

YARGIÇLAR, BOŞLUKLAR VE İDEOLOJİ

J. MIEDZIANOGORA

Çev.: Araş. Görev. Tuğba BALLIGİL

I. "BOŞLUK₁" VE "BOŞLUK₂" KAVRAMLARINA GİRİŞ

Boşluk kelimesi, Pozitif Hukuk'da boşlukların söz konusu edildiği hukukî ve felsefî tartışmalarda her zaman yeterince açık bir anlama sahip değildir. O halde burada işe öncelikle bu sözcüğe vereceğim anlamı belirtmekle başlayacağım.

Tüm bu sorunu ele alanlara göre pozitif hukukda boşluk kavramı, bir noksanlığı, yoksunluğu deyimlemektedir.

Yasalarda, onların boşlukları içerdiğinden söz edildiğinde ne eksiktir ve yine yasaların boşlukları içermediği söylendiğinde, bunlarda eksik, noksan olmayan nedir? Kurallar. Bu nokta tartışılmaktadır. Ben burada, konunun aydınlanmasında belki yardımcı olabilecek iki tür boşluk arasındaki bir ayrımı ortaya koymak istiyorum. Bu ayrımın önemini kesin olarak belirtmeden önce, örneklerden yararlanacağım.

Bir yargıç, Bay P'nin Bay R'ye bir meblâğ ödemesi gerektiğine karar veriyor ve kararını da, borçlunun usulüne uygun olarak akdettiği sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna dair bir yasa hükmüne dayandırıyor. Yargıca göre

(*) Bu makale, J. MIEDZIANOGORA'nın "Juges, lacunes et Idéologie", Etude de Logique Juridique, 1966, p. 52-60'den alınarak çevrilmiştir.

yasa, özel bir hüküm içermektedir. Bu kural, borçluların durumuna ilişkin özel bir hükümdür. Bir hırsızın hapis cezasıyla cezalandırılmasını sağlayan bir yasa da, yine bu anlamda, özel bir hüküm içeren bir yasadır.

Medenî Kanun'un eksiksiz, mükemmel olduğunu söyleyen kimi yorumcuların öğretisiyle yetinen ve bir dâvacının, bu kimse, bir yasa metni konusu olacak hiçbir kural ileri süremedi gerekçesiyle dâvasını reddeden yargıç, özel bir hükme gidemeyecekti. O, genel bir kurala başvuracaktı. Bu kural, bir yasada hiçbir özel hükmün bulunmadığı hallerde yargıçların kararlarına ilişkin olması bakımından geneldir.

“Böyle bir durumda uygulanacak kuralın ne olduğu” sorusuna, özel bir hüküm gösterilerek ya da tersine özel hükmün bulunmadığı kaydedilerek yanıt verilebilir.

“Özel hüküm bulunmadığında kural nedir?” sorusu, özel hüküm bulunmayan hallerde alınması gereken karara ilişkin genel bir kural gösterilerek, ya da aksine, bu türden genel bir kuralın mevcut olmadığı belirtilerek yanıtlanabilir.

O halde, kuralın mevcut olmadığı iki hâl'i birbirinden ayıracağım. İlk durum, özel hüküm bulunmaması, ikincisi de genel hükmün yokluğu durumudur.

Genel bir kural'ın bulunmamasını “boşluk₂” olarak adlandıracam.

Özel bir kural'ın bulunmamasını da “boşluk₁” diye isimlendireceğim.

Kimileri, boşluklar sorunu'nun boşluk₂ ya da tersine boşluk₁ dediğimiz boşluk türüne indirgendiğini zannedebilirler. Hukuk felsefecileri bize hukuk'tan yasal bir “sistem” olarak söz ettikleri zaman; sadece aşağıdaki soruyu düşünmek, gözönünde bulundurmak eğiliminde olacaklardır: “Sistem, genel bir kuralı içermekte midir”, yani bir boşluk₂'yi dolduran bir kuralı ihtiva etmekte midir?

Soru'nun yanıtı olumlu ise, bunlar çoğunlukla “sistemin” eksiksiz, mükemmel olduğunu söyleyeceklerdir.

Ben ise, soru'nun daha açık ve seçik bir incelemeyi gerektirdiğini düşünüyorum. Eğer doğru değilse, aksine, bir kez boşluk₂'ler doldurulunca, boşluk₁'lerin varlığını sürdürebileceği beklenmelidir.

II. BOŞLUK₂ . BOŞLUK₂ VE BOŞLUK₁'İN BULUNMAMASI

Boşluk₂

Boşluk₁'in olabileceği durumların çözümüne ilişkin hiçbir genel hükmü içermeyen yasal bir "sistem" düşünelim. Soru'nun, "S durumu konusunda hüküm hangisidir?" diye bir yargıcın önüne getirildiğini varsayalım: bir dâvada mes'elenin ortaya konuluş biçimini düzenleyen usûl hükümlerinin, bu soru'nun, yargıç işe karışmadan önce çözülmesi gerektiği gibi çözülmesine elverişli olduklarını kabul edelim.

Kendisine uygulanacak önceden saptanmış özel bir hükmün mevcut olmadığı S durumu karşısında bulunan ve bir boşluk₂'nin varlığına hükmeden yargıç, *bir şey'e* karar verecektir.

Örneğin, Bay Julius Stone¹'ca pek sevilen bir çözüm biçimini kabul edip, "sarih değildir, aslı yoktur" diyecektir; veya reddedecek, kendi başına bir kural koyacaktır, ya da dâvayı askıya alacaktır, v.s...

Ne yaparsa yapsın, verdiği karar, hiç olmazsa bir olayda, "sistem" in bir boşluk₂'sini çözümlemek üzere uygulanan bir kural olarak tahlil edilebilecektir. "Sarih değildir, aslı yoktur" hükmü de bir boşluk₁ karşısındaki yargıcın bir tutumunu gösterir ve buna göre, boşluk₁'deki gibi bir durumda "sistem" in boşluk₂'sini dolduran bir kural rolünü oynar.

Boşluk₁'e gelince, yargıcın boşluk₂'ye ilişkin kararı, buna da bir çözüm getirecektir: Bu çözüm, olumsuz ya da olumludur. Boşluk₁'in var olması halinde, yargıç ya bir kural koyacak ya da koymayacaktır.

1) Julius STONE, Legal system and lawyears' reasonings, 1964, pp. 188-192. "The phenomenon of absence of law and the open legal order".

Boşluk₂ ve boşluk₁'in bulunmaması

Boşluk₁'in olabileceği durumları çözümleme biçimine dair genel bir kuralı içeren yasal bir sistem düşünelim. Burada birçok durumu incelemek zorundayız.

1 — Kapalı "sistemler"

Bu halde, durumu deontik (ödevbilimsel) mantık açısından inceleyen Julius Stone ve Tammelo²'ya göre, kapalı bir "sistem", ister "yasaklanmayan herşey yapılabilir" biçiminde olsun, ister "izin verilmeyen herşey yasaktır" biçiminde olsun, bir kural ihtiva eden bir "sistem" dir.

Böyle "sistem" lerde, boşluk₁'ler olur mu, olmaz mı ve her durumda hangi belirgin anlamda olur?

a) "Serbestlik" usulü.

"Yasaklanmayan herşey yapılabilir" kuralı'na, "izin verilen herşey pozitif hukukun güvencesi altındadır" kuralı ilâve edilirse, boşluk₁'lere yol açılır³.

İşte bu varsayımda, izin verilen herşey hukukun güvencesi altına alındığı için, kimse, hiçbir kuralın kendisine yasaklamadığı şeyi yapmak hususunda bir başkası tarafından engellenemeyecektir.

2) Julius STONE, cf. note 1. Ilmar TAMMELO, On the logical structure of the law field, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, pp. 95-101.

3) Kelsen, 1953'de THEVENAZ'ın çevirdiği la Théorie pure du droit (Saf Hukuk Teorisi) adlı yapıtında, izin usulünü, çözümünü daha güvenceli kabul ediyordu. "Başka deyişle, herkes, davranışı hukukça belirlenmedikçe dilediği gibi hareket etmekte özgürdür. Bu özgürlük, ona hukuk düzenince sağlanır; çünkü, hukuk sadece belli bir biçimde davranma yükümlülüğü getirmez (aksine davranış bir yaptırım koşulu olduğu ölçüde), o, her süje'ye, başkasının yasak olmayanı yapmasına engel olmamak ve başkasını yasak olanı yapmaya zorlamamak gibi çifte yükümlülük buyurduğu için, yükümlü olunmayan şeyi yapmak ya da yapmamak özgürlüğünü de garanti eder". (Théorie pure du droit, çeviren THEVENAZ, 1953, s. 143). EISENMAN'ın 1963 tarihli çevirisinde güvenceyi kaldırmış, çıkarmıştır, s. 326.

Herhangi bir biçimde bir engel'in öngörüldüğü ve yasaklandığı varsayılmadıkça —aslında tahmin etmek olanaksızdır—, yargıç, öngörülmemiş şu ya da bu engelleme eylemi'nin onaylanmak gerektiğine hükmetmek durumunda kalacaktır. Bu halde, boşluk₁'ler varlığını sürdürür.

Mevcut olmayan kurallar, öngörülmedik bir engelleme eylemi ile ilgili her uyuşmazlık'da, güvence'nin öneminin kesin, doğru bir tanımını gösterecek olanlardır.

Bu "sistem" in bu çözüm tarzından güvence kuralı çıkarılıp atılırsa, yasal "sistem" in bu tasarlanan biçimiyle ne boşluk₂ ve ne de boşluk₁'i ihtiva ettiği, çözümün pratik ve ideolojik niteliğini tartışmaya terkettiği kabul edilmek gerekir.

b) Yasaklılık Kuralı

Eğer yasal "sistem" de, "izin verilmeyen herşey yasaktır" yolunda bir kural mevcut olsa idi, boşluk₁ sorunu nasıl ortaya çıkacaktı?

Kural olduğu gibi, harfi harfine alınırsa, gerçekten, izin verilmeyen *herşey*, önceden saptanmış bir hüküm ile yasaklanmış ise, artık ne boşluk₂, ne de boşluk₁ var olamaz. Ama, böyle bir hukuk "sistemi" nin "süjeleri" nin varlığı oldukça güç tasarımlanır. Ancak bazı durumların varlığı kabul edildiğinde ki, —ileride söyleneceği gibi— pozitif hukuka ilişkin olanlar, genel yasaklama kuralından etkilenenler bu durumlar arasında sayılabilir, böyle bir "sistem" in boşluk₁'leri içermeye devam ettiği sonucu çıkarılmak gerekecektir. Gerçekten özel bir izin kuralının var olmadığı herhangi bir durum karşısında yargıç, bunun pozitif hukuka ilişkin olup olmadığını ve buna göre yasaklılık kuralına tâbi bulunup bulunmadığını kendine sormak zorunda kalacaktır. Yasaklılık kuralına bağımlılıktan uzaklaştığı her defasında, bir boşluk₁'i dolduracak özel bir izin kuralı koyacaktır.

Sınırlandırılmış yasaklılık varsayımı'nın(belki bir "ayrıcalıklar" rejimi varsayımı olmasına karşın, tümel yasaklılık varsayımı'nın bir okul varsayımı olduğunu sanıyorum.

Yasaklılık kuralı'nın sınırlı bir güce sahip olduğu ikinci durumda, boşluk₁'ler var olmağa devam edecektir.

2 — Yargıç, boşluk₁'leri doldurmakla görevlidir.

Ele alacağım son varsayım, Fransız Medenî Kanunu⁴'nun 4 üncü maddesindeki varsayımdır; farzedelim ki, bu madde, onun kabulünü tartışanların yaptığı gibi yorumlansın. Bu durumda yargıç, bir boşluk₁ karşısında kaldığı takdirde bir kural koymak zorundadır.

Böyle bir yasal "sistem" de, boşluk₁'lerin kaybolmadıkları görülür. Yargıcın biri, önüne gelen kişisel dâvalarda, bu dâvalar dolayısıyla ortaya çıkabilecek boşluk₁'i gidermekle görevlendirilmiştir.

İşaret edelim ki, benzer durumları düzenleyen yasalardan veya hukukun genel prensiplerinden, eşitlik'den yola çıkarak ya da Kiliye Hukuku⁵'nda olduğu gibi, Roma Senatosu üslûbunu göz önünde bulundurarak akıl yürütmek gerektiğini gösteren ya da yargıca sanki kendisi yasa koyucu imişcesine karar vermeyi öneren bu yasal düzenlemeler düşünülürse, bunların yargıca, boşluk₁'lerin bulunması halinde kendisine yapılması gerekeni gösterdikleri söylenebilir; ancak, bununla birlikte boşluk₁'lerin var olduğu kabul edilmelidir.

O halde, ilk sonucu çıkarabiliriz. "Güvencesiz" serbestlik usulü ve tümel yasaklılık hâli dışında, boşluk₂'leri kaldıran kurallar, boşluk₁'lerin var olmasına izin verirler.

III. BOŞLUKLAR VE İDEOLOJİ

Bir boşluk₁ nasıl tanınır? — Bir boşluk₂, bir kural bulunmaması'ndan ne ile ayırd edilir?

4) Bu madde metni şöyledir: "Yasanın suskunluğu, anlaşılmazlığı ya da yetersizliğini bahane ederek hüküm vermeyi reddedecek olan yargıç, dâvaya bakmaktan kaçınma suçlusu olarak kovuşturulabilecektir".

5) Canon 20. Codex canonici Benedictii XIII. Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus juris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum.

Bir boşluk₂'yi gidermek için, şu kurallardan birine sahibiz;

1. daha güvenceli serbestlik;
2. sınırlı yasaklılık;
3. 4 üncü madde metni, (buna, yargıcın noksan olan kuralı bulmak üzere başvuracağı esin kaynaklarına ilişkin bilgiler ilâve edilmiş ya da edilmemiş olabilir).

Yargıç, özel bir hükmün “eksik” olduğu durumları, kendi kararını dayandıracağı özel bir kural’ın “eksik” olduğu durumlardan nasıl ayırd edecektir? Başka deyişle, özel hükmün bulunmadığı sonsuz sayıdaki durumlar arasında, özel bir kuralı gerekli kılan durumlar hangileridir?

Çok uzun açıklamalardan kaçınmak için, Medenî Kanun’un 4 üncü maddesi hükmünü düşünelim.

Bu hüküm, yasaların anlaşılabilirliğinden, yetersizliğinden ya da suskunluğundan söz etmektedir.

Yasalar, sonsuz sayıdaki durumlar, insan tutum ve davranışları, uyumsuzlukları, v.s... konusunda “susmaktadırlar”.

Yeni bir kural koymak ya da koymamak için yargıç, hangi durumun bir kural’ca düzenlenmesi ya da aksine düzenlenmemesi gerektiğine karar verecektir; durumun gereğine göre yargıç bir kural koyar.

Burada, yargıcın “bir kural’ın gerekli olduğunu hemen hissettiği veya gördüğünün” ya da sağduyusunun kendisine bunu gösterdiğinin söylenmesi pek önemli değildir. Onun böyle hissetmesi ya da yargıya varmasına neden olan şey, açıkça belirtilmemiş olabilir. Bununla birlikte, her durumda tahlil bize, bu biçimde hissetme veya yargıda bulunmanın temelini oluşturan ön - tahminleri bulup gün ışığına çıkarma olanağını verir. Bu ön - tahminleri belirtmek için “ideoloji” sözcüğünü kullanacağım.

(Öğretisel geleneğin çok yapıldığı) Kilise Hukuku hukukçuları bize diyeceklerdir ki, yargıç, kendisine boşluk₁ durumunda bir kural koymasını (bazı saklı konular dışında) buyurmak üzere yazılmış olan 20 nci maddeyi uygulayacağı zaman, ancak bu durum için bir kural konulması önem taşıyorsa bir kural koyacaktır.

Piskopos Onclin, yargıç bir kural koyma ya da koymamanın önemli olup olmadığını nasıl bilecektir yolundaki sorumu, "Kilise'nin ortak yararını düşünerek" diye yanıtladı⁶.

O halde yargıcın, bir adli kararı onaylayacak bir hüküm koymanın böyle bir durumda önemli olduğunu hissetmek ya da buna karar vermek için gözönünde bulunduracağı ideoloji, kendi düşüncesinin içeriğine bağlıdır. Bu ideolojinin varlığı bize, bir kural'ca düzenlenmemiş durumların, kuralın *eksik* olduğu durumlardan ve bu sonuncular arasında, örneğin yasa koyucunun değil de bizzat yargıcın eksik olan kuralı getirmesinin gerektiği durumlardan nasıl ayırd edilebileceğini anlama olanağını verir.

Bu ideoloji'de bize pek doğal gibi görünen şeyi burada gözönüne almak zorundayız. Bazı düşünceleri yargıçlarımıza sunmayı önemsiz, gülünç bulabiliriz, bir başka kültürün insanların onları kendi yargıçlarına sunmalarını önemsiz bulmadığımız halde.

Hukuk politikası burada işin içine girer ve ancak "sağduyu" böyle bir hukuk politikasını göze alıp yanıt getirebilir. Kilise'nin ortak yararı'nın U.S.A. yargıçlarının ortak yararından apayrı bir şey olduğu ve bu sonuncunun da açıkça U.R.S.S. yargıçlarının ya da Aztek yargıçlarının ortak yararı'ndan ayrıldığı anlaşılıyor.

Özel bir durum : teknik boşluklar

Bazı hallerde, yasa koyucu öyle istemiş olduğu için, yapıtının yetersiz kaldığı, tatmin edici olmadığı görülür. Örneğin, kararlar almağa yetkili kılınmış bir kurul oluşturulmuş, fakat bu kararların geçerliliği için hangi çoğunluğun gerekli olduğu gösterilmemiştir.

Bu hallerde teknik boşluklardan söz edilir. Yargıcın, ister bir boşluk₂'yi dolduran bir kurala uymak için olsun, ister apayrı bir nedenle olsun, yargılamada bulunduğu ve kendileri için uygulanacak kuralın mevcut olmadığı durumlarda, benzer durumlar için yasa koyucu tarafından konulmuş kurallardan esinlenmesi gerektiğini düşündüğünü varsayalım.

6) Piskopos ONCLIN, 1965 Mart'ında Brüksel'de yapılan Mantık Araştırmaları Ulusal Merkezi'nde sunulan tebliğ (yayınlanmamış)

Yargıç, teknik yönden boşluklar ihtiva eden yasanın *ratio legis*'ini, bir hükmün öngörüldüğü bir diğer yasa'nın *ratio legis*'i ile karşılaştırarak, söz konusu durumları bir yasa koyucu'nun ele alıp karar vereceği biçimde ele alıp, kararını verecektir. Böyle bir durumda varacağı yargı, tam bir yasanın *ratio legis*'i ile, tam olmayan bir yasanın *ratio legis*'inin özünde benzer oldukları sonucunu çıkaran bir akıl yürütme biçimini alacaktır.

Yasa koyucu, adalet ilkesi'nin buyruklarından başka buyruklara, örneğin, seçim veya parlamento anlaşmalarına, gurup baskılarına, v.s. uyabilir ve bunun sonucu olarak, etkililikleri açısından iki yasa'nın ideolojik benzerliğine dayanan akıl yürütme hiçbir zaman kesin değildir. Yasa koyucu için bir başka karar mümkün olabildiğine göre, şu halde bu akıl yürütme bir hukuk politikası kararı oluşturmaktadır.

Boşluklar sorunu'nun irdelenmesi, boşluk₂'nin olmadığı hallerde bile, yargılama siyaseti ideolojisi'nin, pozitif hukuku oluşturan öğelerden, dâvalarda uygulanan pozitif hukuk kurallarının kaynaklarından biri olduğunu göstermektedir

Brüksel

J. Miedzianogora