coherence, equality, competence and diligence are the fundamental qualities of a judge. Due to the limited time of my speech, I will not be able to make an in-depth description of these, but I would like to keep on and end my speech with my opinions on competence and merit. Indeed, judicature is a profession of self-sacrifice. This audience I am now addressing consists of various professional groups but I guess there are mainly candidate judges here. It seems so.

I am a graduate of 1982. I had a huge desire to start my career in judicature and public prosecution. I started as a candidate upon taking my first exam after the year 1982. If I was born again, I would choose the same profession I have today. I have performed duties as a judge a public prosecutor and Chief Public Prosecutor across the country for 25 years. I have been devoted to my profession. I can't think of any other profession that could offer the same satisfaction. I don't think that this sense of fulfillment is comparable to any other thing in a person's life. Well, I have had five or six cases in my career in which I solved complicated homicide cases, brought the perpetrators to trial and subjected them to sentence on statutory basis through bills of indictment. I cannot express my personal contentment in those moments and cannot compare that contentment to anything else in my life.

This profession definitely offers a high level of satisfaction but requires so much self-sacrifice; judges and prosecutors are expected to be tolerant,

patient and empathetic. As you already know, graduates of law schools can apply as candidate judges after taking very difficult exams. They are recognized as judges only if they pass a second exam following a 2-year training for candidate judges. This process is followed by a vocational training held by the High Council of Judges and Prosecutors, Ministry of Justice, Turkish Justice Academy whereby the qualifications and experience of judges are strengthened.

Due to my limited period of speech, I would like to tell you a short story which about an experience that I gained at the early years of my profession.

When I was a Prosecutor of initial complaints in Denizli where I began my career in 1986, Mr. Emin, the President of High Criminal Court No.2 visited me at my office. He said: "We have a file but our trial prosecutor refuses to handle that file. Would you take that case?" I said: "Mr. President, surely I would take the file", but I wanted to know more about the case. I learned that it as a case of murder in which the suspect killed a shepherd for his money, and this murder had a witness who was also killed by the suspect. Death penalty was in effect under our laws during those years. It was later abolished through amendments to the law in 2001 and 2004. There had been no capital punishment executed within a period of 19 years prior to the date of such abolition; so, no death penalty has been executed in Turkey since the year 1983, and Turkey no longer has capital punishment since 1983, even in any event of war.

This story was about the years in which capital punishment was stipulated under the laws, meanwhile I had completed my 1st year as a Public Prosecutor. According to our laws that were in effect during those years, a person who committed a murder to usurp money would be subject to death penalty. Similarly, the murder of a witness of a crime would be subject to capital punishment. The Law numbered 765 included matters of discretional extenuation but through the article 59, not the article 62 as is today. So it was possible to commute a death penalty to life sentence. The file had undergone trial before we took over the case, and 2 murders had already been proved during the trial. The court had ruled upon execution

of death penalty on the grounds of murder to usurp the victim's money, and commuted the penalty to life sentence by virtue of the article 59. The same ruling had been adjudicated upon the perpetrator for the murder of the witness, which was also commuted to life sentence. Our former criminal law had a weird provision.

It was really weird in the sense that two life sentences equaled to a capital punishment. By referring to that provision, the court had to execute the death penalty on the grounds of two life sentenced that had already been ruled upon; so the committee of judges broke their pen - a practice which signified an act of closure -, and the file was sent to the High Court of Appeals. During that period, our senior colleagues worked hard to dismiss the death sentence as they were already in objection to capital punishment as well as to the article no. 70. This was the ever first and the last experience of capital punishment in my career. I learned that our senior colleagues dismissed the case on the grounds that the seal on the certificate of criminal record was illegible. So, the file was returned, whereupon the court had a perfectly issued certificate issued. And they had a perfectly legible seal affixed onto that certificate. The court again adjudicated the same decree; so, later while the file was expected to be referred to appellate procedure as an ex officio practice, the suspect claimed to be of unsound mind, which was a great excuse for the High Court of Appeals to dismiss the case once more on the grounds that the suspect's mental condition must be examined. Following the examination, the suspect was found out to be mentally stable, and therefore, the court ruled the same judgment again. This time, the suspect was shrewd enough to assert that his name was actually Hüseyin, he had an elder brother named Hasan, who had been born two years before him; Hasan had been registered at the population office, but he soon died and the suspect himself was born but was not registered at the population office but used his late brother's identity registry -which was then called as hidden population -. He asserted that his name was not Hasan but Hüseyin, who used his late brother's identity registry, so he had already been under age at the date of crime. This time, the High Court of Appeals again dismissed the case, ruling that the suspect would be subject to bone x-ray to assess his skeletal age, and his age would be corrected if required, and the procedure must be executed accordingly. Then the suspect was

examined. It was found out that his skeletal age matched his year of registration at the population office, so no correction of age was required, but the court had to make the same ruling. Then the Prosecutor of the case requested the President to transfer the file to me, complaining that he was scored a medium grade for every dismissed case. Public prosecutors used to be scored by the High Court of Appeals during those times. He insisted the President that the file should be handled by me, saying that I was a new colleague already, so I would not be affected by a medium score. So I handled the file.

But I first asked the President that I had to read the file. As I read the file, I saw that all that had been told were true, the case had to be dismissed, so I issued my legal opinion. I was on the bench, which I should also describe. The only entrance to the bench was from the left side, where there were already three members of the court. I was sitting on the far right as the Public Prosecutor, with the president sitting in the middle. I had to pass all of them when I had to go down from the bench. So we declared our opinion, we also had our pens with us which we were going to break when we finalized the ruling. I was at the age of 25, and I was agile enough to jump from the bench if I had to. After we declared our opinion, the president spoke to the suspect with his lawyer near him, and said: "You have heard the legal opinions. Will you make defence?" This moment was when the suspect suddenly started cursing with very inappropriate words. I got really frustrated but I couldn't stand up from my seat as there were already our president and 2 female members sitting on the bench side by side. The president warned me to calm down but the suspect was still using very bad language in a very loud voice, and he kept on cursing until he became hoarse. Meanwhile we all calmed down, and the suspect finally gave in and became quite. His lawyer was so ashamed that he kept on apologizing from all of us for the impertinent behavior of his client.

Later, the President repeated his question, asking the suspect whether he would make defence. The lawyer intervened and said that they repeated their former defence. The suspect was asked for his final word, which is a mandatory practice during trial. They said that they repeated their former defence, then we ruled upon the death penalty, and broke our pens. After

the trial, I gave my compliments to the President for his calm attitude, and he replied: "Evil word returns to its owner". I hope that dear Mr. President is alive, he was living in Denizli. He said: "His words didn't target your mother, spouse or female friends, he just wanted to create a chaos. If he could succeed, he would have been entitled with the right to refuse the committee, so he would have found another chance to dismiss the case. So why should we fall into that trap? And there is one more thing: Even if he had his own reasons to use all those bad words, there is the fact that we sentenced him to the heaviest penalty. There is nothing worse than death penalty. He was suffering with this knowledge, so we just had to let him curse." This was an amazing life lesson for me, and I tell this story at every right place, and I think here was the right place for me to share it with you. A judge should be that tolerant and empathetic whenever circumstances may require.

So, I tender my respect and sincere gratitude to all of you.

MODERATOR

Mr. Prof. Byung Sun-On is from the South Korea. He is a Professor of the Philosophy of Law and International Law. He is a graduate of the Law Faculty of Seoul University. He received his Postgraduate Degree from Columbia University, and PhD in England. For one term, he served as the Chairman of the Association of Law Philosophy of Korea and the Society of International Law of Korea.

A REPUBLICAN APPROACH TO INTERGENERATIONAL JUSTICE

Prof. Byung SUN-ON
Sogang University Law School
Seoul, South Korea

I. Introduction

As we can see in the Paris Agreement on Climate Change concluded last year, global climate change is a hot agenda in the world today. So-called greenhouse gases in the atmosphere affect the climate on planet earth. Since industrialization, humankind has added to their concentration significantly, in particular through carbon dioxide emissions. People realize numerous benefits when they engage in emission-generating activities, such as developing infrastructure, producing industrial goods as well as food, driving cars or engaging in deforestation. It is very probable that the effects of the emissions of these human activities will be harmful overall rather than beneficial. And much of the climate change that is caused by emissions materializes with a time lag of several decades after the occurrence of those emissions. According to Meyer, from the perspective of intergenerational justice the most important fact is that, even though industrialization in the developed countries is responsible for a large part of the build-up in the greenhouse gases, people in the developing countries - in particular those living in the future - will suffer disproportionately more from climate change. (Lukas H. Meyer 2012: xviii, Climate Change and Intergenerational Justice)

Here a question arises: Whether do we owe a duty of care to unborn future generations? This is a question to ask what kind of duty, if at all, those alive at contemporary society owe their descendants, whether in the

form of positive efforts, e.g., investment in capital goods, or in the form of forbearances from possible actions, e.g., those causing irreversible damage to the natural environment.

In contemporary discussion in the field of environmental ethics or environmental law, the issue of equitable sharing of natural resources among different generations emerges as a crucial topic. This is the question of intergenerational justice or intergenerational equity which refers to contemporary society's moral and legal duties to future generations. There have been various accounts affirmatively expounding this thorny issue of intergenerational justice. Among them, on the one hand, contractarian rights-based approach or utilitarian cost-benefit approach, but on the other hand, liberal or communitarian approach, and so on. Although the concepts of duty toward future generations suggested in various approaches are largely embracing our intuitive desire to protect future generations, their theoretical grounds are not always coherent. Furthermore policy implications of each theory are diverse, entailing not always positive practical effects.

Here, I wish to argue that a republican, syncretic approach may offer a better account for our duty of care toward future generations. This approach rests on a newer vision of individual self which is needed to extend across time to past generations as well as to future generations. This kind of republican approach here consists of liberal elements of autonomy and non-domination and communitarian elements of embedded self and the common good.

II. What obligation or duty, if any, do we owe to posterity?

To begin with, let me examine the arguments denying the duty to posterity. One is a libertarian theory of minimal state, the other one is a contractarian view of justice strictly based on reciprocal relationship between parties.

First, a libertarian ethicist like Robert Nozick does not want to approve the idea of duty to future generations. According to Nozick, any attempt to use the state to redistribute resources among contemporaries in order

to bring about some 'end state' is illegitimate, so presumably by the same token any deliberate collective action aimed at distributing resources over time would fall under the same ban. Provided an individual has come by a good justly, he may justly dispose of it any way he likes - by giving it away or bequeathing it, trading it for something else, consuming it, or destroying it. (See Nozick 1974: Chap.7, sec 1) According to him, no question of justice arises in all this so long as he does not injure the rights to property and security from physical harm of anyone else. Since we have a right to dispose of our property as we wish, subsequent generations could not charge us with injustice if we were to consume whatever we could in our own lifetimes and direct that what was left should be destroyed at our death.

Secondly, there is an argument about the basis of moral obligations involving reciprocity, from which the denial of obligations to future generations follows directly. The problem raised is the lack of bargaining power in the hands of later generations. Those without bargaining power may appeal to the generous sentiments of others but they cannot make legitimate moral demands. This view may assert that the absence of reciprocal power relations eliminates the possibility of our having moral obligations or obligations of justice to our successors. (See Barry 1989:497) We can find this line of thought in empirical philosophers, such as a tradition of thought running from Hobbes and Hume to Hart according to which the point of morality is that it offers convenient articles of peace to the people. Why did they think so? Their reasoning seems to be as follows: Human beings are sufficiently equal in their capacity to hurt one another, and in their dependence on one another's co-operation to live well, that it is mutually advantageous to all of them to support an institution designed to give people artificial motives for respecting the interests of others. It seems plain that such a view cannot generate the conclusion that we have moral obligations to those who will not alive until long after we are dead. (See Barry 1989:496)

If we can paraphrase the lack of mutual advantage between parties in terms of a contractual relationship, we will better grasp the argument denying the duty to future generations. Suppose a modern welfare state

which is commonly said to be founded on a kind of intergenerational contract. During its productive years, each generation pays to support those who are dependent on it, assuming that when its own dependent phases come, it will be supported in turn by successive generations. If this kind of intergenerational contract is to be viable, it should be understood among the parties as a continuing implicit agreement. However there are, as the above negative argument goes, reasons to be skeptical about this kind of a social contract arrangement across generations. If we think of a contract among contemporaries, it would be reasonable to stipulate that either of two conditions apply: (1) that the comparability of benefits and burdens undertaken by the parties be reasonably foreseeable, or when (1) does not apply, (2) that there be some possibility of redress among the relevant parties for gross unforeseen inequities undermining (1). In fact, the relations among generations routinely undermine both of these conditions. Variations in cohorts sizes and in political decisions about character and destination of welfare flows produce conditions that undermine (1), while the temporal asymmetry of the parties undermine (2). (Peter Laslett & James Fishkin 1992:2)

However this kind of interpretation on intergenerational relationship should be viewed as too narrow and thus deficient. This is because its view approaches the relation between generations to be constituted, if any, by individuals who are interested in directly satisfying material gains from reciprocal relations, unwilling to expand their eyesight into continuing cultural interaction and succession from past to future. Instead, we may construct a concept of a wider individual self which would be extended as a matter of concern and fair treatment into past and future generations. Then, how would it be possible? By introducing a notion of intergenerational community we may approach the issue of obligation to future generations. Community can be formed by its potential constituent members who are willing to share, practice, and transmit continuously common norms and standards in social life, similar conceptions and ideas about human life. When we feel sympathy toward, solidarity with past generations and thereby undertake a cultural interaction with them, we may form intergenerational community, likewise when we anticipate there will be a

similarity in life and ideas with posterity and expect the continuity of those ideas in posterity, then there will form an intergenerational community. In this vein, we can expect that my individual self will be later remembered, revived, rediscovered, or at least succeeded as a similar form of human-being who extends communications and commits human fellowship to removed generations. Human society may not be considered as a disconnected suicide club; it is instead aiming at survival and flourishing of human being. This truism may turn into a fundamental norm of human society, thus as H.L.A. Hart once claimed constituting a minimum content of natural law.

With this notion of intergenerational community we can derive the idea of obligation to different generations. According to M.P. Golding, obligations rest on a sense of 'moral community'. (Golding 1972:85-99) Why and how does he think so? His argument goes like this. Whether or not we have any obligations to future generations depends on whether we expect them to live in ways that would lead us to regard them as part of our 'moral community', or whether they are a member of my 'moral community'. If we think they will develop in ways we disapprove of, we have no obligations to them. A moral community may be constituted by an explicit contract between its members. In this case the particular obligations which the members have toward each other are fixed by the terms of their bargain. Secondly, a moral community may be generated out of a social arrangement in which each member derives benefits from the efforts of other members. As a result a member acquires an obligation to share the burden of sustaining the social arrangement. However, both of these are communities in which entrance and participation are fundamentally a matter of self-interest. Clearly, a moral community comprised of present and future generations cannot arise from either of these sources. Now it is true that there are at least a few people towards whom I have the sentiments that are identified with altruism and sympathetic concern. But are these sentiments enough to establish for me the moral relationship of owing them an obligation? Are these enough to generate a moral community? The answer must be in the negative so long as these affections towards others remain at the level of animal feeling. Genuine concern

and interest in the well-being of another must be a conscious concern. My desire for another's good must in this event be more than impulsive and presupposes that I have a conception of his good. I acknowledge this good as a good, that his good is good to me. Once I have made this step, I cannot in conscience deny the pertinence of his demand. Here I subscribe to the rationale for intergenerational community maintained by Golding. However, the crucial element here in an intergenerational community should be cultural interaction, moral similarity and human solidarity.(See and compare with de-Shalit 1995:59)

If we do not maintain communitarian relations with very remote future generations, don't we have any obligations to them? There are those who emphatically deny that we do. Golding perceives no obligation at all to very remote future generations, arguing that it would be unwise, from both the ethical and practical perspectives, to seek to promote the good of the very distant (Golding 1972:70). He leaves them in the hands of the free market, suggesting that actually all we have to do for very remote generations is not plainly anything for them.

This is the distinction between a matter of justice and a matter of humanity. This difference entails a different kind of obligation to posterity. Here the difference between a matter of justice and a matter of humanity is that justice is concerned with principles of ownership or the control of resources, while humanity is concerned with people's well-being. It requires us to avoid the infliction of suffering and to relieve it where it occurs (Barry 1989:456) Duty of justice as a basic duty, appealing to our sense of justice, violation of which may be regarded as jeopardizing fundamental structure of social institution and impairing sound constitution of human mind, whereas duty of humanity, appealing to our sense of humanity, violation of which will be striking a disturbing chord of common sentiments. Thus, those of our obligations to future generations which derive from justice shall apply in the context of our relations with the more immediate future generations, i.e. intergenerational community, which is the context within which provision and distribution of control of and ownership of goods take place. Those of our obligations to future generations which derive from humanity, on the other hand, shall apply in the context of our relations

with very remote future generations. This is a sphere in which we cannot distribute the control of goods. (See de-Shalit 1995:64)

If we are in a position to accept a positive duty to posterity, then next question will be that how might the duty to posterity be best characterized? (See Partridge 1981:9) As 'just savings' of capital, resources, cultural values, and just institutions as discussed in Rawls's theory? Or as forbearances from harmful activities? Or as the promotion of benefits? Or as restitution for prior damages, e.g., to the natural environment? Or as a broadening of the ability to anticipate future impacts of present policies?

This question demands us to deal with the question what kind of rights, if any, future generations possess against contemporaries?

III. What rights, if any, do future generations have against present generation?

If we accept that present generation has an obligation to future generations, then do future generations have a correlative rights against present generation? If we say yes, then what is the ground and the nature of rights?

Richard De George argues that because future generations do not exist, they do not have any rights nor do we have any correlative obligations to them. De George thinks we do have an obligation to promote the continuance of the human race - but an obligation based on considerations of value rather than of rights. (De George 1978:180-190) This kind of problem arises since there seems to be no identifiable right-holder in the future generations and therefore no definite will or choice of right-holder can be ascertained. However if we understand the nature of rights as essentially purporting to represent and protect the interests of right-holder, then the nature of rights future generations would acquire will be interests to preserve and maintain sustainable environment and thereby they will be qualified to hold rights. This understanding rests on the interest theory of rights as the function and the nature of rights. In this vein, the will or choice theory of rights argued by H.L.A. Hart and dominion theory of rights

argued by Carl Wellman are subject to criticism. Wellman's dominion theory of rights, like Hart's choice theory or will theory is inadequate to encompass the rights future peoples may possess. The dominion theory of rights argued by Wellman as Hart's will theory seems to be essentially based on volitional element of right-possessor. According to Wellman, only an agent, a being with all the psychological capacities required for rational action, could possess any rights. He argues that this is because it would be idle and misleading to ascribe dominion, freedom and control, to any entity incapable of exercising the legal liberties and powers that give a right-holder dominion over the defining core of a genuine legal right, such as a claim, a power, an immunity or even a liability rather than a liberty. Thus, Wellman maintains that since no fetus has yet acquired the capacity for even rudimentary rational action, it is conceptually impossible for unborn children to possess any legal rights. (Wellman 2002:85)

It seems to me that Wellman's dominion theory of rights overlooks one important legal reality developing in the areas of family law concerning rights of unborn fetus and environmental law concerning the principle of intergenerational equity. The rights of future generations may be better explained by interest theory such as maintained by Neil MacCormick or Joel Feinberg. Those who have rights, argues Feinberg, are those who have, or can have, their own interests, often expressed as claims. He offers two reasons for this: (1) Because a right holder must be capable of being represented and it is impossible to represent a being that has no interests, and (2) because a right holder must be capable of being a beneficiary in his own person, and a being without interests is a being that is incapable of being harmed or benefited, having no good or 'sake' of its own. Thus, a being without interests has no 'behalf' to act in, and no 'sake' to act for. (Feinberg 1980:167)

Does the fact that contemporary people are already alive whereas future people must first live before they are entitled to rights lead us again to the priority of contemporaries in the circumstances of conflicting interest? The answer to this question that has generally been put forward by rights-theory advocates is a claim of a 'potential interest': the rights that future people enjoy vis-a-vis contemporaries are, as Feinberg describe

it, 'contingent upon' the existence of future people. These are the interests that they are sure to have when they come into being; their identity is now obscure, but the fact of their interest-ownership when they do eventually come into exist is obvious.

Then what will be the nature of rights which future generations may possess against present generation under the rubric of intergenerational justice? Is it simply maintaining a just institution as it exists or ought to exist presently and transmitting of it to posterity? Or greater savings or maximum savings compared to present one? Perhaps it would be safe if we start from the provision of minimum requirements of decent standard of living, resources, environment since we do not know precisely what would be necessities for future generations.

The best approach would be, like one James Sterba once suggested, to use the knowledge that we presently have and assume that future generations will also require those basic resources we now find to be valuable. If it turns out that future generations will require different resources to meet their basic needs from those we were led to expect, then at least we will not be blamable for acting on the basis of the knowledge we had. (Sterba 1991:111)

Sterba argues that welfare rights of future generations are justified on the basis of a right to life and a right to fair treatment. He contends that whether a right to life is interpreted as a negative right (as libertarians tend to do) or as a positive right (as welfare liberals tend to do), it is possible to show that this right justifies welfare rights, amply providing for the basic needs of future generations. He also discusses what is required for meeting a person's basic needs and explains how these requirements can vary from society to society and from time to time. (See Sterba 1991:106)

Thus, because of this basic needs requirement the issue of to what extent the rights future generations hold will not be adequately dealt with by utilitarian approaches. Since the classical doctrine of utilitarian approach adopts an aggregative point of view, according to which the greater advantage of future generations can compensate for present sacrifices.

Rawls rejects this utilitarian point of view. He maintains that the utilitarian doctrine may direct us to demand heavy sacrifices of the poorer generations for the sake of greater advantages for later ones that are far better off. (Rawls 1971:287)

IV. Just Savings Principle

Legitimate claims of future generations vis-à-vis present generation can be understood as claims of distributive justice so that currently living people may not use up all resources for their own sake or simply impose the cost of their undertakings on those who will live in the future. John Rawls first systematically analyzed the distributive duties of justice vis-à-vis future generations. He discusses what we owe to future people as a matter of the just savings rate. Here, savings include all resources to which future people will have access no matter whether currently living people planned to set them aside for them or not. Rawls justifies the savings rate as the result of a decision taken in the hypothetical decision situation, that is, his 'original position'. (Lukas H. Meyer 2012: xv. Saving for Future People)

Rawls argues that in the difference principle or his second principle of justice, social and economic inequalities are to be arranged so that they are both, a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle; and b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity. (Rawls 1999 revised edition: 266)

Rawls addresses with the just savings principle that, while the difference principle may require us to focus on the least advantaged in the future as well as in the present, it does not require us to save anything by further building up the social wealth we inherited from our forebears.

Rawls's insistence on a just savings principle requiring current generations to save for future generations shows how seriously he regards a just society as a cooperative effort that endures from one generation to the next. We have benefited enormously from the efforts, investment, savings, and sacrifices of our forebears. A kind of reciprocity requires that we do the same for those who come after us - by passing on to those who follow us the

just institutions we have inherited, and also some element of the progress we enjoy in benefiting from those institutions. Had previous generations not saved a portion of their product, we would still be at a rather primitive stage of civilization, unable to enjoy the benefits of liberal and democratic social institutions. (Freeman 2007:138)

What is the level of just savings? There is no specific uniform rate or percentage of savings that each generation owes the next. Instead, different rates of savings apply to different stages of development of a society. "When people are poor and saving is difficult, a lower rate of saving should be required; whereas in a wealthier society greater savings may reasonably be expected since the real burden of saving is less" (Rawls 1971:287/255 revised edition). How, then, are we to decide this rate of saving? Rawls says;

In arriving at a just saving principle … the parties are to ask themselves how much they would be willing to save at each stage of advance on the assumption that all other generations have saved, or will save, in accordance with the same criterion. They are to consider their willingness to save at any given phase of civilization with the understanding that the rates they propose are to regulate the whole span of accumulation. (Rawls 1971:287/255 revised edition)

Rawls stresses that the just savings principle constrains the difference principle and it must have priority since otherwise it would be ineffective (Rawls 1971:292/258 revised edition.).

This means that in the course of applying the difference principle, legislators are to take into account the needs and interests of future generations. They are to save and invest for the future that percentage of wealth or social product that it would be rational for them to want their own forebears to have saved for them, while this is not a principle of reciprocity - after all, future generations are not able to reciprocate the benefits we bestow on them by bestowing benefits on us - it resembles a principle of reciprocity. (Freeman 2007:139)

It thereby requires current generations to set aside and save for the future as much as they would rationally want their predecessors to have saved for them knowing that they are obligated to provide the same amount for those who come after them.

In practice, this means that there is limit to how much can be transferred (through taxes and subsidies) to the least advantaged people in the current generation. (Suri Ratnapala 2009:340)

With regard to a practical application of the just saving rate to the matter of intergenerational ecological equity, International lawyer Edith Brown Weiss argues that because all generations are partners caring for and using the Earth, each generation needs to pass the Earth and our natural and cultural resources on in at least good condition as we received them. This idea leads her to three principles of intergenerational equity in terms of options, quality, and access. These principles would call for conservation of options (defined as conserving the diversity of the natural and cultural resources base), conservation of quality (defined as leaving the planet no worse off than received), and conservation of access (defined as equitable access to the use and benefits of the legacy). (Edith Brown Weiss 2008:623)

V. A Republican Justification of Intergenerational Justice

What constitutes a justification of a putative 'duty to posterity'? Here, I wish to argue that a republican, syncretic approach may offer a better account for justifying our duty of care toward future generations. This approach stresses a newer vision of individual self which is needed to extend across time of posterity. The republican approach here consists of liberal elements of autonomy and non-domination and communitarian elements of embedded self and the common good. (Pettit 1997:12-13) The notion of freedom as non-domination contrasted with non-interference guards against the arbitrary sort of interference and exploitation that individuals and groups may practice against one another in virtue of satisfying maximum self-interest.

An autonomous self is a person who has a variety of acceptable options to choose from many beneficial gains for promoting his or her own goods.

And this autonomous self is susceptible to subscribe to the common good of intergenerational justice and ready to accept an obligation to posterity. Since an essential nature of human person may be implied as an on-going project for the preservation and flourishing of self toward future, personal autonomy as a liberal virtue is essential for individuals to better plan and foresee future consequences of present decision-making and investment. A communitarian element of the common good drives our contemporaries to a positive commitment to just savings for unborn posterity in order to meet the needs of intergenerational justice. Only from the autonomous self who are open to distant generations there could arise a vision of intergenerational relationships as a partnership between those who are living, those who are dead, and those who are to be born. Since we have received benefits from our predecessors, some notion of equity requires us to provide benefits for our successors. The notion of equity involved is somewhat related to reciprocity. The extended reciprocity here runs in the downward direction: having received benefits, we have an obligation of justice to pass on comparable benefits toward our successors. There is an ongoing practice from which we stand to benefit and from which thereby arises a duty of 'fair play' to do our part in it.

Visser't Hooft also argues that concern with the welfare of future generations raises an issue for our understanding of the self in a new way. he maintains that in understanding the self through the concepts of self-transcendence and community, one is directly led beyond the self, in such a way as to transcend, with the self, its particular position in time. (Visser't Hooft 1999:128) He further asserts that there is an identification with persons, places, projects, values, which causes us to take the longer view and which implies some sort of cooperation on the intergenerational level: there would be no sense in caring for those many goods that carry us, in our minds, beyond our own life-time, if we did expect those goods to be rejected by our descendants. On the contrary we anticipate a confirmation of our understanding of the good, and a continuation of the efforts needed to realize it. For instance, large libraries or monuments are not built in order to be torn down the next day.

With regard to justifying intergenerational ecological justice, Burns H. Weston contends that a respect-based theory of social justice which at its core honors the values that underwrite human rights law and policy inclusively conceived and embraced is most helpful. (Burns H. Weston 2012:251 Abstract) Relying on British philosopher Alfred North Whitehead, Weston asserts that Whitehead's relational worldview reverberates in this respect-based setting. He further argues that Whitehead's holistic 'human solidarity' outlook is at the core of intergenerational human rights discourse, a dialectic about interpersonal and intergroup respect across space and time. (Weston 2012:262)

VI. Conclusion - Legal Policy Implementing Intergenerational Justice

It is the idea of intergenerational justice in environmental ethics which has drawn wider audiences in domestic affairs, which in turn has been spreading into international affairs as well as into legal realm too. International justice or intergenerational equity is becoming a part of international jurisprudence. Recently this has been reflected in the writings of judges on international tribunals, in diverse international legal instruments, and in several institutional proposals that would give effect to the interests of future generations. Sometimes the intergenerational principle refers only to responsibility; at other times it expressly encompasses rights of future generations. Take an example in 1995 Nuclear Test Case between New Zealand and France in International Court of Justice. In that case the interests of future generations arose, in which New Zealand sought to challenge the proposed French underground nuclear tests in the Pacific on the basis of the 1974 judgment in Nuclear Test. While the International Court of Justice declined to assume jurisdiction, since underground rather than atmospheric tests as in 1974 were involved, Judge Weeramantry's dissenting opinion explicitly argued that the court had a duty to protect the rights of future generations: International Court of Justice must regard itself as a trustee of those future generation's rights in the sense that a domestic court is a trustee of the interests of an infant unable to speak for itself. New Zealand's complaint that its rights are affected does not relate only to the rights of people presently in existence.

The rights of the people of New Zealand include the rights of unborn posterity. Those are rights which a nation is entitled, and indeed obliged to protect. (1995 Nuclear Test, 1995 I.C.J. at 341, Weeramantry, J., dissenting)

World Court Judge Cançado Trindade expressed when he was the President of the Inter-American Court of Human Rights in the case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala in 2000: "Human solidarity manifests itself not only in a spatial dimension - that is, in the space shared by all the peoples of the world - but also in a temporal dimension - that is, among the generations who succeed each other in the time, taking the past, present and future altogether."

Judge Cançado Trindade in the separate opinion of the judgment stressed that we, the living beings, have the duty to contribute to construct a world in which future generations find themselves free from the violations of human rights which victimized their predecessors (the guarantee of non-repetition of past violations).

In light of these developments, yet the tasks we have to tackle with are to develop a more coherent and feasible criterion on the principle of intergenerational justice for the concrete applications.

References

B. M. Barry, "Humanity and Justice in Global Perspective"(pp.434-462), and "Justice between Generations"(pp.494-510), in his Democracy, Power and Justice, Oxford: Clarendon Press, 1989

Richard De George, "Do we owe the future anything?" in Law and the Ecological Challenge (1978), pp.180-190. Reprinted in James P. Sterba (ed.). Morality in Practice, 3rd Edition, Wadsworth Publishing Company, 1991, pp.99-106

Joel Feinberg, Rights, "The Rights of Animals and Unborn Generations"(pp.159-184), in his Justice and the Bounds of Liberty, Princeton University Press, 1980.

Samuel Freeman, Rawls, London and New York: Routledge, 2007

M.P. Golding, "Obligations to Future Generations," Monist 56 (1972), 85-99

Peter Laslett & James Fishkin (eds.), Justice between Age Groups and Generations, Yale University Press, 1992

Lukas H. Meyer (ed.), Intergenerational Justice, Ashgate, 2012

Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, New York: Basic Books Inc., 1974

Ernest Partridge (ed.), Responsibilities to Future Generations, Buffalo, NY: Prometheus, 1980

Philip Pettit, Republicanism, Oxford: Clarendon Press, 1997

Suri Ratnapala, Jurisprudence, Cambridge University Press, 2009

John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 (Revised Edition, 1999)

Avner de-Shalit, Why Posterity Matters: Environmental Policies and Future Generations, Routledge, 1995

James P. Sterba, "The Welfare Rights of Distant Peoples and Future Generations," in James Sterba (ed.), Morality in Practice, 3rd Edition, 1991, pp.106-118.

Hendrik Ph. Visser't Hooft, Justice to Future Generations and the Environment, Dortrecht, Nl: Kluwer, 1999

Edith Brown Weiss, "Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law," 9 Vermont J. Environmental L. 615-627 (2008)

Carl Welman, "The Concept of Fetal Rights," Law and Philosophy 21: 65-93, 2002

Burns H. Weston, "The Theoretical Foundation of Intergenerational Ecological Justice: An Overview," Human Rights Quarterly 34 (2012) 251-266

MODERATOR

Now, we are taking your questions. If you have questions to our speakers, please go ahead.

I guess there are not any questions. If so, I am concluding the session. Thank you for listening. I am grateful on behalf of all of the speakers.

HOST

The esteemed president of the session, speakers; thank you all for your contributions in the symposium. We will wait you to present your plaquets. We are inviting the General Director of the Department of Strategy Development to present the plaquets.

SECOND SESSION

ETHICAL KNOWLEDGE AND PRINCIPLES IN JUDGMENT

Moderator

Prof. Dr. Turgut TARHANLI

Dean of the Faculty of Law, Istanbul Bilgi University

QUESTIONING THE INTERPRETATIVE IMPORTANCE OF LEGAL PRINCIPLES FOR THE UNDERSTANDING OF LEGAL TEXTS

Marijan PAVCNIK

Ljubljana (Slovenia)

ABSTRACT:

Law is a system of legal rules and legal principles. The distinction between them is a relative one. Always such definite major and minor premises are to be formed that the case (the minor premise) can be subsumed under the rule (the major premise) and a conclusion, which includes the decision, can be drawn. This applies to legal principles that are operationalised by legal rules as well as to statutory forms of legal rules, which are often open as to their meaning and/or contain definitions (e.g. in the case of basic rights) that comprise elements of principles.

The basic characteristic of legal principles is that they are value measures directing the definition of legal rules as to their contents, the understanding of the rules, and the manner of their application. Legal principles aim at a goal, have weight, and define the scope (range) of the meaning within which the legal rules move.

The operationalisation of legal principles is the ratio decidendi that the court has to achieve in order to be able to decide in a concrete case. Legal principles live through the rules that are the reasons for the decision in a concrete case. New cases can be solved by a new operationalisation of legal principles or by analogous application of precedents if the new cases, in their essential elements, correspond to cases that have already been decided.

1. Statutory Interpretation in Conformity with the Constitution and its Principles

Statutory interpretation in conformity with the constitution has a double nature. On the one hand, it is an interpretation of the constitution that directs the understanding of the statute, on the other hand, it is an interpretation of the statute, which is part of the legal and constitutional systems. It is of special importance for an interpretation in conformity with the constitution that the statute is located within the constitutional system and the values of this system (the systematic-teleological aspect of interpretation). Statutory interpretation should always consider this aspect of location - either that the location co-determines the meaning of the statute as regards its content or that merely a conflict between the content of the statute and the content of the constitution can be established. If, as regards its content, a statute is formed in such a way that its meaning cannot be elaborated and supplemented with the aid of the constitution, the statute is contrary to the constitution and has to be partly or completely abrogated.

Constitutional legal principles are of special importance for the systematic-teleological aspect of interpretation. Their basic characteristic is that that they are "value measures directing the definition of legal rules as to their contents, the understanding of the rules, and the manner of their application."[1]

1 Legal principles are dealt with in connection with the understanding of legal texts in general and especially from the standpoint of (statutory) interpretation in conformity with the constitution. The particular examples are mostly taken from Slovenian law and Slovenian legal practice. - This article was first published in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 101 (2015) 1, pp. 52–59
Marijan Pavčnik, *Argumentacija v pravu* (*Argumentation in Law*), 3rd ed., 2013, 130

The legal principles in the constitution are contained in its general provisions, in the description of several basic rights, and (to a somewhat lesser extent) also in some other parts of the constitution that provide brief direction as to what content statutory regulations should take. Thus, it is stated in the Constitution that judges shall be independent in the performance of the judicial function [Art. 125 of the Constitution of the Republic of Slovenia (CRS)], that the attorneyship is an independent service within the system of justice (Art. 137/1 CRS), that certain provisions of a statute may have retroactive effect, if this is required in the public interest and provided that no acquired rights are infringed thereby (see Art. 155/2 CRS), and that anyone who demonstrates legal interest may request the initiation of proceedings before the Constitutional Court (Art. 162/2 CRS).

2. The Goal, Weight, and Scope of Legal Principles

2.1. Introduction

Constitutional legal principles, to put it somewhat schematically, have permanent importance for statutory interpretation in conformity with the constitution. On the one hand, they speak of the weight attributed to particular principles, on the other hand they are the value goals of the statutory system and of the legal system in general, and, thirdly, they define the scope (range) of the meaning within which the statutory system moves.

Legal principles have been well known since Roman law.[2] In theoretical investigations after the Second World War, attention was drawn thereto by Esser, Larenz, F. Bydlinski, and others, and since Dworkin's treatise The Model of Rules I[3] this has frequently been a topic of theoretical discussions

2 See Janez Kranjc, *Latinski pravni reki* (*Latin Legal Maxims*), 1994, who states, with regard to the meaning of legal maxims, that they "sum up the essence of what could otherwise only be expressed in a more extensive and often more complicated manner. (...) It is probably no exaggeration to say that Latin legal maxims are a characteristic summary of the very substance of European legal culture and of its striving for a clear and precise expression" (p. 5).

3 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, 14 ff.

in Anglo-American and European theory of law. Alexy is one of the authors giving these debates a special tone.[4]

The basic difference between the rules and the principles is that the rules are formed in an "all-or-nothing fashion"[5] (for example, behave in accordance with the rule: You shall not steal - or a sanction will be imposed on you), whereas the principles have the dimension of weight or importance.[6] It is the value (moral) weight, which can be greater or smaller (thus, Slovenia can be a more or less social state). The rules do not have this weight and thus concrete cases (for example, that A has broken the speed limit) can be immediately subsumed under them.

Dworkin's standpoint that we understand and apply rules in "all-or-nothing fashion" is misleading unless we place it in correspondent context. It is in the nature of legal decision-making in concrete cases that we have to reach such a definite statement which enables us to decide. This is equally valid for legal rules and legal principles as well.

A legal rule expresses a type of conduct, whereas a legal principle "only" expresses a standard (e. g. reasonability, honest person) of how to act in legal relationships (e.g. in civil law), in which we are representatives of certain types of conduct. The principle itself directly expresses just "the basis, criterion and the regulating reason",[7] which is expressed in a more or less intensive manner and is put into effect through the types of conduct for which it is intended. It is of special importance that the legal principle is neither directly applicable nor definite to such an extent that it would exclude evaluation and assessment.

4 See Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 71-157, and On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, 13 (2000), 294-304

5 Dworkin (Fn. 3), 24

6 *Ibidem*, 26

7 Joseph Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 51 ff

2.2. Some examples

From the standpoint of statutory interpretation in conformity with the constitution, a difference exists between the message that the common denominator of basic rights is human dignity or that Slovenia is a state governed by the rule of law, and the message that general legal acts cannot have retroactive effect (see Art. 155/1 CRS) or that court hearings shall be public (see Art. 24 CRS). The value measures of human dignity and of a state governed by the rule of law contain elements of value goals and value weights. They cannot be applied directly, but have first to be operationalised by statutory rules that must respect human dignity (for example, in criminal and all executive procedures) and be adequately predictable (the principle of confidence in the law as an element of a state governed by the rule of law). As Alexy puts it, value goals are commands intended to reach the aim (in the best possible way).[8]

In this sense, legal principles are value measures that may be more or less intensive and whose implementation is required by particular types of behaviour. The value measure that can be put into practice thereby is neither absolute nor eroded as regards its content (for example, the principle of human dignity or the principle of freedom of expression). If it were absolute, that would mean that the principle is the apex of a pyramid from which one can mechanically deduce solutions needed in view of a concrete case. And if it were eroded as regards its content that would mean that it only depends on how the competent applier of the law will understand and execute it. Thus, a legal principle is neither a measure that is absolute as regards its content nor one that only depends on the competent applier, but a value basis that requires one to act "proportionally" and "in a balanced manner". The value basis itself can "merely" be enforced with such

8 See Alexy 1986 (Fn. 4), 75-76: "Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote,* die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt."

intensity as permitted by solutions as to content (normative possibilities) that are normatively established in a certain legal area and as required by the features of the case that is being decided upon.

The practice of the Constitutional Court is often faced with the question of whether particular statutes or particular statutory solutions are in conformity with the Constitution in view of the constitutional legal principles. If a statute or a statutory solution is beyond (outside) the value scope (domain) expressed by the principle, the statute is not in conformity with the Constitution and is therefore abrogated by the Constitutional Court. It is a particularly sensitive aspect thereof that commands and prohibitions in criminal law have to be defined in a relatively specific manner [lex certa as an element of legal predictability within the framework of the rule of law (Art. 2 CRS) and also of the principle Nullum crimen nulla poena sine lege praevia (Art. 28 CRS)]. In a concrete case the Constitutional Court established a lack of conformity of the description of a criminal offence (committed due to the "unlawful storage of firearms or ammunition whose sale to individuals is restricted") with the Constitution because "the elements of a particular criminal offence and a particular minor offence were indistinguishable". The Constitutional Court stated that such position "would entail an anomy of the legal order, which would be contrary to the principles of a state governed by the rule of law".[9]

The phrase that legal principles express "value goals" should be interpreted rather carefully. The goal is neither an unambiguous absolute nor a point to be reached by all means. It is rather a direction in which the statute and the understanding thereof should move. The most important thing is to be within the scope (domain) of discretion that must not sink below the constitutional minimum. The issue of the still permitted constitutional scope that has to be considered by statute arises with almost every basic right. It is an ideal situation if the legislature raises the constitutional semantic field to a higher level, yet it is legally forbidden for it to leave this semantic field and find itself under the permitted minimum.

9 U-I-88/07 [OdlUS (Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia) XVIII, 1]

The Constitutional Court has reached a number of quality decisions dealing with constitutional standards in the area of the deprivation of liberty (arrest, detention, imprisonment).[10] In an important criminal matter it was convincingly stated that "a statutory provision that does not precisely enough define those criminal offences that satisfy the constitutional condition of threatening the security of people with some other criteria and not just by the height of the prescribed penalty, and does not require from the court the concrete finding of a real threat that such a criminal offence could be repeated" is inconsistent with the Constitution (Art. 2/1). And that:

"Statutory regulation that in order to ensure the security of people prescribes only detention, this being the utmost encroachment upon the personal freedom of an individual, and does not at the same time prescribe some alternative and less extreme preventive measures which would still ensure the security of people" is inconsistent with the Constitution.[11]

Of the more recent decisions, one dealing significantly with the protection of personal data (Art. 38 CRS) should be mentioned. One of the problems was how to determine the scope of the data that may be processed:

"The seventh paragraph of Article 128 of the Aviation Act is inconsistent with the second paragraph of Article 38 of the Constitution as it leaves open which personal data may (still) be processed. In view of the fact that the Aviation Act does not determine all personal data that may be collected from individuals and that such depends on the needs of the managers of personal data in individual cases, the interference with information privacy therefore cannot be anticipated."[12]

Also connected to the constitutional scope within which the legislature has leeway to move is the golden rule that the Constitutional Court is not

10 See Boštjan M. Zupančič, in: Lovro Šturm (ed.), *Komentar Ustave Republike Slovenije* (*Commentary on the Constitution of the Republic of Slovenia*), 2002, 214 ff., 223 ff.

11 U-I-18/93 (OdlUS V/1, 40)

12 U-I-411/06 (OdlUS XVII/2, 43)

competent to judge whether a statutory regulation is adequate as regards its content. It may pose a problem that it is sometimes difficult to establish the main emphasis of the issue - which may be on the statutory regulation, which must not go beyond the boundaries of the constitution and its measures, or on the regulation itself, which moves within the range of what is constitutionally possible or within the frame of one of the constitutionally possible deductions. If the latter is in question, the legislature is free to decide and it is not important (from the standpoint of the Constitutional Court judgement!) whether, among the constitutionally possible deductions, it has really chosen one of the most adequate options as regards its content. In a certain case it was, for example, stated that the legislature had a wide range of discretion to select the type and contents of the measures used to implement the principle of a social state (Art. 2 CRS).[13]

Finally, let me return to the issue of weight, which is a characteristic of legal (also constitutional) principles. The weight denotes the value range and the value meaning attributed to the principles. The value range enables the operationalisation of the principles with a different degree of intensity. The principles cannot be used directly but have to be put into practice by legal rules that define the principles in more detail and by executing legal rules in concrete social conditions.

Any legislation is also framed by the constitutional principles that have to be considered. The principles are certainly not just good wishes or even a utopian vision, but an element of social and legal reality, which cannot be disregarded and which allows that particular value goals are approached sometimes more and sometimes less intensively. If the Constitutional Court is of the opinion that some principle (for example, the degree of legal predictability or the degree of means-end proportionality) has been insufficiently or not at all considered, it will partly or completely abrogate the contentious statute, if it has a procedural possibility to do so.[14] Among concrete matters, I would like to mention, as a classic example, the Constitutional Court decision on judges' salaries, wherein it was established that the regulation of the (material) status of judges was not

13 U-I-310/96 (OdlUS VII/1, 24)

14 See Arts. 43 ff. of the Slovene Constitutional Court Act.

adequately proportional to the principle of the independence of judges. The intensity (weight) of this constitutional principle is greater than expressed by classifying the judges into brackets (also in comparison with the salaries of the functionaries of the other two branches of power).[15]

3. A Conflict of Two or More Rights

The aspect of weight gains a special tone when there arises a conflict of two or more constitutional and/or statutory rights that have principles with a different weight behind them.

In case of such conflicts, the conflicting rights have to be evaluated with regard to the weight of the principles they express. The final decision depends on a comparison of the two rights (together with the weight they have). The concrete circumstances can show that the two rights coexist in a suitable limited scope or that one of them has priority over the other.

In German theory there developed a lively discussion about the Lebach case, which concerned a conflict between the freedom of expression and the right to resocialisation, which is an element of the right of personality. The issue was whether a television station was permitted to show a documentary about how four persons were killed due to the theft of firearms. The affected convict, who had participated in the act as an accomplice, was named several times in the film and his picture was shown as well. At the time when the film was to be broadcast he was about to be released from prison. Showing the film would have endangered his resocialisation. The regular courts did not comply with the request to prohibit the broadcast of the film. This was only done by the Constitutional Court in constitutional complaint proceedings. It assessed both conflicting rights as principles and was of the opinion that, in view of the circumstances of the case, the freedom of expression had to give way to personality rights. If the film had been broadcast during the convict's period of resocialisation, the interference with his personality rights would have been disproportionately severe.[16]

15 U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 (OdlUS XV/2, 84, p. 293)

16 BVerfGE 35, 202. Cf. the comments of Hans-Joachim Koch, Helmut Rüßman, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 97 ff., and Alexy 1986 (Fn. 4), 84 ff.

At the end of the 20th century the Slovenian court practice dealt with a conflict between the right to freedom of expression (stating the personal data of a dead relative on a commemorative plaque) and the right to reverence, which is an element of the right to personal integrity. The court established that stating personal data on a plaque commemorating those who had died during the Second World War intruded upon the right to reverence the claimants had with regard to the dead. The core of the decision states that the interference with the right to reverence "was disproportionate to the public interest in learning data about war victims in this century and the standpoint of the opposing participants concerning the idea of national reconciliation."[17]

A conflict between the freedom of expression and the protection of privacy is one of the most frequent issues where a decision depends on the weight of the principles contained in the conflicting rights. This issue is often encountered in (constitutional) court practice. The decision depends on whether the weight of the rights is such that they can coexist or the right with insufficient weight must give way to the right with essentially greater weight.[18]

Among the most sensitive cases are those that refer to the freedom and special features of artistic creation. A person may recognise himself in a

17 Decision II Ips 428/96 of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, in: *Zbirka odločb Vrhovnega sodišča RS - civilni oddelek* (*Collection of Decisions of the Supreme Court of the Republic of Slovenia - Department of Private Law*), 1999, 129 ff

18 In the "smoking" case [U-I-218/07 (OdlUS XVIII, 12)], the Constitutional Court decided in a well-reasoned manner that the prohibition of smoking in indoor public places was "an interference with the general right to act freely (Art. 35 of CRS)." Nevertheless, it is not an inadmissible interference "as only in such manner can the constitutionally admissible aim pursued by the legislature be effectively achieved, i.e. the protection of employed persons and all persons against the adverse effects of second-hand smoking and environmental tobacco smoke." - In the case of a conflict between two (basic) rights, it is inevitably necessary to weigh them against each other. This test should clarify "those constitutionally decisive circumstances that tipped the scales in favour of one or the other right. Otherwise one of the rights in collision is attributed an absolute effect" (Up-444/09 of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia). The main thing is that such weighing test is carried out and that an adequate solution is reached on the basis of its result

work of art (e.g. a literary work) without the protected area of his privacy being thereby intruded upon.[19] If the artist has processed and generalised the issue, freedom of art is at issue and it is not permitted to restrict it.

4. The Relativity of Distinguishing between Legal Rules and Legal Principles

The cited examples show that distinguishing between legal principles and legal rules is rather relative. To paraphrase Kant's thought[20], I can say that rules without principles would lose their direction (and inner substance) and thereby ossify, whereas principles without rules would lose their variety as regards content (as well as their predictability and consistency of meaning) and thereby actually enable unprincipled and arbitrary decision-making. In the context of the issue I am dealing with, it is of essential importance that always such definite major and minor premises are to be formed that the case (the minor premise) can be subsumed under the rule (the major premise) and a conclusion, which includes the decision, can be drawn. This applies to legal principles that are operationalised by legal rules as well as to statutory forms of legal rules, which are often open as to their meaning and/or contain definitions (e.g. in the case of basic rights) that comprise elements of principles.

To be even more precise and clear, the operationalisation of legal principles is the ratio decidendi that the court must achieve in order to be able to decide in a concrete case. Legal principles live through the rules, which are the reasons for decisions in concrete cases. A new case

19 Cf. Up-422/02 (OdlUS XIV/1, 36): "When searching for an answer to the question of the extent of artistic freedom (as a specific manifestation of the right to freedom of expression) or regarding the boundary between this constitutional right and the constitutionally protected personality rights, including the protection of honour and reputation, the particularities of artistic endeavour must undoubtedly be considered. The essence of artistic endeavour is free creativity, which reflects an artist's impression and experience, which the artist presents to the public through a certain manifestation of artistic expression. For literary art it is essential that the artist be ensured free choice of the theme and free description of the chosen theme."

20 See Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1990: "Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind" (98; B 74, 75).

can be resolved by a new operationalisation of legal principles or by analogous application of precedents if in their essential elements the new cases correspond to cases that have already been decided. This integral understanding of legal rules and principles is one of the typical features of the law.[21]

Ratio decidendi has the same legal power as the court decision comprising it.[22] As a more recent case of such operationalisation, I would like to cite a decision of the Constitutional Court where it took a position on the relation (i.e. mutual weight) between the freedom of expression and personality rights. The decision contains the following standpoint:

"In the case at issue, two circumstances were essential for the court's decision that strongly tipped the scales in favour of the right to freedom of expression when weighing the constitutional rights which were in collision, namely: 1) it concerned an instance of journalistic reporting on a subject which is very important for the public, and 2) the plaintiff was holding public office and therefore his conduct was subject to greater scrutiny in the press and in the public."[23]

Decisions of this type record the elements that enable the court to decide. The recording of the elements has the structure of a legal rule stating when the freedom of expression has priority over the protection of privacy. The rule for deciding in a concrete matter remains valid until it is changed, supplemented, or amended by the competent court if the

21 Law is not only a system of rules, it is a *system of legal principles and rules*. Cf. Marijan Pavčnik, *Teorija prava* (*Theorie des Rechts*), 5th ed., 2015, 609: "Wenn man sich noch kürzer fassen wollte, würde man sagen, dass das Recht ein System von ganzheitlich wirksamen Rechtsnormen und -prinzipien ist, die im Rahmen rechtlicher Richtigkeit lebenswichtiges äußeres Tun und Verhalten von Menschen in einer staatsrechtlich organisierten Gesellschaft regeln."

22 See the corresponding passages in: Neil D. MacCormick; Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, 1997. *Ratio decidendi* can also be described as a specific transformation within the law. See Alexander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983, 55 ff., and Stephan Kirste, *Recht als Transformation*, in: Winfried Brugger; Ulfrid Neumann; Stephan Kirste (eds.): *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 134 ff.

23 Up-2940/07 (OdlUS XVIII, 62)

new case differs from the previous one.[24] If the court acted differently, its decisions would be arbitrary.

Author's address: Prof. Dr. Marijan Pavčnik, Pravna fakulteta (Faculty of Law), Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia. E-mail: (Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si).

24 See Pavčnik (Fn. 1) 208 ff.

'JUDICIAL ETHICS' OR ETHICS IN THE JUDICIARY: HOW CAN THE JUDICIARY BE ETHICAL?

Prof. Dr. Harun TEPE
Lecturer at the Department of Philosophy, Hacettepe University

Abstract:

'A person speaking about trade ethics was asked, "How can a person be ethical when doing trade?", and he replied that trade and ethics cannot coexist, but that one must choose one of them. This view, which is an anecdote and actually not true about trade, is even less true when it comes to judiciary. Let alone the inadequacy of a statement like "the judiciary and ethics cannot coexist", it would be correct to say that "the judiciary cannot be judiciary unless it is ethical" or "to be ethical is a precondition, a sine qua non of fair trial". Judging or making a judgment requires to be impartial, to look at the incident-action-situation or person as objectively as possible, and endeavor to make an accurate assessment. In fact, all these can be briefly summarized as "if the judiciary wants to perform its job expediently, it has to be ethical". But how can the judiciary be ethical? The judiciary can be ethical only if, in the first place, the components of judiciary are ethical and the judicial system is organized in a way that allows for ethical trial. In this paper, we are going to focus what the three components of the judiciary - namely the attorneys, prosecutors and judges - as well as the judicial system should be like in order that the judiciary can make ethical judgments. The problem of ethics in the judiciary will be addressed with its macro and micro dimensions, with an effort to show the path that will lead us to an ethical judiciary.

Introduction: The Judiciary Cannot Be Judiciary Unless It Is Ethical

I. External Conditions of Ethical Judicial Conduct

II. Internal Conditions of Ethical Judicial Conduct

A. Assessment of Codes of Judicial Conduct

B. How Can The Judiciary Be Ethical?

Introduction: The Judiciary Cannot Be Judiciary Unless It Is Ethical

"A person speaking about trade ethics was asked, "Haw can trade be ethical?", and he replied that trade and ethics cannot coexist, but that one must choose one of them. Even though this opinion does not reflect the truth, this anecdote is nevertheless narrated about trade ethics quite often. When it comes to the judiciary or judgeship, I suppose we could reverse this and say that "the judiciary cannot be judiciary without ethics" or "to be ethical is a precondition of fair trial". Judging or making a judgment requires to be impartial, to look at the incident-action-situation or person as objectively as possible, make an accurate assessment or at least endeavor to do so. In fact, all these can be briefly summarized by saying that "the judiciary should be ethical". Indeed, only if we do these or make maximum efforts to do these, we will ever be able to separate the just from the unjust and establish justice while protecting the value or dignity of man. The only way to avoid judgments that ignore or infringe human dignity is by ethical trial.

This situation related to the judiciary stems from the nature of judicial activity: along with medical activity, the judiciary has always been seen as a sacred-divine, supreme, upper activity by humanity. This is because it is an institution that can make decisions that affect human life, such as medicine, which can reach up to directly putting an end to human life. Just like medicine capable to decide on the birth and death of people, the judiciary too can be at least as determinative in human life: Courts can restrict the use of fundamental rights with their decisions and even abolish the right to live. Beyond that, even to decide who is right and who is wrong

is seen as a valuable-sacred activity too. Therefore, whether a verdict is fair or ethical can cause direct impact on both the life of persons and social life, while unethical verdicts may open hardly healable wounds not only in the individuals' lives but also social and political life.

This leads us to the following question: How can the judiciary be ethical? This requires, without doubt, both judges and prosecutors as well as attorneys to be ethical people and make the right decisions in accordance with ethical principles in their works and actions; but it might not suffice always that judges, prosecutors and attorneys are ethical people. Ethical problems in the judiciary cannot be solved only by ensuring that this triad of the judiciary conducts ethically and makes ethical decisions, because ethical problems in the judiciary cannot be attributed to unethical conduct of this triad only. In fact, ethical problems encountered in the judiciary include also problems related to people, problems arising from the character and actions of people as well as political, economic and social problems that could be called as structural problems, but which I, making use of K.O. Apel's terminology, want to refer as micro and macro ethical problems in judiciary. Today, the ethical problems faced in our country's judicial system are not only problems arising from the lack of adequate legal and / or ethical training for those working in the judiciary - this is undoubtedly a problem, a serious problem indeed - but structural problems that arise from the fact that the judiciary does not hold the position it should in a modern democracy.

I. External Conditions of Ethical Judicial Conduct

Along with legislative and executive powers, the judiciary is regarded as one of the three main pillars of modern democracies, which consider the protection of fundamental rights and provision of freedoms with regard to these rights as the fundaments of their own existence. The primary condition for a judiciary be able to perform fair trials as is expected from every judiciary is that it is autonomous or independent and able to make its own decisions. To expect fair decisions from a judiciary that is dependent on political mechanisms and that cannot make its own decisions is the same thing as expect judges and prosecutors to be heroes. Certainly, some judges

and prosecutors may act heroically; they may make correct / fair decisions running the risk of everything that might happen to them, and they may resist pressure from the outside, especially from the political institution; but we cannot expect everyone to act like a hero, to put in danger their professional careers, the future and lives of themselves and of their families. Moreover, people generally do not act in such a heroic manner, though they have the chance to do so, but they choose to do not because they think of the harms they could suffer. Actually, this is what is normal. This is human nature or human character. If heroism was a normal thing for man, it would not be called heroism, but just ordinary behavior, and everyone would be expected to act that way. Fair trial should not be an activity that requires heroism but an activity that ordinary people can achieve with ordinary behavior.

This is possible, first and foremost, if the relations between the judicial, legislative and executive powers are established adequately, or in other words, if the "separation of powers" is put into practice. To be more precise, the separation of powers can be achieved only if by preventing the executive's intervention in the judiciary. Although the legislative and executive are seen as two separate powers, conflicts between the two powers do not last long because the executive body takes its strength from the legislative body and is subject to the control of the legislative body - even though principally. Indeed, the legislative body does supervise the executive body and has always the final say in conflicts. In contemporary democracies, political parties or political leaders who have won elections hold in their hands, as matter of course, both the parliamentary and executive power. Therefore, the independence of the legislative body from the executive body or vice versa remains rather relative. In contrast, the power and effectiveness of democracies is determined by the nature of the relationship between these two institutions, as well as their relationship to the judiciary. The executive body will hardly be able to perform the duties assigned to it if it lacks sufficient independence or freedom to act, whereas an executive body which does not foresee or disables the supervision by the legislative body can easily diverge to antidemocratic tendencies. Therefore, it is essential that each body should do its own work, with its boundaries

clearly drawn, and in doing so, not prevent other institutions from doing their jobs. This is what Plato understands from a state or political society being fair. Justice is where all sections of society do their own job in a way fit for the intended purpose.

Although there are occasionally authority-related issues between the legislative and executive body, problems observed in the relationship between the legislative and judicial body are seen and discussed much more frequently, also in our country. What is understood from judicial independence is that the judiciary is able to perform its own functioning - i.e. formation and functioning of its own judicial bodies - without being influenced by the executive body, and to make its decisions without being influenced by the executive, i.e. the more powerful body. In macro level, this can be achieved by arranging the relationships between these two bodies through constitutional, legal and regulatory provisions that ground on independence of the judiciary. Typical examples are the election of members to higher courts in our country and discussions held about their powers as well as formation and functioning of the HCJP. For instance, the HCJP Law provides that "The High Council of Judges and Prosecutors is independent while performing its duties and exercising its powers. No organ, body, authority or person may give orders or instructions to the Council. The High Council of Judges and Prosecutors performs its duties according to the principles of justice, impartiality, integrity, propriety, equality, competence and diligence by observing the independence of courts and the principles of judicial and prosecutorial assurance" (Article 3 of HCJP Law No. 6087). On the other hand, it is claimed that the Council's independence remains on paper due to the selection process of the Council's members and also because the Council's President is a minister of the government as an executive body and because the ministerial undersecretary is also member to the Council. What actually matters here is not whether the council members are chosen by selection or assignment, but that this selection or assignment is made with an eye to competence, that the council's structure is constructed in a way that will allow for independent judgment, and that members of the council feel themselves free in their decisions.

At a more general level, the problem is the relationship between law and politics. The question that must be answered is "Can law be independent of politics?". Since the political authority has the power to govern and the power to enact, execute and change the law, the problem is whether law can or cannot stay outside the orbit of politics. When taken in broad terms, it can be said that nothing can remain outside politics. Likewise, it can be argued that the principle prescribing that the legislative, executive and judiciary bodies are three separate powers, that these should not interfere with each other, i.e. the principle of separation of powers, and the principle of judicial independence, which states that the judiciary can be fair only if it remains outside the orbit of the other two powers, are political views too. After all, this is seen as a requirement of today's modern democracies. Totalitarian governments have no such problems like separation of powers or judicial independence, because what really matters there is not whether the judiciary independent or whether it makes fair judgments, but whether it constitutes an obstacle in front of political power, i.e. whether it makes things easier for it. In contrast, democracies either constitutional or political have a completely different view towards the judiciary. The judiciary is a sine qua non for the functioning of democracies. It is the judiciary who is the auditor of whether the regulations set out in the Constitution and legislation are implemented accordingly in practice. The judiciary is a power which is supposed to remind and warn the executive body in case of any conduct contrary to the constitution or legislation, thereby saving the executive body from getting into difficult situations in future. Therefore, a judiciary body that functions in a way fit for the intended purpose, is autonomous, fair and independent is an assurance for the executive body's success - i.e. for the performance of its tasks in a way fit for the intended purpose.

On the other hand, it is not the judiciary's job to make things easier or more difficult for the executive body, but to do its own job regardless of the outcome. The judiciary's job is to ensure that the government does its job in accordance with the constitution and legislation, thereby protecting the fundamental rights and freedoms of citizens and establishing justice in the country. This can be in form of establishing justice between the state

and citizens or as well in form of establishing justice in relations between citizens. As is often said, what the judiciary should do is not to take sides with the state or the citizen, not to choose one of them, but to find out who is just and who is unjust, to establish justice in the country by making fair decisions. A dilemma between the state or citizen is wrong; the judiciary is a state institution, working on behalf of the public. Yet its job is not to protect the citizen or the state but to realize justice. This requires that the judiciary can make its decision on its own, in an independent and impartial fashion. Therefore, the judiciary is outside politics in the narrow sense; the judiciary can be a judiciary in the real sense only if it stays or can stay outside it. Judiciary is an organ of the state, which is why one could think that its duty is to protect the state; but one should not forget that the raison d'être of the state is to protect the fundamental rights and freedoms of citizens and to ensure the safety of property and life. Hence, a justice mechanism aimed at realizing justice in the country and protecting the fundamental rights and freedoms of citizens will be a state institution that acts in compliance with the raison d'être of the state. The judiciary doing its own job will by itself make secure that the judiciary functions as an institution that serves the state's raison d'être.

Obviously, politics is not the only external condition preventing the ethical or fair judicial conduct. Along with politics, also economic, social, and sometimes cultural conditions can create an obstacle for the judiciary's proper functioning. Economics or monetary relations can affect the judiciary, as a force even more powerful than politics. Among the citizens, there is a very widespread belief that everyone is equal in the eyes of the judiciary, but some are more equal. It is believed that those who have money are more likely to influence the judiciary and make the judiciary decide in their favor. It is considered ordinary that the better the economic situation of person, the better access they get to competent attorneys and the better legal support they get from them in the fields they are in need of help. Indeed, there is no unethical side to this. It is not possible for the poor to reach specialists in legal matters like others, and to receive support from them. This seems inevitable in the economic system we live in. This problem regarding the access to justice by the poor and the wealthy can

be solved to a certain extent if the judicial mechanism does establish some mechanisms to diminish this imbalance (for instance, assignment of lawyers for poor defendants by bar associations), while at the same time prosecutors and judges should make their judgments more cautiously with awareness of this situation and as far as possible take into account this situation when making their judgments. Since judges obviously can't produce evidence by themselves, they will make the judgments according to evidence materials submitted to or found by them. But judges and prosecutors can prevent problems to a certain extent if they consider such circumstances when making judgments.

Internal Conditions of Ethical Judicial Conduct

The problems, which we have mentioned so far with regard to unethical judicial conduct, are problems that are not directly related with the judiciary, but are attributable to factors outside the judiciary such as politics and economics. What the judiciary can do most about these problems is to draw attention to problems and make them addressed. But there is nothing the judiciary can do beyond that. However, it is in the judiciary's own hands to display ethical judicial conduct. This can be accomplished by ensuring that the judges and prosecutors are well-trained, possess the knowledge and experience required for judging, and gain skills in proper decision-making and ethical conduct.

Assessment of Codes of Judicial Conduct

Just as in other professions, some behavioral norms related to the practice of the profession have been developed in the judiciary. The Bangalore Principles of Judicial Conduct were developed for this purpose and approved by UN Resolution 2003/43. The Consultative Council of European Judges affiliated to the Council of Europe recommended these principles to the Committee of Ministers even before they were adopted by the UN. As for prosecutors, the European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors - briefly known as the Budapest Guidelines - were adopted by the European Conference of Prosecutors in 2005. The document, which is referred to most frequently with regard to the

activities of attorneys, is the document known as Basic Principles on the Role of Lawyer - the Havana Principles - adopted by the United Nations Conference held in Havana in 1990 about the topic 'Prevention of Crime and Treatment of Offenders'. It would be appropriate to consider how appropriate these principles of judicial conduct fit for the intended purpose, and leave the discussion whether or not ethical judgments can be secured by codes of conduct to the end part of this speech. At this point, I will focus on the UN Bangalore Principles on Judicial Conduct, because it is a more comprehensive document which also makes mention of values apart from principles.

In the introduction, I made reference to the Universal Declaration of Human Rights and the UN International Covenant on Civil and Political Rights, and pointed out that the Bangalore Principles on Judicial Conduct are based on these documents, and that these principles were designed to set professional ethical standards for judges with the aim to maintain and improve high standards of judicial conduct, taking into consideration the fact that in a modern and democratic society the people's trust in the judiciary plays a crucial role in the protection of human rights, along with the importance of securing compliance with the principles of legitimacy and state-of-law. The document then proceeds to six values and principles, followed by conducts required for the implementation of the same. Said values are defined as independence, impartiality, integrity, propriety, equality, and competence and diligence. The document ends with definitions of "court staff", 'judge", 'judge's family" and 'judge's spouse", but no identification is made with regard to the definition or content of the six values taken as basis for judicial conduct. Beneath each value, there is a sentence headed as 'Principle', but said sentences mention the importance of the relevant values for judicial efficiency, rather than setting a principle, i.e. emphasizing in general that these values are a prerequisite for the judiciary's functioning. In short, the sentences written under the sub-heading "Principle" do not define a principle, but point out how important it is for the judiciary to maintain or secure the relevant values. In the section about independence, it is written that independence is not only a prerequisite to the rule of law but also a fundamental guarantee of a fair

trial, followed by a sentence reading as 'A judge shall therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects'.

Under each value and principle, there is a section headed as "Application", where the dos and not-to-dos of judge are described in order to secure efficient functioning of the judiciary. Some examples of these include: A judge shall not only be free from inappropriate connections with, and influence by, the executive and legislative branches of government, but must also appear to a reasonable observer to be free therefrom; A judge shall perform his or her judicial duties without favor, bias or prejudice; A judge shall not participate in the determination of a case in which any member of the judge's family represents a litigant or is associated in any manner with the case; A judge shall not practice law whilst the holder of judicial office; A judge shall perform all judicial duties, including the delivery of reserved decisions, efficiently, fairly and with reasonable promptness. Such type of documents try to provide better guidance by giving place to behaviors along with values and principles. On the other hand, it is clear that the behaviors intended to maintain a value are not limited to those mentioned in the text, but that the behaviors mentioned in the booklet are just some of the behaviors that come to mind first or are found important.

It can be said that the values appearing in this document are just basic values regarding the judiciary. Indeed, neither is the judiciary related to these values only, nor are these values relevant for judicial conduct only. Impartiality, propriety, independence, competence, diligence, and equality are central values for many other professions. They are personal values beyond professions or values sought in interpersonal relationships. What makes them a value is that conduct in line with them will protect human dignity or value, or least prevent the waste of human dignity or value.

In contrast, principles are rules which have general relevance developed for the protection of these values. Principles can only be derived from values, or only rules derived from values can be called principles. Kuçuradi says that only propositions or rules - codes of conduct - derived from the

knowledge of man's value should be called principle. Principles such as "people should be treated equally as human beings" and "one should keep one's word" are, according to Kuçuradi, examples of the principles that are the result of direct deductions from the knowledge of human worth. Propositions or principles of requirement such as "one should not discriminate between races" and "one should not torture" are the consequence of the conclusions made on grounds of historical conditions that have wasted the value of man (Kuçuradi 1988:25-30).

In general, principles tell us how to apply the values and how a functioning in line with these values should look like, whereas codes of conduct define the to-dos and not-to-dos one by one. We can define the values that stand out in judicial proceedings, we can develop and put into practice certain principles for the judiciary, but we cannot prescribe in a consumptive manner what the judge should or not should do in order to secure a fair trial. Therefore, principles of professional ethics try to ensure ethical conduct in a given profession by setting values and principles and giving examples of certain behaviors. If these principles are derived from the knowledge of human value, they can also ensure that appropriate action is taken in accordance with these values, even in the absence of adequate evaluation. But these principles are often insufficient to make a profession ethical. To achieve this, ethical education is required that goes beyond efforts to develop and implement principles of ethical conduct. We can develop principles of ethical conduct and force the members of a profession "to act in compliance with norms, but we cannot force them to act ethically. This is something that each person can learn only on his/her own account "(Kuçuradi 2009:43).

How Can The Judiciary Be Ethical?

In fact, this question is, in the first place, a question of how the judge can be an ethical judge and how a judgment can be an ethical judgment. Taking into account the Principles of Ethical Conduct which I mentioned above; can we answer this question by saying that this can be achieved if the judge is independent, impartial, honest, egalitarian, integral, competent and diligent enough for practicing his profession? There is no doubt that

each of these values is necessary for fair trial. The real question is whether it will suffice for a trial to be fair or ethical if the judge has these values and acts accordingly. A fair trial requires in the first place to have the desire to be fair. The judge must want to make fair or ethical judgments; he must want to ensure the establishment of justice. If this will or desire is not present in the judge, the road to justice will be shut close from the very beginning, except for haphazard.

If the judge has such will, i.e. the will to make right decisions or to be fair, and if he is ready to do what is necessary to that end, there will be some other stages which the judge will have to go through. But it is quite possible that the judge will be fair if he has the knowledge and thinking/ judgment skills to do so.

Kuçuradi sees the relationship between the judge and the action assessed by the judge as a special kind of relation, as a type of relation distinct from the other three types of ethical relationship (person-person relationship, person-human condition relationship, relationship with the person's self). "If an ethical relationship is a person-person relationship, then it is an action, and therefore a person what is assessed. If the relationship is a person- human condition relationship, it is a situation what is assessed here. What is evaluated by the judge is an incident and the actions of persons who have given rise to that incident"(Kuçuradi, 1996:13). According to Kuçuradi, the judge does not and should not look at what he evaluates as mere onlooker. In a sense, by his judgments, the judge gets somewhat involved in the relationships of others, he enters into a special kind of relationship with both parties. The judge's action is the assessment that he makes, and his decision constitutes the last chain link of that action. It is the fact that the judge's action is an assessment or the assessment itself is an action, what leads Kuçuradi to define the relationship of the judge as a special kind of ethical relationship. "The judge makes a value 'judgment' and 'reasoning' of what people do and / or do not do in their relationships, and calls them to account on behalf of something. His job is to protect or hold harmless to the extent possible under the given conditions what he is calling the relevant people to account for. How this reasoning is done

and on behalf of whom or what the relevant people are called to account constitute the various ways of judging" (Kuçuradi 1996:127).

When saying that an act is composed of three phases of an action, namely evaluation, experience and making, Kuçuradi notes that, when it comes to a judge's action, these three stages are the steps of collecting information, trial and decision-making. The stage of collecting information is a stage in which the judge informs himself about the incident which he evaluates, the action that constitutes such incident, and the person who performed that action. It is the stage where the judge acquaints himself with the incident or the action that constitutes the incident, understand why that action had been taken, and becomes familiar with the person who did that action, at least to the extent required by the situation. This requires the judge to know whether the thing done is a crime or something that should not be done. Having gained insight into the incident and knowing why the action was done, the judge will get the chance to evaluate whether the action is something that "should not be done". Here again, a criterion will be required for the judge. Indeed, something that should not be done is something that obviously should not be done according to a criterion, one way or the other. In every trial, it is important what this criterion is.

After that, the second stage is the judge's trial phase. This stage is the stage where the judge, once having found the criterion about the thing that should not be done, applies this criterion to the situation at stake. After having understood the individual situation or incident, the judge can decide whether the action done is criminal or justified in light of that criterion. The criterion in the head of the judge, i.e. the person/thing on behalf of which the judge performs the trial or whom/what the judge feels himself responsible to, determines the judgment of the judge. The judge can make a judgment by accepting as criterion the value judgments of the group which the judge is part of, and feeling responsible towards that group or society, or he may make his judgment in the name of humanity, aiming at protecting human dignity and value, feeling responsible towards all humanity. Kuçuradi sees the expression "judge is only responsible towards his own conscience" as an expression of a judge's perspective who

feels himself responsible not towards a group or society he is part of, but towards humanity. A third type of judge or a form of judging is the type of judge who feel themselves responsible towards the people they judge and hold themselves responsible for identifying the rights of both parties under given circumstances. This type of judge is a judge who takes sides with both of the opposing parties and seeks to protect the rights of both parties at the same time. What the judge does here is to see whether something done under specific conditions is an acceptable action. Since there is an action done and there is no return of that action, the judge must find out if it is possible to act differently on those conditions and find out whether, under the given circumstances, the person who has done the action has fulfilled the obligations that arise from the relationship in question. As can be seen right away, this is the type of trial which is more difficult, but the only way to make a fair or right judgment. Only this type of trial can make us assess an action adequately.

The final step in the judge's ethical relationship is the stage of decision-making. At this stage, the judge decides whether or not the person whose action gave rise to the case is guilty. In fact, this step is to end the decision-making process that the judge has already entered into in the second stage when he/she chose a particular form of judging or reasoning. The judges of the first two kinds end the case by deciding according to already available value judgments of the group they are part of, or according to principles derived from the knowledge of human value. They find the tried person either guilty or innocent in the light of these value judgments. In the judgment of the third type of judge, the determination of whether or not the person who action gave rise to the case is guilty requires "a new reasoning: it requires the re-examination of the action in the light of determinants coming from the person who did or did not do what is acceptable under given conditions " (Kuçuradi, 1996:136). This requires in return to examine whether the person who performed the action did or did not do what can be done under specific conditions in order to determine whether something done in a relationship is actually an acceptable action within the circumstances of that relationship. It is a situation where we face a third possibility beyond a situation where the thing done is a crime

and the person who did it is guilty or the thing done is not a crime and the person who did it is not guilty.

As result, if the judge wants to make correct assessments and make fair judgments, he cannot do so (mostly) just by acting in accordance with the norms laid down by principles of ethical conduct only or by adhering to so-called objective norms only. As mentioned above, the judge must have different kinds of information. He needs factual knowledge to get insight into and make a judgment about the incident, the action the constitutes that incident, and the person who performed that action. No matter whether the criterion used by the judge stems from a society which the judge is part of or from principles aiming at protecting human value, the judge's assessment should not be done in a memorized, rote fashion. Finally, the assessment should reveal the place, which the thing done under given conditions holds among the other types of actions that could have been done under same circumstances, as well as the person who did that thing has protected the human value by doing so. In short, norms can make only negative determinations, as Kuçuradi says, they tell the judge what he should not do, how he should not make his judgment, yet it is up to the judge to find out how he can make a right judgment. Therefore, the judge must first have a good will, a desire to make a fair judgment, and then have the knowledge of facts, concepts and values, and then the ability to make the right assessment. This is the only way a judge can be an ethical judge, or a trial be an ethical or fair trial.

Bibliography

Kuçuradi, İ. (1988), "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları, Philosophical Society of Turkey, Ankara.

Kuçuradi, İ. (1996), Etik, Philosophical Society of Turkey, Ankara.

Kuçuradi, İ. (2009), "Felsefi Etik ve 'Meslek Etikleri'", Etik ve Meslek Etikleri, H. Tepe (prepared for publication), Philosophical Society of Turkey, Ankara.

AVOIDING EPISTEMIC INJUSTICE IN JURISDICTION

Prof. Dr. Gülriz UYGUR
Lecturer of Philosophy of Law, Faculty of Law - Public Law, Ankara University

In this article, I will refer to jurisdiction addressed as a fundamental subject of knowledge, or in other words, as an epistemological problem. Here is my basic argument about it:

Knowledge is of significance in reaching the right decision in litigation. In this sense, jurisdiction is to be addressed as a subject of knowledge.

The answer to the question of why jurisdiction should be considered as a subject of knowledge can be established by reductio ad absurdum. The necessity of ethical knowledge is justified by an increase in the probability of failure in coming to the right decision or the fair decision by reductio ad absurdum, or by exclusion of ethical knowledge in jurisdiction. In this context, reductio ad absurdum refers to proof by contradiction that establishes the truth of a proposition by assuming that the opposite proposition is true.

Epistemic injustice may be considered as a means of showing potential consequences of acts which are not based upon information. Epistemic injustice can be explained by referring to John Stuart Mill's opinions: Mill indicates that we act by starting from things that we think we know about differences between genders. However, when we attempt to test such knowledge, we see that our knowledge has a totally inadequate ground. Yet, we encounter a challenge here. Such challenge is not a matter of whether there are adequate reasons, or whether the reasons are well-founded. For instance, we can put forward a large number of arguments

against the opinion asserting that women are dependent upon men. However, we come across strong resistance to such arguments. Mill states that such resistance is related to emotions, or that it is qualified and is a winning, not a losing, stance in the face of an argument when it is based upon the grounds of emotions. He also refers to this as the point where the argument cannot reach.[25]

Such point is the place which is founded upon strong emotions, in the sense depicted by Mill. This manifests itself in traditions and conservation of former institutions. The problem is related to a matter in dispute arising at that point and to the consequences of a litigation, if any, performed on the relevant matter. How will the argument reach to that point?

Mill indicates that such type of cases will involve a challenge that others do not. During litigation in such type of cases encircled by tradition and founded on basis of the emotions referred to by Mill, parties of the case are faced with challenges that will not apply for the other defendants in respect of proving a claim or producing evidence. For instance, they will be faced with more challenge when their testimony is concerned. Mill mentions that defendants in such type of litigation are subject to a different logical entailment which is not expected from defendants in other cases. According to Mill, the burden of proof for a person being tried in such type of cases is reversed, and such person is expected to prove that (s)he committed the crime, not that (s)he is innocent. Whereas, other evidence for this type of case has no significance, and principles such as impartiality non-discriminatory treatment are set aside. Mill refers to the principle of freedom as an example to this subject. The argument is usually expected to be related to the defense of freedom. However, when an argument is put forward as to dependence of women upon their spouse, it is asserted that they should not have the freedom. According to Mill's statement, the principles constituting the foundation of the world's existence may be set aside in such kind of circumstances.[26] With regard to those circumstances, Mill indicates that being surrounded by beliefs and traditions possessed

25 John Stuart Mill, The Subjection of Women, London 1870, pp.2-3.

26 Mill, p.5.

is not related to the good side but the bad side of human nature, and the recognition of inequality entailing women's dependence upon men is not associated with the negotiation of the good of mankind or society.[27] Mill argues that this subject is incongruous with the idea that human relations should be regulated on basis of justice and the idea of a common humanity. In this context, Mill states that the essential element of humanity is forgotten in the present generations.[28]

The point that Mill so referred to is related to epistemic injustice. In this sense, epistemic injustice manifests itself at the point where the argument cannot reach.

EPISTEMIC INJUSTICE

As stated by Mill, we are beings that have the capacity to behave according to things that we think we know. What are those things that we think we know?

We as human are social beings, or in other words, beings that are in relation with others. For this reason, we learn the things that we think we know in the framework of our relations with others. We experience such relations within circles starting from the family we are born in and growing up in strata around educational institutions, friendship, business and other additional circles that we belong to. Thus, the circles that we belong to are the main places where we learn about things that we think we know.

Are these things that we think we know a subject of knowledge?

Here the problem arises as to the fact that knowledge is subject to social-political evaluations. And this is the very subject to which epistemic injustice is related. Rationalization is usually stressed in epistemology, which is the philosophy of knowledge, and it is emphasized that knowledge is independent of social power, that is, various powers emerging from

27 Mill, pp.6-8.

28 Mill, p.9 et al

environments in which people live.[29] However, this claim seems to contradict what we think we know.

In respect of knowing something, we also need to know what others say. Although the knowledge needed and to be acquired from others is of importance in this sense, testimony of others is never enough. In other words, knowing something is not possible solely by testimony of others. On the other hand, people whose knowledge is referred to are also expected to possess certain characteristics, that is to say, to be recognized as a source of information and to be reliable and therefore convincing in this frame.[30]

People who are referred to for their testimony as beings in relation with others live in certain social and political circles. Here in this context arises the question of how the informational practice will be. This is because the circles in which people live are also the environments where social power exists or not. Such powers also cause certain groups to be stronger and some others to be weaker. Therefore, it becomes quite harder to perform informational practices within the social context.[31]

This challenge becomes even more intense when there is a social phenomenon mutually agreed upon, as indicated by Miranda Fricker. For instance, when an individual who is in a very weak condition in the society or who belongs to such society is asked about an event, there will be problems as to whether such individual's answers will be taken into consideration or not. Here, along with a desired answer, the individual inquired will also be included within the sphere of rhetoric. The individual may as well face social pressure depending on that answer. All these lead to injustice, which Fricker calls as epistemic injustice.[32]

---

29 For remarks and comments by Miranda Fricker on this type of understanding of knowledge, see: Miranda Fricker "Rational Authority and Social Power: Towards a Truly Social Epistemelogy", Social Epistemelogy: Essential Readings, Eds.A.I.Goldman-D. Whitcomb, Oxford University Press 2011.

30 Fricker, p.57.

31 Fricker, p.61.

32 Fricker, p.62.

Epistemic injustice refers that there is injustice in the norm of persuasibility through social pressure that is exposed to and/or by belonging to or existing within weak groups. This kind of injustice is, as indicated by Fricker, the result of epistemic discrimination. In this context, social identity and power relations are important in epistemic practices.[33] The epistemic discrimination referred to by Fricker is the discrimination in the sense of which the individual's capacity as the knowledgeable is not taken into consideration on grounds of sex, language, religion, ethnicity, gender and social-economic situation. Apart from these, the act or failure of experiencing a social identity and a certain social life is also a situation that causes epistemic injustice. Like being a mother or being married, for example. The individual who is exposed to such situations is faced with unfair discrimination as he/she is unable to use his/her capacity as the knowledgeable in the current practice or he/she is not recognized.[34]

In the context of law, such discrimination clearly manifests itself in form of deprivation of rights or prevention of the exercise of rights. This can be explained from the perspective of maternity. Due to stereotyped judgments related to maternity, it is often the case that the judges act by relying on such judgments. However, in the story that was set centuries ago, King Solomon gives an example of how to behave in a different way without acting as if he knew about the truth.

The example of King Solomon is about two women. In this story, which has many versions, two women who share the same house give birth to baby boys. One of the women lays on her own baby while sleeping, causing the baby to die. Then she takes the other woman's baby, and claims that the baby is hers. When they refer to King Solomon, they both claim to be the mother of the baby. Then Solomon orders that a sword be brought, that the child be divided in two, and half be given to one and half to the other. After he says this, the true mother opposes to that decision, telling the King to give the baby to the other woman, while the other woman accepts that the child be divided into two. So, King Solomon judges that the child be

33 Fricker, p.64.

34 Fricker, p.65.

given to the woman who wants him to live but not be killed, that is, the true mother of the child.[35]

AVOIDING EPISTEMIC INJUSTICE IN JURISDICTION TO BE A VIRTUOUS JUDGE - IS THE JUSTICE OF SOLOMON TOO FAR?

The justice of Solomon gives an example of how to reach one single truth. In this sense, it paves the way for the point where the argument cannot reach. Thus, it allows avoiding epistemic injustice.

In order to avoid epistemic injustice, it is necessary to dwell on how the information is obtained in practice. This requires the practitioner, primarily the judge, to have awareness. The most significant requirement to ensure the awareness of judges is that they must have virtue.

As for virtues, Aristotle states that justice is a virtue that incorporates all virtues. In this context, fairness of judges is closely associated with their possession of other virtues.

As regards to judges' possession of virtues, the virtue of caring with concern is primarily of importance. The virtue of caring with concern can be defined as follows:

"Because when we care with concern, we acquire our true human identity along with someone else.

In this context, caring with concern constitutes the main prerequisite for seeing injustice. Caring with concern means an unconditional love. Caring with concern is to concern oneself. And this is possible with the virtue of love. Only those who care with concern will be in an effort to see the naked truth. They will grasp all the circumstances in which Melek was in the book titled Asılacak Kadın, comprehending the naked truth without relying on any prejudice. Individuals who care with concern will see those who cannot speak up due to being overwhelmed by prejudice. Then they will realize what is happening to them and hear their cries of "suffering".

35 Neil MacCormick, "Particulars and Universals", The Universal and the Particular in Legal Reasoning, Eds.Z.Bankowski-J.MacLean, Ashgate, Edinburgh 2006, p.4.

In this frame, caring with concern is to approach others in with fairness and affection. It is to listen and understand their uniqueness and the complexity of their situation, and while doing that, to see not only the nature of those others as human beings but also the reasons causing us to forget such nature of them, and to fight against such reasons. It is to avoid passive injustice. Caring with concern is about seeing the human side of oneself mirrored in others and bringing it into action. In this context, caring with concern is a combination of the responsibility for the self as a human being with the responsibility for others as a human being. This is an unlimited responsibility. One who cares with concern will immediately realize his/her responsibility for the injustice he/she has witnessed. And he/she is the one who realizes his/her responsibility for wars, hunger, torture, and all kinds of discrimination. He/she is the one who just does not look away and walk off."[36]

In this context, those who care with concern are those who reach the point where the argument cannot reach. They know the paths that hinder the argument and overcome those tough and challenging paths.

Therefore, caring with concern constitutes the main path to achieve fair decision. The primary step of caring with concern is to be concerned. Being concerned is based on the knowledge possessed. And this is related to the knowledge of being human, of humanity and of justice in principle, and is the benchmark of anything else. With this knowledge, the person who is concerned must remain concerned and must not forget this feeling of being concerned. The continuity of the concern is essential for caring with concern. As for a law student, for example, who has a desire for unfair realization and who is concerned about what he/she has done with it may, such concern may remain or disappear after graduation. When it remains, it is possible that such concern may ensure caring with concern. If the concern is forgotten or left aside, there will be less possibility of caring with concern. There is the possibility of going back to the concern later. When this possibility is the case, the way will be opened to caring with concern.

36 Gülriz Uygur "Edebiyat Eserlerinde Adaletsizliği Görmek", http://t24.com.tr/k24/yazi/adaletsizligi-edebiyat-eserlerinde-gormek-bilgisel-epistemik-adaletsizlik-ve-dertlenerek-ilgilenmek,175 (27.11.2016)

Feeling concerned alone is not enough. One must also have the knowledge of for what reason to feel concerned. In this sense, the basic requirement for caring with concern is to possess knowledge. One who feels concerned will act on basis of the knowledge he/she possesses. And the knowledge possessed will take him/her to recognize hindrances that prevent access to the point where the argument cannot reach. In this context, the knowledge possessed will lead to ethical awareness.

The feeling of being concerned that starts caring with concern will be transformed into ethical awareness at that point. The individual who recognizes the obstacles along the paths throughout the transformation will also be open minded. The state of being open-minded will take the individual to the point where the argument will reach, and also to the point of the other. Basically, it is not possible to create the argument without getting to the other's point. At this point, it can be stated that each are one within the other.

In other words, caring with concern is a virtue that incorporates the state of feeling concerned, open-mindedness and ethical awareness. This virtue is also related to other virtues like justice. It may emerge within the frame of this relationship only if the ways of access to the other are open, as indicated above. Open mindedness is important in this sense. On the other hand, it is not enough to be open towards the other for caring with concern. In order to get to the other's point, one must understand the other's situation and empathize with them due to such situation.

In this context, the judge who cares with concern will approach the parties primarily with the intention to reach to a fair decision, empathize with the parties to eliminate concern and be open-minded in this approach.

Caring with concern also requires one to see what must be done and take action on it. In this sense, the judge takes action with the decision he/she gives. However, he/she should see in that very unique case what must be primarily done or how a decision must be made. So, the way will be opened for access to the justice of Solomon.

CONCLUSION

We have the capacity to pretend as if we know something. When this capacity is exercised in jurisdiction, we will encounter wrong and/or unfair decisions. It is mandatory for judges, as decision makers, to possess the knowledge of how things can be known. Because jurisdiction is an act of knowing.

Judges must have certain virtues in order to be able to make a distinction between what they can and cannot know in jurisdiction and between what is and is not the subject of knowledge. The primary virtue among them is caring with concern.

Caring with concern requires one to keep following up the case until the truth is revealed, to empathize, and to be open. This virtue will also guide the judge towards the truth and settle the case on the basis of knowledge. In this context, the judge who cares with concern is the one who is aware of what he/she does and does not know, or in other words, who does not act like he/she has the knowledge.

THIRD SESSION

JUDICIAL ETHICS: THE PAST AND TODAY

Moderator

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Dean of the Faculty of Law, Istanbul University

ETHICAL PRINCIPLES OF JUDGES IN THE OTTOMAN STATE: THE CONVENANCE OF JUDGE

Assistant Prof. Dr. Ahmet KILINÇ

Lecturer of the History of Law, Faculty of Law,
Yıldırım Beyazıt University, Ankara

Introduction

The need for social order originates from the fact that one cannot live alone. The coexistence of people brings together the rules that they must obey. Religion, morals, customs and law rules are accepted as social order rules aiming at ensuring that the community can live together in peace and prosperity without chaos and disorder.[1] Today, we are faced with ethical principles, the popularity of which has increased, that are stated as principles that must be obeyed by the people who live together with the social order rules and/or who are in these rules when they carry out their relations with the society. Within the ethical principles, it can be argued that the concept of occupational ethics is discussed and questioned more.

1 İsmail Kayar, İlhan Üzülmez, Hukukun Temel Kavramları [Basic Concepts of Law], Seçkin Yayıncılık, 9th Edition, Ankara 2015, p. 39 et seq.

In this study, we will try to explain the ethical principles that judges had to obey in the Ottoman State. First of all, we must determine what the concept we are going to investigate meant in the Ottoman Empire and determine the limits of this concept. According to this, we will try to give information about concepts such as ethics, the relation between ethics and law, professional ethics.

The continuation of the existence of the Ottoman State for so long that lasted its existence for six centuries has been associated with the notion of justice it provided. Indeed, the Ottoman Empire was fed from the Turkic tradition[2] that regarded justice as the basis of the state on one hand and from Islamic law[3] which frequently makes reference to the justice in its main sources. Because of the facts that there were so many courts[4] to resolve

2 In Kutadgu Bilig, an important source of the pre-Islamic Turkish Law History, the principle that the ruler should be based on justice was stated as follows: "…This blade in my hand is a tool that cuts. I cut the work like a knife; never keep anyone who seeks the right. As for the candy, it is for the person who suffers from presecution, comes to my door and finds justice. That man leaves my place as if he ate sweet, pleased and smiling. The water of this poisonous bitter Hind herb is drunk by tyrants and those who doesn't apply justice… They come to me; and when I judge, they look sourly as if they have drunk Hind medicine. My sternness, being beetle-browed and sullen face is for persecutors who are brought in front of me. It does not matter whether they are my son, close friend or relatives, passengers, passer-bys or guests. All of them are the same for me in terms of the law; when Judging, no one finds me different. The foundation of this Beylic is accuracy…" Yusuf Has Hacib, p.66; For the understanding of justice in Old Turkish States, see Adem Tutar, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı [Understanding of Justice in Pre-Islamic Turkish State Tradition] ", Türkler, v. 2, Ankara 2002, p. 868-873

3 An-Nisa 58: "Indeed, Allah commands you to render trusts to whom they are due and when you judge between people to judge with justice. Excellent is that which Allah instructs you. Indeed, Allah is ever Hearing and Seeing.

4 Divan-ı Humayun (Imperial Court), Ikindi Divanı (Court in the afternoon), Çarşamba Divanı (Court on Wednesday), Pasha Courts, Kadi-ul Asker Court, Provincia Treasurer Court, Agha Courts, Captain Pasha Court, congregational courts, Consulate Courts and, of course, kadis can be mentioned as the judicial authorities in the classical period that the Reaya(ordinary people) can apply according to the nature of the legal question. In the aftermath of the Tanzimat, while the new courts such as the Nizamiye Courts, the Commercial Courts and the Parliamentary Attorneys joined the judicial organization, the former judicial authorities were either updated or abolished. Halil Cin, Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi[Turkish Law History], Sayram Yayınları 5th Ed., Konya 2013, p. 168 et seq; Ekrem Buğra Ekinci, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri [Ottoman Courts during and After Tanzimat Period], Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2004, p. 22

disputes, that no discrimination was made among the applicants according to religion, sex, age[5], a Western Researcher described XVIth Century Ottoman Empire as a "state of law under the conditions of its age".[6]

In a state, whether justice is at the forefront is related to how judges practice their profession in terms of their role in the manifestation and implementation of justice. That is, the existence of justice in the state is tightly connected with the powers of the judges who dispense it. In this context, it is important what the rules that the judges had to comply with when practicing their profession in the Ottoman State, which was also famous for its justice, is important.

Information about the process of being a judge in the Ottoman Empire will not be given in this study. Instead, the professional ethics principles that the judges were expected to obey during the hearings and in their daily life will be focused on. The answers to the following questions will be sought: Were there such ethical principles in the Ottoman State? Which concept in the Ottoman State did point to ethical principles? Were there any legal norms governing these principles? In addition, the study will attempt to make comparative analysis of the ethical principles that the judges had to comply with in the Ottoman State and the ethical principles of the Bangalore, which is the first legal document that comes to mind at the moment when the judicial ethics is considered. The aim of the study is to reveal the experience of the Ottoman State on the ethical principles that judges had to obey.

5 Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri [Concept of Reaya in the Ottoman State and the State- Reaya Relations]" , Osmanlı, v. 6, Ankara 1999, p. 50

6 Cin, Akyılmaz, 5th Ed, p. 144 cited in MATUZ Joseph, Das Kanzleiwesen Süleymans des Prachtigen, Weisbaden 1974, p. 8.

Ethics, Ethical Principles, Professional Ethics

Under this heading we will try to set the conceptual boundaries of the phenomena that we will seek in the Ottoman State. For this reason, we find it useful to state what should be understood from ethics, ethical principles and professional ethics concepts.

Ethics is defined diversely in the literature. Ethics is defined as a set of moral principles that a person uses during his or her behavior, as well as personal criteria that a person uses to distinguish between right and wrong.[7] According to another definition, the moral values which should be taken as basis commonly in a specific field of activity or during the realization of transactions and activities in daily life are called as ethics.[8] Ethics is also defined as all moral principles which one thinks that she/he must obey in a behavior.[9]

Ethics could be defined as a science discipline. The discipline of philosophy that investigates the values and rules that constitute the basis of individual and social relations established by people in terms of morals such as right-wrong or good-bad could be called as ethics.[10] As a science, ethics was defined as the discipline of philosophy that investigates what is good and bad in moral terms, how moral consciousness and judgment

7 Metin Saban and Banu Atalay (2005) "Yönetim Muhasebecileri Açısından Etik ve Etik Davranışın Önemi [The Importance of Ethical and Ethical Behavior for Management Accountants]", Muhasebe ve Denetime Bakış, 5 (16), p. 50.

8 A. Can Tuncay, *Hukuksal Etik [Legal Ethics] Ders Notları, Beta Yayınları, 2.nd Ed., İstanbul 2015, p. 1,2.*

9 Mustafa Lütfi Şen, Kamu Görevlileri Etik Rehberi [Guidelines of Ethics for Public Officers], Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara 2014, p. 11.

10 Çiğdem Kırel (2000) Örgütlerde Etik Davranışlar, Yönetimi ve Bir Uygulama Çalışması[Ethical Behavior in Organizations, Its Management and a Case study] , Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1211, İ.İ.B.F. Yayınları No: 168, p.2 cited in Burcu İşgüden, Adem Çabuk, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri [Professional Ethics and the Effects of Professional Ethics on Professional Life]", Balıkesir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 16, Balıkesir 2006, p. 60.

forms in people, concepts of task and responsibility, why individuals and society should behave morally.[11]

Indeed, as a branch of philosophy, ethics examines values, norms, rules that an individual obey when establishing relations with other people and the community from the point of views such as true-false or good-bad.[12] In other words, ethics is science of philosophy that examines the values that affect relationships between people, the nature and background of the behaviors considered as good or bad, true or false in moral terms. With its this feature, ethics, also defined as moral philosophy, examines how the judgement that human behavior is good and bad is reached, and what intentions and purposes are involved in its background.[13]

Based on the definitions we can say that there are three basic features of the ethics. The first of these is the role of ethics in determining the behavior of t an individual. Ethics include directives about how people should behave when communicating with other people or with the community. Ethics intervenes in an individual's attitudes and behaviors by determining which behavior is good or which behavior is bad theoretically, abstractly and/or morally. This characteristic of ethics shows that it has a social order nature. The second characteristic of ethics is that it has a moral dimension. We can say that having a moral dimension is the main factor that differentiates it from other social order rules, especially law rules. Ethics relies on moral values, values, and principles as they lead people to behave in a certain way. In other words, ethics is built on moral

11 Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş [Introduction to Moral Philosophy], Elis Yayınları, İstanbul 2015.

12 Tuncay, p. 2; İbid

13 Necat Kırış, Hukuk ve Etik Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu [Law and The Moral Dimension of Ethical Law Profession], Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016, p.56.

values.[14] The third fundamental characteristic of the ethics is that an individual thinks that he/she should obey the mentioned moral values. In other words, ethical principles must be accepted by the person at his/her sole discretion. In terms of this aspect of the ethics, personal criteria are at the forefront. This characteristic of the ethics leaves the control of the act against the ethical principles again to the person himself. This control is done with the "conscience" of the person. Indeed, an individual criticizes his/her feeling, thought, behavior, attitude and action as right-wrong, good-bad, positive-negative by listening to the voice of " his/her conscience". Thus, the person ensures balance, order, control and harmony in relations between himself/herself and others.[15]

Honesty, truthfulness, keeping the promises, loyalty, and justice, helping others, respecting others and fulfilling responsibilities are among the main ethical values.[16]

The ethical principles that people have to obey in their relationships with each other are also influential in the practice of a profession. These rules, which are defined as vocational ethics or "Code of Professional Ethics", can be defined as a set of principles and rules based on beliefs about what is true, what is wrong, what is fair and what is unfair about the professional behaviors that are necessary to practice in the

14 There are so many points that can be expressed about ethical-moral relations but we will only express one of the views on the relationship between ethics and moral in order not to digress the subject. According to those who see ethics as the science of examining the philosophical foundations of morality and examining the source of human behavior, ethics examines the ideal and abstract, while morality examines human behavior which is tangible. Kırış, p. 56. For discussion on this issue, Mehmet Yüksel, Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk [Ethical Codes, Morality and Law], Hacettepe HFD, 5(1), 2015, p. 9 et seq. can be reviewed.

15 M. Reşat Mocan (2002). "Etik ve Meslek Etikleri [Ethics and Professional Ethics]", YDK Yüksek Denetim Dergisi, 1(1), http://www.ydk.gov.tr/dergi/dergi1.htm#_ETİK_VE_MESLEK (05.09.2006), cited in İşgüden, Çabuk, p. 62.

16 İşgüden, Çabuk, p. 62.

profession.[17] Professional ethics, defined as the general rules accepted and approved by the professionals are also defined as the sum of the ethical principles and standards that direct the behaviors in the Professional life and provide guidance about what can be made and what cannot be made.[18] In another view, Professional ethics refers to the rules for determination what is ideal when performing a particular profession.[19]

There are many benefits that can be achieved by acting in accordance with professional ethics. Adhering to these rules will increase the reputation of those who perform their profession because those with whom contact is made will perceive those who obey the principles of Professional ethics as more respectable and reputable. With the respect of the third persons, we can say that the person who follows the rule will have a clean conscience. Having a clean conscience will increase the confidence of a member of a profession in his/her knowledge and ability.[20] Adhering to these principles raises the quality of work done in a positive manner. Those who conduct their profession according to ethical principles gain the trust of the public more easily and prevent waste of time and

17 Semih Güner, Avukatlık Meslek Etiği [Lawyer's Professional Ethics] Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002, p. 22; Seval Kardeş Selimoğlu (1997). "Muhasebe Meslek Ahlakı (Etik) Yaklaşımı [Accounting Professional Ethics (Ethics) Approach]", III. Türkiye Muhasebe Denetim Sempozyumu Bildiri Kitabı (30 Nisan-4 Mayıs, Alanya), İSMMMO Yayınları, No: 20, p.146, cited in Çabuk, İşgüden, p. 63.

18 İoanna Kuçuradi, Felsefi Etik ve Meslek Etikleri, Etik ve Meslek Etikleri [Philosophical Ethics and Professional Ethics, Ethics and Professional Ethics], Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1999, p. 17; İşgüden, Çabuk, p. 60; Güner, p. 24.

19 Aulis AArnio, "lawyers' Professional Ethics- Do They Exist?", Ratio Juris, Vol, 14, no: 1, p. 2; Zeynep İspit Toprak, "Meslek "Etik"leri Etikten Bağımsız mıdır? [Are Professional "Ethics" Independent from Ethics]?" Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, p. 377.

20 Ahmet Yatkın, Kamu Yöneticilerinin Etik Düşünce ve Davranışlarının Kamu Hizmetine ve Hizmet Tatmine Yansımaları [Reflections of Ethical Thoughts and Behaviors of Public Administrators on Public Service and Service Satisfaction] (Elazığ Valiliği Örnek Alan Araştırması), Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, p. 120; Burcu İşgüden, Adem Çabuk, p. 59

resources.[21] By observing the principles of professional ethics, personal tendencies are bordered; the professionals are prevented from acting illegally.

Principles of Professional ethics have certain characteristics. It is stated that these principles, like the other ethical principles, have crossed the borders of the country and reached the international dimension.[22] In addition, professional ethics principles consist of rules that cause practical effect, ensures that the profession coincides with the society and has continuity.[23] These principles need to be followed by those who have that profession and are performing it. In other words, they are dealing with these rules because they have the profession they are practicing. Another characteristic of the professional ethics principles is that the principles are directly related to the profession. Those rules exist because that profession is practiced. In other words, although the prohibitions within these principles or the actions which are not recommended are in compliance in the law, they should not done because of the profession that is carried out. For example, while gift-giving is a pleasant kindness in human relations, this behavior cannot be interpreted in this way for public officials and judges. Another characteristic of professional ethics principles is that these principles do not regulate the rights and authorities that the profession has because the rights and authorities of the profession are included in the provisions of their respective legislation.

Based on the definitions and characteristics of professional ethics principles, we can say that these principles have three basic elements. The first of these are that Professional ethics are accepted and adopted

21 İlkay Güler, "Dünya'da Kamu Etiği Uygulamaları [Public Ethics Practices in the World]", Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, p. 187; İşgüden, Çabuk, p. 61; Yatkın, p. 101 et seq.

22 Güner, p. 22.

23 Friedrih Kübler, Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği, Etik ve Meslek Etikleri [Professional Ethics in Legislative and Judicial Organs in a State of Law, Ethics and Professional Ethics], Türk Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000, p. 153; Güner, p. 23.

by those who practice the profession. This feature is in parallel with the personal acceptance of ethical principles. The second characteristic of professional ethics principles is that these principles are values that direct the behavior in the professional life. Because these values determine what an individual should do and should not do while carrying out one's professional activities. The third characteristic is that the attitudes and behaviors that should not be done as a result of these principles arise from the characteristic of the profession. In other words, professionals should not perform some behaviors which are normally in compliance with customs and law because they have that profession and perform it.

As is known, judges are performing public service. In this case, it is also necessary to give information about the ethical behavior of public officials. The ethical behavior of a public official is defined as "always keeping public interest by a public officer in front of her/his own interest while performing the duty, and not getting involved in relations that will make the officer dependent on the others (through financial and other interest relations)".[24] According to another definition, ethics in public administration is a set of moral principles and values such as impartiality, honesty, social justice, transparency, accountability and being public-minded that the administrators must obey when taking decisions and performing public services.[25] In the Turkish Positive Law, the first article of Law No. 5176 defines transparency, impartiality, honesty, accountability and being public-minded as exemplary principles of ethical behavior that public official should comply with. Literature describes behaviors such as justice, loyalty to the state, capability and qualification, impartiality, honesty, courtesy, respect, trust, public service consciousness, geniality, helpfulness as ethical behaviors while behaviors such as discrimination, favoritism, bribery, corruption, irregularity, abuse, exploitation, negligence, temporizing, doing

24 Ömür Elçioğlu; "Kamu Çalışanları ve Etik Davranış İlkeleri[Public Employees and Ethical Code of Conduct], http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi.aspx?id=5 e.t.: 15.10.2016; Güler, p. 187.

25 Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi [Public Administration], Okutman Yayıncılık, Ankara 2008, p. 330 et seq.

politics, psychological intimidation and pressure (mobbing), insults and profanity, abuse of authority, gossip and embezzlement are described as unethical behaviors.[26]

The aims of ethical behavior in the public sector can be summarized as follows: To prevent corruption and make the honesty dominant, to prevent personal interests from being held on the frontline, to guide public officials, to specify what is good or bad are some examples of the aims. In addition, ethical behavior in the public sector increases trust in the state and public officials, and improves the legitimacy of the state, thus ensures state-citizen integration. Lowering the cost of public services and improving the service quality are other aims.

In this case, judges who are in charge of performing public service are expected to act in accordance with the ethical principles of their profession. Professional ethics principles that judges must obey are in close relation with "legal ethics". Because, legal ethics is defined as the set of moral values ensuring the rule of law and justice while the legal rules are maintained, implemented and controlled.[27] Judges are expected to practice their profession by targeting ethics of law. For this target, they have to act in accordance with the judgment ethics. Judgement ethics is defined as the obligation of lawyer, prosecutor and judge, who are indispensable parts of the jurisdiction, to act lawfully, fairly, honestly, in short, ethically during proceeding.[28]

Ethics-Norms Relationship and the Ethical Principles in Positive Law that Judges Must obey.

26 Ömür Elçioğlu; Eryılmaz, p. 330 et seq.

27 Can Tuncay, s. 1; For the opinion that the ethics of law is related to the compliance of the law and the implementation of law to the justice requirements please see Gülriz Uygur, Hukuk Etiğine Giriş [Introduction to Ethics of Law], http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm e.t.: 09.07.2016.

28 Can, Tuncay, p. 164

Under this heading, the information on whether ethical principles are included in the legislation in force will be briefly mentioned, and information about the legalization of the ethical principles that judges should obey today will be conveyed. In this way, an assessment can be made between the present practice and the practice in the Ottoman State.

From the point of view of the jurist, we see the ethics close to the rules of morality which are considered among the rules of social order. As it is stated, although the ethical principles are outside the legal rules, they also have the function of providing social order. Because, as it is tried to be explained above, ethical principles also determine how people should act when getting in contact with other people or society. The fact that the rules of ethics determine the relationship of people with other people and / or society makes these rules social order rules. The presence of guilty conscience, which is considered as the sanction of the rules of morality, for the principles of ethics makes these two phenomena to get closer to each other.

As it is known, some of the moral codes can also be legal rules.[29] Well, is it possible to see ethical principles in legal rules? This question brings a few additional questions with it. If an instruction implemented on the community or a segment of the society becomes a legal rule, isn't it considered that that rule is no longer an ethical principle and has become a legal rule? These questions are in fact related to the legitimacy of the rules

29 Türkbağ examines the norm-moral relationship under three headings. First, the law transforms rules of morality into the norms. As an example, the goodwill rule stated in Article 3 of the Civil Code is shown. Secondly, with the reference made to the morality as a whole, rules of morality can become legal norms. For example, according to Article 27 of the Turkish Code of Obligations, "Contracts that are contrary to the provisions of the law, moral, public order, personal rights or have impossible subjects are absolutely null and void.". This article states that the contracts that are contrary to morality will not be protected by the law. Finally, morally inappropriate attitudes and behaviors are excluded in a more rigorous manner by the law. As an example, lying is a crime on certain conditions. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hukukun ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu [Law Norm at the Intersection of Law and Morality]", GÜHFD, Ankara 2008-2, p. 35,36.

of law. Where does the rule come from? Can ethics be a source of law? Is it possible to distinguish ethics and law from each other?

The literature has considered the above-mentioned questions from different angles. Putting ethical codes and ethical principles into legal norms has been criticized on the ground that it will not contribute the social development. According to this view, the ethical principles that have been become rules of law are based on past events and problems such as other legal rules; these principles are left far from the dynamic and variable character of life. It is thought that the possibility that these principles do not include the unique characteristics of the people and that a conscience-appealing value cannot address to the personal conscience of the members of the community at the same degree may cause the ethical principles that are become rules of law to lose their unique character.[30] It has also been stated that it is not possible to think ethics free from rules of law. According to this view, it is much easier to follow written ethics codes and see their applicability because ethics deals with norms, establishes norms, and/or justify the norms.[31]

30 For the views parallel to this view, see "Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk [Ethical Codes, Morality and Law]", Hacettepe HFD, 5 (1), 2015, p.24, 25. For the similar views arguing that it is diffucult for the norms that have been formed as a result of a procedural process to comprehend the majority, diversity and dissimilarity, and norms are also standardising and exclusionary, see Rıdvan Değirmenci, Hukuk Politikası içinde "Hukuk Politikası Açısından Hukuk Ahlak Etkileşimi" ["Legal-Ethical Interaction in Terms of Law Policy" Within the Law Policy], Edited by Ali Şafak Balı, Astana Yayınları 2016, p. 59. For the view arguing that if the ethics is become rule of law, the principle may become ordinary; it is not possible to erase the traces and influences of the ethical principle in the event of the removal of this rule like other legal rules, see Yusuf Karakoç, "Hukuk-Etik İlişkisi [Law-Ethics Relationship]" Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, p. 94.

31 Ömür, Elçioğlu, slide. For the view arguing that ethics can only be related to grounding the norms, however the normative assessments will be rotely, and will not show the "value" of what is being assessed; therefore ethics is not a field that forms norms and recommends assessment based on the norms, See Harun Tepe, Bir Felsefe Dalı olarak Etik: 'etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik [Ethics as a philosophy: The Concept of 'Ethics', Its History and Ethics Today],Doğu Batı, yıl 1, sayı 4, p. 14; İbrahim Okur, "Yargı Etiği ve Davranış Kuralları [Judicial Ethics and Code of Conduct]", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013, p. 234.

Ethics-norms relations have been discussed for centuries and detailed studies have been carried out as mentioned briefly above. In our opinion, in the last century, humanity has started to give answers to the questions we mentioned above with practical applications. The ethical principles that must be obeyed especially for certain profession groups, are included in rules of law both in international legal norms and in national legal norms. Decisions of the UN which has advisory nature, both international and national Professional principles drawn up for specific occupational groups show that ethical principles can be incorporated into the rules of law today. The Medical Deontology Statute, Ethical Principles of Public Officers are just a few of the examples that are in force on national basis.

The ethical principles that judges should obey today are present as norms both at national and international areas. 1985 UN Basic Principles of Independence of the Judiciary, Recommendation of The Committee Of Ministers of Council of Europa to Member States on The Independence, Efficiency and Role of Judges, the report adopted by Venice Commission in 2007 on Judicial Appointments, the report adopted by the same Commission in 2010 on the independence of judges, European Charter on the Statute of Judges and finally Bangalore Principles of Ethics are international documents on judicial independence and neutrality.

The Bangalore Principles of Judicial Conduct which are extremely important in terms of the subject of our study, as stated in its preamble, were determined in order to provide a framework for the judgement that would guide the judges to establish professional moral standards for the judges and regulate the judicial ethics.[32] It was accepted as a draft by the UN in February 2001 in the city of Bangalore, India. The Bangalore Principles of Judicial Conduct numbered 2003/43 which was accepted by The United Nations Human Rights Commission on 23.04.2003 contains ethical principles and professional ethics standards that must be followed by judges.

32 For the principles, see www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf e.t.: 15.04.2016.

The Bangalore Ethical Principles were quickly adopted by many countries that attended or did not attend the meeting and settled in domestic law. Thereupon, new studies have been carried out in order to develop these principles. On March 1-2, 2007, a meeting was held in Vienna to strengthen the Bangalore principles with the participation of 35 countries' representatives under the coordination of the UN Office on Drugs and Crime (UNODC). Following the meeting, a report titled "Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct" was prepared in September 2007.[33] The above-mentioned commentary has given Bangalore principles of depth and strength and aimed at contributing to the adaptation of universal jurisprudence ethical principles to each country's own legal system. The provisions of every civilization and region related to the ethics have been attached to this commentary as appendix. In the appendix of the commentary, perspective of Islamic law on judicial ethic is also included. Representatives from countries such as Syria, Iran, Egypt, Pakistan, where Islamic law was applied, and/or where the Muslim population was high, also attended the meeting. It is necessary to mention that our country did not attend Bangalore and Vienna meetings. However, these principles have been adopted by the Decision of the High Council of Judges and Prosecutors on 27 June 2006 and numbered 315 (by removing the definitions section).[34]

The provisions within the Bangalore Principles of Judicial Conduct have neither suddenly emerged nor spontaneously manifested; they have been adopted as a result of a certain knowledge and experience. Today, when it comes to judicial ethics in the world, it is the first reference source. As mentioned, it has emerged as the achievement of many civilizations and

33 For commentary, see www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

34 http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf , p. 7.

experience. Which local experience was inspired has been mentioned in these principles document as well.[35]

In general, we can say that Bangalore's ethical principles, when evaluated in general, tried to determine what activities judges could not do that are considered as reasonable for other members of the community at every stage of the trial. In other words, it contains information about behaviors and attitudes that should not be done by the judges for practicing judge profession and in parallel to this, gives the clues of what the judges can do. The crucial point here is that normally there is no objection to these attitudes and behaviors that judges should not do when they are done by

35 Some legal sources expressed as inspired are as follows: American Bar Association Model Code of Judicial Conduct, Declaration of Austrian Judicial Independence Principles, Bangladesh Code of Conduct for Supreme Court Judges, Ethical Rules for Canadian Judges, European Charter on the statute for judges of the Council of Europe, Idaho Code of Judicial Conduct, India Restatement of the Values of Judicial Life, *Iowa Code of Judicial Conduct, Code of Conduct for Kenya Judiciary Members, Moral Code of Malaysian Judges, The Act of Behavior for Judges in Namibia, United States New York State Judicial Ethics Rules, Nigerian Federal Republic Judiciary Code of Conduct, Code of Conduct put forward by the Supreme Court of Pakistan and Supreme Court Judges, The Philippinnes Code of Judicial Conduct,* Philippinnes Code of Judicial Ethics, Solomon Islands Principles of Independence of the Judiciary, Guide to South African Judges, Tanzanian Judiciary Code of Conduct, Texas Judicial Ethics Code, US Judicial Conference Conduct Code, Law of the Judicial Ethics of the Virginia Republic, US Washington State Judicial Code of Conduct, Zambia Law of Judicial Conduct, Siracusa Principles, International Bar Association Minimum Standards of Judicial Independence, UN Basic Principles on Judicial Independence, Draft Universal Declaration on Independent Justice (Singhvi Declaration), Beijing Statement Regarding Lawsia Region Judicial Independence Principles, Latimer Republic Guide, CCJE-GT's 1 st perspective (2001) on standards for judicial independence, Draft Opinion on the Code and Principles governing the professional conduct of judges of CCJE-GT, in particular on ethical, inappropriate behavior and impartiality, Guidelines on Judicial Behavior published by the Council of Austrian Justice Presidents dated June 2002, The Code of Conduct Model for Baltic States judges, Code of Judicial Ethics for the Judges of the People's Republic of China, Macedonian Judiciary Association Judiciary Ethics Code, Atilla Pınar, Yerelden Evrensele Mütevazı Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı [A Modest Turkish Contribution from Local to Universal: The Features, Ethics and Customs of the Judges in Turkish Law], TBB Dergisi 2013 (104), p. 327 et seq.; www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

another person or public officer and they are even welcomed by the society in some cases.

We will not mention here what the Bangalore ethical principles consider as unethical. We will try to explain these behaviors while conveying information about the Ottoman State. The first thing we care about here is that the ethical principles that the judges must obey have been tried to be regulated by legal rules. In addition, what we need to understand from the ethical principles that judges must obey was focused on under this heading. In this case, the behaviors and attitudes that the judges should do or should not do for just being judges for the rule of law and justice, and that arise from moral values can be perceived as the ethical principles that judges must obey. The crucial point here is that these behaviors and attitudes that we expect judges not to do are not contrary to law, rules of morality and customs; people are even encouraged for these behaviors in same cases. The fulfillment of these behaviors are perceived as a violation of ethics only when they are fulfilled by one whose profession is judge.

Ethical Principles of Judges in the Ottoman State: The convenance of judge

In the Ottoman Empire, both in the classical period and in the post-Tanzimat period, the profession of judge was considered important, and people who have passed through various training and stages and have certain qualifications are provided to perform this task. In the classical period, the kadis, who were in the "ilmiye" social class, were first educated in "Hâric" madrasahs in the provinces. Then, following the education in "dâhil" madrasahs and certain internship period and exam, they were able to be appointed with naib (delegated judge) title. However, if one wanted to be appointed as kadi, it was mandatory to attend "Mûsile-i Sahn" and "Sahn-ı Seman" madrasahs. The "mulazıms(proxy kadis)" graduating from these madrasahs became eligible to be appointed as kadi of kaza (district); if they wanted to be appointed as a high-degree judge, it was mandatory for them to graduate from "altmisli" madrasahs first and then

from "Dar'ul Hadis".[36] It is important to emphasize that the kadis also had the obligation to do a kind of internship before starting the profession.[37] When the Tanzimat period is examined, the ranks and grades of the kadis were determined with several bylaws issued on different dates; in 1854, a school was opened in order to train kadis with the name "Muallimhane-i Nüvvab", then Madrasa'ül- Kûzat (Academy of Kadis) started education; so it was deemed necessary to be trained in a separate school apart from madrasah to be able to be a kadi.[38]

Islamic Jurists agree on some of the qualification that the kadis had to have in the Ottoman State while they have different views on some qualifications. In this context, there is a consensus on the following qualifications of kadis: to be Muslim, have discretion skill, have reached puberty and be a free individual. In addition, some Islamic law jurists also consider to become men in gender is a condition to be kadi.[39] It is also emphasized that the judge should be selected among independent, impartial, honest, eligible for the profession, qualified and

36 Cin, Akyılmaz, p. 175; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı ["Ilmiye Social Class of Ottoman State], Ankara 1984
UZUNÇARŞILI, p. 1-18, 33-38.

37 Melikşah Aydın, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri [Judge in Islam and Ottoman Law] and the Qualifications of the Judges], Selçuk Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015, p. 139.

38 Ekrem Buğra Ekinci, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri [Ottoman Courts in Tanzimat Period]", Osmanlı, v. 1, Ankara 1999, p. 770; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bzokurt, Türk Hukuk Tarihi [History of Turkish Law], Ankara 1996, p. 299-300; Cin, Akyılmaz, p. 187.

39 Halil Cin, Gül Akyılmaz argue that there is no provision in the Qur'an and Sunna, which are main sources of Islamic Law, that prevents women from being judge, on the contrary, no sex-based discrimination is made. They base this argument on 58th verse of An-Nisa Surah which states that "Indeed, Allah commands you to render trusts to whom they are due and when you judge between people to judge with justice.", THT, 5. BASKI, p. 174. See also Aydın, p. 132.

competent persons.[40] Mecelle[41] [42](Ottoman Civil Code) stated briefly what qualifications the judge should have. While explaining the qualifications of the judge, Article 1792 of Mecelle used the following expressions: " Judge should be "hakim"(rightful, intelligent, wise, scholar), "fehim"(thoughtful, intelligent), "müstakim"(straightforward, independent, honest) and "emin"(self-confident, have confident in his knowledge, credible), "mekin"(honest, honorable, imperturbable), "metin"(patient, sturdy)".[43] There are many things that can be said about the profession of judge in the Ottoman Empire, the education required to be assigned to this profession, and the qualities that should be in the people who will carry out the profession. But we will focuse on the ethical principles that must be obeyed when practicing the judge profession.

We embodied the principles of professional ethics as attitudes and behaviors that would not be considered as inconvenient under normal conditions, but judges must avoid just because they are performing that profession. From this point of view, "the morals of the judge" expression comes out as the ethical principles that the Ottoman judges had to obey.

40 Aydın, p. 36 et seq.; Recep Akcan, "Hakimin Vasıfları [Qualifications of the Judge]", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -XII, Cilt 4, sayı 2, Isparta 2014, p. 278 et seq.

41 Mecelle is the first civil law of the history of Islamic law, consisting of a preface, 16 books and 1851 articles, which was gradually prepared by a delegation under the presidency of Ahmet Cevdet Pasha and accepted; Mustafa Reşit Belgesay, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk [Mecelle's General Provisions and New Law], İÜHFM, İstanbul, 1946, p. 2-3, XII, 561-562. Mecelle that is written in Kazuistic method, was prepared by referring to Hanafi fiqh; only in controversial matters - on condition remaining within the Hanafi sect - they rarely prefer what is necessary and appropriate for the ages.

42 It is the first Civil Code of the Islamic Law History, that had been gradually prepared by a committee headed by Ahmet Cevdet Pasha and accepted and that consists of a "mukaddime(preface), 16 books and 1851 articles; Mustafa Reşit Belgesay, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk[General Provisions of Mecelle and New Law], İÜHFM, İstanbul, 1946, p. 2-3, XII, 561-562. Mecelle which was prepared with Kazuistic Method was based on Hanefiyyah Fiqh; only for controversial issues it preferred the one which is necessary and appropriate to the requirements of the age on condition being within the Hanefiyyah madhhab.

43 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle in Today's Turkish(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.569

The literature supports this idea as well. For example, Ali Himmet Berki said, "There are certain behaviors that are normally permissible, however judges should avoid because of their disadvantages"; and added that otherwise that behavior would be contrary to the morals and characteristics of judge profession.[44] In the Ottoman Empire, the morals of judge shown itself not only in the literature but also in the legislation. The second section of the First Chapter of the 16th Book of Mecelle which had provisions about the judges and had "Kitab'ül Kaza(Book of Judgement) heading had the following heading: "The Morals of the Judge is reflected by its behaviors". This chapter contains, in our opinion, the 1795th and 1799th articles containing the rules of the profession and the ethical principles that must be obeyed by the kadis in the Ottoman State.

The Word "adab" in the heading of the part is the plural of the Word "edeb". This concept, which is described as good decency, good behavior, elegance, kindness in the dictionary[45] was described as "nâs ile mu'âşeret ve mu'âmelede ahlâk-ı cemîle ve hısâl[46]-ı müstahsene[47] ile tahalluktan[48] ibârettir".[49] According to this definition, "edeb" has been described as the good morality and the liked, well-regarded nature, nature that people have in relation to each other when they live together. As can be seen, this definition of "adab (moral)" includes three basic features of ethics that we have identified above. According to this, âdab also aims at regulating the relations between people like ethics. It is also possible to see the attribute of relying on moral values which is the second feature of ethics in this definition of "adab". Because the definition attributes "adab" to good morality, good habits and the nature that an individual has. The definition

44 Ali Himmet Berki, İslamda Kaza Tarihi [Judgement History in Islam], AÜİFD, Vol.17, No 1, Ankara 1969, p. 162.

45 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat [Ottoman-Turkish Encyclopedic Dictionary], Aydın Kitabevi, Ankara 2007, p. 203.

46 Habits, nature, morals

47 Considered as good, liked

48 Moralism from Hulk, a nature, acquiring goodness

49 (İbni Abidin) Redd-i Muhtar ve Cevhere, Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Gül Neşriyat, Cilt 4, bila tarih, p. 431.

states the personal acceptance of moral values, which is the third feature of ethics, by expressing that individuals have the mentioned moral values. As can be seen, both concepts regulate how people should behave when interacting with other people or society, and when doing this, they ground the moral criteria and values, and Show that the people personally accepted these values. Based on this, we can say that we see the concept which is described as ethics today in the Islam-Ottoman Literature as "adab". When "edeb" and "adab", which its plural form, is adapted and attributed to a profession and art, state and behavior, it expresses the specific rules of that profession and art, the subtleties, and the religious, moral and professional principles that need to be applied in that respect.[50]

When we associate "edeb, adab" with profession of judge, we encounter the titles of Edebü'l Kâdî and/or Edebu'l-Kadâ, which have been processed in the Islamic literature for centuries. Although Edeb'ül Kadı expresses, in narrow sense, the rules that judges must obey and the good behaviors expected from the judges, it became in time within Islam Law Literature as a special science discipline that examines the issues related to kadi, procedural law and Judiciary.[51] Within Edeb'ül Kadı, the issues related to private life, personal relations and official duties of the judges including personality, his relations with the people, words and behaviors, apparel[52] have been handled in a guiding and regulatory manner and a specific tradition has been tried to be developed.[53] Because the personality

50 Abdülaziz Bayındır, âdâb, İA, Cilt 1, p. 334, 1998.

51 Salim Öğüt, Edebü'l-Kadî, İA, vol. 10, p.408 et seq. Of course, the formation of this science branch is not different from that of the fiqh; Öğüt, p. 409. For the example of fiqh books in procedural law field see. İbid; Şahban Yıldırımer, İslam Hukukunda Yargıç Etiği [Judiciary Ethics in Islamic Law], e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, www.e-sarkiyat.com No VIII, 2012, p. 34.

52 In the Ottoman Empire, kadis were allocated special clothes,
Osmanlı Devleti'nin de kadılara has kıyafet tahsis etmiştir, In the Hatt-ı Hümayun (The Sultan's Decree) dated 1838 (BA, HH, nr. 24176) the offcial clothing of kadis were described as "telli imame(imamah)" and "ferace",
İlber Ortaylı, Osmanlı'da Kadı [Kadi in the Ottoman], vol. 24, p. 73, 2001.

53 For example, it is possible to find information about not only the qualifications of the judges but also how their apparel should be; Yıldırımer, p. 34.

and private life of the judge directly affects the success of judgment and the respectability of the judgment given. For this reason, Islamic Law accepted that it was necessary to deal not only with the legal status of the judges but also the religious and moral rules that they should be subject to. Therefore, the heading was expressed with the Word "edeb-adab (morals)" instead of "ahkam (directives)."[54]

So, what do we need to understand from the morals of the judge, that is, the ethical principles that Ottoman Judges had to obey in relation to our subject? Referring to Hindiye, Ali haydar Efendi said that the "edeb" of kadi was "bast-ı adl, def'i-zulum, terk-i meyl ve hudûd-ı şer 'iyi muhâfaza ve cerâ alâ-süneni's-sünne gibi şer '-i şerifin mendûb kıldığı şeyi iltizamdan ibârettir".[55] In this case, according to Ottoman jurists the "adab" of kadi is that he deems the good moral acts appropriate for Islamic law to be necessary for himself such as realizing the justice, preventing unjustness and persecution, not acting in favor of one side, being impartial, and ensuring the implementation of the Islamic Law.[56]

54 Öğüt, p. 408 et seq. As can be seen, in the Islamic literature norms-ethics relationship, with today's expression, has been discussed. It has been stated that the ethical principles that can be expressed as "Âdab" should not manifest in the form of legal rules expressed as "ahkam." In our opinion, it is useful to highlight two important findings here. The first is that although the West's emphasis on judges' ethical principles has increased in recent years, in the Islamic literature, this subject has been considered important in the mentioned books for centuries. The second important point is that the Ottoman State put into practice the practical implementations of the West in 21st century in order to turn ethics into legal norms in 19th century with the above-mentioned heading in Mecelle; Nasi Aslan, İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri [Judicial Ethics and Priciples in İslamic Law], Karahan Kitabevi Adana 2014, p. 143.

55 Ali Haydar Efendi, p. 431.

56 In Article 4.3. of Bangalore Principles of Ethics, it is stated that; "A judge shall, in his or her personal relations with individual members of the legal profession who practise regularly in the judge's court, avoid situations which might reasonably give rise to the suspicion or appearance of favouritism or partiality." It is obvious that acting to create or doubt a preception that he is in favour of one side cannot be accepted as an ethical behavior. This example shows us that the attitudes and bevaviors that was stated as the "edeb-adab" of kadi are the same attitudes and behaviors that are included in the present principles of ethics that must be obeyed by the judges.

As can be seen, the "adab" of the judges of the Ottoman jurists includes the features and elements of the principles of professional ethics and the legal ethics of the present day. "Being accepted and approved by those who are carrying out the relevant profession", which is the feature of both ethics and professional ethics is stated in the mentioned definition as well. Because, in the description of the Ottoman jurists, some moral values must be considered by the judge to be necessary for him. In other words, as expected from today's ethics, the judge must personally accept the values mentioned.[57]

We have stated that the principles of professional ethics a collection of values that direct the behaviors in the professional life. The definition of Ottoman jurists contains values that indicate what kind of behavior the judge can do or cannot do while performing his profession. According to the definition, these values, which must be deemed by the judges for necessary for themselves, are the principles that will provide the supremacy of law such as realizing the justice, preventing unjustness and persecution, being impartial, ensuring the implementation of Law. This element of definition is in parallel with the definition of legal ethics of the present age. Because, as in the definition, legal ethics[58] also contains moral values that are necessary to ensure justice and the supremacy of law in the implementation, maintain control of legal rules.

57 The control of judges' acceptance of these moral principles is left to their own conscience. This is a good example of the spiritual and earthly character of Islamic law. An injustice to be carried out in this world will face sanctions both in this world and in the hereafter. However, it is stated that for a Muslim, the sanction in the hereafter is more effective than the material sanctions. Based on this principle, Hz. Omer advised judges to consider their conscience as a supervisory authority before the fear of central authority for justice decisions. Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku [Islamic Constitution Law], (Trans. By Fahrettin Atar) ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y) 1995, p. 319-320; Yıldırımer, p. 35.

58 Can Tuncay, p. 1; For the view arguing that another definition of ethics of law is related to the compliance and law and the implementation of law with the requirements of justice, See Gülriz Uygur, Hukuk Etiğine Giriş[Introduction to the Ethics of Law].

It should be mentioned that these values were included not only in Ottoman literature but also in practice. For example, as stated in the literature[59] the "naib"(proxy kadi) of district of Radoviste had been dismissed because of his behaviors against "adab-ı ubudiyet"(professional ethics) in 1321 according to Hijri Calendar.[60] In another archive document dated Hijri 1234, which is another example, the case was explained as follows: Shaykh al-islam Mustafa Asım Efendi wanted to pay the debts to the debtees that Selim Efendizade Mustafa Nafiz Efendi who were the former Kadi of Edirne, had been sentenced to pay in installments of 500 "kuruş" per month. However, it was rejected, for encouraging the judge to act against "menafi-i edeb"(common moral values) and his earning from the allocated lands was allocated for the payment of his debts(400 kurush for his family and 500 kurush for the debtees) and he was relocated to Keşan.[61] As can be seen, a person who had been serving as a judge had been punished because of his unethical behaviors and his debts had been re-structured.

We have stated that another feature of principles of professional ethics is that these principles determine what kind of behaviors the professionals can do or cannot do just for carrying out their profession. According to this, the mentioned section of Mecelle listed the attitudes and behaviors that judges had to do or could not do just for being judges in order to ensure the supremacy of law and justice. As stated above, the crucial point here that the attitudes and behaviors that the judges are expected not to do are normally not contrary to law, morals and customs, even can be encouraged. In accordance with the casuistic method, Mecelle has set out the ethical principles that judges must obey, based on concrete examples. These articles

59 Ali Himmet Berki, states that if a judge that was warned for having acted unethically continued acting the same bevaviors, he could be dismissed ; Berki, p. 162; Yıldırımer, p. 44.

60 For the document dated Hijri 26/M/1312 See BOA, Y. PRK. MŞ, Dosya No: 5, Gömlek No: 60.

61 For the document dated Hijri, 22/Ş/1234, see. BOA, C..ADL, Dosya No: 25, Gömlek No: 1481.

stating the acts and behaviors that judges must avoid and deem necessary for themselves should be examined in detail.[62]

Avoiding Acts and Movements That Will Affect the Dignity of the Hearing

If the Article numbers in Mecelle is followed, the first concrete principle of ethics that the judges of the Ottoman State had to obey was "to avoid acts and movements that will affect the dignity of the hearing." The rule for the judges not to act and behave in a way that will affect the dignity of the hearing was expressed in Article 1795 of Mecelle in Ottoman Turkish as follows: "Hâkim; meclis-i muhâkemede alış veriş ve mulâtafe gibi mehâbet-i meclisi izale edecek ef'al ve harekâtdan içtinâp etmelidir." Cengiz İlhan translated this rule in into present Turkish language as

62 Commentaries were used to examine the provisions in Mecelle in detail. In this context the commentary called ""Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm" should be particularly mentioned. In this commentary the author of which is Ali Haydar Efendi, who was president of the Ottoman appeal court, Fetva Emini(head of the department responsible for Fatwas), Istanbul Law Faculty Mecelle Teaching Member and Minister of Justice, all articles are explained in the classical legal commentary system, and all fiqh books, fatwa publications and epistles from which the religious rules are taken are stated. Shari'i provisions on the different legal issues that are mentioned in respected religious books are stated in this commentary; controversial issues have been discussed, and it has been stated which opinion should be preferred or is preferred. In rare cases, the author tried to solve the problems himself that he had not found any shari'i information on. Mahmesani, one of the contemporary Islamic jurists, expresses his opinion regarding this work as follows:" In this commentary, there are sources of all rules and their shari'i evidence". Ali Haydar Efendi, II, 397; Ahmet Akgündüz, "Dürerü'l- Hükkâm", DİA, İstanbul, 1994, X, 28-29; Mustafa Baktır, "Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Ahmet Cevdet Paşa [General Provisions of Mecelle and Ahmet Cevdet Pasha]", Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1997, p. 320; for other commentary studies on Mecelle see Mehmet Malkoç, Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle ile İlgili Bibliyografik Çalışma(Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) [Mecelle With the Main Lines and a Bibliographic Study on Mecelle(Unpublished Master Thesis)] , SAÜSBE, Sakarya, 2001, p. 80-96. Ali Aslan Topçuoğlu, "Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendinin Hayatı Ve Hukukçuluğu[Life of Mecelle Commentator Ali Haydar Efenci and his Characteristics as a Jurist]", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, S. 339. This study is a very valuable source about the implementation of Hanafi Fiqh, Ahmed Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı [Comparative Islam and Ottoman Law Collection], Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Diyarbakır 1986, p 367; www.ekrembugraekinci.com e.t. 02/04/2016

follows: "Judge should avoid acts and behaviors that may affect the dignity of hearing during the hearing."[63] Another translation is as follows: "Judge should avoid acts and behaviors in the hearing such as trading and joke that may harm the dignity of the assembly." Atilla pınar translated this provisions into present Turkish as follows: "The judge should avoid the acts and movements such as trading and joking during the hearing that will overshadow the greatness of the court."[64]

This provisions makes reference to the conscientious control that should be had within the ethics and the morals of the judges. In other words, the provision has not been written directly as a prohibitive and imperative manner. It is stated in the article that "he should avoid". It has not been written in an imperative manner like "He cannot make the……..behaviors". Thus, the provision determines the acts that the judge should not make, and leaves the control of this to the conscience of the judge. Thus, the provision implies that those who want to carry out judge profession must be the persons that have accepted that they should not make these behaviors.

When the rationale of the provision is considered, it will concluded that the behaviors that the judges should pay attention are tried to be explained. Judging from the rationale of the judiciary, the judges attempted to specify the actions that they should take care of during the hearing. Judges should not disrespect the dignity or reputation (in Ottoman Turkish "mehabet") of the hearing. Mehabet is described in dictionary as "Greatness, modesty, horror, great looking".[65] Norm, attributes to the hearing itself a reputation, respectability, modesty, glory, greatness. The judges should act in accordance with this glory and greatness. Norm also gives examples of behaviors that can harm the reputation. In this context giving or receiving an object that is not related to the case, making jokes are stated as examples of the behaviors that harm the reputation.

63 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle(Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) in Present Turkish], Yetkin Yayınları, Abkara 2011, p.569

64 Pınar, Hakimin Adabı[Morals of the Judge], p. 340.

65 Devellioğlu, p. 602.

In the Commentary of Al Haydar Efendi, it is stated that the religious ground of Article 1795 is the behaviors that Khalifa Omar determined as the conditions that must be obeyed when appointing Sureyh as kadi. Khalifa Omar stipulated that Sureyh should not engage in trading and not take bribes.[66] It can be said that the source of why trading is prohibited in the Islamic Law is the mentioned event. The members of Hanafi sect adapted this principle, for the salary of the judges was high[67] and therefore they were not in need of earning money by trading.[68] Although it was stated that trading was prohibited during the hearing, Ottoman Jurists stated that this ban was valid not only during the hearing but also the Daily life.[69] In fact, this issue must be treated so sensitively that when a judge need to make trading, he must assign a reliable person as assignee for himself and that assignee should not know that he was the assignee of the judge.[70] Because, if the assignee knows that he is the assignee of the judge, he will have the possibility to buy the thing cheaper than the market price and to sell the thing more expensive than the market price. However, it was not considered incorrect for a judge to conduct trading in a manner that obligates the two parties in a proper manner outside the hearing.[71] Considering this, it can be stated that the ethical principles in Ottoman law vary according to whether

66 Fethu'l-Kadîr, Ali Haydar Efendi, p. 431.

67 According to a study, the salary allocated to Surey by Khalifa Omar was equal to the salary of a member of high court of appeal of Turkey in a certain period; Erk, H. Basri, Adalet Edebiyatı Antolojisi, (m.y.) (t.y.) (y.y.), p. 121 cited in Yıldırımer, p. 43.

68 Yıldırımer, p. 45.

69 In fact, the rule not behaving in a way that will harm the dignity of the assembly that is expected from the judges is valid for all public officers according to the Ottoman Islamic Law culture. For example, it is stated in the boks of Maverdi that public officers should avoid the behaviors that are not perceived as appropriate to being a public officer; İsa Akalın, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı [Understanding of Public Ethics in Turkish-Islamic Intellectual History] El-Mâverdî Örneği, Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009,p. 168

70 Ali Haydar Efendi, p. 431.

71 Feth ve mecme 'u'l-enhur ve velvâliciyye, Ali Haydar Efendi, p. 431.

or not the ruler is at the stand of the court. Hence, although trading was considered as an act that should not be carried out while the judge is at the stand, it was stated that it was not against to the law even though it was not approbated.[72]

Trading (obtaining something or giving something) is prohibited by the rule for the judge "for himself";[73] making trading as a requirement of his profession is in compliance with the law because a judge is authorized to buy goods for orphans or have the possessions of a debtor sold.

Another behavior that is mentioned in the Article which harm the greatness of the court is joking around. Ottoman jurists could not agree on where and when joking around was appropriate. For example, according to Ali Haydar Efendi, joking around is an act that should not be done not only during the hearing but also in daily life. Because joking around was considered as an act that could harm the greatness of the judge that was perceived by the community.[74] Halebi, on the other hand, emphasis that joking around is an act that should be avoided only during the hearing, and judge should avoid not only joking around with the parties but also with anybody.[75] Judge should be dignified and respectful by avoiding humor and joking around and should not speak to the both side on any subject except the case because behaviors such as joking harms the greatness of the court.[76] The important point here is that normally joking around with

72 Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi (ö. 1097), Mebsût, Editor: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, C. XVI, 77.

73 İbrahim Halebi, Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, commentated by Mehmed Mevkufati, translated by Ahmed Davudoğlu, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980, p. 98.

74 Dürr-i Müntekâ, Ali Haydar, p. 431.

75 Halebi, 2/98; Atar, Kadı, p. 69.

76 Zeylai, Ali Haydar Efendi, p. 432.

somebody is a behavior that is allowed by fiqh[77] however, if the person is a judge, this permission is not valid for him.

Ali Haydar Efendi broadly interprets this article, and states that the judge must make a decision by sitting, and there should be people with legal knowledge when he makes decision.[78] The underlying reason for this is that judge Show respect his jurisdiction by sitting. There was no objection to the judge's making decision when standing up to something. It was thought that the judge can make his decisions more comfortable when sitting or standing up to something. However, it was stated that the judge should not make decisions when walking, for it could be more difficult to focus and make healthy decisions.

---

77 There is a hadith in this regard. Mohammad the prophet said that"
Peygamber Efendimiz " O Allah, I take refuge in You from anxiety and sorrow", and he laughed and made jokes when necessary.
An old woman said to Mohammad the Prophet that " Please pray God to let me in heaven". Mohammad the Prophet said " Old women cannot enter heaven", and the old woman got sad and started to cry fors he supposed that she would never be let in the heaven. Realizing the sadness of the women he said "Old woman will not enter the heaven as an old woman. The god will re-create her and she will enter the heaven as a young virgin" and said the following verse of Koran:" Indeed, We have produced the women of Paradise in a [new] creation. And made them virgins, Devoted [to their husbands] and of equal age, For the companions of the right [who are]."(Al-Waqi'ah: 56/35-38
Khalifa Ali who had known for being humorist and wit among the companions of MOhammad the prophet said :" Relax your soul from time to time because if the soul is forced, it will become blind."
There are some limits for joke, humor:
Humor should be like salt in the life of a person: he should not spend all his time in this.
b) Nobody should be ridiculed, nobody'will be subject to humor or joke (eal-Hujurat: 49/11).
c) Nobody can liet o make someone laugh.
"It is a shame for one who lies to maket he ones aroud him."35 33. Ebû-Dâvûd, K. el-Vitr, 32; Buhârî, K. el-Cihâd, 74.
34. Tirmizî (In Şemâil)
35. Tirmizî, K. ez-Zühd, 10; Ebû-Dâvûd, K. el-Edeb, 80 http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/helalharam/0129.htm 09.04.2016.

78 Ali Haydar Efendi, p. 432.

Both the contemporary Islamic jurists and the Ottoman jurists have also stated that this article also expresses that the judge should not be alone during the trial.[79] Because that the judge is alone while making decision may incriminate him. The reasoning that the judge should not be alone is based on the following cases: Based on the historical facts that Khalifa Osman made judgement when there were at least four persons with him and Khalifa Abu Bakr had Khalifa Omar, Khalifa Osman and Khalifa Ali when making judgement, it was stated that the judge should not be alone during the hearing.[80]

So, who are the persons who should be with the Judge during the hearing? Ali Haydar Efendi expresses that the judge's clerk, bailiff, doorman, witnesses and Sami should be present during the hearing. The clerks should be familiar with the proceeding procedure, and should record the claims and statements in accordance with the procedure. They must sit where the judge has indicated so that he does not attempt to take gifts. Bailiffs should be present at the trial in order to prevent two sides from speaking unnecessarily, meaninglessly and uselessly and acting contrary to rules of morals; because such behaviors harm the greatness of the judge and the court. However, bailiffs should stay away from the judge, not near him. Because the presence of these officers is for the greatness of the proceeding and their standing away increases.[81] All this indicates that the judge should decide publicly; Article 1815 expresses this clearly. When the judge decides, it was considered important that the parties and persons other than himself should be present at the hearing. One of the important points is that all of the officers who are mentioned have a duty, and aim of this duty is to ensure reaching a fair and impartial judgement. In order such judgements are made, the officers must perform their duties in a way to strengthen the greatness of the court. When the Ottoman tradition in the classical period is considered, it can be seen that there was always witnesses during hearings. These persons were elected among the prominent people of the district and the number could be five, six or more. However, they could not be involved in the functioning of the court and in any way;

79 Aslan, p. 49; Fethul Kadir, Ali Haydar Efendi, p. 432.

80 Fethul Kadir, Ali Haydar Efendi, p. 432; Aslan, p. 50.

81 Zeylai, Ali Haydar Efendi, p. 432.

they only indirectly influenced the judge to make fair decisions by their presence.[82] These persons witnessed how the trial was carried out, not the legal disputed brought to trial.[83] These people also protect the judges from being incriminated by not leaving him alone.[84]

This article in the Code is broadly interpreted by Ali Haydar Efendi, and he states that it gives idea about the garment of the judge. According to this, the judge should wear beautiful clothes during the proceedings. It is thought that wearing Filthy, tacky dresses will harm his greatness.[85] Contemporary Islamic jurists still support this idea.[86] It is stated in the paragraph 6 under the Islamic Law heading of the Commentary on Bangalore Principles of Ethical Conduct that the judge should present himself in a manner that will attract the respect of others, including the apparel.

As mentioned above, the point protected by Mecelle through the provision is the greatness of the court. It is emphasized that the behaviors that may harm the greatness of both the judge and the court should be avoided by the judge, as well. We can say that there is no direct ruling on the greatness of the court in Bangalore Ethical Principles. However, when explaining the principles on the Professional behaviors some principles call attention to that the correctness and consistency of the judge serve for the visibility. For example, it is stated in Article 3.1 that the judge must be in a manner in terms of professional conduct that does not cause any reprehension in a person who is reasonable capable of thinking. In other

82 Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, p. 181; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi [Turkish Law History], İstanbul 1999, p. 84-85; Hasan Tahsin Fendoğlu, "[Kadi (Judgeship) Institution in the Ottoman State and the Independence of Judiciary]", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, p. 465.

83 It must be said that Nasi Aslan has a different point of view on this issue. According to him, the rationale of having witnesses at the trial is not just not leaving the judge alone but also the necessity to have intellectual people present during the trial in order the judge to consult with, Nasi Aslan, İslam Yargılama Hukukunda Jüri /Şuhudul Hal [Jury / "Şuhudul" State in Islamic Jurisprudence Law], beyan yayınları, İstanbul 1999.)

84 Aslan, p. 50.

85 HANİYE, Ali Haydar Efendi, p. 432.

86 Atar, Kadı[Kadi], p. 69.

words, it is stated that the judge's state and behaviors should be reasonable. Article 3.2 of the above-mentioned principles states that the manner and conduct of the judge must be reinforcing the belief in the correctness and consistency of the judgment: What is important is not just ensuring that justice is realized in real terms but also ensuring that this realization should be achieved through the appearance. In addition, an indirect reference is made to the greatness of the judiciary by stating that the judge should protect the freedom of expression, belief, association and assembly, the honor of the judge profession, independence and impartiality of judiciary. Similarly, it is stated in Article 4.11.4 that the judge can participate in other activities on condition that this participation does not harm the honor of the judge position and does not prevent him from his judicial task. In addition, Article 6.7 expresses this provision in Mecelle in a general was today by stating that "The judge cannot be involved in behaviors that are incompatible with his judicial duties." We can say that the example in Mecelle is actually more useful in terms of implementation.

It can be said that the greatness of the court is made reference to under "Islamic Law" heading that is appendix of Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct. Article 4 of the Commentary emphasizes the greatness of the court that is also emphasized in Mecelle by stating "A court is a place for seriousness, dignity and reputability and not a place for meaningless behaviors, long-lasting conversations and bad attitudes." Article 3 of the Commentary states that the judge should avoid making jokes with the people during the trial and make them laugh irrespective of whether they are his close friends or not. Therefore, joking is accepted as a non-ethical behavior by contemporary Islamic jurists. In "Edebü'l Kadı"[87]

87 This book of Abu Bakr al-Hassaf (Death: 875 AC), which was a Hanafi Canonist, on Islamic Judicial procedure is the most popular and oldest book on this issue that have reached to present time. This book which is a collection of the rules and prodecures that should be complied with during the proceedings, was organized as 120 parts. These parts can be listed as duties of kadi, oath, bail, complaint, imprisonment, interdiction, follow-up of debtors, pretension, coorespondence with kadis, testament, proxy, paternity and proof of debts, termination of the contract due to defective goods or services, preemption, appointment of arbitrator, cognizance, judgment of non-Muslims, inheritance sharing, marriage, alimony and testimony, Abdülvehhab Öztürk, EDEBÜ'L-Kâdî, İA, Cilt 10, p. 410.

which is the book of Abu Bakr Ahmad bin Es-Seybani al-Hassaf (Abu Bakr al-Hassaf) to whom reference is made under the Islamic Law heading in the Commentary on Bangalore Principles of Ethics, it is stated that the judge should not make jokes with and laugh at the parties of the case.

Based on this provision, we can conclude that the Ottoman state attributed a respectability to the judiciary and this respectability should not be damaged by anybody, including the judge. The events that may damage the respectability of the trial was stated as trading and joking, however Ottoman jurists also considered not being alone at the trial, making decisions when sitting and wearing suitable clothes in this context. In addition, we can stated that principles of ethics in the Ottoman Law varied according to whether the judge was at the stand or not.

Not Accepting Gifts

Another ethical behavior that the ottoman judges were expected to obey was not accepting gifts. This provision was stated in Article 1796 of Mecelle as follows: "Judge does not accept gifts from any of the rivals".

This provision is translated into present Turkish as "Judge does not accept gifts from any of the both parties"[88] and as " Judge does not accepts gifts from any of the parties of the case".[89] The provision is clear; it is stated that no gifts can be accepted from any of the two parties of the case. In fact, gift giving is a form of relationship that is recommended in Fiqh.[90] Even, it is known that gift giving is a Sunnah. However gift giving is not considered appropriate for the officers, especially for the judges. Because it the judge accepts gifts, he may sympathize with the party giving the gift.

88 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle(Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) in Present Turkish], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.569

89 Yusuf Sancak, Emre Kıyak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 22, No: 2, Konya 2014, p. 59.

90 Two hadith on this issue as follws: (Honor an invitation, do not reject the gift!) [Buhari] ((The gift is a beautiful rite sent by Allah. Accept the gift and give a more beautiful gift in return!) [H.Tirmizi]

Gift is described as "an object given gratuitously as a sign of love and friendship or as a result of social rules among the people".[91] Article 834 of Mecelle describes gift as "any good that is taken to or sent to somebody as a treat"[92] and as a type of grant. However it should be stated that grant has a wider meaning than gift; because although every gift can be a grant, there are aids and donations with religious purpose which are not considered as gift and can be considered as grant.[93]

According to the Ottoman jurists, the gift is divided into 4 sections. The first section is the gift that is halal for both sides. The gifts given to each other by individuals that are not judges or civil servants are considered in this scope. It is expressed that the judge cannot even accept this gift because it is considered as a bribe. The second section is the gifts which are forbidden (haram) on both sides. The gift given to the judge to direct him to make an unfair decision is an example of this. The third section is the gifts that are only forbidden for the receiving party. This is exemplified by the gift giving of someone to convince the person that does injustice against him to give up this injustice act. The fourth section is the gift given by someone due to the fear of harm to his life or property. Giving this gift is considered as halal, but receiving this kind of gift is considered as haram. It is stated that the judges cannot accept gifts in any way including the gifts classified under first section.[94]

There are many examples in the hadiths, the second major source of Islamic law, that the civil servant should not receive gifts. The following hadiths state this : "Receiving gifts by public officer is betrayal",[95] "How can a public officer appointed by me cay that it is given to him as a gift! He must have considered whether it would have been given to him as a

91 Ali Bardakoğlu, Hediye[Gift], DİA, XVII, p. 151 et seq.

92 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle(Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) in Present Turkish], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.256

93 Bardakoğlu, p. 151.

94 Ali Haydar Efendi, p. 433; Mülteka 2/98; SERAHSİ, C. XVI, 82.

95 Ahmed b. Hanbel, IV, 424; Telhîsü'l-Habîr, IV, 189; Mecmaü'z-Zevâid, IV, 200; www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016.

gift, if he had lived at his father's or mother's house!"[96], "Receiving gifts by administrators is equal to stealing the state property.[97,98] These provisions were strictly observed in the first period applications of Islamic law. In parallel to this, Khalifa Omar notices that a person apointed by him as a public officer brings many gifts and asks him where he received those gifts from. After learning that the objects were the gifts received by the public officer, Khalifa Omar instructed to transfer the gifts to state treasury.[99] According to the definition in Mecelle, the person who has the authority to solve the hostility between people and the case according to the provisions in force, that is the judge, has not such a right.[100] Ottoman jurists also agree that the judge will not accept gifts in any way except for a few exceptions.

96 Buhari, Ali Haydar Efendi, p. 433.

97 Ahmed b. Hanbel, Müsned, V/424 cited in Aslan, p. 51.

98 Vehbe ez-Zühay!î, el-Fıkhu'l-İslâmî fî Üslûbi hi'I-Cedîd, II, 594; Bedâyiu's-Sanâi, VII, 9; Fethu'l-Kadîr, V, 497; Lübâb, IV, 81. www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016.

99 There are also other hadiths about the transfer of the gifts received by the public officers to the state. Adiyy b. Amîre el-Kindî' states that Mohammad the Propthet had said: "People! If one of you is appointed to deal with the works of the state and hide even a needle or smaller thing, what he hides will be a fetter for him. This person will come to the presence of God with this fetter. (Ravi continues speaking): Someone from Ansar stood and said: I can now see that man. You the messenger of the God, please take back the task you gave me. Modahhad the Prophet sait to him: Why did you say this? He said he had heard what the prophet was saying. Mohammad the Prophet said: I repeat what I have said. Those who are appointed by us should bring the things they receive from the people to the state, irrespective of wherher they are a few or a lot. They just receive what we give them for their duty. They do not receive the things that are forbidden to be received". Ahmed b. Hanbel IV, 192. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi [Sunen-i Ebu Davud Translation and Commentary], Şamil Yayınevi: 13/160-161, www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016

100 If the judge takes a gift, there is two options be implemented. If the person who has given the gift is known, according to Articles 890 and 891 of Mecelle the implementation will be made as follows: The gift will be considered as an extorted good. If the good is at the same condition, it will be returned to the owner. If it is not, its monetary value will be paid to the owner. If the owner is unknown or it is not possible to return it to the owner, it should be recorded as state property. Feth ve İnaye[Feth and Inaye], Ali Haydar Efendi, p. 434; Nasi Aslan, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri [Ethics of Judiciary in Islamic Law and its principles], Karahan Kitabevi, Adana 2014, p. 52.

The exceptional circumstances in which the judge may receive a gift are expressed as follows.[101] The first exception is that a judge accepts a gift only from someone who is senior in rank and who has appointed him as the judge. For example, when a kadi appoints proxy kadis in districts within his territory, the proxy kadis can accept gifts from the kadi.[102] The second exception is when the judge has received a gift from his relatives on condition that they do not have an ongoing case at the court. The evidence of this in the fiqh is that it he rejects the gift, it may be perceived by the relatives that the judges would like to severe his relationship with them.[103] The third exemption is that the judge can accept the reasonable gifts from those who were friends of the judge before he became a judge and with whom the judge gave and receive gifts on condition that they do not have an ongoing case at the court. The reason for allowing the acceptance of this gift or not considering is as a bribe is that this gift giving is a traditional habit. Here, it is obvious that this gift is not related to the judge's profession. However, the gift must be an ordinary object. If it is not considered as an ordinary gift, it must be returned. If the part of the gift exceeding the ordinary cannot be returned, then the gift must be returned as a whole. For example, if it was usual to give a linen dress

101 Halebi, s. 98; Hukuk-i İslâmiyye Kamusu, VIII, 220. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi [Sunen-i Abu Davud Translation and Commentary], Şamil Yayınevi: 13/161; www.enfal.de/ebudavud e.t.: 10.04.2016; Ali Haydar Efendi, p. 434; Saffet Köse, İslam Hukukuna göre rüşvet suçu ve cezası [Bribery and Its Punishment According to Islamic law], İHAD, 11, p. 158, 159; Aslan, p. 51, 52.

102 Article 1805 of Mecelle states that it is possible to commission it in this way. Article 1805- If it is allowed, the judge can authorize someone ("naip") to represent him and dismiss him. If the hjudge is not allowed to do it, he cannot authorize anybody. If the judge is dismissed or dies, the duty of the person who is authrized by the judge does not end. If the judge of a district dies, the person who is authorized by the judge can rulet he cases until a new judge comes there.
"Article 1805.- Hâkim eğer nasp ve azl-i naibe mezun ise diğer kimseyi kendisine naip nasb ve anı azl edebilir; değilse edemez; ve kendisinin ma'zul ya fevt olması ile naibi naibi mün'azil olmaz. (See Article 1460). Binaenaleyh bir kazanın hâkimi vefat ettik de yerine diğer hâkim gelinceye dek ol kazada vuku' bulan dâ'vayı hâkimi müteveffanın naibi istima' ve hüküm verebilir."

103 Mecme 'u'l-enhur, Ali Haydar Efendi, p. 434.

to the judge before he became a judge and if a silk dress is given to him as a gift, then the judge should return the silk dress as a whole. As it can be seen, the situations in which judges can accept gifts are subject to very strict conditions. The first condition is that everyone cannot give a gift. The second condition is the continuity in this matter. The beginning of this continuity should correspond to the period before the judge was appointed as a judge. Another condition is that the gift given should be similar to the gifts that was given earlier. Finally, the people that gave the gift should not have an ongoing case at the court.

The term "hasmeyn" that is "the parties" is broadly interpreted by Ali Haydar Efendi. According to the author, this term should be interpreted as "those who do not have ongoing cases at the court" not the persons that are parties of the case. Because, according to him, it is forbidden for the judge to receive a gift no matter who gives.[104] In our opinion, Ali Haydar Efendi interprets the provision of the law too broadly. In our opinion, if the aim had been not to allow judges to receive gifts in any way, it could have been expressed in this way in the law.

The term "gift" in the article can also be interpreted widely. Since the word "gift" is used in the sentence, it should not be interpreted that the judge can borrow or lend the goods or Money, or buy or sell the goods. This subject has already been explained when Article 1795 was being examined; it was emphasized that the judge can perform these activities only in certain conditions. In our opinion, the amount of the gift and its economic value are not criteria. Because an object that is very unworthy in economic terms can be very valuable to the judge spiritually, and it can affect the judge when making decision.

The relationship between bribery and gift is one of the fundamental problems that have been dwelled on since the early days of Islamic law. Some of the Islamic lawyers have considered the gift given to the public officer the same as bribery. Omar bin Abdulaziz emphasized that there

104 Ali Haydar Efendi, p. 433; Indeed, it is narrated that Khalifa Omar b. Abdilaziz didn't accept the apple presented to him as a gift and he only ate the apple only after one of his relatives bought that apple and gave him as a gift; Köse, Rüşvet[Bribery], p. 158-159.

was no difference between the gift a public officer received and bribery by stating that " Gift used to be a "gift" in Mohammad the prophet's age, now it is bribe".[105] In the time of the Prophet, giving a gift to someone was not for an expectation of any unauthorized legitimacy, and the intention was only to reinforce love and fondness. Then this situation changed and the one giving the gift started to give the gifts with the aim to obtain an illegitimate interest from the other side; this means bribery.[106] By making reference to Cilâ'ül-Kulûb, li'l-Birgivî, Ali Haydar Efendi states that "Esdika ve mu 'ârifin başkasından hediyye câiz değildir. Zîrâ hediyye-i mezkûre rüşvet-i mesturedir".[107] In present Turkish, it argues that gift is a secret, covered bribery. In fact, camouflaging the bribe as if it was a gift is an example of "fraus legi facta" that means trying to obtain the results or interests that are not legally allowed by hiding the real aim under a legal provision.[108]

Although bribe is not mentioned in the article, it is stated that the bribe should be evaluated within the scope of this article. The main factor that distinguishes gift and bribe from each other is the presence of interest expectancy.[109] It can be stated that the main element that separates the bribe from the gift is the aim. Bribe was described as an object given with an expectation, gift was described as an object given without any expectation.[110] Bribery is forbidden by both the Qur'an and Hadith that are among the primary sources of Islamic law.[111] In our opinion, bribery is

105 Reddi Muhtar and Fethül Kadir, Ali Haydar Efendi, p. 433; Buhârî, "Hibe", 17; Husâmü~~ehîd, p. 88; Köse, p. 157; Aslan, p. 50.

106 Köse, Rüşvet[Bribery], p. 157.

107 Ali Haydar Efendi de, Cilâ'ül-Kulûb, li'l-Birgivî, p. 433.

108 Köse, Rüşvet[Bribery], p. 156.

109 Köse, Rüşvet[Bribery], p. 158.

110 Ali HaydarEfendi, p. 434, 435.

111 With the verse "And do not eat up your property among yourselves for vanities (Al-Bakarah 188)" it is forbidden to obtain property unjustly through the ways other than Allah has legitimated. With the statement "do not send it [in bribery] to the rulers in order that [they might aid] you [to] consume a portion of the wealth of the people in sin, while you know [it is unlawful].", the bribery is emphasized ; Köse, Rüşvet [Bribery], p. 145.

beyond the ethical breach, and is subject to the criminal law. Thus, it took its place in the Islam-Ottoman criminal law.[112]

When the implementation during the Ottoman Period is examined, it is possible to see that it was not allowed to receive gifts from the rajah. In 1207 in Hijri calendar, a document was sent to Vidin and Silisre guards and kadis stating that it was not allowed to receive gifst from the rayah

112 It is possible to see that the bribery is a crime in the Penal Code of Tarik-i Ilmiyye dated 1838. According to this, if a person gives bribes after being appointed to the prominent people in the region such as governor, voivode, mütesellim and demarch under the name "gift" expecting to receive their help in the future, and then tries to receive the price of the gifts from the rayah that apply to the court, the judge will be punished. Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu [Kadi Institution during the proclamation of the Tanzimat in the Ottoman Empire and the Penal Code of Tarik-i Ilmiyye dated 1838]," AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Ankara, 1983, p. 145, 146. According to the mentioned law, there is no obstacle to the receipt of small gifts and gratuities that do not constitute harm to the public order. Erdoğan Keleş, "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler [Regulations for the prevention of bribery in the Tanzimat Period]" (1839-1858), p. 261. There are also reports of bribery in the classical period. Anatolian second lieutenants made complaint to the Sultan about "Kadiasker" Damad Muhyiddin Efendi" claiming that he took bribe, looked down on the poor ulema, sold the kadi positions for big amount of Money and they were changed many times in a year. They also asked the Sultana to provide help for Ahizade Abdulhalim Efendi to be appointed as kadiasker. They also came to "divan" (council of ministers), explained their complaints and had Damad Efendi dismissed;; Tarih-i Selânikî, C.II, p. 826-827 cited in Yasemin Beyazıt, Osmanlı İlmiyye Tarkîkinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi(XVI. Yüzyıl[Employment and Movement in the Ottoman Ilmiyye Tarîk: An Analysis on "Ruznamçe"s of Rumeli Kadıasker(XVI. Century)], Ankara Üniversitesi,, SBE, Doktora tezi, Ankara 2009, p. 159; Melikşah Aydın, "İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlerin Hediye Almaları Ve Davetlere Katılmaları Hususu Ve Günümüz Modern Hukukla Karşılaştırılması [Consideration of Judges' Participation in Invitations and Receiving Gifts in Islam and Ottoman Law and Comparison with the Modern Law]" Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 2016, Yayımlanmamış Tebliğ, p. 10. According to some jurists, judges should be deemed as having taken bribe because of the objects received by the officers that controls the entrance and exit to/from the court; Ömer Düzbakır, İslâ-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler [Bribery in Islamic-Ottoman Criminal Law and the Examples in Bursa Criminal Court Records], e-Journal of New World Sciences Academy 2008, Volume: 3, Number: 3, 2007, s. 535.

by public officers.[113] In addition, in 1274 in Hijri calendar, it was decided to prosecute a complaint in the Assembly that was claiming that Erzurum Naib (Proxy kadi) make an unfair decision against a woman, whose name was penbe, by receiving bribe.[114]

With the provision "A judge and members of the judge's family, shall neither ask for, nor accept, any gift, bequest, loan or favor in relation to anything done or to be done or omitted to be done by the judge in connection with the performance of judicial duties." In article 4.14 of Bangalore Principle of Ethics on Judicial Conduct is similar to this article. Gift giving was explained in more detailed under Islamic Law heading in Commentary of the mentioned principle. According to this, "A judge cannot be allowed to accept a gift. All kinds of benefits that a judge can accept from another person within the jurisdiction of authority should to be regarded as gifts in the same way." It should be noticed that what is to be regarded as a gift has been explained in more detail in this provision. In this context, not only an object or article should be considered as a gift; all aspects of the benefits should be considered within this scope.

Both Islamic law and the Bangalore principles have allowed the judge to receive gifts in certain circumstances. Bangalore principles states that subject to law and to any legal requirements of public disclosure, a judge may receive a token gift, award or benefit as appropriate to the occasion on which it is made provided that such gift, award or benefit might not reasonably be perceived as intended to influence the judge in the performance of judicial duties or otherwise give rise to an appearance of partiality. In this case, there is a difference between the limitations brought by Islamic law and the restrictions there. Firstly, it is emphasized in Bangalore Principles that the gift to be given should be something that is considered as a token. In Islamic law, gifts that are customary may not be token. The point that Islamic law is paying attention to here is that the gift has been given before and it is a custom. The second difference is that

113 For the document dated 17/Za/1207 hijri see BOA, C.ML, Dosya no: 18, Gömlek No: 850.

114 Fort he document dated 17/S/1274 hijri see BOA, A.}MKT.UM, Dosya No: 294, Gömlek No: 11.

there is no limit in Bangalore Principles related to the person who gives the gift. Islamic law has set a limit in this regard as explained above. It should be pointed out that both thoughts are aim judgement of the judge not to be affected with the gift. However, as a result of the fact that Islam Law developed based on the kazuistic method, this issue is addressed with specific examples in Islamic Law.

In the title of Islamic Law, which is included in the annex of the Commentary on Bangalore ethical principles, the exceptions to receiving gifts mentioned above are not included. It is stated in the commentary that "A judge is not permitted to accept gifts. All forms of benefit that a judge may receive from another person within his jurisdiction should be treated in the same way as gifts."[115] Similarly, In the Edebü'l-Kadi written by Abu Bakr Ahmad bin Es-Seybani el-Hassaf (Abu Bakr el-Hassaf) to which reference is made by the above-mentioned commentary that the judge can accept gifts from his relatives on condition that they do not have an ongoing case at the court, he can accept the gifts that he accepted before being a judge, however he should not accept the gifts that is more valuable than those accepted by the judge before being a judge. As can be seen, as the only exemption, the permission that the judge can accept gifts from his senior who has appointed him as the judge is not mentioned here.

In our positive national law, It was stated in Article 68/2-f of Law of Judges and Prosecutors that if the judge demand gifts directly or through agents or if he/she accepts gifts given with the aim of obtaining interests irrespective of whether when he/she is on duty or not, or if he/she demand or accept credit from job holders, he will be subject to a disciplinary punishment which is "change of position".

Consequently, judge's gift giving is shaped by the detailed provisions of Islamic law in this regard and has taken place in Mecelle. The concept of gift that is explained by being associated with bribery is normally a welcomed, even recommended, tradition. However, it has been seen as a

115 www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf e.t: 16.04.2016.

behavior that should not be done by the judges. Although Mecelle has not ruled in which cases the judges are allowed to accept gifts, both Ottoman jurists and contemporary Islamic jurists state that judges may receive gifts in the presence of certain conditions. Another thing that draws attention in this issue is that the rule has been expressed as independent from time. In this way, it is emphasized that accepting a gift will never suit the dignity of the profession. In addition, this feature of the rule also gives an idea about when the gift will not be taken. According to this, the judge can accept gifts neither before nor after the decision. In other words, judge cannot accept gifts after the case has been concluded and the decision has become definite.

Not Participating in Banquets

The participation of Ottoman judges in banquets was also considered as an ethical violation. Article 1797 of Mecelle have expressed this rule briefly and concisely: "Judge cannot participate in the banquets organized by any of the parties of the case."[116] It was thought that this could leave the judge under suspicion.[117]

The phenomenon that needs to be emphasized in the provision of "Judge cannot participate in the banquets organized by any of the parties of the case" is "banquet". The banquet is defined in the dictionary as accepting guests, providing them with eating and drinking.[118] The concept of "banquet" is used for the events that are organized for occasions such as wedding and birth, or sometimes occasionally inviting people without such a reason to give meal.[119] Participation in banquet is a Sunnah and

116 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) in Present Turkish], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.569

117 Aslan, p. 55.

118 Devellioğlu, p. 1190.

119 Mustafa Çağrıcı, Ziyafet[Banquet], DİA, 2013, Vol. 44, p. 495 et seq.

recommended behavior.[120] However, the participation of the judges in banquets are considered as non-ethical. Even, it is stated in fatwas that if a judge eats the meal presented by any of the parties to the case, he cannot make decision the case. As an example we can give Ebusuud Efendi's fatwa: "The Question: If the kadi eats the meal presented by the claimant, will the decision taken by him be valid? Answer: The decision will not be valid."[121]

Islamic Ottoman jurists assesses whether the judge can go to banquets that does not belong to one of the parties of the case according to whether it was a banquet open to public or a private invitation. Whether or not the banquet is public is understood from invitation; a banquet to which everybody is invited is considered as a general banquet while the banquets

120 The person organizing a banquet should not discriminate people according to whether they are rich or poor. Because, it was stated in a hadith that "The worst of the meal is the banquet to which only rich people are invited and the poor are not invited" (Buhârî, "Nikâĥ [Wedding]", 42; Müslim, "Nikâĥ [Wedding]", 107; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1) For banquets, priority should be given to the relatives and then the friends and acquaintances should be invited. The person organizing the banquet should not seek praise and respect and should aim to please his friends, to live the Sunnah of the Prophet and to keep people's heart pleasing; hw should not invite people who may have difficulties to participate in the banquet. The invited should accept the invitation as much as possible without making a rich poor distinction. Mohammad the Prophet accepted the invitations of the poor and slaves (İbn Mâce, "Ticârât", 66, "Zühd", 16; Tirmizî, "Cenâóiz", 32). The importance of the participation to the wedding is especially emphasized; this was stated to be fard al-ayn, fard al-kifayah or sunnah-ı kifaye or sunnah; the participation to other banquets was considered as mustahabb (Gazzâlî, II, 42; Akfehsî, p. 36; İbn Tolun, p. 41-42). Mohammad the Prophet advised the persons who are invited to a banquet to accept the invitation (Müslim, "Nikâĥ [Wedding]", 97, 98, 100-106; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1); it was stated that those who do not accept the invitations without an excuse would be sinners (Müslim, "Nikâĥ [Wedding]", 110; Ebû Dâvûd, "EtÓime", 1; İbn Mâce, "Nikâĥ [Wedding]", 25). When he was invited, the prophet went to places even far from Medina (Müsned, II, 424, 479, 481, 512; Buhârî, "Hibe [Grant]", 2, "Nikâĥ [Wedding]", 73; Müslim, "Nikâĥ [Wedding]", 104); Çağrıcı, Ziyafet [Banquet], p. 496. Mohammad the Prophet said " one who does not accept the invitation contravenes Abu'l Kasim (the Prophet), Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/88; İbn Mâce, *Cenaiz* 1; Tirmizî, *Edeb* 1; Berki, p. 162.

121 DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı[Life in Turkish Community under the light of fetwas of Ebussuud Efendi the sheikh ul-islam], İstanbul, 1983, p. 133.

to which only certain persons are invited is considered as a private banquet. According to this, it is stated that the judges should not go to the invitations prepared for him, which would not be prepared if he did not exist in another expression, with two exceptions.[122] The underlying factor of this thinking is that the judge is forbidden from benefiting the members of the society free of charge. The judge's attendance at the banquet is perceived as benefiting free of charge from other people. This situation will frighten the other side, put him/her in trouble, and the judge will be put under suspicion.[123]

One of the exceptions[124] is the invitations of intimate relatives for private banquets. This invitation is considered as "sıla-i rahim". The rejection of this invitation was not welcomed. However, the invitee must not have a case at the court. The second exception is the following: The judge may take part in the habitual invitations which he used to participate before becoming a judge. Of course, the invitee must not have a case at the court in this situation as well. In addition, the judge should not accept the invitations that are not habitual. For example, if banquet had been organized once a month before he became the judge and the frequency was turned into once a week, then the judge should not participate any of them.

---

122 Halebi, p. 98; Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf (Ebû Bekir el-Hassâf), Edebü'l-Kâdî cited in Bangalore Şerhi [Bangalore Commentary], Serahsi. Atar, Kadı, p. 69. In this regard, we can see that the mujtahids have different ideas. According to Abu hanifa and Abu Yusuf the judge cannot participate in private banquet, even it is organized by his intimate relatives.; according to Imam Mohammad, he can.Fetâvâyi Hindiyye, C. VI, 270. Fetâvâyi Hindiyye, translated by Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004; Aslan, p. 55.

123 Velvâliciyye ve İnaye ve Feth, Ali Haydar Efendi, p. 437.

124 Redd-i Muhtar [Rejection of Muhtar], Ali Haydar Efendi, p. 437; Halebi, 2/98, Zuhayli Vehbe. İslâm Fıkhı Ansiklopedisi [Encyclopedia of Islamic Fiqh], p. 8/255 İstanbul, 1994; Ebubekir Yağmur, İslam Hukukuna Göre Hakimin Ahlaki Yönü [The moral qualifications of the judge according to Islamic law], Yeni Ümit Dergisi, Nisan Mayıs Haziran 2000, Yıl 12, sayı 48, http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/islam-hukukuna-gore-hakimin-ahlaki-yonu e.t.: 15/04/2016, Aslan, Yargılama Etiği [The ethics of Jurisdiction], p.55. If the invitee who is arelative og the judge had not invited the judge before he was appointed as a judge, and started to invite him after he had become a judge, then the judge should not participate of this relative's banquet. Fetâvâyi Hindiyye, C. VI, 270

There is no objection to the participation of the judge to public banquets of the persons that are not a party to a case at the court. The public banquets are not considered as a matter of suspicion even only one side of the case attends.[125] Accordingly, this means that the prohibition is limited to the invitations made by the parties of the case.

There is no objection to the judge's participation to the funeral and visit the patient, for visiting the patient and participating the funeral are Sunnah of the prophet.[126] Indeed, participating to the banquets is considered as non-ethical in principal. However, the judge cannot spend much time during these kind of visits and should not speak too much.[127] In addition, if one of the parties to the case is ill, it is advised that the judge should not visit that person.[128]

When we look at the Ottoman application, we see that the treasury meets the expenses of the banquets in which the judges are present. For example, accounting records were made in the books for the amount of meat, bread, cheese, butter and honey and similar food consumed and the money spent for the banquet that was organized by Gelibolu Kadi Mustafa Celebi and to which Kasim and Hamza, Kadi of Midilli and some other kadis, head architect, preachers, madrasa teachers, soldiers from the palace, members of Haci Bektash Community were invited.[129] In our opinion, it was aimed at preventing the situation of being put under suspicion mentioned above.

125 Yağmur, same place, p. 196; Aslan, p. 55.

126 Serahsi, C. XVI, 81; Some authors suggest that visiting a patient should not last too long. This is what suits the sunnah. İbn Abidin, Muhammed Emin (d. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, translated by Mehmet Savaş, İstanbul, 1985, C. XII, p. 164; Ali Haydar, C. IV, p. 437, Mahmut Şen, İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri [Ethical Principles of Judiciary from the Perspective of Islamic Law Tradition], Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 6, Ankara 2015, p. 519.

127 Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf), Edebü'l-Kâdî cited in Bangalore İlkeleri Şerhi [Commentary on Bangalore Principles of Ethics]. In addition, the judge should not speak about the case he is dealing with; Şen, p. 519.

128 Mecme 'u'l-enhur, Ali Haydar Efendi, p. 437. Fetâvâyi Hindiyye, VI, 265.

129 BOA, MAD.D, File no of this undated document is: 7987.

There is no direct regulation in Bangalore principles that judges cannot go to banquets of the parties to the case as guests and that they cannot eat stunning food there. However, in Article 68/b of Judges and Prosecutors Law, it is stated that the judge should be punished with disciplinary action due to his behaviors and actions that give an idea that he/she cannot perform his/her duties correctly and impartially.

In the literature, some authors have argued that the banquet could be considered as a gift under Article 4.14 of Bangalore Principles of Judiciary Ethics.[130] However, in our opinion, gifts and banquets, in other words to be a guest to one of the parties, should not be considered as the same way. Because no treat or objective benefits may be obtained in a visit. However, the visits establish a relation between the invitee and the visiting person, and brings the parties closer together and establishes a friendly relationship. Mecelle considers such a relationship will direct the judge to make a subjective evaluation, and forbids this act.

It is possible to find a similar provision under Islamic Law title in the appendix of Commentary on Bangalore Principles of Ethics. Article 3 of the Commentary emphasizes that he/she should not socialize extensively with others by referring to the fact that the judge should not engage in any behavior that is not socially acceptable. The article also referred to the fact that the judge should not participate in the general meetings organized for him/her.

In summary, it is aimed at preventing any suspicion by determining that the Ottoman judges should not go to the banquets of the parties. Even, it is stated by the Ottoman jurists that judges should not participate in the banquets specially organized for themselves. The fact that the expenses of the banquets attended by the judges in practice are covered by the Treasury can be considered as a measure taken to prevent such suspicion. This provision is also important, for it shows us an example of the actions that the judge cannot do outside the trial.

130 Sancak, Kıyak, p. 59.

Not Leading Misunderstanding and Imputation (Not showing Special Interest

Article 1798 of Mecelle states the obligation of the Ottoman Judges not act and behave in a manner that may put them under suspicion and imputation as follows:" "Esnâ-yı muhakemede hâkim tarafeynden yalnız birisini hanesi kabul etmek ve meclisi hükümde biriyle halvet veyahut ikisinden birine el ya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve hareket de bulunmamalıdır"

This article can be translated into present Turkish as either "Judge; when the case is being proceeded, should not be in attitudes and behaviors that can lead to misunderstandings and accusations such as hosting only one of the parties to the case at his home, being alone with a person when making the decision, pointing with either hand, eye, or head to one of the parties, telling something secretly one of the parties or in a language that the other party does not know."[131] or " While the case is being proceeded, the Judge should not act or behave that can lead to accusation or suspicion such as accepting one of the parties to his home alone and be alone at the court with one of the parties or pointing out one of the two parties with a hand or eye or head or speaking to one of the parties secretly or in a language that the other party does not understand".[132] Atilla Pınar translated this provision into present Turkish as follows: "While the case is being proceeded, the Judge should not act or behave that can lead to accusation or suspicion such as accepting one of the parties to his home alone and be alone at the court with one of the parties or pointing out one of the two parties with a hand or eye or head or speaking to one of the parties secretly or in a language that the other party does not understand".[133]

131 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle in Today's Turkish(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.569

132 Sancak, Kıyak, 60.

133 Pınar, Hâkimin Adabı[Convenance of the Judge], 341.

Here, as in other ethical principles, the state and behaviors of the judge are emphasized. It is expressed what a judge can or cannot do. The intent is that these actions can lead to misunderstanding and imputation. In fact, thinking badly about someone and imputation are forbidden. Therefore, the behaviors that can cause these results are prohibited.

The article exemplifies what may lead to misunderstanding (suizan) and imputation:

It is not possible for the judge to host only one of the parties in his house. In this case, both parties can be hosted at the same time. However, one of the party cannot be hosted alone.

The judge is not allowed to be alone with someone when making decision

It is not appropriate to point to one of the parties with hand, eye, head and eyebrow.

Speaking secretly to one of the parties is not considered as ethical.

Telling something to one of the parties in a language that the other party does not know is not considered appropriate.

The Islamic jurists considered the judge's unilateral smile, laughing, or pointing in any way to one of the parties in this category.[134]

Because of the fact that these acts and behaviors can be interpreted as if the Judge is supporting one of the parties and doing an injustice to the other party, and as a result, the judge can be put under suspicion, the judges should avoid these acts. Because, this situation can lead to doubt in the other party, encourage one party against the other, and cause the other party to think that the judge is supporting the opposite and this party may recuse.[135]

134 Mergınânî, el-Hidâye, c. III, p.103 cited in Aslan, p. 56.

135 Şerh-i Mecma ' and Velvâliciyye, Ali Haydar Efendi, p. 437; Bilmen 8/220; Yıldırımer, p. 46; Aslan, p. 56.

However, the judge may visit persons who does not have a case at the court, and may host them.[136]

The judge must not accept the parties in case they arrive uninvited and he should not invite them to his own home.[137] However, it is stated that there is no objection if the judge invites both sides and give a feast.[138] Based on this provision, it has also been mentioned that the judge should not shout at one of the parties. The only exception to this is to speak to the parties due to their contravening behaviors.[139]

The provision of this article is also interpreted to mean that the judge should not indoctrinate one of the parties. It is forbidden for the judge only to indoctrinate the parties, and it is stated that he can indoctrinate the witnesses unless he leads to suspicion in the witnesses.[140]

For example, if the claimant declares that he sues 2500 mites and the witness is testifies for 2000 mites, the case must be rejected pursuant to Article 1708. However, if the judge tells the witness that "it is possible that the claimant acquits the defendant from 2000 mites" and consequently if the witness says "Yes, the claimant has 500 mite debt receivable , for acquits the defendant from 2000 mites", it should be considered that this is a result of indoctrination.[141] As is in this example, the witness should

136 Berki, p. 162.

137 Feth ul Kadir[Rejecting the Muhtar], Ali Haydar Efendi, p. 438.

138 Redd-i muhtar[Rejecting the Muhtar], Ali Haydar Efendi, p. 438.

139 Redd-i muhtar[Rejecting the Muhtar], Feth, Ali Haydar Efendi, p. 438

140 There is also lawyers who do not consider it unappropriate if the judge helps the person who cannot speak because of excessive excitement and fear to calm down and explain his/her demands; DEMİR Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi[Civil Judgment Law Ottoman Court], Yitik Hazine Yayınları, 2010, p.26; Şen, p. 519. The said opinion belongs to Abu Yusuf and Imam Shafii; according to Abu Yusuf it is permissible(istihsanen caiz). Because the goal of making the judiciary legitimate is to preserve the rights of people. Witnesses are a mean for unveiling the truth; Aslan, p. 57.

141 Redd-i muhtar[Rejecting the Muhtar], Ali Haydar Efendi, p. 438; Ibrahim Halebi states the example of the questions that may put the judge under suspicion as follows:" Can you testify in the case such as …", Halebi, p. 98.

not be indoctrinated to put him under suspicion. At this point, it is also worth mentioning that Abu Yusuf is a different approach from the other mujtahids. According to Yusuf, indoctrinating the witness is considered "good" on condition that there is no suspicion.[142] That is, if the question to be asked is not to put one side under suspicion, it is a good way for solving the case to ask a relatively guiding question to understand the subject better.

The sentence "not to give a secret word" in the provision does not apply only to judges. Other officials who are present in the hearing, for example, the janitor, clerk, bailiff should not speak secretly with the parties. Judge should also check the officers in this respect. In addition, the judge should not talk to the parties about the case outside the court.[143]

Based on this provision, Ali Haydar Efendi states that the judge cannot accept a petition during the hearing but only after the hearing.[144]

These issues can be associated with Article 36 of Judges and Prosecutors Law.

The provisions of Article 2.2 of Bangalore Principles on Judicial Ethics which is "A judge shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary.", Article 3.1 which is "A judge shall ensure that his or her conduct is above reproach in the view of a reasonable observer." And Article 3.2 which is "The behavior and conduct of a judge must reaffirm the people's faith in the integrity of the judiciary. Justice must not merely be done but must also be seen to be done." Are similar to Article 1798.[145]

142 Halebi, p. 98. For example, the judge can indoctrinate the witness by saying " do you confirm that the event occurred as said?" in order to help to unveil the truth. According to Abu Yusuf, this is permissible (istihsanen caiz); Aslan, p. 57.

143 Redd-i muhtar[Rejecting the Muhtar], Velvaliciyye, Ali Haydar Efendi, p. 438.

144 Ali Haydar Efendi, p. 438.

145 Sancak, Kıyak, p. 60.

Article 7 of Commentary the contemporary Islamic jurist's state that the judge must treat the parties equally at every stage of the case. According to this, the judge must treat equally the parties of the case in every stage irrespective of whether they are father and son or Khalifa and vassal or Muslim and non-Muslim. The judge's evaluation, speaking to and communicate with them are included in this. He should not laugh on one side while frowning on the other. He should not show more interest to one side more than the other. If there is a common language known by both sides of the case and if they can speak this language, the judge should not speak to one of the parties in a language that the other party does not know. Again, in Edebü'l-Kâdî, book of Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf'ın (Ebû Bekir el-Hassâf), to which reference is made by mentioned Commentary, it is stated that the judge should not allow the parties to come his home and/or he should not host one of the parties at his home.

We understand from this provision that the state and behaviors of the judge should not be in a way to lead to misunderstanding and imputation. It is seen as a positive attitude in terms of judicial ethics that the Ottoman Jurists considers the acts such as speaking secretly that can put the persons under suspicion are valid not only for the judge but also for all public officers who are present at the hearing. Comparing to Bangalore Principles of Ethics, its providing concrete examples is another considerable feature that is based on its kazuistic feature.

Treating Parties Fairly

It is possible to see in article 1798 of Mecelle the provision that the Ottoman judges[146] should treat the parties fairly: "Hâkim,beyn-el-hasmeyn adl ile me'murdur. Bianaenaleyh tarafeynden biri her nekadar eşraftan ve diğeri ahad-ı nasdan olsa bile hîn-i muhakemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imal-i nazar ve tevcih-i hitap etmek gibi muhakemeye müteallik muamelâtda tamamiyle adl ve müsavata riayet etmesi lâzımdır."

146 Obligation to treat fairly is an issue not only for judges but also for all public officers in the Islamic Ottoman Law culture. It can be observed in the books of Maverdi; İsa Akalın, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı El-Mâverdî Örneği [Understanding of Public Ethics in the History of Turkish-Islamic Thought Al-Mâverdî Example], Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009, p. 168

Cengiz İlhan translated this provision as "It is the duty of the judge to treat both sides fairly. Therefore, even if one of the parties is one of the prominent persons of the district and the other party is someone from the public, the judge should have the both parties seated and should behave fairly and equally in full when he should look at or speak to the parties as a requirement of the hearing."[147] While Atilla Pınar translated as "It is the duty of the judge to treat both sides fairly. Therefore, even if one of the parties is one of the prominent persons of the district and the other party is someone from the public, the judge should have the both parties seated and should behave fairly and equally in full when he should look at or speak to the parties as a requirement of the hearing."[148] The provision has also been translated into present Turkish as follows: "The judge is obliged to be fair between the parties to the dispute. Therefore, although one of the sides is one of the prominent people and the other is an ordinary person, the judge should adhere to justice and equality completely during the proceeding by having the parties seated, looking at them and speaking to them".[149]

The obligation to act fairly mentioned in the article can be understood in two ways. The first is that the judge should act equally to the parties in the proceedings during the trial. The second is to deciding in favor of the party that is right without victimizing.

The first responsibility that the rule imposes on judges is to treat the parties equally in matters concerning the trial. This obligation is imposed on the judges based on the main sources of Islamic law. There is a hadith of Mohammad the Prophet stating that "When one of you takes on the judicial duty, he should treat the parties equally in terms of having them seated, pointing to them and looking at them. He should not raise his voice against just one of two opponents"[150] In the letter sent to Abu Musa Al Esa'ri by

147 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle in Today's Turkish(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p.568

148 Pınar, Hakimin Adabı [Convenance of Judge], *p. 341*

149 Sancak, Kıyak, p. 60.

150 Dârekutnî, IV, 205 cited in Atar, Kadı[Kadi], p. 69; Şen, p. 524. http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c24/c240047.pdf, p. 69

Khalifa Omar[151], the equal treatment to the parties has been expressed as follows:" Treat the parties in a way so that those who are weak do not lose the hope for justice, and those who are strong do not be in anticipation for being favored".[152] Based on the word "people" in the expression of "Keep people equal in the judicial council" in the letter of Khalifa Omar, Serahsi emphasized that people from all walks of life can come to court, and all of them must be treated equally regardless of race, color, language, religion, social, economic, political status. This issue is stated in Mülteka as following: "Kadi should treat equally to the parties in terms of having them seat, looking at them and heading toward them, should not speak secretly to them, should not point to one of them, should not go to the banquet organized by one of them, should not smile at one of the opponents while making a wry face to the other, should not make jokes to one of the opponents and should not give advice to one of the opponents on how to defend himself/herself".[153]

Islamic Ottoman jurists states that the possibility that the judge may refrain from acting equally to the parties can be related to the judges' fear of the strong side. The judge should not be afraid of the powers of one of the opponents and should not make decisions for his/her sake and to make up to him.[154] Because there is the evidence of the obligation to act equally in the Qur'an: "do not fear the people but fear me …"[155]

The above-mentioned provision, like other articles, exemplifies the factors that make the judge not to treat the parties equally. The fact that one of the opponents is from the prominent persons and the other is an ordinary

151 This letter contains the basic rules that constitute the core of Islamic jurisprudence law or Edebü'l-Kadi(Ethics of the Judge). For the entire letter see Aslan, p. 143 et seq; Serhasi, Mebsut, c. XVI, p. 60 et seq.

152 Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku] Islamic Constitutional Law], (Translated by Fahrettin Atar) ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y.) 1995, p. 289; Yıldırımer, yargıç etiği [Ethics of the Judge], p. 43; aslan, p. 144.

153 Mülteka, p. 98.

154 Kadı[Kadi], Ali Haydar Efendi, p. 439.

155 Al-Ma'idah, 5/44.

citizen has the potential to lead to judge to treat unequally to the parties. The provision emphasizes that this should be paid attention to. The judge should pay attention to his attitudes and behaviors when the opponents of a case have the above-mentioned features. For example, according to Ottoman Jurists, the judge cannot have one of the opponents who is one of the prominent persons for his/her this feature while having the other party standing.[156] The judge cannot look at only one side while not looking at the other; cannot let only one side while not letting the other to speak.

Likewise, this article also points out that the judge should not guide one of the opponents about how he/she should express his/her claim and with which words. In other words, the judge cannot guide one of the parties by using expressions such as "express your claim by …."[157]

The Islamic Ottoman jurists assess the equality of the parties so carefully that they state that the judge should not perform the proceeding while having one of the opponent on his left side and the other on his right side. Ali Haydar Efendi explained the reason for this is by stating that right side is superior to the left side and more honorable and that Mohammad the Prophet allocated his right side to Abu Bakr.[158]

The Islamic jurists have expressed opinions expressing how far and where the judge should be located so that the judge can provide equality between the parties. In this case, the parties will be in front of the judge and will be in the distance where the judge can easily hear their normal voices. In other words, the parties should be placed in a distance that the judge does not require to pay attention to hear them. This distance was stated to

156 It should be noted that the judge can keep both of them standing, Dürr-i Münteka, Ali Haydar Efendi, p. 439. Berki states that the parties must be seated; Berki, p. 163. When the Islamic Law History is examined, the following example has been found: During a trial to which Khalifa Omer was one of the parties, Zeyit bin Sabit, the Kadi of Madina, wanted to offer him a different place to sit based on the hadith stating that " If a prominent person visits you, offer him treat". Khalif Omar did not accpet this offer stating that it was the first sign of tendentiousness, and sat next to Ubey ibni Kaab who is his opponent in the case; Berki, p. 164.

157 Redd-i Muhtar[Rejecting Muhtar], Ali Haydar Efendi, p. 439.

158 Ali Haydar Efendi, p. 439; Berki, p. 163.

be two "zira" distance.[159] Based on this, the judge should forbid the parties to raise their voices. Because one opponent's raising his/her voice is seen as a practice that will damage equality.[160]

That the judge treats equally to one who is strong in economic, sociological or political aspects and the one who are not as strong as the other side will lead the strong side to think that the judge will not make decision in favor of you due to his/her power and will make a fair decision, an d lead to weak side to think that his/her weakness will not affect the decision to be taken and strengthen his trust in the judge and the court. Otherwise, that is, the acts and behaviors of the judge such as paying more attention to what the one of the parties says and treating more gently than the other party may cause the other party to give up endeavoring to prove his case and accordingly to abandon his right.[161]

Another thing to understand from the fact that the judge behaves fairly is making decisions in favor of the party who is right.[162] The judge is obliged to judge in favor of the party who is right. The judge should not make decisions by being afraid of one party or taking into account the relative closeness of one side(for example a person from the same town). The judge should not be influenced by his being told badly about himself in his absence, and should not deviate from justice in any case. The judge should not discriminate the parties according to Muslim-non-Muslim, male-female, young-old, and must make decision in favor of the party who is right.

159 A distance between 150 and 180 cm; Devellioğlu, p. 1188; Berki states that this distance is equal to 2 m; Berki, p. 163.

160 Zeyla 'î ve Redd-i Muhtâr ve İnâye ve Feth, Ali Haydar Efendi, p. 439.

161 This opinion was stated in the letter sent to Abu Musal es'ariye by Khalifa Omar as follows:" Treat so equally to the parties that the stronger side does not have an expectation and the weak side does not loose trust in your justice"; Berki, s. 163; additionally see. Mecme 'u'l-enhur ve Zeyla 'i; Ali Haydar Efendi, p. 439; Şen, p. 520. Atar, p.49,50, Yıldırımer, p. 47

162 The obligation to treat fairly is also mentioned in detail in the main sources of the Islamic Law. The verse 4/58 of Al-Nisa that is "…when you judge between people to judge with justice…" is the most known verse.

When we look at the Ottoman practice, we see that even if one of the parties is a sultan, the judge must treat the parties fairly.[163] An example of this is the case one of the parties of which was Mehmet the Conqueror who had got a Greek architect's hands down claiming that he had shortened two marble pillars of a Mosque that he had been building contrary to the instruction of the Sultan.[164] A similar case was experienced during the reign of Abdülhamid II.[165] Before a case filed against someone who are blamed to rebel against the Sultan, Damad Mahmud Celaleddin Pasha visits Abdullatif Suphi Pasha, head of the Court, and after communicating the greetings of the Sultan, says 'We are expecting a decision from you that will be appropriate to the greatness of the Sultan'. The case is proceeded and the accused is acquitted. The daughter of Suphi Pasha, who knows the message sent by the Sultan, asks 'Have you not been afraid of the Sultan who is waiting an appropriate decision from you when making decision?' The answer of the Pasha is meaningful: 'Daughter, there is such a judge a Sultan who I and the Sultan will be in front of him together. I am only afraid of that Sultan."

It is stated in the 5th value of Bangalore Principles of Judicial Conduct that ensuring equality of treatment to all before the courts is essential to the due performance of the judicial office. This provision is parallel to the principle indicated in this article of Mecelle. Because it is stated in the paragraphs about the application of this values that a judge should be aware of, and understand, diversity in society and differences (including but not limited to race, religion, nationality, marital status). The judge must decide consciously on the basis of his conscience on differences. Especially the provision of Paragraph 5.2 whish is "A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct, manifest bias or prejudice towards

163 For the examplary cases in the Islamic Law History, especially related to halifa Omar, see Ahmet Lütfi Kazancı, Adil Halife Emirü'l Müminin Hz. Ömer, Ensar Yayınları, 2014, p. 247-248; Şen, p. 525, 526.

164 Nurullah Kunter, ''Türkiye'de Kaza Kuvveti [Judiciary in Turkey], İ.H.F.M. Cilt 25, S.1-4, İstanbul, 1960, p.51; Şen, p. 514.

165 Şeref Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı [Independence of Courts and Tenure of Judge in Terms of Constitutional Law], TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1994, p.25; Şen, p. 514.

any person or group on irrelevant grounds" It emphasizes, in parallel to this provision in Mecelle, that the judge should not act in favor of any party in matters concerning the trial .

This provision in Mecelle can be associated with impartiality which is the 2nd value in Bangalore Principle of Judicial Conduct. The principle which is "Impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office. It applies not only to the decision itself but also to the process by which the decision is made" points out that impartiality should be applied not only when making decision but also during the proceeding. The provision in Mecelle also states that the judge should act fairly to the parties during the trial. In this case, we can say that the norm in the Mecelle is a more detailed version of this thought in Bangalore Principles.

Under the Islamic Law title of the Commentary on Bangalore ethical principles, there are statements that are almost identical to the provision in Mecelle. According to Article 7 of the Commentary, A judge must treat the litigants equally in every possible way, whether they be father and son, the Caliph and one of his subjects, or a Muslim and a disbeliever. This includes the way he looks at them, addresses them, and deals with them. He should not smile at one and frown at the other. He should not show more concern for one than he does for the other. He should not address one of them in a language that the other cannot understand if he is able to speak in a language known to both litigants.

This provision in Mecelle can be associated with the right to fair trial which is used frequently nowadays. Because right to fair trial is defined as the fair settlement of rights and responsibilities which are subject to dispute and a criminal offence directed to a person, and it is emphasized that the purpose of this right is to ensure a healthy judicial process.[166] The most

166 Right to fair trial contains rights such as ""Right to sue", "The right to be equal before the law and the judiciary", "The right to be tried by an authorized, independent and impartial jurisdiction established by law", "The right to a fair trial (without undue delay)", "The right to public hearing, the right to reasoned decision", "The right to fair trial" (fair hearing)" and "The right to be present at the hearing", and it is stated that all these rights must be provided in order to be able to talk about a fair trial, provided that the characteristics of the trial are also taken into consideration, Başar Başaran, Adil Yargılanma Hakkı [Right to Fair Trial], AÜ SBE, Kamu Hukuku ABD, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, p. 2, 3.

basic requirement of a healthy judicial process is that the judge should treat the parties equally during trial.

This provision in the Mecelle indicates the ethical principles that the judge should comply with during the proceedings. The judge should pay more attention to attitudes and behaviors during the trial such as having a smiley face or a sullen face, speaking with high or low voice. Because fair and equal behavior of the judge will ensure the legitimacy of the court, and consequently, of the state in the eyes of the strong and weak opponents . We can also point out that the Bangalore ethical principles has provisions in this direction, however the provision in Mecelle is different, for giving concrete examples. It is noteworthy that the information contained in the Commentary on Bangalore ethical principles is very close to the provisions of the Mecelle.

Not Making Decision While not Being Able to Think Clearly

We have stated that the ethical principles that the Ottoman judges must obey are expressed as the convenance of the judge and that the provisions under this heading in Mecelle are principles of ethics. The ethical principles are not regulated only under the heading "The Morals of the Judge is reflected by its behaviors" in Mecelle. In our opinion, a provision in the "About the Tasks of the Judge" section of Proceeding Book of Mecelle states another principle of ethics.

Article 1812 of Mecelle states that "Hâkim, gam ve gussa ve açlık ve galeb-i nevm gibi sıhhat-ı tefekküre mani olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tasaddi etmemelidir." This provision is translated into present Turkish by Atilla Pınar as follows: "Article 1812- The Judge should not try to make decision if his mind become uncertain or unstable due to reasons that may prevent healthy thinking such as grief, hunger or feeling drowsy." Cengiz İlhan translated this provision into present Turkish as follows: " Article 1812- The Judge should not try to make decision when he is bemused due to a disability that may prevent the judge from think clearly such as sadness, anxiety, hunger and feeling drowsy".[167]

167 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) [Mecelle in Today's Turkish(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)], Yetkin Yayınları, Ankara 2011, p. 575.

The following hadiths are mentioned as the religious evidence of the provision of the article:"While the judge is angry, he must not give judgment between the parties" or "Judge cannot make decisions when he is angry".[168] In addition, the following instruction of Omar b. Abdulaziz, Umayyad Khalifa, to Meymun b.Mihran that he appointed as kadi is related to this issue:" When you are nervous and distressed, do not conclude the case, be gentle with the parties."[169] As it is known, anger prevents people from being prudent, thus prevents a person from thinking moderately and balanced.

Although the importance of the reason that leads to the judge to get angry is discussed among the Islamic jurists, it is generally accepted that the judge should not make decision when he is angry for whatever reason.[170] We can say that the Islamic jurists broadly interpret the anger in these hadiths.[171] Because anger is seen as the focal point that prevents healthy thinking and healthy assessment. According to this, no decision should be taken in cases where the crucial points of the judge profession, such as assessment, are weakened.

168 For example, according to the statement made by Abdurrahman b. Ebi Bekre based on the statement of his father (Ebu Bekre), Ebu Bekire sent a letter to his son (whose name was Ubeydullah and who is kadi in Sicistan) and stated that the Prophet said as follows:" Judge cannot make decision when he is angry", Buharı, ahkâm 13; Müslim, akdiye 16; Tirmizî, ahkâm 7; Nesâî, kudât 18, 32; Ibn Mâce, ahkâm 4; Ahmed h. Hanbel, V, 36, 38, 46, 52.
Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi[Translation and Commentary of Sunan-i Ebu Davud], Şamil Yayınevi: 13/171, Ali Haydar Efendi, p. 458; Hüseyin Vehbi İmamoğlu, "Hz. Peygamber Döneminde Hukuksal Gelişim ve Yargısal Örgütlenme [Legal Development and Judicial Organization in the Period of Mohammad the Prophet]", Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 3, sayı 2, Karabük 2013, p. 161; Yıldırımer, p. 47; Aslan, p. 57.

169 Sadrüşşehid, II, p. 7-8 cited in Fahrettin Atar, Kadı[Kadi], İA, cilt 24, p. 68 et seq., 2001; Şen, p. 520; Atar, p. 90.

170 For example, Bagavi and Imam'ul Haramey states that a judge should not make decision when he is in anger that is not for the sake of the God, for the anger fort he sake of the God will prevent oppression while a personal aner cannot prevent the oppression www.enfal.de/ebudavud

171 Abu Davud, www.enfal.de.... In the book "Edebü'l-Kadi" of Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf(Ebû Bekir el-Hassâf) it is emphasized that the decision should be made neither under anger nor under emotional pressure; Bangalore Commentary.

While it has been stated that judges should not make decision when they are angry, it seems that its scope is expanded a bit further in Islamic Law History.[172] In the provision in Mecelle, it is stated that the judge should not make decision when he is in a situation that may prevent him from thinking clearly, and the conditions that prevent healthy thinking are expanded. In this case, judge's being sad, anxious, hungry and sleepless are mentioned as the examples of the conditions that may prevent the judge from think clearly. Islamic jurists also mentioned the situations such as being happy, thirsty, overly full, even warmth and chill, sleepy, extremely tired, even being under the effect of feelings or severe sexual desires, feeling suffocated due to excessive cold or hot.[173] In fact, the judge here is expected to decide when he is calm and moderate. Such sentiments and situations may cause the judge to be distracted or act emotionally which may lead the judge to make unfair decisions.

Ali Haydar Efendi stated that the judge should not be in these situations not only during the decision phase, but also during the trial. In fact, he is recommended to stop the proceeding if the trial lasts too long and he feels tired.[174] The only exception to this is the fact that the case is

172 For example, Satibi considers all psychological states that may affect the decision of the judge within the sope of this hadith and states that the judge should not contines proceeding in these states; Ebû İshak eş- Şâtıbî, el- Muvâfakât (Translated by Mehmet Erdoğan) İz Yayıncılık, İstanbul 1990, c. I, p. 197, cited in Yıldırımer, p. 47.

173 Fethül-Kadir ve Haniye, Ali Haydar Efendi, p. 458. Islamic jurists have stated that there are reports concerning these cases, even if they are weak. Dârekutnî and Beyhakî stated the following hadith based on Ebû Saîd el-Hudrî: "Mohammad the Prophet said that the judge can only make decision when he is satiated" However, there is a weakness of this statement; Davudoğlu Ahmed, Selâmet Yolları, IV, 257-258; www.enfal.de/ebudavud. Ebû Bekir Ahmet bin eş-Şeybanî el-Hassâf(Ebû Bekir el-Hassâf)'s Edebü'l-Kâdî; Bangalore Commentary.;Bilmen, Kâmus, c. VIII, S. 224, Mahfuz b. Ahmed (d.510 H.) Kelvezani, el-Hidaye fş Furûi'l-Fıkhi'l-Hanbelî, Dâr'l-Kütübi'l 'İlmiyye, Byerut 2002, c. II, S. 173, Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed İbn Kudame, el-Muğni (with eş-Şerhü'l-Kebir), Daru'l-Hadis, Kahire 1995, c. XIII, S. 439 cited in Aslan, p. 57.
Hukuk-i İslâmiyye Kamusu, VIII, 224. Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi[Sunen-i Abu Davud Translation and Commentary], Şamil Yayınevi: 13/171-172, www.enfal.de/ebudavud e.t: 14.04.2016.

174 Fethül-Kadir and Haniye, Ali Haydar Efendi, p. 458.

very close to decision phase such as the defendant's acceptance the claims of the claimant. It should be noted that there are also Islamic lawyers who have the opposite idea. Halebi states that the judge should not make decision without exception when he is in such conditions.[175] In our opinion, the Word "tasaddi" used in Mecelle supports the view of Ali Haydar Efendi. Because, the article states that the judge should not attempt to make decision under the said conditions. This shows that, the judge should neither make decision under the said conditions nor perform activities that will be the basis for the decision.[176]

The reason why the judge should not decide when he cannot think clearly is that these situations will make him to deviate from justice. However, the judge is obliged to judge fairly according to Article 1799 of Mecelle. A judge who cannot think well cannot act fairly. It should be noted that Islamic Jurists considers this ban as "kerahat" and states that if the Judge make decision under these negative conditions and if he made a correct decision, this decision will be valid.[177]

Some of the contemporary lawyers state that it is not possible to come across such an arrangement as to be binding in positive law and state that such conditions should be sought without having to be made legal in written law.[178] Because, as the Islamic jurists emphasize, it is not easy to determine the condition that will prevent healthy thinking and it can vary from person to person. Indeed, apart from the psychological disturbances that can be detected from outside, only the judge can determine whether the temporary psychological conditions such as sadness and anxiety and physiological conditions such as hunger will prevent him from making healthy decisions. However, in our opinion, it can be argued that it is not necessary to make a rule the necessity that the judge should not make decision when he cannot think clearly. Because, as stated at the beginning

175 Halebi, p. 98.

176 For similar views see Hondu, p. 15.

177 Ebu İshak Şirâzî, el-Mühezzeb, thk. M. Zuhaylî, Şam 1996, c. V, p. 483 cited in Aslan, p. 58.

178 Sancak, Kıyak, p. 71.

of the study, especially professional ethical principles have already been begun to be included in the rules of law in our age. Considering the issue from the point of view that ethical principles should not be included in the legal rules, we should not put any ethical principle into the norms. However, as mentioned earlier, ethical principles have been put into the legal rules in this era of humanity. It can be considered that this provision can be put into the professional ethics principles of the judge in this frame.

Some of the contemporary jurists state that this regulation, which is set out in Article 1812, is a universal ethical principle, and may serve a model for our age.[179] Indeed, there is no such a rule in Bangalore Principles on Judicial Conduct, which is the latest point of humanity for the ethical principles that judges must comply with today. However, we don't think that no one will object to the view, which is mentioned in Mecelle, that no decision should be made under the conditions that may prevent to think clearly. Because, it is possible today to catch up with news in which it is stated that the Judge has have the minute written that no healthy decision was able to be made because the court room was too cold.[180]

As mentioned above, there are no such articles in Bangalore Principles of Ethics. However the 3rd and 6th values of the said Principles are associated with the issue. According to "Integrity" which is the 3rd value; "Integrity is essential to the proper discharge of the judicial office." and

179 Pınar, Hâkimin Adabı[The Convenance of Judge], p. 338; Selçuk Hondu, Adalet Hizmeti ve Hâkimlik Meslek Ahlâkı[Judicial Service and Professional Ethics of the Judge], Akademi Yaşam Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, bila tarih Ankara, p. 14.

180 In a news dated 26 January 2006, it is stated that during a trial at 3rd Criminal Court of Major Cases Sadık Gözükara, the Judge, said they could not make healty decisiond dur to the coldness of the court hall and asked the clerk to include this statement into the minute. http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargi-tutanagi-heyet-donuyor-769945/ e.t.: 17/06/2016. For the views arguing that the rules of the positive Turkish Law asking the vacation judge while he/she is sleepy to arrest or release peoples is in conflict with the provision of Mecelle, and damages our judicial culture, see Ömer Köroğlu, "Ülkemizde Adliye Kültürü ve Etik [The Judicial Culture and Ethics in Our Country]", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013, p. 435.

"A judge shall ensure that his or her conduct is above reproach in the view of a reasonable observer." Additionally, it can be considered within the context of competence and diligence which is the 6th value stating that "Competence and diligence are prerequisites to the due performance of judicial office" and application article 6.5 which states "A judge shall perform all judicial duties, including the delivery of reserved decisions, efficiently, fairly and with reasonable promptness."[181] However, the information included in these values does not explain the rule as clear as Mecelle that the Judge should not make decision under the conditions that prevent the judge from thinking clearly.

Under the Islamic Law title that is appendix of the Commentary on Bangalore Principles of Judicial Conduct, physiological factors are mentioned which may damage the mental state and reasoning ability of the judge. According to this, the judge should not be angry, thirsty, overjoyed or overly upset, should not feel too tired, in other words, and should not feel that he is in need of rest. Because, all of this may prevent the judge from using his reasoning abilities. The presence of such a provision in the commentary is important, for it shows that the point of view in Mecelle is still accepted by Islamic Jurists.

It may be possible to associate this provision with the concept of "judicial independence", which is frequently used today. As it is known, judicial independence is defined as the fulfillment of the judicial profession by the judge only in accordance with the law and his/her conscience free from the effects that may arise from legislative, executive and even judicial organs.[182] It has been stated that the judge should not be influenced by "foreign elements"[183] when making decisions so that the judiciary can be

181 Pınar, Hakimin Adabı[The Convenance of Judge], p.343.

182 Nevin Ünal Özkorkut, Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış [An Overview of the Judiciary in the Ottoman and Contemporary Turkey in terms of Judicial Independence], AÜHFD, Ankara 2008, p. 228.

183 Ali Koyuncu, Ceza Adaleti Usul Hukuku İlişkisi ve Vicdani Kanaat[Criminal Justice-Procedural Law Relationship and Conscientious Conviction], Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, p. 360.

made independently. The subject matter we examine is more closely related to the independence of the judiciary from the effects of the judiciary itself. As it is known, both the upper judicial bodies during the supervision and other judicial units at the same level should not influence the judge. The judge must be independent from himself/herself-that is in terms of his proximity or distance to a certain group or a location-. This provision in Mecelle points that the Judge should also be independent physiologically and psychologically from himself. The judge must be psychologically independent from himself; his own mood should not prevent him from making fair decisions. The judge must also be independent of himself physiologically. The conditions such as hunger, thirstiness should not prevent him from making fair decisions. Therefore, decisions should not be made under such conditions.

For the judge to be able to make a fair decision, he should be able to think clearly; that's why he/she should be free from any factors that may influence him both physiologically and psychologically. The provisions in the Mecelle explained the conditions that may affect the judge's mental state with the examples as follows.

Conclusion

Whether ethical principles may or may not be included in the legal rules has been evaluated from different perspectives. In the last century, mankind has included particularly principles of professional ethics both in international law and in national law. Bangalore Principles of Judicial Conduct and the Commentary on these principles that are universally accepted that contains the ethical principles that the judges must obey today. We can say that both these principles and the Commentary on these principles have been formed based on the experience and knowledge.

The determination of the ethical principles that judges should obey in the Ottoman Empire, which is famous for its justice, will provide an opportunity to benefit from an important experience. During the study, the attitudes and behaviors that judges should obey are understood as the attitudes and behaviors that the judges should or should not do just because

they are judges. The important point here is that the attitudes and behaviors that we expect the judges to do or not to do are the attitudes and behaviors that are not contrary to the traditions under the normal conditions, and even encouraged.

When the ethical principles that the judges were expected to obey in the Ottoman State are evaluated from this perspective, we can say that the concept of "convenance of the judge" states this phenomena. In fact, we see that the concept which the contemporary literature defines as "ethics" was defined by the Ottoman doctrine as "adap (convenance)". According to Ottoman Jurists, the convenance of the Kadi is to consider the good moral acts and behaviors necessary for himself such as realizing the justice, preventing unjustness and persecution, not acting in favor of one side, being impartial, and ensuring the implementation of the Islamic Law. We can say that this definition made in theory is taken into account in Ottoman practice.

We can see the convenance of the judge under a separate chapter in Mecelle, which is known as the Ottoman Civil Law. When these provisions are generally evaluated, we can say that the provisions are proved by Islamic law, and the norms in the articles are based on Islamic legal sources as a rule. Moreover, it is possible to see the characteristic of Islamic law as being the kazuistic in the provisions on the convenance of the judge. Indeed, attitudes and behaviors which are expected not to be done in theory are explained in the articles by giving examples. When the commentaries are examined, we see that the Ottoman jurists express the ethical principles that the judge must comply with more examples.

We think that it is not a correct point of view that the regulations regarding the professional ethics of the judge in Mecelle are seen only as the norm of the Tanzimat period. Because it is possible to see these principles also in Mülteka, which is described as the bedside book of the kadis in the classical period Ottoman state.

The Ottoman Judges were expected to act and behave in a certain way both during and outside the trial. According to this, judges should not be act in a way that may damage the respectability of the court. Making

jokes, giving or receiving objects, making decisions while alone, wearing tacky clothes are described as the states that damage the respectability of the court. Accepting gifts was not seen as an ethical behavior; very strict conditions were determined for the judge to receive gifts. The judge should not go to the banquets organized by any of the parties to the case, and he should not go to the banquets specifically organized for him, either. It is worth considering that, in practice the expenses of the banquets in which the judge is present is covered by the treasury. The judge is expected not to lead misunderstanding and suspicion by leading the creation of an impression with his gestures that he is in favor of one of the parties. Likewise, the judge should conduct the proceedings fairly, without considering the political and economic sociological power of one of the parties.

Although it is not mentioned under "the Convenance of the Judge" heading, another principle of ethics mentioned in Mecelle is that the judge should not make decisions when he is under a condition that prevent him from thinking clearly. In the provision sadness, anxiety, hunger and sleeplessness are mentioned as examples of these conditions; the Ottoman Jurists add the situations such as being happy, thirsty, and overly full, even warmth and chill, extremely tired. It is emphasized that this should be paid attention not only when making decision but also every stages of the proceeding. The idea supported by some of the contemporary jurists that this provision is a universal Principe of ethics and that it should be included in the today's universal ethic of judiciary is a consistent view that should be supported. Finally, when compared with the Bangalore principles of ethics, it is noted that the principles of ethics in Mecelle are different, for it creates theoretical principles based on concrete examples.

REFERENCES

AARNIO, Aulis, "lawyers' Professional Ethics- Do They Exist?" Ratio Juris, Vol, 14, no: 1.

TOPRAK, Zeynep İspit, "Meslek "Etik"leri Etikten Bağımsız mıdır? [Are Professional "Ethics" Independent from Ethics]" Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Gül Neşriyat, Cilt 4, Undated.

AKALIN, İsa, Türk-İslâm Düşünce Tarihinde Kamu Etiği Anlayışı El-Mâverdî Örneği [Understanding of Public Ethics in Turkish-Islamic Intellectual History, Example of Al-Maverdi], Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

AKCAN, Recep, "Hakimin Vasıfları [Qualification of the Judge]", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -XII, Cilt 4, sayı 2, Isparta 2014.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Dürerü'l- Hükkâm", DİA, İstanbul, 1994, X, 28-29

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı [Comparative Islam and Ottoman Law Collection], Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Diyarbakır 1986.

AKYILMAZ, Gül, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri [Concept of Reaya in the Ottoman State and the State- Reaya Relations]", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

ASLAN, Nasi, İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri İlkeleri [Judicial Ethics and Priciples in İslamic Law], Karahan Kitabevi, Adana 2014.

ASLAN, Nasi, İslam Yargılama Hukukunda Jüri/Şuhudul Hal [Jury/"Şuhudul" State in Islamic Jurisprudence Law], beyan yayınları, İstanbul 1999.

AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi [Turkish Law History], İstanbul 1999.

AYDIN, Melikşah, "İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlerin Hediye Almaları Ve Davetlere Katılmaları Hususu Ve Günümüz Modern Hukukla Karşılaştırılması[Consideration of Judges' Participation in Invitations and Receiving Gifts in Islam and Ottoman Law and Comparison with the Modern Law]" Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 2016, Unpublished Paper.

AYDIN, Melikşah, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri [Judge in Islam and Ottoman Law and the Qualifications of the Judges], Selçuk Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015.

BAKTIR, Mustafa, "Mecelle'nin Küllî Kaideleri ve Ahmet Cevdet Paşa[General Provisions of Mecelle and Ahmet Cevdet Pasha]", Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1997.

BARDAKOĞLU, Ali, Hediye [Gift], DİA, XVII.

BAŞARAN, Başar, Adil Yargılanma Hakkı [Right to Fair Trial], AÜ SBE, Kamu Hukuku ABD, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

BAYINDIR, Abdülaziz, âdâb [Convenance], İA, Cilt 1

BELGESAY, Mustafa Reşit, Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk [General Provisions of Mecelle and New Law], İÜHFM, İstanbul, 1946, sy. 2-3, XII.

BERKİ, Ali Himmet, İslamda Kaza Tarihi [Judgement History in Islam], AÜİFD, Cilt 17, sayı 1, Ankara 1969.

BEYAZIT, Yasemin, Osmanlı İlmiyye Tarkîkinde İstihdam ve Hareket: Rumeli Kadıaskerliği Ruznâmçeleri Üzerine Bir Tahlil Denemesi (XVI. Yüzyıl) [Employment and Movement in the Ottoman Ilmiyye Tarîk: An Analysis on "Ruznamçe"s of Rumeli Kadıasker (XVI. Century)], Ankara Üniversitesi, SBE, Doktora tezi, Ankara 2009.

CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi [Turkish Law History], Sayram Yayınları 5. Baskı, Konya 2013.

ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli (Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi) [Kadi Institution during the proclamation of the Tanzimat in the Ottoman Empire and the Penal Code of Tarik-i Ilmiyye dated 1838]", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XIV, Ankara, 1983.

ÇAĞRICI, Mustafa, Ziyafet [Banquet], DİA, 2013, cilt 44.

ÇİLİNGİR, Lokman, Ahlak Felsefesine Giriş [Introduction to Moral Philosophy], Elis Yayınları, İstanbul 2015.

DAVUDOĞLU, Ahmed, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980.

DEĞİRMENCİ, Rıdvan, Hukuk Politikası içinde "Hukuk Politikası Açısından Hukuk Ahlak Etkileşimi ["Legal-Ethical Interaction in Terms of Law Policy" Within the Law Policy]", Editor: Ali Şafak Balı, Astana Yayınları 2016.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat [Ottoman-Turkish Encyclopedic Dictionary], Aydın Kitabevi, Ankara 2007.

DÜZBAKIR, Ömer, İslâm-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler [Bribery in Islamic-Ottoman Criminal Law and the Examples in Bursa Criminal Court Records], e-Journal of New World Sciences Academy 2008, Volume: 3, Number: 3, 2007.

DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı [Life in Turkish Community under the light of fetwas of Ebussuud Efendi the sheikh ul-islam], İstanbul, 1983

Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi (ö. 1097), Mebsût, Editor Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008, C. XVI.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri [Ottoman Courts in Tanzimat Period]", Osmanlı, c. 1, Ankara 1999.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri [Ottoman Courts during and After Tanzimat Period], Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2004.

ELÇİOĞLU, Ömür, "Kamu Çalışanları ve Etik Davranış İlkeleri [Public Employees and Ethical Code of Conduct], http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi.aspx?id=5 e.t.: 15.10.2016.

ERYILMAZ, Bilal, Kamu Yönetimi [Public Administration], Okutman Yayıncılık, Ankara 2008.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Osmanlıda Kadılık Kurumu ve Yargının Bağımsızlığı [Kadi (Judgeship) Institution in the Ottoman State and the Independence of Judiciary]", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

Fetâvâyi Hindiyye, Translated by: Mustafa Efe, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004

Atilla Pınar, Yerelden Evrensele Mütevazi Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hakimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı [A Modest Turkish Contribution from Local to Universal: The Features, Ethics and Customs of the Judges in Turkish Law], TBB Dergisi 2013 (104), Ankara

GÜLER, İlkay, "Dünya'da Kamu Etiği Uygulamaları [Public Ethics Practices in the World]", Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

GÜNER, Semih, Avukatlık Meslek Etiği [Lawyer's Professional Ethics], Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002.

HONDU, Selçuk, Adalet Hizmeti ve Hâkimlik Meslek Ahlâkı[Judicial Service and Professional Ethics of the Judge], Akademi Yaşam Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, bila tarih Ankara,

İbrahim Halebi, Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleştiren İMAMOĞLU, Hüseyin Vehbi, "Hz. Peygamber Döneminde Hukuksal Gelişim ve Yargısal Örgütlenme [Legal Development and Judicial Organization in the Period of Prophet]", Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 3, sayı 2, Karabük 2013

İŞGÜDEN, Burcu, ÇABUK, Adem, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri [Professional Ethics and the Effects of Professional Ethics on Professional Life]", Balıkesir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 16, Balıkesir 2006.

KARAKOÇ, Yusuf, "Hukuk-Etik İlişkisi [Law-Ethics Relationship]" Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

KAYAR, İsmail, ÜZÜLMEZ, İlhan, Hukukun Temel Kavramları [Basic Concepts of Law], Seçkin Yayıncılık 9. Baskı, Ankara 2015.

KAZANCI, Ahmet Lütfi, Adil Halife Emirü'l Müminin Hz. Ömer, Ensar Yayınları, 2014

Fahrettin Atar, Kadı [Kadi], İA, cilt 24

KELEŞ, Erdoğan, "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler [Regulations for the prevention of bribery in the Tanzimat Period]" (1839-1858).

KIRIŞ, Necat, Hukuk ve Etik Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu [Law and The Moral Dimension of Ethical Law Profession], Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016.

KOYUNCU, Ali, Ceza Adaleti Usul Hukuku İlişkisi ve Vicdani Kanaat [Criminal Justice-Procedural Law Relationship and Conscientious Conviction], Ankara Barosu Dergisi, 2011/4.

KÖROĞLU, Ömer, "Ülkemizde Adliye Kültürü ve Etik [The Judicial Culture and Ethics in Our Country]", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013.

KÖSE, Saffet, İslam Hukukuna göre rüşvet suçu ve cezası [Bribery and Its Punishment According to Islamic law], İHAD, 11.

KUBLER, Friedrih, Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği, Etik ve Meslek Etikleri [Professional Ethics in the Legislative and Judicial Organs in the State of Law, Ethics and Professional Ethics],Türk Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000.

KUÇURADI, İoanna, Felsefi Etik ve Meslek Etikleri, Etik ve Meslek Etikleri [Philosophical Ethics and Professional Ethics, Ethics and Professional Ethics], Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1999.

KUNTER, Nurullah, ''Türkiye'de Kaza Kuvveti [Judiciary in Turkey]'', İ.H.F.M. Cilt 25, S.1-4, İstanbul, 1960.

MALKOÇ, Mehmet, Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle ile İlgili Bibliyografik Çalışma (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) [Mecelle With the Main Lines and a Bibliographic Study on Mecelle(Unpublished Master Thesis)], SAÜSBE, Sakarya 2001.

Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Fahrettin Atar) [Islamic Constitution Law], (Trans. By Fahrettin Atar) Ed: Vecdi Akyüz, Umut Matbaacılık, (y.y) 1995

OKUR, İbrahim, "Yargı Etiği ve Davranış Kuralları[Judicial Ethics and Code of Conduct]", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Duman Ofset, Kasım 2013.

ORTAYLI, İlber, Osmanlı'da Kadı [Kadi in the Ottoman],, cilt 24, sayfa 73, 2001.

ÖĞÜT, Salim, Edebü'l-Kadî, İA, cilt 10

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış [An Overview of the Judiciary in the Ottoman and Contemporary Turkey in terms of Judicial Independence], AÜHFD, Ankara 2008.

ÖZTÜRK, Abdülvehhab, EDEBÜ'L-Kâdî, İA, Cilt 10.

PINAR, Atilla, Yerelden Evrensele Mütevazı Bir Türk Katkısı Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı [A Modest Turkish Contribution from Local to Universal: The Features, Ethics and Customs of the Judges in Turkish Law], TBB Dergisi 2013 (104)

SABAN, Metin, ATALAY, Banu, "Yönetim Muhasebecileri Açısından Etik ve Etik Davranışın Önemi [The Importance of Ethical and Ethical Behavior for Management Accountants]", Muhasebe ve Denetime Bakış, 5 (16), 2005.

SANCAK, Yusuf, KIYAK, Emre, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 22, sayı 2, Konya 2014.

ŞEN, Mahmut, İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri [Ethical Principles of Judiciary from the Perspective of Islamic Law Tradition], Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sayı 6, Ankara 2015.

ŞEN, Mustafa Lütfi, Kamu Görevlileri Etik Rehberi [Guidelines of Ethics for Public Officers], Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara 2014.

TEPE, Harun, Bir Felsefe Dalı olarak Etik: 'etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik [Ethics as a philosophy: The Concept of 'Ethics', Its History and Ethics Today], Doğu Batı, yıl 1, sayı 4

TOPÇUOĞLU, Ali Aslan, "Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendinin Hayatı Ve Hukukçuluğu [Life of Mecelle Commentator Ali Haydar Efenci and his Characteristics as a Jurist]", Türkiyat Araştırmaları Dergisi.

TUNCAY, A. Can, Hukuksal Etik Ders Notları [Legal Ethics Course Notes], Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015.

TUTAR, Adem, "İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı [Understanding of Justice in Pre-Islamic Turkish State Tradition]", Türkler, c. 2, Ankara 2002.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "Hukukun ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu [Law Norm at the Intersection of Law and Morality]", GÜHFD, Ankara 2008-2.

UYGUR, Gülriz, Hukuk Etiğine Giriş [Introduction to the Ethics of Law], http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm a.d.: 09.07.2016.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı ["Ilmiye Social Class of Ottoman State], Ankara 1984.

ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi [History of Turkish Law], Ankara 1996.

ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı[Independence of Courts and Tenure of Judge in Terms of Constitutional Law], TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1994.

YAĞMUR, Ebubekir, İslam Hukukuna Göre Hakimin Ahlaki Yönü [The moral qualifications of the judge according to Islamic law], Yeni Ümit Dergisi, Nisan Mayıs Haziran 2000, Yıl 12, sayı 48, http://www.yeniumit.com.tr/konular/detay/islam-hukukuna-gore-hakimin-ahlaki-yonu e.t.: 15/04/2016.

YATKIN, Ahmet, Kamu Yöneticilerinin Etik Düşünce ve Davranışlarının Kamu Hizmetine ve Hizmet Tatmine Yansımaları (Elazığ Valiliği Örnek Alan Araştırması) [Reflections of Ethical Thoughts and Behaviors of Public Administrators on Public Service and Service Satisfaction(Case Study Performed at Elazıg Governorship)], Kamu Etiği Sempozyumu, Sempozyum Bildirileri 1, TODAİ, Ankara 2009.

YILDIRIMER, Şahban, İslam Hukukunda Yargıç Etiği [Judiciary Ethics in Islamic Law], e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, www.e-sarkiyat.com Sayı VIII, 2012.

YÜKSEL, Mehmet, Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk [Ethical Codes, Morality and Law], Hacettepe HFD, 5 (1), 2015.

www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf a.d.: 15.04.2016.

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf a.d: 16.04.2016.

http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf a.d: 16.04.2016.

www.ekrembugraekinci.com a.d. 02/04/2016

http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/helalharam/0129.htm 09.04.2016.

www.enfal.de/ebudavud a.d.: 10.04.2016.

http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargi-tutanagi-heyet-donuyor-769945/ a.d.: 17/06/2016.

www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf a.d: 16.04.2016.

26/M/1312. BOA, Y. PRK. MŞ, File No: 5, Foil No: 60.

22/Ş/1234, BOA, C..ADL, File No: 25, Foil No: 1481.

17/Za/1207, BOA, C.ML, File No: 18, Foil No: 850.

17/S/1274, BOA, A.}MKT.UM, File No: 294, Foil No: 11.

Undated BOA, MAD.D, Foil No: 7987.

MORALITY, LAW, AND JUDICIAL ETHICS IN THE WESTERN LEGAL TRADITION

Prof. Mortimer SELLERS
Regents Professor, University System of Maryland President, International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy

Introduction

You have asked me to speak about "Morality, Law, and Judicial Ethics in the Western Legal Tradition". I am particularly glad to do so in Istanbul, which is the first and most important home of the Western legal tradition. I am honored to be in your beautiful city, which reminds us on every side what human beings can accomplish, when they work to build the rule of law, so that all can live together in justice and peace.

The focus of our symposium will be on judicial ethics, but I have been given a somewhat broader charge, relating morality, law, and legal ethics generally to the Western legal tradition as a whole. This topic is dear to my heart, important, fascinating, and very useful, but it requires some caution at the beginning, because our ultimate subject is universal, not parochial. The essence of legal and judicial ethics arises from human nature, which is the same everywhere, and therefore all societies participate or should participate equally in the search for justice and the rule of law. The Western legal tradition provokes our interest because its history is so well-known and well-recorded, but every legal tradition and all nations participate in this same vital struggle towards peace and justice through the rule of law.

The Origins of the Western Legal Tradition

The Western legal tradition is of particular interest in Istanbul, because it was here that the Emperor Justinian - Flavius Petrus Sabbatius

Iustinianus Augustus - inaugurated the compilation of the Corpus Iuris Civilis, including the Code, the Digest, and the Institutes, that became the basis of modern law in the West and guided legal developments everywhere through its vast (and often tacit) influence on enlightened judges and scholars, for a millennium and a half, until this very day. The vast erudition, rationality, and painstaking detail of the Corpus Iuris made it the constant (if often secret) recourse of every learned (or less learned) judge - for good and ill - for centuries. I say "for good or ill" because in addition to containing some excellent and very well-worked-out principles of law, the Corpus Iuris also contains some very poor ones, reflecting the self-interest and corruption of the emperors themselves.

I blame the emperors in this way for introducing some of their own worst attributes into the Western legal tradition, because the roots of the tradition go back further still, before there were emperors, to the legal ideas of the Roman republic, and the first guiding principle of that commonwealth - at least according to the Roman Titus Livius, who wrote the Romans' own history of Rome. This was the principle that the "imperia legum" ("rule of the laws") is or ought to be "potentiora quam hominum" ("more powerful than the rule of men.") This principle, Livy said, made Rome great, and led to the Romans' long-lasting felicity and success. When the rule-of-law principle declined, Livy observed, so did the beauty and influence of Rome herself.

The Ideals of the Western Legal Tradition

Rome claimed to be a "republic" ("res publica"), which is to say a polity ruled by law for the well-being of the people - all the people - and not according to the arbitrary will of an emperor, a few rulers, or those who have gotten control of the government, whoever they may be. This was the ideal, of course, and not always the reality, but it is a beautiful ideal. Nor is it only a Western ideal. The rule of law is a universal ideal, which every government and every legal system claims to serve, whether it really does so or not. The idea that the the laws should rule and not the mere will or power of men is present in every legal system and every legal tradition - however hypocritically - because this principle is the essence of what

justifies or would justify any legal system, if that legal system were justified at all.

Legal systems are only justified when they actually maintain the rule of law. This signifies finding and maintaining those laws that really serve the well-being of the community as a whole and not just the interests of the rulers or some powerful faction. Rulers should not have arbitrary power, but should on act in the public capacity to serve and protect the rule of law, for the common good and the benefit of society as a whole. This principle is at the heart of the Western legal tradition, but I believe it is also shared in one form or another by every legal system in the world, at least in theory, because without adhering to this principle, or at least asserting a claim to adhere to this principle, that legal system would be a nullity - illegitimate - not worthy of our obedience, our consideration, or the slightest respect.

The Foundations of the Rule of Law

The rule of law principle has been particularly deeply examined and elaborated in what we now call the West, because of the influence of Justinian, the Corpus Iuris Civilis and the heritage of Roman law. But even this valuable and interesting tradition is not without its faults. The Roman legal tradition as we received it from Justinian did not always support its sensible and timeless principles with equally sensible and timeless institutions. Roman students of the law knew and often lamented that the rule of law has two central and unavoidable desiderata: first, good principles of law and justice, but second, good institutions, to make the principles of justice real. It is not enough to declare fidelity to justice and the rule of law and not of men, there must also be procedures in place to prevent corruption, usurpations, and departures from the law by those who are charged to uphold it.

The need for good institutions to discover, enforce, and protect the principles of law is equally and perhaps more important than the principles themselves Fortunately, the basic structural requirements of just government are well-known, including term-limits on executive power, elections to the legislature, the separation of powers and above all the

independence of judges, empowering them to protect law, justice, and the constitution against the usurpations of executive power. We should strive to implement these everywhere.

The Necessity of Judicial Independence

This brings us back at last to judicial ethics - the overall theme of this symposium - because the central virtue of a judge is fidelity to the rule of law, including justice and the common good, which are the proper basis of all law and legal authority. Judges should be faithful to the rule of law (and justice and the common good) and not to anything or anyone else. To fulfill their duties properly judges must be independent: independent of the government, independent of the legislature, independent of religion, even independent of the people. Their only fidelity when they act as judges should be to the rule of law, and not to anyone else.

I mentioned that the Roman emperors to whom we owe the preservation, strength and great detail of the Western legal tradition also introduced several great faults. Chief among these was the principle embraced by Justinian and his successors that they themselves were above or outside the law, that "princeps legibus solutus est" (Digest 1.3.31) - "the emperor is untrammeled by the law." Or even worse, it was asserted "quod principi placuit, legis habet vigorem" (Digest 1.4.1) - "that which pleases the prince has the force of law". Both of these principles are antithetical to the rule of law and have led to corruption, to injustice, to poverty and disaster wherever they have been practiced or intruded into concepts of the law.

The Subordination of Executive Power

A brief review of the origins of the Western legal tradition reminds us that the whole history of law and legal ethics in the West has been the battle to establish and maintain the first principle of justice - the "imperium legum" or "rule of law" - against the rival pretensions of emperors, kings, and other executive authorities that they themselves and those in control of the coercive powers of the state are ultimately in some way above or outside the law. The key to a just society is that those in positions of

authority themselves be bound by and subordinate to the rule of law. As Henry of Bracton said in England in the thirteenth century, the king himself must be "sub Deo et lege" - "beneath God and the law."

The great fame of England as the home of liberty in the eighteenth century arose from the Act of Settlement in 1701. This was the Act through which the king and Parliament promised that judges should serve "quamdiu se bene gesserint" ("so long as they were not corrupted") rather than at the will of the executive ("durante bene placito"). Federal judges under the United States Constitution enjoy the same protection (Art. III.1). The purpose of this protection is to assure that judges will have the security and independence to maintain the rule of law against the will and desires of the president, the government, the legislature, and even against the people, when the people or legislature or president desire something that violates the rule of law. Judges without this security remain subject to coercion by the very powers whom they should control.

The Virtues of Judges

The history of the Western legal tradition identifies two primary virtues that judges must have to protect the integrity and justice of the legal system which they exist to serve: judges should be independent and judges should be faithful to the rule of law. The heart of legal ethics rests on the judges' fidelity to these two principles. The two judicial virtues are related, but they are not the same. The rule of law is the principle that no man nor government should ever enjoy arbitrary power. The principle of judicial independence protects judges against the arbitrary power of others.

The rule of law prohibition on arbitrary power raises important semantic points about the nature of law, the purpose of law, and the role of judicial power in relation to the state. The rule of law must be distinguished from rule by law. The rule of law exists when citizens are liberated from arbitrary power. Rule by law exists when powerful individuals use the forms of law to exercise their own arbitrary power. Judges have the duty to maintain the rule of law against the incursions of rule by law. Constitutionalism is the vehicle through which modern States strengthen

judges for this task of legal protection, but it is a duty they would have whatever the nominal structure of the State. Judges are by nature the ministers of justice and must protect law's integrity against those who would suborn the forms of law to serve their own private ends.

Judges in Unjust Legal Systems

The purpose of law is justice and all legal systems claim to be just. They claim to be just and they claim to deserve obedience because they are just. But although all legal systems claim to serve justice, sometimes they do not. This raises a dilemma for judges, whose duty it is to serve justice and the rule of law. When legal systems become corrupted or are seized or suborned by a ruler or a faction or a party, using the forms of law to serve their own ends, then it is not the rule of law that prevails, but the rule of men. At some point it becomes the duty of the judge to interpret or enforce the law in such a way that it serves its actual purpose, which is justice, rather than serving those who have diverted the legal system to their own private use.

Judges have a duty of justice that transcends the particular legal system in which they find themselves. Every legal system claims to serve justice, which is to say the common welfare of society as a whole. When this is true, then the duty of the judge is an easy one: simply to resist the influence of presidents, prime ministers, parliaments, or anyone else who would try to subvert the legal system and influence judges to disregard the law. But judges also have a duty to recognize when the legal system itself becomes unjust, and prevent this from happening. This is the heavier and more difficult role. At some point judges must resist growing injustice by interpreting unjust enactments - even against their plain meaning - in such a way as to make them more just.

The Bravery of Judges

The hardest duty of judges demands that they exhibit bravery in the face of state-sponsored injustice. Suppose that the government creates legislation to oppress minorities. Suppose that the legislature operates purely to enrich one class within society. Suppose that the president acts in his own interest and not the interest of the nation. Judges must have the courage to oppose these injustices, even at the risk of facing oppression and injustice themselves.

Here we encounter one of the most important aspects of the Western legal tradition, not just the realization that government and law exist for the good of everyone, but also the willingness to resist those with authority when they begin to abuse public powers for their own private interests. This is a duty that attaches to all citizens, but particularly judges, whose duty it is to uphold justice and the rule of law. The Western legal systems inspired most and flourished best when judges found the strength to defy bad governments, who violated the rights of the people.

Legal Ethics

We lawyers talk a lot about legal ethics in the United States, just as we frequently discuss judicial ethics, but nevertheless often fall prey to a professional deformation that leads us to confuse ethics with legislation, and forget the role of morality in the ethical life of the lawyer. By morality I mean the totality of what we ought to do, as opposed the the narrower province of law, which encompasses only those things which we must or are required to do. So, for example, in Maryland, where I live, we have drafted a code of legal ethics, which most lawyers read very carefully and try to follow the rules that it sets out. But this is not enough.

Lawyers and judges who treat their codes of ethics as enactments, or strict rules to be followed to avoid punishment, miss the point of the enterprise. Judicial and legal ethics should go beyond mere rules or enactments delineating what judges and lawyers must do, to the broader and more important question of what they ought to do to fulfill their professional roles correctly. These further requirements cannot and should

not be externally enforced. Judges ought to have an understanding of and loyalty to their underlying principles of independence, justice, and fidelity to the rule of law. They ought to have the fortitude to frustrate the desires of those with power in society, including the government of the day.

Freedom

England was famous in the eighteenth century for being the freest place on earth. The great philosopher and apostle of enlightenment, Voltaire, visited England, saw this, and tried to understand why. The reason he found was that the English had then better and more firmly than anywhere else on earth prescribed limits to the power of their kings. They did so by empowering judges, by making judges independent and safe from attack. Judges in England were independent beyond judges in any other nation of the world because they did not wait to receive independence from the hands of power. They took it - and punished those who slighted their authority.

The great English jurist Sir Edward Coke made clear that law was above the king. And when King Charles I violated the English Constitution and the rights of the English people, the English put King Charles on trial, found him guilty, and severed his head from his body. Then again, when Charles' son James II once more attempted to rule outside the law, the English removed James from office, and he fled to France. His fate, and the fate of his father, offer useful lessons for judges and governments everywhere. There is no liberty without the law and no law where judges cannot punish and restrain the executive, when he violates the limits of his power.

Conclusion

Reflection on the Western legal tradition yields a few obvious conclusions about law, judges, and judicial ethics. The heart of the Western legal tradition has been the struggle to create a world in which the law rules and not men. This will never be possible unless judges are independent, safe from attack, and devoted to the rule of law. This devotion remains the

central duty of all judges everywhere. Judges must have the courage and fortitude to apply the laws impartially, despite the interests and influence of other powerful actors in society. The legal system should be structured to make this easy, but judges must assert their independence even when established institutions deny them the protections they deserve.

Judges matter most when governments behave the worst. When presidents and parliaments use the forms of law to act corruptly, or to oppress individuals or groups in society, then judges must resist them too. They must use their powers of interpretation to make the legal system more just, when it falls away from justice. Judges are or can or should be the heroes of the rule of law. I am honored to have the opportunity to speak with so many brave judges here today!

WHY DO JAPANESE LAY JUDGES CONTINUE TO PASS THE DEATH SENTENCE? THE ETHICS OF STATE-SANCTIONED KILLING

Prof. Tetsu SEKURAI
Kobe University / Japan

1. Introduction

In May 2009, the lay judge system in Japan finally took effect after nearly eight years of preparation. During this preparatory period, there was a great deal of controversy over the merits and demerits of introducing this system into Japanese legal procedure. Many were critical, particularly because the system was to apply in principle to the first trial for any of several serious crimes that could potentially carry the penalty of death, including murder, robbery murder, and rape murder. Critics pointed out that in such serious cases, citizen judges might possibly be under great psychological pressure, considering their randomly selection from qualified voters and given that they have no right to decline the appointment without a specific reason. Conversely, many critics were also concerned that lay judges might support inappropriately harsh verdicts when heavily influenced by the statements of victims, the victim's family, and prosecutors in court (Maruta 2004; Nishino 2007; Takeda 2008; Inoue 2008; Murai 2008; Inoue and Kadota 2009; Ohkubo and Ikeuchi 2009).

As a rule, a panel in the lay judge system consists of six lay judges and three professional judges, and when it pronounces a guilty verdict by majority vote, the majority must include at least one lay judge and one

professional judge. This means that lay judges alone cannot render a guilty verdict, but it is undeniable that judgments in this new system reflect the opinions of ordinary citizens much more strongly than with professional judges alone.

Japan is one of the few advanced democracies retaining the death penalty. As of late 2014, an opinion poll conducted by the Cabinet Office shows that 80.3% of the Japanese public agreed with the statement that "The death penalty cannot be avoided in some cases" (Cabinet Office 2015). The question is why so many Japanese citizens support capital punishment, especially nowadays? This article will examine the arguments for and against the punishment in Japan and will consider how the death penalty continues to resonate with the Japanese public. I must confess that I am not a convinced advocate for the abolition of the death penalty. Instead, I'm rather inclined to the retentionist view about death penalty. I will explicate the reasons why below.

2. Decline of the Abolitionist Movement

As I said earlier, a quite high percentage of the Japanese public believe that the death penalty cannot be avoided for some atrocious crimes. However, the civic movement to abolish capital punishment was comparatively strong in Japan from the 1980s to the early 1990s, when its members even cried out "Murderer!" to judges as a death sentence was confirmed at the Supreme Court (Yomiuri Shimbun 2013, 270). Shigemitsu Dando, then a Supreme Court Judge, suggests that these kinds of outbursts in court spurred him to elaborate on his theoretical opposition to capital punishment (Dando 2000, 9). Public opinion surveys conducted up until the 1980s showed that fewer people were supporting the continuation of the death penalty, even though the wording of the questions differed slightly from that used presently. In 1989, 66.5% objected to the idea of abolishing the death penalty under any circumstances, but by 1999, this percentage had increased rapidly to 79.3%, which means that the 1990s witnessed a sharp increase in support for capital punishment. From 1999 until now, approximately 80% of the Japanese public have consistently supported the retention of the death penalty.

The major shift in public opinion toward the death penalty was largely a result of the infamous sarin gas attack perpetrated in 1995 in the Tokyo subway by the Aum Cult of Supreme Truth and its leader Shoko Asahara. The poisonous gas killed 13 passengers and train crew, and injured more than 6,000 others. Not only this terror but also a series of similar heinous crimes by Aum, including the sarin attack in 1994 in Matsumoto City that killed seven residents, and the murder of anti-Aum lawyer Tsutsumi Sakamoto and his family, disclosed in 1995 by an Aum member, made the Japanese public furious at Asahara and his followers, and stalled the abolitionist movement in a significant way. Most importantly, the atrociousness of these crimes made it difficult and even unrealistic for abolitionists to oppose the death penalty on Asahara, deemed to be the most heinous criminal in postwar Japan. In 2006, his death sentence was finalized, although he remains alive in the Tokyo Detention House.[184]

Another significant cause of the shift in public opinion toward the death penalty was a drastic improvement in the status and rights that criminal procedure in Japan granted to victims of crime and their family members. Before 2000, victims had not been parties to the criminal trial. However, a revision of the Criminal Procedure Law in 2000 authorized victims or their family members "… to state an opinion on the sentiments or other opinions relating to the case," even though the statements were not permitted as evidence, as they were very likely to contradict the presumption of innocence.[185] Subsequently, in 2007, another revision of the code permitted a victim of certain serious crimes (or a family member) to appear as "participating victim" in the trial and to ask questions of the accused and "… state an opinion on the finding of facts or the application of law."[186] It

184 He is reported to be in a state of complete insanity, and Article 479 of the Code of Criminal Procedure of Japan provides for a stay of execution to be granted if the condemned criminal is found to be mentally ill. Article 479(1) of the Code of Criminal Procedure states that "Where the person who has been sentenced to death is in a state of insanity, the execution shall be suspended by order of the Minister of Justice."

185 Article 292-2(1) The court shall, when a request is made by the victim or others, or the legal representative of such victim to state an opinion on the sentiments or other opinions relating to the case, have them state their opinions at the trial.

186 Articles 316-36, 316-37, 316-38 of the Code of Criminal Procedure.

is obvious that the purpose of these revisions was to protect and expand the rights of victims, a purpose at least partly achieved because since about 2000, it has been rare to hear the cry of "Murderer!" from abolitionists in the court. A core member of the abolitionist movement in Japan confesses that it has become too difficult to cry out in front of the victim's family who almost always demand a severe penalty on the accused (Yomiuri Shimbun 2013, 270).

3. Citizen Judge System and the Death Penalty

As I mentioned earlier, immediately before the Japanese government introduced the lay judge system in 2009, there were a number of predictions about how Japanese citizen judges would react toward death penalty cases. In fact, the result is quite interesting. While the annual number of death sentences imposed at district courts has dropped since its introduction, the percentage of death sentences pronounced on defendants who allegedly have killed only a single person has definitely increased. The former tendency is not surprising, because the number of reported serious crimes has dropped dramatically from 2002 until now, a social phenomenon also observed in many other developed countries. During the decade just before the launch of the lay judge system in 2009, the average number of death sentences handed down at the first trial was 12.3 per year; the average from the introduction of the lay judge system until last year was 4.3 per year. As clearly shown, the number of death sentences at the first trial decreased by approximately two-thirds after the introduction of the system (Justice Ministry 2015).

We can partly explain this with the decrease in the number of serious crimes tried under the lay judge system. During the eight years before the launch of the system, the average number of defendants that must have been adjudicated under the lay judge system was approximately 2,736 per year. However, there were only 1,452 defendants annually on average who were actually adjudicated under the system up until 2014, nearly half the number than before (Justice Ministry 2015). The number of defendants adjudicated under the lay judge system literally indicates the number of accused who have allegedly committed certain types of "serious" crimes,

and the decrease in death sentences after the introduction of the system reflects a significant reduction in major crimes in contemporary Japanese society. Therefore, the first tendency is not very exciting.

The latter tendency, or the increase in death sentences handed down to defendants who have allegedly killed one person, is more remarkable because before the lay judge system was introduced, professional judges in Japan were reluctant to pass the death sentence in a murder case that had only one victim. From 1999 to 2008, among the penalties in the sentences handed down to a murderer of more than three persons, 94% were capital punishment and 6% were life imprisonment. Regarding a murderer of two persons, 73% were sentenced to capital punishment and 27% to life imprisonment. However, regarding a murderer of one person, the ratio of death sentences is only 0.2% (Mori 2012, 21-22). This indicates not only a reluctance of professional judges to pass the death sentence on a murderer of only one person but also an automatic avoidance of death sentences in such cases. This tendency reflected a rather bureaucratic criterion in those days that attached much more weight to the number of victims, and the death sentence was arguable in a murder case with one victim only in special cases, such as a kidnapping murder with intent to demand ransom.

However, this tendency has drastically changed since the introduction of the lay judge system. Since 2009, there have been 138 murder cases with one victim where there was a demand for capital punishment or life imprisonment in a lay judge court, with four defendants sentenced to death to date. The ratio of death sentences on murderers of one person jumped from 0.2% before the launching of the lay judge system to 2.9% following its introduction.

What does this mean amid the overall decline of serious crimes in contemporary Japanese society? Do lay judges in Japan hand down more draconian sentences than professional judges? For a court consisting only of professional judges, the decision to hand down a death sentence is largely a matter of the bureaucratic application of uniform criteria that mainly take into account certain quantitative factors. These include the number of victims and the presence or absence of pecuniary motives, partly because

judges in Japan are professional bureaucrats without any democratic basis. For citizen judges, the question is whether a death sentence really delivers justice to both the accused and the victims of serious crimes. This means that capital punishment under the lay judge system requires the decision of ordinary citizens based on a clear sense of social values, not the bureaucratic application of the formal criteria for appropriate sentencing (Mori 2012, 14-17).

4. Do the Japanese Public Support the Kantian Argument for Capital Punishment?

One of the main reasons that the Japanese government retains a death penalty in the face of international opinion, particularly that of the European Union (EU), is the strong support that Japanese citizens have shown for capital punishment in recent opinion polls. I have shown that heinous crimes committed by, for example, Aum Cult and its members in the 1990s, seriously damaged public sympathy for the abolitionist movement in Japan. Moreover, in my view, the theoretical grounds for abolitionism presented thus far in Japan remain insufficient to convince supporters of the death penalty. It is quite interesting that Jacques Derrida, a self-acknowledged abolitionist, also admits that "abolitionist discourse, in its present state, seems … greatly perfectible, philosophically and politically fragile, also deconstructible." According to Derrida, so long as the Kantian justification of the death penalty that leaves aside the least utility is not deconstructed, abolitionists will be "conditioned by empirical facts and, in its essence,… situated within a logic of means and ends" (Derrida and Roudinesco 2004, 148).

As far as I understand it, the Kantian argument for capital punishment still partly resonates with the feeling of the Japanese public. I do not mean here Kant's strict application of lex talionis (the law of retaliation), for example, when he declares "[i]f he has committed murder he must die." Even though Kant allows "no substitute that will satisfy justice" in this case, the principle that every murderer must be executed is clearly unrealistic. Particularly after the Aum terror attacks, many Japanese people believe that there are some extremely heinous offenses in which, according to Kant,

"… there is no similarity between life, however wretched it may be, and death, hence no likeness between the crime and the retribution unless death is judicially carried out upon the wrongdoer" (Kant 1996, 106). If the term "retribution" sounds a little anachronistic, we may instead demand that the offender should claim and discharge "responsibility" for his own criminal act as a free and responsible person. The question here is whether some odious murderers can properly fulfill responsibility for their heinous crimes with imprisonment, however long. This point closely relates to a radical incommensurability between life and death, which Kant clearly indicated. We can appreciate this fundamental predicament when we realize that an apology or reparation to murder victims is no longer possible in this world. In other words, can a person who has trampled on the right to life of other persons without good reason claim the same right for himself? (Mori 2012, 237) As I discuss later, this is the greatest challenge that Kantian retributivism poses to contemporary society.

The opinion poll commissioned by the Cabinet Office in 2014 shows that 57.7% of the public believe that the death penalty acts as a deterrent to violent crime, even though this figure has decreased by 4.6% from five years ago. This suggests that the myth of the deterrent power of capital punishment is still dominant in Japan, but it seems to be waning slowly under the influence of objective evidence from other countries. Personally, I do not believe that the restraining power of the death penalty is one of the main reasons that the Japanese public generally support its retention, because they are also well aware that Japan is one of the safest countries in the world.

Instead, a major source of the stable support for the death penalty in Japan seems to me to be the strong public demand for substantive justice for heinous crimes. A typical example of heinous crime according to the Japanese public is Shoko Asahara, the leader of Aum Supreme Truth, and the movement's acts of terrorism. In my view, the serial terror attacks by Aum have played a very important role in shaping public sentiment about capital punishment in contemporary Japanese society.

5. Procedural Flaws of the Japanese Criminal Justice System

Shigemitsu Dando, one of the most famous Japanese abolitionists, presented the impossibility of preventing injustice as the decisive argument for abolitionism (Dando 2000, 7-12). In fact, four prisoners under sentence of death were acquitted after retrial, one after another, between 1983 and 1989 in Japan. These miscarriages of justice were caused by undue interrogations that had forced the suspects into making false confessions. Some might argue that the same kind of miscarriage has not taken place since then. However, as far as I know, there is at least one controversial case in which a death sentence was handed down based only on a large amount of circumstantial evidence, and the condemned was already executed in 2008. This is the so-called IIzuka case involving the abduction and murder of two seven-year-old girls in IIzuka City, Fukuoka Prefecture, in 1992. The condemned continued denying the charges right up until the execution (Aoki 2012, 224-63). Without even citing the well-known example of Britain, because miscarriages of justice in serious crimes apparently increase the risk of executing an innocent person, the existence of such a controversial case makes us inclined toward the abolition of capital punishment.

The EU Guidelines on Death Penalty adopted by the Council of the European Union in 2013 clearly state that the most compelling reason behind the idea of abolitionism is "human rights and human dignity," which essentially means that the death penalty violates the human right to life of the condemned. As a matter of course, human rights of condemned inmates can be threatened by capital punishment in aspects of both procedural law and substantive law. As regards procedural aspects, as I mentioned above, any criminal procedure has an irremovable risk of a miscarriage of justice that can lead to "the intentional killing of an innocent person by state authorities" (Council of the European Union 2013, 5). Shigemitsu Dando even argued that the execution of an innocent condemned person would be the utmost injustice that can ever be conceived (Dando 2000, 11).

Moreover, the Japanese criminal law system has some serious flaws that can work against the accused. First, as I mentioned earlier, a victim of

crime for some serious crimes (or a family member) can now appear as a "participating victim" in the trial and can "state an opinion on the finding of facts or the application of law." The serious problem is that there is no separation between the fact-finding and sentencing phases in Japanese criminal procedure. This lack of separation allows the essentially emotional statements of victims to influence citizen judges' factual findings. Some commentators claim that the system of a "participating victim" as it is in Japan undermines the right of the accused to be "presumed innocent until proven guilty" and therefore violates Article 37 of the Constitution of Japan that guarantees the accused "the right to a … public trial by an impartial tribunal" (Foot 2007; Johnson 2012).

Second, in our lay judge system, all guilty verdicts are decided by a majority vote that must include at least one lay judge and one professional judge, and this rule applies to the death sentence. In other words, Japanese criminal procedure does not require the unanimous agreement of judges to hand down a death sentence, which is argued to be incompatible with international human rights standards.

6. Human Right to Life According to the Humean Contractarian Ethics

However, the point that I want to make here is that with regard to capital punishment, procedural aspects and substantive aspects are distinguishable, and abolitionism has a questionable point in its substantive argument against the death penalty. According to the EU Guidelines on Death Penalty mentioned earlier, the most important substantive case against the death penalty is the human right to life guaranteed to any criminal defendant. Nevertheless, is the human right to life sufficient to establish the substantive injustice of the death penalty?

Thirty-five years ago, Robert Ewin, a philosopher at the University of Western Australia, drawing on the contractarian ethics of Thomas Hobbes, considered our right to life not as a natural right but as a social construct. To put it simply, according to Ewin, "[e]ach of us has contracted not to kill, so killing is an infringement of contract and therefore unjust" (Ewin 1981,

109). It is quite characteristic of him to compare the prohibition on killing people to the prohibition on promise breaking. These two prohibitions are "of the same logical sort" in that these rules are both constitutive rules of morality (Ewin 1981, 110). This means that these basic rules create social practices and that the existence of the practices logically depends on the rules. Obviously, the prohibition on killing people has a logical priority over the prohibition on promise breaking because we cannot profit from our social interactions without having life.

In fact, I am not a Hobbesian, but as a Humean, I agree with Ewin that the rule against killing people is, just like the rule to keep a promise and the rule to respect the property of others, an artificial virtue. In other words, I argue that all these rules are a product of "convention or agreement betwixt us"; that is, "a general sense of common interest" that leads us to regulate our conduct by the rules on the supposition that others will perform in the same manner (Hume 200, 315). In this sense, the rule against killing people is in fact a social construct, rather than a natural law, and the respect for the right to life of each individual is a requisite condition for the establishment and maintenance of society, that is, a peaceful circumstance of mutual collaboration.

This kind of contractarian ethics, whether Hobbesian or Humean, has the advantage of being able to explicate a suspension of basic norms in some specific circumstances because, according to this theory, the binding force of these norms totally depends on the "common sense of interest" (Hume 200, 315) shared by individuals. In general, we agree that killing a villainous aggressor to defend yourself or even others is both morally and legally justified and sometimes even called for. In other words, it is justifiable to kill in self-defense. The sudden suspension of this basic norm in some exceptions can be consistently elucidated by contractarian ethics, because it makes it clear that a specific condition in which some person is trying to kill me or my accompanying person(s) releases me from the obligation not to kill the aggressor.

The justification of self-defense provides a perplexing paradox. While a villainous aggressor is trying to kill you or your child with you, you are

legally justified in killing him, and this means that he forfeits his right to life during his attack because of his murderous intention. However, immediately after he has accomplished the murder of your child, he becomes the obvious suspect, and police power prohibits from revenge against him. Consequently, his right to life definitely needs to be respected in an abolitionist country. In this scenario, the aggressor, who had forfeited his right to life during his lethal attack, regains the right only because he has accomplished his murder. I cannot but feel uncomfortable with this conclusion.

7. Conclusion

I wonder whether this paradoxical scenario contributes to justifying the execution of an obvious perpetrator of the most heinous crimes, as far as the substantive aspect is concerned. There are certainly other important procedural factors to examine before deciding on the justifiability of capital punishment. And it is obviously true that any criminal justice system should continuously reform itself so as to eliminate procedural flaws and prevent unjust punishments. However, the question that I mentioned earlier never leaves my mind; that is, how can a heinous murderer claim his right to life after he has trampled on the exact same right of others without reason (Mori 2012, 237)? In other words, should Aristotelian corrective justice always give way to the right to life of an odious murderer? I suspect that this question continues to resonate with most of the Japanese public—even more so because while prisoners serving a life term live comfortably in an albeit small society behind fences, unlike their victims, they do so in this life.

References

Aristotle. 2000. Nicomachean Ethics. Trans. and Ed. R. Crisp. Cambridge and New York: Cambridge University Press.

Aoki, Osamu. 2012. Death by Hanging (Japanese). Tokyo: Kodansha.

Cabinet Office. 2015. "The Surveys on Attitude for the Capital Punishment System (Japanese)." November 2014. http://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-houseido/2-2.html.

Council of the European Union. 2013. "EU Guidelines on Death Penalty." https://eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/death_penalty/docs/guidelines_death_penalty_st08416_en.pdf.

Dando, Shigemitsu. 2000. Abolition of Capital Punishment (Japanese). 6th ed. Tokyo: Yuhikaku.

Derrida, Jacques and Elisabeth Roudinesco. 2004. For What Tomorrow: A Dialogue. Trans. J. Fort. Stanford: Stanford University Press.

Ewin, R. E. 1981. Co-operation and Human Values: A Study of Moral Reasoning. Brighton: Harvester Press.

Foote, Daniel H. 2007. Judiciary With No Name or Face (Japanese). Tokyo: NTT.

Hume, David. 2004. A Treatise of Human Nature. Ed D. F. Norton and M. J. Norton. Oxford and New York: Oxford University Press.

Inoue, Kaoru. 2008. Down With the Citizen Judge System! (Japanese). Tokyo: Shinchosha.

Inoue, K. and Kadota, R. 2009. Duel! The Citizen Judge System (Japanese), Tokyo: Wac.

Johnson, David T. 2012. "Capital Punishment and Japan's Lay Judge System (Japanese)." Aoyama Law Journal 5, 269-87.

Justice Ministry. 2015. "The Citizen Judge System" The 2015 White Paper on Crime (Japanese). http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_2_3_2_3.html.

Kant, Immanual. 1996. The Metaphysics of Morals. Trans. and Ed. M. Gregor. Cambridge and New York: Cambridge University Press.

Maruta, Takashi. 2004. The Citizen Judge System (Japanese). Tokyo: Heibonsha.

Mori, Honoo. 2012. Death Penalty and Justice (Japanese). Tokyo: Kodansha.

———. 2015. Arguments for the Death Penalty (Japanese). Tokyo: Chikuma Shobo.

Murai, Toshikuni. 2008. Introduction to Criminal Law and Procedure for Citizen Judges (Japanese). Kyoto: Horitsubunkasha.

Nishino, Kiichi. 2007. The True Nature of the Lay Judge System (Japanese). Tokyo: Kodansha.

Ohkubo, T. and Ikeuchi, H. 2009. Your Honor, That Wasn't the Deal! (Japanese). Tokyo: Shogakukan.

Takeda, Masahiro. 2008. To Know and Think About the Citizen Judge System (Japanese). Tokyo: Iwanami-Shoten.

Yomiuri Shimbun. 2013. The Death Penalty (Japanese). Tokyo: Chuokoron Shinsha.

SECOND DAY

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON JUDICIAL ETHICS

26 - 27 MAY 2017

FOURTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: JUDGES AND PROSECUTORS

Moderator: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Dean of the Faculty of Law, Ankara University

FIFTH SESSION

THE IMPORTANCE OF ETHICAL KNOWLEDGE IN LEGAL EDUCATION

Moderator: Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN

Acting President of the Turkish Philosophy Institution

SIXTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: LAWYERS

Moderator: Mr. Feyzullah TAŞKIN

General Director of Law Afairs, Ministry of Justice

FOURTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: JUDGES AND PROSECUTORS

Moderator

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Dean of the Faculty of Law, Ankara University

HOST

The esteemed participants, once again welcome to the International Symposium on Judicial Ethics. The symposium, which we started yesterday, continues with the sessions, in which very estimable persons give speeches. First of all, we are grateful to you all for your attention.

We hope that the symposium will be benefitial for all participants. Today, the symposium will continue in sessions, as well. We hope it will be effective and efficient as it was yesterday. We have an annotation that we should shre first.

So, we can start to our first session. The esteemed guests, the first session of the International Symposium on Judicial Ethics, will start soon with the subject of Judicial Ethics from Judges and Prosecutors' Perspective. We would like to introduce the moderator of the session. I am inviting Mr. Prof. Dr. Muharrem ÖZEN, the Dean of Ankara University's Faculty of Law, to the stage.

Also, we are inviting Joao Mauricio ADEODATE, from the Federal Pemambuco University of Brazil, to the stage.

Mr. Prof. Dr. Mustafa AVCI, an Academic Member of Selçuk University's Faculty of Law, is invited to the stage, together with Mrs.

Gökten KOÇOĞLU, the Judge of the Juvenile Court No. 2 of Ankara, and Mr. Prof. Tomasz STAWECKİ, from Warsaw University of Poland.

Mr. Moderator and the estimeed speakers, you can proceed.

Good morning everyone. I know there are people that I should show my gratitude before starting our speeches and session. I am sincerely appreciating this initiative of our Ministry of Justice, which gives an opportunity to bring together very competent people both from our country and abroad. I thank to Alparslan Azapağası, the General Director of the Department of Strategy Development, and all his staff for their efforts to bring us together with this event. I think these events, going on for two days, will contribute a lot to the personalization and gaining awareness about the judicial ethics by our judges and prosecutors, as it is the case in every profession.

I have been appointed as the Dean of the Faculty of Law at Ankara University, recently. However, I am the Chairmen of the Board of Ethics of Ankara for almost four years. We have made various on a platform, thinking that it will be benefitical for the functionalization of the ethical values not only for judges and prosecutors, but also all academicians and administrative personnel, and even the relation between academicians and students. We know that many normative regulations are accepted at the part of principles. Of course, justice must be evaluated neither more nor less. Doubtlessly, our approach to the concept of justice is affected by the attitudes and behaviors of the judges and prosecutors, who utilize this judiciary power. Therefore, I am gladly considering that they, mainly the Council of Judges and Prosecutors, are keeping the judicial ethics on the agenda and considering it a very important objective. I want to tell that I am honored. First of all, I want to ask Mr. Adeodato to start. You have 15 minutes, sir. I am sure it will be used in the best possible way. The stage is yours.

THE REALITIES OF LAW ARE THE WINNING NARRATIVES - BASIC THESES FOR A REALISTIC AND RHETORICAL PHILOSOPHY OF LAW

Mr. João Maurício ADEODATO
Recife´s Faculty of Law - Federal University of Pernambuco

Curriculum Vitae at http://lattes.cnpq.br/8269423647045727

Summary: 1. The Aristotelian reduction of rhetoric to persuasion. 2. A realistic critic on the Aristotelian rhetoric: 2.1. Three theses; 2.2. Three levels of rhetoric. 3. Conclusion.

1. The Aristotelian reduction of rhetoric to persuasion

The aims of this paper are indicated by the summary above: I will try to show how Aristotle's prestige changed the meaning of rhetoric in Western cultural tradition and to suggest a form of rhetoric that is closer to its original meaning in Ancient Greece and that also seems to me more adequate to the understanding of contemporary law.

Putting ethics in the root of the debate, Aristotle takes the platonic distinction between rhetoric and philosophy as a point of departure. He considers the sophistic impure exactly for bringing rhetoric into philosophy, confusing them. Nevertheless, Aristotle agrees with the sophistic as to the necessity to place rhetoric in the group of human studies which should compose the citizen's formation. Investigating rhetoric, although affirming that it is not possible to elevate it to the level of philosophy, Aristotle tries, through internal distinctions, to separate good and bad rhetoric, allowing and legitimating the former. For that his strategy was to put persuasion as

the aim of rhetoric, whose means were pathos, logos and ethos, a path that would guide and shape all rhetorical terminology of times to come.

And his example of bad rhetoric is precisely the forensic, whose arguments are the most sophistical and fragile of the three forms of rhetoric (besides the deliberative or political and the panegyric or laudatory genres), destined to move the spectator's emotions, manipulate proofs, win at any costs.

2. A realistic critic on Aristotelian rhetoric:

2.1. Three theses;

With this departing point in mind, three basic theses define the rhetorical way of thinking, which I call realistic rhetoric, applied to philosophy and philosophy of law. To name them I was inspired by the Hellenistic philosopher Sextus Empiricus, whose writings always have the word "against" in their titles.

First thesis: against ontological philosophers and Aristotelian rhetoricians. Rhetoric is a form of philosophy which is opposed to the dominant ontological trend but not to philosophy as a whole. Ontological philosophers took hold of philosophy up to the point that even rhetoricians came to believe that philosophy consists in the search for truth and thus that rhetoric must be separated from philosophy. But if one abandons the concept of truth, rhetoric is a form of philosophy, for philosophy is the search for wisdom (sofia), not for truth (alethea).

Second thesis: against ontological philosophers. Rhetoric cannot be reduced to a mere embellishment of the discourse - although this is one of its important functions - , and, even less, to an anti-ethical ornament to fool the unwary - in spite of this being one of its skills. In other words: rhetoric neither cares solely for the beauty and seduction of words nor uses them as instruments to a "bad" ethic. On the other hand, rhetoric shall not be opposed to action, as if it would imply not only an "empty" (without any content) game of beautiful words, but also of lies and half truths. Rhetoric sure generates and favors action.

Third thesis: against Aristotelian rhetoricians. Rhetoric does not only consist of persuasion, of the study and the means of sincerely convincing through discourse, it reaches far beyond that. Not even the strategic rhetoric - that is only one of its species, as will be argued here -, in which persuasion sure plays the most significant role, may be concealed to the persuasive methodologies. Among other means, which are strategic but not persuasive, rhetoric takes hold of authority, seduction, lies, enticement and threats of harm. Mainly in what concerns the forensic rhetoric.

I will now try to explain those theses dividing rhetoric in three levels, obviously also ideal types.

2.2. Three levels of rhetoric;

This tri-partition of the rhetorical perspective into material (dynamis), strategic (techné) and analytical (episteme) has a long tradition and may be traced to ancient rhetoric, Friedrich Nietzsche and Ottmar Ballweg.

The first of the three ideal types into which the rhetorical approach is divided here is the material rhetoric, more or less what common sense and traditional ontological philosophy would call "reality". It means that reality is created and shaped by the winning narrative, which is not necessarily based on persuasion and consensus and may also be obtained by many other means.

The material rhetoric does not imply that reality is subjective, at least in the sense of depending on each individual, quite the contrary. The greater or lesser degree of "reality" of an issue will exactly depend on other human beings, on the possibility of the public control of language. This is why, in certain environments, there are demons, black holes, quarks, superego and premonitions. Those control rules of rhetoric are conditioned, circumstantial, changeable and ambiguous, all right, but the material rhetoric is not arbitrary, language has a control function and exerts it by reducing complexity, therefore it cannot be wandering, under the will of each individual, it must present regularities; but as already said, those regularities are much variable, unpredictable, built for the demands of the moment.

I could get an example in modern law. A legal fact is a discourse that seeks to express a certain perception of a given eventual context. And the legal proceedings, like the child's play of the wireless telephone, and like life itself, consist of chains of narratives about other narratives. Coercive law strongly contributes to "make realities", because the version of the law is very likely to become the winning version. There we see how the real world is at the same time an empirical and a linguistic phenomenon or, as preferred here, rhetorical, and how language literally fabricates the real world and the human being itself.

Imagine a car crash with people badly hurt and other legally relevant criminal event, like a drunk driver. The police elaborate a narration about what they found on the spot, the police report, in which accounts of witnesses may be included, accounts that may differ from each other, due to heterogeneous perspectives and perceptions and so on.

Then the Chief of Police receives this document and composes his own narrative, the so called criminal investigation, for which he may consider it important to hear the witnesses again, who, having gone some weeks or months since the experience, will tell different stories from the ones they themselves told the police on the spot of the accident. So the criminal investigation is sent to the District Attorney, who will produce another story, the accusation or criminal charges - if she considers there is enough evidence of guilt - enriched by many other elements that were absent in the prior discourses.

While the judge is elaborating his own narrative to process the indictment, after receiving the files of the case from the District Attorney, perhaps again many months later, he may well have other elements, hear witnesses, policemen, new arguments… When there are juries, many more differences will appear in the proceedings, when witnesses, police, attorneys and lawyers will construct their versions in public.

About the "real" event, in the common sense attributed to the expression, nothing could ever be said. Naturally, for there is no real event.

The obstacle to the perception of this state of the art seems to be the inclination, almost a biological necessity of human beings, for truth, the metaphor of all metaphors, the one that would eliminate the distance and perhaps the very difference between words and things, an anthropological impulse that would come from basic instincts of the species. Hence the domination of the ontological philosophies, philosophies that defend external criteria, put "in front of" the subject - so "ob"-jective - as patterns of reference to ethics and knowledge.

Strategic rhetoric consists in the whole of knowledge and strategies chosen with the goal of conforming the material rhetoric; interfere on it by establishing directives to it, determining how it "ought to be" - or how it "should be" according to the speaker. Strategies refer to orientations to obtain goals, means to ends, thus they are normative. The dogmatic knowledge for success in legal practice does not escape the rule. And those strategies in "real life" and in "real law" cannot be reduced to persuasion, they may also be illegal and dominate over the narratives proposed by the government and its dogmatic law, as it does in peripheral developing societies.

So this rhetorical approach consists of strategies for the construction of reality, while the material rhetoric is its target and object of observation. Both rhetorical dimensions are normative, pragmatic and teleological. The strategic rhetoric observes how the material rhetoric has functioned, the successful strategies that work in it, and builds topoi catalogues, doctrines, theories, in order to make certain views about the environment appear as "the" world, their truth being nothing more than privileged narratives that may obtain more belief and adherence than others. Efficacy is its pattern. And those methodologies can be taught, they encompass topics, theories of argumentation, theories as to status, figures of language and style and, in the study of modern law, the doctrines of the legal dogmatic. They apply the topoi that appear more frequently in a discourse, they know which methods provoke this or that effect, how rhetorical commonplaces are worked on, which tactics, words, gestures and so on produce the desired effects more efficiently.

The analytical study of the material and strategic rhetoric does what I am seeking in our research group: to describe how language constitutes reality, although common sense makes us believe that reality is independent of language. To a rhetorical philosophy language expresses the world of human beings, a collective solipsism that gives them their own self-referent reality. Language turns ghosts, witches, quantum physics and meteorology into reality and makes Pluto a planet or not, creates pulsing quasars, astrology and the differences between animals and viruses.

The analytical rhetoric aims at the concurring strategies and the winning narratives, emphasizing their interrelations as its object of focus. It extends the traditional bipartition of language in meta-language and object-language to a tri-partition that intends to stress the differences between the strategic and the analytical rhetoric - although they are both reflexive, that is, meta-languages -, between the skills involved in changing reality and the more withdrawn and neutral knowledge of it. The analysis also intends to describe the situation of human knowledge itself, once science is also a linguistic meta-agreement about a common linguistic environment that is also agreed about.

As long as it seeks to study not only the material rhetoric but also the strategies that try to direct the chosen discourses, the analytical rhetoric avoids the confusion between the empirical and normative approaches in studying law and ethics in general, a confusion that leads many legal theories to defend that law "is" what their authors think it should be or that it unfolds and progresses in a direction supposedly detected by them, caught in its fundamental essential rules. Those ways of seeing the world, no matter whether their defenders know it or not, do not contemplate, they intend to change reality; so they are strategic, not analytical. They sure are legitimate, as long as they do not mix up entirely different perspectives. This confusion is likely to hinder communication.

It is important to insist upon this difference between the normative/ prescriptive and the empirical/descriptive approaches in the study of law. The argumentation of the strategic rhetoric relies on circumstantial conditions of diverse capacities meant to influence other peoples' behaviors,

differences in power to obtain results, running from sincere persuasive agreements and arguments of authority to fooling with lies and threatening with violence. The old deceptive and misleading fame of rhetoric comes from this strategic facet, for its objective would not be truth or justice, but instead the leading of auditors to conducts desired by the orator. As already mentioned, this sophistical desideratum is very important, but rhetoric shall not be reduced to it.

The realistic rhetoric thus combats relevant trends in tradition, as already said above, although also based in other old and marginal tradition. Through the concept of material rhetoric it intends to be a philosophy, describing how our environment is constituted by language and nothing but language. Considering its strategies only a part of rhetoric, although a very significant one, the realistic rhetoric contradicts its traditional ontological adversaries, to whom the knowledge of rhetoric serves only to embellish the discourse, to seduce and fool the unwise and innocent. Finally, with the analytical approach, including other ways of constructing discourses, the realistic view follows some of the sophists and keeps away also from the dominant Aristotelian tradition of rhetoric as the wisdom of persuasion. Both ontological philosophers and Aristotelian rhetoricians fall in the metonymy of reducing rhetoric to its strategic level.

3. Conclusion

My thesis is that a realistic rhetoric must also consider alternative paths that a speaker may use to enforce his discourse, besides sincere convictions. It aims to investigate all strategies that occur in human communication and that have began to be unveiled by the Sophists, such as seduction, irony, lie, threat, simulation, concealment, hypocrisy, bluffing and so on. This is important, especially for philosophers interested in law, because it seems naive or at least idealistic to reduce legal reasoning only to persuasion, as do most contemporary argumentation theories. Our research group tries to detect and analyze all those possible strategies and figures that come across in juridical texts like statutes from the executive, judicial decisions, the law itself and so on.

This success of ontologies as search and defense of truth has several explanations and profound roots, which can be tracked, such as an atavistic need for security, from an anthropological point of view; the desire to control ethical diversity by the very successful idea of monotheisms, alls gods but mine are false, from a historical and political perspective; or the extraordinary mastery of a hostile nature by science, with regard to technique. It is not hard to imagine how formidable foes safety, religion and science are.

MODERATOR

I sincerely thank to our speaker for making very important explanations. He put forth a very important philosophical background. Again, to utilize the time, I will follow the schecdule, and leave the stage to Prof. Dr. Mustafa AVCI. The stage is your my esteemed colleague, I will be very glad, if you explain your thoughts within 15-20 minutes.

ETHICS OF JUDGESHIP ACCORDING TO MECELLE[1]

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Selçuk University Law Faculty of Law

Thank you dear moderator.

Dear participants, I want to begin to my speech by expressing my thanks and respects to you, esteemed audience, and the officials of the Ministry of Justice, who gave me this opportunity to explain my thoughts by organizing this symposium on such an important subject as the judicial ethics.

I will make a presentation on the subject of judicial ethics, according to the Ottoman Code of Civil Law. The Ottoman Code of Civil Law is a text that was put into execution part by part, as it was prepared between the years of 1868 and 1876, it can be called as the Code of Civil Law. Although it was the Tanzimat Era, the text was prepared by referring to jurisdiction, and to even the official sect, Hanafism; it is a law, which was highly developed for its tim, and which contains provisions that we can still benefit from.

I. INTRODUCTION

The settlement of disputes among people, prevention of violations of rights, elimination of victimization and punishment of criminals are necessities for living together. The recognition of the right of the individual to receive in person his/her right that he/she believe to be violated means deterioration of public order and the domination of anarchy. The resolution of the disputes through arbitration and reconciliation does not always give the expected result, since it does not carry the enforced sanction and public

1 The paper presented in the International Judiciary Ethics Symposium organized by the Ministry of Justice in Istanbul on 26-27 May 2016.

support behind it. For this, there is a need for an institution with public authority and sanctioning power who protects the weak, distinguish the right and the wrong and give back to anyone his/her right that has been violated. This institution is Judiciary.

Although the noun phrase ""Edebü'l-kādî" used in classical fiqh doctrine referred to the rules that the judge had to comply with and the good behavior expected from the judge in a narrow sense, it has become the name of a special discipline in the Islamic law literature which deals with issues related to judge, judicial procedure and judiciary.[2]

Kazâ (article. 1784) which is defined as "judgement and judgeship" shortly in Mecelle is defined by the Islamic Jurists by generally emphasizing the meaning of judicial jurisprudence as "duly settlement of the disputes between people", "implementation of the religious provisions to the disputes between people by the person who has the judiciary power"; it is sometimes defined by emphasizing the judicial decision as "judgment that a person with jurisdiction power has given and that the parties have to obey".[3]

The ultimate goal of the judiciary is to realize justice. Because of its ultimate purpose, the term "judiciary" has become identified with the Word "justice" over time, and the term "Justice Institution" was used instead of the term "Judicial institution". In the Islamic Doctrine, securing the justice is deemed as the most virtuous worship after the faith, and the judicial duty is considered as sacred.[4]

II. JUDGESHIP PROFESSION AND ITS IMPORTANCE

The definition of judge in article 1785 of Mecelle is as follows: "Judge is a person assigned by the competent state body in order to solve the disputes between people in accordance with legal procedures."

2 Öğüt, Salim, "Edebü'l-Kadı" *DİA*, C: 10, p.409.

3 ATAR, Fahrettin, "Kaza [The Judiciary]" *DİA*, C: 25; p.114.

4 ATAR, p.115.

Mohammad the Prophet stated that the responsibility of the profession of judgeship was great,[5] that those who adjudicated on disputes among people should be afraid of the God and should not make decision when they were under the influence of conditions such as hunger, thirst, anger,[6] that the God would damn those who give and accept bribe in the judicial work[7]; he also informed people that the God would be with the Judge unless the judge acts unfairly and they would be accepted to the heaven and that those who acted unfairly although they knew the truth would be sent to the hell.[8]

There are some rules (âdâbü'l-kâdî) that must be followed by the judge when performing his/her duty in order for the proceeding to be performed properly and for the decision to be rightful. The judge must act fairly and equally against each party in all respects during the trial, and he should not make decisions when he is under the influence of conditions such as anger, sadness, excessive hunger, thirst, and sleepless that may prevent him from think clearly.[9]

In a letter he sent to the Governors of the states of provinces, Khalifa Omar states that:" Assign those who are "Salih (competent and diligent)" and "Muttaki (one who is afraid of the God)" as judge, and pay them enough salary."[10]

It is natural that the judgment reflects the integrity of the judge's personality and the subtlety and sensitivity of his intelligence rather than reflecting his knowledge. Impartiality of judge is more important than his perception and perspicacity.[11]

---

5 Ebû Dâvûd, *Akdıye*, 1; İbn Mâce, *Ahkâm*, 1.

6 Müslim, *Akdıye,* 16; İbn Mâce, *Zühd*, 1.

7 Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/287-288.

8 İbn Mâce, *Ahkâm*, 3; Tirmizî, *Ahkâm*, 1.

9 ATAR, p.117.

10 HAMİDULLAH, İslam Peygamberi [Prophet of Islam], p.781, No:1577.

11 HAMİDULLAH, 1563.

III. QUALIFICATIONS OF THE JUDGE

Article 1792 of Mecelle lists the qualifications of the judge as follows. The judge must be;

- Hakîm (intelligent, fair and righteous),
- Fehîm (considerate, open-minded, knows fiqh, sunna, literature and traditions),
- Müstakîm (Correct, non-fraudulent, non-stubborn, doesn't accept bribes and gifts)
- Emîn (credible, knows the unfairness and betrayal)
- Mekîn (dignified, not wanton)
- Metîn (unshakable, not being influenced, benevolent, serious, calm).

IV. MECELLE AND THE ETHICS OF JUDGESHIP

A. MECELLE

Mecelle is an incomplete Ottoman Civil Code that was prepared based on Islamic law between 1868 and 1876, which contains mainly the principles of code of obligations, law of property and law of civil procedure.

Because there was no law on the civil procedure to be followed by nizamiye courts in the period when it was prepared, the provisions on these issues were included in Mecelle.

The sixteenth book of Mecelle having ""Kitabü'l-Kaza" title is about the procedural law (article1784 et seq.). The first chapter of this book was related to the judges; articles 1792-1794 are about the qualifications of the judges and articles 1795-17999 are about the ethics of the judge.

Ethics of the judgeship, which is the subject of this study, is summarized in eight articles in Mecelle. Among the articles that have provisions about the judgeship (article 1800 et seq.), there are some articles related to the judicial ethics such as article 1808 that regulates the additional

duty ban, article 1812 that prohibits the judge to make decision under the conditions preventing him from thinking clearly, article 185 that prohibits the comments reflecting bias.

B. ETHICS OF THE JUDGESHIP

When it comes to ethics of the judgeship, first of all, judicial independence and judge's impartiality come to mind.

1. Independence of Judge-Judiciary-

Independence means being free and not taking orders. It is unlikely that a non-independent judge will make an impartial decision. The independence of the judge is achieved by not being under any influence outside the court.[12] The most important element of judicial function is the judge. However, the judge is not the master of the judicial activity but the servant. Therefore, independence does not give the judge the freedom to behave arbitrarily.[13] When making decisions, the judge should not be under influence (independence), should be fair and should not delay the judgement.[14]

Most of the Islamic scholars also pointed to the position that the judiciary has in the functions of the state by stating that the judges were not

12 CENTEL, Nur, Hakimin Tarafsızlığı[Impartiality of Judge], İst.1996, p.5-6.
It is stated that in order to mislead Mohammad the Prophet and lead him to make a wrong judgement, a group of Jewish leaders said: "O Mahammad! You know that we are the intelligent and rich people of the Jewish community. If we became obedient to you, all Jewish people would become obedient to you as well. Now, there is a case between we and our opponents, we will bring the case in front of you and you make a decision in favor of us. If you do so, we will believe in and affirm you." Mohammad the Prophet rejected this immoral proposal; following this event the following verse was received: "And judge between them by what Allah has revealed. Do not follow their inclinations, lest they tempt you away from some of what Allah has revealed to you…" Al-Ma'idah, 5/49, the Way of Koran, II/230-231. The verse is related to the independence of the judiciary, ASLAN, Yargılama Etiği [Judiciary Ethics], p.118 et seq.

13 CENTEL, p.13.

14 İBN AŞUR, p.308-323.

working in the name of the Khalifa, but in the name of the public, therefore the functions of the judges would not end with the separation of the Khalifa. From the earliest times in the Islamic states, judicial institutions have had a distinguished place among state institutions; although the assignment and dismissal of the judges were dependent on the will of the head of the state, they operated independently from the political will in terms of functioning and realizing justice.[15]

In Islamic law, Justice was given great importance and it was accepted that the judge cannot be intervened while performing his judicial tasks. Heads of state did not intervene in the decisions of judges; they were tried in the same way like ordinary people during the proceeding of the cases filed against them.[16] The judge also judges the president who assigns him. For example, Abu Yusuf ruled the case between Harun Reşit and a Cristian person, and ruled against the Khalifa.[17]

Judicial independence is an important guarantee for the judge, but it does not give him the right to act arbitrarily. The judge must act in accordance with the rules of ethics. The independence of the law does not mean that it is unlimited and unbounded; judicial independence must, of course, be bound by law, and the judge should be supervised. However, the supervision should be such that it does not harm judicial independence and should be carried out by independent and impartial bodies.[18]

15 ATAR, p.115.

16 ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı[Independence of Judiciary]", p.231, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

17 İBN ABİDİN, (Translation) XII/155.

18 ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı [Independence of Judiciary]", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

Ottoman kadis were totally free in their judgements and acted according to their conscience.[19] Even the Sultans could not behave in a way that would lead to the suspicion about their impartiality. Molla Fenari, kadi of Bursa province, rejected the witnessing of Bayezid I who did not pray together with the community stating that a person who didn't obey the rules of the God could be careless about protecting the rights of God's servants,[20] Sultan Mehmed the Conqueror was tried in front of kadi Hızır Bey.

Article 86 of Kanun-ı Esasi (The Constitution) dated 1876: "Courts are free from any intervention."[21]

Article 81: "Judges that are assigned and authorized in accordance with the special laws cannot be dismissed; however their resignation is accepted. The promotion, re-assignment, retirement and dismissal due to be sentenced for a crime are subject to the provisions of the special law; and the qualifications of the judges and judiciary officers are determined by this law."

---

19 Conscience is the ability that an individual has to judge and make decision about the moral authority, moral values and actions… According to the Qur'an, thanks to its conscience dimension, the human soul has the authority to inspect himself and award or punish accordingly (Al-Anbiya 21/64; An-Naml 27/14). The term "galîzu'l-kalb" (Harsh in Heart) in the verse Âli' Imran 3/159 can translated into Turkish as "unmerciful, conscienceless."
Hadiths telling that good work gives peace to the heart and bad behavior disturbs it (Müsned, IV/182, 227, 228; Müslim, Birr, 14-15) points that a human has a clean conscience. DEMİR, Osman, "Vicdan[Conscience]" *DİA*, C:43, p.101.

20 Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, p.19.

21 Based on the provision of article 1800 of Mecelle which states that: "Hakim, taraf-ı Sultani'den icra-yı muhakeme ve hükme vekildir(The judge is authorized by the Sultan to rulet he cases and make judgement).", it was argued that the judges were not independent. ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu [Judge's Criminal Responsibility], Ank.2004, p.52. However, this article is about the assignment of the judges, not their independence. The fact that the judge is an agent of the Sultan does not prevent the judge from making decision against the Sultan. Indeed, Kadi Sureyh made adecision against Khalifa Ali in the case between Khalifa Ali and a Jewish person. ALİ HAYDAR, IV/440.

According to Article 48 of Teşkilat-ı Mehakim Kanunu (Law on the Organization of the Courts) dated 5 June 1878 (1295), judges cannot be assigned to any post without their consent and they cannot be dismissed.

2. Impartiality of Judge

The Concept:

Impartiality means objectivity, not taking a side, being free from own personality (not being prejudiced). Since the task that the judge performs is very important in the eyes of Muslims, completeness of his character and inner beauty should be taken into consideration rather than his knowledge when they are about to be assigned. The impartiality of the judge is more important his intelligence.[22]

According to Khalifa Ali, judge should be incorrupt and mild-mannered, should know the events before himself, should consult with the scholars, should seek for God's sake, should not be afraid of being condemned and should not bend the knee to the threats.[23] In a letter that he sent to Eşten Nahai, Khalifa Ali stated that the judge must be the most valuable person of the community, should not be bored by his task and should not be intractable, should not insist on his faults, should not be niggard, should not make decision without understanding the problem clearly, should make decision based on the evidence, should not be got spoiled with the praise, should not behave contrary to the normal for benefit and excitement.[24]

The judges must be fully impartial and have to protect equally the interests of the claimant and the defendant (Mecelle, article 1799). In the Qur'an, in the case of witnesses, deviations from justice are forbidden even if they are in favor of the people closest to them and their loved ones:

22 HAMİDULLAH, No: 1563.

23 BEYHAKİ, Sünen, X/110, cited in ASLAN, p.44.

24 SAVA PAŞA, I/222.

"O you who have believed, be persistently standing firm in justice, witnesses for Allah, even if it be against yourselves or parents and relatives." (An-Nisa, 4/135)

The verse forbidding to take side is as follows: "O you who have believed, be persistently standing firm for Allah , witnesses in justice, and do not let the hatred of a people prevent you from being just. Be just; that is nearer to righteousness. And fear Allah; indeed, Allah is acquainted with what you do." (Al-Ma'idah, 5/8).

a. Guarantees for Impartiality

1) In article 1808 of Mecelle, it was stated that the judge cannot make judgement about persons with whom he has lineal kinship, his spouse, partner, private employer and those who lived with the help of him.

2) It is forbidden for the judge to make jokes and trading during the trial(Mecelle, article 1795), because this kind of jokes may damage his greatness and lead to his falling from people's grace.

3) The judge cannot accept gifts, for the gifts are presented to the judge to lead him to make decision in favor of the person who presents the gift or to obtain a benefit from the judge (Mecelle, article 1796).

Gift is described as an object given or sent gratuitously to a person (Mecelle, article 834). Human inclined to the person who gives gift to him. This extinguishes the light of wisdom. Judge can accept gifts only from his relatives such as father, brother, sister, aunt.[25] He can accept the gifts from the person that he used to give to and accept from gifts on condition that the gifts are similar to those who sent to him before becoming a judge.[26] If the gifts are more valuable or frequent than they used to be, judge can accept these gifts on condition that his relative or the relevant person with

25 BİLMEN, VIII/215-216, No: 36.

26 He can accept gifts from close relatives and the persons who he used to give to and accept from gifts before becoming a judge. Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Translation, Dersaadet, 1314, p.296.

whom the judge used to send to and accept from gifts have no case in front of the court. If they have cases or if they start to present more gifts than it used to be, the Judge cannot accept these gifts.[27]

In the Ottoman State, Judges (kadis) could accept the gifts sent by kadi-ul asker and shaykh al-islam who had the authority to assign them.[28]

With Penal Code on Tarik-i İlmiyye, it was forbidden to accept Money, jewelry and valuable objects as gifts;[29] it was also stated that the goods that are normally given to each other as gifts such as oil, honey, slave, concubine, horse, sheep, lamb can be accepted and given as gift.[30]

4) Judge cannot participate in the banquets organized by the parties (Mecelle, article 1797): Judge cannot participate in the private banquets even if the banquet is organized by his close relatives or a person who the judge used to participate in banquets. Judge can participate in the funerals of those who are not a party to a case at the court and he can visit the persons who have no case at the court.[31]

5) Judge should not be in attitudes and behaviors that can lead to misunderstandings and accusations such as hosting only one of the parties to the case at his home, being alone with a person at the court hall or home, pointing with either hand, eye, or head to one of the parties, telling

27 İBN ABİDİN, V/372 et seq. Khalifa Omar didn't accept the gifts sent by public officers and sent them to the treasury. ALİ HAYDAR, IV/433. Ömer b. Abdülaziz instructed the public officers to send the gifts that sent to them for their official tasks. BARDAKOĞLU, "Hediye[Gift]", p.152.

28 ALİ HAYDAR, IV/433-434.

29 For the text of the Law see ÇADIRCI, p.153.

30 VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat [Civilization Movement and Tanzimat]", Tanzimat I, MEB, İst.1999, p.171-172.

31 Kuduri Translation, p.296.

something secretly one of the parties or in a language that the other party does not know (Mecelle, article 1798).[32]

6) It is one of the important duties of the judge to treat the opponents equally in court. He has the opponents seated in same places and address them in the same way.[33] He should take it as principle to treat the parties equally when pointing and looking at them.

Mohammad the Prophet stated that "When one of you takes on the judicial duty, he should treat the parties equally in terms of having them seated, pointing to them and looking at them. He should not raise his voice against just one of two opponents!",[34] and emphasized that the protection of the parties' confidence in the judiciary was as important as the impartiality of the judge and the fairness of the judgement.

Judge is forbidden to get angry with or raise his voice towards only one of the opponents or smile at one of the opponents while making a wry face to the other. Judge cannot stand up as one of the parties enters the court hall. Judge cannot compliment and serve only one of the parties.

---

32 As a consequence of the principle of impartiality, the judge must not communicate with parties or parties' representatives outside the courtroom. İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri [Judiciary Independence and Code of Conduct of Judges from Judicial Confidence Perspective], İst.2008, p.84.
If the court receives such a private communication request, it is important that it ensure that the other parties concerned are fully and promptly informed about this communication. Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, p.62, pr.64.
It is stated in the provisions applied in the USA that if the judge communicates with one of the parties to the ongoing case without informing the other side and if the judgement of the judge given at the end of the trial has been formed based on this communication, the judge will be subject to disciplinary punishment including dismissal. İNCEOĞLU, p.84.

33 This issue is emphasized also in "Tarik-i İmiyeye Dair Ceza Kanunu(Penal Code on Tarik-I İlmiyye)" dated 1838. For the text see. ÇADIRCI, p.153.

34 DÂREKUTNÎ, IV/205.

Judge cannot suggest evidence to the parties,[35] fort his may lead to suspicion about the impartiality of the judge. Judge cannot ask witness such questions: "din you mean….?" According to Abu Yusuf, he can ask explanatory question in order to create an opinion, however he cannot lead the witness to a certain way.[36]

7) The ban on explaining the opinion about the case (Prejudge): "Judge does not explain what will be decided before the judgment." (Mecelle, article 1815). Because explaining his comments on the case before the judgement lead to suspicion about judge.[37]

8) In the classical period of the Ottoman State, the application of "şühûdü'l-hal" is remarkable as an auxiliary mechanism for ensuring judicial independence and impartiality.[38] In general, the presence of a delegation consisting of the prominent persons of the territory created a wall of protection against interventions to the proceeding from different sources, and it was also acted as a supervisor of the impartiality of the judge. That this delegation was assigned by kadi and that it was required to consist of reliable and honest persons made " şühudü'l-hal" important in terms of impartiality and independence.[39]

In Penal Code of Tarik-i İlmiye dated 1838, the principles to be observed in judges' appointments were included, and the obligation of the judges "to be impartial" was emphasized by stating that judges would make decisions without making discrimination between the parties, not with embezzlement and bribery.

35 Kuduri Translation, p.296.

36 ALİ HAYDAR, IV/438.

37 ALİ HAYDAR, IV/461.

38 ASLAN, p.135-145.

39 ASLAN, s.72, ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı[Independence of Judiciary]", s.234, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

V. CONCLUSION AND EVALUATION

Only Qualified judges act in accordance with the ethics of judgeship described above. Qualified judge is selected among qualified lawyers.

The origin of the Word "hukuk" is "right (hak)". Law serves justice (adl). "Hak" and "adl" are names of Allah. A good lawyer should be aware of the fact that he /she serves the God.

A good lawyer must be aware of the importance of his job: The judge should not forget that he is sitting at the posts of the prophets and is the representative of the Prophet.

A good lawyer must have faith: He should be aware that he is a human, he should not see himself as if he was God, he should be aware of the fact that he will be held accountable in the great court afterlife.

A good lawyer must be well-behaved: He/she should be modest and respectful; should not dogmatize on issued he hasn't knowledge on and should ask someone who has knowledge, should only base on the truth, should accept the truth based on the evidence (shouldn't be stubborn), should give the tasks to the talented persons, should be facilitative, should not be manipulative, jealous, sinner and should not misled the facts.

A good lawyer should be knowledgeable: He/she should have knowledge of our own values (history, sociology, etc.), real and formal sources of law; should have ability to fill gaps and the skills to prepare legislation.

A good lawyer should be a wise person: He/she should turn the knowledge into implementation and the theory into practice.

Law education in our country is inadequate. To be a good lawyer, one must take all of the education of law, theology, history, sociology and psychology; or at least lawyers should acquire these formations as a sub-branch of law education, those who have acquired these formations should be given priority to be assigned as judges.

REFERENCES

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı [Comparative Islam and Ottoman Law Collection], Diyarbakır, 1986.

ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (d.1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, 1330.

ASLAN, Nasi, İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri [Judicial Ethics and Priciples in İslamic Law], Ank.2005.

ATAR, Fahrettin, "Kaza [Judiciary]" DİA, C: 25; s.117.

BARDAKOĞLU, Ali, "Hediye [Gift]", DİA, C:??, s.152.

BİLMEN, Ö. Nasuhi (d.1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975.

CENTEL, Nur, Hakimin Tarafsızlığı [Impartiality of Judge], İst.1996.

ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi [Kadi Institution during the proclamation of the Tanzimat in the Ottoman Empire and the Penal Code of Tarik-i Ilmiyye dated 1838]" Tarih Araştırmaları Dergisi, C:XIV, S:25 (1982), p.153.

DEMİR, Osman, "Vicdan[Consicience]" DİA, C:43, s.101.

Emin Şerif Paşa, Kuduri-i Şerif Translation, Dersaadet, 1314.

HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi[Mohammad, the Prophet of Islam] (Translated by S. Tuğ) İst.1980.

İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi [Philosophy of Islamic law] (Translated by V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988.

İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri [Judiciary Independence and Code of Conduct of Judges from Judicial Confidence Perspective] [Judiciary Independence and Code of Conduct of Judges from Judicial Confidence Perspective], İst.2008.

KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir[The Way of Quran, Turkish Translation and Comment], DİB Yayını, Ank.2003-2004.

ÖĞÜT, Salim, "Edebü'l-Kadı" DİA, C:10, p.409.

ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu[Judge's Criminal Responsibility], Ank.2004, p.52.

ÖZKORKUT, "Yargı Bağımsızlığı [Judicial Independence]", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2362.pdf

SAVA PAŞA, (ö.1904), İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt [A Study on Islamic Law Theory], (Translated by B. Arıkan) Ank.1955.

Taşköprülüzâde İsameddin Ahmed Efendi, eş-Şekaiku'n-Numaniyye, Beyrut 1975, p.19.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketi ve Tanzimat [Civilization Movement and Tanzimat]", Tanzimat I, MEB, İst.1999, p.171-172;

MODERATOR

I thank a lot to Prof. Dr. Mr. Mustafa Avcı. He very correctly stated the qualities, characteristics, profiles of judges both in the Islamic Law and in the Ottoman Empire, by also taking Mecelle into consideration. In the conclution, he emphasized what should be the qualities of a judge, at the present time. His last statement is the part, which I heartily confirm. The education at the faculties of law is insufficient. It is also a very accurate approach that those, who inclined to the profession of judgeship after being trained in the side-fields like psychology, history and sociology. I thank to the professor.

Our Third Speaker is Gökten KOÇOĞLU, the Judge of the Juvenile Court No.2 of Ankara. We worked together for different periods of time with Mrs. KOÇOĞLU. I am glad to be together again. The decrees of the judges will be both justified and brief. Therefore, I believe, she will use the time in the best possible way.

PROFESSIONAL ETHICS IN JUDICATURE

Judge Gökten KOÇOĞLU
Judge of the Juvenile Court No.2 of Ankara

There are various rules regulating social life, which can be classified as religious rules, moral rules, legal rules and rules of good manners. These are rules which set the relationships between people living in a society and they may subject to variations depending on time and need, except for religious rules. Whereas, rules of ethics which can be defined as the law of moral rules are not easily subject to change.

Ethics, which can be described as the fundamental philosophy of moral rules that are usually applicable in daily life in a certain field of profession or an area of activity is, in a sense, the law of moral rules guiding behaviors of the mentioned profession by manifesting abstract concepts regarding such profession or activity.

The ethics of law, which is a discipline of philosophy exploring the moral aspect of law, can be defined as a set of moral values to ensure the rule of law and justice in legislation, enforcement and supervision of provisions of law.

The ultimate objective of law is to ensure justice. Justice is pursued not only in legislation but also in enforcement of law. We can talk about the ethical values of law as long as this is a fair process.

No matter how perfect the applicable laws are within a country, a failure in enforcement of such laws in compliance with the principles of fairness, equality and integrity in terms of enforcement officers and with human rights and law will inevitably result in an unrest in that society.

The enforcement, observance and protection of the rules of law is the duty of every individual living in that society, not only of the law enforcement officers.

Legal ethics is universal, it contains fundamental principles of law, aims at realization of rights and freedoms, statutory requirements, the rule of law and democracy and it is of binding nature; all of these can be considered as the characteristics of legal ethics.

Every profession has ethical rules. Whereas, in terms of the rules of professional ethics in judicature, which is the our subject matter, it is important to emphasize a number of principles which include independence as the primary principle, as well as impartiality, truthfulness, integrity, equality, values of competence and merit, and professional dignity.

In this sense, special emphasis should be placed on professional ethics as a subject and related courses should be lectured at Schools of Law and the Academy of Justice where judges are trained.

Article 9 of the Constitution of the Republic of Turkey stipulates that judicial power shall be exercised by independent courts, and article 138 stipulates that judges shall be independent in the discharge of their duties; they shall give judgment in accordance with the Constitution, law, and their personal conviction conforming with the Law; that no organ, authority, officer or individual may give orders or instructions to courts or judges relating to the exercise of judicial power, or send them circulars, make recommendations or suggestions.

It is recognized in article 6/1 of the European Convention on Human Rights to which Turkey is a contracting party that; in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

The UN Bangalore Principles of Judicial Conduct, signed by our country as well as forty other countries, are grouped under the main titles

of independence, impartiality, integrity and propriety, equality, competence and diligence.

Independence: Judicial independence is a pre-requisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial; a judge shall therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects. A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason. A judge shall not only be free from inappropriate connections with, and influence by, the executive and legislative branches of government, but must also appear to a reasonable observer to be free therefrom.

Impartiality: As impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office, it applies not only to the decision itself but also to the process by which the decision is made,

- A judge shall perform his/her judicial duties without favour, bias or prejudice; ensure that his/her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary; and shall not knowingly, while a proceeding is before, or could come before, the judge, make any comment that might reasonably be expected to affect the outcome of such proceeding.

Integrity: Integrity and propriety are essential to the proper discharge of the judicial office.

- A judge shall ensure that his/her conduct is above reproach in the view of a reasonable observer,

Propriety: A judge must accept personal restrictions that might be viewed as burdensome by the ordinary citizen, internalize such restrictions shall avoid improper acts in all events arising from the judge's performance of his/her duties or in his/her private life, and shall prevent his/her family and social environment from acting otherwise.

Equality: A judge shall be aware of, and understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes; shall ensure equality of treatment to all before the courts; and shall not permit court staff or members of management to differentiate between persons concerned on any irrelevant ground.

Competence and Diligence: Competence and diligence take precedence over all other activities as they are prerequisites to the due performance of judicial office.

- A judge's professional activity must include not only the performance of judicial functions in court but also other tasks relevant to the judicial office; a judge must take reasonable steps to maintain and enhance the judge's knowledge, skills and personal qualities necessary for the proper performance of judicial duties, taking advantage for this purpose of the training and other facilities which should be made available, under judicial control, to judges, and supreme boards that shall appoint the judge must not ignore such knowledge of the judge.

- For the purposes of the Juvenile Protection Law numbered 5395 which came into effect on 15 July 2005 in frame of the the EU adjustment laws, judges performing duty at juvenile courts are supposed to take measures in order to ensure the following requirements which constitute the fundamental principles of the United Nations Convention on the Rights of the Child in addition to the article 4 of this law:

- Safeguarding juveniles' right to life, development, protection and participation,

- Safeguarding the interest and well-being of juveniles,

- No discrimination towards the juvenile or his/her family for any reason whatsoever,

- Ensuring the participation of the juvenile and his/her family in the process via keeping them informed,

- Cooperation between the juvenile, his/her family, the related authorities, public institutions and non-governmental organizations, following a procedure that is based on human rights, fair, effective and swift,

- Employing special care appropriate to the situation of the juvenile throughout the investigation or prosecution process, supporting the juvenile in developing his/her personality, social responsibility and education as appropriate for his/her age and development, when taking and implementing the decisions, and taking measures to prevent others from detecting the identity of the juvenile in transactions related to juveniles, trials and when carrying out the decisions.

REFERENCES

Hukukta Adaletsizliği Görmek - Prof. Dr. Gülriz Uygur, The Faculty of Law, Ankara University,

Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları - Prof. Dr. A. Can Tuncay, The Faculty of Law, Bahçeşehir University,

Mekandan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi - Asst. Prof. Dr. Eylem Ümit Atılgan - The Faculty of Law, Ankara University

MODERATOR

I thank to Judge Mrs. Gökten Koçoğlu for her impressive speech. Also, it quite affected us that she gave examples from the real life at a stand, which is about the qualities that a judge needs to possess. There is a very important saying about the miller in Germany, which ends with saying that there are judges in Berlin. However, I see and feel proud that there are judges in Elazığ as much as they are in Ankara, and all around Turkey. Once again, I want to remark that we are proud of hem, thank you very much.

Now, I am leaving the stage to our last speaker Prof. Dr. Tomasz STAWECKI. He is from Warsaw University, in Poland. Please sir, the stage is yours.

INDEPENDENCE OF THE LEGAL PROFESSIONS AND THE RULE OF LAW IN POST-COMMUNIST SOCIETY

Prof. Dr. Hab. Tomasz STAWECKI
Faculty of Law and Administration,
University of Warsaw

Any consideration of the independence of the judiciary and the other legal professions as the foundation for a state governed by law requires that a number of important contexts be taken into account. Firstly, a profound understanding is needed of the notion of the state governed by law or, to use the terminology developed in British and American political thinking, the rule of law, especially if we adopt this as a constitutional principle. Secondly, we need to acknowledge various difficulties or obstacles owing to the deep-rootedness of that principle in political and legal practice in post-communist societies such as Poland. This is because the idea of the rule of law has been formulated as an element of the concept of liberal government. Realisation of this notion in a society in which two or three generations experienced a system which was at odds with the principles of liberalism cannot be done simply or quickly. It is not enough to decree, even in the Constitution, 'The Republic of Poland is a democratic

40 Prof. dr hab. Tomasz Stawecki is a professor of law at the University of Warsaw Faculty of Law and Administration and is admitted to practice as a legal advisor (*radca prawny*). He has practised law since 1991 and is currently of counsel to the Warsaw office of the international law firm Squire, Sanders & Dempsey.

state governed by law' for that to be the case.[41] Even if an analogy can be made between the experience of the struggle against absolutism in England and the United States in the 18th century and the struggles against totalitarianism taken up by societies in Central and Eastern Europe in the latter half of the 20th century, we have to be aware of certain fundamental differences in the process of implementation of the rule of law, otherwise we are left only with wishful thinking. This is also why I do not question the arguments made by Francis Neate.[42] On the contrary, I am a supporter of most of his recommendations and most of the proposals put forward by others appearing at conferences held by the International Bar Association, the Council of Bars and Law Societies of Europe, the Polish bar associations and the Helsinki Foundation. I would like nevertheless to present a few of my own observations, relating in particular to the political reality in which ideas and principles of the legal system are supposed to function.

The Distinction Between 'Rule By Law' And 'Rule Of Law'

Our starting point should be the main terms used. In his presentation Francis Neate shows that when we refer to the principle of the rule of law, even when applying different terms such as 'rule of law', '*Rechts- staat*', or *'demokratyczne panstwo prawne*\ we have the same notion in mind.[43] The law must be applicable to all and binding for all, including those in government, and at the same time the system of state authorities must be based on the principle of separation of powers and checks and balances. An

41 M. Krygier reminds us that post-communist reformers have almost universally, at least rhetorically, been committed to implementing the rule of law, *Rechtsstaat,* a 'law-governed state'. They knew however that where it had not existed before or had been systematically denied, achieving the rule of law would be no simple matter. M. Krygier, in A. Czarnota, M. Krygier & W. Sadurski (e *ds.), Rethinking the Rule of Law after Communism,* CEU Press, Budapest & New York 2005, p. 266.

42 *See Francis Neate's,* Whats is a Definition of Rule of Law?.

43 Also in Polish legal literature it has been argued that there are no fundamental differences between the English tradition of 'rule of law' and the German concept of *Rechtsstaat.* Several commentators however stress the need to draw a distinction between these notions and the two tradidons of the application of law. See W. Staskiewicz, book review of B.Z. Tamanaha's *On theRule of Law: History, Politics, Theory,* in *PrzeglądSejmowy* No. 2 (73)72006, p. 158.

important element of that system of restraint of power is the independence of the judiciary and activities of independent legal professions.

Neate correctly assumes at the same time that a culture of respect for the law throughout society is a condition for universally binding law. This is not easy to achieve, however, in post-communist societies. It should after all be remembered that for nearly half a century the communist parties in Poland and neighbouring countries were the sole political powers, with no limitation on their ability to use violent methods. They exercised almost complete control over a nationalised and centrally controlled economy (private smallholdings in Polish agriculture were a rare exception). For the many years they were in power, those parties were unable to build full and, particularly, democratic legitimacy. Of course according to the official statistics, 99% of those eligible to vote took part in the parliamentary elections held every few years, and of those, 99% voted for the ruling parties. The public knew nevertheless that the results would just be a fabrication by the communist party machine and its allies, and not the truth. There were various forms of partial legitimacy, in particular in the form of ideological arguments such as 'the USSR defeated fascist Germany', 'it is thanks to the Polish communist party that Poland recovered its western and northern territories', 'we have had many economic and cultural successes: we rebuilt our country from the ruins of war, we eliminated illiteracy, we introduced free healthcare', or even 'Soviet and East German athletes are the best at the Olympics', and so on. Despite these ideological campaigns the inhabitants of Poland, Czechoslovakia and Hungary knew that the communist government was not 'their government', and in particular that the law applied by the state administration was not 'their law'.

The lack of legitimacy of a political system and legal system is a factor of major relevance for an understanding of the difficulties that arise when introducing the principle of the rule of law. On one hand there was a crying need 'for the word "law" to always mean the law.' This is nothing else than trust in the idea of the rule of law. On the other hand, two or more generations had become used to the law as a mere instrument of coercion, and an imposed set of rules serving first and foremost the rulers, and not

the ruled.[44] It is hard to expect universal respect for the law in a society of that sort. Evading or even violating the law was considered a national virtue in that situation, not subversion of common foundations. In order to realise the idea of the rule of law it is therefore not sufficient to introduce the basic institutions and detailed procedures, it is also essential to inspire and reinforce the appropriate attitudes of citizens towards the legal system. These attitudes are a key element of the 'culture of respect for the law'.

The Polish experience also shows that the other fundamental element of the system of rule of law cannot be achieved automatically. It is not enough to introduce a functional division of power, even if it is based on some system of checks and balances, in order to reject the enlightened absolutism of the 'rule by law' and reach the 'rule of law'.

In communist times our greatest fear was the political voluntarism of the ruling party and its leaders. 'People's justice', as it was known, and 'revolutionary consciousness' of what was right, and consequently the rejection of the principle of subordination of those in power to the law, were among the most dangerous elements of the totalitarian state. This is why Polish lawyers who were not supporters of the communist regime tried to introduce and maintain the idea of the rule by law. In effect, in order to carry out any political changes, those in power had to start up the legislative process instead of making use of any instructions sent from a party committee to the relevant administrative office. This legislative process was much more frequently public in a political sense, and because of this it limited the secret decisionmaking process in party committees. Similarly, under the rule by law, the political police (the 'militia' and security service), in order to arrest someone or search someone's house, had the obligation to obtain a warrant. Rule by law did not therefore guarantee individual rights, but at least it named or defined them. This was a great

44 The difference between the concept of law as a collection of commands of the sovereign and law as a union of rules recognised by a political community as binding was emphasised by H.L. A. Hart in his classic work 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in his *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 59). At that time Hart used the 'gunman argument'.

step forward, because to name something means to bring it into existence somehow, to admit that it exists.

Since at least 1956, in communist countries, rule by law meant acknowledging that state officials, even those of lower rank, were bound by that law.[45] Of course, if the communist authorities wanted to achieve a particular goal and this required breaking their own laws, there was usually no hesitation. This was done with subtlety, however, or embarrassment. The communists did after all seek political legitimacy, as mentioned above, and breaking their own laws undermined their chances for social acceptance, even if in a fragmentary fashion.

So in communist times, and also directly following the overthrow of communism in 1989, we built the instruments of 'rule by law'. The principle of the impartiality of the judiciary was upheld in the 1952 Constitution, and at times it could be successfully invoked. For the entire communist period the advocates' bar (*adwokaci*) was a separately organised profession in Poland, and despite various attempts at limitation it remained independent until Poland became a fully independent country. Moreover, in 1980 the Supreme Administrative Court was created, which placed administrative activities under judicial control. In 1985, that is, before the ultimate collapse of communist rule, the Constitutional Tribunal was created, making it possible to question the constitutionality of legal acts. Even if at that time the ruling powers intended these institutions to be merely a sham, to give the public the appearance of making concessions, it usually turned out that they fulfilled their declared role to some extent. 'Rule by law' was therefore halfway toward conquering unlawfulness (a pessimist would say only halfway). There was still a long way to go to fully achieve the ideal of the rule of law, but the road was marked out. Moreover many of us believed that this was the essence of the principle of the 'democratic state governed

45 To this day the idea of 'rule by law' is used to explain political mechanisms in formally democratic countries which are nonetheless governed in an autocratic or authoritarian manner, such as Argentina, Chile, Singapore, Egypt, Zimbabwe and the Russian Federation. See. T. Ginsburg & T. Moustafa, *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes,* Cambridge University Press, 2008.

by law' provided for in the 'Small Constitution' of 17 October 1992, and also finally in Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997.

Rule By Law As A Threat To Contemporary Law And To The Independence Of The Judiciary And The Legal Professions

Experience with solutions representing *rule by law* suggest that the difference from practice of the *rule of law* is only one of degree: rule of law is only a broadening and strengthening of rule by law, and not a separate quality. For this reason, after 1989, i.e. following the overthrow of communism, existing institutions were allowed to continue to exist in the expectation that additional institutions and changes to the current practices would lead to formation of mature systems of rule of law. This thinking was to some extent similar to the concepts of economic neo-liberalism, which, regardless of the changes to the political system and legal system, were highly successful in Poland: if the methods of extreme state interventionism are rejected, if there is extensive privatisation of state enterprises and care is taken to maintain a stable currency and low inflation, a market guided by the 'invisible hand' begins to regulate economic processes on its own successfully.

Lawyers adopted a faith similar to that of the economists: they assumed that if the principle of rule of law is written into the Constitution and ensured for example by way of a Constitutional Tribunal ruling, and the law is created in line with procedures so that it surprises the public as rarely as possible and fulfils the requirements referred to half a century ago by Lon L. Fuller as the 'inner morality of law',[46] then this becomes a self-fulfilling principle. The effect of the law comes up against barriers no weaker than the modern market economy in realisation of the 'invisible hand' principle. The experiences of 1989 - 2008 demonstrate clearly that the adoption and practice of the idea of rule by law brings certain advantages but in the long run has serious flaws. A number of phenomena presented below as examples will I hope show my grounds for this opinion.

46 L.L. Fuller, *Morality of Law,* New Haven 1964.

Firstly, the principle of rule by law discourages respect for the law or simply teaches lawyers and other citizens a lack of respect for the law. As the law is still an instrument used by those in power, and as a last resort a means of violence, therefore distrust, and not respect for general and abstract rules, is the rational approach. Even if those in power have a democratic mandate to rule because they represent parties which have won free elections, respect for the law does not increase suddenly, because the methods of those in power are too similar to previous experiences. Also, many regulations with respect to economic and social transformation cause serious burdens for various social groups, especially in the short term. It should be no surprise therefore that respect for the law does not increase with democratic legitimacy.

Secondly, the principle of rule by law enhances acceptance for extremely instrumental treatment of the law, both in public administration and among the public. The opinion that the 'sovereign may word the law any way he wishes' and 'there are no limitations other than the physical impossibility of doing something' becomes widespread. At the same time such instrumentalism is not a result of philosophical ideas of pragmatism and the principles of democracy, understood as a mechanism through which there is social control over those in power, and of protection of minorities. On the contrary, in post-communist societies instrumental treatment of law is rather a result of bureaucratic traditions and authoritarian political practices from past eras and populist interpretations of democracy ('the political majority is always right'). It can rather be expressed by way of a vulgar victory slogan: 'It's our p***** turn!' One of the paradoxes of post-communist societies is that the thinking and behaviour of politicians in the free Poland, Czech Republic or Lithuania correspond to Karl Marx's once-famous 11th Thesis on Feuerbach: 'The philosophers have only interpreted the world in various ways. The point is to change it.'

It should also be remembered that the relationship between an instrumental approach to the law and the idea of the rule of law runs in both directions. It is often stressed in the literature that the instrumental

treatment of the law usually erodes the principle of the rule of law even if in a given society it has been possible to introduce its basic institutions and procedures.[847] On the other hand reduction of the principle of'rule of law' to the practice of 'rule by law' assists the treatment of law solely as a tool in the hands of those in power. In this way we come to another paradox: the more those in power treat the law as an instrument for them to exercise power and act to secure particular interests and not interests that could be seen as the common good (*bonum commune*), the less effective those measures turn out to be.[948] This is because if a legal regulation seeks to achieve goals which are not perceived as corresponding to social needs or interests in the sense of large social groups, the regulation has to be more detailed, and at the same time must resort to sanctions as a motive to submit to the regulation. Meanwhile the authors of the regulation cannot count on the social energy that the authorities would like to unleash with their actions, or on the initiative of those subject to the law, which would make it effective. Legislators therefore 'produce' more and more legislation, which is more and more complicated, less and less cohesive internally, less and less known and more and more expensive to enforce. This whole process has less and less in common with the idea of rule of law, and becomes, or was from the beginning, only an example of rule by law. It is more and more difficult to inspire professional dedication of lawyers to building the practice of the rule of law.

Thirdly and finally, the principle of rule by law strengthens (and this is the next paradox) formalism during the process of application of the law by the courts, or in other words is a justification for 'mechanical jurispru

47 B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory,* Cambridge 2004, pp. 79, 82-84; B.Z. Tamanaha, 'How An Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law', *DePaul Law Review,* Vol. 56/2007; P. Winczorek, 'Instrumental Use of Law in the Legislative Process' [in Polish], *Studia Iuridica* No. 38/2000, p. 34.

48 That argument was raised already by F.A. Hayek in his *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order,* Chicago 1973, vol. 1, pp. 89 and ff.

dence'.[49] Exegesis thus becomes the most frequently recommended method of interpreting the law. In good faith, the Supreme Court summarised this view in the statement of reasons for one of its rulings: 'The priority of rules of literal interpretation is precisely the basic condition for functioning of the law in a state governed by law. The principle (or presumption) of rationality of the legislature should be ranked similarly. If despite clear wording from the linguistic point of view some meaning is attributed other than the obvious linguistic meaning, then the role of the legislature would be only superficial.'[50] From the point of view of judges, formalism became a form of escape from responsibility. At the same time this triggered an entirely incorrect - in my view - interpretation of the principle of the independence of the judiciary: if a judge wants to avoid being charged with interpreting the law beyond the scope set by the legislature and entering the sphere of political decisions, and by the same token violating the principle of separation of powers by creating the law instead of applying it, it has to issue a ruling that is as close as possible to the literal wording of statutes, even if that means a ruling which is unjust or irrational. This was the only

49 This famous expression was first used in 1908 by Roscoe Pound, an American sociologist of law, in his critique of formalist jurisprudence of American courts in contract and tort cases. A reader familiar with English and American legal thought will sense the contradiction in my interpretation of Polish practice of the rule by law: in the common law tradition, and specifically since the beginnings of legal realism in the US, legal formalism and legal instrumentalism have been two opposite visions (or concepts) of law. In the Polish case this is no longer a contradiction. In the second half of the 20th century in Poland, the practice of the rule by law led to a very special synthesis of radical voluntarism and instrumentalism in legislation and equally radical formalism in the application (or enforcement) of law by common courts. The Polish Constitutional Tribunal proved to be much more creative, but that resulted in conflicts with legislators and political reformers in the 2000s, as well as with judges of common courts, including the Supreme Court. See T. Stawecki, W. Staskiewicz & J. Winczorek, 'Between Polycentrism and Fragmentation: The Impact of Constitutional Tribunal Rulings on the Polish Legal Order,' a report on the study conducted under the Ernst & Young 'Better Government' programme, Ernst & Young, Warsaw 2009, to be available at the E&Y website: http://www.ey.com/PL/ Industries/Government—Public-Sector/Debata-Wplyw_Trybunalu_Konstytucyjnego).

50 Polish Supreme Court ruling of 20 July 2005 (I KZP 19/05) and Supreme Court resolution of 20 June 2000 (I KZP 16/00), OSNKW 2000, vol. 7-8, item 60).

available way of maintaining that he/she was the impartial 'mouthpiece of the law' (*'bouche de la* Zoi').[51]

Independence of the judiciary as defined above does not have very much in common with the idea of rule of law. This is more commonly a symptom of the opportunism learnt in times when the political powers forced formally impartial judges to submit to their will. For this reason rule by law most often cannot be used to defend society against power, but is a burden to society.

As a result, the deeply rooted thinking in Poland that 'rule by law' is a legal ideal often leads to bad legislation. Despite extensive changes that have taken place over the last twenty years there is still a lack of integration within the process of legislation (performed by various institutions) and it is therefore incoherent. The law is created in a hurry as a result of earlier negligence, and often grants privileges to a specific group of people, reflecting political compromises which are more or less secret and not the transparent policy of those in power.[52] This is why the quality of the law is often low in the formal sense: it is unclear, badly edited, and retroactive, and does not contain the necessary regulations, demands the impossible, and sometimes only plays a symbolic and not regulatory role. The content of such legislation also frequently deserves to be criticised: the law does not respect all civil freedoms and rights, but represents the interests of a narrow elite in power rather than broad groups, and if democratic procedures are introduced, the law reflects most of all the activities of various lobbies

51 The sense of this metaphor is explained by J.M. van Dunne in 'Montesquieu, Baron de, Charles de Secondat (1689-1755)', in C.B. Gray (ed.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia,* Taylor & Francis 1999, p. 566.

52 As the distinguished legislation expert Prof. S. Wronkowska summarises these phenomena, 'indeed it is not as if the law is treated in a systematic way as an instrument for wielding political power, but acts of instrumentalism of the law still occur frequently.' S. Wronkowska, 'The Polish Legislative Process: Between Autonomy and Politics', *Ius et Lex,* No. Ill - 1/2005, pp. 199 and ff. My opinion is much more critical.

and political haggling for the support of particular parties and election committees.[53]

Rule Of Law And Rule By Law And The Independence Of The Judiciary And Legal Professions

Adoption of the idea of rule by law instead of rule of law as the foundation for creation and application of the law within the state exerts a wide and in my opinion negative influence on the behaviour of the judiciary and practice of other legal professions. In order to analyse this issue, however, we need to return to the distinction known to constitutional law and international law between horizontal and vertical divisions of power.[54]

As initially defined, the issue is simple: separation of the legislature, the executive and the judiciary, recommended by Montesquieu in the mid-18th century, is today the canon for political systems in countries in Europe, North America and other parts of the world. The principle of horizontal division of power is the main reason, although there are others, for the independence of the judiciary as well as the formal independence of courts with respect to other authorities (Article 173 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997: 'Courts and Tribunals are authorities existing separately and independently of other authorities'), as well as formal and factual independence of judges, i.e. people who in fact perform the tasks entrusted to the 'third branch', from the other branches and all other persons (Article 178(1) of the Constitution of the Republic of Poland:

53 The common experience that democratic procedures do not necessarily lead to legislation conforming to the values and interests of the political community is one of the arguments for organising a Constitutional Tribunal (or similar constitutional court) and granting judicial review of legislation. See W. Sadurski, *Rights Before Courts:* A *Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe,* Springer, Dordrecht 2005, pp. 34-35.

54 See e.g. Z. Czachor, 'The Division of Powers Between the European Union and the European Communities and the Member States: The Multivariant', *European Studies* No. 3/2002, pp. 38 and ff.; F. Mayer: 'Competences Re-loaded? The Vertical Division of Power in the EU after the New European Constitution', in J.H.H. Weiler & C.L. Eisgruber (eds.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective,* Jean Monet Working Paper 5/04 [http://www.jeanmonetprogram.org/papers/04/040501-16.html].

'When performing their function judges are impartial and are subject only to the Constitution and legislative acts').

Looking at the independence of courts from the point of view of the idea of rule of law, but also to a lesser extent from the point of view of the idea of rule by law, we conclude that the independence of the judiciary is a virtue which should be preserved at all costs. Restriction of that position of courts will quickly lead to domination of the public sphere by other branches, in particular by the executive, and most often by interest groups which for political reasons control the process of creating and enforcing the law in a given country.

It may seem surprising that independence of the courts, as defined above, most frequently consists in giving courts and judges rights which are a form of immunity, i.e. the capacity to perform actions which are correlated with certain prohibitions to act by other people. This is because in this case the independence of the courts is first and foremost a right not to be subject to intervention by other authorities or persons. The independence of judges is to a much lesser extent a source of rights-claims when it is other persons that have the obligation to give or provide judges something, or privileges, i.e. the capacity to perform actions that others must live with.[55] Put most simply, judges are independent mainly so that they can issue rulings without coming under pressure from other persons, but not so that they can demand a high level of pay or easily dismiss complaints regarding their work.

The independence of judges justified by the idea of horizontal division of power is also for the judges themselves more a source of legal and moral obligations than rights. This is because if we reach for the source of that principle, i.e. Montesquieu's concept, the independence of the third branch in the republican system was seen as an obligation to maintain absolute impartiality, or as the author of *The Spirit of the Laws* put it, 'the ability to maintain a certain coolness', and official indifference to considerations

55 The above analysis is of course a reference to the well-known classification by W.N. Hochfeld presented in his book *Fundamental Legal Conceptions as Applied injudicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919).

not provided for by the law. Independence means the strict discipline a judge is subject to when making rulings and in daily proceedings.[56] The independence of the judiciary is therefore closely related to the idea of legalism and formal compliance of our actions with the law, and this is how it should be understood, especially when we analyse the differences between the rule of law and the rule by law.

From the point of view of the idea of the horizontal division of power, legal professions other than the judiciary play a smaller role. The independence of advocates, legal advisers, solicitors, notaries and so on is of course vital in order to ensure the proper functioning of the judiciary and proper and effective protection of civil rights, especially the right to judicial remedy. As in the case of the judiciary, the independence of the legal professions should be preserved as a source of legal and moral obligations, and not privileges and rights-claims.

From the point of view of the subject matter of this paper, the second definition of the principle of division of power seems more interesting: vertical. When this perspective is employed, a distinction is made between public authorities, local government authorities, autonomous professional bodies, regional authorities, and international authorities, such as the European Union. Institutions of public authority, divided in this way, cannot be placed in order according to a simple rule of hierarchy (higher and lower ranks of power), because as in the case of horizontal division of power a certain significant level of autonomy and independence, in the sense of an entity's own creation of legal rules, is assumed for each of those authorities, although this does not necessarily mean exclusive powers.[57]

---

56 Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws,* MacMillan 1949, Part I, pp. 75, 80, 158-159.

57 The concept of autonomy in legal theory is used in different meanings. I leave aside the issue of autonomy of positive law with respect to moral standards and ideals (see for example R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism,* Clarendon Press, Oxford, 1996), as well as the issue of autonomy understood as the independence of a certain political entity - state, region, community etc. - from other entities (see e.g. M. Suksi (ed.), *Autonomy: Applications and Implications,* Kluwer Intl., The Hague & London 1998). The best way to express the idea of autonomy of the legal professions is a combination of self-government and independence from the state (or government).

In this case there is not such a marked difference between the professional roles of the judiciary and advocates and legal advisers, for example, while it should be emphasised that a common feature of the legal professions is that each of them is a professional body considerably independent of the state and other public authorities. The fact that professional associations are active is a sign of political freedom achieved through limitation of the powers of the state with respect to citizens, and at the same time of the principle of subsidiarity as a consequence of acknowledgement of the political, social and economic pluralism characteristic of contemporary society. Autonomous associations of the legal professions (and other professions, such as doctors and architects) perform important public functions: they make vital decisions regarding admission of new members to the profession, set the rules for practising the profession, adopt specific internal standards, and establish principles of professional ethics. They also fulfil a quasijudicial function by holding disciplinary hearings (collegial relations) and the like.

Political sociology argues, however, that different applications of the idea of autonomy mentioned above are not separate from each other. To the contrary, 'one of the central presuppositions of comparative legal sociology is that autonomous and independent legal systems are supported by tightly organised professional groups with an independent social base, whereas subordinate legal systems reflect the dependency and weakness of legal specialists.' Or in words more familiar to a European reader: independence of the legal professions is strongly correlated with the political sovereignty of the lawyers' home countries.[58]

Despite the importance of lawyers' autonomy, disputes regarding the scope of autonomy of associations of legal professionals (bar associations) are common. The Justice Minister has repeatedly initiated legislation aimed at either taking away certain entitlements of the bars (for example the exclusive right to decide upon admission to the profession) or placing the bars under severe administrative supervision, for example

58 P.S.C. Lewis, 'Comparison and Change in the Study of Legal Professions', in R.L. Abel & P.S.C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society,* Vol. 3: *Comparative Theory,* University of California Press, Berkeley 1989, p. 32.

with respect to adjudications conducted within the bar.[59] Bills relating to this issue, which have been the subject of intense discussion, were passed by the Sejm and reviewed by the Constitutional Tribunal for compliance with the Constitution (for instance cases P 21/02, K 6/06, K 30/06 and K 4/07).[60] In these disputes, on the one hand, the independence of the legal professions, in the form of the bars' exclusive right to make decisions regarding key aspects of their practice, was defended. On the other hand it was argued that the bars' demand for complete autonomy from the state (government) is an anachronism based on a medieval guild model. It has also been said that in practice the bar associations exploit this right to decide who gets admitted to the profession to eliminate inconvenient competition from persons who would like to practise these professions but are not admitted. Similarly, it is claimed that adjudication within the bar is an institutionalised system of professional irresponsibility of lawyers, and so on. For these reasons, critics say, the bars are more and more an instrument for protection of group interests to the detriment of the public interest, as expressed in the Constitution, and thus they betray the principles of their public functions. In this sense the famous words of Lord Acton, 'Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely,' quoted by Francis Neate in his paper, should be seen in reference not only to the public authorities, but also to the legal professions, who through their professional autonomy wish to exercise exclusive and absolute power. Neate clearly says that the principle of independence of lawyers should not be a smokescreen for protection of particular or individual interests.

If we look at the disputes regarding the definition and extent of independence of the legal professions (in the context of vertical division of authorities in a modern state) in reference to the distinction presented in this text between rule of law and rule by law, we see interesting patterns. It might be the case that the defence of the independence of the legal professions in terms of absolute rights, like the defence of a besieged

59 See e.g. H. Izdebski & L. Morawski, 'Debate: Democracy and Privileges of Associations' [in Pobsh], *State and Law* No. 6/2007.

60 See collection of decisions of Polish Constitutional Tribunal at http://www.trybu- nal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm.

fortress, is due to thinking of rule by law and not rule of law. The supremacy of law will be understood here as the triumph of certain interests over other interests, as the official outcome of a strictly competitive, zero-sum game, in which one side gains that which is lost by the other side. When seen in this perspective, laws regulating the professional activities of lawyers are only meant to be instruments used once by the lawyers themselves, organised into autonomous associations to ensure comfort in their professional work, and once by the state (the government and public administration) to force compliance upon lawyers in these or other issues. When understood in this way the law does not require trust between various parties involved in disputes about the autonomy of lawyers; on the contrary, it is based on distrust. Nor does legislation regulating the activities of lawyers, like the entire legal system, enjoy respect, but is just an effect of a spoils system. The culture of respect for the law as described by Francis Neate is replaced by the psychology of conflict.

The thoughts presented above regarding rule by law do not lead us to realise the idea of rule of law or allow us to go beyond the definition of independence of the legal professions as a form of defence in a situation of conflict. But there is an alternative, both with respect to the position of the legal professions and the way in which law and politics are perceived. Independence of lawyers may after all take the form of cooperation between various institutions and professional groups. The judiciary do not have to be rivals with advocates and legal advisers, each side saying that the other does not have sufficient professional knowledge and experience, is negligent, or has financial privileges and other such advantages. Specific legal associations and officials at the Justice Ministry (and other government departments) do not have to treat the process of transformation of the justice system as a rivalry like 'policemen and thieves', or worse, 'gang warfare'. In the end lawyers do not have to be regarded by the public as representatives of a class of parasites that exploit their own legal rules and principles, such as professional impartiality, to defend their own irresponsibility.

Similarly, the law can be treated non-instrumentally as a form of discourse - debate and dialectic leading to acceptance of stronger rationales for values that are recognised in the political community, with substantial justice at the fore, and not just the justice of mandatory procedures or punitive sanctions. This would then be a definition of law as a 'responsive order',[61] i.e. law which is able to respond to social needs and under which strict rules are supplemented by principles and policies which can be gradually expanded and 'weighted'. The powers of judges could encompass a greater level of discretion, if discretion were designed to allow for responsible realisation of social goals and the greater good (*bonum commune*). Deviation from a narrow literal interpretation of the law would be justified by the ends adopted by the legislature, the functions of a given regulation or legal system, or the need to ensure that a given ruling is coherent with respect to previous rulings and future trends reflecting changes in the social reality. This power of the judge cannot be justified by impartiality, however, if impartiality is understood to mean, 'I will do what I want because you can't stop me.'

Politics, after all, could also be treated as a process of integration, harmonisation and consultation regarding the interests and intentions of various social groups, including lawyers and members of other professions and social roles. A political process organised in this way assumes however that the principle of division of power (horizontal and vertical) is interpreted as a principle leading to a blending of powers, and not strict separation and competition without regard for the public interest. The central idea of that policy could be participatory democracy, and not democracy as a mutually destructive (though bloodless) conflict, or simply window-dressing for autocratic rule. The democratic system and process must after all be aimed at combining social and legal forms for representation of interests, views and values, and does not have to be expressed in the slogan 'Woe to the vanquished!' *(Vae victis).*

61 This is of course a reference to the well-known paper by P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law,* Harper and Row, New York 1978.

This alternative is presented as a potential scenario. The condition for realisation of this scenario seems to be simple: we achieve a satisfactory state of independence of the legal professions and build a legal system based on the principle of the rule of law, provided lawyers are able to think in terms of cooperation, discourse and participatory democracy. As long as we nurture the ideology of a besieged fortress and argue that one government or coalition is better than another, such as the previous government, and only those in our camp, and no one else, are honest and competent, we will continue, at best, to be trapped in a system of rule by law, with all of its negative consequences. To put it even more bluntly: until we change our common approach to the law, the rule of law will remain an unrealised ideal.

Moral Courage Of Lawyers As A Condition For The Rule Of Law

Finally I would like once again to refer to the speech made by Francis Neate. Neate demonstrates that the independence of the legal professions depends not only on organisational conditions and the wording of legislation, but also on the ethical standards adopted and practised. On this issue I agree with Neate, and support his appeal for the moral courage to be a good lawyer. However, this challenge should not be interpreted in terms of individual ethics of virtue, as in the teachings of Socrates, Thomas Aquinas or other great philosophers. This relates to professional behaviour, and not only to our personal relationship with our neighbour.

With respect to the judiciary, one aspect of moral courage has to be the intellectual courage not to limit oneself to literalistic interpretation, but to seek a resolution which in addition to the letter of the law takes into account fundamental social values. In their rulings, courts should act in accordance with the social interest, and not an opportunist desire to ensure that a ruling is not overturned by a higher court. The moral courage of judges also means the determination to provide firm justification for rulings, presenting all of the arguments taken into account and not only the

wording of the law, even if superiors or colleagues at the same court take a different view.[62]

On the other hand, for advocates and legal advisers, moral courage means the obligation to present the client with a fair assessment of its legal standing, and the correctness of the position of the other party. A lawyer should not be, as the Americans say, a 'hired gun', whose only goal is to shoot down the opponent.[2463] During a dispute, when presenting pleadings, we should seek to present solid legal arguments, and not resort to legal loopholes or distort the facts of the case. We should also conclude that competition also exists in our professions, and we should have the ability to face it using fair methods. We must at last take responsibility for our own work and for our excellent results as well as our mistakes.

It could be said that I am expressing ethical idealism, that I am one of the 'pretentious aesthetes' trying to convince everybody to be good to others, to love everyone and live a happy life. I reject that interpretation. Several years of practicing law have disabused me of that naivety. I would like to remind everyone of that sturdy English proverb: 'Where there's a will, there's a way.' If we want to be treated by the government and by other lawyers with due respect and diligence, we have to maintain that level of respect and diligence towards others. There is no other solution.

---

62 The idea of judges' entidement to interpret and apply statutes in accord with the legal system as a whole, even if that nullifies the intentions of the legislator, was already presented in Friedrich Hayek's classical works. See e.g. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy,* Vol. *I: Rules and Order,* Routledge, London & New York 1998 (reprint), p. 66.

63 The metaphor of the lawyer as a 'hired gun' has been used for a long time to describe certain attitudes of lawyers towards clients, courts and other parties. See L.S. Terry, 'An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code. Part I: An Analysis of the CCBE Code of Conduct', *Georgetown Journal of Legal Ethics,* Vol. 7, No. 1, 1993, p. 47; C. A. Gear, 'The Ideology of Domination: Barriers to Client Autonomy in Legal Ethics Scholarship', *Yale Law Journal,* Vol. 107,1998. It has also been cited in pleadings: *Lawyer Disciplinary Board v. Moore* (No. 25794) at: http://www.state.wv.us/WVSCA/docs/ fall03/25 794c.htm.

MODERATOR

I think the products of this organization are going to be very benefitical both for our country and the international field. Before you, I separately thank to each speaker. I am greetiny you all with love and respect.

HOST

Mr. Moderator, the esteemed speaker, we thank you all of you for your contributions in the sympositum. We will wait you for a short time, we are inviting Mr. Alparslan Azapağası, the General Director of the Department of Strategy Development of the Ministry of Justice, for the presentation of the plaquets. Dear guests, we have a 15 minutes coffee break. Later, our program will continue with the session on the Important of Ethical Knowledge in Legal Education.

FIFTH SESSION

THE IMPORTANCE OF ETHICAL KNOWLEDGE IN LEGAL EDUCATION

Moderator
Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Acting President of the Turkish Philosophy Institution

LEGAL EDUCATION AND ETHICS

Prof. Dr. Selma ÇETİNER
Vice Chancellor, İzmir University

In this presentation on the place of ethical knowledge in legal education, we will try to focus on the importance of and need for ethical gains both during undergraduate legal education and professional training (internship) prior to start serving as judge.

As is known, education is a process of creation, development and guidance in which the human being is perceived in its dimensions of mind, emotion and behaviour, with an approach based on integrity of body and mind.[1] In contrast to teaching, education aims not at transfer of knowledge, but create a difference in a person's attitude by means of knowledge. Not every line of work requires education. For instance, a person intending to work in the field of engineering will not need to get ethical education. But if a given field of work requires the instilment of certain values along with knowledge, it will mean that there is need for education. What is meant when talking about an educated person is a person who is not only knowledgeable, but at the same time exhibits the values and behaviours

1 Turkish Language Institution (TDK). Great Turkish Dictionary

intrinsically connected with that knowledge. In theoretical knowledge, values appear before us in form of object, and the gap between them and us can close only when we embrace those values.[2] That is the time when subject and object become one; when knowledge shapes in flesh and bones. Ancient people referred to this type of knowledge as "hakkel yakin"[3], which means as much as "internalized knowledge" in today's terms.

Now that education is defined as a process leading to behavioural change and considering that our topic is legal education, the first question coming to mind is this: Which values are graduates of law schools supposed to have and which type of behaviour are they expected to exhibit by internalizing those values? Because education cannot be done without purpose. For instance, the purpose of Oxford University back in the seventeenth century was to "raise the students as fine gentlemen".[4] Thus, education used to be performed according to that purpose. When we look at the purpose, or in other words, at the mission of law faculties in our country, it can be seen that they all have a similar purpose expressed in different sentences. Said purpose is to "raise a good legal professional". Considering that the ultimate aim of law is "justice", we can say that a good legal professional is a fair-minded person who knows and has internalized what justice is. But there is a big question here. Can a person be made fair-minded? Can people be educated in this respect? This is the same question as Socrates' famous question: "Can virtue be taught?".[5] Solomon argues that justice is an emotion.[6] If we would argue that the existence of sense of justice in a subject is 'conscience', then the question would be: "Does everybody have conscience?" If yes, to what extent? Kant presumed that

2 ARAL, V. "Yaşamda Eğitim ve Öğrenim" Istanbul 2003, p.36

3 POLATER, K. "Kur'an'a Göre Bilgi-İman İlişkisi ve Yakin Kavramı", Ekev Academy Journal,17th Issue, 2013 pp.55 ff.

4 RUSSELL, B. " On Education" Istanbul 1996, pp.214-216

5 AYDIN, H, "Sokrates'in Felsefesi Işığında Sokratik Yönteme Analitik Bir Yaklaşım" www.üniversite-toplum.org,

6 SOLOMON , R.C, "A Passion For Justice" (Translated by: E. Altınay) Istanbul 2004 pp.133, 254 ff.

every person had conscience.[7] According to him, the goodness instilled in every person by divine grace is not ready to take shape by itself, but in form of a tendency, a predisposition. Therefore, the biggest and most challenging problem which a person can take and commit himself as a task is education, as argued by Kant "Man can only become a man by education".[8] Likewise, Socrates argued that all knowledge is already present in man and that birth must be given to knowledge.[9] Similarly, Mencius said that no man is devoid of a heart sensitive to the suffering of others.[10] However, the sense of justice which we consider to be present in every person does not manifest or show itself the same way in every person. While this sense can be noticed very prominently in some persons, it can be covered in the deepest corners of other persons. In this context, the aim of legal education should be to touch through knowledge, exercise and examples the students' conscience, which we presume to be present in them. We believe that the way to touch the conscience inside a person is by love. Indeed, several philosophers have emphasized this. For instance, Solomon said that 'the sense of justice cannot exist in a person devoid of loving'.[11] Likewise, Ülken said that 'good person' and 'fair person' are two different things; that 'fair person' is the last stage of being a 'good person' because it is only those filled with human love who will feel themselves obliged to act fairly.[12] Aristotle went even one step further and said that 'there is even no need for justice where there is love'.[13] Accordingly, humanitarian education must be given at law schools along with all knowledge, precedents and practices.

---

7 Kant's tombstone contains the following passage: "Two things fill the mind with ever new and increasing admiration and awe, the more often and steadily we reflect upon them: the starry heavens above me and the moral law within me".

8 KANT, I ."On Education" (Translated by: A, AYDOĞAN) Istanbul 2013 p.21

9 GROSS, R. "Socrates' Way" (Translated by: İ. ŞENER), Istanbul, 2006 p. 35

10 SOLOMON (*ibid*), p.52

11 SOLOMON, p.56

12 ÜLKEN, H.Z. "Aşk Ahlakı" Istanbul 2004 pp.14 ff. 150 ff.

13 SOLOMON, (*ibid*) p.56

Even though faculties of law aim at raising fair people, we cannot say that this aim is achieved always or for all students. The reason why legal education fails sometimes to deliver the desired result can be attributable to the lecturer or curricula or the recipient (student) as the case may be. Besides, it might also happen that students graduating from law schools do not choose to dispense justice, or in other words, to work in the field of judiciary. Working in whole different fields such as banking or as notary public etc. might seem more attractive for graduates of law schools. Moreover, those who want to work in the field of judiciary must possess certain qualities. In the United States of America, the ultimate aim when appointing judges is to have the judge chairs be seated by only "the best" candidates.[14] Likewise, in France, persons to be chosen for the "mallum" courts, which were designated to establish justice after the Roman invasion, were required to be "the most deserving among all available persons".[15] This being the case, when choosing judges from among the graduates of law schools, an exam should be held to choose those whose sense of justice is most refined and who have the best level of knowledge. Does the current system achieve this? As you know, judges are currently chosen from candidates who are required to successfully pass a written competition held by the Ministry of Justice, followed by an oral exam held by an interview board that consists of total seven members.[16] But what needs to be questioned here is whether this system guarantees the selection of only the best judge or prosecutor candidates. Another aspect is that we must not diverge from ethical principles not only during undergraduate legal studies, but also when selecting the judges and prosecutors. When we, as lecturers, advise our students to take the judge exam, the answer we receive is 'but how could we ever succeed, we don't have anybody to pull the strings for us'. This prejudice about the selection of judges and prosecutors must be eliminated; selection must be made with a transparent exam.

14 VOLCANSEK, M. "Appointing Judges The European Way" Fordham University Journal, Nisan 2007 New York p.364

15 ROUSSELET, M. "Histoire de la justice" Istanbul 1963 pp.25-26

16 The Board of Interview is composed by the following seven members: the Undersecretary of the Ministry of Justice who is president of the Board; the Head of the Inspection Board, the Directors General of Penal Affairs, Civil Affairs and Personnel Affairs of the Ministry of Justice, and two members who are assigned by the Executive Board of the Justice Academy among the members of the Justice Academy Board (Law on Judges and Prosecutors, Article 9/A).

On the other hand, when talking about legal education with special focus on the judiciary, we must also consider in the same context the education of judge and prosecutor candidates. To expect a person, who has not internalized any of the ethical values, to dispense justice is completely against nature; just as it is to expect a wolf to show mercy for lambs. It is not easy for a person to judge another person. If we make this into a profession, if we going to make a judge sit on a chair made of a prophet's fell -which fell is the judge's very own skin-[17] then we must ensure that the judge gets educated in the best way possible. As Sheetret put it: "Quality of justice in a society does depend on the qualities of persons who seat the judge's chair in that society".[18] When we take a glimpse at the Law on Judges and Prosecutors, we see that, contrary to the Ottoman Code of Civil Law, there is no provision about the judge's character. However, since the Bangalore Principles of Judicial Conduct[19] have been adopted by the High Council of Judges and Prosecutors[20], it can be said that these principles define the personality of judges. Indeed, in a decision about the legal responsibility of judges, the Supreme Court Assembly of Civil Chambers noted that "these principles adopted by the High Council of Judges and Prosecutors and announced to all judges shall be taken into account in this type of lawsuits" and that "they comprise six fundamental values, namely independence, impartiality, integrity, propriety, consistency, and equality".[21]

---

17 Sisamnes was a corrupt judge under Cambyses II of Persia. He accepted a bribe and delivered an unjust verdict. As a result, the king had him arrested and flayed alive. Sisamnes' skin was then used to cover the seat in which Sisamnes' son Otanes would sit in judgment. After doing this, Cambyses admonished him to keep in mind the nature of the throne on which he was sitting. SELÇUK, S. "Yolsuzluklar" HFSA 7th Book Istanbul 2003 p.171

18 SHETREET, S. "Who Will Judge: Reflection Standards of Judicial Selection" The Australia Law Journal V.6, Australia 1987 p.766

19 The Bangalore Principles of Judicial Conduct, adopted by the United Nations on 23rd April 2003 in Bangalore/India.

20 Adopted by resolution of the High Council of Judges and Prosecutors dated 27.06.2006, number 315.

21 Supreme Court Assembly of Civil Chambers, Decision dated 27.10.2010, number 2010/4-553 and 2010/537.

So, along with choosing the best law professionals as judge, we must ensure that internship programs comprise training elements necessary to create those personality characteristics prescribed by the Bangalore Principles. In fact, these principles (independence, impartiality, integrity, consistency, propriety, and equality) are the sum of justice as virtue. Indeed Aristotle said that all virtues are present together in justice.[22] But impartiality is the most important virtue expected from a judge. In a decision of the European Court of Human Rights, impartiality is defined as follows: "impartiality means to be not biased or prejudiced". Yet, there is a question here that must be answered by psychology: Can a person be impartial? Psychology says that prejudice has three components: beliefs, feelings and behavioural tendencies.[23] In a book written by Tutumlu, who is a judge himself, it is stated that "I can't be impartial, but only pretend to be impartial".[24] According to Russel, "the mind is, above all, about taking sides."[25] Similarly, Einstein said that "It is harder to crack prejudice than an atom".[26] Also Fromm said that ordinary people cannot be objective.[27] Indeed, it is not an easy task to get rid of one's beliefs, feelings and behaviours. Any judgment made on human situations by a conscience, which has not freed itself from irrational human weaknesses and has not reached a universal worldview purified from local values, dogmas and ideologies, will be deficient.[28] Being objective and impartial requires much effort. We hinge upon our own thoughts and feelings so that we can understand that we exist, because it is them what helps us create and find meaning in our own world.[29] The precondition of making a judgment is to "think without banisters". And what is needed for this is critical thinking.[30]

22 ARISTOTLE (Nicomachean Ethics) (Translated by: S. Babür) Istanbul 2012 p.93

23 MORRIS, C. "Understanding Psychology" Ankara 2002 p.622

24 TUTUMLU, A. "Hüzünlü Öğretiler" Ankara 2011 pp.107,172

25 TUTUMLU, (*ibid*) p.233

26 EINSTEIN, A. "Einstein" Istanbul 2000 pp.21,45

27 FROMM, p.112

28 CEYLAN, Y. "Yargıç, Yasa, Karar" Journal of Ankara Bar Association, 3rd Issue, 2007 p.55

29 Mc. MAHON, S. "The Portable Pilgrim" Istanbul, 2004, pp.32,33

30 SEZER, D. "Yargı ve Etik" found in the book "Yargıya Felsefeyle Bakmak" (Prepared by: Gülenç, K-Duva,Ö) Istanbul 2006 p.116

According to Arendt, the "wind of thought" will free judgment from the domination of ascribed rules and orders.[31] Everybody has the ability to think. According to Plato, thinking is a 'silent dialogue of the soul with itself'. According to Sezer, this internal dialogue helps us to give account to ourselves of our thoughts, judgments, and choices, while giving us the chance to hear the voice of our own conscience and giving sprout to a whole new self in our own personality.[32] Goethe used the following phrases to describe independent thinking: "Now turn yourself about, within: Your centre you will find therein, no noble soul can this gainsay. No principle within you'll miss, for independent conscience is the sun that rules your moral day."[33] While Mahatma Gandhi called it the process of "turning the spotlights inward".[34] So, we believe that contemplation is to "meet one's conscience". All in all, interns intending to become a judge should receive courses on "Analytical and Critical Thinking".

Apart from that, patient is a virtue that fits the judge most. Judges should do exercises where they will be required to focus their attention on a certain issue for a long time.[35] In fact, being a judge requires first and foremost to listen and understand the problem. Therefore, "Active Listening" courses should be incorporated into judge training programs. Unfortunately, and most likely due to the heavy work load of our judges, we can see that they in practice do not hear the parties with sufficient attention, and even treat the parties angrily sometimes. Therefore, "anger control" is another virtue which the judges should have. This comes hand in hand with kindness.

Lastly, a judge should also be humorous. We mustn't forget that "humour is a sign of spirit."[36]

---

31 SEZER, p.116

32 SEZER, p.119

33 GOETHE, W. "Goethe Der Ki…!" Istanbul 2002 p.539

34 Mc. MAHON, (*ibid*) pp.32,33

35 WYZANSKI, C. " Whereas- A Judge 's Premises" Boston 1965 p.3

36 Mc.MAHON, p.195

BIBLIOGRAPHY:

ARAL, V. "Yaşamda Eğitim ve Öğrenim" Istanbul 2003

POLATER, K. "Kur'an'a Göre Bilgi-İman İlişkisi ve Yakin Kavramı" Ekev Academy Journal 17th Issue 2013

RUSSELL, B. "On Education" Istanbul 1996

AYDIN, H. "Sokrates'in Felsefesi Işığında Sokratik Yönteme Analitik Bir Yaklaşım" www.üniversite-toplum.org,

SOLOMON , R.C, "A Passion For Justice" (Translated by: E. Altınay) Istanbul 2004

KANT, I. "On Education" (Translated by: A, AYDOĞAN), Istanbul 2013

GROSS, R. "Socrates' Way" (Translated by: İ. ŞENER), Istanbul 2006

ÜLKEN, H.Z. "Aşk Ahlakı" Istanbul 2004

VOLCANSEK, M. "Appointing Judges The European Way" Fordham University Journal, Nisan 2007 New York

ROUSSELET, M. "Histoire de la justice" Istanbul 1963

SHETREET, S. "Who Will Judge: Reflection Standards of Judicial Selection" The Australia Law Journal V.6, Australia 1987

MORRIS, C. "Understanding Psychology" Ankara 2002

TUTUMLU, A. "Hüzünlü Öğretiler" Ankara 2011

EINSTEIN, A. "Einstein" Istanbul 2000

CEYLAN, Y. "Yargıç, Yasa, Karar" Ankara Baro Dergisi 3rd Issue 2007

Mc. MAHON, S. "The Portable Pilgrim" Istanbul 2004

SEZER, D. "Yargı ve Etik" found in the book "Yargıya Felsefeyle Bakmak" (Prepared by: Gülenç, K-Duva,Ö) Istanbul 2006

GOETHE, W. "Goethe Der Ki…!" Istanbul 2002

WYZANSKI, C. "Whereas- A Judge 's Premises" Boston, 1965

ARISTOTLE (Nicomachean Ethics) (Translated by: S. Babür) Istanbul 2012

THE STATUS OF ETHICS IN LAW EDUCATION AND TRAINING

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ
Head of the Department of Philosophy of Law,
Faculty of Law, İstanbul University

Education and teaching have emotional goals such as ensuring respect, integrity and fairness, in addition to its technical and pre-determined goals. Emotional goals are the inclusion of knowledge, skills and values related to the integration of social and individual domain expectations. In this context, the education of values, morality, ethics, social expectations and attitudes are also included in the fields of education. Moreover, the goal of education beyond the foregoing is to teach that the knowledge is more valuable than ignorance, and social order is more valuable than irregularity.

The success of a democratic society relies on education of values. With the determination that democracy primarily needs people who have adopted the practice of self-governance, which can be considered as a justification for the subject matter. Such people are the products of a just and free society. A person who understands democracy and has achieved a moral identity is an individual who usually respects the law as well as the rights of others, voluntarily participates in the public life, and is concerned with the public good.

Law education and training, without doubt, requires technical and professional knowledge. However, the trend rising when we describe the law as "the order of socal life oriented towards justice" clearly manifests the relation between law and values. Fields of cultural lessons especially include Philosophy of Law and Sociology of Law. Apart from this, it is also necessary to consider expanding the field of ethics through professional

ethics courses and selective couses. For this reason, education and training must definitely be supported with cultural courses and awareness of values.

Key Words: Training, education, ethics, field of cultural courses, justice.

THE STATUS OF ETHICS IN LAW EDUCATION AND TRAINING

I. Training and Education as Conditi Humana

Training and education can be followed up at three different levels, as one of the most important of general conditions of being human and areas of direct realization of the act of knowing as the nature of man: biological, psychological and sociological levels. As a biological process, the first one is the maturation process of human baby and its relation with education. Although it is said that the desire to learn has no age limit, it should also be taken into account that the younger the individual is, the more eager he/ she will become to acquire new knowledge. This process begins with suction and holding as the beginning of the training, and continues with gradual maturation with differentiation of the cries. This is the developmental period of a normal human baby. This is a field that has been subject to many studies in the framework of pedagogy, beginning from the childhood period. We also know that this period has been brought back to the agenda very recently in terms of our country in the context of debates on the beginning age of school education. Problems such as pre-school education, age of compulsory education, duration of compulsory education, vocational education, etc. are related to this topic.

The importance of a foresighted introduction - especially the relation between biology and education - of this article in compulsory education and the university education, which is one of the higher stages of education and of continuing education, (particularly under the title of law education) should be discussed in terms of whether or not the proposed human type will eventually be subject to a new project at the last stage.

The second important topic is psychology that goes parallel to biology. The consciousness of values, which is an important concept of psychology related to biological aging, has very close ties with education in terms of self-construction and notions of character. Education should also present the human the knowledge of being human. We can add into that knowledge the knowledge of existence of other living and non-living things. While the meaning of education in general is related to possession of knowledge and wisdom, relevant skills acquired are also seen as products of education. For example, patience and compassion are among essential values of education. These can also be considered as the proof of the fact that they are transformed into a skill of the mind and can also be taught. Psychological evaluations should specifically point out to the difference between education and training. While training refers to a disciplined transfer of information to an individual who has been raised up to a certain level, education means to shape into a certain style as in its Turkish expression. The stem educare used to refer to education signifies the same as the practice and repetition of a skill. This practical aspect of education is parallel to a professional competence. However, here it should be specifically related to the individual's ability to know what he/she is doing and to display self-growth opportunities in terms of limitations rather than a learning process taking the individual to an exact repetition of the available knowledge. So, education may lead to intellectual, moral and skillful maturation of the individual.

When the discipline is identified with education, as a total opposite of the foregoing, human may be primarily seen as a deficient character that should be kept under control and is required to obey, and that retreats before authority. In such case, education becomes especially one of the most important means of realizing micro-power. An environment in which freedom is transformed into a luxury and where blind faith is glorified is fascistic and cannot serve the individual's self-construction. Although this is a form of education, it is not a good form of education as it causes people to drift away from their own essence.

Considering the relationship between psychology and education, explanations about the theory of mental development, specifically by Piaget and Kohlberg-Hersch, have revealed significant information about the development of moral judgment.[37] Likewise, Kohlberg-Hersch also points out to the integrity of education and the relationship between character development and biological development, and emphasizes that each phase is always the synthesis of the previous phase.[38] Although all these indicators are signs of mutual determination between the moral judgment of the individual and the moral behavior, the result is still not guaranteed. Moral maturity refers to the individual's direct conscientious feeling of any kind of immorality in his/her feelings, thoughts, judgments, attitudes and behaviors.[39] At this level, the individual is a good citizen who is reliable, responsible, respectful, fair, self-controlling, empathic, and a good person, and above all, a good citizen who abides by laws and rules.[40]

Moral maturity is related to the following levels in Kohlberg-Hersch's explanatory scheme:

Moral behavior is assessed according to physical results such as punishment and reward at the first level. This signifies heteronomous morality. This level involves behavior for punishment and reward.

At the second level, which is also called as the traditional level, the moral rules and values of the society or the associated group are accepted

37 The processes of assimilation, accommodation and organization Piaget sees to be in connection with mental development integrate with the various stages of childhood through a hierarchical connection. These are four basic processes which are sensorimotor period (0-2), pre-operational period (2-7), concrete operational period (7-11), and abstract operational period (11 years and over) (Jean Piaget, **The Child's Conception of the World**, transl. İsmail Yerguz, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005, p. 27 et al.)

38 Lawrence Kohlberg, Richard H. Hersch, "Moral Development: A Review of the Theory", **Theory into Practice**, Vol. 16, Issue 2, p. 54.

39 Thomas Lickona, **Education for Character: How School Teach Respect and Responsibility**, New York, Bantam Books, 1991, p. 50 et al.

40 Lickona, **Educating for Character: How Our Schools Can Teach Respect and Responsibility**, p. 52.

as they are, and they are not questioned. The traditional character of this level arises from the fact that the behavior patterns that appear in this environment are preserved, protected and maintained.

The third level is the evaluation level; it is essential to adapt to traditionally emerging values and behavioral patterns, but they are also evaluated in terms of modification and correction. The individual's behavior is under the control of his/her own conscience.

Along with the perception of the traditional, there emerges a universal perspective towards "being human" and an orientation to universal values. Due to the inquisitive attitude of this level, Kohlberg-Hersch rightly states that very few people can go up to this level, and that wide masses remain stuck at the traditional level. Although there is a strong relationship between a moral judgment and moral behavior in terms of mutual determinism, it must also be acknowledged that such strong relationship is not a necessity. So, the behavior that is realized with the knowledge of morality and truth does not always coincide. Weaknesses, interests, and expectations of the individual can prepare an environment for non-moral behavior despite his/her moral maturity.[41]

Apart from this, socio-psychological factors and the surrounding environment may also cause individual preferences to be reflected on behaviors in a different way.

It is also essential not to overlook the link between the virtuous behavior we associate with intelligence, knowing and reasoning and our psychology. We see that the influence of emotions on human life, as much as the relation between biology and psychology, is better understood today and the title "emotional intelligence" as an appearance of intelligence has been transformed into an original field of study.[42] Feelings such as anger, love, fear and embarrassment are both biological and operational impulses. However, the control of such impulses is also related to the freedom and

41 Doğu Ergil, **İnsan ve Toplum**, Ankara, Turan Kitapevi, 1994, p. 27 et al.

42 Daniel Goleman, **Emotional Intelligence**, transl. Banu S. Yüksel, İstanbul, Varlık Yayınevi, 2007, p. 31 et al.

will of the individual.[43] Exaggerated practice of such feelings creates problems in terms of socialization, while disregard of those feelings will desensitize the individual. We see that the relationship between psychology and morality is evaluated under the title of "moral perception".[44] The effect that is created by moral perception is related to the building of conscience, self-reliance, and empathy. The connection of these titles with emotional intelligence can also be observed clearly. Emotional intelligence that reveals the moral perception ensures our social harmony and success by allowing identification of the connection of self-confidence that comes from self-awareness and awareness on emotions both with the individual himself/ herself and related individuals, establishing the connection between emotions and intentional action and strengthening the function of emotions that facilitates communication.[45]

The relationship between the origins of emotional intelligence and childhood is of significance. A robust foundation is laid with the moral identity of the child, who grows in an environment of trust and governance of love and fear. It is crucial that the feelings of anger, love, fear and embarrassment that we instinctively have are suppressed, guided or balanced. In addition, environmental factors such as loss of joy, hopelessness, getting stuck in a routine, and socialization with peers being reduced to school life will also hinder the development of emotional intelligence. Extreme discipline is the most critical factor to destroy the character while indiscipline is a state of void for a teenager who wants to learn his/her limits. Balance will play a guiding role here.

As another essential step in psychological terms, the connection between success and education should be addressed. When such connection ends an interpretation on basis of popular values or mere benefit, this will

43 Goleman, **Emotional Intelligence**, p. 32.

44 Lickona, **Educating for Character: How Our Schools Can Teach Respect and Responsibility**, p. 53; Özcan Köknel, **Kaygıdan Mutluluğa Kişilik**, 17th edition, İstanbul, Altın Kitap Yayınevi, 2005, p. 32 et al.

45 Goleman, **Emotional Intelligence**, p. 32.

again result in a moral and psychological break. It must be kept in mind that the real achievement is to be understood as specialization, creativity in the sphere of value, and raised human and moral power.[46] One must also think about whether an individual who is rich, but unconcerned, merciless, spiritually undeveloped and unconscious of value, and who does not care about anything but his/her own good is really successful or not.

All these determinations are meaningful and they require vigilance. As a necessity, the tendency towards man's choice of a virtuous life has been spoken and thought over since a long time ago. The issue of what will serve as the content of virtue or morality is a major problem of both philosophy and theology. Moreover, psychology which questions the motives or causes of human behavior introduces the issue of understanding "intentional human action" from its own perspective as one of the most important problems.[47]

This dimension of the relationship between psychology and education is not only an attitude by which impartiality and independence are supported in field of law education but is also associated with having conscience. However, the question of what the content of conscience is requires a more subtle and deep perspective at this point. The existence of a blind conscience, which is implied by the proverb that the road to hell is paved with good intentions, points to this challenge.

The third dimension is the effect of the social environment, that is, the social atmosphere, which will form the independent individual. This points to the democratic environment in which the existence of the independent individual will be realized. Its counterpart in law education is the construction of a lawyer revealing fair personality, demanding and seeking justice.

46 Hilmi Ziya Ülken, **Eğitim Felsefesi**, İstanbul, Talim Terbiye Dergisi, 1967, p. 257 et al.

47 Sigmund Freud**, Introductory Lectures on Psychoanalysis**, transl. Selçuk Budak, Ankara, Öteki Yayınları, 1994, p. 92 et al.

The comprehension of the education on values as an education on democracy and citizenship in an international perspective is relevant to this final topic and has been brought forward. Here, the status of the individual is revealed from a broader perspective. This dimension is also a communicative-social dimension. This is a social dimension that encompasses the physical-existential biological and psychological dimension to which we have just pointed out hereinabove, in addition to specific efforts of the individual, including the cultural dimension as well as the processes of self-realization. The society in which the individual lives may be extended to elements such as the possibility of individual participation in the construction of the society, individual diversity, social peace and balance.

II. "Good" Education

Good education refers to the education which ensures the individual to be a "good" person. Therefore, the information about what values will be based upon as well as the importance of its technical aspect should also be determined as the objective.

Morality refers to the way in which any behavior, lifestyle or decision is right or wrong, while ethics refers to the standards employed to assess such circumstances. For instance, lying is denied in terms of morality, while ethics is about finding out why lying is against morality and how we use our reasoning in evaluation of that action. Thus, ethics is also called as moral philosophy as it is used to criticize, defend and validate moral concepts and is a meta narrative.

We can say that there are two different ways of thinking about morality. These forms are shaped in frame of the following questions:

1. What kind of person should I be?

2. How should I behave?

The first question is about possessing certain virtues and qualifications, while the second question is about providing a criterion for measurement in terms of conformity with established standards.

The individual ground upon which both morality and ethics will build upon is the "character". Character refers to the criteria that can be employed to distinguish one thing from others as the first expression. Whereas, in the case of relation between human and character, it is used more commonly to refer to "personality" because of its distinctive nature. So, this refers to a return to the fundamental axiological questions that have their roots back to the Ancient Greece. The relationship between personality and high virtues has been transformed into the question: "How can one be virtuous?" MacIntyre, for example, refers to characterization as a central notion that Aristotle used for its distance to an independent "ethical" examination.[48] That is, character analysis is presented as the study of ethical character in today's sense. Aristotle distinguishes between reasonable virtues - virtues of thought (dianoetic virtues) and virtues of character, that is, ethical virtues. What he means by virtues of character is not individuality and separation, but a combination of qualities that will lead to an individual's moral appreciation.[49]

In Nicomachean Ethics, Aristotle states that virtues of thought are developed through education, while virtues of character are acquired through habits.[50] The fact that virtues of character are called ethos was also found to be linked to this situation. Ethos means habit, which is about the ability to do. People become fair individuals as they keep on acting in a fair manner, like one becoming a guitarist as he keeps playing the guitar. Aristotle also notes that everyone would be born good or bad by birth if it were not for this ethic relationship.[51]

Throughout the Middle Ages, this virtue and character that came from the Ancient Greek as morality was replaced by the concepts of obligation, duty and law in the Western world; however, virtue and character again became a subject of debate with the enlightment in the

48 Sercan Gürler, **Ahlak ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, p. 49 et al.

49 Bedia Akarsu, **Ahlak Öğretileri**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1982, p. 103 et al.

50 Aristoteles, **Nicomachean Ethics**, transl. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınları, 1997, p. 23

51 Aristoteles, **Nicomachean Ethics**, p. 24.

17th century. Nevertheless, it would be more appropriate in terms of law-education relationship and education-ethics relationship in general to focus on the recommended normative criteria rather than such debates. Examples include personal benefit, social benefit, principle of philanthropy, principle of guidance, principle of harm, principle of integrity, principle of compliance with the law, principle of autonomy, principle of justice and rights.

Normative ethical approaches are solely based upon one valid principle. Theory of duty, theory of consequence and theory of virtue are the main normative approaches. Among them, especially the theory of virtue constitutes the philosophical basis of character education. The principles mentioned above encompass a wide normative area by taking into account a combination of consequentialist assessment and duty-based assessment.[52] I believe that this narrow explanation which serves as an introduction to these subjects will suffice as it would otherwise lead to a too much broadened view on the topic. This involves the questions: "What kind of a person should I be?" and "How should I behave?" So, at the point reached, the question "Which values should be chosen?" should be asked, and even the question, "Can the values oriented by mankind be universalized?" must also be answered. Before the explanations regarding the answer to this question, there is a need for further clarification of the possibilities of the individual who has the ability to realize the value.

Moral action as the "ability to do" will emerge in existence of options. For this reason, it is necessary to ensure the individual to have the opportunity to choose between options and no other intervention should be done so that the individual can be held accountable for his / her preferences. In other words, the existence of a free and conscious movement is essential in order for the person to be held accountable.

According to Aristotle, virtues are good habits that regulate our feelings. Furthermore, virtues can be defined primarily by behavior, then by sensation, and finally by reason. One learns good behavior first, then

52 Gürler, **Ahlak ve Adalet,** p. 32 et al.

acts by knowing that the behavior is good, and finally reaches the point of grasping the reason of his/her acts.[53]

Moral philosophy and relevant education on the subject can achieve success primarily by liberation of the individual in terms of morality. Blind obedience and belief without questioning will arise where the freedom of thought disappears. This is a moral contradiction in itself. Adherence to others' will and acting without questioning are the main circumstances of moral contraction. A mood that an individual can see through his own eyes can create an independent individual with high moral standing. Thus, we will also have found that independence means that the person is conscious of what he does, and why and how he does it, and predicts the consequences of his/her act. In brief, when we say that man is independent, we also mean that man is responsible. One aspect of independence always relies on responsibility and the existence of will. The acknowledgment of man's possession of intelligence and reason also demonstrates his accountability when he acts consciously to explain what he does, and when, how and why. In other words, human beings are responsible for their actions and intentions as they have intelligence.

"The ability to do" means actual realization of knowledge and what is achieved with that knowledge. Therefore, moral behavior catalogues and maxims have a bigger impact rather than theories of morality in learning of ethics. Even beyond that, a testimony to good behavior allows much more internalized learning. Do you think that the fundamental and powerful transformative power of possessing the knowledge is performing the same function today?

The position of knowledge today which were once regarded as the opportunities of transformation into philosophy, wisdom, and well-intentioned behavior but are now shaped as a subject matter of

53 Plato counts wisdom, courage, self-control and justice as the main virtues. In addition to these, patience, generosity, self-esteem, good manner and sincerity are also regarded. Whereas, Aristotle relies on the bi-partition of virtues, referring to courage, fairness, honesty, dignity, gentleness, modesty, friendliness and temperance as virtues of character and providence, insightfulness, determination, and practical intelligence as virtues of thought. (Aristoteles, **Nicomachean Ethics**, p. 17 et al.)

performance, benefit, and trade seems like a pathetic distortion of what we call our age as the age of knowledge. The search for truth is seen like a kind of magic now; there is no more a search for the truth. Business mentality, profitability, efficiency and customer satisfaction are the elements that are sought instead. This has transformed into careerism or yuppie-academics model in the academic environment. Books, citations, academic studies that have turned into mere scores can be described as accumulation and consumption rather than qualification.

III. "Good Society"?

The conclusion that we can reach from all these findings is the need for emphasis on the aspect of education as a planned act of teaching the valuable. Considering the latest stage of humanity, do we know whether or not it can properly identify what is actually valuable?

Socrates, having emphasized the close relation between knowledge and virtue, also considers that the principle stating that "knowledge is the virtue" is a genuine voluntary and maturing process, as well. According to Socrates, being moral and being knowledgeable also coincide in this context. The virtue as "knowing oneself," also creates a moral pattern in the sense that it means being conscious of own acts. Today we are more conscious of the distance between knowing and being able to do. Knowing does not necessarily mean the ability to do. The gap between morality of mindset and morality of action seems to have increased after this point. However, the axiological aspect of morality is still in progress with the demand for realization.

Turiel defines today's people as unhappy beings who have been distracted from moral values due to excessive and unbalanced consumption resulting from the surrounding social structure, and are still enthusiastic yet somewhat unsatisfied. Although it is a huge generalization, it is still useful to lay emphasis on this view.[54] The identification of civilization

54 Elliot Turiel, "The Foundations and Nature of Social Reasoning in Childhood.", **Natural Foundations of Ethics**, Ed. Jean-Pierre Changeux, transl. Nermin Acar, İstanbul, Doruk Yayınları, 2002, p. 275 et al.

with material development has resulted in individual interests gaining priority over any kind of benefit. Even if we consider the situation with an utilitarianist attitude, it seems that the individual interests of a large number of people have unfortunately failed to yield a total benefit. The world we have terribly exploited has gradually been losing its balance. The situation that emerges as an invisible criticism of the West overlooks the fact that the Earth is round, so any kind of "you - us" discrimination will end up in having consequences for the entire humanity.

Freyer addressed the West but this may create a message for all human beings. Freyer points out to the need for a spiritual energy in addition to the material energy creating the modernism, i.e. petroleum, coal and uranium. How can we get that spiritual energy?[55]

Similarly, in his famous book titled Trust, Fukuyama relates the contradiction which will put an end to the history and create the last man on earth, to the failure in assuring moral development despite all the technological progress that has been achieved so far.[56]

The identification of the civilization with material development has undermined spiritual values. It is also important to keep in mind that the rising wave of religions has been strengthened as a reaction to this situation. The rising wave of religions has become increasingly radicalized through identification with mere similarity and identity to the field of materialization which they actually meant to oppose, while the religions which claim to be based on universalism, have ruined their own paramount messages by marginalizing the individual that is different from their narrow description. Today's religious radicalism displays a very miserable picture in the name of spirituality. It breaks sculptures, rapes women, devastates settlements, and acts like a wild primitive, excludes reason from its agenda. The acts that are said to be done in the name of God are indecent and far from making human better.

---

55 Hans Freyer, **Industrial Age**, transl. H. Batuhan, İstanbul, İ.Ü.E.F. Yayınları, 1954, p. 50 et al.

56 Francis Fukuyama, **Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity**, transl. A. Buğdaycı, TİB Yayınları, Ankara, 1998, p. 39.

Values are also important in sociological sense as they are employed as parameters in defining cultural focal points, in social roles and as major arguments of social control, as well as in solidarity and legitimation. An important feature of social life is that it generates culture. There is undoubtedly a causal relationship between culture and values. Abstract values are embodied as judgments, norms, institutions and actions in the individual's world as well as in society. If a value is taken insensitively in a society, "value blindness" will arise; and when values become unclear and compete with each other, a "conflict of values" will arise. Whereas, a "value shift" will occur if values are deprived of their meanings and context.[57] The latter situation is the deprecation of the valuable. On the other hand, there are opinions confirming that beliefs, traditions and value judgments in our society and the individual's conscience and sense of morality have been subject to change. They strongly justify this with moral values that have changed over time. It should be pointed out that this sociological effect cannot be completely ignored. For instance, religion has a great influence on the determination of values as a cultural aspect.

In terms of Islamic religion;

It reads as follows in the 90th verse of Surat an-Nahl, Qur'an:

"Allah orders justice, and good deeds, and giving to one's kindred. He forbids indecency, dishonor and insolence. He admonishes you in order that you take heed." Justice, benevolence, chastity, compassion and temperance are presented as fundamental values through this statement.

Besides the foregoing, Mevlana in Mesnevi regards generosity, compassion, forgiveness, control of anger, humility, tolerance and honesty as the fundamental virtues.

On another front, the Bektashi tradition is stated to adopt the discourse which dignifies the control of acts, sexual instincts and words, as well as contentment, justice, chastity, truthfulness, and honesty as the main virtues. The fact that the relationship of religions with virtues remains in the background is a major hindrance to the fulfillment of its real function

57 Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, p. 62 et al.

for humanity. However, it should be pointed out that the virtues identified here are all common values to all religions with holy scriptures.

Is it possible to find a common ground for the existence of common rational universal values for people other than religious criteria, or, with a more correct expression, for humanity, despite this common cultural domain?

The universal declaration of human rights is also presented as an important determinant on the issue of universalization of values.[58]

The extent and sharing of acceptance of the values demonstrates the eligiblity of this criterion in terms of the determination of universal values. When international legal documents are examined, references to the following values are found;

Justice, equality, truth, honesty, human rights, compassion, affection, respect, cooperation, labor. The question of whether these values, which have been legally determined and adopted in many parts of the world, have actually been achieved, has still been on the agenda. Education of human as a way to convey these values is also the primary issue of concern at this point.

People maintain their values strongly once they have adopted them. In this context, values are transformed into moral beliefs of general characteristics.

In his book titled On Education, Kant dedicated a special chapter in which he stated the following quote in respect of moral education: "Moral education must be based upon "maxims" and not upon discipline".[59] The maxims referred to in this statement also coincide with the moral values as categories of the general categorical imperative approach. He lays a special emphasizes on independence by pointing out that independence

58 Lickona, **Education for Character: How School Teach Respect and Responsibility**, p. 38 et al.

59 Immanuel Kant, **On Education**, 4th edition, transl. Ahmet Aydoğan, İstanbul, Say Yayınları, 2016, p. 101 et al.

should spontaneously become established in the construction of maxims.[60] Kant considers independence as a prerequisite for morality. Everything in education is provided by establishing principles of values.[61] This also applies for law education.

The assumption that justice is the foundation of the state, does not seem problematic in terms of adoption like in the statement "law is a social order of life oriented towards justice".[62] However, a silence prevails when we say that justice, which is the aim of the law, is not something that can only be realized through judges and courts, but by character-wise individuals who can hold the rights as a value above all else. This is because the relation between law and justice is slowly being taken over by the coercive power of law as a focal point of power. Explanations regarding biological, psychological and sociological spheres of influence of the conditions for raising individuals with a certain character were presented in the introduction part of the study. I mean, it is a much more foresighted look that could not be realized in a short period of time. Just tell me who is the eligible person for this country and I will tell you about the future of the country. You should just have a look at which of them are offered as acceptable values, not of words but of deeds. Is it honesty, diligence, fairness, impartiality and independence? It can be easily observed by any rational individual that there has lately been an axis shift in respect of all these values. Even there is a worse problem which has not been subject to much discussion yet; unfortunately, acting in compliance with these mentioned values may even be deemed as a major flaw today.

When we address education as a technical matter, it will be found out that it is an inadequate and faulty approach to consider education merely as a mechanical process. Education is the process of creating a character in which more people acquire the skills they need to have in order to realize themselves. I would like to point out to the necessity that this educational endeavor for the entire life, when associated with the title of law education,

60 Kant, **On Education**, p. 102 et al.

61 Kant, **On Education**, p. 123 et al.

62 Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, p. 42 et al.

should be regarded as a rather conscious effort to support the possibilities of becoming a more conscious, impartial, independent and free individual in law education and, this endeavor should particularly be complemented by the philosophy of law.

With an intellectual courage and an inspiration by dear Professor Aral, I would like to conclude this study with a list of concrete values.[63] Being a good person also involves being a good lawyer;

Fundamental moral values:

Respect

Modesty

Affection

Values related to the "self":

Integrity

Self reliance

Sincerity

Temperance

Candor

Values related to the environment:

Propriety

Justice

Pacifism

Values related to things and events:

Courage

Patience

63 Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, p. 109 et al.

THE IMPORTANCE AND PURPOSE OF PROFESSIONAL ETHICS COURSE IN LAW EDUCATION

Assistant Prof. Dr. Nazime BEYSAN
The Faculty of Law, Eastern Mediterranean University
Lecturer of Philosophy and Sociology of Law

I would like to discuss the importance of ethical knowledge in law education within the context of courses related to "Professional Ethics" which have newly been included in Law School programs.

In this framework, I should firstly point out to the relation between law and ethics.

The existence and function of the law is related to the order and welfare of society, while the purpose of the law is related to the value of justice.

The ultimate goal of the law is to ensure a fair social order.

A fair social order can be provided through a legal order which conforms to the requirements of justice.

The conformity of the law with requirements of justice, on the other hand, relies upon the conformity of the law with the value of man, that is, requirements of man's existence as a dignified being.

When we understand the ultimate purpose of the law in this frame, we will be able to establish the relationship between law and ethics, which is one of the sub-branches of philosophy, analyzing the value problems in human relations.

In this context, it is the subject of ethics to find the knowledge of the value of man, that is, the meaning of man's existence as a dignified being and to identify the requirements of justice.

"Ethics is a branch of philosophy, examining what action is in human relations -what kind of elements an action is made of, and what kind of determinants it has- .

In other words, Ethics is a paradigm that examines the value problems of philosophy in human relations - a branch that provides information on this subject matter."

İoanna Kuçuradi, "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, p. 34.

Gülriz Uygur, "İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik Mi? Ahlak Mı?",İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında, Editor: Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, Tarihçi Kitapevi, İstanbul, 2014, pp. 170.

Justice is a value that should be pursued not only in the creation but also in the implementation of law.

In other words, when only the rule of law is fair, it would not be enough to achieve a fair result.

Such rule must also be implemented in a fair manner.

When we recognize that the ultimate purpose of the law is to ensure justice, it is expected that every unit that is inherent within the structure of the law as well as every institution and every person implementing the law shall act towards such purpose.

In this context, it has been clearly revealed that the values upon which the law is built are associated with ethics, and the ethics is associated with professional ethics, which is relevant to law enforcement officers.

Gülriz Uygur, "Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/ kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (Online: 10.04.2014)

http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm

Nadire Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", The Department of Public Law, the Institute of Social Sciences, Ankara University, Unpublished Postgraduate Thesis, Ankara, 2011, p. 2.

Those performing the legal profession are expected to fulfill their professional roles in accordance with the requirements of justice and, consequently, of man's existence as a dignified being.

It requires ethical knowledge and ethical awareness to fulfill this expectation.

This again manifests a close relationship between the practice of law and ethics.

As is known, the notion of profession is related to the social service offered within a field with a defined scope of application in frame of a specific set of values for each professional group or ethical codes.

The fact that each profession has it own different requirements and internal dynamics leads to the fact that each member of profession shall encounter different problems while providing the related service.

However, such problems always affect individuals.

For this reason, it is obvious that ethical problems, that is, the value problems in human relations, shall not completely vary by profession.

Clifford D. Stromberg, "Key Legal Issues in Professional Ethics", National Student Speech Language Hearing Association Journal, Vol.:19, 1991-1992, p.61.

Harun Tepe, "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve 'Etikler'", Etik ve Meslek Etikleri, Prepared by:

Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, pp.10.

Moreover, ethical problems encountered during performance of professional roles in various professional fields are not different from types of ethical problems encountered in everyday life.

Each of our ethical problems that we encounter in our professional life and have to solve in order to be in action are problems that are encountered by a specific person, in a specific moment, in a specific situation, and are of a unique nature by a particular person, just like in everyday life.

So, solutions to such problems are different from each other, as well.

Separate solutions are needed for each of such problems.

And no solution has a ready-made prescription.

İoanna Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", Türkiye Mühendislik Haberleri, Issue No 423, 2003-1, p.7.

The matter of how to cope with such problems and how to find solutions should constitute one of the most important components of law education.

As is known, education aims at the subject while teaching aims at the topic.

In other words, the purpose of education is, unlike teaching, to lead to a change in attitude and behavior of the educated individual, allowing him or her to acquire certain competencies and to improve such competencies.

Hayrettin Ökçesiz, "Kolokyum Açılış Konuşması", HFSA, Book 18, Prepared by: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, pp. 86.

On the other hand, our law schools mainly provide law education today.

Lawyer education is, however, is rather of a secondary position.

In other words, law education at law schools is carried out in form of a technical activity, and a rule-based approach is adopted.

That is to say, a teaching technique relying on rules is employed.

It is claimed that the aim here is to allow students to think like lawyers.

Whereas, what is taught so as to ensure them to think like a lawyer is to examine cases related to current disputes, to associate them with legal rules, to express them in legal parlance and to find legal solutions.

And this teaching technique cause students to consider and comprehend the rules almost as discrete and deflected elements.

Gülriz Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", HFSA, Book 18, Prepared by: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, pp. 166-167.

The drawbacks of this type of teaching technique can be inferred from this simple observation:

When first grade students at faculties of law are asked what their motives were for enrolling at these faculties, they usually give answers such as "their aim at ensuring justice" and "fighting against injustice".

However, it is observed in the following years that such motive is replaced by other objectives or just forgotten.

One of the main reasons for this is that the ethical knowledge and the knowledge of values are not given as much importance as needed in law education.

Ethical knowledge is not addressed as much as needed in law education, which leads to a failure in realization of the ethical aspect of law - its relation with ethics - and therefore its humanitarian side.

Students passing through such a process can have technical skills related to law practice, however, they cannot acquire the knowledge of ethical values associated with the law to the extent that is required.

Whereas, the meaning of thinking like a lawyer depends on what sense the law makes.

Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", p. 166.

In fact, it is possible to think like a lawyer, by having the knowledge of ethical values related to law, namely the knowledge of basic values on which the legal system is based, in addition to having the knowledge of technical law.

It would be possible merely by going beyond the concept of law as a system of rules, defining legal thinking/thinking like a lawyer and so addressing the relation between law and ethics.

Uygur, "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", p. 168.

In addition to all these, being a lawyer requires acting like a lawyer besides thinking like a lawyer.

This is because the law profession is about providing public service.

In other words, being a lawyer means not only having technical knowledge, but also having competence over professions such as judicature, prosecution or attorneyship which shall be fulfilled in public sphere.

Jurisprudence merely in technical terms shall neither prepare law students for their professional career in public life nor allow them to fully understand their professional roles.

Whereas, the student should, beginning from his/ her enrollment at the law school, start to conceptualize and internalize the social function of his profession as well as his/her role in this profession, in addition to acquiring technical knowledge of law.

Martha C.

Nussbaum, "Cultivating Humanity in Legal Education", The University of Chicago Law Review, Vol:70, 2003, p. 271.

Acting from the foregoing, it is of high significance to include in programs of law schools a professional ethics course that is specific to the legal profession and should be followed up by lawyers, that shall introduce ethical principles and values guiding their behavior, and guide towards the ideals characterizing or dominating the profession.

Insofar as, the topics related to "professional ethics" are related to the problems which shall be faced by every professional lawyer who graduates from the law school without regard to the field of expertise or the professional role played (lawyer, judge, prosecutor).

Some of our law faculties that are aware of the importance of professional ethics are seen to have started including in their programs some elective or obligatory courses titled such as "Law, Ethics, Professional Ethics", "Legal and Professional Ethics", "Legal Profession and Ethics", "Legal Ethics", "Judicial Ethics" that aim at raising awareness of students on law practice.

Together with such requirements and developments, the main subject which should be emphasized is the main purpose of integration of "professional ethics" course to the programs.

This also involves what kind of approach shall be adopted, what qualities shall be developed;

and through what kind of an approach to implement professional ethics training.

There are two basic approaches to this matter, which are: "Law-Centered Approach" and "Ethics- Centered Approach".

When it comes to today's professional ethics specific to lawyers, it reminds us of the set of norms and principles referring to specific tasks of lawyers, prosecutors and judges, such as the "Bangalore Principles of Judicial Conduct", the European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors (The Budapest Guidelines), the Basic Principles on the Role of Lawyers issued by the Council of Bars and Law Societies of Europe, and the Code of Practice for Lawyers in Europe, and the Code of Practice for the Union of Bar Associations of Turkey

The law-centered approach, which grasps the meaning of the professional ethics solely in the light of such regulations, uses ethics in the descriptive sense of "professional ethics" and treats codes of conduct like other legal arrangements.

In this way, this approach reduces the professional ethics, which is specific to the lawyers, to the rules of professional responsibility and the code of professional practice.

So, the law-centered approach recognizes professional ethics as a legal discipline related to "rules of professional responsibility" or "the code of professional practice".

In other words, the aim is, acting in the light of the legal arrangements on professional ethics, to answer the question of "how the professions of lawyers, judges and prosecutors are performed within the limits of legal rules?".

According to this approach, which has an understanding of addressing general moral philosophy, or in a sense, ethics separately from the field of law, the discipline of professional ethics specific to lawyers is related to professional arrangements or the rules of professional practice.

Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", pp. 10-11.

The law-centered approach is in an effort to set the rules for identification of the boundaries of ethics, which are accepted as a relative and subjective field, by giving prior consideration to criteria such as certainty and predictability.

Furthermore, this approach characterizes, for instance, the lawyer-client, the judge-defendant relations, which we also encounter in the law practice, merely as legal relations.

The approach ignores the fact that these are ethical relations.

The most fundamental result achieved by this approach is the belief that the profession shall be fulfilled in accordance with its requirements on the condition that the rules of professional responsibility or the code of practice that are specific to lawyers and are determined through legal regulations are adhered to through legal arrangements.

Christine Parker, "A Critical Morality For Lawyers: Four Approaches To Lawyers' Ethics", Monash University Law Review, Vol.:30, No:1, 2004, p. 53.

The law-centered approach may, in a sense, be understood as a "professional code of conduct without ethics".

Although it would be possible to ensure students to gain knowledge on requirements of professional responsibility or code of conduct by adopting this approach, they shall still lack the skills to adopt a critical view on such arrangements, to conduct proper evaluation and action in concrete individual situations, that is, to select and implement a behavior that does not expend human worth or spends the least value among possible forms of evaluation and action.

For the statement, see

Deborah L. Rhode, "Legal Ethics in Legal Education", Clinical Law Review, Vol.:16, 2009, p.

46; Deborah L. Rhode, "Professional Education and Professional Values", Professional Lawyer Symposium, Issues 11, 1998, p.11.

Without ethical value and philosophical knowledge of ethical values, that is, ethical knowledge, it would not be possible to develop, construct, evaluate and implement any code of professional conduct.

Moreover, it would only be possible in the light of this kind of knowledge to be able to act in professional life without harming human dignity.

Therefore, the other alternative to the law-centered approach is to adopt the ethics-centered approach.

According to this approach, professional ethics specific to lawyers are mainly concerned with the ethical aspects of professional life that cannot be determined by rules, and they deal with ethical issues related to actions and evaluations that lawyers encounter when practicing their profession.

In short, the meaning of professional ethics is usually determined by relating it to ethics.

In other words, instead of making a number of abstract evaluations about the contents of the rules of professional liability or codes of conduct determined through legal regulations, within the context of professional ethics, the problems they create in practice are discussed in terms of ethics.

Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", p.9.

In addition, an ethics-centered approach also helps revealing the ethical side of lawyer-client, judge-defendant relations, which we encounter in the practice of law.

For example, a lawyer-client relationship or a judge-defendant relationship is a type of social relationship that is positioned for fulfillment of judicial activities within the social structure and whose purpose is unchanged even though the qualities change over time.

However, ultimately, the role of the client or the lawyer is assumed by individual persons.

And, the relationship between these persons is also an ethical relationship, such as the relationship between person A and person B, who has a certain integrity (in the sense of the integrity of the world of values).

In other words, every relationship built to play the roles in these positions determined by the law is continued by certain individuals who also possess particular integrity.

Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", p.5.

An ethical relationship is the relationship between a person with a particular integrity and another person or a human condition with a particular integrity.

İoanna Kuçuradi, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2006, pp.3, 7. Kuçuradi, Etik, p. 6-7.

Whereas, an ethical relationship is a type of relationship in which the value problems are concerned.

And value problems arise during assessment of individual events or situations.

Kuçuradi, Etik, p.3.

Thus, problems of value may arise in relation to the form and the conditions of establishment of social relations and the actions of people in these relations.

For example, the relationship of a lawyer with a client can be said to be an ethical relationship in which value problems may be involved between actors performing such roles, whether considering the condition of his/her client or his/her relation with the client, even if such relationship is of a societal kind.

Kuçuradi, Etik, p. 8.

Özdemir, "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", p. 6.

There is a need for a philosophical education based on philosophical knowledge of ethical value(s) that are important rather than norms in order to be able to live by protecting ethical values and to protect ethical values by performing legal profession.

This is because such education can help us realize where human dignity is in danger when we face it.

Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", p.9.

If the written rules of professional conduct are created with the knowledge of ethical value(s), they may increase the likelihood of protecting human dignity in cases where people must take action but do not have enough related information.

However, man cannot unconditionally guarantee the protection of dignity.

This is due to the fact that norms alone are not enough to make decisions protecting ethical values and take valuable-right action.

The reason for this is that every situation in which we have to take action is unique.

In this case, it is possible to behave in a normative manner, but to act worthless in ethical terms, i.e. to spend value - to spend the value of a human being.

Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", p. 9.

As indicated by Ioanna Kuchuradi, people may be forced to act in accordance with norms, but they cannot be forced to demand ethical value protection and take action through protection.

On the other hand, people can be trained to such a level that they shall be willing to protect ethical values, they can be equipped with the knowledge of philosophical values necessary to be able to act in a way that protects ethical values in their professional lives.

Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", p.9.

The desire to protect ethical values and the knowledge of ethics - together with the knowledge of the situation on basis of which an action shall be taken - are the minimum requirements for being able to act by protecting the value or spend the least value in certain real individual situations.

For this reason, philosophical ethics education should be given much more importance than the knowledge of professional norms in professional ethics education.

That is to say, philosophical education based on the knowledge of ethical value(s) is essential, rather than the knowledge of norms, in order to live in our daily and professional life by protecting values.

This is because only through such education would it be possible to see where human dignity is at stake under individual circumstances.

Kuçuradi, "Etik ve 'Etikler'", p. 9.

Professional rules and principles should be interpreted and implemented in conformity with the purpose of the law, that is, under the light of requirements of justice and human dignity.

And this can only be achieved by approaching the mentioned rules with a critical and inquisitive eye in the light of ethical knowledge.

It is also possible that there are areas of uncertainty in the codes of professional practice or areas of appreciation left to the practitioner.

If the professional ethics specific to lawyers is lectured as a set of prohibitions or standards without a philosophical ground, it will not be possible for them to cope with the problems I tried to address.

So, this will eventually prevent achievement of the purpose of the professional ethics course.

In short, overcoming the value problems encountered while performing professional roles in professional life requires the individual to have a proper understanding of the ethical principles and values in the law, primarily including human rights, derived from the knowledge of human value, to perform a proper observation and assessment of the ethical problem encountered in a concrete single case or circumstance, that is, the problem confronting the individual with the expending of value - specifically of human value - , and to take decisions and act without causing the human value to be expended.

For this reason, only a professional ethics course planned with an ethics- centered approach can lead them to think about a set of ethical values related to such type of problems that future lawyers shall inevitably encounter while practicing their professions and can help them gain ethical knowledge and awareness.

And I think that the importance of such achievement in having access to justice as the final objective of the law and law enforcement is unquestionable.

REFERENCES

Kuçuradi, İoanna: "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1994.

Kuçuradi, İoanna: "Etik ve 'Etikler'", Türkiye Mühendislik Haberleri, Issue No 423, 2003-1, pp. 7-9.

Ökçesiz, Hayrettin: "Kolokyum Açılış Konuşması", HFSA, Book 18, Prepared by: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, pp. 86-92.

Kuçuradi, İoanna : Etik, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2006.

Nussbaum, Martha C.: "Cultivating Humanity in Legal Education", The University of Chicago Law Review, Vol:70, 2003, pp. 265-279.

Özdemir, Nadire: "David Luban'ın Ahlaki Aktivizm Yaklaşımı Kapsamında Avukat ve Müvekkil arasındaki Sır Tutma İlkesinin Değerlendirilmesi", The Department of Public Law, the Institute of Social Sciences, Ankara University, Unpublished Postgraduate Thesis, Ankara, 2011.

Parker, Christine: "A Critical Morality For Lawyers: Four Approaches To Lawyers' Ethics", Monash University Law Review, Vol.: 30, No: 1, 2004, pp. 49-74.

Rhode, Deborah L. :"Legal Ethics in Legal Education", Clinical Law Review, Vol.: 16, 2009, p. 43-56.

Rhode, Deborah L.: "Professional Education and Professional Values", Professional Lawyer Symposium, Issues 11, 1998, pp.11-15.

Stromberg, Clifford D.: "Key Legal Issues in Professional Ethics", National Student Speech Language Hearing Association Journal, Vol.:19, 1991-1992, pp.61-72.

Tepe, Harun: "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve 'Etikler'", Etik ve Meslek Etikleri, Prepared by:

Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, pp. 9-26.

Uygur, Gülriz: "İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik Mi? Ahlak Mı?", İoanna Kuçuradi: Çağın Olayları Arasında, Editor: Betül Çotuksöken, Gülriz Uygur, Hülya Şimga, Tarihçi Kitapevi, İstanbul, 2014, pp. 161-172.

Uygur, Gülriz:

"Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm, (Online: 10.04.2014)

http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm

Uygur, Gülriz: "Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar", HFSA, Book 18. Prepared by: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, pp. 166-176.

.

PROFESSIONAL ETHICS FOR AUXILIARY JUDICIAL STAFF AND IMPLEMENTATION THEREOF

Assistant Prof. Dr. İdris Hakan FURTUN
Director, Vocational School of Justice, Faculty of Law,
Ankara University

Introduction

Trust in the judiciary has been a current issue in our country for a long time. According to news in the press, it has been stated by the First President of the Supreme Court himself that trust in the judiciary went down from about 70% to about 30%.[64]

But as set forth so truthfully by Ahmed Cevdet Paşa - a great statesman, scientist, historian, legal professional, poet, and at the same time author of the Ottoman Code of Civil Law known as "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye", whose death anniversary coincided with the opening of this scientific meeting, namely the 26th of May - governments have two main tasks: providing justice and protecting the country. Even the slightest doubt that the State fails to fulfil its mission of providing justice can damage the state's legitimacy in the eyes of its citizens. Adherence to ethical rules by all staff working within the judiciary is of great importance in terms of removing such doubt.

The Concept of Ethics

The concept of ethics is a set of certain values, principles, standards and rules that help individuals distinguish between right attitudes / behaviors what is wrong and provide them guidance about which behaviors they should follow or abstain from in their diverse - notably professional! -

64 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1232485-ismail-rustu-cirit-yargiya-guven-yuzde-70ti-simdi-yuzde-30lara-dustu 29 Nisan 2016

relations with other individuals, while at the same time ethics refers to a decision-making process based on values.

Being defined as "a set of behaviors which the parties in different branches of profession must adhere to or abstain from"[65], the most common meaning assigned to ethics nowadays is «ethics in the sense of a set of written norms», while professional ethics is the most typical example of ethics in this sense.

The Concept of Professional Ethics

Professional ethics can be defined as a set of professional principles that are set and maintained by a given group of profession and are imperative for members of that profession, force them to act in a certain way, restrict their personas tendencies, cast out those members who prove to be incompetent or unprincipled, regulate the competition within that profession, and aim at protecting the ideals of service.

We can talk of three basic characteristics of professional ethics, namely professionalism, compulsiveness and universality.

The rules of professional ethics are the norms, which the members of a given profession want to be applied in their relations with each other or with third persons, while these rules are of professional nature because they are the rules which the individuals or organizations member to a given group of profession have to comply with in their relations and behaviors related to that profession.

The rules of professional ethics are the norms that persons in a given group of profession must adhere to just because they are members of that profession regardless of their individual worldview, culture, ideology or religious belief.

The rules of professional ethics are at the same time universal as they are intended to be applied the same way all over the world with regard to a given profession.

65 ww.tdk.gov.tr, Contemporary Turkish Dictionary

Today, almost every group of profession sets its own professional ethical rules according to the characteristics of that profession, while these rules improve over time. In this context, various professional ethics are created such as medical ethics, scientific ethics, environmental ethics, legal ethics, media ethics, engineering ethics, as well as branches thereof like judicial ethics or ethics of legal profession.

Legal Ethics

The concept of legal ethics is a main concept covering ethical principles and values of various professions related to law. In this context, it is possible to talk of subdivisions of legal ethics such as judicial ethics, attorneyship ethics, notary ethics, as well as branches of judicial ethics like judge ethics, prosecutor ethics or ethics of legal profession.

The application of the state-of-law principle and realization of the rule-of-law ideal depends on the whether the judges and prosecutors, as well as auxiliary judicial staff, are also striving for ethical conduct.

It is obvious that the ethical conduct of judges and prosecutors only cannot and will not suffice to provide the public with judicial services at adequate quality levels or to protect the state's reputation in the citizens' eyes, but that all staff members constituting the judicial system must display ethical behaviour all at once if these objectives are ever to be achieved.

Auxiliary judicial staff are the professional staff who work at interim positions within the judicial system and act as the most important helpers of judges and prosecutors.

There are professional ethical principles and requirements that auxiliary judicial staff, which constitute a substantial part of the judicial system, must adhere to, just as do judges and prosecutors.

Auxiliary judicial staff constitute the majority of staff employed in the judiciary. In this context, while the total number of judges and prosecutors in our country was 12047 in 2014, the total number of staff working at the Ministry of Justice was 52260. In this figure, the total number of executive

directors, registrars, court clerks, and court criers (auxiliary judicial staff) totalled to 40784.[66] Although they are so many in number, auxiliary judicial staff have always been the judiciary's actors behind the scenes, in other words the secret heroes of the judicial system. However, despite their great importance, there have been several incidents which unfortunately reveal that the auxiliary judicial staff are not at the place where they should be in terms of ethical values and that they have serious deficiencies with regard to professional ethics.[67]

66 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist_tab.htm

67 Some of the various news that have appeared in printed and visual media in this regard are as follows: «It is claimed that a court clerk in Antalya had reduced the 18-year prison sentence against the bribe of 30 thousand liras to 18 months by using the judge's UYAP electronic password and delayed this sentence by postponing the announcement of the ruling.»
«The Ankara Public Prosecutor's Office received a denouncement which alleged that there was actually a finalized conviction about the defendant, but the procedures were concealed by a court clerk working at the İlamat Office in Ankara Courthouse for money, and that the execution was abolished three times from the computer used by the court clerk.»
«The operation of the Istanbul police against a gang who filed forgery documents in June last year revealed a scandal in the judiciary, including special courts as well. In the gang investigation, the confessions of court clerk arrested by the police revealed that certain judges, prosecutors and judicial staff were also involved in the network of bribery. The court clerk provided concrete examples where people, who actually had to be arrested, were released for money.»
«In Zonguldak, the court clerk of Zonguldak Cadastral Court, who was tried on charges of bribery, embezzlement and official fraud, is sentenced to 13 years and 10 months imprisonment.»
«A court clerk working at the Civil Court of First Instance in Ortaca Courthouse of Muğla was arrested on suspicion of misappropriation of expense advances deposited in the court files.»
«A prosecutor, who had carried out the customs operation, this time caught red-handed the corrupt personnel in Büyükçekmece Courthouse. The Assistant Executive Director and court clerk of Büyükçekmece Courthouse offered a bribe to the clerk who worked in the same courthouse in order to retrieve the telephone records of the customs employees for money. In collaboration with the police, the prosecutor caught them red-handed just as they were about to exchange the bribe. Two staff members were arrested.»
«Continued hearing of the lawsuit filed at Kocaeli Courthouse subsequent to an operation by Kocaeli Police Headquarters Anti-Smuggling and Organized Crime Division teams made against staff of the Kocaeli 7th Execution Office on allegations of bribery.»
«Police forces carried out an operation on grounds of a denouncement alleging that a public official working as court clerk at a criminal court of first instance in Bursa had destroyed certain documents for money and disclosed confidential information. Together with the court clerk detained for allegedly destroying some files at the courthouse for bribe, two more people were arrested.»

Judicial Professional Ethics

Judicial professional ethics refers to a variety of ethical rules and principles that are binding and mandatory for professional staff working in the field of justice and legal services, and require that justice must be distributed to all in an equal and fair way.

Some of these ethical principles and requirements that constitute the line of professional ethics called judicial professional ethics correspond to certain principles and requirements of judicial ethics, while an important part thereof consists of principles and requirements applicable for public officials, excluding judges and prosecutors.

Judicial professional ethics is a sub-branch of professional ethics and is a subdivision of legal ethics such as judicial ethics, attorneyship ethics or notary ethics.

Judicial professional ethics is a mixed type of professional ethics and it covers not only judicial ethics in terms of certain ethical values and rules that are created for judges and prosecutors to reassure the individuals that justice is provided in an impartial and fair manner, but also values and rules relevant for ethics applicable to public officials because the largest employer in the legal services sector is the public sector (State-Ministry of Justice).

Whether they are employed under civil servant status or under contractual staff status, all auxiliary judicial staff must comply strictly with the principles and requirements of judicial professional ethics when carrying out the duties assigned to them within the judicial system.

Judicial professional ethics in terms of auxiliary judicial staff employed by the private sector correspond rather to the professional ethics of their relevant employers (such as attorneyship ethics, notary ethics).

Legal Dimension of Judicial Professional Ethics

The legal dimension of judicial professional ethics is rooted in the duty to ensure that everyone can benefit from the «Right to Legal Remedies» equally and facilitate the efficient exercise of this right as set forth in Article 36 of the Turkish Constitution, as well as the duty to ensure that everyone can benefit from the «Right to Fair Trial» equally as set forth implicitly and briefly in Articles 8 and 10 of the United Nations Universal Declaration on Human Rights and explicitly in Article 6 of the European Convention on Human Rights.

The right to legal remedies which is regulated in Article 36 of the Turkish Constitution reading as "Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures. No court shall refuse to hear a case within its jurisdiction" assigned to judicial bodies the duty of supporting the exercise of the rights to claim, defense and fair trial before these bodies, not refusing to hear any case within their jurisdiction, and providing assistance for the efficient conclusion of cases.

The right to fair trial which is regulated in Articles 8 and 10 of the United Nations Universal Declaration on Human Rights reading as "Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law" and "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him" requires that effective legal remedies are ensured and cases are heard fairly and publicly by an independent and impartial tribunal.

Article 6 of the European Convention on Human Rights reads as follows:

"1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal

established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defense;

c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court"

Accordingly, the right to fair trial envisages that cases are heard within a reasonable time by an independent and impartial tribunal.

Scope of Judicial Professional Ethics for Auxiliary Judicial Staff Employed in the Public Sector

Judicial professional ethics for auxiliary professional staff employed in the public sector is a combination of judicial ethics and public officials ethics. In other words, judicial professional ethics for auxiliary professional staff working in the public sector consists of a number of ethical principles and rules applicable for public officials (civil servants and contracted staff!) and certain values and principles pertaining to judicial ethics.

Values and Principles of Judicial Ethics as part of Judicial Professional Ethics

From among the Bangalore Principles of Judicial Conduct, the principles applicable for auxiliary judicial staff can be emphasized as follows:

- Impartiality
- Integrity
- Propriety
- Equality
- Competence and Diligence

Ethical Values and Principles for Public Officials

The 18 Principles of Ethical Behavior, as set forth in the Regulations on Principles of Ethical Behavior of the Public Officials and Application Procedures and Essentials put into force in accordance with the "European Council's Recommendation on Codes of Conduct for Public Officials" by the Ethical Board for Public Officials also in charge for auxiliary judicial staff employed in the public sector, are as follows:

- Consciousness of public service in performance of a duty,
- Consciousness of serving the community,
- Compliance with the service standards,

- Commitment to the Objective and Mission,
- Integrity and Impartiality,
- Respectability and confidence,
- Decency and respect towards citizens,
- Notification to competent authorities any behaviors or conducts that constitute a crime or are against the principles of ethical behavior,
- Avoiding all sorts of conflict of interest,
- Not using the duty and authorities to derive benefits,
- Prohibition of receiving gifts and deriving benefits,
- Making use of public goods in line with ethical rules,
- Avoiding extravagance,
- Avoiding explanations that bind the relevant institution as well as factitious statements,
- Fulfilling the legal obligation to give information and ensuring the transparency and participation as a requirement of public service,
- Managers' liability to render account,
- Adhering to ethical rules in relations with former public officials, and
- Declaring property.

Informing the auxiliary judicial staff on judicial professional ethics

It is essential for auxiliary judicial staff to demonstrate an ethical attitude while doing their profession, and in this regard, it is of critical importance to acquaint them with principles and values of judicial professional ethics in order to ensure avoidance of unethical attitudes.

Education, as is known, is a process that consists of efforts to bring about the desired behavioral changes in individuals. The curriculum of vocational schools of justice, which teach the future auxiliary judicial staff, comprises a course on judicial professional ethics, where the students

learn about judicial professional ethics and get trained about principles and values of the same. This training is not only limited to the transfer of knowledge in theoretical form but also includes practices and samples for the recognition of ethical values and principles.

In this respect, the first application in the Republic of Turkey was made by the Vocational School of Justice at the Ankara University, Faculty of Law. Since 2007, the vocational school of justice has been teaching the course on judicial professional ethics as a compulsory two-credit course for two hours per week in the first semester of first class.

16 of the total 53 vocational schools or programs of justice currently existing in Turkey comprise a course on judicial professional ethics in their curriculum, while this course is taught as compulsory course in 7 of these schools and as elective course in 9 of them.

It is considered that it would be very beneficial if, once the curricula are made uniform, the course on judicial professional ethics could be introduced to curricula of all vocational schools or programs of justice as compulsory course, and in-service training could be given to currently employed auxiliary judicial staff in order to address this issue.

Strengthening of auxiliary judicial staff in terms of judicial professional ethics

We believe that, if at least some of the following conditions are met, the auxiliary judicial staff will have a stronger position in terms of judicial professional ethics and that thereby the unethical attitudes and behaviors will be significantly reduced:

- Improve the current situation of auxiliary judicial staff in terms of salary and other personal benefits,
- Give priority (**in a truly and effective manner!**) to graduates of vocational schools of justice and vocational high schools of justice in the procurement of auxiliary judicial staff,

- Define the job descriptions of auxiliary judicial staff and the required professional qualifications they should possess, and make a clear identification of the profession's name,
- Appoint a member of justice commissions as designated authority for applications regarding unethical conducts by auxiliary judicial staff so that auxiliary judicial staff can be made subject to effective supervision and follow-up not only in terms of criminal behavior but also violation of ethical principles,
- Encourage in an effective manner the display of ethical attitudes by declaring to auxiliary judicial staff and awarding those staff members who demonstrate exemplary ethical behavior while doing their profession,
- The ethical principles and requirements applicable in the field of judicial professional ethics should be regulated by the Ministry of Justice through dedicated rules (just as is the case in the field of judicial ethics) (*this is extremely important in terms of both preventing infringements that may arise in this field and provision of justice services more competently in terms of quality and quantity all across the country!*)

The last word to say about this subject is: "Ethics must always win!".

SIXTH SESSION

JUDICIAL ETHICS: LAWYERS

Moderator

Mr. Feyzullah TAŞKIN

General Director of Law Afairs, Ministry of Justice

HOST

We shall invite those, who will make presentations in this session. We are inviting Att. Hakan CANDURAN, the Chairman of the Ankara Bar, Prof. Lorenz Schulz, from Goethe University of Germany, and Att. İzzet Güneş GÜRSELER, the Secretary General of the Union of Turkish Bar Associations, to the stage.

MODERATOR

Hello. Yes, everybody must be tired as it is the last session. However, we have really expertised friends here. We worked together with the Chairman of the Ankara Bar, Mr. Güneş, the Secretary General of the Union of Turkish Bar Associations, and Mr. Lorenz Schulz, from Goethe University of Germany.

Now, I am inviting Mr. Hakan, the Chairman of the Bar Assocoation, to the stage.

Please, Mr. Chairman.

ETHICS OF LEGAL PROFESSION

Att. Hakan CANDURAN
President of Ankara Bar

ABSTRACT:

Justice is the foundation of the people's trust and confidence in law and order as well as each other. And yet there remains the question of how can we build trust in justice?

As one of the special subjects playing a role in establishing justice, the lawyer adopts the ethics of legal profession through long-lasting professional value judgments developed by bar associations, as a professional organization which the lawyer is member to, as well as the Union of Turkish Bar Associations and international organizations. Exercise of the legal profession in accordance with ethical values will be just one of the many answers to the question of how trust in justice can be established. But to what extent can a lawyer make an impact on trust in justice just by adhering to professional and deontological rules and principles? Ethical values will form if the legal profession is exercised according to codes of conduct in all their international dimensions and if sanctions are imposed in case of failure to comply with those codes. The acceptability of ethical principles increases during the development process of countries. Even that lawyers may remain silent in face of unethical selfishness is an important factor impeding the trust in justice. Another reason is that the lawyer may fail to react, within reasonable bounds, to unethical attitudes and behaviors of the judge. Lawyers diverging from ethical values in terms of identity will give rise to corruption and divergence from ethics among the judges as well. Ultimately, this means that ethical corruption and divergence from ethics will result in absence of both certainty of law and trust in justice.

INTRODUCTION:

Justice is the foundation of the people's trust and confidence in law and order as well as each other.

If justice is the foundation, so how can we build "trust" in justice?

Lawyers are one of the subjects playing a role in establishing justice. But to what extent can the legal profession make an impact on trust in justice just by adhering to professional and deontological rules and principles?

"ETHICAL VALUES" will form if sanctions are imposed in case of failure to comply with codes of conduct in all their international dimensions.

Ethical principles can be internalized during the development process of countries. The extent to which a country is developed may facilitate the acceptance of professional ethical values.

Even that lawyers may remain silent in face of unethical selfishness is an important adverse factor that impedes trust in justice.

Lawyers diverging from ethical values in terms of identity will give rise to corruption and divergence from ethics among the judges as well.

Ultimately, ethical corruption and divergence from ethics will result in absence of certainty of law and distrust in justice.

PROFESSIONAL RULES

According to Article 117/7 of the Attorneyship Law, the duty of "defining the mandatory rules of the profession" is assigned to the General Assembly of the Union of Bar Associations of Turkey pursuant to Article 34 of the same Law.

Lawyers are obliged to comply with the professional rules set by the Union of Bar Associations of Turkey.

The General Assembly of the Union of Bar Associations of Turkey adopted said professional rules in 1971. Thus, the professional rules of Attorneyship are relatively new compared to other countries.

The professional rules adopted by the General Assembly of the Union of Bar Associations of Turkey are similar to international rules of legal profession.

In 1989, some partial amendments were made in the professional rules, while certain professional rules were abolished by decisions of the State Council. However, although certain professional rules lost their functionality during the course of years, the Union of Bar Associations of Turkey failed to address the professional rules with sufficient due diligence. Thus, some of the rules coming short for the necessities of the time or calling for modification were neither replaced nor abolished. On the other hand, Bar Associations failed to send to the Union of Bar Associations of Turkey any elaborative suggestions for amending the professional rules.

FORMATION OF PROFESSIONAL ETHICS

Ethical Rules

a. Learning of general ethical rules starts within the family and at primary school. "Ethics of the Legal Profession", as a superior form of ethics, can be learned only if general behavioral and moral rules have been learned to a sufficient extent. Gaps in learning the basic ethical rules or passing into adulthood without having learned any ethical rule are limiting factors that impede the learning of professional ethics during the next stages of life or education. However, the increasing deformations observed in our country in recent years, coupled with weakened and deteriorated moral qualities, have led to a corrupted perspective towards ethical rules by families. Economical deformations and social deformations have also played an active role in the society losing or not learning the ethical values.

b. In higher education (at Faculties of Law), concepts like professional ethics or ethics of the legal profession are not mentioned, but the primary focus is placed on professional education. Yet, one can hardly observe any efforts for introducing serious education on concepts like general ethics or ethics of the legal profession. Especially the unstoppable rise in student numbers enrolled at faculties of law has caused deficiencies in professional education, let alone any education on ethical values.

c. Students start their internship at Ankara Bar Association without having learned "Legal Ethics" neither from their families nor at Faculties of Law. Recognized as a "mark" in terms of law internship across our country, Ankara Bar Association has been providing both professional and ethical training far better than many other bar associations. In particular, a considerable part of the 120-hour legal attorneyship training does consist of studies aimed at teaching the "Professional Rules". Along with that, a "role model" is assigned for legal interns by appointing a "consulting" lawyer for 40 interns each during their entire internship. Several criteria are applied when choosing the "role model" consulting lawyers such as minimum 5 years seniority, no history of disciplinary punishment etc. But since other bar associations do not have a training program like this, the "professional ethics" which the interns may learn is limited to the ethical knowledge of the relevant lawyer. Hence, a uniform knowledge on professional ethics can hardly be acquired.

d. At Ankara Bar Association, the interns' knowledge on professional ethics is measured through "interviews". As already known, if an interview at the end of internship reveals that an intern has failed to acquire sufficient knowledge on legal profession or the professional rules of attorneyship, the internship of such intern may be extended by maximum 6 months. This being the case, an intern will become eligible to engage in legal practice as lawyer at the end of maximum one and a half year, regardless whether such intern has adequate knowledge on professional ethics.

DISCIPLINARY PROCEEDINGS AND ETHICAL BOARD:

Pursuant to the Attorneyship Law, lawyers are under the obligation to comply with the professional rules set by the Union of Bar Associations of Turkey.

All lawyers in our country are bound by "Professional Rules" ever since 1971. Failure to comply with those rules is sanctioned through proceedings held by disciplinary boards. If, at the end of disciplinary proceedings, a lawyer is found to have infringed the professional rules, diverse penalties may be imposed ranging from mere warning to dismissal from profession.

Besides, compliance with ethical rules by attorneys could be achieved more easily if a "proactive" approach would be adopted instead of seeing the ethical rules as norms that serve for the sole purpose of regulating the violations, or through dawn-raid visits or controls.

Tasks assigned to Disciplinary Boards at bar associations comprise rather inspections in terms of norms. Since infringement of ethical rules are not taken into consideration by Disciplinary Boards, it would be wrong to make the infringers appear before Disciplinary Boards of bar associations in case of infringed ethical rules.

Further, more efficient results could be achieved in terms of inspection if senior lawyers and retired judges would be assigned to Disciplinary and Ethical Boards.

There are three risks faced in case of infringed ethical rules:

1- Risk of being denounced / reported

2- Risk of getting caught

3- Risk of being put on disciplinary proceedings

In addition, further research is required to understand how infringements remaining undetected will make an impact an ethical rules, despite of detected ethical rule infringements.

SUGGESTIONS FOR SOLVING THE PROBLEM OF ETHICS IN LEGAL PROFESSION:

Since, under current conditions, it does not seem possible to strengthen the ethical values taught within the family, it is considered that, at least for the stage we are currently in, there is not much which we as legal professionals can do to ensure a better learning of general ethical rules.

- An exam-measured course on legal professional ethics should obviously be part of the curricula taught at faculties of law. It is considered that said "legal professional ethics" course must be seriously measured by examination and regarded to be on a par with professional courses.

- A 2-stage attorneyship exam must be immediately introduced by legal amendment. The attorneyship exam must, first of all, be cleared of the "acquired right" concept that serves for political purposes only, lacking all legal infrastructure and consistency. On the other hand, the attorneyship exam should start with a test to measure the "academic formation" prior to internship. Thereby, it should be ensured that only law school graduates having reached a certain level of legal education are admitted to internship at bar associations. At the end of internship, bar associations should do a written examination plus interview to seriously assess whether the interns have really learned the "art of attorneyship" and the "ethics of legal profession".
- A considerable part of the 120-hour legal attorneyship training should mandatorily consist of studies aimed at teaching the "ethics of legal profession". On the other hand, a uniform internship training should be put into practice at all of the 79 bar associations. To ensure uniformity of internship at all bar associations, help should be sought from the knowledge and experience of bars that have succeeded in establishing an internship program to the fullest extent such as the Union of Turkish Bar Associations or Ankara Bar Association, so that bar associations all across the country receive training from colleagues that have specialized in ethics of the legal profession.
- The number of lawyers in our country has been increasing beyond control due to the unrestrained increase in law faculties, coupled with the absence of an attorneyship exam. This increase in the number of lawyers, together with limited internship opportunities and deficiencies in teaching/education, gives rise to inadequate education in terms of professional ethics.
- It has become obligatory to vest in bar associations the power to determine the number of lawyers in the province they are located in. It must be known that problems regarding professional ethics will start to diminish, if and to the extent which bar associations can determine the number of lawyers in the province they are located in.

- We can see that judges and prosecutors have been facing problems of professional ethics by reason of the difficult economic conditions in our country, excessive length of proceedings, and manifold judicial problems. The first two legs of the "contaminated judiciary" problem are judges and prosecutors, while the third leg is lawyers.
- Bar associations should form "Ethical Boards of Bar Associations" separately from disciplinary boards. Disciplinary boards generally tend to not impose punishment on their colleagues in several matters that are actually against professional ethics. By forming "Ethical Boards", it will be possible not only to punish colleagues that have infringed the professional ethics, but even prevent infringement of professional rules beforehand by means of ethical assessment.
- That "continuous education" and "certification" are primary elements of professional knowledge and development is unquestionable. Hence, refresher trainings and assessments at regular intervals must be carried out during the course of professional career in order to ensure proper knowledge of "Ethics in Legal Profession". In this respect, a possible solution would be to give refresher training on professional ethics, teach the colleagues on new professional and ethical rules, assess the participants at the end of training, and give a certificate to those that have passed the assessment successfully. It is considered that the certificates that will be given to participants will also provide improved reliability from the viewpoint of clients.

MODERATOR

I thank to Mr. Chairman. He gave very valuable advices, I noted them, as well. Now, we will listen to Prof. Mr. Lorenz SCHULZ.

Please, Mr. Schulz.

Prof. Lorenz SCHULZ
Goethe University, GERMANY

I would like to thank the Ministry of Justice to make this opportunity possible. Since I am teaching at Goethe University, I would like to quote you Wolfgang Goethe saying that: "You may say the truth many times although it is boring". My first point is that professional ethics are per se highly specific. There is a long road from general ethics down to applied ethics, and from there to a single profession; the ethics of lawyers. Second, to speak of professional ethics is from the observer's view highly ambivalent. The abuse is easy to be matched. A profession, a company, an institution in crisis and we get sooner or later the talk on ethics. If there were no ethics to sell before we get then. That we have ethics to sell, ethics of economy, business to hide egotistic capitalism. Of course this observation does not eventually prohibit to take the internal perspective and speak of professional ethics philosophically - what I will do now. Third point, professions usually face legal constraints. The more constraints we have, the less ethics we need. The more we are concerned with legal rules, the less universal is the matter. The matter is a specific legal system providing defined roles for the profession of the judiciary. Already a rough legal comparison shows a plurality of models on the globe. The difference is most substantial within the criminal justice systems. My point of departure is a common one. The difference between the adversarial and the inquisitorial system. Both define the roles of the three central actors of a criminal procedure: the judge, the public prosecution and the lawyer (litigator or barrister). Acting on behalf of the incriminated suspect - the perpetrator. Below, I will dwell on the lawyer's role in the inquisitorial system. There is also a main difference in sanctions for unprofessional or indecent or illegal behavior. Illegal behavior that is an offense in criminal law. Besides elementary offenses: a fraud etc., the offense closest to ethics is the contempt of court in the adversarial process or party treason in the

inquisitorial process. Fourth point, taking this rough picture I have come to vital problems for the German inquisitorial process in the criminal law. Even in this respect, the problems have to be narrowed. There is a transformation going on that is steered by globalization. Globalization means the rise of the big law firms, as global players in the process of the making and the implementation of law. These firms follow two models of organization. A: the old fashioned, egalitarian model of the peers that is the partners getting the equal share at the end of the year; independent of their contribution to the income of the firm. B, the second model: The modern, increasingly popular form of a business company, distributing the income to the lawyers according to their activities. This later model B, will overcome the former. The more law firms will become an investment of the big money. Think of Warren Buffet, buying Freshfields for instance. This is a development that is extremely controversial. So far, there is no consensus within the European Union concerning the legal possibility of this profit model as I want to call it. As in other cases, the United Kingdom takes the lead to defend the profit model. It seems that this mirrors the ethical ground debate between the utilitarian and the ontological approach. Now, as compliance (we have not heard this word 15 - 20 years ago), becomes more and more important. The modern model of law firms and thus indirectly the profit model will gain importance. Fifth point, in Germany the attempt of the big Anglo-American law firms to establish a criminal law branch failed. The matter - the criminal law, seems to specific to run a profitable criminal law branch in a big law firm. Clients want trust. This means they want persons to rely on day and night. That is when recently five former CEOs of the Deutsche Bank went to trial to Munich District Court for a year. There are many lawyers were taken from the usual suspects. That is, from famous criminal law firms in Berlin, Düsseldorf, Hamburg and Munich. In the end, the big firms pulled back from this traditional criminal law market. They, however, succeeded in the new compliance market, for compliance is only partly a matter of criminal law. Clients need a full package of criminal and civil, partly administrative law including a lot of economic skill. Here, firms like Freshfields are the major players. As hard cases are mostly the international cases concerning big companies or banks, usually the US authorities are competent because of the expansionist

interpretation of the enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act by US courts. As you know from FIFA, it is enough to use an American account, to use American provider writing e-mails for the American courts to say we are competent. This again increases the importance of the big firms. I will not treat the rather tough ethics of their lawyers. Sixth point, in Germany there are some general clauses of the Federal Lawyers Act, last amended in 2015. There are in section 43, we have general professional duties, the basic duties of a lawyer. I will not read that. In 43a - this is now interesting for Turkey - we have the basic duties of a lawyer. Please not that section 43a is an amendment visible by the a. Necessary because a ruling of the Supreme Court in 1987 against a rather ethical definition of these duties by the lawyers' chambers being a public body - as it was just mentioned - was dismissed by the Supreme Court. According to the Supreme Court, these basic duties had to be defined by the legislature, in compliance with the German Constitution. It is known that these Chambers used their authority to sanction a lawyer's conduct that is considered as indecent, and now it has to be illegal. I will not dwell on the Nazi past of the German chambers when they out ruled lawyers. More recently, they had banned the advertisement of lawyers in newspapers or public ground like metro station, considering these activities as indecent or incorrect. Then, the Supreme Court opened the field of such activities, and the legislature amended the act again and we got 43b. Lawyers were only permitted to advertise his or her services in as far as the advertising in question provides matter of fact information concerning the form and the nature of professional services and as long as it is not aimed at soliciting specific instructions or specific briefing - that is the wording of the section. Finally, the legislatures safeguarded the growing specialization in the lawyers' business, permitting the institution of specialized lawyers that is now steering the business more and more. Thus we have a 43c section. When we draw the essence out of the law statement about general duties, we come to standards that are ethical at once like objectivity, neutrality, independence and integrity. To fill these duties with content is a matter of the courts and of ethics at once. The courts state minimal duties. Ethics may define medium or optimal duties. Thus, a lawyer may advertise his business rather aggressively. Ethics may tell him or hem to her to remain decent. My last

point, seventh. However, what kind of ethics? The ontological or consequentialist, the utilitarian ethics? In any case, it is ethics' prohibiting free riding in the sense universalist ethics. In criminal procedure, the lawyer's business is under attack by fundamental transition of the procedure from safeguarding the perpetrator to safeguarding the victim. To mention that in one of our sessions, Gülriz Uygur spoke about the victims, that they have to stand up to speak not to remain silent. So, when I take the right to remain silent, it is the perpetrator's perspective. If I take the perspective of Gülriz, it is the victim's perspective. We have a transition from the perpetrator's perspective to the victim's perspective. And just to remark on that, the authorities ask from you - a confession. To insist on the elementary role of a defense lawyer in criminal procedure would be easier if the lawyer would be a more or less ethical body following the basic duty of fairness that lawyers ask reversely from the prosecution and the courts.

I was talking about constitutional tribunal in order to present my story in the most simple picture.

As I told you in the beginning that the political situation, the political conflict is much more complicated, is much more folded than I was able to present in four points.

For example, the important support of constitutional tribunal was provided by the supreme court, by the supreme administrative court, by association self-governing of judges called the National Chamber of the Judiciary, by number of judiciary authority organizations, by the attorneys' self-government, legal associations etc.

So, the defense of the constitutional tribunal means as you suggest and I fully agree with you, means the defense of the principle of the independence of judiciary, and the principle of the independence of certain institutions or certain agencies or certain governmental bodies against breach of such independence.

As I said, I present us a legal picture to show the problem but it is just a small very narrow cut of the wider problem.

But, finally constitutional judges are of course very specific.

As you certainly know, most of European countries - except for I think Estonia - most of them have a double system.

The supreme court is a separate court and the constitutional court is a separate court.

It is not a US system when the Supreme Court of United States tackles or deals with both.

It is the highest court and at the same time the constitutional court.

We have separation of these two courts, but this is still a court.

And judges who decide them are still judges.

And it happens that the judges from the supreme court are appointed to the constitutional tribunal to be judges of the constitutional tribunal.

So, there were certain tensions between different courts before over so-called "interpretive decisions" etc. - this is a matter for another discussion - but within last half a year but all these tensions between the judiciary disappeared.

They are staying together.

Thank you very much.

MODERATOR

Yes, I thank to Mr. Schulz for his valuable speech.

Now, I will leave the stage to Mr. Güneş, the Secretary General. Please sir.

PROFESSIONAL ETHICS IN ATTORNEYSHIP

Att. İzzet GÜNEŞ GÜRSELER
Secretary General of the Union of Turkish Bar Associations

Judicial ethical standards can prevail only in countries that respect the rule of law.

When examining the professional ethics in attorneyship, i.e. the ethical rules which attorneys must comply with when practicing their profession, we should first draw a general framework of attorneyship, with special focus on the characteristics and principles of this profession. In this respect, the Constitutional Court's decision dated 15.10.2009 (file no. 2007/16, decision no. 2009/147) can provide very useful guidance.

THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION ON ATTORNEYSHIP

The Constitutional Court's reasoned judgment dated 15.10.2009 (file no. 2007/16, decision no. 2009/147) abolishing Article 1 of "Law no. 5558 on Amendment of the Attorneyship Law", which abrogated the attorneyship examination, was promulgated in the Official Journal number 27456, dated 8.1.2010.

This decision is very significant with regard to approaches contained therein towards our profession, and is at the same time very pleasing as it shows that the arguments we have been defending for years have finally found an answer at the level of the Constitutional Court. (How the attorneyship exam should be arranged in light of this decision and why the necessary steps to that end have still not been taken are a whole different issue which should be discussed in a separate paper.)

The decision's justification reads as follows:

"The general preamble of the Attorneyship Law No. 1136 manifests the characteristics and importance of attorneyship, highlighting that it is a public service, and that the attorney's duty is to take part in establishing justice during judicial proceedings while protecting public interest. Article 1 and 2 of the Law emphasize that attorneyship is a profession with a profound public aspect. By placing his/her knowledge and experience to the service of justice, the attorney assists juridical bodies at every level and other competent boards and agencies for the just and fair settlement of all kinds of legal issues and disputes and the full implementation of legal rules, thereby playing an important role in the judiciary system of the state of law.

Considering, together with Article 135 of the Constitution, the fact that the duties, rights and powers vested in Bar Associations and the Union of Turkish Bar Associations are of non-negligible importance for both social and state life, it becomes self-evident how huge value is attached to the general qualities of attorneys. Every liberal profession has its own specificities. They all have aspects in which they differ from each other, which together with the impact of different fields of specialization makes different practices natural and even inevitable. The attorneys' duty of defense and their contribution to establishing justice are considered as characteristics of this profession, while justifying the restrictions which attorneys are bound to. That those who choose the profession of attorneyship perform the requirements of this profession with due diligence is a primary precondition of maintaining and strengthening the respect and trust which are most essential components of the title 'attorney'.

According to Article 2 of the Constitution, the state of law is defined as a state which is based on human rights, protecting and strengthening these rights and freedoms, abiding by the laws in its acts and actions, establishing a just and fair legal order in all fields of life and maintaining this in a progressive manner, ensuring the legal security, avoiding the unconstitutional behaviors and attitudes, ensuring the sovereignty of law on all state organs, deeming itself bound by the Constitution and the rule of law, being subject to judicial review, and being aware that the fundamental legal principles and the Constitution prevail over individual acts and cannot be abolished by the lawmaker.

It is a requirement of being a state of law that acts and codes are intended to secure public benefit, contain general, objective and fair rules, and at the same time observe the criteria of equity. Therefore, the lawmaker has to exercise his legal power of discretion within bounds of the Constitution, bearing in mind the criteria of justice, equity and public benefit. Replacement of existing rules with new acts or complete abolishment thereof is something that is seen natural by law and found compliant with general principles. So, new rules can be enacted to abolish former rules. This type of arrangements is a legislative process that is covered by the lawmaker's power of disposition. Just like enacted legislations, abolished rules too are part of legislative disposition, while the lawmaker is obliged to abide by the Constitution when exercising his power of disposition.

"Independent judiciary" as a 'sin qua non' of the state of law will find its meaning only if it exists together with "defense" which is a 'sin qua non' of judiciary. Defense is an indispensable component of the judiciary made up of the triangle "claim-defense-judgment". Fair trial can be achieved only through efficient participation of an attorney. That admittance to this profession is made subject to certain conditions and restrictions, taking into consideration the importance and significance of the attorney, is a requirement of both the state of law and right to fair trial.

Both the public and judiciary expect the attorney to possess excellence and superior qualities, while in this respect selection to the profession of attorneyship is at least as important as contribution to professional development. To get educated in basic legal issues is not sufficient to practice a profession. Competence in terms of profession does include not only special training programs such as internship, but also selection to or elimination from admittance to this profession.

In addition, it must be identified whether the public benefit, which the lawmaker intended to achieve by putting the exam into effect taking into account factors such as the right of defense, fair trial, establishment of justice, and significance of attorneyship, has maintained its validity at the time the exam was abrogated; while it must also be taken into consideration whether the conditions at the time of the exam's enactment have remained the same or continued their existence, or even become more important with regard to the characteristics of attorneyship.

On the other hand, Article 36 of the Constitution provides that everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures. The attorney, as an independent constituent of the judiciary assigned with the duty to freely represent and ensure the arrangement of legal relations, the just and fair settlement of all kinds of legal issues and disputes, and the full implementation of legal rules, is at the same time a significant component of the right to legal remedies and right to fair trial. Strong and independent attorneyship is a guarantee for the rule of law, legal settlement, sense of fair trial, and social peace, which are all values secured by advocates who are independent and competent in their profession.

So, it becomes apparent that the rule in dispute was enacted in ignorance of above issues, and is therefore contrary to Articles 2 and 36 of the Constitution. Hence, it has to be abolished."

In light of above justification, the principles which the Constitutional Court finds applicable to or desirable for the profession of attorneyship can be highlighted as follows:

- Attorneyship is a public service, and the attorney serves for public benefit by taking part in the establishment of justice during judicial proceedings.
- "By placing his/her knowledge and experience to the service of justice, the attorney assists juridical bodies at every level and other competent boards and agencies for the just and fair settlement of all kinds of legal issues and disputes and the full implementation of legal rules, thereby playing an important role in the judiciary system of the state of law."
- "The attorneys' duty of defense and their contribution to establishing justice are considered as characteristics of this profession, while justifying the restrictions which attorneys are bound to. That those who choose the profession of attorneyship perform the requirements of this profession with due diligence is a primary precondition of maintaining and strengthening the respect and trust which are most essential components of the title 'attorney'."

- **"Independent judiciary" as a 'sin qua non' of the state of law will find its meaning only if it exists together with "defense" which is a 'sin qua non' of judiciary. Defense is an indispensable component of the judiciary made up of the triangle "claim-defense-judgment". Fair trial can be achieved only through efficient participation of an attorney.** That admittance to this profession is made subject to certain conditions and restrictions, taking into consideration the importance and significance of the attorney, is a requirement of both the state of law and right to fair trial."
- "Both the public and judiciary expect the attorney to possess excellence and superior qualities, while in this respect selection to the profession of attorneyship is at least as important as contribution to professional development. To get educated in basic legal issues is not sufficient to practice a profession. Competence in terms of profession does include not only special training programs such as internship, but also selection to or elimination from admittance to this profession. The attorney, as an independent constituent of the judiciary assigned with the duty to freely represent and ensure the arrangement of legal relations, the just and fair settlement of all kinds of legal issues and disputes, and the full implementation of legal rules, is at the same time a significant component of the right to legal remedies and right to fair trial. **Strong and independent attorneyship is a guarantee for the rule of law, legal settlement, sense of fair trial, and social peace, which are all values secured by advocates who are independent and competent in their profession. "**

After having pointed out the Constitutional Court's approach to attorneyship, we need to answer the question "Why is strong and independent attorneyship necessary?".

Strong and independent attorneyship is a guarantee for:

the rule of law,

legal settlement,

sense of fair trial,

and

social peace,

which are all values secured by advocates who are independent and competent in their profession.

This is why strong and independent attorneyship is necessary.

Two fundamental characteristics of attorneyship:

1. Attorneyship is public service.

As set forth in Article 1 of the Attorneyship Law, attorneyship is a liberal profession performed in form of public service. Besides, the attorney represents the independent defense which is one of the constituents of the judiciary. Since the attorney, as a constituent of the judiciary, constitutes the judiciary together with claim and judgment, the services furnished by the attorney are public service. But the attorney himself is not a public official.

2. Attorneyship is independent.

Attorneyship is a liberal profession that freely represents the independent defense which is one of the constituents of the judiciary. The attorney must be independent of not only his client, but also of the state and even the society, because the only way an attorney can serve both the law and interests of his client is by independence in real terms.

What is the aim of attorneyship having the qualities described above?

The purpose of attorneyship is to ensure with juridical bodies at every level, arbitrators, public and private entities, boards and agencies

the arrangement of legal relations, the just and fair settlement of all kinds of legal issues and disputes, and the full implementation of legal rules. Therefore, when performing a task, the attorney is not under the command of his client, nor does he pursue the interests and benefits of his client only.

The professional ethical rules of attorneyship, the functioning, characteristics and significance of which can be summarized as above, are regulated by acts and regulations, including both national and international legislation.

PROFESSIONAL RULES

Article 34 of the Attorneyship Law provides that attorneys are under the obligation to comply with the professional rules set by the Union of Bar Associations of Turkey. Under Article 117/7, it is stipulated that the task to define the mandatory rules of the profession is vested in the general assembly of the Union of Bar Associations of Turkey and it is obligatory to obey those rules. At its meeting held on 8.9.1971, the General Assembly of the Union of Turkish Bar Associations set the Professional Rules which are still in force today.

Article 134 of the Attorneyship Law provides that disciplinary penalties shall be imposed on those whose acts and conduct contradict the honor, order, traditions, and professional rules of attorneyship; and those who neglect their duties in professional practice or fail to exercise the personal integrity required by their duties.

RESPONSIBILITIES OF THE ATTORNEY

Some of the responsibilities, which define and guide the behaviors of the attorney who is required to perform his duty in line with national and international regulations, can be assessed under following headings:

Responsibility towards himself

The attorney is responsible towards himself in the first place. The fundaments of this responsibility are the conscientious values internalized during his legal education and the oath taken when entering this

profession. In Article 9 of the Attorneyship Law, this oath is set forth as follows: "***I swear on my honor and conscience to abide by the law, the principles of morality, and the rules of this profession; and to uphold its respectability.***" This oath should be the most important guide in the arranging the attorney's whole life, together with the laws and professional rules. (While emphasizing the importance of this oath taken when entering this profession, I have to note that judges and prosecutors in our country start their profession without taking an oath.). For instance, an attorney should feel himself under the pressure of all these rules in his private life. The confidentiality of private life and immunity of the same are essential, but the attorney cannot behave in a bad way by saying "this is my private life", but has to avoid in his private life all sorts of behavior that would damage the reputation of this profession.

The attorney has to arrange also his apparel under this pressure. He has to dress and behave properly also outside the courthouse or office. The gown worn at the courthouse does not cover the shabbiness beneath, which shabbiness means disrespect to the gown.

In the face of the fact that the respect we can expect from others cannot be more than the respect we feel for ourselves, we forget that the more we respect our profession the more respect we will get from society.

Perhaps we do not know the value of our profession because we are getting it by simply finishing any legal faculty, without having to pay much price.

Our general features ranging from our relationships and behaviors to the cleanliness of our gown collar and from discipline to the orderliness of our office show that we do not recognize the value of this. The average of our relationship with courthouse employees and colleagues, our clients and our counterparts always confirm this generalization. Another proof of this is the attacks against us. Every year, many colleagues are attacked and these attacks may result even in death. The attackers are in general either our clients or the other party of the case, which means that our own clients and their adversaries may see us in a position completely vulnerable to attack and not show us respect.

Responsibility towards Society/Justice

The attorney should use his legal education and his knowledge to contribute to the development of legal awareness in society and to the preservation of the trust in justice and judiciary. What will ensure this trust is the reassuring behaviors of individuals within the institution.

Attorneyship and legal professions in general are the most appropriate profession for service in political and social fields. In order to fulfill his responsibilities, contribute to social and political developments, and serve as pioneer, it is required for the attorney to take part in non-governmental organizations and political parties that fit his worldview.

Responsibility towards the client

The most fundamental responsibility is to be honest. The lawyer must explain to the client the foreseeable legal consequences of the case, but he must also mention that there is no guarantee. The attorney must not endeavor to make the rightful appear unjust or vice versa; he has to help in revealing the truth and ensuring that everyone seek and take their right.

The attorney is responsible to keep confidential any secrets he might learn during the course of a case.

The attorney takes a case to provide legal assistance for his client. So, the attorney does not replace and cannot be identified with the client. These bounds must not be crossed.

Responsibility towards judicial bodies

The attorney must treat all persons whom the attorney gets in contact with within his scope of duty, namely the judges, prosecutors, judicial personnel, notaries and all other interested parties in accordance with the requirements and criteria prescribed by his profession.

Responsibility towards colleagues

The attorney must act in solidarity with his colleagues. Without departing from justice and equality principles, he should display behaviors that promote professional co-operation and protect the dignity of the profession. Attorneys representing opposite sides in a case should turn this adversary into professional affinity once they get out the courthouse. As mentioned above, the attorney does not identify with the client, but follows the case only as proxy.

Responsibility towards professional organizations

The attorney must fulfill his duties and responsibilities arising from his membership to professional organizations, i.e. the bar association and union of bar associations. However, this fulfillment cannot be achieved by acting as a mere distant observer who just participates general meetings and signs and votes if he is required to do so. It is necessary to play an active role in activities committees. Every attorney has a huge responsibility in the face of the unstoppable rise the number of attorneys.

In lieu of conclusion

We haven't managed yet to institutionalize our democracy or overcome the deficiencies. We haven't yet adequately nestled and internalized the separation of powers. Not only have we failed to reach real democracy, but failed also to become a "state of law". And when we failed to become a state of law, our judiciary failed to be independent and impartial. As result, in such a judicial body, our advocacy is not independent as well.

So, to what extent can ethical rules be really adopted given this gloomy picture?

Our primary problem is internalization of democracy, which we have failed so far.

Once an internalized and institutionalized democracy is established, judicial ethics will follow by itself in the chain explained above. May 27th, 2016

MODERATOR

I thank to all of the esteemed speakers. Att. Mr. Hakan, the Chairman, gave a lot of fundamentally important advices, but he has two interesting ones. One of them is the application of an exam in the internship, and placing ethical evulation at high levels in such an exam. I think it is an important advice. The other one is about establishing ethical committes at the bar associations, I think it is also a very important advice, and must be evaluated, certainly. Mr. Schulz gave us information about the development of attorneyship as a profession in Germany and around the World. He gave information especially about the developments, related to incorporation, its situation in the criminal jurisdiction, and development in large commercial capital companies. In addition, he emphasized that the duties of attorneys must be defined by the laws, in relation with the development of the Law of Attorneyship in Germany as per 43a, 43b and 43c, and he also emphasized specialization. Mr. General Secretary talked about the relation between democracy, constitutional state, and defensive independence. Then, he told us about the details of the right to pursue legal remedies and fair trial. After this, he briefly mentioned the responsibility of attorneys to be independent and the draft of law. About the draft of law, I hope we will primarily make an assessment with the participation of all of the chairmen of the bar associations and estimeed professors with a broadly participated symposium, in this year. Yes, if you have any questions or evaluations, you can share them briefly. I see, there are not any questions. Thank you very much.

Yet, I have an advice for my young colleagues. I am asking all of them to read the Code of Practice of the Bar Association of Turkey. In my opinion, there are hints about being a better judge and a virtuous person. I am certainly recommending you to read it. Thank you for your attention.

I am concluding the session with my respects.