

Yasanın Açıklığı İlkesi ya da Bir İdealin Müphemliği*

Alexandre FLÜCKIGER**
Çev: Pınar DİKMEN*** 

“Açık olmayan şey Fransız değildir; İngiliz, İtalyan, Yunan ya da Latindir”.¹

1. Yasaların Alacakaranlığına Doğru?

Yasa değersizleşiyor mu? Bugün pek çok yazar, yasanın yozlaşmasını fark etme eğilimine girmiştir: “Normatif düzensizlik”, “yasanın patolojisi”, “yasanın krizi” ya da “hasta yasa”. Normların artan karmaşıklığında Fransız Danıştay, hukuk devletine yönelik bir tehdit algılayacak kadar ileri gitmektedir². Bununla birlikte bu eleştiriler, kolaylıkla aynı çatı altında toplanamaz. Çünkü eleştiriler, en önemlilerini anmak gerekirse; yasama işlemlerinin çoklaşması ya da enflasyonu, bağlayıcı olmayan işlemlerden kaynaklanan çatışma, kademeli normatifliğin yarattığı etkiler, bir yasama işleminin işlevsizliği yahut etkisizliği ya da normların anlaşılabilirliği ve belirsizliği gibi farklı bazı noktalara temas etmektedir.

Öte yandan bu tenkitlere bazı şerhler düşmek önem arz etmektedir. İlk olarak, eleştiriler, siyasi bir perspektiften, liberal doktrinle bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Kamu politikalarının yönetiminde bir enstrüman olarak yasanın rolü, aslında, çeşitli liberalleşme ve özelleştirme teşebbüsleri lehine sorgulanır duruma gelmiştir. İkinci şerh, gittikçe küreselleşirken daha teknik, daha karmaşık ve daha atomize hâle gelmiş olan toplumun evrimiyle ilgilidir. Böyle bir toplum, hiyerarşik, otoriter ve üniter bir tarzda yönetilemez; çünkü bu tarzın getirdiği yasaların bağlayıcı, genel ve soyut karakteri, piramidal olmaktan çok, ağısı yapıdaki bu yeni düzenle çok zor bağdaşır. Yasanın karmaşıklığı, yalnızca dünyanın karmaşıklığını yansıtır³. Böyle bir bağlamda, mutlak derecede açık bir yasa, çevresine uyum sağlamak

* “Le principe de clarté de la loi ou l’ambiguïté d’un idéal”, Cahiers du Conseil constitutionnel, No. 21 Dossier: La Normativité, janvier 2007, ©Conseil constitutionnel français. (Makale, yazarın ve yayıncının izni ile çevrilmiştir)

** Prof. Dr., Cenevre Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

*** Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye, E-mail: dikmenpnar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7123-3109.

1 Rivarol (Antoine de), De l’universalité de la langue française: discours qui a remporté le prix de l’Académie de Berlin, Berlin ve Paris, Bailly ve Dessenne, 1784, s. 49.

2 Conseil d’État, Rapport public 2006: Sécurité juridique et complexité du droit, Paris, La Documentation française, s. 233 ve devamı.

3 Chevallier (Jacques), L’État post-moderne, Paris, LGDJ/MSH, coll. “Droit et société/Série politique”, 2003, s. 89 ve devamı; Ost (François) ve Kerchove (Michel van de), De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; Morand (Charles-Albert), Le droit néomoderne des

için ve toplum üzerinde etkide bulunmak için gerekli olan esnekliğe asla sahip olmaz; açıklığın da kendi kusurları vardır: “*İtalya, Giambattista Vico’ya kulak vermiş olsaydı... XVIII. yüzyılda yaşamış olan atalarımız, her açık olanın doğru olduğuna inanmış olmazdı, tersine şuna inanırlardı: ‘açıklık insan aklının erdeminden çok, kusurudur’; çünkü açık bir fikir, sonlu bir fikirdir.*”⁴

Bu karmaşıklık, normun açıklığı idealine meydan okuyor öyle ki bugün böyle bir ideali varsaymanın ütopya olup olmadığını bile merak ediyor insan. Açık yasalar yazma dileği yasama işlemlerinin kalitesizliğine yönelik kadim ve tekrarlayan bir eleştiri geleneğine denk düştüğü için bu hipotez daha da iştah kabartıcı olmuştur⁵. Mesele oldukça paradoksal bir unsur da pekişmektedir, şöyle ki, açıklık ilkesinin kendisi bile açık değildir aslında! Bu koşullar altında, normatif açıklık sadece boş bir hayalden mi ibarettir? Peki, yasanın günlük dille (sade bir dille) kaleme alınmasını savunan bir kişi, bir gün mutfak masasına oturup, en önemli Avrupa direktiflerini ve düzenlemelerini açık, yalın, fakat kısaltılmamış versiyonlarını içeren küçük kitabını açıp okuma hayalinden bahsettiğinde⁶, yukarıdan bakan bir şekilde gülümsemek mi gerekir yoksa modern karmaşıklığın içinden çıkılmaz karmaşasında, açık normlara sahip olmanın acilliği üzerinde hiç olmadığı kadar ısrarcı mı olmak gerekir?

Ben bu makalede açıklık hedefinin müphem bir ideal olduğu tezini savunacağım. Esasında açıklık, dilbilimsel yönden, okunaklılık ve anlatışta özlülük çerçevesinde de ele alınabilir. Ancak bakış açısına bağlı olarak daha hukuki bir açıdan da kavranabilir ki bu da ifadenin kesinliğini vurgulayan somutlaştırılabilirliktir. Bu ikinci bakış açısında somut bir vakada yorumlayıcısına kesin çözümü derhal ve tartışmasız şekilde sunan metin, açık bir metindir. Ancak ben yine de açıklık ilkesinin doğası gereği müphem olduğu sonucuna ulaşıyorum, çünkü açıklık ve kesinlik genellikle birbirine zıttır. Yasayıcı birini seçerek diğerini ihmal etme riskiyle karşı karşıyadır; metin bir yönden açık, fakat diğer yönden belirsiz olabilir ve tam tersi olabilir.

2. Müphem Açıklık

2.1. Yasanın Açıklığı İlkesinin Kaynakları

2.1.1. İctihadi Gereklilikler

Fransa’da Anayasa Konseyi, Anayasa’nın 34. maddesinden “yasanın açıklığı ilkesi”ni türetti⁷. Bu ilkeyi, yasal dayanağı 1789 Bildirgesi’nin 4, 5, 6, ve 16. maddeleri olan ve “*İdareye veya yargı makamlarına,*

politiques publiques, Paris, LGDJ, 1999.

4 Hazard (Paul), *La pensée européenne au xviiiè siècle: De Montesquieu à Lessing*, Paris, Fayard, 2. Baskı. 1979, s. 29-30.

5 Bkz. Mertens (Bernd), *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, s. 354 ve 380 ve devamı.

6 Cutts (Martin), *Clarity in EU legislation*, 28 Ocak 2008 tarihli Konferans, <http://europa.eu.int/comm/translation/en/ftfog/cutts.htm>, (21.07.2006).

7 Anayasa Konseyi, No. 2001-455 DC, 12 janv. 2002, para. 9; No. 2001-451 DC, 27 nov. 2001, para. 13; No. 98-401 DC,

*Anayasa tarafından yalnızca kanuna bırakılmış olan kuralları belirleme görevini devretmeden*⁸, *hukuk öznelerini anayasaya aykırı bir yoruma ya da keyfîlik riskine karşı koruma*⁹ amacı güden; anayasal hedefler¹⁰ olarak adlandırılan “yasanın ulaşılabilirliği ve anlaşılabilirliği”nden ayırmaktadır. Anayasa Konseyinin temel içtihadına göre açıklık ve anlaşılabilirlik, temeli ve doğası farklı, iki ayrı kavramdır. İlki, yasayıcının yetkisiyle ilgili bir ilkedir ancak ikincisi bu kapsamı aşar. Şöyle ki manasızca anlaşılmaz olan bir yasa yine de açık olabilir¹¹. Aşağıdaki paragraflarda benimsemiş olduğum terminolojiyle ifade etmek gerekirse, açıklık, kaidenin somutlaştırılabilirliğine; anlaşılabilirlik ise metnin okunaklılığına karşılık gelecektir (ulaşılabilirlik, geçerli yasaya maddi olarak ulaşabilmekle ilgilidir¹²). Ancak, durum tam böyle değildir. Çünkü Anayasa Konseyi sıklıkla her iki standarda eşzamanlı olarak başvurmaktadır. Hatta bazen açıklık ihlali çerçevesinde, ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirlik ilkelerinin ihlali gizlenmiş olabilir¹³. *Yasanın açıklığı ilkesi [...] ve anayasal bir hedef olan yasanın anlaşılabilirliği ve ulaşılabilirliği [...] yasanın yeterince kesin hükümlerle ve ikircil olmayan ifadelerle hazırlanmasını gerektirdiği*¹⁴ için Konsey bunlara kısmen ortak bir içerik vermektedir. Bu nedenle, anlaşılabilirlik ve açıklık arasındaki ayrımın göreceleştirilmesi gerekir¹⁵. Ayrıca, anlaşılabilirlik ilkesinin, metinlerin okunaklılığı hususıyla sınırlı kalıp kalmadığını, Konsey kararlarından tespit etmek de mümkün değildir. Anlaşılabilirlik ilkesi, muhataplarının yeterlikleri bakımından, yasanın “gereksiz”¹⁶ ve “aşırı” karmaşıklığını kesinlikle yasaklar¹⁷, yasa metninin sadeleştirilmesini teşvik eder¹⁸, özellikle olabildiğince sabitlenmiş kodifikasyonu destekler¹⁹ ve çelişki ve anlaşılmazlıkla mücadele eder²⁰. Ancak eşzamanlı olarak bir kesinlik gerekliliği de koyar; Konseyin bu gerekliliği de koyması, normatif

10 juin 1998, para. 10.

- 8 Çevirmenin notu: Fransız sisteminde, “yasanın genelliği” ilkesi bulunmamaktadır. Hangi konuların yasa ile düzenlenebileceği Anayasanın 34. ve 37. maddelerinde tahdidi olarak sayılmıştır. Anayasanın yalnızca kanunla düzenlenebileceğini belirttiği alanlar dışına çıkılıp çıkılmadığını denetleme yetkisi Anayasa Konseyi ve Fransız Danıştay arasında bölüştürülmüştür. Daha fazla bilgi için bkz. Teziç (Erdoğan), *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 19. Baskı, 2015, s. 26.
- 9 Cons. const., No. 2005-514 DC, 28 avr. 2005, para. 14.
- 10 Çevirmenin notu: Anayasa Konseyi; kamu düzeninin korunması ya başkalarının haklarına saygı gibi ilkelere, anayasal hedefler (*objectif de valeur constitutionnelle*) adı altında içerik kazandırmaktadır. Belirli bir normun bu ilkelere aykırı olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı olması, tek başına bu normun sansür edilmesi ile sonuçlanmayabilir. Daha fazla bilgi için bkz. (Favoreau) Louis, (Gaïa) Patrick, (Ghevontian), (Mestre) Jean-Louis, (Pfersmann) Otto, (Roux) André ve (Scoffoni) Guy, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 22. Baskı, 2020, s. 145-146. Anayasal hedefler, Anayasa Konseyinin “destek norm” olarak başvurduğu ilkeler olarak da nitelendirilebilir.
- 11 Montalivet (Pierre de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, s. 290. Ayrıca bkz. Luchaire (François), “Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l’objectif de valeur constitutionnelle”, *RFD const.*, 2005, 64, s. 680.
- 12 Montalivet (Pierre de), *ibid.*, s. 285.
- 13 Cons. const., No. 2000-435 DC, 7 déc. 2000, para. 52-53’ten atıfla Montalivet (Pierre de), *ibid.*, s. 290
- 14 Cons. const., No. 2005-514 DC, 28 avr. 2005, para. 14.
- 15 Montalivet (Pierre de), *ibid.*, s. 290.
- 16 Cons. const., No. 2003-473 DC, 26 juin 2003, para. 5.
- 17 Cons. const., No. 2005-530 DC, 29 déc. 2005, para. 77.
- 18 Cons. const., No. 2003-473 DC, 26 juin 2003, para. 5; No. 2004-506 DC, 2 déc. 2004, para. 5.
- 19 Cons. const., No. 2003-473 DC, 26 juin 2003, para. 5; No. 99-421 DC, 16 déc. 1999, para. 13; No. 2004-506 DC, 2 déc. 2004, para. 5.
- 20 Cons. const., No. 2001-447 DC, 18 juill. 2001, para. 27.

metnin somutlaştırılabilirliğine de referansta bulunduğunu gösterir²¹. Açıklık gerekliliği kesinlikle açık değildir. Bu nedenle en son bilimsel içtihat, Anayasa Konseyinden açıklık ilkesi ile anlaşılabilirlik ilkesi arasındaki ayrımı “açıklığa kavuşturmasını” beklemektedir²². Bilimsel içtihat, bu ilkelerin ihlalinden çıkarılacak sonuçlara göre bölündüğü için bu husustaki kesinlik önem kazanmaktadır. Kimilerine göre Konsey, bir normun ulaşılabirliği ve anlaşılabilirliği hususunda bir değerlendirme yapmadan, yalnızca açıklık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle bir metni sansür etme²³ yetkisine sahiptir²⁴. Başkaları içinse, yasanın ulaşılabirliği ve anlaşılabilirliği hususundaki eksiklik, tek başına anayasaya aykırılığa temel teşkil edebilir²⁵. Öyle ki bu kişiler için anayasal hedeflere riayet edilmemesi, yasa hükmünün sansür edilmesine imkân verir²⁶.

İsviçre hukukunda yasanın açıklığı ilkesi, içtihat yoluyla ve esas olarak yasanın somutlaştırılabilirliği veçhesiyle tanınmıştır: Davaya taraf olan kişinin somut bir vakadaki haklarını ve yükümlülüklerini bilebilmesi için yasa, yeterince kesin olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bunu kanunilik ilkesinden çıkarsamıştır (Federal Anayasa’nın 5. maddesi). Bu nedenle örneğin Mahkeme, kamu katkısı alanında, verginin amacının yasada “eksiksiz bir açıklık ve kesinlikle” saptanmasını şart koşmakta²⁷ ve daha da genel olarak, temel bir hakka müdahale ne kadar büyük olursa, müdahalenin hukuki dayanağının da bir o kadar kesin bir şekilde kaleme alınması gerektiğini belirtmektedir²⁸. Yüksek Mahkeme ayrıca, kanton yasa koyucularının dikkatini çekmek için “açık, şeffaf ve anlaşılır yasalar yapma zorunluluğunu” ortaya koymuştur, öyle ki bir kararında, “*eksik ve ikircil bir hükmün, hukuki güvenlik ve devlet eylemlerinin öngörülebilirliği ilkesiyle potansiyel bir çatışma yarattığına*”²⁹ hükmetmiştir. Son olarak şaşırtıcı olmayan bir şekilde, açıklık gerekliliğine, muhatap doğrudan halk olduğu için halka özgü haklar bağlamında örneğin halk girişimlerin tasarlanması ve halka sunulmasında³⁰ da rastlamaktayız.

Avrupa Birliği Adalet Divanı açıklık gerekliliğini, hukuki güvenlik ilkesinden türetmiştir³¹. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre; hukukun öngörülebilirliği, normun “*vatandaşın davranışını düzenlemesine izin verecek kadar yeterli kesinlikte ifade edilmesini gerektirir. Yurttaş*

21 Cons. const., No. 2000-437 DC, 19 déc. 2000, para. 3.

22 Montalivet (Pierre de), “La “juridicisation” de la législation”, Drago (Roland) (ed.), La confection de la loi içinde, Paris, PUF, 2005, s. 127.

23 Çevirmenin notu: Anayasa Konseyinin *a priori* denetim yetkisi çerçevesinde verdiği anayasa aykırılık kararının sonucunda, ilgili normun Cumhurbaşkanı tarafından ısdar edilememesi, normun sansür edilmesi olarak adlandırılır.

24 Luchaire (François), 2005 (9 numaralı dipnot), s. 680.

25 Montalivet (Pierre de), op. cit., s. 345; Anayasa Konseyi, No. 2003-475 DC, 24 juil. 2003, para. 26.

26 Montalivet (Pierre de), op. cit., s. 346; karş. Luchaire, s. 678 ve 680.

27 Federal Mahkeme, 6 Ocak 2004 tarihli karar, 2A.542/2002, para. 3.4.1.

28 Federal Mahkemenin Kararları (FMK), 129 I 161, para. 2.2, s. 163. Ayrıca bkz. Federal Anayasa’nın. 36/1. maddesi.

29 FMK 125 II 440, para. 3c (Mahkemeler Dergisi’nde yayımlanmıştır 2000.I.753).

30 Federal Mahkemenin, konusu birden fazla eyalet faaliyet alanında reform önerileri olan kantonal bir halk girişimini eleştirmesi, (FMK 123 I 63, 73, para. 4e ve 77, para. 6c) girişimin gerekli açıklıkta hazırlanmadığını ve bu hususta eleştiriye açık olduğunu göstermiştir.

31 CJCE, 9 Temmuz 1981 tarihli karar, Administration des douanes c/ Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini, 169/80, para. 17.

gerektiğinde, aydınlatıcı bir tavsiyeden de destek alarak, davanın koşullarında makul bir dereceye kadar, belirli bir eylemden ileri gelen sonuçları öngörebilmelidir”³².

2.1.2 Yasama Tekniğinin Şekli Yönden Bir Gereği

Yasanın açıklığı şartı aynı zamanda, yasa metinlerinin iletilmesini ve anlaşılmasını iyileştirmeye yönelik ilkeleri eksen alan; yasa yapma sanatının şekli boyutuyla ilgilenen alt dalının öngördüğü bir kuraldır³³. Bu şart, kamu otoriteleri tarafından çıkarılan yasama tekniğine ilişkin talimatlar yoluyla yasayıcıyı bağlamaktadır.

Fransız hukukunda, Yasa Metinlerinin ve Düzenleyici İşlemlerin Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz, yasa taslağı hazırlamaya ilişkin bölümünde, “taslak metin ve beraberindeki belgenin (açıklayıcı not veya sunum raporu) açık, sade ve dilbilgisi açısından doğru olması gerektiğini”³⁴ belirtmektedir. İsviçre hukukunda da Federal Mevzuatın Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz benzer ilkeleri ortaya koymaktadır. Kılavuz, “Yasama dilinin, örneğin şiir dilinden farklı olarak olabildiğince açık, en az kestirimsel ve mümkün olduğunca doğrudan olması gerektiğini”, belirtir. “Bu çerçevede dil şu özelliklere sahip olacaktır: Normatif konunun iyi bir ön tasarımına duyulan gereklilik; tutarlılık, açıklık, anlatışta özlülük, önceden var olan herhangi bir terminolojik çerçeveye saygı.” Kılavuza göre açıklık, “normatif bir metnin en güçlü özelliğidir”³⁵. Topluluk hukukunda, “Daha İyi Yasa Yapımına Dair Kurumlararası Anlaşma”³⁶, üç kurumun da “yasama metinlerinin hazırlanmasında yalınlık, açıklık ve tutarlılığı teşvik hususunda oydaşdığını” ve kurumların “mevzuatlarının kalitesini, bir diğer ifadeyle açıklığını, yalınlığını ve etkililiğini sağlayacaklarını”³⁷ belirtmektedir.

2.2. Açıklık İlkesinin İki Yönü

Açıklığın dilbilimsel yönü her şeyden önce, “yasayı bilmemek mazeret sayılmaz” (*nemo legem ignorare censetur*) özdeyişinden ortaya çıkar. Diğer taraftan açıklığın somutlaştırılabilirlik etiketi altındaki hukuki yönü ise, esas olarak öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkesinin yanı sıra erkler ayrılığı ve belirsiz formüller karşısında yargıcın yetkisinin yasayıcı aleyhine genişletilmesi ile sonuçlanan; keyfiliğe karşı koruma ilkesinden kaynaklanmaktadır³⁸. Bu çerçevede açıklık gereksiniminin iki yönü çatışmaktadır: Okunaklı olma anlamında açık olarak nitelendirilen bir metin, daha ziyade

32 İHAM, Sunday Times – Birleşik Krallık, 26 Nisan. 1979, A/30, para. 49.

33 Morand (Charles-Albert), Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1999, s. 18 ve devamı; Müller (Georg), Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zurich [etc.], Schulthess, 2. Baskı, 2006.

34 Secrétariat général du gouvernement et Conseil d’État, Guide pour l’élaboration des textes législatifs et réglementaires, Paris, Haziran 2005 (6 Mart 2006’da güncellendi), Dosya 3.3.1, s. 189.

35 Office fédéral de la justice, Guide de législation: guide pour l’élaboration de la législation fédérale, Berne, 2002, s. 365 ve 367.

36 Du 16 déc. 2003, JO, C 321 du 31 déc. 2003.

37 “Daha İyi Yasa Yapımı” Anlaşması’nın 2. ve 25. bölümleri

38 Bu temel ile ilgili ayrıma dikkat çekilmelidir, çünkü okunaksız bir metin yargıca daha fazla güç verirken, çok belirsiz bir metin kişiyi norm konusunda karanlıkta bırakacaktır.

yalın bir metindir. Öte yandan somutlaştırılabilirlik anlamında açık olarak nitelendirilen bir metin, genellikle daha uzun ve daha karmaşıktır, çünkü daha kesin ve daha detaylıdır³⁹.

Esasında bu temele ilişkin ayırım, ayrıntılandırılmalıdır. Çünkü okunaksız bir metin yargıca daha fazla güç verirken, çok kesin olmayan bir metin ise sıradan bir insanı norm hakkında karanlıkta bırakacaktır.

2.2.1. Okunaklılık

Okunaklı bir metin, anlaşılır, başka bir ifade ile kolayca kavranabilir bir metindir⁴⁰. Genellikle yalındır; arkaizmlerden veya aşırı derecede özelleştirilmiş formüllerden arındırılmıştır, ayrıca özlü olmalıdır. Okunaklılık terimi bazen daha çok tipografik anlamda kullanılsa da ben burada anlaşılabilirlik anlamında ele almaktayım.

Okunaklılık gerekliliği oldukça eski bir geleneğe sahiptir. Yasalar, herkes tarafından anlaşılabilir olmalıdır. Roma hukukunda bu konuya dair referans şu şekildedir: “*Leges sacratissimae [...] intellegi ab omnibus debent*”⁴¹. Fransa’da 1804 tarihli Medeni Kanun bu açıdan bir kriter işlevi gördü ve normatif üretimin sonraki aşamalarında tanık olunan sapmaların ölçülmesini mümkün kıldı. Henri Capitant 1917’de bundan şu şekilde yakınmişti: “*Yalın, kesin bir dille yazılmış, dikkatlice noktalanmış, kısa ve az sayıda paragrafa bölünmüş [Medeni Kanun] hükümlerinin, hukuk biliminde usta olmayan kişiler için bile okunması ve anlaşılması kolaydır. Açıklık, kesinlik, özlülük, ölçü; onu diğerlerinden ayıran ve onu hiç aşılmamış bir model hâline getiren niteliklerdir. [...] Maaalesef Kanun’umuzun bu güzel nitelikleri yitip gidiyor ve bu, modern yasayıcının kusurundan kaynaklanıyor.*”⁴²

İsviçre’de 1907 tarihli Medeni Kanun, iyi yazıya döküldüğü için övgüleri çok erken almıştı. Nitekim daha 1904’te Raymond Saleilles, “*Fransız Medeni Kanunu’ndaki belirli formüllerin benzerini bulmak için İsviçre Medeni Kanunu’nun ön taslağına; Profesör Huber’in bu takdire şayan çalışmasına gitmemiz gerekir*”⁴³ diye yazmıştı. Kolay okunabilir bir dilde yasa yazma geleneği İsviçre’de devam etmiştir. Günlük dilde yasa yazmanın temelleri, bir asırdan fazla bir süre önce, bu metnin yargıçların değil tüm yurttaşların dikkatine yazılan bir “halk yasası” olması gerektiğine inanan İsviçre Medeni Kanunu’nun babası tarafından formüle edildi⁴⁴. Yarı-doğrudan demokrasinin kurumları (özellikle yasama referandumuna katılma hakkı); halk, her bir yasa için halkoylamasına çağrılabilceğinden, yalın ve anlaşılır bir tarzda yasa taslağının hazırlanmasını teşvik eder.

İsviçre Medeni Kanunu’nu anlaşılır kılmak için Eugène Huber, uygulamaya koyduğu çeşitli okunabilirlik ilkelerini tavsiye etti⁴⁵. Koyduğu ilk ilkeler özlü bir metin üretmeyi

39 “Daha İyi Yasa Yapımı” Anlaşması’nın 2. ve 25. bölümleri

40 Lasserre-Kiesow (Valérie), “La compréhensibilité des lois à l’aube du xxe siècle”, D. 2002, chron., s. 1158-1159.

41 Corpus iuris civilis, I.14.9.

42 Capitant (Henri), “Comment on fait les lois aujourd’hui”, Revue politique et parlementaire, 1917, Vol. 91, s. 305.

43 Salleilles (Raymond), “Le code civil et la méthode historique”, Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire, Paris, 1904, I. Cilt, s. 95 ve devamı.

44 Huber (Eugène), Code civil suisse: exposé des motifs, Berne, 1901, s. 10 ve devamı.

45 Huber (Eugène), ibid., s. 12 vd.

amaçlamaktadır: her bir yasa maddesi en fazla üç paragraf içermelidir; paragraflar tek bir cümleyle yazılmalıdır, cümleler kısa olmalı, alt bölümlere ise nadiren yer verilmelidir. Buna göre yasayıcı, aynı kavramları belirtmek için aynı terimleri kullanmaktan çekinmemeli ve bu belirli bir monotonlukla sonuçlansa bile eşanlamli terimleri kullanmaktan kaçınmalıdır. Okunaklılık gerekliliği, yalnızca metnin bütünü açısından değil aynı zamanda ayrı ayrı her bir madde açısından geçerlidir. Bu, göndermelerden mümkün olduğunca kaçınmayı gerektirir ve gönderme yapılması gerektiğinde bu, madde numarası belirtilerek değil, içeriği yansıtan bir cümle ile yapılmalıdır. Açıklıkla tasarlanmış bir yapı, metnin anlaşılabilirliğini daha da artırır. Bu ilkeler, şu anda İsviçre hukukunda yürürlükte olan yasama tekniğine ilişkin direktiflere dâhil edilmiştir ve federal düzeydeki normatif metinleri hazırlayanlar için bağlayıcıdır⁴⁶. Gerçekte, belirli konuların teknik nitelikte olması nedeniyle bugün, yasal metinler artık kamuoyunun tümü için değil, bu metinlerin özgül muhatapları için kaleme alınmaktadır.

Kanun metninin anlaşılabilirliği, yalın ifadelerle başvurularak sağlanabilir. Aydınlanma Çağı, bu gerekliliği zaten daha önce popülerleştirmişti. Özellikle Montesquieu, yasaların yalın olması gerektiğine inanıyordu, böylece her bir yurttaş bunları kolayca anlayabilirdi⁴⁷. Ancak o zamandan beri, ısrarla tekrarlanan taleplere rağmen yasalar yalınlaştırılmadı. Günümüzde yasayıcı giderek artan sayıda karmaşık alanı yönetmeye çağırılmaktadır. Ancak örneğin, Fransız yasayıcının önerdiği gibi⁴⁸ bugün yasayı yalınlaştırmayı istemek gerçekten inandırıcı mıdır, yoksa bu sadece karmaşıklığı değiştirmeden önce onu geçici olarak gizleyen demagojik bir yanılsama mıdır? Kurumsal yanıt ılımlı olmak zorundadır. Nitekim Anayasa Konseyi için yasa karmaşık olabilir, ancak kesinse, Anayasa'yı ihlal etmeyecektir; yeterli derecede kamu yararı gerekçesi, karmaşık bir yasayı meşrulaştırabilir⁴⁹.

İfadenin özlü olması, okunabilirlik açısından temel bir gerekliliktir. İsviçre Medeni Kanunu'nun babasının deyişiyle asıl mesele şudur: "*her şeyi söylemek, lakin kısaca*"⁵⁰. Hem Portalis⁵¹ hem de Montesquieu'ye⁵² göre detaylar, başka detayları çağırır. Başka yazarlar ise popüler bir başucu kitabı olarak tasarlanacak, aşırı yalın ve aşırı kısa bir mevzuata ilişkin abartılı beklentilere karşı uyarıda bulundular. Nitekim henüz XVII. yüzyılın başında, Francis Bacon, aşırı kısalığın tehlikelerine işaret etmişti. İngiliz filozofa göre yasa, Midilli mimarlarının cetveline benzememelidir; her yöne esneyebilen bu kurşun cetvel, düz yüzeylerin yanı sıra kavisleri de ölçmek için kullanılmaktaydı: "*Midilli mimarlarının cetveline benzememesi için, özellikle çağımızda, yasalara belli bir yücelik havası ve daha buyurucu bir ton vermek amacıyla fazla özlülük ya da yapmacık bir kısalık yanılışına düşülmemelidir. Hedeflenmesi gereken şey yalnızca, içerdikleri tüm durumları ayrıntılı*

46 Guide de législation 2002 (not 32), s. 345 vd.

47 Montesquieu, De l'Esprit des lois, Cenevre, 1758, XXIX. Kitap, XVI. Bölüm.

48 Hükümeti Yasayı Sadeleştirme Hususunda Yetkilendiren 2003-591 numaralı ve 2 Temmuz 2003 tarihli Kanun; Yasanın Sadeleştirilmesine Dair 2004-1343 sayılı ve 9 Aralık 2004 tarihli Kanun.

49 Cons. cons., No 2005-530 DC, para. 80 (intérêts en l'espèce non reconnus); Montalivet, 2006 (not 9), s. 287.

50 Huber (Eugène), 1901, ibid., s. 17.

51 Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, s. 26.

52 Montesquieu, op. cit., XXIX. Kitap, XVI. Bölüm.

*bir şekilde belirtmeden, fakat dâhil etmedikleri tüm durumları açıkça dışlamadan genel ve iyi tanımlanmış ifadeler seçerek oluşturulan ortalama bir tarzdır”.*⁵³

Özlülük derecesine ilişkin olan bu tartışma, açıklık ilkesinin ikinci boyutuna ışık tutar, o da normatif metnin somutlaştırılabilirliğidir. Fazla yalın, fazla özlü bir yasa, okuyucusuna somut bir davaya yasanın nasıl uygulanacağı konusunda yardımcı olmaz. Yalınlaştırılmış olması onu illa daha anlaşılır kılmaz.

2.2.2. Somutlaştırılabilirlik

Normatif bir metin, ilkenin ikinci anlamında, belirli bir vakada hüküm vermesi gereken yargıç tarafından kolayca somutlaştırıldığı ölçüde açıktır. Böyle bir metin, güçlükle somutlaştırılabilen bir metinden daha kesin ve daha ayrıntılıdır. Belirli bir duruma uygulanmasının, prensipte, daha güvenli ve daha öngörülebilir olması gerekir. Bu kesinlik gerekliliği, hukuki güvenlik ve hukukun öngörülebilirliği ilkelerinin yanı sıra erkler ayrılığı ve yargıcın manevra alanını sınırlandırarak keyfiliğe karşı koruma ilkesi ile de gerekçelendirilir. Pozitif hukukta da bulunan bu hukuki argümanlar XVII. yüzyıldan beri – örnekleri en ünlü yazarlarla sınırlandırarsak– Francis Bacon, Jeremy Bentham, Rusya’da II. Katerina veya Prusya’da II. Frederick tarafından ileri sürülmüştü⁵⁴.

Bununla birlikte birçok durumda, çok açık olmayan, zorlukla somutlaştırılan, bir başka ifade ile muğlak, belirsiz, kesinliksiz ya da değişken bir metnin varlığı esasında kaçınılmazdır, hatta bazen metnin bu şekilde olması arzu edilir. Aristoteles 2.500 yıl önce, yasanın bizzat genelliği nedeniyle tüm özel durumları düzenlemek için özce yetersiz olduğunu göstermişti. “Eşyanın tabiatı” bunu engeller; yasa koymanın imkânsız olduğu belirli durumlar vardır⁵⁵.

Tüm şüpheleri ortadan kaldıracak kadar açık bir yasa yazmanın mümkün olacağını hayal etmek, bugün herkesin anlayabileceği kadar yalın yasalar yazmanın mümkün olacağını hayal etmek kadar naif bir dilektir. Normun açık bir anlamının olabileceğini düşünmek esasında bir illüzyondur. Klasik hukuki yorum teorisine göre lafız açıksa, yoruma gerek yoktur (*claris non fit interpretatio*). Hukuki pozitivizmin savunduğu bu iddia ise eleştiriye açıktır⁵⁶. Aslında bu bir derece meselesidir: “Açık” olarak nitelenen kurallar yorumdan muaf değildir; sadece somut olaydaki uygulamaları, en azından belirli bir süre için artık tartışmalı olmaz⁵⁷. Muhtemelen bu klasik görüşün kaynağı, en azından kıta

53 Bacon (Francis), *Œuvres de Bacon: De la dignité et de l'accroissement des sciences* [1623], çev. Riaux (M.-F.), Paris, Charpentier, 1843, Kitap 8, s. 435, 67. numaralı aforizma.

54 Réf. cit. Mertens (Bernd), op. cit., s. 359 ve devamı.

55 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, v. 14. Bkz. Papaux (Alain), *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction: l'exemple du droit international privé*, Bruxelles, Paris ve Zürich, Bruylant/LGDJ/Schulthess Médias juridiques, 2003, s. 215.

56 Helvetik doktrine bkz. Papaux (Alain), 2003 (not 51), özellikle s. 102 ve s. 216; Moor (Pierre), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, s. 169; Amstutz (Marc) ve Niggli (Marcel Alexander), “Recht und Wittgenstein III: Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre”, Berne, Jusletter, www.weblaw.ch/jusletter, (24 Temmuz 2006).

57 Moor’a göre, “*Bir metin, anlamı başka herhangi bir metnin somut duruma uygun olarak herhangi bir okuyucu tarafından kabul edilmesini gerektirmediğinde açıktır.*” Moor (Pierre), op. cit., s. 170.

Avrupası hukukunda, norm metni yani lafız ile normun çok sık karıştırılmasıyla gelen karmaşıklıktan ileri gelmektedir. Hukuk, yasa metninden yani lafızdan ibaret değildir; lafız, normun kendisi değildir. Lafız, belirli bir durumda, metni somutlaştırmak zorunda olduğu her seferinde, yargıç tarafından normu üretmek için malzeme olarak kullanılan unsurlardan – önemli – bir tanesidir⁵⁸.

İçtihat hukuku, kesinliksizliğin ve muğlaklığın bazen kaçınılmaz olduğunu kabul etmektedir. O hâlde bu yargı pratiğini incelemek, bir kuralın akla gelebilecek tüm durumları öngörmesini engelleyen Aristotelesçi “eşyanın tabiatının” kapsamını araştırmak anlamına gelir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu konuda örnek teşkil eden bir içtihat geliştirdi. Oldukça pragmatik bir şekilde, “*kanunların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını*” kabul ederek, böyle bir kesinliğin illa arzu edilmeyeceğini hatırlatmaktadır⁵⁹. Bu noktada Mahkeme, üç yüzyıl önce aşırı kesinlikten kaynaklanan eminlik yanılmasına karşı uyarıda bulunan Francis Bacon ile aynı fikri paylaşmaktadır. Bacon şöyle demektedir: “*Yasaların kötü şekilde kaleme alınmasından kaynaklanan anlaşılmazlıktan bahsetmenin zamanı geldi. Yasaların ifade edilmesine yansıyan boşboğazlık ve sözü uzatma, bizi memnun etmiyor. Ve bu dağınık tarz, hedefine ulaşmadığı gibi tam tersine, ona sırtını dönmektedir; çünkü, her özel durumu elverişli ve uygun terimlerle belirlemeye ve ifade etmeye özen göstererek, yasalara daha fazla eminlik kazandırdığımız için boşu boşuna kendimizi övüyoruz; tam tersine, tam da bunu yaparak sözcükler üzerinde sonsuz sayıda tartışma doğuruyoruz; ve bu söz uğultusu sebebiyle, yasanın ruhuna uygun olan ve en iyi ve en sağlıklı şekilde rehberlik edecek bir yorum yapmak daha zor hâlde geliyor.*”⁶⁰

Son olarak, taraflar arasında bir anlaşma akdetmek için müphem hükümler kullanıldığında (hatta çevirilerde gözle görülür farklılıklar⁶¹ olduğunda), politik etmenler de eksik olmaz. Muğlak yazım bu durumda, çok farklı çıkar çatışmalarının diplomatik çözümüne götürür. 1992 yılında Fransız Danıştay, topluluk hukukunun özelliklerinden birinin, onun tam olarak “diplomatik” hukuk niteliği taşıması olduğunu kaydetmişti. Danıştaya göre: “*hukukçuların kesinlik aradığı yerde, diplomatlar söylenmemiş olanı uygular ve müphemlikten kaçmazlar. Herkes için aynı anlama gelmediği için sadece, bir kelime üzerinde hemfikir olmaları, düşünüldüğünden daha sık gerçekleşmektedir. [...] Dahası, orada ya da burada, ilgi çekici – ve vâdedici – çelişkilerin kalmasını mümkün kılacak yazma tekniklerini desteklerler.*”⁶²

3. Sonuç

Hem okunaklı hem de kesin olan açık yasalar fikri bir idealdir; her zaman iddia edilen, ama asla ulaşılamayan bir ideal. Kusursuz bir şekilde kesin ve öngörülebilir olan bir yasa, son derece

58 Müller (Friedrich), *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, s. 168 ve 348 ve devamı.; Papaux (Alain) (not 51), s. 126 et s. ve 348 ve s.; Moor (Pierre), op. cit., s. 64 ve 165 ve devamı.

59 İHAM, Barthold – Almanya, 25 Mars 1985, A/90, para. 47; R. – Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1988, A/121, para. 67.

60 Bacon (Francis), op. cit., 66 numaralı aforizma.

61 Flückiger (Alexandre), “Le multilinguisme de l’Union européenne: un défi pour la qualité de la législation”, in: Gémard (Jean – Claude) ve Kasirer (Nicholas), dir., *Jurilinguistique-Jurilinguistics: entre langue et droit – Between Law and Language*, Brüksel ve Montreal, Bruylant/Thémis içinde, 2005, s. 339 ve devamı, 346.

62 Conseil d’État, *Rapport public 1992*, Paris, Études et Documents, No. 44 (Gallas [Tito] “La rédaction législative multilingue dans l’Union européenne: bilan et perspective”, *LeGes – Législation & Évaluation* 3 [2001], s. 115 ve s. 117 ve devamında alıntılanmış gibi).

hantal ve karmaşık hâle gelecektir; fakat yasa eğer hafif ve yalın olursa, gerçeklik, yasayla arasındaki mesafeyi hemen kapatabilir; çünkü karmaşıklıktan kaçınıldığı için, doğruca uygulama metinlerine, içtihatlarla ve uygulamaya geçilebilir.

Bu soruna kesin bir çözüm bulunamamaktadır. Açıklığın her iki yönü birbiriyle çatışmaya mahkûmdur. Kharybdis'ten Skylla'ya sürüklenmemesi⁶³ için yasayıcının, orta bir yol seçmekten ve bu iki hedefi dengelemekten başka yolu yoktur. Dolayısıyla açıklık; her ikisi de aşırıya kaçabilecek okunabilirlik veya kesinliğe ilişkin naif ve kör arayış yerine, bu iki yön arasındaki bir dengenin ürünüdür. Francis Bacon, bu sonuca üç asırdan daha uzun bir süre önce, özlü ve kesin ifadelerle ulaşmıştı: “*Yasaların ifadesindeki belirsizlik ya çok lafazan, çok boşboğaz olmalarından ya da tam tersine aşırı kısıklıklarından kaynaklanmaktadır.*”⁶⁴

63 Çevirmenin notu: Kharybdis'ten Skylla'ya gidip gelmek, istenmeyen iki durum arasında kalma hâlini, Yunan mitolojisinden esinlenerek betimleyen bir ifadedir. Daha fazla bilgi için bkz. Erhat (Azra), Mitoloji Sözlüğü, İstanbul, Remzi, 22. Baskı, 2014, s. 174.

64 Bacon (Francis), op. cit., 65 numaralı aforizma.