

HUKUKUN KAYNAKLARI*

PAUL BOCKELMANN

Çev. : F. NUR BAŞAR (*)

Hukukun kaynakları problemi, tabii hukukla ilgisi bakımından ortaya konursa, tabii hukukun varlığı vë kavranabilirliği (Erkennbarkeit) problemleriyle aynı olur. Bu konuda bildiklerimizi daha önce anlatığımız içn Şimdi pozitif hukukun kaynakları sorunuyla uđraŐacađız.

Bu problem, hukuk, vatandaŐın hergün karŐısına çkan, ondan bir takım isteklerde bulunan, yapacağı ve yapmayacağı Őeyleri bildiren pozitif hukuk olarak ele alınınca daha da önem kazanır. Hukuka bağlı yaşama görevi, pozitif hukukun blağanüstü ve sürekli gelişen kaideler topluluğuyla uyulaŐabilmektir. Bu hukukun kaynakları hakkında bazı Şeyler saptamak yeteri kadar zor olduğundan, saptamayı denemek haklı görünür.

Burada hukuk kaynakları deyiminden hukuk prensibinin dođuŐ sebepleri anlaŐılmalıdır. "Kayna'k" sözü tabii başka anlamda da kullanılabilir, örneğin, hukukun "bilgi kaynağı" olarak. Bu ifade Şekline göre "federal kanun gazetesi" federal hukukun içeriği hakkında bilgi edinilecek bir kaynaktır, federe devletlerin kanun ve yönetmelik dergileri federe hukukun bilgi kaynaklarıdır. Bugünki ilmin beslendiği tarihi hukuk kaynakları, eski hukuk tasvirleri, yazıtlar, belgeler ve benzerleridir. Fakat, hukuk bilgisinin kaynakları öğretisi bizi uđraŐtırmamalıdır, biz daha ziyade hukuk nörmunun dođuŐ sebebini arıyoruz.

Bunun iki temeli vardır : Mevzuat ve teamül. Burada "mevzuat" ile hukuk koyma yetkisini haiz bir merciin hukuk yaratılmasına yönelti miŐ irade beyanını kastediyoruz. Bu çeşit hukuk koyucu faaliyetin ürünleri, -en azından görünüŐe göre- yürülükteki pozitif hukukun büyük bir kısmını meydana getiriyorlar. Bu nedenle önce "konmuŐ" hu-

(*) çevirenin Notu : Bu yazı, Paul Bockelmann'ın "Einführung in das Recht" adlı eserinin 1963 tarihli baskısından alınmıŐtır (s. 127-141).

(**) Atatürük üniversitesi iŐletme Fakütesi Hukuk Kürsüsü Asistanı.

kukla uğraşmak istiyoruz. Bunun tek görünüş şekli olmayan, fakat en önemli ve uğraşabileceğimiz tek şekli kanundur. Kanun nedir ve kim koymaya yetkilidir, öyleyse? İlk sorunun cevaplandırılması kolay değildir. Şüphesiz her kanun, kanun koyucunun bir kararıdır. Fakat, kanun koymaya yetkili devlet organının her kararı bir kanun değildir. Kanun koyucu, yani parlamento demokratik devlette aynı zamanda daima en yüksek yürütme gücünün sahibidir. Hükümetin kontrolü, atanması ve feshi onun yetkisindedir. Bu çeşit yürütme yetkilerinin yerine getirilmesine yarayan parlamento kararlarının kanun olmadığı açıktır. Parlamento'nun işleyişi ve üyelerinin durumuna ilişkin kararlar, örneğin bir çalışma yönetmeliği çıkartılması, bir başkan seçilmesi, bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması, açıktır ki, kanun değildirler. Böylece kanun, sadece bir parlamento kararına geri götürülebilirlik (Rückführbarkeit) dış özelliğine göre tanımlanamaz.

Daha doğrusu, vatandaşların topluluk ilişkileri için bağlayıcı bir norm düzenleyen parlamento kararı kanundur. Kanun koyucu tarafından verilen emir, ancak genel olursa ve eşit biçimde uygulanırsa kanun sıfatını alabilir. Burada kanun, mahiyetine göre yalın bir münferit halé ilişkin karardan, özel emirden ve (tek bir memura veya herkese karşı değil) bir makamın tüm personeline veya tüm bir idare şubesine yöneltmiş idare emirlerinden ayrılır.

Bundan başka, genellik ve eşit biçimde uygulanma gereği, kanunun tüm vatandaşlara aynı suretle uygulanması demek değildir. Bir memurlar kanunu sadece memurların hukuki ilişkilerini düzenler, memur olmayanlarınkini değil. Emekli kanunu sadece bireylerin belli bir grubunun istemlerini düzenler, yükümlülükler denkleştirilmesine yarayan kanunlar halkın bir kısmına yarar, bir kısmına ise külfet getirirler. Bununla birlikte, bu çeşit norm düzenlemeleri genel ve eşit geçerliliğin özelliklerini gerçekleştirmiş oluyorlar. Bunlar, bütün vatandaşları ilgilendiren müesseselere, hukuki durumlara ve hukuken çözüm bekleyen ödevlere ilişkindirler. Örneğin, hizmet hukuku sadece makamların hak ve yükümlülüklerini belirtmez, aynı zamanda vatandaşlara memurluk müessesesinin hukuki şeklini bildirir ve bu ölçüde genellik niteliği taşır.

Eğer bir norm genel ve eşit bir kural olma karakteri taşıyorsa, bu iç yapısı görününden bir kanundur ve bu norm kanun koyucu tarafından değil de, tersine, kanun koyucunun izin verdiği bir mercii tarafından bu yetki kullanılarak çıkartılmış yönetmelikler biçiminde ise, yine mahiyeti itibarıyla bir kanundur.

Şüphesiz sadece maddî değil, bir de şekli kanun kavramı vardır. Anayasa, iç yapılarına göre yürütmenin işlemleri (Akte) olan bir sıra düzenleme için kanun şeklini öngörüyor. Örneğin, bütçe plânının saptanması veya devletler hukukuna ilişkin anlaşmaların onanması için. Anayasa, kanun şeklini, büyük siyasi önemi olan belli önlemler üzerinde alınacak kararlarda kullanılmak üzere en yüksek devlet organı, yani Parlâmento için saklı tutmuştur ve külfetli bir kanun koyma usulü vasıtasıyla bu gibi önlemlerde en yüksek özeni sağlamayı hedef almıştır.

Şayet kanun formu genel bir düzenlemeyi gerektirmeyen, tersine, münferit bir işlem ile de çözebilecek olan hallerde de caiz ise, o takdirde şu soru ortaya çıkar : Kanun, anayasa tarafından açıkça öngörülen hallerin dışında diğer haller için de uygulanamaz mı?

Bu problemin teorik olarak nasıl çözümleneceği burada şimdilik bir tarafa kalsın. Kanun koyma uygulaması uzun zamandan beri bunu kabullenmektedir.

Önem kanunu*, münferit durumu düzenleyen kanun, sadece şekle göre kanun olduğu ölçüde olağan görünüşler oldu.

Fakat bu, maddî anlamda kanun kavramını, şekli anlamda kanun kavramının büyük ölçüde geri plâna atması demektir. Bu aslında sadece, kanun şeklinde olmamakla beraber, iç yapısına göre kanun olan normların hukuki kural karakterini tanıtmama fonksiyonunu yerine getirir. Ama artık kanunun tamamlanmış bir tanımını vermiyor. Bu, kanun koyucu organın, anayasaca öngörülmüş kanun koyma şekillerinde gerçekleşmiş olan her irade beyanının kanun olduğunu ifade etse gerektir.

Bu kavram, kuvvetler ayrılığından bu kuvvetlerin (yasama, yürütme, yargı) en yüksek devlet organı olan meclis elinde kısmen toplanmasına ve liberal devlet görüşünden refah devleti görüşüne doğru giden bir gelişmenin sonucudur. Şayet parlâmentonun yetkisi yalnız kanun yapma ile sınırlandırılmaz da, aynı zamanda yürütmeyi de kontrol edebilecek ölçüde olursa, o takdirde, hükümet ve parlâmento arasındaki fonksiyon bölüştürülmesi, kolayca, hiç bir şekilde bağlayıcı olmayan bir işbölümü karakterini alabilir ki bu, meclisin, fırsat düştüğünde bir yürütme işlemini kanun formunda bizzat yapması yolunu kapamaz.

(*) Alman hukukunda "önlem kanunu" (Massnahmengesetz) deyimini ile genel konuları değil de (açık veya gizli) bir veya birkaç münferit durumu düzenleyen kanun kastedilmektedir.

Parlâmento tarafından yönetilen devlette hükümet ve milletvekillerinin çoğunluğu arasında var olan siyasi ahenk sayesinde, hükümetin, bizzat parlâmentodan şekli kanun yapmak suretiyle münferit bir olayın çözümünü istemesi vuku bulabilir. Hükümet, alacağı politik karar önemli ve kritik olduğu ölçüde, onu parlâmento paravanasında çıkarmaya daha çok ilgi duyar. Böylece önlem kanunu, yürütme ile parlâmento arasındaki bugünkü anayasa gerçekliği için karakteristik olan zıtlığın kaldırılmasının bir sonucudur. Fakat aynı zamanda, yukardaki oluşum sonucu devlet vatandaşlarının refahını kendisine görev olarak kabullendi, Ama sadece bireylere, keza ekonomik bakımdan zayıf olanlara, kendi mutluluklarını gözetmeyi kendilerine bırakan, bu yüzden onların yaşama şekillerine karışmaktan kaçınan şartsız bir liberal devlet önlem kanunu olmaksızın işi yürütebilir.

Devlet, genel kanunlar çıkarmakla yetinebilir. Yani tüm eylemleri ilişkileri benzer şekilde kavrayan normlar, (gayeleri belli refah, ekonomi politikalarına, meslek politikasına, polisiye önlemlere veya diğerlerinin gerçekleşmelerine ilişkin olmayan, daha ziyade insani temel ilişkilerin düzenlenmesiyle, tabii hukukun pozitifleştirilmesiyle, toplum hayatının kendi gelişen şeklinde her seferinde istediği tüm özelliklerin, serbest anlaşmanın düzenlenmesinin ilgililerin serbest kararlarına bırakılmış kaldığı halde, bireyler ve onların özgürlüğü için koruma garantisıyla yetinen) kanunlar.. Liberalizm prensibi terkedilir edilmez, devlet, vatandaşlarının ilerlemeleri, sağlıkları, hatta mutlulukları için özen göstermeyi üstüne alır almaz, böyle bir programın gerçekleştirilmesi için ihtiyacı olan araçları da kullanmalıdır. Buna, tabiatına göre daha ziyade iyilik isteyen bir iktidarın yardım faaliyetleri olan, önceden mevcut hukukun şekillendirilmesi ve nitelendirilmesinden biraz başka olan kanunlar çıkartılması da dahildir. Önlem kanununa ve bununla şekli kanun kavramının üstünlüğüne yöneltmiş olan tarihi gelişme hakkında hüküm vermek yetkisinde değiliz. Fakat, bu gelişmenin, kanunların liyâkat ve saygınlığına zararlı olduğunu kabul etmeliyiz. Genel kanun, adalete önlem kanunundan daha yakındır. O, kendisi için, aslında kesin kanunî normlaştırma olmaksızın da geçerli olması gereken, kanun koyucunun icat etmektense daha çok arayıp bulunduğu bir düzenleme bulmayı ister. Burada onun bu istemi mutlak itaate dayanır. Keza önlem kanunu da, adaletin genel özelliklerine uymalıdır, şüphesiz, aksi takdirde anayasayı ihlâl eder, yani, eşitlik, özgürlük, güven ve adaleti garanti etmelidir. Fakat, bu kavramların relativleştirilmesinin özellikle geniş ölçüde olması kanunun mahiyetindedir. Onları, takip ettiği özel amaçların ölçüsüne göre relativleştirir, kanun. Böylece o, güdülen amaç veya onun elde

edilmesi için uygulanan aracın tahrik ettiği ve kendi politik kanılarına göre kanunun amacını belirleme veya araç seçmelerini kabul etmeyen bir eleştiriye maruz kalır. (Sosyal sigorta, tazminat, geri verme kanunlarındaki tartışmalar düşünülürse.)

Bu eleştiri, eleştiriye uğramış önlemin kanun kademesinde bir tasarruf olduğu fikrine yapılan yollama ile susturulamaz. Tersine, önlem kanunları hakkında hüküm verirken bunların önlem karakteri, kanun olma haysiyetinden daha ön plânda kendini gösteriyor. Bu, eleştiricinin, yargıçtan, kanunun uygulanmasında, kanun koyucunun ihmal ettiğini tazmin etmesini veya en azından telafi etmesini talep etmesine yönelir. Fakat bu, yargıca sadece kanuna göre değil, kanunun üstünde de hüküm vermesi ve ihtiyaç halinde kanunu düzeltmesi, yani hukuk yaratıcı şekilde faal olması görevinin yüklenildiğini ifade eder. Zaman içinde, aynı istemin, önlemden daha fazla bir şeyler olan kanunlar ve tüm kanunlarla ilgisi bakımından ileri sürülmesi önlenemez. Önlem kanunu, kanunların otoritelerine zarar vermiştir. Bu oluş şu gelişmeyi hızlandırdı ki, kazai karar yalnız bir uygulama işleminden ibaret değildir, tersine, yeni bir hukuk yaratma işlemidir, o halde kazai karar buna göre bağımsız bir hukuk sebebi, kaynağı olarak tanınmalıdır.

Aynı yönde, kanun koyucunun yaşadığı bir otorite kaybı etkisini göstermektedir. Tekrar tekrar federal devlet ve eyaletlerde parlamento ve bununla en yüksek devlet organının kanun koyucu olduğunu belirttiğimiz için böyle bir kaybın başladığı iddiası önce şaşırıcı olabilir. Fakat daha yakın bir inceleme, kanun koyucunun gücünün sadece sınırlı olduğunu meydana çıkarır. Burada kanun koyucuyu sınırlayan şu tahditleri söz konusu etmek istemiyoruz: Federal devlette kanun koyma yetkisinin konulara göre devlet ve eyaletler arasında paylaştırılmış olması veya münferit kanunların meydana gelmesinde (örneğin, yürütme veya kanun inisyatifi hakkını haiz olan milletvekilleri, federal devlette münferit üye devletlerin temsilcileri, devlet konseyi, kanunları ilân yetkisini haiz devlet başkanı gibi) asıl kanun kararını alanlardan başka merciilerin de daima birlikte etki etmeleri. Tüm bunlar kanun koyucunun otoritesini değil, kanun koyma yetkisi ve tekniğini ilgilendiren problemlerdir. Buraya nasıl gelindiğini kanun koyma hakkının yakın tarihine bir gözatmak gösterir.

Halk temsilciliğinin, parlâmentonun, demokratik cumhuriyet devlet şekline geçişten beri bu hakka sahip olduğu kendiliğinden anlaşılır. Fakat, kanun koyma hukuki yetkisinden, bunu kullanma pratik kuvveti daha önemlidir ve bu kuvvet Weimar cumhuriyetinin kanun

sahibi olarak yargıcın hukuku anlayışlı bir uygulamasına umut bağlayabilirdi.

Anayasa ve eyaletler anayasaları şüphesiz tekrar güvenilmeye değer kanun koyucu organlar yarattılar. Fakat, yargıçları hukuk yaratıcı olarak etki etme görevinden alıkoymadılar. Bu arada, kanun koyucu, hüküm vermesi gereken yerde, adaletin nihayet artık onun sözünü bekleyemeyeceği, hukuku, kanuni yol gösterme olmaksızın bulması gerekeceği derecede sustu. Bu çeşit hukuk bulma, örneğin, cinslerin eşitliğiyle ilgili anayasa maddesinin yapılmasında gerekli olduğu gibi, gerçekte hukuk yaratılmasıdır. Ayrıca, kanun koyucunun, fonksiyonu yargılama tezlerini kanunileştirmeye çaba sarfetmek olan normlarla onları kendi yönünden düzenlemeye karar vermeden önce, kanun uygulamacısına belli bazı hukuk sorunlarının hallini bırakması da vuku bulmuştur ve daima tekrar da vuku buluyor.

Bundan başka, anayasa, birçok durumlarda, kesin olarak feshetmediği, intikâl etmiş, eski, hatta politik yönden şüpheli olan hukuka aykırı oluyor. Bu nedenle, eski hukukun anayasaya uygunluğunu kontrol etmek ve gerekiyorsa geçersiz ilân etmek yargıcın işi oluyor. Burada yargıç tekrar kanunun üstünde kabul ediliyor. Ve, birlik ve eyâletlerdeki yeni kurulmuş kanun koyucuların anayasaya aykırı harekette bulunabileceklerini anayasa gözönünde tutuyor. Bu nedenle hatta, kontrol yüksek devlet mahkemelerine ve anayasa mahkemesine bırakılmış olsa da, bu yeni ve anayasa sonrası kanunların da anayasaya uygunluğunu kontrol ettirme olanağını başlatıyor, bu yargıcın kanun koyucu önünde üstünlüğünü teyid eden hukuki bir kontroldür.

Mevzuat yanında diğer hukuk kaynaklarında da, teamül hukukunda da yargıcın yetkisi etkilidir. Tabii sadece yalın alışkanlıktan ibaret olmayıp, tersine, uzun süren hukuki kanaatlerde desteğini bulan uygulamadan meydana gelmesi gereken teamül, genel görüşe göre objektif ve pozitif mer'î hukuku yaratır. Tekrar tekrar şu sözleri açıklayan kanunların kendileri de teamül hukukunun varlığını kabul ediyorlar: Kanun, yani pozitif mer'î hukuk sadece şeklen konan değil, teamül vasıtasıyla da teessüs ettirilen hukuk olan hukuk normudur. Fakat bu hukuku temellendiren uygulamayı icra eden aslında kimdir? Şimdi bireyin durumu eskiden olduğundan çok başkadır. Komplike yapılı, çok nüfuslu modern endüstri devletinde insanların seviye ve sınıfta değil, meslek ve iş bakımından ayrılımlarında hukuk teessüs ettirici genel bir teamül hemen hemen hiç teşekkül etmez. Bu sadece mahkemelerin uygulamalarında, münferit bir mahke-

meden verilen ve diğer mahkemelerce kabul edilen ve diğer vatandaşlarca bağlayıcı kaide olarak tanınacağı kesinliğiyle kabul edilen daimi bir içtihatla meydana gelebilir. Bu suretle kazai içtihat ileriki dönemler için de hukuk kaynağı olarak ortaya çıkar. Düşüncelerimizden başka bir sonuç bekleyebilir miydik? Daha önce açıkladıklarımız, yani hukuk toplumunun üyeleri için mahkemelerin onlara verdiklerinden başka hukuk yoksa ve hukuk olarak tanınan (bilinen) şey hukuk sayılıyorsa ve gerçekten tanıma işlemine yetkili olan mercii yani hakim tarafından tanınan şey hukuk olarak kabul ediliyorsa, bu takdirde hukuk uygulaması ile hukuk yaratma arasındaki fark yok olmalıdır ve sonuçta yalnız görünüş için hukuka itaat eden kimse, gerçekte işin mahiyeti itibariyle de pozitif hukuka hayat veren kimse durumunda olmalıdır.