

## ÖZET

### *Küresel Çağda Kanun Koyma Üzerine Düşünceler*

Bu makalenin temel hedefi, kanun koyma faaliyetinin küreselleşmenin etkisi altında nasıl yürütüldüğünü göstermektir. Küreselleşme günlük hayatımızın her alanını etkilediği gibi kanun koyma faaliyetini de derinden etkilemiştir. Sözgelimi, bugün kanun koyucuların herhangi bir kural koymadan önce daha iyi bir çözüm bulmak için başka ülkelerin tamamen aynı problemler için getirmiş oldukları düzenlemeleri inceleme zorunluluğu bulunmaktadır. Bazı kanun koyucular bu görevlerini yabancı düzenlemeleri, bunların hukuki sisteme uyumunu kontrol etmeksizin alarak kötüye kullanmaktadır. Velhâsıl, kanun koyma faaliyeti çok ciddi bir iştir ve gerektiği gibi açıklanmalıdır.

*Anahtar Kelimeler: Kanunlaştırma, Küreselleşme, Kanun Koyma Süreci, Kanun Koyma Metodu, Kanun Koyucu*

## ABSTRACT

### *Reflections on Codification in the Global Era*

The main purpose of this article is to illustrate how the law-making process works under the effects of the globalization. The globalization affects this process very deeply as it affects every aspects of our daily lives. For instance, today's law-makers have to examine other countries' legislations very carefully before putting any rules since these legislations can help them to find a better solution for the exactly the same problems. Some law-makers exploit this duty by adopting foreign rules without investigating their real harmony to the legal system. This never ends up well for the whole society. As a result, law-making process is a very serious job and it needs to be explained properly.

*Keywords: Codification, Globalization, Legislation Process, Legislation Method, Law-maker*

# Küresel Çağda Kanun Koyma Üzerine Düşünceler



Dr. Nazlı Töre



## İRİŞ

“Küresel Çağda Kanun Koyma Faaliyeti Üzerine Düşünceler” başlıklı makalede esas itibariyle kanun koyma faaliyeti bilimsel anlamda tüm yönleriyle tarihten günümüze kendisini etkileyen akımlar gözetilerek mercek altına alınacaktır. Ancak ondan önce kanunun anlamını açıklığa kavuşturmakta fayda bulunmaktadır. Zira kanun kelimesi çok çeşitli manalarda kullanılmaktadır. Nitekim Türk Dil Kurumu’na göre kanun fiziki anlamda “*olayların gidişinde istisnaya yer vermeyen değişmezlik ve mecburiyet gösteren kural*”dır. Bilimsel anlamda kanun ise “*çok sayıda deney ve gözlemden sonra, aynı şartlarda aynı sonuçları verdiği kesin olarak saptanan durum*”u ifade eder. Felsefi

manada “düşüncenin mantıklı bir değeri olması için uyulması şart olan temel kaide-ler” dir. Hukukta ise kanun “*devletin yetkili organları tarafından usulüne uygun olarak yapılan ve ilan olunarak yürürlüğe konulan genel, soyut ve sürekli nitelikteki kuralları*”<sup>1</sup> ifade eder. Burada konumuz hiç kuşkusuz hukuki manadaki kanundur, diğer manalardaki kanun bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır. Zaten dikkat edilirse, felsefi manadaki kanun ile bilimsel manadaki kanunun anlamı aslında hukuki manadaki kanuna eşdeğer bulunmaktadır. Geniş anlamda kanun, bir hukuk rejiminde yetkili organlarca meydana getirilen tüm pozitif

<sup>1</sup> KAPLAN, İ. (1992). *Kanun Yapma San’atı ve Tekniği*. Gündüz ÖKÇÜN’ e Armağan. AÜSBFD, XLVII, 1-2,99.

hukuk kuralları anlamında kullanılmaktadır. Ama bu anlamı, genel olarak hukukun kaynaklarını ifade eden sözcük olarak “mevzuat” terimiyle ifade etmek daha doğrudur. Dar anlamda kanun, yasama organınca usulüne uygun olarak yapılan ve kanun adıyla vâz edilen kurallardır ve bu anlamıyla hukukun kaynaklarından sadece bir tanesini teşkil eder. Usulüne uygun olma şartı, kanunun bir varlık şartı olmamakla birlikte, bir sıhhat şartıdır. Buna göre, Türkiye’de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun adıyla yapılan bir işlem usulüne uygun olmasa bile kanundur ve iptal edilinceye kadar geçerliliğini korur<sup>2</sup>.

Türkiye’de kanun yapımına şeklen bakacak olursak, Anayasaya göre kanun yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin uhdesindedir. Kanun teklif etme yetkisi Bakanlar Kuruluna ve Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Bakanlar Kurulunun teklifine kanun tasarısı denilirken, milletvekillerinden gelen tekliflere kanun teklifi denilmektedir<sup>3</sup>. Kanunlar, Meclis’te usulüne uygun olarak görüşülüp kabul edildikten sonra Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer.

Böylesine çetrefilli bir sürece denk düşen kanun koyma faaliyeti incelik ve dikkat gerektirmektedir. Zira genel olarak kanunların (mevzuat) kalitesi ülke yönetimini derinden etkilemektedir. Bu nedenle, kanunun hazırlık aşamasından uygulama aşamasına kadar olan sürecin incelenmesi ve görülen aksaklıkların düzeltilerek iyi ve

kaliteli kanun üretilmesi sağlanmalıdır. Bu makalenin öncelikli hedefi, bu amaca bilimsel yönden hizmet etmektir. Yoksa kanunların şekli olarak nasıl yapılacağı hususu Meclis İçtüzüğünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun dışında, 2005/9989 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” 17 Şubat 2006 tarih ve 26083 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Anılan Yönetmelikte kanun taslaklarının hazırlanmasında uyulacak ilkeler ayrıca belirlenmiştir. Bütün bu düzenlemeler bu makalenin kapsamı dışındadır. Zira bu makale bilimsel yönden kanun koyma faaliyetini incelemektedir. Nitekim bir sonraki başlıkta kanun koyma faaliyetinin ayrı bir bilim dalı olup olmadığı tartışılacaktır. Bu tartışmanın akabinde sırasıyla kanun koyma faaliyetinin aşamaları, kanun koyma metodları, kanun koyma faaliyetini etkileyen akımlar, çeşitli ülkelerde kanun koyma faaliyeti ile bütün bu kanun koyma faaliyetini icra eden kanun koyucunun sahip olması gereken vasıflar ayrı başlıklar altında açıklanmaya çalışılacaktır. Bütün bu açıklamaların ışığında, makalenin sonuç kısmında içinde bulunduğumuz çağa adeta rengini veren küreselleşme olgusunun,

2 KESKİN, A. *Kanun Tasarısı Taslaklarının Hazırlanması, Sağlık Bakanlığı Örneği içinde ed. NEZİROĞLU, İ. / BAKIRCI, F. (2011). TBMM-Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, 37-38.*

3 TEZİÇ, E. (1998). *Anayasa Hukuku. İstanbul, 37.*

özellikle kanun koyma faaliyeti üzerindeki etkileri elden geldiği ölçüde açıklanmaya çalışılacaktır.

### I. Kanun Koyma Faaliyeti: Bilim mi Sanat mı?

Kanun koymak hukuk yapmak anlamına gelmektedir. Hukuk yapmak ise bugünkü yaygın ve bilinen anlamıyla belirli bir toplumda yaşayan tüm insanların nasıl davranmaları veya davranmamaları gerektiğini belirlemek ve bunu yazılı bir kuralla kayıt altına alarak, bu kuralda öngörüldüğü şekilde davranmayanlara hangi yaptırım ile karşılaşacaklarını bildirmek demektir<sup>4</sup>.

Kanun koyma faaliyeti, çok kabaca bir kanunun gerekliliğinin saptanması aşamasından başlayarak, bunun “*legistik*” denilen yazımına ve etkilerine ilişkin teori üretme aşamasına kadar geniş bir alanı ifade etmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin (*rule of law*) küresel bazda kabul edildiği günümüzde hukuk devleti, hukuk yapan yani kanun koyan devlettir. Bunun anlamı bir kanunun niçin ve ne zaman gerekli olduğuna, nasıl meydana getirileceğine ve etki sınırının ne olacağına, nihayetinde bunun nasıl formüle edileceğine hep devlet karar verir.

Kanun yapma öğretisi, devletin tüm bu sayılan kanun koyma faaliyetini incelemektedir. Kanun yapma öğretisi bugün için kendisine ait metodu olan bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilmemektedir. Zira devletin kanun koyma faaliyetinin layıkıyla analiz edilmesi için disiplinler arası bir ça-

lışma yapılması gerekmektedir<sup>5</sup>. Kanun yapma öğretisi bir üst kavram olup, kısmen kamu hukuku teorilerinden kısmen de hukuk dışında kalan bilimlerden meydana gelmektedir. Sözelimi adaletli kanunlar için felsefeye; siyasi ve sosyal menfaatlerin doğru değerlendirilebilmesi için siyaset bilimine; kanunların sosyal yaşama etkisini ölçmek için sosyolojiye; kanunlar ile iktisadi olaylar arasında bağ kurmak için ekonomi bilgisine ihtiyaç bulunmaktadır<sup>6</sup>.

Kanun yapma öğretisi her ne kadar bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilemese de, kanun koyma faaliyeti gerek teorik gerekse pratik yönleriyle bir sanatı, bir zanaatkârlığı ifade etmektedir. Çiçero “*hukuk bir sanat'tır*” diyor. Bu önermeyi doğru kabul edeceksek, devletin hukuk yapma, bir başka anlatımla, kanun koyma faaliyetini de bir sanat olarak kabul etmemiz gerekecektir. Nitekim kanun koyma faaliyetinde biçim işçiliği en az içerik kadar önem taşımaktadır. Kanun doğru ellerde kusursuz bir mücevher halini alır. İyi kesilmiş bir elmas hangi yönden bakılırsa bakılsın mükemmelliğinden ve ışığından hiçbir şey kaybet-

<sup>4</sup> BALI, A.Ş. (2009). *Felsefi Bakışla Norm Koyma: Bilim mi, Sanat mı? Ankara Hukuk Toplantıları “Norm Koyma ve Hüküm Verme”*, 156.

<sup>5</sup> MADER, L.(1985). *L'évaluation Législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation. Lausanne*,16.

<sup>6</sup> FLEINER-GERSTER, T. (1985). “*Wie Soll Man Gesetze Schreiben*”. *Bern und Stuttgart, 1 vd.*; KAPLAN, 1992, 100.

mez. Benzer şekilde, usta ellerden çıkmış bir kanunun ışığı da en karmaşık sorunları dâhi aydınlatmakta muktedir olur.

## II. Kanun Koyma Faaliyetinin Aşamaları

Kanun koyma faaliyetinin hazırlık, düzenleme, icra ve düzeltme gibi dört farklı aşaması bulunmaktadır.

### A. Hazırlık Aşaması

Bir kanun yapmak için çok değişik güdüler bulunabilir. Bir hükümet veya bir koalisyon hükümeti programı gereği kanun yapılabileceği gibi, Bakanlar Kurulu kararı ile de kanun yapılabilir. Yine Anayasa ve Uluslararası Antlaşma metinleri de kanun yapma kaynakları arasında sayılabilir. Anayasa'nın program hükümleri hükümetleri belirli konularda kanun çıkarmaları için teşvik edebilir. Kanun boşluğu olan bir konuda başka bir ülkenin düzenlemesi de esas alınabilir.

Kanun koyucu, bu aşamada aşağıdaki soruları cevaplamalıdır.

- Bir kanun niçin gerekli olur?
- Bir kanun ne zaman gerekli olur?
- Kanunlar nasıl meydana gelir?
- Kanunların hangi etkileri olur?
- Kanunların etki sınırı ne olmalıdır?
- Kanunlar nasıl formüle edilmelidir?

Kanun koyucu bu soruları cevaplandırırken, ağırlıklı olarak hukuk biliminden ve biraz da siyaset biliminden yardım alır<sup>7</sup>.

Kanun hazırlama süreci, ihtiyaç tespiti, durum tespiti, amacın belirlenmesi ve teklif gibi çok çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Kanun yaparken ilk aşamada ihtiyaç yani gereklilik araştırılır. İkinci aşamada durum saptaması yapılır yani düzenlemeye konu edilecek fiili ve sosyal ilişkiler incelenir. Bu arada hakkında kanuni düzenleme yapılacak olgunun sosyal konumunun dışında mevzuattaki durumu da soruşturulur<sup>8</sup>. Ortaya çıkan ihtiyaç doğrultusunda yapılan durum saptaması sonrası, yeni bir kanunun gerekliliği kabul edildiğinde üçüncü aşamada amaç belirlenmektedir. Amanın belirlenmesinden sonra teklif aşaması gelmektedir. Kanun hazırlığı yapılırken ihtiyaç duyulan düzenleme türü, yoğunluğu, organizasyonlar, zaman ve maliyet faktörleri de dikkate alınır. Kanun yapma öğretisi, bir kanunun sonuçlarını da araştırmayı yani bir nevi düzenleyici etki analizi yapılmasını da bu aşamaya dâhil etmektedir<sup>9</sup>. Sonuç araştırması önceden yapılabileceği gibi, sonradan ek-

7 SÖZER, A.N. (2009). *Yeni Bir Bilim Dalı: Yasa Yapma Öğretisi*. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme" , 87.

8 ARAÇ, İ./ İBA, Ş. (2003). *Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine*. AÜSBFD, LVIII, 3, 37.

9 Türk uygulamasında da düzenleyici etki analizine özel bir önem atfedilmiş bulunmaktadır. Nitekim 2006 tarih ve 26083 sayılı "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in 24. maddesinde, "yürürlüğe konulması halinde etkisinin on milyon TL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname tasarıları için düzenleyici etki analizi yapılmasının zorunlu olduğu" belirtilmektedir.

lektik olarak da yapılabilmektedir. Hazırlanan metnin olası amaca ulaşma derecesi, istenen veya istenmeyen yan etkileri önceden saptanmaya çalışılır. Sonuç araştırması, plân üzerinde oyun, benzetim (simülasyon) ve yasanın denenmesi (test edilmesi) gibi özel yöntemlerle gerçekleştirilmektedir<sup>10</sup>. Bu şekilde, iyi bir kanun yapmaya ilişkin anahtar tedbirler de belirlenmiş olur.

Kanun temelde üç açıdan değerlendirilmektedir. İlk olarak, kanunun mevcut sorunu çözmek için alınan tedbirlere uyma oranı belirlenmeye çalışılır. (*uyma ölçütü: effectiveness*) İkinci olarak alınan tedbirin arzu edilen sonucu sağlayıp sağlamayacağı belirlenmeye çalışılır. (*yararlılık ölçütü: efficacy*) Nihayet, tedbir ve ona ilişkin giderlerin elde edilecek sonuçlar ile kıyaslanması ve ortaya çıkacak sonucun değerlendirilmesi gerekir. (*verimlilik ölçütü: efficiency*) Diğer bir deyişle, yeni bir kanun getirilirken vatandaşların ona uyma eğilimleri, bu uymanın yarar sağlayıp sağlamayacağı ve kuralın getireceği maliyetler hazırlık aşamasında değerlendirilen hususlar arasında yer alır<sup>11</sup>.

Yeni bir kanun oluştururken önceden değerlendirme kadar sonradan yapılan eklektik değerlendirme de önem taşımaktadır. Bu halde, yürürlüğe girmiş olan bir kanunun toplum üzerinde ortaya çıkmış mevcut etkileri belirlenir ve ilkinden farklı olarak olası değil, bilâkis ortaya çıkmış sonuçlar değerlendirilir. Bu sonuçlar mülâkat, gözlem, metin çözümleme (analiz), kapsama

alınan ve alınmayan nüfus üzerinde yapılan istatistikî çalışma verilerinin saptanması gibi yöntemlerle saptanır.

Değerlendirme sonucu gerek duyulur ise, düzeltme kanunu hazırlanır. Bunun yanında, düzeltmeye esas olmak üzere bir rapor çalışmasının yapılması lüzumu bulunmaktadır. Burada danışmanların kanun koyucuya doğruyu söyleme yükümlülükleri ile yapılacak değişikliğin sarf edilecek emeğe değip değmeyeceği hususları da ayrı bir önem taşımaktadır.

Avrupa Birliği'nde kanun hazırlıkları sonuçların değerlendirilmesi noktasında iki aşamalıdır. Şöyle ki, ilk aşamada bir yol haritası hazırlanmaktadır. Bu haritada düzenleme amacı açıkça ortaya konur. Yapılan bu hazırlık topluluğun resmi gazetesinde ve internet ortamında yayımlanır. Bu şekilde, olabilecek en erken zamanda vatandaşlar Komisyonun çalışmalarından haberdar edilmiş olur. Sosyal taraflar kendileri için yapılmış internet sayfalarında ön çalışmayı değerlendirir, varsa kendi önerilerini de bu yolla sunarlar. Bütün bu çalışmalar standart etkileme olan yüz yüze görüşme, telefon gibi doğrudan iletişim yöntemleri yanında yürütülmektedir. İkinci aşamada ise, genişletilmiş bir sonuç analizi yapılır. Bunun için şu beş soruya yanıt aranır:

<sup>10</sup> MESSERSCHMIDT, K. (2008). *Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik, Entwicklungstendenzen der Legisprudenz-Teil II, Zeitschrift für das Juristische Studium, 3, 227* ([www.zsj-online.com](http://www.zsj-online.com)); SÖZER, 2009, 89.

<sup>11</sup> MADER, 1985, 55.

- Bu kanunla çözülmesi istenen sorunlar nelerdir?
- Amaç nedir?
- Hangi düzenleme seçenekleri mevcuttur?
- Hangi seçenek hangi sonucu doğurmaktadır?
- Bu seçeneklerin fayda ve mahzurları nelerdir?

Avrupa Birliği'nde olduğu gibi, üye devletlerde de sonuç analizi yapılmaktadır. Bu analizlerde iyi kanundan değil, nispeten iyi kanundan söz edilmektedir. Buna göre, belirli açıkları olmayan kanunlar iyi kanun olarak mütalaa edilmektedir. Bu sebeple, kanun teklif ve tasarıları da bir kontrol çizelgesine göre denetlenmelidir. Ancak bu çözüm de çoğu zaman yeterli olmamaktadır. İyi olmak her zaman hatasız olmak demek değildir. Kanunun içeriğinin de ayrıca kaliteli olması elzemdir. Yoksa fuzuli, karmaşık, fazla bürokratik veya yeterli derecede esnek olmayan çok sayıda kanun bulunmaktadır. Ancak bunların kanun koyma faaliyetinin kalitesini düşürdükleri de apaçık ortadadır.

### **B. Yasama Aşaması**

Bu aşamada kanun teklifi hazırlanır, tartışılır ve yürürlüğe sokulur. Kanunu uygulama hazırlığı bu aşamada yapılır. Tüm anlamlı seçenekler sosyal taraflar ve uzmanlar da dâhil olmak üzere masaya yatırılır. Yaklaşık maliyetler hesaplanır, yan etki test edilir.

Kanun koyma faaliyeti yeni bir kanun yapmayı (kodifikasyon) içerdiği nispete, gerekli görüldüğü takdirde mevcut kanunların azaltılmasını (deregülasyon), birleştirilmesini (konsolidasyon) ya da artırılmasını (rasyonelleşmeyi) içermektedir.

Yeni bir kanun teklifi verilirken hukuki gereklilik, devlet politikasına ilişkin gereklilik ve kanun yapmaya ilişkin ilkelerdir. Kanun yaparken şekil ve içerik konuları ayrı önem taşımaktadır. Kanun öyle bir şekilde yapılmalı, öyle bir içeriğe sahip olmalıdır ki, getirdiği düzenleme ile toplumu etkileyebilsin, ona yön versin. Kendisinden istenen etkiyi yaratan bu tür kanunlar öğretide “akıllı norm” olarak anılmaktadır.

Kanunun şekline ilişkin hususlar arasında kanunun iç ve dış sistematigi, formüle edilmiş tarzı, özel düzenleme tekniklerine başvurma sayılabilir. Kaleme alınan kanunun anayasaya uygunluğu, tüm hukuk düzeyine uyumu (harmonizasyonu), diğer kanunlar ile olan ilişkisi o kanunun şekli yetkinliğini belirleyen ölçütlerdendir. Bunun dışında kanunun formüle edilmiş tipi, kullanılan terimler ve kavramlar gibi, kanun tasarımasının sistematik yapısı, tamlığı ve anlaşılabilirliği de diğer önemli şekli hususlardır.

Kanunun içeriğine ilişkin hususlar, kanun yapmaya ilişkin ilkeler olarak gereklilik, elverişlilik, uygunluk, pratiklik ve esneklik olarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak, bir kanunun sahip olması gereken aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Bir kanunun dili anlaşılabilir olmalıdır. Mevcut metni okuma-yazma bilen herkes anlayabilmeli; okuyan kişi yabancı kelimeler ve uzmanlık ifadeleri ile boğulmamalıdır. Bir madde tercihen en fazla üç cümleden, her paragraf en fazla bir cümleden oluşmalıdır.
- Kanunun okunması kolay olmalıdır. Usule ilişkin kanunlar, maddi hukuka ilişkin olanlara göre daha kolay okunabilmektedir.
- Bir kanun düzenlediği konuyu eksiksiz içermelidir, onu okuyan kişi onun ilgili konunun bütününe düzenlediğine güvenebilmelidir.
- Düzenleme yoğunluğu yeterli olmalıdır. Sözelimi bazı kanunlar kazuistik yöntemle düzenlendiği için çok sayıda maddeden oluşmaktadır, bu da okuyucuyu gereksiz yormaktadır.
- Kanun içinde bulunduğu hukuk düzenine ve dalına uygun olmalıdır. Bir kanun ancak içinde bulunduğu kanuni sisteme aykırı düşmediğinde anlam ifade edecektir.
- Kanun salt siyasal saikle değil; ama aynı zamanda uzmanlık gereği oluşturulmuş olmalıdır. İdare konunun uzmanlarına ön yargı ile belirli bir sonucu sipariş ettiğinde yapılan düzenleme sağlıklı olmayacaktır.
- Kanun pratik çözümler önermelidir. Kanunda düzenleme altına alınan fiil ile getirilen yaptırım arasında uygunluk bulunmalı ve getirilen çözüm herkes için

adil sonuçlar doğurmalıdır. Sözelimi, para cezası verilmesi gereken bir kişiye hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemelidir.

- Kanun kabul anında güncel ihtiyaçları karşılamalıdır.
- Kanunun sürekliliği olmalıdır. Çok sık değişen kanunlar güvenilir olma vasfını yitirir<sup>12</sup>.

Kanunlar engelleyici, teşvik edici veya yeni durum oluşturucu olabilir. Ancak, toplumsal açıdan ve zamanlama bakımından uygun olmayan kanunlar kendilerinden beklenen etkiyi gösteremezler. Bununla birlikte, etkili bir kanun her zaman için toplumun bir adım önünde olmalı sosyal değişimlere ve hayatın gündelik ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde formüle edilmiş bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, iyi bir kanun toplumu ve devleti taşlaştırmamalıdır. Bu sebeple, yasama sürecinde kanun koyucunun etkisiz kanunlardan kaçınması, kötü yasa teknikleri kullanmaması, telaşa kapılmadan gereksiz uzunluktaki bir yasama sürecine yol vermemesi gerekmektedir.

Kanun koyucuya yasama faaliyetinin etkinliğini arttırmak üzere değişik kanun tipleri üretme imkânı verilmiştir<sup>13</sup>. Bu tiplerden birisi de deneysel kanunlardır. Deneysel kanun, sonuçları önceden kestirileme-

<sup>12</sup> BAENZIGER, F. *Ist Verlass auf unsere Gesetzgebung? Ein Blick auf die Strafrechtsrevision der letzten Jahre* (www.lawlibraries.ch-15.08.2008); SÖZER, 2009, 96.

<sup>13</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. *Sivil Toplum İçin Yasama Sürecine Katılım El Kitabı*, 56 vd. (www.yasader.org adlı siteden 25.01.12 tarihinde erişilmiştir.)



yen düzenlemeler için öngörülmektedir. Kanun özellikle belirli süreli olarak yapılmakta ve yürürlük süresi içinde sonuçları kontrol edilmektedir. Çıkan sonuçların öğrettiklerinden yararlanılarak sürekliliği olan yeni bir kanun hazırlanmaktadır. Bu şekilde, kanunun çok sık değiştirilmesinin önüne geçilerek ona duyulan güvenin sarsılması bir nebze de olsa engellenmiş olmaktadır. Bu tür uygulamalara ABD’de bazı eyaletlerde günbatımı kanunları (*sunset legislation*) adı altında rastlanılmaktadır. Gün batımı kanunları adı üzerinde, belirli bir süre için yapılmakta, süre sonunda yalnızca gerekli ve uygun olduğuna ilişkin rapor verilmesi halinde yenilenmektedir. Öte yandan deneye ihtiyaç duyulmadan çıkartılan kanunlar işlevsel kanunlardır. Bunlar, belirli bir sorunun somut ve etkin bir biçimde çözülmesini sağlarlar. İşlevsellik dikkate alındığında sembolik kanun tipinden de bahsetmek gerekir. Bu tür kanunlar gerçekte hiçbir etkisi olmayan kanunlardır, tamamıyla propaganda amacıyla ve popülist bir yaklaşımla çıkartılmaktadır. Bunlara vitrin kanunu da denilmektedir<sup>14</sup>.

Kanun koyucuya, yasama faaliyetini etkili yürütmesi için önerilen araçlardan bir diğeri de etki analizidir. Daha önce de ifade edildiği üzere kanun etki analizi, kanunun hazırlanması aşamasında yapılabileceği gibi, daha sonra da yapılabilir. Yine yasama aşamasında norm kontrolü yapılarak çıkartılacak kanunun etkinliğini arttırma imkânı her zaman için bulunmaktadır. Son olarak,

kanun koyma öğretisi de her ne kadar bağımsız bir bilim dalı olarak kabul görmese de, kanun koyucunun en önemli başvuru araçlarından bir tanesidir.

Avrupa Birliği’nde standart yasama faaliyeti Lizbon Antlaşması’nın 289. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddeye göre, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan kanun teklifi, Avrupa Parlamentosu ile Konseyin onayı ile yasalaşmakta ve Birlik içerisinde geçerli olmaktadır. Teknik metinler, daha ziyade Komisyonun işbirliği yaptığı, üye devletlerden gelen uzmanların görüşleri doğrultusunda hazırlanmakta ve Birlik yurttaşlarını temsilen Avrupa Parlamentosu ile üye devletleri temsilen Konsey tarafından onaylanarak yürürlüğe sokulmaktadır. Bir kanunun Birlik içerisinde yürürlüğe sokulabilmesi için nitelikli çoğunluğa gereksinim vardır. Avrupa Birliği’nde yasama faaliyeti Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından denetlenmektedir. Standart yasama faaliyeti resmi olarak ortak dış politika ve güvenlik politikasına ilişkin konulara hasredilmiş bulunmaktadır<sup>15</sup>.

### C. İcra Aşaması

İcra aşamasında, kanun yürürlüğe girer ve uygulanır. Bu aşamada, etkili bir idari organizasyona ve tüm sosyal tarafların katılımıyla tesis edilen güçlü bir işbirliğine ge-

<sup>14</sup> SÖZER, 2009, 94-98

<sup>15</sup> EUROPEDIA-The EU’s legislative procedure (10.10.2011 tarihinde erişilmiştir.).

reksinin vardır. Bu çerçevede, idarenin şeffaf<sup>16</sup> ve hukuka uygun tasarruflarda bulunması hedeflenen hizmet kültürünün gerçekleştirilmesi açısından da ayrı bir önem taşır.

İcra aşamasında idareye önemli görevler düşmektedir. Sözgelimi, hukuka aykırılığın önüne geçilmesi ve kapalı uygulamalara son verilmesi gerekmektedir. İdare muhatplara füzuli yük yüklemekten de kaçınmalıdır. Hatalı yönlendirmeler de bu aşamada istenmeyen birtakım sonuçların doğmasına yol açacaktır.

Bu aşamada kanunun icrasıyla ortaya çıkan sonuçların sonradan geçmişe dönük (retrospective) olarak değerlendirilmesi uygun olur. Bu değerlendirmede deneysel analiz teknikleri kullanılır. Hellstern ve Wollmann' ın da haklı olarak belirttikleri gibi, geçmişe dönük analiz yapmak, geleceğe dönük (prospective) analiz yapmaktan kural olarak daha kolaydır; çünkü geleceğe dönük analizlerde çok sayıda olasılık bulunmaktadır<sup>17</sup>. İcra aşamasında, kanunun uygulandığı coğrafi bölgede ortaya çıkan (mevcut) sonuçlar masaya yatırılacaktır. Bunun için en uygun ölçme usulü tayin edilir. Bir kanunun icrasıyla ortaya çıkan sonuçların değerlendirilmesi, doğal olarak istatistiksel verilerin toplanmasından farklıdır. Bu açıdan mahkemelerce verilen hapis cezalarının, boşanma kararlarının, yabancıların taşınmaz mal edinmelerine yönelik kararların istatistiksel olarak toplanıp, sınıflandırılması bir değerlendirme olarak kabul edilmeyecektir. İcra aşamasında, idarenin modernleştirilmesi bir seçenek olarak göze çarpmaktadır.

#### D. Düzeltme Aşaması

Bu aşamada, kanunun uygulaması tüm yönleriyle değerlendirilir. Aksayan hususlar tek tek tayin edilerek, uygulama düzeltilir. Mevcut deneyimler, bir kanunun uygulanmasında başlıca üç temel sorunla karşılaşıldığına işaret etmektedir. Bunlardan ilki aşırı kanunlaşmadır<sup>18</sup>. İkincisi, mevzuat kalitesinde belirgin azalmadır<sup>19</sup>. Üçüncüsü ise, etkin olmama ve yeterli kabul görmeme olgusudur. Bütün bu sorunların temelinde, çıkartılan kanunların ekonomik akla yatkinlikten (rasyonellikten) uzak olması bulun-

<sup>16</sup> BAYKAL, S. *AB Katılım Süreci Bağlamında Kanun Yapım Süreci ve AB Genel Sekreterliğinin Rolü içinde ed. NEZİROĞLU, İ./BAKIRCI, F. (2011). TBMM-Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, 50.*

<sup>17</sup> HELLSTERN, G.-M./WOLLMANN, H. (1977). *Wirksamkeitsanalysen- Eine neue Variante wissenschaftlicher Politikberatung, in Transfer 4 (Planung in öffentlicher Hand), 158.*

<sup>18</sup> Sözgelimi, bugün için Almanya'da 5 binden fazla kanun ve yönetmelik olduğu tahmin edilmektedir. Avrupa Birliği'nde mevzuatın 100 bin sayfayı aştığı düşünülmektedir.

<sup>19</sup> Politik nedenlere bağlı zaman baskıları meclisleri acele çalışmak zorunda bırakmaktadır. Bu da kanunların kalitesini düşürmektedir. Günümüzde, tüm demokratik rejimlerde kanunların zaman zaman karmaşık ve anlaşılmaz olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten çok sayıda kanun yetersiz, kötü formüle edilmiş ve hatalı durumdadır. Bu tespit, ülkemizde özellikle vergi hukuku, sosyal hukuk ve sağlık hukuku için geçerli bulunmaktadır. Bu yüzden, tadil ve tamir kanunları sıklıkla gündeme gelmektedir. Kanun koyucu ne kadar aceleci davranırsa, kanun da o nispette anlaşılmaz olmakta ve onun anlaşılabilirliğini sağlamak için yeni kanunlar yapmak gerekmektedir. İşte bu şekilde ortaya çıkan kanun enflasyonu DAVER' in de belirttiği gibi "hukuk devletini tehdit etmekte, bazı kanunlar uygulanma şansı bulamayarak kâğıt üzerinde kalmakta, çok sayıda kanun aşırı müdahalelerle kişisel özgürlükleri tehlikeye düşürmektedir." (DAVER, B. (1961) *Kanunla İlgili Meseleler Üzerine Bir Seminer, Tartışmada Ortaya Çıkan Unsurlar, AÜSBFD, XVI,4, 226-227*)

maktadır. Bir başka deyişle bu kanunlar fayda-maliyet analizi yapılmaksızın yürürlüğe sokulmaktadır<sup>20</sup>. Fayda-maliyet analizi kanun çıkartılmadan önce yapılabileceği (ex ante) gibi kanun çıkartıldıktan sonra (ex post) da yapılabilen basit bir işlemdir<sup>21</sup>. Bu tür analizler daha ziyade kamu sektörünün ve özel sektörün yatırım kararlarında kullanılmaktadır. Bu sebeple, bunların kanun koyma faaliyetinde kullanımının gerekliliği bugün hâlâ tartışılmaktadır. İki alanın temel farklılıkları bir yana bırakıldığında, fayda-maliyet analizinin kanun yapımında kullanımının her şeyden önce bir metot uyarlamasını gerektirdiği anlaşılacaktır<sup>22</sup>. Bugün için kanun koyucuların işte bu uyarlamadan kaçındıkları için fayda-maliyet analizinden yeterince faydalanamadıkları dikkati çekmektedir.

Öte yandan, düzeltme aşamasında kanunların sistematik bir biçimde, tarafsızca değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu süreçte, gereksiz olduğuna karar verilen kanunlar yürürlükten kaldırılır. Gerekli görüldüğü ölçüde süreç değerlendirme çalışmaları yürütülür. Çıkartılan bir kanunun, sosyal yaşam üzerindeki tesirinin derecesi ölçülmeye çalışılır. Bunun için de kanunla getirilen düzenleme ile belirli bir sosyal durum arasında güçlü bir nedensellik bağının mevcudiyeti aranır.

Bu aşamada aşırı bürokratik işlemlerden olabildiğince uzak durulması tavsiye edilmektedir. Bu tür işlemlerin maliyeti düzeltme aşamasında ortaya çıkmaktadır; bu ne-

denle, bunların da saptanması ve mümkünse önlenmesine çalışılması yerinde olacaktır.

Düzeltilme aşamasında yanlış değerlendirilmede bulunulması engellenmelidir. Zira aksi hâl idarede acziyet bulunduğu delâlet eder. Benzer şekilde karşılaşılan politik engeller de yanlış değerlendirmelere sebebiyet verebilir. Son olarak, bu aşamada idare sistematik olmayan düzeltmeler yapmaktan kaçınmalıdır.

### III. Kanun Koyma Metotları

Kanun koyma faaliyetinde başlıca iki metodun takip edildiği dikkati çekmektedir. Bunlar kazuistik metot ile soyut kural koyma metodudur.

#### A. Kazuistik Metot

Kazuistik metot, bir bakıma kanun koyucunun uygulayıcıya olan güvensizliğini ortaya koymaktadır. Zira, kanun koyucu kanunun uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek bütün durumları göz önüne alarak, gerçekleşmesi olası her çözüm için çözüm üretmeye çalışmaktadır. Bu metot esas

<sup>20</sup> KARPEN, U. *Gesetzfolgenabschaetzung in der Europäischen Union, Evaluierung der Gesetzesfolgenabschaetzung (II)*, Hrsg. Schaeffer içinde, 144-145 (Union).

<sup>21</sup> ADERHOLD, D. (1973). *Kybernetische Regierungstechnik in der Demokratie-Planung und Erfolgskontrolle*. München, 183.

<sup>22</sup> HENSELER, P. (1979). *Kosten-Nutzen-Analyse in der Gesetzgebung-Funktionsanalyse, Effectivitäts- und Effizienzüberlegungen in der Rechtsetzung (Verhandlungen des 7. Oesterreichischen Juristentages Salzburg 1979)*, Wien, 117.

alınarak yazılan kanun metinleri çok sayıda madde içerir. Çok sayıda maddeden oluşan bu tür kanunlar her somut olay için çözüm getirmeyi amaçladığından maddeler de ayrıntıya inecek biçimde kaleme alınmıştır. Kazuistik kanunlaştırma metoduna günümüzde sınırlı olarak, sözgelimi vergi kanunlarında başvurulsa da, genel anlamda bu metot artık işlevini yitirmiş bulunmaktadır. Kazuistik metoda göre hazırlanmış bulunan 1794 tarihli Prusya Kanunu'nun 46. maddesinde “*kanun koyucunun kural koymadığı durumlarda hâkimin görevinin durumu kanun komisyonuna sorarak komisyonun vereceği karara göre hareket etmek olduğu*” düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm uygulama imkânsızlığı nedeniyle kısa sürede yürürlükten kaldırılmıştır. Prusya Kanunu yaklaşık olarak 17 000 maddeden oluşmaktaydı. Buna rağmen, bu kanun bir Fransız Medeni Kanunu'nun sahip olduğu prestije hiçbir zaman kavuşamamıştır.

Kazuistik metoda göre yapılan kanunlarda çok sayıda tanım yanında bazı örneklerin de verildiği görülmüştür. Örnek verme uygulaması, günümüzün kanun yapma tekniğinde yer almamaktadır. Tanımın ise bütünüyle yararsız olduğundan söz edilemez. Bununla birlikte, çok sayıda tanım da hukukun hayatın dinamizmine, değişimine ve gelişimine uymasına mani olmaktadır. Bu nedenle, tanımın ancak zorunlu hallerde ve istisnai olarak kullanılması gerekmektedir<sup>23</sup>.

## B. Soyut Kural Metodu

Kanun koyma faaliyetini soyut kural metoduna göre yürüten bir kanun koyucu genel ve soyut kuralları vâz etmekle yetinir ve hâkimin karşılaştacağı olayların cevabını kanunu yorumlayarak bulmasını ister. Kanun koyucu bir bakıma hâkimin görev alanını işgal etmez ve onun bir takdir hakkı bulunduğunu teslim eder. Bu metot çağdaş kanunların hemen hemen tamamında uygulanmıştır. Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunları soyut kural metoduna göre hazırlanmışlardır. İsviçre Medeni Kanunu iktibas eden Türk Medeni Kanunu'nun da soyut kural metodunu yansıtan bir metin olduğu rahatlıkla söylenebilir.

19. yüzyılın başına kadar hazırlanan kanunlarda kazuistik metot kullanılmıştır. Günümüzde ise soyut kural metodu çoğunlukla tercih edilmektedir. Bu metoda uygun olarak hazırlanan kanunlarda uygulayıcıya tanınan yetkiler sayesinde hukuk canlılığını korumakta ve değişik nitelikli karmaşık olaylara soyut ve genel kurallara dayanılmak suretiyle uygun çözümler bulunabilmektedir<sup>24</sup>.

## IV. Kanun Koyma Faaliyetini Etkileyen Akımlar

### A. Doğal Hukuk Akımı

Doğal hukuk akımı, zaman zaman birbiriyle ilişki içinde, zaman zaman birbirinden

23 GÜRİZ, A. (1999). *Hukuk Başlangıcı*. Ankara, 64-65.

24 GÜRİZ, 1999, 65.

ayrılan iki farklı düşünce tipini içermektedir. Bunlardan ilkinin hareket noktası doğrudan doğadır. Bu düşünce çerçevesinde, insan ilişkilerinin kanunlarda ifade edildiği üzere doğal bir düzeni bulunur. İkinci düşünce tipi ilkinine göre daha muğlâktır ve hukukun temelini doğa yerine herkesin aynı ve eşit ölçüde yükümlülük altına sokulması ilkesinde bulmaktadır. Kuşkusuz böyle bir hukuk da dolaylı olarak doğaya dayanmaktadır. Çünkü sınırlılık, yanlışlık gibi eksiklikleri olmayan, değişiklik göstermeyen tek gerçeklik doğadır.

O hâlde hangi düşünce tipi benimsenirse benimsensin, yaratıcısı/üreticisi yerine göre kanun koyucu, hâkim veya toplum olabilen konulmuş hukuktan (müspet hukuk) farklı, doğaya dayalı bir hukuk bulunmaktadır. Bu hukuk, doğaya dayanan yahut doğadan kaynaklanan kurallar ve ilkelerden oluşmaktadır. Bu nedenle, doğal hukuk objektif ve kesindir. Objektif ve kesin olan bir hukuk zorunlu olarak adildir. Doğal hukuk anlayışına göre, bir kuralın hukuken bağlayıcı olabilmesi için, ahlaki ölçütlere uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ahlaki ölçütlere uymayan bir kuralın, eksiksiz ve hatasız bir biçimde resmi prosedürlerden geçmiş olsa dâhi hukuk kuralı olduğu iddia edilemeyecektir. Bu durum *lex iniusta non est lex* (adaletsiz kanun, kanun değildir) ilkesinde ifadesini bulmaktadır<sup>25</sup>. Doğal hukuk tüm bu anılan özellikleriyle birlikte aynı zamanda müspet hukukun adillığının ve gerçekliğinin ölçütü konumundadır.

Bu akımın temelindeki doğa, maddi doğadır; yani duyu organlarımızla algıladığımız ve maddi gerçekliği bulunan olgudur. Kendisine bakarak şeyler ve insanlar (dolayısıyla) hukuk hakkında bilgi edindiğimiz bu maddi (fiziksel) doğa anlayışı zamanla yerini manevi, ruhsal niteliklerin hâkim olduğu bir doğa kavramına bırakmıştır. Burada referans noktası olan doğa değişmemekte; yalnızca ona atfedilen anlam maddiyattan maneviyata kaymakta, bir anlamda şekil değiştirmektedir. Burada hukukun temel olarak insan doğası esas alınmakta ve insan doğasında da akıl ve maneviyat ağırlık kazanmaktadır. Bu bağlamda, doğal hukuk insan aklıyla sezilen ve tüm insanlar için geçerli ve genel bir hukuku ifade etmektedir. İnsan aklına bağlı doğal hukuk fikri eski Yunan'dan Roma'ya geçmiştir. Çiçero eserlerinde, geleneksel Roma hukukunun karşısına şeylerin doğasından çıkan ve evrensel hukuka dayanan temel ilkelerden oluşan yeni bir hukuk düşüncesi getirmiştir. (*jus naturale*)<sup>26</sup> Buna göre, doğru aklı ifade eden ve doğayla uyum içinde olan değişmez bir hukuk vardır. Bu hukukun en önemli işlevi, insanlar arasında eşitliği sağ-

25 TÜRKBACI, A.U. (2009) *Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu*. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme" , 127.

26 CİCERON, M.T. (İng. çev. Clinton Walker KEYES) (1977). *De Republica De Legibus*. Loeb Classical Library. Harvard University Press. Cambridge, III, xxii, 33; USLU, C. (2011). *Objektif ve Subjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler*. C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, XII,1,90.

lamaktır. Görüldüğü üzere, Roma'da doğal hukuk düşüncesi, insan doğasına ve temel değerlerine bağlı kalmıştır.

Orta Çağ'da doğal hukuk Kilise'nin de sistemli çabaları sonucunda ilahi (tanrısal) bir nitelik kazanmıştır. Bu çerçevede, insanın akli aracılığıyla ahlâki davranışın en üstün ilkelerini bulabileceği varsayılmıştır. Bu süreçte hukuk inanç ve günah kavramları arasında sıkışıp kalmıştır. Başlangıçta, insanın günahkâr doğasından dolayı doğal hukukun yeterli olmadığı ve kutsal metinlerin bu hukuka önceliği ileri sürülmüştür. Ancak 12. Yüzyılda ortaya çıkan yeni akımlar (özellikle de Aristo felsefesi) kutsal hukukun yetersiz kalmasına neden olmuştur. Kutsal hukuk ile müspet (pozitif) hukuk arasında kendisine yer bulan doğal hukuk, müspet hukuku yönlendiren bir hukuk olarak bu dönemde kabul edilmeye başlanmıştır.

Doğal hukuk teorisi, modern çağda Protestanlar sayesinde inançla ilgisini keserek laikleşmiştir; bu doğrultuda artık tamamen akla dayanarak toplumsal yaşamın en genel kurallarını araştırmak ve sistematik bir biçimde açıklamak istemektedir. Bu hukuk düşüncesinde aynı dönemde büyük gelişmeler göstermiş bulunan matematik ve fizik modeline uyularak, akılcılık egemen kılınmıştır.

Modern çağa egemen olan doğal hukuk anlayışını üç bölümde incelemek mümkündür. Buna göre, 16 ila 17. Yüzyıllarda Roma Kilisesi'nin parçalanmasını izleyen din savaşları insanlığı barış içinde yaşamayı

mümkün kılacak bir hukuk anlayışı aramaya itmiştir. Bu arayışa bugün modern uluslararası hukukun kurucusu sayılan ve tamamen insan aklından kaynaklanan bir doğal hukukun savunuculuğunu yapan Hugo Grotius önderlik etmiştir.

18. yüzyıl doğal hukuk kurallarının sistemleştirilmesiyle yapılan büyük kanunlaştırmalara sahne olmuştur. Bu kanunlaştırmalara örnek olarak 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu, 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 1807 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu ve nihayet 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu verilebilir.

19. yüzyılda, doğal hukuk anlayışı etkinliğini yitirmiş ve yerini birbirinden farklı iki anlayışa terk etmiştir. Bunlardan biri tarihçi hukuk akımı, diğeri pozitif hukuk akımıdır<sup>27</sup>.

## B. Tarihçi Hukuk Akımı

Tarihçi hukuk akımının en önemli temsilcilerinden Savigny, esas olarak hukuku yaratanın halkın ruhu olduğu görüşündedir. Bu nedenle kanun iktibasına (*réception*) şiddetle karşı çıkmaktadır. Her halkın farklı bir ruhu vardır, dolayısıyla bir halka uygulanacak hukuk, bir diğerdinden farklı olmalıdır.

Savigny'e göre, hukuk ilk anda örf-âdet kuralları biçiminde ortaya çıkar. Bu aşamada halk ruhu dinamik, canlı ve yaratıcıdır. İkinci

27 KEYMAN, S. (1997) *Hukuka Giriş, Lefkoşa, 168-171.*

aşamada, halk ruhunun yarattığı örf-âdet hukukunu sistemleştiren hukukçular sınıfı varlık kazanır. Ancak bu sınıfın ödevi hukuk yaratmak değil, halkın yarattığı örf-âdet hukukunu incelemek ve sistemleştirmektir. Örf-âdet hukukunu inceleyip sistemleştiren hukukçuların fonksiyonu ile halkın oluşturduğu lisanın kurallarını saptayan dil bilgisi uzmanlarının fonksiyonu arasında bu açıdan bir benzerlik bulunduğu söylenebilir. Milli kültürün gelişmesine paralel olarak hukuk, hukukçuların ilgilendiği bir konu özelliğini kazanır. Hukukçular başlangıçta özel uyumsuzluklarla ilgili tavsiyelerde bulunurlar. Zamanla hukukçuların faaliyeti teorik bir özellik kazanır ve bilimsel düzeye yükselir. Böylece hukuk, sözlü tavsiyelerin konusu olmaktan çıkarak hukuk kitaplarının ve mahkeme kararlarının konusu olma niteliği kazanır. Kendine özgü bir canlılığa sahip olan ve ikinci aşamada gelişim gösteren bu hukuka hukukçuların hukuku adı verilebilir. Hukuk yaratma konusunda toplumun fonksiyonu devam etmekle birlikte halk ruhunun etkinliğini ve canlılığını yitirdiği bir döneme sonunda ulaşılır. İşte bu üçüncü aşamada kanun koyucuya hukuku yazılı hale getirme yani kanunlaştırma ödevi verilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, kanun koyucunun temel görevi, bireylerin toplumsal davranışlarını yönlendiren ve ayrıca mevcut düzeni koruyan kanun metinleri oluşturmaktır. (muhafaza=kodifikasyon) Alman menşeli tarihçi hukuk akımı kural olarak kodifikasyona karşı değildir; ancak konjonktür enine boyuna değerlendirilmeden

yapılan (zamansız) bir kodifikasyona halkın ruhunu rencide ettiği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Öte yandan, Savigny Roma hukukunun Alman mahkemelerinde uygulandığı gerekçesiyle kodifikasyon sürecinde dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, Eichhorn bu süreçte Cermen hukukunun ön plâna alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle, bugün hâlâ yürürlükte bulunan Alman Medeni Kanununda hem Roma hukukunun hem de Cermen hukukunun izlerine rastlamak mümkündür.

Tarihçi hukuk akımı, evrensel bir niteliğe sahip olduğu için ve tarihe gereken önemi vermediği gerekçesiyle doğal hukuk akımını reddeder. Bununla birlikte, tarihçi hukuk akımı özellikle Savigny' nin ileri sürdüğü "halkın ruhu" kavramının açıklanmaya muhtaç kalması ve Roma hukukunun çok üzerinde durulması nedeniyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır<sup>28</sup>.

### C. Pozitif Hukuk Akımı

Pozitif hukuk, esas olarak modern düşüncenin bir ürünüdür. 19. yüzyılın ikinci yarısı ile 20. yüzyılda felsefe ve bilimde egemen olan düşüncenin adeta hukuktaki tezahürüdür. İnsanlık son iki yüzyılda daha önceden eşi benzeri görülmemiş bir değişimden geçmiştir. Bu değişiklik hiç kuşkusuz, hukuk düşüncesine de yansımıştır<sup>29</sup>. Burada sosyal, ekonomik ve teknik geliş-

<sup>28</sup> GÜRİZ, 226-228.

<sup>29</sup> ATEŞ, S. (2000). *Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon*. AÜEHFD, IV,1,2, 257.

menin etkisiyle değişikliğe uğrayan şey sadece kuralların içeriklerinden ibaret değildir. Nitekim bu süreçte hukuk ve hukukun temelleri konusundaki düşünceler de önemli ölçüde değişiklik göstermiştir.

Son iki yüzyılda bilimde gözlenen değişiklik, felsefi düşünce üzerinde de etkili olmuştur. Doğa bilimleri alanındaki modern düşünce olguların gözlemlenmeleri ile doğrulanmayan sonuçları kabul etmemektedir. O kadar ki, gözlem yoluyla elde edilen bilgilerden çıkartılan maddi sonuçların bile deney ve gözlem yoluyla sağlamasını yapmadan geçerliliğini kabul etmemektedir. Bu nedenle a priori ve gözlemin ötesine taşan fizik dışı bilgi reddedilmektedir. Dolayısıyla şüphecilik modern düşüncenin en önemli özelliği haline gelmiştir. Bu şüphecilik, özellikle ahlâk ve manevi değerlerin bilimden dışlanması konusunda etkili olmuştur. Yeni deneylerin birçok doğa kanununun değiştirilmesi gereğini ortaya çıkardığını gören bu şüpheli yaklaşım, insanın tip davranışları bakımından da deney ve gözleme elverişli maddi bir gerçekliğin varlığını kabul eder. Bu bakımdan insanın davranışını belirleyen unsurlar ahlâk, vicdan, adalet gibi iç unsurlar değil de, insanın iyi tanımadığı içgüdü, bilinçaltı vb. olgular olduğu düşünülmektedir. Manevi alanda mutlak ve evrensel değerlerin varlığı da reddedilmektedir. Bilim bütün devirler ve halklar bakımından eşit derecede geçerli ahlâki kurallar olduğunu gösterememektedir. Aynı şekilde bilim adaletin içeriğinin nasıl olma-

sı gerektiği konusunda yargılarda bulunamaz. Bilim sadece olguları ortaya çıkartıp, bunlar arasındaki ilişkileri inceleyebilir. Başka bir anlatımla, bilim tarihin belirli bir devresinde, belli bir grup tarafından adil olarak kabul edilene çeşitli ilişkileri içinde tahlil edip inceleyebilir, fakat mutlak adaleti gösteremez.

Açıklanan bu düşüncenin bir yansıması olarak, hukuk alanında akli hukukun yaratıcısı olarak kabul eden doğal hukuk akımı reddolunarak, hukuk alanında tek geçerli yöntemin pozitivism olduğu sonucuna varılmıştır.

Toplum bilimlerinde pozitivism Auguste Comte tarafından şekillendirilmiştir. Comte, insan düşüncesinin gelişimini başlıca üç döneme ayırmaktadır:

- bütün olguların olağanüstü nedenlerle açıklandığı teolojik dönem.
- eşya ve olguların görünüşleri altında var olduğuna inanılan idealleri esas alan fizik dışı (metafizik) dönem.
- tarih, bilim ve felsefede varsayıma dayalı her türlü bilgiyi reddeden; olguların ancak gözlem ve karşılıklı ilişkilerin araştırılması ile açıklanabileceğini kabul eden ve yöntem olarak da doğa bilimlerindeki yöntemi benimseyen pozitivist dönem.

Sonuç olarak, bilginin sadece gözlem ve deneyle elde edilip, geliştiğini kabul eden pozitivism 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk bilimini büyük ölçüde tesiri



altına almıştır. Bu şartlarda oluşan hukuki pozitivizm insan zihninin olguların gözlemini aşan her türlü faaliyetini boş ve değersiz saymış; bunun doğal sonucu olarak da yürürlükteki müspet (pozitif) hukuk dışında bir hukuk arama eğilimini reddetmiştir. Her türlü değer kavramını hukuk dışı olarak addeden pozitivistler hukuk biliminin görevini yürürlükteki hukukun tahlil ve açıklaması ile sınırlandırmışlardır<sup>30</sup>. Bu anlayış, hukuku salt devlet iradesini yansıtan bir kanunlar topluluğu seviyesine indirgemıştır. Bu doğrultuda hâkimin hukuk yaratma fonksiyonu elinden alınarak, ona sadece hukuk uygulama fonksiyonu izafe edilmiş bulunmaktadır. Hâkim, kanun koyucunun hazırladığı metni uygulayacak ve adaleti sağlayacaktır. Pozitif hukuk akımında özellikle 1789 tarihli Fransız Devrimi'nin milli iradeye duyduğu sonsuz güvenin ve buna karşı hâkimlere duyduğu güvensizliğin yansımalarını görmekteyiz. Robespierre' in içtihatların varlığının gereksizliğine işaret ederken “*Anayasası ve kanunları olan bir devlette, mahkemelerin içtihadı kanundan başka bir şey değildir.*” sözü de bu tezi doğrular niteliktedir. Bu düşünce tarzı, kanunları putlaştırdığı, hukuk gerçeklerine ters düştüğü ve hukukçuların ufkunu daralttığı için şiddetle eleştirilmiştir.

Öte yandan, Austin hukuk bilimini, siyasal bakımdan üstün olanın, kendisine tâbi olanların davranışlarını düzenlemek için koyduğu, emir unsurunu içeren kurallar bütünü olarak tanımlamaktadır. Emre uyul-

madığında yaptırım kullanılması gerekecektir<sup>31</sup>. Bu tanımdan hareket edildiğinde bir hukuk kuralının dört unsuru bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Buna göre, bir hukuk kuralının özü daima bir emir içerir. Bu emre uyulmadığı takdirde yaptırım gündeme gelebilir. Hukuk kuralı güçlü kimselerin belirledikleri bir davranış modelini benimsemektedir. Bu üçüncü unsur, onu özellikle görgü kurallarından ayırmaktadır. Son olarak hukuk kuralının yöneldiği kişilerin birden fazla olması icap etmez. Başka bir deyişle, bir kişiye yönelen bir hukuk kuralı da olabilir.

Hukuk kuralının siyasal bakımdan yöneten durumunda bulunanlarca çıkartılması ve yönetilenlerin davranışını düzenlemesi en önemli niteliğidir. Ancak öyle durumlar olabilir ki, kuralın tanıdığı bir hakkı kullanan kişi, hukuki ödevle bağımlı olan muhatabından belirli bir şekilde davranmasını talep edebilir. Burada da pozitif hukukun kapsamına alınması gerekli bir durum bulunmaktadır. Benzer şekilde, yönetici konumunda bulunan iktidar sahiplerince açıkça belirtilmeyen kurallar da pozitif hukuk olarak düşünülmelidir.

Austin'in anlayışına göre, kanunlar, kanunların verdikleri yetkiyle çıkartılan tüzük ve yönetmelikler, velinin velayet altında bulunanın davranışı ile ilgili uygulamaları

<sup>30</sup> KEYMAN, 176-179.

<sup>31</sup> AUSTIN, J. (1929). *Lectures on Jurisprudence (I)*. London, 89.

(emirleri) pozitif hukukun kapsamına gir-mektedir. Anayasa kuralları da egemen si-yasi iktidar ile bu iktidarın organları arasın-daki ilişkileri düzenleyen içeriği sebebiyle pozitif hukuk içinde değerlendirilmelidir. Buna karşın, Austin'in anlayışı ilga edici kuralların, tamamlayıcı-yorumlayıcı kural-ların ve yaptırım içermeyen kuralların pozi-tif hukuk kapsamına dâhil edilip edilmeme-si konusunda hayli zorlanmıştır.

Austin'in teorisi, modern toplumlar ba-kımından geçerli olduğu, buna karşılık örf-âdetin belirleyici rol üstlendiği ilkel top-lumlardaki düzeni açıklamakta yetersiz kal-dığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu anlam-da, Austin'in geliştirdiği sistemin, mahkeme içtihatları üzerinden gelişim gösteren common law' u açıklayamayacağı bariz ortadadır. Yine usul kurallarının, yorum me-todu ile ilgili kuralların ve imtiyaz gösteren kuralların emir unsurunu içermediği belirti-lerek Austin'in teorisi çürütülmeye çalışıl-mıştır. Austin'in hukuk tanımında adalete ve hukukun yönelmesi gereken yüksek ah-lâk değerlerine yer vermediği için hatalı ol-duğu düşünülmektedir. Son olarak, emir kavramının özü bakımından hayli sübjektif olduğu, süreklilik unsurundan yoksun bu-lunduğu ve emrin onu yaratan irade ortadan kalktıktan sonra varlığını sürdüremeyeceği ileri sürülerek bu yaklaşım eleştirilmiştir<sup>32</sup>.

Bütün bu eleştirilere rağmen, Austin'in teorisinin, modern toplum yaşantısına tar-tışmasız daha iyi uyumu ve hukuku analitik ve normatif bir bilim olarak iki temel kate-

goride sınıflandırması, buna göre normatif hukuk bilimine dâhil olan doğal hukuku bu şekilde uygulanan hukukun dışına itmesi<sup>33</sup> sebebiyle üstün olduğu söylenebilir.

Kelsen ise hukukun dış ilişkileri düzenleme fonksiyonu ile içyapısının ayrı incele-melerin konusu olması gerektiği inancını taşımaktadır. İçyapısı bakımından incelen-diğinde hukukun bir norm bilimi olduğu ve olması gerekeni gösteren kurallardan oluştuğu anlaşılmaktadır<sup>34</sup>. Bu niteliği hukuku, ahlâktan farklılaştırmaktadır.

Kelsen, mümkün olabildiğince saf hu-kuk teorisi oluşturma ve hukuk teorisini sosyolojik ve politik unsurlardan, ideoloji-lerden ayrı kapsamda inceleme peşinde-dir<sup>35</sup>. Ona göre, hukuk teorisi yalnızca pozi-tif hukukla ilgilenmek durumundadır. Âdil hukuku, adalete uygun hukuku araştırma faaliyeti hukuk teorisinin dışında tutulmalı-dır. Çünkü adalet, temelde irrasyonel nite-likli bir idealdir. Maddeten ortak iyilik ve eşitlik olarak anlaşılan adaletin gerçekleştirilmesi kural olarak mümkün değildir. İnsan davranışlarının, toplumsal açıdan tat-minkâr ve herkesi mutlu kılacak şekilde dü-zenlenmesi diye bir şey söz konusu değil-dir. Toplumu oluşturan her bireyin mutlulu-

32 GÜRİZ, 231-232.

33 TÜRKBAG, 129.

34 KELSEN, H. (çev. O. Münir ÇAĞIL) (1957). *Mahz "Hukuk Nazariyesi" Nedir? . A. Samim GÖNENSAY' a Armağan. İÜHFİM, XXII,1,4, 404-405.*

35 ARAL, V. (1978) *Kelsen' in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri. İstanbul, 3.*

ğunun başkalarının mutluluğu ile çatışma içinde olması kaçınılmazdır. Bu çıkar çatışmalarını herkes için mutlu biçimde çözmek gerçekçi olmayan bir tutumdur. Burada ya bir çıkar feda etmek ya da bir uzlaşma zemini bulmak gerekir. Hangi değer korunmaya muhtaç bulunduğu ise ne aklen ne de bilimsel olarak çıkartılabilir. Akıl ancak bir çıkar çatışmasının varlığına işaret eder; ancak bunun objektif ölçütlere göre çözümünü gösteremez. O hâlde, sadece kanuna saygılı kalmak adaletin içeriği sonucunu hukuk biliminin konusu dışında bırakmak gerekir. Adalet sorununu, eşitlik ilkesi ile çözmek de imkânlı değildir. Zira eşitlik eşit olmayanların farklı muameleye tâbi tutulmalarını ifade eder. Ancak kimlerin eşit olduğu, kimlerin eşit olmadığı tespit edilmedikçe adalet sorunu çözülemez. Bu tespit de hayli sübjektiftir. Sonuç olarak, eşitlik de sübjektif değer yargılarına bağlı olduğundan, adalet objektif bilgiyi gerektiren hukuku ilgilendirmez<sup>36</sup>. Diğer yandan, ahlâk insan davranışlarının düzenlenmesinde doğrudan etkindir. Buna karşılık, hukuk sosyal bakımdan teşkilâtlanmış yaptırımın nasıl uygulanacağı ile daha fazla ilgilidir.

Kelsen teorisinde hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi bulunduğu söz edilmektedir. Buna göre bu hiyerarşinin tepe noktasını temel norm işgal etmektedir<sup>37</sup>. Temel norm, toplumda geçerliliği olan ilke veya ilkeler topluluğudur. Bu açıdan anayasa temel norma dayandığı için geçerli olmaktadır. Temel norm ise geçerliliği varsa-

yıldığı için geçerlidir. Hukuk kuralları, kanun koyucu tarafından vâz edilir. Dolayısıyla her hukuk kuralının geçerliliği, temel norma dayanmaktadır. Kelsen' in sisteminde her norm geçerliliğini öncülü olan başka bir normdan almaktadır. Kanun geçerliliğini anayasadan, tüzük kanundan, yönetmelik ise kanun ve tüzükten alır. Anayasa geçerliliğini temel normdan almaktadır. Temel normun geçerliliğini nereden aldığı sorusunun cevabı ise daha ziyade sosyoloji bilimini ilgilendirmektedir. Temel normun geçerli olması doğal olarak bunun toplumdaki etkinliğinin derecesine bağlıdır. Her toplumda tek bir temel norm bulunur, birden fazla temel norm birlikte var olamaz.

Kelsen, hukuk kurallarının emir değil, şarta bağlı olduğu kanısındadır. Başka bir anlatımla, bir hukuk kuralı “*A olursa, B sonucu doğmalıdır*” şeklinde formüle edilebilen bir mantık yapısına sahiptir. Kelsen' e göre devlet insan davranışlarının düzenlenmesi sistemi ve sosyal zorlama düzeni olduğu için hukukla devletin özdeş olduğu savunulabilir. Yine Kelsen, toplumda tek bir temel norm bulunduğu için kamu hukuku-özel hukuk ayrımını reddetmektedir. Öte yandan, anayasa hukuk kurallarının hangi organ tarafından hangi usule uyularak çıkarılacağını gösterir. Kanun çıkaran organ, anayasanın öngördüğü usule göre ve

<sup>36</sup> KEYMAN, 187-188.

<sup>37</sup> JABLONER, C. (1998). *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*, EJIL, IX, 371.

anayasada belirtilen temel ilkelere uygun olarak kanunun maddi içeriğini belirtir.

Soyut hukuk kuralının kapsamına giren somut hukuki olay ortaya çıktığında, mahkeme somut hukuki olayla ilgili yaptırımın niteliğini soyut hukuk kuralına uygun olarak tespit eder. Mahkeme kararı, bu niteliği ile soyut kuralın somutlaşması ya da ferdileşmesi, başka bir anlatımla somut ve ferdi kuralın oluşması anlamına gelir. Hukuk kurallarında emredici özellik belirgin olduğu hâlde, mahkeme kararlarında nitelendiricilik daha etkindir.

Değişik hukuk sistemlerindeki ideoloji farklılıklarını bir tarafa bırakan Kelsen, hukuk sistemlerinin değişmeyen şekli unsurlarını bir araya getirerek hukuka doğa bilimleri karşısında bağımsız bir yer sağlamaya çalışmıştır.

Kelsen'e yöneltilen eleştiriler prensipte olana değil de, olması gerekene ağırlık vermesi noktasında yoğunlaşmaktadır. Bununla birlikte, hukuk hayatında olan ile olması gereken arasında bir köprü kurmaya yönelik çabalar şimdiye kadar başarıya ulaşmış değildir. Zira bu köprünün kurulabilmesi, bir ölçüde normun içeriğinin ahlâkla ilişkilendirilmesine bağlıdır. Ahlâk ise hayli subjektif bir kavram olduğundan, olması gerekeni "olan" dan türetmeye hukuk alnında imkân bulunmamaktadır. Kelsen' in teorisinin bir diğer mahzurlu yanı, bütün bir hukuku devlet hukukundan ibaret sayması ve hukukun sosyolojik yanını bütünüyle dışlamasıdır.

Bu süreçte, refah devletinin doğumunun da etkisiyle, kanun koyma faaliyetinin ibresi düzeni tesis edici ve bütün bir toplumu şekillendiren kurallar yaratmaya kaydı. (değiştirme=modifikasyon)

### C. Kozmopolitan Hukuk Akımı

Gelecek tahminçileri, yakın geleceği etkileyen olgular içerisinde küreselleşmeyi ilk sıraya koyuyorlar. Küreselleşmeyi çok kabaca paranın, kaynakların, üretimin ve tüketici taleplerinin dünya çapında ve seri biçimde karşılıklı etkileşimi olarak tanımlamak mümkündür. Hiç kuşkusuz daha önceden de, sözgelimi büyük keşiflerin yapıldığı 17. yüzyılda yahut telgraf ve elektrik kullanımının yaygınlaştığı 19. yüzyılının sonlarında da ticaret ve iletişim alanlarında deyim yerindeyse patlama yaşanan dönemler olmuştur. Ancak hiçbir dönemde içinde bulunduğumuz dönemde olduğu kadar geniş kapsamlı bir etkileşim görülmemiştir. Bunda pek tabii gelişmiş iletişim teknolojilerinin payı büyük. Diğer yandan bugün Dünya Ticaret Örgütü'nce yayımlanan genel kuralları kabul ederek, ülkesini yabancı yatırımlara ve gerek ulusal gerekse uluslararası boyutta daha fazla rekabete açmayı kabul eden tam 151 ülke bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Hâl böyleyken, küreselleşme olgusunun hukuku ve hukuk yaratım sürecini etkilememesi düşünülemez. İçinde bulunduğu

<sup>38</sup> SHAPIRO, R.J. (2008) *Futurecast, How Superpowers, Populations, and Globalization Will Change the Way You Live and Work*, 2.

muz çağda, küreselleşmenin kanun koyma faaliyeti üzerindeki tesiri nasıl kavranmalıdır? Bu tesir ilk anda bir hükümetin, devletin yahut sivil örgütün temsilcisi olsa da hiçbir gücün aşmaması gereken standartların ya da sınırları belirleyen temel değerlerin mevcudiyetine işaret eder. Bir birey veya insanlığın bir üyesi olarak her bir insanın taleplerine odaklanan bu değerler, insanların temel anlamda eşit olduğu ve eşit politik davranış hak ettikleri görüşünü destekler. Bunun anlamı insanların içinde doğdukları ya da büyüdükleri topluluğa bakılmaksızın eşit ölçüde umursanıp göz önünde tutulmasına dayanan bir davranışa muhatap olmalarıdır. 200 yılı aşan ulusçuluğun, hâlen sürdürülen ulus-devlet akımının ve bunun yansımaları hukuki pozitivizmin ardından küreselleşme olgusunun getirdiği ve/veya hatırlattığı söz konusu evrensel değerlerin kanun yapma faaliyetini radikal bir biçimde etkilemesi inanılmaz görünebilir<sup>39</sup>. Oysa bu değerler çok sayıda ulusal ve uluslararası kanun ve düzenlemede çoktan yerini almıştır.

Küreselleşmenin, uzak bir ütopya olmayan ve günümüzde bir dizi kuralı ve meşru yapıyı tanımladığı ikinci ve önemli bir mantığı daha bulunmaktadır. Bu mantık küreselleşmenin ulus devlet talepleri ötesindeki güçleri, hakları ve kısıtlamaları yaratan ve ilkesel anlamda uzun vadeli sonuçları olan değişik politik/ hukuki düzenleme ve karar alma biçimlerini tanımladığı mantıktır. Bu, aynı zamanda, ulusal ve küresel ka-

nunlar arasındaki bölge, yani bir devlet ile yurttaşları veya yurttaşların birbirleri arasındaki ilişkileri düzenleyen iç kanunlar ile asıl devletlere ve devletlerin yahut farklı devlet yurttaşlarının arasındaki uluslararası ilişkilere uygulanan geleneksel uluslararası kurallar arasındaki alandır. Bu bölge Avrupa Birliği gibi bölgesel entegrasyon hareketlerinin çıkartmış oldukları çok sayıda düzenleme ile doldurulmuştur, doldurulmaktadır. Bu nedenle, küreselleşmeyi bir başka çağ için tasarlanmış politik/ hukuki ideallerden müteşekkil bir olgu olarak kabul etmek son derece hatalı olacaktır. Zira küreselleşme devletin egemenliğini değişik araçlarla hâlihazırda dönüştüren yönetim sistemleri ve kurumları içinde yerleşiktir.

Küreselleşmeyi oluşturan mantık stoacı-lardan çağdaş politik düşünceye kadar çok değişik (düşünsel) akımlarca açıklanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle, küreselleşmenin hukuk üzerindeki etkilerini izah eden çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Ancak bunlar arasında en önemlisi herhalde Immanuel Kant'ın yaklaşık 200 yıl önce yayımlanan “Kalıcı Barışa Doğru: Felsefi Bir Proje” (To Perpetual Peace: A Philosophical Project) adlı eseri olsa gerektir. Bahsi geçen bu çalışma, daha ziyade Kant'ın uluslararası ilişkilere bakışını yansıtmış gibi bir in-tiba bıraksa da esasında devletlerin kanun

<sup>39</sup> HELD, D. (çev. Ezgi SARITAŞ) *Kozmopolitizm: Küreselleşmeyi Evcilleştirmek*; HELD, D./MCGREW, A. (2008) *Küresel Dönüşümler: Büyük Küreselleşme Tartışması*. Ankara, 609.

koyma faaliyetini de kapsamına alan egemenlik anlayışını sorgulamaktadır.<sup>40</sup> Bu ve benzeri çalışmalar tek tek dikkatli bir biçimde incelendiğinde, kozmopolitan hukukun temelinde yatan bir “değerler manzumesi” ne ulaşılmaktadır. Hukukun kozmopolit ilkeleri olarak da adlandırabileceğimiz bu değerler manzumesi aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- eşit değer ve saygınlık ilkesi.
- etkin temsiliyet.
- kişisel sorumluluk ve hesap verme.
- rıza gösterme.
- etkileşimli müzakere ve oy verme işlemi yoluyla ortaklaşa karar alma.
- kapsayıcı ve yardımcı olma.
- ciddi zararlardan kaçınma ve en yaşamsal (acil) ihtiyaçları karşılama.

Anılan kozmopolit ilkelerin kanun koyma faaliyeti üzerindeki tesiri büyük olmuştur. Artan küreselleşme ve refah devletinin gerilemesi sonucu pazara bağlı, ferdiyetçi bir toplum oluşmuş, klasik kanun koyma faaliyeti de işlevini yitirmiştir. Bu sürece önce yurttaş, daha sonra katılımcı (ortak) olarak dâhil edilen bireyler, şimdilerde müşteri olarak kabul görmeye başlamıştır. Dolayısıyla kanun koyma faaliyetinde, kanun koyucunun iradesi dışında bu bireylerin rızası da aranmaya başlanmıştır. Nitekim kozmopolitan hukuktaki rıza ilkesi, ortak uzlaşma ve yönetişimin de temelini oluşturmaktadır. Müzakere ve görüş birliği işleyişlerinin yerini zorlama ve güç aldığı-

da kanun koyma faaliyeti sekteye uğramakta ve karakteristik olarak bazı kesimlerin çıkarı lehindeki uzlaşma çözümleri kabul edilmektedir. Buna karşın, kozmopolitan hukukta kendi geleceğini belirleme (self determinism) temsiliyeti düşüncesi herkes için eşit ölçüde geçerli olacaksa insanların ortak sorunlarının (kanun marifetiyle) çözümünde rızalarını gösterebildikleri bir sürece eşit ve özgür bir temelde katılabilirleri gereği teslim edilmelidir. Bu rıza, bir yönden bireylerin kanun koyma faaliyetinde kanun koyucuyla eşit konumda bulunmaktan duydukları memnuniyeti de içermektedir. Kanun koyma faaliyetinde, arzu edilen uzlaşma ideal anlamda kamuoyu önünde tartışmaktan ve daha iyi tezin gücünden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, günümüzde kanun yapmak için karşılıklı etkileşime dayanan (interaktif) yatay yöntemler geliştirilmiştir. Bu şekilde, hükümet dışı örgütlerin de kanun koyma sürecine katılımları artmıştır.

## V. Ülkeler Nezdinde Kanun Koyma Faaliyeti

### A. Almanya

Almanya’da kanun koyma faaliyeti, eski zamanlardan beri büyük bir başarıyla icra edilmektedir. Nitekim Roma hukukunun ilk olarak Almanya’da yayılması ve yerleşmesi de asla tesadüf değildir. Ortaçağın sonla-

<sup>40</sup> ARCHIBUGI, D. (1995). *Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace. European Journal of International Relations. London/ New Delhi, 1,4, 429.*

rında Roma hukuku kimi İtalyan üniversitelerinde (özellikle Bolonya Üniversitesi) kapsamlı şekilde incelenmiştir. Bolonya Üniversitesi'nde ders olarak okutulan Roma hukuku, tahsillerine burada devam eden Alman hukukçuları tarafından sonraları Almanya'da uygulamaya sokulmuştur.

16. ve 17. yüzyıllarda, Roma hukuku bütün Almanya'da etkili olmuştur. Bununla birlikte, bazı Alman devletlerinde bu hukukun yanında mahalli hukukun uygulandığı da görülmektedir. Zamanla Roma hukukuyla bütünleşen mahalli hukuka Pandekt hukuku denilmiştir<sup>41</sup>. Bununla birlikte, Pandekt hukuku genel olarak mahalli hukuk sisteminde uyuşmazlıkla ilgili bir hüküm bulunmadığı zaman uygulanmıştır.

Alman devletleri içinde, kanunlaştırma hareketini en çabuk gerçekleştiren Prusya devletidir. Prusya hükümdarı II. Friedrich zamanında hazırlanan, fakat onun ölümünden sonra 1794 yılında yürürlüğe girebilen Prusya Medeni Kanunu 17 bin maddeden oluşmaktaydı. Kazuistik yöntemle hazırlanan bu Kanun hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanlarını düzenleme amacını taşıyordu. Prusya Medeni Kanunu, toplumu değiştirmek istememekte, tam tersine onu olduğu gibi kabul ederek kurallar getirmekte, bu şekilde toplumdaki herkesin yerini belirlemektedir. Bu doğrultuda kişi, hem bir birey hem de toplumun bir ferdi olarak ele alınmaktadır. Yine de kişinin kendi kendine hak ve sorumluluklarını düzenleyebileceği özgür bir sosyal çevresi olabileceği

Kanunda kabul görmemiştir.

1814 yılından sonra tarihçi hukuk akımının etkisiyle, Almanya'da Heidelberg'li Profesör Thibaut'ın Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi teklifi reddedilmiştir. Bundan sonra, Almanya'ya özgü milli bir medeni kanun hazırlanması yönünde çaba sarf edilmiştir. Almanya'nın 1871 yılında milli birliğini kurmasından sonra Alman Medeni Kanunu'nun hazırlanması ayrı bir önem ve öncelik kazanmıştır. Bu şekilde oluşturulan komisyon tarafından hazırlanan ilk kanun taslağına Alman hukukçusu Gierke tarafından taslağın yoğun biçimde Roma hukuku etkisinde kaldığı gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Bunun üzerine hazırlanan ikinci taslağa Cermen hukukunu ön plana çıkartan düzenlemeler ilave olunmuştur. Alman Medeni Kanunu 1896 yılında kabul edilmiş, 1. 1. 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan kanun üstün bir yasa- ma eseri olmakla birlikte son derece teknik, soyut, anlaşılması ve uygulanması zor bir metindir<sup>42</sup>.

### **B. Fransa**

Fransız Medeni Kanunu 1804 yılında Napoleon döneminde yürürlüğe girmiştir. Portalis başkanlığında oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan bu Kanunun hazırlık çalışmalarına kimi zaman Napoleon'un da katıldığı ve hatta kanuna evlat edinme ile ilgili şartları koyduranın da Na-

<sup>41</sup> OĞUZ, A. (2003) *Karşılaştırmalı Hukuk*. Ankara, 190.

<sup>42</sup> GÜRİZ, 125.

poleon olduğu bilinmektedir. Waterloo yenilgisinin akabinde, Napoleon “Benim gerçek şerefim savaşlar kazanmış olmamdan gelmiyor. Waterloo bunca zaferin hatırasını tek kalemde silmiştir. Ebediyen yaşayacak olan Medeni Kanunumdur. Hiçbir mağlubiyet onu bertaraf edemez.” demiştir. Dediği gibi de olmuştur. Gerçekten, bugün Fransız Medeni Kanunu, Code de Napoleon olarak anılmaktadır<sup>43</sup>.

Fransız Medeni Kanunu, 18. yüzyıldan 19. yüzyıla girerken orta ve batı Avrupa’da yapılan kodifikasyonların içinde karakter özellikleri itibarıyla, ilk sırayı almaktadır. Fransız Medeni Kanunu da çağdaşları gibi, aydınlanma çağının ve akılcı hukukun felsefi temellerine dayanmaktadır. Buna rağmen, Kanun aydınlanma çağının etkisinde kalan bir iktidar tarafından yaratılmamış; aksine sosyal olarak eskimiş kurumların halk tarafından devrim yoluyla değiştirilmesi, insanların hukuk önündeki eşitliği ilkesine uygun yeni bir devlet kurulması sonucunda ortaya çıkmıştır. Fransız Medeni Kanunu bu bakımdan özgürlükçü ve eşitlikçi bir temel üzerine oturur. 19. yüzyılın önemli kodifikasyonları içinde sadece Fransız Medeni Kanunu devrimci bir karakter taşımaktadır. Yine sadece bu Kanunda dönemin sosyal gerçekleriyle Kanunun toplum anlayışı birbirine bu kadar uyumtur. Bununla birlikte, ideoloji ve gerçeklik her zaman birbiriyle bağdaşmamaktadır. Bu durum Fransız Medeni Kanunu’nun oluşumunda da tecrübe edilmiştir. Nitekim

Kanun hazırlandığı dönem için devrimci gibi gözükse de daha ayrıntılı incelendiğinde Kanun’da belirli bir tutuculuğun da bulunduğu, eskimiş bazı kavramlarda ısrar edildiği dikkati çekmektedir<sup>44</sup>.

Yürürlüğe girmesinden bu yana 200 küsur yıl geçmiş olmasına rağmen, Kanunun hâlâ canlılığını ilk günkü gibi muhafaza etmesinde Fransız hâkimlerinin büyük payı olduğu unutulmamalıdır. Fransız Medeni Kanunu’nun hazırlanmasında o dönem Fransa’da etkili olan doğal hukuk akımının rolü bulunduğunu bu vesile ile belirtmek gerekir.

### C. İsviçre

İsviçre, kantonlardan oluşan federal bir devlettir. Ülkenin coğrafi konumu dolayısıyla Roma hukuku İsviçre’de hiçbir zaman büyük bir etkinlik kazanamamıştır. İsviçre’de medeni kanunun hazırlanmasından önceki safhada mahalli nitelikleri haiz bir hukuk uygulama alanı bulmaktaydı. 19. yüzyılda kantonların bu hukuku yazılı hale getirdikleri görülmektedir. Buna istinaden ilk olarak 1881 yılında Borçlar Kanunu hazırlanmıştır. Bu Kanun çok beğenilince bu kez Medeni Kanunu hazırlama ödevi ünlü hukukçu Eugen Huber’ e verilmiştir. Huber’ in hazırladığı metin uzmanlar komisyonu tarafından incelenmiş ve üzerinde yapılan bazı ufak değişikliklerle 1904 yılında Federal Meclise gönderilmiş ve 1907 yılın-

<sup>43</sup> GÜRİZ, 126.

<sup>44</sup> OĞUZ, *Karşılaştırmalı Hukuk*, 124-125.



da burada kabul edilmiştir. 1881 yılında hazırlanan Borçlar Kanunu da Medeni Kanun ile daha uyumlu hale sokulması için Eugen Huber' e teslim edilmiştir. Her iki Kanun da 1912 yılında Federal Meclis tarafından kabul edilerek, yürürlüğe konmuştur<sup>45</sup>.

#### D. Türkiye

Türkiye'de kanun koyma faaliyetini İslam hukuku, İslam-Batı hukuku ve Batı hukuku olarak adlandırılan üç ayrı dönemde incelemek daha doğru olur.

##### 1. İslam Hukuku Dönemi

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından önce varlık gösteren Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam hukuku uzun yıllar geçerliliğini korumuştur. Ancak kişiler arası ilişkileri düzenleyen ve kalıplaşmış nitelik taşıyan şer'i ilkelerin yanında hükümdarların yönetimle ilgili konularda kanun koyma yetkisini muhafaza ettikleri gözlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, Osmanlı uygulamasında "sultanın emri, sultanın kanunudur" anlayışı geçerlidir. Bu şekilde, İslam hukuku döneminde yürürlükte bulunan kanunların üç kategori içinde değerlendirilmesi imkânı vardır:

- Osmanlı hükümdarlarının özel konularda çıkardığı fermanların bir araya getirilerek oluşturulduğu metinler (kanunname).
- Belirli bir bölge veya (özel bir zanaatı icra eden) bir toplulukla ilgili olarak çıkarılan emirnameler.
- Osmanlı topraklarında uygulanan ve genel nitelik taşıyan kanunnameler.

Hükümdar tarafından yapılan hukuki düzenlemelerde memleket örfü göz önünde tutulmuş, ayrıca devletin teokratik niteliği dolayısıyla yapılan düzenlemenin şeriata aykırı olmadığını ve hatta onun bir gereği olduğunu belirtme yolunda çaba harcanmıştır.

Sosyal hayatın gerekleri, özellikle ceza hukuku alanında İslami esaslardan uzaklaşmak zorunluluğunu doğurmuştur. İslam ceza hukukunun (ukubat) bazı suçlar için öngördüğü cezaların çok ağır olması, bazı suçlar için ceza sisteminin aradığı şartların gerçekleşmesinin güçlüğü, belirli durumlarda İslam ceza hukukundan ayrılmak ya da bu hukuku yeni kurallarla tamamlamak zorunluluğunu doğurmuştur.<sup>46</sup>

##### 2. İslam- Batı Hukuku Dönemi

Türk hukuk tarihinin ikinci evresi olan İslam- Batı hukuku döneminde kanunlaştırma konusunda başlıca iki akım bulunmaktadır. Bunlardan Ahmet Cevdet Paşa'nın temsil ettiği akım daha ihtiyatlı bir değişimi savunurken; Sadrazam Ali Paşa'nın (1814-1871) temsil ettiği diğer akım daha köklü bir değişimden yanadır. Bu son akım, İslam hukukunun mutlaka uygulanması gereken kısmı saklı kalmak koşuluyla, Batı hukukunun tamamen iktibas edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ali Paşa, özel hukuk alanının çağdaştırılabilmesi için Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesini öner-

<sup>45</sup> GÜRİZ, 126.

<sup>46</sup> GÜRİZ, 127.

miştir. Bu öneri, Padişah Abdülaziz tarafından geri çevrilmiştir. Bunun yerine Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan bir komisyonca hazırlanan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye<sup>47</sup> 1861 ile 1876 yılları arasında kısım kısım yürürlüğe konulmuştur. Mecelle'nin Tanzimat döneminde çıkarılan bütün diğer kanunlar gibi padişah iradesiyle yürürlüğe girdiği görülmektedir.

Sadrazam Ali Paşa'nın savunduğu radikal değişiklikler yapılmasını talep eden akım giderek güçlenmesine ve taraftar kazanmasına rağmen, 1839 yılında Tanzimat Fermanı ilân edilip, 1859'da Islahat Fermanı ile onaylanarak dini azınlıklara yayılan eşitlik ilkesine göre, Osmanlı tebaası arasında din ve ırk ayrımı olmaksızın yürürlüğe konulan hukuki düzenlemelerden başka alanlarda etkili olamamıştır. Bu akımın etkisiyle, özellikle Fransız kanunlarını örnek alan bir dizi kanunlaştırma yapılmıştır. 1858 tarihli Ceza Kararnamesi, 1859 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kararnamesi, 1880 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu ve 1881 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu bu kapsamda sayılabilir. Bu kanunlaştırmaların nedenleri Avrupa'daki kanunlaştırmalardan farklıdır. Burada daha ziyade düzen, kanun önünde eşitlik, hukuki güven ihtiyacı ile sosyal, ekonomik ve siyasi koşulların baskısı altında duyulan modernleşme gereksinimi kanunlaştırmalara etken olmuştur. Bu dönemde hem hukuk ikiliği hem de yeni koşullar, yabancı hukukların

incelenmesini gerekli kılmıştır. Bu dönemde kısmen de olsa Batı hukukunun iktibas edilmesi, iktibas edilen yeni kanunların etkisini arttırmak için gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu önlemleri özellikle batılı anlamda hukuk fakülteleri kurma çabaları ve müfredatlara yabancı hukukların tanıtımına ilişkin dersler koyma olarak somutlaştırabiliriz<sup>48</sup>.

### 3. Batı Hukuku Dönemi

29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyet'in ilânıyla birlikte Türk hukuk tarihinde bir dönem kapanmış, yeni bir dönem başlamıştır. Bu yeni dönemin en belirgin özelliği, devlet yönetiminde milli egemenlik ilkesinin hâkim kılınması yanında, hukuk hayatında laiklik ilkesinin benimsenmiş olmasıdır.

Türk Medeni Kanununun, bu kanun metninin hazırlanma döneminde Adalet Bakanı olan Mahmut Esat tarafından yazılan gerekçesi, Türk hukuk reformunun amaçları ve kapsamı konusunda bilgi verici niteliktedir.

<sup>47</sup> 1851 maddeden oluşan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye bugün borçlar hukuku ve aynı haklar olarak isimlendirilen kısımlarla ilgili hükümler yanında yargılama hukukuna ve kişi hukukuna ait bazı hükümleri de içine alıyordu. Bununla birlikte Mecelle'de aile ve miras hukukunun düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklikti. Nitekim bu eksikliği karşılamak üzere 1917 yılında Aile Kanunu yürürlüğe sokuldu. (URAL, E. (1999). *Handbook of Turkish Law*, 27)

<sup>48</sup> OĞUZ, A. (2009) *Karşılaştırmalı Hukukun Norm Koyma Faaliyetindeki İşlevi*. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme", 119.

Gereğede Avrupa’da gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketlerinin (yapılan iktibasların) örf ve âdet hukukuna geçerlik ve üstünlük tanıyan tarihçi hukuk akımının bir yenilgisi olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu itibarla, Türk hukuk reformunun Alman menşeli tarihçi hukuk akımının görüşlerine karşı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Medeni Kanun gerekçesinde ayrıca “*Milli sosyal hayatın düzenleyicisi olan ve yalnız ondan ilham alması gereken ... bir medeni kanundan Türkiye Cumhuriyeti’nin yoksun kalması ne yüzyulumuz uygarlığının gerekleriyle ne de Türk ihtilâlinin içerdiği mâna ve kavramla bağdaştırılamaz.*” denilmiştir.

Atatürk, Medeni Kanunun kabulünden önce 1925 yılında laik ve yeni bir hukuk sistemi kurmak amacını şu şekilde açıklamıştı: “*Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski hukuk esaslarını temelinden söküp atmak teşebbüsündeyiz.*”<sup>49</sup>

Bu doğrultuda, İsviçre Medeni Kanunu 4 Ekim 1926 tarihinde olduğu gibi iktibas edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ile hukuk ve yargılama düzenlerinin yeniden düzenlenmesi taahhüdüne girmiş bulunmaktaydı. O dönemde yeni bir medeni kanun metni hazırlamakla zaman kaybetmek yerine, çağdaş medeni kanunlardan birinin iktibas edilmesi yoluna gidildi. Sonuçta Alman Medeni Kanunu ile Fransız Medeni Kanunu dururken neden İsviçre Medeni Kanunu’nun seçildiği sorusu sık-

lıkla sorulmuştur. Bu soruya en iyi cevabı Adalet Bakanı Mahmut Esat, bu kanunun nitelikleri üzerinde durarak şu şekilde vermiştir: “*Türk Medeni Kanunu bütün medeni kanunlar arasında en yeni, en mükemmel ve en halkçı olan İsviçre Medeni Kanunundan iktibas olunmuştur.*” Nitekim İsviçre Medeni Kanunu, kanun koyucuya Fransız Medeni Kanunu’ndan daha modern, Alman Medeni Kanunu’ndan ise uygulamaya daha yatkın gelmiştir. İsviçre Medeni Kanunu, ifadelerinin kısa ve açık olması, hâkime boşluk doldurma yetkisi veren ünlü 1. maddesi ile yabancı bir hukuk düzeninde uygulanma konusunda çağdaşlarına nazaran en fazla şansa sahip kanundur.

Tersinden düşünülecek olursa, Türkiye Avrupa’da yabancı bir hukukun farklı bir sosyal bünyede başarılı bir şekilde iktibas edilebileceğini gösterir tek örnektir. Türkiye’de iktibas edilen yabancı hukuk kurallarının yorumu ve ülkedeki sosyal gerçekliklerle ortaya çıkan geleneklerin karşılıklı etkileşimi öylesine ilgi çekmiştir ki çok sayıda araştırmalara konu olmuştur<sup>50</sup>.

## VI. Kanun Koyucunun Sahip Olması Gereken Vasıflar

Kanun koymanın ilk ve en önemli aşamasını, düşünme faaliyeti oluşturur. Mantık bilimi, düşünme faaliyetinin fonksiyonlarını dörde ayırmaktadır.

<sup>49</sup> GÜRİZ, 129-130.

<sup>50</sup> OĞUZ (Norm Koyma), 120.

- Dış dünyada cereyan eden olayları ve şeyleri kavramak,
- O olay ve şeyler hakkında fikir edinmek,
- O olay ve şeyler üzerinde muhakeme yürütmek ve
- Sonuçta hükme ulaşmak<sup>51</sup>.

Bu itibarla, kanun koyucunun faaliyeti- nin başında çok iyi düşünüp önündeki problemle ilgili fikir sahibi olması gerekir. Zira bakmak ayrı şeydir, görmek ayrı şeydir. İyi bir kanun koyucunun önündeki probleme çözüm üretebilmesi için her şeyden önce problemi doğru görmesi, teşhis etmesi gerekir. Bir kere problem teşhis edildikten sonra, o problem için doğru çözüm üretmek de gerekir<sup>52</sup>.

Kanun koymak söz konusu olduğunda, kanun koyucunun önünde iki seçenek bulunmaktadır. Kanun koyucu ya doğru çözü- mü bizzat kendisi bulup, kendisi kural ko- yacak veyahut dünyada belli iktisadi sevi- yeye ulaşmış her ülkede rastlanan (ortak) problemler için konulmuş kurallardan ken- disine en uygun olanı benimseyecektir. İlk seçenek hayli masraflı ve zaman alıcı gö- zükmemektedir. Bununla birlikte, kanun koyu- cunun kuralı kendisinin hazırlaması, o ku- ralın yöneldiği topluma daha kolay uyum sağlaması yönünden son derece faydalıdır. Diğer yandan, ikinci seçenekte, bütün me- sele o kural âlemine rahatlıkla intikal eden bir seviyeye sahip olmak ve ondan sonra da mevcut olan kurallar arasında en uygun çö- zümü bulmaktır. Kanun koyucu, genelde

hâlihazırda mevcut olanı almak, benimse- mek yönünde tercihini kullanır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk yöntemiyle yapılan bilimsel çalışmalar ve ad hoc raporlar ka- nun koyucuya yol gösterir.

Çağımızda modern kanunlaştırmaların da karşılaştırmalı hukuk çalışmaları sonun- da yapıldığı dikkati çekmektedir. Gerçi, bu durumun tarihsel örneklerine de rastlamak mümkündür. Sözgelimi, Alman Medeni Kanunu'nun oluşumunu, 19. yüzyılın ikinci yarısında yapılan geniş kapsamlı karşılaştı- rmalı hukuk çalışmalarına borçlu olduğu bilinmektedir. Öte yandan, İsviçre Medeni Kanunu'nun yaratıcısı Eugen Huber' in kantonal hukukları karşılaştırmalı olarak incelemesi sayesinde, bilinçli boşluklar içe- ren ve hâkime geniş bir takdir yetkisi veren bir kanun oluşmuştur ve bu sayede farklı bir toplumsal yapıya sahip Türkiye'de bile sorunsuz uygulanabilmektedir. Yine bunun gibi, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu güneyde uygulanan Roma hukuku kökenli gelenek hukuku ile kuzeyde uygulanan Cermen kökenli hukuku birleştirici çalış- malar sonucunda meydana gelmiştir. Günü- müzde artık 2. Dünya Savaşı'ndan sonra az ya da çok karşılaştırmalı hukuk çalışması olmaksızın hazırlanan hiç büyük kanunlaş- tırma hareketi olmadığı söylenebilir.

51 ÖZOK, Ö. (2009) *Açılış Konuşmaları. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme"*, 22.

52 KARAYALÇIN, Y.(2009) *Açılış Konuşmaları. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme"*, 54.

Kanun koyucunun yabancı bir hukuktaki çözümü benimserken, kendi ülkesindeki özel koşulları dikkate alması gerektiği açıktır. Ancak bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasından, belli bir sorunun, belli bir yerde, hakkaniyete uygun bir biçimde çözüme kavuşturulduğu sonucu çıkarsa, bu çözüm sadece yabancı olduğu için reddedilmemelidir. Bununla birlikte, yabancı hukuktaki çözümün, bu çözümün alınacağı ülkeye özellikle bu ülkedeki farklı usul hukukuna, idari yapılanmaya uyup uymayacağı iyi düşünülmelidir. Özellikle bu çözümün işlev göreceği sosyal çevrenin yapısı dikkate alınmalıdır<sup>53</sup>.

Bütün bu açıklamalardan sonra, kanun koyucunun genel hukuk bilgisi yanında düzenleme alanına ilişkin olarak da özel hukuk bilgisine sahip olması icap eder. Kanun koyucunun konuya ilişkin teorik bilgi dışında uygulama tecrübesi de bulunmalıdır. Kanun koyucu sistematik düşünmemelidir. Derin bir politik bilgiye sahip olmalıdır. Kanun koyucu hem kendi diline hem de yabancı dillere hâkim olmalıdır. Kanun koyucunun, ayrıca takım çalışmasına yatkınlığı, proje yönetimi alışkanlığı, liderlik vasfı, koordinasyon ve iletişim yeteneği bulunmalıdır.

Günümüzde pek çok ülkede kanun hazırlıkları kanun yapma tekniğini bilmeyen hukukçular gözetiminde yürütülmektedir. Çünkü klâsik hukuk öğretisi daha ziyade karar alma üzerine kurulmuştur. Kural koyma ancak vazife sırasında öğrenilmektedir. Bu bakımdan, sadece konuya vâkıf olan hu-

kukçular ile kanun yapmak yeterli olmamaktadır. Ülkemizde, ilk kez 13.10.1983 tarih ve 2919 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilip, 18.10.1983 tarih ve 18195 sayılı Resmi Gazete'de yürürlüğe konan Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterlik Teşkilat Kanunu ile bir kariyer meslek grubu olarak yasama uzmanlığı getirilmiştir. Hâlihazırda 46 uzman yasama faaliyetlerinde milletvekillerine idari destek hizmeti sağlamakla görevlidir. Bu uzmanların sahip olması gereken özellikler mesleki yeterlilik, özen ve titizlik, bağımsız ve tarafsız olma (nesnellik), kanun yapma tekniğini bilme, hukuk dışında siyaset, iktisat, sosyoloji, felsefe, dil bilim gibi alanlarda bilgi sahibi olma şeklinde sıralanabilir.

Diğer bazı ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de kanun koyma faaliyetinde milletvekili danışmanlığı uygulaması mevcuttur. Milletvekili danışmanlarından da hukuk, siyaset, iktisat, güvenlik ve iletişim gibi konularda uzman olmaları beklenmektedir<sup>54</sup>.

### Sonuç

Anthony Giddens, küreselleşmeyi, dünya çapında sosyal ilişkilerin yoğunlaşması olarak tarif ediyor. Gibbens' a göre yerel oluşumların uzaktaki benzerlerinden etkilennememesi bugün için imkânsız<sup>55</sup>. Bunda iletişim araçlarının hızlı gelişiminin etkisi

<sup>53</sup> OĞUZ (Karşılaştırmalı Hukuk), 43-44.

<sup>54</sup> SÖZER, 100-101.

<sup>55</sup> STEGER, M.B. (2009) *Globalization- A Very Short Introduction*. Oxford, 13.

olduğu kadar, dünya piyasaları üzerindeki sınırların eskisine oranla daha kırılğan olmasının da payı bulunmaktadır. Böyle bir durumda, hukukun küreselleşmeden etkilenmemesi mümkün gözükmemektedir. Benzer şekilde, kanun koyucunun da kanun koyma faaliyeti sırasında, başka ülkelerde yapılan düzenlemeleri dikkate almaması gibi bir ihtimal söz konusu değildir. Çünkü artık hukuk alanında karşılaşılan problemler ortaktır, dolayısıyla bunlar için önerilen çözümler de üç aşağı beş yukarı aynı olmaktadır. Kanun koyucu kendisi kural koymaya çalışsa, ulaşacağı çözümler diğer ülkelerde mevcut olan çözümlerden farklı olmayacaktır. Buna ek olarak kanun koyucunun bizatihi kendisi kural koyarken daha fazla emek sarf etmiş olacak ve zaman kaybedecektir. Bu nedenle, kanun koyucular çok eski yıllardan beri başka ülkelerde aynı veya benzer problemler için üretilmiş olan çözümleri benimsemek yönünde tercihlerini kullanmaktadır. Yoksa Iustinianus derlemesinin el yazmalarının hiçbir zaman, hatta Ortaçağın en karanlık dönemlerinde bile unutulmaması nasıl açıklanabilecektir? Nitekim bu metinler okuma-yazma bilen rahipler tarafından hukuk öğretimi sırasında genç nesillere aktarılmış ve bu şekilde bu nesillerce kendi ülkelerinde siyasi, iktisadi ve kültürel şartların yarattığı yeni ihtiyaçları karşılamakta kullanılmıştır<sup>56</sup>.

Günümüzde, kanun koyucuların başka ülkelerdeki düzenlemeleri haklı olarak dikkate alırken kolayca kaçtıkları, bu düzenle-

melerin birebir tercümelerini kendi ülkelerindeki sosyal gerçekliğe ne derece uygun olacağı kaygısı taşımaksızın benimsedikleri görülmektedir. Ülkemizde son yıllarda çıkarılan kanunların birçoğunda gerçek anlamda bir gerekçe bulunmaması da bundan kaynaklanmaktadır. Bu kanun maddelerinin gerekçeleri çoğu zaman madde metninin tekrarından ibaret olmakta; sanki önce madde yazılmış da sonradan ona şeklen gerekçe uydurulmuş hissi yaratmaktadır<sup>57</sup>. Bu şekilde, kanun koyucunun kuralı oluştururken kullandığı usavurma yöntemleri de bilinmemekte, bu durum uygulayıcıyı kimi zaman ciddi sıkıntıya sokmaktadır. Diğer yandan, son yıllarda çıkartılan kanunlarda kullanılan dilin kalitesi de, düzenlemenin yabancı bir ülkeden olduğu gibi alındığını ele vermektedir.


Bugün ülkemizde kanun koyma faaliyeti başka ülkelerin düzenlemelerinin birebir kopyalandığı dikkati çekmektedir. İçinde bulunduğumuz bu küresel çağda başka ülkelerin aynı ya da benzer problemler için önerdiği çözümleri dikkate almaktan daha doğal bir şey olamaz. Ne var ki, bunların olduğu gibi, yalan yanlış çevirilerle ve mevzuata uyumu test edilmeksizin alınması ülkemizin bölgesinde liderliğe oynadığı ve çevresindeki ülkelere örnek alın-

56 VILLEY, M. (çev. Bülent TAHİROĞLU) (2003) *Roma Hukuku Güncelliği*. İstanbul, 8.

57 KUÇURADİ, İ. (2009) *Açılış Konuşmaları*. Ankara Hukuk Toplantıları "Norm Koyma ve Hüküm Verme", 17.

dığı bu zamanda yakışık almamaktadır. Denilebilir ki, ülkemizdeki kanunların pek çoğu yabancı ülkelerden iktibas alınmıştır; bu sebeple bu ülkelerin yaptıkları düzenlemelerin de takip edilmesi lüzumu bulunmaktadır. Kuşkusuz bu iddia doğrudur ama kanımızca eksiktir. Zira artık zaman değişmiştir. Yabancı kanunların iktibas edildiği yıllarda ülkede bulunan yetişmiş hukukçu sayısı son derece yetersizdi. Buna karşılık, bugün ülkemizde çok sayıda hukuk fakültesi bulunmaktadır ve bu fakültelerden her yıl

onlarca hukukçu mezun olmaktadır. Bugün için yabancı bir kanun metninin kopya edilmesi, her şeyden önce bu hukukçulara haksızlık olmaktadır.

Sonuç olarak, küreselleşme olgusu diğer her şey gibi kanun koyma faaliyetine tesir etmiştir. Bugün kanun koyucunun her zamankinden daha fazla yabancı ülkelerin düzenlemelerine açık olması; bunu yaparken de taklitten mümkün olduğunca kaçınarak kendi sosyal gerçeğine uygun kuralı benimsemesi gerekmektedir. 

## KAYNAKÇA

- Aderhold, D. (1973). *Kybernetische Regierungstechnik in der Demokratie-Planung und Erfolgskontrolle*. München.
- Araç, İ., İba, Ş. (2003). *Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine*. AÜSBFD, LVIII,3.
- Aral, V. (1978). *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul.
- Archibugi, D. (1995). *Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace*. European Journal of International Relations. London/New Delhi, I,4.
- Ateş, S. (2000). *Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon*. AÜ-EHFD, IV,1,2.
- Austin, J. (1929). *Lectures on Jurisprudence* (I). London
- Baenziger, F. *Ist Verlass auf unsere Gesetzgebung? Ein Blick auf die Strafrechtsrevision der letzten Jahre* (www.lawlibraries.ch-15.08.2008)
- Bali, A.Ş. (2009). *Felsefi Bakışla Norm Koyma: Bilim mi, Sanat mı?* Ankara Hukuk Toplantıları. Norm Koyma ve Hüküm Verme.
- Cicero, M.T. (1977). *De Republica De Legibus*. (İng. çev. Clinton Walker KEYES Loeb Classical Library. Harvard University Pres. Cambridge.
- Daver, B. (1961). *Kanunla İlgili Meseleler Üzerine Bir Seminer, Tartışmada Ortaya Çıkan Unsurlar*. AÜSBFD, XVI-4.
- Europedia. The EU’s Legislative Procedure (10.10.2011 tarihinde erişilmiştir.).
- Fleiner-Gerster, T. (1985). *Wie Soll Man Gesetze Schreiben*. Bern und Stuttgart.
- Güriz, A. (1999). *Hukuk Başlangıcı*. Ankara.
- Held, D. Kozmopolitanizm. Küreselleşmeyi Evcilleştirmek.
- Held, D., McGrew, A. (2008). *Küresel Dönüşümler: Büyük Küreselleşme Tartışması*. (çev. Ezgi SARITAŞ) Ankara.
- Hellstern, G. M., Wollmann, H. (1977). *Wirkungsanalysen- Eine Neue Variante Wissenschaftlicher Politikberatung*. in Transfer 4 (Planung in öffentlicher Hand).
- Henseler, P. (1979). *Kosten-Nutzen-Analyse in der Gesetzgebung-Funktionsanalyse, Effectivitäts- und Effizienzüberlegungen in der Rechtsetzung* (Verhandlungen des 7. Oesterreichischen Juristentages Salzburg 1979). Wien.
- Jablonek, C. (1998). *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*. EJIL, IX.



Kaplan, İ. (1992). *Kanun Yapma San'atı ve Tekniği*. Gündüz ÖKÇÜN' e Armağan. AÜSBFD. XLVII, 1,2.

Karayalçın, Y. (2009). Açılış Konuşmaları. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Karpen, U. *Gesetzfolgenabschaetzung in der Europaeischen Union, Evaluierung der Gesetzesfolgenabschaetzung (II)*. Hrsg. Schaeffer içinde.

Kelsen, H. (1957). *Mahz "Hukuk Nazariyesi" Nedir?* (çev. O. Münir ÇAĞIL) A. Samim GÖNENSAY' a Armağan. İÜHFİM, XXII-1,4.

Keyman, S. (1997). *Hukuka Giriş*. Lefkoşa.

Kuçuradi, İ. (2009). Açılış Konuşmaları. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Mader, L. (1985). *L'évaluation Législative, Pour une Analyse Empirique des Effets de la Législation*. Lausanne.

Messerschmidt, K. (2008). *Gesetzgebungsllehre zwischen Wisenshaft und Politik*. Entwicklungstendenzen der Legisprudenz-Teil II, Zeitschrift für das Juristische Studium (www.zsj-online.com).

Neziroğlu, İ., Bakırcı, F. (ed.) (2011). *TBMM-Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*.

Oğuz, A. (2003). *Karşılaştırmalı Hukuk*. Ankara.

Oğuz, A. (2009). *Karşılaştırmalı Hukukun*

*Norm Koyma Faaliyetindeki İşlevi*. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Özok, Ö. (2009). Açılış Konuşmaları. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Shapiro, R.J. (2008). *Futurecast, How Superpowers, Populations, and Globalization Will Change the Way You Live and Work*.

Sivil Toplum İçin Yasama Sürecine Katılım El Kitabı (www.yasader.org adlı siteden 25.01.12 tarihinde erişilmiştir.)

Sözer, A.N. (2009). *Yeni Bir Bilim Dalı: Yasa Yapma Öğretisi*. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Steger, M.B. (2009). *Globalization- A Very Short Introduction*. Oxford.

Teziç, E. (1998). *Anayasa Hukuku*. İstanbul.

Türkbağ, A.U. (2009). *Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu*. *Ankara Hukuk Toplantıları Norm Koyma ve Hüküm Verme*.

Ural, E. (1999). *Handbook of Turkish Law*.

Uslu, C. (2011). *Objektif ve Subjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler*. *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*. XI-1,1.

Villey, M. (2003). *Roma Hukuku Güncelliği*. (çev. Bülent TAHIROĞLU) İstanbul.