

YARGICIN HUKUK YARATMA FONKSİYONU ÜZERİNE BİR İNCELEME¹

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edildiği sistemlerde, yasamanın asli işlevi sayılan “yaptırımlarla donatılmış kural koyma” bazı ayıksı durumlarda diğer organlar tarafından da kullanabiliyor mu?

Bu soruya çoğu kez yürütme açısından olumlu cevap verilebilmektedir. Modern anayasaların çoğunda yer alan “kanun hükmünde kararname” çıkartma yetkisi bu durumun en tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, temelde yasama tarafından ve ayıksı durumlarda verilebilecek sınırlı bir yetki kullandırmadır. Bizi yasamanın kural koyma yetkisinin üçüncü organ olan yargı tarafından kullanılıp kullanılmayacağı daha çok ilgilendirmektedir. Yargı organları işlevlerini yerine getirirken, yasama tarafından -daha çok hukuk alanı dışında hiçbir şeyi bırakmama kaygısıyla- soyut ve genel olarak düzenlemiş olan kuralları uygular. Bu görevi yerine getirirken normlar arasında bulunan hiyerarşiyi gözönünde bulundurmalıdır. Kelsen ve diğer normativistlerin yaptığı sıralamada hypothetique (varsayımsal) bir karakter taşıyan Anayasa en üstte yer alır. Anayasaları kanunlar, tüzükler, genelgeler bunları sözleşmeler ve diğer tasarruflar izler. Bu düzenleme içinde hiçbir kural kendisinden önce gelen kurallara aykırı olamaz. Bir kuralın hukuksal olarak varlığından ve geçerliliğinden söz edebilmek için koşulları ve biçimi açısından olduğu kadar özü bakımından da daha önceki kurallara aykırı olmaması gerekir. Ancak bu normatif düzenlemede bir dereceden diğer dereceye geçilirken bir boşluk vardır ki, işte bu boşluk yetkili organ veya kişinin takdir yetkisini gösterir². Doldurulması gereken bir boşluk bu alanda çıkabileceği gibi Code niteliğindeki kanunlar ile özel düzenleme getiren kanunlar arasında da oluşabilir. Özel düzenleme getiren kanunun sorunu cevaplayamadığı alanda yargıcın olayı çözmek için kural koymasına gerekecektir. Yargıcın doğrudan müdahale hakkı olmadığından, özellikle hukuk kurallarına aykırı davranıldığında, çığnenen hukukun yeniden ayağa kaldırılmasında³ her şeyden önce mahkemelere ihtiyaç vardır. Kuralları uygulayan yargıç, basit ve tartışmasız durumlarda olduğundan çok daha fazla kuralların anlamını açıklamak ve derinleştirmek zorundadır. Yargılama işlevini gerçekleştiren yargıç, her şeyden önce fiilen geçerli olan sistemin ruhunda, gizli veya örtülü olarak bulunan normları formüle etmelidir (Rebus ibsis dictattibus et humanis necessitatibus)⁴. Kanunda boşluklar bulunduğu, normlar arasında çelişkiler görüldüğünde ve aynı konuyu düzenleyen birden fazla kuralla karşılaşıldığında hangi kuralın uygulanması gerektiğine yargıç karar verecektir. Bu konuda yargıya yardımcı olan bazı mantık kuralları vardır. Hukuk normları arasında çelişki, genel normla genel norm, genel normla özel ve özel normla özel norm arasında çelişki biçiminde kendini gösterebilir.

Temel kural lex posterior (sonraki kanun), lex specialis (özel kanun) ve lex superior (hiyerarşik bakımdan üst düzeydeki kanun) biçimindedir. Ancak sözü geçen kuralların da ihtiyatla gözönünde bulundurulması gerekir. Örneğin, Bakanlar Kuruluna kanun

¹ Bu makale, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 62, Sayı 1-2-3, Ocak-Şubat-Mart, 1988’de yayınlanmıştır.

² Sıddık Sami Onar, “Amme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kaza-I Murakabe”, **Prof. Cemil Bilsel’e Armağan**, s. 284

³ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 104

⁴ Giorgio del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çev. Sahir Erman, İstanbul, 1952, s. 205

hükümünde kararname çıkartma yetkisi verilmesi ve bu yolla bir kanun hükmünün Bakanlar Kurulu kararnamesi ile değiştirilmesi lex superior esasına ters düşer⁵. Diğer yandan Anayasa Mahkemesine, Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin tanınması lex superior ilkesine uygun sayılması gerekir⁶. Hukuk kurallarında yorum yoluyla çıkartılan sonuç doğrudan doğruya bağlayıcı nitelik taşır. Oysa yorum genel ilkelerden çıkartılıyorsa, burada sonuç daha farklı olacaktır. Özellikle hukuk kurallarının düzenlemediği durumlarda aynı anda değişik alternatiflerin, hukuk mantığı yönünden doğruluğu somut olayın şu veya bu özelliğine ağırlık verilmesi sonucu olarak savunulabilir. Bir malı sebepsiz olarak iktisap eden kimsenin, iktisap ettiğini iade ile yükümlü olması genel bir hukuk kuralıdır. Aynı zamanda da bu kişinin iyiniyeti de kanun koyucu tarafından (Borçlar Kanunu 63. madde) korunmaktadır. Bu durumda iyiniyetle ilgili yorum ve değerlendirme değişik hukuki sonuçların doğmasında rol oynayabilir. Yorumla ilgili bu tür problemler olmakla birlikte yine de kullanılması zorunlu bir uygulamadır. Aynı zamanda uyuşmazlık durumlarında mahkemelerin vermiş oldukları kararların bir hukuk kaynağı kabul edilip edilmeyeceği önemli bir tartışma odağını oluşturmaktadır.

Yargıcın uygulamasıyla ortaya çıkan hukukun, bazı hallerde yaratılmış bir hukuk sayılıp sayılmayacağı sorunu üç açıdan incelenebilir :

Birincisi; mahkeme kararlarının hukuk düzeninde, daha önceden var olan bir kuralın somut olaya uygulanması niteliğinde olduğundan yaratılmış bir hukuktan söz edilemeyeceği noktasından kaynaklanan tartışmadır.

Soyut ve genel olan hukuk kuralının somut olaya uygulanabilmesi için, onun uygulayıcının yorumundan geçerek bir işlev kazanması gerekecektir. Yargıç öncelikle kanunun lafzına, sözüne bakacaktır. Kanunun sözü olayı çözümlmek için yeterli oluyorsa burada bir hukuk yaratmadan söz edilemez. Ancak her zaman sorun bu kadar kolay çözümlenemez. Yargıcın sadece lafzı yorumla bağlı kılınması, kanunun kalıplaşmasına neden olmaktadır. Yargıcın yorum yetkisini kötüye kullanmasını engellemek kaygısıyla izlenen bu yol, hukukun yaşamdan koparılması ve eskimesi sonucunu doğurmaktadır. Buna bir örnek vermek istersek, İslam hukukundan içtihadın konumuna bakabiliriz. İctihatta bulunan hukukçuların zamanla bilgi ve karakterlerini kaybetmeleri içtihadın kıymetini düşürmüştür. Buna tepki olarak içtihat yolu kapatılmış ve bütün hukuk kurallarının ortaya konulduğu, bundan böyle yeni içtihatlara gerek olmadığı esası benimsenmiştir. Bunun üzerine uygulama sıkı (exegetique) metodu izlemiştir. Bu metodun etkisiyle, hukuk bilimi bir çeşit kıyas ve gramer uygulaması durumuna gelmiş yaşam mantığına uymayan durumlar ortaya çıkmış ve bu yüzden halkın hukuka saygı ve güveni sarsılmıştır⁷. Bu sakıncaların giderilmesi için günümüzde yargıca daha geniş bir yorumlama alanı bırakılmıştır. O, kararlarını verirken, kanunun lafzı kadar kanun koyucunun amacına bakacak, aynı zamanda çağının hukuk, adalet, devlet ve düzen anlayışı karşısında bizzat tutum alacaktır. Yargıcın boşluk bulunan hallerde nasıl davranması gerekeceği, bazı yasa metinlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Medeni Kanununun 4.maddesinde yer alan hükümle “yasanın suskunluğu, anlaşılmazlığı ya da yetersizliğini bahane ederek hüküm vermeyi reddedecek olan yargıç davaya bakmaktan kaçınma suçlusu olarak kovuşturulabilecektir”

⁵ Alf Ross, **On Law and Justice**, London, 1958, ss. 131-132

⁶ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, 1985, s. 46

⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 407

denilmektedir. Benzer bir düzenleme de Roma ve Kilise hukukundan gelen bir gelenekle, olaya ilişkin özel bir kural yoksa, yargıç sanki kendisi yasa koyucuymuşçasına karar verecektir, biçimindedir. Bu sistemin içine, Medeni Kanun 1. maddesi, “Hakimin ihkakı haktan imtina edemeyeceği” ilkesi dolayısıyla Türk uygulamasını da sokabiliriz. Medeni Kanunun ilk yedi maddesinin bütün hukuk alanında uygulanıp uygulanamayacağı ayrı bir tartışma odağı oluşturmakla beraber, Doğal Hukuk” ilkeleri niteliğini taşıdığından, bizce „bütün“ hukuk ilişkilerini içine alabilecektir. Hukuku tamamlamak ve biçimlendirmekle görevli bulunan yargıç, bu işlevini yerine getirirken, aynı zamanda ve öncelikle, hukukun üç boyutunu oluşturan adalet, pratik yarar ve düzen işlevlerini de gözönünde bulunduracaktır. Yargıcın yorum işlevinin sadece lafzi yorumla sınırlı kalmadığı durumlarda, olayı çözümlerken daha önce bulunan bir hukuk kuralının varlığı, bu kuralın lafzının aşılarak yeni bir biçime kavuşturulması, yargıcın hukuk yaratmasının en tipik örneğini oluşturmaktadır.

İkinci olarak, yargıcın hukuk yaratıp yaratmadığı sorunu, yargılama işleviyle biçimlenen kararın yalnızca belli kişi ve durumlara ilişkin olması ve bu yüzden de objektif ve genel bir norm sayılamayacağı noktasından eleştirilmektedir. Eleştirilerin ciddiyetini gözönünde bulundurmakla beraber, özellikle yüksek mahkeme kararlarının incelenmesinde yarar vardır. Yüksek Mahkeme kararları, kural olarak alt derece mahkeme kararları denetimden geçirilirken, gerekçe göstermek kaydıyla onanabilir veya reddedilebilir. Yüksek Mahkemelerin tutumuyla oluşan ve birer ilke niteliğini alan aynı yöndeki kararlar, zamanla benzer olaylar için bu ilkelere uygun yönde karar verme eğilimine girerler. Böylece yüksek mahkeme kararları bir objektivite kazanmış olur. Özellikle Adli ve İdare Mahkemelerin üstünde yer alan, Yargıtay ve Danıştay açısından durum böyledir. Yüksek Mahkemelerce verilen kararlar, içtihadı birleştirme kararı niteliğini kazandığında, bu durumu daha açık olarak görmekteyiz.

Üçüncü olarak, mahkeme kararlarının, kanun karşısındaki konumu bakımından değerlendirilmesidir. Mahkeme kararlarının objektifliği tartışmasında da değindiğimiz gibi, mahkemeler, kanunla kesin olarak bağlı oldukları halde, kendi kararları ile bağlı değildirler, değiştirebilirler. Bununla birlikte mahkeme kararları bir süreklilik de göstermek durumundadır. Mahkeme kararlarının değiştirilmesi çoğu kez kanunların değiştirilmesinden daha önemli sorunlar doğurabilir. Halk, davranışını doğrudan doğruya kanuna göre değil, kanunun muhtevasının açıklık kazandığı, belirlendiği resmi uygulamaya göre ayarlar⁸.

Hukukun belirli ve açık olarak varlığı “hukuk güvenliği” açısından ne kadar istenen birşey ise, genel ve soyut hukuk kuralının, somut duruma, hakkaniyete dayalı olarak uygulanması “adalet” açısından da o kadar istenilen bir şeydir. Yasaların biçimsel uygulanmasından kaynaklanan maddi adalet, özellikle istisnai olaylarda adaleti unutmamak için önemli bir uyarı olarak anlaşılmalıdır. Bu öyle bir uyarıdır ki kanunları metne çok bağlı olarak ve sert biçimde uygulamak hukuk güvenliği için gerekli görülse bile, hakkaniyet açısından sakıncalı durumlar doğurabilir. Hukuk güvenliği ile biçimsel adalet arasındaki bu gergin ilişki, nihai olarak kaldırılamaz. Bu çelişkinin kaynağını bizzat adaletin kendisinde aramak gereklidir. En geniş anlamda adalet eşitliği sağlamakla gerçekleşecektir. Eşitlikse ortak özellikleri bir araya getirmeyi gerektirir. Birbirinin eşi olabilecek nitelikte iki aynı olaya rastlamak nasıl olanaksızsa, kuralın katı uygulanmasıyla adaletin her somut olaya “yargıcın kanun tekniğini sanatkarane

⁸ Aral, s. 107

hakimiyetle”⁹ uygulaması ve durum değerlendirmesi yaparak hukukun teme amacı olan adaleti gerçekleştirmeyi çalışması ile olanaklıdır.

⁹ Otto Bachof, “Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hakimi”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, s. 122

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Bachof, Otto: “Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hakimi”, çev. Doç. Dr. Servet Armağan, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1979, ss. 121-137.
- del Vecchio, Giorgio: **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çev. Sahir Erman, İstanbul, 1940.
- Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, Ankara, 1985.
- Onar, Sıddık Sami: “Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kaza-i Murakabe”, **Prof. Dr. Cemil Bilsel’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1939, ss. 275-335.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukun Umumi Esasları**, C. I, 3.Bası, İstanbul, 1966.
- Ross, Alf: **On Law an Justice**, London, 1958.