

# KANUN YAPMA TEKNIĞİ

27-28 Mart 2015  
ANKARA



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 310

*Kanun Yapma Tekniği*

ISBN: 978-605-9050-69-2

© Türkiye Barolar Birliği  
Şubat 2016, Ankara

Türkiye Barolar Birliği  
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.  
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

[yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

# KANUN YAPMA TEKNIĞİ

Yayına Hazırlayan  
Prof. Dr. Yener ÜNER

27-28 Mart 2015  
ANKARA



## İÇİNDEKİLER

### AÇIŞ KONUŞMALARI

<i>Av. Berra BESLER</i> .....	9
<i>Dr. Alparslan ALTAN</i> .....	11

### I. OTURUM

#### YASA YAPMA SÜRECİ

***Doç. Dr. Fahri BAKIRCI***

YASAMA SÜRECİNİN HIZLANDIRILMASI VE SAKINCALARI .....	21
--	----

***Erdal SANLI*** (*Emekli Yargıtay Başkan Vekili*)

KANUN YAPMA TEKNİĞİ .....	63
---------------------------	----

***Av. Ekim ERGÜN*** (*TBB Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı*)

YASA YAPMA SÜRECİ .....	71
-------------------------	----

### II. OTURUM

#### KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YASA YAPMA TEKNİĞİ - I

***Prof. Dr. Andreas Lötscher***

GUTE GESETZE SIND TRANSPARENTE TEXTE .....	89
İYİ KANUNLAR ŞEFFAF METİNLERDİR .....	119

***Eberhard Birkert***

VERFAHREN UND PRAXIS IN DEUTSCHLAND UND IN BADEN-WÜRTTEMBERG .....	147
KANUNMA ALMANYA VE BADEN-WÜRTTEMBERG'DEKİ YÖNTEMİ VE UYGULAMASI .....	163

***Francesco Lucrezi*** (*Salerno Üniversitesi*)

CORRUPTISSIMA REPUBLICA PLURIMAE LEGES EİN ÜBERMASS AN GESETZEN FÜHRT ZUR SCHWÄCHE DES RECHTS .....	179
FAZLA KANUNLARIN OLMASI HUKUKUN ZAYIFLAMASINA NEDEN OLUR .....	193

### III. OTURUM

#### **KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YASA YAPMA TEKNİĞİ - II**

**Dr. Jan Görden** (Berlin)

BITTE RECHT VERSTÄNDLICH – DIE BEMÜHUNGEN DER DEUTSCHEN BUNDESREGIERUNG FÜR BESSERE GESETZE .....	211
DAHA İYİ KANUNLAR İÇİN ALMAN HÜKÜMETİNİN ÇABALARI .....	235

**Prof. Dr. Anna Serebrennikova** (Rusya)

STRAFGESETZBUCH DER RUSSISCHEN FÖDERATION ALS EINE NEUE ERRUNGENSCHAFT DER GESETZGEBUNGSTECHNIK? .....	259
KANUNKOYMA TEKNİĞİNİN YENİ BİR BAŞARISI OLARAK RUSYA FEDERASYONU'NUN CEZA KANUNU?....	271

**Prof. Dr. Maria Eder** (Rieder)

LEGISTISCHE RICHTLINIEN FÜR DIE GESTALTUNG VON RECHTSVORSCHRIFTEN IN ÖSTERREICH.....	283
AVUSTURYA'DA KANUNLA DÜZENLEMELERİN TASARIMI İÇİN HUKUKİ KURALLAR .....	299

### IV. OTURUM

#### **KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YASA YAPMA TEKNİĞİ - I**

**Prof. Dr. Erdoğan Teziç** (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TORBA KANUN .....	335
-------------------	-----

**Prof. Dr. Ünal TEKİNALP**..... 343

**Prof. Dr. DOĞAN SOYASLAN** (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DOĞU BATI KÜLTÜRLERİ ARASINDA TÜRK CEZA KANUNU .....	353
---	-----

## YASA YAPMA TEKNİĞİ

---

*Açış Konuşmaları*





**SUNUCU-** Sayın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Denetim Disiplin Kurulu Üyeleri, Sayın Türkiye Barolar Birliği önceki Başkanı, Sayın Anayasa Başkan Vekili, sayın dekanım ve değerli konuklar;

Türkiye Barolar Birliği ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesiyle ortaklaşa düzenlenen Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyumuna hoş geldiniz.

Sempozyumumuz hakkında size kısa bir bilgi vermek istiyorum. Açılış konuşmalarından sonra ilk bölümde Kanun Yapma Tekniği başlıklı bir oturum gerçekleşecektir. Öğleden sonra ise karşılaştırmalı hukukta Kanun Yapım Tekniği başlığı altında iki bölüm halinde devam edecektir.

28.03.2015 Cumartesi Saat 10:00'da başlayacak olan 2. günkü programımız da ise, Torba Kanun Uyum Paketleri, Yargı Paketleri Bağlamında Türkiye'de Neler Oluyor başlıklı oturum ile devam edecek olup tartışma ve sonuç bildirgesi ile son bulacaktır. Şimdi programımızın açılış konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Berra BESLER'i davet ediyorum.

**Berra BESLER (TBB Başkan Yardımcısı)-** Çok değerli konuklar, ulusal ve uluslararası hukukun duayenleri, çok değerli hocalarım, yüksek yargıçlar ve her zaman yanımızda olan Sayın Baba Kanadoğlu ve oğlu hakikaten her zaman bizim yanı-

BERRA BESLER'İN  
KONUŞMASI

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

BERRA BESLER'İN  
KONUŞMASI

mızda oldular yıllardır ve kendilerine çok şey borçluyuz, değerli öğrenciler; bugün yine çok önemli bir konu için bir araya geldik. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte düzenlemiş olduğumuz pek çok hukuk kurallarının unutulduğu bir dönemde yine kanun yapma tekniği konulu çok önemli bir konuyu burada birlikte tartışacağız ve çalışacağız ve bu çalışmalar için düzenlenen 2 günlük sempozyuma onur verdiniz hoş geldiniz. Türkiye Barolar Birliği adına hepinizi saygı ile selamlıyorum.

Değerli konuklar, ülkemizde hukukun ne halde olduğunu buradaki bu mümtaz topluluğa anlatmaya hiç gerek yok. Hatırlatmakta bizler için acı ama ayaklarımızı yere basmayı icap eden günlerdeyiz. Hukuk kurallarının adeta rafa kaldırıldığı bu dönemde Türkiye Barolar Birliği olarak kanun yapma tekniğinin kamuoyuna daha çok da bu konuda görevi olanlara hatırlatılması ve bir farkındalık yaratılması açısından bu sempozyumu düzenlemeye ihtiyacı duyduk. Gerçekten de buna ihtiyacımız var. Kanun yapma tekniğine ilişkin detaylı bilgileri bu sempozyumun oturumlarında bizlere katkı sunacak bizleri aydınlatacak hocalarımız ve meslektaşlarımız detayları ile anlatacaklar. Ben bu çalışmalar sebebiyle temel işlevi kanun çıkarmak olan parlamentodaki uygulamalara birkaç vurgu yapmak istiyorum.

Değerli konuklar bir tasarı ya da teklifin kanun kimliğini kazanması tabii bildiğimiz gibi ancak bir parlamentoda mümkündür. Bugün ise parlamento sıklıkla kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yürütmenin etkisinde biraz hafif kalıyor bu tabir değil mi değerli dostlar? Yürütmenin egemenliğinde kalmakta ve kanunlar adeta toplum yararına değil kişi yararına ve çoğu zamanda yeni sorunlara yol açacak yöntemler çıkarılmaktadır. Parlamenter sistemin bile tartışıldığı bu süreçte kanun yapma tekniğine tümüyle aykırı hiç alışamayacağım bu tanımlamaya torba düzenlemelerin çıkartılması adeta alışkanlık haline getirilmiştir. Bu düzenlemeler, oldubittiler sanki sığınulacak bir liman gibi görülmeye başlanmıştır. Değerli konuklar Demokratik bir hukuk devletinde kanun yapma süreci-

ne hiç benzemeyen bir yöntemle; kamuoyu bilgilendirilmeden, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri ve eleştirileri dikkate alınmadan, diğer kanun maddeleriyle çelişkisi incelenmeden, imza koyduğumuz, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygunluğuna bakılmadan, AB uyum sürecine aykırı olup olmadığı dikkate alınmadan, Anayasaya uygunluğu ele alınmadan, TBMM komisyonlarında ve Genel Kurulunda, adeta muhalefetten kaçırılarak, gece yarısı oldu bittilere getirilerek, toplum kutuplaştırılarak, ısrar, inat ve baskıyla yapılan düzenlemelerin yararını değil, aksine zararını görüyoruz. Anayasa Referandumundan, 4+4+4 eğitim sistemine ve son olarak İç Güvenlik Paketi'ne kadar pek çok örnek ne yazık ki topluma yarar getirmemiştir. Öte yandan demokratik hukuk devletine yürekten bağlı bizler, hukukçular da evrensel hukuk kurallarına, toplum yararına ve toplumsal barışa hizmet edecek kanunların çıkartılması konusunda ısrarlıyız ve bu ısrarımızdan dönmeyeceğiz ve döndürmeye kimsenin gücü yetmeyecek. Bu yüzden, dün olduğu gibi bugün de demokrasi için hukuk devletini savunuyoruz, bu konuda çalışmalarımızı sürdürüyoruz ve bu çalışmalardan biri olan bu sempozyumun da hukuk devleti ve demokrasi için son derece yararlı olacağına inanıyorum. Diliyorum ki buradan çıkacak sesleri ilgililer duyarlar, ibret alırlar, hatırlarlar veya öğrenirler. Mücadelemiz hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla yaşatana kadar sürecektir. Hepinize saygılar sunuyorum, başarılar diliyorum.

**SUNUCU-** Sayın BESLER'e konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi konuşmalarını yapmak üzere Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Dr. Alparslan ALTAN' ı davet ediyorum.

**Dr. Alparslan ALTAN (Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili)-** Değerli meslektaşlarım, değerli konuklar, sevgili öğrenciler, konuşmama başlarken ülkemiz açısından sorunlu bir konu olan kanun yapma tekniği ile ilgili olarak yurtiçi ve yurt dışından çok değerli uzman ve akademisyenleri bir araya getirerek önemli bir etkinliği birlikte gerçekleştiren TBB ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi yetkililerini yürekten kutluyor, siz saygıdeğer katılımcılara şükranlarımı sunuyorum. Az son-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ALPARSLAN ALTAN'IN  
KONUŞMASI

ra başlayacak olan bilimsel etkinliğin üst başlıklarını oluşturan kanun yapma süreci ve kanun yapma teknikleri hukuk devleti ve demokrasi ile doğrudan bağlantılı kavramlardır.

Bir ülkenin parlamentosunda kanunların yapım sürecinde uygulanan usul ve kullanılan teknikler o ülkenin hukuk devletine olan yakınlığının demokratik seviyesinin en önemli göstergelerinden birini oluşturmaktadır. *Walther Leisler*'in ifadeleriyle hukuk devleti insanların yönetimi değil normların hükümdarlığıdır. İktidar ikincil bir uygulamadır. Onun görevi normlara olması gerekenlerin gerçekleştirilmesinden ibarettir. *Clough Stein*'e göre hukuk devleti, devlet iktidarının ancak ve ancak insan onurunu, özgürlüğü, adaleti ve hukuka güvenilirliliği güvence altına almak amacıyla bir Anayasa yoluyla biçimsel ve maddi açıdan bu Anayasaya aykırı olmayan Anayasalara dayanılarak kullanılabilirdiği bir devlet sistemini ifade eder.

Anayasa Mahkememizin yaklaşımına göre ise, Anayasanın 2 inci maddesinde düzenlenen hukuk devleti eylem ve işlevleri hukuka uygun insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sanan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanun koyucu, Anayasa ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapma konusunda takdir yetkisine sahip bulunmakla birlikte kanunların kamu yararına sağlanması amacına yönelik olması, genel objektif adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçülerini gözetmesi hukuk devleti olma gereğidir.

20 nci Yüzyıl'ın önde gelen hukuk felsefecilerinden *Lon Louis Fuller*' e göre parlamentolar seçime dayalı güçlü bir meşruiyete sahip olsalar da kanunma yetkilerini kullanırken bazı hukuki ahlaki sınırlara uyma zorunluluğundadırlar. Bu anlamda müzakereci demokrasinin kanun yapımında parlamento müzakereyi gerekli kıldığı açıktır. Kanunlar aceleye getirilmeden parlamento içi muhalefetin katıldığı tarafların kendi politik görüşlerini, eleştirilerini özgürce ortaya koyabildiği zamana ya-

yılı bir süreçte kabul edilmelidir. Yazara göre, parlamentolar kanun yapma yetkilerini kullanırken bahsi geçen ilkelere uygun davranmalı ve böylelikle seçime dayalı politik meşruiyeti bu ilkelerin sağladığı hukuki ahlaki meşruiyet ile tahkim etmelidirler. Bu ilkelere uygun davranarak hukuki ahlaki meşruiyeti sağlayamayan parlamentonun sadece seçime ve çoğunluğa dayalı politik bir meşruiyetle hukuksal güveni elde etmesi imkânsızdır. Dolayısıyla da parlamentolar bir yandan seçime dayalı politik meşruiyetin verdiği özgüven ile hareket ederken aynı zamanda ifade edilen ahlaki ifadelerin kendilerini sınırladığının farkında olmalıdır. Bu nedenle parlamento içi müzakere son derece önemlidir. Ancak bunun yanında kamusal tartışmanın dış boyutunu medya ve sivil toplumca gerçekleştirilecek tartışmalar tekil etmektedir. Bu kapsamda medya ve sivil toplumca gerçekleştirilecek müzakerede en az parlamento içi müzakere kadar önem taşımaktadır.

*Jürgen Habermas*'a göre kanunların toplum tarafından benimsenip istikrarlı bir şekilde uygulanması isteniyorsa bu durumda kanunlara muhatap olacakların kanun yapım sürecine katılım sağlaması şarttır. Aksi bir durumda bireylerden razı olmadıkları yükümlülükler uymalarını beklemek söz konusu olacaktır ki bunun sadece parlamento içi müzakere ile kabul edilen kanunlar için giderilmesi güç meşruiyet açığı oluşturacağı tartışmasızdır. Kanunlaşma sürecinde parlamento içerisinde uygulanması ön görülen yöntem açısından düzenleme konusu alandaki ihtiyaç ve kamuoyu beklentisi tespiti, sivil toplum örgütleri ve düzenlemeden etkilenecek kişi ve kurumların görüşlerinin sürece dâhil edilmesi, oluşturulacak ihtisas komisyonlarının etkili biçimde çalıştırılması kanun yapma tekniklerine sahip ekipler tarafından metin üzerinde çalışılması, Genel Kurula elverişli metnin sunulması, Genel Kurulda farklı yaklaşımların ortaya konulabilmesi ve etkili bir müzakerenin yapılabileceği ortamların sağlanması, sağlıklı bir kanunma mekanizmasının varlığı için olmazsa olmaz gerekliliklerdir.

Kanunma faaliyetinde kanun yapma işinin hem düzenlenen alan hem de bizatihi metnin kaleme alınması açısından uzman-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ALPARSLAN ALTAN'IN  
KONUŞMASI

lık gerektiren teknik bir iş olduğu göz ardı edilmemelidir. Daha ileri giderek kanun yapma ameliyesinin bir sanat olduğu ya da olması gerektiği de söylenebilir. Kanunların toplumsal meşruiyetinin bir diğer unsuru öngörülebilirlik oluşturmaktadır. Bu anlamda kanunlar ortalama bir vatandaşın gözünde anlaşılabilir olmalı ve geleceğe dönük planlamalara olanak sağlamalıdır. Bireylere hukuki güvenlik sunmayan kanunların da hukuk devletinin gereklerini karşılayacak kalitede olduğu söylenebilir. Kanunların yeni gelişmelere cevap verebilecek şekilde yenilenmesi ve gerekli değişikliklerin yapılması kaçınılmazdır. Ancak kanunda gerekli değişikliklerin gerçekleştirilmesi ihtiyacı ile öngörülebilirlik ve hukuki istikrar arasında makul bir denge kurulmalıdır. Kanunma organı biryandan hukuku yeni gelişmelere cevap verecek şekilde değiştirirken diğer taraftan da kanunların öngörülebilir olmasına özen göstermelidir. Ülkemizde hukuk güvenliğini çok ciddi biçimde olumsuz yönde etkileyen bir husus kanunlarda ve diğer mevzuatta çok kısa sürelerle ve çok fazla sayıda kapsamlı değişiklikler yapılmasıdır. Böyle bir istatistik çalışması yapıp yapılmadığını bilmemekle birlikte sayı ve içerik olarak ülkemiz kadar fazla mevzuata sahip olan ve mevzuat hükümleri üzerinde bu kadar fazla değişiklik yapılan ülke sayısının çok olmadığını söylemenin yanlış olmayacağını düşünüyorum. Kanun yapma tekniklerine riayet edilmeksizin geniş alanlarda ve kısa sürelerde birçok mevzuat hükmünde yapılan değişiklikler bir kural enflasyonuna yol açmaktadır. Bu da düzenlemenin muhatapları, uygulayıcıları hatta uzmanları tarafından bile anlaşılamayan tereddüt ve çelişkilere neden olan bir kavramın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Oysa hukuk güvenliği ilkesi, hukukun erişilebilir olmasını hukuki metinlerin kalitesinin iyileştirilmesini ve kuralların istikrarsızlığı karşısında özellikle bireyi koruyucu mekanizmaların mevcudiyetini gerekli kılar. Günü birlik hesaplarla, saklı amaçlarla bir takım öznel hedeflere ulaşma düşüncesi ile yapılan kanunl düzenlemelerle kısa vadede bir takım sonuçlar elde edilebilirse de orta ve uzun vadede ortaya çıkan rahatsızlıklar istenmeyen sonuçlar doğuracaktır. Son olarak, kanun yapma tekniği açısından birçok sakıncaları bulunan

ancak buna rağmen Türk Hukuk sisteminde son yıllarda sıkça başvurulan torba kanun yöntemine değinilmelidir. Bizzat TBMM Başkanı tarafından kanunma faaliyetinin etkin şekilde yapılmasını önleyen çok garip bir yol olarak nitelendiren ve hukuk kalitesi açısından ciddi sıkıntılar çıkardığı kabul edilen torba kanun kanunma sürecinde zaman emek ve masraftan tasarruf sağlayan kolay bir kanunlaştırma yolu olarak özellikle son kanunma dönemlerinde sıkça başvurulan bir yöntem haline gelmiştir.

Bu kapsamda örneğin 21.4.2005 tarihli 5335 sayılı 36 maddeden oluşan kanunla toplam 53, 13.2.2011 tarihli 6111 sayılı 234 maddeden oluşan kanunla da 73 kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklikler yapılmıştır. Bu tür düzenlemelerin kapsam ve etkileri gözetildiğinde hangi hükümlerin nasıl değiştirildiğini anlamak bile uzun uğraşlar gerektirmektedir. Torba kanun uygulamasını bir ihtiyaçtan kaynaklandığı zaman, emek ve masraftan tasarruf sağladığı kabul edilmekle birlikte söz konusu uygulamanın çok ciddi sorunlara yol açtığı gözlenmektedir. Zira çeşitli kanunlarda gerçekleştirilecek değişiklikler kısa sürede yeterli müzakere yapılamadan tamamlanmaktadır. Torba kanun uygulamasının hukuk devleti demokrasi ve hukuk devleti açısından sakıncalı bir uygulama olduğu ancak zorunlu hallerde istisnai olarak tercih edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak eğer amacımız hukukun üstünlüğünü esas alındığı demokratik katılım hem parlamento çalışmalarında hem de parlamento dışı kamuoyunda asgari ölçüde de olsa gözetildiği temel hak ve özgürlükleri ve insan onurunu koruyan ve milli iradesine uygun bir parlamenter demokratik sistemin kurulması ve korunması ise yapılacaklar bellidir.

Parlamento çalışmalarında özellikle parti içi demokrasi kanallarının açılması hem parti içinde hem de parlamento çalışmaları sırasında müzakere diyalog ve liyakatin hâkim olması kanun yapma tekniklerinin ve demokratik meşruiyetin esas alınması ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak uygulamalardan kaçınılması halinde bu alanda yaşanan sorunların

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ALPARSLAN ALTAN'IN  
KONUŞMASI

önemli ölçüde giderileceğini düşünüyoruz. Meşruiyetin ölçüsü yalnızca kararların çoğunlukla alınmış olmasından değil, kararların evrensel standartlara, demokrasiye, insan haklarına, hukuk devleti ilkesine ve insan onuruna uygun olmasında ve bunları korumayı amaçlamasında aranmalıdır. Bu nedenle demokrasiyi çoğunluğun herhangi bir konu üzerinde ki iradesinin sınırsız olduğu bir yönetim biçimi olarak gören bir düşüncüyü kabul etmek mümkün değildir. Demokratik bir toplumda devletin asıl görevi temel hak ve özgürlüklerin rahatça kullanılabilceği bir ortam oluşturmak, bu hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmedir. Bireylerin güvenebilecekleri istikrarlı ve ön görülebilir bir hukuk ortamında yaşama hakkına sahip oldukları düşüncesi, hukuk devletinin temel dayanaklarından birini oluşturur. Sözlerime burada son verirken demokrasi, hukuk devleti ve hukuk güvenliği açısından hayati öneme sahip bulunan kanun yapma süreci ve teknikleri konusunda yurtiçi ve yurtdışından gelen değerli uzmanlar ve akademisyenler tarafından yapılacak sunumlarla zenginleşecek bu sempozyumun herkes için yararlı olmasını temenni ediyorum.

**SUNUCU-** Sayın Altan'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Sayın konuklar şimdide Kanun Yapma Süreci Konulu 1. Oturumu yönetmek üzere Oturum Başkanı Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Korkut Kanadoğlu'nu konuşmacılar TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığından Dr. Fahri Bakırcı'yı Emekli Yargıtay Üyesi Sayın Erdal Salı'yı ve TBB Hukuk İşleri Müdür Yardımcı Av. Ekim Ergün'ü davet ediyorum.



# KANUN YAPMA TEKNİĞİ

*Yasa Yapma Süreci*

---

*Birinci Oturum*



**Prof. Dr. Sayın Korkut KANADOĞLU (Oturum Başkanı)**- Yüksek Yargının saygı değer üyeleri, Barolar Birliğinin Değerli Yönetim Kurulu Üyeleri, Sayın Başkan Yardımcısı, Değerli Avukatlar, yabancı konuklarımız ve sevgili öğrenciler; Türkiye’de ilk kez uluslararası bir sempozyumda kanun yapma tekniğine ilişkin bir arada olmaktan büyük mutluluk duyuyorum.

Bu oturumda saygıdeğer katılımcılarla birlikte Türkiye’deki kanun yapma tekniğine ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız. Karşılıklı hukuka bir kapı aralayacağız. Türkiye penceresini açacağız. Ama bu açılış konuşmalarından sonra birkaç cümle etmeme lütfen izin verin. Ortaya çıkan tabloda Türkiye’de parlamenter çalışmaların antidemokratik şekilde yürüdüğü kanun yapımında düzenlemelerin belirsiz, ön görülmez torba kanun gibi tekniklerle yapıldığını, komisyonlarda kanun önerilerinden madde ekleyerek ve çıkarılarak iç tüzük ihlalleri yapıldığı ve en önemlisi tüm bu hukuk devletine aykırılıkların Anayasal denetiminin yapılmamış olmasını görüyoruz. Bu sadece açılış konuşmalarında değil yine parlamentonun değerli üyelerinin açıklamalarında da görüyoruz.

2013 yılında iktidar partisinin milletvekili olmasına rağmen Sayın Tülay BAKIR komisyonda şu açıklamayı yapabildi: “O kanunlarda milletvekili olarak hiçbir rolü yok, sadece elini kaldırmaktan başka...”

Yine muhalefetin milletvekili Sayın Oktay Ekşi de yazdığı kitabında “parlamento mu? Yoksa kanun fabrikası mı?” sorusunu sordu. Şimdi böyle bir ortamda bu durumunda ortadan

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

kalkması dileğiyle ben sözü bu alanda çok değerli çalışmaları olan TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı Müdür Yardımcılığı görevini hala sürdüren aynı zamanda Gazi Üniversitesinde Parlamento Hukuku dersleri veren çok sayıda eserinden bizlerinde yararlandığı Sayın Dr. Fahri Bakırcı'ya sözü bırakıyorum. O bize sanırım iç tüzük uygulamalarına ilişkin Anayasa denetimine ilişkin detaylı bilgi verecek.

Dr. Fahri BAKIRCI (TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı)- YASAMA SÜRECİNİN HIZLANDIRILMASI VE SAKINCALARI ÜZERİNE

## YASAMA SÜRECİNİN HIZLANDIRILMASI VE SAKINCALARI

*Doç. Dr. Fahri BAKIRCI\**

Günümüz toplumlarının hızlı bir değişim içinde olması ve toplumsal gereksinimlerin hızlı bir biçimde çoğalması ve çeşitlenmesi, ortaya çıkan yeni toplumsal ilişkilerin kurula bağlanmasını zorunluluk haline getirmektedir. Bu zorunluluk kanunma organlarını daha fazla kanun yapmaya zorlamakta ve iş yüklerini artırmaktadır. Parlamenter demokrasiler bu iş yükünün altından kalkabilmek için kanunma süreçlerini rasyonelleştirmekte ve daha kısa sürelerde daha fazla kanun çıkarmanın yollarını araştırmaktadırlar. Rasyonelleştirme tekniklerinin kullanılmasıyla bu yükün altından kalkılabildiği ve kısa süreler içinde kanun gereksiniminin giderilebilmesinin yollarının bulunabildiği görülmektedir. Ancak *usul ekonomisi* olarak adlandırılabilir durum, kanunma sürecinin tümüyle ortadan kaldırılabilmesine varan tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle de kanunma süreci hızlandırılmaya çalışılırken bu süreci oluşturan temel bileşenlerin özünün zedelenmemesi ve demokratik, şeffaf, katılımcı, çoğulcu bir müzakere sürecinin korunması önem taşımaktadır. Ülkemizde özellikle 2000'li yıllardan sonra, Avrupa Birliği üyeliği hedefinin de etkisiyle ortaya çıkan hızlı değişim ve dönüşümler, kanun gereksinimi-

---

\* TBMM Müdür Yardımcısı; Gazi Üniversitesi, Öğretim Üyesi.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ni arttırmış ve bu nedenle de kanunma organı, daha kısa sürelerde daha fazla ve daha hızlı kanun çıkarmanın yollarını aramaya başlamıştır. Ancak gelinen noktada kanunma sürecinin önemli oranda etkisizleştiğini söylemek olanaklıdır. Bu tebliğde bu etkisizleştirmenin hangi araçlar kullanılarak sağlandığı ve bu tür bir yola başvurmadan da kanun ihtiyacının rasyonelleştirme teknikleri kullanılarak karşılanıp karşılanamayacağı araştırılacaktır.

Bu tebliğde öncelikle günümüzde hemen herkes tarafından eleştirilmekle birlikte genel uygulamaya dönüşen *torba kanun* uygulaması ve doğurduğu sonuçlar üzerinde durulacaktır. Burada üzerinde durulması zorunlu olan bir başka araç, torba kanunla yakın ilişkisi bulunan *teklif görünümlü tasarı* uygulamasıdır. Bu iki aracın destekleyicisi olan bir başka araç *temel kanun* yöntemidir. Bu üç aracın birlikte kullanılmasıyla kanunma süreci önemli oranda etkisizleştirilmekte ve kanun yapımı yürütme organının işi haline getirilmektedir. Hukuk devletlerinde bu tür bir etkisizleştirmeyi önleyebilecek olan kurum yargı organı ve özellikle Anayasa mahkemesidir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) 2008 yılına kadar bu işlevini yerine getirmiş ve kanunma organının etkisizleştirilmesini belli bir dereceye kadar önlemiştir. 2008 yılında içtihat değiştiren AYM bu konuda güvence olmaktan çıktığından, uygulama hızlı bir biçimde yukarıda belirtilen etkisizleşme yönünde genelleşmeye başlamıştır. Bu tebliğ hem bu sürece, hem de yargı denetiminin ortadan kalkmasıyla ortaya çıkmış bulunan tehlikeli duruma ışık tutmaya çalışmaktadır.

### *Torba kanun uygulaması*

Torba kanun ne demektir? Aslına bakılırsa torba kanun hiçbir anlamda “kanun” adını almayı hak etmemektedir. Çünkü “kanun” ve “torba” kavramları birbirleriyle uyuşabilecek ve yan yana gelebilecek iki kavram değildir. Bu durum tebliğin ilerleyen bölümlerinde daha açık biçimde, kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Ancak buna rağmen, torba kanunun yaygınlık kazanmış olması ve adeta genel uygulamaya dönüşmüş olması nedeniyle bu konuda bir tanım yapılması gereği de açıktır. Bu

yüzden burada torba kanun ile ilgili bir tanım yapma çabasına girişilecektir. Teziç, *birbirinden farklı konuları düzenleyen kanunlarda ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasını öngören kanuna günlük dilde torba kanun dendiğini* belirtmektedir. Teziç torba kanunun bir tür konular terkibi ya da bileşimi olduğunu, bu tür kanunlarda konu unsurunun 1'den çok olduğunu saptamaktadır (Teziç, 2014). Benzer biçimde torba kanun, *metni içinde birden fazla kanunun ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinde değişiklik yapan kanun* olarak da tanımlanabilir. Bu tanımlar torba kanun hakkında açıklayıcı olsa da biraz daha yakından bakıldığında, geliştirilme gereksinimi içinde oldukları görülür. Şöyle ki: Belirli bir alanı değiştiren kod kanunlar ile esas itibarıyla tek bir kanunda değişiklik öngören kimi değişiklik metinlerinde de, zorunluluktan dolayı birden fazla kanunda değişiklik yapılabilir. Örneğin ihale kanunları değiştirilirken, ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili olarak ceza kanununda da değişiklik yapılması gerekli olabilir. Bu durumda esas itibarıyla ihale kanununda değişiklik öngören metin birden fazla kanunda değişiklik öngörse de, yani birden fazla konusu olsa da torba kanun olarak adlandırılmaz. İba bu nedenle torba kanunu *'birbiri ile konu yönünden ilgisi olmayan ve çok sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan kanun'* biçiminde tanımlamaktadır (İba, 2011, s. 199). Ancak bu tanım bir başka tehlikeyi içermektedir. Bu tanım, günlük dilde *'paket kanun'* olarak bilinen ve aralarında konu yönünden ilgi bulunan kanunların oluşturduğu metni torba kanun kapsamından çıkarmaktadır. Oysa torba kanun ile paket kanun konularının birden fazla olması yönünden birbirlerine benzese de, aralarında çok önemli bir fark vardır. Paket kanunlarda bir tema birliği varken, torba kanunlarda tema birliği yoktur. Nitekim Türkiye'de 2000'li yılların başlarında görülen çok konulu kanunlar ortak temaya sahiptir: Avrupa Birliği üyeliği. Dolayısıyla bu dönemde çıkarılan kanunlar torba kanun olmaktan çok paket kanunlardır ve bu paket kanunlarla torba kanunlar arasında ayırım yapmak önem taşır. Paket kanunlarda belli bir alanda aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak çok sayıda kanunda değişiklik yapıldığından bu usulün belli bir dereceye

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

kadar makul karşılanması olanaklıdır. Dolayısıyla paket kanun uygulamasını torba kanunun içinden çıkarmak için yeni bir tanım yapmak yararlı olabilir. Bu yüzden torba kanunu, 'zorunluluk olmadığı halde birden fazla kanunda değişiklik öngören kanun' ya da 'aralarında zorunlu ilişki olmayan birden fazla kanunu değiştiren kanun' biçimlerinde tanımlamak daha doğru olabilir. Dolayısıyla bir kanunun torba kanun olmaması için tek bir kanunda değişiklik yapmayı önermesi gerekse de bu yeterli değildir. Kanunda bu değişiklik nedeniyle bir başka kanunda da değişiklik yapılması zorunlu hale gelmişse, bu değişiklik de kapsama alınabilir ve bu kapsam genişlemesi torba kanunun doğmasına yol açmaz. Bu tür zorunluluklar nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmış olması, bir tematik bütünlük varsa, torba kanuna değil paket kanuna yol açar. Bu durum dışında birden fazla kanun ya da kanun hükmünde kararname de değişiklik öngören kanunların torba kanun olduğunu kabul etmek gerekir.

Torba kanun-paket kanun ayrımı ilk bakışta önemsiz gibi görünse de, torba kanunun tarihsel gelişimine bakıldığında anlamlı hale gelir. Bu nedenle torba kanunun geçmişine kısaca göz atmak yararlı olacaktır. Ülkemizde torba kanun uygulaması hangi ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır ve ne zamandan beri uygulanmaktadır? Türkiye'de 2000'li yılların başlarına kadar torba kanun uygulamasına rastlanmamaktadır. 2000'li yıllara kadar birden fazla kanunda değişiklik yapan sınırlı sayıda kanunu ise torba kanun yerine paket kanun olarak adlandırmak daha doğru olur. Örneğin 19. dönemde çıkarılan 25/06/1992 tarihli ve sayılı 3824 sayılı Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yukarıdaki paket kanun tanımına uymaktadır.<sup>1</sup> Kanunun gerekçesinde *izlenen ekonomik, sos-*

<sup>1</sup> Kanunun tam adı şöyledir: *Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 492 Sayılı Harçlar Kanunu ile 474 Sayılı Kanuna Ekli Gümrük Giriş Tarife Cetvelinde Değişiklik Yapılması; Gelir ve Kurumlar Vergileri Üzerinden Ödenen Fonların Birleştirilmesi; Gümrük Vergisi Hâsılatı ile Fon Payı Hâsılatının Dağılımı; 26.1.1967 Tarihli ve 827 Sayılı Kanun ile 31.10.1990 Tarihli ve 3675 Sayılı Kanununun, 31.12.1960 Tarihli ve 193 Sayılı, 2.2.1981 Tarihli ve 2380 Sayılı, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı,*



yal ve malî politikalara uygunluk sağlamak ve bu politikaların hedeflerine ulaşmasına katkıda bulunmak amacıyla vergi sistemimizde bazı düzenlemelerin yapılması zorunlu görüldüğü ve bu amaçla çeşitli vergi kanunlarında değişiklikler yapıldığı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi düzenlemenin bir teması vardır ve bu temaya uygun olarak çok sayıda kanunda aynı metin içinde değişiklikler yapılmıştır. 19. döneme topluca bakıldığında bu tür paket kanunların sayısının dönem boyunca 10'u geçmediği görülmektedir. Ancak istisnasız olarak birden fazla kanunda değişiklik öngören bütün kanunların ortak bir teması vardır ve aralarında ilişki olmayan maddelere sahip hiçbir torba kanuna rastlanmamıştır. Aynı sonuç 2000'li yıllardan önceki diğer dönemler için de geçerlidir. Dolayısıyla 2000'li yıllar öncesinin ortak özellikleri şöyle sıralanabilir:

1. Kanunlarla genellikle tek bir konu düzenlenmekte ya da tek kanunda değişiklik yapılmaktadır.
2. Belirli alanlarda, tema bütünlüğü olmak koşuluyla, birden fazla kanunda değişiklik yapan paket kanunlar çıkarılabilmektedir.
3. Paket kanunların sayısı diğer kanunlara göre %2-3 gibi düşük oranlarda kalmaktadır.
4. Söz konusu paket kanunlar kanunma sürecini hızlandırmak için değil, belli bir alanı kapsamlı olarak düzenlemek amacıyla hazırlanmaktadır.
5. Bu tür paket kanunlar genellikle vergi veya sosyal güvenlik temalarına ilişkindir.

2000'li yılların başında Avrupa Birliği (AB) üyelik müzakereleri hızlanmış ve paket kanun uygulaması bu kez AB siyasi kriterleri temasına dönüşmüştür. Paket kanun o dönemde Avrupa Birliği (AB) müzakereleri sırasında bir zorunluluktan dolayı ortaya çıkmıştır. AB müzakereleri sırasında adaylık için

---

29.5.1986 Tarihli ve 3294 Sayılı Kanunların Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun)

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

belli kriterlerin (*Kopenhag Kriterleri*) yerine getirilmesi önkoşul olarak ileri sürülmüş ve bunun için belli bir süre öngörülmüştür. Bu nedenle öngörülen düzenlemeleri kısa sürede gerçekleştirebilmek için iki araç birden kullanılmıştır. Bunların birincisi değişikliği hükümetin göndermesini bekleyerek zaman kaybetmek yerine düzenlemeleri bir kanun teklifi olarak sunmaktır. Bu amaçla hükümetin elinde bulunan metinler iktidar partisinin grup başkanvekilleri (ANAP grup başkanvekilleri Beyhan Aslan, İbrahim Yaşar Dedelek ve Nihat Gökbulut) tarafından imzalanarak TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Böylece tasarı hazırlama sürecinin uzun zaman alabileceği dikkate alınarak bu süreç *bypass* edilmiştir. İkinci olarak çok sayıda kanunda değişiklik yapılması gerektiğinden, burada harcanacak zaman en aza indirilmeye çalışılmış ve TBMM'deki kanun yapım süreci *bypass* edilmiştir. Böylece Kanun Teklifinin gerekçesinde belirtildiği gibi '*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde yapılması gerekli tedbirlerle ilgili olarak*' bir paket kanun teklifi ortaya çıkmıştır. Teklifte temel olarak insan haklarını ilgilendiren birkaç kanunda tek bir kanun içinde değişiklikler yapılmıştır. Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun başlığını taşıyan 03/08/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun, Türk Ceza Kanunu, Dernekler Kanunu, Vakıflar Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu, Serbest Bölgeler Kanunu olmak üzere toplam 11 kanunda değişiklik öngörmüştür. Teklifteki bütün düzenlemeler *Kopenhag Siyasi Kriterleri* adı verilen Kriterleri hayata geçirmeye çalışmaktadır. Kanun teklifi aynı zamanda milletvekili genel seçimlerinin de 3 Kasım 2002 tarihinde yapılmasını öngörmektedir. Ancak bu öneri daha önceden sonuçlandırıldığı için esas komisyon olan Adalet Komisyonunda metinden çıkarılmıştır. Özetlemek gerekirse tablo şudur: Seçimlere gitmeye hazırlanan bir hükümet ve meclis söz konusudur. 1999 yılında Helsinki'de yapılan AB üyelik müzakerelerinden sonra Tür-

kiye tam üyelik için aday olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede 2000 yılında hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgesine uygun olarak 2001 yılında bakanlar kurulu kararıyla Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı' aynı yılın Mart ayında Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözkonusu teklif ise aynı yılın Temmuz ayında TBMM Başkanlığına sunulmuş ve TBMM tatil ve seçime girmeden önce AB'ye karşı yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışmıştır. Hem tatil, hem seçim ve hem de AB üyeliğinin sıkıştırdığı bu takvim dolayısıyla yukarıda sözü edilen iki *bypass* yapmak zorunlu hale gelmiş ve paket kanun uygulaması kullanılmıştır. AB üyeliğinin ister yanında olunsun ister buna karşıt olunsun şunu kabul etmek gerekir ki AB üyesi olma yönünde tercih açıklamış bir hükümetin böyle bir ortamda yapacak başka bir şeyi yoktur; hükümet, böyle bir yöntem zorunluluklar nedeniyle itilmiştir.

Ancak paket kanunun bu uygulamasından sonra, uygulama sonraki dönemde yaygınlaşmış ve hem nitelik, hem de nicelik bakımından önemli ölçüde değişmiştir. Nitelik bakımından dönüşüm, paket kanunun torba kanuna dönüşmesi biçiminde olmuştur. Paket kanunun torba kanuna dönüşümü, aralarında tematik bütünlük olmasa da çok sayıda konunun aynı metin içinde düzenlenmesi biçiminde olmuştur. Nicelik bakımından dönüşüm ise, bu tür kanunların sayısında yıllar itibariyle meydana gelen geometrik artışı ifade etmektedir. Torba kanun son yıllarda genel uygulamaya dönüşmüştür; oranlar torba kanun lehine olmak üzere neredeyse eskisinin tersine dönmüştür. Bu noktada şu soruyu sormak gerekir: Torba kanunun sağladığı avantajlar nelerdir? Torba kanun uygulamasının en önemli avantajı hatırı sayılır bir zaman tasarrufu sağlamasıdır. Gerçekten de torba kanun içinde çok sayıda kanun düzenlendiğinden, düzenlenen her kanun için aynı işlemi tekrarlamak yerine, bütün kanunlar için tek bir işlem yapılmaktadır. Böyle olunca da bakanlık aşamasındaki süreç de, TBMM'deki süreç de kısalmaktadır. Bakanlık aşamasında her bir kanun değişikliği için bakanlıklar ve başbakanlık arasında yazışma, görüşme ve tartışmalar yapılmakta ve üzerinde uzlaşmaya varılan

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

metinler her bir bakanın imzasına açılmaktadır. Torba kanunda ise birçok kanun için aynı anda tek bir işlem yapılmakta ve torba taslak bakanların imzasına sunulmaktadır. TBMM’de ise ayrı metinlerin gelmesi halinde her metin ayrı komisyona gitmekte ve metinlerin her birinin hem tümü ve hem de maddeleri üzerinde Genel Kurul’da ve komisyonlarda görüşme yapılmaktadır. Oysa torba kanun sözkonusu olduğunda çok sayıda kanunda değişiklik öngören teklif ya da tasarının tümü üzerinde Genel Kurul’da da komisyonlarda da bir görüşme yapılmakta ve sadece maddeler görüşülmektedir. Örneğin hükümetin 10 kanunun üçer maddesinde değişiklik yapmak istediğini düşünelim. Her bir kanunla ilgili ayrı bir tasarı geldiğinde, komisyonlarda tasarılar üzerinde en az 10 ayrı tümü üzerinde görüşme yapılacaktır. Tali komisyonların sayısı oranında bu 10 sayısı geometrik olarak artacaktır. Yine Genel Kurul’da 10 ayrı tümü üzerinde görüşme yapılacaktır. Bir tasarının tümü üzerinde Genel Kurul’da her bir grubun 20 dakika ve şahsı adına iki üyenin 10 dakika konuştukları ve 20 dakika soru cevap işlemi yapıldığı düşünülürken, başka engellemeler olmadığı takdirde, tümü üzerinde görüşmenin iki saat sürdüğü görülmektedir. 10 ayrı görüşmede bu süre 20 saati bulmaktadır. Buna ek olarak TBMM’de görüşülen her kanunun yürürlük ve yürütme maddesi bulunmaktadır. Bu maddeler kanunun kim tarafından yürütüleceğini ve ne zaman yürürlüğe gireceğini göstermektedir. Bu maddeler genellikle *Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.* ve *Bu Kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.* biçiminde olmasına rağmen her kanunda bulunmaktadır. Bu maddeler üzerinde konuşmanın istisnai olması gerekirken, engelleme çabası içinde olan muhalefetin bu maddeleri engelleme aracı olarak gördüğü ve bu maddeler üzerinde de konuşma yaptığı görülmektedir. Görüşme yöntemi bakımından ise bu maddelerin diğer maddelerden hiçbir farkı yoktur. Bir maddenin görüşme süresinin, tümü üzerinde görüşme süresinin aşağı yukarı yarısı<sup>2</sup> kadar olduğu düşünülürken her

<sup>2</sup> Bu süre yarısı biraz geçmektedir. Çünkü tümü üzerindeki görüşmede önerge verilemezken maddeler üzerinde belli sayıda önerge verilebilmektedir. Dolayısıyla maddeler üzerindeki görüşme süresinin tümü

maddenin neden olduğu kayıp bir saatin üstündedir. İki maddenin neden olduğu kayıp ise iki-üç saat civarındadır. 10 kanun için hesaplandığında kayıp 20-30 saatlik bir süredir. Çünkü 10 kanun tek bir kanun içinde görüşüldüğünde sadece birer yürürlük ve yürütme maddesi görüşülmektedir. Dolayısıyla sadece tümü üzerindeki görüşmeler ile yürürlük ve yürütme maddeleri üzerindeki görüşmeler nedeniyle Genel Kurul'da uğranılan zaman kaybı 40-50 saati bulmaktadır.<sup>3</sup> Bu işlemin komisyonlarda bundan daha fazla zaman kaybına yol açtığı düşünüldüğünde TBMM'nin toplamda önemli bir zaman kaybına uğradığı görülmektedir. Bu durumda birbirinden bağımsız 10 ayrı kanun teklifi yerine içinde 10 kanunun yer aldığı tek bir kanun teklifi sunmak zaman tasarrufu bakımından son derece avantajlı görünmektedir. Bu nedenle de 2000'li yıllarda torba kanun uygulamasının zaman içinde genişlediği ve genel uygulamaya doğru dönüştüğü gözlemlenmektedir.

Ancak kanunma sürecinin torba kanun yöntemiyle hızlandırılması başka bazı araçlarla takviye edilmektedir. Bu araçlardan birisi yukarıda sözü edilen teklif görünümlü tasarı aracıdır.

#### *Teklif Görünümlü Tasarı*

Bu yöntemde özetle kanun tasarıları kanun teklifi biçiminde sunulmaktadır. Bunun ana nedeni kanun tekliflerinin çok kısa sürede hazırlanmasının mümkün olmasına rağmen, kanun tasarısı hazırlanmasının belli bir süreyi gerektirmesidir. Kanun teklifi ile kanun tasarısı TBMM'de aynı görüşme yöntemine tabi olmalarına rağmen, hazırlanma bakımından farklı aşamalardan geçerler. Başbakanlık tarafından çıkarılan 19/12/2005 tarihli ve 2005/9986 sayılı *Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları*

üzerindeki görüşme süresinin yarısı+ önergelerin görüşme süresi olarak hesaplanması mümkündür. Önerge hakkının tam olarak kullanılması halinde bu sürenin (7X5= 35) 35-45 dakika arasında sürdüğü görülmektedir.

<sup>3</sup> Bu kayıp aslında çok daha uzun sürelere uzamaktadır. Çünkü aşağı yukarı her gün Genel Kurul'da gündemle ilgili usul tartışması yapılmaktadır. Bu tartışma sırasında kullanılan zamanı da tasarıların zaman kaybı hanesine yazmak gereklidir. Kafa karışıklığı oluşmaması için minimum zaman kayıplarının hesaplanmasıyla yetinilmiştir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

*Hakkında Yönetmelik* tasarıların hazırlanmasına ilişkin olarak çok sayıda zorunluluk öngörmüştür. Kanun tasarı taslaklarını hazırlayan bir bakanlık taslağı hazırlarken çok sayıda bakanlık, kurum ve kişinin görüşünü almak ve hazırladığı metni Başbakanlık ve Adalet bakanlığı aracılığıyla diğer bütün bakanlıkların ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının onayına sunmak zorundadır. Bakanlık bürokratları ilgili bakan adına hareket ettiklerinden ve ilgili bakan hükümetin ortak sorumluluğu gereği her tasarıyı imzalamak zorunda olduğundan, tasarıyla ilgili olarak bakanlık bürokratlarının ikna edilmiş olması gerekir. Tek bir bakanın bile tasarıyı imzalamaması, metnin tasarı haline gelmesini engeller. Dolayısıyla uygulamada her tasarı taslağının bir bakanlık tarafından hazırlandıktan sonra bütün bakanlıkların görüşüne açılması ve müzakere edilmesi zorunludur. Bakanlıkların düzenlemeye itiraz etmeleri halinde, uzlaşmazlık yazılı ve sözlü görüşmeler yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır. Tahmin edileceği gibi bu müzakere ve ikna süreci uzun bir zamanı gerektirebilir. Özellikle tartışmalı konularda bu zamanın daha da uzayacağı açıktır. Öte yandan bakanlıklar aşamasında zaman alıcı işlem sadece bakanlıkların kendi aralarındaki müzakere ve ikna süreci değildir. Söz konusu Yönetmelikte bakanlıkların görüş bildirmesinin yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinin otuz gün içinde alınmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmaktadır.<sup>4</sup> Tasarının hazırlanması aşı-

<sup>4</sup> Gerek bakanlıkların ve gerekse sivil toplum kuruluşlarının görüş bildirmesine ilişkin düzenleme şöyledir:

Görüşlerin bildirilmesi

MADDE 7 - (1) İlgili kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları, taslaklara ilişkin görüşlerini en geç otuz gün içinde bildirir. Bu süre, ivedi durumlarda Başbakanlık tarafından kısaltılabilir. Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları görüş vermek için ek süre isteyebilir. Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları görüş bildirmekten kaçınamaz. Süresinde görüş verilmezse olumlu görüş verilmiş sayılır.

(2) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları da taslaklara ilişkin görüşünü otuz gün içinde bildirir. Süresinde görüş verilmezse olumlu görüş verilmiş sayılır.

(3) Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları taslakları öncelikle kendi görevleri açısından inceler ve düzenleyici etki analizinde belirtilen hususların yerinde olup olmadığını değerlendirir.

masında yapılması gerekli olan bir başka işlem *düzenleyici etki analizidir* (DEA). Yönetmeliğin 24. maddesine göre:

*Yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için düzenleyici etki analizi yapılması zorunludur. Bu miktar gerekli görülen hâllerde Başbakanlıkça yeniden belirlenebilir. Başbakanlık, etkisi on milyon YTL'nin altında kalan kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile etki miktarına bakılmaksızın diğer düzenleyici işlemler için de düzenleyici etki analizi hazırlanmasını isteyebilir.*

DEA'nin amacı, yapılacak düzenlemenin toplumsal faydası ile toplumsal maliyetini karşılaştırarak bir fayda-maliyet analizi sonucunda düzenleme yapmanın gerekli olup olmadığını saptanmaya çalışılmasıdır. Maliyeti faydasını aşan düzenleme yapmanın rasyonel olmayacağı çok açıktır. Günümüzde bütün modern parlamentolarda ayrıntılı olarak uygulanmakta olan bu analiz *ex ante* (düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce) ve *ex post* (düzenlemenin yürürlüğünden sonra) DEA olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yukarıda sözü edilen yönetmelikte sadece *ex ante* DEA kısmi olarak öngörülmüştür.

Bu üç işlem, yani,

1. Diğer bakanlık, kurum ve kişilerin görüşünün alınması,
2. Sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinin alınması,
3. Düzenleyici etki analizi yapılması,

zaman alıcı işlemlerdir ve hazırlanacak tasarının olgunlaştırılması amacıyla bir ön çalışmayı gerektirir. Bütün bu işler zaman alır ve düzenlemenin gecikmesine neden olur. Oysa bir kanun teklifi sunmak için sadece bir milletvekilinin imzası yeterlidir. Dolayısıyla bu tür zaman kayıplarını önlemek isteyen yönetimler, tasarı sunmak yerine, hazırlanan metinleri bir milletvekili imzasıyla TBMM Başkanlığına sunmayı tercih ederler. Bu yöntem tasarı hazırlama sürecinin *bypass* edilmesiyle

---

<sup>(4)</sup>Görüşler, ek-2'de yer alan form doldurulmak suretiyle bildirilir.



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

sonuçlansa da önemli bir zaman tasarrufu sağlar. Bu tür tekliflerin tasarı gücünde olduğunu göstermek bakımından da bu teklifler genellikle iktidar partisi grubu/gruplarının başkanvekillerinin imzasıyla sunulur. Böylece milletvekilleri bu tür tekliflere, adı teklif olmasına rağmen, tasarı gözüyle bakarak hazırlık yaparlar. Bu yolla hükümet hem torba kanunun avantajlarını kullanmış, hem de bu avantajları tasarı yerine teklif sunma tercihiyle güçlendirmiş olur.

Bu iki aracın birlikte kullanılmasıyla tasarının hazırlanması sırasında birçok aşama atlanmış, *bypass* edilmiş olur. Bu *bypass*lar topluca şöyle gösterilebilir:

- Diğer bakanlıklardan görüş alma aşamasının *bypassı*,
- Sivil toplum kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının *bypassı*
- DEA'nin *bypassı*,
- TBMM Başkanının havale yetkisinin *bypassı*,<sup>5</sup>
- Bazı esas komisyonların *bypassı*,<sup>6</sup>
- Bazı tali komisyonların *bypassı*,<sup>7</sup>
- Genel Kurul'un kısmi *bypassı*<sup>8</sup>

<sup>5</sup> TBMM Başkanının gelen teklif ve tasarıları bir esas ve birden fazla tali komisyona havale etme yetkisi bulunmaktadır. Oysa birden fazla düzenleme tek metinde birleştirilince Başkan esas komisyon sayısını artırmadığından, havale etme yetkisini kaybetmiş olmaktadır. Örneğin birer maddelik beş tasarı için beş esas komisyon ve 15 tali komisyon belirleme yetkisine sahipken, aynı maddelerin tek metin içinde torba kanun olarak birleştirilmesi halinde bir esas komisyon ve birkaç tali komisyon belirleme yetkisine sahip hale gelmekte; bazı yetkilerini kaybetmektedir.

<sup>6</sup> Bir önceki dipnottaki örnekte Başkanın belirleyebileceği esas komisyon sayısının beşten bire düştüğü gösterilmişti. Aynı işleme komisyonlar açısından bakıldığında, dört esas komisyonun yetkilerini kaybettiği sonucu çıkar.

<sup>7</sup> Önceki iki dipnotta sözü edilen örnek üzerinden söylenecek olursa, Başkanın artık 15 komisyona havalesi söz konusu olamayacağına göre, Başkanın ilk durumda tali komisyon olarak görevlendirecekken, ikinci durum dolayısıyla görevlendiremediği her tali komisyon *bypassa* uğramış olmaktadır.

<sup>8</sup> Genel Kurul ayrı gelen her metin üzerinde tümü üzerinde ve maddeleri



Kanun tasarılarının *torba kanun tasarısı* olarak ve kanun teklifi formatında sunulmuş olması uygulama sırasında, zaman tasarrufunu daha da artırmak amacıyla, yeni kural ihlallerine yol açmaktadır. Bu ihlaller komisyon aşamasında başlar ve Genel Kurul aşamasına uzanır. Komisyonlar önlerindeki metnin tek bir kanunda değişiklik yaptığını gördüklerinde, bu tek kanuna bağlı kalmaya özen gösterirler. Bu özen aslında İktüzükteki bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. İktüzüğün 87. maddesinin üçüncü fıkrasına göre görüşülmekte olan tasarı veya teklifin konusu olmayan sair kanunlarda ek ve değişiklik getiren yeni bir kanun teklifi niteliğindeki değişiklik önerileri işleme konmaz. Bu açık sınırlama Genel Kurul'daki görüşmeler için öngörülmüş olmakla birlikte komisyonlar için de geçerlidir.<sup>9</sup> Komisyonlar metninde tek bir kanunda değişiklik yapan tasarılarla bu sınıra uyarken torba kanunlarda bu sınırı aşabilmektedirler. Komisyonlar buna gerekçe olarak da önlerinde bulunan metnin zaten çok sayıda bağımsız kanunda değişiklik yapmasını ve bunlara yeni bir kanun eklemenin torba kanun mantığıyla bağdaşmaz olmadığını göstermektedirler. Aynı anlayış Genel Kurul'da da devam etmekte ve Genel Kurul da bu sınırı aşabilmektedir. Bu durumda TBMM'ye sunulan torba kanun biraz daha genişleyerek kanunlaşmaktadır. Örneğin TBMM'de 302 sıra sayısı ile görüşülen 04/07/2012 tarihli ve 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun dayanağı olan 2/679 esas numaralı torba kanun teklifi sadece 39 maddedir. Komisyon gündeminde bulunan başka teklifleri de bu teklifle birleştirmiştir. Ancak birleştirilen tekliflerden alınan madde sayısı sınırlıdır. Buna rağmen teklifin madde sayısı komisyondan çıktığında 59'a ulaşmıştır. Bir başka anlatımla komisyon teklife, teklifte bulunan toplam madde sayısının yarısı kadar yeni madde eklemiş ve metne

---

üzerinde görüşme yapma hakkına sahipken, farklı konudaki çok sayıda maddenin tek metinde düzenlenmesi halinde de sadece bir kez tümü üzerinde görüşme yapar. Dolayısıyla tümü üzerinde yapacağı görüşme hakkından yoksun kalır. Ayrıca yürürlük ve yürütme maddelerini görüşme konusunda da benzer bir kayba uğrar.

<sup>9</sup> Teamülde komisyonlar İktüzükte hüküm bulunmayan hallerde Genel Kurul'daki kuralları kıyasen uygulamaktadırlar.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

yeni kanunlar katmıştır. Bu eğilim Genel Kurulda da devam etmiş ve madde sayısı 90' a ulaşmıştır. Yani Genel Kurul da, önüne gelen metne, toplam madde sayısının yarısı kadar madde eklemiştir. <sup>10</sup>Toplam eklenen madde sayısı bakımından, teklifin madde sayısının iki katından fazla madde kanunlaşmıştır. Bu örnek artık ortalama örneklerden biri haline gelmiştir ve bu sayıları aşan başka örnekler de bulunmaktadır. Bu esnekliğin nedeni, torba kanunun kendisinin çok sayıda ilgisiz kanunda değişiklik yapmış olmasıdır. Bu durum da torba kanun uygulamasının avantajlarının katlanmasının nedenidir.

Kanunma süreci torba kanun ve teklif görünümlü tasarı araçlarının kullanılmasıyla çok sayıda *bypass*ın gerçekleşmesiyle önemli oranda kısalmaktadır. Yine 2000'li yıllardan sonra aynı amaçla kullanılan bir başka araç İçtüzüğü'nün 91. maddesinde düzenlenen *temel kanun* düzenlemesidir. Bu nedenle bu iki temel araca eşlik eden temel kanun uygulamasını kısaca gözden geçirmek yararlı olacaktır.

### *Temel Kanun Uygulaması*

İçtüzüğü'nün 91. maddesinin başlığı *temel kanunlar* başlığını taşımaktadır. Maddenin başlangıcına bakıldığında, Fransa, İspanya, Avusturya ve diğer Avrupa ülkelerinde bulunan temel kanunlara benzer bir düzenleme yapıldığı izlenimi doğsa da, maddenin devamında oradaki düzenlemelerin tam tersinin amaçlandığı görülmektedir. Dolayısıyla durumun tam olarak kavranabilmesi için teorik bir çözümleme yapılması yerinde olacaktır. (Bakırcı, 2008, s. 413-429)

---

<sup>10</sup> Bu konudaki örnekler artırılabilir: 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 36 maddedir ve bu Kanunla 53 Kanun ve KHK değiştirilmiştir. Buralarda yapılan değişiklik sayısı 163'tür. Bu değişikliklerle kanunlara 21 yeni madde eklenmiştir. 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve genel Sağlık Sigortası ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bir başka örnektir. Kanun 234 maddelidir ve 66 kanun ile 7 KHK'de değişiklik yapmaktadır. Sadece başlık üç sayfa tutmuştur. Tasarı başlangıçta 120 madde iken komisyon madde sayısını 234'e çıkarmıştır. Genel Kurul bazı maddeleri çıkarmış ve yeni maddeler eklemiştir. Kanunun son hali yine 234 maddeye ulaşmıştır. (İba, 2011: 200)

“Kod kanun, temel kanun ve çerçeve kanun” kavramları, çoğu kez birbirine karıştırılan ve bu nedenle bazı ikincil yanlışlıkların türemesine neden olan kavramlardır. Bu kavramsal karışıklık, kimi kez, kavramların farklı anlamlarda ya da birbirleri yerine kullanılmasından, kimi kez de kavramlar arasındaki sınırın belirginleştirilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de çerçeve kanun, kimi zaman daha kapsayıcı olan kanun ya da temel kanun anlamında kullanılmaktadır. Kimi zaman temel kanun ile kod kanun aynı anlamda kullanılmakta ve çerçeve kanun kavramı bunların karşısına konmaktadır. Dolayısıyla, çerçeve kanun-kod kanun ayrımının ortaya konabilmesi için öncelikle temel kanun ile kod kanun arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu amaçla Fransa’daki ve İspanya’daki organik kanun (loi organique) kavramına kısaca göz atmakta yarar vardır. Fransa’da Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar ile olağan kanunlar arasında üçüncü bir kanun türü vardır: *Organik kanun* olarak adlandırılan bu kanunlar, hem Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlardan, hem de olağan kanunlardan farklı bir yöntemle görüşülürler. Genellikle kamu güçlerinin örgütlenişine ve işleyişine ilişkin olan bu kanunlar, aslında bir tür Anayasa kuralı niteliğindedirler. Zaten, organik kanun çıkarılabilmesi için Anayasada açık bir hüküm bulunması zorunludur. Diğer bir anlatımla, organik kanun sadece Anayasanın yetki verdiği konularda çıkarılabilmektedir. Örneğin Fransız Anayasasının 25. maddesi, meclislerin görev süresinin, üye sayısının, ödeneklerinin seçilme koşullarının, seçilmeye engel durumların ve üyelikle bağdaşmayan işlerin organik bir kanunla belirleneceğini öngörmektedir. Ülkemizdeki temel kanundan farklı olarak, organik kanunların görüşme yöntemi de Anayasayla belirlenmiş durumdadır. Anayasanın 46. maddesine göre organik kanunlar sunulmalarından itibaren 15 gün geçmedikçe görüşülemezler. İki meclis arasında herhangi bir anlaşmazlık çıkması durumunda “mekik” yoluna gidildiğinde, millet meclisinin son kararı verebilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir. Senatoyu ilgilendiren ya da Fransa’da oturan Avrupa Birliği vatandaşlarına seçimlerde seçme ve seçilme hakkı

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

verilmesine ilişkin organik kanunlarda her iki meclisin aynı metin üzerinde anlaşması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kanunlarda, kanunmanın yürütmeyi yetkilendirmesi olanaksızdır. Organik kanunlar, yayınlanmadan önce Fransız Anayasa Konseyinin öndenetimine sunulurlar (Eroğul, 1997, s. 142-143). Burada dikkat edilecek olursa, organik kanunun ne olduğu Anayasa tarafından tanımlanmıştır. Eroğul'un dediği gibi, organik kanunlar "genellikle, kamu örgütlerinin örgütlenişine ve işleyişine ilişkin"dirler. İspanya Anayasası da Fransa'dakine benzer biçimde organik kanun ya da temel kanun kavramına yer vermiştir. Anayasanın 81. maddesine göre organik kanunlar şunlardır (Bakırcı, 2014, s. 50-51).

1. Temel hak ve kamusal özgürlüklerin kullanımına ilişkin kanunlar,
2. Özerklik Statüsü ile ilgili kanunlar,
3. Genel seçim sistemi,
4. Anayasayla açıkça belirlenmiş olan diğer kanunlar.

İspanya'da organik kanunlar Anayasayla sayılmakla kalmamış bu kanunların önemi dikkate alınarak bunlara çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin temel kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda Kanunma Kararnamesi (YK) ya da KHK çıkarılması kanunklanmıştır. Anayasa organik kanunların ve bunların değiştirilmesinin son oylamasında, Kongre üye tam sayısının salt çoğunluğunun aranmasını zorunlu kılmıştır. Diğer taraftan İçtüzük bunu tamamlayarak organik kanunların olağan kanunma yöntemlerine tabi olarak görüşülmesini zorunlu kılmış ve dolayısıyla bu kanunların acil görüşme yöntemiyle görüşülmesini kanunklamıştır (m. 131). Dolayısıyla organik kanun, Anayasada tanımlanan, önemi dolayısıyla KHK ya da YK konusu olamayacak, kabulü sırasında belli bir ağırlıklı çoğunluk aranacak ve hızlı görüşülemeyecek kanundur denebilir. Avusturya'da da Anayasal kanun adı altındaki kanunların görüşme yöntemi bakımından organik kanuna benzediği söylenebilir. Anayasal kanunlar, normlar hiyerarşisinde

Anayasa kurallarına denk olmakla ve bu yönüyle Fransa ve İspanya'daki organik kanundan ayrılmakla birlikte, hızlı görüşme yöntemine tabi tutulamamak bakımından organik kanuna yaklaşıp. (Bakırcı, 2013, s. 1193-1194)

16. 5. 1996 tarihli ve 424 sayılı TBMM Kararı ile 1973 İçtüzüğüne eklenen maddelerden biri *Temel Kanunlar* başlıklı 91 inci maddedir. Madde metni şöyledir:

*Temel kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü tespitine Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir.*

Bu kural, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamadığından işlerlik kazanamamış ve TBMM'nin 7.2.2001 günlü, 713 sayılı kararıyla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Temel kanunları, İçtüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü ile maddeler üzerinde önerge verilip verilemeyeceğinin tespitine Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir.

Buradaki ana değişiklik, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi zorunluluğunun, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilmesi olanağına dönüştürülmesidir. Böylece temel kanunun belirlenmesinde bütün siyasi parti gruplarının uzlaşmadığı durumlarda, iktidar partisi grubu/gruplarına temel kanunu belirleme yetkisi verilmektedir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Ancak madde, Anayasa Mahkemesi'nin E. 2001/129, K. 2002/24 sayılı ve 31.1.2002 günlü kararıyla iptal edilmiştir. TBMM, 10. 04. 2003 tarih ve 766 sayılı Kararının çerçeve 4 üncü maddesiyle, iptal edilmiş bulunan 91 inci maddeyi yeniden düzenlemişse de, bu düzenleme de Anayasa Mahkemesinin E. 2003/30, K. 2003/38 sayılı ve 29.4.2003 günlü kararıyla yeniden iptal edilmiştir. Kararda belirtildiği gibi, dava konusu 91. maddede, daha önce iptal edilen düzenlemeden farklı olarak, ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunları ibaresi yer almamış, özel görüşme ve oylama usulü, temel kanunların ve İçtüzüğü'nün bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirilmesiyle sınırlı tutulmuş ve eski düzenlemede olduğu gibi temel kanun tanımı yapılmamıştır. Ayrıca, belirtilen metinlerin bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağına Genel Kurul tarafından karar verilmesine ve bu durumda bölümlerin maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşülüp oylanmasına, bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde de o bölümün kabul edilen önergeler ile birlikte oylanmasına olanak tanınmıştır. Yine eski düzenlemeden farklı olarak, bir kanunun temel kanun olarak kabul edilebilmesi için, (Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde) sikanunl parti grubu önerisinin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi koşulu getirilmiştir. Böylece bir kanunun temel kanun olmasına, Genel Kurulun ağırlıklı çoğunlukla karar vermesi öngörülmekte ve temel kanunun belirlenmesi konusunda kısmi bir uzlaşma aranmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu ikinci iptal kararından sonra yeni bir değişiklik teklifi Anayasa Komisyonunda görüşülerek Genel Kurula gönderilmiştir. Komisyon tarafından kabul edilen yeni düzenlemede maddenin başlığı da temel kanun olmaktan çıkarılmış ve temel kanun, içerikte yapılmak isteneni ifade eden doğru bir adlandırmayla *kapsamlı kanunun* görüşülmesine dönüştürülmüştür. Bir kanunun kapsamlı kanun sayılabilmesi için en az 40 maddeli olması önkoşulu getirilmiştir. Ancak bu maddenin Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen E. 2003/30, K. 2003/38 sayılı ve 29.4.2003 günlü Kararının

gerekçesi açıklandığından maddenin Anayasaya aykırılığını gidermek bakımından, bu düzenlemeden vazgeçilmiş ve Anayasa Mahkemesinin çizdiği çerçeve, tanım olarak olduğu gibi maddeye aktarılmıştır. Anayasa Mahkemesi Kararı dikkate alınarak hazırlanan ve TBMM'nin 30/06/2005 tarih ve 855 sayılı Kararıyla kabul edilen düzenleme şöyledir:

### Temel Kanunlar

Madde 91- a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arası maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki kanunlaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İttüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır./Milletvekilleri, esas komisyon veya hükümet değişiklik önerileri verebilir. Milletvekilleri tarafından, Anayasaya aykırılık önerileri dahil her madde için iki önerge verilebilir./Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi onbeş dakika ile sınırlıdır./ 81 inci maddenin diğer hükümleri saklıdır./ b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen kanunma yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir.

Bu düzenleme daha sonra yeniden AYM'nin önüne götürülmüş ve AYM esas itibarıyla düzenlemeyi uygun bulsa da siyasi parti gruplarına önerge hakkı tanınmamış olmasını Anayasa'ya aykırı bulmuş ve sözkonusu cümleyi E. 2005/74,



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

K. 2005/73 sayılı ve 26.10.2005 günlü kararı ile iptal etmiştir. Bunun üzerine TBMM 31/1/2007 tarihli ve 884 sayılı kararıyla maddeye bugün de yürürlükte olan son şeklini vermiştir. Madde bugün şöyledir:

### Temel kanunlar

MADDE 91- a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki kanunlaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır./ Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önerileri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önerileri dahil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır./ Yeni bir madde olarak görüşülmesine komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler ile yeniden görüşülmesine karar verilen maddeler üzerinde görüşme açılır ve bu maddede belirtilen sayıda önerge verilebilir./Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, onbeş dakika ile sınırlıdır./Diğer hükümler saklıdır./ b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen kanunma yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir.



Görüldüğü gibi son düzenleme bir önceki düzenlemeden çok büyük farklılıklar taşımamaktadır, büyük ölçüde önceki düzenlemenin tekrarı niteliğindedir.

Özetle 1996 yılında İçtüzüğe eklenen temel kanun düzenlemesi işlerlik kazanamadığından 2001 yılında değişikliğe uğratılmış ve 2002 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Madde 2003 yılında yeniden düzenlenmiş ve ikinci kez iptal edilmiştir. 2005 yılında dördüncü kez kabul edilen madde AYM tarafından üçüncü kez iptal edilmiştir. Son olarak 2007 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan düzenlemenin yukarıda aktarılan organik kanunlarla bir benzerliği yoktur. Burada amaçlanan şey, aslında komisyonun metnindeki başlıkta ifade edildiği gibi, kapsamlı kanunların hızlı şekilde görüşülmesini sağlamaktır.

Sabuncu, temel kanun, içtüzük ve kapsamlı değişiklik getiren bazı kanunların uzun ve ayrıntılı olabileceklerini; dolayısıyla bunların Genel Kurulda görüşülmesinin çok zaman alabileceğini ve bu nedenle de bu kanunların özel görüşme yöntemiyle görüşülmesine izin verildiğini belirtmektedir (Sabuncu, 2005, s. 187). Gerçekten de maddenin 1996 yılından 2007 yılına kadar olan serüveni dikkatlice incelendiğinde, amacın başlıkta belirtildiği gibi temel kanunların görüşülmesi olmadığı görülmektedir. Bu görüşme yönteminin uygulanmasına neden olan yapılacak değişikliğin uzun bir görüşme süresini gerektirip gerektirmediğidir. Yukarıda aktarılan Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde bu durum çok açık görülmektedir. Nitekim Komisyon metninde maddenin başlığı da temel kanun yerine kapsamlı kanunların görüşülmesi olarak değiştirilmiştir. Buradaki amaç, özel önemdeki bir kanunun, özel görüşme yöntemiyle görüşülmesini sağlamak değildir. Kanunların hacimli olması halinde, mevcut görüşme yöntemine ilişkin kurallar uygulandığında, çok önemli miktarda zaman gerekebilir. Bu zaman miktarı kimi zaman aylarla ve yıllarla ifade edilebilir. İşte bu tür büyük hacimli kanunları hızlı görüşebilmek için öngörülen yöntem, temel kanun yöntemidir ve bu kavram aslında yapılmak istenen şeyi ifade etmemekte-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

dir. Çünkü Avrupa örneklerinde temel kanun ya da organik kanun hızlı görüşülmesi olanaklı olmayan ve belli bir süreci izlemesi zorunlu olan kanun olarak tanımlanmaktadır. Burada ise tam tersine temel kanun hızlı görüşülecek kanun demektir. Temel kanunun belirlenmesinde içeriğinin hiçbir önemi yoktur. Nitekim birden çok alanda düzenleme yapan torba kanunlar bile çoğunlukla temel kanun olarak görüşülmektedir. Dolayısıyla maddenin başlangıcında ifade edilen bir hukuk dalını sistematik olarak değiştirmek, genel ilkeler içermek...vs. temel kanun uygulamasında geçerliliği olmayan ibarelerdir. Temel kanun kararını verecek olan Genel Kurul çoğunluğudur; Genel Kurul'da çoğunluğu sağlayan her sikanun parti her kanun tasarısı ya da teklifini temel kanun olarak görüşürme imkanına sahiptir. Bu yüzden de maddenin başlığının hızlı görüşürme kararı olarak değiştirilmesinde yarar vardır.

Temel kanunla ilgili olarak yerleşik hale gelen teamül şöyledir: İktidar grupları temel kanun olarak görüşürmek istedikleri kanun tasarısı ve tekliflerine ilişkin önerilerini Danışma Kurulu'na götürmekte ve burada uzlaşma sağlanamaması halinde bu önerileri Genel Kurul'a taşımaktadırlar. Bu öneride tasarısı ya da teklifin kaç bölüm olarak görüşüleceği, her bölümde kaç madde olacağı, her bölümün hangi maddeleri kapsayacağı yer almaktadır. Danışma Kurulu'nun ya da Danışma Kurulu'nda karar alınamaması halinde siyasi parti grup önerisinin Genel Kurul'da kabul edilmesiyle bir tasarısı ya da teklif temel kanun olarak görüşülmektedir. Temel kanunlarla diğer kanunların görüşülme yöntemi arasındaki en temel fark, temel kanunlarda her bir bölümün bir madde olarak görüşülmesidir. Örneğin eğer bir bölüm 25 maddeden oluşuyorsa, 25 madde görüşmesi yerine tek bir madde görüşmesi yapılmaktadır. Böylece 25 kez tekrarlanan bir işlem teke indirilmiş ve zaman tasarrufu sağlanmış olmaktadır. Temel kanunların görüşülme yönteminin olağan görüşme yönteminden ikinci farkı soru cevap süresidir. Maddeler üzerinde görüşme yapılırken görüşmeler bittikten sonra 10 dakikalık soru cevap işlemi yapılırken, temel kanunlarda bu süre 15 dakikadır; her bölümün görüşmeleri bittikten sonra 10 dakika yerine 15 dakikalık soru

cevap işlemi yapılmaktadır. Temel kanunları görüşme yöntemi ile olağan görüşme yöntemi arasındaki üçüncü ve son fark önerge sayısı konusundadır. Olağan görüşme yönteminde her madde üzerinde en fazla 7 önerge verilebilirken, temel kanunlarda her madde üzerinde en fazla 2 önerge verilebilmektedir.

Torba kanunlar genellikle çok sayıda madde içermektedirler ve bundan dolayı da hızlı görüşme yöntemi olarak bilinen temel kanun uygulamasına tabi tutulmaktadır. Başka bir anlatımla torba kanunlar çok sayıda madde içerdiklerinden genellikle temel kanun olarak görüşülmektedirler. Böylece torba kanun uygulamasının avantajları, tasarı görünümlü teklif ve temel kanun uygulamasının avantajları ile birleştirilerek avantajlar katlanmış olmaktadır.

Kanunma sürecini hızlandıran bu üç araç bir arada kullanıldığında, birçok konunun ayrıntılı olarak görüşülmeden, olgunlaştırılmadan hızlı bir şekilde kanunlaştırıldığı görülmektedir. Belli bir açıdan bakıldığında bu durum usul ekonomisi kapsamında değerlendirilse de, bir başka açıdan kanunma sürecinin etkisizleştirilmesi olarak görülebilir.

#### *Kanunmanın Etkisizleştirilmesine Karşı Yüksek Yargı Güvencesi*

Kanunma sürecinin, yürütmenin müdahaleleriyle etkisizleştirilmesine karşı en etkili güvence yargı denetimi ve özellikle Anayasa Mahkemesinin (AYM) denetimidir. İkinci Dünya Savaşı yılları öncesinde kurulan totaliter yönetimler Savaştan sonra yıkılmış ve bu tür yönetimlerin tekrarlanmaması için bir çok ülkede Anayasa mahkemeleri kurulmuştur. İşin ilginç yönü bu totaliter ya da faşist yönetimlerin dönemlerinde kurulmuş bulunan hukuksal çerçeveyi kullanarak iktidara gelmeleri ve iktidarı sırasında bu çerçeveyi dönüştürmeleridir. Buna en iyi örnek Almanya'daki Hitler örneğidir. Almanya'da, Hitler 23 Mart 1933'te Parlamentonun önüne *Yetki Kanunu Tasarısı (Ermaechtigungsgesetz)* olarak bilinen ve açık adı *Halkta ve Almanya'daki Sıkıntının Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısını (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)* getirdi. Kanun beş kısa maddeye sahipti: 1. Kanunma yetkisinin 4 yıllığına ka-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

bineye devri, 2. Bütçenin denetimi, 3. Yabancı devletlerle yapılacak antlaşmaların onayı, 4. Anayasanın değiştirilmesi yetkisi parlamentodan alınarak kabineye verilecekti. 5. Kanun tasarıları kabine yerine Başbakan tarafından hazırlanacak ve bunlar Anayasaya aykırı olabilecekti. Hitler tasarının sunumunun ardından yaptığı konuşmada, alay edercesine, bu yetkinin kullanılmasına aslında fazla gerek olmayacağını, parlamentonun durumunu sarsacak hiçbir kanun çıkarılmayacağını ve Cumhurbaşkanı'nun yetkilerinin olduğu gibi kalacağı belirtmiştir. Oylamanın sonucuna göre yetki kanunu 84 sosyal demokrat milletvekilinin ret oyuna karşılık 441 kabul oyuyla kabul edilmiştir. Bu kanunla Weimar Cumhuriyeti son bulmuş ve Hitler Alman İmparatorluğunun diktatörü olmuştur. Ancak bu yetki kanununun çıkmasından önce bu kanunun çıkarılabilip çıkarılmayacağı ciddi biçimde tartışılmış ve bu tartışmalarda kanunun çıkarılmayacağı endişesiyle çeşitli önlemler önerilmiştir. Önerilen önlemlerden kabul edilerek uygulananı bir içtüzük değişikliğidir. Armağan bu konuda şunları söylemektedir (Armağan, 1972, s. 19):

*Bu (yetkilendirme) kanununun kabulü ile Parlamentonun Weimar Cumhuriyeti'nin Anayasa hudutlarını havaya uçurduğu söylenmektedir. Bu görüşte isabet olmakla beraber, hakikatte, bu kanunun kabulünden evvel, mezkur içtüzük değişikliği ile, Weimar Cumhuriyeti'nin Anayasa Hukukuna ihanet edildiği söylenebilir.*

Bu içtüzük değişikliği gerçekten çok önemlidir. Çünkü diktatörlüğün ilan edilmesine dayanak oluşturacak olan yetkilendirme kanununun Nasyonal Sosyalistlerin (NSDAP) parlamentodaki mevcut çoğunluklarıyla kabul edilmesi olanaklı değildir. 5 Mart 1933 tarihinde yapılan Reichstag seçimlerinde NSDAP oyların yaklaşık %44'ünü almış ve 288 milletvekili çıkarmıştır. Milli Halk Partisi (Milliyetçiler) ise oyların %8'ini alarak 52 milletvekili çıkarmışlardır. Bu sonuçlara göre Nasyonal Sosyalistlerle Milliyetçiler parlamentonun 647 sandalyesinden 340'ına sahip olmuşlardır. Bu NSDAP+Milliyetçiler bloğunun parlamentoda salt çoğunluğa sahip oldukları ve salt çoğunluk olan 324 sayısını 16 üyeye aştıklarını gösterir. Ancak

söz konusu olan bir Anayasa değişikliğidir ve yürürlükte olan Weimar Anayasası'nın 76. maddesi şöyledir:

Anayasa kanunma tarafından değiştirilebilir. Anayasa değişiklikleri üye tamsayısının üçte ikisinin toplantıya katılması ve toplantıya katılanların üçte ikisinin değişiklik lehine oy kullanmasıyla olanaklıdır.

Buna göre toplantı yetersayısı, üye tamsayısının üçte ikisi ve karar yetersayısı, toplantıya katılanların üçte ikisidir. Bu düzenlemelere göre Anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için parlamentonun en az 432 üye ile toplanması ve 432 kişi ile toplandığı durumda, 288 kişinin değişiklik lehinde karar vermesi gerekiyordu. Dolayısıyla ortada iki tehlike bulunmaktadır. Bu tehlikelerden birincisi ve aşılamaz görüneni muhalefet milletvekillerinin toplantıya katılmamaları ve bu yolla toplantı yetersayısının bulunmasının engellenmesi (*Obstruktion: İnsidad-ı müzakere, tıkaç*) idi. Gerçekten de Nazi ittifakının sayısı 340 idi ve 340 üye ile Anayasa değişikliği için gereken toplantı yetersayısının bulunması olanaksızdı. Çünkü toplantı yetersayısı 432 idi ve toplantının başlayabilmesi için toplantıya en az 92 üyenin daha katılması gerekiyordu. Bu dönemde Komünist Parti milletvekilleri tutuklu olduklarından zaten toplantıya katılacak üye sayısı düşmüş durumdaydı. Sosyal Demokrat Parti, sadece Bavyera Halk Partisinin katılmamasını sağlayarak toplantıyı engelleyebilirdi ve bu ciddi bir olasılıktı. Tehlikenin ikincisi, toplantı yetersayısı bulunsa bile toplantıya katılanların üçte ikisinin çoğunluğunun sağlanması sorunuydu. Gerçi 81 Komünist Partisi milletvekilinin "ortada bulunmayışı" ve toplantılara katılarak oy kullanamaması karar yetersayısının bulunmasını kolaylaştırıyordu. Çünkü red oyu kullanacak üyelerin toplantıda bulunması, iktidardakiler için bulunması gereken kabul oyu sayısını artırıyordu. Komünist Parti katılmadığı halde bile Sosyal Demokrat Parti milletvekillerinin toplantıya katılarak red oyu kullanmaları halinde üçte iki çoğunluğun bulunması kıl payı kaçıyordu. Goering yapılan hesaplamalara göre bir muhalefet milletvekilinin olmamasıyla üçte iki çoğunluğun sağlanabileceğini ve bu nedenle "birkaç

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Sosyal Demokrati Reichstag'a sokmamakla" sorunun çözülebileceğini belirtmekteydi. Gerçi Katolik Merkezin de desteği alınabilirdi, ama onların istediği birtakım garantiler vardı. Burada, dikkat edilirse, ikinci tehlikenin aşılmasının çeşitli yolları bulunmaktadır: Bazı partilerle anlaşma yapmak, komünist milletvekilleri gibi sosyal demokrat milletvekillerini de tutuklamak ya da içeri sokmamak vb. Çünkü toplantı yetersayısı sağlandıktan sonra red oyu kullanacakların sayısını azaltmak yeterli olacaktır ki bu olanaklıdır. Ancak birinci tehlikenin aşılmasının bir yolu bulunmamaktadır, çünkü toplantının yapılabilmesi için gerekli sayıda milletvekilini bulmanın olanağı yoktur. İşte bütün bu sorunları kökünden çözecek bir içtüzük değişikliği önerisi İçişleri Bakanı ile Reichstag Grup Başkanı Frick'ten gelecektir. Bu sözlü öneri üzerine, Frick ile Alman Milli Halk Partisi Grup Başkanı Oberfohren bir değişiklik önerisi hazırladılar. İchtüzük değişiklik önerisi temel olarak iki maddeye ilişkindir: İchtüzüğe yeni bir madde eklenmesi ve bir maddenin değiştirilmesi önerilmektedir. Öneride 2. maddeye, 2 (a) maddesinin eklenmesi istenmektedir. Öneriye göre başkana, izin ve hastalık hali dışında kurul toplantısına ya da komisyon toplantısına ya da oylamaya katılmayan milletvekillerine, 60 oturuma kadar görüşmelere katılmaktan men edilme cezası verme yetkisi veriliyordu. İzin için parlamento başkanına başvurulacak ve o izin vermezse toplantılara katılmama sözkonusu olamayacaktır. Ancak asıl amaçlanan değişiklik 93 üncü maddede yapılmıştı. Buna göre 2 (a) maddesi gereğince görüşmelerden uzaklaştırılmış olanlar, yani izinli olmadan toplantılara ya da oylamalara katılmayan milletvekilleri toplantıda var sayılacaklardı. Bu durumda örneğin "ortada bulunmayan" Komünist Partisi milletvekilleri, toplantıda var sayılacaklardı. Dolayısıyla toplantı yetersayısının bulunmaması nedeniyle Anayasa değişikliğinin yapılamaması diye bir sorun kalmamış oluyordu. Çünkü başkan tarafından izin verilmediği sürece, her üyenin toplantıda olduğu varsayılıyordu. Bu durumda toplantılara katılmayarak toplantıları engelleme yolu tümüyle kapatılmış oluyordu. Bu değişiklik önerisine İchtüzük komisyonunda merkez partiler itiraz etmemiştir. Sadece

Sosyal Demokrat Partiden bir üye, değişikliğin amacına dikkat çekmiştir. Milletvekiline göre, Nasyonal Sosyalistler 1931 yılı başında Alman Milliyetçileri ile birlikte başvurdukları ve parlamentodaki mücadele yöntemlerinden biri olan insidad-ı müzakere yöntemini ortadan kaldırmak istemişlerdir. Dolayısıyla bu değişiklik parlamenter sisteme açık bir ihanet ve maddi ve biçimsel Anayasa hukukunun değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu itiraz üzerine NSDAP milletvekilleri içtüzük değişikliği ile bir Anayasa değişikliğinin “asla sözkonusu olmayacağını” söylemişlerdir. NSDAP ve diğer merkez partileri sözcüleri, Anayasa değişikliğinin ne içtüzük komisyonunda ne de Reichstag’da görüşüleceğini; bunun görüşme yerinin Devlet Adalet Divanı olduğunu ifade etmişlerdir. Bu görüşmelerden sonra Komisyon 23 Mart 1933 tarihinde, sosyal demokratların muhalefetine rağmen içtüzük değişikliğini kabul etmiştir. Böylece hem insidad-ı müzakereye engel olunmakta ve hem de parlamento karar çoğunluğunun sağlanmasına yönelik önlem alınmış olmaktadır. Bu değişikliğin ne kadar masum olduğunu anlamak için Anayasa değişikliğinin yapıldığı ya da diğer anlatımla yetkilendirme kanununun çıkarıldığı tarihe bakmak yeterlidir: 23 Mart 1933. Diğer bir anlatımla içtüzük değişikliğinin yapıldığı gün, komisyonda bir Anayasa değişikliğinin sözkonusu bile olmadığını kesin bir dille ifade edilmesine rağmen Anayasa değişikliği de gerçekleştirilmiş ve Weimar Cumhuriyeti fiilen son bularak Nazi diktatörlüğü kurulmuştur. Özetle İçtüzük değişikliğinin yapıldığı gün, yukarıda sözü edilen beş maddelik yetki kanunu çıkarılmış ve Weimar Cumhuriyeti’ne son verilmiştir.

Batı demokrasileri faşizmin yenilgisinden sonra, bu tür olaylarla bir daha karşılaşmamak ve demokratik sistemlerini güvence altına almak için Anayasa mahkemeleri kurmuşlardır. Anayasa mahkemeleri Anayasal çerçevenin dışına taşmayı önleyen birer denetim mekanizması olarak tasarlanmıştır.

Ülkemizde 1961 Anayasası geçmiş döneme bir tepki olarak bir AYM kurulmasını öngörmüştür. 1961 Anayasasının 147. maddesine göre AYM, kanunların ve TBMM İçtüzükleri-



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

nin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmişti. Anayasa'nın 150. maddesine göre doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, içtüzüğün Resmi Gazete'de yayımından başlayarak 90 gündür. Diğer taraftan 1961 Anayasası'nda dava açma yetkisine sahip olan kişi ve kurumlar son derece geniş tutulmuştur . Buna göre,

- Cumhurbaşkanı,
- Son seçimlerde oyların en az yüzde onunu alan sikanunl partiler,
- TBMM'de temsilcisi bulunan sikanunl partiler,
- Siyasi parti grupları,
- Kanunma meclislerinin üye tamsayılarının 1/6'sı,
- Kendi varlık alanlarını ilgilendiren konularda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Üniversiteler,

kanunların veya TBMM İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açabilirlerdi. Anayasa, iptal davasını, şekil ve esas bakımından olmak üzere gruplara da ayırmamıştı. Bu nedenle de AYM, bu dönemde normları önce biçim açısından ele almakta ve burada bir aykırılık görmemesi durumunda esas denetimine geçmekteydi (Sabuncu, 2005, s. 280). AYM, şekil yönünden iptale karar verdiğinde ayrıca esasa ilişkin denetim yapmamaktaydı (Teziç E. , 2013, s. 224). Çünkü yöntemine uyulmadan çıkarılmış olan bir kanun, esas bakımından Anayasa'ya uygun olsa bile, yapılış yöntemi bakımından hukuka aykırı olmaya devam edecekti. Görüldüğü gibi 1961 Anayasası hem başvuru süresini uzun ve başvurulacak kurum ve kişi sayısını geniş tutmuş, hem de şekil-esas ayrımı yapmamıştır. AYM, Anayasa'nın bu konuda sessiz kalışını geliştirdiği bir yorumla doldurmuş ve her iptal davasında esasa ilişkin inceleme yapmadan önce şekle ilişkin bir inceleme yapmıştır. Bu da kapsamlı bir şekil denetimi yapılmasını sağlamıştır. Bu



dönemde içtüzüğe ya da Anayasaya aykırı uygulamaların ve bu uygulamalara dayalı olarak çıkarılan kanunların iptal edilmesinde hiçbir sorun yaşanmamıştır. Ancak Mahkeme'nin içtüzüğe aykırı her uygulamayı bir iptal nedeni kabul ettiği sanılmamasın. AYM bu dönemde şekil bakımından yaptığı denetimde şöyle bir mantık yürütmüştür: Bütün içtüzük kuralları aynı değerde değildir. Kaynağını Anayasadan alan içtüzük kuralları ile Anayasal dayanağı bulunmayan içtüzük kuralları arasında ayırım yapılmalıdır. Anayasal dayanağı olmayan, ancak içtüzük kurallarına aykırı olarak yapılan uygulamalar iptal nedeni sayılmazlar. Çünkü bunları iptal nedeni saymak, kanunma meclislerinin işleyişinde şekil kurallarına gereğinden fazla itibar etmek ve kanunma meclislerinin çalışmalarını aksatmak anlamına gelir. Dolayısıyla sadece bir içtüzük kuralına aykırı olan bir uygulamanın ve bu uygulamaya dayanarak çıkarılan kanunun iptal edilmemesi gerekir. Ancak Anayasada dayanağı olan içtüzük kuralları bakımından aynı şey söylenemez. Çünkü bu durumda Anayasaya aykırı bir kurala dayalı olarak kanun çıkarılmış olur ki Anayasaya aykırı bir usulle yapılan kanunun da iptal edilmesi gerekir (Bakırcı, 2014, s. 264). 1961 Anayasası döneminde AYM, sadece içtüzüklerin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle kalmayıp, içtüzüklerin Anayasaya aykırı biçimde uygulanmasının denetimini de, kanunların biçim açısından denetlenmesi yoluyla yapmaktaydı. Anayasa'da kanunların esas ya da şekil bakımında denetlenmesi arasında bir ayırım yapılmadığından, AYM, içtüzük kurallarına uyulmadan çıkarılan bir kanununu şekil açısından iptal edebilmekteydi. Gerçi AYM bu tür kararlarında, çoğu zaman, olayın özelliğini dikkate almakta; çığneden içtüzük kuralının aynı zamanda bir Anayasa kuralı olup olmadığına ya da bu kuralın Anayasa'da bir dayanağı bulunup bulunmadığına bakmakta ve sakatlığın iptali gerektirecek ağırlıkta olup olmadığını incelemekteydi. AYM'nin bu tür kararları, içtüzük kurallarının ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmakta, kanunma organının içtüzük kurallarına ve hukuka uygun davranmasını sağlamakta, içtüzük kurallarının yorumlanması konusunda kanunma organına ışık tutmaktaydı. AYM'nin, bu tür bir denetimi yapabiliyor olması,

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

uygulamayı yönlendirmesi, hukuk dışı davranmayı önlemesi ve uygulayıcılara ışık tutması bakımından oldukça yararlı olmuştur. (Bakırcı, 2000, s. 29-30)

1961 Anayasası'nda 20.09.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla kapsamlı sayılabilecek ve 1961 Anayasası'nın özünü etkileyen değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda yapılan ve konumuzu ilgilendiren değişikliklerden birisi Anayasa değişikliklerinin de AYM denetiminin kapsamına alınmasıdır. 1971 değişiklikleriyle Anayasa değişikliklerinin AYM tarafından denetimine açıkça yer verilmiştir. Ancak AYM'ye verilen denetim yetkisi sadece şekil bakımından denetimdir. Anayasa'nın 147. maddesinde yapılan değişikliğe göre AYM, Anayasa değişikliklerini sadece Anayasada gösterilen şekil şartları açısından denetleyebilecektir. Bu değişikliğin konumuz açısından önemi, Anayasa değişikliklerinin de denetim kapsamına alınmış olması değil, Anayasa'da ilk defa şekil ve esas denetimi arasında ayırım yapılmış olmasıdır. Kuşkusuz Anayasa değişikliklerinin denetimiyle ilgili bu yeni düzenleme önemlidir, ama burada incelenen konu açısından önemli olan şekil denetiminin ilk defa Anayasa'ya girmiş olmasıdır. Bundan sonraki 1982 Anayasası bu ayrımı kabul ederek genişletmiştir ve şekil denetiminin içeriğini hem kanunlar, hem de Anayasa için ayrı ayrı belirlemiştir. Burada bir yanlış anlamamanın oluşmasını önlemek bakımından, tekrar edilmelidir ki AYM 1980 Askeri darbesine kadar geçen dönemde kanunların şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluk denetimini yapmaya devam etmiştir. Anayasa değişikliklerinin kapsama alınmış olmasının, kanunların Anayasaya uygunluk denetimi üzerinde bir etkisi olmamıştır.

1982 Anayasası, 1971 yılında Anayasa değişikliği ile sınırlı olarak getirilen şekil denetimiyle ilgili kuralı, kanunları da kapsayacak biçimde genişletmiş, ancak, getirdiği farklı tanımlamalarla denetim kapsamını iyice daraltmıştır. 148. maddeye göre,

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde karar-namelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.

Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.../ Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla ileri sürülemez.

Kural incelendiğinde, 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'ndan farklı olarak kanunların şekil bakımından denetimini düzenlediği görülür. Ancak şekil denetiminin denetim kapsamına alınmış olması, bu denetimi güçlendirmeyi, genişletmeyi, Anayasal güvence kapsamına almayı değil, şekil denetimini sınırlamayı hedeflemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi 1961 Anayasası böyle bir ayırım yapmadığı halde, AYM, kararlarında bu tür bir ayırım yapmıştır. 1982 Anayasası bu ayırımı kendisi yapmış ve şekil bakımından denetimi değişik yönlerden sınırlamaya tabi tutmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki esas bakımından denetim yönünden de iki Anayasa arasında fark vardır ve 1982 Anayasası daha daraltıcı olmuştur. Ancak bu makalenin konusu dolayısıyla sadece şekil bakımından denetime getirilen sınırlamalar üzerinde durulacaktır. Anayasa şekil bakımından denetimi, esas bakımından denetime göre üç yönden sınırlamıştır:

### **1) Başvuru yapabilenler açısından:**

Anayasanın 150. maddesi şekil ve esas bakımından iptal davası açma hakkını,

- Cumhurbaşkanına,
  - İktidar ve ana muhalefet partileri meclis gruplarına,
  - TBMM üye tamsayısının 1/5' ine,
- vermiştir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

148. maddenin ikinci fıkrası ise şekil bakımından denetle-  
menin ancak,

- Cumhurbaşkanı,
- TBMM üye tamsayısının 1/5'i

tarafından istenebileceği belirtilmiştir.

Dolayısıyla iktidar ve ana muhalefet partileri meclis grup-  
larının şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açamayacaklarını  
kabul etmek gerekir.

### 2) Başvuru süresi açısından,

Esasa dayalı iptal davası açma süresi, Anayasanın 151. mad-  
desine göre, yayımlanma tarihinden itibaren 60 gün iken 148.  
maddeye göre şekil bozukluğuna dayalı iptal davası yayım-  
lanma tarihinden itibaren 10 gündür. Dolayısıyla şekil bozuk-  
luğuna dayalı iptal davalarının önemli bir zaman kısıtı altında  
olduğunu söylemek gerekir.

### 3) İçerik açısından,

Anayasanın 148. maddesi şekil bakımından denetimi, ka-  
nunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ve Anayasa değişikliklerinde teklif ve oylama çoğunlu-  
ğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarının yerine getirilmesiyle  
sınırlamıştır. Bu durumda kanunların yapılması sırasında,  
maddelerin oylanması dahil olmak üzere yöntem kurallarına  
uymama, kanunların şekil bakımından bozma nedeni olmayaca-  
ktır.

1982 Anayasası'nda şekil denetimine getirilen bu sınırlama-  
lar maddenin gerekçesinde de desteklenmiş ve Anayasa ko-  
yucunun, AYM'ye kapsamlı bir şekil denetimi yapma yetkisi  
vermek istemediği Danışma Meclisi gerekçesinde açıkça or-  
taya konmuştur. Danışma Meclisinin kabul ettiği metnin 148.  
maddesinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

....1961 Anayasasından farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani öndenetime tabi tutulmasıdır./Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesince süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür./Tatbikatta sık sık ileri sürülen iddialara göre bir siyasî parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa, kanunma meclisinin hem toplanma ve hem karar yeter sayılarına etkili olacak hareketlerde bulunmakta ve çıkacak kanunun şeklen bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir. Bu tür bozuklukların öndenetim yoluyla kısa zamanda incelenip sonuçlandırılmasında kamu yararı düşünülmüştür.

Getirilen ikinci bir yenilik, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağıdır. Son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ Genel Kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.

Bu kuraldaki sınırlamalardan sonra AYM, içtüzük kurallarına uyulmadan çıkarılmış kanunların Anayasaya biçim açısından uygun olup olmadıklarını uzun süre incelememiş ve 1982 Anayasasının bu konudaki sınırlayıcı hükümlerini gerekçe göstererek bu yöndeki iptal taleplerini reddetmiştir. Diğer taraftan AYM'ne dava açma yetkisine sahip olanlar da bu durumu dikkate alarak şekil bozukluğuna dayalı çok az sayıda dava açmışlardır. Başka bir anlatımla bu dönemde hem AYM hem de taraflar, Anayasa'nın bu kuralını gerekçesi doğrultusunda yorumlamışlardır ve bundan dolayı da bu dönemin ilk on yılında şekil bozukluğuna dayalı herhangi bir iptal kararı

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

verilmemiştir. Bunun sonucu olarak da 1982 Anayasası sonrasında, on yıla yakın bir zaman diliminde, AYM'nin İçtüzüğüne uygulanmasına ilişkin değerlendirme yaptığı çok az sayıda kararına rastlanmaktadır. Mahkeme şekil açısından denetim yapılmasını içeren az sayıda istemi de, bu dönemde maddeyi dar yorumlayarak cevaplandırmıştır. AYM bu dönemde dava-ya bakmak için davanın 10 günlük sürede açılmasını aramış ve sadece son oylamanın değerlendirmesiyle yetinmiştir.

AYM 90'lı yılların başlarında yeni bir yorum yöntemi benimseyerek, 1982 Anayasası öncesi dönemdekine benzeyen bir şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Mahkemenin 12.12.1991 tarihli E. 1991/27 ve K. 1991/50 sayılı kararı bu bağlamda tam bir dönüm noktasını temsil etmektedir. AYM Kararının konusu olan olayda bir Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarılmasına olanak tanıyan bir yetki kanunı, ilgili komisyonda görüşüldükten sonra Danışma Kurulu kararıyla 48 saatlik süre geçmeden gündeme alınmış ve sırası değiştirilerek ilk sıraya geçirilmiştir. AYM, Danışma Kurulunun bir tasarının sırasında değişiklik önermeye yetkili olduğunu, ancak 48 saatlik süre dolmadan gündeme almayı önermeye yetkili olmadığını, bu yetkinin hükümet veya esas komisyonda olduğunu belirterek İçtüzüğe aykırı bir uygulama saptamıştır. AYM'nin bu karar öncesindeki kararlarında yaptığı yorum, bu tür bozuklukların şekil bozukluğu olduğu ve kendisinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı dışında bir şekil denetimi yapmaya yetkili olmadığı yönündeydi. Mahkeme bu kararında yeni bir yorum yöntemiyle, şekil denetimini, 1961 Anayasası dönemine benzer bir sonuç doğuracak biçimde yeniden yapmaya başlamıştır. Mahkemenin yeniden biçim denetimi yapmasına olanak tanıyan ibare, *eylemli içtüzük değişikliği* ya da *eylemli içtüzük kuralı* ibaresidir. Mahkeme kararında şöyle demektedir:

... tasarının kırksekiz saatlik süre beklenmeden görüşülebilmesi için önerinin mutlaka Hükümetçe ya da esas komisyonca yapılması gerekmektedir. Bunun dışındaki bir organca öneride bulunabilmesi, İçtüzük değişikliğini gerektirir. Çünkü, içtüzü-

ğün herhangi bir maddesinde buna olur veren bir düzenleme bulunmamaktadır. İctüzüğün kanun tasarılarının görüşülmesine ilişkin öngördüğü yöntemden farklı bir biçimde oluşturulan dava konusu TBMM kararı, doğrudan Meclis'in çalışma yöntem ve esasları ile ilgili bulunmakta ve 53. maddeyi değiştirir nitelik taşımaktadır. Böyle bir uygulamanın, içtüzük değişikliği olarak görülmemesi TBMM'nin çalışmalarında içtüzükteki kurallara uyma zorunluluğunu giderek zayıflatacak ve bu da eylemli uygulamaların yerleşik duruma geçmesine neden olacaktır./Bu karar alınırken içtüzüğün değiştirilmesine ilişkin, yine 157. maddedeki yöntem uymaması da bir kararın çözümlediği konunun ve gördüğü işin açık ve kesin anlamı, o karara içtüzük kuralı niteliği kazandırmaya yeterli olmakta; kararın alınmasında içtüzüğün değiştirilmesine ilişkin yöntem uymaması kararın niceliğini değiştirmemektedir./Öte yandan, bu tür kararların belirli bir olaya ilişkin olarak alındığı, sürekli biçimde içtüzüğe bir kural getirmediği, bu nedenle içtüzük düzenlemesi niteliğinde görülmeyeceği savunması ile sürülemez. (Vurgular bana ait)

AYM böylece bu kararıyla, ilk defa parlamento hukukumuzda eylemli içtüzük değişikliği kavramını sokmuş ve yeni bir uygulamanın önünü açmıştır. Şimdi bu karardan hareketle ibare üzerinde biraz daha durmakta yarar vardır.

AYM 1991 yılında vazgeçtiği daraltıcı yorumdan sonra, yaklaşık 20 yıl boyunca, dolaylı bir şekil denetimi yapmıştır. Bu yorum, maddenin aksi yöndeki gerekçesine rağmen, bir bakıma Anayasa'daki şekil denetimine ilişkin sınırlamaların dolaylı bir yoldan aşılmasını sağlamıştır. Dolayısıyla 1961-2008 arasındaki yaklaşık yarım asır boyunca 1982-1991 arası hariç olmak üzere benzer bir şekil denetiminin yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM 25/12/2008 tarihinde verdiği E. 2008/71, K. 2008/183 sayılı kararında içtüzükte değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik daha sonra 17.01.2013 tarihli ve E. 2012/19, K. 2013/17 sayılı kararda neredeyse aynı sözcüklerle tekrar edilmiştir. AYM bu iki karar arasında 24/5/2012 tarihli E. 2012/48, K. 2012/75 sayılı



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

lı kararında aynı içtihadı tekrarlamıştır. Buradan yola çıkarak AYM'nin 1982 sonrası uygulamasına yeniden başladığı sonucu çıkarılabilir.

### *Sonuç Yerine*

Kanunma sürecinin hızlandırılması, toplumların giderek daha fazla kanunuya ihtiyaç duymalarının sonucu olan bir gereksinim olarak kabul edilebilir. Ancak kanunma sürecinin rasyonelleştirme teknikleri kullanılmadan kısaltılması ve hızlandırılması kanunların yeterli hazırlık yapılmadan çıkarılması sonucunu doğurabilir. Yeterli hazırlık yapılmadan çıkarılan kanunlar ise, kanun ihtiyacını gidermek şöyle dursun, yaratacakları tahribatla daha fazla kanun yapılması gereksinimi doğurabilirler. Gelişmiş demokrasiler bugün sivil toplum katılımı, DEA, iyi düzenleme teknikler gibi yöntemlerle sağlıklı kanunlar yapmanın yollarını bulmuşlardır. Bu yöntemleri dışlayarak yapılan kanunların sorun çözmek yerine sorunları artırdığı saptanmıştır.

Ülkemizde 2000'li yılların başından itibaren yaygınlık kazanmaya başlayan torba kanun kavramı, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda kanun yapımını engelleyen önemli bir kavramdır. 2000'li yılların öncesinde, bir kanunla genellikle tek bir kanunda değişiklik yapılmakta idi. Bu dönemde, kimi zaman, aralarında zorunlu bir ilişki bulunduğundan bir kanunla birden fazla kanunda değişiklik yapılabilmıştır. Bazen vergi, sosyal güvenlik gibi tematik bütünlüğü olan hükümler bir araya getirilerek paket kanunlar çıkarılmıştır. Ancak bu tür kanunların sayısı son derece azdır ve bu hükümlerin tek bir kanunda bir araya getirilmelerinin nedeni kanunma sürecinde tasarruf sağlamak değil, konunun bütünlüğü dolayısıyla, soruna kapsamlı bir çözüm getirme isteğidir. 2000'li yılların başlarında AB ilerleme raporundaki taahhütlerin yerine getirilebilmesi için zaman tasarrufu da amaçlayan insan hakları temalı paket kanunlar görüşülmüş, ancak daha sonra bu uygulama torba kanun uygulamasına dönüşmüştür. Oysaki bu tebliğde sözü edilen Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesi aynen şöyledir:



Birde fazla düzenleme ve maddede değişiklik

MADDE 17 - (1) Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren hâller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslaklar ile yapılır.

(2) Değiştirilmesi öngörülen maddelerin birden fazla olması durumunda bunlar tek bir çerçeve madde içinde değil, her biri ayrı çerçeve maddeler ile düzenlenir....

Görüldüğü gibi Başbakanlık tarafından çıkarılan Yönetmelik, torba kanun olarak tanımlanan düzenlemenin yapılmasını açıkça kanunlamaktadır. Üstelik kanunk sadece bununla da sınırlı değildir. Aynı Yönetmeliğin 11. maddesinin hükmü şöyledir:

Taslağın adı

MADDE 11 - (1) Her taslağa bir ad konulur. Taslağın adı koyu, büyük harflerle yazılır ve altı çizilmez.

(2) Çerçeve taslaklarda mevzuatın adına, taslağın adında yer verilir. Çerçeve taslağın birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik öngörmesi durumunda taslağa; “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” veya “Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilir.

Oysa son zamanlarda çıkarılan kanunların önemli bir kısmının adı burada kanunklanan *bazı kanunlarda* ya da *çeşitli kanunlarda* ibareleri ile başlamaktadır. Yönetmeliği diğer bazı maddelerinde de torba kanun uygulaması dolaylı olarak kanunklanmıştır. Ancak bütün bu kanunklara rağmen, torba kanun uygulaması giderek genel uygulamaya dönüşme eğilimi göstermektedir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Torba kanun uygulamasını daha etkili kılmak ve kanun yapımı sürecinde kanunma organını biraz daha etkisizleştirmek için kullanılan *teklif görünümlü tasarı* ve *temel kanun* mekanizmaları birbirlerine eklenerek güçlenmekte ve kanunların hızlı, ancak sağlıksız olarak çıkarılmasına neden olmaktadır.

Bu tür bir kanun yapım sürecini engelleyebilecek olan AYM tarihsel süreç içinde değişik pozisyonlar almıştır. 1961-1980 arasında Anayasa'da açık bir hüküm olmamasına rağmen, bütün iptal davalarında kendiliğinden bir şekil denetimi yapan AYM, bu dönemde torba kanun gibi bir aracın doğmasına olanak tanımamıştır. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra şekil denetimi önemli oranda sınırlandığından, AYM 1991 yılına kadar sınırlı bir şekil denetimi yapmıştır. Ancak Mahkeme 1991 yılında *eylemli içtüzük değişikliği* içtihadını geliştirerek yeniden dolaylı yoldan şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Bu denetim 2008 yılına kadar sürmüştür. Ancak 2008 yılından sonra Mahkeme yeniden 1982 sonrası ilk içtihatlarına geri dönerek sınırlı bir şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Aslında torba kanun, teklif görünümlü tasarı, temel kanun gibi uygulamaların giderek yaygınlaşmaya ve kanunma sürecini etkisizleştirmeye başladıkları bir dönemde AYM'nin içtihat değiştirmesi, kanunma süreci üzerinde olumsuz bir sonuç doğurmuştur. Çünkü kanunma sürecinin etkinliğinin zayıflamaya başladığı bir dönemde, süreç üzerindeki denetim yetkisinin daraltılması sonucunu doğuran bir yorum yöntemi benimsemek, süreçte istisna olması gereken araçların genelleşmesine yol açmıştır.

Bu noktada akla şöyle sorular gelebilir: Kanunma sürecinin hızlandırılmasının ve kısaltılmasının ne sakıncası olabilir ki? Kanunma organının daha az zaman harcayarak daha çok kanun yapması neden eleştirilsin ki? Parlamenter sistemlerde yürütme organı kanunmanın içinden türediğine göre ve kanunmanın, güven verdiği yürütmenin önerdiği kanun tasarılarını kanunlaştırması doğal olduğuna göre, bu işin uzun süreler yerine kısa sürede yapılmasının neresi yanlış olabilir ki? İlk bakışta haklı gibi görünen bu sorular, demokrasi teorisi

çerçevesinden bakıldığında haklılıklarını yitirirler. Öncelikle şunu hatırlatmak gerekir ki günümüz demokratik hükümet sistemlerinin ortak noktası doğrudan demokrasiye değil, temsili demokrasiye dayalı olmalarıdır. Oysa demokrasinin beşiği sayılan Antik Yunan demokrasisine bakıldığında, bu demokrasinin doğrudan demokrasi olduğu görülmektedir. Yine modern demokrasinin teorisyeni olarak kabul edilen Jean Jacques Rousseau'nun tartıştığı demokrasinin doğrudan demokrasi olduğu ve Rousseau'nun, temsili demokrasiyi demokrasi olarak kabul etmediği görülmektedir. Rousseau, modern demokrasinin beşiği kabul edilen İngiltere için şöyle demektedir: *Halkın vekilleri onun temsilcisi değildir, olamazlar da; olsa olsa onun geçici, özel işlerini yürütmekle görevli olabilirler...İngiliz halkı kendini özgür sayıyorsa da çok yanılıyor; o ancak parlamento üyelerini seçerken özgürdür; bu üyeler bir kez seçildi mi artık bir köledir, bir hiçtir o. Kısa özgürlük anlarında bu özgürlüğü iyi kullanamadığı için de onu yitirmeyi hak ediyor* (Rousseau, 1996, s. 152). Doğrudan demokrasi ile temsili (dolaylı) demokrasi arasındaki bu gerilim 1920'li yıllarda Carl Schmitt'in *Parlamente Demokrasinin Krizi* adlı kitabının esin kaynağıdır. Schmitt demokrasinin yöneten-yönetilen özdeşliğine dayandığını ve temsilin, demokrasiye değil liberalizme özgü bir kavram olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla temsili parlamenter demokrasiler liberalizme özgü bir kavram olan temsilin, demokrasiye eklenmesinden kaynaklanan bir kriz yaşamaktadırlar. Bu krizin aşılması için parlamentoda müzakerenin güvenceye alınması ve bu müzakerelerin aleniyet içinde yapılması gerekir. Schmitt parlamentolarda kararların giderek daha küçük komitelerde ve gizli kapılar altında alınmasından dolayı temsili parlamenter demokrasinin kriz içinde olduğunu savunmuştur (Schmitt, 2006, s. 18-48). Modern demokrasiler bu tür temsil krizlerini aşmak için temsili demokrasiyi doğrudan demokrasiye yaklaştıran referandum, yurttaş girişimi, azil, sivil toplum katılımı gibi mekanizmalar geliştirmişlerdir. Bu bağlamda Habermas, kamusal alanda yapılacak müzakerenin demokrasi açısından vazgeçilmezliğini vurgulamaktadır (Hasdemir & Coşkun, 2008, s. 124). Özetle söylemek gerekirse günümüz demokrasilerinde mec-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

lislerde yapılan müzakereler, sivil toplumda yapılan müzakerelerle karşılıklı etkileşim halinde olmak zorundadır ve sivil toplumun parlamenter müzakerelere etki edebilmesi için bir çok araç geliştirilmiştir. Dolayısıyla günümüzde geniş anlamda parlamento sadece halkın temsilcilerinin tartışarak karar aldıkları ve kanunların çıkarıldığı yer değildir; sivil toplumun da çeşitli araçlar kullanarak karar alımına etki edebildiği, çoğunluk yerine çoğulculuk ilkesinin hayata geçirilebildiği ve bütün toplumsal çıkarların ifade alanı bulabildikleri bir alandır. Dolayısıyla müzakereler parlamento içindeki görüşmelere hapsedildiğinde ve bu müzakereler sadece çoğunluğa dayanan hükümetin önerilerini bir an önce kararlaştırmak üzerine dayandığında, Schimitt'in ifadesiyle temsili demokrasinin krizi doğar; çoğulcu olmaktan çok çoğunlukçu olan bu tür bir demokrasi meşruiyet sorunuyla karşı karşıya kalır.

Burada son olarak bir noktayı da açıklığa kavuşturmak gerekir: Toplumun çok sayıda yeni kanununa gereksinimi varsa, bu gereksinimi karşılamak için kanunma sürecini hızlandırmak ve kısaltmaktan daha doğal ne olabilir ki? Kuşkusuz bir parlamento usul ekonomisi yoluna gidebilir. Ancak bu durum kanunma sürecinin özünü zedelememelidir. TBMM halen 1973 yılında çıkardığı bir İçtüzüğü uygulamaktadır ve bu İçtüzük Osmanlı Devleti'nde I. Meşrutiyet döneminde kurulan Meclis-i Mebusan Nizamname-i Dahilisinin izlerini taşımaktadır. Bu içtüzük demokratik parlamentoların çoğunda kullanılan rasyonelleştirme teknikleri kullanılarak çok daha etkili hale getirilebilir ve daha kısa süreler içinde hem daha çok kanun yapmanın, hem de daha çok denetim yapmanın önü açılabilir. Sözü edilen teknikler uygulandığında, kanunma süreci herhangi bir biçimde bypass edilmeden, çok sayıda çok daha nitelikli kanun, daha kısa sürelerde çıkarılabilir. Hangi yolla olursa olsun, daha kısa sürede daha çok sayıda kanun çıkarma, kanunma sürecinin özüne ve dolayısıyla temsili demokrasiye zarar verir; çıkarılan kanunlar sorunları çözemediğinden, kanun yapma gereksinimi sürekli olarak artar.

## Kaynakça

- Armağan, S. (Ed.). (1972). *Memleketimizde İçtüzükler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Bakırcı, F. (2014, Mayıs-Haziran). Anayasa Mahkemesinin Eylemlili İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekeçesi Üzerine. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 256-296.
- Bakırcı, F. (2013). Avusturya Parlamentosu Üzerine. *GÜHFD* , XVII (1-2), 1181-1242.
- Bakırcı, F. (2014). İspanya Parlamentosu'nun Yapı ve İşleyişi Üzerine. *AÜHFD* , 63 (1), 1-79.
- Bakırcı, F. (2008). *TBMM Genel Kurulunun Birleşimi ve Gündemi Üzerine* (Ergun Özbudun'a Armağan ed., Vol. II). (Y. Serap, K. Gözler, & E. Göztepe, Eds.) Ankara: Yetkin Yayınları.
- Bakırcı, F. (2000). *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*. Ankara: İmge Yayınevi.
- Eroğul, C. (1997). *Çağdaş Devlet Düzenleri*. Ankara: İmaj Yayınları.
- Hasdemir, T. A., & Coşkun, M. K. (2008). Kamusal Alan ve Toplumsal Hareketler. *SBF Dergisi* , 121-149.
- İba, Ş. (2011). *100 Soruda Türk Parlamento Tarihi*. Ankara: Nobel Yayınları.
- Rousseau, J.-J. (1996). *Toplum Sözleşmesi*. (A. Erenulu, Trans.) Ankara: Öteki Yayınevi.
- Sabuncu, Y. (2005). *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Schmitt, C. (2006). *Parlamentar Demokrasinin Krizi*. Ankara: Dost Kitabevi.
- Teziç. (2014, 12 31). Usulün Saptırılması: Torba Kanun. *Cumhuriyet* .
- Teziç, E. (2013). *Anayasa Hukuku* (16 ed.). İstanbul: Beta Yayınları.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

**Prof. Dr. Sayın Korkut KANADOĞLU (Oturum Başkanı)-** Sayın Dr. Fahri Bakırcı'ya kapsamlı açıklamaları için teşekkür ediyoruz. İzin verirse bir küçük ekleme yapmak isterim. Bu son Anayasa Mahkemesinin 6552 sayılı torba kanununa ilişkin kararına baktığımız zaman ne yazık ki herhalde 2008'den sonra parlamentodaki milletvekillerinin Anayasa Mahkemesinin bu denetimi yapmaktan umudunu yitirdikleri için başvuru dilekçelerinde kanunun şekil bakımından denetimine ilişkin herhangi bir talepte bulunmuyorlar. Bunu da belirtmekte yarar var. Parlamentoda Hamzaçebi ALTAY ile birlikte 123 milletvekili bu çok önemli eylemli iç tüzük değişikliğinden doğan ihlalin Anayasa Mahkemesi'nce giderilmesi için bir başvuruda bulunmuyorlar. Bir de sanırım şekle ilişkin ön denetimi metinden çıkaran milli güvenlik konseyiydi.

Sayın Erdal SANLI Emekli Yargıtay Başkan Vekili bize derin deneyimleriyle kanun yapma tekniğine ilişkin bilgi verecek.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

*Erdal SANLI*

*Emekli Yargıtay Başkan Vekili*

Sayın Başkan, Sayın Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili, Sayın Onursal Yargıtay Başsavcım, Sayın Onursal Anayasa Mahkemesi Başkanı, Sayın hanımefendiler, Beyefendiler hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Ben kanun yapma tekniğinden değil de tekniğine uygun yapılmayan kanunların pratikte doğurduğu sorunlardan bahsedeceğim. Meşhur yazar Albert Camus der ki; “ben yurdumu adaletiyle sevebilmek istiyorum. Ben yurdumu adaletle birlikte yaşatmak istiyorum” der. Şimdi sayın dinleyiciler bir ülke düşünün burada çok zengin insanlar var, bu insanlar her şeye sahip ama bir kalp krizi geçiriyor, trafikten hastaneye yetişemiyor. Şimdi o zenginliğin o birikimin hiçbir anlamı yoktur. Hukuk devleti de böyledir. Eğer siz kişilerin kazanımların önünü açacak hukuk devleti ilkelerini koyamıyorsanız orada bir hukuk devletinden, bir kamu düzeninden bahsedemez. Konuşmamın esasını teşkil edecek pratikte ki aksaklıkları sizlere kısaca madde madde vereceğim. Sonra vaktimin elverdiği ölçüde bunların pratik örneklerini vermeye çalışacağım. 1. Aksaklık kanun koyucunun hukuka bakış açısı ve kanun yapma tekniklerinden kaynaklanan sorunlar. Hukuk devleti olmaktan çıkılıp kanun devleti haline gelinmesi, burada bir saptama yapmak istiyorum.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Rahmetli hocamız Prof. Bülent Nuri Esen fakülteyken bize bir soru sordu, dedi ki: “Diktatör ile müstebit arasında ne fark vardır?” Hiç birimiz bilmiyoruz. Cevabını kendisi verdi “diktatör koyduğu kurallara uyan kişidir, müstebit ise bu kurallara da uymayan kişidir”. Kanun koyucunun kanun yapma mantığında ki değişiklik ve yerleşik uygulamaya dönüşen hatıta çuval yapma kanunsunun getirdiği sorunlar, bütün konuşmacılar zaten bahsettiler. Kanunlaşma sürecinde uygulamacıların görüşlerinin dikkate alınmaması. Sayın Başsavcım da bilirler, bende Hukuk Genel Kurulu Başkanı iken bir bakarsınız size kanun tasarı ile ilgili görüş sorulur, o görüşü vermeden bakarsınız kanun çıkmış. Böyle bir şey olamaz, pratikte ki kişilerin uygulayıcıların görüşleri alınmadan kanunlar çıkarıldığın da işte bu durum ortaya çıkmaktadır. Birazdan başka bir konuda bunu daha açık şekilde anlatacağım.

Kanun koyucunun mevzuatta irtibatı kesecek şekilde yaptığı bu düzenlemelerin hukukçular yönünden içinden çıkılmaz hal alması kanunun bilinmemesinin mazeret olamayacağı kuralının artık tartışmaya açılacağı bir durumdayız. Temel kanunlarda tümüyle değişikliğe gidilmesi ve meslek hafızasının sıfırlanması, birçok hukukçu arkadaşımız her kim olursa olsun bir sabah uyandılar ki medeni kanun ile ilgili, ticaretle ilgili cezayla ilgili bilgiler sıfırlanmış. Arabuluculuk, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tam olarak işlevsel kılınmaması nedeniyle mahkemelerin iş yükünün gittikçe artması, kanunlarda ki usulsüz değişiklik nedeniyle istikrarın sağlanamaması, caydırıcılığın yitirilmesi. Uygulayıcıların nitelikleri, çalışma ve anlayış koşullarından kaynaklanan sorunlar ise kısaca şöyle belirtilebilir:

Teknolojik kolaylıklara ve git gide artan istihdam gücüne rağmen görevlendirme ya da seçimlerde liyakatten uzaklaşılması istikrarsız kararların çıkması. Şimdi arkadaşlar burada çok basit bir şeyden bahsedeceğim. Bir kürsü hakimi yıllarca ceza davalarına bakmış. Bir bakıyorsunuz bir yere hukuk hakimi olarak atanıyor. Bu siz çalışmayın demektir o hakime veya o gittiği yere adalet sağlanmasın anlamına gelir. Bunun ne ge-



reği vardır? Bu memlekette yeterli hukuk hakimi yeterli ceza hakimi yokta mı siz alıyorsunuz kendi ihtisasın dışında bir yerde görevlendiriyorsunuz. Yargıda içtihat birliğinin sağlanamaması hataların hukuk dışına çıkan uygulamaların çoğalmasa. İşte bu torba kanunlarının getirmiş olduğu uygulamadan kaynaklanıyor. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile artan iş gücü karşısında kanunlara ilişkin iptal istemlerinin yeterince ve beklenen süratle gerçekleşmemesi ve biraz sonra bahsedeceğim Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını veren kanunun Anayasaya aykırı olması. Mahkemelere giren iş sayılarının azaltılmaması nedeniyle uygulamacıların iş yükünün verdiği zamansızlıkla yeterince araştırma ve kendini geliştirme fırsatı bulamaması ve bunun aynı zamanda yüksek mahkemeler için söz konusu olması. Üniversitelerde yetersiz eğitimle öğrenci mezun eden hukuk fakültelerinde ki artış nedeniyle avukatlık, noterlik, hakimlik mesleğinde ki kalite düşüklüğü. Şimdi bu başlıkları kısaca belirttikten sonra pratikte bazı şeylerden bahsetmek istiyorum. Şuan da yargının en büyük sorunu mevzuat karmaşasıdır. Kanunlar o kadar çok ve gereksiz biçimde değiştirilmektedir ki kanununu bilmemek mazeret değildir, kuralının yeniden irdelenmesi gerekir. Örneğin icra iflas kanunu değiştiriliyor, yürürlüğe girmeden bir daha değiştiriliyor, bir daha değiştiriliyor. Türk Ticaret Kanunu aynı şekilde daha uygulamaya geçmeden değiştiriliyor. Ceza kanunu aynı şekilde. Bu değişiklikler bazen trajikomik durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Sayın Anayasa Başkan Vekilimiz belki hatırlarlar ben bir başka konuşmada da belirtmişim. Sakın yanlış anlaşılmasın bunu Anayasa Mahkemesini tenkit anlamında söylemiyorum. Aynı husus Yargıtay için, adli yargılama içinde söz konusudur. 24.12.2004 tarihinde 5272 sayılı Belediye Kanununun 1.maddesinde bazı istisnalar dışında belediye hudutları içerisinde kalan hazine mallarının belediyeye devredileceği hükmü getirildi. Bakın tarih 24.12.2004, tabi bu kanun çıkmadan önce verilen kararlar Yargıtay'a geldiğinde biz orada dedik ki: "Böyle böyle bir kanun değişikliği olmuştur, bu kanun değişikliğini dikkate alarak karar ver." Diğer mahkemenin kararlarını bozduk gön-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

derdik. Biz bu bozmalara devam ederken bir gün bir hakim arkadaş dedi ki: “efendim biz una göre bozuyoruz ama” dedi. Daha sonra bir hafta sonra 31.12.2004 tarihinde 5281 sayılı kanun ile o bir hafta önce çıkartılan kanun geriye dönük olarak iptal edildi. Baktık hakikaten iptal edilmiş, bu defa mahkeme kararlarını “kusura bakma bu kanun tekrar ortadan kaldırıldı, sen şu yeni kanuna göre karar ver” diye bozmaya başladık. Bu arada partilerden birisi Anayasa Mahkemesine başvurmuştu. 5272 sayılı ilk çıkan kanunun iptali için.

Anayasa Mahkemesi de bizler gibi bu işin farkında değil, tuttu 18.01.2005 tarihinde 5272 sayılı kanununu iptal etti. Oysa o tarihte o kanun ortada yok ve uygulamada boşluk olmasın diye iptalin 6 ay sonra yürürlüğe gireceğini hükmetti. Şimdi yargıya yazık değil mi? Burada emek veren insanlara yazık değil mi? Neden çıkardığınız kanununu 1 hafta sonra ortadan kaldırıyorsunuz. Hem de kamu düzenine aykırı olarak geçmişe dönük olarak kaldırılıyorsunuz? Bizde Yargıtay’da, hakim gelip söylemeyecekti, bizde durmadan kararları bozuyorduk ona göre. Bir hukuk devletinde böyle bir şey olamaz. Hukuk devleti olduğunu iddia eden bir devlette kişilere özel kanun çıkarılamaz. Biz son zamanlarda bu kişilere özel çıkarılan kanunları çok net bir şekilde gördük. Örneğin devletin önemli bir kurumunun başında bulunan kişiyle ilgili yapılacak bir tahkikatı engellemek için kanun değiştirildi. Toplumun çoğunu ilgilendiren bir davada hakim ve savcı olarak görev yapan kişiler ile ilgili olarak o davada sanık durumunda bulunan kişiler tarafından tazminat davaları açıldı. Yargıtay ilgili dairesi tazminata hükmetti Hukuk usulü kanununda düzenlenmişti çünkü o husus, tazminata hükmetti ve biz Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda bunu temyiz merci olarak inceledik ve dedik ki “evet burada bu hakim ve savcılar kanunlara aykırı davranmışlardır. Bu nedenle sanık bakımından tazminata hak kazanılmıştır. Ancak tazminatın miktarı bakımında bir bozma yaptık”.

İşte burada kişiye özel kanunlar çıkarıldı ve denildi ki ‘dur bakalım adalet, sen bu hakim ve savcılarını yargılayamazsın. Hemen bir kanun değişikliği bu tür davaların ancak hazine ve

devlet adına açılabilceği hükmü getirildi ve bu davalar ortadan kalktı. Şimdi arkadaşlar böyle bir şey olabilir mi? Şimdi tekrar yeni bir kanunla eskiye dönülüyor. En önemli konulardan bir tanesi de yargıda düzensiz kararların çıkmasına neden olan sebeplerden birisi de Woods sistemin kaldırılmasıdır. Yargıtay adli mercilerden verilen kararlarda, kararı inceliyordu, hakimin vermiş olduğu karara göre orta verebilir, notsuz verebilir veya çok vahim bir hata varsa zayıf verebilirdi. Yargıtay'ın adli yargı üzerinde ki denetiminin kaldırılması, gücünün azaltılması için bu not sistemi kaldırıldı.

Ben Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı'ndan ayrıldığımda 2012 yılında 25 dosya ile devrettim şu an da Hukuk Genel Kurulu'nda ki dosya sayısı 3500 civarında, buyurun kanunların getirdiği aksaklıklar. İlginç bir konudan daha bahsetmek istiyorum, 1.sınıf hakim ve savcılarla ilgili olarak açılmış olan tazminat davalarında Yargıtay'ın ilgili mahkemesinde bakılır. Bu dairenin vermiş olduğu kararların temyizine ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bakar. Böyle bir karar verildiğinde Hukuk Genel Kurulu şuanda tahmin ediyorum 47 kişi başkanı ile birlikte, oturup onun hakkında karar veriyor. Fakat Yargıtay Daire Başkanı ve üyeleri hakkında açılan davalara ise Hukuk Genel Kurulu bidayet mahkemesi olarak bakıyor. Şimdi oturuyoruz 47 kişi bir tazminat davasına bakıyoruz. Dünyanın hiçbir yerinde 47 kişilik bir mahkeme yoktur. Bakıyorsunuz, kararı veriyorsunuz, bunun temyiz merci neresi? Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, şuan tahmin ediyorum 550 kişilik bir kurul. 550 kişi bir kurula oturuyor ve bir Yargıtay üyesi hakkında verilmiş bir tazminat davasının temyiz incelemesini yapıyor. Bunu biz o zaman Yargıtay'ı temsilen Adalet Bakanı'na da Sayın Ahmet İyimaya'ya da Adalet Komisyon Başkanıydı, herkese anlattık, bu bir yanlışlık diyorlar, düzeltelim? Düzelttirmiyorlar. 550 tane büyük yargıç her şeyi bırakıyor, bir tazminat davası için gidiyor, temyiz incelemesi yapıyor. Böyle bir şey hukuk devleti ilkelerine de aykırıdır.

İki konudan daha bahsedeceğim, birincisi biraz önce bahsettiğim gibi 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yar-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

gılama usulleri hakkında ki kanun ile hak ihlallerinde anayasa mahkemesine başvurma hakkı getirildi. Bu başvurunun, Avrupa İnsan Haklarına yapılan başvurudan çok ayrı bir özelliği var. Nedir bu özellik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada temel hak ve özgürlükler zedelenmiştir dediği zaman verilen kesin kararı ortadan kaldırmıyor, tazminata yükleniyor. Oysa Anayasa Mahkemesi gerektiğinde tazminata hükmedebiliyor. Gerektiğinde “ben bu kararı kaldırdım, mahkemesinde tekrar görülsün” diyor. Öyle mi Sayın Başkan Vekilim? Yargılamanın yenilenmesi anlamında değil o, bu mahkeme kararının ortadan kaldırılmasıdır. Şimdi Anayasamız burada, Anayasa nedir? 154. Ve 155. Maddeleri Yargıtay ve Danıştay denetiminden geçerek kesinleşmiş bulunan kararlar, üzerinde artık konuşulmazdır. Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir hak ihlalini gördüğünde Anayasada değişiklik yapıldı, hukuk üzerinde de değişiklik yapıldı, hukuk usulüne göre bu bir yargılamanın iadesi sebebidir ama burada ki teknik çok farklı, bu arada bir yargılamanın ifadesi değil Anayasa Mahkemesi Yargıtay’ın ve Danıştay’ın üzerinde bir mahkeme gibi onun kararını ortadan kaldırıyor. “Yerindelik incelemesi yapılamaz” deniyor. Deniliyor da bir kararın tekrar mahkeme-de görülmesini sağlamak için siz yerindeliliği yapmadan buna nasıl karar verirsiniz? Veremezsiniz. Anayasa değiştirilmeden Yargıtay’ın ve Danıştay’ın verdiği kararların artık kesin karar olduğu hususu değiştirilmeden Anayasaya göre kesinleşmiş olan mahkeme kararlarının bu şekilde ortadan kaldırılması Anayasaya aykırıdır. Hatta ben şunu da söylüyorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “temel hak ve hürriyetlere de bir ihlal vardır” dedikten sonra yargılamanın iadesi kanun yoluyla tekrar görülmesi de bana göre kamu düzenine ve kesin mahkeme kararları ilkesine de aykırıdır.

Şimdi düşünün bir gayrimenkul davası görüldü, bitti, vatandaş tapusunu cebine koydu gitti, evinde yatıyor. 10 yıl sonra dediler ki “burada temel hak ve hürriyetlerin ihlali vardır”. İadeyi muhakeme adamın tapusu geri alınıyor. Bir hukuk devletinde böyle bir şey olamaz. Bir konuya daha değinmek istiyorum, bütün konuşmacılarda bahsettiler, kamu düzeni ke-

sinleşmiş mahkeme kararlarına olan saygıyı ifade eder. Eğer siz kesinleşmiş mahkeme kararlarına, hukuk devletiyim deyip saygı göstermiyorsanız orada hukuk devleti yoktur. Toplumda şu önemlidir, bir hakim bir davayla ilgili karar verdiğinde gece yastığa başını koyduğunda huzur içinde uyuyorsa, vicdanı rahatsa sorun yok. Ama daha önemlisi vatandaş yastığa başını koyduğunda benim davam hukuk devletini temsilen iyi hakimler elindedir. “Ben rahat uyuyayım” diyemiyorsa işte o zaman kantarın topuzu kaçmış demektir. Şimdi son olarak bir konudan bahsetmek istiyorum. Bu da kanunma ve yürütmenin egemenliğin kullanışı bakımından yargıya olan bakış açılarıdır. Geçen günler de Sayın Bakan dedi ki “ben bu Anayasayı tanımıyorum”. Peki, kanunma ve yürütme egemenlik hakkının Türk milleti adına sadece seçilmişler tarafından kullanılabilceğini savunuyor. Oysa Anayasa ne diyor “egemenlik hakkı yetkili organlar elince kullanılır” diyor. Seçilmişlere kullanılır demiyor. Nedir bu yetkili organlar; kanunma, yürütme, yargı. Ben 40 yıla yaklaşan meslek hayatımda bir hakim olarak her zaman kararların üzerine Türk milleti adına diye yazmışımdır. Anayasa bana bu hakkı vermiyorsa ben bunu nasıl yazayım? Sadece seçilmişlerin egemenlik hakkını kullanacağı söyleniyorsa ki o Sayın Bakanımız da seçilmiş değil atanmıştı. Kendisi bu yetkiyi nasıl kullandı? Kendisini bağımsız hissetmeyen hakim yada savcı hatta yüksek mahkeme üyeleri hem kendileri vesayet altında kalmakta hem de temsil ettikleri yargı erki kendi işlevine hiç yakışmayacak bir şekilde kısıp sokulmaktadır. Hem toplumsal bilinç hem kanun koyucu hem çıkarılan kanun hem de uygulayıcı iyi olmalıdır ki başta insan olmak üzere tüm canlılar için en önemli kavram olan adaleti gerçekleştirebileyim. Hukuk devleti olma çabasında verilen tüm katkılara, yapılan tüm çalışmalara teşekkür eder, tümünüze adalet yolunda başarılar dilerim.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

**Prof. Dr. Sayın Korkut KANADOĞLU (Oturum Başkanı)-** Değerli büyüğümüze teşekkür ediyoruz, yakın tarihteki hafızamızı tazeledi kendi deyimiyle mevzuat karmaşasının yüksek yargıda yarattığı sıkıntılara değindi. Bir de bizim için taze bireysel başvuruya ilişkin olarak bir yüksek yargıç olarak Anayasa Mahkemesi'nin bir süper temyiz merciine dönüşmesinden duyduğu kaygıyı ilettili. Kendisine çok teşekkür ediyoruz. Oturumun son konuşmacısı Türkiye Barolar Birliği'nin temsilcisi Sayın Av. Ekim ERGÜN Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı, yine konuşmalarda değinilen çok önemli kanunma sürecimize ilişkin bir eksikliğe dair konuşması olacak. Türkiye Barolar Birliği özelinde sivil toplum örgütlerinin bu kanunma sürecine katılımına ilişkin bize bilgiler verecek.

## YASA YAPMA SÜRECİ

*Av. Ekim ERGÜN*

*TBB Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı*

Sayın katılımcılar sizleri en derin saygılarımla selamlıyorum. Önce bir giriş yapmak gerekiyor tabii ki, kanun yapma süreci, kanun önerisinin hazırlanması aşamasından başlayarak TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilip kanunlaştığı ana kadar olan görüşme ve işlemleri kapsar. Genellikle kanun yapma sürecinde TBMM'ndeki görüşmeler, komisyon görüşmeleri anlaşılmaktadır ancak kanun yapma sürecinde daha öncesinde işin esasının yapıldığı bir aşamada vardır. Bu kısma da değineceğim elbette. Anayasanın yetki verdiği organcı usulüne uygun biçimde kabul edilerek yürürlüğe konulan yazılı hukuk kurallarına kanun adı verilmektedir. Ülkemizde kanunların 2 türlü kaynağı vardır, kanun tasarısı ve kanun teklifi. Bu Anayasanın 88.maddesinde düzenlenmiştir.

Kanun tasarısı bakanlar üyelerinin tümünün imzasıyla TBMM Başkanlığı'na sunulmaktadır. Kanun teklifi ise bir ya da daha fazla milletvekilinin imzasını taşıyabilmektedir. Biraz önce de belirtilmişti yeni yeni hayatımıza giren bir uygulama var oda tasarı görünümlü teklif. Yani kanun tasarısı ilgili bakanlıklardan hazırlanmakta ancak bakanlar kuruluna sevk edilmemekte, milletvekilleri aracılığıyla meclis gündemine getirilmekte. Ülkemizde halk girişimi sonucu yurttaşların kanun önerme yetkisi bulunmamaktadır. Çağdaş demokrasilerde

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

bunun örneklerine rastlanmaktadır ve TBB'nin Anayasa önerisinin 41.maddesinde katılım hakkı yer almaktadır. Öneriye göre halk girişimi belli bir konuda kanunl bir düzenlemenin yapılması amacıyla en az 500.000 seçmenin imza toplamak suretiyle bunu talep etmesi üzerine halk oylamasına gidilmesi usulüdür. Halk oylamasına katılan seçmenlerin yarısından fazlasının evet oyu vermesi halinde TBMM en geç 6 ay içerisinde söz konusu düzenlemeyi yapmakla yükümlüdür. Aslında bu konunun da uluslararası karşılaştırmalı hukuk bakımından da bizlere tartışmaya açılması gerekmektedir. Kanun tasarısı ve tekliflerinin TBMM de görüşülme esasları TBMM iç tüzüğünde düzenlenmiştir. Kanun önerisinin hazırlanma aşaması ise bakanlar kurulu tarafından hazırlanan ve 2006 yılında yürürlüğe giren mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmelikte düzenlenmiştir. Tabii burada TBMM'nde, TBB deyince TBB'nden de bahsetmek gerekiyor. TBB bütün baroların katılımıyla oluşan kamu kurulu niteliğinde tüzel kişilere sahip bir meslek kuruluşudur. TBB kurulduğu günden kanunların bir meslek kuruluşu olarak kendisine yüklenen görevlerinin yanında toplumun hukuki sorunları ile ilgili görüş ve önerileriyle hukuk sisteminin gelişmesine katkı sağlamaktadır.

Peki, bizim kanunumuzda bize yüklenen görevler nedir? Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak, avukatlık kanununun 110. maddesinde TBB'ne verilmiş bir görevdir. Bu nedenle de TBB mesleki bir örgüt olmanın ötesinde geçmiştir. İnsan haklarını savunmak ve korumakla görevlidir. Bu yönüyle de zaten diğer meslek örgütlerinden ayrılmaktadır. Kanun yapma sürecine ilişkin olarak ise kanunların memleket ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda yayınlarda bulunmak, gerekirse ön tasarılar hazırlamak, TBB'ne verilmiş bir görevdir. Aynı zamanda Adalet Bakanlığı'nın yargı veya kanunma yetkisini taşıyacağı mercilerin ve baroların soracakları adli ve mesleki konular hakkında görüş ve düşüncelerini rapor halinde bildirmekte avukatlık kanununun 110. maddesinde TBB'ne verilmiş bir görevdir. Bu kapsamda yapılan çalışmalara örnek verilecek olursa TBB'nin hazırlamış olduğu Anayasa önerisi



vardır, kapsamlı bir şekilde hazırlanmıştır. Veya geçtiğimi yılı hatırlayacak olursak, özel görevli mahkemeler ve terörle mücadele mahkemelerinin kaldırılmasına ve yeniden yargılamaya ilişkin olarak bir ön tasarı hazırlanmıştır, Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

Yine geçtiğimiz yıla döndüğümüz de TBB'nin hakimler ve savcılar yüksek kurulunun yeniden yapılandırılmasına ilişkin de değerlendirme ve önerileri olmuştur, taleplerde bulunmuştur. Tabi ki hemen kendi mesleğimize dönüş yapacak olursak, TBB avukatlık kanununun da yapılması gerekli değişiklikleri hazırlama komisyonunun hazırlamış olduğu avukatlık kanunu değişikliği önerisi bulunmaktadır. Yine avukatlık kanunu 43.maddesinde bulunan, avukatlık bürolarına ilişkin yaşanan sıkıntıdan dolayı hazırlanan bir teklif vardı. Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığın da bir torba tasarıya eklenmiştir, meclise gönderilmiştir. Mecliste sonuna kadar takip edilmiştir ve kanunlaşmıştır da. Şimdi mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmelik, bu yönetmeliğin amacı Başbakanlık, Bakanlıklar, ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum kuruluşlar tarafından hazırlanacak kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki ve kararlar, diğer düzenleyici işlemlerin, taslak metninin hazırlanmasına ilişkin usul ve esaslar burada düzenlenmiştir. Aslında bir kanun tasarısından söz ettiğimiz de bunun bir hazırlık aşaması vardır ve bu hazırlık aşamasında bu yönetmelik hükümlerine uyulması gerekmektedir. Tıpkı yönetmelikler de olduğu gibi. Peki, bu yönetmelikte yani işin mutfağına dönük olarak sivil toplum örgütlerine veya meslek örgütlerine hangi haklar verilmiştir. Taslaklar hakkında konuyla ilgili mahalli idareler, üniversiteler, sendikalar, kamu kurumu niteliğinde ki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinden de faydalanılır. Herhangi bir zorunluluk yok, görüşlerinden de faydalanılır. Görüşleri zaten bağlayıcı değildir ve gönderirler mi göndermezler mi görüşleri kısmını bir sonraki kısımda işleyeceğiz. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları taslaklarına ilişkin görüşlerini 30 gün içerisinde bildirir. Üstelik eğer süresinde görüş

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

bildirmeyecek olursanız, size bir şey sorulacak olursa o size sorulan husus hakkında olumlu düşündüğünüz varsayılır. Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde ki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları taslakları öncelikle kendi görevleri açısından inceler ve düzenleyici etki analizinde belirtilen hususların yerinde olup olmadığını değerlendirir. Herhangi bir zorunluluk yok burada, sivil toplum örgütlerinden bir tasarı taslağı hazırlanırken görüş almak zorunda mısınız? Hayır. Bunun belki zorunlu hale getirilmesi düşünülebilir ve değerlendirilebilir.

TBB'yi bu kapsamda ele aldığımızda kanun hükmünde kararname taslak metinlerin hazırlanması aşamasında TBB'den hiç görüş alınmamıştır. Kanun tasarısı taslak metinlerin hazırlanması aşamasında TBB'nin görüşlerine nadiren, oldukça az kanun tasarısı hakkında başvurulmaktadır. Ancak yönetmelik taslak metinlerin hazırlanması aşamasında ise TBB'nin görüşlerini kanun tasarı taslaklarına nazaran çok daha fazla başvurulmaktadır. Tabi bir de TBB'nin bu bağlamda doğrudan dava açma yetkisinin bulunması ve açmış olduğu davalarda başarılı bulunması yönetmelikler bakımından bizlerden görüş alınıyor. Şunu da hemen belirtmek gerekir, örneğin geçtiğimiz haftalarda bizden bir görüş istendi. Bölge idare mahkemelerinin kalem işlerinin düzenlenmesine dair yönetmelikte, gönderilen kuruluşları incelediğimiz de herhangi bir üniversiteden görüş almadıklarını fark ettik. Yine barolara da gönderilmediğini fark ettik. Bize gönderilen görüşte herhangi bir süre belirtilmemişti oysa 30 gün içerisinde bizim görüşlerimizi aktarmamız gerekiyordu. Biz söz konusu görüş isteminde kendi inisiyatifimizi duyuruya çıktık. Barolardan görüş istedik, aynı zamanda zaman çok kısıtlı olduğundan dolayı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine gönderdik. Ve gelen yanıtları alıp Adalet Bakanlığına göndermek durumunda kaldık. Oysa bunu kendileri de yapabiliirdi ve kendilerinin yapması daha doğru olurdu. TBMM'ye geri dönüş yapacak olursak, TBMM'nin idari kapasitesi başlıklı 2010 yılında hazırlanmış SİGMA AKRAN değerlendirmesi raporu var. TBMM'nin web sayfasından da erişilebiliyor. Raporda aynen kanunma sürecine ilişkin olarak kanun

tasarı ve tekliflerinin sayısının çokluğu, gündemin belirsizliği, zaman baskısı ve kanunların bütünlüğünün uyumsuz son dakika değişiklikleri gibi sorunlar kanunma kalitesini tehlikeye atmaktadır. Kanun tasarı ve tekliflerinin bütçesel, ekonomik ve sosyal etkilerini sistematik değerlendirilmesi ve idari açıdan uygulanabilirliği yönünde ki engeller bu sorunları arttırmaktadır. STK'ların ve çıkar gruplarının sürece katılmalarının etkin olmaması parlamentoda ki kanunma sürecinin zayıflatmaktadır. Ayrıca rapora göre hükümet üyelerinin, baskı gruplarının, sivil toplum örgütlerinin ve görüşülecek konuyla ilgili uzmanların komisyon toplantılarının nasıl ve hangi biçimde katılacağını düzenleyen açık bir resmi protokolün bulunması gerekmektedir diye bir TBMM'ye çözüm önerisi de sunulmuştur.

Peki, komisyonlara döndüğümüz de sivil toplum örgütlerinin hak ve yetkileri neler olabilir? Sorusunun yanıtını TBMM iç tüzüğünde arayacak olursak 31.maddesi var. Komisyon toplantıları TBMM üyelerine, bakanlar üyelerine ve hükümet temsilcilerine açıktır. Bunun anlamı şu, siz kendi inisiyatifinizle herhangi bir komisyon toplantısına gidip "burada görüşülen konular beni ilgilendiriyor veya benim çalıştığım alanı ilgilendiriyor, ben bu toplantıya katılmak istiyorum" diyemiyorsunuz. Bunun pratikte ki örneklerini hemen hatırlayacak olursak, son olaylı HSYK görüşmelerine gittiğimiz de hakimler ve savcılar kanunu görüşülüyor, orada olması gerekenler doğallığında hakimler ve savcılar, söz konusu komisyon toplantısına yargıçlar sendikasının başkanı geldi ve bende "yargıçlar sendikası adına burada değerlendirme yapmak istiyorum" dedim.

Peki, Yargıçlar Sendikası Başkanına ne oldu? Milletvekilleri kendisini tekme tokat döverek komisyon salonundan çıkardılar. Aynı şekilde, YARSAV temsilcileri de geldiler. YARSAV'da yargıçlardan ve savcılardan oluşan bir dernek, "bizde kendi mesleğimize ilişkin olarak burada tasarı hakkında değerlendirmelerde bulunmak istiyoruz" dediler. Ancak kendilerine söz verilmedi. O nedenle bu hüküm oldukça kısıtlıyor. Kanunma sürecinde Sivil Toplum Örgütleri dediğimizde iç tüzük eli kolu bağlanmış durumda, komisyonlarda TBMM üyeleri ve Bakan-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

lar Kurulu üyeleri söz alabilirler. Yalnızca onlar söz talebinde bulunabilirler. Ancak komisyon üyeleri dışında kimse değişiklik önerileri veremez ve oy kullanamaz. Her milletvekili üyesi olmadığı komisyon belgelerini görüp okuyabilir, son derece sınırlı. 30.maddesinde ise iç tüzüğün komisyon toplantılarına Başbakan veya bir Bakan katılabilir. Başbakan veya Bakan gerekli görürse kendi yerine yüksek dereceli bir kamu görevlisine yazılı temsil yetkisi verebilir. Komisyonlar fikirlerini almak üzere uzmanlar çağırma yetkisine sahiptirler. Şimdi TBMM de ki kanunların görüşüldüğü komisyonlara, sivil toplum örgütleri bu 2.fıkraya dayalı olarak çağırılmaktadır. Bizi bir uzman olarak kabul etmektedirler, bizi çağırılmaktadırlar ve bir uzman olarak yararlanılmaktadırlar. Siz oraya gittiğiniz de esasen yerindelik değerlendirmesi yapamıyorsunuz. Bir, kendi inisiyatifinizle oraya giremiyorsunuz; iki, girdiğinizde de istediğiniz şekilde çalışma alanınıza ilişkin olarak, örneğin bir dernekseniz derneğinizin faaliyetlerini ilgilendiren bir kanunya dönük olarak istediğiniz şekilde değerlendirme yapamıyorsunuz. Neden?

29.maddeye geri dönüş yapacak olursak, komisyonlarda istem sırasına göre söz verilir. Komisyon başkanı ve komisyonda ki hükümet temsilcisi söz sırasına bağlı değildir. Komisyonca çağırılmış uzmanları, komisyon başkanı gerekli gördüğü zaman söz verebilir diyor. Sizin söz almaya doğrudan hakkınız yok, komisyon başkanı takdir buyurursa eğer sizin o konuda ki görüşlerinizi alabilir, zaten meclis görüşmeleri milletvekili olmayanlar açısından çok zor geçmektedir. Çünkü karşınızda kanunma dokunulmazlığına sahip kişiler var, sizin herhangi bir dokunulmazlığınız yok. Herhangi bir konuyu doğrudan tartışabilir durumda değilsiniz. Bir de yaşanan geçmişten gelen örnekler var, sivil toplum örgütü temsilcilerine uygulanan gerek fiili gerek sözlü şiddet örnekleri var. Onun ötesinde milletvekillerinin kendilerine de uyguladığı şiddet örnekleri de var. Bu 3 madde yani TBMM de sivil toplum örgütlerinin rolü veya rolsüzlüğü bu 3 maddede düzenlenmiş durumda. Eğer bir sorun araması veya sorun tespiti yapıp ta nereden değişikliğe gitmek gerekiyorsa bu 3 madde üzerinde değerlendirme yapılarak gidilebilir.

Örneklere gidecek olursak, öncelikli olarak kanun tasarılarının işin mutfağının mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmeliğe uygun olması gerektiğini söylemiştik. Burada torba kanunya gönderme çokça yapılıyor. Çokça gönderme yapılması da çok doğal çünkü son zamanlarda genellikle torba kanun örnekleri görmekteyiz. Bu yönetmelikte nasıl düzenlenmiş konu, konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren haller dışında bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslakları ile yapılır. Çok sınırlı bir şekilde izin verilmiş durumda. Örneğin avukatlık kanununun da avukatlık bürolarına ilişkin kanunu değiştiriyorsanız, aynı konuyu aynı zamanda 634 sayılı kat mülkiyeti kanunu da ilgilendiriyorsa bu ikisini bir arada alabilirsiniz. Ama onun haricinde siz bunların hepsini alıp bir araya getiremezsiniz ve bu araya getirme bariz bir yanlışlıktır ve bu yanlışlığı başlatanlarda esasen bürokratlardır. Buradaki tipik ihlal örneklerinden bir tanesi geçtiğimiz yıl karşılaştığımız Mayıs 2015 de TBMM'ye sunulan ve 61 maddeden oluşan iş kanunu ile bazı kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı. Kamuoyunda bilinen adıyla Soma torbası ile 19 farklı kanunda değişiklik önerilmekteydi. TBMM plan ve bütçe komisyonunda soma torbası ilgisi nedeniyle 108 adet milletvekilleri tarafından daha önce sunulmuş kanun teklifleriyle birleştirilmiş ve görüşülmüştür. Plan bütçe komisyonunda önergeler yoluyla soma torbası ve 108 adet kanun teklifinde yer almayan kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Sizin önünüze zaten bir torba geliyor, o torbanın içerisinde çok sayıda kanun var, siz onları bir kenara bırakıyorsunuz kanun teklifleri de var. Önergeler yoluyla oldukça genişletiyorsunuz. Komisyonunda soma torbasını önergeler yoluyla 48 farklı kanunda değişiklikler eklenmiştir. İç tüzüğe uygun mu? Tabii ki değil. Soma torbası komisyona geldiğinde 61 maddeyken komisyondan çıktığında 148 maddeydi. Soma torbasıyla başlangıçta 19 farklı kanunda değişiklik öngörülmekteydi ancak komisyondan çıktığında 67 farklı kanunda değişiklik yapılmış-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

tır. Peki, bu görüşmeler nasıl olmuştur? Bu görüşmeler plan ve bütçe komisyonunda yapılmıştır ve bu önergeler bizzat komisyonun yan tarafında genellikle hazırlanmıştır. Büyük mali düzenlemeler yapılmaktaydı. Yan tarafta bir oda var orada bunlar bilgisayarda yazılıyor içeri götürülüyor, imzalanıyor, oylanıyor ve geçip gidiyor. O arada ön plana çıkan şey şuydu; gerek iktidar tarafı olsun gerek muhalefet tarafı olsun milletvekilleri süreci kontrol etme yeterliliğini yitirmişlerdi. Süreci kesinlikle kontrol edemiyorlardı, süreç bürokratlar eliyle yürütülüyordu. Komisyona tamamen bir curcuna hakimdi ve adeta kurumundan herhangi bir önerge verilmesi konusunda izin alan önergeyi kurumunda da hazırlayabilir veya bu konuya dair bir fikri olan koşarak meclise geliyordu, “bende böyle bir şey var, bunu ne yapabiliriz?” diye. Orada tek tek milletvekillerine gidip, “böyle bir şey var bunu imzalar mısınız?” gelen imzalanıyor, gündeme alınıyor, oylanıyor ve geçiyor, gidiyor.

Burada görüşülenlerin içerisine baktığımız da aile hekimliği kanunu görüşülüyor, iskan kanunu görüşülüyor, ticaret kanunu görüşülüyor, idari yargılama usulü kanunu görüşülüyordu. Ceza mahkemesi kanunu görüşülmeye çalışıldı, komisyonunda hukukçu yok bu arada onu da belirtmek lazım. 2 tane avukat meslektaşımız var, avukatlık kanunu görüşüldü. Avukatlık kanunu nasıl görüşüldü? Plan bütçe komisyonuna, komisyon görüşmelerinin başladığı sabah telefonla haber verildi. Burada bir görüşme var, toplantılara katılır mısınız? Telefonla aranması üzerine biz koşu koşu plan bütçe komisyonuna gittik. Ve görüşeceğimizi düşündüğümüz şey SGK'nın vekalet pulu üzerine bir talebinden ibaret zannediyorduk. Görüşlerimizi ifade ettik, görüşler bitti, ardından çıkacakken “durun, siz bir yere gitmeyin, neden gitmeyelim? Başka şeyler gelebilir, ne gelebilir?” ne gelebilir sorusunun cevabı öncelikle günlerce bizden saklandı. Bir kanun teklifi var, kendi görev alanınıza ilişkin ve o kanun teklifi sizden saklanıyor. Size bilgisini vermiyorlar öyle bir şeyin. Yapılan şey şu; 1136 sayılı avukatlık kanunu 182.maddesine bir fıkra eklenmesi, sebebi de TBB'nin yönetmelik yoluyla avukatlık stajını değerlendirme yapamayacağına ilişkin bir düzenleme. Peki, bu oraya niye geldi? Daha önce bizim tarafımızdan hazır-

lanmış bir yönetmelik değişikliği vardı, yönetmelik değişikliği Başbakanlık tarafından resmi gazetede yetkisi olmadığı halde yayımlanmadı. Buna karşı biz dava açtık, Ankara'da ki bir idari mahkemesi bu konuda yürütmeyi durdurma kararı verdi. Yürütmeyi durdurma kararı bize tebliğ edildi, aynı zamanda davalıya da tebliğ edildi, davalıya tebliğ edildiği anda hemen bir önerge hazırlayıp meclise koşular ve bu konuda ki kanun değişikliği sizin herhangi bir kısmında fikriniz alınmadan yapıldı.

Şunu da belirtmek gerekir; TBB diğer meslek örgütleriyle de kıyaslandığı zaman, hele ki sivil toplum örgütleri ile kıyaslandığı zaman çok güçlü bir yapı ve mecliste esasen çok fazla etkinliği olan bir yapı. Konuya ilişkin kaynaklar tarandığı zaman, TBB'ne bu konuda ciddi atıflar yapılmaktadır, meclis görüşmelerine dair. Bizimle birlikte her ne hikmetse bankalar birliğine de atıf yapılmakta. Ancak bizim içinde bulunduğumuz durum böyleyse Türkiye'de sivil toplumun veya yurttaşların kanun görüşmelerine herhangi bir katkılarının olduğunu söyleyebilmek kolay değil. Yine işin mutfağına döndüğümüzde 17.maddenin 2.fıkrasında yer alıyor bu mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmeliğin değiştirilmesi öngörülen maddenin birden fazla olması durumunda bunlar tek bir çerçeve madde içinde değil, her biri ayrı çerçeveler madde ile düzenlenir. Bu konuya niye geldik? Torba kanunla birlikte muhtemelen önümüze torba madde örnekleri de gelmeye başlayacaktır. Bunun örneği Kasım 2014 de TBMM Başkanlığına sunulan ve 43 maddeden oluşan polis vazife salahiyyet kanunundan oluşan bazı kanun ve kanun hükmünde karar-namelerde değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı. Dün gece itibariyle kanunlaştığını bildiğimiz iç güvenlik torbası, bu torba ile 22 farklı kanunda değişiklik öngörülmektedir. Bu bir tipik mevzuatta yeri olmamasına rağmen torba tasarı niteliği taşımaktadır. Ancak torba madde özelliği de bünyesinde bolca bulunmaktadır. Örneğin tasarının 31.maddesi 31 fıkradan oluşmaktadır, sayfalarca sürmektedir bu. Bu madde ile 5490 sayılı nüfus hizmetleri kanununun 31 farklı maddesinde değişiklik önerilmektedir. Madde 1 bilmem ne sayılı kanununun şu fıkraları değiştirilmiştir. Fıkra 1 şu maddesinde ki şu madde... Yani siz bir madde ile bir kanununun tümünü değiştirmiş



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

oluyorsunuz. Peki, bu ne demek? Siz açıkçası böyle yapıldığı zaman bu konunun tartışılmasını istemiyorsunuz demektir, çünkü tartışamazsınız. Bu konuda detaylı bir şekilde görüşte oluşturamazsınız. Zaten torba tasarısı tartışılmamalı ve işlerin hızlandırılması üzerine kurulmuş bir sistem. Şöyle bir örnekle karşılaşmamız ilerde olası; tek bir maddelik kanun değişikliği, tek bir maddeden oluşuyor. Ama içerisinde çok fazla sayıda kanunda ve çok fazla sayıda madde de değişiklik. Tek bir madde olduğundan dolayı komisyon görüşmeleri de hızlı tamamlanacaktır. Genel kurul görüşmeleri daha hızlı tamamlanacaktır ve bir şeyi de kabul edip gidecektir. Bu arada şuna değinmek gerekir, biraz önce kanunları takip edemiyoruz denildi. Bir örneğini hemen vereyim, geçtiğimiz hafta adalet komisyonunda bu temyiz merciine ilişkin olarak 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 47. maddesinin değiştirilmesi kabul edildi. Genel kurula indirildi veya indirilecek ve muhtemelen de kabul edilecek. Veya kendi meslek alanımızdan değerlendirmeye gidecek olursak, kısmi dava açma kanunğı biz avukatlar tarafından oldukça sıkıntılı ve vatandaşların temel hak ve hürriyetleri, hak arama bakımından ciddi sıkıntılıydı.

Geçtiğimiz hafta hukuk kanunu mahkemelerininin 109. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırıldı. Geniş bir tartışma oldu mu veya bunun olduğunu biliyor muyuz? Bilmiyoruz. Sessiz sedasız bir şekilde her gün resmi gazetede yayınlanıyor. Bu da yayınlanacak, bir süre sanki kısmi dava açma kanunğı varmış gibi devam edilecek. Hem bizim meslektaşlarımız açısından, hem vatandaşlar açısından, ama bir gün oda öğrenilecek. Pek iç açıcı bir tablo sunamadım. Çünkü iç açıcı tablo sunamamanın hep mevzuattan kaynaklanan, uygulamaya gidilir. Ancak mevzuattan kaynaklanan sıkıntılar da ortada. Biraz önce soma torbasına değinmiştik, orada bizde ne yapıyorsunuz demiştik, Meclis Başkanı Cemil Çiçek'te plan bütçe komisyonuna "siz ne yapıyorsunuz" dedi ve komisyona kabul ettiği maddeleri iade etti. Kamuoyuna yansımada bu. İade ettiği gün veya iade ettiği ertesi günü komisyon tekrar aynısını geri gönderdi. O şekilde görüşülüp kabul oldu.

Saygılarımı sunarım.



**Prof. Dr. Sayın Korkut KANADOĞLU (Oturum Başkanı)-** Sayın Ergün'e teşekkür ederiz. 2 ana noktada sunumunu yaptı.

Birinci ana nokta meclisin sivil toplum örgütlerinin kanun çalışmalarına katkı ve katılımına nasıl hoyratça karşı çıktığını, sanırım bu oturumda da benim hafızamdan hiç silinmeyecek bir görüntü oluştu. Bu tercüme edilince yabancı konuğumuzun yüzünün ifadesini ömrümce unutmayacağım.

İkinci nokta da torba kanunlara ilişkin örnekler verdi çok net açık bir şekilde. Sayısal bir veri ile kendisini desteklemek isterim, izin verirseniz. Bu soma torbasında üst komisyonda 47 madde ekleniyor, alt komisyon da buna 42 yeni madde daha ekleniyor ve bu 89 toplam komisyonda eklenen maddelerin tamamının tasarıyla uzaktan yakından alakası yok. En son bahsettiği ve torbanın dibine vuramıyoruz artık, torba kanunundan torba maddeleri geçtiğimiz örnek açısından da yine komisyon bu kez 60'dan fazla maddeyi yine iç tüzüğe aykırı olarak bu kez çıkardı. Dolayısıyla burada sanırım parlamento da milletvekilleri de kendilerine ait olan yetkinin komisyon tarafından gasp edilmesine karşı sessiz kalıyorlar. Biz süremizi sanırım verimli kullandık ama belki bir 10 dakika sabrınız varsa, 10 dakikada katkı sağlamak isteyen izleyiciler varsa bunu değerlendirebiliriz.

Buyurun Sayın Savcım.

**Av. Atilla SAV-** Teşekkür ederim Sayın Başkan. Efendim 2 konuda soru sormak istiyorum. 1 tanesi mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında yönetmelik kanunların ve diğer hukuk kurallarının nasıl hazırlanması gerektiğini düzenliyor. Ve bu düzenleme benim görebildiğim kadarıyla bizim kanun yapma geleneğimize uygun değil. Bizim bildiğimiz 1920'li yıllarda yapılmış temel kanunlarla madde, fıkra, bent vs. giderken burada başka bir sistem getiriliyor ve bu bir yönetmelikle yapılıyor. Kime verilen bir talimat? Kanunma organına verilen bir talimat. Yürütme organının bir birimi olarak veriliyor. Doğrusu bunu yadırgıyorum, Sayın BAKIRCI zaten meclis çalışmalarında kanunma organlarının çalışmalarının nasıl bir seyir takip

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ettiğini çok güzel anlattı. Sanıyorum ki hastalıklardan birisi de bu. 2.değinmek istediğim nokta, Anayasanın Uluslararası antlaşmalardan bahseden 90.maddesinin son fıkrasına bir tümce eklendi ve bu tümceyle kurallar dizgesi veyahut normlar hiyerarşisinde bir kademe basamak getirildi. Usulüne uygun bir biçimde yürürlüğe konulmuş olan uluslararası antlaşmalar kanunlarla çatışırsa antlaşma hükümleri uygulanır. Benim saptayabildiğim kadarıyla Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana 14.500 kadar kanun çıkmış. Bu kanunların bir kısmı torba kanun ama büyük bir kısmı bildiğimiz düzen içerisinde yapılmış. Bu kanunlardan sanıyorum ki 5000 küsur tanesi uluslararası antlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanun. Çok ilginç bir saptama var, Şubat ayı içerisinde TBMM’den 28 tane kanun çıkmış. Bunlardan 27 tanesi uluslararası antlaşmanın onaylanmasına ilişkin, 1 tanesi de torba kanun. Bu 5000 kanunların, kanun hükmünde kararname onaylayan kanunun hangileri kanunlarla çatışmaktadır, bunu uygulayacak yargıçlara ve uygulamacılara hangi kuralın öncelik taşıdığını belirleyecek bir ölçü var mı? Ben bulamadım.

Meclis görüşmeleri sırasında bir grup milletvekili bir önerge vermişler demişler ki “bu uluslararası antlaşmalar hangileridir sayalım; Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları temel bildirgesi gibi 5 uluslararası antlaşmanın bu nitelikte olduğunu, diğerlerinin bu madde kapsamında olmadığını belirtelim demişler. Komisyon sözcüsü ve başkan haklı olarak belki de demişler ki” Anayasa değişikliğinde saymaca bir hüküm doğru değildir. Kanun yapma tekniği açısından sakıncalıdır ama bu doğru tespit uygulamacıların önünde son derece çetin, düzeltilmesi mümkün olmayan sorun çıkarıyor. Bunu bir iki toplantıda da uygulamacılara sordum, gördüm ki hiçbir makam ne yargı organı, ne yürütme organı hiçbir makam böyle bir saptama yapmıyor. O zaman bütün sorun sanıyorum ki karar verecek yargıca kalıyor. Yargıçlar hangi uluslararası antlaşmanın kanunıyla çeliştiğini ve bu çelişme sonucunda hangisinin uygulanması gerektiğini düşünmek ve bulmak yargıcın sorunu haline geliyor. Bu konuda kanun yapma tekniği açısından bir sakınca yok mu? Yargıya

bir yardım ya da katkı yapılamaz mı? Yapılacaksa hangi makam tarafından yapılması gerekir? Diye düşünüyorum. Torba kanunlar hakikaten çok önemli bir sorun haline geldi.

Ahmet İyimaya'nın da bir çalışması var, "siyaset kurumunun ortak günahı kanunma reformu" diyor orada torba kanunlarından söz ediyor. Onun önerdiği çözüm iç tüzük düzenlemesinin iyi düşünülmesi, yapılması ve iç tüzüğün başarılı bir düzenleme olması halinde bu tür tartışmaların büyük ölçüde azalacağı görüşü söz konusu.

**Dr. Fahri BAKIRCI-** Bu yönetmelikle ilgili olarak şunu söyleyeyim, aslında yönetmeliğin hükümleri uygulansa bugün karşılaştığımız sorunların hiç biri ile karşılaşmayacağız. Çünkü torba kanun kesinlikle kanunlanmış durumdadır. Yoksa bende sorun yönetmeliğinin düzenlemelerinin yanlış olması, geçmişten farklı olması değil. Çünkü ufak tefek farklılar olsa da büyük ölçüde örtüşüyor. Sorun yönetmelik hükümlerinin asla uygulanmayışıdır. Biz bunu iç tüzük uzlaşma komisyonunda -ki bende o komisyonda çalıştım- son uzlaşma komisyonunda değil önce ki uzlaşma komisyonunda aynı konu gündeme geldi ve biz o zaman dedik ki bunun 2 yolu var ya kanun konusu haline getirip bu kuralları bir kanuna bağlamak lazım ya da bunu üst yüküm haline getirelim. Üst yüküm haline getirdik, metinde var bu. O zaman Meclis Başkanlığına görev düşüyordu ama doğrusu bugün ki uygulamaya baktığımda iç tüzükte ki kuralların da büyük bir bölümünün uygulanmadığını düşünüyorum. Uygulanmayan kurallar söz konusu olduğunda, orada kural koysanız sonuç değişir mi bilmiyorum.

Benim 2000 yılında yazdığım bir eserim var temelin çalışma yöntemiyle ilgili ve ben orada şundan yola çıkmıştım, kural şudur iç tüzükte bu yazıyı uygulaması böyledir, sapması böyledir demiştim. Son yaptığım bir çalışma var yeni yayınlandı, şunu fark ettim bu sefer uygulamadan çıkıp kurala döndüm. Uygulanan kural yok, iç tüzüğün şuan da uygulanan herhangi bir kuralı yok. Bu çok rahat gösterilebilir. Aşağı yukarı her kuralda bir sapma var. Bazı kurallarda tamamen aykırı kurallar var. Bazı kurallarda kısmen sapmalar var. Ama iç tüzüğümüz

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

şuan da hiçbir şekilde uygulanmıyor. Dolayısıyla bu bir güvence getirebilir mi diye bilmiyorum ama bir yöntem olabilir. Bu kural olmayışından değil kuralın uygulanmayışından kaynaklanıyor. Uluslararası antlaşmalarla ilgili çok haklısınız ama orada bence aynı sorun var. Yargıda da böyle bir Anayasal kuralla birlikte bir yargıç bir uluslararası sözleşmeyle, bir kanun metni arasında kaldığında gerçekten uluslararası anlaşma metnini uyguluyor mu? Ben ondan da emin değilim. Yargıcın böyle bir görevi yerine getirdiğinden emin değilim. Dolayısıyla bu konuda aslında bütün organlara sorumluluk düşüyor aslında TBMM'ye de sorumluluk düşüyor. Ama o kanunlar yapılırken buna uyuluyor mu? Yargıç kararını verirken bu çatışmaya bakıyor mu? Onun için yine uygulamalara bakmak lazım diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Sayın Korkut KANADOĞLU (Oturum Başkanı)-**

Bir saptamayla bitirmek istiyorum bu oturumu, kural koyma asli görevi olan TBMM'nin ne yazık ki kendi kurallara uymadığını bu oturumda saptadık.

**SUNUCU-** Bizler de konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz. Plaket taktimi yapmak üzere TBB Başkan Yardımcımız Av. Berra BESLER 'i davet ediyorum.

## **KANUN YAPMA TEKNİĞİ**

*Karşılaştırmalı Hukukta Yasa Yapım Tekniği -I*

---

*İkinci Oturum*



**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Değerli Başkanım, Saygıdeğer Başsavcım, çok değerli hocalarım, çok sevgili öğrencilerimiz hepimiz hoşgeldiniz.

Zamandan fazla kaybımız olmasın diye konuklarımızı uzun tanıtmayacağım. Sadece kısa birkaç cümleyle geçştireceğim. Zamandan biraz kazanalım ki, en azından tartışma bakımından birazcık süre kalsın bize. Öncelikle kendileri davetlerimizi kırmadığı, çok kısa sürede sırf bu sempozyuma özgü sunumlarını hazırladıkları ve tecrübe ve bilgilerini bizimle paylaştıkları için sonsuz teşekkürler.

İkinci olarak Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerine özellikle teşekkür ediyorum; bizi şaşırtılar. İstanbul'dan kendi imkanlarıyla sempozyum izlemeye geldiler. Şaşırtmaya devam etsinler, zira ihtiyacımız var. Hukuka gerçekten güvenin azaldığı bir dönemde hukuk öğrencilerinin bu davranışı beni gururlandırdı; onun için teşekkür ediyorum. Misafirlerimiz tamamen kendi ülkeleri açısından bu alanda ama farklı bakış açıları ile konuyu ele alacaklar. Prof. DR. Lötscher özellikle kanun dili ve kanun yazım teknikleri konusunda çok çok uzman bir meslektaşımız. Prof. DR. Birkert bize Baden Württemberg örneği üzerinden, ama Almanyada ki kanunlaşma sürecini çok renkli sunumu ile aktaracak. Bunu Power-Pointlerini gördüğüm için söyleyebiliyorum. Aynı şekilde çok değerli kardeşimiz Prof. Dr. Francesco Lucrezi İtalya'dan konuşumuz. Kendisi Romanist, ama bu alanda özellikle iktibas konularında, kanun yapma tekniği kanularında çok yetkin bir isim. 3 farklı ülkeden 3 farklı bakış açısını izleyeceğiz. Ben sözü Prof. Lötscher'e veriyorum İsviçre delegasyonu adına kendisi konuşacak;





# GUTE GESETZE SIND TRANSPARENTE TEXTE

*Andreas Lötscher*

## **1. Materielle Aspekte der Gesetzesqualität**

Wer ein gutes Gesetz machen will, muss es als guten Text formulieren. Das Thema meines Beitrags ist die Frage, was Gesetze zu guten Texten macht. Die sprachliche Form ist natürlich nicht das einzige Qualitätsmerkmal von Gesetzen, und letztlich nicht einmal das wichtigste. Primär müssen Gesetze auf der materiellen Ebene eine gute Regelung sein. Auf die Frage, was inhaltlich und politisch gesehen ein gutes Gesetz ist, kann hier nicht im Detail eingetreten werden. Müller/Ullmann (2013) nennen etwa als Qualitätskriterien Wirksamkeit, Kostengünstigkeit, Rechtmäßigkeit, Sachgerechtheit und Fairness: Ein gutes Gesetz soll bewirken, was sein beabsichtigter Zweck ist, es soll dies mit einem für die Betroffenen und den Staat zumutbaren und angemessenen Aufwand erreichen, dies soll mit den Mitteln geschehen, die der gegebene rechtliche Rahmen erlaubt, und es soll die Ansprüche des Individuums auf seine persönliche Entfaltungsmöglichkeiten respektieren. Das sind Kriterien, die über bloße Schaffung von bestimmten Regelungen in einem konkreten Gesetz hinaus gehen. Wenn es speziell um das konkrete Gesetz geht, könnte man auf elementare Merkmale reduziert sagen: Ein gutes Gesetz ist ein Gesetz, das für ein bestimmtes reales Problem eine rechtlich angemessene Lösung mit geeigneten rechtlichen Mitteln zur Verfügung stellt. Das sind nicht nur rechtliche Aspekte; sie beeinflussen

gleichzeitig auch die sprachliche Gestaltung und das Verstehen und Auslegen eines Gesetzes. Jedes dieser Elemente ist aber auch in der Regel strittig. Nehmen wir als einfaches Beispiel die gesetzlichen Regelungen zur Verhinderung der Attacken von gefährlichen Hunden auf Menschen. Auf den ersten Blick ist das überall das gleiche Problem: Menschen werden von Hunden attackiert und davor sollen sie geschützt werden. Trotz diesem klaren Problem werden die Ursachen in verschiedenen Ländern unterschiedlich gesehen und entsprechend bestehen in verschiedenen Ländern sehr unterschiedliche Regelungen. Schon in der Frage, worin das ursächliche Problem eigentlich besteht, das mit einem Gesetz gelöst werden könnte, bestehen Differenzen. Ist es die Gefährlichkeit von Hunden an sich, gibt es bestimmte Hunderassen, die gefährlich sind, oder ist es die Erziehung, die Hunde gefährlich macht? Ist es die Unfähigkeit von Hundebesitzern, die natürliche Gefährlichkeit von Hunden zu bändigen und Attacken zu verhindern? Je nachdem, wo die maßgeblichen Ursachen gesehen werden, werden unterschiedliche Maßnahmen vorgeschrieben: Allgemeine Verbote der Haltung gewisser Rassen oder Vorbedingungen für die Haltung einzelner Hunde (Wesensteste), allgemeine Anforderungen an Halter wie Volljährigkeit oder Pflicht zum Ablegen einer Sachkundeprüfung („Hundeführerschein“), Vorschriften über den Umgang mit Hunden beim Auftreten in der Öffentlichkeit wie Leinenzwang, Maulkorbpflicht, oder Pflicht zur sicheren Umzäunung des Besitzes, auf dem der Hund gehalten wird. Schon ob es gefährliche Hunderassen überhaupt gibt und, wenn ja, welches dieses Rassen sind, wird in jedem europäischen Land, in Deutschland in jedem Bundesland gesetzlich anders beurteilt. Es gibt entsprechend unterschiedliche Maßnahmen für die gleichen Hundetypen und -rassen.

Das Beispiel zeigt: Die Identifikation von Problemen, die Konsequenzen daraus, was eine rechtlich angemessene Lösung und welches rechtlich geeignete Mittel sind, all dies ergibt sich nicht unmittelbar aus einem Sachverhalt. Antworten auf diese Fragen sind das Resultat von politischen Diskussionen und politischen Entscheidungen. Politische Diskussio-

nen und politische Entscheidungen sind kommunikative und sprachliche Prozesse, in denen die Realität konzeptuell strukturiert und sprachlich identifiziert wird. Damit eine gute Regelung entstehen kann, muss die Problemstellung, das Ziel der Regelung und der Regelungsgegenstand zuerst in eine sprachlich klare, präzise Form gebracht werden. Diese Vorstrukturierungen sind Voraussetzungen dafür, dass überhaupt ein Normenkonzept oder Regelungskonzept für ein Gesetz gebildet werden kann, ein Detailkonzept, wie eine komplexe Regelung im Einzelnen zu organisieren ist. Auch die Formulierung eines Normenkonzepts ist eine sprachliche Leistung. Ein klares und kohärentes Normenkonzept ist seinerseits wiederum eine Voraussetzung dafür, dass ein Gesetz als Text formuliert werden kann.<sup>1</sup>

Kurz: Materielle Entscheidungen hängen mit sprachlichen Entscheidungen zusammen und sind Resultat der Strukturierung von Konzepten in sprachlicher Form. Was nicht klar vorformuliert ist, ist auch nicht klar konzipiert. Nur wenn Konzeptionen über eine Regelung in einer sprachlich klaren Form vorliegen, kann auch intersubjektiv Einigkeit über die Konzepte erreicht werden und auch erkannt werden, ob überhaupt Einigkeit besteht. Sprachliche Transparenz muss nicht erst auf der Ebene der Versprachlichung einer Regelung in einem Gesetz bestehen, sondern auch bei der Schaffung der Voraussetzungen dieser Regelung.

## 2. Konzepte redaktioneller Qualität

Gesetze sind keine Realität, wenn sie nicht in sprachlicher Form als Texte existieren. Gute Normen können nicht existieren, wenn sie nicht in eine gute Textform gegossen werden. Deshalb ist in der Gesetzgebung die Gesetzesredaktion ebenso wichtig wie die Gesetzeskonzeption. Kriterien guter Gesetzgebung wie Vollständigkeit, Widerspruchsfreiheit und Eindeu-

---

<sup>1</sup> Zum Begriff und Inhalt von Normkonzepten siehe den Gesetzgebungsfaden des Bundesamts für Justiz im Justiz- und Polizeidepartement der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

tigkeit sind nicht nur Kriterien auf der materiellen, logischen Ebene, sondern auch auf der Textebene. Ob diese Qualitätskriterien inhaltlich erfüllt sind, lässt sich nur überprüfen und entscheiden, wenn sie als Text versprachlicht sind, aber auch hier nur dann, wenn sie in einem guten, also vollständigen, widerspruchsfreien und eindeutigen Text versprachlicht sind. Diese Tatsache wird auch als Prinzip der „Erkennbarkeit“ bezeichnet: Ein Gesetz muss als Text die Regelung erkennbar machen.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, dieses Prinzip der Erkennbarkeit zu konkretisieren. Robert Walter nennt als Kriterien Ökonomie, Verständlichkeit, systematische Ordnung (Walter 1963). Hill (1981) kombiniert die Qualitätskriterium zum „magischen Fünfeck“ („magisch“ deshalb, weil es unmöglich ist, alle Anforderungen gleichzeitig zu erfüllen):

- Umfang (Kürze)
- Aussagekraft
- Präzision
- Verständlichkeit
- Adäquanz (Sachgerechtigkeit – Adressatengerechtigkeit)

Ähnliche Kriterien werden im „Gemeinsamen Leitfadens der EU für die Abfassung von Rechtstexten“ formuliert:

1.1 Ein Rechtsakt muss wie folgt abgefasst sein:

- **klar**, leicht verständlich, eindeutig;
- **einfach**, prägnant, ohne überflüssige Elemente;
- **genau**, so dass dem Leser kein Zweifel bleibt.

Diese Prinzipien und Qualitätskriterien sind zweifellos vernünftig und plausibel, gleichzeitig aber auch so allgemein, dass daraus nur schwer zu erkennen ist, welche Konsequenzen sich im Einzelfall daraus ableiten lassen. Dass trotz diesen Forderungen die Kritik an schlecht formulierten Gesetzen

nicht aufhört, zeigt auch, dass die Kenntnis von Qualitätskriterien keine Garantie für deren Realisierung ist. Umsetzungsprobleme gibt es dabei auf verschiedenen Ebenen. Zuweilen fehlt der politische Wille, klare und einfache Regelungen zu formulieren. Man will gar nicht klar sagen, wie man was regeln will. Unter dem politischen Zwang, eine Einigung finden zu müssen, begnügt man sich beispielsweise mit Regelungen, die jeder Partei ein wenig entgegenkommen, in sich aber unklar oder widersprüchlich sind. Damit fehlen schon die politischen und konzeptuellen Voraussetzungen dazu, dass ein gutes Gesetz entstehen kann. Ein schlechtes Gesetz bleibt aber ein schlechtes Gesetz, auch wenn es politisch so gewollt ist. Die Forderung nach Klarheit und Genauigkeit in guten Gesetzen impliziert die Forderung nach Ehrlichkeit und klaren Entscheidungen in der Politik.

Andere Qualitätsansprüche sind oft nicht erfüllbar, weil sie von realen sachlichen Voraussetzungen abhängen und in Konflikt damit stehen. Ob eine Regelung einfach sein kann oder nicht, hängt von der Natur der Regelungsmaterie ab. Wo der Regelungsgegenstand komplex ist, muss auch die Regelung und die sprachliche Formulierung eine gewisse Komplexität aufweisen. Komplexe Sachverhalte und Regelungen führen tendenziell zu komplexen Formulierungen. Wieweit ein Gesetz verständlich ist, hängt auch vom Adressaten ab. Wer die Sachwelt nicht kennt, die geregelt wird, versteht auch die Regelung nicht. Das Urheberrecht im Bereich der digitalen Medien ist schwer zu verstehen, weil erstens die Verbreitungsmöglichkeiten und die Funktionsweise von digitalen Medien und zweitens das Zusammenwirken von Rechten von Urhebern, Verbreitern und Nutzern von Informationen komplex ist. Hinzuzufügen ist freilich, dass das Recht eine Realität komplizierter machen kann als nötig, und dass eine entsprechende Regelung rechtlich gesehen komplizierter organisiert sein kann, als nötig wäre. Zur Qualität einer rechtlichen Regelung gehört so auch die rechtliche Einfachheit. Ein komplizierte Regelung kann wegen ihrer unnötigen Kompliziertheit intransparent sein. Ein gutes Gesetz ist auf materieller Ebene ein möglichst

einfaches Gesetz.<sup>2</sup> Je einfacher eine Regelung konzipiert ist, desto transparenter und einfacher kann die Formulierung sein.

Es gibt aber Qualitätsmerkmale, die gültige Anforderungen bleiben, gleichgültig, wie komplex und schwerverständlich die Materie ist, und die erst recht gelten, wenn die Materie komplex ist: Optimale Klarheit, optimale Eindeutigkeit, optimale Genauigkeit und optimale Einfachheit. Ich möchte im folgenden diese Kriterien nochmals vereinfachen und die wichtigsten Elemente unter zwei Hauptaspekte zusammenfassen: Normative Relevanz und Transparenz. Das sind Qualitätsmerkmale von Gesetzen als Texten in einem umfassenden Sinn. Wenn es im Titel meines Beitrags heißt: „Gute Gesetze sind transparente **Texte**“, ist gemeint: Es geht nicht um einzelne Wörter und Satzstrukturen. Es geht um Gesetze als ganze Texte. Das bedeutet zweierlei: Relevanz und Transparenz sind Merkmale von Texten, nicht von einzelnen Sätzen oder Wörtern. Die Arbeit, um diese Ziele zu erreichen, muss immer den ganzen Text im Auge haben. Relevanz und Transparenz beginnt beim Ordnen der Teile im Ganzen des Textes. Zweitens sind Gesetzestexte zwar besondere Arten von Texten, aber es bleiben sprachliche Erzeugnisse, die nicht unabhängig von den grundlegenden Regeln der Sprache und der Kommunikation formuliert und verstanden werden können.

Auch Relevanz und Transparenz sind abstrakte Begriffe, die für die Anwendung konkretisiert werden müssen. Im Folgenden sollen diese Qualitätskriterien und die entsprechenden möglichen Fehler anhand von konkreten Beispielen vornehmlich aus der Schweizer Gesetzgebung illustriert werden. Es sind einfache Beispiele. An einfachen, übersichtlichen Beispielen lässt sich dies besser darstellen als an einem umfangreichen Gesetz. Die Beispiele sind aber repräsentativ für Grundprobleme, die auch in komplexer Form auftreten können.

---

<sup>2</sup> Das Prinzip kann als Anwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Erforderlichkeitsprinzips in Bezug auf die Regelungsstruktur gesehen werden: Die Regelung darf nur so komplex sein, wie erforderlich ist, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.

### 3. Normative Relevanz

Normative Relevanz verstehe ich als Eigenschaft einer Normformulierung, dass darin alle und nur die notwendigen Kriterien für die Anwendung der Norm genannt werden. Voraussetzung ist natürlich auch hier, dass materiell klar ist, was die relevanten Kriterien sind. Eine Gesetzesnorm ist eine generell-abstrakte Aussage: Sie kann und soll den Regelungsbereich nicht erschöpfend beschreiben, sondern die Merkmale einer Klasse von Situationen benennen, für die eine Rechtsfolge gelten soll. Die Aufgabe besteht darin, aus allen möglichen Elementen von denkbaren Situationen jene zu isolieren, welche maßgebend für eine Norm sein sollen. Die Aufgabe hängt eng zusammen mit dem Normkonzept: Was soll geregelt werden, zu welchem Zweck soll es geregelt werden, wie ist die Regelung überhaupt praktisch umsetzbar? Gegenstände und Sachverhalte müssen nicht umfassend beschrieben werden. Es kann nicht auf Eigenschaften Bezug genommen werden, die nicht kontrollierbar sind. Es ist aber auch eine zusätzliche anspruchsvolle Aufgabe, diese normativen Elemente auch sprachlich korrekt zu benennen. Eine korrekte Benennung kann keine private Erfindung eines Autors sein, sondern muss sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch stützen. Nur so können die Adressaten und Benutzer sich über den Sinn einer Formulierung einigen. Sprachliche ad-hoc-Erfindungen provozieren in der Auslegung Willkür, da sie nicht durch gemeinsames Wissen und gemeinsame Erfahrungen legitimiert sind.

Das Prinzip der normativen Relevanz lässt sich in der Anwendung in einzelne Teilprinzipien aufgliedern.

- a. Nur normativ relevante Elemente, keine Erläuterungen, Begründungen u.ä.

Gesetzesaussagen sind ihrem Zweck nach normative Aussagen. Sie müssen sich auf normative Inhalte beschränken. Gesetzesaussagen sollen sagen, was sein soll, nicht was ist. Sie sollen auch nicht sagen, warum etwas ist oder sein soll. Das heißt unter anderem, dass sie keine Begründungen, Erläuterungen

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

usw. enthalten sollen. Elemente, die nur zur Erläuterung oder Begründung einer Norm dienen, sind normativ nicht relevant und verwirren nur die Auslegung. In einem Beispiel wie (1) wird dieses Prinzip dadurch verletzt, dass der Zweck einer Bestimmung begründet wird:

(1)	Deutsch	Türkçe
	<i>D: Für sämtliche Anlagen und Produktionsräume ist ein Reinigungsplan zu erstellen. <b>Dieser Plan verhindert, dass unangemessene Reinigungsverfahren für die Milch und Milchprodukte ein Hygienrisiko darstellen.</b></i>	<i>T: Bütün tesisler ve üretim alanları için bir temizleme planı oluşturulmak durumundadır. <b>Bu plan, uygunsuz temizlik süreçlerinin süt ve süt ürünleri için hijyen riski oluşturmasını engellemektedir</b></i>

### b. Keine Tautologien und tautologischen Implikationen

Sprachliche Äußerungen sind immer elliptisch: In der Sprachform wird nie alles sichtbar, was gesagt oder verstanden wird. Auch Gesetzesformulierungen müssen auf ein gemeinsames Verständnis von Formulierungen bauen. Gewisse Tendenzen zur Explizitheit sind aus Gründen der Relevanz fehlgeleitet. Normen, die vorschreiben, was in Wortbedeutungen enthalten ist, wiederholen zweimal das Gleiche. Der Zweck von Treppen ist, dass man sie gefahrlos begehen kann. Eine nicht oder nur mit Akrobatik begehbare Treppe ist eine Konstruktion, welche den definitionsgemäßen Zweck einer Treppe nicht erfüllt, allenfalls ein Kunstwerk. Eine Norm, wie die folgende in Beispiel (2), die fordert, dass Treppen gut begehbar und verkehrssicher sein müssen, fordert, dass eine Treppe der Definition einer Treppe entspricht, sie läuft also auf eine Tautologie hinaus:

(2)	Deutsch	Türkçe
	Treppen und Treppenabsätze müssen gut begehbar und verkehrssicher sein.	Merdivenler ve merdiven sahanlığı iyi yürünebilir ve trafik bakımından güvenli olmak zorundadır



### c. Nur Elemente mit Zusammenhang mit dem Regelungszweck normieren

Eine Normformulierung soll nur Bestimmungen enthalten, die einen Zusammenhang mit dem Regelungszweck haben. Details, die keinen Zusammenhang mit dem Regelungszweck haben, verdunkeln den Sinn einer Norm; es wird nicht mehr erkennbar, was die relevanten Normelemente im Zusammenhang mit dem Ziel der Regelung ist, oder es wird überhaupt nicht erkennbar, was der Zweck der Norm ist. Wo die „ratio legis“ nicht erkennbar ist, wird auch die Auslegung unklar.

Jeder Sachverhalt, der unter einen Tatbestand fällt, enthält mehr Aspekte, als für die Abgrenzung des relevanten Tatbestands notwendig ist. Es ist überflüssig, Aspekt zu regeln, die sich zwar ebenfalls aus dem geregelten Sachbereich ergeben mögen, aber keinen Zusammenhang mit dem Zweck der Norm haben. Ein Beispiel ist die folgende Bestimmung über die Organisation eines tiergerechten Tiertransports:

(3)(a)	Deutsch	Turkce
	<p><u>TIERSCHUTZVERORDNUNG - TIERTRANSPORT</u>  <u>ENTWURF</u>  <sup>1</sup> FÜR JEDEN GEWERBSMÄSSIGEN TRANSPORT VON TIEREN MUSS EINE PERSON BEZEICHNET WERDEN, <b>WELCHE DIE GESAMTVERANTWORTUNG FÜR ORGANISATION UND DURCHFÜHRUNG DES TRANSPORTS TRÄGT. DIESE PERSON SORGT DAFÜR, DASS DIE VERANTWORTUNG FÜR DAS WOHLERGEHEN DER TIERE WÄHREND DES GESAMTEN TRANSPORTS IMMER EINDEUTIG ZUGEWIESEN IST UND DER TRANSPORT DEN VORSCHRIFTEN ENTSPRICHT. SIE MUSS DEN VOLLZUGSORGANEN JEDERZEIT AUSKUNFT ÜBER ORGANISATION UND DURCHFÜHRUNG DES TRANSPORTS GEBEN KÖNNEN.</b>  <sup>2</sup> FÜR JEDEN GEWERBSMÄSSIGEN TRANSPORT VON TIEREN MUSS EINE PERSON BEZEICHNET SEIN, DIE FÜR DAS WOHLERGEHEN DER TIERE WÄHREND DES TRANSPORTS VERANTWORTLICH IST</p>	

Im Rahmen der Zielsetzung des Tierschutzverordnung sind die meisten Details im Entwurf zur Verantwortung über den Tiertransport normativ irrelevant. Es werden Verantwortlichkeiten zum Transport geregelt, die mit der Organisation eines Transports als solchem zu tun haben, jedoch nicht direkt mit dem Tierschutz. Die Tierschutzverordnung soll nicht regeln, wie ein Transport zu organisieren ist, sondern sichern, dass

dabei der Tierschutz gewährleistet ist. Ein Symptom für die Unklarheit der Regelung in (3)(a) ist, dass zwei Personen für das Wohl der Tiere beim Transport erwähnt werden und deren Verantwortlichkeiten unklar sind.

Die revidierte Fassung reduziert die Aussagen auf die wesentlichen, relevanten Elemente.

(3)(b)	Deutsch	Türkçe
	<p><i>revidierte Version</i>  <sup>1</sup> Für jeden gewerbsmäßigen Transport von Tieren <b>muss eine Person bezeichnet sein, die für das Wohlergehen der Tiere während des Transportes verantwortlich ist.</b>  <sup>2</sup> Die verantwortliche Person muss den Vollzugsorganen jederzeit Auskunft über Organisation und Durchführung des Transports geben können</p>	<p><i>Gözden geçirilen versiyon</i>            1-Hayvanların her ticari nakli için <b>sevkiyat esnasında hayvanların esenliğinden sorumlu bir kişinin belirtilmesi gerekmektedir.</b>            2-Sorumlu kişinin icra organlarına organizasyon ve sevkiyatın yürütülmesi hakkında her zaman bilgi verebilmesi gerekmektedir.</p>

#### d. Keine enumerative Kasuistik

Zum Prinzip der normativen Relevanz gehört, dass das relevante Merkmal eines Tatbestands als solches genau genannt wird. In vielen Formulierungen werden induktiv einzelne Regelungsfälle aufgezählt („enumerative Kasuistik“). Damit wird das allgemeine Prinzip der Regelung verdeckt. Aufzählungen sind zudem sehr starre Regelungen, die Auslegungsprobleme provozieren können. Einfachere Beispiele sind reihende Aufzählungen von Anwendungsfällen. Im folgenden Beispiel (4) (a) wird im Entwurf der Begriff „Fertiggetränke“ durch eine Aufzählung erweitert. Es wird aber nicht klar, warum in dieser Aufzählung gerade die Getränke aufgeführt werden, die erwähnt werden. Und die Frage bleibt auch offen, was für andere Getränke gelten soll, die nicht erwähnt werden. Auch der Zweck der Bestimmung bleibt offen. Die Aufzählung bleibt so im Wesentlichen willkürlich.

(4)(a)	Deutsch	Turkce
	<p><i>Entwurf</i>  <i>In Einrichtungen wie Restaurationsbetrieben und Take-Aways sowie bei öffentlichen Veranstaltungen dürfen</i>  <b>Fertiggetränke wie kalte Milch, Frucht- und Gemüsesäfte, Mineralwasser, Süssgetränke, Wein, Bier und Spirituosen</b> <i>nur in Schankgefäßen abgegeben werden, die den Anforderungen von .... genügen.</i></p>	<p><i>Taslak</i>  <i>Restoran işletmelerinde ve paket servisi usulü işletmelerde ve de kamusal etkinliklerde</i> <b>soğuk süt, meyve ve sebze suyu, mineral suyu, şekerli içecekler, şarap, bira ve alkollü içecekleri</b> <i>gibi hazır içecekler sadece ...'ın taleplerine yetecek içecek/içki fiçılarında servis edilebilmektedir.</i></p>

Erst die Erwähnung des für die Norm wesentlichen, relevanten Merkmals „offen ausgedient“ gibt der Norm einen klaren Sinn und macht sie überhaupt auch umsetzbar.

(4)(b)	Deutsch	Turkce
	<p><i>revidierte Fassung</i>  <i>In Restaurationsbetrieben und ähnlichen Einrichtungen wie Take-Aways sowie an öffentlichen Veranstaltungen dürfen</i> <b>offen ausgediente Getränke</b> <i>nur in Schankgefäßen abgegeben werden, die den Anforderungen von .... genügen.</i></p>	<p><i>Gözden geçirilen versiyon</i>  <i>Restoran işletmelerinde ve paket servisi usulü çalışan benzer kurumlarda ve de kamusal etkinliklerde</i> <b>açıkta servis edilen içecekler</b> <i>sadece ...'ın taleplerine yetecek içecek/içki fiçilerinden servis edilebilmektedir.</i></p>

Aufzählungen zeigen oft, dass nicht zu Ende gedacht worden ist, was das relevante Kriterium für die Normaussage ist. (Eine Ausnahme sind Aufzählungen, die explizit nur ausgewählte Fälle nennen und alle nicht erwähnten ausschließen.) Enumerative Kasuistik kann nicht nur in der Aufzählung einzelner Substantive bestehen, sondern auch in der einzelfallbezogenen Aufgliederung in detaillierte Spezialnormen anstelle einer allgemeinen Norm, welche alle einzelnen Fälle unter das allgemeine Prinzip zusammenfasst. Auch in solchen Fällen wird nicht oder nur ungenügend klar, was die „ratio legis“ ist. Eine solche Unklarheit schafft auch in der Anwendung Unklarheit und schafft die Gefahr der Willkür und der Rechtsunsicherheit.

**e. Keine Vagheit und Unbestimmtheit**

Das Gebot der normativen Relevanz ist auch dann nicht erfüllt, wenn eine Formulierung in einem für den Zweck wesentlichen Punkt vage ist und wesentliche inhaltliche Abgrenzungen einer Norm offen lässt. (Davon ist die beabsichtigte Unbestimmtheit zu unterscheiden, die den Vollzugsbehörden und dem Gericht einen Ermessensspielraum lassen will. Diese kann aber nicht den Kern einer Norm betreffen, sondern nur die Konkretisierung bei konkreten Anwendungen innerhalb der von der Norm bestimmten Grenzen.) Unbestimmt ist im folgenden Beispiel (5)(a) die Formulierung in Art. 55, weil sprachlich nicht klar ist, was das Gericht genau prüfen darf oder muss. Es könnte eine inhaltliche Prüfung und Bewertung im Einzelnen impliziert sein. Die Formulierung macht dies aber nicht deutlich.

(5)(a)	Deutsch	Turkce
	<p><i>Entwurf</i>                      Art. 54 Grundsatz  <sup>1</sup> Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Begehren ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.  <sup>2</sup> Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:                      ...                      Art. 55                      Das Gericht prüft die <b>Prozessvoraussetzungen</b> von Amtes wegen.</p>	<p><i>Taslak</i>                      Madde 54 İlke                      1-Dava için gerekli koşullar yerine getirildiği sürece mahkeme bir şikayetle ya da istekle ilgili işlem yapar.                      2-Dava için gerekli koşullar özellikle ....                      Madde 55                      Mahkeme <b>dava şartlarını</b> resmi olarak denetlemektedir.</p>

Gemeint ist aber eine einfache Entscheidung über „ja“ oder „nein“, nicht eine detaillierte inhaltliche Überprüfung und Beurteilung der Prozessvoraussetzung:

(5)(b)	Deutsch	Turkce
	<p>Entwurf            Art. 54 Grundsatz  <sup>1</sup> Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Begehren ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.  <sup>2</sup> Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:            ...            Art. 55            Art. 60 Prüfung der Prozessvoraussetzungen            Das Gericht prüft von Amtes wegen, <b>ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind..</b></p>	<p>Taslak            Madde 54 İlke            1-Dava için gerekli koşullar yerine getirildiği sürece mahkeme bir şikayetle ya da istekle ilgili işlem yapar.            2-Dava için gerekli koşullar özellikle ....            Madde 55            Mahkeme, makamı gereği <b>dava için gerekli koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetler.</b></p>

### f. Vollständigkeit

Zum Prinzip der normativen Relevanz gehört nicht nur, dass keine überflüssigen Elemente und der normative Inhalt präzise benannt werden, sondern auch, dass die relevanten Elemente vollständig erwähnt werden. Nicht selten wird von einer Menge von relevanten Bedingungen nur ein Element und dabei auch nur ein unwichtiges erwähnt. Die Ursache liegt oft darin, dass das Hauptelement einer Regelung für den Verfasser der Bestimmung so evident ist, dass vergessen geht, dass sie die eigentliche Grundlage eines Verfahrens ist. Subjektive Evidenz ist aber kein Maßstab für die Relevanz. Typisch ist etwa der folgende Fall aus einer Prozessordnung:

(6)(a)	Deutsch	Turkce
	<p>Entwurf  <b>Art. 74</b> Grundsatz            Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zu Gunsten der einen Partei entschieden werde, <b>kann im Prozess jederzeit ein Interventionsgesuch stellen.</b>            Art. 75 Gesuch            Das Interventionsgesuch enthält: ....</p>	<p>Taslak            Madde 74 İlke            Davası görülmekte olan bir uyuşmazlığın taraflardan birinin lehine karar verilmesi için kim hukuki bir menfaati ikna edici kılarsa <b>dava sürecinde herhangi bir zaman müdahil olmaya yönelik bir dilekçe sunabilmektedir.</b>            Madde 75 Dilekçe            Müdahil olmaya yönelik dilekçe ..... içermektedir.</p>

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

In diesem Text wird vorausgesetzt und nicht gesagt, dass jedermann mit einem bestimmten begründeten Interesse das Recht hat, als Nebenpartei in einem Prozess teilzunehmen. Gesagt wird lediglich, dass er dazu ein Gesuch mit Begründung stellen muss. Das ist lediglich eine sekundäre Verfahrensbestimmung für die Wahrnehmung dieses Rechts. Das Recht auf Intervention als Nebenpartei ist aber eigentlich der zentrale Punkt in der Norm und muss deshalb als solches explizit erwähnt werden:

(6)(b)	Deutsch	Türkçe
	<i>Revidierte Fassung</i> <b>Art. 74 Grundsatz</b> <i>Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann im Prozess jederzeit <u>als Nebenpartei intervenieren</u> und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen</i>	<i>Gözden geçirilen metin</i> <b>Madde 74</b> ilke <i>Davası görülmekte olan bir uyuşmazlığın taraflardan birinin lehine karar verilmesi için kim hukuki bir menfaati ikna edici kılarırsa <b>dava sürecinde herhangi bir zaman ikincil taraf olarak müdahil olabilmektedir ve bu amaçla mahkemeye müdahil olmaya yönelik bir dilekçe verebilmektedir</b></i>

### 4. Transparenz

Ein zweites Prinzip für eine gute Formulierung von Gesetztexten, ist die Maxime der Transparenz. Unter dieser allgemeinen Bezeichnung verstehe ich die Eigenschaft eines Textes, dass in der Sprachform des Textes möglichst direkt die Inhaltsform der Regelung erkennbar wird. Natürlich bilden Sätze und Texte den gemeinten Inhalt niemals als direktes Bild dieses Inhalts ab. Es gibt aber in der Sprache wie in jedem semiotischen System ein Darstellungsverfahren, das als Ikonizität bezeichnet wird. Das einzelne Element zeigt den Inhalt in der Anordnung und Struktur von Sätzen und Texten. Schon die Maxime der normativen Relevanz ist im Grunde in dieser Maxime der Transparenz enthalten. In einer Aussage soll genau das sprachlich manifest gemacht werden, was für den Inhalt der Norm relevant ist. Das Transparenzprinzip ist also solches abstrakt und braucht ebenfalls konkrete Strategien zur Umsetzung. Im Folgenden sollen nur drei wichtige Grundsätze als Beispiele für mehrere andere beschrieben werden.

### a. Gleiches gleich formulieren- Verschiedenes verschieden formulieren

Im einfachsten Fall bedeutet das Prinzip „Gleiches gleich formulieren“, dass die gleiche Sache in einem Gesetzestext immer gleich bezeichnet wird. Das scheint ein einfaches Prinzip zu sein, es wird aber erstaunlich oft missachtet. Es ist ein häufiger Fehler, dass der gleiche Begriff in einem Gesetz oder innerhalb eines Abschnitts mit unterschiedlichen Wörtern bezeichnet wird.

(7)(a)	Deutsch	Turkce
	<p><i>Entwurf</i></p> <p><sup>1</sup> Die Nationalbank führt ein Aktienbuch, in welches die Aktionäre eingetragen werden. Im Verhältnis zur Nationalbank wird als Aktionär nur <b>anerkannt</b>, wer im Aktienbuch eingetragen wird. Der Bankrat regelt die <b>Genehmigung</b>.</p> <p><sup>2</sup> Die <b>Zustimmung</b> wird verweigert, wenn ...</p>	<p>Taslak</p> <p>1-Merkez Bankası içine hissedarların kaydedildiği bir hisse senetleri defteri tutmaktadır. Merkez Bankasına ilişkin kimin hisse senetleri defterine hissedar olarak kaydedildiği sadece <b>resmen tanınmaktadır</b>. Banka kurulu <b>izinlemeyi</b> düzenlemektedir.</p> <p>2- .....-diğında <b>onaydan</b> vazgeçilmektedir</p>

Mit den Ausdrücken *anerkennen*, *genehmigen* und *zustimmen* wird immer der gleiche Sachverhalt geregelt, die Eintragung eines Aktienbesitzers in ein Aktienbuch. Dies wird erst dann transparent, wenn jedes Mal der gleiche Ausdruck verwendet wird. (Dass die Nationalbank ein Aktienbuch führt, kann in einer revidierten Fassung aus anderen Gründen weggelassen werden, nämlich, weil dies in allgemeinen Bestimmungen zur Organisation von Aktiengesellschaften bereits geregelt ist.)

(7)(b)	Deutsch	Turkce
	<p>Revidierte Fassung</p> <p><sup>1</sup> Die Nationalbank anerkennt als Aktionärinnen und Aktionäre nur, wer im Aktienbuch <b>eingetragen</b> ist. Der Bankrat regelt die Einzelheiten der <b>Eintragung</b>.</p> <p><sup>2</sup> Die <b>Eintragung</b> einer Aktionärin oder eines Aktionärs ist auf höchstens 100 Aktien beschränkt. ....</p> <p><sup>3</sup> Die <b>Eintragung</b> wird verweigert, wenn ...</p>	<p>Gözden geçirilen metin</p>

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Problematisch ist auch das Umgekehrte, nämlich dass mit dem gleichen Ausdruck Unterschiedliches bezeichnet wird. Ein grassierendes Problem in der europäischen und schweizerischen Gesetzgebung sind beispielsweise die unterschiedlichen Definitionen von „Inverkehrbringen“. Praktisch jedes Gesetz hat jeweils eine eigene Definition:

(8)	Deutsch	Türkçe
	<p><b>„Inverkehrbringen“</b> im Sinne dieser Richtlinie ist der Verkauf, der Besitz im Hinblick auf den Verkauf, das Anbieten zum Verkauf und jede Überlassung, Lieferung oder Übertragung von Saatgut an Dritte, entgeltlich oder unentgeltlich, zum Zwecke der kommerziellen Nutzung. (Richtlinie des Rates über den Verkehr mit Getreidesaatgut)</p>	<p>Bu yönetmelik bağlamında <b>“piyasaya sürme”</b> satıştır, satış bakımından sahip değildir, satmak için arz etmemiştir ve para karşılığı veya değil ticari kullanım amacıyla tohumun üçüncü kişiye bırakılması, teslim edilmesi ya da devredilmesidir.” (Tahıl tohumu ticareti hakkında Kurulun Yönetmeliği)</p>
	<p><b>„Inverkehrbringen“</b>: die erstmalige Bereitstellung eines Produkts auf dem Gemeinschaftsmarkt (EU-Verordnung über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung)</p>	<p><b>“Piyasaya sürmek”</b>: Ortak pazarda bir ürünün ilk defa satış için hazır bulunması (Resmen Tanıma ve Pazar Denetimine İlişkin Kurallar Hakkında AB Kararnamesi)</p>

Wenn Gleiches unterschiedlich bezeichnet wird oder Unterschiedliches mit gleichen Formulierungen, führt dies in der Anwendung zu Verstehensproblemen, Anwendungsproblemen und Auslegungsproblemen. In der EU soll entsprechend versucht werden, die Definitionen von „Inverkehrbringen“ zu systematisieren.

Der Grundsatz „Gleiches gleich, Verschiedenes verschieden“ ist auch zumindest implizit ein Auslegungsprinzip. Ist der Richter in Gesetzesformulierungen mit lexikalischen Differenzen konfrontiert, schließt er in der Regel daraus mit gutem Grund, dass der Gesetzgeber auch etwas Unterschiedliches gemeint hat. Zu einem anderen Resultat kommt er nur, wenn er Zweifel an der korrekten Formulierung hat und den Gesetzestext zusätzlich auslegt. Solche Auslegungsverfahren sind aber erfahrungsgemäß mit zusätzlichen Rechtsunsicherheiten belastet.



## b. In der Sprachform den Normtyp erkennbar machen

Ein weiteres Maxime für das Transparenzprinzip lautet: In der Formulierung muss klar erkennbar sein, welcher Normtyp der Formulierung zugrundeliegt. Auch das scheint eine triviale Forderung zu sein. Sie wird aber ebenfalls nicht selten verletzt. Der Hintergrund ist, dass ein Problem rechtlich oft über unterschiedliche Normtypen geregelt werden kann und dass bei der Gesetzesredaktion nicht zu Ende reflektiert wird, von welchem Normkonzept tatsächlich ausgegangen werden soll. Es werden unreflektiert vorgeprägte Formulierungsmuster benutzt, ohne zu beachten, ob das Formulierungsmuster mit dem tatsächlich gemeinten oder relevanten Normtyp übereinstimmt. Einschränkungen von Handlungsmöglichkeiten können beispielsweise durch allgemeine Verbotsnormen mit Ausnahmen, durch beschränkte Verbote, durch Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, durch personenbezogene Zulassungsregelungen usw. geregelt werden. In der sprachlichen Formulierung muss klar erkennbar werden, welcher Normtyp in einer Formulierung konkretisiert werden soll. Ein Verbot soll als Verbot erkennbar sein, eine Erlaubnis als Erlaubnis.

Als Beispiel kann die Wiedergabe der logischen Struktur einer einfachen Norm dienen. Die einfachste logische Form ist die konditionale Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge:

Tatbestand x impliziert deontisch die Rechtsfolge y.

Diese logische Form wird in europäischen Sprachen am direktesten in der sprachlichen Form eines Konditionalsatzes mit entsprechender deontischer Modalität wiedergegeben:

Ereignet sich ein Unfall, an dem ein Motorfahrzeug oder Fahrrad beteiligt ist (Tatbestand), so müssen alle Beteiligten sofort anhalten (Rechtsfolge).

Die Sachlage ist nicht immer so einfach. Tatbestände können unterschiedliche Sachverhalte sein: Personen mit bestimmten Eigenschaften, Personen, die Handlungen ausführen, Personen, die Absichten oder Ansprüche haben, Ereignisse, Zustände. Je nach Art des Sachverhalts sind andere Formulierungsmuster

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

adäquat. In konkreten Normformulierungen werden jedoch zuweilen die verschiedenen Sprachmuster, die angemessen wären, vermischt. Das kann beispielsweise auf Satzebene geschehen. Im folgenden Beispiel (8) geht es um eine Meldepflicht eines Betriebs bei Explosionen von Sprengstoffen. Dabei wird im Entwurf der Sachverhalt, der die Rechtsfolge auslöst, personenbezogen formuliert. Die Norm wird so formuliert, wie wenn eine Eigenschaft einer Person die Rechtsfolge auslösen würde:

(8)(a)	Deutsch	Turkce
	(Unfälle mit Sprengstoffen) Entwurf Vorgesetzte von Betrieben oder Unternehmen, in denen sich im Verkehr mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen eine Explosion mit Personen- oder erheblichem Sachschaden ereignet, haben davon unverzüglich der Polizei Kenntnis zu geben.	(Patlayıcı maddeler ile meydana gelen kazalar) Taslak Patlayıcı madde ya da piroteknik nesnelere ticareti yapılırken meydana gelen bir patlamanın şahsa zarar verdiği ya da önemli derecede maddi hasara yol açtığı işletmelerin ve şirketlerin yetkilileri bu durumdan polisi derhal haberdar etmek durumundadırlar.

Beim relevanten Tatbestand handelt es sich aber um ein Ereignis, das eine personenbezogene Pflicht auslöst. Die grammatische Struktur deckt sich nicht mit der logischen Struktur der Norm. Die Norm muss wie folgt formuliert werden, wenn die Form mit der Inhaltsstruktur übereinstimmen soll:

(8)(a)	Deutsch	Turkce
	revidierte Version Ereignet sich in einem Betrieb beim Umgang mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen eine Explosion mit Personen- oder erheblichem Sachschaden, so haben die Vorgesetzten unverzüglich die Polizei zu benachrichtigen.	Gözden geçirilen versiyon Bir işletmede patlayıcı maddelerin ya da piroteknik nesnelere ticareti esnasında şahsa zarar veren ya da önemli derecede maddi hasara yol açan bir patlama meydana geldiği takdirde yetkililer gecikmeksizin polisi haberdar etmek durumundadır.

Eine häufige Fehlerquelle ist auch die missbräuchliche Verwendung von Legaldefinitionen. Legaldefinitionen sind ihrer Natur nach sekundäre Normen, sie regelt die Verwendung und die Interpretation von Ausdrücken innerhalb eines Textes. Es sind keine Verhaltensnormen. Gleichwohl werden in Legaldefinitionen nicht selten Verhaltensnormen versteckt. Sie zeigen auf der Ebene der Formulierung etwas anderes, als sie auf der Ebene des Normgehalts wirklich bewirken. Das klassische, sprichwörtliche Beispiel in Deutschland ist die folgende Formulierung zu einer Badeordnung:

(9)	Deutsch	Turkce
	Badeordnung Der Zutritt ist nur Frauen gestattet. Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister.	<i>Sadece kadınların girmesine izin verilmektedir.</i> <i>Bu banyo kullanma talimatı bağlamındaki kadın aynı zamanda (erkek) yüzmeye öğretmenidir.</i>

Um eine Einschränkung einer allgemeinen Norm zu formulieren, wird hier die Form einer Legaldefinition gewählt. Vom normativen Gehalt her gesehen handelt es sich aber um eine Ausnahmebestimmung. Wenn die Normstruktur transparent formuliert wird, muss diese Ausnahmebestimmung ausdrücklich als solche formuliert werden. Intransparent und sinnverwirrend ist es jedenfalls, dies in der Sprachform einer Legaldefinition zu tun. Die Reaktion von Nicht-Juristen, die derartige Formulierungen als absurd empfinden, ist nachvollziehbar und zeigt, dass die Forderung nach Transparenz eine Grundlage in fundamentalen Kommunikationsprinzipien hat.

Dass in Legaldefinitionen materielle Normen versteckt werden, ist nicht selten. Ein typisches Beispiel ist die Definition von „täglicher Ruhezeit“ in Beispiel (10)(a): Es wird in dieser Bestimmung nicht nur festgelegt, was eine Ruhezeit ist, sondern auch, wie lange diese sein soll. Dies sind aber nicht Elemente einer Begriffsdefinition, sondern Verhaltensnormen.

(10)(a)	Deutsch	Turkce
	<i>Entwurf</i> <i>Als tägliche Ruhezeit gilt der Zeitraum, in dem der Führer oder die Führerin frei über seine oder ihre Zeit verfügen kann und der eine regelmäßige tägliche Ruhezeit und eine reduzierte tägliche Ruhezeit umfasst:</i> die regelmäßige tägliche Ruhezeit ist eine Ruhepause von mindestens 11 Stunden. Sie kann auch in zwei Teilen genommen werden, wobei der erste Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 3 Stunden und der zweite Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 9 Stunden umfassen muss; die reduzierte tägliche Ruhezeit ist eine Ruhepause von mindestens 9 Stunden, aber weniger als 11 Stunden.	<i>Taslak</i> <i>Şoförün boş bulabileceği <b>ve düzenli günlük bir dinlenme zamanını ve azaltılmış günlük bir dinlenme zamanını kapsayan zaman dilimi</b> günlük dinlenme zamanı olarak geçerli olmaktadır:</i> Düzenli günlük dinlenme zamanı en az 11 saatlik dinlenme molasıdır. Dinlenme zamanı iki kısımda da geçirilebilmektedir, ilk kısmın en az üç saatlik kesintisiz bir zamanı dilimini ve ikinci kısmın da en az 9 saatlik kesintisiz zamanı dilimini kapsaması gerekmektedir; Azaltılmış günlük dinlenme zamanı en az 9 saatlik bir dinlenme zamanıdır fakat 11 saatten daha azdır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Die Bestimmung enthält also genau genommen zwei Normtypen: Einerseits eine Legaldefinition des Begriffs „Ruhezeit“, andererseits Bestimmungen darüber, wie diese Ruhezeiten eingehalten werden müssen. Die letzteren Bestimmungen sind Verhaltensnormen, also Normen auf einer anderen Ebene als eine Legaldefinition. Es widerspricht dem Transparenzprinzip, zwei unterschiedliche Normen in einer einzigen Bestimmung zusammenzufassen. Es wird nicht mehr erkennbar, welche Art von Norm in der Formulierung ausgedrückt wird. Die beiden unterschiedlichen Normen müssen getrennt also unterschiedliche Normtypen dargestellt werden:

(10)(b)	Deutsch	Türkçe
	revidierte Fassung Definition Als Ruhezeit gilt der Zeitraum, in dem der Führer oder die Führerin frei über seine oder ihre Zeit verfügen kann. Materielle Norm Der Fahrer muss regelmäßig eine tägliche Ruhezeit von mindestens 11 Stunden beziehen. Diese kann in zwei Teilen genommen werden. Der erste Teil muss einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 3 Stunden und der zweite Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 9 Stunden umfassen	<i>Gözden geçirilen metin</i> <i>Tanım</i> Şoförün boş bulabileceği zaman dilimi dinlenme zamanı olarak geçerli olmaktadır.” <i>Davranış normu</i> Şoför, düzenli olarak en az 11 saatlik günlük dinlenme zamanına sahip olmak zorundadır. Bu dinlenme zamanı iki kısımda geçirilebilmektedir. İlk kısım en az üç saatlik kesintisiz bir zaman dilimini; ikinci kısım ise en az 9 saatlik kesintisiz bir zaman dilimini kapsamak zorundadır.

### c. In der Textstruktur die Normstruktur erkennbar machen

Das Prinzip der strukturellen Übereinstimmung von Inhalt und Sprachform gilt nicht nur für die Satzform, sondern auch für die Textstruktur. In den meisten Fällen besteht eine gesetzliche Regelung nicht nur aus einer einzelnen Normaussage, sondern aus einer strukturierten Menge von Teilaussagen. Auf der Ebene komplexer Texte wird das Transparenzprinzip dadurch konkretisiert, dass man in der Textstruktur die Normstruktur erkennbar macht. Die Struktur muss die logischen Beziehungen zwischen den einzelnen Teilaussagen erkennbar machen. Dieses allgemeine Prinzip lässt sich wiederum in verschiedene Teilstrategien aufgliedern.

### c1. Sachlich Zusammengehöriges in der gleichen Texteinheit behandeln

Ein theoretisch sehr einfaches generelles Textorganisationsprinzip besteht darin, sachliches Zusammengehöriges zusammen zu behandeln. Was gehört sachlich zusammen? Maßgebend ist nicht der Normtyp, sondern der sachliche Regelungsbereich. Das heißt: Es ist primär davon auszugehen, in welchem Handlungsbereich oder Problemfeld bestimmte Handlungen, Ansprüche, Pflichten geregelt werden müssen, und nicht von der nicht von der Ähnlichkeit von Normtypen. Wenn beispielsweise für zwei ähnliche, aber verschiedene Tätigkeiten T1 und T2 die Bewilligungspflicht eingeführt wird, sind die jeweils besonderen Bewilligungsvoraussetzungen und Bewilligungsverfahren und Bewilligungskonsequenzen nach den unterschiedlichen Tätigkeiten zu gruppieren und nicht nach Normtypen:

(10)	<b>Bewilligungen im Bereich T1 und T2</b>	
	Richtig: Zusammenfassung nach Sachbereich T1 1.1 Bewilligungspflicht-T1 1.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T1 1.3 Bewilligungsverfahren-T1 1.4 Bewilligungskonsequenzen-T1 2. T2 2.1 Bewilligungspflicht-T2 2.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T2 2.3 Bewilligungsverfahren-T2 2.4 Bewilligungskonsequenzen-T2	<i>Falsch: Zusammenfassung nach Normtypen</i> Bewilligungspflicht 1.1 Bewilligungspflicht-T1 1.2 Bewilligungspflicht-T2 2. Bewilligungsvoraussetzungen 2.1 Bewilligungsvoraussetzungen-T1 2.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T2 3. Bewilligungsverfahren 3.1 Bewilligungsverfahren-T1 3.2 Bewilligungsverfahren-T2 4. Bewilligungskonsequenzen 4.1 Bewilligungskonsequenzen-T1 4.2 Bewilligungskonsequenzen-T2

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(10)	<b>T1 ve T2 alanındaki onaylamalar</b>	
	<i>Doğru: Konu alanına göre özetleme</i>	<i>Yanlış: Norm şekillerine göre onaylama</i>
	1. T1	Onaylama yükümlülüğü
	1.1 Onaylama yükümlülüğü-T1	1.1 Onaylama yükümlülüğü-T1
	1.2 Onaylama koşulları-T1	1.2 Onaylama yükümlülüğü-T2
	1.3 Onaylama süreci-T1	2. Onaylama koşulları
	1.4 Onaylama sonuçları-T1	2.1 Onaylama koşulları-T1
	2. T2	2.2 Onaylama koşulları-T2
	2.1 Onaylama yükümlülüğü-T2	3. Onaylama süreci
	2.2 Onaylama koşulları-T2	3.1 Onaylama süreci -T1
	2.3 Onaylama süreci -T2	3.2 Onaylama süreci -T2
	2.4 Onaylama sonuçları-T2	4. Onaylama sonuçları
		4.1 Onaylama sonuçları-T1
		4.2 Onaylama sonuçları-T2

### c2. Normenhierarchie in der Textstruktur zeigen

Eine weitere Transparenzstrategie besteht darin, dass die Normen innerhalb eines Regelungsbereichs nach ihrer Wichtigkeit und Relevanz innerhalb einer komplexen Regelung geordnet werden. Das betrifft einerseits die Zusammenfassung von Teilen, andererseits die Reihenfolge im Text. Das Wichtige, die Grundnorm kommt vor dem weniger Wichtigen, den davon abgeleiteten Normen. Wichtig ist die Norm, die eine logische und juristische Voraussetzung für eine andere Norm ist. Die allgemeine Norm ist wichtiger als die Ausnahme oder die Regelung des Spezialfalls, die Grundnorm ist wichtiger als Ausführungs- und Strafbestimmungen, denn ohne die Grundnorm wäre eine Ausnahme oder eine Ausführungsbestimmung sinnlos. Mit dem Prinzip „Wichtiges vor weniger Wichtigem“ wird die logische Hierarchie zwischen Einzelnormen in der Systematik erkennbar gemacht. Dieses Prinzip steht zuweilen in Widerspruch zu einem anderen Prinzip, nämlich der chronologischen Anordnung, gemäß der Früheres vor späterem geregelt wird. Was früher und was später ist, ist aber oft eine Sache der individuellen Perspektive. In einem Vollzugsverfahren löst ein Entscheid beispielsweise oft eine individuelle Pflicht aus. Diese kommt chronologisch für den Vollzugsbeamten nach dem Entscheid. Für den Betroffenen muss aber die generelle Pflicht schon vor einem individuellen Entscheid bestehen, damit sie überhaupt ausgelöst werden kann.

Ein anschaulicher Fall für diese Problematik ist eine Regelung der Schweizer Stadt Basel, wonach Vorschulkinder von ausländischen Eltern, die schlecht Deutsch können, eine frühe Sprachausbildung erhalten müssen. Im gegebenen Fall haben die Eltern die Pflicht, die Kinder in eine entsprechende Förderung in einem Kindergarten zu schicken.

In einem Entwurf wurde dies wie folgt geregelt: Zuerst wurde in einer allgemeinen Pflichtnorm ein Grundsatz festgelegt. Dann wurde festgelegt, was die Behörde zu tun hat: Sie macht mit einem Fragebogen eine Umfrage, um herauszufinden, wie gut die Deutschkenntnisse der Kinder sind. Dann teilt sie den Eltern mit, was das Resultat der Befragung ist. In einem weiteren Schritt verpflichtet sie die Eltern, ihr Kind in einen Förderkindergarten zu schicken. Dabei gibt es allerdings bestimmte Ausnahmen, etwa wenn das Kind bereits in einem Kindergarten ist oder die Eltern in naher Zukunft ins Ausland ziehen, usw. In der Übersicht ist die Regelung wie folgt strukturiert

#### *Übersicht*

- Generelle Pflichtnorm, (als allgemeine Norm formuliert)
- Vollzug:
  - administrative Verfahren
    - (Versenden eines Fragebogens, Mitteilung über Auswertung)
  - Entscheid über individuelle Verpflichtung (= Verfügung als Entscheid formuliert)
  - Ausnahmen von der Pflichtnorm (als Ausnahmen von der individuellen Verfügung formuliert)

Im konkreten Normtext wurde dies wie folgt formuliert:

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(11)(a)	Frühe Deutschförderung	
	<p><i>Entwurf</i>            § 2 Obligatorium            1 Die Inanspruchnahme der frühen Deutschförderung ist für jene Erziehungsberechtigten obligatorisch, deren Kinder Deutsch als Zweitsprache lernen und im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten über unzureichende Deutschkenntnisse verfügen.            ...</p>	<p>Generelle Pflichtnorm</p>
	<p>§ 5 Fragebogen            1 Die Deutschkenntnisse der Vorschulkinder werden durch eine schriftliche Befragung der Erziehungsberechtigten erfasst.            ...            § 6. Verfahren für den Entscheid            1 Die Fachstelle frühe Deutschförderung teilt den Erziehungsberechtigten auf der Grundlage der Auswertung des Fragebogens mit, ob sie verpflichtet sind, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen oder nicht</p>	<p>Vollzug            Administrative            Verfahren</p>
	<p>§ 7. Verpflichtung            1 Ergibt die Auswertung des Fragebogens, dass die Deutschkenntnisse im Hinblick auf den Kindergarteneintritt unzureichend sind, werden die Erziehungsberechtigten verpflichtet, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen.</p>	<p>Entscheid über individuelle Verpflichtung</p>
	<p>§ 8. Nichtverpflichtung            1 Auch wenn die Deutschkenntnisse im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten unzureichend sind, werden die Erziehungsberechtigten nicht verpflichtet, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen, wenn:            a) ...            b) ... usw</p>	<p>Ausnahmen von der Pflichtnorm</p>

### Genel bakış

- Genel yükümlülük normu (Genel norm olarak formülleştirilen)
- İcra etme:
- İdari süreç



(anketin gönderilmesi, değerlendirme hakkında bilgilendirme yapılması)

- Bireysel yükümlülük hakkında karar verilmesi

(= karar olarak formülleştirilen kanuni hüküm)

- (bireysel kanuni hükümden istisnalar olarak formüle edilen) yükümlülük normundan istisnalar

(11)(a)	Erken Yaşta Almanca Öğrenimi Teşviki	
	<p>Taslak</p> <p>§ 2 <i>Zorunlu Ders</i></p> <p><i>1-Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikinden yararlanan çocukları Almanca'yı ikinci dil olarak öğrenen ve kreşe başlama bakımından yetersiz Almanca bilgisine sahip olan veliler için zorunludur</i></p>	Genel Yükümlülük normu
	<p>§ 5 <i>Anket</i></p> <p><i>Okul öncesi çocukların Almanca bilgisi velilerin yazılı sorulara tabi tutulması yoluyla belirlenmektedir.</i></p> <p>...</p> <p>§ 6 <i>Karar İçin Gereken Süreç</i></p> <p><i>Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, anketin değerlendirilmesi temelinde velilere çocuğunu bütünlük dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim görmek üzere gönderip göndermemekle yükümlü olup olmadığını bildirmektedir</i></p>	İcra hükümleri: Yetkililer aracılığıyla hazırlanma
	<p>§ 7 <i>Yükümlülük</i></p> <p><i>1 Anketin değerlendirilmesinden (çocuğun) Almanca bilgisinin kreşe kaydolma bakımından yetersiz olduğu sonucu ortaya çıktığı takdirde veliler çocuklarının bütünlük dil kursları olan bir kuruma gitmelerine izin vermekle yükümlü tutulmaktadır.</i></p>	Kanuni hüküm
	<p>§ 8 <i>Yükümlülük</i></p> <p><i>1-Anketin değerlendirmesinden kreşe başlama bakımından Almanca bilgisinin yetersiz olduğu ortaya çıktığı takdirde veliler şu durumlarda çocuğunu bütünlük dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim amaçlı göndermekle yükümlü olmamaktadırlar:</i></p> <p>a)</p> <p>b) .... Vb.</p>	İstisnai hüküm

Dieser Entwurf ist aus der Behördensicht statt aus der Sicht der betroffenen Eltern formuliert und ordnet die verschiedenen Normen intransparent. Die Normstruktur wird in dieser Systematik nicht erkennbar. Verwirrend ist unter anderem, dass die Verpflichtung der Eltern, ihr Kind in eine Förderung

zu schicken, zweimal erwähnt wird, die Ausnahmen aber nur im Zusammenhang mit der zweiten Erwähnung. Es handelt sich auch um eine terminologische Unklarheit: Es ist nicht klar, was beim zweiten Mal unter „verpflichtet“ gemeint ist. Auch der Zusammenhang zwischen der Verpflichtung und der Mitteilung ist logisch unklar.

In Bezug auf die Normstruktur als Ganzes und auch aus der Perspektive der Eltern sind die Ausnahmen von einer Verpflichtung keine individuellen Ausnahmen, die in einer Verfügung gemacht werden, sondern Ausnahmen von der allgemeinen Pflichtnorm. Die Ausnahmeregelung ist Voraussetzung für den Entscheid der Behörde, nicht Teil dieses Entscheids. Die Bestimmung über die Ausnahmen gehört also sachlich zur generellen Pflichtnorm. Dass die Eltern die Pflicht haben, ihr Kind in eine Förderung zu schicken, ergibt sich ferner primär nicht aus einem Entscheid der Behörde, sondern automatisch aus der Grundnorm. Sie muss deshalb nicht als solche speziell formuliert werden.

Ferner wird das normative Verhältnis zwischen der Mitteilung an die Eltern und dem behördlichen Entscheid zur Verpflichtung intransparent dargestellt. Es wird aus einer Art Erlebnisperspektive des Briefschreibers bzw. des Briefempfängers beschrieben: Man erhält eine Mitteilung, und danach gilt die Verpflichtung. Für eine transparente Darstellung ist auch hier das logische Verhältnis zwischen den einzelnen Aussagen maßgebend: Der Entscheid kommt vor der Mitteilung, erstens ist er normativ wichtiger als die Mitteilung, zweitens muss er gefällt werden, bevor die entsprechende Mitteilung erfolgen kann.

Die Regelung muss also nach dem folgenden Schema umorganisiert werden:

- Generelle Pflichtnorm

Ausnahmen

- Vollzug:
- Versenden eines Fragebogens
- Entscheid über individuelle Verpflichtung
- Mitteilung über die Verpflichtung

Konkret ergibt sich daraus folgenden Formulierung des Textes:

(11)(b)		
	<p><i>revidierte Fassung</i>            § 2 Verpflichtung zur frühen Deutschförderung            1 Die Inanspruchnahme der frühen Deutschförderung ist für Erziehungsberechtigte obligatorisch, deren Kinder Deutsch als Zweitsprache lernen und im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten über unzureichende Deutschkenntnisse verfügen.            2 Auch bei unzureichenden Deutschkenntnissen sind die Erziehungsberechtigten nicht verpflichtet, ihrem Kind frühe Deutschförderung zukommen zu lassen, wenn:            ...</p>	<p>Generelle Pflichtnorm            Ausnahmen von der generellen Pflichtnorm</p>
	<p>§ 4. Fragebogen zur Erfassung der Deutschkenntnisse            1 Die Deutschkenntnisse der Vorschulkinder werden durch eine schriftliche Befragung der Erziehungsberechtigten erfasst.</p>	<p>Vollzug:            Versenden eines Fragebogens</p>
	<p>§ 6. Entscheid            1 Die Fachstelle frühe Deutschförderung entscheidet auf der Grundlage der Auswertung des Fragebogens mit, ob die Erziehungsberechtigten sie verpflichtet sind, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen oder nicht.            2 Sie teilt ihren Entscheid den Erziehungsberechtigten schriftlich mit.            ...</p>	<p>Entscheid über die individuelle Verpflichtung            Mitteilung über die individuelle Verpflichtung</p>

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(11b)		
	<p>Gözden geçirilen metin  <b>§ 2 Erken Yaşta Almanca Öğrenme Teşvikine İlişkin Yükümlülük</b>  <i>1-Erken yaşta Almanca öğrenme teşvikinin kullanılması çocukları Almancayı ikinci dil olarak öğrenen ve kreşe başlama bakımından yetersiz Almanca bilgisine sahip veliler için zorunludur.</i>  <i>2-Yetersiz Almanca bilmeleri halinde aşağıdaki durumlarda çocuklarını erken yaşta Almanca öğrenmeye göndermekle yükümlü değillerdir:</i>          ...</p>	<p>Genel yükümlülük normu          Yükümlülük normuna ilişkin istisnai hüküm</p>
	<p><b>§ 4. Almanca Bilgisinin Belirlenmesine İlişkin Anket</b>  <i>1- Okul öncesi çocukların Almanca bilgisi velilerin yazılı sorulara tabi tutulması yoluyla belirlenmektedir.</i>  <b>§ 6. Karar</b>  <i>1- Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, anketin değerlendirilmesi temelinde velilere çocuğunu bütünlüklü dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim görmek üzere gönderip göndermemekle yükümlü olup olmadığını bildirmektedir.</i>  <i>2- Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, velilere kararını yazılı olarak bildirmektedir.</i></p>	<p>İcra hükümleri          - Anket          - Kararın temelleri          - Karar hakkında bilgilendirme yapma biçimi</p>

Ein Gesetz ist keine Erzählung, sondern eine Darstellung von Normen mit ihren logischen Zusammenhängen. Die Forderung, dass der Text nach der Normstruktur strukturiert werden muss, ist nicht eine rein ästhetische Forderung. Sie zwingt den Gesetzgeber, genau zu reflektieren, was die Normstruktur der Regelung ist, die er erlassen will. Allgemein: Die Forderung nach Texttransparenz zwingt zu gedanklicher Klarheit und logischer Kohärenz. Wenn Texttransparenz unwichtig ist, wird auch gedankliche Klarheit unwichtig. Wer klar zu denken versucht, kann nicht intransparent schreiben. Wer intransparent formuliert, hat auf Klarheit des Gedankens verzichtet. Intransparente Gesetze sind eine Quelle von Willkür, denn die Interpretation wird zufällig.

## 5. Transparenz: Ergebnis eines hermeneutischen Dialogs

Transparenz ist keine selbstverständliche Qualität. Transparente Texte schaffen ist eine Arbeit und sogar eine Kunst: kreative Anwendung eines Handwerks für immer wieder neue Problemsituationen. Wie jeder gute Text wird auch ein gutes Gesetz nicht in einem Anlauf geschrieben. Konzepte und Gedanken sind normalerweise am Anfang unklar. Der erste Schritt, ein Konzept kohärent zu machen, besteht darin, es in einen Text zu fassen. Erst in der sprachlichen Formulierung wird erkennbar, ob eine Konzeption kohärent und logisch und sprachlich adäquat formuliert ist. Ein guter Gesetzestext entsteht in der wiederholten Korrektur der Konzeption aufgrund der Mängel des Entwurfs durch die wiederholte Korrektur der sprachlichen Form.

Gesetze gelten für Gemeinschaften. Nicht sollen nur Ziele und Regelungsqualität müssen für die Gemeinschaft erkennbar und adäquat sein, sondern auch die Umsetzung in einen Text. Es kann nicht Sache eines Einzelnen sein, darüber zu entscheiden, ob ein Gesetzestext die erforderlichen Textqualitäten wie normative Relevanz und Transparenz hat. Die Sprachkompetenz und die Textbeurteilung eines Einzelnen ist individuell, oft durch individuelle Voraussetzungen geprägt und möglicherweise beschränkt. Die Qualitäten eines Textes müssen für die Gemeinschaft erkennbar und annehmbar sein. Am hermeneutischen Zirkel bei der Erarbeitung eines Textes müssen deshalb grundsätzlich mehrere beteiligt sein. Mängel und Lücken werden in der Regel erst in der kritischen Diskussion durch mehrere erkannt. Gute Gesetzestexte sind nicht nur in materieller Hinsicht, sondern auch als Darstellung des Inhalts das Resultat der Diskussion unter den verschiedenartig Betroffenen aus unterschiedlichen Perspektiven.

## Literatur

Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die in den Gemeinschaftsorganen an der Abfassung von Rechtstexten mitwirken. Luxemburg : Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2003.

Gesetzgebungsleitfaden: Module Gesetz, Verordnung und Parlamentarische Initiative. Hrsg. Bundesamt für Justiz 3003 Bern. Stand 2014.

URL: [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/module-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/module-d.pdf) (15.4.2015)

Hill, Hermann: Einführung in die Gesetzgebungslehre. Heidelberg: Müller 1982.

Müller, Georg / Ullmann, Felix: Elemente einer Rechtssetzungslehre. 3. Auflage. Zürich: Schulthess (2013).

Walter, Robert, Die Lehre von der Gesetzgebungstechnik, in: ÖJZ 1963, 85 - 90.

## İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir

*Prof. Dr. Andreas Lötscher*

### 1. Kanun Kalitesinin İçeriksel Yönleri

Kim iyi bir kanun yapmak isterse bunu iyi bir metin olarak formüle etmelidir. Konuşmanın konusu, kanunları iyi bir metin haline getirenlerin ne olduğu sorusudur. Kanunların dilsel şekli, doğal olarak bunların ne tek ne de en önemli kalite özelliği değildir. Kanunlar öncelikle içeriksel düzeyde iyi bir düzenleme olmalıdırlar. İçerik ve siyasi açıdan neyin iyi bir kanun olduğu sorusu burada ayrıntılı olarak tartışılmaz. Müller/Ullmann (2013), kalite kriteri olarak etkililiği, ucuzluğu, kanunluğu, doğruluğu ve adaleti belirtmektedir: İyi bir kanun, hedeflenen amacını sağlamalıdır, buna ise ilgililer ve devlet için makul ve uygun harcamalar ile ulaşmalıdır, bu, sağlanan kanunl çerçevede izin verilen araçlar ile gerçekleşmelidir ve kişisel gelişim fırsatları ile ilgili kişinin haklarına saygı göstermelidir. Bu kriterler, somut bir kanunda sadece belirli düzenlemelerin yapılmasının dışındadır. Özellikle somut kanun söz konusu olduğunda temel özelliklerle sınırlayarak şu söylenebilir: İyi bir kanun, belirli bir gerçek problem için uygun kanunl yollara başvurarak kanunl doğru çözümü sağlayan kanundur. Bunlar sadece kanunl yönler değildir; aynı zamanda bir kanunun dilsel tasarımını, anlaşılmasını ve yorumlanmasını da etkilerler. Bu temel özelliklerin her biri genel olarak da tartışmalıdır. Basit bir örnek olarak tehlikeli köpeklerin insanlara saldırılarının önlenmesi ile ilgili kanunl düzenlemele-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

re bakalım. İlk bakışta her yerde aynı sorun vardır: insanlar köpekler tarafından saldırıya uğrarlar ve bunlar tarafından korunmalıdırlar. Bu açık soruna rağmen nedenleri çeşitli ülkelerde farklı değerlendirilmektedir ve buna göre çeşitli ülkelerde çok farklı düzenlemeler vardır. Kanun ile çözülebilecek asıl sorunun ne olduğu konusunda bile farklılıklar vardır. Bu, köpeklerin kendi tehlikesi midir, tehlikeli olan belirli köpek cinsleri mi var yoksa köpekleri tehlikeli yapan eğitimleri midir? Köpeklerin doğal tehlikesini ve saldırılarını köpek sahipleri mi engelleyemiyor? Önemli neden olarak ne görülüyor ise ona göre farklı önlemler öngörülür: belirli köpek cinslerinin beslenmesine karşı genel bir kanun veya bazı köpeklerin (en önemlisi) beslenmesi için ön koşullar, köpek sahipleri için genel gereksinimler ve uzmanlık sınavının verilmesi için reşitlik veya zorunluluk (köpek ruhsatı), halk arasındayken köpekler ile başa çıkmak için tasma, ağızlık takma zorunluluğu veya köpeğin tutulduğu korkuluk için köpek sahibinin zorunluluğu gibi kurallar. Tehlikeli köpek cinslerinin olup olmadığı konusu ve varsa, bu köpek cinslerinin hangileri olduğu konusu her Avrupa ülkesinde, Almanya'da her eyalette kanun olarak farklı değerlendirilir. Buna uygun olarak aynı köpek tipleri ve cinsleri için farklı önlemler vardır.

Bu örnek şunu gösterir: Sorunların tanımlanması, bu sorunların etkileri, kanun olarak uygun çözümlerin hangileri olduğu ve kanun olarak hangi yolların uygun olduğu, tüm bunlar doğrudan bir konudan oluşmaz. Bu soruların cevabı, siyasi tartışmaların ve siyasi kararların sonuçlarıdır. Siyasi tartışmalar ve siyasi kararlar, realitenin kavramsal olarak yapılandırıldığı ve dilsel olarak tanımlandığı iletişimsel ve dilsel süreçlerdir.

İyi bir düzenlemenin oluşabilmesi için sorun, düzenlemenin amacı ve düzenlemenin nedeni öncelikle dilsel olarak açık, kesin bir hale getirilmelidir. Bu ön yapılanmalar, bir kanun için norm konseptinin veya düzenleme konseptinin, yani karmaşık bir düzenlemenin ayrıntılı olarak nasıl organize edilmesi gerektiğine dair ayrıntı konseptinin oluşturulabilmesi için şarttır. Norm konseptinin formülasyonu da bir dilsel performanstır.



Açık ve tutarlı bir norm konsepti, bir kanunun metin olarak formüle edilebilmesi için şarttır.<sup>1</sup>

Kıscacası: İçeriksel kararlar, dilsel kararlar ile ilgilidir ve konseptlerin dilsel olarak yapılanmasının bir sonucudur. Önceden açık bir şekilde formüle edilmeyen aynı zamanda açık bir şekilde tasarlanmamıştır. Bir düzenleme ile ilgili algılama biçimleri dilsel açıdan anlaşılır şekilde olduğunda konseptler üzerinden öznelerarası bir bütünlük sağlanabilir ve bir bütünlüğün olup olmadığı da tespit edilebilir. Dilsel şeffaflık, sadece bir düzenlemenin kanunda sözle ifade edilmesinden sonra mevcut olmak zorunda değildir, aynı zamanda bu düzenleme için koşulların oluşturulmasında da mevcut olmak zorundadır.

## 2. Editoryal Kalitedeki Konseptler

Kanunlar, dilsel olarak metin halinde mevcut olmadıkları sürece gerçek olmazlar. İyi normlar, iyi bir metin haline getirilmedikçe var olamazlar. Bu nedenle kanunmada kanun konsepti gibi kanun redaksiyonu da önemlidir. Eksiksizlik, tutarlılık ve benzersizlik gibi iyi kanunma kriterleri, sadece fiziksel ve mantıksal düzeyde kriterler değildir aynı zamanda metin düzeyinde de kriterlerdir. Bu kalite kriterlerinin içeriksel olarak yerine getirilip getirilmediği sadece metin olarak ifade edildiğinde kontrol edilebilir ve karşılaştırılabilir, ancak sadece eksiksiz, tutarlı ve benzersiz bir metin olarak ifade edildiğinde bu mümkün olur. Bu gerçek aynı zamanda „tanıma“ ilkesi olarak adlandırılır: Bir kanun, metin olarak bir düzenlemeyi tanımlamalıdır.

Bu tanıma ilkesini somutlaştırmak için çeşitli yollar vardır.

Robert Walter, kriter olarak ekonomiyi, anlaşılabilirliği ve sistematik düzeni belirtmektedir (Walter 1963). Hill (1981), kalite kriterlerini „sihirli beşgen“e kombine etmektedir (tüm ge-

<sup>1</sup> Norm konseptlerinin terimleri ve içerikleri ile ilgili İsviçre Konfederasyonu Adalet ve Polis Departmanı'ndaki Federal Adalet Ofisi'nin Kanunma Kılavuzu'na bakınız.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

reksinimleri aynı anda yerine getirmek imkansız olduğundan „sahirli“):

- Kapsam (kısılalığı)
- İfade ehemmiyeti
- Açıklık
- Anlaşılabilirlik
- Uygunluk (Konuya uygunluk – Muhataplara uygunluk)

Benzer kriterler, “hukuki metinlerin yazılması için AB’nin Ortak Uygulama Rehberi”nde de formüle edilmektedir:

1.1 Bir kanunl eylem aşığıdaki gibi yazılmalıdır:

- **açık**, kolay anlaşılabilir, kesin;
- **basit**, kısa, gereksiz unsurlar olmaksızın;
- **tam**, okuyucunun şüphesi kalmayacak şekilde.

İlkeler ve kalite kriterleri hiç şüphesiz makul ve mantıklıdır, aynı zamanda özel durumlarda hangi etkilerin meydana geleceğı zor anlaşılabilir şekilde de geneldir. Bu taleplere rağmen kötü bir şekilde formüle edilmiş kanunlar hakkındaki eleştirilerin son bulmamasından kalite kriterlerinin biliniyor olması, gerçekleştirilmeleri için bir garanti olmadığı anlaşılmalıdır. Bu durumda çeşitli düzeylerde uygulama sorunları vardır. Zaman zaman açık ve basit düzenlemeleri formüle etmek için siyasi irade yoktur. Kimse, neyi nasıl düzenlemek istediğini söylememektedir. Bir anlaşmaya varmak için siyasi baskı altında örneğın her partinin isteklerini karşılayan ancak belirsiz ve çelişkili olan düzenlemelere razı gelinmektedir. Böylece iyi bir kanunun oluşması için siyasi ve kavramsal koşullar eksik kalır. Ancak kötü bir kanun, siyasi olarak bu şekilde istenmiş ise de kötü bir kanun olmaya devam eder. İyi kanunlardaki açıklık ve kesinlik talepleri, siyasetteki dürüstlük ve net karar taleplerine işaret eder. Diğer kalite talepleri, konu ile ilgili gerçek koşullara bağılı olduklarından ve bunlarla çatış-

ma halinde olduklarından çoğu zaman yerine getirilememektedirler. Bir düzenlemenin basit olabilmesi veya olabilmemesi düzenleme konusuna bağlıdır. Düzenleme konusunun karmaşık olduğu yerlerde düzenlemede ve dilsel formülasyonda da belirli bir karmaşıklık olmalıdır. Karmaşık konular ve düzenlemeler, karmaşık formülasyonlara yatkındırlar. Bir kanunun ne ölçüde anlaşılabilir olduğu muhatabına da bağlıdır. Düzenlenen konuyu bilmeyenler düzenlemeyi de anlamazlar. Dijital medya alanındaki telif hakkı, öncelikle dijital medyaların dağıtım olanaklarının ve işleyişlerinin ikinci olarak telif haklarının, bilgi yayıcılarının ve kullanıcılarının etkileşimi karmaşık olduğundan zor anlaşılmaktadır. Hukukun bir gerçeği olduğundan daha karışık hale getirmesi ve buna göre bir düzenlemenin kanunl olarak gerektiğinden daha karışık bir şekilde organize edilebildiği de doğal olarak buna eklenmektedir. Bir kanunl düzenlemenin kaliteli olabilmesi için aynı zamanda kanunl açıdan sade olması gerekir. Karışık bir düzenleme gereksiz karmaşıklığından dolayı şeffaf olmayabilir. İyi bir kanun, içeriksel düzeyde mümkün mertebe basit bir kanundur. <sup>2</sup> Bir düzenleme ne kadar basit tasarlanırsa formülasyonda o kadar şeffaf ve basit olabilir.

Ancak konunun ne kadar karmaşık ve zor anlaşılabilir olduğuna bakılmaksızın geçerli bir talep olmaya devam eden kalite özellikleri vardır ve konu karmaşık olduğunda bu talepler özellikle geçerli olur: Optimal netlik, optimal açıklık, optimal kesinlik ve optimal basitlik. Aşağıda bu kriterleri tekrar basit hale getirip en önemli unsurları iki ana açıdan özetlemek istiyorum: Normatif önem ve şeffaflık. Bunlar geniş anlamdaki metinler olarak kanunların kalite özellikleridir. Makalemin başlığında şöyle dendiğinde: „İyi kanunlar, şeffaf **metinlerdir**“ şu kastedilmektedir: Burada söz konusu olan, tek tek kelimeler ve cümle yapıları değildir. Söz konusu olan, bütün bir metin olarak kanunlardır. Bu iki anlama gelir: Önem ve şeffaflık, tek tek

<sup>2</sup> Bu ilke, düzenleme yapısı ile ilgili orantılılık ilkesinin ve gereklilik ilkesinin uygulaması olarak görülebilir: Düzenleme, sadece belirli bir hedefe ulaşmak için gerektiği kadar karmaşık olabilir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

cümlelerin veya kelimelerin değil metinlerin özellikleridir. Bu hedeflere ulaşmak için yapılan çalışma, daima tüm metni dikkate almalıdır. Önem ve şeffaflık, parçaların tüm metinde düzenlenmesiyle başlar. İkincisi, kanun metinleri özel metinlerdir ancak dilin ve iletişimin temel kurallarından bağımsız formüle edilemeyen ve anlaşılabilen dilsel ürünler olarak kalırlar.

Önem ve şeffaflık, uygulamada somutlaştırılması gereken soyut kavramlardır. Aşağıda bu kalite kriterleri ve ilgili olması hatalar, İsviçre kanunlarındaki somut örnekler üzerinden başlıca gösterilecektir. Bunlar basit örneklerdir. Kapsamlı bir kanuna göre basit, anlaşılır örnekler üzerinden bu daha iyi bir şekilde gösterilebilmektedir. Ancak örnekler, karmaşık şekilde olabilecek temel sorunlar için temsilidir.

### 3. Normatif Önem

Normatif önem olarak normun uygulanması için tüm ve sadece gerekli kriterlerin belirtildiği bir norm formülasyonunun özelliğini anlıyorum.

Buradaki koşulda doğal olarak önemli kriterlerin hangileri olduğu içeriksel olarak anlaşılabilmesidir. Bir kanun normu genel-özet bir açıklamadır: Düzenleme alanını yorucu bir şekilde anlatmak yerine kanunl bir sonucun geçerli olacağı belirli durumların özelliklerini belirtmelidir. Buradaki görev, olası durumların tüm olası unsurlarından bir norm için önemli olan unsurları ayırmaktır. Bu görev, norm kavramı ile yakından ilgilidir: Ne düzenlenmelidir, hangi amaçla düzenlenmelidir, düzenleme nasıl uygulanabilir? Nedenler ve konular kapsamlı bir şekilde anlatılmak zorunda değildir. Kontrol imkanı bulunmayan özelliklere başvurulamaz. Bu normatif unsurları dilsel olarak doğru bir şekilde açıklamak da ayrıca zor bir görevdir. Doğru bir açıklama bir yazarın şahsi buluşu olamaz, aksine genel dil kullanımına dayalı olmalıdır. Ancak bu şekilde muhataplar ve kullanıcılar formülasyonun anlamı konusunda anlaşabilirler. Bu konudaki dilsel buluşlar, ortak bilgi ve ortak tecrübeler ile meşrulaştırıldıklarından yorumlamada keyfiliği provoke etmektedirler.

Normatif önem ilkesi, uygulamada tek tek kısmi ilkelere bölünmektedir.

- a. Sadece normatif olarak önemli unsurlar olmalıdır, herhangi bir açıklama, gerekçe vb. olmamalıdır.

Kanun açıklamaları, amaçlarına göre normatif açıklamalardır. Normatif içeriklerle sınırlı olmalıdırlar. Kanun açıklamaları, neyin olduğunu değil de neyin olması gerektiğini ifade etmelidirler. Neyin neden olduğunu veya olması gerektiğini de ifade etmemelidirler. Bu, herhangi bir gerekçe, açıklama vb. içermemesi gerektiği anlamına da gelir. Bir normun sadece açıklanması veya gerekçelendirilmesi için kullanılan unsurlar, normatif olarak önemli olmayıp sadece yorumu karıştırırlar. Madde (1)'deki gibi bir örnekte bu ilke, bir hükmün amacı gerekçelendirildiğinden ihlal edilmektedir:

(1)	Almanca	Türkçe
	<i>D: Für sämtliche Anlagen und Produktionsräume ist ein Reinigungsplan zu erstellen. <b>Dieser Plan verhindert, dass unangemessene Reinigungsverfahren für die Milch und Milchprodukte ein Hygienerisiko darstellen.</b></i>	<i>T: Bütün tesisler ve üretim alanları için bir temizleme planı oluşturulmalıdır. <b>Bu plan, uygunsuz temizlik süreçlerinin süt ve süt ürünleri için hijyen riski oluşturmasını engellemektedir</b></i>

- b. Eş sözler ve eş sözlü içermeler olmamalıdır

Dilsel açıklamalar daima eliptik olur: Konuşma şeklinde hiç bir zaman ne söylendiği veya ne anlaşıldığı tam olarak anlaşilmamaktadır. Kanun formülasyonları da ortak bir formülasyon anlayışına dayalı olmalıdırlar. Anlaşılabilirliği arttırmak için belirli eğilimler önemlerinden dolayı yanlış yönlendirilmiştir. Kelime anlamlarının ne içerdiğini öngören normlar, iki kez aynı şeyi tekrar ederler. Merdivenlerin amacı güvenle çıkılıp inilebilmeleridir. Çıkılamayan ve inilemeyen veya sadece akrobasi ile çıkılıp inilebilen bir merdiven, bir merdivenin tanımına göre amacını yerine getirmeyen bir yapıdır, en fazla bir sanat eseridir. Örnek (2)'deki gibi merdivenlerin kolay çıkılıp inilebilir ve güvenli olmasını talep eden bir norm, bir merdivenin tanımına uygun olmasını talep eder, yani bir eş sözle sonuçlanır:

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(2)	Almanca	Türkçe
	Treppen und Treppenabsätze müssen gut begehbar und verkehrssicher sein.	Merdivenler ve merdiven sahanlıkları iyi çıkılıp inilebilir ve güvenli olmak zorundadırlar.

c. Sadece düzenleme amacı ile ilgili unsurlar normlandırılmalıdır

Bir norm formülasyonu sadece düzenleme amacı ile ilgili hükümleri içermelidir. Düzenleme amacı ile ilgili olmayan ayrıntılar normun anlamını zorlaştırırlar; düzenleme amacı ile ilgili önemli norm unsurlarının hangileri olduğu anlaşılama maktadır veya norm amacının ne olduğu anlaşılama maktadır. „ratio legis“in (kanunun anlamı) anlaşılama dığı yerlerde yorumda anlaşılma z olur.

Olay kapsamında olan her konu, ilgili olayın sınırlandırılması içi gerekli olan yönlerden daha fazlasını içermektedir. Aynı zamanda düzenlenen konu alanından oluşa n ama normun amacı ile ilgili olmayan yönleri düzenlemek gereksizdir. Hayvanlara uygun olarak hayvan nakli ile ilgili aşağıdaki hüküm bununla ilgili bir örnektir:

(3)(a)	Almanca	Türkçe
	<p><i>Tierschutzverordnung - Tiertransport Entwurf</i></p> <p><sup>1</sup> Für jeden gewerbsmäßigen Transport von Tieren muss eine Person bezeichnet werden, <b>welche die Gesamtverantwortung für Organisation und Durchführung des Transports trägt. Diese Person sorgt dafür, dass die Verantwortung für das Wohlergehen der Tiere während des gesamten Transports immer eindeutig zugewiesen ist und der Transport den Vorschriften entspricht. Sie muss den Vollzugsorganen jederzeit Auskunft über Organisation und Durchführung des Transports geben können.</b></p> <p><sup>2</sup> FÜR JEDEN GEWERBSMÄSSIGEN TRANSPORT VON TIEREN MUSS EINE PERSON BEZEICHNET SEIN, DIE FÜR DAS WOHLERGEHEN DER TIERE WÄHREND DES TRANSPORTS VERANTWORTLICH IST</p>	<p><i>Hayvanları Koruma Yönetmeliği – Hayvan Nakli Taslak</i></p> <p>1- Hayvanların her ticari nakli için <b>naklin organizasyonu ve gerçekleşmesi için tamamen sorumlu</b> bir kişinin belirtilmesi gerekmektedir. <b>Bu kişi, tüm nakil boyunca hayvanların sağlığı ile ilgili sorumluluğun daima kesin bir şekilde tayin edilmesini ve naklin şartlara uygun olmasını sağlar. Sorumlu kişinin icra organlarına organizasyon ve naklin yürütülmesi hakkında her zaman bilgi verebilmesi gerekmektedir.</b></p> <p>2- Hayvanların her ticari nakli için nakil sırasında hayvanların sağlığından sorumlu olan bir kişinin belirtilmesi gerekmektedir.</p>

Hayvanları Koruma Yönetmeliği'nin amacı kapsamında hayvan nakli ile ilgili sorumluluk için taslaktaki çoğu ayrımı normatif olarak önemsizdir. Naklin organizasyonu ile ilgili olan ancak hayvan koruması ile doğrudan ilgili olmayan nakil sorumlulukları düzenlenmektedir. Hayvanları Koruma Yönetmeliği, bir naklin nasıl organize edilmesi gerektiğini değil de hayvan korumasının sağlanmasını düzenlemelidir. Madde (3) (a)'daki düzenlemenin anlaşılabilir olmadığına dair semptom, nakil sırasında hayvanların sağlığı için iki kişinin belirtilmesidir ve sorumlulukların anlaşılabilir olmamalarıdır.

Gözden geçirilen versiyon, açıklamaları gerekli, önemli unsurlar ile sınırlamaktadır.

(3)(b)	Almanca	Türkçe
	<p>revidierte Version            1 Für jeden gewerbsmäßigen Transport von Tieren <b>muss eine Person bezeichnet sein, die für das Wohlergehen der Tiere während des Transportes verantwortlich ist.</b>            2 Die verantwortliche Person muss den Vollzugsorganen jederzeit Auskunft über Organisation und Durchführung des Transports geben können</p>	<p>Gözden geçirilen versiyon            1- Hayvanların her ticari nakli için <b>nakil sırasında hayvanların sağlığından sorumlu olan bir kişinin belirtilmesi gerekmektedir.</b>            2-Sorumlu kişinin icra organlarına organizasyon ve naklin yürütülmesi hakkında her zaman bilgi verebilmesi gerekmektedir.</p>

d. Sayan kazuistik olmamalıdır

Normatif önem ilkesine bir olay özelliğinin kesin olarak belirtilmesi dahildir. Birçok formülasyonda endüktif olarak tek tek düzenleme durumları sayılmaktadır („sayan kazuistik“). Böylece düzenlemenin genel ilkesi gizli kalmaktadır. Saymalar aynı zamanda yorum sorunlarını provoke edebilen çok katı düzenlemelerdir. Bunun daha basit örnekleri, uygulama durumlarının sıra halindeki sayımlarıdır. Aşağıdaki örnek (4)(a)'da taslakta „hazır içecekler“ kelimesi bir sayım ile uzatılmaktadır. Ancak bu sayımda neden tam bu belirtilen içeceklerin zikredildiği anlaşılmamaktadır. Ayrıca, zikredilmeyen diğer içecekler için neyin geçerli olacağı belirsizdir. Hükmün amacı da belirsizdir. Böylece sayımda aslında keyfi kalmaktadır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(4)(a)	Almanca	Türkçe
	<p>Entwurf In Einrichtungen wie Restaurationsbetrieben und Take-Aways sowie bei öffentlichen Veranstaltungen dürfen <b>Fertiggetränke wie kalte Milch, Frucht- und Gemüsesäfte, Mineralwasser, Süssgetränke, Wein, Bier und Spirituosen</b> nur in Schankgefäßen abgegeben werden, die den Anforderungen von .... genügen.</p>	<p>Taslak Restoran işletmelerinde ve paket servisi usulü işletmelerde ve de kamusal etkinliklerde <b>soğuk süt, meyve ve sebze suyu, mineral suyu, şekerli içecekler, şarap, bira ve alkollü içecekleri</b> gibi hazır içecekler sadece ...'ın gereksinimlerini karşılayan içecek/içki fiçilerinden servis edilebilmektedir.</p>

Ancak norm için gerekli ve önemli olan „açıktan servis edilen“ özelliği zikredildiğinde norm net bir şekilde anlaşılmaktadır ve uygulanabilir hale gelmektedir.

(4)(b)	Almanca	Türkçe
	<p>revidierte Fassung In Restaurationsbetrieben und ähnlichen Einrichtungen wie Take-Aways sowie an öffentlichen Veranstaltungen dürfen <b>offen ausgesetzte Getränke</b> nur in Schankgefäßen abgegeben werden, die den Anforderungen von .... genügen.</p>	<p>Gözden geçirilen versiyon Restoran işletmelerinde ve paket servisi usulü çalışan benzer kurumlarda ve de kamusal etkinliklerde <b>açıktan servis edilen içecekler</b> sadece ...'ın gereksinimlerini karşılayan içecek/içki fiçilerinden servis edilebilmektedir.</p>

Sayımlar, çoğu zaman norm açıklaması için önemli kriterin hangisinin olduğu konusunda yeterince düşünülmediğini göstermektedir. (Açık bir şekilde sadece seçilen durumları belirten ve belirtilmeyen tüm diğer durumları hariç tutan sayımlar istisnadır.) Sayan kazuistik, sadece tek tek isimlerin sayımında var olamaz aynı zamanda tüm tek tek durumları genel ilkenin kapsamında özetleyen genel normun yerine özel durumlarla ilgili sayımda ayrıntılı özel normlarda da var olabilir. Bu durumda bile „ratio legis“in ne olduğu anlaşılmamaktadır veya yeterince anlaşılmamaktadır. Böyle bir belirsizlik, uygulamada da belirsizlik meydana getirip keyfiyet ve kanunl belirsizlik riskini oluşturmaktadır.

e. Muğlaklık ve belirsizlik olmamalıdır

Bir formülasyon, amaç için gerekli olan bir hususta anlaşılabilir olmadığında ve normda gerekli içeriksel sınırlamaları



yapmadığında normatif önem gereksinimi karşılanmış olmaz. (İcra dairelerine ve mahkemeye takdir özgürlüğü sağlamak isteyen kasıtlı belirsizlik bundan farklıdır. Ancak bu, bir normun asıl amacı ile ilgili değil de norm tarafından belirlenen sınırlar içerisindeki somut uygulamalarda sadece somutlaştırma ile ilgili olabilir.) Aşağıdaki örnek (5)(a)'da belirsizlik 55.maddedeki formülasyondur, çünkü mahkemenin tam olarak neyi inceleyebileceği veya incelemek zorunda olduğu dilsel açıdan belirsizdir. Ayrıntılı bir içeriksel inceleme ve değerlendirme ima edilmiş olabilir. Ancak bu, formülasyondan anlaşılama-maktadır.

(5)(a)	Almanca	Türkçe
	<p><i>Entwurf</i>            Art. 54 Grundsatz            1 Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Begehren ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.            2 Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:...</p> <p>Art. 55            Das Gericht prüft die <b>Prozessvoraussetzungen</b> von Amtes wegen.</p>	<p><i>Taslak</i>            Madde 54 İlke            1-Dava için gerekli koşullar yerine getirildiği sürece mahkeme bir şikayetle ya da istekle ilgili işlem yapar.            2-Dava için gerekli koşullar özellikle şunlardır:....</p> <p>Madde 55            Mahkeme <b>dava şartlarını</b> re'sen denetlemektedir.</p>

Ancak kastedilen, „evet“ veya „hayır“ üzerinden basit bir karardır, dava koşullarının ayrıntılı içeriksel incelemesi veya değerlendirmesi değil:

(5)(b)	Almanca	Türkçe
	<p><i>Entwurf</i>            Art. 54 Grundsatz            1 Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Begehren ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.            2 Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:...</p> <p>Art. 55            Art. 60 Prüfung der Prozessvoraussetzungen            Das Gericht prüft von Amtes wegen, <b>ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.</b></p>	<p><i>Taslak</i>            Madde 54 İlke            1-Dava için gerekli koşullar yerine getirildiği sürece mahkeme bir şikayetle ya da istekle ilgili işlem yapar.            2-Dava için gerekli koşullar özellikle şunlardır:....</p> <p>Madde 55            Mahkeme, makamı gereği <b>dava için gerekli koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetler.</b></p>

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

### f. Bütünlük

Normatif önem ilkesine sadece gereksiz unsurların ve normatif içeriğin kesin bir şekilde belirtilmesi değil aynı zamanda gerekli unsurların eksiksiz bir şekilde zikredilmesi dahildir. Sık sık birçok gerekli şarttan sadece bir ve önemsiz unsur zikredilmektedir. Bunun nedeni ise, genellikle bir düzenlemenin ana unsurunun davanın asıl dayanağı olduğu unutulacak şekilde hüküm oluşturucusu için bariz olmasıdır. Ancak sübjektif delil önem için bir işaret değildir.

Muhakeme Usulleri Kanunu'ndan aşağıdaki durum tipik bir durumdur:

(6)(a)	Almanca	Türkçe
	<i>Entwurf</i> <b>Art. 74 Grundsatz</b> <i>Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zu Gunsten der einen Partei entschieden werde, <b>kann im Prozess jederzeit ein Interventionsgesuch stellen.</b></i> <b>Art. 75</b> <i>Gesuch</i> <i>Das Interventionsgesuch enthält: ....</i>	<i>Taslak</i> <b>Madde 74 İlke</b> <i>Bir uyuşmazlığın taraflardan birinin lehine karar verildiğine dair hukuki bir menfaati ispatlayabilen bir kişi, <b>dava sürecinde herhangi bir zaman müdahil olmaya yönelik bir dilekçe sunabilmektedir.</b></i> <b>Madde 75 Dilekçe</b> <i>Müdahil olmaya yönelik dilekçe şunları içermektedir: .....</i>

Bu metinde herkesin belirli ve gerekçeli bir menfaat ile ikincil taraf olarak bir davaya müdahil olma hakkına sahip olması ne öngörülmektedir ne de belirtilmektedir. Bununla ilgili sadece gerekçeli bir dilekçe vermesi gerektiği söylenmektedir. Bu sadece bu hakkın dikkate alınması için ikincil bir dava belirlemesidir. Ancak ikincil taraf olarak davaya müdahil olma hakkı aslında normdaki merkezi husustur ve bu nedenle bu şekilde açıkça belirtilmelidir:

(6)(b)	Almanca	Türkçe
	<p>Revidierte Fassung  <b>Art. 74 Grundsatz</b>  <i>Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann im <b>Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen</b></i></p>	<p>Gözden geçirilen versiyon  <b>Madde 74 İlke</b>  <i>Bir uyumsuzluğun taraflardan birinin lehine karar verildiğine dair hukuki bir menfaati ispatlayabilen bir kişi, <b>dava sürecinde herhangi bir zaman ikincil taraf olarak müdahil olabilmektedir ve bu amaçla mahkemeye müdahil olmaya yönelik bir dilekçe verebilmektedir</b></i></p>

#### 4. Şeffaflık

Kanun metinlerinin iyi bir şekilde formüle edilebilmeleri için şeffaflık ilkesi ikinci yöntemdir. Bu genel adın altında bir metnin özelliği olarak metnin dil biçiminden mümkün mertebe doğrudan düzenlemenin içerik biçiminin anlaşılabilirliğini anlamaktayım. Tabii ki, cümleler ve metinler kastedilen içeriği hiç bir zaman bu içeriğin bir resmi olarak yansıtmazlar. Ancak her semiyotik sistemde olduğu gibi dilde de sembolleştirme olarak adlandırılan bir ifade etme metodu vardır. Tek bir unsur cümlelerin ve metinlerin düzeninin ve yapısının içeriğini gösterir. Normatif önem ilkesi bile aslında bu şeffaflık ilkesinde vardır. Bir ifadede normun içeriği için önemli olan dilsel olarak bildirilmelidir. Yani şeffaflık ilkesi soyut olup aynı zamanda somut strateji ve uygulama ihtiyacı vardır. Aşağıda birçok diğer ilkelere örnek olarak sadece üç önemli ilke açıklanacaktır.

- a. Aynı olanı aynı şekilde formüle etme - Farklı olanı farklı şekilde formüle etme

En basit durumda, „aynı olanı aynı şekilde formüle etme“ prensibi, bir kanun taslağındaki aynı konunun daima aynı şekilde belirtildiği anlamına gelmektedir. Bu basit bir prensip gibi gözüksede çok sık göz ardı edilmektedir. Bir kanunda veya bir bölüm içinde aynı terimin farklı kelimelerle ifade edilmesi yaygın bir hatadır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(7)(a)	Almanca	Türkçe
	<p><i>Entwurf</i>            1 Die Nationalbank führt ein Aktienbuch, in welches die Aktionäre eingetragen werden. Im Verhältnis zur Nationalbank wird als Aktionär nur <b>anerkannt</b>, wer im Aktienbuch eingetragen wird. Der Bankrat regelt die <b>Genehmigung</b>.            2 Die <b>Zustimmung</b> wird verweigert, wenn ...</p>	<p><i>Taslak</i>            1-Merkez Bankası içine hissedarların kaydedildiği bir hisse senetleri defteri tutmaktadır. Merkez Bankası ile ilgili olarak sadece hisse senetleri defterine hissedar olarak kaydedilen kişiler <b>tanınmaktadır</b>. Banka kurulu <b>onayı</b> düzenlemektedir.            2- .....-diğında <b>kabulden</b> vazgeçilmektedir</p>

*Tanımak, onaylamak ve kabul etmek* ifadeleri ile daima aynı konu, yani hissedarların hisse senetleri defterine kaydedilmesi düzenlenmektedir. Ancak her seferinde aynı ifade kullanıldığında bu şeffaf olmaktadır. (Anonim şirketlerinin organizasyonu hakkında genel hükümlerde düzenlendiği için gözden geçirilen versiyonda diğer nedenlerden dolayı Merkez Bankasının hisse senetleri defteri tuttuğu atlanabilir.)

(7)(b)	Almanca	Türkçe
	<p><i>Revidierte Fassung</i>            1 Die Nationalbank anerkennt als Aktionärinnen und Aktionäre nur, wer im Aktienbuch <b>eingetragen</b> ist. Der Bankrat regelt die Einzelheiten der <b>Eintragung</b>.            2 Die <b>Eintragung</b> einer Aktionärin oder eines Aktionärs ist auf höchstens 100 Aktien beschränkt. ....            3 Die <b>Eintragung</b> wird verweigert, wenn ...</p>	<p><i>Gözden geçirilen versiyon</i>            1- Merkez Bankası, sadece hisse senetleri defterine hissedar olarak <b>kaydedilen</b> kişileri tanımaktadır. Banka kurulu <b>kaydın</b> ayrıntılarını düzenlemektedir.            2- Bir hissedarın <b>kaydı</b> en fazla 100 hisse ile sınırlanmaktadır. ...            3- .....-diğında <b>kayıttan</b> vazgeçilmektedir</p>

Bunun tersi de, yani aynı ifade ile farklı şeylerin ifade edilmesi sorunludur. Örneğin „pikanunya sürme“nin çeşitli tanımları, Avrupa ve İsviçre mevzuatındaki ciddi sorunlardanır. Hemen hemen her kanunun kendi tanımı vardır:

(8)	Almanca	Türkçe
	<p><b>„Inverkehrbringen“</b> im Sinne dieser Richtlinie ist der Verkauf, der Besitz im Hinblick auf den Verkauf, das Anbieten zum Verkauf und jede Überlassung, Lieferung oder Übertragung von Saatgut an Dritte, entgeltlich oder unentgeltlich, zum Zwecke der kommerziellen Nutzung. (Richtlinie des Rates über den Verkehr mit Getreidesaatgut)</p>	<p>Bu yönetmelik bağlamında <b>“pikanunya sürme”</b> satıştır, satış bakımından sahip değildir, satmak için sunmaktır ve para karşılığı veya değil ticari kullanım amacıyla tohumun üçüncü kişiye bırakılması, teslim edilmesi ya da devredilmesidir.” (Tahıl tohumu ticareti hakkında Kurulun Yönetmeliği)</p>
	<p><b>„Inverkehrbringen“</b>: die erstmalige Bereitstellung eines Produkts auf dem Gemeinschaftsmarkt (EU-Verordnung über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung)</p>	<p><b>“Pikanunya sürmek”</b>: Ortak pazarda bir ürünün ilk defa satış için hazır bulunması (Akreditasyon ve Pazar Denetimine İlişkin Kurallar Hakkında AB Kararnamesi)</p>

Aynı olanlar farklı bir şekilde ifade edildiğinde veya farklı olanlar aynı formülasyonlar ile ifade edildiğinde uygulamada anlama sorunları, uygulama sorunları ve yorumlama sorunları meydana gelir. Buna uygun olarak AB’de „pikanunya sürme“ tanımları sistemleştirilmeye çalışılacaktır.

“Aynı olanlar aynı, farklı olanlar farklı” ilkeside en azından dolayı olarak bir yorumlama prensibidir. Hakim, kanun formülasyonlarında sözcüksel farklılıklar ile karşılaştığında genellikle önemli bir nedenle kanun koyucusunun farklı bir şeyi kastettiği sonucuna varmaktadır. Ancak formülasyonun doğru olduğuna dair şüphesi olduğunda ve kanun metnini ek olarak yorumladığında farklı bir sonuca varır. Fakat bu tür yorumlama yöntemleri genellikle ek kanun belirsizliklere neden olmaktadır.

b. Konuşma şeklinde norm tipini farkedilebilir hale getirme

Şeffaflık ilkesi için bir diğer ilke de şudur: Formülasyonda hangi norm tipinin formülasyona dayandığı açık bir şekilde farkedilebilir hale getirilmelidir. Bu da önemsiz bir şart gibi gözükmemektedir. Ancak bu da sık sık ihlal edilmektedir. Bunun nedeni ise, bir sorunun kanun olarak genellikle farklı norm

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

tipleri üzerinden düzenlenebiliyor olması ve kanun redaksiyonlarında aslında hangi norm kavramından yola çıkıldığının sonuna kadar yansıtılmamasıdır. Formülasyon örneğinin asıl kastedilen veya önemli olan norm tipi ile uyumlu olup olmadığına bakılmaksızın üzerinde düşünülmemiş ve önceden belirlenmiş formülasyon örnekleri kullanılmaktadır. Eylem olanaklarının sınırlanması, örneğin istisnalı genel kanunklar, sınırlı kanunklar, izin alma şartına bağlı kanunklar, kişisel kabul düzenlemeleri vb. ile düzenlenebilir. Dilsel formülasyonda hangi norm tipinin bir formülasyonda somutlaştırılacağı açık bir şekilde anlaşılmalıdır. Bir kanunk kanunk olarak ve bir izin izin olarak anlaşılmalıdır.

Örnek olarak basit bir normun mantıksal yapısının gösterilmesi kullanılabilir.

Olay ve hukuki sonuç arasındaki koşullu bağlantı en basit mantıksal şekildir:

Olay  $x$ , ekstra subjektif olarak hukuki sonuç  $y$ 'yi kastetmektedir.

Bu mantıksal şekil, Avrupa dillerinde en doğrudan ilgili ekstra subjektif yöntem ile bir şart cümlesinin dilsel şeklinde anlatılmaktadır:

Bir motorlu araç veya bisikletin dahil olduğu bir kaza meydana geldiğinde (olay) tüm taraflar derhal durmalıdır (hukuki sonuç).

Durum her zaman o kadar kolay değildir. Olaylar farklı konulardan oluşabilir: Belirli özelliklere sahip olan kişiler, eylemleri gerçekleştiren kişiler, niyetleri veya talepleri olan kişiler, etkinlikler, durumlar. Konunun niteliğine bağlı olarak farklı formülasyon örnekleri uygundur. Ancak somut norm formülasyonlarında aslında uygun olan farklı dil örnekleri karıştırılmaktadır. Bu, örneğin cümle düzeyinde gerçekleşebilir. Aşağıdaki örnek (8), bir işletmenin patlayıcı maddeler ile meydana gelen patlamalardaki bildirim yükümlülüğü ile ilgilidir. Bu durumda hukuki sonuca neden olan konu taslakta kişisel ola-

rak formüle edilmektedir. Norm, bir kişinin özelliği bu hukuki sonuca neden olmuş gibi formüle edilmiştir:

(8)(a)	Almanca	Türkçe
	(Unfälle mit Sprengstoffen) Entwurf Vorgesetzte von Betrieben oder Unternehmen, in denen sich im Verkehr mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen eine Explosion mit Personen- oder erheblichem Sachschaden ereignet, haben davon unverzüglich der Polizei Kenntnis zu geben.	(Patlayıcı maddeler ile meydana gelen kazalar) Taslak Patlayıcı madde ya da piroteknik nesnelerin ticareti yapılırken meydana gelen bir patlamanın şahsa zarar verdiği ya da önemli derecede maddi hasara yol açtığı işletmelerin ve şirketlerin yetkilileri bu durumdan polisi derhal haberdar etmek durumundadırlar.

Ancak ilgili olayda kişisel yükümlülüğe neden olan bir etkinlik söz konusudur. Gramatikal yapı, normun mantıksal yapısı ile örtüşmemektedir. Biçim ile içerik yapısı uyumlu olacak ise, norm aşağıdaki gibi formüle edilmelidir:

(8)(a)	Almanca	Türkçe
	revidierte Version Ereignet sich in einem Betrieb beim Umgang mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen eine Explosion mit Personen- oder erheblichem Sachschaden, so haben die Vorgesetzten unverzüglich die Polizei zu benachrichtigen.	Gözden geçirilen versiyon Bir işletmede patlayıcı maddelerin ya da piroteknik nesnelerin ticareti esnasında şahsa zarar veren ya da önemli derecede maddi hasara yol açan bir patlama meydana geldiği takdirde yetkililer gecikmeksizin polisi haberdar etmek durumundadır.

Kanunl tanımların kötüye kullanılması sık rastlanan bir hata kaynağıdır. Kanunl tanımlar doğaları gereği, bir metin içindeki ifadelerin kullanımını ve yorumunu düzenleyen ikincil normlardır. Davranış normları değildir. Bununla birlikte, kanunl tanımlarda davranış normlarının gizlenmesi nadir değildir. Norm içeriği düzeyinde gösterdikleri etkiye göre formülasyon düzeyinde farklı birşey göstermektedirler. Almanya'daki klasik atasözü örneği, yüzme kuralları ile ilgili aşağıdaki formülasyondur:

(9)	Almanca	Türkçe
	Badeordnung Der Zutritt ist nur Frauen gestattet. Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister.	Yüzme Kuralları Sadece kadınların girmesine izin verilmektedir. Bu yüzme kuralları bağlamındaki kadın aynı zamanda (erkek) yüzme öğretmenidir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Genel bir norm için bir sınırlama formüle etmek için burada kanunl tanım şekli seçilmektedir. Ancak normatif içerik açısından burada bir istisnai hüküm söz konusudur. Norm yapısı şeffaf bir şekilde formüle edildiğinde bu istisnai hüküm böyle bir hüküm olarak açıkça formüle edilmelidir. Ancak bunu kanunl tanımın dilsel şeklinde yapmak hem şeffaflığa aykırı hem de şaşkıncı olur. Bu tür formülasyonları saçma olarak gören hukukçu olmayan kişilerin redaksiyonu anlaşılabilir şekilde olup şeffaflık şartının temel iletişim ilkelerinde bir esas olduğunu göstermektedir.

Kanunl tanımlarda davranış normlarının gizlenmesi nadir değildir. Bunun için tipik bir örnek (10)(a) örneğindeki „günlük dinlenme süresi“ tanımıdır: Bu hükümde sadece dinlenme süresinin ne olduğu değil aynı zamanda bunun ne kadar süreceği de belirlenmektedir. Ancak bunlar bir terim tanımının unsurları değil, davranış normunun unsurlarıdır.

(10)(a)	Almanca	Türkçe
	<p>Entwurf Als tägliche Ruhezeit gilt der Zeitraum, in dem der Führer oder die Führerin frei über seine oder ihre Zeit verfügen <b>kann und der eine regelmäßige tägliche Ruhezeit und eine reduzierte tägliche Ruhezeit umfasst: die regelmäßige tägliche Ruhezeit ist eine Ruhepause von mindestens 11 Stunden. Sie kann auch in zwei Teilen genommen werden, wobei der erste Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 3 Stunden und der zweite Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 9 Stunden umfassen muss;</b> die reduzierte tägliche Ruhezeit ist eine Ruhepause von mindestens 9 Stunden, aber weniger als 11 Stunden.</p>	<p>Taslak Şoförün kendi isteğine bağlı kullanabileceği <b>ve düzenli günlük bir dinlenme süresini ve azaltılmış günlük bir dinlenme süresini kapsayan</b> zaman dilimi günlük dinlenme süresi olarak geçerli olmaktadır: <b>Düzenli günlük dinlenme süresi en az 11 saatlik dinlenme molasıdır. Dinlenme süresi iki kısımda da geçirilebilmektedir, ilk kısmın en az üç saatlik kesintisiz bir zaman dilimini ve ikinci kısmın da en az 9 saatlik kesintisiz zaman dilimini kapsamaması gerekmektedir;</b> Azaltılmış günlük dinlenme süresi en az 9 saatlik bir dinlenme süresidir fakat 11 saatten daha azdır.</p>

Yani hükümde tam olarak iki norm tipi vardır: Birincisi, „dinlenme süresi“ teriminin kanunl tanımı, ikincisi de bu dinlenme süresine nasıl uyulması gerektiği ile ilgili hükümler.



Sonuncu hükümler davranış hükümleridir, yani kanunl tanım düzeyinden farklı düzeydeki normlar. İki farklı normu tek bir hükümde özetlemek şeffaflık ilkesine aykırıdır. Formülasyonda hangi norm şeklinin ifade edildiği böylece anlaşılacaktır. Bu iki farklı norm ayrı olarak yani farklı norm tipi olarak gösterilmelidir:

(10)(b)	Almanca	Türkçe
	revidierte Fassung Definition Als Ruhezeit gilt der Zeitraum, in dem der Führer oder die Führerin frei über seine oder ihre Zeit verfügen kann. Materielle Norm Der Fahrer muss regelmäßig eine tägliche Ruhezeit von mindestens 11 Stunden beziehen. Diese kann in zwei Teilen genommen werden. Der erste Teil muss einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 3 Stunden und der zweite Teil einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 9 Stunden umfassen	Gözden geçirilen versiyon Tanım Şoförün kendi isteğine bağlı kullanabileceği zaman dilimi dinlenme süresi olarak geçerli olmaktadır.” Davranış normu Şoför, düzenli olarak en az 11 saatlik günlük dinlenme süresine sahip olmak zorundadır. Bu dinlenme süresi iki kısımda geçirilebilmektedir. İlk kısım en az üç saatlik kesintisiz bir zaman dilimini; ikinci kısım ise en az 9 saatlik kesintisiz bir zaman dilimini kapsamak zorundadır.

### c. Metin yapısında norm yapısını farkedilebilir hale getirme

İçerik ve dilsel biçimin yapısal olarak uyumlu olma ilkesi sadece cümle biçimi için değil aynı zamanda metin yapısı için de geçerlidir. Çoğu durumda bir kanunl düzenleme sadece tek bir norm ifadesinden değil aynı zamanda birçok yapısal kısmi ifadeden oluşmaktadır. Karmaşık metinler düzeyinde şeffaflık ilkesi, metin yapısında norm yapısını farkedilebilir hale getirilerek somutlaştırılır. Bu yapı, her bir kısmi ifade arasındaki mantıksal ilişkiyi farkedilebilir hale getirmelidir. Aynı zamanda bu genel ilke çeşitli kısmi stratejilere bölünebilmektedir.

#### c1. Aynı konuya ait olanların aynı metin biriminde ele alınması

Teorik olarak çok basit genel bir metin düzenleme ilkesi, aynı konuya ait olanların birlikte ele alınmasıdır. Konu açısından neler birlikte ele alınmalıdır? Önemli olan norm tipi değil, konuya bağlı düzenleme alanıdır. Yani: Öncelikli olarak norm tiplerinin benzerlikleri değil de belirli eylemlerin, taleplerin, yükümlülüklerin hangi eylem alanında veya sorun alanında

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmelidir. Örneğin iki benzer ancak farklı faaliyet T1 ve T2 için onay zorunluluğu getirildiğinde her bir özel onaylama koşulu ve onaylama süreci ile onaylama sonucu norm tiplerine göre değil de çeşitli faaliyetlere göre gruplandırılmalıdır:

(10)	Bewilligungen im Bereich T1 und T2	
	<i>Richtig: Zusammenfassung nach Sachbereich</i> T1 1.1 Bewilligungspflicht-T1 1.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T1 1.3 Bewilligungsverfahren-T1 1.4 Bewilligungskonsequenzen-T1 2. T2 2.1 Bewilligungspflicht-T2 2.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T2 2.3 Bewilligungsverfahren-T2 2.4 Bewilligungskonsequenzen-T2	<i>Falsch: Zusammenfassung nach Normtypen</i> Bewilligungspflicht 1.1 Bewilligungspflicht-T1 1.2 Bewilligungspflicht-T2 2. Bewilligungsvoraussetzungen 2.1 Bewilligungsvoraussetzungen-T1 2.2 Bewilligungsvoraussetzungen-T2 3. Bewilligungsverfahren 3.1 Bewilligungsverfahren-T1 3.2 Bewilligungsverfahren-T2 4. Bewilligungskonsequenzen 4.1 Bewilligungskonsequenzen-T1 4.2 Bewilligungskonsequenzen-T2

(10)	T1 ve T2 alanındaki onaylamalar	
	<i>Doğru: Konu alanına göre özetleme</i> 1. T1 1.1 Onaylama yükümlülüğü-T1 1.2 Onaylama koşulları-T1 1.3 Onaylama süreci-T1 1.4 Onaylama sonuçları-T1 2. T2 2.1 Onaylama yükümlülüğü-T2 2.2 Onaylama koşulları-T2 2.3 Onaylama süreci-T2 2.4 Onaylama sonuçları-T2	<i>Yanlış: Norm tiplerine göre onaylama</i> Onaylama yükümlülüğü 1.1 Onaylama yükümlülüğü-T1 1.2 Onaylama yükümlülüğü-T2 2. Onaylama koşulları 2.1 Onaylama koşulları-T1 2.2 Onaylama koşulları-T2 3. Onaylama süreci 3.1 Onaylama süreci-T1 3.2 Onaylama süreci-T2 4. Onaylama sonuçları 4.1 Onaylama sonuçları-T1 4.2 Onaylama sonuçları-T2

### c2. Norm hiyerarşisini metin yapısında gösterme

Bir düzenleme alanı içindeki normların karmaşık bir düzenlemenin içindeki önemlerine ve alaka düzeylerine göre düzenlemeleri diğer bir şeffaflık stratejisidir. Bu hem bölümlerin birleştirilmesi hem de metindeki sıra ile ilgilidir. Önemli olan, temel normun kendinden türeyen diğer daha önemsiz olan normlardan önce gelmesidir. Önemli olan norm, başka

bir norm için mantıklı ve hukuki koşul olan normdur. Genel norm, istisnadan veya özel durumun düzenlenmesinden daha önemlidir, temel norm ise icra ve cezai hükümlerden daha önemlidir çünkü bu temel norm olmasaydı bir istisna veya icra hükmü anlamsız olurdu. „Önemli olan, daha az önemli olandan önce gelir“ ilkesi ile her bir normun arasındaki mantıksal hiyerarşi sistemde farkedilebilir hale getirilmektedir. Bu ilke bazen başka bir ilke ile çatışmaktadır, yani önce gelenin sonra gelenden önce düzenlendiği kronolojik düzenleme ile. Ancak neyin daha önce ve neyin daha sonra olduğu çoğu zaman kişisel bakış açısına göre değişmektedir. Örneğin bir icra davasında verilen bir karar çoğu zaman bireysel yükümlülüğe neden olur. Bu ise icra memuru için kronolojik olarak karardan sonra gelmektedir. Ancak ilgili kişi, oluşabilmesi için genel yükümlülüğü kişisel karardan önce geçmelidir.

Bu sorun için açıklayıcı bir durum, Almancası iyi olmayan yabancı ebeveynlerin okul öncesi çocuklarının daha erken yaşta dil eğitimi almaları zorunlu olduğu İsviçre'nin Basel şehridir. Mevcut durumda ebeveynlerin çocuklarını uygun bir teşvik için anasınıfına gönderme yükümlülükleri vardır.

Bu durum bir taslakta şu şekilde düzenlenmiştir: Öncelikle genel bir yükümlülük normunda bir ilke belirlenmiştir. Daha sonra yetkili makamın görevi belirlenmiştir: Yetkili makamın görevi, çocukların Almanca dil bilgisinin ne kadar iyi olduğunu tespit etmek için bir anket ile araştırma yapmaktır. Ardından ebeveynlere anketin sonuçlarını bildirmektir. Bir sonraki adımda ebeveynleri çocuklarını teşvik edici bir anasınıfına göndermekle görevlendirmektir. Bu durumda bazı istisnalar vardır, yani çocuk zaten anasınıfına gidiyorsa veya ebeveynler yakında yurtdışına çıkacaksa vb.

Bu düzenleme genel bakışta aşağıdaki gibi yapılandırılmıştır

Genel bakış

- Genel yükümlülük normu (Genel norm olarak formülleştirilen)

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

- İcra etme:
- İdari süreç  
(anketin gönderilmesi, değerlendirme hakkında bilgilendirme yapılması)
- Bireysel yükümlülük hakkında karar verilmesi  
(= karar olarak formülleştirilen kanuni hüküm)  
(bireysel kanuni hükümden istisnalar olarak formüle edilen) yükümlülük normundan istisnalar

Somut norm metninde bu aşağıdaki gibi formüle edilmiştir:

(11)(a)	Frühe Deutschförderung	
	<p>Entwurf</p> <p>§ 2 Obligatorium</p> <p>1 Die Inanspruchnahme der frühen Deutschförderung ist für jene Erziehungsberechtigten obligatorisch, deren Kinder Deutsch als Zweitsprache lernen und im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten über unzureichende Deutschkenntnisse verfügen.</p> <p>...</p>	Generelle Pflichtnorm
	<p>§ 5 Fragebogen</p> <p>1 Die Deutschkenntnisse der Vorschulkinder werden durch eine schriftliche Befragung der Erziehungsberechtigten erfasst.</p> <p>...</p> <p>§ 6. Verfahren für den Entscheid</p> <p>1 Die Fachstelle frühe Deutschförderung teilt den Erziehungsberechtigten auf der Grundlage der Auswertung des Fragebogens mit, ob sie verpflichtet sind, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen oder nicht</p>	Vollzug Adminstrative Verfahren
	<p>§ 7. Verpflichtung</p> <p>1 Ergibt die Auswertung des Fragebogens, dass die Deutschkenntnisse im Hinblick auf den Kinderteneintritt unzureichend sind, werden die Erziehungsberechtigten verpflichtet, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen.</p>	Entscheid über individuelle Verpflichtung
	<p>§ 8. Nichtverpflichtung</p> <p>1 Auch wenn die Deutschkenntnisse im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten unzureichend sind, werden die Erziehungsberechtigten nicht verpflichtet, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen, wenn:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ... usw</p>	Ausnahmen von der Pflichtnorm

(11)(a)	Erken Yaşta Almanca Öğrenimi Teşviki	
	<p><i>Taslak</i></p> <p><b>§ 2 Zorunlu Ders</b>  <i>1-Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikinden yararlanılması çocukları Almanca'yı ikinci dil olarak öğrenen ve kreşe başlama bakımından yetersiz Almanca bilgisine sahip olan veliler için zorunludur</i></p>	Genel Yükümlülük normu
	<p><b>§ 5 Anket</b>  <i>Okul öncesi çocukların Almanca bilgisi velilerin yazılı sorulara tabi tutulması yoluyla belirlenmektedir.</i></p> <p>...</p> <p><b>§ 6 Karar İçin Gereken Süreç</b>  <i>Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, anketin değerlendirilmesi temelinde velilere çocuğunu bütünleşik dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim görmek üzere gönderip göndermemekle yükümlü olup olmadığını bildirmektedir</i></p>	İcra hükümleri: Yetkililer aracılığıyla hazırlanma
	<p><b>§ 7 Yükümlülük</b>  <i>1 Anketin değerlendirilmesinden (çocuğun) Almanca bilgisinin kreşe kaydolma bakımından yetersiz olduğu sonucu ortaya çıktığı takdirde veliler çocuklarının bütünleşik dil kursları olan bir kuruma gitmelerine izin vermekle yükümlü tutulmaktadır.</i></p>	Kanuni hüküm
	<p><b>§ 8 Yükümlülük</b>  <i>1-Anketin değerlendirmesinden kreşe başlama bakımından Almanca bilgisinin yetersiz olduğu ortaya çıktığı takdirde veliler şu durumlarda çocuğunu bütünleşik dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim amaçlı göndermekle yükümlü olmamaktadırlar:</i></p> <p>a) b) .... Vb.</p>	İstisnai hüküm

Bu taslak, ilgili ebeveynlerin değil de yetkili makamın açısından formüle edilmiş olup çeşitli normları şeffaf olmayan bir şekilde düzenlemektedir. Norm yapısı bu sistemde anlaşılabilir değildir. Ayrıca, ebeveynlerin çocuklarını teşvik edici ana sınıfına gönderme yükümlülükleri iki kez zikredilmektedir, istisnalar ise sadece ikinci zikrediliş ile bağlantılı olarak zikredilmektedir. Aynı zamanda terminolojik bir karışıklık vardır: ikincisinde „yükümlüdür“ kelimesi ile ne demek istendiği belirsizdir. Yükümlülük ile bildirim arasındaki bağlantı da mantıksal açıdan belirsizdir.

Bütün olarak ve ebeveynlerin açısından norm yapısı ile ilgili bir yükümlülüğün istisnaları, bir yönergede yapılan bireysel

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

İstisnalar değil de genel yükümlülük normun istisnalarıdır. Yetkili makamın kararı için istisna düzenlemesi şarttır ancak bu kararın bir parçası değildir. Bu nedenle istisnalar hakkındaki hüküm konu açısından genel yükümlülük normuna aittir. Ebeveynlerin çocuklarını teşvik edici anasınıfına gönderme yükümlülükleri birincil olarak yetkili makamın kararından değil de otomatik olarak temel normdan oluşmaktadır. Bu nedenle bu şekilde formüle edilmek zorunda değildir.

Ayrıca ebeveynlerin bildirim ile yükümlülük için makamın verdiği karar arasındaki normatif ilişki şeffaf bir şekilde anlatılmamıştır. Bir nevi mektup yazan veya mektup alan bir kişinin tecrübe açısından anlatılmaktadır: Önce bir bildirim alınıyor sonra yükümlülük geçerli oluyor. Şeffaf bir anlatım için burada da her bir ifade arasındaki mantıklı ilişki önemlidir: Karar bildirimden önce gelir, birincisi, normatif olarak bildirimden daha önemlidir, ikincisi, ilgili bildirim yapılabildiği için öncelikle kararın verilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle düzenleme aşağıdaki şemaya göre yeniden düzenlenmelidir:

- Genel yükümlülük normu

İstisnalar

- İcra etme:
- Bir anket formunun gönderilmesi
- Bireysel yükümlülük hakkında karar verilmesi
- Yükümlülük ile ilgili bildirim yapılması

Somut olarak bundan metnin aşağıdaki formülasyonu oluşmaktadır:

(11)(b)		
	<p>revidierte Fassung</p> <p>§ 2 Verpflichtung zur frühen Deutschförderung</p> <p>1 Die Inanspruchnahme der frühen Deutschförderung ist für Erziehungsberechtigte obligatorisch, deren Kinder Deutsch als Zweitsprache lernen und im Hinblick auf den Eintritt in den Kindergarten über unzureichende Deutschkenntnisse verfügen.</p> <p>2 Auch bei unzureichenden Deutschkenntnissen sind die Erziehungsberechtigten nicht verpflichtet, ihrem Kind frühe Deutschförderung zukommen zu lassen, wenn:</p> <p>...</p>	<p>Generelle Pflichtnorm</p> <p>Ausnahmen von der generellen Pflichtnorm</p>
	<p>§ 4. Fragebogen zur Erfassung der Deutschkenntnisse</p> <p>1 Die Deutschkenntnisse der Vorschulkinder werden durch eine schriftliche Befragung der Erziehungsberechtigten erfasst.</p>	<p>Vollzug:</p> <p>Versenden eines Fragebogens</p>
	<p>§ 6. Entscheid</p> <p>1 Die Fachstelle frühe Deutschförderung entscheidet auf der Grundlage der Auswertung des Fragebogens mit, ob die Erziehungsberechtigten sie verpflichtet sind, ihr Kind eine Einrichtung mit integrierter Sprachförderung besuchen zu lassen oder nicht.</p> <p>2 Sie teilt ihren Entscheid den Erziehungsberechtigten schriftlich mit.</p> <p>...</p>	<p>Entscheid über die individuelle Verpflichtung</p> <p>Mitteilung über die individuelle Verpflichtung</p>

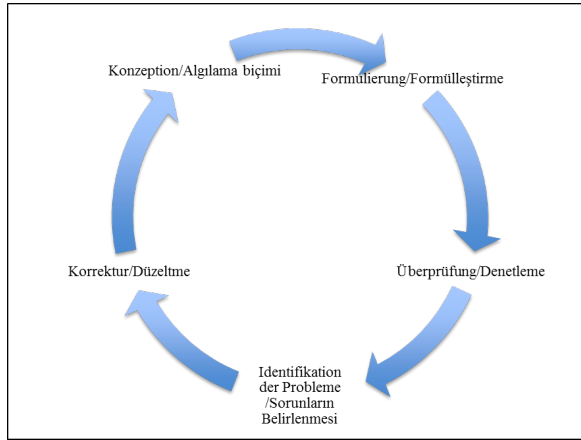
(11)(b)		
	<p>Gözden geçirilen versiyon</p> <p>§ 2 Erken Yaşta Almanca Öğrenme Teşvikine İlişkin Yükümlülük</p> <p>1-Erken yaşta Almanca öğrenme teşvikinin kullanılması çocukları Almanca'yı ikinci dil olarak öğrenen ve kreşe başlama bakımından yetersiz Almanca bilgisine sahip veliler için zorunludur.</p> <p>2-Yetersiz Almanca bilmeleri halinde aşağıdaki durumlarda çocuklarını erken yaşta Almanca öğrenmeye göndermekle yükümlü değildir:</p> <p>...</p>	<p>Genel yükümlülük normu</p> <p>Yükümlülük normuna ilişkin istisnai hüküm</p>
	<p>§ 4. Almanca Bilgisinin Belirlenmesine İlişkin Anket</p> <p>1- Okul öncesi çocukların Almanca bilgisi velilerin yazılı sorulara tabi tutulması yoluyla belirlenmektedir.</p> <p>§ 6. Karar</p> <p>1- Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, anketin değerlendirilmesi temelinde velilere çocuğunu bütünlük dil teşviki bulunan bir kuruma öğrenim görmek üzere gönderip göndermemekle yükümlü olup olmadığını bildirmektedir.</p> <p>2- Erken yaşta Almanca öğrenimi teşvikine ilişkin uzmanlık alanı, velilere kararını yazılı olarak bildirmektedir.</p>	<p>İcra hükümleri</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anket</li> <li>- Kararın temelleri</li> <li>- Karar hakkında bilgilendirme yapma biçimi</li> </ul>

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bir kanun bir anlatım değildir ancak mantıklı bağlantıları ile normların anlatımıdır. Metnin norm yapısına göre tasarlanması gerektiği talebi, tamamen estetik bir talep değildir. Kanun koyucusunu çıkarmak istediği düzenlemenin norm yapısının ne olduğunu tam olarak yansıtmaya zorlamaktadır. Genel olarak: Metin şeffaflığı talebi, zihinsel açıklık ve mantıksal tutarlılığa zorlamaktadır. Metin şeffaflığı önemsiz olduğunda zihinsel açıklıkta önemsiz olmaktadır. Açık bir şekilde düşünmeye çalışan bir kişi şeffaf olmayan bir şekilde yazamaz. Şeffaf olmayan bir şekilde formüle eden bir kişi düşüncenin açıklığından vazgeçmiştir. Şeffaf olmayan kanunlar, yorumlama tesadüfen olduğundan keyfilik kaynağı olmaktadır.

### 5. Şeffaflık: Bir hermenötik diyalogun sonucu

Şeffaflık bariz bir kalite değildir. Şeffaf metinler oluşturmak bir iş hatta bir sanattır: Sürekli yeni sorunlu durumlar için bir zanaatın yaratıcı uygulaması. Her iyi metinde olduğu gibi iyi bir kanunda tek seferde yazılmamaktadır. Kavramlar ve düşünceler normalde başlangıçta açık değillerdir. Bir kavramı tutarlı yapabilmek için ilk adım, bu kavramı bir metin haline getirmektir. Ancak dilsel formülasyonda bir kavramın tutarlı ve mantıklı olup olmadığı ve dilsel açıdan uygun bir şekilde formüle edilip edilmediği anlaşılmaktadır. İyi bir kanun metni, dilsel biçimin tekrar düzeltilmesi ile taslaktaki eksikliklerden dolayı anlayış biçiminin tekrar edilen düzeltmesinde oluşmaktadır.





Kanunlar topluluklar için geçerlidir. Sadece amaçlar ve düzenleme kalitesi değil aynı zamanda bir metnin uygulaması da topluluk için anlaşılabilir şekilde ve uygun olmalıdır. Bir kanun metninin normatif önem ve şeffaflık gibi gerekli metin kalitesini sağlayıp sağlamadığı konusunda karar vermek tek bir kişinin işi olamaz. Tek bir kişinin dil yeterliliği ve metin değerlendirmesi bireysel olup çoğu zaman bireysel koşullar içerip muhtemelen kısıtlanmıştır. Bir metnin kaliteleri topluluklar için anlaşılabilir ve kabul edilebilir şekilde olmalıdır. Bu nedenle bir metnin hazırlanmasında hermenötik daireden genellikle birden fazla kişinin dahil olması gerekmektedir. Eksiklikler ve boşluklar genellikle eleştirel tartışmada birden fazla kişi tarafından farkedilmektedir. İyi kanun metinleri sadece içeriksel açıdan değil aynı zamanda içeriğin anlatımı olarakta farklı açılardan farklı ilgililerin arasındaki tartışmanın sonucudur.

### Literatür

Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve mevzuatın hazırlanmasında katkısı bulunan topluluk kurumlarındaki kişiler için Avrupa Komisyonu'nun Ortak Uygulama Rehberi. Luxemburg: Avrupa Topluluklarının Resmi Yayınlar Ofisi, 2003.

Kanunma Rehberi: Kanun, Yönetmelik ve Parlamenter İnişiyatif Modülleri.

Yayınevi Federal Adalet Ofisi 3003 Bern. 2014 sürümü.

URL: [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/haup-tinstrumente/module-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/haup-tinstrumente/module-d.pdf) (15.4.2015)

Hill, Hermann: Kanun Teorisine Giriş. Heidelberg: Müller 1982.

Müller, Georg / Ullmann, Felix: Kanunma Teorisinin Unsurları. 3. Baskı. Zürih: Schulthess (2013).

Walter, Robert, Kanunma Tekniği Teorisi, bulunduğu yer: ÖJZ 1963, 85 – 90.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Prof. Lötscher 10 dakika geç başlamamıza rağmen sunumunu kısaltarak tam vaktinde bitirdi. Kendisine çok teşekkür ediyoruz. Çok uzun bir sunum oldu ama bunlar Türkçe'ye çevirilerek Barolar Birliği ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ortak yayın olarak çıkacağı için, anlatılmayan kısımlar bir kayıp olmayacak diye düşünüyorum. Kendisi bize demokratik bir hukuk devletinde kanunların hem kanun maddesi metni anlamında hem de özelinde bir kanunun kendi içindeki yapısı bakımından dil bilimci olarak o dilin iyi bilinmesi ama hukuk alanında ne kadar iyi kullanması gerektiğini, hangi özelliklerini ve kontrol mekanizmasına sahip olması gerektiğini gerçekten kendisinin kanun için söylediği özelliklere de şeffaflık, basitlik onlara uyarak verdiği çeşitli örnekler açıkladı.

Şimdi sırada Almanya var. Almanya'dan çok değerli, Adalet Bakanlığı'ndan gelen misafirimiz var. Bu konuda çok uzman bir meslektaşımız. Eberhard Birkert'de söz, kendisi bize Baden Württemberg Örneği ile konusunu açıklayacak.

# Verfahren und Praxis in Deutschland und in Baden-Württemberg

*Dr. Eberhard Birkert<sup>1</sup>*

## I. Erforderlichkeit eines Gesetzes

Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird in Deutschland verfassungsrechtlich ein sogenannter Vorbehalt des Gesetzes abgeleitet. Dieser bedeutet, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss. Das Parlament darf die wesentlichen Entscheidungen nicht anderen Normgebern überlassen, auch nicht dem Handeln und der Regelungsbefugnis der Regierung (Exekutive).

Welche Entscheidungen *wesentlich* sind, bestimmt sich vor allem nach der Grundrechtsrelevanz. Das Grundgesetz enthält, ähnlich wie auch die türkische Verfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention, einen differenzierten Katalog von Grundrechten. Durch diese werden vor allem unmittelbare Rechte und Freiheiten der Bürger gegenüber dem Staat gewährleistet, etwa die Gleichheit vor dem Gesetz, der Schutz des Eigentums, des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis-

---

<sup>1</sup> Der Autor war Richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ist nun als Leitender Ministerialrat im Justizministerium Baden-Württemberg (Stuttgart) insbesondere für Verfassungsrecht zuständig. Der Vortrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

ses, die Unverletzlichkeit der Wohnung sowie die Meinungs-, Versammlungs-, Vereinigungs-, Berufs-, Religions- und Glaubensfreiheit. Soweit in derartige Grundrechtspositionen eingegriffen werden soll, bedarf dies einer vom Parlament beschlossenen gesetzlichen Grundlage. Dies ergibt sich meist schon aus dem Wortlaut der einzelnen Grundrechte, wenn diese einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthalten.

Anders als im Grundgesetz ist dieser Grundsatz in der Landesverfassung von Baden-Württemberg ausdrücklich mit folgendem Wortlaut festgelegt: *„Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zulässt“* (Artikel 58 der Landesverfassung von Baden-Württemberg).

Neben Eingriffen in Rechte der Bürger bedürfen auch sonstige *wesentliche* Entscheidungen bezüglich der Organisation und der Zuständigkeiten im Staat sowie die Regelung der Voraussetzungen für die Gewährung wichtiger staatlicher Leistungen einer gesetzlichen Grundlage (z.B. Kindergeld; finanzielle Hilfen für arbeitslose oder sozial schwache Personen oder für Studierende).

## II. Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten

Deutschland ist ein föderaler Staat: Er besteht aus dem Gesamtstaat „Bund“ und aus 16 rechtlich selbstständigen Bundesländern. Deshalb müssen die Gesetzgebungskompetenzen - ebenso wie die sonstigen staatlichen Funktionen - zwischen Bund und Ländern aufgeteilt werden.

Die entsprechenden grundlegenden Regelungen finden sich in der Bundesverfassung, dem Grundgesetz (GG). Artikel 70 Absatz 1 GG sieht als Grundsatz vor, dass die Länder das Recht der Gesetzgebung haben, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

Das Grundgesetz enthält zahlreiche konkrete Gesetzgebungskompetenzen für den Bund (insbesondere Artikel 73

und 74 GG). Faktisch führt dies dazu, dass der Schwerpunkt der Gesetzgebung beim Bund und nicht bei den Ländern liegt. Die einzelnen Schwerpunkte der den Ländern verbleibenden Gesetzgebungskompetenzen liegen in den Bereichen der Kultur, der Ausbildung (insbesondere Schulen und Hochschulen), der Polizei, der Medien, der Religion sowie bei der inneren Organisation des einzelnen Bundeslandes.

### III. Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsverfahren ist auf Bundes- und auf Landesebene durch die jeweiligen Verfassungen festgelegt - für den Bund durch das Grundgesetz, für die Länder durch die jeweiligen, insgesamt 16 Landesverfassungen. Das Grundgesetz lässt den Landesverfassungen einen relativ weiten Spielraum und verlangt lediglich, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den *Grundsätzen* des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entspricht (Artikel 28 Absatz 1 Satz 1 GG). Hieraus ergibt sich, dass auch die Gesetzgebungsverfahren in Bund und Ländern jedenfalls in Einzelheiten unterschiedlich ausgestaltet sind.

Berechtigt, einen Gesetzentwurf in das parlamentarische Verfahren einzubringen, sind grundsätzlich - wie nach Artikel 88 der türkischen Verfassung - die jeweilige Regierung sowie eine bestimmte Anzahl von Parlamentsabgeordneten. Beim Bund ist zusätzlich die Vertretung der 16 Länder - der Bundesrat -, in Baden-Württemberg zusätzlich auch das Volk über ein sogenanntes Volksbegehren und eine Volksabstimmung (in der Praxis aber noch nicht erfolgt) berechtigt, ein Gesetzgebungsverfahren einzuleiten. Im parlamentarischen Verfahren erfolgen verschiedene Beratungen im Parlamentsplenum und in einzelnen Fachausschüssen, auf Bundesebene auch im Bundesrat; in den Fachausschüssen sind in der Regel auch Regierungsvertreter beteiligt, und es können auch Anhörungen mit Sachverständigen durchgeführt werden. Die Länder können ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz in der Mehrzahl der Fälle nicht verhindern, sondern nur, wenn das Grundge-

setz ausnahmsweise ausdrücklich die Zustimmung der Länder vorschreibt. Die vom Parlament beschlossenen Gesetze werden vom Bundespräsident beziehungsweise vom Ministerpräsident des jeweiligen Bundeslandes ausgefertigt und danach im Gesetzblatt verkündet.

#### **IV. Verfahrensschritte außerhalb des parlamentarischen Verfahrens**

Diesem Hauptabschnitt möchte ich eine provokante These voranstellen:

*Die meisten Gesetze entstehen in den Ministerien und werden durch das parlamentarische Verfahren oft nicht besser.*

Diese provokante These könnte wie eine Abwertung des Parlaments von einem arroganten Ministerialrat klingen. Sie ist aber nicht abwertend gegenüber dem Parlament gemeint. Sie entspricht meiner langjährigen Erfahrung, was ich erläutern werde.

*Verfassungsrechtlicher Hintergrund* dieser These ist, dass sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene die jeweiligen Regierungen (wie in der Türkei der Ministerrat) berechtigt sind, Gesetzentwürfe in das parlamentarische Verfahren einzubringen. In der Praxis stammt die ganz überwiegende Mehrzahl der Gesetzentwürfe von der Bundes- beziehungsweise der Landesregierung, also von der Exekutive. So sind beispielsweise in der 17. Wahlperiode des Bundestages, die im Jahr 2013 geendet hat, von insgesamt 553 Gesetzen, die der Bundestag verabschiedet hat, 434, also knapp 80%, von der Bundesregierung eingebracht worden. In Baden-Württemberg sind in der 14. Wahlperiode (2006 bis 2011) insgesamt 180 Gesetzentwürfe in den Landtag eingebracht worden, davon 137, also etwa drei Viertel, durch die Landesregierung.

Diesen Gesetzentwürfen ist häufig ein langwieriges Verfahren innerhalb der Bundes- beziehungsweise der Landesregierung vorangegangen, meist unter Beteiligung verschiede-

ner anderer Organisationen oder Personen (Sachverständige, Betroffene). Die Praxis dieses „Vorverfahrens“ durch die Ministerien prägt deshalb die Gesetzgebung in Deutschland. Sie ist ein wesentliches Element für eine gute Gesetzgebung. Die Letztverantwortung für ein Gesetz bleibt aber immer beim jeweiligen Parlament. Eine Überprüfung kann nachträglich nur noch durch ein Verfassungsgericht erfolgen; eine Vorabprüfung durch das Verfassungsgericht findet nicht statt.

Den Prozess der Gesetzesvorbereitung in den Ministerien will ich aus meiner Sicht im Folgenden näher darstellen:

*Gute Gesetze brauchen gute Autoren mit Fachwissen und sicherem Status!*

Die einzelnen Fachministerien in Bund und Ländern haben, obwohl aufgrund der Sparzwänge in Deutschland in den letzten Jahren auch dort Stellen abgebaut werden mussten, einen relativ großen Apparat, in dem die verschiedensten Fachleute für alle Regelungs- und Tätigkeitsbereiche des Staates vorhanden sind (oder vorhanden sein sollten). Diese sogenannte „Ministerialbürokratie“ sollte nicht vorrangig an parteipolitischen Interessen, sondern an qualitativ fachlich guten Gesetzen orientiert sein - schon aus eigenem Interesse der Ministerien, da die Gesetze jedenfalls auf Landesebene später von den ihnen nachgeordneten Behörden umgesetzt werden müssen. Angesichts der begrenzten Kapazitäten muss die Exekutive im Zusammenhang mit der Vorbereitung von gesetzlichen Regelungen sicherlich aber auch die aktuellen politischen Mehrheitsverhältnisse im Blick haben. Hierauf achten auch die innerhalb ihres Ministeriums weisungsberechtigten Minister.

Wenn bestimmte gesetzliche Regelungen aus fachlicher Sicht die beste Lösung wären, sollten dennoch etwaige aktuelle politische, dieser Lösung entgegenstehende Mehrheitsauffassungen kein Grund sein, ein entsprechendes Vorhaben oder eine bestimmte Lösung *von vornherein* aufzugeben. Es sollte nach meiner Auffassung auch Aufgabe der „Ministerialbürokratie“ sein, durch gute, fachlich begründete Vorschläge die bisher

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

vorherrschende politische Meinung zu verändern, wenn diese nicht sachgerecht erscheint. Entsprechendes gilt – gerade für Juristen in einem Justizministerium –, wenn in anderen Ministerien oder auch im Justizministerium selbst neue gesetzliche Regelungen angestrebt werden, die aus verfassungsrechtlicher Sicht unzulässig wären.

Bei der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben sind generell zu beachten

- die verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben, bei Landesgesetzen auch das vorrangige Bundesrecht,
- die Bewertung des Regelungsgegenstandes und -ziels durch Sachverständige und durch die von der Regelung potentiell Betroffenen,
- die Folgen der Regelung für die Betroffenen einschließlich eines besonderen Schutzbedürfnisses von etwaigen betroffenen Minderheiten,
- die Realisierbarkeit des Vorhabens unter Berücksichtigung der aktuellen finanziellen und politischen Verhältnisse sowie
- die in der Bevölkerung vorhandenen Mehrheits-, aber auch Minderheitsauffassungen.

Grundsätzlich sollte ein Gesetz nur erlassen werden, wenn dies tatsächlich *notwendig* ist. Von dem französischen Staatsrechtler Montesquieu stammt der Satz: „*Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.*“ Diesem Satz kann ich grundsätzlich zustimmen. Sowohl innerhalb der Europäischen Union als auch in Deutschland wird dieser Satz aber häufig nicht beachtet und besteht in vielen Bereichen eine Regelungsflut, die eigentlich nicht erforderlich wäre.

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung kann sich zunächst aus den unter I. kurz dargelegten *verfassungsrechtli-*



*chen* Gründen ergeben. Daneben kann sich ein Regelungsbedarf aus neuen Lebenssachverhalten oder neuen technischen Entwicklungen ergeben, die bisher gesetzlich noch nicht geregelt sind. Gleiches gilt, wenn nach Änderung der politischen Mehrheitsverhältnisse von der neuen Regierung und den diese tragenden Parteien neue oder andere Ziele als von der bisherigen Parlamentsmehrheit verfolgt werden.

In der Praxis häufigster Fall sind nicht völlig *neue* Gesetze, sondern *Änderungsgesetze*, mit denen bereits bestehende gesetzliche Regelungen geändert werden sollen. Grund hierfür kann auch sein, dass die bisherige Gesetzeslage fehler- oder lückenhaft war oder die Rechtsprechung Defizite festgestellt oder Interpretationen vorgenommen hat, die dem Willen des aktuellen Gesetzgebers widersprechen.

Bei allen Gesetzgebungsvorhaben muss geprüft werden, ob sich für andere Gesetze zwingende Folgeänderungen ergeben und ob bestehende Vorschriften aufgehoben werden müssen. Dies kann dazu führen, dass in *einem* Gesetz *mehrere* Gesetze geändert werden. Bei diesen Änderungen, die häufig in der Form sogenannter Mantel- oder Artikelgesetze erfolgen, besteht zwischen den einzelnen Änderungen ein sachlicher Zusammenhang, der auch aus der Gesetzesüberschrift hervorgehen sollte. Diese Art der Änderung mehrerer zusammenhängender Gesetze ist deshalb nicht mit der auf der Tagung von türkischen Vertretern mehrfach beklagten Art von „Omnibusgesetzen“ vergleichbar, bei denen zahlreiche, auch nicht in Sachzusammenhang stehende Materien in unübersichtlicher und wenig transparenter Form geändert und weitreichende Änderungen offenbar oft auch noch kurz vor der abschließenden parlamentarischen Abstimmung vorgenommen werden. Dies kann im Hinblick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip je nach konkretem Ablauf sehr bedenklich sein.

Wie ein Gesetzgebungsverfahren im Einzelnen ablaufen sollte, ist in vielen Vorgaben, Ratgebern und auch in Monographien zur Gesetzgebung dargelegt. Auf das von den Bundesministerien zu beachtende, vom Bundesministerium der Jus-

tiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeiten (im Internet veröffentlicht unter <http://hdr.bmj.de>) geht Kollege Dr. Görden vom Bundesjustizministerium in seinem Beitrag näher ein. Für Baden-Württemberg gibt es eine erheblich kürzere Verwaltungsvorschrift der Landesregierung und der Ministerien zur Erarbeitung von Regelungen (VwV Regelungen; im Internet veröffentlicht unter <http://www.landesrecht-bw.de>). Beide Vorgaben werden derzeit überarbeitet, Neufassungen sind spätestens im Laufe des nächsten Jahres zu erwarten. Anders als offenbar nach Artikel 88 Absatz 2 der türkischen Verfassung hat weder der Bundestag noch der Landtag von Baden-Württemberg nähere Vorgaben für Gesetzesinitiativen der Regierung festgelegt, sondern die Regierungen können insoweit selbst die näheren Einzelheiten regeln.

Rechtliche Grenzen für gesetzliche Regelungen sind das Grundgesetz, bei Landesrecht auch die Landesverfassung und sonstiges vorrangiges Bundesrecht, die Europäische Menschenrechtskonvention sowie in Deutschland - bisher nicht in der Türkei - auch die zwingenden Vorgaben aus dem Recht der Europäischen Union. Es sollte deshalb immer erste Aufgabe sein, die bestehenden vorrangigen Vorschriften und die Rechtsprechung hierzu, bei Europarecht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, zu ermitteln.

Eine Grenze für wünschenswerte, verfassungsrechtlich zulässige Regelungen, etwa im sozialen Bereich oder bei der Förderung bestimmter Interessen und Werte, ergibt sich oft daraus, dass hierfür finanzielle Mittel erforderlich wären, die angesichts der auch in Deutschland bestehenden Haushaltsengpässe aber oft nicht vorhanden sind.

In den Ministerien werden, wenn ein Gesetzesvorhaben erforderlich ist, nach entsprechenden Vorarbeiten zunächst sogenannte Referentenentwürfe erarbeitet. Hierbei sind die bereits genannten Kriterien zu beachten. Geprüft werden sollten immer auch etwaige Alternativen der in Erwägung gezogenen beziehungsweise politisch (zunächst) gewünschten Regelung.

Bei wichtigen oder aufwändigen Gesetzesvorhaben wird oft eine Vorentscheidung der Regierung herbeigeführt.

Grundsätzlich, vor allem bei umfangreicheren Gesetzesvorhaben, sollte eine Anhörung und Beteiligung der Verwaltungs- oder (bei die Justiz betreffenden Gesetzen) der gerichtlichen Praxis, von externen sachverständigen Personen sowie von Organisationen der von dem geplanten Gesetz betroffenen Kreise erfolgen, etwa der zuständigen Rechtsanwaltskammer, der Verbände der Städte und Gemeinden oder der Gewerkschaften oder sonstiger Berufs- oder Interessenvertretungen (NGOs). Bei wichtigen Vorhaben können bei Bedarf auch wissenschaftliche Gutachten eingeholt, Expertenkommissionen gebildet oder öffentliche Anhörungen durchgeführt werden; dies ist auch noch während des parlamentarischen Verfahrens, etwa initiiert durch einen Fachausschuss, möglich. In Baden-Württemberg wird zunehmend auch die Öffentlichkeit insbesondere über das Internet informiert, indem Gesetzentwürfe elektronisch veröffentlicht werden und ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet wird, Stellung zu nehmen. Der Aufwand, die eingegangenen, oft kontroversen Stellungnahmen auszuwerten, lohnt sich aber. Meist kommen gute Anregungen aus der Bevölkerung. Zudem kann deren Beteiligung auch zu einer höheren Akzeptanz gesetzlicher Regelungen führen.

Soweit der Geschäftsbereich mehrerer Ministerien betroffen ist, sollte möglichst frühzeitig eine Abstimmung zwischen den betroffenen Ministerien, eventuell auch durch Bildung interministerieller Arbeitsgruppen, vorgenommen werden - auf Fachebene und auf politischer Ebene. In Baden-Württemberg ist immer die Beteiligung des Landesdatenschutzbeauftragten sowie des sogenannten Landesbeauftragten für Bürokratieabbau vorgesehen, der Fragen der Deregulierung und des Aufgabenabbaus prüft, etwa auch durch Aufgabenverlagerungen vom Staat auf Private.

Diese fachorientierten Vorbereitungsarbeiten werden in der Praxis teilweise dadurch eingeschränkt, dass auch in den Ministerien nur begrenzte personelle und finanzielle Ressourcen

cen vorhanden sind und vor allem oft ein erheblicher zeitlicher Druck seitens der Politik erfolgt. Dies führt immer wieder dazu, dass die Vorbereitungsarbeiten für ein Gesetz nicht so gründlich vorgenommen werden können, wie dies wünschenswert wäre.

Es ist nach Abschluss der Vorarbeiten zunächst Aufgabe der zuständigen Ministerien und abschließend der Regierung, eine Abwägung der mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziele, seiner Folgen und der Interessen der später von dem Gesetz Betroffenen vorzunehmen. Dabei ist der rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten; es dürfen keine unverhältnismäßigen, für die Betroffenen unzumutbaren Folgen entstehen. Es ist auszuloten, welche der als sachgerecht erscheinenden und politisch gewünschten Regelungen unter Beachtung der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben zulässig oder - bei Inkaufnahme eines gewissen rechtlichen oder politischen Risikos - jedenfalls vertretbar sind. Auf Risiken hinzuweisen, ist auch Aufgabe des zuständigen Ministeriums, bei verfassungsrechtlichen Risiken eine wichtige Aufgabe des Justizministeriums.

Sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene werden von der Regierung erarbeitete Gesetzentwürfe in der Regel durch zumindest *ein* fachkundig besetztes Gremium geprüft. In Baden-Württemberg erfolgt eine Prüfung durch den unabhängigen, sogenannten Normenprüfungsausschuss, dem Vertreter des Justiz- und des Innenministeriums angehören, sowie durch den Landesbeauftragten für Bürokratieabbau. Dabei wird entsprechend der bereits angesprochenen VwV Regelungen geprüft, ob die Regelungsentwürfe den formalen Vorgaben entsprechen. Geprüft wird auch, ob die Erforderlichkeit der Regelung zumindest schlüssig begründet und ob außerdem untersucht worden ist, welche Folgen die Regelung voraussichtlich haben wird und wie sie sich auf die ökonomischen, ökologischen und sozialen Verhältnisse auswirkt (Regelungsfolgen- und Nachhaltigkeitsprüfung). Auch diese Prüfungen dienen einer besseren Gesetzgebung.

Jedenfalls bei größeren und wichtigen Gesetzesvorhaben wird als Zwischenschritt durch die Regierung eine Vorentscheidung zu einem Gesetzentwurf getroffen und dieser für eine - über das Internet auch öffentliche - Anhörung freigegeben. Diese wird durch das federführende Fachressort vorgenommen. Dieses wertet danach die eingegangenen Stellungnahmen aus und legt der Regierung einen endgültigen Entwurf zur Zustimmung vor. Die Regierung trifft dann die abschließende Abwägung und Bewertung etwaiger Risiken.

In der Praxis werden die Regierungsentwürfe spätestens vor deren abschließender Beschlussfassung und vor Einbringung in das Parlament meist mit den Regierungsfractionen abgestimmt oder sogar zur Zustimmung vorgelegt. Da in Deutschland in der Regel keine absolute Mehrheit zustande kommt, bilden in der Regel zwei bis drei Parteien eine Koalitionsregierung - meist erfolgt dann nur mit deren Fraktionen eine Vorabstimmung. Ein solcher „Dialog mit der Politik“ kann wichtig und parteipolitisch sinnvoll sein und auch der Sicherstellung dienen, dass der Gesetzentwurf im Parlament eine entsprechende Mehrheit erhält. Im Hinblick auf die (in Deutschland allerdings nicht sehr streng gehandhabte) Gewaltenteilung sehe ich diese Praxis allerdings durchaus auch kritisch, und sollte diese Abstimmung nicht übertrieben werden. Außerdem vergibt die Regierung hierdurch im Einzelfall möglicherweise auch Handlungsoptionen und Spielräume, die sie aufgrund ihrer Gesetzesinitiativbefugnis und bei Erörterung ihr wichtiger Fragen im Parlament unter Beteiligung der Opposition eigentlich hätte.

Nach Einbringung der Gesetzentwürfe im Parlament beginnt das bereits dargestellte parlamentarische Verfahren mit Beratungen im Plenum sowie in den Fachausschüssen und mit der abschließenden Abstimmung im Plenum. Die Abgeordneten können Änderungsanträge stellen, was in der Praxis auch häufig vorkommt. Die Regierung oder sonstige Akteure außerhalb des Parlaments können keine eigenen Änderungsanträge stellen. Faktisch besteht für die Regierung jedoch die Möglich-

keit, von ihr erarbeitete Änderungsanträge über Abgeordnete der Regierungsparteien in das Verfahren einbringen zu lassen.

Häufig werden erst im Parlament politische Kompromisse geschlossen, die zu Änderungen des ursprünglichen Entwurfs führen. Einerseits ist dies durchaus Sinn der parlamentarischen Beratung. Dies kann auch zu einer größeren Akzeptanz und zu einem insgesamt „besseren“ Gesetz führen. Andererseits zeigt aber die Praxis, dass Gesetzesvorhaben hierdurch verwässert werden können und manchmal kurzfristig Teilregelungen in das Gesetz kommen, deren Folgen zunächst nicht im Einzelnen übersehen werden, die mit der Gesetzssystematik nicht in Einklang stehen und zu widersprüchlichen Regelungen und später zu Auslegungsschwierigkeiten führen können. In diesen Fällen wird ein Gesetz eher verschlechtert als verbessert. Dies ist der Hintergrund meiner provokanten Ausgangsthese am Anfang dieses Abschnitts.

### V. Praktische Hinweise für „gute“ Gesetze

Dieser Schlussabschnitt soll einige formale, aber auch inhaltliche Anregungen zusammenfassend darlegen:

Als Aufbau eines Gesetzentwurfs hat sich eine Dreiteilung bewährt:

- Am Anfang werden in einem ein- bis zweiseitigen sogenannten „Vorblatt“ die wesentlichen Ziele, Inhalte und Folgen (insbesondere auch die Kosten für Staat und Bürger) zusammenfassend dargelegt.
- Im zweiten Teil findet sich die eigentliche gesetzliche Regelung. Dies kann entweder ein vollständig neues Gesetz sein oder die Änderung eines oder mehrerer Gesetze.
- Der dritte Teil enthält eine differenzierte Begründung, die häufig in eine „Allgemeine Begründung“ für das *gesamte* Gesetzesvorhaben und eine Begründung jeder *einzelnen* Vorschrift aufgeteilt wird. Diese Begründung ist für die spätere Auslegung des Gesetzes sehr wichtig und sollte deshalb sorgfältig erfolgen.

Der Gesetzesinhalt sollte - besonders streng bei Strafnormen - möglichst klar und eindeutig formuliert und zumindest für den Adressatenkreis verständlich sein. In der Praxis gelingt das leider häufig nicht. Das mag auch daran liegen, dass Spezialisten gerne ihre eigene Fachsprache verwenden. Dies lässt sich häufig nicht vermeiden. Bürgerfreundlich ist dies im Grundsatz aber nicht. Die Verständlichkeit einer Regelung kann erleichtert werden, wenn ein Fachbegriff im Gesetzestext kurz definiert oder in der Gesetzesbegründung erläutert wird.

*Geschwätzige Gesetze sind keine guten Gesetze!*

Gesetze sollten nur Vorschriften enthalten, die tatsächlich etwas *regeln*. Langatmige Ziele des Gesetzgebers sollten im Regelungstext allenfalls sehr knapp - am Anfang des Gesetzes - zusammenfassend dargestellt werden. Nähere Einzelheiten gehören in die Begründung.

Nicht alles, was geregelt werden *könnte*, *muss* auch geregelt werden. Die Gesetzgeber in der Europäischen Union und in Deutschland neigen oft dazu, auch die letzten theoretischen Details genau zu regeln. Dies kann zu sehr unübersichtlichen Regelungen führen. Das Leben ist auch oft erfindungsreicher als der Gesetzgeber. Zu viele Details können dazu führen, dass ein Detail nicht gesehen wird und dieser Sachverhalt dann nicht unter einen *allgemeinen* Begriff subsumiert werden kann. Sinnvoll kann es deshalb sein, nur die *wesentlichen* Aspekte im Parlamentsgesetz zu regeln und die Exekutive zum Erlass weiterer Detailregelungen zu ermächtigen (vergleiche Artikel 80 Absatz 1 GG, Artikel 61 Absatz 1 der Verfassung von Baden-Württemberg; ähnlich wohl Artikel 91 der türkischen Verfassung). Allerdings verlangt das Bundesverfassungsgericht teilweise nicht immer zwingend erscheinende, sehr differenzierte Regelungen unmittelbar durch den Gesetzgeber, was dann wieder zu einer erhöhten Regelungsdichte führt. Sollten sich nachträglich Lücken oder Mängel herausstellen, besteht grundsätzlich immer noch die Möglichkeit, das Gesetz jedenfalls für die Zukunft wieder zu ändern. Gesetze sollten ansons-



ten aber möglichst keine Vorschriften enthalten, die absehbar häufig geändert werden müssen.

Verweisungen *innerhalb* eines Gesetzes sind sinnvoll und führen zu Kürzungen. Bezugnahmen auf *andere* Gesetze können zwar ebenfalls zu kürzeren Regelungen führen; andererseits ist die entsprechende Regelung aber nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich, da immer zusätzlich die in Bezug genommene Regelung herangezogen werden muss. Es kann deshalb anwenderfreundlicher sein, auf externe Verweisungen zu verzichten.

Die Zuständigkeiten und Kompetenzen sollten klar und eindeutig geregelt werden. Die Umsetzung eines Gesetzes sollte durch einfache, wirtschaftliche, zügige und transparente Verwaltungsverfahren erfolgen. In Baden-Württemberg wird zunehmend darauf geachtet, dass Verfahren auch bürgerfreundlich elektronisch über das Internet abgewickelt werden können.

Für die Betroffenen sollten keine unnötigen Hürden und kein unnötig hoher Aufwand verursacht werden. Soweit Standards festgelegt werden sollen, sollte geprüft werden, ob diese tatsächlich erforderlich sind.

In sprachlicher Hinsicht soll jeder Einzelparagraph klar, verständlich und nicht zu lang sein. Auch die einzelnen Sätze sollten möglichst kurz und nicht unübersichtlich sein. Als Grundregel sollte jeder Satz nur *eine* Aussage enthalten. Für die Adressaten unverständliche Abkürzungen, altertümliche Formulierungen, Fremdwörter und Fachbegriffe sollten vermieden werden. Ein Gesetz sollte systematisch und logisch gegliedert sein und kurze, aber aussagekräftige Überschriften enthalten.

Es sollte klar sein, ob die einzelne Regelung ohne Einschränkung verpflichtend sein soll, ob den zuständigen Behörden oder sonstigen Rechtsanwendern ein Entscheidungsspielraum eingeräumt werden soll und ob Ausnahmen möglich sein sollen.



Wichtig ist, für gleiche Begriffe in dem Gesetz, vor allem auch bei Änderungsgesetzen, die gleichen Wörter, für unterschiedliche Begriffe unterschiedliche Wörter zu verwenden. Dies klingt selbstverständlich. Meine praktische Erfahrung zeigt aber, dass viele Gesetzentwürfe dem nicht gerecht werden, gerade auch bei Änderungen erst im parlamentarischen Verfahren. Wenn für *gleiche* Sachverhalte oder Begriffe *verschiedene* Wörter verwendet werden, kann dies bei der Anwendung zu unnötigen Zweifeln führen. Gleiches gilt, wenn verschiedene Gesetze vergleichbare Sachverhalte regeln: auch hier sollte auf eine einheitliche Begrifflichkeit geachtet werden.

Die wünschenswerte Klarheit der Formulierung fällt in Einzelfällen leider der politischen Uneinigkeit zum Opfer. Dies kann dazu führen, dass in dem Gesetzestext nur relativ vage, auslegungsbedürftige Formulierungen verwendet werden. Bei derartigen Formelkompromissen muss die *Rechtsprechung* die strittige Frage entscheiden. Insoweit erfüllt der Gesetzgeber seine Aufgabe nicht, die wesentlichen Fragen *selbst* zu entscheiden.

Sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene wird zunehmend darauf geachtet, dass die Gleichberechtigung von Frauen und Männern auch in der Rechtssprache zum Ausdruck kommt. Es sollen deshalb die in der deutschen Sprache oft „männlichen“ Bezeichnungen (z.B. *der* Antragsteller, *der* Rechtsanwalt, *der* Professor) vermieden und möglichst geschlechtsneutrale Formulierungen verwendet werden; diese können häufig aber zu unschönen, komplizierten und unübersichtlichen Regelungen führen. Ansonsten kann es der Gleichberechtigung in der Gesetzessprache auch dienen, dass weibliche und männliche Personenbezeichnungen - so genannte Paarformeln - verwendet werden, zum Beispiel „die Rechtsanwältin oder der Rechtsanwalt“. Ich empfehle eher Zurückhaltung bei derartigen Formulierungen, da sie den Gesetzestext ausdehnen und häufig auch zu schwer überschaubaren Regelungen führen können.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bei jeder neuen gesetzlichen Regelung muss geprüft werden, ob sich aus ihr ein Änderungsbedarf für *andere* Regelungen ergibt. Wenn dies der Fall ist, können und sollten diese Folgeänderungen in demselben Gesetzentwurf - am Ende meist in selbstständigen Artikeln - vorgenommen werden. Darüber hinaus muss geprüft werden, ob es Vorschriften gibt, die aufgehoben werden müssen.

Wichtiger Endpunkt eines Gesetzes ist eine klare Regelung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens. Außer bei begünstigenden Gesetzen sollten Gesetze aus rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich *nicht rückwirkend*, sondern nur für die Zukunft in Kraft treten.

# Kanunma

## Almanya ve Baden-Württemberg'deki yöntemi ve uygulaması

*Eberhard Birkert<sup>1</sup>*

### I. Bir Kanunun Gerekliliği

Almanya'da hukuk devleti ilkesi ile Anayasa açısından bir nevi bir kanunun yerine getirilmesi koşulu anlaşılmaktadır. Bu ise, kanun koyucusunun temel normatif alanlarda tüm gerekli kararları tek başına alması gerektiği anlamına gelir. Parlamento, gerekli kararları başka kanunma organlarına bırakamaz, hükümetin eylem ve düzenleme yetkisine (yürütme gücü) de bırakamaz.

Hangi kararların *gerekli olduğu* özellikle temel hakların öneme göre belirlenir. Anayasada Türk Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne benzer şekilde temel haklardan oluşan farklı bir katalog mevcuttur. Bunlar ile devlete karşı vatandaşların özellikle dolaysız hak ve özgürlükleri sağlanır, bunlardan bazıları kanun önünde eşitlik, mülkiyetin korunması, mektup, posta ve telekomünikasyon gizliliği, ev dokunulmazlığı ve düşünce, toplanma, örgütlenme, meslek, din ve

---

<sup>1</sup> Yazar, İdari Yargı hakimiydi ve artık Baden-Württemberg (Stuttgart) Adalet Bakanlığı'nın Üst Düzey Bakanlar Kurulu olarak özellikle Anayasa Hukuku için görevlidir. Bu konferans, kişisel görüşünü yansıtmaktadır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

inanç özgürlüğüdür. Bu tür temel haklar ile ilgili pozisyonlara müdahale etmek gerektiğinde parlamento tarafından kararlaştırılan kanunl bir dayanağa ihtiyaç duyulur. Bu, kanunda yazılı durumların açık bir şekilde saklı tutulduğu bireysel temel hakların metninden çoğunlukla anlaşılmaktadır.

Anayasa da olduğundan farklı olarak bu ilke, Baden-Württemberg'in eyalet Anayasasında açık bir şekilde şu ifadeyle tanımlanmaktadır:

*„Bir kanun veya kanuna dayalı hüküm ile gerekmedikçe veya kabul edilmedikçe hiç kimse bir eyleme, ertelemeye veya katlanmama zorlanamaz“* (Baden-Württemberg'in eyalet Anayasasının 58.maddesi).

Vatandaşların haklarına yapılan müdahalelere ek olarak devletteki organizasyon ve sorumluluklar ile ilgili diğer gerekli kararlarda ve önemli devlet hizmetlerinin sağlanması için gerekli koşulların düzenlenmesinde kanunl dayanaklar gerekmektedir (örn. çocuk yardımı, işsiz ya da sosyal dezavantajlı kişiler için ya da öğrenciler için maddi yardım).

## II. Kanunma Yetkisinin Dağılımı

Almanya federal bir devlettir: Genel devlet „Federasyon“ dan ve 16 hukuken bağımsız federal eyaletten oluşmaktadır. Bu nedenle, kanunma yetkilileri - diğer devlet fonksiyonları gibi - federasyon ile eyaletler arasında bölünmelidir.

İlgili temel kurallar, Anayasa (AY) olan Federal Anayasa'da yer alır. Anayasa, federasyona kanunma yetkisi vermediği sürece AY'nın 70.madde 1.fıkrasında prensip olarak eyaletlerin kanunma hakkına sahip olduğu öngörülür. Anayasada federasyon için birçok somut kanunma yetkileri mevcuttur (özellikle AY'nın 73 ve 74.maddesi). Aslında bu, kanunmanın odak noktasının federasyonda değil de eyaletlerde olmasına neden oluyor. Eyaletlere kalan kanunma yetkilerinin odak noktaları, kültür, mesleki eğitim (özellikle okullar ve yüksekokullar), polis, medya, din ve her bir federal eyaletin iç organizasyonundan oluşmaktadır.

### III. Kanunma Yöntemi

Kanunma yöntemi, federasyon ve eyalet düzeyinde ilgili kanunlar ile belirlenmiştir - federasyon için Anayasa ile eyaletler için toplam 16 eyalet kanunlarından oluşan ilgili eyalet kanunları ile belirlenmiştir. Anayasa, eyalet kanunlarına nispeten geniş bir hareket alanı sunuyor, böylece eyaletlerdeki kanun düzeninin cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devletin *ilkelerine* uygun olması sağlanmaktadır (AY'nın 28.madde 1.fıkra 1.cümlesi). Buradan federasyon ve eyaletlerdeki kanunma yöntemlerinin ayrıntılar açısından farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Bir kanun taslağını parlamento yöntemine dahil etmekle genel olarak - Türk Anayasası'nın 88.maddesine göre olduğu gibi - ilgili hükümet ve belirli sayıdaki milletvekilleri yetkilidir. Federasyonda ek olarak 16 eyaletin temsilcisi olan Eyalet Temsilciler Meclisi, Baden-Württemberg'de ise vatandaşlar da meclise başvurma ve referandum yoluyla (uygulamada henüz gerçekleşmemiştir) kanunma yöntemini dahil etmeye yetkilidir. Parlamentar yöntemde Meclis Genel Kurulu'nda ve her bir ihtisas komisyonunda çeşitli müzakereler yapılır, federal düzeyde Eyalet Temsilciler Meclisi'nde de müzakereler yapılır; İhtisas komisyonlarına genellikle hükümet temsilcileri de katılır ve birliktaşilerin katılımıyla duruşmalar da gerçekleştirilebilir. Çoğu durumda eyaletler, Almanya Federal Parlamento'su tarafından kararlaştırılan kanunları engelleyememekteler, ancak Anayasa istisnai olarak açık bir şekilde eyaletlerin onayını öngördüğünde bunu yapabilirler. Parlamento tarafından kararlaştırılan kanunlar, Federal Cumhurbaşkanı veya ilgili federal eyaletin Başbakanı tarafından düzenlenip Resmi Gazete'de ilan edilir.

### IV. Parlamentar Yöntem Dışındaki Adımlar

Bu ana bölümün başında provokatif bir iddiada bulunmak istiyorum:

*Kanunların çoğu Bakanlıklar'da oluşup genellikle parlamentar yöntem ile daha iyi hale getirilmezler.*

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bu provokatif iddia, parlamentonun küstah bir Bakanlar Kurulu tarafından aşağılanması gibi algılanabilir. Ancak bu iddia, parlamentoya karşı aşağılayıcı değildir. Daha sonra açıklayacağım gibi uzun yıllardır edindiğim tecrübelerime dayanmaktadır.

Bu iddianın *kanunl* arka planı, hem federal düzeyde hem de eyalet düzeyinde ilgili hükümetlerin (Türkiye'deki Bakanlar Kurulu gibi) parlamenter yöntemine kanun taslaklarını dahil etme yetkisine sahip olmalarıdır. Uygulamada kanun taslaklarının çoğunluğu federal veya eyalet hükümetinden gelmektedir, yani yürütme gücünden. Bu nedenle, örneğin 2013 yılında biten Almanya Federal Parlamento'sunun 17.seçim döneminde Almanya Federal Parlamento'sunun kabul ettiği toplam 553 kanundan 434 kanun, yani neredeyse %80'i Federal Hükümet tarafından dahil edilmiştir. Baden-Württemberg'de 14.seçim döneminde (2006'dan 2011'e kadar) Eyalet Parlamentosu'na toplam 180 kanun taslağı dahil edilmiştir, bunun 137'si yani yaklaşık dörtte üçü eyalet hükümeti tarafından dahil edilmiştir.

Bu kanun taslaklarının ardında genellikle federal veya eyalet hükümeti içinde uzun bir süreç yatmaktadır, bu süreç çoğu zaman çeşitli diğer organşasyonlar ve kişiler (bilirkişiler, ilgililer) dahil olmuştur. Bu nedenle, bu „ön süreç“in bakanlar tarafından uygulaması, Almanya'daki kanunmayı tanımlamaktadır. İyi bir kanunma için önemli bir unsurdur. Fakat bir kanun için nihai sorumluluk daima ilgili parlamentoya aittir. Daha sonra incelenmesi sadece bir Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabilir; Anayasa Mahkemesi tarafından bir ön inceleme yapılmaz.

Bakanlıklardaki kanun hazırlığını kendi açımdan aşağıdaki gibi ayrıntılı olarak anlatmak istiyorum:

*İyi kanunlar için alanında uzman yazarlar ve kesin bir durum gerekir!*

Federasyon ve eyaletlerdeki her bir ilgili bakanlık, Almanya'daki tasarruf tedbirlerinden dolayı son yıllarda bu bakan-

lıklarda bazı alanların çıkarılması gerektiği halde, devletin tüm düzenleme ve faaliyet alanları için çeşitli uzmanların bulunduğu (veya bulunması gerektiği) nispeten büyük bir araca sahiptir. Bu söz konusu „Bakanlık Bürokrasi“ si öncelikli olarak partilerin siyasi çıkarlarına değil de - daha sonra kanunların her halukarda eyalet düzeyinde eyaletlerin alt makamları tarafından uygulanması gerektiğinden bakanlıkların kendi çıkarları için bile olsa - teknik açıdan kaliteli iyi kanunlara odaklanmalıdır. Sınırlı kapasite göz önüne alındığında yürütme gücü, kanunl düzenlemelerin hazırlığı ile bağlantılı olarak mutlaka güncel siyasi çoğunluk oranını da göz önünde bulundurmalıdır. Buna bakanlıkları içinde talimat verme hakkına sahip olan bakanlar da dikkat etmektedir.

Belirli kanunl düzenlemeler teknik açıdan en iyi çözüm olsalar bile tüm güncel siyasi, bu çözüme karşı çıkan çoğunluk görüşleri, *en baştan* ilgili planları veya belirli çözümleri ortadan kaldırmaya engel olmamalıdır. Bence uygun görünmediğinde şu ana kadar baskın olan siyasi görüşü iyi, teknik olarak açıklanmış öneriler ile değiştirmekte „Bakanlık Bürokrasi“ sinin görevi olmalıdır. Diğer bakanlıklarda veya Adalet Bakanlığı'nda Anayasal olarak geçersiz olan yeni kanunl düzenlemeler planlansa bile özellikle Adalet Bakanlığı'ndaki hukukçular için aynı durum geçerlidir.

Kanunma planlarının hazırlığında genel olarak şunlara dikkat edilmelidir;

- Anayasal ve Avrupa kanunsına dayalı direktifler, eyalet kanunlarında birincil olarak federal hukuku da,
- düzenleme konusu ve amacının bilirkişiler ve düzenlemelerden potansiyel olarak etkilenenler tarafından değerlendirilmesi,
- Tüm etkilenen azınlıkların koruma ihtiyacı dahil olmak üzere etkilenenler için düzenlemenin sonuçları,
- güncel maddi ve siyasi durumların dikkate alınmasıyla planın fizibilitesi ve

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

- Halkta mevcut olan çoğunluğun ve azınlıkların görüşleri.

Genel olarak bir kanun sadece gerçekten *gerekli* olduğu zaman çıkarılmalıdır. Fransız Anayasa Hukukçusu Montesquieu'ya şu cümle aittir: „*Bir kanunun çıkarılması gerekmiyorsa kanun çıkarmamak gerekir.*“ Bu cümleye tamamen katılabılırım. Ancak hem Avrupa Birliği içinde hem de Almanya'da bu cümle çoğu zaman dikkate alınmamaktadır ve birçok alanda gereksiz yere fazla düzenleme mevcuttur.

Kanunl bir düzenlemenin gerekliliği öncelikle I.maddede kısa bir şekilde açıklanan *Anayasal* nedenler ile gösterilebilir. Ayrıca, düzenleme ihtiyacı şu ana kadar düzenlenmemiş olan yeni yaşam konuları veya yeni teknik gelişmeler ile oluşabilir. Sikanunl iktidarın değişmesinden sonra yeni hükümet ve hükümeti taşıyan partiler tarafından önceki parlamento çoğunluğundan farklı olarak yeni veya başka hedefler takip edildiğinde aynı durum geçerli olur.

Uygulamada en sık rastlanan durum, tamamen *yeni* kanunlar değil de daha önce mevcut kanunl düzenlemelerin değiştirileceği *değişiklik* kanunlarıdır. Bunun nedeni, eski mevzuatın hatalı veya eksik olması veya yargının açık tespit etmesi veya güncel kanun koyucusunun isteğine aykırı olan yorumlarda bulunması olabilir.

Tüm kanunma direktiflerinde diğer kanunlar için zorunlu dolaylı değişikliklerin oluşup oluşmadığı ve mevcut yönetmeliklerin kaldırılıp kaldırılmaması gerektiği kontrol edilmelidir. Bu ise, *bir* kanunda *birden fazla* kanunun değiştirilmesine neden olabilir. Çoğu zaman çerçeve veya madde kanunu şeklindeki bu değişikliklerde tüm değişikliklerin arasında kanunun başlığından da anlaşılması gereken objektif bir bağlantı mevcuttur. Bu nedenle, birbirine bağlı birden fazla kanunun bu tür değişikliği, Türk temsilcilerin toplantısında sürekli „torba kanunsı“ olarak şikayet edilen ve birçok objektif olarak birbirine bağlı olmayan malzemelerin kafa karıştırıcı ve şeffaf olmayan bir şekilde değiştirildiği ve geniş kapsamlı değişikliklerin görünüşe göre çoğu zaman nihai parlamenter oylamaların kısa



süre öncesinde yapıldığı şekil ile karşılaştırılmaz. Bu, somut prosedüre bağlı olarak demokrasi ve hukuk devleti prensibi açısından çok sakıncalı olabilir.

Bir kanunma sürecinin ayrıntılı olarak *nasil* olması gerektiği, birçok direktif, rehber ve kanunma ile ilgili monografide gösterilmektedir. Federal Bakanlıklar tarafından dikkate alınması gereken ve Federal Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan Kanunl Form Kitapçığını (internette <http://hdr.bmj.de> adresi altında yayınlanmıştır), Federal Adalet Bakanlığı'ndaki meslektaşım Dr. Görden makalesinde ayrıntılı olarak anlatmaktadır. Baden-Württemberg için düzenlemelerin geliştirilmesi ile ilgili eyalet hükümetlerinin ve bakanlıkların çok daha kısa bir idari yönetmeliği ([www düzenlemeleri](http://www.landesrecht-bw.de); internette <http://www.landesrecht-bw.de> adresi altında yayınlanmıştır) vardır. Şu anda her iki direktif gözden geçirilmektedir, yeni sürümleri en geç önümüzdeki yıl içinde beklenmektedir. Görünüşe göre Türk Anayasası'nın 88.madde 2.fıkrasının aksine ne Almanya Federal Parlamento'su ne de Baden-Württemberg'in Eyalet Meclisi hükümetin kanunma inisiyatifleri için herhangi bir direktif belirlememiştir, aksine hükümetler tek başına ayrıntıları düzenleyebiliyorlar.

Kanunl düzenlemeler için kanunl sınır Anayasa'dır, eyalet hukukunda eyalet kanunları ve diğer öncelikli federal kanunlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Almanya'da - henüz Türkiye'de yoktur - Avrupa Birliği hukukunun zorunlu şartları da bir sınırdır. Bu nedenle, mevcut öncelikli direktifleri ve bununla ilgili yargıları, Avrupa Hukukunda Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargısını tespit etmek daima ilk görev olmalıdır.

Sosyal alanda veya belirli çıkarların ve değerlerin teşvikinde istenilen ve Anayasal olarak geçerli olan düzenlemeler için sınır, genellikle bunlar için Almanya'da da var olan bütçe kısıtlamaları açısından genellikle mevcut olmayan maddi imkanların gerekmesiyle oluşmaktadır.

Bir kanun planı gerekli olduğunda ilgili ön çalışmalara göre bakanlıklarda öncelikle uzmanlar tarafından taslaklar hazırla-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

nır. Bu durumda daha önce belirtilen kriterler dikkate alınmalıdır. Öngörülen veya sikanunl olarak (öncelikli olarak) istenilen düzenlemerin alternatifleride daima kontrol edilmelidir. Önemli veya karmaşık kanun planlarında genellikle hükümet tarafından bir ön karar verilir.

Genel olarak, özellikle kapsamlı kanun planlarında idari veya (yargıyı ilgilendiren kanunlarda) adli uygulama, dışarıdan gelen bilirkişiler ve planlanan kanundan etkilenen çevrelerin organizasyonları dinlenmeli ve plana dahil edilmelidir, bunlar ilgili Baro, illerin ve belediyelerin veya sendikaların veya diğer mesleki veya çıkar gruplarının dernekleri (NGOlar) olabilir. Gerektiğinde, önemli planlarda bilimsel danışmanlığa başvurulabilir, uzman komisyonları oluşturulabilir veya kamuya açık oturumlar gerçekleştirilebilir; bu, parlamenter süreçte de bir ihtisas komisyonu tarafından başlatılarak mümkündür. Baden-Württemberg’de özellikle internet üzerinden kanun taslaklarının elektronik ortamda yayınlanmasıyla ve bunlara görüş sunulabileceği açık bir şekilde belirtilmesiyle kamuoyu da giderek bilgilendirilmektedir. Ancak gelen, çoğu zaman tartışmalı olan görüşleri, değerlendirmek için harcanan çabaya değer. Çoğunlukla halktan iyi öneriler gelmektedir. Ayrıca, bunların katılımı kanunl düzenlemelerin daha fazla kabul edilmesine neden olabilir.

Bundan, birden fazla bakanlığın bölümü etkileneceği zaman mümkün mertebe erkenden ilgili bakanlıklar arasında ve gerektiğinde bakanlıklar arası çalışma grupları ile hem teknik hem de siyasi seviyede bir oylama yapılmalıdır. Baden-Württemberg’de, devletin görevlerinin özelleştirilmesi dahil olmak üzere deregülasyon ve görev azaltma sorunlarını kontrol eden Eyalet Veri Koruma Sorumlularının ve Eyalet Bürokrasi Azaltma Sorumlularının katılımı daima gereklidir.

Bakanlıklarda da sınırlı sayıda personel ve finansal kaynakların olması ve özellikle siyaset için zamana bağlı ciddi bir baskının gerçekleşmesi için bu teknik hazırlık çalışmaları, uygulamada kısmen sınırlanır. Bu ise, bir kanun için hazırlık çalışmalarının istendiğinin aksine sık sık yeterince iyi yapıl-

mamasına neden olmaktadır. Hazırlık çalışmalarının sonunda kanun taslağı ile takip edilen hedeflerin, sonuçların ve daha sonra kanundan etkilenecek olanların çıkarlarının değerlendirilmesi, ilgili bakanlıkların ve nihai olarak hükümetin ilk görevidir. Bu durumda hukuk devletinin orantılılık ilkesi dikkate alınmalıdır; orantısız ve ilgililer tarafından kabul edilemez sonuçlar meydana gelmemelidir. Uygun gözükken ve siyasi olarak istenilen düzenlemelerden hangisinin Anayasal ve Avrupa kanunlarına dayanan direktiflerin dikkate alınmasıyla kabul edilebilir olduğu veya - bazı kanunl veya siyasi risklerin göze alınmasıyla - savunulabilir olduğu araştırılmalıdır. Risklere dikkat çekmek de ilgili bakanlığın görevidir, Anayasal risklerde ise bu, Adalet Bakanlığı'nın önemli bir görevidir.

Hem federal hem de eyalet düzeyinde hükümet tarafından hazırlanan kanun taslakları genel olarak en az *bir* uzman kurul tarafından kontrol edilir. Baden-Württemberg'de bu kontrol, Adalet ve İçişleri Bakanlığı'nın temsilcisi olan bağımsız Standard Denetim Komitesi ve Eyalet Bürokrasi Azaltma Sorumluları tarafından gerçekleşir. Bu durumda, daha önce belirtilen VwV düzenlemelerine göre düzenleme taslaklarının resmi gereksinimlere uygun olup olmadıkları kontrol edilir. Aynı zamanda, düzenlemelerin gerekliliği en azından kesin olarak açıklanıp açıklanmadığı ve bunun yanında hükümet için hangi sonuçların doğacağı ve bu düzenlemelerin ekonomik, çevresel ve sosyal koşulları nasıl etkileyeceği (düzenleme sonuçları ve sürdürülebilirlik kontrolü) kontrol edilir. Bu kontroller de daha iyi bir kanunma içindir.

En azından daha büyük ve önemli kanun planlarında ara adım olarak kanun taslağı hakkında hükümet tarafından bir ön karar verilir ve bu karara - internet üzerinden kamuya açık oturum için de - izin verilir. Bu, yetkili uzman departmanı tarafından yürütülmektedir. Daha sonra bu departman, gelen görüşleri değerlendirip hükümete onaylanması için nihai taslağı sunar. Hükümet, tüm riskleri nihai olarak ölçüp değerlendirir.

Uygulamada hükümet taslakları, en geç nihai olarak kararlaştırılmalarından ve parlamentoya dahil edilmelerinden

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

önce genellikle hükümet partileri ile koordine edilirler ve hatta bunlar tarafından onaylanmaları için sunulurlar. Almanya'da genellikle mutlak çoğunluk sağlanamadığından çoğunlukla iki veya üç parti bir Koalisyon Hükümeti oluştururlar - genellikle sadece kendi partileri ile bir ön oylama gerçekleşir. Böyle bir „siyasi diyalog“, önemli ve siyasi olarak yararlı olabilir ve kanun taslağının parlamentoda ilgili bir çoğunluğa ulaşmasını sağlayabilir. Kuvvetlerin ayırımı açısından (Almanya'da çok katı bir şekilde uygulanmıyor) bu uygulamayı aynı zamanda kritik olarak değerlendiriyorum ve bu oylamanın abartılması gerekir. Ayrıca bu vesileyle hükümet, bazı durumlarda kanunma inisiyatif yetkisinden dolayı ve önemli soruların parlamentoda muhalefetin katılımıyla yorumlanmasından elde edeceği eylem ve hareket alanı seçenekleri de sunabilir.

Kanun taslaklarının parlamentoya dahil edilmesinden sonra genel kurul ve ihtisas komisyonları içinde bu taslakların tartışılması ve genel kurulda son olarak oylanmaları ile daha önce belirtilen parlamenter süreç başlar. Uygulamada sık sık olduğu gibi milletvekilleri de değişiklik taleplerinde bulunabilirler. Hükümet veya parlamento dışındaki diğer aktörler kendilerine ait değişiklik taleplerinde bulunamazlar. Ancak hükümetin kendisi tarafından hazırlanan değişiklik taleplerini hükümet partilerinin milletvekilleri üzerinden sürece dahil ettirme imkanı vardır.

Asıl taslağın değiştirilmesine neden olan siyasi uzlaşmalar çoğu zaman parlamento da yapılır. Bir yandan bu, parlamentodaki görüşmelerin amacıdır. Ayrıca bu, daha fazla kabule ve toplamda „daha iyi“ bir kanuna neden olabilir. Diğer yandan uygulama gösteriyor ki, kanun planları böylece sulandırılabilir ve bazen kısa süre öncesinde kanuna, sonuçları önceden tahmin edilemeyen, kanun sistemi ile uyumlu olmayan ve çelişkili düzenlemelere ve daha sonra yorumlama zorluklarına neden olabilen kısmı düzenlemeler dahil ediliyor. Bu durumlarda bir kanun düzeltilmekten ziyade kötüleştirilir. Bu ise, bu bölümün başındaki provokatif iddiamın nedenidir.

## V. "İyi" kanunlar için pratik ipuçları

Bu son bölümde bazı resmi ve içerik ile ilgili öneriler özet halinde gösterilmektedir:

Bir kanun taslağının yapısı üç bölümden oluşmaktadır:

- Başlangıçta bir ila iki sayfalık bir „ön sayfa“da önemli hedefler, içerikler ve sonuçlar (özellikle de devlet ve vatandaşlar için masraflar) özet halinde gösterilmektedir.
- İkinci bölümde asıl kanunl düzenleme vardır. Bu düzenleme, ya eksiksiz yeni bir kanun ya da bir veya birden fazla kanunun değişikliği olabilir.
- Üçüncü bölümde çoğu zaman *tüm* kanun planları için „genel bir gerekçe“ye ve her bir yönetmelik için bir gerekçeye bölünen farklılaştırılmış bir gerekçe vardır. Bu gerekçe, kanunun daha sonraki yorumu için önemli olup bu nedenle dikkatli bir şekilde yapılmalıdır.

Kanun içeriği - ceza hukukunda daha katı şekilde - mümkün mertebe açık ve net oluşturulup en azından muhataplar için anlaşılır şekilde olmalıdır. Ancak uygulamada bu çoğu zaman gerçekleşmemektedir. Bunun nedeni ise, uzmanların kendi mesleki dillerini kullanmaları olabilir. Bu genellikle engellenememektedir. Fakat bu, prensip olarak vatandaşlar için iyi bir yöntem değildir. Bir mesleki terim kanun metninde kısaca tanımlandığında veya kanun gerekçesinde açıklandığında düzenlemenin anlaşılabilmesi kolaylaştırılabilir.

*Saçma kanunlar iyi kanunlar değildir!*

Kanunlarda sadece gerçekten bir şeyleri *düzenleyen* yönetmelikler olmalıdır. Kanun koyucusunun uzun vadeli hedefleri, düzenleme metninde mutlaka çok kısa bir şekilde - kanunun başında - özetlenerek gösterilmelidir. Ayrıntılar ise gerekçede belirtilmelidir.

Düzenlenebilecek her şeyin düzenlenmesi *zorunlu* değildir. Avrupa Birliği ve Almanya'daki kanun koyucuları genellikle

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

le son teorik ayrıntıları da düzenlemeye eğilimlidirler. Bu ise çok kafa karıştırıcı düzenlemelere neden olabilir. Hayat çoğu zaman kanun koyucusundan daha yaratıcıdır. Fazla ayrıntı, bir ayrıntının gözden kaçmasına ve bu konunun *genel* terimler kapsamına girmemesine neden olabilir. Bu nedenle, parlamento kanununda sadece *gerekli* hususların düzenlenmesi ve diğer ayrıntıların düzenlenmesi için yürütme gücünün yetkilendirilmesi yararlı olabilir (AY'nın 80.madde 1.fıkrasına, Baden-Württemberg Eyalet Kanunu'nun 61.madde 1.fıkrasına bakınız; Türk Anayasası'nın 91.maddesi ile benzerdir). Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, düzenlemelerin artmasına neden olan ve daima zorlayıcı gözükmeyen, doğrudan kanun koyucusu tarafından son derece farklılaştırılmış düzenlemeler talep etmektedir. Sonrasında boşluklar veya eksiklikler tespit edilirse kanunu ileriye dönük değiştirmek her zaman mümkündür. Bunun dışında, kanunlarda öngörülebilir bir şekilde sık değiştirilmesi gereken yönetmelikler mümkün mertebe olmamalıdır.

Bir kanun içindeki referanslar yararlı olup kısaltmalara neden olurlar. *Diğer* kanunlara yapılan atıflar daha kısa düzenlemelere neden olsalar da, daima atıfta bulunulan düzenlemenin ek olarak kullanılması gerektiğinden ilgili düzenleme her zaman kendiliğinden anlaşılabilir şekilde değildir. Bu nedenle, dış referanslardan vazgeçmek kullanıcılar için daha kolay olabilir.

Sorumluluklar ve yetkiler açık ve net bir şekilde düzenlenmelidir. Bir kanunun uygulanması, basit, ekonomik, hızlı ve şeffaf idari yöntemler ile gerçekleşmelidir. Baden-Württemberg'de yöntemlerin vatandaşların yararına elektronik olarak internet üzerinden gerçekleştirilmesine giderek dikkat edilmektedir.

İlgililer için gereksiz engeller ve gereksiz maliyetler oluşmalıdır. Standartların belirlenmesi gerekiyorsa, bunların gerçekten gerekli olup olmadığı kontrol edilmelidir.

Dil açısından her bir paragraf açık, anlaşılır ve kısa olmalıdır. Her bir cümle de mümkün mertebe kısa ve net olmalıdır. Pren-

şip olarak her cümlede sadece *bir* ifade olmalıdır. Muhataplar için anlaşılır olmayan kısaltmalardan, eski formülasyonlardan, yabancı kelimelerden ve mesleki terimlerden kaçınılmalıdır. Bir kanun sistematik ve mantıksal bir şekilde yapılandırılmalıdır ve kısa ancak anlamlı başlıklar içermelidir.

Her bir düzenlemenin herhangi bir kısıtlama olmaksızın zorunlu hale getirilmesi gerekip gerekmediği, yetkili makamlara ve diğer kanunl uygulayıcılara karar verme imkanı verilip verilmeyeceği ve istisnaların mümkün olması gerekip gerekmediği anlaşılmalıdır.

Kanundaki aynı terimler için özellikle de değişiklik kanunlarında aynı kelimelerin ve farklı terimler için farklı kelimelerin kullanılması önemlidir. Bu bize normalmiş gibi geliyor. Ancak uygulamadaki tecrübem, birçok kanun taslağında buna dikkat edilmediğini ve özellikle değişikliklerde de ancak parlamenter süreçte buna dikkat edildiğini göstermektedir. Aynı konular veya terimler için *farklı* kelimelerin kullanılması uygulamada gereksiz şüphelere neden olabilir. Farklı kanunlarda benzer konular düzenlendiğinde aynı durum geçerli olur: bu durumda da aynı terimlerin kullanılmasına dikkat edilmelidir.

Formülasyondan beklenen açıklık, bazı durumlarda maa- lesef siyasi anlaşmazlığın kurbanı olmaktadır. Bu ise, kanun metninde nispi, yorumlanması gereken formülasyonların kullanılmasına neden olabilir. Bu tür formül uzlaşmalarında *yargı* tartışmalı sorunu çözmelidir. Bu bağlamda, kanun koyucusu önemli konuları *tek başına* çözüme görevini yerine getirmemektedir.

Hem federal hem de eyalet düzeyinde kadın ve erkekler arasındaki eşitliğin hukuk dilinde de ifade edilmesine giderek dikkat edilmektedir. Bu nedenle, Almanca dilinde çoğu „erkek“ tanımlarından (örn. başvuru sahibi, avukat, profesör (erkek)) kaçınılmalı ve mümkün mertebe cinsiyet açısından nötr olan formülasyonlar kullanılmalıdır; ancak bu formülasyonlar çoğu zaman güzel olmayan, karmaşık ve kafa karıştırıcı düzenlemelere neden olabilir. Bunun dışında, kanun dilinde dişil ve

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

eril kişisel isimlerin - çift formülasyonlar - kullanılması eşitlik açısından yararlı olabilir, örneğin avukat (kadın) veya avukat (erkek). Daha çok, kanun metnini genişlettiklerinden ve genellikle zor anlaşılan düzenlemelere neden olabildiklerinden bu tür formülasyonlardan kaçınılmasını öneriyorum.

Her bir yeni kanunl düzenlemede *diğer* düzenlemeler için bir değişiklik ihtiyacının oluşup oluşmadığı kontrol edilmelidir. Değiştirilmesi gereken bir düzenlemenin olması halinde, bu dolaylı değişiklikler aynı kanun taslağında - sonunda genellikle ayrı maddelerde - yapılmalıdır. Bunun dışında, kaldırılması gereken yönetmeliklerin olup olmadığı kontrol edilmelidir.

Bir kanunun önemli son noktası, kanunun meydana gelme zamanının açık bir şekilde düzenlenmesidir. Uygun kanunlar dışındaki kanunlar, hukuk devletine dayanan nedenlerden dolayı genellikle *geriye dönük değil* de sadece gelecek için kesinleşmelidirler.



**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)**- Sayın Birkert'e çok teşekkür ediyoruz. Kanunların özellikle ileriye dönük yapılmasını, anlaşılır olması gerektiğini gerçekten ihtiyaç olunması gerektiğini çok ciddi farklı açılardan kontrole tabi tutulması gerektiğini, tabi ki kanunlar değişilir ama çok sıklıkla keyfilikle değiştirilmemesi gerektiğini, gerekçenin gerçekten gerekçe fonksiyonu görmesini, norm kontrolü veya normun nedenini açıklamasın ama bir Truva atı gibi başka madde metninde olmayanların gerekçede de olmaması gerektiğini ve yine uygulamadaki sorunların da dikkate alınması gerektiğini, yapılırken çok farklı toplum kesimlerinin de görüşlerinin dikkate alınması gerektiğini ve Almanya'da ki kendi bulunduğu Baden Württemberg Heyetinden soruna değinerek başka partilerinde farklı bir partinin engellemesine takılmaksızın kendi görüşünün tartışılmak üzere kanun tasarısı ve teklifi olarak parlamentoya getirebilmesinin gerekli olduğunun altını çizdiği için çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi sırada İtalya var. Değerli kardeşimiz Francesco bize hukuk normlarının veya kurallarının zayıflığı olarak kanunlardaki aşırılığı veya aşırı kanunlara değinecek. Aslında iyi bir örnek İtalya hem kısmi mevzuatımızı daha önce İtalya'dan alınması ama daha çokta Roma Hukukunun kökeni olan bir devlet daha sonra Roma Cermen alıştığı ve Türkiye'nin yüzyıllardır dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde bu konularla ilgilenen bir Romanistin ağzından bizim bunu duymamız damıtılmış belki Kara Avrupası ilkeleriyle nezdinde değerlendirmeleri bize ışıık tutacaktır. Söz Francesco'da;



*CORRUPTISSIMA REPUBLICA PLURIMAE LEGES*

**EIN ÜBERMASS AN GESETZEN FÜHRT ZUR  
SCHWÄCHE DES RECHTS**

*Prof. Dr. Francesco Lucrezi  
Universität von Salerno*

Ich bedanke mich herzlich bei den Veranstalter, und insbesondere bei meinem lieben Freund Professor Yener Unver, für die Einladung an dieses wichtiges internationales Symposium. Es ist wirklich eine Ehre für mich, hier zu sein und zu reden, und ich hoffe sehr, einen kleinen nützlichen Beitrag geben zu können.

Mit dem Ausdruck, der bald berühmt geworden ist, *Corruptissima re publica plurimae leges* (Annales 3.27) hat Tacitus, mit der ihm eigenen rhetorischen Fähigkeit der Konzentration auf das Wesentliche, das Risiko zusammengefasst, das für die staatliche Ordnung in einem enormen Zuwachs an Gesetzen liegt, indem allein durch das blosse Vorhandensein zuvieler Gesetze deren Unfähigkeit und Nutzlosigkeit deutlich wird.

Rom hingegen, so fährt der Historiker fort, gab einen großen Beweis seiner Reife, im Blick auf Gleichheit und Recht, durch das Zwölf Tafelgesetz, in dem die Decemviri die besten aller erlassenen Gesetze sammelten. So sicherten sie dem Volk Einheit und Gerechtigkeit zu. Sie reichten auch aus, den sozi-

alen Frieden auch in den Zeiten danach zu garantieren. Leider wurde ihre Bedeutung durch weitere später erlassene Gesetze verdunkelt. Gesetze für die es gar keine rechtliche Notwendigkeit gegeben hat. Der Grund ihres Entstehens bestand allein in politischen Streitereien und Machtkämpfen: „Die anschließenden Gesetze, soweit sie erlassen wurden um Täter und deren kriminelle Machenschaften zu treffen, wurden in den meisten Fällen aus Gründen sozialer Konflikte durchgedrückt, um ungesetzliche Machtpositionen zu erreichen, oder um bekannte Persönlichkeiten der Politik aus niedrigen Beweggründen auszuschalten. Von hier aus lassen sich die Vorgänge um die Gracchen und Saturninier als Aufwiegler des Volkes verstehen, wie auch Drusus, der im Namen des Senats nicht weniger zu Zugeständnissen bereit gewesen ist. Von hier sind auch die Enttäuschungen der Verbündeten zu verstehen, die sich um ihre Hoffnungen betrogen sahen, auch durch die Gegenstimmen der Opposition. Nicht einmal während der italischen Kriege und dem darauffolgenden Bürgerkrieg stellte man den Erlass weiterer und sich widersprechender Gesetze ein...“

Die schlechte Praxis wurde von Silla eingestellt, „welcher der Gesetzesproduktion dadurch ein Ende machte, dass er vorhandene Gesetze abschaffte oder umwandelte.“ Doch handelte es sich dabei nur um eine oberflächliche und vorübergehende Unterbrechung: „Bald gewannen die aufrührerischen Vorschläge des Lepidus die Oberhand, und bald darauf auch die Erlaubnis, die den Tribunalen eingeräumt wurde, das Volk jeweils gemäß den eigenen Zielen aufzustacheln. Inzwischen zielten die Prinzipien, die sich in den Prozessen durchgesetzt hatten, nicht mehr auf ein Gemeinwohl, sondern darauf, den Einzelnen zu treffen.“ Darum kann man sagen „*corruptissima re publica plurimae leges*“.

So wie die Gesetzesvermehrung ein Zeichen für Schwäche, Dekadenz und Korruption ist, so ist die eingeschränkte Zahl von Gesetzen ein Zeichen der Stärke. Die Vitalität des römischen Rechts liegt bekanntlich nicht in seinem apodiktischen Charakter, sondern dass es auf der konkreten Erfahrung be-

ruht, sich daher ständig im Wandel befand, als dauerhaft kritisch gegenüber der Erfahrung, Hervorbringung und Ausarbeitung. Nicht *lex*, Kommando, sondern *ars*, Kunst („*ars boni et aequi*“, wie von Celsus zu Beginn der *Digesta* [1.1] erinnert wird), dessen freie Wissenschaft, die *iuris prudentia*, nur schwer die strengen Fesseln der Normen verträgt<sup>1</sup>.

Die *lex publica*, das von dem Volk erlassen wird („*quod populus iubet atque constituit*“ [Gai 1.3], dessen „*omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*“ (Cic., *pro Cluent.* 53.146), ist deshalb eine der Quellen der *iura populi Romani*, wie Gaius schreibt, aber nicht die einzige<sup>2</sup>. Sie (die *lex publica*) wirkt, zusammen mit den Edikten der Magistraten, den *consulta* des Senats, den *responsa* der Weisen, *prudentes*, der Wille des Kaisers (*constitutiones principum*), zu der vielfältigen Harmonie des Rechtssystems. Es gelingt ihr dies um so mehr, je mehr sie erkannt wird als inspirierendes und begründendes Prinzip, auf Ewigkeit hin und Unveränderlichkeit hin angelegt.

Es ist nicht normal, dass ein neues Gesetz das entsprechende alte ersetzt. Das wird besonders deutlich an der einzigartigen Institution der *sanctio*, jener Klausel, die auf die Verantwortlichkeit jenes pochte, der um einem neuen Gesetz zu gehorchen, ein bestehendes übertreten hatte<sup>3</sup>. Das alte Gesetz war vielleicht nicht mehr anwendbar, es war aber dadurch nicht abgeschafft.

Nachdem Rom zu einem nationübergreifenden *Imperium* geworden war, versuchte sich die *voluntas principis* (die „*legis vicem optinet*“ [Gai 1.5], „*pro lege servetur*“ [Pomp. D. 1.2.2.11], „*legis habet vigorem*“ [Ulp. D. 1.4.1pr. = *Iust. Inst.* 1.2.6], d.h. „wie das Gesetz mächtig ist“, obwohl sie noch kein wirkliches Gesetz ist“) selbstverständlich als erste und vornehmste Quelle

<sup>1</sup> Vrg. F.M. d’Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, III Aufl., Napoli 2102, 103ff.

<sup>2</sup> Vrg. d’Ippolito, Lucrezi, *Profilo* 210ff.

<sup>3</sup> Vrg. d’Ippolito, Lucrezi, *Profilo* 211; Lucrezi, „*Leges super principem*“. *La monarchia costituzionale di Vespasiano*, Napoli 1982, 150ff.

des Gesetzes aufzudrängen<sup>4</sup>. Aber solche Versuche sind über drei Jahrhunderte lang starken Gegenkräften ausgesetzt, so dass das vom Volk ausgehende Gesetzeswerk als Barriere gegenüber den monarchischen Tendenzen erfolgreich fungierte.

Erst als sich das autokratische System erfolgreich durchgesetzt hatte, der Imperator zum absoluten Herrscher und Stellvertreter des einzigen Gottes auf Erden geworden war, konnten die Gesetze des Herrschers kraft ihrer deckenden Macht alle übrigen Quellen des Rechts zuschütten. Die unmittelbare Folge war die exponentielle Vervielfältigung der erlassenen Gesetze, dies nun nicht aus Anstrengungen, oberste Gründe zu formulieren, sondern als spezifische und detaillierte Anordnungen zu formulieren, die jedweden Aspekt des öffentlichen und privaten Lebens regulieren sollten. Zu diesem Zeitpunkt befinden wir uns schon zu Beginn des Mittelalters<sup>5</sup>.

Einen ganz ähnlichen Gedanken wie den des Tacitus drückt eine sehr bekannte und oft zitierte Stelle aus dem Roman Alessandro Manzoni - „I promessi sposi“, Die Verlobten - aus. Es findet sich im ersten Kapitel des Romans, in dem der Autor die zahllosen Bekanntmachungen und Anordnungen aufzählt, die zwischen dem Ende des 16. Jahrhunderts und dem Beginn des 17. Jahrhunderts vom Fürsten der Lombardei erlassen worden sind, um die Aktivitäten der sogenannten „Bravi“ zu unterbinden. Das waren Söldner ohne Skrupel, die ihre Dienste lokalen Herrschern für deren illegalen Unternehmungen anboten: die Ankündigungen gegen die Bravi wurden in rascher Folge in immer schärferer Tonart erlassen. Doch gerade die Tatsache, dass sich diese Anordnungen so sehr vermehrten, und dabei immer denselben Inhalt hatten, zeigte unübersehbar ihre Schwäche und zugleich die Abwesenheit einer öffentlichen Ordnung, die ihnen Respekt zu verschaffen wusste<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vrg. d'Ippolito, Lucrezi, Profilo 216ff.; Lucrezi, „Leges super principem“ 150ff.; Ders., Al di sopra e al di sotto delle leggi, in Sodalitas. Scritti Guarino, Napoli 1984, 683ss.

<sup>5</sup> Vrg. d'Ippolito, Lucrezi, Profilo 229ff.

<sup>6</sup> Vrg. F. Lucrezi, A.M. Troncone, Il gruppo e lo stato, in Il tetto (1983) 184ff.

An der französischen und amerikanischen Revolution zerbricht die Überzeugung, dass die staatliche Souveränität per definitionem gerecht und legitim sei, dass das Recht vom Herrscher auszugehen habe, der die irdische Verkörperung der göttlichen Gerechtigkeit darstellte. Doch ab jetzt ist das Gesetz, das vom Volk als dem neuen Souverän ausgeht, die Grundlage des modernen Staates: in der französischen Verfassung von 1795, in Artikel 5, der die Erklärung der Pflichten beinhaltet, wird versichert, dass „niemand ein guter Mensch zu nennen sei, wenn er sich nicht als Freier und Religiöser unter die Gesetze stelle“<sup>7</sup>. Um jedoch gegenüber einem religiösen Gesetz, wie den Zehn Geboten, bestehen zu können, müssen die menschlichen Gesetze - wie jene - klar, verständlich und bestimmt sein. Schließlich müssen sie Definitionen von festen und dauerhaften Prinzipien enthalten, geeignet in der Zeit zu bestehen: „Die Gesetze haben das Recht darauf, alt zu werden“, schrieb einer der Väter des Code Napoleon<sup>8</sup>.

Damit dies geschehe, müssen sie immer dieselben bleiben, ohne dass sie ständig durch neue Normen ersetzt werden. Bezeichnenderweise kennt die amerikanische Verfassung nur „Ergänzungen“, keine neuen Artikel, weil sich ihr Text als ewig und unveränderlich versteht, ganz entsprechend wie das Zwölf-Tafelgesetz oder die beiden Tafeln der Zehn Gebote.

Diese Auffassung wird allerdings im 19. Jahrhundert verworfen, in dem sich neue Nationalstaaten bilden, die sich auf unterschiedliche und von einander getrennte Quellen der Souveränität gründen. Es bilden sich verschiedene Staaten-Nationen, jede durch das jeweilige eigene Volk, durch eigene Institutionen, und eigene Gesetze charakterisiert, die in verschiedenen Gesetzbüchern gesammelt werden.

Zur Zeit ihrer Kodifizierung stellen die Gesetze das juridische Patrimonium des Staates dar, sein ‚soziales Kapital‘, wo-

---

<sup>7</sup> F.P. Casavola, *Legalità*, in Ders., *Tornare alle radici. Per la ricostruzione delle basi della democrazia*, Assisi 2014, 41.

<sup>8</sup> Vrg. Casavola, in 1948-2008. 60° anniversario della Costituzione italiana, Napoli 2008, 19.

bei eine übermäßig hohe Zahl zugleich die innere Armut und Schwäche der Nation verrät. Die Codices und die Sammlungen der gesetzlichen Bestimmungen werden, genauso wie das Volk, das Territorium, das Heer zum Hinweis auf die Macht und die Autorität, hinsichtlich ihrer Vollendung und Festigkeit. Die nationalen Parlamente arbeiten auf Hochtouren, wie in Berlin so in Rom, Paris oder Wien, doch der Ausspruch des Tacitus wird in die Geschichtsbücher verbannt.

Nach der tragischen Erfahrung des großen Krieges, der faschistischen Diktaturen und des zweiten Weltkriegs - in dessen Mitte die grauenvolle Erfahrung der Shoah stand - wurden die von den Tyrannen geschlossenen Parlamente wieder geöffnet. Jetzt wurde wieder von den neuen demokratischen Verfassungen Europas, in Übereinstimmung mit der Erklärung der Menschenrechte des Jahres 1948, gegen jede Gefahr von wiedererstarkende Diktatur, die Macht der Gesetze im Sinne von Volkes Stimme ins Zentrum der zivilen Ordnung gestellt. Aus ihm sollte die freie repräsentative Versammlung hervorgehen, von freien Bürgern bei allgemeinem Stimmrecht gewählt.

Bekanntlich wurde in Italien ein Parlament ins Leben gerufen, das auf dem Fundament des sogenannten perfekten Zweikammersystem beruhte - welche zur Zeit Gegenstand einer Verfassungsänderung ist - mit anderen Worten: mit zwei mit gleicher Machtfülle ausgestatteten Abgeordnetenhäusern. In Rivalität des einen gegen das andere , Tag für Tag, Jahr für Jahr, erlässt jede Kammer für sich immer mehr neue Gesetze, zu jeder Art von Argument und zu jedem möglichen Anwendungsfeld: für den Bereich der Verfassung, des zivilen Lebens, im Bereich des Strafrechts, in Fragen des Verfahrens, der Verwaltung und der Besteuerung.

Die abnorme Intensität und Produktivität des Gesetzgebungsprozesses in Italien, im Vergleich etwa zu anderen europäischen Staaten, und hier besonders in den ersten vierzig Jahren der Geschichte der Republik, ist besonders bestimmt durch die politische Situation, deren Kennzeichen die starke Präsenz der Kommunistischen Partei war, sowohl in der Bevölkerung



als auch unter den Wählern, bei denen sie im Jahre 1976 eine Wählerquote von 34% erreichte. Aber die Fülle der Gesetze diente nicht etwa der Beruhigung der gemäßigten Wählerschaft, oder um ein System von Bündnissen zu ermöglichen, um den Zugang jener an die Macht zu blockieren - höchstens geschah dies auf lokaler Ebene -, wo man von der *conventio ad excludendum* sprach oder vom Faktor „K“ (K wie in Kommunismus) was dem Versuch einer „blockierten Demokratie“ entsprach. Unter diesen Umständen hat die Kommunistische Partei, obgleich sie weit von den Parlamenten entfernt war, doch einen großen Beitrag zur Vermehrung der Gesetze gerade in Blick auf die Arbeit der Parlamente geleistet.

Besonders die Mehrheitsparteien, darunter im besonderen die Christlichen Demokraten als gemäßigte und katholische Partei, fanden es bequem, die Opposition in den gesetzgebenden Prozess mit einzubeziehen, um auf diese Weise den sozialen Frieden zu garantieren und um ein Ventil für die breiten Massen zu öffnen<sup>9</sup>.

Das Gesetze-Erlassen wurde so im Grunde ein Instrument der Auseinandersetzung, der Bekämpfung und der politischen Übereinkunft. Der Erlass immer neuer Gesetze - von denen einige ganz erhebliche soziale Bedeutung hatten im Blick auf das Gesundheitswesen, auf die Arbeit, auf die Vorsorge - wurde zum Spiegel und Thermometer eine sich ständig wandelnden Gleichgewichts der Machtverhältnisse zwischen den Parteien als auch der Gewichtsverhältnisse innerhalb der Parteien (das gilt besonders im Blick auf die „Strömungen“ innerhalb der Christlichen Demokraten, bei denen sich tatsächlich und wirkliche Parteien innerhalb der Partei handelte). Italien wurde zu einer Art dauerhaftem Laboratorium, in dem eine komplexe und rauchende alchimistische Politik entwickelt wurde, welche von den ausländischen Beobachtern oft kaum zu analysieren waren. Sie wurden zu kurzen, bisweilen feinen, bisweilen

---

<sup>9</sup> Vrg. V. Coccozza, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, 5<sup>e</sup> Aufl. Napoli 2010, 76f.

wortfetzenartigen Begriffen zusammen gefasst wie „equilibri più avanzati“ („fortgeschrittene Gleichgewichte“), „convergenze parallele“ (parallele Übereinkünfte“), „non sfiducia“ („nicht misstrauen“), „compromesso storico“ („historischer Kompromiss“), „consociativismo“ („gemeingemeinschaftlich“) undsoweiter.

Die Zahl der Gesetze - allererstes Produkt des Labors - stieg ständig an (man hat sie einmal, am Ende voriges Jahrhunderts, auf 50.000 bestimmt, und „Se 50.000 vi sembran poche“, „wenn Euch 50.000 zu wenig scheint“, ist der Titel eines lustigen juristischen Buches<sup>10</sup>), ganz wie die Bedeutung des Parlaments ständig anstieg als Zentrum des täglichen Lebens - ganz im Unterschied zur Autorität der Regierung, die die Gefangene der verschiedenen Parteien und ihrer inneren Strömungen war - und, wie zu Zeiten des Tacitus und der „Promessi sposi“, wegen der Wirksamkeit und Autorität der Gesetze selbst, die immer als provisorisch und vorläufig angesehen waren, da sie bald wieder von neuen Normen ersetzt werden konnte, stets im Namen und mit dem Vorwand eines ständigen sozialen Fortschritts.

In den achtziger Jahren bildete sich eine gewisse Stimmung gegen die ständigen parlamentarischen Vermittlungen und die übermäßige Gesetzesproduktion heraus. Die Gründe dafür waren vielfältig. Da war einmal die veränderte internationale Situation, der kalte Krieg verlangsamte sich, die Angst vorm Kommunismus schwand, die Christlichen Demokraten verloren an Einfluss, neue vermittelnden Kräfte traten auf, nicht kirchliche und sozialistische. Dazu kam eine allgemeine Ermüdung und der Wunsch nach Änderung der öffentlichen Meinung. All das führte zu eine Bestätigung der sogenannten „Delegificazione“, „Entgesetzlichung“.

Der erste Schritt in diese Richtung bestand im Gesetz 400 aus dem Jahr 1988, welches in Artikel 7, Ansatz zwei vorsah,

---

<sup>10</sup> M. Ainis, Milano 1999.

dass die primäre Quelle durch eine sekundäre Quelle ersetzt werden konnte<sup>11</sup>. Dieses Gesetz bestimmte, dass die Regierung Dekrete erlassen konnte (sekundäre Quellen) um Bestimmungen über solche Bereiche zu formulieren, die bisher durch ein Gesetz geregelt wurden (primäre Quellen)<sup>12</sup>. Diese wurden dadurch außer Kraft gesetzt und abgeschafft. Mit diesem Gesetz ging man daran, in das Verhältnis von Gesetz und Verordnung einzugreifen, indem man eine andere Aufteilung der Grenzen vornahm, die das eine vom anderen trennen (Cocozza), indem man das eine ausweitete und das andere schmälerete, wodurch man das Tor öffnete für weitere Eingriffe in diesem Feld (zum Beispiel die Gesetze Nummer 537/1993, Nummer 59/1997 - welche Maßnahmen eingeführt hat, Gesetze in jährlichem Rhythmus außer Kraft zu setzen, wie das Finanzgesetz und das EU-Gesetz -, Nummer 50/1999, die gesetzgeberischen Dekrete 80/1988, 399/1999 undsoweiter<sup>13</sup>).

Diese Normen wurden auf einem verfassungsmäßigen Feld aktiv, auf dem die gesetzgeberische Initiative bei den Kammern liegt (art.70), während die Regierung nicht auf eigene Initiative hin tätig werden kann um Dekrete zu erlassen, die den Wert des gewöhnlichen Rechtes haben, „außer in Fällen der Notwendigkeit oder Dringlichkeit“ (art. 77). Für einige Bereiche bedeutet die Stabilität der Verfassung eine sogenannte „Gesetzesreserve“, beziehungsweise das Prinzip, nach dem diese nicht nach anderen Maßnahmen behandelt werden können, die kein Gesetz sind.

Die Verträglichkeit der Maßnahmen der Entgesetzlichung mit diesen Verfassungsprinzipien hat verschiedene und begründete Verwunderung ausgelöst, zum Beispiel in Bezug auf eine mögliche Verletzung des Prinzips der „Gesetzesreserve“

---

<sup>11</sup> Vrg. Cocozza 76ff.; E. Longo, L'uso dei regolamenti di delegificazione in materia di organizzazione dei ministeri: un esame della prassi, in Osservatorio sulle fonti 2010, 3.

<sup>12</sup> Cocozza 50.

<sup>13</sup> Vrg. G. Demuro, La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza, in Osservatorio sulle fonti 1999, 194ff.; Longo 4ff.; Cocozza 110.

(weil den Regolamenten eine Eingriffsmacht zugeschrieben würde, die tatsächlich dem Gesetzgeber vorbehalten wäre) oder in Bezug auf die oft diskutierte Verbindung der regierungsbezogenen Gesetzesdekrete der Entgesetzlichung mit Situationen außergewöhnlicher Notwendigkeit und Dringlichkeit, wie sie Artikel 77 der Verfassung festschreibt<sup>14</sup>.

Oftmals ist auch eingewendet worden, wie, da das Gesetz 400/88 auferlegt, die Normen zur Abschaffung und Ersetzung seien ausdrücklich im Gesetz zur Entgesetzlichung niederzulegen, so seien die entsprechenden Bestimmungen - aus dem einen oder anderen inneren Grund - auf unsichere und annähernde Weise angewendet worden (bis hin zu dem Exzess einer Art „stillschweigender Abschaffung“<sup>15</sup>, die auf diese Weise de facto dem entsprechenden Regulierung d.h. der Regierung zugeschrieben wurde<sup>16</sup>, in einer offensichtlichen Gewalttätigkeit der gesetzlichen Vorschriften, auch wenn es sich dabei praktisch nur um den „Consiglio di Stato“ (höchste Verwaltungsgericht) handelte<sup>17</sup>.

Abgesehen von diesen Problemen formaler Art, können keine Zweifel darüber bestehen, dass die Entgesetzlichung in das Normen bestimmte Gewebe des Staates eingedrungen ist, indem es zu entscheidende Konsequenzen auf der Ebene der gesetzgeberischen Maßnahmen und Regulierungen und dem Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Kräften des Staates geführt hat.

Um sagen zu können, in welchem Maß die Entgesetzlichung ein insgesamt positives Phänomen dargestellt hat oder darstellt, ist es nötig, an die Motive zu erinnern, die ihr zugrunde lagen. Das waren vornehmlich zwei:

---

<sup>14</sup> Vrg. Coccozza 61, Demuro 196f., Longo 6f.

<sup>15</sup> Coccozza 108.

<sup>16</sup> Coccozza 66, 70, 94, 106ff., Demuro 196f., Longo 3, 7, 17.

<sup>17</sup> Coccozza 104, Longo 26.

a) man wollte den Vorgang der Gesetzgebung dem politischen Streit wegnehmen, indem man dem Parlament die bloße Aufgabe als allgemeinen Adressaten beließ, und der Regierung die Aufgabe besondere gesetzgeberischer Eingriffe zuschrieb, um auf diese Weise, wenigstens theoretisch, die Effizienz und den Nutzen der beiden politischen Kräfte zu stärken (praktisch hingegen aber nur die zweite);

b) um das gesamte Bild der Gesetzgebung zu vereinfachen, indem man die Aktivität des gesetzgeberischen Organs herunterschraubte.

Was den ersten Punkt betrifft, kann man wohl nicht in Abrede stellen, das seine Ziele zu einem guten Teil erreicht worden sind. Wenn man nicht sagen will, dass es gerade die Entgesetzlichung gewesen sei, die die Stärkung und Schnelligkeit der Rolle der Exekutive befördert habe, so muss man doch zugeben, dass jene sich in die allgemeine Tendenz fügt, in Bezug auf Europa und die Welt, nachdem nicht mehr das Gesetz das wichtigste Maß des politischen Gleichgewichts darstellt, und das auch die Aufgabe der Auseinandersetzung im Parlament - die sich auch entscheidend verändert hat - nicht mehr in allererster Linie zur gesetzgeberischen Aktivität gehört.

Was hingegen den zweiten Punkt betrifft, und gerade dieser ist der Bezugspunkt für unsere Überlegungen, so muss man anerkennen, dass der Akt der Entgesetzlichung sich mehr als ein Fehlschlag, als eine Illusion erweist, und zwar von dem Moment an, in dem die Vorschrift, die faktisch von den strengen Grenzen befreit war, die das Gesetz seiner Wirksamkeit gezogen hätte, nicht nur seine Bedeutung auf eine enorme Weise hat wachsen sehen, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt des Gehalts und der Wirkung als auch seiner verfassungsgebenden Natur.

Wenn dieser Vorschrift die Aufgabe zugestanden wird, Gesetze abzuschaffen, dann wird auch deutlich, dass diese zweitrangige Norm, die diese Vorschrift im Grunde darstellt,

so nicht mehr ist. „Sie hat im Gegenteil eine Rolle angenommen, die vollkommen der Rolle des Gesetzgebers gleicht und sich an die Stelle des primären Handelns gesetzt hat“<sup>18</sup> (Cocozza). „Es ereignet sich somit eine Verschiebung der normativen Disziplin von Stuhl des Gesetzgebers zu dem der Vorschriften“<sup>19</sup> (Martines), während die Vorschrift, durch eine „normative Funktion“<sup>20</sup>, dazu gebracht wird, die Aufgabe des Gesetzes auszuüben, wenn nicht gar an seine Stelle zu treten, und zwar auf unterschiedlichste Weise, durch eine „trasfigurazione del potere regolamentare“, „Verwandlung der Macht der Vorschrift“<sup>21</sup>.

Die Verringerung der Anzahl der Gesetze fällt so nicht nur mit einer Vermehrung der Entscheidungen, die Gesetzeskraft haben, zusammen<sup>22</sup>, sondern zugleich mit einer Verwandlung ihrer Natur, und zwar dergestalt, dass praktisch gesehen, die Reduktion der Gesetze nur als äußerlich erscheint.

Auf der anderen Seite darf man nicht übersehen, dass die Erscheinung der Entgesetzlichung nach jener geboren wird, die man, im Gegensatz zum „Zeitalter der Kodifizierung“, das „Zeitalter der Decodifizierung“<sup>23</sup> genannt hat, oder auch das Ende der Idee des Codex als ausgleichende und ordnende Sammlung von Gesetzen. Ein Zeitalter, das auch als die Zeit des „juristischen Nihilismus“ angesehen worden ist<sup>24</sup>, oder als die Zeit der „eclissi della legge“, „Sonnenfinsternis des Gesetzes“, im Rahmen einer weiteren „eclissi delle regole giuridiche“, „Sonnenfinsternis der juristischen Regeln“<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> Cocozza 44, 107.

<sup>19</sup> T. Martines, *Delegificazione e fonti del diritto*, in St. Biscaretti di Ruffia, Milano 1987, 867.

<sup>20</sup> Cocozza 90.

<sup>21</sup> Longo 26.

<sup>22</sup> Longo 25.

<sup>23</sup> N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1999.

<sup>24</sup> Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2005.

<sup>25</sup> M. Ainis, *L'eclissi della legge*, in U. Vincenti (Verf.), *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino 2005, 61ff.

Wenn einerseits das Phänomen der Decodifizierung, unter den verschiedenen Gründen, besonders durch die unkontrollierte Vermehrung der Gesetze motiviert worden war (außerhalb der Umfassungsmauern der Gesetzbücher), und so als logisch verbunden und als Vorläuferin der Entgesetzlichung erscheinen kann, so soll man doch nicht vergessen, dass von Beginn der achtziger Jahre das Problem der Gesetzesbestimmung zusammenfällt mit der neuen Wirklichkeit der technologischen Informatik, die einen unmittelbaren und sofortigen Zugang zu jeder Art von rechtlicher Bestimmung bietet, wie zu einem einzigen, unendlichen virtuellen Kodex. Es ist daher nicht ausgemacht, dass in diesem enormen Speicherraum die hohe Zahl der Gesetze, und Verordnungen immer noch zu einer Minderung ihres Einflusses und ihrer Bedeutung, wie in früheren Zeiten, führen muss. Denn das Informatiksystem erlaubt es, sofort zu der entsprechenden Verordnung zu gelangen: man muss sich bis zu ihr nicht mehr bis zu einer bestimmten Seite eines großen Kodex durcharbeiten, durch tausende anderer Gesetze hindurch, sondern erscheint sie als einziges Gesetz leuchtend auf dem Bildschirm des Tablets.

Das Problem, das sich nun stellt, ist also nicht mehr das der Anzahl der Gesetze, und deren Stärke oder Schwäche, sondern das der Stärke oder Schwäche einer Kultur des Rechts, und insbesondere der rechtlichen Interpretation, die in der Lage ist bei der Deutung der Norm interpretierend zu unterstützen. Und dies ist um so wichtiger, da die Norm selber, dank der neuen Technik, aus ihrem Zusammenhang und ihrer Vergangenheit herausgelöst erscheint und den falschen Eindruck vermittelt, eine klare und einfache Antwort geben zu können.





## FAZLA KANUNLARIN OLMASI HUKUKUN ZAYIFLAMASINA NEDEN OLUR

*Francesco Lucrezi*  
(*Salerno Üniversitesi*)

Organizatör ve özellikle sevgili Profesör Yener Ünver'e beni bu önemli uluslararası sempozyuma davet ettiği için çok teşekkür ederim. Burada olmak ve konuşmak benim için gerçekten büyük bir onurdur ve kısa, faydalı bir konuşma yapabilmeyi umuyorum.

Tacitus, kısa süre içinde meşhur olan *Corruptissima re publica plurimae leges* (*Annales* 3.27) ifadesiyle, fazla kanunların sadece var olmalarıyla bile ne kadar yetersiz ve yararsız olduklarının anlaşılmasıyla kanunlardaki büyük artışın devlet düzeni için bir risk oluşturduğunu temel unsurlar üzerinde yoğunlaşma konusundaki kendi retorik yeteneği ile özet halinde göstermiştir.

Ancak Roma, tarihçinin anlatmaya devam ettiği gibi, yürürlüğe giren tüm kanunların en iyilerinin *Decemviri* tarafından toplanıp On iki Tablo Kanunu'nun oluşturulması ile eşitlik ve adalet açısından olgun olduğunu kanıtlamıştır. Böylece bu kanun, halka eşitlik ve adalet sağlamıştır. Aynı zamanda, bundan sonrası için de sosyal huzuru garanti etmeye yeterli olmuştur. Ancak daha sonra yürürlüğe giren kanunlar ile anlamını yitirmiştir. Hukuki açıdan kesinlikle gereksiz olan

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

kanunlar. Siyasi çekişme ve güç mücadeleleri bu kanunların oluşmasına neden olmuştur: „Sonraki kanunlar, suçluları ve suç faaliyetlerini karşılamak için yürürlüğe girdikleri sürece, kanundışı güç konumlarına ulaşmak veya yetersiz gerekçeyle siyasetin bilinen şahsiyetlerini devre dışı bırakmak için çoğu durumda sosyal çatışmalardan dolayı yürürlüğe girmişlerdir. Senato adına daha fazla itirafta bulunmak istemeyen Drusus'ta olduğu gibi bu açıdan Gracchen ve Saturninier ile ilgili olaylar halkı karıştırmacı olarak anlaşılmaktadır. Burada muhalefetin karşı oylarıyla umutları kırılan müttefiklerin hayal kırıklıkları da söz konusudur. İtalyan Savaşı sırasında ve ardından gelen iç savaşta bile başka ve çelişkili kanunların yürürlüğe girmesi engellenmemiştir...“.

“Mevcut kanunları yürürlükten çıkararak veya dönüştürerek kanun üretimine son veren” Silla ile bu kötü uygulama son bulmuştur. Ancak burada sadece yüzeysel ve geçici bir ara söz konusu olmuştur: „Kısa süre sonra Lepidus'un kışkırtıcı önerileri üstünlük kazanmıştır ve bundan da kısa süre sonra mahkemelere halkı kendi hedeflerine göre kışkırtma izni verilmiştir. Bu arada süreçlerde galip gelen prensipler, kamu yararını değil de daha çok tek kişinin yararını hedeflemiştir.“ Bu nedenle, „*corruptissima re publica plurimae leges*“ söylenebilir.

Nasıl ki kanunların çoğaltılması bir zayıflık, gerileme ve yolsuzluk işaretidir öyle de kanunların sınırlı sayıda olması bir güç işaretidir. Roma hukukunun canlılığı, bilindiği üzere itiraz edilemez özelliğinden değil de somut tecrübelerle dayanmasıyla sürekli değişmesinden ve tecrübe, oluşum ve hazırlığa karşı daima eleştirel olmasından kaynaklanmaktadır.

*Lex* (kanun), emir değil de serbest biliminin, *iuris prudentia* (hukuk ilmi), normların katı kısıtlamalarını sadece zor kaldırdığı sanat (*Digesta'*nın [1.1] başında Celsus tarafından hatırlatıldığı gibi „güzel ve adil sanat“).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vrg. F.M. d'Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, III Aufl., Napoli 2102, 103ff.

Bu nedenle, halk tarafından kabul edilen *lex publica* (“*quod populus iubet atque constituit*” (görevlendirilen ve tayin edilen kişiler) [Gai 1.3]) ve buna ait “*omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*” (özgür olabilen bütün görevliler) (Cic., *pro Cluent.* 53.146) *iura populi Romani* için Gaius’un yazdığı gibi tek olmayan bir kaynaktır<sup>2</sup>. (*lex publica*), hâkimlerin emirleri, senatonun müzakereleri, mecusilerin (bilgelerin) tepkileri, imparatorun isteği (*constitutiones principum*) ile birlikte hukuk sisteminin farklı uyumu için etkili olur. Sonsuza dek ve değişmemek üzere ilham verici ve gerekçelendirilen prensip olarak tanındıkça daha da etkili olur.

Uygun olan eski bir kanunun yeni bir kanun ile değiştirilmesi normal değildir. Bu durum özellikle, var olan bir kanunu ihlal eden yeni bir kanuna uyma sorumluluğu konusunda ısrarcı olan *sanctio*’nun eşsiz oluşumundan, bu fıkradan anlaşılmaktadır<sup>3</sup>. Eski kanun belki artık uygulanamaz hale gelmişti ancak bu şekilde olmasından dolayı yürürlükten kaldırılmamıştır.

Roma ülke çapında bir imparatorluk haline geldiğinde egemenlik prensibi (*voluntas principis*) (“*legis vicem optinet*” [Gai 1.5], “*pro lege seruetur*” [Pomp. D. 1.2.2.11], “*legis habet vigorem*” [Ulp. D. 1.4.1pr. = *Iust. Inst.* 1.2.6], yani „kanunun henüz gerçek bir kanun olmadan nasıl güçlü olduğu“), kanunun doğal olarak ilk ve en önemli kaynağı olarak dayatılmaya çalışılmıştır<sup>4</sup>. Ancak halk tarafından oluşturulan kanunlar bir bariyer olarak monarşik eğilimlere karşı başarıyla vazife gördüğünde bu tür girişimler, üç asır boyunca güçlü muhalif güçlere maruz kalmıştır.

Otokratik sistem başarıyla uygulandığında, yani imparator yeryüzünde tek Tanrı’nın mutlak hükümdarı ve vekili oldu-

<sup>2</sup> Vrg. d’Ippolito, Lucrezi, Profilo 210ff.

<sup>3</sup> Vrg. d’Ippolito, Lucrezi, Profilo 211; Lucrezi, “*Leges super principem*”. La monarchia costituzionale di Vespasiano, Napoli 1982, 150ff.

<sup>4</sup> Vrg. d’Ippolito, Lucrezi, Profilo 216ff.; Lucrezi, “*Leges super principem*” 150ff.; Ders., Al di sopra e al di sotto delle leggi, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, Napoli 1984, 683ss.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ğunda, hükümdarın kanunları, kapsamlı güçleri sayesinde tüm diğer hukuki kaynakları devre dışı bırakabilmişlerdi. Bunun dolaysız sonucu ise, en iyi gerekçeleri formüle etmek için çaba sarf etmeden kamu ve özel hayatın tüm konularını düzenleyen özel ve ayrıntılı düzenlemeler olarak yürürlüğe giren kanunların katlanarak çoğalması olmuştur. Bu dönemde Ortaçağın başında bulunmaktayız<sup>5</sup>. Tacitus'un düşüncesine çok benzer bir düşünceyi, Alessandro Manzoni'ninin "I promessi sposi" (*Nişanlılar*) başlıklı romanındaki çok iyi bilinen ve çok sık atıfta bulunulan yer ifade etmektedir. Bu düşünce, „Bravi“nin faaliyetlerini engellemek için yazarın Lombardiya beyleri tarafından 16. yüzyılın sonlarından 17. yüzyılın başına kadar kabul edilen sayısız duyuruları ve düzenlemeleri sıraladığı romanın ilk bölümünde yer almaktadır.

Bunlar, kanundışı işletmeler için yerel hükümdarlara kendilerini hizmete sunan vicdansız paralı askerlerdi: Bravi'ye karşı yapılan duyurular hızlı bir şekilde daha sert bir biçimde yayımlanmıştır. Bu duyuruların çok fazla artması ve devamlı aynı içeriğin kullanılması gerçeği, hem güçsüz olduklarını hem de kendilerine saygı göstermeyen bir kamu düzeninin olduğunu göstermiştir<sup>6</sup>. Fransız ve Amerikan devriminde devletin egemenliğinin *tanıma göre* adil ve meşru olduğu ve ilahi adaletin yeryüzündeki temsilcisi olan hükümdarın tarafından adaletin sağlanması gerektiği inancı yıkılmıştır. Fakat bundan böyle, halk tarafından yeni hükümdar olarak oluşturulan kanun modern devletin temelidir: Yükümlülüklerin açıklamasını içeren 1795 tarihli Fransız Anayasa'nın 5.maddesinde „Özgür ve dindar birisi olarak kanunlara uymadıkça hiç kimsenin iyi bir insan olarak görülmeyeceği“ garanti edilmektedir<sup>7</sup>. Ancak On Emir olarak adlandırılan dini bir kanuna karşı var olabilmek için insani kanunlar - şunlar gibi - açık, anlaşılır ve belirlenmiş olmalıdır. Sonuçta bu süre içinde var olabilmek için

<sup>5</sup> Vrg. d'Ippolito, Lucrezi, Profilo 229ff.

<sup>6</sup> Vrg. F. Lucrezi, A.M. Troncone, Il gruppo e lo stato, in Il tetto (1983) 184ff.

<sup>7</sup> F.P. Casavola, Legalità, in Ders., Tornare alle radici. Per la ricostruzione delle basi della democrazia, Assisi 2014, 41.

uygun olan sabit ve sürekli prensiplerin tanımlarını içermeleri gerekiyor: „Kanunlar, eski olma hakkına sahiptirler“, Code Napoleon’un babalarından biri yazmıştır<sup>8</sup>.

Bunun olabilmesi için yeni normlar ile sürekli değiştirilmeden devamlı aynı kalmaları gerekir. Anlamlı olarak Amerikan Anayasa’sı, On iki Tablo Kanunu veya On Emir’in her iki tablosunda olduğu gibi metinleri çok uzun ve anlaşılmaz şekilde olduğundan sadece „ilaveler“ tanımaktadır, yeni maddeler değil.

Ancak bu görüş, farklı ve birbirinden ayrı egemenlik kaynaklarına dayalı yeni ulusal devletlerin oluşmasıyla 19.yüzyılda reddedilir. Her biri kendi halkı tarafından oluşturulan, kendi enstitülerine sahip olan, çeşitli kanun kitaplarında toplanan kendi kanunları ile tanımlanan farklı devletler-uluslar oluşturulur.

Kodlandıkları zaman kanunlar, devletin hukuki mirası olmuştur, yani devletin „sosyal sermayesi, ancak fazla sayıda kanunların olması ulusun fakir ve güçsüz olduğunu göstermektedir. Kanunl hükümlerin kodeksleri ve koleksiyonları, halk, bölge ve orduda olduğu gibi bitmeleri ve devam etmeleri açısından güç ve otorite göstergesi için kullanılır. Berlin, Roma, Paris veya Viyana’da olduğu gibi ulusal parlamentolar tüm hızla çalışıyorlar, ancak Tacitus’a olan ihtiyaç tarih kitaplarına gömülmektedir. Büyük Savaş, Faşist Diktatörlükler ve tam ortasında Shoah’nın korkunç tecrübelerinin var olduğu İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan trajik tecrübelerden sonra tiranlar tarafından oluşturulan parlamentolar tekrar açılmıştır. Artık diktatörlüğün yeniden canlanma tehlikesine karşı 1948 yılına ait İnsan Hakları Beyannamesi’ne uygun olarak Avrupa’nın yeni demokratik Anayasal kanunlarından halkın sesi olarak kanunların gücü sivil düzenin merkezine konulmuştur. Bu kanunlarda özgür temsilcilik toplantıları düzenlenip genel oy hakkı ile özgür vatandaşlar seçilmeliydi. Bilindiği üzere, İtalya’da sözde kusursuz çift meclis sisteminin temeline daya-

<sup>8</sup> Vrg. Casavola, in 1948-2008. 60° anniversario della Costituzione italiana, Napoli 2008, 19.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

lı olan ve şu anda Anayasa değişikliğine tabi olan bir parlamento hayata geçirilmiştir, yani kısaca aynı güce sahip olan iki millet meclisli bir parlamento. Birbirlerine karşı rekabet içinde her geçen gün ve yıl her bir meclis, kendine göre her bir iddia ve olası uygulama alanı ile ilgili yeni kanunlar çıkarmaktadır: Anayasa, sivil yaşam alanında, ceza hukuku alanında, dava, idare ve vergilendirme konularında.

İtalya'daki kanunma sürecinin anormal yoğunluğu ve verimliliği, Avrupa Devletleri ile özellikle Cumhuriyet Tarihi'nin ilk kırk yılı için karşılaştırıldığında 1976 yılında %34 oranına ulaşan, hem halk içinde hem de seçmenler arasında var olan Komünist Parti'nin çoğunlukta olduğu siyasi durum ile özellikle tespit edilmektedir. Ancak kanunların çok fazla oluşu, ılımlı seçmenleri sakinleştirmek veya herkesin güce ulaşmasını engellemek amacıyla (bu, en kötü ihtimalle yerel düzeyde olmuştur), ki burada „demokrasiyi engelleme“ girişimi anlamına gelen bir hariç tutulma anlaşması (*conventio ad excludendum*) veya „K“ faktöründen (K, komünizm anlamında kullanılmaktadır) söz edilmiştir, bir ittifak sistemi oluşturabilmek için değildi. Bu durum karşısında Komünist Parti, parlamentolardan uzak olmasına rağmen, özellikle parlamentoların çalışmasına yönelik kanunların çoğalmasına büyük katkıda bulunmuştur.

İlimli ve Katolik partisi olarak özellikle Hristiyan Demokratlar da dahil olmak üzere özellikle çoğunluk partileri, sosyal huzuru sağlamak ve kitleler için bir çıkış yolu oluşturmak için muhalefeti kanunma sürecine dahil etmişlerdir<sup>9</sup>.

Böylece kanun çıkarma, anlaşmazlık, mücadele ve siyasi anlaşma aracı haline gelmiştir. Sağlık, iş ve emeklilik açısından bazılarının ciddi bir sosyal önemi olan yeni kanunların çıkarılması, partiler arasındaki sürekli değişen güç ilişkisi dengesinin aynası ve termometresi haline gelmiştir (bu durum özellikle partiler arasında asıl ve gerçek partiler sayılan Hristiyan Demokratlar arasındaki „akımlar“ için geçerlidir). İtalya, karma-

<sup>9</sup> Vrg. V. Cocozza, La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare, 5° Aufl. Napoli 2010, 76f.

şık ve dumanlı simkanunl siyasetin oluşturulduğu ve yabancı gözlemciler tarafından genellikle artık incelenemeyen kalıcı bir laboratuvar haline gelmiştir. „equilibri più avanzati“ („gelişmiş dengeler“), „convergenze parallele“ („paralel anlaşmalar“), „non sfiducia“ („şüphelerin olmaması“), „compromesso storico“ („tarihi uzlaşma“), „consociativismo“ (ortak toplumsal“) vb. gibi kısa, bazen kibar, bazen de kelime parçacıkları halindeki terimlerde özetlenmişlerdir.

Laboratuvarın ilk ürünü olan kanunların sayısı, günlük yaşamın merkezi olarak parlamentonun sürekli artan önemi gibi - çeşitli partilerin ve bunların içsel akımlarının esiri olan hükümetin otoritesinin tam aksine - ve Tacitus ve “Promessi sposi” döneminde olduğu gibi yeni normlar tarafından kısa süre içinde değiştirilebildiklerinden devamlı şartlı ve geçici olarak kabul edilen kanunların etki ve yetkisinden dolayı kalıcı sosyal gelişimin adına ve bahanesiyle sürekli artmıştır (bir defa geçen yüzyılın sonunda 50.000 olarak tespit edilmişti ve komik bir hukuk kitabının başlığı da “Se 50.000 vi sembran poche”, yani „ 50.000 Size yetersiz gibi geliyorsa“ idi<sup>10</sup>). Seksenli yıllarda, sürekli olan parlamento değişimleri ve aşırı kanun üretimine karşı belirli bir atmosfer oluşmuştur. Bunun birçok nedeni vardı. Uluslararası durum değişmişti, soğuk savaş yavaşlıyordu, komünizme karşı korku azalıyordu, Hristiyan Demokratlar etkilerini kaybediyorlardı, dini ve sosyalist olmayan yeni değiştirici güçler oluşuyordu. Ayrıca, genel bir yorulma söz konusuydu ve kamuoyunun değiştirilmesi isteniyordu. Tüm bunlar, “Delegificazione”, yani „kanunların kaldırılmasına neden olmuştu. Bu yöndeki ilk adım, 7.madde 2.fıkrasında birincil kaynağın ikincil kaynak tarafından değiştirilebileceğini öngören 1988 yılına ait 400.kanunda olmuştur<sup>11</sup>. Bu kanun, daha önce bir kanun (birincil kaynaklar) ile düzenlenen alanlar ile ilgili hükümleri oluşturmak için hükümetin kararname

<sup>10</sup> M. Ainis, Milano 1999.

<sup>11</sup> Vrg. Coccozza 76ff.; E. Longo, L'uso dei regolamenti di delegificazione in materia di organizzazione dei ministeri: un esame della prassi, in Osservatorio sulle fonti 2010, 3.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

(ikincil kaynaklar) çıkarmasını düzenliyordu<sup>12</sup>. Böylece bunlar geçersiz hale getirilip ortadan kaldırılmışlardır. Bu kanunun amacı, bir şeyi diğerinden ayıran (Cocozza) sınırlar farklı bir şekilde dağıtılarak (biri genişletilerek diğer ise daraltılarak) kanun ve yönetmelik arasındaki ilişkiye müdahale etmektir, ancak bu müdahale ile bu alandaki diğer müdahalelere bir kapı açılmıştır (örneğin kanunların yıllık aralıklarla geçersiz hale getirilmesi için önlemler getiren 537/1993 ve 59/1997 sayılı kanun, Finans Kanunu ve 50/1999 sayılı AB Kanunu, 80/1988 ve 399/1999 sayılı kanunl kararname vb. gibi<sup>13</sup>). Bu normlar, kanunma inisiyatifin mecliste olduğu (70.madde) ve hükümetin „gerekli veya acil durumlar hariç olmak üzere“ (77.madde) sıradan hukuki değeri olan kararnameleri çıkarmak için kendi inisiyatifiyle hareket edemediği Anayasal alanda etkili olmuşlardır. Bir çok alan için Anayasanın kararlılığı, bir „kanun yedeği“ veya kanun olmayan diğer önlemlere göre değerlendirilemediklerindeki prensip anlamına gelmektedir.

Bu Anayasal prensiplerle kanunların kaldırılması için alınan önlemlere gösterilen uyum, çeşitli ve haklı şaşkınlıklara neden olmuştur, örneğin „kanun yedeği“ prensibinin olası ihlali ile ilgili (düzenlemelere aslında kanun koyucusunun hakkı olan müdahale gücü verilmiş olacağından) veya kanunların kaldırılmasına ilişkin hükümet ile ilgili kanunl kararnamelerin Anayasa'nın 77.maddesinde öngörülen olağanüstü gereklilik ve aciliyet durumu ile sıkça tartışılan bağlantısı ile ilgili<sup>14</sup>. Çoğu zaman itiraz da edilmiştir, 400/88 sayılı kanun bunu dayattığından, kanunları kaldırmak için ortadan kaldırma ve değiştirme normlarının kanuna kesin bir şekilde koyulması gerektiği gibi belirli veya başka nedenlerden dolayı ilgili hükümler güvenli olmayan şekilde ve tahmin edilerek uygulanmıştır (fiilen sadece “Consiglio di Stato” (en yüksek idare mahkemesi) söz konusu olduğunda bile kanunl hükümlerin bariz şiddetiyle *de*

---

<sup>12</sup> Cocozza 50.

<sup>13</sup> Vrg. G. Demuro, La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza, in Osservatorio sulle fonti 1999, 194ff.; Longo 4ff.; Cocozza 110.

<sup>14</sup> Vrg. Cocozza 61, Demuro 196f., Longo 6f.



*facto* (fiilen) ilgili düzenlemeye, yani hükümete isnat edilen<sup>15</sup> „üstü kapalı bir şekilde ortadan kaldırmaya<sup>16</sup> kadar varan aşırı bir şekilde,)<sup>17</sup>.

Bu biçimsel sorunların dışında, kanunma önlemleri ve düzenlemeleri düzeyinde ve devletteki çeşitli güçlerin arasındaki dengede önemli sonuçlara neden olan norma alınan kanunların kaldırılması hükmü ile devletin belirli dokularına girildiğine dair herhangi bir şüphe olamaz.

Kanunları kaldırma, ne ölçüde genel bir olumlu fenomen olduğunu veya olmaya devam ettiğini söyleyebilmek için buna neden olan motifleri hatırlamak gerekir. Bunlar özellikle şu ikisi idi:

- a) kanunma süreci, parlamentoya genel bir muhatap olma görevi bırakılarak ve hükümete kanunl müdahale görevi isnat edilerek en azından teorik olarak her iki siyasi gücün etkisini ve faydasını attırmak için (aslında sadece ikincisinin) siyasi anlaşmazlığın dışında tutulmak istenmişti;
- b) kanunma organının faaliyeti azaltılarak kanunmanın genel görünümü basit hale getirilmek istenmişti. İlk hususa gelince, çoğu hedeflerinin yerine getirildiği inkar edemez. Yürütme gücünün rolünün arttırılmasına ve hızlandırılmasına kanunların kaldırılmasının neden olduğu söylenmek istenmez ise, Avrupa ve Dünya açısından siyasi dengenin en önemli faktörü artık kanun olmadığı ve parlamentodaki önemli ölçüde değişen anlaşmazlıkların görevi artık öncelikli olarak kanunma faaliyetine ait olmadığı genel eğilimine dahil olduğunu itiraf etmek gerekir.

Düşüncelerimizin referansı olan ikinci hususa gelince, fiilen katı sınırları kaldırılan ve kanunun etkisini yok eden yönetmeliğin anlamı, hem içeriği ve etkisi hem de Anayasal özelliği

<sup>15</sup> Cocozza 66, 70, 94, 106ff., Demuro 196f., Longo 3, 7, 17.

<sup>16</sup> Cocozza 108.

<sup>17</sup> Cocozza 104, Longo 26.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

açısından ciddi ölçüde arttığı andan itibaren kanunları kaldırma eylemi kendini bir hayalden ziyade bir başarısızlık olarak kanıtladığını kabul etmek gerekir.

Bu yönetmeliğe kanunları kaldırma görevi verildiğinde, aslında bu yönetmeliği oluşturan bu ikincil normun artık böyle olmadığı anlaşılmaktadır. „Aksine, tamamen kanun koyucusunun rolü ile aynı olan ve birincil eylemin yerine geçen bir rol almıştır“<sup>18</sup> (Cocozza). „Böylece, yönetmeliğin bir „normatif fonksiyon“<sup>19</sup> ile kanunun görevini yerine getirmesi sağlanarak ve hatta farklı bir şekilde “trasfigurazione del potere regolamentare”, yani „yönetmeliğin gücünün değiştirilmesi“<sup>20</sup> ile kanunun yerine geçmesi ile normatif disiplin, kanun koyucusunun koltuğundan yönetmeliklere kayar“<sup>21</sup> (Martines).

Böylece, kanunların sayısındaki azalma sadece kanun hükümündeki kararların artması ile örtüşmeyip<sup>22</sup> aynı zamanda kanunların azalması sadece dışarıdan görünecek şekilde özelliklerinin değişmesiyle de örtüşmektedir.

Öte yandan, „Kodlama Dönemi“ ve „Kodları Kaldırma Dönemi’nin“<sup>23</sup> aksine belirtilenlerden sonra kanunların kaldırılmasının meydana geldiğini veya kanun koleksiyonlarının dengeleyici ve düzenleyici kodeks fikrinin sonunu gözden çıkarmamak gerekir. Aynı zamanda „kanunl nihilizm“ dönemi olarak<sup>24</sup>, veya „eclissi della legge“, yani „kanunun güneş tutulması“ dönemi olarak ve diğer bir „eclissi delle regole giuridiche“, yani hukuki kuralların güneş tutulması“<sup>25</sup> dönemi olarak kabul edilen bir dönem.

---

<sup>18</sup> Cocozza 44, 107.

<sup>19</sup> Cocozza 90.

<sup>20</sup> Longo 26.

<sup>21</sup> T. Martines, Delegificazione e fonti del diritto, in St. Biscaretti di Ruffia, Milano 1987, 867.

<sup>22</sup> Longo 25.

<sup>23</sup> N. Irti, L’età della decodificazione, Milano 1999.

<sup>24</sup> Irti, Nichilismo giuridico, Roma-Bari 2005.

<sup>25</sup> M. Ainis, L’eclissi della legge, in U. Vincenti (Verf.), Inchiesta sulla legge nell’Occidente giuridico, Torino 2005, 61ff.

Çeşitli nedenlerden dolayı kodların kaldırılması fenomeni, özellikle kanunların kontrolsüz çoğalımı ile motive edildi ise (tarih kitaplarının kapsamı dışında) ve böylece mantıklı bağlanmış ve kanunların kaldırılmasının öncüsü olarak gözükebiliyor ise seksenli yılların başından itibaren kanun belirleme sorununun tek ve sonsuz sanal koda erişircesine kanunl hükümlere doğrudan ve hemen erişilmesini sağlayan teknolojik bilgisayar biliminin yeni gerçeği ile örtüştüğünü unutmamak gerekir. Bu nedenle, bu devasa hafıza alanında yüksek sayıdaki kanunların ve yönetmeliklerin etkilerinin ve anlamlarının eskiden olduğu gibi azalmak zorunda olduğu belirlenmemiştir. Çünkü bu bilgisayar bilimi sistemi, ilgili yönetmeliğe hemen erişilmesine izin vermektedir: bu yönetmeliğe erişene kadar büyük bir kodeksin belirli bir sayfasına kadar, binlerce başka kanuna bakarak uğraşmak zorunda kalınmıyor, aksine tabletin ekranında parlayarak tek kanun olarak gözükür. Bu durumda artık sorun, kanunların sayısı, güçleri ve zayıflıkları değil de hukuk kültürünün ve özellikle normun yorumlanmasında yorum yaparak destek verebilen kanunl yorumun gücü ve zayıflığıdır. Yeni teknoloji sayesinde normun kendisi, metin bağlamından ve geçmişinden çıkarılmış gibi gözükütüğünden ve yanıltıcı bir şekilde net ve basit cevap verebiliyormuş gibi gözükütüğünden bu daha da önemli olmaktadır.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Prof Lucrezi'ye teşekkür ediyoruz. Francesco bizi Roma hukukundan alıp tarihsel bir gezintiye çıkardı. Burada aslında bir taraftan da siyasi rejim değişikliklerinin politik çalkantılarının kanun yapımına etkisine de değinmiş oldu. Kendi tezi şeffaf kanunlar kadar ama aynı zamanda az sayıda kısa ve özlü kanunlarında çok önemli olduğunu. İyi bir kanundan söz etmek için, özellikle gereklilik unsuruna konuşmasında özel bir önem verdi. Ve bize bir anlamda İtalya'nın geçirdiği sikanunl değişikliklerinde kanunlara yansması ve şuanda ki sistemde dikkate alınan kontrol mekanizmalarına değindi. Programda bir tartışma süreci öngörülmedi ama eğer çok değerli konuklarımız olduğu için söz almak isteyen varsa 10 dakikalık soru cevap kısmını yapabiliriz. Daha sonra ara vermek üzere kontrolü Eda Hanım'a bırakacağım. 10 dakikalık görüş açıklamak isteyen veya soru sormak isteyen değerli hocalarımız var mı? Hocam buyurun, sayın Soyaslan;

**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN-** Sizin ülkenizde özellikle İtalya ve Almanya'yı kast ediyorum, İsviçre de olabilir tabii ki. Büyük kanunlar nasıl yapıyor, temel kanunlar, ceza kanunları ve nasıl değiştiriliyor?

**Peof. DR. Francesco Lucrezi-** Im Prinzip werden die großen Gesetze genauso geändert wie die kleinen. Wir sehen da keinen Unterschied. Der Unterschied in der Praxis ist natürlich der, dass ich ein viel längeres Anhörungsverfahren habe. Also wenn ich eine große Strafrechtsreform hätte, hätten wir mit Sicherheit eine Anhörungsfrist von 3-4 Monaten für die Rechtsanwaltschaft. Wir würden beteiligen, selbstverständlich die Justiz die ganzen Richtervereinigungen. Also ich würde so nur sagen, es ist eine intensivere Vorprüfung aber vom Grundsatz ist es kein Unterschied, mit Ausnahme jetzt verfassungsrechtlich gesehen, gerade im strafrechtlichen Bereich Sanktionsnormen besonders genau und bestimmt festgelegt werden sollten. Also mehr Intensität der Prüfung aber im Prinzip sonst genauso wie jedes kleine andere Gesetz auch.

Prensip olarak, büyük kanunlar aynen küçük kanunlar gibi değiştirilir. Aralarında herhangi bir fark görmüyoruz. Uygulamadaki farkı, doğal olarak çok daha uzun bir dinleme sürecimin olmasıdır. Yani büyük bir ceza reformum olmuş olsaydı avukatlar için dinleme süresi kesinlikle 3-4 ay olurdu. Elbette yargıyı ve tüm hâkimler birliklerini dahil ederdik. Yani daha yoğun bir ön inceleme olduğunu ancak genel olarak bir fark olmadığını söyleyebilirim. Ancak, Anayasal açıdan özellikle ceza hukuku alanında zorlayıcı hükümler için normların çok daha doğru ve kesin bir şekilde belirlenmesi gerekir. Yani daha yoğun bir inceleme gerektirir ama prensip olarak tüm diğer küçük kanunlar da olduğu gibi olur.

**SORU-** Zamanında yapılan Moussolini zamanında Ceza Kanunu halen yürürlükte. Usulü değiştirdiler bu konuda nasıl oldu da o kanun bugüne kadar yürürlükte kaldı? Çok komisyon kurdunuz siz, bu ayrıntıda bize açıklama yaparsanız sevinirim. Moussolini kanunundan bahsettim. 1930'ta yapıldı. Herhalde halen yürürlükte. Usulü 88'te değiştirdiniz, 30'ta usul da yapılmıştı. Niye bu kanun bu kadar kaldı? Yani temeli kaldı, meşhur maddeler de var, şimdi fazla vakit yok fazla konuşmayım. Bize aydınlatırsanız. Bir de değişiklik sizde kısa zamanda yapılmıyor, bunların nedenleri ne? Parlamenta tesir eden şeyler ne, kanun değişikliğini yaratan neden ne sizde? Bizim en büyük sorunumuz kültür ikilem arkadaşlar. Eski kültür ile yeni kültürün. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Francesco Lucrezi-** Es ist ein großes Problem die Veränderung der alten Gesetze. Wir haben viele Normen von dem Faschismus auch von der Vergangenheit in Stil und Funktion. Und einige von diesen stehen im Kontra gegen die demokratische und republikanische Verfassung. Es gibt unsere Verfassungsgerichte, die Corte institutionale Italiens, spielt eine große Rolle auf diesem Feld um ein Harmonie zwischen den demokratischen Prinzipien und den alten faschistischen und vorherigen Gesetzen herzustellen. Aber Das ist nicht einfach, weil natürlich wenn alle diese Gesetze der Vergangenheit plötzlich so zerstört werden sollten, würde unser Land in eine

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

chaotische und anarchische Situation gelangen. Ich glaube, dass wenn wir über die Anzahl der Gesetze sprechen, dass diese vielleicht in den letzten Jahren nicht höher geworden sind. Aber wir haben viele und viele Dekrete und wir sehen jetzt, dass es jetzt eine größere Gewalt der Regierung gibt und das Parlament hat einen großen Teil seiner Gewalt verloren. Die letzte Sache die ich sagen will. Das Problem ist dass unser Parlament in Italien, ich denke zu 90% hat nicht funktioniert und funktioniert heutzutage nicht für die Gesetzgebung, sondern viel mehr für den politischen Kampf. Und das ist so, wenn die Abgeordneten ins Parlament eintreten, haben diese keine Lust Gesetze, ob gute oder schlechte, überhaupt Gesetze zu machen. Sie wollen nur politisch kämpfen, ich denke in der Welt ist das überall so und Veränderungen sind auch bestehend.

Eski kanunların değiştirilmesi büyük bir sorundur. Eskiden kalma da faşizmden tarz ve fonksiyonu düzenleyen birçok normumuz vardır. Bunlardan bazıları demokratik ve cumhuriyetçi Anayasanın aleyhindedir. İtalya'da „Corteinstituzione“ olarak adlandırılan Anayasa mahkemeleri vardır. Bu mahkemeler, demokratik ilkeler ile eski faşist kanunlar arasındaki uyumu sağlamak için bu alanda önemli rol oynamaktadır. Ancak bu, eski kanunların tamamı bu şekilde yok edildiğinde ülkemiz kaotik ve anarşik bir duruma gireceği için kolay değildir. Sanırım kanunların sayısı hakkında konuşacak olursak, son yıllarda bunun artmadığını söyleyebiliriz. Ancak fazla sayıda kararnamelerimiz var ve artık hükümetin daha fazla güce sahip olduğunu ve parlamentonun gücünün çoğunu kaybettiğini görüyoruz. Son söylemek istediğim şey şudur: Sorun, İtalya'daki parlamentomuzun sanırım %90 oranında görev görmemesi ve kanunma için değil de daha çok siyasi savaş için görev görmesidir. Milletvekilleri parlamentoya girdiklerinde iyi veya kötü farketmeksizin kanun yapmak istemiyorlar. Sadece siyasi olarak savaşmak istiyorlar, sanırım bu bütün dünyada bu şekildedir ve değişiklikler de vardır.

**Prof. Dr. Andreas Löttscher-** In der Schweiz ist eine Kultur, dass möglichst alle einbezogen werden, die etwas zu sagen

haben könnten oder die Macht haben zu sagen oder betroffen sind. Große Gesetze die in den letzten 10 oder 20 Jahren erlassen worden sind, das waren beispielsweise, Strafprozessordnung auf Bundesebene. Vorher gab es kantonale. Zivilprozessordnung, dann Krankenversicherung wurde ganz neu organisiert, vor 20 Jahren. Mehrwertsteuer wurde eingeführt. Das war sogar ein spezieller Fall, denn das musste sehr schnell gehen und wurde dann abgeschrieben von der, ich glaube, Deutschen Gesetzgebung und nach 10 Jahren wurde eine neue Totalrevision gemacht, die dann alles auf die schweizerische Art verändert hat. Beim Gesetzgebungsprozess, in diesen großen Gesetzen wird es meistens nicht selber in der Verwaltung gemacht, sondern von einer Expertenkommission. Die liefert ihren Entwurf ab und dann wird er in der Verwaltung überarbeitet. Und auch in der Verwaltung gibt es eine, wir nennen das „Konsultation der Ämter“. Also alle beteiligten Departemente oder Ministerien werden angehört und können ihre Vorschläge einbringen. Dazu gibt es auch eine Redaktionskommission, die auch den Text an sich als Text überarbeitet. Diese Kommission kann aber auch sagen „da fehlt etwas“, „das ist missverständlich“, „das ist widersprüchlich“. Wenn es dann in der Verwaltung bereinigt worden ist, dann gibt es bei wichtigen Gesetzen eine so genannte „Vernehmlassung“, das heißt es wird an die Parteien zur Anhörung geschickt, an die betroffenen Branchen, an die Kantone selbstverständlich, die auch wieder ihre Meinung abgeben. Die Verwaltung bekommt dann die Antworten und muss diese Antworten berücksichtigen. Sie kann sie aufnehmen oder sie kann sie ablehnen. Sie muss das immer tun unter dem Gesichtspunkt, dass es nachher ins Parlament geht. Und das Parlament – wir haben keine parlamentarische Demokratie mit Positions- und Regierungswaage, sondern wir haben ein gemischtes Parlament wo jede Interessengruppe wieder über Parlamentarier ihre Interessen vorbringen kann und Koalitionen schmieden kann die von jedem Artikel zu jedem anderen Artikel wieder anders sein können. Also ist die Verwaltung und jeder der an der Gesetzgebung beteiligt ist interessiert daran ein Fassung zu finden die eine Mehrheit findet. Also die

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Mehrheitsfindung ist eine sehr langwierige Prozedur aber man sagt immer „wenn es dann mal soweit ist, dann bleibt es wie es ist.“ Es wird nicht gleich wieder geändert und man hält sich daran, auch wenn man vorher dagegen war.

İsviçre’de fikrini beyan etmek isteyen veya fikrini beyan etme yetkisine sahip olan herkes veya tüm ilgililer her zaman dahil edilir. Son 10 veya 20 yıl içinde çıkarılan büyük kanunlar örneğin federal düzeydeki Ceza Usul Kanunu’ydu. Bunun öncesinde kantonal kanunlar vardı. Medeni Usul Kanunu ve sağlık sigortası 20 yıl önce tamamen yeniden düzenlendi. Katma değer vergisi getirildi. Hatta bu özel bir durumdu çünkü çok hızlı bir şekilde gerçekleşmeliydi ve sanırım Alman kanunlarından kopyalanmıştı ve 10 yıl sonra herşeyi İsviçre usullerine göre değiştiren yeni bir genel versiyon oluşturuldu. Büyük kanunlarda kanunma süreci idarede değil uzman komisyonunda gerçekleşir. Bu komisyon, taslağı teslim eder ve ardından taslak idarede gözden geçirilir. İdarede de „Ofis Danışmanlığı“ olarak adlandırdığımız bir komisyon vardır. Yani tüm dahil olunan departmanlar veya bakanlıklar dinlenir ve bunlar önerilerini sunabilirler. Ayrıca metni tek başına metin olarak gözden geçiren bir redaksiyon komisyonu vardır. Bu komisyon, „burada bir şeyler eksik“, „bu anlaşılmıyor“, bu çelişkili“ de diyebilir. Bu sorun idare de çözüldüğünde önemli kanunlarda „danışma“ vardır, yani kanun dinlenmesi için partilere, ilgili branşlara ve tabii ki görüşlerini beyan eden kantonlara gönderilir. İdare cevabı alır ve bu cevabı dikkate almalıdır. Bunu kabul edebilir veya reddedebilir. Bunu her zaman daha sonra parlamentoya gideceğini göz önünde bulundurarak yapmalıdır. Ve parlamento – görev ve hükümet dengesine sahip parlamenter demokrasi yerine tüm çıkar gruplarının milletvekilleri üzerinden çıkarlarını ifade edebildiği ve bir maddeden diğer maddeye geçişebilen koalisyonları düzenleyebildiği karışık bir parlamentomuz vardır. Yani idare ve kanunmaya dahil olan herkes çoğunluğa hitap eden bir metni oluşturmak ister. Yani çoğunluğu elde etmek uzun süren bir süreçtir ancak her zaman „zamanı geldiğinde olduğu gibi kalır“ derler. Hemen değiştirilmez ve daha önce buna karşı olunsa bile buna uyulur.



**Prof. Dr. Ünal Tekinalp-** Burada Sayın Alman, İtalyan meslektaşlarımla verdiğim bilgilerle mutabık olmadığımı söylemiyorum. Bunlardan 1. bilhassa ticaret hukuku alanında bugün Avrupa Birliği'ne dâhil ülkelerde ulusal kanun koyucular tam istedikleri şekilde kanun yapabilmek imkânına sahip değillerdir. 2. Avrupa da bugün uyumlaştırma çerçevesinde kanunlar bilhassa ticaret hukukunu ilgilendiren kanunlar ama ticaret hukuku derken geniş manada ticaret hukukunu yani sigortayı, yani taşımayı, yani sermaye pikanunsı hukukunu kastediyorum. Benim yaptığım incelemelere göre, 1950 yılından bugüne kadar bu alanlardaki değişiklik 160'ın üzerindedir. Bunlardan 12'si de bütün reformlar mahiyetindedir. Avrupa topluluğu hala bu konuda bir istikrara varamamıştır. Gene burada bilhassa bize karşı kullandıkları bir argüman üzerinde durmak istiyorum. Artık kanunlar yapma ve uygulama bakımından Avrupa hukukunun veya Avrupalıların kültür farklarından bahsetmeye imkânları yoktur. Çünkü İsveç'le Bulgaristan aynı kanunları uygulamaya çalışmaktadırlar. Aynı neticeyi alıyorlar mı? Hayır. Ben tarama toplantılarına gitmiş bir kimse olarak çalışıyorum, konuşuyorum.

Bilhassa Alman dostlarımızla olan münakaşamızda kültür farklılığını devamlı bizim karşımıza çıkardılar. Uyumsuzluktan söz ettiler. Ama bugün gerçek o değildir. Ben İsveç Kültürü ile İngiliz Kültürü ile Yunan ve Bulgar Kültürünün tam bir intibak içinde olduğunu düşünemem, söyleyemem. Hatta benim tezim şudur ki; Türkiye 1923'lerden sonra yaptığı büyük hukuk reformuyla bugün Avrupa ülkelerinin hepsinden daha ileri seviyede Avrupa Hukukuna kendisini yaklaştırmıştır. Bir de şunu söyleyeyim, medeni kanunun en rahat uygulandığı ülkelerden bir tanesi Japonya'dır. Onun için bu kültür farkları meselesini başka türlü ele almak lazımdır. Eğer Türkiye Avrupa topluluğunun dışına bırakılmayıp da biz tam entegre olabilseydik bizde de kanunlar çok süratli değişecekti. Neden? Çünkü uyum kanunlarıyla çok sık değiştirme yapıyorlar ve değiştirdiğiniz bu kanunları siz belli bir süre içerisinde iç hukuka getirmek mecburiyetindediniz. Onun içinde mesela Alman dostumun burada kanun yapma teknikleri hakkında ki görüşlerini ticaret hukuku açısından sadece Almanca bir tabirle 'umsetzung' yani

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Avrupa uyumlaştırma hukukunu Alman hukukuna çevrilmesi noktasında ki milli bir inisiyatif olarak anlıyorum.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)**- Değerli katkılarınız için teşekkür ederim. Süremizde yaklaşık 30 dakikalık aşma var. Öğleden sonrada bir Alman meslektaşımız Federal Devlet bağlamında konuyu açıklayacak. Ondan sonra daha sağlıklı tartışma ortamı doğacaktır. Oturumu kapatmadan önce 2 cümlemin altını çizmekte fayda var. Az sayıda kısa kanunlar ama konu insan haklarını konusunu ilgilendiriyorsa ki mutlaka ilgilendiriyor. Özellikle bu kamusal alanlarda insan haklarına ilişkin düzenlemelerde kanuni güvence olmadan düzenlemelerin yapılamayacağını insan hakları bakımından bazen çok fazla sayıda kanuna ihtiyaç olması gerektiğini ve bazen detayın düzenlemesi hele de ceza hukuku alanını ilgilendiriyorsa hakime çok fazla takdir yetkisinin verilmemesi gerektiğini dikkate almamız gerekir. Birde burada çok ünlü bir Alman hukukçu, belki saygıyla anmak gerekir Gustav Radbruch alternatif tasarımı Almanya'da yazan sosyal demokrat, ceza hukukçu ve felsefeci. O kanuni haksızlıklardan söz ederdi. Dolayısıyla bizim burada iki gün içerisinde belki onu tartışıyor olmamız gerekir, çünkü kanunların tek başına güvence fonksiyonu icra etmediklerini biliyoruz. Birçok hukuka aykırı, insan haklarına aykırı uygulamaların daha çok kanuna dayalı yapıldığını geçmişte çok acı örnekler bize gösterdi. Onun için kanunların meşruiyetini sorgulamak ve iyi, adil, hukuka uygun kanunları konuşmak gerekir aynı zamanda. Her cephesiyle ele aldığımız bu ortamda sanırım iki gün içerisinde buna ulaşmaya çalışıyoruz. Çünkü sadece kanun yapmanın tek başına insan hakları açısından bir müvekkil fonksiyonu görmeyeceğini bize maalesef acı örnekler gösterdi. 30 dakikalık bir kayma olduğu için, sanırım plaket töreni var. Ara vereceğiz ama ondan sonra yine burada Alman, Rus ve İtalyan, Avusturya'dan meslektaşımız sunumlarını yapacaklar. Sizi çok sıkmamak öğleden sonra enerjiniz kalması için burada kesiyorum sözlerimi.

**SUNUCU**- Konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz ve plaketlerini takdim üzere TBB yönetim kurulu üyelerimiz Av. Sayın Gülcihan TÜREV'e ve Av. Kürşat KARACA Bey'i davet ediyorum.

# **„BITTE RECHT VERSTÄNDLICH - DIE BEMÜHUNGEN DER DEUTSCHEN BUNDESREGIERUNG FÜR BESSERE GESETZE“**

*Dr. Jan Görden, Berlin<sup>1</sup>*

## **I. Gesetzgebungsverfahren und gutes Gesetz**

Die letzte Bundesregierung hatte sich bei ihrem Regierungsantritt 2009 die Aufgabe gestellt, für weniger und bessere Gesetze zu sorgen. Hierfür gibt es auch in Deutschland nach wie vor ein dringendes Bedürfnis. So wird erstens der Umfang des geltenden Bundesrechts kritisiert: Dieser bewegt sich mit Schwankungen in einer Größenordnung von etwa 1 700 Stammgesetzen und 2 700 Stammverordnungen mit insgesamt 78 000 einzelnen Vorschriften. Kritisiert wird zweitens, dass die bestehenden Vorschriften zu schnell und zu häufig

---

<sup>1</sup> Der Autor ist Staatsanwalt im Justizdienst des Freistaates Bayern und derzeit abgeordnet an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Er ist dort als Referent im Referat IV A 3 „Rechtsprüfung; Sprachberatung; Allgemeines Verwaltungsrecht“ eingesetzt. Der Aufsatz gibt die private Sicht des Autors auf die Rolle des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz im Gesetzgebungsverfahren wieder. Gegenüber der Fassung des Vortrags vom 27. März 2015 wurde die vorliegende schriftliche Fassung um einige Aspekte ergänzt und vervollständigt; dies führte auch zu Änderungen in der Gliederung.

geändert werden. Ein krasses Beispiel hierfür ist das Einkommenssteuergesetz, dass von 2002 bis 2005 insgesamt 24-mal geändert wurde. Drittens wird die Qualität der Gesetze kritisiert: Diese – so ein Teil der Kritiker – seien zu detailliert. Andere meinen hingegen, sie seien nicht konkret genug. Zudem werde nicht genügend auf die Praxistauglichkeit der Rechtsvorschriften geachtet; oftmals seien die Gesetze für den Normalbürger schlicht unverständlich.

Zu viele, zu oft geänderte und zum Teil unverständliche Gesetze belasten Gerichte, Verwaltung und nicht zuletzt die Bürger und die Wirtschaft. So bemisst sich die Qualität der Rechtsordnung auch danach, ob sich die Vorschriften den Rechtsanwendern problemlos erschließen. Rechtsvorschriften sollen dazu beitragen, dass Konflikte entweder gar nicht eintreten oder sachgerecht gelöst werden können. Gute Gesetze entlasten also die Rechtsprechung. Die Effizienz der Verwaltung ist ein wichtiger Kostenfaktor für die öffentliche Hand. Sie steht in engem Zusammenhang mit den rechtlichen Vorgaben, ob und wie die Behörden tätig werden sollen. Gute Gesetzgebung steigert also die Effizienz der Verwaltung und mindert so deren Kosten. Schließlich muss sich jede Rechtsordnung zunehmend dem internationalen Vergleich stellen. Die Fragen, wie attraktiv Deutschland als Wirtschafts- und Investitionsstandort ist und wie erfolgreich deutsche Firmen sind, hängen wesentlich mit dem rechtlichen Handlungsrahmen zusammen.

Welche organisatorischen Vorkehrungen, welche Instrumente haben die Verantwortlichen also entwickelt, um funktionierende, gute Gesetze vorzubereiten? Die Antwort auf diese Frage soll nachfolgend aus dem Blickwinkel der Bundesregierung, und zwar speziell aus der Sicht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, skizziert werden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bereitet zum einen wie alle anderen Ministerien auch eigene Gesetzentwürfe vor, so zum Beispiel im Bereich des Zivilrechts, des Strafrechts oder des Rechts des Geistigen Eigentums. Zum anderen überprüft es die Rechtsetzungsvorhaben aller anderen Ministerien in rechtlicher und sprachlicher Hinsicht.

Der Bundesregierung kommt für die Ausarbeitung von Gesetzesinitiativen die zentrale Bedeutung zu. Zwar haben neben der Bundesregierung auch der Bundesrat – die Vertretung der Bundesländer – und der Deutsche Bundestag – das Parlament – das Recht, Gesetzesinitiativen auf den Weg zu bringen (vgl. Artikel 76 Absatz 1 des Grundgesetzes [GG]). In der Praxis werden aber circa 80 Prozent der Gesetzesvorschläge von der Bundesregierung erarbeitet, da sie in den Ministerien über die nötigen personellen und zeitlichen Ressourcen sowie über die fachliche Kompetenz verfügt. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Vorbereitung von Parlamentsgesetzen. Der Bereich der administrativen Rechtsetzung, also insbesondere der Erlass von Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung, bleibt ausgeblendet: Im Wesentlichen läuft die Ausarbeitung von Rechtsverordnungen durch die Ministerien aber wie bei den Gesetzentwürfen der Bundesregierung ab.

## **II. Die Rolle der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren**

### **1. Die Vorbereitung der Gesetzentwürfe der Bundesregierung**

#### *1.1. Die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien*

Für die Gesetzentwürfe der Bundesregierung enthält die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) wichtige organisatorische und inhaltliche Anforderungen, die die Qualität der Entwürfe sicherstellen sollen. Insbesondere die umfangreichen Anforderungen an die Gesetzesbegründung, die Regelungen zur Abstimmung und Überprüfung des Entwurfs innerhalb der Bundesregierung sowie die konkreten Vorgaben an die Gestaltung des Gesetzestexts sind wichtige Bausteine für eine gute Gesetzgebung und ein gutes „Endprodukt“ (vgl. §§ 42 bis 50 GGO). Die GGO hat als Geschäftsordnung nicht den Rang eines (generell-abstrakten) Gesetzes; sie bindet als internes Organisationsrecht jedoch die Bundesministerien. Ergänzt wird die GGO unter anderem durch das vom Bundesministerium des Innern herausgegebene „Handbuch zur Vor-

bereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, das alle zu beachtenden Schritte im Gesetzgebungsverfahren beschreibt (vgl. § 42 Absatz 3 GGO).

### *1.2. Das Prinzip der Federführung*

Die GGO geht vom Prinzip der federführenden Verantwortung eines Ressorts für ein Gesetzesvorhaben aus. Federführung heißt: Der Gesetzentwurf wird von dem Ministerium erarbeitet und koordiniert, in dessen Zuständigkeit die Regelungsmaterie überwiegend fällt. Dieses Ministerium muss den Entwurf für die Bundesregierung bis zur Beschlussfassung in den parlamentarischen Gremien und generell nach außen vertreten. Es koordiniert alle Arbeiten am Entwurf und begleitet ihn bis zur Verkündung. Der Federführer muss aber auch die Ressorthoheit der anderen Ministerien respektieren. Deshalb ist er verpflichtet, sich mit den Bundesministerien über den Entwurf abzustimmen, deren Zuständigkeit von dem Regelungsvorhaben ebenfalls berührt ist. Da das einzelne Ministerium nicht zur Einbringung einer Gesetzesvorlage in das Parlament berechtigt ist, sondern nur die Bundesregierung als Kollektivorgan, müssen alle Bundesministerien einen Konsens über das Vorhaben finden. Wie sieht nun dieser Prozess der Ausarbeitung und Konsensfindung im Einzelnen aus?

### *1.3. Der Referenten- und der Diskussionsentwurf*

Eine Gesetzgebungsinitiative der Bundesregierung beginnt formal mit der Erstellung eines Referentenentwurfs. Dieser wird im Fachreferat des federführenden Ministeriums erarbeitet und wird hausintern mit allen anderen fachlich betroffenen Arbeitseinheiten abgestimmt. Vor dem Referentenentwurf werden zum Teil bereits erste informelle Entwürfe oder Papiere mit Eckpunkten erarbeitet und zur Diskussion der Fachöffentlichkeit präsentiert; man spricht hier auch von „Arbeits- oder Diskussionsentwürfen“. Bei schwierigen oder sehr umfangreichen Vorhaben kann das Fachreferat auch externe Gutachten einholen oder eine Expertenkommission mit Vorarbeiten betrauen. So wird derzeit vom Bundesministerium der Justiz und

für Verbraucherschutz eine Expertengruppe eingesetzt, die den Straftatbestand des Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches) und dessen Abgrenzung zum Straftatbestand des Totschlages (§ 212 des Strafgesetzbuches) überprüfen soll.

Die Anlässe für ein konkretes Gesetzgebungsvorhaben sind vielfältig. Die wichtigsten politischen Vorgaben enthält der Koalitionsvertrag, der zu Anfang einer jeden Legislaturperiode zwischen den die Regierung tragenden politischen Parteien geschlossen und dann durch die Bundesregierung „abgearbeitet“ wird. Oft sind Rechtsänderungen auch durch Rechtsakte der Europäischen Union, durch völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland oder durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts veranlasst. Erklärt das Bundesverfassungsgericht gesetzliche Regelungen für ungültig, folgt hieraus in der Regel auch ein Auftrag an den Gesetzgeber, diese Materie rechtlich neu zu regeln. Nicht zuletzt werden die Mitarbeiter der Bundesministerien durch Eingaben von Bürgern, Rechtsanwendern oder Interessenverbänden auf möglichen Änderungsbedarf an der bestehenden Rechtslage hingewiesen.

#### *1.4. Die Ressortabstimmung und die Beteiligung des Nationalen Normenkontrollrates*

Ein Gesetzentwurf entsteht im engen Zusammenwirken der betroffenen Ressorts. Nachdem der hausintern abgestimmte Referentenentwurf von der Leitung des betreffenden Ministeriums – also der Ministerin oder dem Minister – gebilligt wurde, ist er zur Stellungnahme an die fachlich berührten Bundesministerien zu versenden (vgl. § 45 GGO, Anlage 6 zu § 45 Absatz 1 und § 74 Absatz 5 GGO). Die so in die Arbeit am Entwurf einbezogenen Ministerien geben ihre Stellungnahmen aus ihrer fachlichen Sicht ab und streiten oft hartnäckig für ihre Ressortinteressen, so dass oft politische Kompromisse geschlossen werden müssen – darunter leidet dann gelegentlich die Qualität neuer Gesetze. Einige Ressorts nehmen Querschnittsaufgaben für alle Bundesministerien wahr. Sie müssen daher bei jedem Gesetzentwurf beteiligt werden. So wird das Bundes-



ministerium der Finanzen stets wegen der Auswirkungen des Gesetzgebungsvorhabens auf die öffentlichen Haushalte beteiligt. Das Bundesministerium des Innern ist zur Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs und wegen der Einhaltung der Anforderungen an die Ausführungen in der Entwurfsbegründung, etwa zu den erwarteten Gesetzesfolgen zu beteiligen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz schließlich ist in diesem Prozess stets mit der Prüfung aller Entwürfe in rechtlicher und sprachlicher Hinsicht betraut (vgl. § 46 GGO). Seine den Entwurfsprozess begleitende Arbeit bietet Absicherung gegen verfassungsrechtliche Risiken; aufgezeigte Schwachstellen können noch rechtzeitig beseitigt, Formulierungen verbessert, Fehler in der Systematik oder redaktionelle Versehen behoben werden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gibt damit wichtige Hilfen zur Steigerung der Qualität von Rechtsetzungsvorhaben, auf die unter III. noch näher eingegangen wird.

Der Entwurf ist zudem auch an den Nationalen Normenkontrollrat zu versenden (§ 45 Absatz 1 Satz 1 GGO). Hierbei handelt es sich um ein unabhängiges Gremium, welches die Bundesregierung im Bereich Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung unterstützt (vgl. § 1 Absatz 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates). Der Nationale Normenkontrollrat prüft insbesondere die nachvollziehbare Darstellung des Erfüllungsaufwandes und der sonstigen Kosten neuer Regelungen für die Bürger, für die Wirtschaft und für die öffentliche Verwaltung (§ 1 Absatz 3 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates).

Die Frist zur abschließenden Prüfung des Entwurfs durch die Ressorts und den Nationalen Normenkontrollrat beträgt nach der GGO im Grundsatz vier Wochen (§ 50 Satz 1 GGO). Die Frist kann verkürzt werden, wenn alle Beteiligten zustimmen; sie kann bei schwierigen oder umfangreichen Entwürfen auf acht Wochen verlängert werden (§ 50 Satz 2 und 3 GGO). In der Praxis stehen für die Prüfung und Stellungnahme der anderen Ressorts aber oft weniger als vier Wochen zur Verfügung, worunter die Qualität der Entwürfe leidet.



### *1.5. Die Beteiligung der Länder und Verbände sowie weiterer Stellen*

Ein neues Gesetz ist nicht nur eine Abfolge von Paragraphen, sondern gewinnt seine Gestalt erst in der Anwendung auf konkrete Sachverhalte in der Praxis. Ein Gesetzesvorhaben muss daher die erwarteten Auswirkungen und Nebenfolgen seiner praktischen Anwendung abschätzen, analysieren und bewerten. Die Auswirkungen sind dabei insbesondere finanzieller Art: Welche Haushaltsausgaben kommen auf Bund, Länder und Kommunen mit dem neuen Gesetz zu? Was kosten die Wirtschaft, den Bürgern und der öffentlichen Verwaltung die Befolgung der neuen Vorschriften in Zeit und Geld?

Generell muss sich der Gesetzentwurf dem Blick aus der Praxis stellen und er soll frühzeitig einen möglichst breiten Sachverstand einbeziehen. Deshalb muss das federführende Ministerium auch die Bundesländer, kommunale Spitzenverbände, die Abgeordneten und Fraktionen des Deutschen Bundestages, die Fachkreise und Verbände aus Wissenschaft und Wirtschaft, die Presse und noch andere Stellen über die Arbeit am Gesetzentwurf informieren. Es liegt im Interesse der Entwurfsverfasser, eine möglichst breite Akzeptanz ihres Vorhabens zu sichern und Konflikte frühzeitig zu erkennen und auszuräumen. Wichtig für die Ministerien ist hier der Blick von außen und aus der Praxis, denn dieser kann wertvolle Anregungen geben, die der Entwurfsverfasser „in seiner Amtsstube“ zunächst nicht im Blick hatte. So können zum Beispiel Staatsanwälte im Rahmen der Beteiligung der Bundesländer Bedenken äußern, ob sich ein neuer Straftatbestand in der Praxis überhaupt nachweisen lässt. Gleichzeitig können sich die von dem Gesetzesvorhaben Betroffenen frühzeitig auf mögliche Veränderungen einstellen und über die vorgesehenen Wege der demokratischen Ordnung ihren Einfluss geltend machen, insbesondere Wünsche und Ideen für Änderungen am Entwurf vorbringen.

Nach der ersten Ressortabstimmung – gegebenenfalls nach Einarbeitung von Änderungswünschen der beteiligten Ressorts – wird der Gesetzentwurf deshalb an die Bundesländer

sowie an die auf dem jeweiligen Fachgebiet tätigen Fachorganisationen und Interessenverbände zur Stellungnahme versandt (vgl. §§ 47, 48 GGO). Der Referentenentwurf wird außerdem den Fraktionen des Deutschen Bundestages und dem Bundesrat zur Kenntnis gegeben. Die Frist zur Stellungnahme für die so einbezogenen Stellen und Institutionen beträgt in der Regel drei bis vier Wochen.

Diese Sicht von außen und aus der Praxis kann wertvolle Anregungen geben, die die Entwurfsverfasser „in seiner Amtsstube“ zunächst nicht im Blick hatten. So können zum Beispiel Staatsanwälte über die Beteiligung der Bundesländer Bedenken äußern, ob sich ein neuer Straftatbestand in der Praxis überhaupt nachweisen lässt.

Zum Teil wird der Gesetzentwurf auch frei zugänglich in das Internet eingestellt; die Entscheidung darüber liegt aber im Ermessen des federführenden Ressorts (vgl. § 48 Absatz 3 GGO). Die Berücksichtigung der Interessen der Bürger, der Wirtschaft und der sonstigen vom geplanten Gesetz Betroffenen erfolgt aber im Wesentlichen über die Stellungnahmen der betroffenen Fachkreise und der betroffenen Verbände. Hier erfolgt die Bündelung und rechtliche sowie fachliche Aufbereitung der von einem Gesetzentwurf betroffenen Interessen. Ändert zum Beispiel ein Gesetzentwurf Vorschriften zum Verbraucherschutzrecht, müssen nicht die Äußerungen tausender Bürger ausgewertet werden, sondern kann (unter anderem) auf die komprimierten Stellungnahmen der Verbraucherschutzverbände zurückgegriffen werden. Ohnehin ist das für den Entwurf verantwortliche Fachreferat auch für die Eingaben und Anfragen der Bürger sowie Verbände zu diesem Sachgebiet verantwortlich. Es verfolgt zudem Literatur und Rechtsprechung zu diesem Sachgebiet und hat insofern stets einen zumindest groben Überblick über das Meinungsbild in der Gesellschaft zu einer bestimmten Rechtsmaterie. Zum Teil werden die schriftlichen Stellungnahmen der Fachkreise und Verbände in einem mündlichen Anhörungstermin näher mit dem federführenden Ministerium erörtert. Ein Anspruch

auf Übernahme der vorgeschlagenen Änderungen besteht jedoch nicht. Ebenso besteht kein Anspruch auf Mitteilung, wie mit den Kritikpunkten oder Vorschlägen im Einzelnen verfahren wurde.

### *1.6. Die Schlussabstimmung und der Kabinettsbeschluss*

Alle Stellungnahmen sind sodann auszuwerten und in einem Kabinettsentwurf zusammenzuführen. Der Kabinettsentwurf geht sodann unter Hinweis auf die Veränderungen aus der Abstimmung mit den Ländern und Verbänden noch einmal den Ressorts zu. Die Frist für eine Stellungnahme ist nun kürzer als bei der ersten Beteiligung. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz nimmt dann die abschließende Rechtsprüfung des Gesetzentwurfs vor (vergleiche § 46 Absatz 3 GGO). Der so umfassend abgestimmte und geprüfte Entwurf wird abschließend dem Bundeskanzleramt mit der Bitte zugeleitet, eine Entscheidung des Kabinetts herbeizuführen. In der Kabinettsitzung erfolgt in aller Regel keine Streitige Behandlung der Entwürfe: Alle eventuellen Streitfragen sind vor der Kabinettsitzung zu klären und sei es, dass das Rechtsetzungsvorhaben fallen gelassen wird, weil kein Kompromiss zwischen den Ressorts erzielt werden konnte.

## **2. Die Rolle der Bundesregierung im weiteren Gesetzgebungsverfahren**

Auf die Einzelheiten des weiteren Gesetzgebungsverfahrens soll angesichts des spezifischen Blickwinkels – die Rolle der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren – nicht vertieft eingegangen werden. Wichtig für das federführende Ministerium ist im Hinblick auf das weitere Verfahren allerdings die Feststellung: Mit dem Kabinettsentwurf ist die Arbeit noch nicht beendet.

### *2.1. Die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates*

Hat das Kabinett den Gesetzentwurf beschlossen, wird er als Regierungsentwurf dem Bundesrat zur ersten Befassung

zugeleitet (Artikel 76 Absatz 2 Satz 1 GG). Der Bundesrat hat dann in der Regel sechs Wochen Zeit, um eine Stellungnahme zu dem Entwurf abzugeben (Artikel 76 Absatz 2 Satz 2 und 3 GG), zu der sich die Bundesregierung wiederum schriftlich äußern kann. Diese so genannte Gegenäußerung der Bundesregierung ist von dem Ressort auszuarbeiten, das für den Gesetzentwurf federführend zuständig ist (vgl. § 53 Absatz 1 GGO).

### *2.2. Die Mitwirkung im parlamentarischen Verfahren*

Danach leitet die Bundeskanzlerin den Gesetzentwurf mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag weiter; dort erfolgt die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Entwürfen, insbesondere in den verschiedenen Ausschüssen. Bei Regierungsentwürfen werden die verantwortlichen Vertreter der Bundesregierung vor den Beratungen in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages zu Gesprächen mit den Berichterstattern – also den für eine bestimmte Sachmaterie zuständigen Abgeordneten innerhalb einer Fraktion des Deutschen Bundestages – eingeladen. In diesen Hintergrundgesprächen wird die Auffassung der Fraktion zum Gesetzentwurf mit der der Bundesregierung gemessen. Hier werden insbesondere die Änderungswünsche der Fraktionen an dem Gesetzentwurf besprochen. Im Ergebnis solcher Gespräche mit den Berichterstattern der Regierungsfractionen erhält das für den Regierungsentwurf federführende Ministerium in der Regel den Auftrag, den Änderungsantrag für die Fraktion konkret, also in rechtlich, rechtsförmlich und sprachlich einwandfreier Form vorzubereiten – es leistet hier „Formulierungshilfe“. Auch an den dann folgenden Sitzungen der zuständigen Ausschüsse des Deutschen Bundestages nehmen die verantwortlichen Vertreter der Bundesregierung regelmäßig teil. Sie stehen den Abgeordneten im Ausschuss Rede und Antwort zum Gesetzentwurf, zum Beispiel zu inhaltlichen Einzelfragen, zu den Regelungszielen, zu möglichen Alternativen oder zu den erwarteten Auswirkungen auf die Bevölkerung, die Wirtschaft oder den öffentlichen Haushalt.

### 2.3. Mitwirkung bei Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen

Nachdem der Gesetzentwurf erfolgreich den Deutschen Bundestag und auch die zweite Befassung im Bundesrat passiert hat, muss er noch weitere Stationen durchlaufen, um als Gesetz in Kraft zu treten. Der erste Originalabdruck des beschlossenen Gesetzes auf besonders edlem Büttenpapier (die „Bütte“) wird der Bundeskanzlerin sowie dem zuständigen Fachminister zur Gegenzeichnung zugeleitet (vgl. § 58 GGO). Anschließend erhält der Bundespräsident das Gesetz zur Ausfertigung (Artikel 82 Absatz 1 Satz 1 GG, § 59 GGO). Der Bundespräsident unterzeichnet und siegelt das Gesetz und erteilt damit zugleich den Auftrag, es im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen (vgl. § 60 GGO). Das Bundesgesetzblatt ist das amtliche Verkündungsorgan des Bundes. Nach der Vervielfältigung durch die Bundesdruckerei wird das Gesetz durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt verkündet, welches durch die Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH als Druckexemplar vertrieben wird. Mit dem Inkrafttreten entfaltet das neue Gesetz schließlich seine rechtlichen Wirkungen. Das Inkrafttreten von Bundesgesetzen muss daher exakt im Gesetz bestimmt werden; meist geschieht das in den Schlussvorschriften des neuen Gesetzes (vgl. Artikel 82 Absatz 2 GG).

### 3. Exkurs: Evaluierung neuer Regelungsvorhaben

Nach dem Inkrafttreten eines Gesetzes verfolgt das zuständige Ressort dessen Resonanz in der Öffentlichkeit sowie die praktischen Auswirkungen und Probleme der Rechtsänderung. Hierzu hat die Bundesregierung in 2013 ein Evaluationskonzept beschlossen<sup>2</sup>, dass zu einer systematischen

---

<sup>2</sup> Vgl. auch: Bessere Rechtsetzung 2013: Erfolge dauerhaft sichern – zusätzlichen Aufwand vermeiden. Bericht der Bundesregierung 2013 nach § 7 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, März 2014, S. 24 f., abzurufen unter: [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/Buerokratieabbau/2013-03-18-jb-2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Buerokratieabbau/2013-03-18-jb-2013.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (letzter Aufruf am 14. April 2015).

und planmäßigen Evaluation neuer Regelungsvorhaben führen soll. Nach diesem Konzept sollen planmäßig insbesondere Gesetze evaluiert werden, bei denen in einer Ex-ante-Prognose ein jährlicher Erfüllungsaufwand von mindestens 1 Million Euro für die Bürger, die Wirtschaft oder für die Verwaltung zu erwarten ist oder – wenn eine solche Abschätzung nicht möglich ist – nicht ausgeschlossen werden kann. Neben der Höhe des jährlichen Erfüllungsaufwands kann das federführende Ressort noch aus anderen Gründen eine Evaluierung im Gesetzentwurf vorsehen: zum Beispiel bei einem hohen finanziellen Gesamtaufwand des Regelungsvorhabens, besonderer politischer Bedeutung des Entwurfs oder großen Unsicherheiten über die Wirkungen oder über den Verwaltungsvollzug der neuen Rechtsvorschriften. Wichtigstes Kriterium dieser Evaluierung ist, ob die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziele in der Praxis auch erreicht werden. Daneben kommen – je nach Umfang der Evaluierung – noch weitere Prüfkriterien in Betracht: zum Beispiel die positiven oder negativen Nebenfolgen der neuen Regelung, die Akzeptanz der Regelung (beispielsweise die Inanspruchnahme staatlicher Angebote) oder die Praktikabilität der neuen Regelung.

Eine Evaluierung ist hinsichtlich ihrer Tiefe (zum Beispiel Regelungsvorhaben insgesamt, einzelne Bereiche eines neuen Gesetzes, Vollzug neuer rechtlicher Regelungen), der Methodik (von interner Evaluierung bis hin zu einer wissenschaftlichen Evaluierung) und des Umfangs (vom „Zwei-Seiten-Bericht“ bis hin zu einem ausführlichen Bericht) nicht vorbestimmt. Dies gilt auch für den Zeitpunkt, an welchem die Evaluierung durchzuführen ist (in der Regel 3 bis 5 Jahre nach Inkrafttreten der neuen Regelung). Diese Entscheidungen obliegen dem jeweils federführenden Ressort. Die Dokumentation der Ergebnisse der Evaluierung soll mittels Evaluierungsbericht erfolgen, der Aussagen zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands, zu den zugrundeliegenden Daten und Annahmen sowie zu den relevanten Prüfkriterien enthält.

Die Evaluierung neuer Regelungsvorhaben ist dabei kein Selbstzweck: Werden durch die Evaluierung einer Rechtsänderung erhebliche Schwächen oder Fehlsteuerungen aufgedeckt, so kann dies zu einem weiteren Rechtsetzungsvorhaben führen, das versucht, diese Mängel abzustellen.

## **II. Die rechtliche und sprachliche Prüfung von Gesetzentwürfen durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz**

### **1. Die Bedeutung der Rechtsprüfung**

Neben der Vorbereitung von Gesetzentwürfen und von Entwürfen von Rechtsverordnungen überprüft das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, wie bereits erwähnt, die Entwürfe aller anderen Bundesministerien in rechtlicher und sprachlicher Hinsicht. Die rechtliche Überprüfung wird von § 46 GGO für jeden Gesetz- und jeden Verordnungsentwurf verbindlich vorgeschrieben, der der Bundesregierung zur Beschlussfassung im Kabinett vorgelegt wird. Dem Justizminister steht bei dieser Beschlussfassung nach § 26 der Geschäftsordnung der Bundesregierung sogar ein Vetorecht zu, wenn er von der Unvereinbarkeit des Entwurfs mit dem geltenden Recht ausgeht. In der Praxis wird von diesem Vetorecht aber so gut wie nie Gebrauch gemacht, da Konfliktpunkte schon vorher in der Ressortabstimmung beseitigt werden. Durch die intensive rechtliche Kontrolle aller Entwürfe bereits im Gesetzgebungsverfahren soll vermieden werden, dass das Bundesverfassungsgericht nach Inkrafttreten eines Gesetzes bei einer Überprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass das Gesetz nicht mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Dann wäre das Gesetz nichtig und würde keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Das rechtliche Prüfprogramm, das das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hier abarbeitet, muss letztlich auch von dem Ministerium, das den Gesetzentwurf erarbeitet sowie von den Rechtsexperten im Deutschen Bundestag und im Bundesrat beachtet werden.



Die Rechtsprüfung eines Gesetzentwurfs besteht aus einer Prüfung in rechtssystematischer (2.1.) und einer Prüfung in rechtsförmlicher Hinsicht (2.2.). Die rechtliche Prüfung wird ergänzt durch eine sprachliche Überprüfung des Entwurfs (3.). Die konkreten Abläufe der Rechts- und Sprachprüfung neuer Regelungsvorhaben im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sollen anhand eines Beispiels dargestellt werden (4.). Abschließend soll der Stellenwert dieser Rechts- und Sprachprüfung für eine gute Gesetzgebung verdeutlicht werden (5.).

### **2. Inhalt der Rechtsprüfung**

#### *2.1. Die rechtssystematische Prüfung*

Ziel der rechtssystematischen Prüfung ist ein Gesetz, das mit der Rechtsordnung im Einklang steht und insbesondere nicht gegen höherrangiges Recht verstößt. Die rechtssystematische Prüfung umfasst die vertikale und die horizontale Prüfung. Die vertikale Prüfung beschäftigt sich mit der Einordnung des Gesetzentwurfs in höherrangiges Recht, also insbesondere mit der Frage, ob der Gesetzentwurf mit dem Grundgesetz, dem Recht der Europäischen Union und den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland im Einklang steht. Prüfungsmaßstab können hier zum Beispiel die Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte des Grundgesetzes oder auch die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention sein.

Die horizontale rechtssystematische Prüfung fragt zum einen nach der Widerspruchsfreiheit der geplanten gesetzlichen Regelung zu anderen gleichrangigen Rechtsvorschriften. Zu prüfen ist hier zum Beispiel, dass gleiche Inhalte mit gleichen Begriffen belegt werden und rechtliche Sachverhalte zu sinnvollen, übersichtlichen Regelungskomplexen zusammengefasst und nicht in Einzelgesetzen zersplittert werden. Beispielsweise wurden die neuen gesetzlichen Vorschriften zum Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient im Jahr 2013



nicht als eigenes, kleines Stammgesetz in die Rechtsordnung eingeführt, sondern als besonderer Vertragstyp in die Kodifikation des Bürgerlichen Rechts, also das Bürgerliche Gesetzbuch, integriert.

Die horizontale rechtssystematische Prüfung fragt zum anderen nach der Widerspruchsfreiheit der rechtlichen Regelungen innerhalb eines Gesetzentwurfs. Der zuletzt genannte Punkt umfasst verschiedene Teilfragen. So wird regelmäßig der systematische Aufbau des gesamten Entwurfs geprüft: Werden zum Beispiel erst die Pflichten geregelt und dann die Sanktionen bei Verletzung dieser Pflichten? Als weitere Prüfteile kommen hier je nach Art des Rechtsetzungsvorhabens beispielsweise folgende Fragen in Betracht: Werden doppelte oder widersprüchliche Regelungen vermieden? Werden die Begriffe im gesamten Gesetzentwurf einheitlich verwendet? Sind Verweise auf andere Rechtsvorschriften sachgerecht und klar formuliert? Können im Zuge der neuen Regelungen überflüssige oder veraltete Rechtsvorschriften aufgehoben werden? Sind angeordnete Sanktionen verhältnismäßig, insbesondere angemessen. Sind die Rechtsvorschriften in der Praxis problemlos anwendbar?

## *2.2. Die rechtsförmliche Prüfung*

Die rechtsförmliche Prüfung prüft das Vorhaben unter mehr formalen Gesichtspunkten; vereinfacht ausgedrückt handelt es sich um eine Art Lektorat des Gesetzentwurfs. Ziel der rechtsförmlichen Prüfung ist insbesondere die einheitliche Gestaltung von Rechtsvorschriften. Diese Einheitlichkeit kann man zum Beispiel beziehen auf die Gestaltung der Überschriften, die Gliederung eines Gesetzentwurfs, auf die Einheitlichkeit der Schreib- und Zitierweisen (Eigennamen, Abkürzungen, Zahlen etc.) oder auch auf die einheitliche Gestaltung von Verweisen auf andere Rechtsnormen.

Für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen gelten die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gegebenen Empfehlungen. Diese Empfehlun-

gen und Vorgaben sind im Handbuch der Rechtsförmlichkeit<sup>3</sup> gesammelt und sind von den federführenden Ressorts bei der Erarbeitung von Entwürfen von Anfang an zu beachten (vgl. § 42 Absatz 4 GGO). Es handelt sich dabei zum einen um Regeln zu Aufbau, Form und Gestaltung von Rechtsvorschriften, die im Laufe vieler Jahre als Gepflogenheiten entstanden sind und nun im Handbuch der Rechtsförmlichkeit vereinheitlicht wurden, zum anderen um Regeln, die schlichtweg den (verfassungs-) rechtlichen Vorgaben Rechnung tragen oder gewährleisten, dass neue Normen rechtssicher dokumentiert werden können.

Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit enthält zum Beispiel Empfehlungen für einheitliche Schreib- und Zitierweisen. Es enthält ferner Vorgaben, Muster und Empfehlungen für den einheitlichen Aufbau von Gesetzentwürfen von der Überschrift über die Gliederung der einzelnen Vorschriften bis hin zur Regelung zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit beschäftigt sich zudem mit Fragen der sprachlichen Gestaltung von Gesetzen. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit wurde bereits in die chinesische, türkische, rumänische, serbische, russische und englische Sprache übersetzt. Neben diesen Empfehlungen im Handbuch der Rechtsförmlichkeit gibt das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auch Empfehlungen im Einzelfall. Damit kann insbesondere auf aktuelle Entwicklungen und Fragen reagiert werden: Wie kann man zum Beispiel sinnvoll und einheitlich auf Internetseiten im Gesetzestext verweisen?

### *2.3. Exkurs: Das Softwareprogramm „eNorm“*

Diese rechtsförmlichen Regeln sind umfangreich, sehr detailliert und vom Gelegenheitsnutzer nicht leicht zu beherrschen. Etwas Abhilfe schafft hier die Software „eNorm“<sup>4</sup>, die auf

---

<sup>3</sup> Handbuch der Rechtsförmlichkeit. Empfehlungen zur Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage 2008, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Köln.

<sup>4</sup> „eNorm“ ist eine Software der DIaLOGIKA - Gesellschaft für angewand-

dem Textverarbeitungsprogramm „Microsoft Word“ aufbaut. „eNorm“ hilft dem Legisten beim korrekten äußeren Aufbau eines Gesetzentwurfs und bei der Einhaltung der wesentlichen Formalien und rechtsförmlichen Vorgaben. Der Legist wird durch vorgegebene Masken, Formatvorlagen, automatisierte Hinweis- und Hilfetexte sowie Prüffunktionen beim Verfassen des Gesetzentwurfs unterstützt. Diese unterstützenden Funktionen der Software berücksichtigen sowohl die Vorgaben des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit als auch der GGO. „eNorm“ ermöglicht es außerdem, vom ersten Entwurf bis hin zur Verkündung im Bundesgesetzblatt durchgängig mit einem einzigen elektronischen Dokument mit strukturierten Daten zu arbeiten.

### 3. Sprachprüfung

#### 3.1. *Der Redaktionsstab Rechtssprache*

Neue Rechtsvorschriften müssen zudem auch sprachlich richtig und verständlich gefasst sein. Seit 2009 wird die rechtliche Prüfung von Gesetzentwürfen um den Aspekt der verständlichen Rechtssprache ergänzt. Hierzu bestimmt § 42 Absatz 5 GGO: „Gesetzentwürfe müssen sprachlich richtig und möglichst für jedermann verständlich gefasst sein. [...] Gesetzentwürfe sind grundsätzlich dem Redaktionsstab Rechtssprache zur Prüfung auf ihre sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit zuzuleiten.“ Der Redaktionsstab Rechtssprache ist eine beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz angesiedelte Arbeitseinheit eines externen Dienstleisters, die für alle Bundesministerien Gesetzentwürfe und Entwürfe von Rechtsverordnungen auf sprachliche Richtigkeit und Verständlichkeit prüft und auch bei sprachlichen Einzelfragen Auskunft gibt. Insgesamt sind derzeit 10 Sprachwissenschaftler mit der sprachlichen Überprüfung von Gesetz- und Verordnungsentwürfen beschäftigt.

Die Sprachprüfung ist spätestens als Teil der Rechtsprüfung nach § 46 Absatz 1 GGO verbindlich. Für ein optimales Ergebnis sollte der Redaktionsstab Rechtssprache allerdings bereits in einem möglichst frühen Stadium der Arbeit am Gesetzentwurf – im Idealfall noch vor der Erstellung des ersten Entwurfs – beteiligt werden. Denn in dieser frühen Phase ist der Gesetz- oder Verordnungsentwurf noch nicht mit anderen Beteiligten abgestimmt und „festgeklopft“. Zudem entfällt dann auch der innerhalb der Rechtsprüfung übliche Zeitdruck. Ziel der Sprachprüfung ist es, für die angesprochenen Adressaten des Gesetzes bei aller juristisch erforderlichen Präzision ein Höchstmaß an Verständlichkeit zu erzielen. Die Rechtsanwender können dann besser mit den Gesetzen arbeiten, zum Beispiel weil es weniger Auslegungsprobleme gibt. Zudem finden die Bürger leichteren Zugang zum Recht, weil sie die Gesetze verstehen und ihr Handeln an diesen Gesetzen ausrichten können.

### *3.2. Der Anspruch der Verständlichkeit*

Über das, was sprachlich richtig ist, kann man relativ leicht Konsens finden. Schwierigkeiten wirft hingegen das Kriterium der Verständlichkeit bei Rechtstexten auf. Dies liegt insbesondere daran, dass bei einem Rechtstext verschiedene Blickwinkel und Typen von Sprache zusammentreffen. Erstens gibt es die Fachsprache der Fachleute im federführenden Ministerium, also zum Beispiel eines Umweltingenieurs im Umweltministerium, der eventuell mit vielen Fachbegriffen und Sprachformeln aus Chemie und Physik operiert. Zweitens ist die Gesetzessprache Teil der juristischen Fachsprache. Diese verwendet klare, eindeutige, aber zugleich formalisierte und vereinheitlichte Ausdrücke, die mitunter nicht der Gemeinsprache entsprechen. Drittens kommt der sprachwissenschaftliche Sachverstand hinzu, der verstärkt die Allgemeinverständlichkeit von Rechtstexten in den Blick nimmt. Diese drei Sprachen gilt es wie gesagt unter einen Hut zu bringen: Im Rahmen des fachlich Richtigen und juristisch Präzisen ist ein Höchstmaß an Allgemeinverständlichkeit anzustreben. Schließlich richten

sich die meisten Rechtsnormen an den normalen Bürger, der nicht über eine juristische Vorbildung verfügt.

### 3.3. *Umfang der Sprachprüfung*

Je nach zur Verfügung stehender Zeit wird ein Gesetzentwurf dann vom Redaktionsstab Rechtssprache unter folgenden sprachlichen Aspekten geprüft: Sind Rechtschreibung, Zeichensetzung und Grammatik des Entwurfs korrekt? Diese Korrektur „handwerklicher Fehler“ geschieht nur beiläufig. Der eigentliche Anspruch der Sprachprüfung geht über diese Fehlerkorrektur weit hinaus. Auf der Ebene des Wortes wird geprüft, ob die Wortwahl dem Gemeintem entspricht oder ob nicht ein anderes Wort den Sachverhalt präziser regelt. Auch wird auf eine einheitliche Terminologie geachtet: Gleiches muss gleich bezeichnet werden. Auf der Ebene des Satzes werden die typischen langen und verschachtelten Sätze der Juristen in kürzere, präzise Sätze geteilt: Ein Satz sollte möglichst nur eine inhaltliche Aussage enthalten.

Sprachprüfung bleibt nicht an der sprachlichen Oberfläche eines Gesetzentwurfs stehen: Die Arbeit am Entwurfstext führt automatisch auch zu einer Auseinandersetzung mit dem Inhalt, dem systematischen Aufbau und der Textstruktur des Entwurfs. So wird auch geprüft, ob der Entwurf inhaltliche Unklarheiten, Redundanzen, Widersprüche oder Lücken aufweist, ob die Reihenfolge und die Zusammenhänge der einzelnen Regelungen schlüssig sind oder ob die Möglichkeit zur Untergliederung von Rechtsvorschriften in Abschnitte, Paragraphen, Absätze, Sätze etc. sinnvoll eingesetzt wird, insbesondere einzelne Gliederungseinheiten nicht mit zu vielen inhaltlichen Aussagen überfrachtet werden. Für diese Prüfung gilt die Faustregel: Ein Paragraph sollte höchstens aus fünf Absätzen und ein Absatz höchstens aus drei Sätzen bestehen.

Dabei wird der Gesetzentwurf vom Redaktionsstab Rechtssprache nicht nur kritisiert, sondern es werden im Gespräch mit den Mitprüfern im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und den Textverfassern im Bundes-

ministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur konkrete Vorschläge für bessere Formulierungen oder eine übersichtlichere Gliederung des Gesetzentwurfs entwickelt. Diese sprachlichen Vorschläge haben aber nur empfehlenden Charakter (vgl. § 42 Absatz 5 Satz 5 GGO).

### 3.4. Sprachprüfung – ein Beispiel aus der Praxis

Ein kleines Beispiel aus dem Jugendarbeitsschutzgesetz soll diese abstrakten Ausführungen zur Arbeit der Sprachberatung illustrieren:

„§ 3

*Verzeichnisse **der** Jugendlichen*

*Arbeitgeber haben Verzeichnisse der bei ihnen beschäftigten Jugendlichen unter Angabe des **Vor-** und Familiennamens, des Geburtsdatums und der Wohnanschrift zu führen, **in denen** das Datum des Beginns der Beschäftigung bei ihnen, bei einer Beschäftigung unter Tage auch das Datum des Beginns dieser Beschäftigung, enthalten ist.“*

Bei dieser Vorschrift zu „Verzeichnissen der Jugendlichen“ fällt auf, dass bereits die Überschrift des Paragraphen unklar ist: Sind es Verzeichnisse, in denen Jugendliche einzutragen sind oder sind es Verzeichnisse, die Jugendlichen gehören (Fettdruck). Zudem ist der Satz sehr lang und komplex. Dadurch erschließt sich zum Beispiel nur schwer, auf was sich die Wörter „in denen“ beziehen (Fettdruck). Die Regelung enthält ferner einige Wiederholungen (Unterstreichung). Inhaltlich stellt sich die Frage, warum nur ein einziger Vorname angegeben werden muss (Fettdruck und Unterstreichung); häufig verfügt eine natürliche Person in Deutschland über mehrere Vornamen. Wie könnte nun ein Vorschlag der Sprachberatung aussehen?

§ 3

Verzeichnisse über Jugendliche

*Arbeitgeber haben Verzeichnisse über die bei ihnen beschäftigten Jugendlichen zu führen. Diese Verzeichnisse müssen folgende Angaben enthalten:*

1. *Vornamen und Familiennamen,*
2. *Geburtsdatum,*
3. *Wohnanschrift,*
4. *Datum des Beschäftigungsbeginns bei diesem Arbeitgeber,*
5. *bei einer Beschäftigung unter Tage auch das Datum des Beginns dieser Unter-Tage-Tätigkeit.*

Die geänderte Überschrift stellt klar, dass dieser Paragraph Verzeichnisse über Jugendliche regelt. Die komplexe Satzstruktur wird durch die Aufteilung in zwei Sätze aufgelöst. Der erste Satz enthält die Hauptaussage, dass die Arbeitgeber Verzeichnisse zu führen haben. Der zweite Satz listet dann übersichtlich in Nummern auf, welche Angaben in diesem Verzeichnis enthalten sein müssen – unter anderem auch sämtliche Vornamen des Jugendlichen (Satz 2 Nummer 1).

#### *4. Ablauf der Rechts- und Sprachprüfung*

Ein Beispiel soll veranschaulichen, wie die Rechts- und Sprachprüfung im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz konkret abläuft. Im Beispielsfall erarbeitet das hierfür federführende Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur einen Entwurf für ein neues Telekommunikationsgesetz. Bevor die Bundesregierung über diesen Entwurf im Kabinett beschließen kann, ist er dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zur Rechts- und Sprachprüfung zuzuleiten.

Die Prüfung übernimmt und koordiniert im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz das Referat, das fachlich und in dieser Mitprüfungstätigkeit auf dieses

Rechtsgebiet spezialisiert ist, im Beispielsfall das Referat III B 1 „Kartellrecht; Telekommunikations- und Medienrecht; Außenwirtschaftsrecht“. Dieses Referat beteiligt weitere Fachreferate im Haus, wenn einzelne rechtliche Fragen in deren Fachbereich fallen. So wird beispielsweise bei datenschutzrechtlichen Sachverhalten das Referat IV A 5 „Datenschutzrecht; Recht der Bundesstatistik“ um rechtliche Mitprüfung gebeten. Bei komplizierten Regelungen zum Übergang zwischen alter und neuer Rechtslage wird das Referat IV A 3 „Rechtsprüfung; Sprachberatung; Allgemeines Verwaltungsrecht“ nach seiner rechtlichen Einschätzung gefragt. Das Referat IV A 3 ist nämlich unter anderem für Grundsatzfragen der Rechtsprüfung zuständig; es nimmt überdies die rechtsförmliche und sprachliche Prüfung der Gesetz- und Verordnungsentwürfe vor, die das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz selbst ausarbeitet.

Regelmäßig erfolgt eine Prüfung von Gesetzentwürfen auf verfassungsrechtliche Probleme durch die beiden Verfassungsreferate im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: zum einen dem Referat IV A 1 „Grundrechte“, zum anderen dem Referat IV A 2 „Verfassungsrecht der Staatsorganisation; Finanzverfassungsrecht“. Der besondere Stellenwert der verfassungsrechtlichen Prüfung von Gesetzentwürfen wird auch dadurch verdeutlicht, dass das Bundesministerium des Innern diese Prüfung parallel durchführt (vgl. § 45 Absatz 1 Satz 3 GGO). Selbst diese intensive verfassungsrechtliche Prüfung kann nicht verhindern, dass in Einzelfällen ein Gesetz später vom Bundesverfassungsgericht beanstandet wird. So loten zum Beispiel Sicherheitsgesetze die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen aus oder kann die Frage der Angemessenheit einer Einschränkung von Grundrechten unterschiedlich beurteilt werden.

Aus diesen verschiedenen rechtlichen Stellungnahmen wird dann eine einheitliche Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur verfasst. Ergänzt



wird diese rechtliche Stellungnahme durch sprachliche Anmerkungen und Kommentare des Redaktionsstabs Rechtssprache zum Gesetzentwurf. Hierfür leitet das Mitprüfungsreferat III B 1 den Gesetzentwurf dem Redaktionsstab Rechtssprache zur sprachlichen Prüfung zu.

In der Regel läuft dieser Prüfungsprozess zwischen dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und dem anderen Ministerium, im Beispielsfall dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, mehrmals ab, bis für alle Konfliktpunkte Kompromisse gefunden worden sind. Die Fachreferate der federführenden Ministerien können das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz schon zu Vorarbeiten am Gesetzentwurf hinzuziehen; so können bereits in einem frühen Stadium der Entwürfe rechtliche Fragen geklärt werden. In der Regel werden die Gesetzentwürfe nach Beendigung der Vorarbeiten dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz mit der ausdrücklichen Bitte um Rechtsprüfung übersandt. Das erleichtert die spätere, durch § 46 Absatz 1 GGO vorgeschriebene abschließende Rechtsprüfung zur Fertigstellung des Kabinettsentwurfs. Werden alle Mängel abgestellt oder zumindest Kompromisse gefunden, so bescheinigt das Referat III B 1 des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in einem sogenannten Prüfattest, dass gegen den Gesetzentwurf keine rechtssystematischen und keine rechtsförmlichen Bedenken bestehen.

##### *5. Der Beitrag der Rechts- und Sprachprüfung für eine bessere Rechtsetzung*

Die Rechts- und Sprachprüfung der Gesetz- und Verordnungsentwürfe anderer Ressorts durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ist ein wichtiger Beitrag für eine bessere Rechtsetzung. Entscheidend für diese Einschätzung ist, dass es im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem neutralen fachlichen „Blick von außen“ auf den Gesetzentwurf kommt. Es stehen nicht die

politischen Vorgaben, die Interessen und das Vorverständnis der Textverfasser im Vordergrund, sondern die rechtliche Expertise eines unabhängigen, auf das jeweilige Rechtsgebiet spezialisierten Referats. Durch das Prinzip der Unterbeteiligung weiterer Referate kann zudem der gesamte juristische Sachverstand des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in die rechtliche Prüfung einfließen.

Das Prinzip des neutralen „Blicks von außen“ gilt auch für die Sprachprüfung. Bewusst erfolgt die Prüfung hier nicht durch sprachlich besonders ausgebildete Juristen, sondern durch Sprachwissenschaftler. Dies hat insbesondere den Vorteil, dass die Sprachberater die Perspektive des Normadressaten, der in der Regel kein Jurist, sondern der Normalbürger ist, einnehmen können – das Argument „Juristen wissen schon, wie das gemeint ist“, zählt daher nicht. Der Hauptfeind einer effektiven Rechts- und Sprachprüfung, mithin für gute Gesetzgebung, ist der Zeitfaktor. Schon diese wenigen Aspekte guter Gesetzgebung, die hier beleuchtet wurden, verdeutlichen: Gute Gesetze brauchen Zeit, bessere Gesetze brauchen noch mehr Zeit. Die GGO sieht hier zwar bestimmte Fristen für Stellungnahmen, Abstimmungsvorgänge sowie die Rechts- und Sprachprüfung vor. Beispielsweise ist eine regelmäßige Frist von vier Wochen für die abschließende Prüfung eines Gesetzentwurfs vorgeschrieben (§ 50 GGO, vgl. auch oben I.1.4.). In der Praxis besteht aber regelmäßig weniger Zeit zur rechtlichen und sprachlichen Überprüfung eines Gesetzentwurfs. So stehen die federführenden Ministerien oft unter hohem politischem und zeitlichem Druck, einen noch nicht den rechtssystematischen und rechtsförmlichen Anforderungen genügenden Entwurf zu einem bestimmten, politisch günstigen Zeitpunkt zur Beschlussfassung im Kabinett präsentieren zu müssen. So kommt es zum Beispiel zu Änderungen am Entwurf „in letzter Minute“, die die Folgen für andere Rechtsvorschriften oder das gesamte Regelungskonzept nicht bedenken.

# DAHA İYİ KANUNLAR İÇİN ALMAN HÜKÜMETİNİN ÇABALARI

*Dr. Jan Görden  
Berlin\**

## I. Yasama Prosedürü ve İyi Bir Kanun

En son Federal Hükümet, 2009 yılında hükümetin başına geçtiğinde kanunların daha az ve iyi olmasını sağlamayı kendine görev edinmişti. Bu konuda Almanya'da da hala acil bir ihtiyaç mevcuttur. Bu nedenle, öncelikle federal kanununun kapsamı eleştirilmektedir: kapsamı, 1 700 ana kanun ile toplam 78 000 ayrı düzenlemeden oluşan 2 700 ana yönetmelik arasında değişmektedir. İkincisi, mevcut düzenlemelerin çok hızlı ve sık değiştirilmesi eleştirilmektedir. Bunun apaçık bir örneği, 2002 ile 2005 yılı arasında toplam 24 kez değiştirilen gelir vergisi kanunudur. Üçüncüsü, kanunların kalitesi eleştirilmektedir: Bazı eleştirmenlerin düşündüğü gibi bunlar fazla ayrıntılıymış. Bazılarının düşüncesine göre ise yeterince somut değillermiş. Ayrıca, uygulamada kullanılabilir olup olmadıklarına yeterin-

---

\* Yazar, Bavyera Özgür Devleti'nin yargı hizmetinde Cumhuriyet Savcısı'dır ve şu anda Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nda görevlidir. Orada IV A 3 "kanunl inceleme, dil danışmanlığı, genel idare hukuku" bölümünün şefidir. Bu kompozisyon, yazarın Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nun kanunma sürecindeki rolü hakkındaki şahsi görüşünü yansıtmaktadır. 27 Mart 2015 tarihli konferansın sürümü karşısında mevcut yazılı sürüm bir çok açıdan düzeltilip tamamlanmıştır; bu, aynı zamanda yapısında da değişikliklere yol açmıştır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ce dikkat edilmemektedir; kanunlar çoğu zaman sıradan vatandaşlar için anlaşılır değilmiş.

Fazla sayıdaki çok sık değiştirilen ve kısmen anlaşılmaz şekilde olan kanunlar mahkemeleri, idareleri ve nihai olarak vatandaşları ve ekonomiyi sıkıntıya sokmaktadır. Bu nedenle hukuk düzeninin kalitesi, bu düzenlemelerden hukuk uygulayıcılarının sorunsuz bir şekilde yararlanıp yararlanamadığına göre ölçülmektedir. Kanunl düzenlemeler, anlaşmazlıkların ya hiç oluşmamasına ya da uygun bir şekilde çözülebilmesine yardımcı olmalıdır. Yani iyi kanunlar hukuk ilmini rahatlatmaktadır. İdarenin verimliliği, kamu sektörü için önemli bir maliyet faktörüdür. Kanunl düzenlemeler ile makamların faaliyet gösterip göstermemeleri ve gösterecekleri zaman nasıl gösterecekleri konusunda yakından bağlantılıdır. Yani iyi bir kanunma, idarenin verimini arttırıp maliyetlerini azaltmaktadır. Sonuçta her bir hukuk düzeni, giderek uluslararası olarak karşılaştırılmak zorundadır. Ekonomi ve yatırım yeri olarak Almanya'nın ne kadar çekici olduğu ve Alman şirketlerinin ne kadar başarılı olduğu konusundaki sorular, özellikle kanunl çerçeveye bağlıdır. Yani yetkililer, işleyen iyi kanunları hazırlamak için hangi örgütsel düzenlemeleri, hangi araçları geliştirdiler? Bu sorunun cevabı, aşağıdaki gibi Federal Hükümet'in açısından özellikle Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nın açısından özetlenmelidir. Bir yandan Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, tüm diğer bakanlıklar gibi kendi kanun taslaklarını hazırlamaktadır, örneğin Medeni Kanun, Ceza Kanunu veya Fikri Mülkiyet Kanunu alanında. Diğer yandan tüm bakanlıkların kanunma planlarını kanunl ve dil açısından incelemektedir.

Federal hükümet, kanunl girişimlerin geliştirilmesi için merkezi bir önem kazanmaktadır. Federal hükümetin yanında Federal Konsey - Eyaletlerin Temsilcisi - ve Federal Almanya Parlamentosu- Parlamento, kanunl girişimleri hazırlama hakkına sahiptir (Anayasa'nın [AY] 76.madde 1.fıkrasına bkz.). Fakat uygulamada kanun önerilerinin yaklaşık yüzde 80'i, bakanlıklarda gerekli personel ve zaman kaynaklarına ve uzman-

lıklara sahip olduğundan Federal Hükümet tarafından düzenlenmektedir. Aşağıdaki açıklamalar parlamento kanunlarının hazırlanması ile sınırlıdır. İdari kanun çıkarma alanı, yani kanunl düzenlemelerin özellikle Federal Hükümet tarafından çıkarılması, gizli kalmaktadır: kanunl düzenlemelerin hazırlanması aslında bakanlıklar tarafından ve kanun taslaklarının hazırlanması Federal Hükümet tarafından gerçekleşmektedir.

## II. Kanunlaştırma Sürecinde Federal Hükümet'in Rolü

### 1. Federal Hükümet'in Kanun Taslaklarının Hazırlanması

#### 1.1. Federal Bakanlıkların Ortak Usul Kuralları

Federal Hükümet'in kanun taslakları için Federal Bakanlıkların Ortak Usul Kurallarında (GGO) taslakların kaliteli olmasını sağlamak için önemli örgütsel ve içeriksel şartlar vardır. Özellikle kanunma açıklaması ile ilgili kapsamlı şartlar, Federal Hükümet içinde taslağın ayarlanması ve incelenmesi için kurallar ve kanun metninin tasarımı için özel kurallar iyi bir kanunma ve iyi bir „nihai ürün“ için önemli bir yapı taşıdır (GGO 42 ila 50.maddesine bkz.). GGO, Usul Kuralları olarak bir (genel-soyut) kanun düzeyinde değildir; ancak iç teşkilat kanunu olarak Federal Bakanlıkları bağlamaktadır. GGO'ya diğerlerinin yanı sıra Federal İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan ve kanunma sürecinde tüm dikkate alınması gereken adımları açıklayan „Kanunl ve İdari Yönetmeliklerin Hazırlanması için Rehber“ eklenmektedir (GGO 42.made 3.fıkrasına bkz.).

#### 1.2. Öncülük İlkesi

GGO, kanun planı için bir yetki alanının öncü sorumluluk ilkesinden yola çıkmaktadır. Öncülük şu anlama gelmektedir: kanun taslağı, düzenlenmesi gereken kanun için çoğunlukla yetkili olan bakanlık tarafından geliştirilip koordine edilir. Bu bakanlık, hüküm verilene kadar meclis komitelerinde ve dışı doğru Federal Hükümet adına taslağı temsil etmelidir. Taslak-taki tüm çalışmaları koordine edip ilan edilmesine kadar buna

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

eşlik eder. Öncü, aynı zamanda diğer bakanlıkların yetki alanı üstünlüğünü de dikkate almalıdır. Bu nedenle, düzenleme planından yetki alanları etkileneceği Federal Bakanlıklarla da taslak hakkında anlaşmak zorundadır. Bir bakanlık tek başına bir kanun tasarısını parlamentoya dahil etmeye yetkili olmadığından tüm Federal Bakanlıklar bu plan hakkında bir anlaşmaya varmalıdır, çünkü buna sadece kolektif bir organ olarak Federal Hükümet yetkilidir. Peki, bu hazırlık ve anlaşma sürecinin ayrıntıları nedir?

### *1.3. Uzman ve Tartışma Taslağı*

Federal Hükümet'in kanunma girişimi, bir uzman taslağının resmi olarak oluşturulması ile başlar. Bu, yetkili bakanlığın uzman bölümünde hazırlanıp bakanlık içinde tüm diğer ilgili uzmanlık birimleri ile karşılaştırılır. Uzman taslağı oluşturulmadan önce ilk resmi olmayan taslaklar veya kağıtlar en önemli konuları ile kısmen hazırlanıp tartışılmak üzere profesyonel kamuya sunulur; bunlara aynı zamanda „çalışma veya tartışma taslakları“ da denir. Zor veya çok kapsamlı planlarda uzman bölüm, dışarıdan gelen bilirkişilerin görüşlerini alabilir veya ön çalışmalar ile bir uzman komitesini görevlendirebilir. Bu nedenle, şu anda Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı tarafından bir cinayeti suç sayan özellikler (Ceza Kanunu'nun 211.maddesi) ve bu özellikler ile adam öldürmeyi suç sayan özellikler (Ceza Kanunu'nun 212.maddesi) arasındaki farkı inceleyecek bir uzman ekibi görevlendirilmektedir. Somut bir kanunma planı için farklı nedenler olabilir. Her bir kanunma döneminin başında hükümeti taşıyan siyasi partiler arasında yapılan ve ardından Federal Hükümet tarafından „işlenen“ koalisyon anlaşmasında en önemli siyasi kurallar mevcuttur. Çoğu zaman kanun değişiklikleri, Avrupa Birliği'nin kanunl eylemleri, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin uluslararası yükümlülükleri veya Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile gerçekleştirilir. Federal Anayasa Mahkemesi, bir kanunl düzenlemeyi geçersiz olarak kabul ettiğinde bundan dolayı genellikle kanun koyucusunu da bu malzemeyi kanunl olarak yeniden düzenlemesi için görevlendirir. En azından Federal

Bakanlıkların çalışanları, vatandaşlar, hukuk uygulayıcıları veya çıkar gruplarının girişleri ile mevcut kanunl durumdaki olası değişiklik ihtiyaçlarına yönelik uyarılırlar.

*1.4. Bölüm Koordinasyonu ve Ulusal Norm Denetim  
Konseyi'nin Katılımı*

Kanun taslağı, ilgili bölümlerin yakın işbirliği içinde oluşmaktadır. Bakanlık içinde koordine edilen uzman taslakları, ilgili bakanlığın müdürü tarafından – yani bakan tarafından – onaylandığında uzmanlık alanına girilen Federal Bakanlıklara görüşleri alınmak üzere gönderilmelidir (GGO 45.madde, GGO 45.madde 1.fıkrası ve 74.madde 5.fıkrası ile ilgili ek 6'ya bkz.). Böylece taslağın çalışmasına dahil edilen bakanlıklar, uzmanlıkları açısından görüşlerini verip genellikle siyasi uzlaşmaların yapılması gerekecek şekilde ( bundan genellikle yeni kanunların kalitesi etkilenir) çoğu zaman bölüm çıkarları için ısrarla tartışırlar. Bazı bölümler, tüm Federal Bakanlıklar için kesişen görevleri dikkate alırlar. Bu nedenle, her bir kanun taslağında dahil edilmeleri zorunludur. Böylece Federal Maliye Bakanlığı, kanunma planının etkisinden dolayı daima kamu bütçelerine dahil edilir. Federal İçişleri Bakanlığı, taslağı Anayasaya uygunluğu açısından kontrol etmek ve taslak açıklamasındaki açıklamaların gereksinimlerini yerine getirmek için beklenen kanun sonuçlarına karşı dahil edilmelidir. Sonuçta Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, bu süreçte tüm taslakların kanunl ve dil açısından kontrol edilmesiyle daima görevlidir (GGO 46.maddesine bkz.). Taslak sürecine eşlik eden işleri, Anayasal risklere karşı koruma sağlar; tespit edilen zayıf yönleri zamanında bertaraf edilebilir, formülasyonlar düzeltilebilir, sistematigindeki hatalar veya editoryal hatalar ortadan kalıdırılabilir. Böylece Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, kanunma planlarının kalitesinin arttırılması için III. madde de ayrıntılı olarak açıklanan önemli desteğı sağlar.

Taslak aynı zamanda Ulusal Norm Denetim Konseyi'ne gönderilmelidir (GGO 45.madde 1.fıkra 1.cümlesi). Bu konsey, Federal Hükümet'i bürokrasinin azaltılması ve daha iyi kanunmanın yapılması alanında destekleyen bağımsız bir

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

komitedir (Ulusal Norm Denetim Konseyi'nin Kullanılması için Kanun'un 1.made 2.fıkrasına bkz.). Ulusal Norm Denetim Konseyi, özellikle düzenlemelerin gerçekleştirilmesi için maliyetlerin ve diğer maliyetlerin vatandaşlar, ekonomi ve kamu idaresi için anlaşılır şekilde gösterilmesini kontrol eder (Ulusal Norm Denetim Konseyi'nin Kullanılması için Kanun'un 1.made 3.fıkrası).

Taslağın bölümler ve Ulusal Norm Denetim Konseyi tarafından sağlanan nihai kontrolü için süre, prensipte GGO'ya göre 4 haftadır (GGO 50.madde 1.fıkrası). Tüm katılımcılar onayladığında bu süre kısaltılabilir; zor veya kapsamlı taslaklarda sekiz haftaya uzatılabilir (GGO 50.madde 2 ve 3.cümlesi). Ancak, uygulamada diğer bölümlerin kontrolü ve görüşleri için genellikle dört haftadan daha kısa bir süre sağlanır, bu ise taslakların kalitesini olumsuz etkiler.

### *1.5. Ülkelerin, Derneklerin ve Diğer Yerlerin Katılımı*

Yeni bir kanun, sadece bir dizi paragraftan oluşmaz aynı zamanda uygulamadaki somut konuların uygulanmasıyla şeklini alır. Bu nedenle bir kanun planı, pratik uygulamadaki beklenen etkileri ve ek sonuçları tahmin etmelidir, incelemelidir ve değerlendirmelidir. Bu durumdaki etkileri özellikle maddi etkilerdir: yeni kanun ile federasyon, ülkeler ve belediyeler için hangi bütçe giderleri oluşacak? Yeni yönetmeliklerin uygulama maliyeti, zaman ve para açısından ekonomi, vatandaş ve kamu idaresi için ne olacak? Genel olarak kanun taslağı uygulama yönüyle yüzleşmelidir ve erkenden mümkün mertebe geniş kapsamlı bilgiler dahil etmelidir. Bu nedenle yetkili bakanlık, eyaletleri, kamu derneklerini, Federal Almanya Parlamentosu'nun milletvekillerini ve siyasi grupları, bilim ve ekonomi alanındaki mesleki grupları ve dernekleri, basını ve diğer yerleri kanun taslağı çalışması hakkında bilgilendirmelidir. Planın mümkün mertebe kabul edilmesini sağlamak ve anlaşmazlıkları erkenden farkedip ortadan kaldırmak taslağı oluşturanın çıkarınadır. Burada bakanlıklar için dıştan bakış ve uygulama açısı önemlidir çünkü bunlarla taslak oluşturunun „makamında“ öncelikle farketmediği önemli öneriler



sağlanabilir. Böylece örneğin Cumhuriyet Savcıları, eyaletlerin katılımı kapsamında uygulamada yeni suç sayma özelliklerinin kanıtlanabilir olup olmadığı konusundaki tereddütlerini ifade edebilirler. Aynı zamanda kanun planından etkilenecek olanlar, erkenden olası değişikliklere karşı kendilerini hazırlayabilirler ve demokratik düzenin öngörülen yolları üzerinden etkilerini kullanabilirler, özellikle taslak üzerindeki değişiklikler hakkında talep ve fikirlerini sunabilirler.

Bu nedenle, ilk bölüm koordinasyonundan sonra – gerektiğinde katılan bölümlerin değişiklik taleplerinin işlenmesinden sonra – kanun taslağı eyaletlere ve ilgili uzmanlık alanında faaliyet gösteren mesleki örgütler ve çıkar gruplarına görüşleri alınmak üzere gönderilir (GGO 47, 48.maddesine bkz.). Uzman taslağı, Federal Almanya Parlamentosu'nun siyasi gruplarına ve Eyalet Temsilciler Meclisi'ne bunları bilgilendirmek amacıyla gönderilir. Bu şekilde dahil edilen yerlerin ve enstitülerin görüşlerini beyan etme süresi genelde üç ila dört haftadır.

Bu dıştan bakış ve uygulama açısı, taslak oluşturucunun „makamında“ öncelikle farketmediği önemli öneriler sağlayabilir. Böylece örneğin Cumhuriyet Savcıları, eyaletlerin katılımı kapsamında uygulamada yeni suç sayma özelliklerinin kanıtlanabilir olup olmadığı konusundaki tereddütlerini ifade edebilirler.

Kanun taslağı serbest bir şekilde erişilmek üzere internete de koyulur; ancak bu konudaki karar yetkili bölümün takdirine kalmaktadır (GGO 48.madde 3.fıkrası). Vatandaşların, ekonominin ve planlanan kanundan etkilenecek diğer yerlerin çıkarlarının dikkate alınması aslında ilgili mesleki grupların ve ilgili derneklerin görüşleri üzerinden gerçekleşir. Burada, kanun taslağından etkilenen çıkarlar birleştirilir ve kanun ve teknik hazırlıkları yapılır. Örneğin bir kanun taslağı, Tüketicinin Korunması Hukuku ile ilgili yönetmelikleri değiştirdiğinde binlerce vatandaşın görüşü değerlendirilmek zorunda kalınmaz, aksine sadece (diğer hususların yanısıra) Tüketiciyi Koruma Dernekleri'nin özetlenmiş görüşlerine başvurulması yeterli olur. Taslak için sorumlu olan bölüm zaten vatandaşla-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

rın ve derneklerin bu konudaki kayıtlarından ve sorularından sorumludur. Ayrıca, bu alandaki literatür ve yargı yetkisini takip edip kanunl konularda toplumun görüşü hakkında genel bakışa sahiptir. Mesleki grupların ve derneklerin yazılı yorumları kısmen sözlü bir dinleme gününde ayrıntılı olarak yetkili bakanlık ile görüşülmektedir. Ancak önerilen değişiklikleri uygulama hakkına sahip değildir. Ayrıca, eleştirilen hususların veya önerilerin nasıl işlendiği ile ilgili herhangi bir bilgilendirme hakkı da bulunmamaktadır.

### *1.6. Nihai Oylama ve Bakanlar Kurulu Kararı*

Tüm yorumlar değerlendirilip Bakanlar Kurulu taslağında birleştirilmelidir. Bakanlar Kurulu taslağı, değişiklikler hatırlatılarak ülkeler ve dernekler ile oylama yapıldıktan sonra tekrar bölümlere gönderilir. Herhangi bir yorum yapabilmek için ilk katılımdaki süreden daha kısa bir süre vardır. Ardından Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı kanun taslağının nihai kanunl kontrolünü yapmaktadır (GGO 46.madde 3.fıkra-sına bkz.). Böylece kapsamlı bir şekilde oylanan ve kontrol edilen taslak daha sonra Federal Başbakanlık makamına Bakanlar Kurulu tarafından karar verilmesi ricası ile iletilmektedir. Bakanlar Kurulu toplantısında genel olarak taslaklarda herhangi bir sorun çıkmamaktadır: Tüm olası anlaşmazlık sorunları Bakanlar Kurulu toplantısından önce çözülmelidir, bölümler arasında uzlaşma sağlandığından kanunma planından vazgeçilirse bile.

## **2. Sonraki Yasama Sürecinde Federal Hükümet'in Rolü**

Sonraki kanunma süreci ile ilgili ayrıntılar, özel perspektif açısından – sonraki kanunma sürecinde Federal Hükümet'in rolü – derinlemesine ele alınmamalıdır. Ancak sonraki süreç ile ilgili yetkili bakanlık için şu tespit önemlidir: Bakanlar Kurulu taslağı ile iş henüz tamamlanmış sayılmaz.

### 2.1. Eyalet Temsilciler Meclisi'nin Yorumu ile ilgili Federal Hükümet'in Karşı Beyanı

Bakanlar Kurulu kanun taslağına karar verdiği taslak, hükümet taslağı olarak ilk uğraş için Eyalet Temsilciler Meclisi'ne iletilir (AY'nın 76.madde 2.fıkra 1.cümlesi). Bu durumda genellikle Eyalet Temsilciler Meclisi'nin taslak hakkında yorumda bulunmak için altı haftadan oluşan bir süresi vardır (AY'nın 76.madde 2.fıkra 2 ve 3.cümlesi), bu yoruma Federal Hükümet yazılı bir yorumda bulunabilir. Federal Hükümet'in bu sözde karşı beyanı, kanun taslağı için yetkili bölüm tarafından işlenmelidir (GGO 53.madde 1.fıkrasına bkz.).

### 2.2. Parlamenter Süreçteki Etkisi

Ardından Başbakan, Eyalet Temsilciler Meclisi'nin yorumu ve Federal Hükümetin karşı beyanı ile kanun taslağını Almanya Federal Parlamento'suna iletir; burada taslakların içerik ile ilgili tartışmaları özellikle çeşitli komitelerde gerçekleştirilir. Hükümet taslaklarında Federal Hükümet'in sorumlu temsilcileri, Federal Almanya Parlamentosu'nun komisyonlarında yapılan görüşmelerden önce raportörler ile görüşmek üzere - yani belirli bir konu için Federal Almanya Parlamentosu'nun bir siyasi parti içindeki yetkili milletvekili - davet edilirler. Bu arka plan görüşmelerinde siyasi partinin kanun taslağı hakkındaki görüşü Federal Hükümet'in görüşü ile karşılaştırılır. Burada özellikle siyasi partilerin kanun taslağı ile ilgili değişiklik talepleri görüşülür. Hükümetin siyasi partilerinin raportörleri ile gerçekleştirilen bu görüşmelerin sonunda genellikle hükümet taslağı için yetkili olan bakanlık, siyasi parti için değişiklik talebini somut olarak, yani hukuk, kanunlar için biçimler ve dil açısından kusursuz bir şekilde hazırlamakla görevlendirilir - burada „formülasyon desteği“ sağlar. Federal Hükümet'in sorumlu temsilcileri, Federal Almanya Parlamentosu'nun ilgili komisyonlarının sonraki toplantılarına da düzenli olarak katılırlar. Kanun taslağı ile ilgili komisyonda milletvekillerine içeriksel ayrıntılar, düzenleme hedefleri, olası alternatifler veya halk, ekonomi veya devlet bütçesi için beklenen etkiler hakkında bilgi ve cevap verirler.

### 2.3. Kanunların Hazırlanması ve Yürürlüğe Konmasındaki Katılım

Kanun taslağı, başarılı bir şekilde Federal Almanya Parlamentosu'ndan geçtikten ve Eyalet Temsilciler Meclisi'nde ikinci kez ele alındıktan sonra kanun olarak yürürlüğe girmeye önce bir kaç durumdan daha geçmelidir. Karar verilen kanunun özellikle ince el yapımı kağıt üzerindeki ilk orijinal baskısı („Bütte“), hem Başbakan'a hem de yetkili uzman bakanlığa imzalanmak üzere iletilir (GGO 58.maddesine bkz.). Ardından kanun, düzenlenmesi için Federal Cumhurbaşkanı'na gönderilir (AY'nın 82.madde 1.fıkra 1.cümlesi, GGO 59.maddesi). Federal Cumhurbaşkanı kanunu imzalayıp mühürlüyor ve böylece kanunun Federal Resmi Gazete'de yayınlanması için ilgilileri görevlendirir (GGO 60.maddesine bkz.). Federal Resmi Gazete, Federasyon'un resmi yayın organıdır. Kanun, Federal Basım Evi'nde çoğaltıldıktan sonra Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı tarafından Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH tarafından baskı örneği olarak satılan Federal Resmi Gazete'de ilan edilir. Yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra sonuç olarak kanun etkilerini gösterir. Bu nedenle, federal kanunların yürürlüğe girmesi kanunda kesin olarak belirlenmemiştir; bu genellikle yeni kanunun nihai düzenlemelerinde gerçekleşir (AY'nın 82.madde 2.fıkrasına bkz.).

### 3. Ara söz: Yeni düzenleme planlarının değerlendirilmesi

Bir kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ilgili bölüm, bu kanun ile ilgili kamunun tepkisini ve kanun değişikliğinin uygulamadaki etkilerini ve sorunlarını takip eder. Bununla ilgili 2013 yılında Federal Hükümet, yeni düzenleme planının sistematik ve planlı bir şekilde değerlendirilmesi için bir değerlendirme planına karar vermiştir<sup>1</sup>. Bu plana göre özellikle bir ön

<sup>1</sup> Şuraya da bkz: Bessere Rechtsetzung 2013: Erfolge dauerhaft sichern – zusätzlichen Aufwand vermeiden. Ulusal Norm Denetim Konseyi'nin Kurulması Hakkında Kanun'un 7.maddesine göre Federal Hükümet'in 2013 tarihli raporu, Mart 2014, sayfa 24 ve diğerleri, [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/Buerokratieabbau/2013-03-18-jb-2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Buerokratieabbau/2013-03-18-jb-2013.pdf?__blob=publicationFile&v=2) adresinden erişilebilir (son

tahminde vatandaşlar, ekonomi veya idare için yıllık en az 1 Milyon Avro'luk gerçekleştirme maliyetinin beklendiği veya – böyle bir tahminin mümkün olmadığı hallerde – bu maliyetin kaçınılmaz olduğu kanunlar planlı bir şekilde değerlendirilmelidir.

Gerçekleştirme maliyetinin yüksek oluşundan dolayı yetkili bölüm, başka nedenlerden dolayı da kanun taslağı için bir değerlendirmenin yapılmasını öngörebilir: örneğin düzenleme planı için genel maliyetler fazla yüksek olduğunda, taslak siyasi açıdan çok önemli olduğunda veya yeni düzenleme yönetmeliğinin etkisi veya idari uygulaması ile ilgili büyük belirsizlikler olduğunda.

Bu değerlendirmenin en önemli kriteri, kanun taslağı ile takip edilen hedeflere uygulamada ulaşıp ulaşılmadığıdır. Ayrıca – değerlendirmenin kapsamına göre – başka inceleme kriterleri de dikkate alınmalıdır: örneğin yeni düzenlemenin olumlu veya olumsuz ek sonuçları, düzenlemenin kabul görmesi (devlet fırsatlarının kullanılması) veya düzenlemenin uygulanabilirliği.

Bir değerlendirme, derinliği (örneğin düzenleme planlarının tamamı, yeni bir kanunun tüm alanları, yeni kanunlu düzenlemelerin uygulanması), yöntemi (içsel değerlendirmeden bilimsel değerlendirmelere kadar) ve kapsamı („iki sayfalık rapor“dan daha ayrıntılı rapora kadar) açısından önceden belirlenmemektedir. Aynı durum, değerlendirmenin yapılması gerektiği anda da geçerlidir (genellikle yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden 3 ila 5 yıl sonra). Bu kararları yetkili bölümler verir. Değerlendirme sonuçlarının belgelenmesi, inceleme konusunun sınırlanması, temel veri ve varsayımlar ve önemli inceleme kriterleri ile ilgili ifadeler içeren değerlendirme raporu ile yapılmalıdır. Ancak yeni düzenleme planlarının değerlendirilmesi başlı başına bir amaç değildir: bir kanun değişikliğinin değerlendirilmesi ile önemli zayıflıklar veya kötü

bir yönetim tespit edilirse bu, eksiklikleri bertaraf etmeye çalışan başka kanunma planlarına neden olabilir.

### **II. Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı Tarafından Kanun Taslaklarının Kanunl ve Dil Açısından Kontrol Edilmesi**

#### **1. Kanunl Kontrolün Önemi**

Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, kanun taslaklarının ve kanunl düzenleme taslaklarının hazırlanmasına ek olarak daha önce de belirtildiği gibi tüm diğer Federal Bakanlıklar'ın taslaklarını kanunl ve dil açısından kontrol eder. Kanunl kontrol, Bakanlar Kurulu'nda karar verilmesi için Federal Hükümet'e sunulan GGO'nun 46.maddesi ile tüm kanun ve düzenleme taslakları için bağlayıcı olarak belirlenmektedir. Federal Hükümet'in Usul Kuralları'nın 26.maddesine göre kararın verilmesinde Adalet Bakanı, taslak geçerli kanuna uygun olmadığına veto hakkına sahiptir. Ancak, anlaşmazlık konuları bölüm oylamasında ortadan kaldırıldığı için uygulamada bu veto hakkı neredeyse hiç kullanılmamaktadır. Tüm taslakların kanunma sürecinde yoğun bir şekilde kanunl kontrolden geçmesi ile bir kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Federal Almanya Anayasa Mahkemesi yaptığı kontroller sayesinde kanunun Anayasa ile uygun olmadığını tespit etmesi engellenmelidir. Böylece kanun geçersiz olurdu ve kanunl bir etkisi olmazdı. Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nın burada işlediği kanunl kontrol programı, nihayetinde kanun taslağını hazırlayan bakanlık ve hukuk uzmanları tarafından Federal Almanya Parlamentosu'nda ve Eyalet Temsilciler Meclisi'nde dikkate alınmalıdır.

Bir kanun taslağının kanunl kontrolü, hukuk sistematığı kontrolü (2.1) ve hukuki biçim kontrolünden (2.2) oluşur. Kanunl kontrol, taslağın dil açısından kontrol edilmesiyle tamamlanır (3.). Yeni düzenleme planlarının kanunl ve dil kontrollerinin Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'ndaki somut süreci, bir örnek üzerinden gösterilecektir (4.). Son ola-

rak bu kanunl ve dil kontrollerinin iyi bir kanunma için önemi açıklığa kavuşturulacaktır (5.).

## 2. Kanunl Kontrolün İçeriği

### 2.1. Hukuki Sistem Kontrolü

Hukuki sistem kontrolünün amacı, bir kanunun kanunl sisteme uygun olması ve özellikle daha önemli kanunlara aykırı olmamasıdır. Hukuki sistem kontrolü, dikey ve yatay kontrolden oluşur. Dikey kontrol, kanun taslağının daha önemli kanunlara dahil edilmesi, yani kanun taslağının Anayasa, Avrupa Birliği Kanunu ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin uluslararası yükümlülüklerine uygun olup olmadığı ile ilgilidir. Bu durumdaki kontrol ölçeği ise, örneğin Anayasa'nın temel özgürlük ve eşitlik hakları veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin garantileri olabilir.

Yatay hukuki sistem kontrolü, planlanan kanunl düzenlemenin aynı düzeydeki kanunl yönetmelikler karşısındaki özgürce itiraz etme hakkı ile ilgilidir. Burada kontrol edilmesi gereken, aynı içeriklerin aynı terimler ile işgal edilmesi ve kanunl konuların ayrı kanunlara bölünmesi değil de anlamlı, net düzenleme gruplarında birleştirilmesidir. Örneğin doktor ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi ile ilgili yeni kanunl yönetmelikler, 2013 yılında ayrı ve küçük temel kanun olarak hukuk sistemine dahil edilmemiştir, ancak Medeni Kanun'un Kodifikasyonuna, yani Medeni Kanun'a özel sözleşme tipi olarak entegre edilmiştir.

Yatay hukuki sistem kontrolü, kanun taslağı kapsamındaki kanunl düzenlemelerin özgürce itiraz etme hakkı ile ilgilidir. Son olarak belirtilen husus, çeşitli alt konuları kapsar. Böylece düzenli olarak tüm taslağın sistematik yapısı kontrol edilir: örneğin öncelikle yükümlülükler ve daha sonra bu yükümlülüklerin ihlali için yaptırımlar mı düzenleniyor? Kanunma planına göre diğer kontrol kriterleri olarak örneğin şu sorular göz önünde bulundurulur: Çift veya çelişkili düzenlemelerden kaçınılıyor mu? Terimler tüm kanun taslağında eşit bir şekilde

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

kullanılıyor mu? Diğer kanunl yönetmeliklere düzgün ve açık bir şekilde referanslar formüle ediliyor mu? Yeni düzenlemelerden sonra gereksiz ve eski kanunl yönetmelikler kaldırılabilir mi? Düzenlenen yaptırımlar orantılı ve özellikle uygun mudur? Kanunl yönetmelikler uygulamada sorunsuz bir şekilde uygulanabilir mi?

### 2.2. Hukuki Biçim Kontrolü

Hukuki biçim kontrolü, planı daha çok biçimsel açıdan kontrol eder; yani sadeleştirilmiş şekilde ifade etmek gerekirse, bu kontrol daha çok kanun taslağının düzeltilmesi ile ilgilidir. Hukuki biçim kontrolünün amacı, özellikle kanunl yönetmeliklerin eşit bir şekilde biçimlendirilmesidir. Bu eşitlik, örneğin başlıkların biçimlendirilmesi, kanun taslağının bölümlere ayrılması, eşit bir şekilde yazma ve atıfta bulunma (özel isimler, kısaltmalar, rakamlar vb.) veya diğer kanunl normlara yapılan referansların eşit bir şekilde biçimlendirilmesi ile ilgili olabilir.

Kanun taslaklarının hukuki biçim tasarımı için Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı tarafından sağlanan öneriler geçerlidir. Bu öneriler ve kurallar, hukuki biçim kitapçığında<sup>2</sup> toplanmıştır ve yetkili bölümler tarafından taslakların hazırlanmasının başında dikkate alınmalıdır (GGO 42.madde 4.fıkraya bkz.). Bu kitapçıkta kanunl yönetmeliklerin yapısı, biçimi ve tasarımı ile ilgili uzun yıllar boyunca gelenek haline gelen ve hukuki biçim kitapçığında birleştirilen kurallar ve yeni normların oldukça kanunl bir şekilde belgelendirilmeleri için yalnızca (ana) kanunl gereksinimleri dikkate alan veya sağlayan kurallar vardır. Hukuki biçim kitapçığında örneğin eşit yazma ve atıfta bulunma önerileri vardır. Ayrıca başlıktan, tüm yönetmeliklerin bölümlere ayrılmasından yeni kanunun yürürlüğe girmesi için düzenlemeye kadar kanun taslaklarının eşit yapısı için kurallar, örnekler ve öneriler içerir. Hukuki biçim kitapçığı, aynı zamanda kanunların dil açısından biçim-

<sup>2</sup> Hukuki Biçim Kitapçığı. Kanun ve yönetmeliklerin tasarımı için öneriler, Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır, 3. baskı 2008, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Köln.



lendirilmesi ile ilgilenir. Hukuki biçim kitapçığı Çince, Türkçe, Romence, Sırpça, Rusça ve İngilizce olarak çevrilmiştir. Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, hukuki biçim kitapçığının bu önerilerine ek olarak özel durumlarda da öneriler verir. Böylece özellikle güncel gelişmelere ve konulara cevap verilebilir: Örneğin internet sayfalarında kanun metinlerine düzgün ve eşit bir şekilde nasıl atıfta bulunulabilir?

### 2.3. Ara söz: „eNorm“ yazılım programı

Bu hukuki biçim kuralları, çok kapsamlı ve ayrıntılı olup ara sıra kullanıcılar tarafından kolay bir şekilde anlaşılammamaktadır. „Microsoft Word“ kelime işlemcisine dayanan „eNorm“<sup>3</sup> yazılımı bu konuda yardımcı olmaktadır. „eNorm“, bir kanun taslağının düzgün dış yapısında ve önemli formalitelerin ve hukuki biçim kurallarının dikkate alınmasında hukukçuya yardımcı olur. Hukukçu, kanun taslaklarının oluşumunda önceden belirlenmiş maskeler, stiller, otomatik hatırlatıcılar veya yardım metinleri ve test fonksiyonları ile desteklenir. Yazılımın bu destekleyici fonksiyonları, hem hukuki biçim kitapçığının hem de GGO'nun şartlarını dikkate almaktadır. „eNorm“ sayesinde ilk taslaktan Federal Resmi Gazete'deki ilana kadar yapısal verilerle sürekli tek bir elektronik belge ile çalışma imkanı da vardır.

## 3. Dil Kontrolü

### 3.1. Hukuki Dil Redaksiyon Kadrosu

Yeni kanunl düzenlemelerin dil açısından da iyi ve anlaşılır şekilde olmaları gerekir. 2009 yılından beri kanun taslaklarının hukuki kontrollerinde hukuki dilin anlaşılır olup olmadığı ayrıca kontrol edilir. Bununla ilgili GGO'nun 42.madde 5.fıkrasında şu belirlenir: „Kanun taslakları dil açısından doğru ve mümkün merteye herkes tarafından anlaşılabilir olmalıdır. [...] Kanun taslakları, dil açısından doğru ve anlaşılır olup ol-

---

<sup>3</sup> „eNorm“ DIaLOGiKa - Gesellschaft für angewandte Informatik mbH, Saarbrücken şirketine ait bir yazılımdır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

madıkları kontrol edilmesi için genel olarak hukuki dil redaksiyon kadrosuna iletilmelidir.” Hukuki dil redaksiyon kadrosu, bir dış hizmet sağlayıcısının Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı’nda bulunan ve tüm Federal Bakanlıklar için kanun taslaklarını ve kanunl düzenlemelerin taslaklarını dilsel doğruluk ve anlaşılabilirlik açısından kontrol eden ve dil konusunda ayrıntılı sorularda bilgi veren bir iş birimidir. Şu anda bu birimde toplam 10 dil bilimcisi, kanun ve düzenleme taslakları üzerindeki dil kontrolü için çalışmaktadır. Dil kontrolü, en son GGO’nun 46.madde 1.fıkrasına göre hukuki kontrolün bir parçası olarak bağlayıcıdır. En iyi sonuç için hukuki dil redaksiyon kadrosu, mümkün mertebe erken bir zamanda kanun taslağının çalışmasına - ideal olarak ilk taslağın oluşturulmasından önce - dahil edilmelidir. Çünkü bu erken dönemde kanun ve düzenleme taslağı henüz diğer katılımcılar ile kararlaştırılmayıp „sabitlenmemiştir“. Ayrıca, hukuki kontrol içinde her zamanki zaman baskısında ortadan kalkar. Dil kontrolünün amacı, kanunun hedeflenen muhatapları için tüm kanunl olarak gerekli hassasiyet içinde maksimum anlaşılabilirliği elde etmektir. Böylece hukuk uygulayıcıları, örneğin daha az yorumlama sorunları olduğundan kanunlar ile daha iyi bir şekilde çalışabilirler. Aynı zamanda vatandaşlar, kanunları anladıklarından ve eylemlerini bu kanunlarda bulabildiklerinden hukuka daha kolay erişebiliyorlar.

### *3.2. Anlaşılabilirlik İhtiyacı*

Neyin dil açısından doğru olduğu konusunda oldukça kolay fikir birliği oluşturulabilir. Bununla birlikte, hukuki metinlerde anlaşılabilirlik kriterinde zorluklar meydana gelmektedir. Bunu nedeni ise özellikle hukuki metinlerde çeşitli perspektiflerin ve dil çeşitlerinin bir araya gelmesidir. Birincisi, yetkili bakanlıktaki uzmanların uzman dili vardır, yani örneğin Çevre Bakanlığı’nda muhtemelen kimya ve fizik alanındaki birçok terimi ve dil formüllerini kullanan çevre mühendisinin kullandığı dil gibi. İkincisi, kanun dili hukuk dilinin bir parçasıdır. Bu dil, hem net ve açık hem de resmileştirilmiş ve birleştirilmiş, bazen ortak dile uygun olmayan ifadeleri kullanır. Üçüncüsü,

ağırlıklı olarak hukuki metinlerin genel anlaşılabilirliğini dikkate alan dil bilimi uzmanlığı da buna eklenir. Bu üç dili bir çatı altında toplamak gerekir: uzmanlık alanı ile ilgi doğru olanın ve hukuken kesin olanın kapsamında maksimum genel anlaşılabilirliğe ulaşılmalıdır. Sonuçta çoğu kanun norm, hukuk eğitimi almamış sıradan vatandaşa göre oluşturulmaktadır.

### 3.3. Dil Kontrolünün Kapsamı

Daha sonra bir kanun taslağı, mevcut zamana bağlı olarak redaksiyon kadrosu tarafından şu dilsel açılardan kontrol edilir: Taslağın yazımı, noktalama işaretleri ve grameri doğru mudur? Bu „el sanatı hataları“nın düzeltilmesi sadece yanı sıra gerçekleşir. Dil kontrolünün asıl ihtiyacı, bu hata düzeltiminden çok daha fazladır. Seçilen kelimenin istenilen kelimeye uygun olup olmadığı veya başka bir kelimenin konuyu daha kesin düzenleyip düzenlemediği kelime düzeyinde kontrol edilir. Ayrıca aynı terimlerin kullanılmasına dikkat edilir: aynı olan hemen ifade edilmelidir. Hukukçuların tipik uzun ve iç içe geçmiş cümleleri, cümle düzeyinde daha kısa ve kesin cümlelere bölünür: bir cümle mümkün merteye sadece içeriksel ifadeyi içermelidir.

Dil kontrolü ile bir kanun taslağının sadece yüzeysel olarak dili kontrol edilmez: taslak metin üzerindeki çalışma otomatik olarak taslağın içerik, sistematik yapı ve metin yapısı açısından incelenmesine neden olur. Böylece taslağın içerik belirsizlikleri, fazlalıkları, tutarsızlıkları veya eksiklikleri olup olmadığı, her bir düzenlemenin sırasının ve anlamının kesin olup olmadığı veya kanun düzenlemelerin bölümlere, paragraflara, fıkralara, cümlelere vb. bölünme imkânının yararlı bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediği, özellikle her bir alt bölümde fazla içeriksel ifadelerin bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Bu kontrol için pratik kural şudur: bir paragraf en fazla beş fıkradan ve bir fıkra en fazla üç cümleden oluşmalıdır.

Bu durumda kanun taslağı, hukuki dil redaksiyon kadrosu tarafından sadece eleştirilmez aynı zamanda Federal Adalet ve Tüketicuyu Koruma Bakanlığı'ndaki diğer denetçiler ve Fede-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ral Ulaştırma Ve Dijital Altyapı Bakanlığı'ndaki metin oluşturucuları ile yapılan görüşmede daha iyi formülasyonlar veya kanun taslağının daha iyi yapısı için somut öneriler geliştirilir. Bu dilsel öneriler sadece tavsiye amaçlıdır (GGO'nun 42.madde 5.fıkra 5.cümlesine bkz.).

### 3.4. Dil Kontrolü – Uygulamadaki bir örnek

Gençlerin İş Güvenliği Kanunsı'ndan küçük bir örnek, dil danışmanlığı çalışmalarının soyut ayrıntılarını göstermektedir:

*“Madde 3*

#### *Gençlerin Listeleri*

*İşverenlerin, şirketlerinde çalışan gençlerin işe başlama tarihi, yer altında çalışma durumunda da işe başlama tarihini içeren, adı ve soyadı, doğum tarihi ve ikametgah adresi bilgisi ile listeleri tutmaları zorunludur.”*

“Gençlerin Listeleri” ile ilgili kuralda paragrafların başlıklarının bile anlaşılır olmadığı dikkat çekmektedir: bu listeler, gençlerin kayıt edilmesi gerektiği listeler midir yoksa gençlere ait listeler midir (kalın harflerle yazılı). Ayrıca cümle çok uzun ve karmaşıktır. Bu nedenle, örneğin “içeren” kelimesinin (kalın harflerle yazılı) ne ile ilgili olduğu pek anlaşılammaktadır. Ayrıca bu düzenlemede bazı tekrarlar (altları çizili) vardır. İçerik olarak neden sadece tek bir adın belirtilmesi gerektiği (kalın harflerle yazılı ve altları çizili) sorusu oluşmaktadır; çoğu zaman Almanya'daki gerçek kişinin birden fazla adı vardır. Bu durumda dil danışmanlığının önerisi ne olabilirdi?

Madde 3

#### Gençler hakkında Listeler

*İşverenlerin, şirketlerinde çalışan gençler hakkında listeler tutmaları zorunludur. Bu listelerde aşağıdaki bilgiler olmalıdır:*

1. *Adı ve soyadı,*
2. *Doğum tarihi,*

3. *İkametgah adresi,*
4. *Bu işverendeki işe başlama tarihi,*
5. *Yer altında çalışma durumunda da işe başlama tarihi.*

Değiştirilen başlık ile bu paragrafın gençler hakkındaki listeleri düzenlediği anlaşılmaktadır. Karmaşık cümle yapısı, cümlelerin ikiye bölünmesi ile ortadan kalkmaktadır. İlk cümlede işverenin listeleri tutmak zorunda olduğu ana cümle vardır. İkinci cümle, bu listede hangi bilgilerin olması gerektiğini - gencin tüm adları dahil olmak üzere (cümle 2 sayı 1) - açık bir şekilde sayılarla listelemektedir.

#### 4. Hukuki ve Dilsel Kontrol Süreci

Bir örnek üzerinden Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'ndaki hukuki ve dilsel kontrolün nasıl gerçekleştiği gösterilmektedir. Örnek durumda bu konuda yetkili olan Federal Ulaştırma Ve Dijital Altyapı Bakanlığı yeni bir telekomünikasyon kanunu için bir taslak oluşturur. Federal Hükümet bu taslak ile ilgili Bakanlar Kurulu'nda karar vermeden önce bu taslak, Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'na hukuki ve dilsel kontrol için iletilmelidir.

Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'ndaki bu kontrolü, mesleki açıdan ve bu kontrole dahil edilme işinde bu hukuk alanında uzman olan bölüm, örnek durumda III B 1 bölümü „Kartel hakkı, Telekomünikasyon ve Medya Hukuku, Dış Ticaret Hukuku“ üstlenip koordine eder. Bu bölüm, buradaki diğer uzman bölümlerin alanları ile ilgili kanunl soruların olması halinde bu bölümleri de dahil eder. Böylece örneğin veri koruma konularında IV A 5 bölümünden „Veri Koruma Kanunu; Federal İstatistik Kanunu“ kanunl kontrole dahil olması rica olunur. Eski ile yeni hukuksal durum arasındaki geçiş için karmaşık düzenlemelerde IV A 3 bölümüne „Kanunl Kontrol; Dil Danışmanlığı; Genel İdare Hukuku“ kanunl değerlendirilmesi için başvurulur. Çünkü IV A 3 bölümü, ayrıca kanunl kontrolün ilkesel konuları için sorumludur; bunun dı-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

şında Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığının düzenlediği kanun ve düzenleme taslaklarının hukuki biçim ve dil kontrolünü gerçekleştirir.

Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığındaki her iki Anayasal bölüm üzerinden kanun taslaklarının düzenli kontrolü gerçekleşir: bir tarafta IV A 1 bölümü „Temel Haklar“, diğer tarafta IV A 2 bölümü „Devlet Kurumunun Anayasa Hukuku; Finansal Anayasa Hukuku“. Kanun taslaklarının Anayasal kontrolünün önemi, Federal İçişleri Bakanlığının bu kontrolü paralel olarak yapmasından anlaşılır (GGO'nun 45.madde 1.fıkra 3.cümlesine bkz.). Bu yoğun Anayasal kontrol bile bazı durumlarda bir kanunun daha sonra Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz edilmesini engelleyemez. Böylece örneğin güvenlik kanunları, Anayasal olarak kabul görülenlerin sınırını iyice araştırırlar veya temel hakların bir kısıtlamasının uygun olup olmadığı sorusu farklı şekillerde değerlendirilebilir.

Daha sonra bu çeşitli kanunl görüşler üzerinden Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığının ve Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı'nun ortak görüşü oluşturulur. Bu kanunl görüşe, hukuki dil redaksiyon kadrosunun kanun taslağı hakkındaki dilsel açıklamaları ve yorumları eklenir. Bunun için kontrole dâhil edilen bölüm III B 1, kanun taslağını hukuki dil redaksiyon kadrosuna dilsel kontrol için iletir.

Genellikle bu kontrol süreci, Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı ile diğer bakanlıklar arasında, örnek durumda Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı ile tüm anlaşmazlık konuları için bir uzlaşmaya varılıncaya kadar bir birkaç kez gerçekleşir. Yetkili bakanlıkların uzman bölümleri, Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığının kanun taslağı ile ilgili ön çalışmalara dahil edebilir; böylece taslakların daha erken bir döneminde kanunl sorunlar çözülebilir. Genellikle kanun taslakları, ön çalışmaların sonunda Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığın'a kanunl kontrolün sağlanması için gönderilir. Böylece Bakanlar Kurulu taslağının tamamlanması için daha sonraki GGO'nun 46.madde 1.fıkrası

ile öngörülen tamamlayıcı kanunl kontrol kolaylaştırılmış oluyor. Tüm eksiklikler bertaraf edildiğinde veya en azından bir uzlaşmaya varıldığında Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nın III B 1 bölümü, Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı'na bir kontrol testinde hukuki sistem ve hukuki biçim açısından kanun taslağında herhangi bir tereddütün olmadığını onaylar.

### 5. Daha İyi Bir Yasama İçin Hukuki ve Dilsel Kontrolün Katkısı

Diğer yetki alanlarının kanun ve düzenleme taslaklarının Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen hukuki ve dilsel kontrolü daha iyi bir kanunma için önemli bir katkıdır. Bu değerlendirme için Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nda kanun taslağına tarafsız uzmanların „dışarıdan bakış“ının sağlanması önemlidir. Ön planda siyasi şartlar, metin oluşturucuların çıkarları ve önyargıları yoktur, ilgili hukuk alanında uzman olan tarafsız bir bölümün kanunl bilirkişi raporu vardır. Ayrıca diğer bölümlerin katılımı ilkesi ile Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nın tüm hukuki konuları bir kanunl kontrole girebilir.

Tarafsız „dışarıdan bakış“ ilkesi dil kontrolü için de geçerlidir. Buradaki kontrol, bilinçli olarak dil açısından çok iyi eğitilmiş avukatlar tarafından değil de dil bilimcileri tarafından gerçekleşir. Bunun özellikle dil bilimcileri için genellikle avukat olmayıp normal vatandaş olan norm muhataplarının bakış açısını tespit edebilme avantajı vardır - bu nedenle „avukatlar bunun ne anlama geldiğini zaten biliyorlar“ argümanı geçerli değildir. Verimli bir hukuki ve dilsel kontrolün ve iyi bir kanunmanın ana düşmanı, zaman faktörüdür. İyi bir kanunmanın burada aydınlatılan bu bir kaç yönü bile şunu gösterir: iyi kanunlar için zamana ihtiyaç vardır, daha iyi kanunlar için de daha fazla zamana ihtiyaç vardır. GGO, görüşler, oylama süreçleri ve hukuki ve dilsel kontroller için belirli bir süre öngörmektedir. Örneğin kanun taslağının nihai kontrolü için dört

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

haftalık düzenli bir süre öngörülmektedir (GGG'nun 50 maddesi, yukarıdaki I.1.4.maddesine de bkz.). Ancak uygulamada bir kanun taslağının hukuki ve dilsel kontrolü için genellikle daha az zaman vardır. Bu nedenle yetkili bakanlıklar, hukuki sistem ve hukuki biçim şartlarını yerine getiremeyen bir taslağı belirli, siyasi olarak uygun bir zamanda Bakanlar Kurulu'nda karar verilmek üzere sunmak için çoğu zaman yüksek siyasi ve zaman baskısı altında olurlar. Bu nedenle, örneğin „son dakikada“ taslakta diğer kanunl düzenlemeler veya tüm düzenleme konsepti için sonuçları dikkate almayan değişiklikler yapılır.



**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)**- Dr. Görden'e açıklamalarından dolayı çok teşekkür ediyoruz. Kanun yapımının çok aceleye getirilmemesini, emek ve zaman harcanması gerektiğini Almanya örnekleri açıkladı. Özellikle Baden Württemberg Eyaletindeki durumdan bahsederek, ama asıl kanun yapımı süreci denetimlerine çok dikkat çekti. Dikey, yatay denetimler, hukuki denetimler, hukuki şekli denetimler ve çok çeşitli örneklerle ki, Türkiye'de ki mevzuatta çok sık rastladığımız izdüşümlerini gördüğümüz örnekler ve dil denetim örnekleri. Hiç zaman kaybetmeden sözü diğer konuşmacıya veriyorum. Çünkü epey bir süre kayması oldu. Şimdi sırada Rusya'dan misafirimiz var.

Prof. Dr. Anna Serebrennikova ceza hukukçusu bir meslektaşımız. Moskova ile bizim bütün bağımızı kuran, ortak çalışmalar yaptığımız çok değerli hukukçu. Kendisi bize Rusya perspektifini açıklayacak.



# STRAFGESETZBUCH DER RUSSISCHEN FÖDERATION ALS EINE NEUE ERRUNGENSCHAFT DER GESETZGEBUNGSTECHNIK?

*Prof. Dr. Anna Serebrennikova*

Das neue Strafgesetzbuch - StGB der RF vom 1996 – wird im Vergleich zum StGB der RSFSR vom 1960 durch viele Vorteile gekennzeichnet, unter anderem ist es hinsichtlich der Anforderungen der Gesetzgebungstechnik vollkommener.<sup>1</sup>

Erstens ist sein Material besser systematisiert und geordnet. Abschnitte, Paragraphen, Artikel sind im Wesentlichen an denen Plätzen, wo sie sein sollen. Die Konsequenz der Regelungen ist logisch und verständlich.

Zweitens sind mehrere Begriffe im neuen Strafgesetzbuch, im Vergleich zu dem alten, in Definitionen dargestellt. Das gilt insbesondere für Begriffe Verbrechen, Strafe, Teilnahme, Konkurrenz und Tatmehrheit der Verbrechen.

---

<sup>1</sup> См. также Панченко П.Н., Быкодорова Л.В. УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК НОВОЕ ДОСТИЖЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКИ И КАК ПРЕДМЕТ КРИТИЧЕСКОГО ВНИМАНИЯ. /Pantschenko P.N., Bykodorova L.W. Ugolownyi kodex Rossiiskoi Federazii kak nowoe dostizenie sakonodatelnoi tehniki ili kak predmet kritizeskogo wnimanija/law-library.narod.ru>magazines/vestnik\_ngu.html

Drittens sind im neuen Strafgesetzbuch Regelungen zum Tragen gekommen, die im alten StGB völlig gefehlt hatten, insbesondere Regelungen in Bezug auf die Prinzipien der Strafgesetzgebung sowie auf die Umstände, die den verbrecherischen Charakter der Handlung ausschließen, z.B.: sachlich gerechtfertigtes Risiko, Befehls- bzw. Anordnungsausführung.

Viertens sind viele Tatbestände der Verbrechen genauer und detaillierter beschrieben. Der wesentliche Anteil von Tatbeständen der Verbrechen, die im alten Strafgesetzbuch nach dem "formellen" Typ konstruiert worden waren, haben sich im neuen StGB „materialisiert“, d.h. mit Hinweis auf gesellschaftsgefährliche Folgen definiert.

Fünftens sind mehrere Lücken im System der Kriminalisierung von Handlungen ausgefüllt (es sind z.B. solche Handlungen wie Störung der Verletzung von Privatsphäre, Behinderung der rechtmäßigen Unternehmertätigkeit, unrechtmäßige Handlungen beim Insolvenzverfahren, Verbrechen im Bereich IT, bewaffneter Aufruhr, Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit aufgenommen) und gleichzeitig sind aus diesem System eine Reihe von Handlungen gestrichen, die in neuen Umständen bereits als keine Verbrechen angesehen werden (z.B.: Unterlassung der Anzeigen über die Verbrechen, homosexuelle Unzucht, Bigamie und Polygamie).

Wie dem auch sei, kennt das Leben keinen Stillstand. Es treten Mängel des neuen Strafgesetzbuches auf, die behoben werden müssen. Bekanntermaßen wurde 1998 und 1999 das StGB der RF mit einer Reihe neuer Artikel ergänzt, u.a. Art. 215 (Absperre oder Behinderung der Stromversorgung bzw. Abschaltung von anderen Lebensunterhaltungsquellen), Art. 145 (Nichtzahlung des Arbeitslohns, der Renten, Stipendien, Hilfsmitteln und anderer Auszahlungen), Art. 327 (Herstellung, Absatz von gefälschten Akzisemarken, speziellen Marken oder Konformitätszeichen bzw. deren Benutzung).

Der Artikel 325 des StGB der RF ist durch den Bestand des Akzisemarken- oder Konformitätszeichendiebstahls ergänzt

worden, im Artikel 126 des StGB (P. „w“ Teil 2), der Verantwortung für den Menschenraub anordnet, ist das Qualitätsmerkmal „Menschenraub mit der für das Leben bzw. für die Gesundheit gefährlichen Gewalt“ mit den Worten „... oder unter Drohung einer Ausübung von solcher Gewalt“ ergänzt.

Einige Tatbestände der Verbrechen sind beträchtlich erneuert. So hat sich z.B. der nach dem Art. 238 des StGB angeordnete Tatbestand der Herstellung oder des Verkaufs von Waren, Erbringung von Arbeiten und Dienstleistungen, die die Sicherheitsvorschriften nicht erfüllen, in den Tatbestand der Herstellung, Aufbewahrung, Beförderung oder des Absatzes der Waren und Produkte, der Erbringung von Arbeiten und Dienstleistungen, die die Sicherheitsvorschriften nicht erfüllen, umgewandelt.

Die Strafrechtspraxis wird nicht nur infolge der Änderung der Strafgesetzgebung selbst, sondern auch infolge der begleitenden Gesetzgebung geändert. Im Gesetzbuch der RF über Ordnungswidrigkeiten ist Anfang 1999 der Artikel 49 geändert worden.

Wenn dieser Artikel früher die Verantwortung für Entwendung staatlichen oder gesellschaftlichen Eigentums in kleinem Ausmaß (in Höhe bis einen Mindestarbeitslohnwert) anordnete, so ordnet dieser jetzt die Verantwortung für Entwendung fremden Eigentums in kleinem Ausmaß an. Im Zusammenhang mit dieser Änderung sind notwendige rechtliche Voraussetzungen für eine konsequentere Verwirklichung des Verfassungsprinzips vom gleichen Schutz der privaten, staatlichen, kommunalen sowie anderen Eigentumsformen geschaffen. In jedem Fall ist mit der Neueinführung eine Wahrscheinlichkeit der verschiedenen Qualifikationen (eine Qualifikation nach den Artikeln 158 bis 160 des Strafgesetzbuches oder nach dem Artikel 49 des Gesetzbuches der RSFSR über Ordnungswidrigkeiten) einer Entwendung in kleinem Ausmaß in Form von Diebstahl, Betrug, Aneignung oder Unterschlagung je nachdem ob das entwendete Vermögen staatlich oder gesellschaftlich ist oder eine andere Form hat, ausgeschlossen.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Wenn man sich die wesentlichsten Punkte der in das Strafgesetzbuch 1998 und 1999 aufgenommenen Änderungen und Ergänzungen vorstellt, so wird eine Tendenz zur Verschärfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in allen Richtungen offenbar.

Es ist nicht schwer anzunehmen, dass wir noch mit weiteren Neueinführungen in der Strafgesetzgebung, die die erwähnte Tendenz fortsetzen, rechnen müssen. Eine andere Sache ist es, dass die in die Strafgesetzgebung aufgenommene Änderungen und Ergänzungen sich keinem Nieselregen, der das Strafgesetzbuch betröpfelt – gestern wurde ein Artikel ergänzt, heute ein anderer usw. - angleichen soll.

Hier ist ein komplexes Vorgehen erforderlich. Während einer bestimmten Periode (nehmen wir ein Jahr an) sollen Vorschläge de lege ferenda angesammelt werden und erst danach sind die besten von denen zu realisieren. Es wäre zweckmäßig ein Datum zu setzen (z.B.: den 1. Januar), bis dahin müsse die Staatsduma unbedingt das Paket mit den Verbesserungsvorschlägen erörtert haben und dieses entweder annehmen oder ablehnen.

So eine Vorgehensweise wird das Gesetzbuch von übereilten leichtgewichtigen Änderungen und Ersetzungen befreien und den Vorgang seiner Verbesserung an sich wohlbedachter, abgewogener und effizienter machen.

Um zufällige Neueinführungen im Strafgesetzbuch zu vermeiden, muss man den Vorgang dessen Verbesserung in einschneidender Weise in die gehörige Lage bringen. Soll vielleicht die qualifizierte Mehrheit der Staatsduma die Änderungen und Ergänzungen zum Strafgesetzbuch zur Erörterung vorlegen?

Man muss es sich überlegen, dass die vorzulegenden Vorschläge dieser Art zur Erörterung der Staatsduma der Föderationsversammlung der Russischen Föderation unter Angabe der Verfasser von Gesetzentwürfen vorzulegen seien. Es ist klar,

dass in mehreren Fällen der Gesetzentwurf im Endeffekt von zahlreichen Weiterentwicklungen und Überarbeitungen so gut wie entpersönlicht wird, es sind auf jeden Fall die Namen deren Personen bekannt, die die Ausarbeitung des Dokumentes initiiert haben, die den wesentlichsten Beitrag in dieses geleistet haben und die dieses bis zum Gesetzgeber geführt haben. So eine Vorgehensweise wird zur Qualität der Gesetzentwürfe beitragen, da damit sich die Verantwortung jener, deren Namen mit dem kommenden Gesetz verbunden sind, erhöht.

Derzeit ist eine Fortsetzung der Bewegung zur weiteren Verschärfung der Verantwortung maßgeblich. Die Hauptaufgabe ist das Strafgesetzbuch, wie man so sagt, mit Vollleistung in den Arbeitsprozess einzureihen. Heute wird dieses höchstens mit 10 Prozent seiner Kapazität „betrieben“. Und der Grund dazu liegt nicht nur an der latenten Kriminalität (obwohl auch hier eine Unmenge Arbeit da ist), sondern auch an der Ausgleichung der Strafrechtspraxislinie, die in den letzten Jahren deutlich nach unten gegangen ist, in Richtung der freisprechenden Tendenz. Da, wo eine Strafe in Form der realen Freiheitsentziehung verurteilt werden müsste, wird eine Bewährung verurteilt, wo eine dauerhafte Freiheitsstrafe verurteilt werden müsste, wird die kleinste Mindestfreiheitsstrafe verurteilt oder es wird überhaupt zu einer milderen Strafart übergegangen ohne dafür besondere Gründe zu haben.

Es sind natürlich noch Reserven für Verschärfung der Verantwortlichkeit auf der Gesetzgebungsebene da. Wenn Diebstähle zurzeit Charakter einer Seuche annehmen, so sind diese nur mit strengeren Maßnahmen zu überwinden, darunter auch vom strafrechtlichen Charakter. Es wird für die Fälle der Begehung schwerer und schwerster Verbrechen ein Verbot der Verwendung von Bewährungsverurteilungen benötigt und eine wesentliche Beschränkung von deren Verwendung in Fällen der Begehung mittlerer Verbrechen. Die Bewährungsverurteilung ist derzeit zu einem Schlupfloch geworden, über das wie in eine Pfeife die ganze Leistung der „Dampflokomotive“, die Strafgesetzgebung heißt, abströmt.

Welche Hauptrichtungen der weiteren Verbesserung von Strafgesetzgebung gibt es? Nach unserer Auffassung sind sie im Einzelnen wie folgt.

Die erste Richtung besteht in der Verbesserung des Strafgesetzgebungssystems. Man muss nochmals die Anordnung und Aufbau der Abschnitte und Paragraphen im Strafgesetzbuch anschauen. Vieles ist da zufällig und willkürlich. Begriffe in den Abschnitt- und Paragraphenüberschriften überschneiden sich ab und zu unbegründet, ihre Position im Gesamtsystem des Gesetzbuches ist fraglich. Nicht vollständig sind Möglichkeiten der Satzzeichensetzung und Anmerkungen ausgeschöpft.

Die zweite Richtung der Verbesserung von Strafgesetzgebung ist Ausfüllung von bestehenden Lücken. Wir wissen nicht warum eine widerrechtliche Inbesitznahme vom Kraftfahrzeug Verbrechen ist, wobei die von anderen Sachwerten (z.B. Haus oder Wohnung) – kein Verbrechen; warum Vernachlässigung Verbrechen ist wobei vorsätzliche Handlungen einer beamteten Person, wenn auch diese ohne eigensüchtigen Zweck aber den Dienstinteressen zuwider getätigt werden zwv. eine wesentliche Verletzung von Rechten und berechtigten Interessen der Bürger bzw. Organisationen oder von den durch das Gesetz geschützten Gesellschafts- oder Staatsinteressen keine Verbrechen sind... Diese Reihe lässt sich ziemlich lang weiterführen.

Die dritte Richtung ist die Anpassung der Artikelüberschriften im besonderen Teil des Gesetzbuches denen Inhalten. Allüberall kommen da Divergenzen und Widersprüche vor. So wird z.B. im Strafgesetzbuch als Vandalismus das bezeichnet, was aus unserer Sicht überhaupt als Verbrechen nicht zu betrachten ist (wegen der mangelnden Gesellschaftsgefährlichkeit), wobei der tatsächliche Vandalismus außer der Reichweite der Strafgesetzgebung bleibt.

Die vierte Richtung ist die allgemeine „Umwertung der Werte“ bezüglich der in der Strafgesetzgebung verwendeten



Begrifflichkeit. Das Gesetz gibt heute z.B. keine klaren Antworten auf die Fragen was eigentlich Banditismus, Raub, Erpressung, verbotene Eigenmacht, Schuld, Affekt, Amnestie, Begnadigung sind. Dabei werden solche Antworten stark benötigt.

Die fünfte Richtung ist die „Materialisation“ der Tatbestände in den zweiten und den weiteren Teilen von entsprechenden Artikel des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches, die in den ersten (manchmal auch den einzigen) Teilen dieser Artikel nach dem „formellen“ Typ gefasst sind. So könnte z.B. der Artikel 125 des Strafgesetzbuches der RF (Verlassen einer in Gefahr befindlichen Person) mit dem zweiten und dem dritten Teil mit folgendem Inhalt ergänzt werden:

„2. Die gleiche Handlung, die eine fahrlässige mittelschwere Verletzung der Gesundheit des Geschädigten nach sich gezogen hat, – ...

3. Die in den ersten oder dem zweiten Teil dieses Artikels vorgesehenen Handlungen, die eine fahrlässige schwere Verletzung der Gesundheit bzw. den Tod des Geschädigten nach sich gezogen haben, - ...“.

Die sechste Richtung ist Erschließung von einfachen Dispositionen durch Verweisung auf die wesentlichsten Merkmale entsprechender Verbrechen. So wäre es zweckmäßiger z.B. die Disposition des Teiles 1 Art. 126 des StGB nicht in Paar Worten zu fassen („Verschleppung einer Person“), sondern mit Verweisung auf die typischsten Formen der Ausführung dieses Verbrechens. Die Liste solcher Formen soll nach unserer Auffassung offen sein und sich nach dem allgemeinen Schema ähnlicher Bestände enden: „...sowie auf andere Weise“.

Die siebente Richtung – Beseitigung von Überschneidungen. So erinnert z.B. der in das Strafgesetzbuch aufgenommene Bestand der Nichtzahlung des Arbeitslohns, der Renten, Stipendien, Hilfsmitteln und anderer Auszahlungen (Art. 145 des StGB). Man muss den gesamten besonderen Teil des Strafgesetzbuches hinsichtlich der Beseitigung von derartigen

Überschneidungen in diesem, die teilweise Entpönalisierung von den gefährlichsten Arten der entsprechenden Handlungen nach sich ziehen, „inventarisieren“.

Die achte Richtung – Modernisierung (Modifizierung) von einzelnen Strafarten zwecks Erweiterung des Bereiches deren effizienter Anwendung. Wenn wir z.B. nicht imstande sind Aresthäuser bauen zu lassen, so muss man ein Experiment zur Erprobung einer anderen Form des Vollzuges vom entsprechenden Strafmaß durchführen, z.B. in Form des Hausarrestes (mit Verbot der Ausreise aus der entsprechenden Stadt, Region, Siedlung usw.).

Die Freiheitsbeschränkung und Pflichtarbeiten könnte man auch ohne zusätzlichen Aufwand ausführen, z.B. in Form der Erfüllung von Arbeitspflichten nach eigenem Ermessen in der arbeits- und unterrichtsfreien Zeit mit der folgenden Vorlegung der Nachweise dafür, dass die entsprechenden Verpflichtungen in vollem Ausmaß erfüllt worden sind.

Die neunte Richtung – Beseitigung in der Strafgesetzgebung der Regelungen, die den Effekt der „Gummimaßnahmen“ schaffen. So sind z.B. einige Regelungen, die die Angelegenheiten des Absehens von Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Bestrafung regeln, sowie auch der Bewährungsverurteilung und Strafbemessung. Vieles wird hier in Gesetzeshüters freies Ermessen gestellt, ob das jedoch richtig ist? Nicht immer, wie man glauben kann.

Schließlich über die zehnte Richtung der Strafgesetzgebungsverbesserung. Sein Wesen besteht, wie wir denken, darin, dass strafrechtliche Sanktionen bestimmter gemacht werden sollen. Da, wo es notwendig ist, soll man entschlossener absolut bestimmte Sanktionen in Anspruch nehmen.

Zu jeder erwähnten Richtung kann man viel sagen, enge Rahmen des wissenschaftlichen Berichtes erlauben es nicht das Thema im vollen Umfang zu erschließen. Daher werden wir uns hier auf kurze Stellungnahmen diesbezüglich beschrän-

ken, und zwar nur zu einzelnen oben aufgeführten Richtungen. Wir werden diese aussprechen, gestützt nicht so sehr auf das System dieser Richtungen, sondern auf das System der Strafgesetzgebung an sich.

Es gibt Vorschläge, z.B. bezüglich der gesetzlichen Definition des Begriffes Tatbeteiligung. Dieser soll nicht nur Nebentäterschaft umfassen, sondern auch so eine Form der Beteiligung, wie Begehung des Verbrechens durch eine Person, aber bei der Beteiligung eines Anführers, Anstifters oder Nebentäters.

Im Teil 5 Art. 33 des Strafgesetzbuches gibt der Gesetzgeber die Definition des Begriffes Nebentäter durch Aufzählung mehrerer Mithilfeweisen (Mithilfe durch Ratschläge, Hinweise, Informations-, Mittel-, oder Werkzeugsvermittlung...), ist es aber möglich alle ähnlichen Begehungsweisen ohne Ausnahme aufzuzählen? Nein, ist es nicht. Darum scheint es zweckmäßig zu sein, diese Liste offen zu halten, indem die Definition des Begriffes Nebentäter mit einem allgemeinen Hinweis auf andere Mithilfeweisen vollendet wird.

Es setzt in Erstaunen der Hinweis im Teil 2 Art. 43 des StGB auf so einen Strafzweck wie Wiederherstellung der sozialen Gerechtigkeit. Bei weitem nicht jedes Verbrechen verletzt ausgerechnet soziale Gerechtigkeit, so würde es im erwähnten Artikel lediglich ein Hinweis auf den Zweck der Wiederherstellung der durch das Verbrechen verletzten Gerechtigkeit ausreichen.

Da in der praktischen Strafpolitik ein besonderer Akzent auf Vermögenssanktionen gelegt wird, ist es wichtig ihre effizientere Anwendung zu recherchieren, insbesondere so eines Strafmaßes wie Geldstrafe. Vielleicht wäre es sinnvoll für Verbrechen, die dem Eigentümer oder einem anderen Inhaber Materialschaden verursachen, Geldstrafen in Höhe vom mehrfachen Betrag des verursachten Schadens vorzusehen. Zumindest alternativ zu den Geldstrafen, die heute bereits vom Strafgesetz vorgesehen sind. Über die Strafbemessung. Der Paragraph 10 des Strafgesetzbuches „Strafbemessung“ eröffnet sich mit

dem Artikel 60, überschrieben als „Allgemeine Grundsätze der Strafbemessung“. Der Paragraph 10 bedarf trotzdem auch einem Artikel „Spezielle Regeln der Strafbemessung“, der als ein Einführungsartikel bezüglich der Artikel über Strafbemessung für unvollendetes Verbrechen, Gesellschaftsverbrechen, bei Rückfallverbrechen und Verbrechen- und Urteils konkurrenz gälte. All das sind Normen, die ausgerechnet spezielle Regeln der Strafbemessung festlegen. Im Artikel, der den speziellen Regeln der Strafbemessung gewidmet ist, wäre es wichtig etwas über die Forderung der Verbindung von allgemeinen und speziellen Regeln der Strafbemessung zu sagen, und zwar: die Anwendung von speziellen Regeln der Strafbemessung nur noch ergänzt die Anwendung von allgemeinen Regeln und schafft diese nicht ab. Dabei könnte der Paragraph 10 „Strafbemessung“ in zwei Unterparagraphen unterteilt werden, der erste davon den allgemeinen Regeln der Strafbemessung gewidmet sein könnte, der zweite - den speziellen Regeln der Strafbemessung.

Der „Gummieffekt“ ist auch in den Normen über Absehen von Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und von der Strafe ersichtlich. So benutzt der Gesetzgeber, z.B. bezüglich der verschiedenen Gründe der Strafaufhebung die Standardfassung: die Person darf befreit werden... Es wird vorgeschlagen in diesen Fällen „Autokorrektur einzuschalten“, d.h. überall im Gesetzbuchtext, wo die Wortverbindung „... die Person darf befreit werden...“ vorkommt, diese durch die Wortverbindung „...die Person unterliegt der Befreiung...“ zu ersetzen.

Wenn man über Gründe für Absehen von Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und für Strafaufhebung spricht, darf man nicht einige streng begriffliche Angelegenheiten außer Acht lassen. Das Institut der Verjährung ist im Strafgesetzbuch mit zwei Typen dieser vertreten, und zwar mit der Verjährung der Verbrechenbegehung (das Verbrechen ist längst begangen worden) und der Verjährung des Strafauspruchs.

Es gibt eine Meinung, insofern die Plenarentscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Russischen Föderation verbindliche Kraft für alle Gesetz anwendenden Behörden und Beamten haben, so könnte der Gesetzgeber gleich nach der Veröffentlichung von derartigen Dokumenten entsprechende Artikel des Strafgesetzbuches mit notwendigen Anmerkungen ergänzen oder wenigstens Maßnahmen treffen, dass jede folgende offizielle Strafgesetzbuchtextausgabe Regelungen von diesen Dokumenten aufnehme, sowie Regelungen, gesetzliche und andere Rechtsaktennormen, mit denen die Gesetzbuchartikel komplexweise angewendet werden.

Wir halten es für notwendig noch so einen Vorschlag auszusprechen: insofern die Plenarentscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Russischen Föderation verbindliche Kraft für alle Gesetz anwendenden Behörden und Beamten haben, so sollte es eine Veröffentlichung des offiziellen Strafgesetzbuchkommentars, und zwar artikelweise, zu einer der Aufgaben dieser Behörde . Das würde helfen eine einheitliche Linie der Gesetzlichkeit in der Strafpolitik zu halten.

Zum Schluss haben wir anzumerken, dass es an der Zeit ist das Strafrecht, wie das Recht in Ganzem, von der Vorherrschaft der ausschließlich technischen Begriffe zu befreien. Warum sagen wir „rechtliche Regelung“ und nicht „rechtliche Verwaltung“, „Rechtseinwirkung“, „rechtliche Reglementierung“, „rechtliche Verhaltensneuregelung“? „Technizismen“ bringen dem Recht nichts, sondern würdigen es bis zur Ebene eines „Mechanismus“ herab, in dem Mann nur ein „Rädchen im Getriebe“ des „Systems der rechtlichen Regelung“ ist.

Man muss häufiger Linguisten, Philosophen, Logiker und andere Geisteswissenschaftler zur Erörterung der Gesetzentwürfe einladen.



## KANUNKOYMA TEKNİĞİNİN YENİ BİR BAŞARISI OLARAK RUSYA FEDERASYONU'NUN CEZA KANUNU?

*Prof. Dr. Anna Serebrennikova*

Yeni Ceza Kanunu - RF'nun 1996 tarihli CK - RSFSC'nin 1960 tarihli CK ile karşılaştırıldığında birçok avantaja sahip olup diğer hususların yanı sıra mevzuat tekniğinin gereksinimleri açısından daha kusursuzdur.<sup>1</sup>

Birincisi, malzemesi daha sistematik ve daha iyi sıralanmıştır. Bölümler, paragraflar, maddeler genelde olması gereken yerlerde dir. Düzenlemelerin sonucu mantıklı ve anlaşılabilir şekildedir.

İkincisi, eski Ceza Kanunu'na göre yenisinde daha fazla kelime tanımlarla gösterilmektedir. Bu durum özellikle suç, ceza, katılım, rekabet ve çok fiille birden fazla suç işleme kelimeleri için geçerlidir.

---

<sup>1</sup> См. также Панченко П.Н., Быкодорова Л.В. УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК НОВОЕ ДОСТИЖЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКИ И КАК ПРЕДМЕТ КРИТИЧЕСКОГО ВНИМАНИЯ. /Pantschenko P.N., Bykodorova L.W. Ugolownyi kodex Rossiiskoi Federazii kak nowoe dostizenie sakonodatelnoi tehniki ili kak predmet kritizeskogo wnimanija/law-library.narod.ru>magazines/vestnik\_ngu.html

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Üçüncüsü, yeni Ceza Kanununu' da eskisinde tamamen eksik olan düzenlemeler devreye girmiştir. Bu düzenlemeler özellikle ceza hukuku ilkeleri ve objektif olarak savunulabilir bir risk, komut veya talimatların yerine getirilmesi gibi eylemlerin cezai niteliğini kabul etmeyen durumlar ile ilgili düzenlemelerdir.

Dördüncüsü, birçok suç tipi daha kesin ve ayrıntılı anlatılmıştır. Eski Ceza Kanunu'nda „resmi“ tipe göre düzenlenen suç tiplerinin büyük bir kısmı yeni CK'nunda „cisimleştirilmiştir“, yani toplum için tehlikeli olan sonuçların bildirilmesi ile tanımlanmışlardır.

Beşincisi, eylemleri suç olarak sayma sisteminde birçok boşluk doldurulmuş olup (örn. kişisel dokunulmazlığın ihlalinde kusurlar, kanunl girişimciliğin engellenmesi, iflas davasında haksız eylemler, BT alanındaki suçlar, silahlı isyan, insanlığın barış ve güvenliğini tehlikeye soğan suçlar gibi eylemler dahil edilmiştir) aynı zamanda yeni durumlarda artık suç olarak kabul edilmeyen birçok eylem bu sistemden çıkarılmıştır (örn. suçların artık şikayet edilmemesi, homoseksüel fuhuş, bigami ve poligami).

Her neyse, hayat devam ediyor. Yeni Ceza Kanunu'nda bertaraf edilmesi gereken eksiklikler ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi, 1998 ve 1999'da RF'nun CK'nu birçok yeni madde ile değiştirilmiştir, bu maddeler arasında 215.madde (güç kaynağının kapatılması veya engellenmesi veya yaşam için gerekli olan diğer kaynakların kapatılması), 145.madde (maaşın, emekli maaşın, bursların, yardım paralarının ödenmemesi ve diğer ödemelerin yapılmaması), 327.madde de (sahte tüketim markaları, özel markalar veya uygunluk işaretlerinin üretilmesi, satılması veya bunların kullanılması) yer almaktadır.

RF'nun CK'nunun 325.maddesi, tüketim markaları veya uygunluk işaretlerinin çalınması maddesi ile genişletilmiştir, adam kaçırmada sorumluluğu düzenleyen CK'nun 126.maddesinde (p. „w“ bölüm 2) „yaşam veya sağlık için tehlikeli şiddet ile adam kaçıрма“ niteleyicisi „...böyle bir şiddetin uygulanmasının tehdidi altında“ ifadesiyle tamamlanmıştır.



Birçok suç tipi önemli ölçüde yenilenmiştir.

Böylece malların üretimi veya satışından, güvenlik talimatlarına uymayan iş ve hizmetlerin sağlanmasından kaynaklanan ve CK'nun 238.maddesine göre düzenlenen suç tipi, mal ve ürünlerin üretimi, depolanması, taşınması veya satışından, güvenlik talimatlarına uymayan iş ve hizmetlerin sağlanmasından kaynaklanan suç tipine dönüştürülmüştür.

Ceza Kanunu uygulanması, sadece ceza kanununun değiştirilmesiyle değil aynı zamanda buna eşlik eden mevzuatların sonucu olarakta değiştirilmektedir. RF'nun suçlarla ilgili kanununda 1999'un başında 49.madde değiştirilmiştir.

Eskiden bu madde, devlet veya toplumsal mülkün çalınması için küçük ölçüde (asgari ücret tutarındaki bir değere kadar) bir sorumluluk düzenliyordu ise de, bugün bu madde yabancı mülkün çalınması için küçük ölçüde bir sorumluluk düzenlemektedir. Bu değişiklik ile bağlantılı olarak, özel, devlet, kamu ve diğer mülkiyet şekillerin eşit korunması ile ilgili Anayasal prensibinin daha tutarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli kanunl koşullar oluşturulmuştur. Her durumda, bu yenilik ile çalıntı malın devlete veya topluma ait olmasına veya herhangi başka bir şekilde olmasına bağlı olarak hırsızlık, dolandırma, sahiplenme veya zimmete geçirme şeklindeki küçük ölçüdeki çalmanın farklı niteliklerinin (Ceza Kanunu'nun 158 ve 160.maddesi veya RSFSC'nin suçlar hakkındaki kanununun 49.maddesine göre bir nitelik) ihtimali bulunmamaktadır. 1998 ve 1999 Ceza Kanunu'na dahil edilen değişiklik ve eklemelerin temel hususları düşünüldüğünde, cezai sorumluluğun artırılması için her yönde bir eğilim tespit edilmektedir.

Ceza mevzuatında söz konusu eğilimi devam ettiren başka yeniliklerin meydana gelebileceğini tahmin etmek zor değildir. Diğer bir husus ise, ceza mevzuatına dahil edilen değişiklik ve eklemelerin Ceza Kanunu'nu ıslatan çiseleyen yağmura - dün bir maddeye yenisi eklenmiştir, bugün bir yenisi daha eklenmiştir vs. - benzememesi gerektiğidir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Burada karmaşık bir yaklaşım gereklidir. Belirli bir dönemde (bir yıldan yola çıkalım) mevcut kanunlara göre öneriler toplanıp bu önerilerin toplanmasından sonra en iyileri gerçekleştirilmelidir. Bir tarihin belirlenmesi yararlı olacaktır (örn. 1 Ocak), bu tarihe kadar Devlet Duması (Rusya Federasyonu Parlamentosu'nun birinci odası) iyileştirme önerilerinin paketini müzakere etmiş olup bunu kabul etmeli veya reddetmelidir.

Böyle bir yaklaşım sayesinde kanun, acele ile yapılan ve basit olan değişiklik ve eklemelerden arınmış olup iyileştirme süreci daha iyi düşünülmüş, daha iyi tartılmış ve daha etkili hale getirilecektir.

Ceza Kanunu'ndaki rastgele yenilikleri engellemek için iyileştirme süreci isabetli bir şekilde olması gereken duruma getirilmelidir. Devlet Duması'nın nitelikli çoğunluğu Ceza Kanunu ile ilgili değişiklik ve eklemeleri müzakereye sunmalı mıdır?

Sunulması gereken bu tür önerilerin Rusya Federasyonu Federal Meclisi'nin Devlet Duması tarafından müzakere edilmek üzere kanun taslaklarının yazarlarının belirtilmesiyle sunulacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Birçok durumda kanun taslağının nihai olarak çok sayıda gelişme ve revizyon ile neredeyse şahsiyetsizleştirildiği ortadadır. Belgenin hazırlanmasını başlattıranlar, bu belgede en çok katkısı olanlar ve bu belgeyi kanun koyucusuna kadar götürenlerin isimleri mutlaka bilinmektedir. Böyle bir prosedür, gelecek kanun ile bağlantılı olan isim sahiplerinin sorumluluğunun arttırılması için kanun tasarılarının kalitesine katkıda bulunacaktır.

Şu anda belirleyici olan, sorumluluğun daha da arttırılması için hareketin devam ettirilmesidir. Ceza Kanunu'nu, söylendiği gibi, tam performans ile iş sürecine bölmek asıl görevdir. Bugün, kapasitesinin en fazla yüzde 10'u ile „çalıştırılmaktadır“. Bunun nedeni ise, sadece gizli suçlar değil (burada da çok fazla iş olduğu halde) aynı zamanda son yıllarda önemli ölçüde kötüleşen (beraat kararı eğilimine doğru) ceza hukuku uygulamasının düzeltilmesidir. Fiili özgürlükten yoksun

bırakma şeklinde bir cezanın uygulanması gerektiği yerde be-  
raat kararı verilmektedir, sürekli hapis cezasının verilmesi ge-  
rektiği yerde en düşük hapis cezası verilmektedir veya genel  
olarak herhangi önemli bir gerekçe olmaksızın daha hafif bir  
ceza verilmektedir.

Ayrıca, kanunma düzeyinde sorumluluğun arttırılması için  
tabi ki yedeklerde vardır. Şu anda hırsızlıklar salgın niteliğin-  
de ise bunlar sadece daha sıkı tedbirler ile aşılabılır, bunlara  
cezai niteliklerden olanlar da dahildir. Ciddi ve en ciddi suçlar-  
ın işlenmesinde gözetim altında serbest bırakılma hükmünün  
uygulanması kanunlanmalıdır ve orta dereceli suçların iş-  
lenmesinde bu hükmün uygulanmasında önemli bir kısıtlama  
olmalıdır. Şu anda, gözetim altında serbest bırakılma hükmü,  
ceza mevzuatı adındaki “buharlı lokomotif”in tüm gücünün  
bir düdüğe akar gibi aktığı bir sığınma yerine dönüşmüştür.

Ceza mevzuatının daha fazla düzeltilmesi için hangi ana  
yollar mevcuttur? Bizim görüşümüze göre, bunlar ayrıntılı ola-  
rak aşağıdaki gibidir.

İlk yolda ceza hukuku sistemi düzeltilir. Ceza Kanunu’nda-  
ki bölüm ve paragrafların sırası ve yapısı tekrar gözden geçi-  
rilmelidir. Çoğu rastgele ve keyfi olarak belirlenmiştir. Bölüm  
ve paragraf başlıklarındaki terimler zaman zaman dayanaksız  
olarak çakışmaktadır, kanunun genel sistemindeki yerleri tar-  
tışılmalıdır. Cümle noktalama ve yorumlama olanakları tama-  
men değerlendirilmemiştir.

Ceza mevzuatının düzeltilmesi için ikinci yolda mevcut boş-  
luklar doldurulur. Bir motorlu araca kanundışı el koymanın  
neden bir suç sayıldığını ve diğer gayrinakdi varlıklara kanun-  
dışı el koymanın (örn. ev veya daire) neden suç sayılmadığını  
bilmemekteyiz; ihmal neden suç sayıldığını ve memurların çı-  
karcı bir amaçları olmadan fakat hizmet çıkarlarına aykırı olan  
kasıtlı eylemleri ve bazen vatandaşların veya kuruluşların hak  
ve meşru çıkarlarının veya kanunla korunan toplum veya  
devlet çıkarlarının önemli bir ihlali neden suç sayılmadığını...  
Bu sıra uzun bir süre devam ettirilebilir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Üçüncü yolda madde başlıkları kanunun özel bir bölümünde içeriklerine göre uyarlanır. Her yerde sapsmalar ve çelişkiler vardır. Örn. Ceza Kanunu'nda vandalizm, bizim açımızdan suç olarak kesinlikle kabul edilmeyecek (toplum için yeterince tehlike oluşturmadığından) bir şey olarak tanımlanmaktadır, ancak asıl vandalizm ceza mevzuatının çok dışında kalmaktadır.

Dördüncü yolda genel olarak ceza mevzuatında kullanılan terimler ile ilgili „değerler yeniden değerlendirilir“. Kanunda örn. eşkıyalık, soygun, gasp, kanundışı müdahale, suçluluk, ani heyecan, ceza indirimi ve af ile ilgili herhangi bir açıklama henüz bulunmamaktadır. Ancak bu tür açıklamalar çok gereklidir.

Beşinci yolda Ceza Kanunu'nun özel bölümlerinde yer alan ilgili maddelerin ilk bölümlerinde (bazende tek olan bölümünde) „resmi“ tip olarak ifade edilen ve bu maddelerin ikinci ve diğer bölümlerinde yer alan suç tipleri „somutlaştırılır“. Böylece örn. RF'nun Ceza Kanunu'nun 125.maddesi (tehlikede bulunan bir kişinin yalnız bırakılması) ikinci ve üçüncü bölümüyle aşağıdaki içerik ile tamamlanabilir:

“2. Zarar gören kişinin sağlığına ihmalkar olarak orta derecede zarar verilmesine neden olan aynı eylem...

3. Zarar gören kişinin sağlığına ihmalkar olarak ciddi şekilde zarar verilmesine veya kişinin ölmesine neden olan ve bu maddenin ilk veya ikinci bölümünde öngörülen eylemler...”.

Altıncı yolda ilgili suçların temel özelliklerine atıfta bulunarak basit hükümler geliştirilir. Böylece Ceza Kanunu'nun 126. maddesinin 1.bölümündeki hükmün bir kaç kelimeyle ifade edilmesi yerine („bir kişinin kaçırılması“) böyle bir suçun gerçekleştirilmesinin en tipik şekillerine atıfta bulunulurdu. Bize göre, bu tür şekillerin listesi açık olmalıdır ve benzer suç tiplerinin genel şemasına göre bitmelidir: „...ve diğer yollarla“.

Yedinci yolda çakışmalar engellenir. Böylece örn. Ceza Kanunu'nda yer alan suç tipi, maaşın, emekli maaşın, bursların, yardım paralarının ödenmemesine ve diğer ödemelerin ya-

pılmamasına (CK'nun 145.maddesi) benzer. Ceza Kanunu'nun tüm özel bölümü, ilgili eylemlerin en tehlikeli tiplerinde cezanın kaldırılmasına neden olan bu tür çakışmaların bertaraf edilmesi açısından „envanter edilmelidir“.

Sekizinci yolda bazı suç tipleri, daha verimli uygulanabilmeleri açısından modernleştirilir (değiştirilir). Örn. ev hapisleri yaptırılamıyorsa ilgili cezanın uygulanması için farklı bir şekil denenmelidir, örn. ev hapsi şeklinde (ilgili il, bölge, yerleşim yerinden v.b. çıkma kanunğı ile).

Özgürlüğün kısıtlanması ve zorunlu işler ek bir çaba sarfetmeden gerçekleştirilebilir, örn. ilgili yükümlülüklerin tamamen yerine getirildiğine dair kanıt sunularak kişinin kendi takdirine bağlı olarak iş yükümlülüklerinin iş ve ders zamanında yerine getirilmesi şeklinde.

Dokuzuncu yolda ceza mevzuatındaki „lastik önlemleri“nin etkisini gösteren düzenlemeler kaldırılır. Böylece, örn. bazı düzenlemeler cezai sorumluluk tedbirlerinin alınmaması ve cezaların verilmemesi ile ilgili konuları düzenlerken bazıları da gözetim altında serbest bırakılma hükmünü ve cezanın tespit ve tayinini düzenlerler. Buradaki birçok konu kanun koruyucusunun kendi takdirine bırakılmaktadır, fakat bu uygun mudur? Düşünülebileceği gibi her zaman uygun değildir.

Son olarak, ceza mevzuatının düzeltilmesindeki onuncu yol üzerinden. Onuncu yolda, düşündüğümüz gibi, cezai yaptırımlar daha belirli hale getirilir. Gerekli olduğu yerlerde, tamamen belli olan yaptırımlar kararlı bir şekilde kullanılmalıdır.

Her belirtilen yol için çok şey söylenebilir ancak bu bilimsel raporun dar kapsamı, konuyu tamamen açmaya izin vermemektedir. Bu nedenle, bununla ilgili daha kısa yorumlarla kendimizi sınırlayacağız, yani sadece yukarıda listelenen her yol için kendimizi sınırlayacağız. Bu yorumları, yolların sistemine dayalı değil de daha çok ceza mevzuatına dayalı olarak ifade edeceğiz.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Örn. suç ortaklığı teriminin kanunl tanımı ile ilgili öneriler vardır. Bu tanım sadece ek suçu kapsamamalıdır, aynı zamanda bir önder, kışkırtıcı veya ek suçlunun katılımı ile suçun bir kişi tarafından işlenmesini de kapsamalıdır.

Ceza Kanunu'nun 33.maddesinin 5.bölümünde kanun koyucusu, ek suçlu teriminin tanımını birçok yardım şekillerininin (tavsiye, talimat, bilgi, araç veya alet sağlama... yoluyla yardım) sayılmasıyla tanımlamaktadır, fakat tüm benzer suç işleme şekillerini istisnasız olarak saymak mümkün müdür? Hayır, değildir. Bu nedenle, ek suçlu teriminin tanımı diğer yardım şekillerininin genel bilgisi ile tamamlanarak bu listeyi açık tutmak yararlı gözükmemektedir.

Ceza Kanunu'nun 43.maddesinin 2.bölümündeki sosyal adaletin yeniden kazanılması şeklindeki ceza amacı bilgisi şaşırtıcıdır. Her suç özellikle sosyal adaleti uzaktan yakından ihlal etmemektedir, öyle olsaydı, söz konusu maddede suç ile ihlal edilen adaletin yeniden kazanılması için tek bir bilgi yeterli olurdu.

Ceza politikasının uygulanmasında varlık yaptırımlarına özellikle önem verildiği için daha etkili bir şekilde uygulanması araştırılmalıdır, özellikle para cezası gibi bir ceza önlemi araştırılmalıdır. Mülk sahibinin veya başka bir sahibin maddi zarara uğratıldığı suçlarda meydana gelen zararın bir kaç katı değerinde bir para cezasının verilmesi muhtemelen yararlı olacaktır. En azından bugün Ceza Kanunu tarafından öngörülen para cezalarına alternatif olarak.

Ceza hükmü üzerinden. Ceza Kanunu'nun 10.paragrafı „ceza hükmü“, 60.madde ile başlamaktadır, „Ceza Hükmü ile ilgili Genel İlkeler“ başlığı ile değiştirilmiştir. Fakat yine de 10.paragrafın, tamamlanmamış suçlar, toplumsal suçlar, tekrarlanan suçlar ve suç ve yargı rekabeti için ceza hükmü hakkındaki maddeler ile ilgili bir giriş maddesi olarak geçerli olmuş olacak „Ceza Hükmü ile ilgili Özel Kurallar“ maddesine ihtiyacı vardır. Tüm bunlar, ceza hükmü için özel kuralla-

rı belirleyen standartlardır. Ceza hükmünün özel kurallarına adanan madde de ceza hükmünün genel ve özel kurallarının gereksinimleri ve bağlantıları hakkında bir şeyler söylemek önemli olacaktır, yani: Ceza hükmünün özel kurallarının uygulanması ile sadece genel kuralların uygulanması bütünleştirilmiş olur ancak bunlar ortadan kaldırılmış olmaz. Aslında 10.paragraf „ceza hükmü“ iki alt paragrafa bölünebilirdi, birincisi ceza hükmünün genel kurallarına ikincisi ise ceza hükmünün özel kurallarına ayrılmış olabilirdi.

„Lastik etkisi, cezai sorumluluk tedbirlerinin alınmaması ve cezaların verilmemesi hakkındaki standartlarda da görülmektedir. Böylece kanun koyucusu, örn. cezanın kaldırılması için çeşitli nedenler ile ilgili şu standart ifadeyi kullanmaktadır: Kişi serbest bırakılabilir... Bu durumlarda „otomatik düzeltme“nin devreye sokulması önerilmektedir, yani „...kişi serbest bırakılabilir...“ kelime kombinasyonunun bulunduğu tüm kanun metninde bu kelime kombinasyonunun „...kişi, serbest bırakılma uygulamasına tabidir...“ ile değiştirilmelidir.

Cezai sorumluluk tedbirlerinin alınmaması ve cezaların verilmemesi için nedenlerden bahsedildiğinde bazı tamamen kavramsal konular göz ardı edilmemelidir. Zamanaşımı Enstitüsü, Ceza Kanunu'nda zamanaşımının iki tipi ile mevcuttur, yani suçun işlenmesinin zaman aşımına uğraması (suç çoktan işlenmiştir) ve ceza hükmünün verilmesinin zaman aşımına uğraması.

Rusya Federasyonu Yargıtay Mahkemesi'nin genel kurul kararlarının tüm kanun uygulayan yetkililer ve görevliler için bağlayıcı bir gücü olduğu düşünülmektedir. Böylece kanun koyucusu, bu tür belgelerin yayımlanmasından hemen sonra Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerini gerekli yorumlarla tamamlayabilir veya en azından Ceza Kanunu'nun her gelecek resmi metin çıktısı bu tür belgelerin düzenlemelerini ve kanun maddelerinin karmaşık bir şekilde uygulandığı düzenlemeleri, kanun ve diğer hukuki dosya standartlarını içermesi için tedbirler alabilir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Diğer bir öneriyi ifade etmeyi gerekli görmekteyiz: Rusya Federasyonu Yargıtay Mahkemesi'nin genel kurul kararlarının tüm kanun uygulayan yetkililer ve görevliler için bağlayıcı bir gücü olduğu gibi Ceza Kanunu'nun resmi yorumlarının madde madde yayınlanması bu yetkililerin görevlerinden biri olmalıdır. Böylece ceza politikasında eşit bir kanunluğun oluşturulmasına yardımcı olunmuş olur.

Son olarak, ceza hukukunu, hukukun tamamında olduğu gibi, sadece teknik terimlerin hakimiyetinden kurtarmak gerektiğini belirtmek isteriz. Neden „kanunl idare“, „kanunl işlem“, „sistemli kanunl düzenleme“, „kanunl davranışların yeniden düzenlenmesi“ değil de „kanunl düzenleme“ diyoruz? „Teknik ifadeler“in hukuka hiçbir yararı olmayıp hukukun değerini bir „mekanizma“ seviyesine kadar düşürmektedirler, böyle bir mekanizmada ise „kanunl düzenlemenin sisteminde“ sadece „şanzımanın bir tekerleği“ olunur.

Daha sık aralıklarla dilbilimcileri, felsefecileri, mantıkçıları ve diğer zihin bilimcilerini kanun taslaklarını yorumlamaları için davet etmek gerekir.



**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)**- Sevgili Anna'ya çok teşekkür ediyoruz. 1996 yılında kabul edilip 1997 yılında yürürlüğe giren yeni Rus Ceza Kanunu ile ilgili, ceza kanunundaki sistematik düzenlemelerden yola çıkarak bize kanun yapılış sürecine ilişkin izlenimlerini aktardı. İlginç bir kanunlaşma süreci Rusya ve Gürcistan'la ilgili, onu belki düşünerek yapmamız gerekir. Bu değerlendirmeleri çünkü Gürcistan Anayasası bakımından Passau'da ki Prof. Martin Fincke Anayasa taslağı yazdı verdi. 90'lı yıllarda Sovyetler Birliği dağılır da yeni devletler bağımsızlığını kazanırken ilginç olarak Gürcistan Anayasasını Almanya'daki meslektaşımızdan talep etti sonrasında tabi ki üzerinde değişiklikler yaparak kanunlaştırdılar. Diğer taraftan Rus ceza kanunu Dumaya taslağını Regensburg'da ki çok önemli ceza hukukçusu Prof. Dr. Friedrich Christian Schröder hazırladı. Ama şimdi kanunları karşılaştırdığımızda büyük ölçüde değişikliğe uğrayarak kanunlaştığını da görüyoruz. Sanırım tasarıdan çok az faydalanıldı, bu

1. saptama.

2. sistematik bakımından Türkiye'de de çok tartışılan bir şey var, yarınki sunumda Prof. Dr. Soyaslan hocamız ceza hukuku bakımından bu örnekle karşılaştırma olarak bize Türkiye'de ki süreci açıklayacaktır. Bizde de çok tartışıldı özellikle devlete karşı suçların önce mi sonra mı olmasının insan hakları bakımından ne kadar önemli olduğu, öğrenci, gazeteci veya halk inanıyor ama hukukçular buna çok inanmıyor çünkü bir suç grubunun ceza kanununda önceki veya sonraki maddelerde olması onun insan haklarını çok iyi koruduğu, çok meşru olduğu, çok doğru olduğu anlamına gelmiyor. Ama Türkiye'de böyle olduğu söylendiği, Zanardelli kanununda sanırım 30'lı yıllarda Rocco kanun tasarılarıyla cezaların ağırlaştırılması dikkate alınarak, hem o kanun hem Türk ceza kanunu sürekli faşist kanun olarak adlandırıldı eski ceza kanunu. Ve orada devlete karşı suçlarla başlıyordu, bakın yeni kanunda biz bunu insanlara karşı suçları daha öne çektik ve insan haklarını çok iyi koruduk olur. Şimdi bir maddenin içeriği önemlidir, biz hukukçu olarak biliyoruz. 300. veya 100.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

madde olması önemli değildir. Yani, madde numarası sayısı çok da abir anlam ifade etmiyor. Eğer siz gerçekten insan haklarını koruyucu bir madde koyarsanız, bunu Kanunun en son maddesine de koysanız önemli değildir. Madde numarasının ne olduğundan farklı olarak o hüküm o işlevi yerine getirir. Ve 3. nokta "tanımlar", aslında bu 6. madde tanımlarla ilgili ve Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesi yani m. 61 ve m. 3'e baktığımız zaman Polonya ve Rusya örneklerinden alındığını, kopya edildiğini görüyoruz. Bu da bize gösteriyor ki, genel hükümlerin sadece Almanya'dan alınmadığı ve sistematigi bozmadab bir ülke kanunundan iktibas edilmediği çok net. Belirlilik ilkesi gereği Kanundaki bu tanımlar sistematik olarak çok önemli. Rusya'da geçmişte çok ciddi bir gelenek var, ama tanımında bizatihi bir tanıma ihtiyacının olmayacak şekilde yapılması gerekir. Bazen bu şekilde ciddi sıkıntılar yaşıyoruz. Sayın hocam Prof. Soyaslan burada olduğu için, kendisinin çok iyi çalıştığı ve bildiği Ceza Kanunu öntasarıları deneme süreçleri var: Örneğin deney-demneme suç tiplerini düzenleyen maddeye (m. 90) baktığımız zaman belirli koşullar içermeyen denemeyi cezalandıran bir norm ama sadece bilimsel deneyleri cezalandıran ama bilimsel olmayan deneyleri cezalandırmayan bir norm var. Demek ki, kullanılan kavram ve terimlerin ne kadar önemle ve özenle seçilmesi gerektiğini özellikle ceza hukuku alanı bakımından (çünkü konuşma ceza hukukuna ilişkindi) görmek gerekir; bunları söyleme gereği duydum. Şimdi sırada Prof. Dr. Maria Eder var, Avusturya'dan geliyor. Prof. Eder-Rieder aynı zamanda hem ceza hukukçusu hem de Türkiye olarak Avusturya ile çok ciddi bir köprü kurduğumuz, birçok ciddi bilimsel çalışmalar yaptığımız Salzburg'dan gelen Avrupa Bilim ve Sanatlar Akademisi üyesi.

# LEGISTISCHE RICHTLINIEN FÜR DIE GESTALTUNG VON RECHTSVORSCHRIFTEN IN ÖSTERREICH

*Prof. Dr. Maria Eder-Rieder*

## I. Einleitung

Die **Gesetzgebungstechnik**, die in Österreich auch **Legistik** genannt wird, befasst sich mit der **Gestaltung der Texte von Rechtsvorschriften**. Sie ist traditionell der Verwaltungspraxis zuzuordnen<sup>1</sup>. Hinweise über die Gesetzgebungstechnik findet man daher beim Bundeskanzleramt Österreich unter Legistik ([www.bka.gv.at](http://www.bka.gv.at)).

Die entsprechenden legistischen Erfordernisse eines Rechtstextes werden in den einschlägigen **legistischen Richtlinien** geregelt. Dazu gehören insbesondere das Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 1 (DOC 360 kB) „**Legistische Richtlinien 1990**“, das Handbuch der Rechtssetzungstechnik – Addendum zu Teil 1 (DOC 155 kB): „**EU-Addendum zu den Legistischen Richtlinien 1990**“, das Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Teil 2 (PDF 329 kB): „**Richtlinien für die Wiederverlautbarung von Bundesgesetzen**“ und Legistische Richtlinien 1979, Teil IV (DOC 25 kB): „**Erläuterungen zu Ent-**

---

<sup>1</sup> Schäffer Heinz, Legistische Richtlinien in Österreich, in Rödiger (Hrsg), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, 192 ff.

**würfen von Rechtsvorschriften“.** Daneben sind unter anderen<sup>2</sup> noch die E-Recht-konforme Gestaltung von Rechtstexten ([e-recht-technik@bka.gv.at](mailto:e-recht-technik@bka.gv.at)) wie ua Projekt E-Recht (DOC 35 kB): Beschluss der Bundesregierung vom 6. Juni 2001 betreffend elektronischer Rechtserzeugung oder die Layout-Richtlinien (DOC 2108 kB), also Richtlinien für die Erarbeitung und die Gestaltung von Rechtstexten und Muster (Stand: Jänner 2004)<sup>3</sup>, die im Bundesgesetzblatt kundzumachen sind, zu nennen.

Diese Legistischen Richtlinien des Bundeskanzleramtes (BKA) sind **keine Gesetze**, sondern stellen „**Empfehlungen**“ des BKA-Verfassungsdienstes für die einheitliche rechtliche und sprachliche Gestaltung von Rechtsvorschriften dar. Sie sollen zu einer besseren und vereinfachten Rechtssetzung („Better Regulation“) führen. Die **legistischen Richtlinien 1990** enthalten vorwiegend **technische Empfehlungen** im Dienste der Rechtsklarheit und vereinheitlichten Gestaltung von Rechtsvorschriften und haben einen hohen praktischen Wert als tägliches Handwerkzeug des Legisten. Sie haben die **Aufgabe** sicherzustellen, dass alle Gesetzesentwürfe in formaler Hinsicht (Eingangs- und Schlussformel) gleichgestaltet sind und die Sprache des Gesetzes klar, kurz, einfach, einwandfrei und dem Laien sofort verständlich ist. „Hüter und Wächter“ der Einhaltung der Richtlinien ist dabei der Verfassungsdienst des BKA.

## II. Legistischen Richtlinien 1990

Die Legistischen Richtlinien (LRL) 1990 gliedern sich in **Rechtssprache, Rechtstechnik und formelle Gestaltung.**

---

<sup>2</sup> Zu nennen sind die Ausgliederungsrichtlinien (DOC 124 kB): Richtlinien für die Ausgliederung staatlicher Aufgaben und die Gestaltung von Entwürfen zu Bundesgesetzen betreffend die Ausgliederung staatlicher Aufgaben und die Gestaltung von Entwürfen zu Bundesgesetzen betreffend die Ausgliederung bzw das Rundschreiben betreffend Verwendung diskriminierungsfreier Formulierungen im Zusammenhang mit Behinderungen (PDF 76 kB) (Rundschreiben BKA-600.824/0001-V/2/2012)

<sup>3</sup> Unter diesen Rechtstexten sind neben Texte der eigentlichen Rechtsvorschriften auch die Texte der entsprechenden Entwürfe, die zu (allgemeinen) Begutachtung versendet werden, Ministerratsvorträge, Regierungsvorlagen und Ausschussberichte zu verstehen.

## 1. Rechtssprache

### a) Sprachliche Sparsamkeit und Klarheit

Die Rechtssprache soll einfach, klar, kurz und für Laien verständlich und einwandfrei sein, denn nur eine **klare Gesetzessprache schafft eine Normenklarheit**. „Rechtsvorschriften sind knapp und einfach zu fassen. Jedes überflüssige Wort ist zu vermeiden“ (LRL 1). Sie sind allein der **Rechtserzeugung**, dh der Schaffung von Gesetzen und Verordnungen bestimmt (LRL 2). Dabei sind **Wiederholungen zu vermeiden** (LRL 4). Rechtsvorschriften sind **abstrakt zu formulieren. Beispiele sind nur anzuführen, wenn sie Begriffe verdeutlichen** (LRL 6).

„Dem Text einer Rechtsvorschrift müssen die **Normadressaten** der einzelnen Regelungen und das vorgeschriebenen Verhalten zweifelsfrei zu entnehmen sein“ (LRL 7). Bei der **Formulierung von Normen** ist insbesondere klar zum Ausdruck zu bringen, wieweit die Rechtsvorschrift ein bestimmtes Verhalten gebietet, verbietet oder zu einem Verhalten ermächtigt; wieweit die Verwaltung gebunden werden oder nach freiem Ermessen entscheiden soll oder inwieweit es sich um dispositives oder zwingendes Recht handelt.

#### Beispiel:

Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB): „Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, *ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen*“.

### b) Sprachstil

Was den **Sprachstil** betrifft, sollen zwar **Wortwiederholungen** unterlassen werden, aber jedenfalls muss der Eindeutigkeit und Übersichtlichkeit der Norm der Vorrang vor der Ästhetik des Textes eingeräumt werden (LRL 8).

**Beispiel:** Sanktion bei Körperverletzung nach § 83 Abs 2 StGB: „*Ebenso ist zu bestrafen, wer...*“

**Verständlichkeit:** Rechtsvorschriften sollen **verständlich** sein, dh sie sollen leicht lesbar sein und sich am allgemeinen Sprachgebrauch orientieren (LRL 9). Fachbegriff sind in der Rechtsvorschrift deutlich zu machen (LRL 30). Außerdem ist die **sprachliche Gleichbehandlung** von Frau und Mann zu beachten, wobei geschlechtsneutrale Bezeichnungen vorzuziehen sind (LRL 10).

**Beispiele:** Bei Raub (§ 142 Abs 1 StGB) oder Vergewaltigung (§ 201 StGB): „Wer eine *Person* mit Gewalt...“; Menschenhandel (§ 104a StGB) spricht von einer „minderjähriger bzw volljähriger Person“; bei Begehung im Familienkreis (§ 166 StGB) bzw Unbefugten Gebrauch von Fahrzeugen (§ 136 Abs 3 StGB) wird ein „anderer Angehöriger“ angesprochen. Im Strafprozess nach der StPO ist von „Staatsanwaltschaft“, „Verteidiger“, „Beschuldigter“, „Angeklagter“, „Opfer“, „Privatbeteiligter“, „Sachverständiger“ die Rede.

### c) Ordnung und Systematik

Dem Text einer Rechtsvorschrift muss eine klar erkennbare **Systematik auch im Paragraphenaufbau** zugrunde liegen (LRL 11, 13, 14).

### d) Satzbau

Sätze sollen nicht zu umfangreich gestaltet und vor allem nicht mit Hauptwörtern überladen werden (LRL 15 und 28). Als Regel gilt: **Pro Satz nur eine Aussage** (ein Gedanke ein Satz), Schachtelsätze sind zu vermeiden, Sätze sollen möglichst nicht mehr als 20 Wörter aufweisen und eine übersichtliche Satzstruktur soll einhalten werden. Außerdem sind Rechtsvorschriften in der **Aktivform** zu verfassen (RL 15, 16, 18, 17).

**Beispiel:** Wahl des Obmanns der Geschworenen (§ 320 Abs 1 StPO) „Die Geschworenen... wählen einen Obmann aus ihrer Mitte mit einfacher Stimmenmehrheit.“

**Mehrfache Verneinungen** innerhalb eines Satzes sind zu vermeiden (LRL 21)

**Beispiel:** Statt „Eine wiederholte Antragstellung ist nicht unzulässig“ ist besser: „Wiederholte Anträge sind zulässig“.

**Gegensätze** sind mit den Wörtern „**jedoch**“ oder „**aber**“ deutlich zu machen (LRL 23).

Das Wort „**und**“ ist immer dann zu gebrauchen, wenn es sich um **kumulative Voraussetzungen** handelt (LRL 24). Bei mehreren Voraussetzungen ist dazwischen ein Beistrich zu setzen.

**Beispiel:** Minderschwerer Raub (§ 142 Abs 2 StGB) „Wer einen Raub ohne Anwendung erheblicher Gewalt an einer Sache geringen Wertes begeht, ist, wenn die Tat nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat **und** es sich um keinen schweren Raub (§ 143) handelt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

Das Wort „**oder**“ kann **zwei Bedeutungen** haben (LRL 25).

**Aufzählendes „oder“:** Der Tatbestand ist bereits beim Vorliegen **einer** von verschiedenen Voraussetzungen gegeben, es können aber auch mehrere Voraussetzungen vorliegen; an einen Tatbestand werden Rechtsfolgen in der Weise geknüpft, dass eine oder mehrere derselben eintreten sollen.

**Ausschließendes „oder“:** Es darf nur eine von verschiedenen Voraussetzungen vorliegen (selten); an einen Tatbestand werden Rechtsfolgen in der Weise geknüpft, dass jeweils nur eine derselben eintreten soll. Dies soll mit „entweder - oder“ bzw mit notwendigen Bestimmungen ergänzt werden. Bei mehreren Voraussetzungen immer das Wort „oder“ verwenden ein Beistrich genügt nicht. Die Ausdrücke „beziehungsweise“, „und/oder“ sollen vermieden werden (LRL 26)

**Beispiele:** Pornographische Darstellungen Minderjähriger (§ 207a Abs 1 StGB) „Wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person ...“

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

1. herstellt *oder*
2. einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt *oder* sonst zugänglich macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen“.

### **Ausschließendes „oder“ ohne Ergänzung:**

Wer einen anderen am Körper verletzt *oder* an der Gesundheit schädigt, ist...zu bestrafen

### **Ausschließendes „oder“ mit notwendiger Ergänzung:**

#### **Beispiele:**

Strafausschluss bei fahrlässiger leichter Körperverletzung (§ 88 Abs. 2 StGB):

Trifft den Täter kein schweres Verschulden und ist entweder

1. Die verletzte Person mit dem Täter in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, sein Bruder oder seine Schwester oder nach § 72 Abs 2 wie ein Angehöriger des Täters zu behandeln,...

Mord (§ 75 StGB): Wer einen andern tötet, ist mit Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren *oder* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

#### **e) Ausdruck**

**Gebote und Verbote (Verhaltenspflichten) sind in befehlender Form zu fassen (LRL 27).**

**Beispiel:** Mord (§ 75 StGB): Wer einen andern tötet, *ist* mit Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Hauptwortphrasen sind durch **Zeitwörter** zu ersetzen (LRL 28)



**Beispiele:** Statt Verwendung finden; Geltung besitzen besser: *verwenden, gelten*

**Neubildung von Worten** bzw **fachsprachliche Sprachformen** sind zu vermeiden. Begriffe sollen in jener Bedeutung verwendet werden, die ihnen im allgemeinen Sprachgebrauch oder in der Fachsprache zukommt. **Begriffsbestimmungen (Legaldefinitionen)** sind in Rechtsvorschriften nur dann aufzunehmen, wenn sie der Rechtsklarheit dienen. Bei umfangreichen Rechtsvorschriften sollen Begriffsbestimmungen möglichst in einem **eigenen Paragraphen an den Beginn** gesetzt werden. Derselbe Begriff ist grundsätzlich überall in ein und derselben Bedeutung zu verwenden (LRL 30, 31).

**Beispiel** von **Legaldefinitionen** finden sich in § 74 StGB wie unter anderen *Beamter, Amtsträger, Schiedsrichter, gefährliche Drohung, Urkunde, Computersystem, Prostitution, unbares Zahlungsmittel, leitende Angestellte*.

**Fremdwörter**, für die ein treffender deutscher Ausdruck zur Verfügung steht, sind nicht zu verwenden. Das Eindeutschen von Fremdwörtern ist zu vermeiden, wenn dadurch neue Kunstbegriffe entstehen (LRL 32).

**Beispiel:** Legaldefinition des **Computersystems** nach § 74 Abs 1 Z 8 als „sowohl einzelne als auch verbundene Vorrichtungen, die der automationsunterstützten Datenverarbeitung dienen“.

**Übliche und zeitgemäße Wortwahl** ist zu verwenden: auf veraltete, ungebräuchlich gewordenen Ausdrücke soll verzichtet werden (LRL 33):

**Beispiele:** Im Zuge von Novellierungen wurde „Unzucht“ durch „geschlechtliche Handlung“<sup>4</sup> bzw „Schwachsinn“ durch „geistige Behinderung“<sup>5</sup> ersetzt. „Schändung“ wurde zu „Sexuellen Missbrauch einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person“ (§ 205 StGB).

---

<sup>4</sup> BGBl I 1998/153.

<sup>5</sup> BGBl I 2009/40.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Das Wort „können“ ist mehrdeutig. Man kann darunter „vermögen“, „dürfen“, „sollen“, unter Umständen sogar „müssen“ (vgl LRL 84) verstehen (LRL 34).

Es sind daher für **Gebotsnormen** die Wendungen „müssen“ und „sind zu“ und für **Verbotnormen** „dürfen nicht“, „sind verboten“ zu verwenden. Das Wort „können“ sollte nur in **Ermächtigungsnormen** verwendet werden und nur wenn der Behörde ein **Ermessen** eingeräumt wird. Wenn hingegen die Vollziehung einen Auftrag erhalten soll, einen bestimmten Akt zu setzen oder eine Verordnung zu erlassen, so muss dieser Auftrag mit „müssen“ oder „sind zu“ ausgedrückt werden. Das Wort „sollen“ ist in Gebots- und Verbotsvorschriften wegen seines mehrdeutigen Sinnes zu vermeiden (LRL 35).

Beispiele:

Für Gebotsnorm:

Öffentlichkeit der Hauptverhandlung § 228 Abs 1 StPO: „Die Hauptverhandlung *ist* öffentlich bei sonstiger Nichtigkeit“.

Rechtsbelehrung des Beschuldigten nach § 50 StPO: „Jeder Beschuldigte *ist* durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft sobald wie möglich über das gegen ihn geführte Ermittlungsverfahren und den gegen ihn bestehenden Tatverdacht sowie seine wesentlichen Rechte im Verfahren (§§ 49, 164 Abs 1) zu informieren“.

Recht auf Verteidigung nach § 7 Abs 1 StPO: „Der Beschuldigte *hat* das Recht, sich selbst zu verteidigen und in jeder Lage des Verfahrens den Beistand eines Verteidigers in Anspruch zu nehmen“.

Für Verbotsnorm:

Selbstbelastungsverbot nach § 7 Abs 2 StPO: „Der Beschuldigte *darf nicht* gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Es steht ihm jederzeit frei, auszusagen oder die Aussage zu verweigern. Er *darf nicht* durch Zwangsmittel, Drohungen, Versprechungen oder Vorspiegelungen zu Äußerungen genötigt oder bewogen werden“.

## 2. Rechtstechnik

### a) Zeitlicher Geltungsbereich

Das **Inkrafttreten** und **Außerkräftreten von Rechtsvorschriften** bezüglich Geltungs- und Rechtsfolgenbereich ist klar zu regeln (LRL 37).

**Inkrafttreten** (LRL 38): Sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, treten gemäß Art 49 B-VG und § 4 des Bundesgesetzes über das Bundesgesetzblatt 1985 Rechtsvorschriften, die im BGBl kundgemacht werden, **nach Ablauf des Tages**, an dem das Stück des BGBl, das die Kundmachung enthält, herausgegeben und versendet worden ist, in Kraft. Ein **abweichendes Inkrafttreten** ist zu verdeutlichen.

#### Beispiele:

§ 322 Abs 1 StGB „Dieses Bundesgesetz tritt mit dem 1. Jänner 1975 in Kraft“.

**Bei befristeter Geltung:** Bezüglich des Rücktritts von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft nach § 207a StPO normiert § 514 Abs 12 StPO: „§§ 199, 209a und 209b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2010, treten mit 1. Jänner 2011 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2016 wieder außer Kraft.“

**Rückwirkung:** Das rückwirkende Inkrafttreten einer Rechtsvorschrift darf angeordnet werden, soweit diesem verfassungsrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen (LRL 47 f). **Die rückwirkende Erlassung von Strafgesetzen ist verfassungsrechtlich ausgeschlossen (Art 7 EMRK, § 1 StGB).**

**Verweisungen** sind nur dann vorzusehen, wenn dadurch gegenüber der inhaltlichen Wiedergabe der Rechtsvorschrift eine **wesentliche Vereinfachung** erzielt werden kann und die Verständlichkeit nicht beeinträchtigt wird (LRL 54). Dabei sind Kettenverweisungen zu vermeiden. Die Verweisung muss **eindeutig** sein, dh es ist klarzustellen, auf welche Elemente des Tatbestan-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

des oder der Rechtsfolge der zitierten Bestimmung verwiesen wird (LRL 57). Sie muss auch **klar** sein, dh es ist uneingeschränkt auf die **andere Rechtsvorschriften** zu verweisen nicht „sinngemäße“ oder „entsprechende“ Anwendung (LRL 59 f).

Beispiele:

Absichtlich schwere Körperverletzung nach § 87 Abs 1 „wer einem anderen eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1) absichtlich zufügt...“.

Gefährdung der körperlichen Sicherheit nach § 89 StGB „Wer in den im § 81 Abs 1 Z 1 bis 3 bezeichneten Fällen, wenn auch nur fahrlässig, eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Sicherheit eines anderen herbeiführt,...

Vorsätzliches umweltgefährdendes Behandeln und Verbringen von Abfällen nach § 181b Abs 3 „Wer außer dem Fall des Abs 2 Abfälle *entgegen Art. 2 Nummer 35 der Verordnung 1013/2006/EG über die Verbringung von Abfällen* in nicht unerheblicher Menge verbringt,...

### b) Novellen

Was die Novellen betrifft, ist nach dem **System der Einzelnovellierung**, jede Änderung einer Rechtsvorschrift mit einem gesonderten Gesetz oder einer gesonderten Verordnung vorzunehmen (LRL 65 ff), wobei die Novellierungsanordnung im Indikativ zu formulieren ist.

**Beispiele:**

Dem § 139 wird folgender Abs 3 angefügt...; Nach dem § 139 wird folgender § 139a eingefügt...

Rechtsvorschriften sollen bei Bedarf **Übergangs- und Anpassungsbestimmungen** („Übergangsrecht“ LRL 75 ff) enthalten.

**Beispiel:** Übergangsbestimmungen nach § 323 StGB oder § 516 StPO

### c) Vollziehung

Welche Organe (Behörden) das Bundesgesetz zu vollziehen haben ist zusammenfassend zu regeln (LRL 79 ff).

**Beispiel:** § 324 StGB oder § 517 StPO: „Mit der Vollziehung dieses (Bundes-)Gesetzes ist der *Bundesminister für Justiz* beauftragt“.

### d) Ermessen

Wenn der Vollziehung durch Gesetz Ermessen eingeräumt werden soll, so ist dies klar und ausdrücklich anzuordnen, wie zB „kann nach ihrem Ermessen...“ (LRL 84 f; vgl LRL 7 und 34).

**Beispiel:** Außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen von Milderungsgründen nach § 41 Abs 1 StGB: „Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich,... so *kann* erkannt werden: Z 1. wenn die Tat mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist ..., auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.“

### e) Legalitätsprinzip

Gesetze sind so zu gestalten, dass alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Vollziehungsakte schon **aus dem Gesetz**, dh nicht erst aus einer Durchführungsverordnung, zu ersehen sind (LRL 86 ff). Damit müssen gerade Strafgesetze dem im Gesetzlichkeitsprinzip nach § 1 Abs 1 StGB verankerten Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

**Beispiel:** Diebstahl nach § 127 StGB „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen wegnimmt...“

Wenn „unbestimmte Gesetzesbegriffe“ verwendet werden, so ist möglichst genau anzuführen, wo die Grenzen der Unbestimmtheit liegen, so dass der eingeräumte Spielraum deutlich wird (LRL 87). **Ausnahmebestimmungen** sollen klar verständlich formuliert sein und im unmittelbaren Zusammenhang mit der Anordnung geregelt werden. Ausnahmen von der Ausnahme sind zu vermeiden.

### Beispiele:

Verbot wiederholter Strafverfolgung („ne bis in idem“) nach § 17 StPO (Art 4 7. Zusatzprotokoll zur MRK).

§ 17 Abs 1 StPO: Nach rechtswirksamer Beendigung eines Strafverfahrens ist die neuerliche Verfolgung desselben Verdächtigen wegen derselben Tat unzulässig. Abs 2 Die Bestimmungen über die Fortsetzung, die Fortführung, die Wiederaufnahme und die Erneuerung des Strafverfahrens sowie über die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes bleiben hievon *unberührt*.

*Subsidiaritätsklausel*: Das Vorbereitungsdelikt des Versicherungsmisbrauchs (§ 151 StGB) tritt gegenüber dem Versicherungsbetrug (§ 146 ff StGB) zurück: „... ist, wenn die Tat *nicht nach den §§ 146, 147 und 148 mit Strafe bedroht ist...*“

**Gebote und Verbote**, deren Nichtbeachtung mit Strafe bedroht ist, sind im Einzelnen zu bezeichnen. Es ist eindeutig klarzustellen, ob es sich um gerichtlich strafbare Delikte oder um Verwaltungsübertretungen handelt.

**Beispiele**: Wer ein Anmeldegewerbe ohne Gewerbeberechtigung ausübt...begeht eine Verwaltungsübertretung

**Fahrlässige Körperverletzung nach § 88 Abs 1 StGB**: Wer fahrlässig einen andern am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

## 1. Formelle Gestaltung

### a) Titel

Der Titel eines Bundesgesetzes oder einer Verordnung soll kurz und einprägsam den Inhalt angeben. Er hat die **Normenkategorie** (Bundesverfassungsgesetz, Bundesgesetz, Verordnung, Kundmachung, EntschlieÙung) sowie den **Gegenstand** anzugeben (LRL 100). Zitate von BGBl. Nr. sind im Titel zu

unterlassen: Bei Bedarf kann dem Titel ein **Kurztitel** oder ein **Abkürzung** angefügt werden (LRL 101)

**Beispiele:**

*Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität Österreichs*

*Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft über die Einrichtung des Wasserwirtschaftskatasters*

*Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974, BGBl 60, über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB)*

*Bundesgesetz über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG)*

Eine Jahreszahl ist dem Kurztitel oder der Abkürzung nur dann anzufügen, wenn dies zur Unterscheidung von früheren Fassungen nötig ist.

**Beispiele:** Einkommensteuergesetz: EStG 1967, EStG 1972; Weingesetz: WeinG 1999, WeinG 2009

**b) Promulgationsklausel**

Die Promulgationsklausel von Bundesgesetzen hat zu lauten: „Der Nationalrat hat beschlossen“ die von Staatsverträgen gemäß Art 50 Abs 1 B-VG: „*Der Nationalrat hat beschlossen: Der Abschluss des nachstehenden Staatsvertrages wird genehmigt*“ (LRL 106).

**c) Gliederung der Rechtsvorschrift**

Folgerichtiger Aufbau und die klare Gliederung eines Textes können zum besseren Verständnis beitragen. Gesetze und Verordnungen, die aus mehr als etwa 20 Paragraphen bestehen, sind grob zu gliedern. Dabei ist als oberste Gliederungseinheit „**Teil**“, als Untergliederung „**Hauptstück**“ und als unterste Gliederungseinheit „**Abschnitt**“ zu verwenden (LRL 111).

Beispiel aus der StPO

1. Teil: Allgemeines und Grundsätze des Verfahrens
2. Hauptstück: Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft, Gericht und Rechtsschutzbeauftragter

### 1. Abschnitt: Kriminalpolizei

**Detailgliederung: Gesetze und Verordnungen** sind in **Paragraphen** (§ 1, § 2...) zu gliedern; erforderlichenfalls sind diese in Absätze ((1), (2),...) und diese in mit Zahlen bezeichnete Gliederungseinheiten 1., 2....) zu unterteilen (LRL 113) und fortlaufend durchzunummerieren (LRL 115). Eine weitere Unterteilung in Buchstaben a), b), sollte, abgesehen von begründeten Einzelfällen, zugunsten zusätzlicher Absätze und Paragraphen unterbleiben (LRL 113).

**Beispiel: § 65 StPO:** Im Sinne dieses Gesetzes ist **1.** „Opfer“ **a.** „jede Person, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt oder in ihrer sexuellen Integrität beeinträchtigt worden sein könnte“, **b.**...

**§ 66 StPO (1)** Opfer haben...das Recht, **1.** Sich vertreten zu lassen (§ 73), **2.** Akteneinsicht zu nehmen (§ 68), **3.**...

### d) Novellen

Im Titel einer Novelle ist der Titel der zu ändernden Rechtsvorschrift ohne Datum und Fundstelle zu zitieren (LRL 120; zu weiteren Details und Zitierregeln: LRL 131 ff).

**Beispiel:** Bundesgesetz, mit dem das Kleingartengesetz geändert wird.

### e) Schreibweise von Zahlen

Die **Zahlen** eins bis zwölf sind in Wörtern, die Zahlen von 13 aufwärts in Ziffern auszudrücken (LRL 141). Nach StGB werden jedoch auch andere Zahlen ausgeschrieben:



**Beispiele: § 74. (1)** Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist

1. Unmündig: wer das *vierzehnte Lebensjahr* noch nicht vollendet hat;

3. minderjährig: wer das *achtzehnte Lebensjahr* noch nicht vollendet hat.

**Schwerer Raub § 143 3. Satz:** Hat die Gewaltanwendung jedoch eine Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen (§ 85) zur Folge, ist der Täter mit Freiheitsstrafe von *zehn bis zu zwanzig Jahren...* zu bestrafen.

Aber zu Verlängerung der Verjährungsfristen § 58 Abs 3 Z 3 StGB: In die Verjährungsfrist wird nicht eingerechnet „die Zeit bis zur Vollendung des *28. Lebensjahres des Opfers* einer strafbaren Handlung gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, wenn das Opfer zur Zeit der Tatbegehung minderjährig war“.

**Geldbeträge:** Bei der Angabe von Geldbeträgen ist die Bezeichnung der Währung dem Betrag nachzusetzen. Runde Beträge in Millionen- oder Milliardenhöhe sind – ausgenommen in Tabellen – nicht in Ziffern auszudrücken, sondern auszusprechen.

**Beispiele:** 300 000 Euro; drei Millionen Euro

Vgl aber bei der Zuständigkeit der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) nach § 20a Abs 1 Z 1 StPO „Veruntreuung, schwerer oder gewerbsmäßiger Betrug..., soweit auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der durch die Tat herbeigeführte Schaden *5 000 000 Euro* übersteigt...“

**Datumsangaben:** Monatsnamen sind auszuschreiben: 17. März 2002, 16. Juli 1983, 1. Jänner 2014, 2. Feber 2015 (LRL 143).

**Zeichensetzung** (LRL 144 ff): „bis“ ist auszuschreiben (LRL 147)

**Beispiel:** Körperverletzung mit tödlichem Ausgang nach § 86 StGB: „Hat die Tat den Tod des Geschädigten zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe *von* einem *bis* zu zehn Jahren zu bestrafen“.

**Abkürzungen** sind im Anhang 1 aufgelistet sie werden bei Kleinbuchstaben mit Punkt BGBl. Nr. geschrieben (LRL 148 f)

### III. Umsetzung von EU-Richtlinien

Die Mitgliedschaft der Republik Österreich zur Europäischen Union erforderte die Ergänzung der Legistischen Richtlinien 1990, um die notwendige Einheitlichkeit und Übereinstimmung der Rechtsvorschriften des Bundes mit dem Recht der Europäischen Union sowie mit den in diesem Zusammenhang zu beachtenden bundesverfassungsrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten. Daher hat die Bundesregierung in ihrer Sitzung vom 21. April 1998 das **EU-Addendum**<sup>6</sup> zur Gestaltung von Rechtsvorschriften beschlossen.

Bei der **Umsetzung von EU-Richtlinien** ersucht das BKA-Verfassungsdienst um Einhaltung der folgenden Vorgangsweise: Im **Vorblatt**<sup>7</sup> sollte die Überschrift des der EG- bzw EU-Rechtskonformität gewidmeten Abschnittes folgende Überschrift aufweisen: „**Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union**“

### IV. Zusammenfassung

Die **Legistischen Richtlinien** in Österreich sind bis zur Beistrich- und Punktsetzung ziemlich detailliert dargelegt. Sie tragen zur **Klarheit und Vereinheitlichung der Rechtsnormen** bei, dienen als **Unterstützung des Gesetzgebungsverfahrens** und haben einen **hohen praktischen Wert für den Legisten**.

---

<sup>6</sup> „Ergänzungen zu den Legistischen Richtlinien 1990 im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft der Republik Österreich zur Europäischen Union“.

<sup>7</sup> Vgl das Rundschreiben des BKA-Verfassungsdienst vom 19. Februar 1999, GZ 601.824/0-V/2/99.

# AVUSTURYA'DA KANUNLA DÜZENLEMELERİN TASARIMI İÇİN HUKUKİ KURALLAR

*Prof. Dr. Maria Eder-Rieder*

## I. Giriş

Avusturya'da **hukuk biçimi** olarak adlandırılan **yasama tekniği kanunl düzenleme metinlerinin tasarımı ile ilgilidir**. Geleneksel idari uygulamaya aittir<sup>1</sup>. Bu nedenle kanunma tekniği ile ilgili bilgilere Avusturya'nın Federal Başbakanlığı'nda hukuk biçimi altında ulaşılabilir (www.bka.gv.at).

Bir kanunl metnin ilgili hukuki gereksinimleri konuyla ilgili **hukuki kurallarda** düzenlenmektedir. Bunlardan bazıları özellikle Kanunma Tekniği Kitapçığı'nın 1.kısım (DOC 360 kB): "**Hukuki Kurallar 1990**", Kanunma Tekniği Kitapçığı - 1.kısım ile ilgili ek (DOC 155 kB): "**Hukuki Kurallar 1990 ile ilgili AB eki**", Kanunma Tekniği Kitapçığı'nın 2.kısım (PDF 329 kB): "**Federal Kanunların Yeniden Yayınlanması için Kurallar**" ve Hukuki Kurallar 1979, IV. bölümüdür (DOC 25 kB): "**Kanunl Düzenlemelerin Taslakları ile ilgili Açıklamalar**". Buna ek olarak, diğerlerinin yanı sıra<sup>2</sup> kanunl metinlerin E-hukukuna

---

<sup>1</sup> Schäffer Heinz, Avusturya'da Hukuki Kurallar, Rödig'de (yayınevi), Kanunmanın teorisi üzerine çalışmalar, 1976, 192 ff.

<sup>2</sup> Ayırma kuralları belirtilmelidir (DOC 124 kB): Devlet görevleri için

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

uygun tasarımı ([e-recht-technik@bka.gv.at](mailto:e-recht-technik@bka.gv.at)) ve E-hukuku projesi (DOC 35 kB): Elektronik kanun oluşumu veya sayfa düzeni kuralları ile ilgili Federal Hükümet'in 6 Haziran 2001 tarihli kararı (DOC 2108 kB), yani kanunl metinlerin ve örneklerin hazırlanması ve tasarlanması için Federal Kanun Gazetesi'nde bildirilmesi gereken kurallar (durum: Ocak 2004) <sup>3</sup>, belirtilmemiştir.

Federal Başbakanlığı'nın bu hukuki kuralları **kanun** değil de kanunl düzenlemelerin eşit kanunl ve dilsel tasarımı için FB-Anayasa hizmetinin "**önerileri**"dir. Bunlarla daha iyi ve basit bir kanunmanın ("Better Regulation") elde edilmesi amaçlanmaktadır. **Hukuki Kurallar 1990**, kanunl düzenlemelerin hukuki açıdan açık olması ve eşit bir şekilde tasarlanması için ağırlıklı olarak **teknik öneriler** içerip hukukçuların günlük aracı olarak çok önemli bir değeri vardır. Bunların **görevi**, tüm kanun taslaklarının biçim açısından (giriş ve sonuç formülü) aynı tasarlanmasını ve kanun dilinin açık, kısa, basit, sorunsuz ve bu meslekten olmayanlar için anlaşılabilir olmasını sağlamaktır. Bu kurallara uyulmasının "koruyucusu ve muhafızı" FB'nin Anayasa hizmetidir.

### II. Hukuki Kurallar 1990

Bu Hukuki Kurallar (LRL) 1990, **Hukuk Dili, Hukuk Teknolojisi ve Biçimsel Tasarıma** ayrılmaktadır.

---

ayırma kuralları ve devlet görevlerinin ayırımı ile ilgili federal kanunların taslaklarının tasarlanması ve ayırma veya engelliler ile bağlantılı olarak ayırıcı olmayan formülasyonların kullanımı hakkındaki genelge ile ilgili federal kanunların taslaklarının tasarlanması (PDF 76 kB) (Genelge BKA-600.824/0001-V/2/2012)

<sup>3</sup> Bu hukuki metinlerden asıl kanunl düzenlemenin metni yanında (genel) değerlendirme için gönderilen ilgili taslakların, Bakanlar Kurulu müzakerelerinin, hükümet önerilerinin ve komite raporlarının metinleri de anlaşılmalıdır.

## 1. Hukuk Dili

### a) Dilsel Tasarruf ve Açıklık

Hukuk dili basit, açık, kısa ve bu meslekten olmayanlar için anlaşılabilir ve sorunsuz olmalıdır çünkü sadece **açık bir kanun dili norm açıklığı oluşturur**. “Kanunl düzenlemeler çok kısa ve basit bir şekilde oluşturulmalıdır. Tüm gereksiz kelimelerden kaçınılmalıdır” (LRL 1). Bunlar sadece kanunl oluşum için, yani kanunların ve yönetmeliklerin oluşumu için belirlenmiştir (LRL 2). Bu durumda **kelimelerin tekrarlanmasından kaçınılmalıdır** (LRL 4). Kanunl düzenlemeler **soyut bir şekilde formüle edilmelidir**. **Örnekler sadece terimleri açıkladıklarında anılmalıdır** (LRL 6).

“Bir kanunl düzenlemenin metninden her bir düzenlemenin **norm muhatapları** ve öngörülen davranış net bir biçimde anlaşılmalıdır” (LRL 7). **Normların formülasyonunda** özellikle bir kanunl düzenlemenin ne ölçüde belirli bir davranışı emrettiği, kanunkladığı veya bir davranış için yetkilendirdiği; idarenin ne ölçüde bağlanacağı veya ne ölçüde bir kişinin kendi takdirine bağlı olarak karar verileceği veya ne ölçüde dispoitif veya zorunlu hukukun söz konusu olduğu açık bir şekilde ifade edilmelidir.

#### Örnek:

Yaralama (Ceza Kanunu'nun 83.madde 1.fıkrası): “Kim bir başkasını yaralarsa veya sağlığına zarar verirse *bir yıla kadar hapis cezası veya 360 gün için para cezası ile cezalandırılmalıdır*”.

### b) Dil Tarzı

Dil tarzına gelince, **kelimelerin tekrar edilmesinden** kaçınılmalıdır ancak normun netlik ve açıklığı metnin estetiğinden daha önemli olmalıdır (LRL 8).

**Örnek:** Ceza Kanunu'nun 83.madde 2.fıkrasına göre yaralamadaki zorlayıcı hüküm: “*kim... aynı şekilde cezalandırılmalıdır*”

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

**Anlaşılabilirlik:** Kanunl düzenlemeler **anlaşılabilir şekilde** olmalıdırlar, yani kolay okunabilir ve genel dil kullanımına göre olmalıdırlar (LRL 9). Kanunl düzenlemede mesleki terimler açık hale getirilmelidir (LRL 30). Ayrıca kadın ve erkeğe **düsel açıdan eşit davranılması** gerektiği dikkate alınmalıdır ancak cinsiyet içermeyen tanımlar tercih edilmelidir (LRL 10).

### Örnekler:

Soygun (CK'nun 142.madde 1.fıkrası) veya tecavüzde (CK'nun 201.maddesi): "Kim *bir kişiyeye* zorla..."; insan ticaretinde (CK'nun 104a.maddesi) "reşit olmayan veya reşit olan bir kişi"den bahsedilmektedir; aile içinde işlemede (CK'nun 166.maddesi) veya araçların izinsiz kullanımında (CK'nun 136.madde 3.fıkrası) "başka akraba"dan söz edilmektedir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre ceza davalarında "Cumhuriyet Savcısı", "Avukat", "Sanık", "Davalı", "Kurban", "Özel Katılımcı", "Bilirkişi"den bahsedilmektedir.

### c) Düzen ve Sistematiik

Bir kanunl düzenleme metninde paragraf yapısında da açık bir şekilde anlaşılabilen bir sistematiğe dayanılmalıdır (LRL 11, 13, 14).

### d) Cümle Yapısı

Cümleler fazla uzun olmamalıdır ve özellikle de isimlerle doldurulmamalıdır (LRL 15 und 28). Kural olarak şu geçerlidir: **Cümle başına sadece bir ifade** (bir düşünce için bir cümle), kutu halindeki cümlelerden kaçınılmalıdır, cümleler mümkün mertebe en fazla 20 kelimededen oluşmalıdır ve açık bir cümle yapısına dikkat edilmelidir. Ayrıca kanunl düzenlemeler **aktif şekilde** oluşturulmalıdır (RL 15, 16, 18, 17).

### Örnek:

Jüri başkanı seçimi (CMUK'nun 320.madde 1.fıkrası) "Jüri... Kendi üyeleri arasından basit çoğunluk ile bir başkan seçer.

Tek bir cümle içinde **birden fazla hayırlama** olmamalıdır (LRL 21)

**Örnek:** “Tekrar yapılan başvuru geçersiz değildir” yerine şu daha iyidir: “Tekrar yapılan başvurular geçerlidir”.

**Karşıtlar “ancak” veya “ama”** kelimesi ile açık hale getirilmelidir (LRL 23).

**“ve” kelimesi** sadece **kümülatif koşullarda** kullanılmalıdır (LRL 24). Birden fazla koşulda aralarına bir virgül konmalıdır.

**Örnek:** Çok ciddi olmayan soygun (CK’nun 142.madde 2.fıkrası): “Kim değeri düşük olan bir şeyi ciddi bir zorlama olmadan çalarsa ve bu hareket sadece önemsiz sonuçlara neden olursa **ve** ciddi bir soygun gerçekleşmez ise (143.madde) altı ay ila beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

**“veya” kelimesinin iki anlamı** (LRL 25).

**Sayan “veya”:** Olay çeşitli koşulların bir tanesinin var olması ile zaten kesinleşmiştir, ancak birden fazla koşul da var olabilir; bir olayda hukuki sonucun aynıysından bir veya birden fazlası meydana gelecek şekilde hukuki sonuçlar ile yakın ilişki kurulur.

**Hariç tutan “veya”:** Birden fazla koşuldan sadece bir tanesi var olabilir (nadiren); bir olayda hukuki sonucun aynıysından sadece bir tanesi meydana gelecek şekilde hukuki sonuçlar ile yakın ilişki kurulur. Bu, “ya - ya da” veya gerekli hükümler ile tamamlanmalıdır. Birden fazla koşulda daima “veya” kullanılmalıdır, virgül yetersizdir. “yahut”, “ve/veya” ifadelerinden kaçınılmalıdır (LRL 26).

**Örnekler:** Küçük yaştakilerin pornografik şekilde görüntülenmesi (CK’nun 207a.madde 1.fıkrası) “Kim küçük yaştaki birinin pornografik görüntüsünü...

1. oluşturur *veya*

2. başka birine teklif eder, verir, bırakır, gösterir *veya* erişilebilir hale getirirse üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

### **Ek olmadan hariç tutan “veya”:**

“Kim birini yaralarsa *veya* sağlığına zarar verirse... ile cezalandırılır.”

### **Gerekli ek ile hariç tutan “veya”:**

**Örnekler:** İhmalkar orta dereceli yaralanmada cezanın hariç tutulması (CK'nun 88.madde 2.fıkrası):

Suçlu ciddi anlamda kusurlu değilse ve yahut

1. Yaralanan kişi suçlu ile yakından veya uzaktan akraba *veya* evlilik yoluyla akraba ise *veya* suçlunun eşi, kayıtlı hayat arkadaşı, erkek kardeşi *veya* kız kardeşi ise *veya* 72.madde 2.fıkra göre suçlunun bir akrabası olarak kabul edilecekse,...

Cinayet (CK'nun 75.maddesi): “Kim birini öldürürse 10 ila 20 yıla kadar hapis cezası *veya* müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

e) İfade

**Emirler ve kanunklar (davranış yükümlülükleri) emir şeklinde oluşturulmalıdır (LRL 27).**

**Örnek:** Cinayet (CK'nun 75.maddesi): “Kim birini öldürürse 10 ila 20 yıla kadar hapis cezası *veya* müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

Sıfat cümleleri **fiiller** ile değiştirilmelidir (LRL 28)

**Örnekler:** Kullanılabilir olacaktır; Geçerlilik kazanacaktır yerine şu daha iyidir: *kullanmak, geçerli olmak*

**Yeni kelimelerin oluşturulmasından veya mesleki dil biçimlerinden kaçınılmalıdır.** Terimler, genel dil kullanımında veya mesleki dilde kullanıldığı şekilde kullanılmalıdır. **Kelime tanımları (kanunl tanımlar)** sadece kanunl açıklık için gerekli olduklarında kanunl düzenlemelere dahil edilmelidir. Kapsamlı kanunl düzenlemelerde kelime tanımları mümkün mer-



tebe **ayrı bir paragrafın başına** koyulmalıdır. Aynı terim genel olarak her yerde aynı anlamıyla kullanılmalıdır (LRL 30, 31).

**Kanunl tanımlara** yönelik bir örnek Ceza Kanunu'nun 74.maddesinde diğerlerinin yanı sıra *memur, yetkili, hakem, tehlikeli tehdit, diploma, bilgisayar sistemi, fuhuş, gayrinakdi para, üst düzey personel* olarak mevcuttur.

Almanca dilinde uygun bir ifadenin var olduğu **yabancı kelimeler** kullanılmamalıdır. Yabancı kelimelerin Almanca kelimeler haline getirilmesi ile yeni sanatsal kelimeler oluşacak ise bunlardan kaçınılmalıdır (LRL 32).

**Örnek:** 74.madde 1.fıkra 8.rakama göre **bilgisayar sistemi** için kanunl tanım şu şekildedir: "Otomasyon destekli veri işleme kullanılan hem tek hem de bağlantılı cihazlar".

**Geleneksel ve güncel kelimeler** tercih edilmelidir: eskimiş, kullanılmaz hale gelmiş ifadelerden kaçınılmalıdır (LRL 33):

**Örnekler:** Değişikliklerin ardından "Fuhuş", "Cinsel ilişki"<sup>4</sup> ile veya "Saçmalık", "Zihinsel engellilik"<sup>5</sup> ile değiştirilmiştir. "Irza geçme", "Savunmasız ya da zihinsel engelli kişinin cinsel istismarı" olarak değiştirilmiştir (CK'nun 205.maddesi).

**"yapabilmek" kelimesinin** birçok anlamı vardır. Bu, "gücü yetmek", "-ebilmek", "-meli" ve hatta "-mek zorunda olmak" (LRL 84 bkz.) anlamına gelebilir (LRL 34).

Bu nedenle **emir normları** için "-mek zorunda olmak" ve "olmalı" ve **kanun normları** için "izin verilmez" ve "kanuniktır" ifadeleri kullanılmalıdır. "Yapabilmek" kelimesi yetkili makamın **takdir** etme hakkı olması şartıyla sadece **yetkileendirme normlarında** kullanılmalıdır. Ancak, icra dairesi belirli bir eylemi düzenlemekle veya bir yönetmeliği çıkarmakla görevlendirilecekse bu görev "-mek zorunda olmak" ve "olmalı" ile ifade edilmelidir. **"meli" kelimesinden** birden fazla anla-

<sup>4</sup> Federal Kanun Gazetesi I 1998/153.

<sup>5</sup> Federal Kanun Gazetesi I 2009/40.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

mı olduğundan emir ve kanun normlarında kaçınılmalıdır (LRL 35).

Örnekler:

Emir normları için:

CMUK'nun 228.madde 1.fıkrasına göre halka açık duruşma: "Duruşma herhangi bir geçersizlik durumunda halka açıktır".

CMUK'nun 50.maddesine göre zanlıya kanunl düzenlemelerle ilgili bilgi verilmesi: "Her zanlı, kendisine karşı yürütülen soruşturma hakkında ve kendisine karşı mevcut olan suç şüphesi ve davadaki önemli hakları hakkında (49, 164.madde 1.fıkra) Cinayet Masası veya Cumhuriyet Savcısı tarafından en kısa zamanda bilgilendirilmelidir".

CMUK'nun 7.madde 1.fıkrasına göre savunma hakkı: "Zanlı, kendini savunma ve davanın her aşamasında bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir".

Kanun normları için:

CMUK'nun 7.madde 2.fıkrasına göre kendi suçlama: "Zanlı, kendini suçlaması için zorlanamaz. İfade verme veya sessiz kalma hakkına daima sahiptir. Zorlama, tehdit, vaat ve hak iddiası ile hiçbir zaman ifade vermeye zorlanamaz veya teşvik edilemez".

## 2. Hukuk Teknolojisi

### a) Zamansal Geçerlilik Kapsamı

**Kanunl düzenlemelerin** geçerlilik ve kanunl sonuç alanı ile ilgili **yürürlüğe girmesi** ve **yürürlükten çıkarılması** anlaşılır şekilde düzenlenmelidir (LRL 37).

**Yürürlüğe girme** (LRL 38): Başka birşey kesin olarak belirlenmedikçe Federal Anayasa Kanunu'nun 49.maddesi ve 1985 tarihli Federal Kanun Gazetesi hakkındaki Federal Kanun'un 4.maddesine göre Federal Kanun Gazetesi'nde ilan edilen ka-

nunl düzenlemeler, Federal Kanun Gazetesi'nde ilan edilen kısmı yayınlanıp dağıtıldıktan sonra **bir günün ardından** yürürlüğe girerler. Bundan **farklı bir yürürlüğe girme şekli** açık bir şekilde belirtilmelidir.

### Örnekler:

Ceza Kanunu'nun 322.madde 1.fıkrası: "Bu Federal Kanun 1 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe girer".

**Belirli süreli geçerlilikte:** CMUK'nun 207a.maddesine göre Cumhuriyet Savcısı ile işbirliğinden dolayı takipten vazgeçme ile ilgili CMUK'nun 514.madde 12.fıkrası şunu normlaştırmaktadır: "108/2010 sayılı Federal Kanun'un 199, 209a ve 209b. maddesi 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girip 31 Aralık 2016 tarihinde yürürlükten çıkacaktır".

**Geçmiş etkisi:** Bir kanunl düzenlemenin geriye dönük yürürlüğe girmesi sadece Anayasal düzenlemeler tarafından engellenmedikçe düzenlenebilir (LRL 47 f). **Ceza kanunlarının geriye dönük çıkarılması Anayasal olarak imkansızdır (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7.maddesi, Ceza Kanunu'nun 1.maddesi)**

Kanunl düzenleme içeriksel anlatımı açısından **önemli ölçüde basitleştirilebilecekse** ve anlaşılabilirliği etkilenmeyecekse **referanslar** verilebilir (LRL 54). Ancak zincirleme referanslardan kaçınılmalıdır. Referans **açık bir şekilde** belirtilmelidir, yani belirtilen hükmün hangi suç unsuruna veya kanunl sonucuna atıfta bulunduğu anlaşılmalıdır (LRL 57). Aynı zamanda net olmalıdır, yani sınırsız bir şekilde **diğer kanunl düzenlemelere** atıfta bulunulmalı, "anlamsal olarak" veya "ilgili" uygulama (LRL 59 ve devamı).

### Örnekler:

87.madde 1.fıkraya göre kasten ağır yaralama: "Kim kasten başkasını ağır yaralarsa (87.madde 1.fıkra) ...".

Ceza Kanunu'nun 89.maddesine göre bedensel güvenliğin tehdit altında olması: Kim 81.madde 1.fıkra 1 ila 3.rakamda be-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

lirtilen durumlarda sadece ihmal yoluyla olsa bile başkasının hayatı, sağlığı veya bedensel güvenliği için bir tehlike oluştursa...”

181b.madde 3.fıkraya göre çöplerin kasıtlı olarak çevreye zarar verecek şekilde kullanılması ve nakledilmesi: Kim 2.fıkradaki durum dışında Çöplerin *Nakledilmesi ile ilgili 1013/2006/EG sayılı Yönetmelik'in 2.fıkra 35.numarasına* aykırı olarak önemli miktarlarda naklederse...”

### b) Kanun Değişiklikleri

Kanun değişikliklerine gelince, **ayrı olarak kanun değişikliği sistemine** göre bir kanunl düzenlemenin her değişikliği ayrı bir kanun veya ayrı bir yönetmelik ile yapılmalıdır (LRL 65 ve devamı), ancak kanun değişikliği bildirme kipinde formüle edilmelidir.

#### Örnekler:

139.madde 3.fıkraya şu eklenmektedir: “139.maddeden sonra 139a.maddesi eklenecektir...”

Kanunl düzenlemeler gerektiğinde **dönüşüm ve adaptasyon hükümleri** içermelidir “Dönüşüm Kanunsı” LRL 75 ve devamı).

**Örnek:** 323 Ceza Kanunu'nun 323.maddesi veya CMUK'nun 516.maddesine göre dönüşüm hükümleri.

### c) İcra Etme

Federal Kanun'u hangi organların (makamların) icra etmesi gerektiği özet halinde düzenlenmelidir (LRL 79 ve devamı).

**Örnek:** Ceza Kanunu'nun 324.maddesi veya CMUK'nun 517.maddesi: “Bu (Federal) Gazete'nin icra edilmesi ile *Federal Adalet Bakanı* görevlidir”.

#### d) Takdir

İcra etme kanun ile uygun görülecek ise bunun net ve kesin bir şekilde yapılması gerekmektedir, örn. “takdirine göre...” gibi (LRL 84 ve devamı; LRL 7 ve 34 bkz.).

**Örnek:** 1 Ceza Kanunu’nun 41.madde 1.fıkrasına göre hafifletici nedenlerin çoğunlukta olmasıyla cezanın olağanüstü olarak hafifletilmesi: “Hafifletici nedenler ağırlaştırıcı nedenlerden çok daha fazla ise... kabul *edilebilir*: Z1. suç, müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaksa..., en az bir yıl süreyle hapis cezasına”.

#### e) Kanunluk İlkesi

Kanunlar, amaçlanan icra dosyasının tüm önemli özellikleri bir gerçekleştirme yönetmeliğinden değil de **kanundan** anlaşılacak şekilde tasarlanmalıdır (LRL 86 ve devamı). Dolayısıyla, özellikle ceza kanunları Ceza Kanunu’nun 1.madde 1.fıkrasına göre kanunluk ilkesinde benimsenen kanun keskinlik ilkesini karşılamalıdır.

**Örnek:** Ceza Kanunu’nun 127.maddesine göre hırsızlık: “Kim başkasından kendine ait olmayan taşınır malı zorla alırsa...”

“Belirsiz kanun terimleri” kullanıldığında sağlanan hareket alanı anlaşılacak şekilde bu belirsizliğin sınırlarının nerede olduğu kesin olarak belirtilmelidir (LRL 87). **İstisnai hükümler** net anlaşılabilir şekilde formüle edilip düzenleme ile doğrudan bağlantılı olarak düzenlenmelidir. İstisnaların istisnalarından kaçınılmalıdır.

#### Örnekler:

CMUK’nun 17.maddesine göre tekrarlanan adli kovuşturma kanunğı (MRK ile ilgili 7.ek protokolünün 4.maddesi).

CMUK’nun 17.madde 1.fıkrası: “Bir ceza davasının kanun olarak etkili olacak şekilde tamamlanmasından sonra aynı

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

zanlının aynı suçtan dolayı tekrar takip edilmesi kanunaktır.”  
2.fıkra: “Ceza davasının devam ettirilmesi, sürdürülmesi, yeniden başlatılması ve yenilenmesi ve kanunun korunması için hükümsüzlük itirazı ile ilgili hükümler bundan etkilenmez.”

*Tamamlayıcı fıkra:* Sigorta sahtekarlığının hazırlama suçu (151 Ceza Kanunu’nun 151.maddesi) sigorta dolandırıcılığına karşı (Ceza Kanunu’nun 146 ve sonraki maddeleri) geri çekilir: “146, 147 ve 148.maddeye göre suç cezalandırılmadığında... .. ise”

Dikkate alınmaması cezalandırılan **emirler ve kanunklar** ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Söz konusu olan hukuken cezalandırılabilen suçlar mı yoksa idari suçlar mı açık bir şekilde anlaşılır hale getirilmelidir.

**Örnekler:** “Kim işletme ruhsatı olmadan tescil işletmesi işlerse... bir idari suç işlemiş olur.”

**Ceza Kanunu’nun 88.madde 1.fıkrasına göre ihmal yoluyla yaralama:** “Kim ihmal yoluyla başkasını yaralarsa veya sağlığına zarar verirse üç aya kadar hapis cezası veya 180 gün için para cezası ile cezalandırılır.”

### 1. Biçimsel Tasarım

#### a) Başlık

Bir Federal Kanun’un veya yönetmeliğin başlığı kısa ve akıldaca kalıcı bir şekilde içeriği belirtmelidir. **Norm kategorisini** (Federal Anayasa Kanunu, Federal Kanun, Yönetmelik, Bildiri, Karar) ve **konusunu** belirtmelidir (LRL 100). Federal Kanun Gazetesi’nden alıntılar başlıkta olmamalıdır: Gerektiğinde başlığa **kısa başlık** veya bir **kısaltma** eklenebilir (LRL 101).

#### **Örnekler:**

Avusturya’nın tarafsızlığı hakkında *Federal Anayasa Kanunu*

Su yönetimi kadastrounun kurulması hakkında Federal Tarım ve Ormancılık Bakanı’nun *yönetmeliği*

Adli ceza ile cezalandırılan eylemler hakkındaki 23 Ocak 1974 tarihli *Federal Kanun*, *Federal Kanun Gazetesi* 60, (*Ceza Kanunu - CK*)

Genel Sosyal Sigorta hakkındaki *Federal Kanun* (*Genel Sosyal Sigorta Kanunu - ASVG*)

Eski versiyonların farkedilebilmesi için gerektiğinde kısa başlığa veya kısaltmaya tarih eklenebilir.

**Örnekler:** Gelir Vergisi Kanunu: GVK 1967, GVK 1972; Şarap Kanunu: ŞK 1999, ŞK 2009

### **b) Bir Kanunun Duyurulması Şartı**

Federal Kanunların duyurulması için kanun duyurma şartı şu şekilde olmalıdır: "Parlamento karar vermiştir" Federal Anayasa Kanunu'nun 50.madde 1.fıkrasına göre devlet sözleşmelerinin: "Parlamento karar vermiştir: Aşağıdaki devlet sözleşmesinin yapılması onaylanır" (LRL 106).

### **c) Kanunl Düzenlemenin Sınıflandırılması**

Bir metnin mantıklı yapısı ve net sınıflandırması daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesine yardımcı olabilir. Yaklaşık 20'nin üzerinde paragraftan oluşan kanunlar ve yönetmelikler yaklaşık olarak sınıflandırılmalıdır. Bu durumda en üst sınıf birimi olarak "**Bölüm**", alt sınıf olarak "**Ana Kısım**" ve en alt sınıf birimi olarak "**Paragraf**" kullanılmalıdır (LRL 111).

CMUK'dan bir örnek

1. Bölüm: Genel Bilgiler ve Yöntem İlkeleri
2. Ana Kısım: Cinayet Masası, Cumhuriyet Savcısı, Mahkeme ve Kanun Koruma Görevlisi
1. Paragraf: Cinayet Masası

**Detaylı sınıflandırma: Kanun ve yönetmelikler paragraf** (madde 1, madde 2...) halinde düzenlenmelidir; gerektiğinde bu paragraflar fıkralara ((1), (2),...) ve bu fıkralar rakamlar ile

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

belirtilen sınıflandırma birimlerine (1., 2....) bölünmelidir (LRL 113) ve sürekli numaralandırılmalıdır (LRL 115). Gerekçeli özel durumlar dışında a), b), harfleri ile diğer bölmeler ek fıkra ve paragrafların lehine yapılmamalıdır (LRL 113).

**Örnek: CMUK'nun 65.maddesi:** Bu kanuna göre 1. "Kurban" a. "kasıtlı olarak yapılan bir suç ile şiddet veya tehlikeli tehdit altında olabilen veya cinsel bütünlüğü kısıtlanmış olabilen her kişi", b....

**CMUK'nun 65.madesi (1):** Kurbanların..., 1. kendilerini bir avukat tarafından temsil ettirme (madde 73), 2. dosyayı inceleme (madde 68), 3....hakkı vardır

### d) Kanun Değişikliği

Kanun değişikliğinin başlığında değiştirilmesi gereken kanunl düzenlemenin başlığı tarih ve referans olmadan zikredilmelidir (LRL 120; diğer ayrıntı ve alıntı yapma kuralları ile ilgili: LRL 131 ve devamı).

**Örnek:** Küçük Bahçe Kanunu'nun değiştirildiği Federal Kanun.

### e) Sayıların Yazılış Şekli

Bir ile oniki arasındaki **rakamlar** kelime halinde, 13 üzeri rakamlar ise sayılar halinde ifade edilmelidir (LRL 141). Ancak, Ceza Kanunu'na göre başka rakamlar da yazılmaktadır:

**Örnekler: Madde 74. (1)** Bu Federal Kanun'a göre

1. Olgunlaşmamış: *ondört yaşını* henüz doldurmamış kişilerdir;
3. Reşit olmayan: *onsekiz yaşını* henüz doldurmamış kişilerdir.

**Ciddi Soygun 143.madde 3.cümle:** Şiddetin uygulanması ile ciddi ve kalıcı sonuçları olan (85.madde) bir yaralanma meydana geldiyse suçlu *on ila yirmi* yıla kadar... hapis cezası ile cezalandırılmalıdır.



Ancak sürelerin uzatılması ile ilgili Ceza Kanunu'nun 58.madde 3.fıkra 3.cümlesi: "Kurban suçu işlediğinde reşit değilse, *kurbanın 28 yaşını* doldurana kadar beden ve hayata, özgürlüğe, cinsel bütünlüğe ve şahsen karar verebilmeye karşı işlediği suçlar" bu zamanaşımı süresine dahil edilmez.

**Para tutarları:** Para tutarlarının belirtilmesinde tutardan sonra para birimi eklenmelidir. Milyon ve Milyar halindeki yaklaşık tutarlar - tablolar içindekiler hariç - sayı olarak değil de yazı olarak ifade edilmelidir.

**Örnekler:** 300 000 Euro; üç Milyon Avro

Ancak, CMUK'nun 20a.madde 1.fıkra 1.sayısına göre Ekonomik Ceza Davaları ve Yolsuzluk Kovuşturmaları için Merkez Cumhuriyet Savcılığı'nın yetki alanındaki ile karşılaştırınız: "Bazı bilgilerden dolayı yapılan eylem ile meydana gelen zararın 5 000 000 Avro'yu geçtiği varsayılabildiğinde... zimmete para geçirme, ciddi veya ticari dolandırıcılık..."

**Tarihin belirtilmesi:** Ay isimleri tamamen yazılmalıdır: 17 Mart 2002, 16 Haziran 1983, 1 Ocak 2014, 2 Şubat 2015 (LRL 143).

**Noktalama işaretleri** (LRL 144 ve devamı): "**ila**" tamamen yazılmalıdır (LRL 147)

**Örnek:** Ceza Kanunu'nun 86.maddesine göre ölüm ile sonuçlanan yaralama: "Eylemden dolayı mağdur olan kişi ölürse suçlu bir *ila* on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmalıdır".

**Kısaltmalar** Ek 1'de listelenmiştir ve küçük harflerde nokta ile (BGBl. Nr.) yazılırlar (LRL 148 ve devamı).

### III. AB Direktiflerinin Uygulanması

Avusturya Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği ile, Federasyonun kanunl düzenlemelerinin Avrupa Birliği Hukuku ve bu kapsamda dikkate alınması gereken federal Anayasal düzenlemeler ile aynı ve uyumlu olabilmesi için Hukuki Kurallar 1990'na eklentilerin yapılması gerekmiştir. Bu nedenle Fe-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

deral Hükümet, 21 Nisan 1998 tarihli toplantısında kanunl düzenlemelerin tasarlanması ile ilgili **AB-Ek'ine**<sup>6</sup> karar vermiştir.

**AB Direktiflerinin Uygulanmasında** FB-Anayasa hizmeti şu yöntemlerin karşılanmasını talep etmektedir: **Ön sayfada**<sup>7</sup> AB-Kanunl Uyumluluğuna ayrılan paragrafta şu başlık olmalıdır: **“Avrupa Birliği'nin Kanunl Düzenlemeleri ile ilgili İlişkisi”**

### IV. Özet

Avusturya'daki **hukuki kurallar** virgülden noktasına kadar çok ayrıntılı bir şekilde sunulmuştur. **Kanunl normların net ve eşit bir şekilde** olmalarına katkıda bulunurlar, **kanunma yöntemine destek olurlar ve hukukçular için yüksek uygulama değerine** sahiptirler.

---

<sup>6</sup> “Avrupa Birliği'ne Avusturya Cumhuriyeti'nin Üyeliği ile ilgili Hukuki Kurallar 1990 hakkında ekler”.

<sup>7</sup> FB-Anayasa hizmetinin 19 Şubat 1999 tarihli ve GZ 601.824/0-V/2/99 sayılı genelgesine bkz.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Prof. Eder-Rieder'e çok teşekkür ediyoruz. Bize Avusturya bakımından özellikle kanun olmamakla birlikte kanun niteliğinde ama çeşitli yönetmeliklere değindi. Bunlar özellikle hem içerik açısından hem şekli açısından hukuka uygunluğuna ilişkin belirli konuların altını özellikle çizdim. Hukuk kurallarının birlik ve bütünlüğüne, açıklığına, basit olmasına, dil stiline anlaşılır olmasına ve mümkünse yabancı kelimelerin kullanılmasından kaçınılmasına ilişkin tespitleri çeşitli kanun hükümlerinden örneklerle bize açıkladı. Yarın belki söyleme fırsatım olmaz, bu organizasyonu yaparken TBB katkısı yardımı olmasa bizim yapabilmemiz mümkün değildi. Çok ani gelişen bir teklifti. Onun için Sevgili Kardeşim Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na, Av. Gülcihan Hanım'a, Eda Hanım'a, değerli avukat meslektaşlarımız Musa ve Murat Beylere son 3 gündür bizimle çok ciddi biçimde ilgileniyorlar, sonsuz teşekkürler. Ayrıca tüm bu sunumların yabancı dilden Türkçeye çevrilerek kitaplaşmasını arzu ettiğimizi, ancak o takdirde daha sonradan daha detaylı bir şekilde, çünkü çok uzun yazılmış metinlerdi, burada kısaltarak özetlenerek açıklandı. İlerde okuyarak detaylardan çok şey çıkaracağımızı, Türk hukukuna bir nebze olsun katkı sağlayacağını düşünüyorum ve her zaman Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak işbirliğine açık olduğumuzu memnuniyetle ifade ediyorum. Şuanda da zaten Jean Monnet ve TUBİTAK destekli avukatların Avrupa Birliği'nde serbest dolaşımıyla ilgili bir projeyi Barolar Birliğiyle ortak yürütüyoruz. Bir öğretim üyemiz haftada 2 gün 2 farklı şehirde bu çalışmayı 10 baro nezdinde yapıyor. Bunun için de, Barolar Birliği'ne desteği için sonsuz teşekkürler.

**SALONDAN-** Almanya'da Türban konusunda Yüksek mahkeme bir karar verdi. Nedir olay mahiyeti açıklarsanız sevinirim.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Hocam, Bu soruyla zaman kaybetmeyelim; çünkü bir önceki oturumda meslektaşlarımız cevaplandırdı.

**SALONDAN-** Ben yoktum, onun için çok kısa bir özet istiyorum.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Bunun hemen cevabını verirse ilgili meslektaşımız, sonra mikrofonu yine size versek?

**SALONDAN-** Bir de Rus meslektaşına bir sorum var: onu da tercüme etsinler, bırakacağım.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Tamam hocam.

**SALONDAN-** Şimdi Marksizm'in suca ve suçluya bakış açısı farklıydı. Siz 90larda yeni bir devrim yaptınız. Ne değişti sizce en büyük fark gözle görülür? Bu konuda açıklama yaparsanız sevinirim. Teşekkür ederim. Belki çok şey değişmiştir ama keşke hazırlansaydınız bu konuda. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yener Ünver (Oturum Başkanı)-** Almanya'da gerçekten çok yeni ve güncel bir Mahkeme Kararı çıktı. Ancak yanlış da anlaşılmasın, çünkü Türkiye'de bu kararın sadece bir kısmını basın aktardı. Değerli meslektaşına versek mikrofonu, en azından Karar konusunda bize bilgi verebilir.

**CEVAP-** Dazu kann ich ganz kurz sagen, die Entscheidung ist vor etwa 2 Wochen glaube ich genau erlassen worden. Es ging um das Schulrecht. Es gibt, über die Anzahl bin ich mir nicht hundert Prozent sicher, 8 oder 10 Bundesländer, die gesetzliche Regelungen geschaffen haben, dass Kopftücher von Lehrerinnen an staatlichen Schulen unzulässig sind. Da beruht wiederum auf einer Entscheidung von vor 12 oder 15 Jahren wo unser Bundesverfassungsgericht gesagt hatte, als wir keine spezielle Regelung hatten. „Das darf man nicht allgemein verbieten“. Da ist überhaupt noch ein Satz den ich vielleicht nur als Klein-Annex“ zu dem Vortag des italienischen Kollegen sagen möchte. „Gute Recht ist wenig Recht“. Das klingt sympathisch, im ersten Moment würde ich es unterstreichen, aber gerade unser Verfassungsgericht in Deutschland ist inso weit relativ streng und fordert bei konkreten Eingriffen relativ differenzierte gesetzliche Regelungen, und das Schul-Beispiel

war eben dass fürher gesagt wurde, „wenn ihr als Staat ein Kopftuch verbieten wollt, dann müsst ihr das gesetzlich ganz genau regeln“. Jetzt hat der Gesetzgeber in 8 oder 10 Bundesländern solche Regelungen getroffen, theoretisch sind da kleine Unterschiede in den einzelnen Bundesländern gewesen. Es war jetzt eine Regelung zu entscheiden aus Nordrhein-Westfalen, die aber absolut Wortidentisch ist mit der Regelung die wir auch in Baden-Württemberg haben. Und da kann man vereinfacht sagen, dass dort festgelegt ist. „Es gibt generell kein Kopftuch bei Lehrerinnen“. Bei Schülern kein Problem, aber jedenfalls bei Lehrerinnen gibt es das nicht. Und unser Bundesverfassungsgesetz hat gesagt, „Dieses allgemeine Verbot ohne jede Ausnahme, das ist verfassungswidrig. Das verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und es hat auch noch, das hatte ich soeben kurz angedeutet, in einzelnen Landesgesetzen ist auch noch eine, ich habe es respektlos gesagt „Christen-Privilegierungsklausel“ drin, also eine Regelung, die besagt, dass dieses Verbot nicht für christliche Symbole gilt. Der Hintergrund ist, ich weiß nicht ob das jetzt nicht zu speziell ist. In einigen Bundesländern gibt es Nonnen, die eine besondere Tracht haben und das wollte man weiterhin zulässig halten. Und da hat dann aber auch das Bundesverfassungsgericht gesagt :“ Ihr müsst alle Religionen gleich behandeln.“ Und in der Praxis wird jetzt diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes auch für mich persönlich wieder Arbeit geben, weil ich habe es noch nicht auf dem Schreibtisch, aber es ist sicher, dass es kommen wird. Dass wenn der Auftrag kommt : „jetzt macht eine Regelung, die nicht ein generelles Verbot enthält, aber die es ermöglicht, zumindest im Einzelfall, wenn es konkret Probleme mit einer Lehrerin gibt, dann ein entsprechendes Verbot auszusprechen“ .

Bu konu ile ilgili çok kısa bir şekilde kararın sanırım yaklaşık 2 hafta önce verildiğini söyleyebilirim. Okul Kanunu ile ilgiliydi. Sayısını kesin olarak bilemiyorum ama öğretmenlerin devlet okullarında başörtü takmalarını kanunklayan kanun düzenlemeleri getiren 8 veya 10 Federal Eyalet vardır. Bu ise, 12 veya 15 yıl önce belirli bir düzenlememizin olmadığı za-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

manlarda Federal Anayasa Mahkememizin „Bu genel olarak kanunklanamaz“ dediği bir karara dayanmaktadır. İtalyan meslektaşımızın konuşmasına küçük bir ek olarak söylemek istediğim bir cümle var. „İyi kanun kısa ve öz düzenlenen kanundur“. Bu kulağa hoş geliyor, ilk başta bunu vurgulamak isterdim ancak özellikle Almanya’daki Anayasa Mahkememiz oldukça katıdır ve somut müdahalelerde oldukça farklı kanuni düzenlemeler gerektirir ve okul örneğinde bu eskiden „devlet olarak bir başörtüsünü kanunklamak istiyorsanız bunu kanunl olarak kesin bir şekilde düzenlemelisiniz“ söylenmesidir. Şu anda kanun koyucusu 8 veya 10 Federal Eyalette bu tür düzenlemeleri getirdi, teorik olarak tüm Federal Eyaletlerde sadece küçük farklar vardı. Güncel olarak Kuzey Ren-Vestfalya’da Baden-Württemberg’deki düzenleme ile kelime açısından tamamen aynı olan bir düzenleme hakkında karar verilmesi gerekiyordu. Sadeleştirilmiş bir şekilde bu düzenlemede „Öğretmenlerde genel olarak başörtüsü yoktur“ düzenlendiği söylenebilir. Öğrencilerde sorun değildir ancak öğretmenlerde böyle birşey yoktur. Ayrıca, Federal Anayasa Mahkememiz „Bu genel kanunk, istisnasız olarak Anayasaya aykırıdır“ dedi. Bu kanunk, orantılılık ilkesine aykırıdır ve az önce de kısa bir şekilde belirttiğim gibi, saygısızca söyledim, bazı eyalet kanunlarında „Hıristiyanlar için ayrıcalık hükmü“ vardır, yani bu kanunğun Hıristiyan semboller için geçerli olmadığını ifade eden bir düzenleme. Bunun arka planı ise, yani şimdi bunun fazla özel olup olmadığını bilmiyorum. Bazı Federal Eyaletlerde özel kıyafetleri olan rahibeler vardır ve bunu geçersiz olma-ya devam ettireceklerdi. Ancak bu durumda Federal Anayasa Mahkemesi „Tüm dinlere eşit davranmalısınız“ dedi. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile henüz çalışma masamda olmasa da bu kanunun geleceği kesin olduğundan uygulamada şahsen benim için de çok iş olacaktır. Yani şöyle bir iş aldığımında: „artık genel bir kanunğı içermeyen bir düzenleme en azından bir öğretmen ile sorun yaşandığında özel durumlarda ilgili kanunğı getirmeyi mümkün kılmaktadır“.

Nur eine Ergänzung, dass da kein Missverständnis entsteht. Es geht nicht um eine gesetzliche Regelung die nur das

Kopftuch betrifft, die Regelung war so gefasst und wird auch so gefasst werden, dass es generell um religiöse Symbole und Kleidungsstücke geht. Also es wäre auch danach sicherlich unzulässig, man muss jetzt erst schauen wie die gesetzliche Regelung aussieht. Wenn jetzt eine christliche Lehrerin mit einem großen Kreuz umhergehen würde, wäre dann genauso unzulässig. Also wenn die Regelung kommt, dass ändern sich entweder alle religiösen Symbole oder gar keine. Die Politik geht in die Richtung, dass zumindest im Einzelfall, wenn es Probleme gibt, ein Verbot möglich sein soll.

Yanlış anlaşılması için kısa bir şey söylemek istiyorum. Bu kanunl düzenlemede sadece başörtüsü ele alınmamaktadır, düzenleme, genel olarak dini sembolleri ve kıyafetleri ilgilendirecek şekilde oluşturulmuştu ve oluşturulmaya devam ettirilecektir. Yani bu düzenlemeden sonra da bu mutlaka kanunlanmış olacaktı, önce kanunl düzenlemenin nasıl olduğuna bakılmalı. Şimdi, Hıristiyan bir öğretmen büyük bir haç ile dolaştığında bunun da kanun olması gerekecektir. Yani düzenleme gelirse ya tüm dini semboller değişir ya da hiçbiri değişmez. Siyaset, en azından sorun olması halinde özel durumlarda bir kanunğun mümkün olması eğilimine gitmektedir.

**Prof. Dr. Ünal Tekinalp-** Dr. Görden'e doğrudan doğruya sorumu soruyorum:

Konuşmasında ve diğer arkadaşlarımla da konuşmalarına büyük ağırlığı, "Kanunların dili, bunların netleştirilmesi, en iyi şekilde ifade edilmesi, tekrarlardan kaçınılması ve tabiri caizse, bir stil çalışması yapılması" ön plana çıktı. Bu bizi çok yakından ilgilendiriyor. Ve aşamalar içerisinde değişiklik olunca, bu değişikliklerin, bu stil çalışmasını veya düzeltme çalışmasını yapan komisyona veya ilgililere gittiği söyleniyor.

Birinci Soru: Alt komisyonda bazı maddelerde değiştirildi. Değiştirilirken, değişiklik önergesi verenler, değişiklik metni de verdiler. Bu şahıslar bu metnin düzeltilmesi konusunda çalışanlara "bizim metni değiştirilemez" diyebilirler mi? Aynı şey, genel kurulda, değişiklik yapıldığı zaman ve bilhassa bu

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

halde “meclisin iradesi budur” “bu metinde olduğu gibi somutlaşmıştır” “siz bunu değiştiremezsiniz” diyebilirler mi?

Üçüncüsü: Alman dilinde çok fazla olmayabilir bu, ama bizde şöyle bir problem var. Eski Türkçe kelimeler var, yeni Türkçe kelimeler var. Eski Türkçe taraftarları var. Yeni Türkçe taraftarları var. Ben bu problemi yaşadım. Mesela, komisyondan, yani bilim komisyonundan, hazırlama komisyonundan, diyelim ki, fesih bildirimini diye gitti. Ama alt komisyondaki değişiklikte, “fesih ihbarı”, hatta “feshi ihbar” şeklinde değiştirildi. Herhangi bir kimse buna müdahale ederek, “bunu değiştiremezsin” diyebilir mi? Ve o metni veren kimselerde, “biz bildirim kelimesini sevmiyoruz, onun yerine fesih ihbar diyoruz” diyebilir mi? Sistematik değiştirilebilir mi? Bunlar benim başıma gelmiştir ve bu konuda sonuç alma imkânı olamamış. Bazı halde bir kanunda yeni Türkçe bir de eski Türkçe kullanılır hale gelmiştir. Siz bunu Almanya’da nasıl hallediyorsunuz? Son redaksiyon diye, meclisin dışında veya meclisin içinde olup ta, Milletvekili olmayan kimselerden, dil uzmanlarından mesela düzeltme yapılabilir mi?

Siz 1990’da bir ihtilal yaptınız, onun bir ceza hukuku vardı. 80 senelik uygulamadan sonra, 90’da bir ihtilal yaptınız eski sisteme döndünüz. Kapitalizm sistemine. Sosyalist sisteminin suça ve suçluya bakışı farklı idi. Bu kanuna nasıl yansıdı? Bize nasıl izah edersiniz? Suçlu kim, şimdi kim eskiden kimdi? Suç ne şimdi? Mesele mülkiyet hakkı genişledi. Bunun suça yansımaları ne oldu? Özgürlükler var olduğunu farz ediyorum sizde de. Bunun yansımaları ne oldu? Olması lazım tabii, Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Anna Serebrennikova-** Danke sehr Herr Professor. In Russland war die Revolution 1917, ja. Es war keine Revolution, es war eine neue Verfassung in Russland 1993 und dort steht geschrieben, dass wir Privateigentum haben. Bedeutet dies Kapitalismus? Ich denke ja. Und mit Strafgesetzbuch. Es war bei uns der Begriff der Straftat nicht formell, wie zum Beispiel in Deutschland. Es gibt einen materiellen Begriff, gemeinsame Gefährlichkeit von Straftaten. Das war ab 1917 bis



heute. Und dieser Begriff der Straftaten bleibt bei uns fast über 80 Jahre im russischen Strafgesetzbuch. Und Schuld, man versteht Schuld ab den 50iger Jahren wie ein psychisches Verhältnis zu den Taten und man versteht Schuld auch schon über 60 Jahre wie ein psychisches Verhältnis. Meinen sie politische oder andere Straftaten. Ich denke Politik ist hier nicht so wichtig wie Eigentum. Zum Beispiel bis 1994 war im ersten Versehen der russischen sowjetischen Republik war persönliches Eigentum und staatliches Eigentum. Und seit 1. Juli 1994 solche Eigenschaftes wie privates Eigentum ist schon über 20 Jahre im Strafgesetzbuch. Das war keine Politik. Die Behauptung war, dass das Vergehen für die Gesellschaft gefährlich sein muss. Habe ich Ihre Frage beantwortet, oder nicht? Das System dieser sprachlichen Expertise, was ich Ihnen heute vorgestellt habe, das umfasst zwar nur den ersten Teil, und zwar den Regierungsentwurf der dann in das parlamentarische Verfahren geht. Schon in dieser Phase ist es so, dass die Hinweise der Sprachwissenschaftler Empfehlungen sind, das ist Werbung für bessere Gesetzessprache, aber die letzte Entscheidung trifft der Textverfasser. Wenn dieser partout nicht will, dass bleibt es bei seinem Text. Aber im Gespräch mit guten Argumenten kann man oft die Leute überzeugen mal einen anderen Weg zu gehen, ein anderes Wort zu wählen, einen anderen Aufbau zu wählen. Das ist ein Prozess, aber die letzte Entscheidung trifft der Textverfasser.

*Zwischenfrage: Gehört die letzte Entscheidung dem Textverfasser oder dem Parlament?*

Ja ich war in der ersten Phase. Den Gesetzesentwurf der Bundesregierung verantwortet die Bundesregierung. Da ist es im Wesentlichen das Resort der Verfasser der zwar die Hinweise der anderen Resorts aufnehmen muss, rechtliche Kompromisse finden muss, aber die konkrete Wortsetzung entscheidet er, bzw. Recht und Sprache sind eine Einheit und die Resorts entscheiden untereinander welches Wort welcher Text nun der entscheidende ist. Die absolut letzte Entscheidung, da haben Sie absolut Recht, die wird in der eigentlichen zweiten

Phase, in der Gesetzgebung, nicht ich bin Gesetzgeber, nicht die Ministerien, sondern der Volkssouveräne, das Parlament, die wird dort getroffen. Und auch da gibt es eine Einheit. Die Parlamentarier bei ihren Vorschlägen für Gesetzesänderungen, also für Änderungen an dem Gesetzesentwurf unterstützt in der sprachlichen Fassung diese Änderungsvorschläge also auch dort geben Sprachwissenschaftler ihre Hilfe. Aber es ist, ich hatte es als generelles Problem bezeichnet, der Zeitfaktor wird dann immer der entscheidende sein. Diese Kollegen können sich dann umso schlechter durchsetzen, um so eiliger die Entscheidung getroffen werden muss, umso wichtiger das ist, dass das Gesetz jetzt kommt. Aber auch dort gilt; Es werden Empfehlungen getroffen, aber in der letzten Entscheidung in der parlamentarischen Phase und damit die absolut finale Entscheidung über den finalen Gesetzestext den haben die Parlamentarier letztendlich das Parlament.

Und zum zweiten Punkt. Wir haben jetzt nicht das Problem „Neutürkisch“ - „Alttürkisch“ aber auch unsere Sprachwissenschaftler achten darauf - das ist auch ein extra Abschnitt in diesem Buch - auf „zeitgemäße“ Sprache. Ja veraltete „Zöpfe“ abschneiden. Ganz einfaches Beispiel: Niemand sagt bei uns mehr „zehn vom Hundert“, sondern es sind „zehn Prozent“. Ein ganz einfaches Beispiel, man könnte es an vielen weiteren exaltieren, was halt „zeitgemäße“ Sprache ist. Und das ist ein Prozess, durch die Änderungsgesetzgebung durch die immer nur punktuelle Änderungen meistens vornimmt, kann es durchaus sein, dass ein Gesetz sowohl eine etwas veralteten Sprache in bestimmten Paragraphen hat, dann schon neue Sprache die durch neue Änderungen hineingekommen ist. Aber das ist ein Prozess den wir akzeptieren, Recht lebt, Recht verändert sich, es ist auch immer ein Prozess. Vielen Dank.

Sayın Profesör çok teşekkür ederim. Rusya'da devrim 1917'de idi, evet. Bir devrim değildi, Rusya'da 1993'te yeni bir Anayasa düzenlenmişti bu Anayasada özel mülkiyete sahip olduğumuz yazıyor. Bu kapitalizm anlamına mı geliyor? Sanırım evet ve ceza kanunu ile. Bizde suç kelimesi örneğin

Almanya'da ki gibi resmi değildi. Somut bir terim vardır, suçların ortak tehlikesi. Bu 1917'den bugüne kadar devam etmiştir. Bu suç terimi bizde yaklaşık 80 yıldan fazla Rus Ceza Kanunu'nda kalmıştır. Ve kusur, kusur olarak 50'li yıllardan itibaren suçlarla ilgili psikolojik bir durum anlaşılmaktadır ve kusur, 60 yıldan fazladır bir psikolojik durum olarak anlaşılmaktadır. Siyasi mi yoksa başka suçları mı kastediyorsunuz. Sanırım burada siyaset mülkiyet kadar önemli değil. Örneğin 1994'e kadar Rus Sovyet Cumhuriyeti'nin ilk düzenlemesinde şahsi mülkiyet devlet mülkiyetiydi. 1 Haziran 1994 tarihinden beri şahsi mülkiyet gibi bir özellik 20 yıldan fazladır ceza kanununda yer alıyor. Bu siyaset değildi. İddia, suçun toplum için tehlikeli olması gerektiği idi. Sorunuzu cevaplayabildim mi?

Bugün size tanıttığım ve sadece bir kısmını kapsayan dilsel uzmanlık sistemi parlamento prosedürüne dahil edilen hükümet taslağı ile ilgilidir. Bu aşamada bile dil bilimcilerin bilgileri öneri değerindedir, bu daha iyi kanun dili için bir reklamdır ancak nihai kararı metin oluşturucusu verir. Metin oluşturucusu tüm önerilere rağmen metni değiştirmek istemezse onu değiştirmez. Ancak çoğu zaman iyi argümanlarla bu kişiler farklı bir yolu denemek, farklı bir kelime seçmek, farklı bir yapı oluşturmak için ikna edilebiliyorlar. Bu bir süreçtir ancak nihai kararı metin oluşturucusu verir.

*Ara soru: Nihai karar metin oluşturucusuna mı yoksa parlamentoya mı aittir?*

Evet, ben ilk aşamadaydım. Federal Hükümet'in kanun taslağı, Federal Hükümet'in sorumluluğundadır. Diğer departmanların da önerilerini kabul etmesi gereken metin oluşturucusunun asıl görevi kanunl uzlaşmaları bulmaktır ancak somut kelime seçimine kendi karar verir, yani hukuk ve dil bir birimdir ve departmanlar kendi aralarında hangi kelimenin ve hangi metnin belirleyici olduğuna karar verirler. Haklı olduğunuz gibi kesin nihai karar ikinci aşamada, yani kanunma aşamasında kanun koyucusu, bakanlıklar tarafından değil de egemen insanlar, parlamento tarafından verilir. Bu aşamada da bir birim vardır. Milletvekilleri, kanun değişiklikleri veya daha

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

doğrusu kanun taslakları için verdikleri öneriler ile bu değişiklik önerilerini dilsel açıdan desteklerler, yani bu aşamada da dil bilimcileri destek sağlarlar. Ancak genel bir sorun olarak ifade ettiğim zaman faktörü her durumda belirleyici olacaktır. Böylece, bu kararın ne kadar erken verilmesi gerekiyorsa ve kanunun yürürlüğe girmesi ne kadar önemliyse bu meslektaşlar da önerilerini daha zor bir şekilde kabul ettirebiliyorlar. Ancak bu durumda da şu geçerlidir: öneriler verilir ancak parlamento aşamasındaki nihai kararı, yani nihai kanun metni ile ilgili kesin nihai kararı milletvekilleri yani parlamento verir.

İkinci hususa gelince, şu anda „yeni Türkçe“ - „eski Türkçe“ sorunumuz yok ancak dil bilimcilerimiz de - bu da bu kitapta ayrı bir bölümdür - „zamana uygun“ bir dile dikkat ediyorlar. Evet, eskimiş „örgüleri“ kesmek. Çok basit bir örnek: Bizde artık hiç kimse „yüz üzerinden on“ demiyor bunun yerine „yüzde on“ diyor. Çok basit bir örnek, birçok başka örnek üzerinden „zamana uygun“ dilin ne olduğunu göstermek mümkündür. Ve bu bir süreçtir, değişiklik hakkındaki kanunma, yani sadece küçük değişiklikler bir kanunun bazı paragraflarında hem eskimiş bir dilin hem de yeni değişiklikler ile yeni bir dilin olmasına neden olur. Ancak bu kabul ettiğimiz bir süreçtir, hukuk yaşar, hukuk değişir, bu da her zaman bir süreçtir. Çok teşekkür ederim.

**İKİNCİ KONUŞMACI-** Also in der Schweiz haben wir ein sehr ähnliches System. Vielleicht noch ein besseres (hahah). Also Deutschland hat es von der Schweiz übernommen. Ich möchte nur noch zwei Dinge hinzufügen, also dass die Redaktion, die Überarbeitung, zuerst in der Verwaltung geschieht, und dann an das Parlament geht. Das Parlament hat aber auch eine eigene Redaktionskommission, wo der Text nochmals überprüft wird. Er darf eigentlich nicht mehr inhaltlich geändert werden, sondern nur sprachlich. Wenn aber ein inhaltliches Problem entsteht, kann diese Kommission einen Antrag an die Sachkommission stellen: „Hier stimmt etwas nicht, ihr müsst noch einmal beraten.“

Das andere Problem mit „Alttürkisch – Neutürkisch“, da haben wir natürlich im Deutschen ähnliche Probleme. Stilistische Probleme oder veraltete Ausdrücke die niemand mehr versteht. Das Problem ist, wenn man ein altes Gesetz ändert. Z.B. Zivilgesetzbuch, das 100 Jahre alt ist, und da müsste man doch bei den gleichen Wörtern bleiben.

*Zwischenfrage: Ich habe einen Vorschlag gemacht und dieser wurde vom Parlament akzeptiert. Aber die Redaktionskommission ist nicht zufrieden mit meinem Text. Sie wollte das nicht inhaltlich abändern, nur verbessern, vielleicht bereinigen, kürzen, dürfen Sie das?*

Das sind die Vorbereitungen zu einer abschließenden Beschlussfassung.

İsviçre’de buna çok benzer bir sistemimiz vardır. Hatta belki daha da iyi. Yani Almanya bunu İsviçre’den almıştır. Sadece iki şey eklemek istiyorum, yani redaksiyonun, metnin gözden geçirilmesi önce idarede gerçekleştiğini ve daha sonra parlamentoya gittiğini. Ancak parlamentonun, metni tekrar kontrol ettiği kendi redaksiyon görevi de vardır. Aslında metin artık içerik olarak değiştirilemez sadece dilsel açıdan değiştirilebilir. Ancak dilsel bir sorun meydana geldiğinde bu komisyon, konu ile ilgili komisyona başvurabilir: „burada doğru olmayan bir şeyler var, tekrar öneride bulunmalısınız“.

„Eski Türkçe“ – „yeni Türkçe“ ile ilgili diğer soruna gelince Almancada da doğal olarak buna benzer sorunlarımız var. Biçimsel sorunlar veya artık kimsenin anlamadığı eski ifadeler. Bir kanun değiştirildiğinde bu sorunlar ortaya çıkıyor. Örn. 100 yıllık Medeni Kanun, bunda aynı kelimelerin kullanılması gerekirdi.

*Ara soru: Ben bir öneride bulundum ve bu önerim parlamento tarafından kabul edildi. Ancak redaksiyon komisyonu benim bu metnimden memnun değil. Metni içeriksel olarak değiştirmek istememişti sadece düzeltmek istemişti veya gereksiz yerlerini çıkarmak, kısaltmak, bunu yapabilir mi?*

Bunlar bir hüküm hakkındaki kararın tamamlayıcı ön hazırlıklarıdır.



## **KANUN YAPMA TEKNİĞİ**

*Torba Yasa, Uyum Paketleri,  
Yargı Paketleri Bağlamında Türkiye'de Neler Oluyor*

---

***Dördüncü Oturum***





**SUNUCU-** Değerli konuklar tekrar hepiniz hoş geldiniz. Bugün de programımız 4. oturumuna devam ediyor. Torba kanun, uyum paketleri, yargı paketleri bağlamında Türkiye’de neler oluyor başlıklı 4. oturumun başkanlığını yapmak üzere Emekli Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Avukat Sayın Ertuğrul Yalçınbayır, konuşmacılar Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyesi Profesör Doktor Sayın Erdoğan Teziç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Profesör Doktor Sayın Ünal Tekinalp ve Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Profesör Doktor Doğan Soyaslan’ı davet ediyorum.

**Av. ERTUĞRUL YALÇINBAYIR (Oturum Başkanı)-** Sevgili konuklar, sevgili öğrenciler hepinize sevgilerimi, saygılarımı, barış ve mutluluk dileklerimi sunuyorum. Sempozyumun 4. oturumunda torba kanun, uyum paketleri, yargı paketleri bağlamında Türkiye’de neler oluyor? Ben 20, 21 ve 22. dönemde parlamentoda bulundum. Çeşitli komisyonlarda görev yaptım. Anayasa komisyonunda görevli oldum. Uyum komisyonunda, adalet komisyonunda, plan-bütçe komisyonunda, kısa bir dönem de bakanlık görevim oldu. Parlamenteoya girdiğimizde kayıt yapılırken bize bir kitap verildi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Meclis İçtüzüğü. Son olarak da Parti Tüzüğü Programı ve de çok önemli bir konu- Parti Grup İç Yönetmeliği verildi. Parlamenteoya girince parlamento hukukunun kaynakları nelerdir, biz neler yapacağız bu konuda çeşitli araştırmalar yaparken sayın hocamın parlamento hukuku kaynakları kitabına ulaştık ve parlamentonun ne olduğunu öğrenmeye çalıştık ve orası zaman içinde gördük ki bir fabrika, kanun yapma fabrikası, kanun üretim merkezi.

Parlamento hukukunun kaynaklarına bakıldığında neyi gördük Anayasayı gördük, uluslararası sözleşmeleri gördük ki Anayasamız bizde bir türlü bitirilemeyen bir süreç. Uluslararası sözleşmeler çekinceler külliyatıyla dolu bir konu, onun ötesinde iş tüzük 73’ten beri çok sayıda değişikliğe uğramış ve mecliste hep iş tüzük tartışmaları oldu. O da bir türlü rayına oturamamış. Komisyonları gördük, ihtisas komisyonlarında

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ihtisası olmayan kişilerin nasıl görevlendirildiklerini gördük. Partiler hiç grup kararı almadılar ama ön grup başkan vekillerinin işaret ettiği dışında oy kullandığınızda, görüş belirttiğinizde kırmızıçizgiyi yediniz, o atılan kırmızıçizgi hiç silinmez, genel başkanın önündedir. Bakıldığında biz cumhuriyetin yüzüncü yılına yaklaşıyoruz. 23 Nisan 1920'den bu yana TBMM 15 bine yakın kanun çıkarmış, çoğu zamanın ve ortalama parlamento her döneminde ortalama 550 dolayında kanun çıkarmış. Uluslararası standartlara bakılınca İngiltere'de 35-40 kanun, Almanya'da bizim yarımız, --- bir sistem.

Peki, bu nasıl çalışıyor, kanun yapma nedir, kanun nedir, hangi usulle hangi esaslar dairesinde yürüyor, bunlara bakıldığında Anayasada çok az hüküm, iş tüzükte bazı hükümler var uygulamalar var, bunun yanı sıra 92'de bunların hazırlanmasıyla ilgili bir yönetmelik var ve özellikle 2005 sonunda kabul edilen 2006'da resmi gazetede yayınlanan ve 2007'den itibaren uygulanan bir mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkında bir yönetmelik var, kamu mali kontrol kanunu var, ekonomik ve sosyal konuyla ilgili görevler var, bazı kanunlarda görevler var. En dikkat çekici konu da mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkındaki yönetmelik 3 Ekim 2005'ten önceki süreçte AB ile yapılan görüşmelerde ortaya konulan şuydu: siz kanun yapmayı bilmiyorsunuz, siz çoğulculuğa itibar etmiyorsunuz, tarafların görüşlerini almıyorsunuz, katılımcılık yok mevzuatı düzenlerken kanunlara kanun - kararnameyi yaparken ve ayrıca kaliteli kanun yapmıyorsunuz. Bu hususlar periyodik olarak her yıl yayınlanan AB ilerleme raporlarında kanun yapma ile ilgili çok önemli 2 tespit. Çoğulculuk yok, katılımcılık yok, kalite yok. Dediler ki siz AB'ye girme iradesindediniz evet müzakere sürecini başlatalım ama nasıl yapacaksınız ve dedik ki biz mevzuatı hazırlama usul ve esasları ile ilgili yönetmeliği hazırlayacağız. Bu yönetmeliğin dayanağı AB beyaz kitabıdır. Yönetişimle ilgili kurallar orada var, onları da uyarlayacağız ve 35 fasılla ilgili düzenlemeleri biz bu çerçevede yapacağız. Buna rağmen ne oldu? O yönetmelik 17 Şubat 2007'den itibaren uygulanmaya başlandı. Hiçbir şekilde bu yönetmelik gerekleri yapılmadı. Hem AB'ye söz verdik, hem Türkiye'de

bütün insanlara söz verdik. 2013'ün sonunda Türkiye nereye gidiyor endişesiyle zamanın cumhurbaşkanından bir randevu istedik, son gün sağ olsun verdiler. Bakın burada sizin imzanız var, Türkiye'nin 1 numaralı ismisiniz, Cemil Çiçek'in imzası var 2 numaralı ismisiniz, Tayyip Bey'in imzası var 3 numaralı isim. Neyi taahhüt ettiniz, ne söz verdiniz ve hiç yapmadınız? Verilen sözlerin tutulmadığı, kayıtlara bazı hükümlerin güzel geçtiği ama uygulanmadığı. O zaman bütün hakların hakkı nedir? Onları kuşatan yönetim hakkıdır, iyi yönetimdir.

İyi yönetimin hem kurumlar itibariyle görevi vardır, vatandaşlar itibariyle hem hakkı hem ödevi hem görevi de vardır. Bunlar açıklıktır, şeffaflıktır, hesap vermektir, hesap sormaktır, kalitedir, katılımdır, çoğulculuktur. Türkiye nereye gidiyor? Bakın açık ara o gün sayın dönemin cumhurbaşkanına söylediğim gibi yönetim hakkı bakımından kurumlarımıza bakın, parlamento açık ara sınıfta kalmıştır, yürütme açık ara sınıfta kalmıştır ve yargı dahi öyledir. Türkiye'nin evrensel standartlar karşısındaki durumu ortadadır. Bu standartlar evrenselidir, nedir, demokrasinin standartları belli. Melez bir demokrasi o zaman 88. sırada şimdi 100'lerin altına gidiyor. İnsani gelişmişlik bütün hakların toplamı olan her bir insan hakkı bakımından evrensel standardı olan bir düzendir. Türkiye hangi konumda? 80'ler 90'lar 69'lar süratle 100'ün altına doğru gidiyor. O zaman yargının durumu ortada. 11 Kasım 2011'de çıkarılan 17 HSYK yönetmeliği ki AB ile otur. Burada bu konunun uzmanları var. Ben o fabrikadan emekliyim. O fabrikanın iyi çalışmadığını gördüm. İyi üretim yapmıyor, o üretim vatandaşa sunuluyor, kaliteli değil. Bütün kanunlar yürütülmek üzere istisnasız hiç cumhurbaşkanına yürütme görevi verilmemiştir. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği dahil yürütmeye veriliyor, yürütmenin vardığı sonuç ve boyutlar ortada, ve yargının ortada. Bakın nereye gidiyoruz? 100. yıla gidiyoruz. Kalkınma planlarındaki hedeflerden, uzun vadeli strateji planındaki hedeflerden, evrensel hedeflerden sapmalar var, ulaşmak çok zor. Şimdi 25. dönem parlamentosunun son günleri. 23. dönem parlamentosunun son günlerinde de mecliste bir kanun yapma sempozyumu düzenlendi, çok önemliydi. Orada yine bürokratlar vardı.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Fakat burada bakıyorum diğer disiplinlerin temsilcileri yok. Kanunu sadece hukukçular yapmıyor. İhtisas konusuna bakın, onların dağılımına bakın, hayata bakın. Hayatın içinde her disiplini ilgilendiren kanunlar var. Bunlarla ilgili usul ve esasları bizim yeniden belirlememiz hususunda hem siyasilerin görüşleri var, meclis iş tüzük uzlaşma komisyonunun raporları var. Kamuda bu kurucu unsurlar neden tartışılmıyor? Bunları tartışmanın ve yeniden yapmanın zamanı; Anayasasıyla, iş tüzüğüyle, siyasi partiler kanunu, seçim kanunu ve bütün disiplinlerin ana fikriyle. Kanun yapmak sadece avukatların işi mi?

İhtisas komisyonlarına bakın. Sağlıkta çalışma hayatının değerlerine oradaki ihmaller, bizim uluslararası kuralları uygulamadaki ihmallerimiz Soma'yı doğurmadı mı? 30 sene 40 sene sonra - sözleşmelerini iç hukukumuzla intikal etmek durumunda kalmadık mı? Peki, ne olacak, nereye gideceğiz? Umudumuz var, birikimimiz var. Organizasyonumuz, koordinasyonumuz, iyi yönetimimiz yok. CEO'lar eğer sizin özel işletmeleriniz olsaydı bu CEO'ların başındakileri tutar mıydınız? Kanun yapma fabrikasına bakın. Bunları yürütenlere bakın ve ihtilafları yorumlayan hukukun seviyesine bakın. Genel kuralları koyuyor, yürütme uyguluyor, ihtilafta yargı onları yorumluyor. Ben zamanınızı fazla almak istemiyorum. Bütün bunları yaparken bir de bakın bizim adalet hizmetlerine ayırdığımız pay ne kadardır? 1000'de 7 idi, 1000'de 8, şimdi yüzde 1,5 yani 7.5 katrilyon, beyaz saraydan hatta daha da az. Şimdi ne olacak? Ne yapacağız?

Önümüzde seçim var, demokrasi seçim değiştirebilme kabiliyeti olan en önemli sistemdir. Hesap vermenin zamanıdır. Hesap verme sadece meclislerde, sadece yargıda değil, sandıkta da hesap verme. Bu sandık yoluyla bir şeyleri söylemek değildir, ama gidiş eğer kötüyse insan hakları evrensel beyanname sinin ikinci paragrafında yazılı; insanların zulüm ve istibdat karşısında isyan etmelerine gerek kalmaksızın tüm hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altına alınması ve uygulanması. Biz bu seviyedeyiz. Biz dünyadaki bu yarışta eğer daha iyi bir yer almak istiyorsak, insan onuruna uygun düzenlemeleri

yapmak ve uygulamak istiyorsak aktif sivil toplum örgütüyle, aktif yönetimleriyle taşın altına elimizi koyma zamanıdır. Yeni dönemde bizim bekleyeceğimiz, 25. dönem parlamentosunda bizim bekleyeceğimiz bunların alt yapısını yapmaktır. Birikimlerimiz var. Mecliste sayın başkanım Anayasa danışmanıydı meclisin. Sayın hocalarım da aynı şekilde kanunmaya da büyük katkılarda bulundular ama siyaset sadece mütehassısların olduğu bir sistem değil. Umudumuz var, umudu tüketme hakkımız yok. Ben özür dilerim. Nasıl kötü kanun yapıldığını, yok kanun yap kanun anlayışının nasıl olduğunu, nasıl kişiye özel kanunlar yapıldığını ve komisyon başkanlığı sürecinde nasıl nezdinde lobi çalışmalarının hem uluslararası düzeyde hem de kurumsal düzeyde yapıldıklarına tanık olan birisiyim. Komisyon başkanının, bakanın, milli güvenlik kuruluna giren bakanların her birinin bilgileri diğerlerinden daha farklı. Bizde yeter bilgi prensibi var. Ama eğer açıklığı, şeffaflığı, saydamlığı sağlayabiliyorsanız bunları da göreceksiniz. 120 bin sayfalık 25 bin kanun bizi bekliyor. Cumhuriyetin 100. yılında bunu bekliyor. Biz 1920'den bu yana 14 bin 400 küsur, 14 bin 500 kanun çıkarmışız. Önümüzdeki süreç 25 bin kanunun çıkarılma süreci. Nerede bakanlıkların azınlıkları? Nerede bunlar? Sivil toplum örgütlerinin hazırlıkları nerede? Sadece barolar birliğinin değil, tüm kamu kurumu niteliğinde meslek odalarının ve diğerlerinin buralara katılmaları, buraları desteklemeleri ve buralardan elde ettikleri bilgiler ışığında demokrasiye katılmaları önemli, parlamentoya gitmeleri önemli. Bugünler parlamentonun hesap verme günleri. Üretim orada ne kadar yapıldı? Bir dönem bitiyor, yeni bir dönem geliyor. Yeni bir dönem bize neyi vadediyor, neyi vadetmeli bunun hem milli değerlendirmelerini hem bugünkü durumu sevgili hocalarımız size anlatacaklar, bilmediklerimizi daha çok onlardan öğreneceğiz. Ben sabırlarınız için hepimize teşekkürlerimi sunuyorum. Sevgili Sayın Erdoğan Teziç hocamıza ben sözü bırakıyorum Anayasal değerlendirmeleri ve diğerlerini ve Türkiye nereye gidiyor. Evet, buyurun hocam.



## “TORBA KANUN” \*

*Prof. Dr. Erdoğan Teziç*  
*GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Birden çok ve farklı konuları düzenleyen ve çeşitli kanunlarda, kanun hükmünde kararnamelerde değişiklikler öngören düzenlemelere, günlük dilde “torba kanun”<sup>1</sup> deniyor.

Bu tür kanunlara karşı, tepkisel nitelikte ilk düzenlemelere, Roma Hukukunda rastlanıyor. Şöyle ki, aralarında ilgi bulunmayan konuları içeren kanunlar, erken dönemden itibaren kanunklanmıştı. Bunlara “*leges saturae*” (karmakarışık kanunlar) ya da farklı konudaki maddelerden oluşan kanunların blok halinde oylanması anlamında “*legem per saturam ferre*” deniyordu. Aradan geçen uzun zaman diliminden sonra, M.Ö. 88 yılında birbirleriyle ilgisi olmayan kanunları ihtiva eden taslakların tek bir kanun haline getirilmesi bu defa “*Lex Caecilia Didia*” ile kanunklanmıştır.<sup>2</sup>

---

\* Kanun yapma tekniği ile ilgili Türkiye Barolar Birliği ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlen uluslararası sempozyuma (27 - 28 Mart 2015) sunulan konuşma metni.

<sup>1</sup> Torba Kanun sürecine şahitlik eden bir milletvekilinin değerlendirmeleri için Bkz. GÜNAL Mehmet, Torbadaki Hukuk, Berikan Yayınevi, Ankara, 2015; HOŞ Serdar, Yok Kanun Yap Kanun, Torba Kanun, Cumhuriyet Bilim ve Teknoloji, 25 Nisan 2014.

<sup>2</sup> UMUR Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayın no: 461, 1975, ss.110-111, 114.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Türkiye’de bu tür düzenlemeleri önleyebilmek için, Bakanlar Kurulu tarafından, 19.12.2005 tarihinde “*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” çıkarılmıştır. (R.G.17.2.2006-26083). Halen yürürlükte olan bu yönetmeliğe göre (m.11/2), birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik öngörülmesi durumunda, “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” veya “Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilmesi gerekmektedir. Öte yandan, bir kanun metninde yapılacak değişikliklerde, birbirleriyle bağlantısı olmayan hükümlere yer verilemeyeceği öngörülmektedir (m.17/2). Bu kurallara riayet edilemediği içindir ki, “karmakarışık” kanun metinlerini bir araya getiren bu tür düzenlemelere günlük dilde anonim bir biçimde “torba kanun” denmiştir.

“Torba kanunlarla” ilgili olarak ilk akla gelen sorun, neden bunlara ihtiyaç duyulduğudur. Bilindiği gibi, hukuki açıdan bütün kamusal işlemler gibi, kanunlar da, kamu yararını<sup>3</sup> gerçekleştirmek için yapılır. Kamu yararı dendiğinde kısaca, belli kişilerin, siyasi grupların veya çevrelerin çıkarlarını değil, genel veya herkesin yararını sağlamak anlaşılır.

Başka bir anlatımla, mesele yapılan işlemin yani kanunun kamuya yararlı olup olmadığı değil, kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığıdır. Kanunun, kamuya yararlı olup olmaması bir siyasi tercihtir; buna mukabil, kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığı hususu ise hukuki bir konudur.

“Torba kanunların” konuları, büyük ölçüde iktisadi, mali olmakla birlikte; özellikle de yargı ile ilgili hukuki konular da bu kanunlar içine sokulmaktadır. Böyle olunca da TBMM’deki ihtisas komisyonlarının görev alanına giren düzenlemeler, bir bütün halinde Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edildiği için, asıl ilgili oldukları ihtisas komisyonları da devre dışı bırakıl-

<sup>3</sup> Kamu yararı için bkz. TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, 1972, s.104.



maktadır. Böylece teklif veya tasarılar çok acele olarak genel kurula havale edilmektedir. Burada usul açısından dikkat edilmesi gereken, toplumda infial uyandırabilecek düzenlemelerin yanı sıra, toplumun beklentilerine cevap verebilen ve “kozmetik maddeler” olarak da nitelendirilen düzenlemelerin Genel Kurulda birlikte oylanmasıdır. 12 Eylül 2010 tarihindeki Anayasa değişikliği için yapılan halk oylamasında, iktidarın yargıya egemen olabilmek için getirdiği düzenlemeler yanında, engellilerle ilgili veya kadınlara pozitif ayrımcılık öngören olumlu maddeler ön plana çıkarılarak, paket halinde, dolambaçlı biçimde oya sunulmuştur. Bu uygulama son derece talih-siz bir misaldi.

Halkın duyarlılığının körelmesine yol açabilecek bu tür oylamalardan uzak durularak, dürüst siyasetin gereği yerine getirilmeliydi. Ancak hemen ekleyelim, Anayasa Mahkemesi önceki yıllarda verdiği kararlarda<sup>4</sup>, kanun koyucunun saklı bir amaç güttüğü durumlarda, kanunu amaç unsuru açısından denetleyip iptal etmiştir.

TBMM’de “torba kanunların”, geleneksel kanun koyma usulleri bir kenara bırakılarak, alışılmadık bir tarzda kabul edilmeleri, “hukuk devleti” anlayışı ile de bağdaşmamaktadır. Kanun koyma usulünden söz ederken, bu hususu şekil unsurundan ayırmak gerekir. Çünkü, “kanun” adı altında yapılan işlemin temel niteliklerinden biri de aleniyetidir; gizlilik içinde bir kanun yapılması düşünülemez. Kanun metninin oluşturulması bütün aşamalarda, şeffaf olabilmelidir; gizlisi saklısı olmaz. Çünkü kanunun aleniyeti, kamu yararı amacı ile yapılp yapılmadığının göstergesidir.

“Torba kanunların” görüşülüp kabul edilmeleri süreci çok farklı olabilmekte ve aleniyeti hayli gölgelenebilmektedir. Şöyle ki, bir defa bunlar meclis gündemine hükümet tasarısı olarak değil, bazı milletvekillerinin teklifi şeklinde getirilmekte-

<sup>4</sup> AYM, E.1963/124, K.1963/243, Kt.11.10.1963, AMKD, S.1, s.424; E.1963/145, K.1967/20, Kt. 27.06.1967, AMKD, S.5 s.150; E.1988/14, K.1988/18, Kt.14.06.1988, AMKD, S.24, s.270.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

dir. Öte yandan, müzakere sürecinde, görünürde rastgele veya sürpriz öneriler, “tasarılı teklif” gibi adlandırılmalarla yapılmaktadır.

Böylece hükümet, “tavşana kaç, tazıya tut” misali, bir yandan siyasi sorumluluk yüklenmekten kaçınabilmekte, bir yandan da yerine göre önerilere karşı çıkmayarak, dolambaçlı biçimde önerilerini kabul ettirmektedir. Öte yandan hükümetin zaman zaman, çoğunluk milletvekillerini bir arada tutabilmek endişesiyle, “torba kanunu” bir fırsat olarak değerlendirdiği de söylenebilir.

“Torba kanun” hazırlanış süreci, büyük ölçüde usul ile ilgili olduğu için, hukuki denetiminde de aslında usul unsuruna odaklanılması gerekmektedir. Kanımca, usul ve şekil unsurlarındaki denetimin kilit sorunu, “usulün” “şekilden” tefrik edilip edilemeyeceğiyle ilgilidir. Zira 1982 Anayasası, şekil denetiminden söz etmekte, ancak usul denetimi ile ilgili olarak kaideten bir hüküm öngörmemektedir.

Şekil denetiminde, süre, davacılar ve kıstaslar, Anayasanın 148. maddesinin 2.fıkrasında yer almaktadır. Kanunlar için şekil yönünden dava açma süresi, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren on gündür. On gün geçtikten sonra iptal davası açılmayacağı gibi, şekle aykırılık def'i yolu ile de ileri sürülemez. Def'i yolu<sup>5</sup>, bir süreyle bağlı olmadığı için, on günlük sürenin burada bir anlamı yoktur. Nitekim 30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 36.maddesinin 4.bendi de, “şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez” demektedir.

Davacılar ise, Cumhurbaşkanı veya TBMM üyelerinin beşte biridir (110 milletvekili). Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden denetim kıstaslarına gelince; bunlar Anayasanın 148.

---

<sup>5</sup> Burada teknik anlamda def'i değil, itiraz terimi daha doğrudur. Çünkü Anayasa uyarınca (m.152/1) davanın taraflarından biri aykırılığı ileri sürmese bile, mahkeme re'sen o aykırılığı dikkate alabiliyorsa bu def'i değil, itirazdır.

maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukta (m. 87, 96/1) yapılıp yapılmadığı, Anayasa değişikliklerinde ise (m.175/1) teklif (üçte bir =184 milletvekili) ve oylama çoğunluğuna (beşte üç = 330 milletvekili) ve ayrıca ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.

1982 Anayasasında şekil açısından denetimin çok sınırlı tutulması ile, kanun koyma sürecinde muhalefetin katılımı bertaraf edilerek, milli iradenin iktidar çoğunluğunun tekeline bırakılmasının amaçlandığı açıktır. Oysa milletin iradesi, çoğunluğun iradesi demek olmayıp, tüm muhalefetleri içeren bir bileşimdir.<sup>6</sup> Başka söyleyişle, 1982 Anayasasında, kanun koyma süreci çoğulcu değil, çoğunlukçu bir zihniyetle tasarlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de, *"biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütününe ifade eder"*<sup>7</sup> gerekçesiyle, usul aşamasını veya sürecini şekil kapsamında mütalaa etmektedir.

Kanun koyma tekniğindeki kurallar, günümüzde kısmen Anayasalarda ve büyük ölçüde meclis içtüzüklerinde yer alır. Bunlar bir bütün olarak kanunun usul unsurunu oluşturur. Kanunun usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelerken, iki mesele ile karşılaşabiliriz: **Usul hatası** (buna noksanlığı ve bozukluğu da denebilir (*vice de procedure*) ve **usul saptırması** (*detournement de procedure*).

**Usul hatası**, kanunun hazırlanma sürecinde, önemine binaen, Anayasada dayanağı bulunan bir komisyon görüşü alınmaksızın metnin kabul edilmesidir. Mesela, bütçe kanunu tasarıları, Anayasaya göre (m.162/2) iktidar ve muhalefet partisi üyelerinden oluşan karma bir komisyonda görüşülür. Bu komisyonun kuruluşunda iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmi beş üye verilmek şartı ile, siyasi parti gruplarının

<sup>6</sup> DURAN Lütfi, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşleri ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s.70.

<sup>7</sup> AYM, E.1987/9, K.1987/15, Kt.18.06.1987, AMKD, S.23, s.285.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ve bağımsızların oranlarına göre temsili göz önünde tutulur. Anayasanın öngördüğü bütçe komisyonunda görüşülmeden kabul edilebilecek böyle bir kanun için usul hatası (*vice de procedure*) söz konusudur.

Bunun yanı sıra, bir kanunda yapılan değişiklikler, metnin bütünü ile hiç ilgisi olmayan hükümler içeriyorsa bu hususta da usul hatasından (*vice de procedure*) söz edilmektedir.

Bu misallerden yola çıkarak, bu tür kanunlar için açılacak bir iptal davasının, 148.maddenin 2.fıkrasına ve Anayasa Mahkemesinin daha önce zikrettiğim 1987/15 sayılı kararına dayanılarak reddedilmesi, mantıken ve hukuken inandırıcı olabilecek midir? Gerçi 19.2.2005 tarihli Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca (m. 17/2), bir kanun metninde yapılacak değişikliklerde, birbirleriyle bağlantısı olmayan hükümlere yer verilemeyeceği öngörülmektedir. Ancak, bu kanun genel düzenleyici bir idari işleme dayanmaktadır ve bu bakımdan kanunun iptali için hukuki bir dayanak olamaz. Buna rağmen, söz konusu yönetmelik, usul hataları konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihadını gözden geçirmesi açısından düşündürücü ve yardımcı olabilir.

**Usul saptırması** (*detournement de procedure*) ise aslında yetki saptırmasının bir türüdür. Usul saptırması, meclis çoğunluğunun, kamu yararını gerçekleştirmek için kullanabileceği usulü bir kenara bırakıp, içinde bulunduğu durumda, amacına daha kolaylıkla ulaşabileceğini tasarlayarak başka bir usulü kullanmasıdır.<sup>8</sup>

Hukukumuzda, TBMM'nin "karar" başlığı altında yayımlanan işlemlerinin özelliği, Meclisin iç işleri veya faaliyetleri ile ilgili olmalarıdır. Kısaca, "meclisin iç hukuku" ile ilgilidir. Ancak Meclis, "karar" başlığı altındaki işlemlerle, ez-kaza bireylerin hak ve hürriyetlerini düzenleyecek olursa, bu takdirde

---

<sup>8</sup> ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, Paris, 2013, s.141.

bir usul saptırması söz konusu olacaktır. Mesela 30.10.1984 tarih ve 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanuna (R.G. 6.11.1984-18567) dayanılarak, plan belgesinde yer alabilecek kurallarla birey hak ve hürriyetleri sınırlanacak olursa, bu husus **usulün saptırılması** demektir. Gerçi Anayasa Mahkemesi “denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz”<sup>9</sup> diyerek işlemi denetleyebiliyor. Fakat Mahkemenin verebileceği iptal kararı, Anayasa uyarınca kaideten geriye yürümez (m.153/5). Bu durumda ayrıca metnin yürürlüğünün durdurulması talep edilmiş olsa da, kısa sürede oluşabilecek mağduriyetin izlerini gidermek hiç de kolay değildir.

Kanunların usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususu, bütün demokratik ülkelerde üzerinde hassasiyetle durulan bir konudur. Bu açıdan Türkiye Barolar Birliği’nin Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ankara’da 27-28 Mart 2015 tarihlerinde ortaklaşa düzenledikleri “kanun yapma tekniği” konusundaki uluslararası sempozyumda sunulan tebliğler, her yönü ile kanunun usul unsurunun önemini açıkça ortaya koymuştur. Ülkemizde, kanunların usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususu “torba kanunlar” dolayısıyla yepyeni bir boyut daha kazanmıştır ve de kazanmaktadır. Çünkü bu tür kanunların yapılma süreci esasa etkili olabilecek usul hatalarını veya aksaklıklarını gündeme getirmektedir.

“Torba kanunların” amacı, iktidarın tasarladığı konuları çok kısa sürede kanunlaştırmak olunca, meclis komisyonları işlevsiz hale gelebilmekte ve içtüzük kuralları da ihmal edilebilmektedir. Oysa bu kurallar, meclis çatısı altında onun “iç hukukunu” düzenlemektedir. Öte yandan, çok partili liberal siyasi yapıda, iktidar muhalefet ilişkilerinin meclis çatısı altında da gerçekleştirilebilmesinde, içtüzüklerdeki usul kurallarının önemli bir işlevi olduğunda hiç şüphe yoktur. Bu anlamda,

<sup>9</sup> AYM, E.1990/25, K.1991/1, Kt.10.01.1991, AMKD, S.27/1, s.102; E.1991/6, K.1991/20, Kt.03.07.1991, AMKD, S.27/1, s.400.

muhterem hocam, Tarık Zafer Tunaya'nın içtüzüğü "sessiz Anayasa" olarak nitelendirmesi isabetli bir tespittir.<sup>10</sup>

Anayasa Mahkememiz, eski hukukumuzdan gelen bir ilkeyi, Mecelle'nin 39.maddesinde yer alan "ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkar olunmaz" ilkesini de çağrıştırır bir tarzda, "durumların ve koşulların" değişmesi ile kararlarını değiştirmiştir.<sup>11</sup> Bu bakımdan, "torba kanunlar" vesilesiyle, usul kurallarının çiğnenmesi, ihmal edilmesi, hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Açılacak bir dava dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin, demokratik ülkelerde olduğu gibi, içtihat yaratma kudreti ile "torba kanun" uygulamasını sonlandırması son derece isabetli olacaktır.<sup>12</sup>

Fransa'da bir kanunda yapılan değişiklikler, metnin bütünüyle ilgisi olmayan hükümler içeriyorsa, bu kanun Anayasa Konseyince denetlenip, usul hatası (*vice de procedure*) gerekçeyle iptal edilebilmektedir. Nitekim Anayasa Konseyi, 23 Ocak 1987 tarih ve 86-225 sayılı ve 12 Ocak 1989 tarih ve 88-249 sayılı kararları ile, kanunun bütünüyle ilgili olmayan değişiklikleri, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>13</sup>

**Av. ERTUĞRUL YALÇINBAYIR (Oturum Başkanı)-** Sevgili hocamıza teşekkür ederiz. Şimdi İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Sayın Ünal Tekinalp size hitap edecekler. İş tüzük değişiklikleri, iş tüzük tartışmaları mecliste en hararetli en şiddetli tartışmalardır. Ölümle dahi sonuçlanmıştır. Fevzi Şanlıoğlu anısına açılan davanın davacıları şu gün en etkili yerlerde, onlara kendi dava dilekçelerini hatırlatıyo-

<sup>10</sup> TUNAYA Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1975, s.91.

<sup>11</sup> E.1972/56, K.1973/11, Kt.6.3.1973, AMKD, S.11, s.138.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi önceki başkanı Haşim Kılıç, görevi sona ermeden kısa bir süre önce verdiği demeçte (1 Ocak 2015) "torba kanun" uygulamasının "hukukun mantığına aykırı olduğunu" belirtmiştir. Bu görüşünü görevi sırasında, açılan bir iptal davası vesilesiyle, kararlardan birinin gerekçesinde veya muhalefet şerhinde dile getirebilseydi daha isabetli ve inandırıcı olabilirdi.

<sup>13</sup> Zikreden ROUSSEAU Dominique, Droit du Contentieux Constitutionnel, LGDJ, Paris, 2013, s.138.

rum. Özüyle sözüyle uyumlu olmak en önemli hadise. Sayın Tekinalp hocamız 61 Anayasasını 82 Anayasasını, bu süreçleri, kanunların yapımını, bu konuda idarenin içinde bulunduğu durumu en iyi bilenlerden. Sevgili hocam buyurun.

**Prof. Dr. ÜNAL TEKİNALP (İÜ Hukuk Fakültesi)**- Teşekkür ederim. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Eğer müsaade ederseniz iki çok eski dostumu ismen selamlamak istiyorum. Bunlardan birincisi Anayasa Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Semih Kanadoğlu'dur. İkincisi ise Sayın Yekta Özden beydir. Çok eski iki dostlarımdır ama onların önemi ve böyle bir toplantıya verdikleri şeref benim dostum olmalarından dolayı değil, Türk hukukuna yaptıkları katkılardır ve onları yüceltmek bizlerin görevidir.

Ben size şimdi yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun komisyon başkanı olarak elde ettiğim tecrübeleri gözlemleri aktarmak istiyorum. Konuşacağım konunun gerçek bir uzmanı değilim ama bilimsel bir yöntem içinde bunları gözlemleyen bir kişiyim ve böyle bir toplantının benim elde ettiğim gözlemleri sizlere aktarmamın en iyi platformu olduğunu düşünüyorum. Türk Ticaret Kanunu'nun komisyon çalışmaları beş yıl sürmüştür. 673 oturum yapılmıştır. Kanun mecliste 6 yıl kalmıştır. Bu 6 yıl içinde ben de mecliste kaldım. Türkiye'de kanunlar yapılmaları açısından ikiye ayrılır. Bunlardan biri temel kanunlardır, ikincisi de bu kanunların dışında kalan kanunlardır. Mevzuatta böyle bir ayırım var mıdır? Vardır. İş tüzükte izleri bulunan bir ayırımdır bu. Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve iki usul kanunu yani hukuk mahkemeleri usulü kanunu ile ceza mahkemeleri usulü kanunu temel kanunlardandır. Bu kanunların diğer kanunlardan farklılığı nedir? Bu kanunlar kanunda yeri olmamasına rağmen bilim komisyonları veya uzmanlar komisyonları tarafından hazırlanırlar. Bu kanunların hazırlanmasında sorumlu olan bakanlık Adalet Bakanlığı'dır ve onlar bugüne kadar bu kanunların tasarılarının ve temel değişikliklerinin hazırlanmasını uzmanlara bırakmıştır. Anayasa bir temel kanun olduğu halde bu tatbikatın dışındadır. Benim bilgilerime göre



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

sabah Profesör TEZİÇ'e de sordum, beni doğruladı, Türkiye'de cumhuriyet dönemi Anayasalarından sadece biri 61 Anayasası bir mütehasıs grubun hazırlanarak somutlaşmasıyla kurucu meclis tarafından incelenmiş bir kanundur. Şahsi görüşümü söylüyorum Türk Anayasa Hukuku'nun önemli taşıyıcı kolonları 61 Anayasası ile gelmiştir. Diğer Anayasalarda 71 Anayasası ve 82 Anayasasında hemen hemen hiçbir taşıyıcı kolon yoktur. Taşıyıcı kolon derken kendi anlayışımı size aktarmak istiyorum, reform yapan, çağdaşlaştıran ve ülkenin ihtiyaçlarına çağdaş ölçülerle ve o gözlüklerle bakan kolonları kastediyorum. Şunu kabul etmeliyiz ki bugün Anayasa hukuku da dahil olmak üzere her hukuk değişik yörüngelerde dönüyor. Siz eski yörüngelerde kalamazsınız. Sistematik içinde yerini anlatacağım ama Türkiye'de temel kanunlar bu yörüngeler hesabına katılarak hazırlanıyor, görüşüm budur. Ama daha sonra yörüngeden saptırılıyor. Bunun benim kanaatime göre çeşitli etkenleri var ama bir etkenin özellikle altını çizmek istiyorum ve bu konuda da profesör - bana söylediği bir sözü aktarmak istiyorum. Ben iki yıl profesör --- yanında bulundum. Çünkü benim hocam --- Türkiye'deki ilk asistanıydı ve 1979 yılında - bana dedi belki bir gün ülkende görev alırsın diye söylüyorum, Türkiye'de kanunlara karşı çıkan kimseler vardır, bunlar yapılan kanunun Türkiye bakımından zamanının gelmediğini söylerler, benim tabirimle bunlar zaman ölçücülerdir, bunların vücutlarında sanki özel aletler vardır, birdenbire çıkarlar, bir kanun çıktıktan sonra bile bunun zamanı gelmedi derler, dedi ve şunu anlattı: biliyorsunuz ki 6762 Türk Ticaret Kanunu bütün anonim şirketlerin denetlenmesini öngörüyordu fakat denetçi için hiçbir kalite hükmü getirmemişti, ne tecrübe ne öğrenim bakımından. Onun için ki 55 yıllık uygulaması sırasında söyleyeceklerim işi gülünç hale getirmek için değıldir gerçeğı aktarıcı cümlelerdir. Çaycılar, kapıcılar anonim şirketlerin denetçisi olmuşlardır. Bazen çaycı, kapıcı olmasa bile bir büyük ilaç şirketinde bir doktoru denetçi seçmişlerdir, doktor demiştir ki, ben muayenehanemdeki defterimi bile muhasebeciye tutturuyorum, hiçbir şey bilmiyorum bu konuda beni seçmeyin, sen çok iyi yaparsın demişlerdir, tatbikat böyle gitmiştir.



Hirsch bu sözü onun için söylemişti ve demişti ki ben 1956 kanununun 1950 tarihli tasarısında bu denetçiler için öğrenim şartı getirmiştim, sikanunl bilgiler, ticari ve idari bilimler akademileri de öğrenim kaynakları olarak göstermiştim, bana dediler ki zamanı gelmedi, yıl 1972 dedi bana, sinirlenir ve birdenbire kızarırdı, hala zamanı gelmemiştir dedi. Ve ben ticaret kanunu hakkında 200 konuşma yaptığımda bu zaman ölçerlerden bahsettim çünkü onlarla karşılaştım. Şunu da söyleyeyim, bunlar kıyafetleri değişik insanlar değil, görünürler. Mesela büyük ortakların şirketten para çekip, kasasını boşaltıp, sonra onu ödememelerini kanunklayan bir hüküm getirdiğimizde çok yüksek bir siyasi, bu kural doğrudur fakat Türkiye'ye uymaz dedi. Ve Türk Ticaret Kanunu bu kural bakımından yürürlüğe girmeden 3 gün önce değiştirildi. Bu bir tecrübedir. Efendim bu komisyonları Adalet Bakanlığı kendisi seçer, ekseriya bu komisyonlar kalabalıktır. Sebebi şu: ülkedeki bütün hukuk fakültelerinin bu konuyla ilgili öğretim üyelerini ve Yargıtay'da ilgili dairelerde üyeleri getirir, doğrudur. Ama şimdi Türkiye'de çok üniversite var onun için bu kural 40 kişiye varan komisyonlarla çalışma gücünü ortaya çıkarmıştır. Ticaret Kanunu bakımından ben bunun çok zararını görmedim. Çünkü Ticaret Kanunu'nda 6 kitap var, birbirinden bağımsız. Ticari işletme, ticaret şirketleri, kıymetli evrak, taşıma, deniz ticareti ve sigorta. Bu bölümler tartışılırken ilgili mütehassıslar geldi bu da 20 kişilik bir gruptu. Bizim yönetmeliğimiz de böyle çalışmaya imkân veriyordu ama benim kanaatime göre bu çok doğru bir ölçü değildir. Komisyonlar çok ciddi çalışırlar ve her komisyon bir hedef koyar ve zaten problem buradan başlar. Her komisyonun ana amacı reform yapmak ve ülkeyi ihtiyaçları en çağdaş kurumlarla donatabilmektir. Bir de 2001 yılından beri bütün ilgili komisyonlara verilmiş bir emir vardır bu da AB ile müzakereye girdiğimizde çıkan 2001 tarihli ulusal programdır, orada da AB ile işbirliği halinde AB müktesebatına uygun hükümler getirmek mecburiyeti vardır. Tahmin ediyorum ki buna bir ben tabii oldum ve ben tarama toplantılarına gittim, orada hesap verdim ve bana dediler ki, sen şimdi Ankara'ya git, bunları kanunlaştır gel, biz hemen bunu açalım

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

ve kapatalım. Şimdiki AB bakanı olan – bana dedi ki, büyük bir fırsat elde ettiniz hocam ve ben Ankara'ya geldim. CHP genel başkanından randevu istedim, vermedi. Üç lafa bu randevuyu yeniledim fakat kabul etmedi. Buna rağmen --- bey kabul etti, bana yardımcı olacağını söyledi. Bunu da muhakkak söylemek mecburiyetindeyim çünkü kanunların kabul edilip edilmemesini, partilerin yürürlük siyasi taktikleri içinde yer aldığını da gördüm ve bununla mücadele imkânı yoktur.

Türkiye'de kanunlarla ilgili 3 önemli daire vardır ve bu dün İsviçreli ve Alman meslektaşlarımızın anlattığı mevzuatta sahiptir. Bunlardan birincisi Adalet Bakanlığı nezdindeki Kanunlar Dairesi'dir, fevkalade güzel çalışırlar. Ben bir müessesenin bu kadar iyi çalıştığını görmedim, bunu bildirmek mecburiyetindeyim ve onlar kanunun bakanlık seviyesindeyken, Adalet Bakanlığı tasarısıyken en iyi şekilde yapılmasını sağlarlar ve onların elinde benim bilebildiğim kadar, Avrupalı dostlarımla ellerinde olduğu gibi yönetmelikler ve yönerge yok. Adalet Bakanlığı'nın sadece bir yönergesi var o da temel kanunların hazırlanması, ona bağlı çalışırlar. İkincisi mecliste Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığı vardır. Üçüncüsü de Başbakanlık'ta Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığı vardır. Buralara gider ama gider mi? Bu çok önemli. Dün bu soruları da sordum. Diyelim ki alt komisyonda 10 madde değişti, daha sonra bu değişik maddeler komisyon kararı haline geliyor ve ana komisyon onu kabul edince ki aynen kabul ediyor ve bu doğrudan doğruya meclise gidiyor. Değişince teklifi getirenler bir metin sunuyorlar, metnin içeriğini tartışmıyorum ve bu kanunun sistemine uygun olabilir, olmayabilir, ama Türkçesi bozuk olabilir, çoğu kez de Türkçesi doğru olmadığı gibi amacı ifade etmiyor. Komisyon başkanı olarak siz bunun Türkçesi konusunda çalışalım dediğinizde, bu meclisin iradesidir diyorlar. Benim kanaatime göre burada TBMM nezdindeki Kanunlar ve Kararlar Dairesi'nin bu işe müdahale etmesi icap eder. Şimdi öğreniyoruz ki Almanya'da, İsviçre'de onlar müdahale ediyorlar. Alıyorlar o metni amacına uygun bir hale getiriyorlar, bu bizde olmuyor. Aralarında ihtilal çıkarsa ne olur diye sorduğumda dün meslektaşlarım bana cevap verdiler, dediler

ki, komisyonun kararı esastır ama ötekisi müdahalede bulunabilir, bizde böyle bir müdahale imkânı yoktur, olmuyor. Bu birinci önemli aksaklık. TBMM genel kurulunda yapılan değişiklikler ise TBMM Kanunlar ve Kararlar Dairesi'ne gitmiyor. Ben on redaksiyon izni almak istedim, vermediler, biz yaparız dediler ve yapmadılar. Onlarla her zaman noktalama açısından da mutabık olmayabilirsiniz çünkü bazı hallerde müdahale ettikleri metinlerde mutabık olmadıkları hususlar çıkıyor, bir tanesini söyleyeyim. Çok içimi yakan bir şey olduğu için. Şöyle, eğer bir cümle, cümle başına gitmişse muhakkak suretle büyük harf kullanıyorlar.

Şimdi şöyle bir cümle kuralım. Süt ürünleri çeşitli peynirlerden, çeşitli yoğurtlardan meydana gelir. Meydana gelir'deki m harfini büyük yazıyorlar, bunlar küçük meseleler ama hem mahkemeler karar verirken hem de yorumlayıcılar yazarken fıkra sayısını şaşıyorlar. Bu problemlere meclis başkanlığının el atması lazım, bunları daha ileri noktalara götürmesi icap eder. Çoğulculuktan bahsedildi, çok doğrudur. Biz birinci toplantı yapıldıktan sonra görüş bildiren 16 sivil toplum örgütünü her birine 4 saat vererek bizimle çalışmaya davet ettik. Yani hem yazılı görüşlerini okuduk hem de tam anlamamış olabiliriz diye gelip bize görüşlerini satır başlıkları halinde anlatmalarını ve 6 saate kadar çıktı bazılarında bu, çok yararını gördük ve bizim kabul etmediğimiz noktaları her yerde karşımıza çıkardılar. Ben bunu çoğulculuğun bir yararı olarak düşündüm. Bir örnek vereyim. Sigorta bahsinde risk teşekkür etmiş. Eski kanunda inceleme süresi var sigorta şirketinin, bunu ödemesi için araştırma yapıyor. Bu bazen ayları değil seneleri geçiyor. Biz belli bir süre geçtikten sonra sigortanın belli bir kısmının ödenmesi şartını getirdik. Yüzde 25'ti bu. Orada da münakaşa edip kabul etmediler. Biz gittiğimiz her yerde bunu karşımıza çıkardılar, kınamıyorum. Daha sonra bu çok iyi bir şey çünkü sen de o zaman bir şey söylüyorsun, mesela onlar her şeyi bıraktılar, doğru düşünmüşlerdi, evi yangına, sele uğrayan vesaireyi, onlar bize petrol taşıyan taşıma şirketlerinde riskin gerçekleşmesi halinde yüzde 25'in peşin ödenmesinin büyük poliçeler diye bir kavram ortaya çıktı. Ben çoğulculuktan bunu

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

anlıyorum.

Ama bunun bir de şöyle bir tarafı var. Bazılarında bunları not edip gayrimeşru yollarla seninle mücadele ediyorlar. Onu da bir tarafa bırakıyorum, lobiciliğin başka bir tarafı bu. Yani bakan araya giriyor, komisyon başkanı araya giriyor, bu böyleymiş, burada bir değişiklik olabilir mi diye hiçbir baskı yapmıyorlar ama getiriyorlar. En önemli problem dün de konuşuldu, dil problemidir. Dil problemi Türkiye’de çözülmemiştir ve çözülemez. Birincisi Türkiye’de hukukun kavramlar üzerine inşa edildiğini ve kavram adlarının çok önemli olduğu muhakkak ama her Türk hukukçusu kendi zevkine göre kavram terimi yaratmaya çalışıyor. En güzel örnek bugünkü toplantımızda da geçen kanun yapma tekniği. Türkiye’de kanun adını taşıyan bir tek kanun var, Anayasa. Onun dışında her kanun kanun. Ama dikkat edin ne kararlarda ne kitaplarda kanun kovalmıştır, herkes kanun der, burada da arkadaşlar kovmuşlar ve biz esasta derdini yaşadığımız kanun tekniğini değil başka bir kavram olan kanun tekniğini konuşuyoruz. Bu böyle var. Şimdi size örnekler vermek istiyorum, dün de bahsettim. Siz mesela komisyon olarak ittifakta fesih bildirimini demişsiniz. Alt komisyon bunun yerine fesih ihbar kullanıyor. Siz bunu değiştiremezsiniz, çünkü Türkiye’nin yarısı o kelimeyi beğeniyor. Bu değişiklik yapılıyor. Siz diyorsunuz ki bunu yaptık ama bu sadece 8. maddede geçmiyor, biz yaparız diyorlar, yapmıyorlar. Yapmayınca sen yapıp vermeye çalışıyorsun ama 1536 madde ve bakıyorsunuz bir yerde fesih bildirimini, fesih ihbar. Ben Sayın Bahçeli’nin görüşmesi üzerine onlarla bir komisyonda çalıştım. Dil konusunda anlaşamadık önce ve onlar bana Faruk BAL bir liste vermeye çalışıyor, ben bu listeyi geçiremem dedim. Bu problemin çözümü Türkiye’de çok önemlidir. Neden kanunlarda terim ahengini sağlayamıyoruz? Ama mesele kişi hakları tutmuştur diyor, ama kişi şirketini tutmamıştır, onun yerine şahıs şirketleri kalsın diyor. Bunlar bizim önemli problemlerimizdir. Nasıl çözülecek onu da bilmiyorum. Biz Medeni Kanun dilini esas aldık, mutlak kelimesini kullandık. Borçlardan geldiler Borçlar Kanununda mutlağın yerine kesin geçersizlik dediler. Hile yerine de aldatma dediler. Neyse ben

bunu tartışmıyorum, bunlara karşı değilim. Bazı hukukçular direnme yazıyor, buna da karşı değilim ama buradan hukuk birliği, terim birliği, dil birliği ortaya çıkamıyor.

Şimdi bizim düşmanlarımız kimler onu söyleyeyim. Birincisi zaman ölçerler. Bunların büyük kısmı bürokrattır ve onların elinde çok önemli bir silah vardır. Kanunun taşıyıcı kolonlarını sarsar ve bazen de yıkar. Bu da idari tasarruflardır yani yönetmelik çıkarır, şartları değiştirir, ilk önce buradan başlayayım. Bugün Ticaret Kanunu'nda ikincil düzenleme dediğimiz 26 tane ikincil düzenleme vardır, hiçbirisi tüzük değildir. Anayasacılara buradan bunu söylüyorum. Çünkü her bakanlık biz Danıştay'a gitmek istemeyiz diye bizim tüzük olarak götürdüğümüz düzenlemeyi yönetmeliğe çevirmiştir. Bakanlar Kurulu Yönetmeliği bile demişlerdir. Hâlbuki tüzüklerin Danıştay'a gitmesinde büyük zaruret vardır. Bazı düzenlemelerin de tüzük olarak yapılmasında zaruret vardır. Anayasada bu belli. Bunu hiçbir şekilde Anayasaya yükleyemem ama bürokrat ki bakandan başlar bu, bürokrat bunu muhakkak değiştirir. Kanunu değiştirir. Bunun en ünlüsü ise Maliye Bakanlığı'dır. Maliye Bakanlığı Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bazı vergileri veya vergi sayılabilecek alımları daha sonra tebliğle getirmiştir. O tebliğle getirildikten sonra yapacak çok şey var ama en başta bunun için Danıştay'a gitmek lazım. Bu da çok uzun bir prosedürdür ve böylelikle bu sistem bu hale gelir. Büyük bir örnek vereyim size. Kasta bağlanmış olan suçlar yönetmelikle suç haline getirilmiştir ve sistem tamamıyla değişmiştir. Bu konulara ben isyan ettim ve hiç muvaffak olamadım, 200 konferans verdim, üniversiteler, barolar, ticaret ve sanayi odaları dahil. Orada zaten seni dinlerken de bilhassa sanayi ve ticaret odalarında seni kabul etmiyorlar. Mesela siz düzgün müdafaa ediyorsunuz, bilançonun üstünde bu kadar durma diyorlar, bunu toplantıda söylüyorlar. O zaman diyorsunuz ki, eğer siz böyle düşünürseniz bugün Türkiye'de size haber vereyim, sınırlı, sorunlu tek anonim şirket yok, Bana onu da mı değiştirdin diyorlar. Hayır değiştirmedim ama şöyle, bilanço düzgün olmayınca bankaya gittiğin andan itibaren senden, karından, kız kardeşinden, erkek kardeşinden, babandan hepsinden ke-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

falet alıyorlar, ben sizi bundan kurtarmaya çalışıyorum, o yol çok uzun diyorlar. Ama bunlar daha sonra Türkiye Odalar Birliği oluyor ve senin önüne çıkıyor. Ben oradan çektiğim kadar hiç kimseden çekmedim, isim veriyorum, bana dediler ki senin elbisen çok şık, güzel ama bizim üstümüze uymuyor, ben de dedim sizin üstünüze yapılmadı ki. Yani ben hiçbir zaman ticaret kanununu yaparken Odalar Birliği başkanının elbisesi olarak düşünmedim onu ama etkili olan o oldu ve sizin verdiğiniz konferanslar ne işe yarıyor biliyor musunuz? Acaba nerelerde bize kumpas kurulmuş, bunun tespiti bakımından ben ilk konferansımı Türkiye Vergi Konseyi'nde verdim ve orada artık şirketten para çekmenin cari hesabı kanunk olduğunu söyledim, çıkınca maliye bakanı müsteşarı Hasan - dedi ki, sen ne yaptın hoca dedi, niye dedim, burada bu açıklanır mı dedi, sen bu kafayla gidersen bunu çıkaramazsın dedi. Ben de ona dedim ki, burası neresi, burası devletin vergi konseyi, sen öyle bil dedi ve yürüdü ve gitti. Sonra Odalar Birliği'nden başka birisinin elini sıktı dedi ki, orada söylediklerimden şunu şunu şunu burada hiç söyleme dedi.

Türkiye'de lobiciliğe katıyen karşı değilim ama lobicilerin de benim kanaatime göre açık çalışması lazım. Bu da çok güç. Şimdi gelelim bunu değiştirenlerden sonra torba kanununa. Çok iyi anlatıldı. Torba kanununda belki tercüme bakımından güçlük çekiyorlardır, torba kanun esasında birçok kanunu değiştiren global değişiklik kanunudur ve bunun bir kanun olması benim kanaatimde yoktur. Zaten söyledi kişiliksiz dedi, amaç bakımından denetlenemez dedi. Bunun Türkiye'ye verdiği zarar namütenahidir. Size tecrübemi söylüyorum tekrar. Bütün bakanlıklar gelecek torba kanunu treninin ne zaman kalkacağını biliyorlar, hiç kimsenin haberi olmayan küçük değişiklikler hazırlıyorlar ve oraya veriyorlar. Buna ne Kanunlar Dairesi bakıyor ne meclisteki daire bakıyor ne de Adalet Bakanlığı bakıyor. Söylediler, çok beğendim onu, inşallah bizde de düzenlemeye gelir, temel kanunlar bakımından Almanya'da Adalet Bakanlığı inceleme yapıyor, eğer ana kanun bertaraf edilmişse buna itiraz ediyor, o itirazı dinliyor ve kabul ediyor-

lar. Size bir örnek vereyim. Ticaret Kanunu çıktı, 8 ay sonra sermaye pikanunsı çıktı. Bu Ticaret Kanunu'ndaki 22 maddeyi uygulanmaz diye ilan etti. Hâlbuki onlar da ana kolonlardı. Benim haberim olmadı, olsaydı ne işe yarardı? Madem temel kanun görevi Adalet Bakanlığı'nda, bunu ayıplamalılar ve buna müsaade etmemelisin. Bu konuda son sözüm herkesin korktuğu bir tek kanun vardır, o da Maliye Bakanlığı kanunlarıdır. Hiç kimse başka bir kanunla Maliye Bakanlığı'na ilişkin bir kanunda en ufak bir değişiklik yapamaz. Bu da o bakanlık bakımından tebrike şayandır.

**Av. ERTUĞRUL YALÇINBAYIR (Oturum Başkanı)-** Sevgili hocamıza teşekkür ederiz. Biz zaman ölçerlere baktık. Saate baktığımızda epey geçtiğimizi gördük, bu da benim acizmdir. Bu düzenlemedeki acizdir. Çünkü böylesine konular bu kadar süre sürede tartışılacak konular değil. Şimdi sevgili hocam ceza hukukuyla ilgili ceza kanununun hazırlanmasında etkili rol oynadılar. Temel kanun olarak görüşüldü, birçok kurum ve kuruluştan görüş alındı ama çıkarıldıktan sonra çok defa değiştirildi. Kanunların yok kanun yap değiştir kanun çıkmadan değiştirilen kanunlar, bunları gördük ve sevgili hocamın dediği biz 3 buçuk sayfalık kanun başlığı 15 buçuk sayfalık tek madde olan kanunlar yaptık, rekorlar kırdık. Sevgili hocam ceza kanunlarının hazırlanmasında temel kanun itibarıyla fevkalade önemli, ama torba kanun anlayışı fevkalade tehlikeli. Buyurun sevgili hocam.





## DOĞU BATI KÜLTÜRLERİ ARASINDA TÜRK CEZA KANUNU

*Prof. Dr. DOĞAN SOYASLAN*

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Churchill'in bir sözü vardır. "Bir suyun kaynağını bilerseniz nereye kadar doldurulabileceğini bilirsiniz" der. Ben de bir sorunun köküne kadar inersem kolay çözeceğimi bilirim.

Ailede ve okulda özgüvene, sorumluluğa ve saygınlığa dayanan eğitim verilmezse doğruların sopa ile öğretildiği, sopa tehdidi kalkınca eski yanlışların yapıldığı bir toplum olmaktan kurtulamaz.

Osmanlı devletini Ertuğrul oğlu Osman bey kurmuştur. Osman bey bir aşiret reisi idi. Devletler tarihte dört şekilde kurulmuştur. Devletler ya efendi-köle ilişkisi sonucu, ya ekonomik yönden güçlü olanın zayıf olanı egemenliği altına almasıyla, ya insanların bir araya gelmesi ve anlaşması yoluyla (elbette anlaşmanın yapılmasına ekonomik yönden güçlü olanlar daha çok katkıda bulunmuşlardır.), ya da aileler tarafından kurulmuştur.

Osmanlı toplumunu Osmanoğlu ailesi devlet haline getirmiştir. Aşiret reisi veya beyin liderliğinde kuralların bey ve etrafındakiler tarafından konulduğu, beyin emir komutasında bir topluluk, muti, reise bağlı, baskıya dayanan, insanların

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

tam özgür olmadıkları, silahlı güçleri olan bu topluluk zaman içinde diğer topluluklara egemen oluyor ve büyük bir devlete dönüşüyor.

Atalarına ve devletine bağlı bir topluluk. Ulu emre itaat eden bir tarım toplumu. Sosyal ilişkileri gelişmemiş bir toplum. Hiyerarşik amire itaat eden bir toplum. Merkezi iktidarın emrinde bir toplum, kişi sorumluluğuna dayanmayan, kaderci, din işleri ile devlet işlerini birbirinden ayırmayan, dini emirlerin uygulanması doğrultusunda devletin insanlara, insanların birbirlerine baskı yaptığı, ticari olmayan, doğaya egemen gözle bakmayan, teslimi bir ruh yapısı ile bakan, şüpheli olmayan, kişinin özgür doğduğunu kabul etmeyen, baskıya dayalı, ulu emre itaat nedeniyle merkezi iktidarın çok zor el değiştirdiği, tabanda değişimin merkezi iktidarı zor etkilediği, ve baskıya dayandığı için insanların birbirini baskı altına aldığı, (baskı insan kapasitesinin dışarı çıkmasını engeller) insan kapasitesinin dışarı çıkmasını engellediği, analitik düşünemeyen dogmatik, içe kapalı, özgüveni olmayan, araştırmayan, ifade özgürlüğü olmadığı için düşünme ve kendini ifade etme kapasitesi olmayan bir toplumdur. Kendine has küçük dünyası ve ilkeleri olmayan insanlardan oluşan bir cemaat toplumu idi.

Ekonomik planda gelişmiş sanayi ülkelerinin iç pazarı olan, (kapitülasyonlar), batıların ham madde alıp mamul madde sattıkları, ticareti gayri Müslimlerin elinde olan, kadın erkek eşitliğinin olmadığı, özellikle kadınların üretim gücünün ortaya çıkmadığı örfi dini kurallarla yönetilen bir tarım toplumu idi. Bireyci bir toplum değildi. Cemaatçi bir Ortaçağ toplumu idi. Esasen Ortaçağ'da dini ve örfi değerler üzerine kurulan yapı pek değişmemişti.

Ulu emre itaat ile İslam'ı yaymak ve devletin güvenliğini sağlama bağlamak için silahların eşit olduğu, savaşların göğüs göğüse yapıldığı dönemlerde Viyana'ya kadar giden Osmanlı bilimsel teknolojik buluşların tüm üretim dallarına ve silah sanayisine uygulanması sonucu XVII. Yüzyılın sonlarından itibaren geri çekilmeye başlamıştır.

XVII. yüzyıl sonlarına doğru Fransız İhtilallerinden sonra doğan milliyetçilik-ulusçuluk akımı, dış güçlerin de desteğiyle Osmanlı'da önce gayrimüslim toplulukların ayrılmasına, daha sonra (etnik kökeni Türk olmayan) Müslümanların İmparatorluk'tan kopmasına neden olmuştur. Balkan savaşlarında Osmanlı ordusu çok kötü bir sınav vermiş, bazı sanayi ülkeleri Osmanlı İmparatorluğu'nun sonunun geldiğine inanmışlar, hatta aralarında yaptıkları gizli anlaşmalarla İmparatorluğunu kendi aralarında paylaşmışlardır.

Bireyci ve girişimci toplumların ileri gittiğini, sanayi devrimi yaparak dünyaya egemen olduğunu gören Osmanlı bürokrat ve aydınları, Batılıları yakalamanın yolunun bireyciliği benimsemek olduğunu anlamışlar, ordusu batılıların da desteği ve zorlamasıyla Tanzimat'tan itibaren toplumun hukuki ve sosyal kültür yapısını değiştirerek bireyci düzenin geliştirilmesi gereğine inanmışlar, bu yönde Islahat fermanları yayınlamış, 1876 Anayasası ilan edilmiş, ancak bu Anayasa kısa süre sonra rafa kaldırılmış, 1908 İhtilali ile II. Meşrutiyet (hukuka bağlılık yani) ilan edilmiş, eski rejimin yeniden ihdası yönünde 31 Mart olayları başlamış, Makedonya'dan gelen harekât ordusunun müdahalesiyle isyan yatıştırılmış, isyancılarla işbirliği ettiği gerekçesi ile 1909'da Abdülhamit tahttan indirilmiş yerine IV. Mehmet Reşat getirilmiştir.

I. Dünya Savaşının sonunda Osmanlı İmparatorluğu'nun katılmış olduğu ittifak grubu savaşı kaybetmiş, Padişah V. Mehmet Vahdettin ve hükümeti Mondros ve Sevr anlaşmalarını kabul etmiş, ülkenin istenilen yerleri düşmanlar tarafından işgal edilmiştir.

Askerin öncülüğünde ordulaşan millet düşmanı yurttan atmış, toplumun değişmesinin, bireyciliğin önünde en büyük engel olarak gördüğü saltanat ve hilafeti kaldırmıştır.

Bu tasarruflar Mustafa Kemal ve arkadaşlarının öncülüğünde, egemenliğinde olan TBMM tarafından yapılmıştır. Elbette bu tasarrufların arkasında Türk ordusu vardı.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Reformlar sadece saltanat ve hilafetin kaldırılmasıyla kalmamış, laik hukuk sistemine geçilmiş, kılık kıyafet, saat, takvim, ölçü, tartı batılı değerlere göre yeniden gözden geçirilmiştir. Amaçlardan birisi de toplumu metafizik düşünceden uzaklaştırmak ve pozitif düşünceye sevk etmektir. Milli bayramlarını ihdas sebeplerinden birisi de budur.

Ordu kurduğu Cumhuriyet'i yaşatmak görevini yüklenmiş, 1924 yılında Terakki Perver Cumhuriyet Fıkrası kurulmuş, 1930 yılında Serbest Cumhuriyet Fıkrası kurulmuş, ancak Cumhuriyet'e yönelik tehditkâr gelişmeler sonucu bu partiler kapatılmıştır.

1946'da yeni bir parti kurulmuştur. 1950'den 2000'li yıllara kadar ordunun denetiminde demokrasi yürütülmüştür.

Bireycilik asırlar boyunca şehirlerde güvenlik içinde hür olarak yaşamış, sorumlu, yaptığıının hesabını veren, doğaya hâkim gözle bakan, doğayı malı sayan, özgüveni olan, teslimi olmayan, akla inanan, alnının teri ile yaşayan, ürettiği ile yaşayan ben merkezli, analitik düşünen kâinatı akli ile izah eden, sosyal ilişkileri gelişmiş toplumların kültürüdür.

Bu kültürün oluştuğu devletler, Rönesans ve Reformla yıllardan sonra bilimsel buluşların üretime dönüştürülmesi sonucu Osmanlı devletini iç pazar haline dönüştürmüşlerdir.

Kâinattaki değişiklikler neyin ve kimin eseridir? İnsanoğlunun Dünya Coğrafyasının belli bir bölgesinde yaşayan insan toplulukları doğa sadece akılları ile bakmışlar insanlığın tarihinin seyrini değiştirmişler, diğer toplumlara egemen olmuşlardır.

Dünyaya egemen olan toplumların özellikleri nelerdir? Dersez isterseniz buradan başlayalım. Bu toplumların insanı ben merkezli ve hür doğduğuna inanır. Akli ile her şeyi çözeceğine inanır. Kendini doğanın hâkimi sayar. Doğayı tasarruf edeceği bir alan sayar. İyi yaşamak için doğduğuna inanır. Meraklıdır?

Ancak kendini hür, yaptığıından sorumlu sayar, analitik düşünen, dünyada her şeyin insan akli olduğuna inanan, kendini

doğanın hâkimi sayan, teşebbüs gücü olan, meraklı, doyum-suz, ben merkezli, yeniliğe açık toplumlar buldukları bilimsel buluşlar ve teknoloji ile doğanın hâkimi olmuşlar. Diğer toplumlara egemen olmuşlardır.

Kâinata her şeyin yaratıcısı olan insan aklına dayanan bir sosyal ve hukuk nizamı kurmuşlardır. Oluşturdukları hukuk toplumun kendisini ileri götüren hukuktur. Objektif hukuktur.

Eğer bir hukuk düzeni insana güveniyor, ona sorumluluk veriyor, onu yaptığından sorumlu tutuyor, ona emeğinin yarattığı değer karşılığını veriyor, ona girişim, araştırma, kazanma, özgürlüğünü veriyorsa o hukuk düzeni toplumu ileri götürüyor demektir.

Böyle bir hukuk düzeni de kaynağını insan aklından alır. İlahi iradeden almaz.

Aslında ilahi iradeden sadır olduğu kaynaklandığı ileri sürülen kurallar da bir anlamda insan aklına hitap eden kurallardır. İnsan vicdanını tatmin eden kurallardır. Ancak hangi insanın vicdanını tatmin etmektedir. Çoğu da geldiği çağda yaşayan insanın duygu ve düşüncelerini tatmin etmektedir.

Yani netice de o kurallar ve yaşam düzeyi de insanların aklından çıkmaktadır. Kendi kendisi ve aklı ile hesaplaşan insan bunu fark eder. Ama bunun için önce insanın kendi kendini keşfetmesi ve değer olduğuna inanması lazımdır. Ancak hayat değişmektedir. Teknolojik buluşlar insan hayatını değiştirmektedir. Değişiklikler toplumda yeni fikirlerin doğmasına neden olmaktadır. Yeni fikirler, ruhu açık, kendine güvenen, meraklı, analitik düşünen bir çevrede doğmaktadır veya yeni fikirler doğmamakta ancak onlar keşfedilmektedir.

Bu fikirler topluma yayılmakta, böylece bir güç oluşmaktadır. Bu güç parlamento ya yansımakta ve kanunlaşmaktadır. Bir toplumda süreç böyle olmaktadır. Fikirlerin olduğu, yayıldığı, şartlara göre sıkça değiştiği toplumlar diğer toplumlara egemen olmuş batılı toplumlardır.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

İlahi iradeden kaynaklandığı iddia olunan kurallarda insan akli ve vicdanından kaynaklanmaktadır. Ama bu kurallar gelmiş olduğu çağın insanın vicdanı ve aklına göre o günkü kültüre göre şekillenmiştir. Aklını ve kendi kendini kontrol eden insan bunu fark edecektir. Kadının konumu ortaçağ insanının vicdanında farklı, modern insanın vicdanında farklı olacaktır.

Ancak kontrol için insanın kendisinin bir değer olduğuna ve her şeyin kendi aklının mahsulü olduğuna inanması lazım gelir. O insan tipi de henüz bu topraklarda oluşmamıştır.

İlahi iradenin koyduğu kurallar belli şartlarda, belli çağda, belli bir insan tipinin kafa yapısı ve vicdanına göre gelmiştir. Bunlar Tanrı emri olarak geldikleri için doğruluğunu tartışamazsınız. Mutlaktırlar. Emir oldukları için değişmezler. Toplumunu ileri götürücü bir fonksiyonları da yoktur.

Ayrıca ilahi emirlerin geldiğinde toplumun ileri gitmesi veya götürülmesi bilinci, kültürü de yoktu. Oysa hayatın mutlak kurallarla idare edilmesi mümkün değildir. Mutlaktır değişmez. Oysa Adalet mutlak değildir, nisbidir. Zamana, şartlara göre değişir, insana göre değişir. Öte yandan dini kurallar objektif olmayabilirler. Sübjektif olabilirler. Bugün hırsızın kolunun kesilmesi, vahşi bir şekilde alenen insan öldürme cezalarının uygulanmasında objektiflik yoktur. subjektiflik vardır. Ayrıca bunların uygulanmasında toplum menfaati de yoktur.

Oysa toplumun yararı bu suçlunun topluma kazandırılmasıdır. Ailesinin çocuklarının mağdur edilmemesidir. Bunun için ona hürriyeti bağlayıcı cezalar, alternatif tedbirler uygulamak gerekir. Ona iş kapasitesi kazandırmak eğitmek gerekir.

Değişmez mutlak kurallarla idare edilen bir toplum hile-i şeriye ve tazir hakkı kapısıyla değiştirilmiştir. Mesela Tanzimat reformları padişahın tazir hakkına dayandırılmıştır.

On yıllık savaşın sonunda Cumhuriyeti kuranlar bir Ortaçağ devleti ve teslimi, muti, sosyolojik yönden aile hiyerarşisine bağlı bir toplum devraldıkları bu toplum kadın-erkek eşitliğini kabul etmeyen, kendini doğa karşısında aciz sayan,

kaderci, ezik, özgüveni olmayan, okur-yazar olmayan doğaya teslimi gözle bakan, olayları analitik düşünce ile değil, metafizik düşüncelerle açıklayan, tarihte hiçbir buluşa imza atmamış, hareketlerinden tam sorumlu sayılmayan, kaderci hayal gücü alanı dar, geniş ve analitik düşünemeyen, kadının ikinci sınıf sayıldığı, ataları yüzyıllardır diğer toplumlarla savaşmış yargı sömürge bir cemaat toplumu devralmışlardı. Cemaat terimin dini anlamında kullanmıyorum. Her durumda bu toplum birey toplumu değildi. Özgür düşünce toplumu değildi.

Gerek aile yapısı ve gerekse devlet ile ilişkilerinde baskı altında, ruhu açık olmayan manevi-dini değerlerle bağlı bu anlamda özgür olmayan bir toplumdur. Cumhuriyeti kuranların hedefi özgüvenli, sorumlu, zihni açık, hayal gücü geniş, vicdanı hür, fikri hür, irfanı hür, yaratıcı, dimdik üretime dayanan bir toplum yaratmaktı. Kaybedecek zamanları yoktu.

Gelişmiş sanayi toplumları Dünya'ya egemen olmuşlar son iki yüzyıllık süreçte Osmanlı İmparatorluğunu ve hatta Türklüğü yok etme aşamasına gelmişlerdi.

Bunun çaresi sanayileşmiş Batılı ülkelerle olan mesafeyi bir an önce kapatmak ve Batılı ülkelerle olan kültürel değerleri bir an önce ülkeye getirmekte; Batılılık bir zihniyetti, kültürdü. Bunu almak gerekirdi.

Bunun iki yolu vardı. Birinci yol batılı kurumları ve kanunları en kısa zamanda almaktı. Kültür değerlerini almaktı. Bunun anlamı kültürel yapıyı değiştirmek için kayıtsız şartsız kültür ihtilali yapmaktı. Bu yol toplumu sarsıcı bir yoldur.

İkinci yol, toplumun gelişimini bekleyerek, toplumdaki güç dengelerine göre zaman içinde sanayileşmek. Sanayileşmeye paralel olarak kültürel değişimi gerçekleştirmektir. Tanzimat ve meşrutiyet dönemlerinde izlenen yol bu olmuştur.

Cumhuriyeti kuranlara göre evolüsyon yolunu seçmek ülkeye çok zaman kaybettirdi. Bir an önce kültürel değişimi gerçekleştirmek gerekirdi.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Fransızlar kadar kaybedecek zamanımız ve kanımız yoktu. İktidarın halka, egemenliğin halka mal olmasının önündeki en büyük engel birinci büyük savaşın sonunda ülkeyi düşmanla teslimiyet anlaşması imzalamıştı. Rejim değişikliği ve iktidarın el değiştirmesi, halka mal olması için tarihi fırsat doğmuştu.

Kurtuluşun savaşından sonra Cumhuriyeti kuranlar, bu halkı savaş için organize edenler, birinci yolu seçmişlerdir. Şunu da ifade edeyim ki Osmanlı'nın en aydın ve organize kesimi askerlerdi. İmparatorluk ayakta kalmak ve ülkeyi korumak için 18. Yüzyılın ortalarından beri askeri eğitime önem vermişti. Asker ülkenin, organize, okuyan ve batıya açık kesimini oluşturuyordu. Osmanlı döneminde ülkenin yenileşmesi ve değişmesinde askerin ve yabancı sermaye ve yatırımların rolü büyük olmuştur.

Gelişmiş sanayi ülkesinin bireyci kültür değerlerini ihtilalci bir metotla birdenbire cemaatçi (toplumcu) bir topluma getirince toplum birdenbire değişmemiştir. Değişmezdi de. Çünkü toplumsal yapı, dini ve diğer manevi değerler farklı hatta birbirine zıt idi. Yeni getirilen kültürel düzeni uygulayacak alt yapı yoktu. Kamu personeli yoktu.

Yeni getirilen kültürel düzen tarih boyunca çekişme içinde olunan Hristiyan dünyasının değerleri idi. Bunların getirilmesi için halka sorulmamıştır.

Bunların getirilmesi için hakla sorulmamıştır. Sorulmazdı. Çünkü sorulmuş olsa idi büyük ihtimal ile reddolunurdu. Mesela insanlar fesi veya sarığı çıkarıp yerine şapkaya istemezlerdi. Çünkü sarığın dini bir değeri vardı. İnsanlar da din ile yaşamakta ve orada huzur bulmakta idi.

Ancak öne giden yol şekilden de geçmekte idi. Eğer batılı kültürel yapı tamamen alınacaksa bazı şeyleri çıkarmak mümkün değildir. Değerler bir bütünün parçalarıdır.

Takviminde, saatinde, tatil günlerinin de değiştirilmesi istenmezdi. Keza kadının statüsünün de değiştirilmesi isten-



mezdi. Çünkü tüm bunların günlük alışkanlıklar ve dini değerlerle ilgisi vardı.

Ayrıca insanları kısa zaman süreci içinde alışkanlıklarını değiştirmeleri kolay değildi.

Keza eğitim sisteminin de, kadın erkek eşitliğinin de değişmesini istemezlerdi. Çünkü bu kurumların dini yönleri de vardı.

Kısacası Cumhuriyet'i kuranlar dini değerleri ve ibadeti kamu hayatından tamamen çıkarmak, dini sadece insanın vicdani sonuna indirgemek istiyorlardı. Toplumunu metafizik düşünceden uzaklaştırmak, daha dünyevi, daha akılcı bir toplum oluşturmak istiyorlardı. 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos. 29 Ekim milli bayramları bu amacın parçalarıdır.

Kısacası yeni rejim ve kültürel devrim için halkın fikri alınmamıştır. Halka empoze edilmiştir. Çünkü başka çare yoktur. Çünkü Ortaçağdan Yakınçağı atlamak için başka çare yoktur.

Cumhuriyeti kuranlar metafizik zihniyetin kamu hayatına egemen olmasından hep korkmuşlardır. Çünkü toplumun büyük çoğunluğu metafizik değerlere bağlıdır. Bu nedenle hukuk düzeni Cumhuriyeti koruyacak şekilde dizayn edilmiştir. Ülke bütünlüğünü korumak laik Cumhuriyeti korumak için parti kapatılmasının sebebi budur.

Bürokrasi, askeri, adli, idari bürokrasi modern laik eğitim ile laik Cumhuriyeti koruyacak şekilde yetiştirilmiştir.

CHP diğer partilerin arası (Serbest Cumhuriyet, DP) bürokrasi, ordu-yargı ve mahalli eşrafın partisiydi. Başka türlü olmazdı.

DP, CHP'den doğma büyük ölçüde mahalli eşrafın partisidi. Keza Adalet Partisi ve diğer partiler de. Bürokrat ve eşraf partisidi.

Adı geçen partilerin isteyerek veya istemeyerek Cumhuriyet'le rejimle bir sorunları yoktur.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Kendisini laik Cumhuriyetin ve ülke bütünlüğünün teminatı gören ordunun 1980 yılında müdahalesinden sonra kurulan Anavatan Partisi'nden muhafazakâr bürokratlar ve halka daha yakın, onların içinden gelenlerin partisi idi. Çeşitli nedenlerle dağıldı.

Bugünkü iktidar talihsiz koalisyonların deneyiminden sonra kurulmuş geniş ölçüde Türk halkının en alt kesiminin içinden gelen insanların partisidir.

Kurucuları ve yöneticileri arasında eski kapatılan partilerin üyeleri mevcuttur.

Partilerin yapı değiştirmelerinden ve yeni oluşumlarda 1970'li yıllardan bugüne Türkiye'nin kalkınmasının ekonomik refahının ve büyümenin payı büyüktür.

Artık günümüzde Türk halkı büyük çoğunluğu insan olmasının bilincine varmış gözüküyor.

Ancak şunu da işaret etmek gerekir ki artık Türk halkı 1925'li yıllarındaki Türk halkı değildir. Temel değerleri aynı olsa da aynı din anlayışında aynı dünya görüşüne sahip değildir. Ancak genel olarak muhafazakâr – dindar sayılabilir.

2002 yılında muhafazakâr – dini değerlerle Anavatan partisi çizgisinde iktidara gelen Adalet ve Kalkınma Partisi bugün aynı çizgide gözükmektedir. Ülkeyi ekonomik istikrara kavuşturmaya paralel olarak Avrupa Birliği'ne adaylık süreci içinde uyum kanunları adı altında birçok kanunu değiştirmiş ve halen değiştirmeye devam etmektedir.

Ancak değişikliklerin ismi uyum paketleri de olsa bir partinin ve liderinin iktidarını güçlendirici nitelikte, otoriter bir devlet yönetimine gidiş doğrultusundadır.

İktidar partisine hâkim olan düşünceye göre milletten vekâlet alan her şeyi yapmaya muktedirdir. Çünkü kendisini millet yetkilendirmiştir. Millet iktidardan memnun olmaz ise iktidarı elinden alır. Oysa bu görüş kabul edilemez. Milletten vekâlet alanlar milletin iyiliği özgürlüğü için hukuka bağlı ol-

malıdır. Çünkü tüm güçler kötüye kullanılmaya müsaittirler. Bizim gibi eş dost toplumu için, soyut değerleri olmayan cemaat toplumu için öncelikle yargı denetimi gerekir. Hükümet cephesi ise yargı denetimini devletin çalışmasına engel görüyor. Mantık devlet istediğini yapar, mantığıdır.

İktidarı eline geçiren parti her şeyi yapamaz. İktidarı eline geçiren çoğunluğun yetkisinin sınırı kişinin küçük dünyası ve insanın insan olması dolayısıyla doğuştan sahip olduğu haklardır. İktidarın meşruiyetinin kaynağı çoğunluğa sahip olması değildir. İnsanın doğasından gelen haklarına saygı göstermesidir. Çünkü toplumsal ilerlemenin temellerinden birisi insanın doğuştan özgür olduğu fikrini, doğuştan sahip olduğu hakları kabul etmek ve onlara dokunmamaktır. Düşünen sorumlu kişi kendi dünyasında düşünür, bir olguyu tespit eder, bunu açıklar. Bu açıklama etrafa yayılır. Böylece güç oluşur. Bu güç parlamentoya yansır ve kanunlaşır. Bu süreç insan-doğa-çevre ilişkisinde devam eder gider.

Eğer bir iktidar kişiye güveniyor, onun özgüvenini geliştiriyor, onun zihnini açıyorsa, analitik düşünceye sevk ediyorsa, ona sorumluluk veriyor, onun önünü açıyorsa meşrudur. Aksi halde gayrimeşrudur. Özellikle bu kavramlar bizim gibi gerilerde kalmış kaybedecek zamanı olmayan grup toplumları için geçerlidir.

Muhafazakâr-dindar millet çoğunluğunun değerlerine göre iktidar her şeyi yapabilir. Herkes iktidara tabi olmalı ve millet bir olmalıdır. Kanunması da, yürütmesi de yargısı da halkın seçtiği devlet başkanına bağlı olmalıdır. Meclis halkın seçtiği liderin istemini yapmalıdır. Halkın seçtiği iktidara kimse karışmamalı herkes ona itaat etmelidir.

Aslında Türk halkının büyük çoğunluğu Anayasa veya bakanundan bir şey anlamaz. Otoriter bir devlet yapısından yanadır.

Aynı otoriteyi devlet reisinde de görmek ister onunla özdeşleşir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Halkın büyük çoğunluğu dindardır veya dindar olduğuna inanır. Kendine göre dininin gereğini yerine getirir. Vicdanını tatmin eder. Rahat eder. O kendi iç dünyasıdır. Bu nedenle dini özgürlük vaadeden siyasetçilere sıcak bakmışlardır. Çünkü inançlarına göre yaşamak Allah'ın emrini yerine getirmek ve huzur duymaktır.

Burada politikanın doğasında olan bir şeye de işaret etmek gerektiğine inanıyorum. Halk politikada kendine yakın, kendi gibi, derdini anlatacak, yanında bulunacak, kendi gibi düşünen ve değerlerini paylaşan insanları seçer. Bu iktidar dindarlık yönüyle, verdiği hizmetle, halkın içine girmekle halka yakın davranmaktadır. Halkın tercih nedenlerinden birisi de budur.

Aslında halkın tek başına dindar olmayı, halkın içine girmeyi seçim nedeni saymak da doğru değildir. On üç yıl içinde halkın gelir düzeyinin arttığını, ekonomik refahın yükseldiğini, büyük projelerin gerçekleştirildiğini de göz ardı etmek mümkün değildir.

Kabul etmek gerekir ki halk cebine giren paraya, devlet yardımına, iş bulup bulmadığına, belediye hizmetlerinin gelip gelmediğine, çaya, şekere kaç para ödediğine göre siyasi tercihini kullanmaktadır. Fazla siyasetle de uğraşmaz.

Yargı iktidarı denetlemek için vardır. Eğer iktidar kendine özellikle yakın olanlardan yargıyı oluşturuyorsa bu yargı denetim yapamaz. Bu devlete de hukuk devleti denmez.

Türk toplumu kültürü baskısı ve otoriterdir. Vicdanı hesaplaşma, kendi kendini sorgulama ve frenleme kültürü zayıftır. Bireysel bazda kendine göre küçük dünyası ve ilkeleri olmayan bir toplumdur.

İdare edenlerin kişiliği de otoriterdir. Hikmeti hükümetçidir. Kötü aşiret reisinin kurduğu Osmanlı yapısına gidiyor. Bu yapı merkezi iktidar egemenliğine dayanıyordu. Toplum devlet idaresine karışmıyordu. Çocuk toplumdur. Çocuk toplum devleti emrinde kontrolünde düşünme araştırma özgürlüğü tam olmayan, teşebbüs gücü olmayan bir toplumdur. Böyle olmasa idi Asya'dan bunlar gelir devlet kuramazdı.

Otoriter bir toplumu yönetmek daha kolaydır. Ancak bu yönetim daha çok idare edenlerin ve çevrelerinin yararına bir yönetim olur. Ancak otoriter yönetimde insanların düşünme, araştırma, kendilerini geliştirme kapasiteleri gelişmez. Otoriterliğin kökenleri tarihidir. Bu toplum aşiret reisliğinin egemenliğinden köklerini alıyor. Bu devletin kökü oraya dayanır.

Mahkemeler ve yargı iktidarı çalıştırmıyor mu? İktidarlar hukuk ile kendilerini bağlı hissetmek istemiyorlar. Aslında laik modern hukuk ile eğitilmiş hukukçularla, laik olmayan halkın değerlerine göre politika yapan politikacı arasında kültür çatışması vardır. Yargı ile iktidarın çatışmasının (en azından geçmişte) nedenlerinden birisi de budur.

Halkın iradesiyle, meşru yollarla iktidara gelmiş bir rejim kendisini iktidara getiren hukuk düzenini hiçe sayarak otoriterleşebilir mi? Bu iktidar kendisini iktidara getiren hukuk düzenini hiçe sayarak iktidarını sürdürürse meşruiyetini kaybeder. Devlet iktidarını kanunsuz kullanmış olacağı için Anayasayı manevi cebir ile ihlal etmiş olur.

Otoriter devlette kişi kendini güvencede hissetmez. Polislin ve devletin baskısı altında hisseder. Güvence içinde olmayan kişi yaratıcı, üretici olamaz. ... olamaz.

Otoriter toplum insanları devlet korkusuyla çocuklaştırır. Adım atamaz, düşünemez, kendini ifade edemez hale getirir. Kendini ifade etme özgürlüğü olmadığı için ve kişi kendini ifade edemeyeceği için insan beyni gelişmez.

Özgür ortam insanı geliştirir. Sorgulatur, düşündürür. Özgürlükçü hukuksal bir rejimle iktidara gelen bir iktidarın rejimi yıkmaya, otoriter bir rejim kurmaya yetkisi yoktur. Aksi halde meşruiyetini kaybeder.

Alt yapısı müsait olan bir toplumda İslami bir rejim kurabilir mi? Türk halkının İslami bir siyasi rejimi seçme özgürlüğü var mıdır?

İslami dini devlet birey ilişkilerinde her alanı düzenlemiştir. Kişiye özgürlük alanı bırakmamıştır. Burada Hz.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Muhammed'in oluşmakta olan bir devleti idare etmesinin ordu kumanda etmesinin Kuran-ı Kerim'e aykırı olmayan hadislerle sosyal ve idari hayata ilişkin problemlere çözüm bulmasının büyük payı vardır. Oysa Hristiyanlık devlet ile bireyin işlerini Sezar'a (devlete) bırakmıştır.

Müslüman Ulu Tanrı'nın emirlerinin egemen olduğu, bu emirlere bağlı bir çevrede doğar. Doğuştan, yapısına uygun haklarla donatılmış değildir. Doğuştan hür değildir. Tanrı karşısında acizdir, değersizdir. Kendi kendinin değer olduğuna inanmaz. Hür olmayan insan ve toplum ileri gidemez. Yaratıcı olamaz. Ayrıca insanın özgürlüğü reddetme özgürlüğü de yoktur. İnsanın özgür olmama gibi bir özgürlüğü yoktur. Çünkü her şeyin başı ve kaynağı kendi aklıdır. İnsanın kendi aciz sayma hakkı yoktur.

Şimdiye kadar görülen uygulamada İslami rejimler dikta olmuştur. Vatandaşına karşı baskıcı olmuştur.

Baskıcı rejimlerde toplumun beyni hür olmadığından yaratıcı olunamaz. Araştırmacı olunamaz. Bir anlamda toplumun beyni atıldır. İslamcı rejimler insanın özgür doğduğunu kabul etmez.

Oysa bugünkü dünyada hukukta özgürlüğü kabul etme özgürlüğü yoktur. Bu nedenle insanın özgür doğduğunu kabul etmeyen İslami rejimi seçme özgürlüğü yoktur.

Ancak Anayasa'nın siyasi partilere ilişkin koyduğu kanunklar bir tarafa (İslami rejim istemek ve propagandasını yapmak kapatılma nedenidir) eski Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin kaldırılmasından beri (3713 sayılı kanun 1991) cebir şiddete başvurmaya teşvik etmeksizin İslami rejim istemek mümkündür. Ancak parti olarak propaganda yapmak Anayasa ve siyasi partiler kanuna aykırıdır. Kapatılma nedenidir.

Bağımsız yargı hükümetin icraatını denetlemek için vardır. Özgürlükleri hükümete karşı korumak için vardır.

### Soyut kuralların kabulü toplumu değiştirir mi?

Burada tartışılmasını uygun gördüğüm hususlardan birisi de soyut kurallarla toplumun değiştirilip değiştirilmeyeceğidir. Soyut kuralların kabulü ile toplum kısa zaman içinde değiştirilemez. Ancak değişim için önü açılr. Kurallardan yararlanabilecek olanlar yararlanır.

1926 tarihli TCK.'ya göre erkeğin ikinci hanımla evliliği suç sayıldı. Ama bu hüküm çoğu zaman uzun yıllar uygulanamadı. Çünkü kadın ekonomik özgürlüğüne sahip değildi. Kadının iş hayatına girmesi kocasına karşı bir güç oluşturması bu haktan yararlanmasını sağladı. Ancak baba desteği veya kardeş desteği veya kendi gücüyle bu haktan yararlanmak olanağına sahip olanların da bu haktan yararlanması engellenmemeliydi. Önü açılmalıydı. Nitekim Türk hukukunun da yaptığı buydu.

Sanayileşmiş ülkelerin kuralların uygulanması için alt yapının oluşması ve kuralların uygulanacak hale gelmesi gerekir. Yani ülkenin sanayileşmesi ve zenginleşmesi gerekir.

Zenginlik insanların önünü açar. Onlarda yeni kültür oluşturur. Para ve olanak insanı hür kılar. Maddi olanak ve hürriyet kanunun tanımış olduğu hakkın kullanılmasına olanak sağlar. O halde Batı kaynaklı kanunların uygulanması için toplumun zenginleşmesi gerekir.

İfade etmeliyim ki bir iktidar ekonomik yönden bir toplumu geliştiriyorsa özgürlükler açısından daha çok isteme ve gösteriye razı olmalıdır. Türkiye'de yaşanan biraz da budur. Olayları bu açıdan da değerlendirme gerekir.

Türkiye 2005 yılından itibaren otoriterleşti. Otoriterleşme, her şeyden önce iktidarın kafa yapısı kültürü otoritedir. Oradan başlıyor, iktidarı ele geçiren halkın seçtiği insanlar otoriterdir. Aslında tabandaki kültür otoritedir. Belki tüm toplum olarak otoriteriz. Başkasına söz hakkı tanımıyoruz. Küçük bir dünyamız yoktur. Başkalarınca da küçük bir dünya tanımıyoruz. Özgürlük alanı tanımıyoruz. Özgür ve küçük bir dünyamız yoktur. Başkalarına da böyle bir dünya tanımıyoruz.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Milletten vekâlet alan her şeyi yapabilir kafası hâkim oldu. İngiliz parlamentosu için her şeyi yapabileceği söylenir. Sadece “kadını erkek erkeği kadın yapamaz” denir. Ama bizim için aynı şey söz konusu değildir. Türkiye kültür devrimi, zihniyet değişikliği devrimi yapmıştır. Hukuka bağlı devlet kavramı ve hukuki değerleri batı kökenlidir. Hukuk devleti tam olarak oturmamıştır. Bu toplumda değerler karşıtlığı söz konusudur.

Türkiye hukuk bazında otoriterleşme eğilimine 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza ve Ceza Usul Kanunları ile girmiştir.

Bugünkü iktidara 2002 yılında eski ceza kanunu temelinde yaklaşık 600 maddelik bir tasarı teslim edilmiştir. Bu tasarı 76 yıllık uygulamayı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını göz önüne alarak yapılmıştı. 76 yıllık uygulama ile biriken Yüksek Yargı'nın kararları göz önünde bulundurulmuştur. Tasarıyı hazırlayan komisyon 1996 yılında zamanın Adalet Bakanı tarafından Üniversiteler Öğretim üyeleri ve Yargıtay üyeleri arasında seçilerek oluşturulmuştu.

Adalet Komisyonu 2004 yılında hükümete sunulan tasarıyı çalışmaya başladı. Komisyon bazı Üniversitelerden üç öğretim üyesini çağırdı. Muhtelif kurumların kanun hakkında görüşleri alındı. Neticede 600 maddelik tasarı 345 maddeye indirildi. Farklı hükümler aynı maddede birleştirildi. Madde tarifleri esnekleştirildi. Savcı ve hâkimin takdir yetkisi artırıldı.

Neticede daha kısa ve esnek bir kanun yapıldı. Kısa ve esnek bir kanun daha geniş uygulamaya müsait bir kanundur. Çünkü savcı ve hâkimin takdir yetkisi genişletilmiştir.

Hâkimin takdir yetkisinin geniş olmasının faydası vicdanı kanaatini kararına yansıtmasını sağlamasıdır.

Ancak belli bir yönde karar vermesi için baskıya açık olmasını da sağlar. Bunu da yer yer görmekteyiz. (Evren davası gibi)

Kanun cezaları da artırmıştır. Ast ve üst sınırlar arasında hâkimin takdir yetkisini artırmıştır.



Suçluyu toplumun düşmanı olarak görmüştür. Oysa suçlu da bu toplumun insanıdır. Onu çevre ve içinde bulunduğu şartlar, aile yapısı suça sürüklemiştir.

Suçların içtimaı ve iştirake ilişkin düzenlemeleri suç teorisi, suçlunun niyeti ve suçun maddi unsuru açısından izah etmek, anlamak mümkün değildir.

Olası kasdı tüm suçlara uygularsanız Türkiye'yi hapishaneye çevirirsiniz.

Kanunun maddeleri arasında uyum da kalmamıştır. İlk 75. maddeyi oluşturan genel hükümler Alman Hukukuna göre düzenlenmiştir. Özel hükümler tasarıdaki maddelerin birleştirilmesi ile madde sayısı azaltılmış ve esnekleştirilmiştir.

Genel hükümler fail ceza hukukuna göre, özel hükümler fiil ceza hukukuna göre düzenlenmiştir. Birisi subjektivist gözle yapılmıştır. Diğer objektivist gözle yapılmıştır.

Büyük kanunlar Avrupa'da böyle yapılmaz. Meclis bir kanunla ceza kanunu yapma yetkisini kanun hükmünde kararname ile hükümete verir. Hükümet bir komisyon kurar. Komisyon tasarıyı hazırlar. Hükümette kabul ederek ilan eder. İtalya'da 1889 tarihli Zanardelli, 1930 tarihli Rocco, Ceza ve Ceza Usul Kanunları, 1988 tarihli İtalyan Ceza Usul Kanunları böyle çıkarılmıştır.

Bizde de 1926 tarihli TCK. böyle çıkarılmıştır.

Ekonomik gelişme insanlarda kültür ve bilinci geliştirir. İnsanlar daha çok özgürlük ister, gezi olayları bunun sonucu olabilir.

İkinci yöntem Meclisin bir komisyon kurması yöntemidir. Meclis bilim adamları ve yüksek yargı mensuplarının da aralarında bulunduğu kişilerden bir heyet oluşturur. Bu heyet bir tasarı hazırlar. Bu tasarı bir maddelik bir teklif ile Meclis tarafından kabul edilir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bizim kanun böyle yapılmamıştır. 76 yıllık yargı birikimi ve kültürü bir tarafa atılmıştır. Yargı kararları da kanunların yanında insanların hukuki güvenceleridir.

Milletten vekâleti almış olanların her şeye kadir olduğuna inanılan bir zihniyetle yapılan TCK. 1 Haziran 2005 tarihinden bugüne 14 defa değiştirilmiştir. Olmazsa değiştiririz zihniyeti hukukta istikrar ve güvenliği kaldırır. Her gün kanun değişmez. Bu padişahın zihniyetidir. Hukukta istikrardır, insanlara çalışma yatırım yapma, özgürce araştırma imkânını vermez. Ayrıca sık sık kanun değişikliği yargının işini de artırmıştır.

Ceza Usul Kanunu da Ceza Kanunu kadar olmasa da esnekleştirilmiştir. Eski kanun 426 madde yeni kanun 335 maddedir.

Bu kanun da 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun bazı hükümlerinin mal güvenliğini ortadan kaldırması mümkündür. (mesela md. 128) Nitekim uygulanması da bu yönde olmuştur.

Her iki kanunun uygulanması dolayısıyla cezaevlerinde bugün itibarıyla yaklaşık 162 bin kişi mevcuttur. Bunun 40.000 kadarı tutukludur. Kalan kısmı hükümlüdür.

Devletin yargı politikası da Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun gerçekleştirdiği atamalara paralel olarak değişmeye başlamıştır.

Aslında Türkiye'de öteden beri iki kültür çarpışmaktadır. Birincisi Doğu kültürü diğeri Batı kültürü. Birincisi muhafazakâr dindar bir kültür diğeri muhafazakâr olmayan laik bir kültürdür. Tüm iktidarlar kafa yapısı olarak kendilerine yakın, kendileri gibi düşünen savcı ve hâkimleri önemli yargılamalar yapacak görevlere atadılar. Bunlara bağlı olarak yapılan yargılamalar otoriterleşti. 2006 yılında ortaya çıkan Ergenekon olayı ve davası (bunu Danıştay saldırısı ile başlatırsak 17 Mayıs 2006) İddianame iki yıl sonra 2008 yılında yazılmıştır.

Türkiye'de yargı kargaşasının nedenlerinden birisi de bazı hakimlerin laik hukuka bağlı, bazılarının bağlı olmayışıdır.

Balyoz olayı ve davası (20 Ocak 2010 yılında, Haziran 2011 de iddianame kabul ediliyor Taraf Gazetesi'nde yapılan yayın-

lar) ve yapılan yargılama bunların başlangıcı idi. Bugün her iki yargılamanın uydurma delillerle yapıldığı anlaşıldı. Neticede bu milletin ordusu büyük bir darbe aldı.

Yargı politikasında hatta genel devlet politikasında değişiklik özellikle 12 Eylül 2010 referandumuyla yapılan Anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmiştir.

Anayasa değişikliğinin 12 Eylül 2010 tarihinde referandumla kabulüyle Anayasa Mahkemesi'nin yapısı, üyelerin görevleri, çalışma şekli (md. 146, 147, 148, 149) yeniden düzenlendi. Bu düzenlemeler atamalar yoluyla iktidarı mahkemeye daha çok egemen kıldı.

Aynı referandumla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (md. 159) yapısı, görev ve işleyişi değiştirildi. Bu işleyiş ile atamalar sonucu iktidar yargıya tamamen hâkim oldu.

Yargıtay ve Danıştay kanunları değiştirildi. Üye ve daire sayısı artırılarak istenilen, şahıslar istenilen yerlere getirildi. Amaç buralara egemen olmaktı, olundu.

Bunların arkasındaki zihniyet yargının da hükümete bağlı olması gereğine olan inançtır. Oysa yargı hükümetin tasarruflarını denetlemek için vardır. Çünkü iktidar sahipleri iktidatlarını suiistimale müsaittirler. Bir zümrenin veya sınıfın, çıkarlarına hizmet etmeye yatkındırlar. İşte yargının görevi bunları önlemektir. İktidara bağımlı ve yanlı olan yargı bunları önleyemez, önlemez. Otoriter devlet (yolsuzluk)

12 Eylül 2010 tarihli referandumdan sonra, Anayasanın geçici 15. Maddesi yürürlükten kaldırılmış, 12 Eylül 1980 yılında darbenin başı olan eski Cumhurbaşkanı Kenan EVREN ve konsey üyesi Tahsin ŞAHİNKAYA Paşa hakkında 8 Nisan 2011 tarihinde soruşturma başlatılmış, 10 Ocak 2012 tarihinde iddianamesi kabul edilerek yargılama yapılmış, darbe yapmaktan dolayı müebbet hapse mahkûm olmuşlardır, geçici 15 madde kaldırılınca bu yol açılmıştır. Ben ilk defa ceza normunun aleyhe ve geriye doğru yürütüldüğüne tanık oldum.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bu yargılamanın 27, 12 Mart darbelerinden sonra yapılan olağanüstü yargılamalardan hiçbir farkı yoktur. On yıllık Cumhurbaşkanlığı döneminde yapılan işlemleri geçerli sayacak mıyız?

Darbe yapmak diye bir suç yoktur. Darbeye teşebbüs suçu vardır. Darbe başarılı olmuş ise artık eski Anayasa yürürlükten kaldırılmış, yeni Anayasa yürürlüğe konmuş olduğu için suç konusu yoktur. Dolayısıyla suç yoktur sayılacaktır. Ama başarılı olunamayıp darbeye teşebbüsten yargılama yapılacaktır.

Ayrıca sağ sol çatışması nedeniyle günde 20 kişinin vurularak öldürüldüğü Türkiye’de devlet yok idi. Devleti ve kamu otoritesini kurmak üzere yola çıkan Kenan Paşa ve ekibi devleti yeniden kurarak can güvenliğini sağlamış, böylece üçüncü kişi lehine meşru müdafaa konumunda olmuştur.

Öte yandan ceza normu yürürlüğe kalsa da kaldırılrsa da geriye doğru sanığın aleyhine uygulanamaz. Sadece lehe ise uygulanma olur. Ayrıca on yıl boyunca Cumhurbaşkanı olarak yaptığı işlemler geçersiz mi olacaktır.

Darbeden otuz beş sene sonra biri adamın yargılanması hukuk güvenliğini ortadan kaldırır. Somut olayda da kaldırmıştır.

Geçici 15. madde de yanlış yazılmıştır. 15 geçiş maddesidir. Bir durumdan diğer duruma geçme maddesidir. Bu gibi özde hukuk dışı yargılamalara ihtilal dönemlerinde (1960 ihtilali) veya olağan üstü dönemlerde (1971 darbesi) toplumun ve yargının baskı altına alındığı dönemlerde rastlanır.

22 Mayıs 2013 tarihinde 28 Şubat 1997 tarihinde yapılan Milli Güvenlik Kurulu toplantısında sonra Erbakan ve Çiller hükümetinin düşme sürecine sebep olan generaller hakkında hükümeti cebir, şiddet ile düşürmekten (md. 147-312) dolayı dava açılmıştır.

Böyle bir suç vardı da neden on beş sene beklendiğini izah etmek mümkün değildir.

Bir Amerikalı profesörün deyimiyle Evren'i yargılamakta hangi ulusal yarar korunmuştur?

Aralarında askeri hâkim bulunması ve belli suçları yargılama görevi ile görevlendirilmeleri nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kararları sözleşmeye aykırı bulunan Devlet Güvenli Mahkemeleri (md. 143) 07.05.2004 tarih ve 5170/md. 9 sayılı kanunla ortadan kaldırılmış ve bunların yerini 2005 yılında konulan Özel Yetkili Mahkemeler almıştır.

Özel Yetkili Mahkemeler 2 Temmuz 2012 tarihinde kaldırıldı. Ancak baktıkları davaları sonuçlandırmak zorunda idiler.

Balyoz, Ergenekon, Kenan EVREN davalarına bu mahkemeler bakmıştır.

2 Temmuz 2012 tarihinde Terör ve Devlete Karşı Suçlara bakmak üzere Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmuştur.

Bu mahkemeler 17-25 Aralık 2014 tarihli soruşturmadan sonra 21.2.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. (6526 Sayılı Kanun md. 2)

Terör ve Devlete Karşı İşlenen Suçları yargılamak görevi diğer suçları yargılayan Ağır Ceza Mahkemeleri'ne verilmiştir.

Asliye ceza mahkemelerinde savcılıkların bulunmaması bir eksikliktir. Hâkim ile avukat karşı karşıya savunmanın gereği gibi hazırlanamaması riski taşımaktadır. Eskiden esas hakkında mütalaa ile az çok bir şeyler anlaşılır ve müdafaa ona göre yapılırdı. Bugünkü uygulama ile daha iyi bir müdafaa imkânı ortadan kaldırılmıştır.

17-25 Aralık soruşturmalarından sonra CMK'da yapılan değişiklikler, iletişimin dinlenilmesi ve elkoyma için Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının gerekmesi ve oybirliğinin aranması, CMK. 128. Maddesinin uygulanması için MASAK raporunun gerekmesi bir anlamda TBMM'nin yargının yerini almasına gelmektedir. Bunun anlamı yargı bağımsızlığının yargıya müdahale edilemeyeceği ilkesinin rafa kaldırılmasıdır. Bunun diğer anlamı Meclisin çıkardığı kanunla yargıyı kullanarak

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

yargının yerini almasıdır. Bir başka anlamı iktidar sahiplerinin çıkarmış oldukları kanunlarla kendilerini korumalarıdır. Böyle bir koruma da doğaldır. Özünde hukuki değildir. İşte hukuka bağlı devlet yargı denetimi gibi kavramlar da bu durumlar için vardır.

Hatırlatalım ki temel ilkelerle bağdaşmayan bu değişiklik kısa zaman sonra ortadan kaldırılmış ve eski hükümlere dönmüştür. (6572 Sayılı Kanun)

21.2.2014 tarihli kanunla CMK. bazı maddeleri değiştirilerek iletişimin dinlenmesi ve el koyma kararı vermek için Ağır Ceza Mahkemeleri'nin oybirliği ile karar vermesi, 128. maddenin uygulanması için MASAK'tan rapor alınması gerektiği yönünde Ceza Muhakemesi Kanununun da değişiklik yapılmıştır.

21.2.2014 tarihli kanunla CMK. değiştirilerek iletişimin dinlenmesi yetkisi ağır ceza mahkemelerine verilmiş, dinleme kararının verilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı benimsenmiş, dinleme süreci kısaltılmış (md. 135), arama kararı vermek için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe aranmış (md. 116), suçtan geldiği düşünülen taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma kararının verilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği kabul edilmiş, taşınmaz, hak ve alacağın kaynağının suç olup olmadığı konusunda MASAK'tan rapor alınması gerektiği kabul edilmiş, (md. 128), bilgisayar ve programlarında arama yapılması için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı aranmıştır. (md. 134)

CMK 153/2 maddesi uyarınca Avukatın dosyaya bakma yetkisindeki sınırlama kaldırılmıştır.

Bu değişikliklerin gerekçesi yargıya egemen olduğu iddia olunan bir örgütün elinden kurtarmaktır.

Resmi gerekçe doğru değildir. Doğru olanı 17-25 Aralık soruşturmalarının seyrini değiştirmektir.

18.06.2014 tarihli (6545 sayılı K. md. 84) kanun ile sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış, sulh ceza hâkimlikleri kurulmuştur. Bu mahkemeler yakalama, tutuklama, elkoyma, iletişimin dinlenmesi, bilgisayar programlarında arama gibi kararları veren mahkemelerdir. Buralara atanan hâkimlerin objektif bağımsız karar verecekleri kanaatinde değilim.

25.02.2015 tarih 6572 sayılı kanunla 21.2.2014 sayılı kanunla Ceza muhakemesi kanununda yapılan iletişimin dinlenmesi (md. 135 oybirliği) müdafinin dosyayı sınırsız kontrol yetkisi kaldırılmış (md. 153/2) yeniden eski hükümlere dönmüştür.

6572 sayılı Kanunla iletişimin dinlenmesinde oybirliği kaldırılmış yerine hâkim kararı konulmuş (md. 135), aramada somut delillere dayalı kuvvetli şüphe (md. 116) kaldırılmış yerine makul şüphe konularak 21.2.2014 tarihinden önceki hükümlere dönmüştür.

Tüm bu kanunla değişiklikleri göstermektedir ki kanun koyucu bazen bazı soruşturmaların seyrini değiştirmek için özel kanun yapabiliyor ve soruşturma ve yargılamayı etkileyebilir. Bir anlamda Montesquieu'yu haklı çıkaracak şekilde bazen yetkisini suiistimal edebiliyor.

İşte bağımsız yargı bunlar için olmalıdır.

İç güvenlik tasarısı da güvenlik güçlerinin kamu düzenini sağlamak, suçlulukla mücadele etmek gerekçesiyle yetkisini artırmaktadır. Mesela,

Suçüstü hallerinde 48 saate kadar polise gözaltına alma yetki verilmektedir. Bu durum hem savcıların devre dışı bırakılması ve hem de polislin güçlendirilmesi anlamına gelmektedir. (Tasarı madde 6. 5271 sayılı CMK. 91. maddesini değiştiriyor.) İki gün sonra kişi ya hakim önüne çıkarılacak ya da serbest bırakılacaktır.

Keza Polislin Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 7. maddesinde yapılan değişiklikle ülke bütünlüğüne, Anayasal düzenine,

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

genel güvenliğine ilişkin suçları önlemek amacıyla Ankara Ağır Ceza Mahkemesi üyesine iletişimin dinlenmesi karar verme yetkisi tanınmaktadır. (Tasarı md. 1/5)

Söz konusu hâkim olayı hissetmeden, yaşamadan Türkiye'nin her yeri için geçerli dinleme kararı verebilecektir.

Ayrıca adı geçen suçları önlemek için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen emir (Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Daire Başkanı verebilir) kırksekiz saat içinde hâkimin onayına sunulacaktır. (Tasarı md. 1/5)

Bu hüküm 24 saat içinde onay öngören Anayasa'nın 22/2 maddesine aykırıdır.

Belirtilen hükümler iyi niyetle konulmuş olabilir. Ancak baskıcı ve keyfi uygulamalara müsait hükümlerdir.

Bugünkü iktidar 2002 yılında özgürlük üzerine Voltaire'in özdeyişi ile iktidara geldi. Türk hukuk mevzuatını Avrupa mevzuatına uydurmak için uyum kanunları çıkarmaya başladı.

İlk çıkardığı kanunlardan birisi Türk Ceza Kanunu idi. İktidara göre hukuk düzeni uygulanamıyor, suçlular yeteri kadar cezalandırılmıyor idi. İktidar bunun çaresini genel olarak cezaları arttırmakta gördü. Hükümler sentezlendi. Yaklaşık 600 maddelik tasarı 345 maddeye indirildi. Madde sayısı azaltıldı. Hakim ve savcının takdir yetkisi arttı. Uygulama sertleşti.

2002 yılında hükümete teslim edilen Ceza Usul Kanun Tasarısı da baştan aşağı gözden geçirildi. Daha kısa bir kanun yapıldı. Uygulanması halinde mal güvenliğini ortadan kaldıracak hükümler konuldu. Bunların gerekçelerinden birisi devletin kamu düzeninin sağlanmasında etkinliğini arttırmaktı. Devlet güçlerinin yetkileri artırılmıyordu.

Diğer nedeni iktidara gelen güçlerin halkın güçlü devlet istediğini ve devleti her şeyi yapmaya kadir gördüğünü düşünmesidir.

Diğer bir nedeni iktidara gelen zihniyete göre milletten yetki alanların her şeyi yapabilecek güçte olması ve karşısında



başka bir güç tanımamasıdır. Güç paylaşımına rıza göstermemesidir. Oysa gelişmiş Batılı demokrasilerde her kurumun bir ağırlığı vardır, güçler paylaşılmıştır. Bunun anlamı çoğulcudur. Türkiye’de güçler bir elde toplanmıştır. Tüm devlet bir siyasi partinin egemenliğine geçmiştir.

Önceki iktidarlar döneminde var olan ordunun, bürokrasi ve yargının gücünün kırılması bunu göstermektedir.

Bir diğer nedeni halkın İslami değerlere bağlı oluşudur. İslami değerler halka sıcak gelmektedir. Ancak halk giderek İran gibi demokratik ve özgürlükçü olmayan bir rejime kayacağı fark etmemektedir. Fark etmiş olsa politik söylemlere itibar etmez. Türk halkı özgürlüğün tadını almıştır.

Bir diğer nedeni geçmiş iktidarlar döneminde iktidarın kaynağını aldığı bazı partilerin yüksek yargı organlar tarafından kapatılması ve bazı partililerin cezalandırılmasıdır.

Bir başka neden Batılı değerlere dayanan demokrasinin kökünde bu memlekete zorla getirilmesidir. Halka sorulmamasıdır. 1925-1930 tarihlerinde yeni rejimin gelmesi için plebisit yapılırsa halka sorulsa idi bu ülkeye demokrasi gelmez idi. Çünkü bu halkın yüzde 95’i okur yazar değildi. Demokrasiyi ve özgürlüğü istemeyeceği belli olan bir çoğunluğa bunları isteyip istemediği sorulmaz. Çünkü demokrasi ve özgürlüğü istememe özgürlüğü yoktur. Bunun nedeni, her şeyin kaynağının akıl ve özgürlük olmasıdır. Ayrıca çoğunluk özgürlüğü istemiyorsa azınlığı özgürlüğü isteme ve özgür yaşama hakkından mahrum edemez.

Bir başka neden iktidarın eski değerlere daha çok sahip çıkmasıdır. Halkı da eski değerlere sahip çıkma doğrultusunda yönlendirmesidir. Bu halkın kültürü otoriterdir, baskıcıdır, kişinin küçük dünyasına saygı göstermez, esasen saygı gösterilecek bir küçük dünyası da yoktur.

Bir diğer neden Batılı değerlere dayanan rejimi yerleştirmek için sivil iktidarlara geçmişte baskı yapan askerden hesap sorma istemidir.

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

Bir başka nedeni Türkiye'nin ekonomik ve kültürel yönden gelişmesidir. Ekonomik ve kültürel gelişmişlik hak isteme bilincini de geliştirir, yeni istemleri arttırır, bu istemler de iktidarla çatışmaya dönüşür.

İktidarın otoriterleşmesinin bir diğer nedeni kendine olan güvenidir, Türkiye'nin ekonomik yönden gösterdiği performanstır. Herkesin emekli olması, duble yollar, havaalanları, boğaz köprüleri, Asya ile Avrupa'nın birleştirilmesi, TOKİ, uçak yolculukları, Türk parasının yabancı paralar karşısında değerini koruması vs. Her ne kadar hukuki meşruiyeti tartışılır olsa da, tüm bunlar iktidara siyasi meşruiyet kazandırmaktadır. Halkın büyük çoğunluğu günlük hayatının kazanmak ve daha iyi yaşamak peşindedir. Soyut kurallarla ilgilenmemektedir. Muhalefete de umutla bakmamaktadır.

### **Başkanlık sisteminin kabulünün muhtemel neticeleri neler olabilir?**

Kamuoyunda tartışılan konulardan birisi de gelecek seçimden sonra başkanlık sistemine geçilmesidir. Başkanlık sistemi fiilen sultanlık sistemine dönüşme tehlikesini içinde barındırmaktadır. Çünkü sosyolojik ve idari yapısı hiyerarşiktir. Türk insanı normal olarak güçlüden yanadır. Hatır gönül ile iş yapar. İnsanlar arasında mesafe yoktur. Soyut değerleri zayıftır. Hayal dünyası zayıftır. Devlete ve lidere bağlıdır. Onunla özdeşleşir. Bu yapı içinde başkan seçilmiş sultan gibi hareket eder. Kural tanımaz. Esasen bugün Türk sosyal yapısının etkisiyle parlamenter sistem uygulanmamaktadır. İktidarın Anayasa'ya uyduğu ve hukuka bağlı kaldığı da söylenemez.

Oysa Türk toplumu ve devleti Tanzimat'tan beri merkezi iktidarı bağlamaktan, devlet karşısında kişinin haklarını güçlendirmekten iktidarı dağıtmaktan yana bir çaba içindedir. Başkanlık sistemi bu çabaya karşı gelmek ve eski sisteme dönmek anlamına gelir. Fiilen diktaya dönüşür.

**GÖREVİMİZ:** Doğru olan özgür, özgüveni olan sorumlu, zihni açık, analitik düşünen, girişimci, üreten, insanları oluşturan bir toplum düzeni kurmak için çalışmaktır.

**Av. ERTUĞRUL YALÇINBAYIR (Oturum Başkanı)-** Tartışma bölümünden sonraki bölümü de yapalım diyoruz. Evet, hepinize sabrınız için teşekkür ederim. Mevzuat böyle yapılıyor ve sonucu görüyoruz. Milyonlarca ceza davası, milyonlarca hukuk davası, adli yargı, idari yargı, Anayasal yargı.. İşte Türkiye'nin durumu. Bundan kurtulmamız gerekiyor. Konuşulmayan hiçbir şey yok Türkiye'de ama ders almıyoruz. Seçim bunların en önemli ölçütü, o hakkımızı kullanacağız. Ondan sonra da yönetimle ilgili istediğinizi yapın diye görev vermiyoruz biz onlara. Onlara bir emaneti yüklüyoruz biz, onların görevi daha büyük, istediklerini yapma hakları da yok. Hayatı sınırlayan hukuk, hukukun üstünlüğü. Hepinize iyi günler diliyorum. Sayın Anayasa Komisyonu Eski Başkanımıza, Cumhuriyet Başsavcısı Eski Başsavcımıza, Diğer Kaptanlara, hepinize teşekkür ediyoruz, sabrınız için bir daha teşekkürümüzü vurguluyoruz.

Konuşmacılarımıza teşekkür ediyoruz ve plaket takdimi yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği kurul üyemiz avukat Sayın Gülcihan TÜRE'yi davet ediyorum. 15 dakikalık aradan sonra son program devam edecek.



# KANUN YAPMA TEKNİĞİ

*Tartışma ve Sonuç Bildirgesi*

---

*Beşinci Oturum*



**SUNUCU-** TBMM Kanunlar ve Kararla Dairesi Başkanlığından Sayın Fahri BAKIRCI, emekli Yargıtay başkan vekili sayın Erdal SANLI, Türkiye Barolar Birliği Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı sayın Ekim ERGÜN, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Yener ÜNVER, Prof. Dr. Andreas Lötscher, Sayın Eberhard Birkert, sayın Prof. Dr. Francesco Maria Lucrezi, sayın Prof. Dr. Maria Eder-Rieder, Sayın Jan Görden, Prof. Dr. Anna Serebrokinivva, Emekli Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Ertuğrul YALÇINBAYIR, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ ve Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Doğan SOYASLAN ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi moderatörümüz Sayın Av. Gülcihan TÜRE.

**Av. GÜLCİHAN TÜRE (Oturum Başkanı)-** Değerli konuklar, sevgili gençler iki gündür uluslar ve uluslararası üstatlarımızla günümüzde hepimizi endişeye sürükleyen torba kanun adı altında değişik kanunların çıkarılarak hukuk devletinin yok edilmeye çalışıldığı bir süreçte kanunumuzun avukatlara, barolara vermiş olduğu hukukun üstünlüğünün sağlanması, insan haklarının korunması bağlamında hukukçular olarak değişik konularda bu tür çalışmalar yaparak kamuoyunu, hukukçularımızı aydınlatma görevimizi yerine getirmekteyiz. Barolar Birliği olarak yaptığımız eylemlerle kamuoyuna sayısal aritmetiği elinde bulunduran iktidarın kişi hak ve özgürlüklerini yok etmeye çalışan, kuvvetler ayrılığını ortadan kaldıran, hukuk devletten uzaklaşılacak bir süreçte endişelerimizi kamuoyuna bugün buradaki ve dün yaptığımız konuşmalarla, kanun yapma tekniği ve hukukumuzda olmayan torba kanun sisteminin getirmiş olduğu sakıncaları bir kez daha kamuoyuna paylaşmak için bu sempozyumu düzenledik. Sonuç bölümünden yararlanabilmek adına konuşmacılarımıza çünkü ve bugünkü sunumlarına ekleyecekleri hususlar ve soru cevap bölümü, sonuç bölümünde de görüşlerini almak üzere son oturumdayız. Bu sempozyumu Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte düzenledik. Kendilerine çok teşekkür ediyoruz. Gerek yurtdışından gerek yurtiçinden katılan tüm ko-

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

nuşmacılara, özellikle üniversite gençlerimize, sayın üstatlarımıza Türkiye Barolar Birliği adına çok teşekkür ediyorum. Bu moderatörlük görevini yabancı dostlarımızla beraber sayın hocam YENER Beyle yürütmek istiyorum. Birbirimize kolaylaştırıcı olacağız. Türk misafirperverliğini her zaman ön planda tuttuğumuz için öncelikle yabancı misafirlerimize söz vermek üzere sözümü YENER Beye bırakıyorum.

**Prof. Dr. Yener ÜNVER-** Teşekkür ederim. İl dışından gelip erken dönmesi gereken öğrencilerimiz de var, onu da düşünerek sözü de çok uzatmadan özlü bir biçimde her konuşmacıya 3 dakika, daha önceden zaman kısıtlaması olduğu için söyleyemediği ama konuya ilişkin görüşlerini almak istiyoruz. Daha sonra Türk katılımcılarımız aynı şeyi yapacaktır. Arkasından izleyici koltuğunda oturan değerli konuklar belki açıklama veya soru sorabileceklerdir. Sonrasında kısa sürede, çok uzatmadan tamamlamak istiyoruz. İlk söz Prof. Serebrennikova'da. 3 dakikalık bir süre içinde bize söylemek isteyip de söyleyemediği veya ilave katkı yapmak istiyorsa onu söylemesini istiyoruz.

**Prof. Dr. Anna Serebrennikova-** Vielen herzlichen Dank, das war eine große Ehre für mich an dieser Veranstaltung teilzunehmen. Die Gesetze sollen in allen Ländern, deutlich, klar sein und sollen keine Omnibusgesetze werden. Z.B. in Russland haben wir sehr viele neue Gesetze. Im russländischen Strafgesetzbuch gibt es nur unsystematik in unseren strafrechtlichen Texten. Darum spricht man zur Zeit über Neubekanntmachung wie z.B. das Strafgesetzbuch in Deutschland oder über ein neues Strafgesetzbuch. Ich meine, dass die Gesetze nicht 20 Jahre funktionieren sollen, sondern ein bisschen mehr. Aber unser Strafgesetz muss eine neue Systematik bekommen. Was gesetzgeberische Technik anbetrifft kann ich sagen, dass das Hauptproblem in Russland ist, dass die Meinungen von Wissenschaftlern, Strafrechtlern und Strafrechtlerinnen nicht immer für nötig angesehen werden. Z.B. wir haben 10, 20 oder 30mal an einer parlamentarischen Tagung des russischen Parlaments teilgenommen und unsere Beamten im Parlament sagen, „ok – vielen Dank für Ihre Mithilfe, aber das Gesetz wird



so wie wir es ausgearbeitet haben.“ Z.B. Bei uns wird sehr lange Zeit das Problem über die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person diskutiert und es gab verschiedene Vorschläge des Unternehmenskomitees. Unserem Staatsdummer und an unseren Gesetzgeber und es ist ein bisschen langweilig immer mit den Entwürfen. Ich möchte mich noch einmal ganz herzlich bedanken für diese sehr notwendige Veranstaltung hier in Ankara und Ihnen allen nur gute Gesetze für die Türkei und andere Länder wünschen. Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Çok teşekkür ederim, bu etkinliğe katılmak benim için büyük bir onurdu. Kanunlar her ülkede açık ve net şekilde olmalıdır ve torba kanunları haline gelmemelidirler. Örn. Rusya’da çok sayıda yeni kanunumuz vardır. Rus ceza kanununda ceza hukuku ile ilgili metinlerde sadece systemsizlik vardır. Bu nedenle, şu an için yeni duyurular söz konusudur, örn. Almanya’daki ceza kanunu veya yeni bir ceza kanunu hakkındaki gibi. Sanırım kanunlar 20 yıl değil biraz daha uzun süreliğine işlemelidir. Ancak ceza kanunumuz yeni bir sistematığe sahip olmalıdır. Kanunma tekniği ile ilgili Rusya’daki temel sorununun bilim adamlarınının, ceza huku uzmanlarının görüşlerinin her zaman gerekli olarak kabul edilmemesi olduğunu söyleyebilirim. Örneğin 10, 20 veya 30 kez Rus parlamentosunun meclis oturumuna katıldık ve parlamentodaki yetkililerimiz „tamam – yardımınız için teşekkür ederiz ancak kanun hazırladığımız gibi olacaktır“ diyorlar. Örneğin bizde çok uzun sürer tüzeli kişinin cezai sorumluluğu hakkındaki sorun tartışılıyor ve işletme komitesinin bununla ilgili çeşitli önerileri oldu. Devlet Duma’mıza ve kanun koyucumuza ve sürekli taslaklar ile uğraşmak biraz sıkıcıdır. Ankara’daki bu çok gerekli olan etkinlik için tekrar çok teşekkür etmek istiyorum ve Türkiye ve diğer ülkeler için sadece iyi kanunların olmasını diliyorum. İlginiz için teşekkür ederim.

**Dr. Jan Görden-** Auch von mir vielen Dank, nicht nur dass ich hier an dieser Konferenz teilnehmen konnte, sondern auch dass ich ein paar Eindrücke der Stadt Ankara mit nach Hause nehmen kann. Ich habe mich, ich will nicht sagen gefreut, aber

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

es beruhigt einen immer, dass auch andere Länder mit ähnlichen Problemen zu kämpfen haben, denn auch in Deutschland ist dieses Problem des Omnibusgesetzes bekannt. Wenn auch nicht, wenn ich es recht verstanden habe, die hier herrschen, aber gelegentlich kommt das auch in Deutschland vor, dass verschiedene Themen gebündelt werden in einem Omnibusgesetz, die nichts miteinander zu tun haben. Insbesondere um Zeit im Verfahren zu sparen, was dann zu Lasten der Qualität geht und auch zu Lasten der Beteiligungsrechte all derer die eigentlich am Gesetzgebungsverfahren mitreden sollen. Ich hoffe mein Vortrag konnte in einigen Aspekten klar machen, dass Gesetzgebung bei allem probalistischem Streit um den Inhalt auch gewissen technischen Prozeduralen und verfahrensmäßigen Vorgaben genügen muss. Mein zentraler Satz war: „Gute Gesetze brauchen Zeit, bessere Gesetze noch mehr Zeit“. Sie brauchen ein klares Verfahren in dem Qualität gewährleistet wird. In dem viele Spezialisten unterschiedlicher Regionen Hand anlegen an ein Gesetz. Und gute Gesetze brauchen Beteiligung. Sie brauchen insbesondere Beteiligung der Praxis und auch insbesondere die Beteiligung der Öffentlichkeit um später auch von dieser Öffentlichkeit akzeptiert zu werden. Und wenn Sie vielleicht ein oder zwei dieser Punkte für Ihre tägliche Arbeit mitnehmen, dann denke ich hat es sich gelohnt diese Konferenz abzuhalten und ich persönlich würde mich sehr freuen. Ich wünsche Ihnen auch viel Erfolg auf Ihrem Weg, den Sie in der Türkei gehen. Vielen Dank.

Bende çok teşekkür ediyorum, sadece bu konferansa katılabildiğimden değil aynı zamanda Ankara şehri ile ilgili bazı izlenimler edinebildiğim için de. Yani sevinmedim ama başka ülkelerin de aynı sorunlara karşı savaşmak zorunda olduğunu bilmek beni rahatlatıyor çünkü Almanya’da da torba kanunları sorunu bilinmektedir. Yanlış anlamadıysam Almanya’da da zaman zaman birbirinden çok farklı konular bir torba kanununda birleştirilmektedir. Bu özellikle süreçte zaman kazanabilmek için yapılıyor ancak aynı zamanda kaliteyi ve kanunlaşma sürecinde düşüncelerini paylaşması gereken tüm kişilerin katılım haklarını olumsuz yönde etkiliyor. Umarım konuşmam,

içerik ile ilgili olası anlaşmazlıklarda kanunmanın bazı teknik prosedürlere ve süreç ile ilgili spesifikasyonlara uygun olması gerektiğini bazı açılardan gösterebilmiştir. Merkezi cümlem şuydu: „İyi kanunların zamana ihtiyacı vardır, daha iyi kanunların ise daha fazla zamana“. Kalitenin de sağlandığı net bir sürece ihtiyaçları vardır. Bunun sağlanabilmesi için farklı bölgelerden uzmanların kanunlarda destek sağlamaları gerekir. Ayrıca iyi kanunlar için katılım gereklidir. Özellikle uygulamanın ve bilhassa daha sonra kamu tarafından kabul edilmeleri için bunların katılımına ihtiyaçları vardır. Ve belki bu hususlardan bir veya ikisini günlük işlerinizde dikkate alırsanız bu konferansı düzenlemenin faydalı olduğunu düşünürüm ve şahsen sevinirim. Türkiye’de gideceğiniz yolda size bol şans dilerim. Teşekkürler.

**Prof. Dr. Francesco Lucrezi-** Vielen Dank ich wiederhole meine Bedankung, obwohl einige Verständnisprobleme wegen der Sprache auftraten. Ich habe versucht allen Sprechern zuzuhören und ich habe sie alle sehr interessant gefunden. Wenn ich etwas gelernt habe auf diesem Symposium, ist es dass die Probleme der Gesetze von Gesetzgebung und Gesetzestechnik dieselben in der ganzen Welt sind. Die Probleme der Klarheit, der Verständlichkeit, der Harmonie der Gesetze zwischen einander, der Logik der Omnibusgesetze, der Transparenz des Übermaßes usw. sind dieselben. So macht es mich fest in meiner Idee, dass es viele Gesetze sind. Jedes Land hat seine und jedes Land hat vielleicht zu viele, aber wenn die Gesetze viele und zu viele sind, dann sollte das Recht eins sein, nur eins. Ich glaube, dass wenn es zwei Rechte gibt, dass dies ein Problem ist. Es ist verschiedene Male darauf hingewiesen worden, dass das türkische Strafrecht einen großen Einfluss vom italienischen Strafrecht bekommen hat. Aber ich erinnere mich immer, dass unser italienisches kontinentales Recht hat sich aus dem römischen Recht entwickelte. Und das römische Recht, das römische Kaisertum hat für viele viele Jahrhunderte hier in diesem Land sein Zentrum gehabt und das müssen wir nicht vergessen. 1500 Jahre vorher in diesem Land ist die Utopie gebaut. Ein Recht um für die ganze Menschheit. Das war

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

natürlich eine Utopie. Es ist vielleicht unmöglich praktisch zu agieren, zu traduzieren. Ich glaube dass wir durch diesen Weg gehen müssen und eine Idee ist, dass wir durch dieses Symposium Mut machen und gute Ideen bekommen haben um weiter auf diesem Weg zu gehen. Dankeschön.

Çok teşekkür ederim, dilden dolayı bazı anlama sorunları meydana gelse de teşekkürümü tekrar ediyorum. Tüm konuşmacıları dinlemeye çalıştım ve hepsini çok ilginç buldum. Bu sempozyumda bir şeyler öğrendiysem bu, kanunlardaki kanunma ve kanunma tekniği ile ilgili sorunların tüm dünyada aynı olduğudur. Kanunların kendi aralarındaki açıklık, anlaşılabilirlik ve uyum sorunları, torba kanunlarındaki mantık sorunu ve fazlalıklardaki şeffaflık sorunu aynıdır. Bu nedenle, kanunların fazla olduğu düşüncesinde emin olmuştum. Her ülkenin kendi kanunları ve muhtemelen fazla kanunları vardır ancak kanunlar çok ve fazla olduğunda hukuk tek, sadece tek olmalıdır. Sanırım iki ayrı hukuk olduğunda bu sorun olur. Bir kaç defa Türk ceza hukukunun İtalyan ceza hukukundan çok etkilendiğine dikkat çekildi. Ancak her zaman İtalyan kontinental hukukumuzun roma hukukundan geliştiğini hatırlıyorum. Ve Roma hukuku, Roma İmparatorluğu bu ülkede yüzyıllar boyunca merkezi konumda olmuştur, bunu unutmamız gerekir. 1500 yıl önce bu ülkede ütopi oluşturulmuştur. Tüm insanlık için bir hukuk. Bu tabii ki bir ütopi idi. Belki uygulamada harekete geçmek mümkün değildir. Sanırım bu yoldan geçmemiz gerekiyor ve bu sempozyum ile bu yolda ilerlemek için cesaret verdik ve iyi fikirler edindik. Teşekkürler.

**Prof. Dr. Eberhard Birkert-** Auch ich will mich natürlich zuerst bedanken, dass ich hier teilnehmen konnte. Ich habe sehr viele neue Eindrücke bekommen und werde sicherlich morgen wenn ich auf den Flughafen viel Zeit zum Warten habe noch etwas darüber nachdenken können. Inhaltlich kann ich mich im Prinzip dem anschließen was Herr Görden aus der Bundesregierung schon gesagt hat, da besteht kein Unterschied zwischen dem Bundesstaat und den einzelnen Ländern. Ich möchte vielleicht ganz kurz noch auf das eingehen oder auf

die Fragen die eben Herr Soyözlan gestellt hat. Ich versuche es möglichst kurz zu machen. Der erste Punkt den ich mit notiert hatte, war die Frage: „Kürzere Regelungen bedeuten Vertrauen an die Richter“. Das ist einerseits richtig, bedeutet aber natürlich auch Vertrauen für die Verwaltung, an die Executive. Das heißt aber natürlich umgekehrt auch mehr Einfluss durch die Richter, mehr Einfluss für die Executive und da wird es unter Umständen dann problematisch. Das ist eine Frage der Gewaltenteilung. Wem ich mehr vertraue und die Grundtendenz ist sicherlich bei uns in Deutschland eher und da ist das Bundesverfassungsgericht ganz massiv immer mitbeteiligt. Dass wir sagen, nur die Abgeordneten, nur das Parlament ist unmittelbar direkt vom Volk gewählt insoweit müssen von dort die wesentlichen Entscheidungen kommen. Vertrauen in die Justiz, Vertrauen in die Verwaltung ist gut, aber das Volk, repräsentative Demokratie und die von ihm gewählten Abgeordneten müssen die Entscheidungen treffen. Dadurch haben wir in den letzten Jahren sehr viele neue Regelungen und das sind wir schon fast bei der zweiten Frage der

„Änderungen“ - Neue Regelungen, Änderungen von Gesetzen. In Deutschland gehabt, weil das Bundesverfassungsgericht gesagt hat, „diese Regelung reicht nicht.“ Sobald wir wesentliche Grundrechtseingriffe haben verlangt das Bundesverfassungsgericht eben sehr differenzierte Regelungen und das ist ein Spagat. Einerseits sollen die Gesetze knapp sein, andererseits können sie lang sein. Das beste Beispiel bei uns ist das Grundgesetz. Wir haben ursprünglich ein sehr knapp gefasstes Grundgesetz. Wir haben aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes z.B. im Zusammenhang mit der Unverletzlichkeit der Wohnung inzwischen auf einen Grundgesetzartikel der sehr geschwätzig ist und ich glaube 12-13 Absätze hat und über eine ganze Seite geht. Freiwillig hätte der Gesetzgeber das wahrscheinlich aber nicht gemacht.

Frage 3 war: „Wird die Gesellschaft angehört? Wird das verbreitet?“ Im Idealfall und soweit die Richtlinien auf Bundesebene als auch die aus Baden-Württemberg sehen vor, dass

die betroffenen angehört werden sollen. Ich hatte das Beispiel gebracht, dass wir in Baden-Württemberg verstärkt versuchen auch über das Internet die Bevölkerung nicht nur zu informieren, sondern auch ausdrücklich zu sagen. „Ihr könnt Stellung nehmen“. Die Flexibilität bei Änderungen, das war die letzte Fragestellung, die ich mit notiert habe. Wie gut oder schlecht das sei?. Vom Prinzip her meine ich, ist es kein Beinbruch, wenn man ein Gesetz wieder ändern muss, das kann „Rechtsfortbildung“ sein, Rechtsfortschritt, also wenn man zunächst etwas gemacht hat auch daraus etwas lernen. Es ist andererseits natürlich sehr wichtig, dass ein Vertrauensschutz durch die Rechtsordnung, durch die Gesetze besteht. Die Bevölkerung soll darauf vertrauen können, dass das was Gesetz war, im Prinzip zumindest für die Vergangenheit auch so bleibt. Rückwirkende Strafgesetze wären also völlig undenkbar und in der Praxis, wenn wir wesentliche Gesetzesänderungen haben, haben wir dann häufig am Ende von Vorschriften sogenannte „Übergangsregelungen“, wo dann das Inkrafttreten des Gesetzes um das Vertrauen der Bevölkerung zu schützen in den Bestand der bisherigen Rechtslage, hier abgestufte zeitliche Geltungen haben, so dass manche Vorschriften vielleicht erst in fünf oder in acht Jahren anwendbar sind. Oder beispielsweise, jetzt für den studentischen Bereich, bei Prüfungsordnungen, die Studenten die mit einer alten Prüfungsordnung begonnen haben, ihr Studium auch nach der alten Prüfungsordnung zu Ende führen können und die neue Prüfungsordnung nur für die neuen Studenten gilt. Zusammengefasst aus meiner Sicht ganz wichtig ist, einfach die Beteiligung der Betroffenen, auch von Minderheiten, ist sicherlich sehr relevant. Es ist sehr wichtig, dass bei der Gesetzgebung, auch fachliche und nicht nur politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Es ist ganz wichtig, dass die, die wesentlich mitarbeiten bei der Vorbereitung von Gesetzen auch einen gesicherten Status haben, sprich, Wenn ich einen Vorschlag beim Minister mache, der ihm politisch nicht gefällt, möchte ich auch morgen noch weiterhin meinen bisherigen Status behalten und das ist vom Grundansatz bei uns sicher gestellt. Ansonsten kann ich Ihnen

allen nur wünschen, dass Sie richtige Entscheidungen bei der nächsten Wahl treffen und dann die Gesetzgebung in der Türkei, wie ja von einigen Kollegen angemahnt, auch noch etwas besser wird. Vielen Dank.

Bende tabii ki buraya katılabildiğim için önce teşekkür etmek istiyorum. Birçok yeni izlenim edindim ve mutlaka yarın havaalanında beklemek için çok vaktim olduğunda bunlar hakkında biraz daha düşüneceğim. Prensip olarak içerik açısından Federal Devlet ile tüm diğer devletlerarasında bir fark olmadığını söyleyen Federal Hükümet'ten Bay Görden'in dediklerine katılabilirim. Sadece çok kısa bir şekilde Bay Soyaslan'ın az önce söylediklerine veya sorularına cevap vermek istiyorum. Mümkün merteye kısa tutmaya çalışacağım. Not ettiğim ilk husus şu soruydu: „Daha kısa düzenlemeler hâkime güvenmek anlamına gelir“. Bu hem doğrudur hem de doğal olarak idare, yürütme gücüne güvenmek anlamına gelir. Ancak tersine hâkimler, yürütme güçleri tarafından daha fazla etki anlamına da gelir. Bu ise belirli koşullarda sorunlu olabilir. Bu kuvvetler ayrılığı meselesidir. Daha fazla güvenirsem ki, Almanya'da temel eğilim daha muhtemeldir ve Federal Anayasa Mahkemesi ciddi anlamda daima buna dâhildir. Sadece milletvekilleri, sadece parlamento doğrudan halk tarafından seçiliyor ve önemli kararlar parlamento da verilmelidir söylememiz. Yargıya güvenmek, idareye güvenmek iyidir ancak halk, temsili demokrasi ve bunun tarafından seçilen milletvekilleri karar vermek zorundadır. Bu nedenle son yıllarda birçok yeni düzenlememiz oldu ve böylece neredeyse „değişiklikler“ - yeni düzenlemeler, kanunların değiştirilmesi ile ilgili ikinci soruya geçmiş bulunuyoruz. Federal Anayasa Mahkemesi, „bu düzenleme yetersizdir“ dediği için Almanya'da vardı. Temel haklara önemli ölçüde müdahale edildiği anda Federal Anayasa Mahkemesi çok farklı düzenlemeler talep ediyor, bu ise bir bölünmedir. Bir taraftan kanunlar kısa olmalıdır diğer taraftan ise uzun olabiliyorlar. Bizdeki en iyi örnek Anayasadır. Aslında çok kısa bir şekilde oluşturulmuş bir Anayasamız vardır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisinden dolayı örneğin ev dokunulmazlığı ile ilgili şu anda çok saçma olan ve



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

sanırım 12-13 fıkradan oluşan ve tam bir sayfayı kapsayan bir Anayasa maddemiz var. Sanırım kanun koyucusu bunu kendi isteğiyle yapmazdı.

3.soru şuydu: „Toplum dinleniyor mu? Bu yayılacak mı?“ İdeal durumda ve hem federal hem de Baden-Württemberg düzeyindeki düzenlemeler ilgililerin dinlenmesi gerektiğini öngörür. Baden-Württemberg’de halkı ağırlıklı olarak internet üzerinden sadece bilgilendirmeye değil aynı zamanda açık bir şekilde „Yorumda bulunabilirsiniz“ söylemeye çalıştığımızı örnek olarak vermiştim. Not ettiğim son soru değişikliklerdeki esnekliktir. Bu ne kadar iyi veya kötüdür?. Prensipten olarak, bir kanunun tekrar değiştirilmesi gerektiğinin çok kötü olmadığını düşünüyorum, bu „hukukta ileri bir eğitim“, yani hukuk gelişimi olabilir, yani önce bir şeyi yaptığımızda bundan ders çıkarmamız. Diğer yandan hukuki düzen, kanunlar ile güven korumasının sağlanması doğal olarak çok önemlidir. Halk, daha önce kanun olan bir şeyin prensip olarak en azından geçmiş için de bu şekilde kalacağına güvenebilmelidir. Geriye dönük ceza kanunları böylece tamamen düşünülemez hale gelmiş olurdu ve uygulamada önemli kanun değişikliklerimizin olması halinde yönetmeliklerin sonunda çoğu zaman sözde „geçiş düzenlemeleri“ oluşurdu ve bu durumda halkın güvenini korumak için kanunların yürürlüğe girmesi bazı yönetmelikler, belki ancak beş veya sekiz yıl içinde uygulanabilecek şekilde mevcut hukuksal durumda zamanla geçerliliklerini kaybederdi. Veya örneğin üniversite öğrencileri alanında, eski sınav yönetmeliği ile üniversiteye başlayan öğrencilerin eğitimlerini yine bu eski sınav yönetmeliğine göre tamamlayabilmeleri ve yeni sınav yönetmeliğinin sadece yeni öğrenciler için geçerli olması. Özet olarak benim açımdan ilgililerin ve azınlıkların katılımı mutlaka çok önemlidir. Kanunlarda sadece siyasi yönlerin değil aynı zamanda mesleki yönlerinde bir rol oynaması çok önemlidir. Kanunların hazırlanmasında önemli ölçüde çalışmaya dahil olanların güvenceye alınmış bir statülerinin olması da çok önemlidir, yani bakanlığa siyasi açıdan hoşuna gitmeyecek bir öneride bulunduğumda yarın da mevcut statümün korunmasını istiyorum ve bu temel yakla-



şımımızda bizde sağlanıyor. Bunun dışında hepimize gelecek seçimde doğru kararları almanızı ve bazı meslektaşlarımın söylediği gibi daha sonra Türkiye'deki kanunmanın da daha iyi olmasını diliyorum. Çok teşekkür ederim.

**Prof. Andreas Lötscher-** Zuerst möchte ich mich auch dem Dank meiner Freunde anschließen, auch an Herrn Ünver. Ich fühle mich sehr gut betreut hier und die ganze Tagung ist sehr gut organisiert. Das ist immer angenehm. Ich habe auch sehr viel erlebt hier auch Interessantes über Gesetzgebung, was ist gute Gesetzgebung? Wenn man Gesetze schlecht findet und überall findet man viele Gesetze schlecht, dann hat man eine Vorstellung eigentlich, was wäre ein gutes Gesetz? Also wir wissen eigentlich und es ist schon vormals erwähnt worden. Seit der römischen Republik hat man Gedanken darüber was ein gutes Gesetz ist. Man müsste sich einig sein, erst einmal bei allen betroffenen Institutionen „Wir wissen was ein gutes Gesetz ist“ und „wir wollen ein gutes Gesetz machen“. Das ist das erste Problem. Natürlich, Politik ist nicht immer der Weg zum Optimum, sondern zur partiellen Erfüllung von Zielen. Das zweite ist, dass sich aus der Alltagspraxis in jedem Land herausstellt, „wichtig ist das Verfahren“, „wie erarbeitet man ein gutes Gesetz?“ Und das Verfahren muss man einhalten. Man darf es nicht aus irgendwelchen speziellen Interessen verletzen. Wir haben festgestellt vorhin, in der Schweiz und in Deutschland braucht man keine Gesetze um ein gutes Verfahren einzuhalten. Es ist ein gutes Einvernehmen. Man hält sich aus Gründen des demokratischen Bewusstseins, des Qualitätsbewusstseins an ein Verfahren das intern geregelt ist. Dann komme ich zu meinem dritten Punkt: „Vertrauen“. Es hat mal ein schweizerischer Sozialpolitiker gesagt, finde ich einen sehr wichtigen Satz: „Je mehr Vertrauen in einer Gesellschaft vorhanden ist, desto weniger Gesetze braucht es.“ Und jedes Gesetz muss ein Schutz von Minderheiten sein. Das ist das Grundproblem, dass Gesetze nicht immer in diesem Sinne gemacht werden. Man braucht Vertrauen, wie bereits vorher von Herrn ..... gesagt, dass man überhaupt Gesetze und die Auswirkungen von Gesetzen an Gerichte oder die Verwaltung

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

übertragen kann. Und das kann man nicht befehlen, sondern das muss in der Kultur eines Landes vorhanden oder erarbeitet sein. Die Zeit spielt dann eine Rolle. Warum ist die Zeit so wichtig beim Gesetze machen? Warum kann man nicht einfach schnell noch am Schluss einer Verhandlung einen Artikel hineinbringen? Erstens einmal. „Gute Texte brauchen Gedanken – Gedanken brauchen Zeit. Reflexion braucht Zeit“. Zweitens: Viele wollen mitgehört werden. Man kann nicht alle in kurzer Zeit mithören, sondern es müssen Diskussionen möglich sein. Und das ist, glaube ich, ein großer Vorteil, wenn man viele Beteiligte in ein Verfahren einbezieht, so dass viele Gesichtspunkte berücksichtigt werden und damit auch die Qualität des Gesetzes verbessert wird. Soweit meine Punkte. Danke.

Öncelikle arkadaşlarımla teşekkürüne ve Bay Ünver'e katılmak istiyorum. Benimle çok iyi ilgilendiler ve toplantının tamamı çok iyi organize edilmiş. Bu her zaman güzeldir. Bende birçok şeye şahit oldum ve kanunma ile ilgili ilginç şeylere de, iyi bir kanunma nedir? Kanunlar kötü bulunduğunda ki, her yerde kanunlar kötü bulunur, akla şöyle bir düşünce geliyor, iyi bir kanun nedir? Yani aslında bunu biliyoruz ve bu daha öncede belirtildi. Roma Cumhuriyeti'nden beri iyi bir kanunun ne olduğuna dair düşünceler vardır. Öncelikle tüm ilgili kurumlarda „İyi bir kanunun ne olduğunu biliyoruz“ ve „iyi bir kanun yapmak istiyoruz“ diyerek aynı fikirde olmalıyız. Bu ilk sorundur. Tabii ki, siyaset her zaman en uygun olan için bir yol değildir daha çok hedeflerin kısmen yerine getirilmesi için bir yoldur. İkincisi, her ülkenin gündelik uygulamasında „önemli olan süreçtir“ denmesi ve „iyi bir kanun nasıl geliştirilir?“ sorusudur. Hem süreç dikkate alınmalıdır. Herhangi özel bir çıkardan dolayı süreç ihlal edilemez. Az önce, İsviçre ve Almanya'da iyi bir süreci dikkate almak için kanunların gerektiğini tespit ettik. Bu iyi bir anlaşmadır. Demokratik bilinç ve kalite bilincinden dolayı içsel olarak düzenlenen bir süreç dikkate alınır. Şimdi üçüncü hususuma geleyim: „Güven“. Bir zamanlar İsviçreli bir sosyal siyasetçi şu çok önemli bulduğum cümleyi söylemiştir: „Bir toplumda ne kadar güven varsa, o kadar az kanuna ihtiyacı olur“. Ayrıca her kanun azınlıkları

korunmalıdır. Bu asıl sorundur, yani kanunların her zaman bu anlamda yapılmadığı. Daha önce de Bay ...'nin dediği gibi kanunların ve kanunların etkilerinin mahkemelere veya idareye devredilebildiğine dair genel olarak bir güven gerekiyor. Bu da emredilemez, aksine bir ülkenin kültüründe olmalıdır veya geliştirilmelidir. Ayrıca zaman da bir rol oynar. Kanun yaparken zaman neden bu kadar önemlidir? Neden bir müzakereden hemen sonra hızlıca bir madde dahil edilemez? Öncelikle, „İyi metinler için düşünceler gerekir – düşünceler için de zaman. Yansıma zaman gerektirir“. İkincisi: birçok kişi dinlenmeye dahil edilmek istiyor. Kısa süre içinde herkes dinlenemez, bunun yerine tartışmalar mümkün olmalıdır. Sanırım bu da, bir sürece çok kişi dahil edildiğinde çok meselenin dikkate alındığı ve kanunun kalitesinin de arttırıldığı büyük bir avantajdır. Bunlar benim hususlarımdı. Teşekkürler.

**Av. GÜLCİHAN TÜRE (Oturum Başkanı)**-Ben 3 dakika içerisinde birkaç cümle söylemek isterim, kanun koyma tamamen bilimsel bir teknik, roma hukukundan bu tarafa damıtılmış hukuk tarihi içinde gelişmiş prensipleri var. Keyfi asla fırsat bırakılmayacak bir alan. Burada mutlaka karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak gerekiyor. Mevcut yerel, ulusal ihtiyaçların dikkate alınmaması anlamına gelmiyor. Ama yüzyıllardır gelişen bu ilkelerden, tecrübelerden faydalanmak gerekir. Ve bir sistem dahilinde bilimsel metotlardan faydalanmak gerekir. Katılımcı düşünceyle farklı örgütlerden sırf siyasi görüşleri farklı diye yararlanmamak gibi yanlış tercihlere sapılmadan uzman kişilerden yararlanmak gerekir. Uluslararası hukuk mutlaka göz önünde tutulmak zorunda. Kanun koyucular hiçbir zaman kanun yapma konusunda eğer hukuktan bahsediyorsak, serbest değillerdir. Kanun koyucu istediği düzenlemeyi yapıp, istediği yaptırıma tabii tutamazlar. Tutarlarsa evet bir kanun olur ama hukuka aracı olan hukuka hizmet eden bir kanun değildir. Bizatihi kendisi haksızlık teşkil eden düzenlemedir bu ve uzun süre sürdüremezsiniz. Getirmek istediğiniz yarardan çok zararlar verebilir. Onun için mutlaka ulusal hukuku dikkate almak zorundayız çünkü kanun koyucuları sınırlayan ama bazen de kanun yapma konusunu insan haklarını

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

korumak için yükümlü yükleyen üst normlardır. Konuşmalar içerisinde Almanca hukuka atıf yapıldı. Dikkat ediniz Almanya da şuan da 1871 tarihli ceza kanunu uygulanıyor. Almanya her kafası esenin ceza kanunu değiştirildiği veya başka bir konu değiştirildiği bir ülke değil. Almanya'da bir kanunun küçük bir faslı için yıllarca çalışılır, uzmanlar çalışır, komisyonlar değişir, komisyonda ki uzmanlarda nitelik ve meslekler itibariyle ciddi bir demokratik katılımı sağlayan kişilerden oluşur. Gerçekten bilen kişilerin katkısı sağlanır. Niyet, amaç doğru düzgün bir kanun yapmaksızın zaman, emek harcamak, farklı görüşlere saygı duymak, teklifi kimin sunduğu çok önemli değil o sunan hangi kurum olduğu, hangi kurumdan geldiği önemli değil. Yangından mal kaçırır gibi sadece belirli bir kişi ya da kurum sundu diye sahiplenmek veya reddetmek çok bilimsel değil. Bu yüzden akıllı dikkate almak, hukuk ilkelerini dikkate almak, bilimsel verileri dikkate almak ama paylaşmak gerekir. Bugün Türkiye'nin taahhüt ettiği uluslararası sözleşmelerin bile ilk kısmında giriş kısmında ' bu sözleşmenizi evet onaylayacaksınız ama onaylamadan önce ülkenizde lütfen tartışmaya açın, kamuoyunda tartışın bunu'. Son dakika gelen bir teklifi uzmanların veya o toplantıda tartışacak kişilerin bile önceden hiçbir bilgisinin olmadığı veya üniversitelere görüş için sunduğunuz ama daha görüş için verdiğiniz süre dolmadan kanunlaştırdığınız bir düzenlemelerle sağlıklı bir düzenlemeye gidemezsiniz. O zaman eleştirdiğiniz eski kanunlar çok değişmişti yenisini yapıyoruz. Yaptığınız yeni kanun çok daha kısa sürede çok daha fazla değişir ve sürekli gizli aflar oluşur. Özellikle ceza hukuku alanında. O yüzden akıl ve bilimi, samimiyeti ortaya koymak gerekiyor. Bu ülkenin gerçekten bunu yapabilecek çok üstün düzeyde hukukçularının olduğunu ve hukuk birikimi olduğunu düşünüyoruz. Ama şuandeki tablo yüzyıllardır batı hukukunu sürdüren ve 1923 de batıya entegre olmuş hala o entegrasyon devam eden ülkede şuan ki tablonun Türkiye'ye çok yakışmadığını söylemek istiyorum. Saygılar sunuyorum.

**Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU:** Ben 1 tespit 3 öneri yapmak istiyorum.

1. Burada da vurgulandı, antidemokratik parti çalışmaları rejimin yozlaşmasına etki yapıyor. Bunu gidermek için önce Anayasa Mahkemesi açısından şekil değerlendirme eksikliğini giderecek esasa ilişkin, bu tür belirsiz kanunlara ilişkin hukuk devleti ilkesinden hareketle bir denetim yapması önerilebilir.

2. olarak bu parlamento çalışmalarını kamuoyu denetimine açabilmek için 2. bir öneri olarak belki Amerika Kongresinden esinlenerek dinlemeler önerilebilir komisyonlarda. Bu dinlemelerde farklı çıkar grupları ve tarafsız uzmanların görüşleri alınmalı, bir nevi duruşma gibi. Bu dinlemelerin yapılması ve böylece kamusal denetime kanun tekliflerinin açılması yararlı olabilir. Böylece parlamenterlerinde daha özgür karar verebilmeleri sadece hükümetin önerileri, direktifleri ya da bürokratların yönlendirmeleri dışında farklı görüşlere ulaşabilmeleri sağlanabilir.

Bu öneriyi destekleyecek son noktaya değinilebilir, bu komisyonlarda sivil toplum kuruluşlarının ve tarafsız uzmanların dinlenebilmesini sağlayacak bir akreditasyon sistemi, sigma raporunda belirtildiği gibi, böyle bir iç tüzük değişikliğinde kolaylıkla yapılacak bir yolla bu tür bir farklı görüşlerin çoğunlukçu bir şekilde tartışılabileceği parlamento içerisinde bir ortam sağlanabilir.

**Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ-** İnsanlar hürriyetçi bir ortamda gelişmesini, açılmasını sağlayabilir. Kanun yapımcılar, kanun koyucular hürriyetçi, demokratik düzenin gelişimi için çok büyük özeni her zaman göstermek zorundadırlar. Onun içinde kanun medeniyeti olan bir özellik taşır. Yani serbest bir ortamda çoğulcu bir parlamentoda kanunlar müzakere edilirken, bunlar kamuya da yansır. Kamuya yansıdığı oranda da katılımı sağlayabilir. Bireyleri kitle halinde düşünmeye, yer yer harekete geçirmeye yarayacak hürriyetçi bir düzeni de arzulamak, istemek zorundayız. Biz bütün bu kamusal işlemlerin ki kanunda bunun başında yer alıyor. Amacı kamu yararını sağlamak olacağı için çoğunlukların inhisarında değil fakat çoğulcu bir yapıda kanunun oluşması çok önem taşıyor. Hukuk devletinin vazgeçilmezlerinden biri de bu işlemlerinde kanun

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

biçiminde ki işlemlerinde kamuoyunun çok güçlü olmadığı bir yerde daima Anayasa Mahkemesi gibi üst yargı oranları gibi, yargı denetimine tabii olmaları arzulanan bir husustur. Tabii bunun istisnaları da var, İngiltere’de böyle bir yazılı Anaysanın olmadığı ülkede parlamento müzakereleri serbest bir ortamda yapılıyor ama orada şu faktörü unutmamak lazım, çok güçlü bir kamuoyu vardır. Onun için ben konuşmam da tebarüz ettirdim, kamuoyunun denetimi bütün denetimlerin üzerinde bir özellik taşır. Kamuoyu ne kadar güçlüyse, kanun koyanlarda o denli özen gösterme mecburiyeti altına girerler. Çabuk kanun değil, inandırıcı, güven verici bir kanunma sürecinden gelen kanunlar inandırıcı olur, katılımın boyutları da böyle genişler.

**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN-** Sayın Başkan şimdi biz bir ikilem yaşıyoruz. Bu toplumun maddi değerleri ile üst değerleri, şekli değerleri birbirine uymuyor. Şekli değerleri batıdan esinlenerek alıyoruz amacımız toplum yapısını değiştirerek batı medeniyetine ulaşmak, yaklaşmak, gelişmek. Talihsizliğimiz burada. Biz hukukçular bir nevi başkasının sahasında top oynayan şahıslara da benziyoruz. Mesela Türkiye’de kültür ikilemi devam edecek, politikacı o temel değerlere göre politika yapıyor. Çünkü çoğunluk o değerlere göre oy veriyor. Orada sıkıntımız var fakat özgürleşmek zorundayız, bu toplumu özgürleştirmek zorundayız. Hukuk düzenimiz insana güvenmeli, toplumu ileri düzeye götürecektir düzeyde olmalı, önünü açmalı, ona sorumluluk vermeli. Peki, olabilir mi? Türkiye’de gelecek için 2 husus iyimserleştiriyorsunuz. İsteyelim, istemeyelim, görelim, görmeyelim Türkiye ekonomik yönden değişiyor, gelişiyor. Her ekonomik gelişim kendi mantığını ve kültürünü yaratır. Eski değerleri atarsınız, yeni değerler gelir kafanıza, yeni fikirler oluşur yeter ki özgürlük olsun. 1.Kendi mantığını yaratacağı için daha çok özgürlük isteyecektir. 2. 1960’lardan beri iyi kötü özgür olmaya alıştık güzel bir şey, aslında görüyorsunuz ki bu değerlerin hepsi de batıdan geldi. Demek ki batılılara açık olmamız lazım diye düşünüyorum. Bundan sonra ceza kanunu tabii bizim herhangi bir yetkimiz yok, kimse de bir şey sormuyor. Ceza kanunu derin bir şekilde gözden geçirmek

lazım. Mesela suçların içtimai konusu, iştirak konusu, olası kast kavramı icat edildi. Bütün Türkiye'yi hapsedersiniz olası kast kanunuyla, daha birçok madde değiştirilmelidir.

**Dr. Fahri BAKIRCI-** Bende 2 gündür burada tartışılan bir konuya dikkat çekmek istiyorum. Çoğunlukçu demokrasi, çoğulcu demokrasi ikilemi her konuşmacının üzerinde durduğu bir konu. Bu arada Rousseau 'ya atıfta bulundu. Rousseau'list çoğunlukçu demokrasi dendi. Ben bu saptamanın hem Rousseau'ya haksızlık olduğunu hem de biati demokrasinin kendisine haksızlık olduğunu düşünüyorum. Çünkü Rousseau'nun önerdiği demokrasi kesinlikle temsili bir demokrasi değildir. Doğrudan demokrasiyi önermiştir ve Rousseau'da demokrasi ya doğrudandır ya da demokrasi değildir. Çok net olarak İngiltere için gelişmiş bir demokrasi olduğunu düşündüğümüz İngiltere için söylediği şey şudur; İngiliz halkı için diyorsanız, orası oligarşidir, halk seçim sürecince milletvekillerini seçer, seçim anında demokrasi olmuştur ama seçimden sonra halk köle haline geri dönmüştür. Dolayısıyla orada kesinlikle bir demokrasi yoktur, temsili demokraside temsil ilişkisi söz konusu olduğu için demokrasi söz konusu olamaz denmiştir. Dolayısıyla çoğunlukçu demokrasiyi Rousseau gibi büyük bir düşünüre mal etmek bence haksızlık olur gibi geliyor bana. Çoğunlukçu demokrasinin bir temeli var mıdır? Bence çoğunlukçu demokrasinin hiçbir temeli yoktur. Eski Yunana gidip bakın mesela, seçim Eski Yunanda var diyoruz ama Eski Yunanda ki seçim hangi seçimdi? Oradaki demokrasinin sınırları var doğru, bugün ki demokrasi değil, köleci toplumdur vs. ama hangi demokrasidir? Kura temelini dayanan bir seçimdir. Her yurttaşın eşit biçimde diğer tüm yurttaşlara kamu görevlerine gelmede şansının olduğu bir demokrasiden bahsediyor Eski Yunana demokrasisi. Dolayısıyla sivrilmiş birilerinin o toplumda yaşaması zaten demokrasinin olduğu içinde halk mahkemelerinde sivrilmiş kişileri polisin dışına, kent devletinin dışına sürüyorlar. Dolayısıyla çoğunlukçu demokrasi ne Eski Yunanda vardır ne modern demokrasinin başlangıcındaki düşünürlerde vardır nede herhangi bir değerdedir. Çoğunlukçu demokrasi, demokrasinin yozlaş-



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

miş şeklidir. Demokrasi ne zaman ki yozlaşmaya başlamıştır, o yönetime çoğunlukçu demokrasi demiştir. Ve mesela Hopps gibi büyük bir düşünür de en çok demokrasiyi eleştirmiştir. Neden? Çünkü çoğunlukçu demokrasiden korkmaktadır. Yunan demokrasisi bozulmaya başladığı zaman, demokrasinin ne gibi sorunlara yol açtığını gördüğü içinde demokrasiye karşı olmuştur. Dolayısıyla bütün sikanunl düşüncelerin tarihlerini incerseniz şunu çok net görürsünüz, karşı çıkılan şey demokrasi değil, demokrasiye karşı çıkanlarında karşı çıktığı çoğunlukçu demokrasidir. Çoğunlukçu demokrasiyi de demokrasi olarak adlandırmakta doğru değildir. Onun içinde günümüz modern demokrasileri de çoğulcu demokrasilerdir. Ve çoğulcu demokrasilerin birçoğunda da halkın iradesine karşı çeşitli güçler geliştirmişlerdir. Bunların bir tanesi yargıdır, diğerleri kamuoyudur, sivil toplum katılım vs. bu mekanizmaları katmaksızın oluşturacağımız bir demokrasiye bence çoğunlukçu da koysak başına demokraside adı vermemiz gerekir diye düşünüyorum.

**Av. Ekim ERGÜN-** Elbette ayrıntılı sonuçlara burada yapılan sunumlar kitaplaştırıldığında erişebileceğiz. Dün ki sunumun yönetmelikte ve içtüzükte katılımcılığı engelleyen kuralların değiştirilmesi gerektiğini ifade etmişim. Bugün ulaştığım sonuç şu olabilir; mevzuat hazırlamaya ilişkin olarak bizde kurallar var. Evet, örneğin Almanya’da da kurallar var. Hatta ilk bakışta detayına inemedim ama kurallarımız Almanya’nın mevzuat hazırlama kurallarına benziyor. Bunu bir örnek üzerinden gidecek olursak, evet bizde de trafik kuralları var ve trafik kurallarımız Avrupa trafik kurallarına çok benziyor, hatta aynı araçları kullanıyoruz, ancak ülkemizde ki trafiğin işleyişi çok farklı Almanya’dan. Bir trafik keşmekeşi yaşıyoruz, herhalde kanunma sürecine ilişkin olarak da yaşadığımız bir benzerlik olsa gerek bu.

**GÜLCİHAN TÜRE (Oturum Başkanı)-** Ben de bu iki günlük sempozyumda sonuç olarak tek bir cümle ile çok kanun az demokrasi sonucunun günümüz ülkemize de açık bir şekilde görüldüğünü de tespit etmiş oluyoruz. Bu bölümümüzde



sayın konuşmacılarımıza konumuzla ilgili olarak soru sorma hakkını sizlere veriyorum ve katılımınızı bekliyoruz.

**Av. Savaş ÖZDAĞ (Ankara Barosu)-** Sorudan önce tespit ve sonrasında öneride bulunacağım. Ama bu önerinin içinde bir soruda olacak şüphesiz. Kanununun varlık sebebini o kanunun karşılayacağı ihtiyaçlar oluşturuyor. Kanunun o ihtiyaçlarını karşılayıp bir şekilde etkinlikte oluşması ise başlı başına bir uzmanlık bilgisi. Sorunda tam burada başlıyor, biz bu alanı pür hukuki bir mesai olarak görüyoruz. Bu vesileyle hemen belirteyim, ben kanun yapma tekniğini özel olarak çalışan bir birimin başkanlığını yapıyorum. Ankara Barosu bünyesinde, Ankara Barosu Kanun İzleme Enstitüsü. Bu enstitü marifetiyle, devlette kanun yapım sürecinde çalışan başka birimlerle müşterek mesai yaptık, sadece mecliste değil, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Adalet ve Savunma Bakanlığı bünyesinde benzeri birimler var, kısmen de hazine bürokrasisi. Fakat İnan Hocamız kendi sunumunda değinmişti, 'devletin kanun mutfağı Adalet Bakanlığıdır, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü' ben o müdürlüğün bütün bürokratiyle tanıştım. Müşterek mesai de yaptık hatta kanun yapım tekniği konusunda ki bir Çalışmaya bizi özel olarak davet ettiler. Burada değerli heyetin dikkatini çekmek istiyorum. Çok nitelikli bir bürokrat kadroydu, aralarında çok sayıda hukuk doktorası bulunan bürokrat vardı. Hatta doçentlik payesine erişmiş olanlar. Ama tamda burada bir sorun başlıyor. Arkanızda ki yansıda bu sempozyuma başlığını veren bir isim var. 'kanun yapma tekniği' üzümlük söyleyeyim onlar bu tekniği teknisyenlik mesaisi gibi algılıyorlar, çok mekanik bilgi kullanıyorlar. Teklif tasarı aşamasından yürürlüğe girdiği aşamaya kadar ki o uzun prosesi otomatığe bağlamışlar, söz sırası bana geldiğinde dedim ki 'çok etkilendim, kusursuz bir anlatım. Ama bu sürecin ruhu yok, felsefesi hiç yok'. Yani söylemek istediğim şu, kanun yapım süreci multidisipliner bir alan ama biz bu özelliğe uygun bir mesai üretmiyoruz. Oysa şimdi önerime geliyorum, bu sorunu açacak bir enstrümanla Türk Hukuku tanıştı. Ben bu sempozyumda o enstrümanın telaffuz şahit olmadım. Sabah ki ilk gün kısa bir zaman dilimini kaçırdım, inşallah orada söy-

lenmiştir. 2006 yılında evet bir yönetmelik hükmü, kanun hükmü değil ama yine de amir, düzenleyici yetki analizi. Sonuçları ekonomik anlamda 10.000.000 TL 'yi aşan düzenlemeler için öncesinde düzenleyici yetki analizi yapılmak zorunda. Değerli eğitim içinde Türkiye'nin en donanımlı kanunma uzmanlarından biri var. Sayın Fahri BAKIRCI Ankara Barosu Kanun İzleme Enstitüsü mensubudur. Ben bunu kendisine sordum, 'Sayın BAKIRCI Türkiye'de neden düzenleyici yetki analizi yapılmaz?' paylaşıyorum 'Savaş Bey bu çok maliyetli tam bir uzmanlık bilgisi' tamda sorum burada başlıyor. Eğer bu bir uzmanlık bilgi ise biz bu alanı niye oraya terk ediyoruz? Önerim şudur; yönetmelik değil bir kanun hükmü haline getirmeliyiz. Bana kalırsa da o 10.000.000 TL'lik sınırı daha aşağı çekmeliyiz.

**Av. Hüseyin BEKMAN-** Ben Sidney 'den geldim orada avukattım, olaylara daha çok o açıdan baktım. Ben orada da avukattım burada da. Ben olaylara çok daha kamuoyu açısından baktım. Nasıl geliyor diye. Bir yanda da kendi hukukumuzu bildiğim için, fakat benim dikkatimi özellikle alman konuşmacılar çekti. Mr. Jan Görden idi galiba ismi. Sorum ona olacak zaten. Kendisi bir şeyden bahsetti. Almanya'da da Torba kanunı çıktı. Yakınlarda ya da buna benzer. Bu konu hakkında biraz daha ayrıntı verebilir mi? Nasıl bir şey, bu torba kanun, Almanya'da çıkan? İkincisi bu yüksek mahkemeye gittiği zaman, nasıl sonuçlanabilir? Bu konuda bir müktesebat var mı, Almanya'da? Teşekkürler.

**Dr. Jan Görden-** Also konkret das Gesetz um was es da ging, kann ich jetzt nicht nennen. Bei uns bezeichnet der Begriff „Omnibusgesetz“ einen Sachverhalt wo relativ am Ende des Gesetzgebungsverfahrens ein fertiges Gesetz noch um weitere inhaltliche Aspekte „bepackt“ wird. Die werden mit dazu gegeben obwohl diese ganz andere Sachverhalte betreffen. Hintergrund dieses Vorgehens ist oft, Zeitnot, dass man rasch auf etwas reagieren will und so zu sagen in das Verfahren wie ich es gestern dargestellt habe, was ja sehr lange dauert, erst in einem späteren Zeitpunkt einsteigen will. Zum Beispiel die Resort-Abstimmung, dadurch abkürzt. Die Öffentlichkeitsbe-

teilung dadurch abkürzt. Eventuell sogar die erste Runde der der Befassung im Bundesrat mit diesem Gesetzentwurf abkürzt. Und so zu einem relativ späten Zeitpunkt, nämlich im parlamentarischen Verfahren durch einen Änderungsantrag zu dem eigentlich behandelten Gesetz noch hinten weitere Artikel ranschiebt um rasch auf etwas reagieren zu können. Jetzt fällt mir doch noch ein sachliches Beispiel ein: Der Gesetzgeber muss durch ein Urteil des Verfassungsgerichts jetzt relativ rasch reagieren und der Mindestunterhalt für Kinder der soll jetzt auf eine abweichende Berechnungsgrundlage gestellt werden. Und da ist momentan so ein Änderungsantrag zu einem fachlich völlig anderen Bereich in Arbeit, der die steuerlichen Grundlagen und die Familien-Bürgerrechtlichen Grundlagen für diese gewollte Änderung in weiteren Artikeln an diesen Gesetzesentwurf ranpacken will. Das Problem ist, dass dadurch Verfahrensrechte abgekürzt werden, dass die Qualität leidet, weil eben nicht die Spezialisten sich das im Einzelnen anschauen können. Es wird auch in der Literatur diskutiert, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen dieses Vorgehens liegen. Mir ist aber nicht bekannt, dass allein aufgrund dieser Tatsache, dass ein Gesetz mit diesem „Omnibusverfahren“ in den Gesetzgebungsprozess eingespeist wurde, dass allein deswegen das Verfassungsgericht sich hierzu kritisch geäußert hat. Entscheidend ist, dass das was die Verfassung vorgibt, an Verfahren, an Rechten, dass das nicht beeinträchtigt wird. Und das ist regelmäßig, trotzdem gegeben, dass die Verfassungsrechte berücksichtigt werden. Aber was unter der Verfassung steht, was, wie Herr Lötscher gesagt hat, diese interne Agreement zwischen den Resorts oder in der Geschäftsordnung des Bundestages, wie gute Gesetze entstehen. Dass das verletzt wird begründet noch nicht für sich genommen eine verfassungsrechtliche Relevanz. Insofern ist es so, dass das Grundgesetz, was eben der Maßstab für die verfassungsrechtliche Überprüfung ist, relativ wenig zum Gesetzgebungsverfahren sagt. Etwas zu den Kompetenzen, zu den Verfahren im Bundesrat und Bundestag. Dass so etwas stattfinden muss. Die Ausgestaltung durch das Geschäftsordnungsrecht, das ist eben nicht

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

der verfassungsrechtliche Maßstab. So dass das zwar in der Literatur kritisch diskutiert wird und auch unser Handbuch der Rechtsförmigkeit sagt, dass das nicht gewünscht ist, als harte zwingende verfassungsrechtliche Gründe sprechen für sich genommen aber noch nicht dagegen, solange die verfassungsrechtlichen Rechte der Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren gewahrt sind.

Yani somut olarak hangi kanunun söz konusu olduğunu şu anda söyleyemeyeceğim. Bizde „torba kanunsı“ terimi, bir kanunma sürecinin oldukça sonunda bitmiş bir kanunun bir kaç içeriksel açıdan „paket haline getirilmesi anlamına gelir. Bunlar, çok farklı konularla ilgili oldukları halde dâhil edilirler. Bu yaklaşımın nedeni genellikle bir konu ile ilgili çok hızlı bir şekilde tepki gösterilmek istendiğinde yaşanan zaman darlığıdır ve dün anlattığım gibi sürece daha sonra dâhil edileceğidir ki, bu çok uzun sürer. Örneğin departman onaylaması böylece azaltılır. Kamu katılımı azaltılır. Ve belki de bu kanun taslağı ile Eyalet Temsilciler Meclisi’ndeki ele alınışının ilk turu da kısaltılır. Ve böylece oldukça daha ileri bir tarihte, yani parlamenter süreçte asıl ele alınan kanun ile ilgili değişiklik talebi ile bir şeye çok hızlı tepki verebilmek için yeni maddeler eklenir. Şimdi konu ile ilgili bir örnek aklıma geldi: Kanun koyucusu, Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile şimdi çok hızlı bir şekilde tepki vermeli ve çocuklar için asgari nafaka farklı bir hesaplama prensibine dayandırılmalıdır. Şu anda mesleki açıdan tamamen farklı bir alanda işlemde olan ve vergi esaslarını ve aile-vatandaş hakları esaslarını talep edilen değişiklik için bu kanun taslaklarına ek maddeler olarak eklemek isteyen bir değişiklik talebi vardır. Buradaki sorun, süreç haklarının kısıtlanacağı ve uzmanlar değerlendirme yapamadığından kalitenin olumsuz etkileneceğidir. Literatürde de bu yaklaşım için Anayasal sınırların nerede olduğuna dair tartışmalar vardır. Ancak sadece „torba kanunsı“ ile bir kanunun kanunma sürecine dahil edilmesi gerçeğinden dolayı Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda eleştirel olarak düşüncelerini beyan ettiğine şahit olmadım. Önemli olan, süreç ve hak ile ilgili Anayasa neyi öngörüyorsa bunun kısıtlanmamasıdır. Ancak Anayasal hak-

larının dikkate alınması yine de sık sık yaşanmaktadır. Ancak Anayasanın altında yazan, Bay Lötscher'in de dediği gibi iyi kanunların oluşması için departmanlar arasındaki içsel anlaşma veya Federal Almanya Parlamentosu'nun usul kuralları kesinlikle gereklidir. Bunun ihlal edilmesi, tek başına Anayasal önemini açıklamaz. Bu nedenle, Anayasal kontrol için bir ölçek olan Anayasanın kanunma süreci hakkında oldukça az şey söyler. Böyle bir şeyin gerçekleşmesi gerektiğine dair yetkiler hakkında ve Federal Almanya Parlamentosu ve Eyalet Temsilciler Meclisi'ndeki süreç hakkında bir şeyler. Usul kuralları ile tasarlanması Anayasal ölçek değildir. Literatürde eleştirel olarak tartışıldığı ve bunun istenmediğine dair hukuk biçimi kitapçığımızın öngördüğü gibi kanunma sürecindeki katılımcıların Anayasal hakları korunduğu sürece bu, Anayasal neden olarak tek başına buna karşı bir gerekçe gösterilemez.

**SALONDAN-** Bilirkişi Müessesesi hakkında soru soracağım, çünkü kanun yapma tekniği bütün vurgulanan, baskı olan dominant olan çok nitelikli Anayasa Profesörleri, Anayasaya hakim olanları hukukçulardan oluşan komisyonların heyetlerin oluştuğunu söylediler. Bu hakiki bir gerçek, acaba bilirkişi müessesesi hâkim ve savcının hukuki bilgisi dışında, atanan tayin edilen bilirkişileri teknik ve özel bilgileri içeren Avukatlar Almanya'da nasıl tayin ediliyor? İtalya'da nasıl? Rusya'da nasıl? Bu konudaki açıklamalara çok teşekkür ederim. Saygılar sunarım.

**Prof. Dr. Lötscher:** Für Deutschland kann ich es ganz kurz sagen. Maßstab, Herr Görden hat es ja auch gerade gesagt, ist nur das was in der Verfassung steht. In der Verfassung steht nichts. Die Sachverständigen, insoweit keine verfassungsrechtlichen Vorgaben, d.h. umgekehrt, „freie Hand“ ob überhaupt Sachverständige im Verfahren beteiligt werden. Wobei die Beteiligung auf unterschiedlichsten Ebenen in Betracht kommt. Sei es durch die Regierung, das federführende Ministerium kann natürlich Sachverständige einbeziehen, es kann aber durchaus dann auch noch im parlamentarischen Verfahren Sachverständige geben. Ein Ausschuss ein Fachausschuss

## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

der ein Gesetz mitberät kann Sachverständige benennen und es wird in der Regel politisch die Geschichte letztlich reguliert. Dass man schaut, dass im Grunde jede Partei die Chance hat einen Sachverständigen der ihm näher steht zu benennen, weil, „augenzwinkernd“ kann man natürlich sagen, ich kann für sehr viele Meinungen, ich will nicht sagen, „für jede Meinung“, aber sehr viele Meinungen dann doch auch irgend einen Sachverständigen bekommen und soweit geschieht dann die Auswahl. Hier schon der entscheidende Punkt, aber es ist im Grund „freie Hand für die Betroffenen“ und teilweise machen dies dann auch die Parteien selber, also nicht den Ausschuss oder das Parlament, sondern die Parteien selber laden zu Sachverständigen-Anhörungen ein. Geregelt, wie gesagt, ausdrücklich ist es nicht, insoweit kann auch ein etwaiger Fehler nicht dazu führen, dass ein Gesetz verfassungswidrig wird

Almanya için bunu çok kısa bir şekilde söyleyebilirim. Bay Görden’de bunu az önce söyledi, ölecek sadece Anayasada yazan şeydir. Anayasa da hiçbir şey yazmıyor. Tersine, bilirkişilerin herhangi Anayasal koşul olmaksızın “hareket serbestliğı” olacak şekilde sürece dahil edilmeleri. Ancak katılımları farklı düzeylerde olabiliyor. İster hükümet tarafından ister yetkili bakanlık tarafından doğal olarak bilirkişiler dahil edilebilir, ancak parlamenter süreçte de bilirkişiler dahil edilebilir. Bir kanunda görüşlerini beyan eden bir mesleki komite bilirkişileri tayin edebilir ve genellikle siyasi olarak mesele nihayetinde düzenlenir. Her partinin kendine daha yakın olan bir bilirkişiyi tayin etme şansı olmalıdır, çünkü “göz kırparak” doğal olarak söylenebilir ki, “her bir görüş” için değil ama birçok görüş için bana herhangi bir bilirkişi verilebilir ve böylece seçim olur. Önemli husus budur, ancak aslında “ilgililer için hareket serbestliğidir ve bunu kısmen partiler kendileri de yapıyorlar, yani komite veya parlamento değil partilerin kendileri bilirkişi dinlemelerine davet ederler. Düzenlendi, dediğim gibi kesin değildir, bu nedenle olası bir hata bir kanunun Anayasaya aykırı olmasına neden olmaz.

**Dr. Jan Görden-** Sachverständige werden hauptsächlich in der Schweiz für komplexe Gesetze einberufen. Steuergesetze, Sozialversicherungsgesetze und solche Dinge die von Juristen nicht mehr so richtig überblickt werden können, wenn sie nicht Fachleute sind. Wenn sie Entwürfe machen, dann werden Sie beauftragt von der Verwaltung und sie liefern ihre Entwürfe an die Verwaltung ab. Und von daher an haben sie eigentlich keine Eingriffsmöglichkeit mehr. Sie sind nur Zulieferer von Information und die Entwürfe werden dann nach dem normalen Verfahren bearbeitet. Auf ihre Rechtsgültigkeit, gesetzestechnischen Richtigkeit, Widerspruchsfreiheit und solche Dinge, überprüft und dann von der Regierung an das Parlament weitergeleitet. Also die Fachleute können dann allenfalls über einzelne Parlamentarier wieder ihre Meinung eingeben, aber sie sind außerhalb des ordentlichen Verfahrens. Und so ist auch die Rechtmäßigkeit gewährleistet.

Bilirkişiler çoğunlukla İsviçre’de karmaşık kanunlar için davet edilirler. Vergi kanunları, sosyal sigorta kanunları ve uzman olmayan hukukçular tarafından anlaşılamayan kanunlar. Taslak hazırladıklarında idare tarafından görevlendirilirler ve taslaklarını idareye teslim ederler. Bu nedenle, artık müdahale etme imkânları yoktur. Bunlar sadece bilgileri aktaran kişilerdir ve taslaklar normal süreçlere göre işlenir. Kanunl geçerlilik, kanunl teknik doğruluğu, tutarlılık vb. açısından kontrol edilip hükümet tarafından parlamentoya iletilirler. Yani uzmanlar da bazı milletvekilleri üzerinden görüşlerini beyan edebilirler ancak normal sürecin dışında kalırlar. Böylece kanunuya uygunluk sağlanır.

**Prof. Dr. Francesco Lucrezi-** Ja es gibt in unserem Parlament natürlich einige Kommissionen in denen die Expertise gemacht wird und Sachverständige arbeiten um dass das Gesetz gut verstanden werden kann. Aber es gibt ein Problem, weil vielleicht diese Leute es gesagt haben, dass sie zu viel Macht, ein Übermaß haben und manchmal das Gesetz das praktisch geschrieben wird verschieden ist als das was zuerst



## KANUN YAPMA TEKNİĞİ

gedacht wurde. Wir können einen Vergleich machen. Z.B. über die Sprache unserer italienischen Verfassung, die ganz klar und ganz einfach ist und sehr wenige unklare Wörter hat und auch ein Kind von 7-8 Jahre alt kann sie perfekt verstehen. Die Gesetze die aus unserem Parlament kommen, sind manchmal sehr kompliziert und man denkt manchmal sogar dass diese Komplikation gewollt ist. Weil nicht immer ist es transparent, was damit gemacht werden muss.

Evet parlamentomuzda doğal olarak uzman kontrolünün yapıldığı bazı komisyonlar vardır ve bilirkişiler kanunların iyi anlaşılabilmesi için çalışırlar. Ancak belki bu kişiler, bunların fazla güce sahip olduklarını ve bazen yazılan kanunun başta düşünülenden farklı olduğunu söyledikleri için bir sorun vardır. Bir karşılaştırma yapabiliriz. Örneğin çok açık ve basit olan ve çok az anlaşılmayan kelimesi olan ve 7-8 yaşındaki bir çocuğunda mükemmel bir şekilde anlayabildiği İtalyan Anayasamızın dili hakkında. Parlamentomuzda oluşan kanunlar bazen çok karışık oluyorlar ve hatta bazen bu karışıklığın istendiği düşünülüyor. Çünkü bu kanun ile ne yapılması gerektiği her zaman şeffaf değildir.

**Prof. Dr. Anna Serebrennikova-**Bei uns in Russland gibt es auch einige Komitees bei Staats-Dummer und wir als Strafrechtswissenschaftler können auch einige Vorschläge abgeben. Und das ist fast bei jedem strafrechtlichen Entwurf. Aber wir können nur Ratschläge geben. Z.B. wir erklären etwas und dass kann aber später trotzdem im Gesetz auch gar nicht auftauchen. Dankeschön.

Rusya'da da Devlet Dumalarında bazı komiteler vardır ve bizler de ceza hukuku bilimcileri olarak bazı önerileri verebiliyoruz. Ve bu neredeyse her ceza hukuku ile ilgili taslakta böyledir. Ancak bizler sadece öneride bulunabiliriz. Örn. bir şeyi açıklıyoruz ve bu daha sonra yine de kanunda ortaya çıkmayabilir. Teşekkürler.