



HERMENEUTİK VE ANAYASANIN YORUMLANMASI

Hermeneutics and Interpretation of Constitution

Arş. Gör. Yeşim Öztürkmen İCAN*

ÖZET

Bu çalışmada “hermeneutik” kavramı, anayasa hukuku çerçevesinde ele alınmaya çalışılmaktadır. Metin, anlama, anlayış ve yorum gibi kavramlar etrafında şekillenen, insana özgü bir süreçler toplamı olarak din, tarih, edebiyat ve hukuk gibi çeşitli farklı alanlara temas etmekle birlikte bu alanların bütünü için genel bir karşılığı da bulunan hermeneutik, anayasa hukukunda yorum problemi konusu özelinde işlenmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde “hermeneutik” kavramı kelime kökeni ile birlikte tarihsel gelişimi çerçevesinde kısaca açıklanmakta, daha sonra da hermeneutik kavramı üzerinde hukuksal yorum bağlamı esas alınarak durulmakta ve hukuk metinlerinin hermeneutik anlamda değerlendirilmesinin amacı ve özellikleri, modern hermeneutik yaklaşımı şekillendirdiği kabul edilen H. G. Gadamer'in görüşleri doğrultusunda ele alınmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümüne, anayasanın yorumlanması tartışmasında hermeneutiğin konumu orijinalist yaklaşımla karşılaştırmalı olarak ele alınarak başlanmaktadır. Ardından da sırasıyla anayasa hukukunda hermeneutik somutlaştırma metoduna, Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya anayasal hermeneutiklerinde temel değerlerin rolüne ve yapıbozumcu yaklaşıma kısaca değinmek suretiyle anayasal hermeneutiğe dair birkaç örnek verilerek çalışma sonlandırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hermeneutik, hukuk, anayasa, metin, yorum

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Arş. Gör., yesim.ican@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9441-3620

ABSTRACT

In this study, the concept of “hermeneutic” is tried to be discussed within the framework of the constitutional law. As a sum of human specific processes shaped around concepts such as text, comprehension, understanding and interpretation; hermeneutics who come into contact with various fields such as religion, history, literature and law, have a response for the whole of those fields, are discussed in the context of the problem of interpretation in constitutional law. In the first part of the study, the concept of “hermeneutic” is explained briefly within the framework of its historical development along with its etymological origin; then, the concept of hermeneutic is emphasized on the basis of the context of legal interpretation and the purpose and characteristics of hermeneutical consideration of legal texts are discussed in the light of H. G. Gadamer's views, which are considered to shape the modern hermeneutical approach. The second part of the study begins with the position of hermeneutics in the discussion of the interpretation of the constitution in comparison with the originalist approach. Then, respectively; the study concludes by giving a few examples of constitutional hermeneutics by briefly touching on the hermenutic concretization method in constitutional law, the role of fundamental values in constitutional hermeneutics of the USA and Germany, and the deconstructive approach.

Key Words: Hermeneutics, law, constitution, text, interpretation

I. HERMENEUTİK VE HUKUKSAL HERMENEUTİK

A. HERMENEUTİĞİN TARİHÇESİ

Batı felsefesinin en eski konularından biri olan hermeneutiğin kökeni Yunan mitolojisine dayanmaktadır. Hermes tanrılarının habercisidir, onların buyruklarını ölümlülere iletir. Onun bu görevi yerine getirilmesinde hermeneutik kavramının tüm kapsamıyla anlamı yatmaktadır. Hermes, tanrılardan aldığı mesajı önce anlar ve yorumlar. Böylece tanrılarının iletilmesini istediği mesajı kavrar. Ardından bu mesajı dillerine hâkim olduğu ölümlülerin anlayabileceği şekilde yalınlaştırır ve onlara aktarır. Yani hermeneutik bir bildirme, bir haber verme, çeviri yapma ve açıklama sanatıdır¹.

Hermeneutik kavramı, Yunanca bir fiil olan ve genellikle yorumlamak anlamında kullanılan *"hermeneuein"* ve yorum anlamında kullanılan *"hermeneia"* kelimelerinden türemiştir. Hermeneutik, Almanca anlamak anlamına gelen *"verstehen"* terim karşılığı ile modern anlamına kavuşmuş ve ilk dönemlerdeki yaklaşımın aksine yalnızca kutsal metinlerin değil tüm insani ifadelerin anlaşılmasında kullanılacak bir felsefi yaklaşım niteliğine bürünmüştür. Hermeneutik faaliyet; açıklama, yorumlama, tercüme etme gibi eylemlerle anlaşılmasız olanları açığa çıkarmaya, anlaşılır kılmaya yöneliktir. Neticede tüm bu eylemler, anlama hedefi ekseninde şekillenmektedir².

Hermeneutik, Homeros ve diğer şairlerin eserlerinin yorumlanması ihtiyacı nedeniyle doğmuştur. Sofistler ve retorik okulunun retorik ile bu anlama sanatı arasında bağlantı kurmaları ile birlikte hermeneutik sağlam bir temel kazanmıştır. İskenderiye Okulunun eski Yunan metinlerini derleme, düzenleme ve yorumlama çabaları hermeneutiğin gelişim sürecinde ikinci bir basamak oluşturmuştur. Daha sonraları Antakya Okulu ve İskenderiye Okulları arasında Hıristiyanlığın kutsal metinlerinin anlaşılması ve yorumlanması bakımından doğan tartışmalar neticesinde ilk hermeneutik kuramlar ortaya atılmıştır. Antakya Okulu daha çok gramatik-tarihsel ilkelere başvurup metinlerin çifte anlam taşıyabileceğini kabul etmezken İskenderiye Okulunda metinlerin yüksek tinsel anlamının basit sözel anlamdan ayrılabilceği

¹ Taşdelen, V. (2008). *Hermeneutiğin Evrimi "Kesitler"*, Ankara: Hece Yayınevi, s.15.

² a.g.e., s.20.

savunulmuştur. Hermeneutiğin en uzun süre kullanıldığı alan kutsal metinlerin yorumlanması olmuştur³.

Rönesansın Antik Yunan ve Roma metinlerini asıllarına uygun olarak yeniden inşa etme amacını taşıyan filolojik eleştiri yöntemleri ile birlikte hermeneutiğin en büyük adımlarından biri atılmış ve sistematik yorum kurallarının geliştirilmesi için bir temel oluşturulmuştur. İncil'in yeniden anlaşılmasını amaçlayan Reform Hareketleri de genel geçer bir kutsal metin yorumuna ulaşılması hedefi doğrultusunda psikolojik veya teknik açıklama ilkesi gibi daha önce kullanılmamış araçlar oluşturmuş olması bakımından hermeneutiğin gelişiminde önemli bir yere sahiptir. Rönesans'la başlayıp Schleiermacher'e kadar geçen süre zarfında yapılan çalışmalar, teolojik hermeneutiğin yanında felsefi ya da filolojik hermeneutik ile hukuk hermeneutiğinin de doğmasını sağlamıştır. Daha sonra bu üç hermeneutiğin iç içe geçmesi ile birlikte genel hermeneutik oluşmuştur⁴.

Bilim ve metodolojinin öne çıktığı yeni çağda hermeneutik epistemolojik bir yaklaşım hâlini almaya başlamıştır. 1668-1774 yılları arasında yaşayan Giambastista Vico, hermeneutiğin insan bilimlerinin metodolojisi hâline gelmesinde önemli bir rol oynamıştır. Alman Tarih Okulu ve Dilthey üstünde etkili olan Vico, insan, tarih ve kültür dünyasının anlaşılabilirliğini vurgulayarak empatik bir tarihsel yaklaşımla insanın kendi ürettiği dünyayı doğal dünyadan daha iyi anlayabileceğini savunmuştur⁵.

1710-1759 yılları arasında yaşayan Johann Martin Chladenius, geleneksel hermeneutik anlayışını benimsemiştir. Bu anlayışa göre olağan şartlarda okunan bir metin herhangi bir güçlkle karşılaşılardan anlaşılır. Fakat anlamayı engelleyen faktörler bulunabilir. Chladenius'a göre hermeneutik, metnin anlamayı engelleyen etmenler dolayısıyla kapalı hâle gelmesi durumunda işlevsellik kazanır. Yazarın vermek istediği mesajı okuyucunun anlaması ve okuyucunun bu metni okumasındaki amacı gerçekleşirse tam anlama oluşur. Chladenius'a göre gramer ve dil kuralları ile psikolojik anlamının sunduğu bilgiyle

³ Taşdelen, V. (2008). s.96,101., Dilthey W., (2011). *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, Çev. Özlem D., İstanbul: Notos Kitap, s.26-28.

⁴ Dilthey, W. (2011), s.29-30.

⁵ Taşdelen, V. (2008). s.53-54.

tam anlama mümkün olabilir. Mantığı hermeneutikten ayırmaya çalışan Chladenius; yazarın niyeti, okuyucunun niyeti, tam anlama, anlamının psikolojik yönü ve anlamada parça ile bütün ilişkisi gibi kavramları öne çıkararak hermeneutiğin gelişimine katkıda bulunmuştur⁶.

Genel hermeneutik anlayışını benimseyen Schleiermacher 1768-1734 yılları arasında yaşamıştır. Hermeneutiği ayrı ayrı hermeneutikler olarak değil insani ifadeleri anlamının bilim ve sanatı olarak temellendirmek istemiştir. Genel bir hermeneutik oluşturma çabası onu çağdaş hermeneutiğin kurucusu konumuna getirmiştir. Hermeneutik artık yalnızca kutsal metinleri değil tüm insani ifadeleri anlama ve yorumlama sanatı şeklini almıştır. Gramatik ve psikolojik anlama, anlamının bütünselliği, anlamının tarihselliği ve anlamının döngüselligi gibi kavramlarla hermeneutiğe önemli katkılar sunmuştur⁷.

1833-1911 yılları arasında yaşayan Wilhelm Dilthey, hermeneutiği tin bilimlerinin metodolojisi hâline getirmek istemiştir. Dilthey, yaşadığı dönemde doğa bilimlerinde kaydedilen muazzam ilerlemeden etkilenmiş ve doğa bilimlerinde benimsenen metodolojik yaklaşımın bir benzerini tin bilimlerine aktarmayı hedeflemiştir. Anlamayı bilimsel bir çerçeve içinde, nesnellik ve evrensellik bakımından temellendirmeye çalışmıştır. Ona göre hermeneutik yöntemin nihai amacı, yazarı onun kendisini anladığından daha iyi anlamaktır⁸.

Martin Heidegger 1889-1976 yılları arasında yaşamıştır. Heidegger, hermeneutiği bir yöntem olma iddiasından uzaklaştırarak felsefi bir yapıya dönüştürmüştür. Hermeneutik bir yöntem değil insan çabasını anlamaya ve yorumlamaya yönelik bir girişim hâlini almıştır⁹.

1900-2002 yılları arasında yaşayan Hans Georg Gadamer, hermeneutiği, başka bir dünyaya ait anlam bağlamını, içinde yaşanan dünyaya aktarma ve çevirme etkinliği olarak ele almıştır. Dilthey'in hermeneutiğe metodolojik yaklaşımının hedeflediği nesnellik, evrensellik ve genellik ideallerine karşı çıkmıştır. Hermeneutiğe felsefi bir boyut getirmiş ve yaşam dünyasını bu yaşam içinde çıkan anlam ile birlikte

⁶ a.g.e. s.55-71.

⁷ Taşdelen, V. (2008). s.83,105; Dilthey W. (2011), s.106.

⁸ Taşdelen, V. (2008). s.118,146.

⁹ a.g.e. s.147.

anlamayı hedeflemiştir¹⁰. Hukuki hermeneutiğin ve anayasa hukukunda hermeneutiğin güncel değerlendirilmesi büyük ölçüde Gadamer'in görüşleri ve onlara karşı yöneltilen eleştiriler etrafında şekillenmektedir.

B. HUKUKTA YORUM VE HUKUKSAL HERMENEUTİK

Klasik yorum bakış açısı ile ele alındığında yorum, geniş manasıyla anlama anlamına gelmektedir. Dilsel işaretlerin anlaşılması onların yorumlanmasını gerektirmektedir. Dilsel işaretler, anlamlarını yorumlanmaları ile birlikte kazanmaktadırlar. İfadenin anlamı konusunda şüphe olmaması durumunda derhâl ve düşünmeksizin anlamının gerçekleşeceği ileri sürülmektedir. Böyle bir durumda yoruma ihtiyaç duyulmayacaktır. Aksi hâlde ise anlam, ilgili dilin yorum kuralları yardımıyla belirlenecektir. Burada somut durumda kullanılan bir ifadenin anlamı konusunda şüphelerin doğması neticesinde yapılan bir belirleme işlemi olarak ifade edilen, dar anlamıyla yorum faaliyeti devreye girmektedir. Anlam, gövdesinde somutlaştığı metin biçiminden mekanik yapıbozum yoluyla elde edilebilir bir varlık olarak kabul edilmektedir¹¹.

Hukuksal yorum, klasik yorum teorisi çerçevesinde hukuksal metnin yazıldığı dilin özelliklerinden ya da bu dilin metnin hazırlanması sürecinde sorunlu şekilde kullanılmasından kaynaklanan anlamsal belirsizliklerin giderilmesi aracı olarak ele alınmaktadır. Klasik yorum yöntemleri ve kuramlarının ortaya çıkmasına neden olan bu anlayış, yorumu, metinleri yalnızca dil bilimsel bağlamlarında ele alarak yöntemsel bir çerçeveye sınırlı kaldığı yönünde eleştiriye uğramaktadır. Tüm kavrayışların hatta doğa bilimsel anlayışın bile pozitivist görüşlerin aksini iddia etmesine rağmen yorumsal ve hermeneutik olduğu savunulmaktadır¹².

Doktrinde Gözler, Fransız ve Türk hukuk literatüründe yorum konusu üzerinde pek durulmadığını ifade etmektedir. Yorum konusunun

¹⁰ a.g.e. s.192.

¹¹ Kılıç, M. (2011). "Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, s.63-78, 65; Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, s.158, 159.

¹² Perry, M.J. (1992). "Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and vice versa)", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s.243, Kılıç, M.(2011). s. 64.

genellikle klasik yorum teorisi doğrultusunda yorum çeşitleri, yorum metotları ve yorumda kullanılan mantık kuralları bakımından yaklaşıldığını belirterek yorumun niteliğinin ele alınmadığına değinmektedir¹³. Yorumun amacına bakış hususuna değinen Uzun ise Türk hukuk literatüründe yorum konusunun yalnızca anlamı ve doğru sonucu hedeflemek amaçları bakımından ele alındığı noktasında bir eleştiride bulunmaktadır. Bu noktada A. Aarnio ve A. Peczenik'ten örnek vererek yorum ifadelerinin amacının hukuki belirlilik ile ahlaki kabul edilebilirlik arasındaki optimum dengenin sağlanması olarak ifade edilebileceğini belirtmekte ve böyle bir tanımda yer alan ifadelerin de tartışma konusu yapılabileceğini ancak nihayetinde bu şekildeki bir amacın amaçsızlıktan daha iyi olacağı yorumunu eklemektedir¹⁴.

Hukuksal hermeneutik, yorum konusuna klasik yorum teori ve metotlarından farklı bir bakış açısı ile yaklaşmaktadır. O; metni evrensel verili, okuyan tarafından *per se* (kendiliğinden) anlaşılan ve sonra da tikel durumlar için kullanılan bir şey olarak kabul etmemektedir. Aksine yorumcunun amaçladığı şey, yalnızca bu evrenseli (metni) yani onun söylediği şeyi, anlamını ve önemini oluşturan şeyi anlamaktır. Metni anlamak için yorumcu, kendisini ve kendi özel hermeneutik durumunu hesap dışında tutmaya uğraşmamalıdır. Metni bir şekilde anlamak istiyorsa bu durumla ilişkilendirmelidir¹⁵. Bir hukuk metninin uygulayıcısı, elindeki metni bilinçli ya da bilinçsiz mutlaka yorumlayacak ve onun etkisiyle de metnin uygulanacağı olayı yorumlayacaktır. Bu noktada hermeneutik daire kavramı öne çıkmaktadır. Hermeneutik dairenin bir tarafında yer alan norm metninin lafzı, olayın betimlenmesini belirlerken dairenin diğer tarafında yer alan olayın betimlenmesi süreci de uygulanması olası normları belirlemektedir¹⁶.

C. GENEL HERMENEUTİK İLE İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HUKUKSAL HERMENEUTİK

Yasanın özünde mükemmel olduğu ancak dış görünümü bakımından

¹³ Gözler, K. (1998). s. 158.

¹⁴ Uzun, E. (2012). "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli Midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 93.

¹⁵ Gadamer, H. G., (2008). *Hakikat ve Yöntem*, II. Cilt, Çev. ASLAN, H. ve YAVUZCAN, İ. İstanbul: Paradigma Yayınları, s. 87.

¹⁶ Heper, A. (2012). "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, s. 81.

dilsel/anlamsal sorunları bulunabileceği ve yargıcın görevinin de bu sorunları aşarak doğru anlamı ortaya koymak olduğunu savunan pozitivist bakış açısı karşısında hermeneutik anlayış, yasanın da mutlaka eksiklikleri bulunacağını ve yargıcın yorumlarıyla bu eksiklikleri tamamlama yükümlülüğünü taşıdığını kabul etmektedir. Bu husus, Aristoteles'in hakkaniyet analizinde ifadesini bulmaktadır. Hakkaniyet, yasanın düzeltilmesidir. Aristoteles, her yasanın somut eylemle zorunlu bir gerilim hâlinde olduğunu ve dolayısıyla tam somutluğuyla pratik gerçekliği taşıyamadığını belirtmektedir. Hukuki hermeneutik kendini burada göstermektedir. Yasa her zaman eksiktir ancak kendi içinde yetersiz olması nedeniyle değil insani gerçekliğin hukukun düzenlenmiş dünyasına göre kusurlu olması ve dolayısıyla da hukukun birebir uygulanmasına izin vermemesi nedeniyle. Ona göre yasalar sistemi, mutlak anlamda doğru hukuk değildir. Hakkaniyet kavramı da hukuka zorunlu ek olarak dikkate alınmalıdır. Mutlak anlamda değiştirilemez bir yasa/hukuk fikrini kesinlikle kabul etmekte ancak onu açıkça tanrılarla sınırlandırarak insanlar arasında yalnızca yazılı hukukun değil aynı zamanda doğal hukukun da değişebileceğini/değiştirilebileceğini söylemektedir¹⁷.

Anlaşılması gereken anlamın ancak yorum faaliyeti ile somutlaştırılarak anlaşılabilirliği görüşü tüm hermeneutik alanlar bakımından ortaktır. Hukuki hermeneutik ile anlam bilimleri hermeneutiği arasında esasında büyük bir uçurum bulunmamaktadır. Egemen görüş, amacını mevcut metinleri anlamak değil hukuk dogmatığı sisteminde bir gediği kapatan bir ölçü olarak görmek suretiyle hukuki hermeneutiği farklı bir bağlama taşımıştır. Bu sebeple hukuki hermeneutiğin hermeneutiğin anlam bilimlerindeki göreviyle (geleneğe ait materyali anlamak) hiçbir alakası olmadığı düşünülmüştür. Fakat Schleimacher bilinçli olarak onu bütünüyle genel hermeneutiğe yerleştirmiş ve onun özel bir uygulaması olarak görmüştür¹⁸.

Gadamer, hukuki hermeneutiğin yapısını ve genel hermeneutik kapsamında ele alınmasının mümkün olup olmadığını gözlemleyebilmek amacıyla hukuki ve tarihsel hermeneutiğin birbirlerinden ayrılması üzerinde durmuştur. Bu değerlendirme, hukuki ve tarihsel hermeneutiğin aynı nesneyle ilgilendiği durumları dikkate alınarak

¹⁷ Kılıç, M. (2011). s.69; Gadamer, H.G. (2009), s. 88.

¹⁸ Kılıç, M. (2011). s.68; Gadamer, H.G. (2009).s.88.

gerçekleştirilebilecektir. Örneğin hukuk tarihçisi ile hukukçunun aynı hukuk metni karşısında geliştirdikleri yaklaşımları ele alınarak dogmatik ilgi ile tarihsel ilgi arasında kesin bir ayrımın var olup olmadığı değerlendirilebilecektir¹⁹.

Bir hukukçu, yasanın anlamını, ele aldığı davadan hareketle ve bu dava adına anlamaktadır. Tersine hukuk tarihçisi için başlangıç noktası olacak bir dava bulunmamaktadır. Hukuk tarihçisi yasanın anlamını, uygulamalarından yekpare bir seri inşa ederek belirlemeyi dener. Bu yüzden hukuk tarihçisi yasanın ilk uygulamasını asıl anlamını belirleyen şey olarak görmekle yetinemez. O bir tarihçi olarak daha ziyade yasanın maruz kaldığı tarihsel değişmeyi dikkate alacak ve anlama sırasında yasanın ilk uygulaması ile şimdiki uygulaması arasında arabuluculuk yapacaktır²⁰.

Bu durumda tarihçinin görevi yalnızca yasanın ilk anlamını inşa etmek olarak kabul edilirken hukukçunun görevi, tarihçinin görevini de kapsar şekilde bu anlamı yaşayan gerçeklikle uyumlu hâle getirmek olarak görülecektir ve Gadamer'e göre de bu yeterli değildir. Hukuk konusunda genel eğilim, onun anlamının açık olduğunu ve şimdinin hukuki pratiğinin ilk günkü anlamını koruduğu varsayımını benimseme yönündedir. Bunun doğru olması hâlinde yasanın anlamı sorunu, hem hukuki ve hem de tarihsel bakımdan aynı olacaktır. Hukukçunun hermeneutik görevi yalnızca yasanın ilk anlamını tespit etmek ve onu doğru/adil bir yasa olarak uygulamak olacaktır. Bu görüşü benimseyen Savigny hukuki hermeneutiğin görevini tamamen tarihsel kabul etmiştir. Schleiermacher'in yorumcunun kendisini ilk okuyucuyla özdeşleştirmesinde hiçbir sorun görmemesi gibi Savigny de ilk anlam ile şimdiki hukuki anlam arasında hiçbir hukuki gerilim bulunmadığını düşünmüştür²¹.

Bu yaklaşım karşısında Ernst Forsthoff, bir yasanın ilk anlamı ile hâlihazırdaki hukuk pratiğinde aldığı anlam arasında ayrım yapılmasını gerektiren bir tarih bilinci geliştirmenin zorunlu olduğunu ortaya koymuştur. Hukukçu her zaman bizzat yasanın kendisiyle ilgilenmektedir fakat o, yasanın normatif içeriğini yasanın uygulandığı

¹⁹ Gadamer, H.G. (2009).s.89.

²⁰ a.g.e., s.89,90.

²¹ a.g.e. s.92.

davaya ya da duruma göre belirlemektedir. Bu içeriği tam anlamıyla belirlemek için ilk anlamının tarihsel bilgisine sahip olmak zorundadır ve bu nedenle yargıç, yasanın yasama eylemi sırasında taşıdığı terimsel değerle ilgilenir. Fakat kendini bununla sınırlı tutmaz. Daha çok şartlardaki değişimleri dikkate alarak yasanın normatif işlevini yeniden tanımlar. Tarihçi de bunu yapmaktadır. Tarihsel bilgiyi, geçmişi yalnızca şimdiyle sürekliliği dâhilinde görerek elde etmektedir. Bu; hukukçunun pratik, normatif “hukukun kesintisiz sürekliliğini teminat altına alma ve hukuki düşünce geleneğini koruma” faaliyeti sırasında yaptığı ile aynı şeydir²².

Her hermeneutik biçim için ortak olarak görülen şey, anlaşılması gereken anlamın, yalnızca yorumda somutlaşarak tam anlamıyla kavranabileceğidir. Yorumlama eylemi bütünüyle kendisini metnin anlamına bağlı görecektir. Ne bir hukuk adamı ve ne de bir teolog uygulama faaliyetini metinden bağımsızlaşma olarak okuyabilecektir²³.

D. GADAMER'İN ANLAYIŞINDA HUKUKİ HERMENEUTİĞİN AMACI, KAPSAMI VE NİTELİĞİ

Yargıç, hukuku/yasayı güncel ihtiyaçlara adapte ederken pratik bir görevi yerine getirmeye çalışmaktadır fakat onun hukuku/yasayı yorumu bu nedenle kesinlikle keyfi bir revizyon değildir. Burada anlamak ve yorumlamak, geçerli anlamı keşfederek bilmektir. Yargıç, hukuki düşünceyi aracılık ederek şimdiye uygun hâle getirmeyi denemektedir. Bu hukuki bir uzlaştırmadır. Yargıç, yasanın yürürlüğe konmasının veya belli uygulama durumlarının tarihsel anlamını değil hukuki anlamını anlamaya çalışmaktadır²⁴.

Anlam bilimlerinde anlamının şartlarından biri geleneğe aidiyettir. Bu, anlamayı mümkün kılan bir durum olarak hiç sınırlayıcı değildir. Gadamer, yorumcunun metne ait olma tarzını bir resme baktığımız noktadan onun perspektifine ait olma tarzımıza benzetmektedir. Bu, bir görüş noktası arama ve bir bakış açısı olarak onu benimseme meselesi değildir. Yorumcu da aynı şekilde kendi görüş noktasını verili hâlde bulur ve onu iradi olarak seçemez. Bu yüzden yasanın hukuk cemaatinin bütün üyeleri için aynı şekilde bağlayıcı olması hukuki hermeneutik

²² a.g.e. s.93.

²³ a.g.e. s.98.

²⁴ a.g.e. s.93.

imkânının temel şartıdır. Bunun böyle olmadığı yerde hermeneutik var olamayacaktır çünkü artık mutlak yönetici sözlerini genel yorum kurallarını iptal edecek şekilde izah etmektedir²⁵.

Yorumun işi, her özel davada yasayı somutlaştırmak yani uygulamadır. Uygulanacak yasaya yaratıcı ilavelerde bulunmak yargıca tahsis edilmiş bir görevdir. Ancak o da hukuk cemaatinin diğer bütün üyeleriyle birlikte aynı şekilde yasaya tabidir. Yargıcın yargısının keyfi ve öngörülemeyen bir karardan değil bütünden hareketle adilane bir değerlendirmeden doğması hukuk yönetimi fikrinin unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Kendini belli bir duruma yerleştirmiş herkes, adaletli düşünmeye ve değerlendirmede bulunmaya yetenekli görülmektedir. Bu, hukuk devletinde hukuki durumun ilke olarak kesin olarak bilinebilmesinin nedeni kabul edilmektedir. Yani her hukukçu, mevcut yasalar temelinde yargıcın kararını kesin şekilde tahmin edebilecektir. Yasayı uygulamak, basitçe bir yasayı bilme meselesi olarak görülmez. Kişinin belirli bir dava hakkında hukuki bir yargıda bulunması gerektiğinde bu kişi, yasayı ve onu belirleyen bütün unsurları bilmek zorunda kabul edilir. Burada yasayı zorunlu kılan yegâne şey, hukuki düzenin herkes için geçerli sayılması ve hiç kimsenin ondan muaf olmamasıdır. Bu yüzden mevcut hukuki düzeni bu şekilde kavramak -yani herhangi bir geçmişteki ilaveyi dogmatik şekilde yasaya ilave etmek- mümkün görülür. Dolayısıyla hukuki hermeneutik ile hukuki dogmatik arasında temel bir ilişkinin varlığı kabul edilmektedir. Hermeneutiğin dogmatikte çok önemli bir yeri vardır. Çünkü her yargıyı kapsamı içine alacak, basit bir mantıksal içerme işlemi olarak bir hukuki dogmatik fikri savunulamayacaktır²⁶.

Modern bilimsel araştırma sürecinde geleneğin nesnelleştirildiği, yorumcunun etkisinin ve anlama zamanının metodolojik olarak hesap dışı tutulduğu ifade edilmektedir. Bu bakış açısının bilimin yöntemi dolayısıyla her sübjektif uygulamadan bağımsız kaldığını iddia etmekte olduğu kabul edilmektedir. Yorumcunun doğrudan doğruya ilk muhatabın yerini alamadığı durumlar örnek verilerek metnin anlamını bütünüyle anlamak için yorumcunun kendisini neredeyse söz konusu

²⁵ a.g.e. s.94.

²⁶ Gadamer, H.G. (2009). s.95,96., Uğur, A. (1983). "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.38, S.1, s.191.

muhabatın yerine koyması gerektiği ve bu yer değiştirme metne tam somut biçiminin verilmesine katkıda bulunduğu süreç, yorumun başarılı olarak görülebileceği fikri modern bilimsel bakış açısı olarak görülmektedir. Fakat kişinin kendisini ilk okuyucunun konumuna yerleştirmesi (Schleiermacher) uygulamadan çok farklı bir şey olarak benimsenmektedir. Uygulama, fiilen aracılık görevini o zaman ile şimdi, sen ile ben arasında arabuluculuk/ilişki kuruculuk görevini iptal eden hukuki hermeneutiğin de görevi saydığı şey olarak kabul edilmektedir²⁷.

Yorumlayanın içinde bulunduğu tarihsellikten, ön yargılarından ve ait olduğu gelenek dünyasından kendini soyutlaması söz konusu değildir. “Ön yargı” araştırma konusu ile ilgili ön yargı ve ön kavramların varlığına atıfta bulunmaktadır. Hiçbir metin karşımıza oturup anlamını ilan etmemektedir. Okuyucular, metne ve onun geleneğine sorular sormalı ve herhangi bir anlam inşa etmeden önce metnin sadık şekilde uygulanabileceği yolların bilincinde olmalıdır. Metne yöneltilen sorular ve olası uygulama yolları Gadamer tarafından ön yargı terimine dâhil edilmektedir. Ancak bu ön yargı tanımı kör bir iradeyi ya da gerekçe yokluğunu ima etmemektedir²⁸.

Hukuki metinde bulunduğu varsayılan hakikat; yorumlayanın metni, bilincinde olduğu ön yargılarından ve geleneklerinden sıyrılmaksızın ele alması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Burada anlama döngüsü olarak aktarılacak bir devrim söz konusudur. Bu etkileşim, bütünden parçaya ve parçadan bütüne doğru bir döngüsellik taşımaktadır. Yorumcunun anlam ufku ile metnin anlam ufku arasında bir kaynaşma meydana gelmektedir²⁹.

Gadamer, hermeneutik çabayı bir yöntem ya da metodoloji sorunu olarak görmez. O, daha çok aydınlatıcı ve iyileştiricidir. Buna uygun olarak anlama sürecini ön yargıdan arınmış, teknik ve doğa bilimsel bir problem olarak ele almamaktadır³⁰. Amacının metinlerin tercüme edilmesi için kurallar ya da prosedür serileri geliştirmek olmadığını sık sık vurgulamıştır. O, yasayı yorumlarken hangi adımları atacağımızı söylemez. Onun amacı felsefidir. Felsefi hermeneutik kendisi için

²⁷ Gadamer, H.G. (2009). s.100,101.

²⁸ Leyh, G. (1988). “Toward a Constitutional Hermeneutics” *American Journal of Political Science*, C. 32, S. 2, s.375.

²⁹ Kılıç, M. (2011). s.73; Gadamer H.G. (2009).s.105-110.

³⁰ Kılıç, M. (2011).s.73.

ontolojik bir görev belirlemektedir. Bu ilk başta anlayışın meydana gelmesine izin veren, okur ile metin, geçmiş ile gelecek arasındaki kaçınılmaz ilişkiyi belirlemedi³¹. Yasal yorum, doğası gereği dinamik bir kurumdur ve o, yorumda bulunanın yasaya yaklaşımını canlandırması gereken araştırmanın ruhudur³².

Bir metnin anlamının açıkça anlaşılmadığı yerde yorum zorunludur. O, bir fenomenin bize doğrudan sunduğu şeye güvensizlik duyduğumuz her durumda kaçınılmazdır. Yargıç kendini bir yasa metnine eklemeler yapma konusunda yetkili kişi olarak gördüğünde tam olarak her anlamada gerçekleşen şeyi yapıyordur. Anlama ve uygulama aynı anlamda kabul edilmektedir. Uygulama verili bir evrenselin somut bir duruma uygulanması olarak görülemeyecektir. O, metnin anlanması demektir³³.

II. ANAYASA HUKUKUNDA HERMENEUTİK

Anayasa maddelerinin diğer hukuk normlarına göre daha genel ve soyut bir niteliğe sahip olmaları, onları yorum tartışmalarına daha açık hâle getirmektedir. Anayasa hükümleri ayrıca, içeriklerinin geniş bir toplumsal boyutu kucaklaması nedeni ile de siyasal-toplumsal gerçekliklerle yoğun bir ilişki içindedir³⁴. Bu noktada anayasa hukukunda hermeneutik bakış açısının teorisyenlerin belirgin sorunlara farklı bir ışık altında bakmalarına imkân tanıyabileceği, savunulan bir görüştür. Anayasal hermeneutiğin öncelikli üstünlüğünün kendi pratik uygulamalarının felsefi varsayımlarını daha iyi kavramak isteyen anayasa yorumcularının kendi anlayışlarını derinleştirme olduğu ifade edilmektedir. Bu teorik üstünlüğün güncel anayasal anlamın daha açık hatta daha doğru anlaşılması için pratik düzeyde araçlar sağlayarak kendini göstereceği savunulmaktadır³⁵.

Anayasaların yorumlanması bakımından hermeneutik yaklaşıma başvurulmasına örnek olarak literatürde daha çok ABD Anayasası'nın yorumlanmasına ilişkin tartışmalarda rastlanmaktadır. Hermeneutik yaklaşım genellikle orijinalist yorum yaklaşımına karşıtlığı bakımından

³¹ Leyh, G. (1988). s.372.

³² Eskridge, W. N. (1990). "Gadamer/Statutory Interpretation", *Cardozo Law Review*, Cilt 90, S. 3, s.679.

³³ Gadamer, H.G. (2009). s.111.

³⁴ Uğur, A. (1983). s.192.

³⁵ Leyh, G. (1988). s.369.

ele alınmaktadır. Aşağıda anayasanın yorumunda hermeneutik yaklaşım, bu karşıtlık ve orijinalizmin özellikleri örneği bağlamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Ardından ABD ve Almanya anayasal hermeneutikleri örneği üzerinde temel değerlerin rolü bağlamında durulmuş ve son olarak da pozitivist yaklaşım ve sosyolojik yaklaşımlar arasında bir orta yol sunma iddiasındaki hermeneutik somutlaştırma yaklaşımı ve yapıbozumculuk yaklaşımı örnekleri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASI'NIN YORUMLANMASINDA ORİJİNALİZM-HERMENEUTİK TARTIŞMASI

Hukuksal hermeneutik, Amerika Birleşik Devletleri yasal söylemine 1839'da Francis Lieber ile girmiştir. Ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında, hermeneutik ile ilgili esas çalışmalar edebî kuramcılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Hukuk kuramcıları ise 1970 ve 80'lerde yasal metinlerin yorumlanması ile ilgili sorunlar üzerine odaklanmaya başlamıştır. Yasal metinlerin yorumlanması tartışmasında ise en fazla üzerinde durulan metin şüphesiz anayasa olmuştur. Anayasa, ülkenin hukukunun ve kamu politikasının bağlayıcı çerçevesi konumundadır. Medeni bir toplumda hukukun üstünlüğüne inanan insanların başlangıç noktası olarak görülmektedir. Bu nedenle anayasanın anlamının anlaşılabilir olduğu ölçüde yorumcularını bağlaması gerektiği kabul edilmektedir. Fakat anayasa metninin anlamını belirlemek her zaman çok kolay görülmemektedir³⁶.

ABD, hukuk teorisinde 1970 ve 1980'li yıllar; hukuki metinlerin yorumlanmasına dair farklı bakış açlarına sahip yorumcular ve yorumcu olmayanlar, orijinalistler ve orijinalist olmayanlar, sıkı ve liberal yapısalcılar ve metinselciler ile metinselci olmayanlar gibi farklı yaklaşımlar arasında yoğun tartışmaların yaşandığı bir dönem olmuştur. Tartışmanın odak noktasında yargısal denetimin amaçlarını yerine getirmek için tek kaynağın anayasa mı olduğu yoksa hâkimlerin yazılı metni, içtihat, uygulama ve ortak ahlakta üstü kapalı olarak var olan yazılı olmayan kurallarla da desteklemesi mi gerektiği sorusu yer

³⁶ Davis D. H. (1994). *Preserving the Integrity of the Constitution: an Examination of Deconstruction and Other Hermeneutical Theories*, s.5. http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity_of_the_const.pdf. (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

almıştır. Anayasanın kesin doğasının ve anlamının arayışı, anayasal anlamın belirlenmesinde anayasa kurucularının niyetlerinin konumunun sorgulanması ve anayasa kurucuların değerlerini aşan değerlerin -hatta onlara zıt olan- Yüksek Mahkeme tarafından anayasallaştırılmasının meşru olup olmayacağı ile ilgili kaygıları da içeren çeşitli sorunlar üzerinde durulmaktaydı³⁷. 1980'li yıllarda, çözümsüz görülen bu tartışmalara edebî teoriler de dâhil edilmiştir. Metnin bir şekilde subjektif yorumlardan sıyrılabileceğine ilişkin metinsel otonomi iddiasına meydan okunmuştur³⁸.

1. Orijinalist Yorum Anlayışı

Doktrinde Davis, hâkimin anayasal kararlar alırken hangi düşüncelere dayanması gerektiği sorusuna ilişkin olarak verilen cevapların iki temel eksene bağlı olarak ele alınabileceğini iddia etmektedir. Bu konudaki terminoloji çeşitliliğine rağmen ona göre orijinalistler ve orijinalist olmayanlar ayrımı ile anayasanın modern yorumunda anayasayı yapanların “orijinal” niyetlerinin ne ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiği tartışmasının odak noktasını yakalamak mümkün olmaktadır³⁹.

Orijinalizm üzerinde duran Leyh'e göre bu teorinin ana teması, kavramsal gerçeğin metnin orijinal anlamından ibaret olduğudur. Anayasal anlamın geçmişte yattığı söylenmektedir. Yorumun amacı, beklemekte olan geçmiş amacı yeniden canlandırmaktır. Fakat Leyh'e göre aslında böyle bir bakış açısı, tarihsel anlayışın ontolojik karakterini bildirme konusunda başarısızdır ve bu nedenle yorumsal eylemi yanlış algılamakta ve tanımlamaktadır. Orijinalizm homojen bir bakış açısı değildir ve onun hakkındaki genellemelerin savunucuları arasındaki farklılıklara hassas olması gerektiği ifade edilmektedir. Ortak noktaları, anayasal anlamın prensipte sabit ve değişmez olduğu ve bu anlamın anayasal metni doğru tarihsel bağlama yerleştirme yoluyla keşfedilebilirliği fikirlerini benimsemeleridir. Buna göre anayasal anlam; olası metnin anlam aralığını sınırlandıracağı söylenen, tarihsel bağlamla sınırlı, dikkatli bir çalışma yoluyla geri kazanılabilmektedir⁴⁰.

³⁷ Leyh, G. (1988). s.370.

³⁸ Davis, D. H. (1994). s.5.

³⁹ a.g.e. s.5.

⁴⁰ Leyh, G. (1988). s.378.

Orijinalizm taraftarları, metnin orijinal anlamının sabitlenmesi gerektiğini ve temel değer seçimleri yapıldığında Yüksek Mahkemeye metni başıboş yorumlama yetkisinin tanınmaması gerektiğini iddia etmektedirler. Orijinalizm, yargısal yorum yoluyla hâkimlerin anayasada modern değer önceliklerini okumalarını ve böylece modern ahlaki normların anayasalaştırılmasını kısıtlamak gibi bir arzu tarafından güdülenmiş kabul edilmektedir. Orijinalizm ayrıca metnin orijinal şekilde anlamlandırılmasına sadık kalmanın hükûmet suistimallerine karşı en güçlü koruma olduğu inancından esinlenmektedir. Anayasanın yapımı sırasında doğan büyük uyuşmazlıkları ancak sonuç metnine nasıl ulaşıldığının anlaşılması bakımından dikkate aldıkları ileri sürülmektedir. Orijinalistlerin, orijinal niyetleri ülkenin kılavuzu olarak gördükleri ve bu kılavuz olmazsa amaçsızca sürükleneceklerini ve nihayetinde atanmış Yüksek Mahkeme yargıçlarının dilediği gibi belirledikleri kanunlar tarafından yönetileceklerini iddia ettikleri belirtilmektedir. Ayrıca orijinal hükümden ayrılabilme imkânının anayasal metnin değişim prosedürlerinin öngörülmesi yoluyla tanındığını savundukları ifade edilmektedir⁴¹.

Leyh'e göre orijinalistler, güncel dil felsefesinin basit fakat belirgin bir noktasını gözardı etmektedir. Bu da sosyal yaşam değişirken ahlaki kavramların da değiştiğidir. Anayasalar ahlaki kavramların kullanımını belirgin hâle getirdiğinden beri siyasi, sosyal, ekonomik ve yasal düzenlemeler değiştikçe anayasal anlam da kaçınılmaz olarak değişmelidir. Ona göre ahlaki dilde istikrarı zorunlu tutmak, ahlaki dilin kendi doğasını küçümsemektir⁴².

Metinler ve tarihçeleri, objektif anlamlarının tarafsızca ortaya çıkarılmasını geçmişte bekler şekilde mevcut değillerdir. Tarihsel söylemin öznel arası doğasından izole basit tarihî gerçekler yoktur. Geçmiş görmemiz için bize yol açan ön yargılarımızdır. Böylece anayasal yorumu kurucuların tarihsel bağlamlarının tortularından sabit anlamlar çıkarma olarak gören bakış açısı, anayasal hermeneutiklerin zayıflatılmış bir açıklamasını sunar görülmektedir. Bu açıklama; anlamı inşa etmeye olanak tanıyan mevcut koşulları, kategorileri ve soruları unutmaktadır⁴³.

⁴¹ Leyh, G. (1988). s.378; Davis, D. H. (1994). s.5.

⁴² Leyh, G. (1988). s.378.

⁴³ a.g.e. s.379.

Leyh, dar bir orijinalist yorum fikrinin sonucunu pratik olarak çok önemli görür. Ona göre burada anayasal yorum politikaları aldattıcıdır. Yorumun orijinalist yanlış anlaşılması, ahlaki ve siyasi değişime anayasal frenler ekleme sonucunu doğurmaktadır. Söylemi kısıtlamak yaşam tarzımızı kısıtlamaktır. Böylece temel hukuka bağlılığı ifade etmek olan anayasal hermeneutiklerin amacının bu bağlılığı orijinalizmin ilkeleri tarafından yıkılmaktadır. Leyh, orijinalizmin metnin anlamının günümüz ahlaki diline yargısal tercümesi olasılığını inkâr ettiği sürece anayasaya sadakat düşüncesini baltaladığını oysa böyle bir tercümenin yasal hermeneutiğin özü olduğunu savunmaktadır⁴⁴.

Terrence Ball'un orijinalizm eleştirisi ise iki iddia üzerinden şekillenmektedir. İlk iddia, bir yazarın inanç ve niyetlerini keşfetmenin, bu niyet ve inançların ilk kez çerçeve altına alındığı zamanki dil veya söylemin yeniden inşa edilmesini ya da geri kazanılmasını gerektirdiğidir. Bu, güç olmasına rağmen yapılabilir bir şeydir ve kavramsal tarihçiler tarafından yapılmaktadır da. Ball'un ikinci ve daha tartışmalı iddiası ise neden hâkimlerin, Yüksek Mahkeme hâkimlerinin ya da sıradan vatandaşların anayasa kurucuların duygularını ifade ettiği ve niyetlerini açıkladığı kelimeler dünyasını yeniden inşa etmeye eğilen kavramsal tarihçiler olmadıklarına ve olmamaları gerektiği konusunda sunduğu dikkate değer gerekçelere ilişkindir. Anayasa kurucuların niyetlerini içinde çerçeveye aldıkları inançlar, söylemsel ve dilsel kurallar bizimkilerden birçok bakımdan dikkate değer derecede farklıdır⁴⁵.

Fallon, anayasal orijinalizm eleştirilerinin çoğunlukla, orijinalist projelerin gerçekleştirilmesi zor ve hatta imkânsız olduğunu ileri süren hermeneutik teori ile dolu olduğunu öne sürmektedir. Bir grup hukuk yaratıcısının niyetlerinin ya da bir metnin orijinal anlamının azimli araştırmacılar tarafından keşfedilmeyi bekleyen basit gerçekler olmadığını ifade ederek niyet kavramının çok karmaşık ve çok yüzlü bir yapı olduğunu belirtmektedir. Çok üyeli bir yapının, bazı üyelerin hakkında hiç düşünmediği ve bazılarının da hakkında fikir ayrılıkları yaşadığı belli bazı konularla ilgili niyetini tespit etmenin yorum yapanın varsayımlarından, değerlerinden ve de hedeflerinden asla tamamen ayrı tutulamayacak, yapıcı bir girişim olduğunu ifade eder. Bir hukuki metnin

⁴⁴ a.g.e. s.379.

⁴⁵ Ball, T. (1992). *Constitutional Interpretation and Conceptual Change, Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 138.

orijinal anlamını belirlemek, ona bir amaç yüklemeye dayanmaktadır. Özellikle tarihsel koşullar değişirken amaç yükleme kaçınılmaz şekilde varsayımlar, değerler ve eğer bireysel bir yorum değilse bile yorumlayan topluluğun hedefleri ışığında oluşmaktadır. Bu tartışmaların eleştirilenler tarafından ideal tarihçi ile ilişkilendirilen pozisyonlar bakımından yıkıcı görülmesine rağmen görüş taraftarlarının bu saldırıları pek de haksız sayılmayacak gerekçelerle genelde dikkate almamaktadır. Onlara göre eğer hukukun üstünlüğü bir ideal ise onun hiçbir zaman tam olarak gerçekleştirilemeyeceğini göstermek, fikrin terk edilmesi gerektiği anlamına gelmeyecektir. Yöntemin hassas savunucuları ideal tarihçi ile ilişkili olarak hukukun üstünlüğüne mümkün olduğunca yaklaşımdan daha fazla bir iddiada bulunmamaktadır⁴⁶.

Fallon'a göre bu bakış açısından tarihsel anlama başvuran hukukun üstünlüğüne ilişkin kavramlar, yorumcu ve orijinal anlamı keşfedilecek metin arasında karakteristik olarak savunulamaz bir ikilik olduğunu farz etmektedir. Aslında tartışma, yorumcu ve metnin her ikisini de belli bir paylaşılmış kültür ve tarihin içine yerleştirilmiş ve kısmen onlar tarafından oluşturulmuş olarak muhafaza eder; hiçbirini her ikisinin birden konumlandırıldığı hermeneutik halkadan bağımsız olarak algılanamaz ve yorumcunun değerleri ve çıkarları da dâhil olmak üzere yorum bağlamından bağımsız ideal bir anlamın ortaya çıkarılması yalnızca imkânsız değil ayrıca da anlamsızdır da. Hukukun üstünlüğünün ideal tarihçi tipinin tutarlı olması için hukuki bir kültüre, yaşam biçimine veya yorum topluluğuna dâhil olarak algılanması gerektiğine dair eleştiriler doğrudur. Anlam; kültür, bağlam ve paylaşılan anlayışlardan bağımsız olarak algılanamaz. Bu değişkenlerin kaçınılmaz ilgisi kabul edildikten sonra bununla birlikte bir metin veya yasal normu anlamak için girişilen hermeneutik çabalar ve diğer zeminlerde ulaşılan sonuçlar için tarihsel temelli rasyonalizasyonlar, şekillendirme girişimleri arasında ayırım yapabilmek savunulabilir kalmaya devam etmektedir. Tarihselci ideal tip artık ısrar etmeye gerek duymamaktadır. Hermeneutik ideal tabi ki tutarlıdır, az ya da çok yaklaşabildiği tarihsel anlayışın zenginliğine dayanır. Kısacası orijinalizm, orijinal anlayışlar ve tarihselci ideal tip hermeneutik teorinin asıl anlayışlarının hayatta kaldığı şekillerde algılanabilir⁴⁷.

⁴⁶ Fallon, R.H. (1997) "The rule of law as a Concept in Constitutional Discourse", *California Law Review*, C. 97, S. 1, s. 13, 14.

⁴⁷ a.g.e. s. 14.

Davis'e göre ise orijinalistler, kurucular bugün yaşasaydı düşünceleri nasıl olurdu diye düşünmek yerine onların anayasa hâline dönüştürdükleri düşüncelerini keşfetmeye çalışmaktadır⁴⁸. Onların düşüncelerinin yeniden canlandırılması hâkimlerin ve aynı zamanda da bizlerin bu düşünceleri, önceki dönemin modası geçmiş ve hatta gözden düşmüş teorik söylemlerini güncel ve meşru kabul etmesini gerektirmektedir⁴⁹. Aynı kültürü ve ortak dili paylaştığımız çağdaşlarımızla ilgili davalarda bile ne yaptıklarını ve neden yaptıklarını anlatmaya çalışırken kayıplar yaşarız. Gözlemci ve süjenin farklı dil ve kültürlerden olması hâlinde ise uyum sorunu bariz ve akut olacaktır. Anayasa kurucularla aynı kültürden gelindiği ve ortak bir dile sahip olduğu doğrudur fakat geçen zaman zarfında kelimelerin anlamlarında önemli değişimler olmuştur⁵⁰. ABD Anayasası'nın hazırlayıcılarından biri olan Madison'ın da modern "resepsiyon" teorisyenleri gibi metinleri doğaları gereği tamamlanmamış olarak gördüğü hatta yazarı olan belli bir metnin bile etrafını çerçeveleyip anlamını kazandıracak bir okuyucu ya da yorumcuya ihtiyaç duyduğunu ifade ettiğini belirtmektedir⁵¹.

Eoin Daly, Dworkin'in ırkçılık gibi belli konularda anayasa kurucuların kabul edilen niyetlerine hürmet eden tarihçi görüşü eleştirisi üzerinde durur ve Dworkin'in anayasal hükümlerin "prensiplerine" dayanarak yorumlanmaları gereğini ifade ettiğini belirtir. Belli bir konu hakkında bu prensiplerin güncel anlamış şekilleri ile hükmü düzenleyenlerin niyetleri arasında bir tutarsızlık bulunduğu düzenleyicilerin niyetleri dikkate alınmamalıdır. Bu onun inşa edici yorum teorisinde yer alan "bir bütün olarak hukuk" anlayışından ve anayasal yorumun -temel hukuku ilgilendirdiği ölçüde- temel "siyaset teorisi" soruları üzerinde hükümde bulunmayı gerektirdiği inancından kaynaklanmaktadır⁵².

Raz'ın orijinalizm eleştirisi üzerinde de duran Daly, onun bir anayasanın ahlaki otoritesinin onu yapanların ahlaki otoritelerine değil de yönetimin çerçeve içine alınarak stabil hâle getirilmesine dayandırıldığından beri mahkemelerin anayasaya ahlaki bir yaklaşımla hukuku meşru olarak değiştirebileceklerini ileri sürdüğünü belirtir⁵³.

⁴⁸ Davis, D. H. (1994). s.6.

⁴⁹ Ball, T. (1992). s. 130.

⁵⁰ a.g.e. s. 132.

⁵¹ a.g.e. s. 141.

⁵² Daly, E. (2008). "Hermeneutic Perspectives on Judicial Activism: Dworkin, Constitutional Interpretation and Judicial Law Making", *Cork Online Law Review*, Volume 7, s.19,20.

⁵³ a.g.e. s.20.

Daly, orijinal anlamın geri çağırılması şeklindeki yorum anlayışını reddeden bu düşünceleri anayasanın kendisini erişilebilir en yüksek hukuku kaynağı olarak sunmadığı, sadece yargının hüküm vermek yoluyla ulaşabileceği bir öncül doğal ve ahlaki adalete ulaşmak için yorumlanabilecek bir mekanizma olduğu yönündeki inanışa denk düşer görmektedir⁵⁴.

2. Orijinalizm ile Anayasa ve Hermeneutik İlişkisi

Leyh'e göre günümüzde anayasal teorinin ihtiyaç duyduğu, anayasanın orijinal anlamı veya anayasa kurucuların niyetleri hakkında daha fazla bilgi değil yorumun kendisinin öne çıkan kavramlarının altında yatan öncüllerin eleştirel incelenmesidir. Anayasa teorisyenlerinin genelde tarihsel bilgiyi mümkün kılan şartlara tepki vermediklerini savunur. Onların duruşunun tarihsel anlamının sorgulanmasının epistemik olarak sorunlu olmadığını varsayan tipik bir ortak akıl bakış açısı olduğunu belirtir. Hermeneutik, bu alışkanlığı sorgulama çağrısında bulunmakta ve nihayetinde bizi yorumun nasıl mümkün olduğu hakkında kendimizi yansıtan bir tartışma başlatmaya davet etmektedir. Leyh, Gadamer'in metinleri felsefi tarzda anlamının pratik aktivitesine yerleştirmesini, onun düşüncesinin üstünlüklerinden biri olarak görmektedir. Gadamer'in tarihsel anlamının doğasını anlamaya çalışarak onun daha zengin felsefi damarının içinde metinsel anlam ve tercüme hakkındaki sorunları birleştirdiğini ifade etmektedir⁵⁵.

Leyh, felsefi hermeneutiğin iki yönünün anayasa teorisi için özellikle uygun gözüktüğünü düşünmektedir. Bunların ilki, Gadamer'in tüm bilgilerin temeli olan tarihî yapıların istekli olarak farkında kalmamızı öneren, anlamada dilin rolüne ilişkin bakışıdır. İkincisi ise yukarıda belirtildiği üzere geçmişe pencereler olarak ön yargularımız ve ön kavramlarımızın karakterini etkin kılmaya yaptığı vurgudur. Gadamer, bir tarih bilgisinin günümüze derin referans yapmaksızın sorgulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁵⁶.

Siyasi, ahlaki ve yasal dünyalarımız, dilsel olarak ifade edilen dünyalar olarak algılanan konudan bağımsız şekilde var olduğu söylenebilecek doğal dünyada bulunan nesnelere gibi “verili” değildir.

⁵⁴ a.g.e. s.20.

⁵⁵ Leyh, G. (1988). s.372.

⁵⁶ a.g.e. s.372.

Onları anlaşılabilir kılan yalnızca dil tarafından içi doldurulmuş kavramlar ve kategorilerdir. İnsan ilişkilerinde dilin inşa edici özelliği iki sonuç doğurmaktadır: Birincisi stabil değişmez anlamları olmayan kavramlarımızda kendini göstermektedir. Dilin böyle değişmez içerikleri ifade eden, değişmez özellikleri yoktur. İkinci olarak da insan ilişkilerindeki anlamın derinlemesine tarihsel olması gelmektedir. Dilimizin değişmesi gibi toplumdaki diğer kimselerle pratik ilişkilerimizi anlayabilmeye yarayan kategoriler de değişmelidir. Siyasi ve yasal söylem her zaman amacının kavramsal yapısına hizmet etmeye çalışmalıdır, aksi hâlde kurucu metninde gömülü anlamları kapsama ve uygulama konusunda başarısızlık riski doğacaktır⁵⁷.

Gadamer için dilin tüm insan deneyiminin aracı oluşu üzerinde duran Leyh, kelimelerin içinde yaşadığımız dünyayı anlamamıza izin verdiğini belirtmektedir. Bu, dünyada bizi önceleyen dildir. Kavram ve kategorilerimizi yeniden şekillendirme imkânımız yalnızca mevcut koşullar ve kısıtlar altında söz konusu olabilir. Gadamer dili, açık bir arabuluculuk tarafından bilinçli olarak tasarlanması gereken bir anlama aracı olarak gözlemlemektedir. Bir metni başarılı şekilde yorumlamak; onun anlamını, yapısal parçalarının değişkenliğini kabul etmek gibi bir yolla tam olarak gerçekleştirilebilecektir. Metin anlamını bu parçalar, yeni dilsel alanlara yerleştirilirken almaktadır⁵⁸.

Leyh'e göre dilin insan tecrübesinin aracı olduğuna dair iddianın anayasa teorisine ithal edilmiş olduğu açıktır. Anayasanın yorumu -geçmiş anlamı bugünün şartlarında anlaşılabilir şekilde aktarma girişiminde bulunduğu- kendini doğru şekilde kavramaktadır. Yasal yorum arkaik kavramları sosyal olarak anlamlı terimlere tercüme etme sorumluluğundadır. Gerçekten tarihî bir anayasa yorumu, bizi yasayı yapan nesilden ayıran kavramsal devamsızlıkların farkındadır. Böylece hermeneutik ve anayasal yükümlülüklerini sergilerken çekinmeyecektir⁵⁹.

Geçmişle karşılaşmalarımız daima bugünün iletişimsel yapıları boyunca gerçekleşmektedir. Bu yapıları ortadan kaldırmaya ya da baskılamaya çalışmak, anlama olasılığını düşürecektir. Araştırmanın tarihselliği ayrıntılandırılmaya ve gerekçelendirilmeye ihtiyaç

⁵⁷ a.g.e. s.373.

⁵⁸ a.g.e. s.373.

⁵⁹ a.g.e. s.373.

duymaktadır. Anayasayı yorumlayanlar, güncel bağlamın tutsağı olmuş ve de geçmiş geri dönülemez şekilde kaybolmuş gözükebilecektir. Fakat bu bakış açısı hatalı şekilde tarihin nihayetinde gerçekten objektif bir karakterinin olduğunu varsaymaktadır. Bu basit tarih bakış açısının üstesinden gelindiğinde ise bizi bugüne mahkûm bırakmaktansa geçmişini görmemiz için yol açan güncel bağlamımız yeni bir çehre kazanacaktır⁶⁰.

Leyh, Gadamer'in ön yargı ve aklın aşılabilirliği arasında olduğu iddia edilen gerilimi açıkça inkâr ettiğini ifade eder. Ön yargının gerekçeyi engellediğine dair yaygın bakış açısı, aydınlanmanın saf aklın yüksek konumunu elde etmek amacıyla tarihselliğin üstesinden gelme hedefinin bir sonucu olarak görülür. Bununla beraber felsefi hermeneutik, tüm aklın tarihi olduğunu ve ifadesini sadece somut olarak uygulandığında bulunduğunu iddia etmektedir. Tarihî metinlerin amacını incelemek için bugün tarafından müdahale edilmemiş bir alan yoktur. Tarihî bilgiyi yalnızca onun geçmişini bugünle birlikte sürekliliği ile birlikte görerek elde edebiliriz ve hukukçunun uygulamada yaptığı da tam olarak budur: “Hukukun kırılmış sürekliliğini temin etmek ve hukuki fikir geleneğini korumanın normatif çalışması”. Bu fikrin radikal belirsizliğe ve sınırlandırılmamış göreceliliğe yol açacağı yönündeki iddialara rağmen Leyh aslında bunun bir istikrarsızlaştırma içgörüsü olmadığını savunmaktadır. Aksine anayasal metinlerin ön yargılar aracılığı ile günümüzde bizimle konuşmalarına izin vererek aslında anayasal hukukun üstünlüğü mümkün olan tek yol ile korunmaktadır⁶¹.

Hukukçunun yorumdaki amacı, onu eldeki dava tarafından sunulan somut güncel uygulamaya hukukun anlamını geçerli kılmaktır. Yargısal hermeneutikte yorum ve uygulama ayrı şeyler değildir. Bir davanın gerçekleri kısmen yorum yapıcılarıdır. Hukuktaki gerçekler ve uyumsuzluklar hâkimin anayasal anlamı muhasebe etmesinde yol göstericiler olarak kabul edilmektedir. Bu yolla yasal hermeneutikler, geçmişimizin yeniden inşasında mevcut koşulların yapıcı karakterini göstermektedir⁶².

Hâkimi bir yasal metni yorumlamaya yönlendiren, hukuk, metin ve onun orijinal yazarları arasındaki elde edilmesi gerektiği söylenen ilişkiden ziyade yasal metnin konusudur. Hâkimin yükümlülüğü,

⁶⁰ a.g.e. s.375.

⁶¹ a.g.e. s.376.

⁶² a.g.e. s.376.

hukukun mevcut ihtiyaçlara cevap vermesini sağlamaktır. Bu sorumluluk ancak güncel bağlamın bir yasal metnin anlamını tesis etmek için gerekli arena olarak kabul edilmesi yoluyla yerine getirilebilecektir. Felsefi hermeneutik anayasal anlamın tam anlaşılmasının, ön yargılarımızın ve metnin sergilendiği dilin değişken doğasının bilincinde olmamız gerektiğini öne sürmektedir. Uygulama şartlarında bu, yorumcunun kavramsal dil ve siyasi değerlerle ilgili değişiklikleri bilmesi ve anayasanın şartları ile geleneğini eldeki davaya anayasanın amacına uygunluk sergileyen bir yolla uygulaması anlamına gelmektedir. Anayasal anlam uygulama alanında üretilmektedir ve mutlaka tarihsellik ile sınırlandırılmıştır. Leyh'e göre -Gadamer'in söylemine paralel şekilde- anayasal yorumun amacı, geçmiş ile geleceğin ufuklarının bir almasıdır⁶³.

Leyh, anayasal hermeneutiğin arzulanan belli bazı siyasi çıktıları üretmek için tasarlanmış bir yorum teorisi üretmeyişi üzerinde durur. Hermeneutik, liberal ya da muhafazakâr hedefler için kullanılabilir. Bu gerçek onun orijinalizm eleştirisine güç vermektedir. Orijinalizmin ise sık sık muhafazakâr siyasi sonuçlara katkı sağladığını ifade etmektedir. Leyh, orijinalistlerin yanlış anladığı noktanın kendi tarihî kuruluşlarının doğası olduğunu savunmaktadır. Tarihî sorgulamanın karakteri hakkında eleştirel bir farkındalığın yokluğu orijinalistleri dilin, metnin ve yorumun doğası hakkında savunulamaz önerilerde bulunmaya yönlendirmektedir. O, orijinalizmin bu tarihi ciddiye alma girişiminde kendi tarihini unuttuğu için başarısızlığa uğradığı ve orijinalizmin yetersiz bir anayasal yorum muhasebesi sunduğunu iddia etmektedir⁶⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere felsefi hermeneutik, anayasal sorunlara doğru cevaplar üretmek için tasarlanmamıştır. Onun katkısı, tüm insan söylemi ile ilgili gerekli arka plan şartlarının aydınlatılması hususundadır. Uygulamada bu, herhangi bir verili anayasal yorumun bu arka plan prensip ve şartları ile ne ölçüde uyumlu olduğu ile ölçülebilecektir. Bir yorumun insan anlayışının arka plan koşulları ile tutarsız olduğu noktada böyle bir yorumu, kendini haklı çıkarma bakımından yetersiz olmakla yargılayabiliriz. Böylece felsefi hermeneutik bir metni kesin olarak okuma yöntemi duruşu sergilemeden bunun yerine metinsel anlamı anlamayı hedefleyen metodolojik uygulamalara

⁶³ a.g.e. s.376.

⁶⁴ a.g.e. s.380.

bir değerlendirme standardı sunmaktadır. Anayasal hermeneutik, temel yasanın verili bir yorumu hakkındaki anayasallık tartışmalarını yargılamak için gerekli materyalleri sağlamaktadır⁶⁵.

Anayasal yorum, temel metni yeni tarihî ve pratik bağlamlara iletme aktivitesidir. Yorum, anayasal hükümde yatan “yasal fikri” uygulamaya koymaktır. Böyle bir teori pratikle bir arada olduğu ölçüde herhangi bir yorumun içeriği, bir sorgulamayı başlangıçta çerçeveleyen güncel kavram, gerçek ve kategorilerle derin şekilde birbirine dolaşmaktadır. Sadece orijinal anlamı tarif etmek veya diğerlerinin anayasal pasaj hakkında söylediklerini tekrar etmek, hukuku mevcut dinleyiciye konuşturmak yükümlülüğünden kaçınmak demektir. Hukuka uygun bir etki verme arayışındaki hâkimler, geleneksel anlayışların yorumsal ve yasal yargılamaları şekillendirdiği yol hakkında kendilerini bilgilendireceklerdir. Verili bir yasal metnin dilsel alanı dâhilinde bir seçim olan yorumun hedefi, yasa koyucunun niyetini ortaya koymak değil metinde yatan amacı açığa çıkarmaktır. Yasanın amacı psikolojik değil normatiftir⁶⁶.

Yasal bir normun amacı üzerinde duran Barak'a göre normun amacı, hem subjektif hem de objektiftir. Yani amaç, yasa yapımcıların niyeti ile birlikte yasayı uygulayan topluluğun bu uygulama vasıtasıyla başarmak istedikleri ve onların temsil ettikleri hukuki topluluğun derin ve temel anlayışlarının oluşturduğu bir bütündür. Toplumun kimliğini oluşturan değer ve politikalarından meydana gelmekte, hukuki topluluğun kendi kimliğini ve bu kimliğin çeşitliliği anlayışını yansıtmaktadır. Objektif ve subjektif anlamlar genellikle örtüşür ancak yine de bu anlamlar arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir⁶⁷.

Barak'a göre objektif ve subjektif anlamlar sorgulandığında normun dilsel anlamını ortaya koyan subjektif anlam tercih edilmelidir. O, bunu güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Bu durum objektif anlamın önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Objektif anlam, çatışan subjektif anlamların değerlendirilmesinde önemli bir kriterdir. Bunun da ötesinde toplumdaki değişimler ve güncel yasalardaki değişimler subjektif anlamı kabul edilemez kılacaktır. Bu durumda

⁶⁵ a.g.e. s.380.

⁶⁶ a.g.e. s.380; Barak, A. (1993). “Hermeneutics and Constitutional Interpretory”, *Cardozo Law Review*, C. 14, s.770.

⁶⁷ a.g.e. s.770.

anayasanın metninde yatanın objektif anlam olması nedeniyle subjektif anlamı yansıtan yasa anayasaya aykırı bulunabilecektir⁶⁸.

Hâkimin takdir yetkisi ise onun hukuki sınırlar dâhilindeki çeşitli yorum alternatiflerinden birini tercih etmesi anlamına gelmektedir. Hâkimin takdir yetkisi olmadan yorum yapamayacağı kabul edilmektedir. Takdir, duygusal ya da zihinsel değil normatif bir durumdur. Subjektif teori, çeşitli subjektif amaçlar arasında genel düzeyde takdiri kabul eder. Objektif teori de farklı seviyedeki objektif amaçlar arasında ve çatışan değerler ile prensipleri dengelemek konusunda takdirin varlığını benimser. Barak, takdirin kullanımına ilişkin tavsiyeleri herhangi bir yorum teorisinin en önemli yönlerinden biri olarak görmektedir. Yorumda objektif ve subjektif amaçlar arasındaki seçimin daha geniş bir yargısal takdir kavramına yerleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Konu anayasal yorum olduğunda bu özellikle gerekmektedir çünkü yargısal takdire ilişkin temel düşünceler doğasında anayasaldır. Bu düşünceler, demokratik bir toplumda hâkimin rolü hakkında sorular doğmasına neden olmaktadır. Bu sorular, anayasal metnin yorumcusu olarak hâkimin anayasal rolü ile yakından ilgilidir⁶⁹.

Anayasal yorumun objektif ve subjektif amaçlarının uygun bir karışımının nasıl olacağı hukuki toplumun genel fikri tarafından oluşturulacak siyasi bir karar olarak değerlendirilmektedir. Anayasal yorum, yasal yorumdan ve tüm diğer hukuki yorumlardan farklıdır. Anayasal metnin amacı millî varlığa katı temeller sağlamaktır. İnsanların temel özlemlerini somutlaştırmak, temel seçimleriyle gelecek nesillere rehberlik etmek, çoğunluğu kontrol etmek ve bireysel haysiyet ile özgürlüğü korumaktır. Bütün bu amaçlara ulaşmak için yorumda yalnızca anayasa koyucuların subjektif amaçlarını esas almak yeterli olmayacaktır. Subjektif amaçlar en geniş anlamları ile kullanılsa bile yeterli olmayacaktır. Onlar modern insanların özlemlerine karşılık veremeyebilir ve modern insanın haysiyet ve özgürlükleri ile tutarlı olmayabilir. Bir anayasa, yaratıcısından daha bilge olmalıdır. Diğer hukuki yorumların aksine anayasal yoruma, normatif nitelik taşıyan objektif amaçlar hâkim olmalıdır. Objektif amaç kökeni geçmişte yatan, dilsel anlamın sınırları dâhilinde somutlaşan bir hayat vizyonudur. O, bir nesilden diğerine aktarılan üstün değerlerin bir yansımasıdır.

⁶⁸ a.g.e. s.770.

⁶⁹ a.g.e. s.773.

Objektif amaçlar doğrultusunda yorum, yasa yoluyla hareket eden çoğunluğu kısıtlayacaktır ancak aynı şey subjektif amaç doğrultusunda yapılacak yorum bakımından da geçerlidir. Herhangi bir yorum teorisinin meşruiyeti metinden ya da kurucuların niyetlerinden kaynaklanmaz. Anayasa yorum teorisinin meşruiyeti, anayasanın meşruiyeti gibi yorumun subjektif amacının dışındaki hukuk dışı kaynaklardan türemektedir ve ayrıca yorumun objektif amacını meşrulaştırabilmektedir⁷⁰.

Anayasanın amacını belirlerken hâkim, köklerini tarih ve gelenekten alan takdir yetkisini kullanmaktadır. Hâkimin modern amaçlara ilişkin bakışı tarihsel amaçlara ilişkin bakışı ile uyumlu olmalıdır. Modern amaç, diğer modern hâkimler tarafından tanınan genellik düzeyi ile uyumlu olmalıdır. Emsallere saygı gösterilmelidir. Hâkim kişisel değerlerini empoze etmeye çalışmak yerine millî yaşamın temel değerlerini yansıtmaya çalışmalıdır. Bu değerler azınlıkların ya da çoğunlukların değerlerini değil temel idealleri yansıtır. Anayasal yapı ve sisteme uygun olmalı ve anayasal şemada süreklilik arz etmelidir. Anayasa; maddelerinden birinin yorumlanması, tüm metnin yorumlanmasını gerektiren bütünleşmiş bir belgedir. Hâkimden metni yorumlarken bir tarihçi, bir filozof ve bir kâhin olması istenir. Ancak hâkim hata yapabilir ve hatayı önleyebilecek bir yorum metodu yoktur. Burada önemli olan, yorumcunun genel anayasal şemaya uygun işlevini yerine getirmesidir⁷¹.

Yorumun “yasal fikri” uygulamaya koymak olduğunu ileri sürmek, bir hukukçunun yazılı hukuk tarafından işaret edilen bilgi ve deneyime sahip olması gerektiğini iddia etmektir. Tüm anlama ilgilerindeki ana konu, metnin ifadeleri ile bizim tartışma konusu gerçeği anlayışımız arasındaki anlamlı ilişkidir. Yargı üzerinde önemli siyasi kontroller de vardır. Metnin dili sınırlayıcıdır. Hâkimin metne veya metin ile ne yapmak isterse serbest olarak yapabileceği bir yer yoktur. Yorum, yasal metne dilsel anlamını tarafından desteklenmeyen bir anlam vermemeli; daima dilsel anlamın sınırları dâhilinde kalmalıdır. Ek olarak bir hâkim, güncel normatif söylemin koşulları ve karakteri ile sınırlandırılmıştır. Çünkü anayasal yorumun amacı, hukukun anlamını güncel bağlamımıza tercüme etmektir. Yasanın meşru kalması isteniyorsa metnin dilsel ve ahlaki sınırlarına saygı gösterilmesi gerekmektedir⁷².

⁷⁰ a.g.e. s.772-774.

⁷¹ a.g.e. s.772-774.

⁷² Leyh, G. (1988). s.381; Barak, A. (1993). s.768.

Tüm bu kısıtlamalara Amerikan hukuk geleneğinde emsal içtihatlarla verilen büyük değer de eklenmektedir. Hâkimlere “hukuki fikir” ile eldeki dava arasında, kabul edilmiş yasal metinlere sadık olacak şekilde anlamlı bağlar kurmak öğretilmektedir. Bunun hukukun genel amaçlarına bağlılık ve deneyim tarafından bilgilendirilmiş bir pratik yargılama uygulamasından başka bir şey olması gerekmektedir. Tüm yargısal takdiri ortadan kaldıracak böyle algoritmik bir yargılama uygulaması mümkün değildir. Bu anlayışta, anayasal yorum bir sanattır. Yorum nihayetinde pratik yargılamanın çeşitli yönlerine dayalı görülür. Bunlar deneyim, bilgi, ilgili hukuki fikirler, davanın ilgili bölümlerini ayırt etme konusunda analitik yetenekler ve bu çeşitli parçalardan gerekçeli bir bütün oluşturmada zarafettir⁷³.

Anayasanın yorumunun taşlaşmış kelimelere yeni bir yaşam verdiğini vurgulamak, anayasal anlamın yeni olaylara doğal uygulanışı sırasında sürekli değiştiğini ifade etmek olarak görülmektedir. Anayasal anlam ne sabit ne de belirlidir. Çünkü anlamın aktarımı değişken dilsel, siyasi ve ahlaki yapılara dayanmakta ve anayasal anlam da mutlaka gelişmektedir. Anayasal hukuk, bir siyasi uygulama biçimidir. Ancak mahkemenin anayasa yorumu, ülkenin üst hukuku değildir. Anayasal yorum, ülkenin üst hukuku olarak anayasanın ne anlama geldiğine dair yasal manada bağlayıcı bir seçim olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

Barak'a göre metnin olası dilsel yorumları arasında yapılacak seçimlerden herhangi birini doğru olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Ancak, “uygun” ifadesini kullanmak mümkündür. Dilsel anlamdan hukuki anlamı çıkarmak için kullanılacak yöntemin seçimi yorumsal bir seçim değildir. Hermeneutik bize hangi yaklaşımı seçeceğimizi söylemez. Hangi yöntemi ya da teoriyi benimseyeceğimize ilişkin seçimimiz politiktir. Bütün yorum teorileri, yorumsal olmayan düşüncelerin sonuçlarıdır. Yöntem seçimi hâkime ya da teorisyene ait değildir. Seçim, nesiller boyunca hâkim ve teorisyenlere aktarılan birikimin bir ürünüdür⁷⁵.

Leyh felsefi hermeneutiğin tüm insan anlayışının belli, yok edilemez şartlarını ortaya koyduğunu öne sürmektedir. Anayasal teoriler,

⁷³ Leyh, G. (1988). s.382.

⁷⁴ Leyh, G. (1988). s.382; Barak, A. (1993). s.768.

⁷⁵ a.g.e. s.768.

orijinalizmin yaptığı gibi bağlı oldukları yorumsal aktivitenin “anlayış” a dair eksikliğini sergileyerek bu şartları inkâr etmektedir. Leyh’e göre felsefi hermeneutik, yorumun bulanık olarak düşünüldüğü, anayasa teorisi gibi disiplinler için bir şekilde değer taşıyabilecektir⁷⁶.

B. HERMENEUTİK SOMUTLAŞTIRMA

Hermeneutik somutlaştırma yöntemi, anayasanın diğer yasalara göre farklılığını ön plana çıkarıp bu farklılığın niteliğine uygun olacak şekilde norma bağlı kalmak yoluyla kontrol edilebilir ve akılcı bir yöntem oluşturarak yorum sorununa bir çözüm aramayı amaçlamaktadır⁷⁷.

Uğur, pozitivistin aşırı biçimci, “hukuk eşittir kanun metni” anlayışına ve bu anlayışın yargıcı kanunun sözlerini tekrar eden bir süje konumuna yerleştirmesine dikkat çekmekte ve bu anlayışa karşı geliştirilen sosyolojik akıma değinmektedir. Sosyolojik akım, hukuk düzeni ile toplumsal düzen arasındaki ilişkiler üzerinde dururken yorum açısından da değer ve amaç kavramlarına yaygın ve kapsayıcı değer tanıyan bir metodoloji benimsemektedir. Uğur’un üzerinde durduğu F. Müller’e ait hermeneutik somutlaştırma yöntemi ise her iki yaklaşımın aşırı yanlarını gidererek uzlaştırma amacı taşımaktadır. Müller yaklaşımını oluştururken Gadamer’in çalışmalarından etkilenmiştir⁷⁸.

Tıpkı Gadamer gibi anayasanın yorumlanması işlemini onun somutlaştırılması işlemi olarak gören Müller’e göre bu işlem, toplumsal gerçeklik bağlamında gerçekleştirilmelidir. Müller, somutlaştırma sürecini daha yakından analiz ederek norma bağlılığı yapısallaştırma ve rasyonelleştirme girişiminde bulunmuştur. Yorumun amacı, normun toplumun ve zamanın gereklerine uydurulmasıdır. Somutlaştırma sürecinde norma bağlılığı daha baştan farklı bir konuma oturtmuştur. Müller, hem metnin üstünlüğünün ve hem de toplumsal gerçekliğin önemini bir arada koruyabilmek için bir anayasa normu anlayışı gerçekleştirmek istemiştir. Bunu, gerçeğin belli bir kesitini normun bir parçası hâline getirerek, norm-gerçek bütünlüğü oluşturarak yapmayı hedeflemiştir⁷⁹.

⁷⁶ a.g.e. s.386.

⁷⁷ Gülsoy, M.T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.229,230.

⁷⁸ Uğur, A. (1983). s.193.

⁷⁹ a.g.e. s. 193.

Olan ile olması gereken arasındaki ilişkiyi çözmeyi amaçlayan Müller, pozitivistlerin aksine “olan”ı bir kenara bırakmadan, onun bir kesitini normun bir parçası hâline getirerek olan ile olması gerekeni bir bütün olarak değerlendirmeye almaktadır⁸⁰. Müller'e göre her normun metni bir program içermektedir. Normun sözü ile ilgili verileri kapsayan norm programı klasik teorideki hukuki buyruğa denk düşmektedir. Norm metni ile ilişkili olabilecek tüm nesnel veriler ise normun nesnel alanıdır. Norm alanı ise normun nesnel alandan seçtiği verilerdir. Nesnel veriler, norm olay üzerinde somutlaştırılırken normun kurucu unsuru hâlini almakta ve kararın oluşumunda belirleyici bir rol üstlenmektedir⁸¹. Normun somut olaya uygulanabilmesi, karar normuna dönüşebilmesi için somutlaştırılması, içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda norm, kural ve içerik olarak açıklığa kavuşmakta; farklılaşıp gelişmektedir⁸².

C. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE ALMANYA ANAYASA HERMENEUTİKLERİNDE TEMEL DEĞERLERİN ROLÜ

Anayasa yargısında, farklı ülke uygulamalarının belli bazı kavramlara yaklaşımındaki ve bunları kendi anlayışlarında konumlandırmasındaki farklılıklar anayasa metninin ele alınışında ve yorumlanmasında farklılıklara neden olmaktadır. Bu duruma örnek olarak ABD ve Alman anayasa yargısında temel değerlerin konumlandırılmasındaki farklılaşmayı vermek mümkündür. ABD'de, ilke veya siyaset üzerine önermeler olarak görülen değer argümanlarının olasılıkları makul iki seçeneğe indiren anayasa hâkimini, ahlaki bakımdan zorlayan seçerek ahlaki değer argümanını kesin elde edilebilir kılması gerektiği kabul edilmektedir. ABD'de değerler Anayasa metninin dışında yer almaktayken Almanya'da anayasaya dâhildir⁸³.

Wagner, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasal metnin ötesinde var olan bir objektif ahlaki düzenin temel bütünlüğüne ve bilinebilirliğine güvene dayalı olarak önüne gelen davalarda anayasal değerler şemasının taleplerini karşılayan somut hak ve ödevlerin daha genel bir ifadesine katkıda bulunmayı hedeflediğini savunmaktadır. Yargısal aktivite ile değeri ortaya çıkarırken mahkemeyi somutlaşmış

⁸⁰ Eyrenci, Ö. (1981). “Anayasanın Yorumlanması Yönetmelerine Genel Bir Bakış”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 53,54.

⁸¹ Uğur, A. (1983). s. 194.

⁸² Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, s. 90.

⁸³ Gülsoy M.T. (2007). s. 232, 233.

sosyal ve politik hesap verilebilirlikte vücut bulan bireysel insan kişiliğinin gerçek gelişimini öngörür kabul etmektedir. Mahkeme, yargılamasının bu gelişim üzerinde etkili olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Bunu sadece anayasal hak ve ödevlerin kapsamlı ifadesi ve somut uygulaması yoluyla değil ayrıca ortak iyi için genel sosyal iş birliğine rehberlik sunan, değişen şartların ortak ahlaki yorumu ve siyasi karar ve idari yönetimin daha etkili yollarına başvurusu ile de gerçekleştirmektedir⁸⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasal uyuşmazlıkları çözmek için başvurduğu metodoloji, değişen şartlardan doğan materyal uyuşmazlıklarının anayasanın ilk prensipleri ile verilen temel değerlerinin somut içeriğinin belirli kılınmasına izin verdiğini varsaymaktadır. Belli uyuşmazlıklar, birden fazla temel değerle ilgili olma kapasitesine sahip kabul edilmektedir. Fakat Mahkeme, prensiplerin ayrıca somut yüklerin çözümlerine ulaştırılması içinde var olduklarını farz etmekte ve ilgili bütün değerlerin çekirdek anlamlarının temin edilmesi hiçbir temel nitelik aranmaksızın her durumda haklı çıkarılabilmektedir⁸⁵.

Wagner'e göre ABD uygulamasında, anayasa ve düzeltmeleri farklı bir vurgu taşımaktadır. Metin, az ya da çok faydacı bir refah, adillik ve hükümet müdahalesinden bağımsızlık anlamında bir kişisel özgürlük nosyonu ifade etmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin yorum metodu; hükümetin etkinliği, adalet ve kişisel otonominin temel değerlerini temin etmek için değişen şartlarda hakemlik gücüne odaklanmıştır. Hükümetin etkinliği ve kişisel otonomiye ilişkin hedefler çatıştığında Mahkeme genellikle somut önceliği, faydaya ilişkin kaygıların zorlayıcı yoğunlukta görüldüğü durumlar dışında kişisel otonomiye tanımaktadır. Şüpheli bir ahlaki ve siyasi epistemolojinin rehberliğinde Mahkeme, somut kararlarının birçoğunda çoklu ve tartışmalı gerekçeleri tercih etmektedir. Çalışmasını meşru kılmak için muğlak kavram ve anlamların ortak kabullerinden ziyade içtihadın istikrarına ve hükümetin pratik başarısına yaslanmaktadır. Mahkeme üyeleri, kararları için daha teorik gerekçeler sunduklarında ise onları somut veya sistematik değer nosyonlarına değil kurucuların niyetlerine ya da yalıtılmış kavramların biçimsel faaliyet alanlarına dayandırmaktadırlar⁸⁶.

⁸⁴ Wagner, W. J. (1996). "The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States", ss.183. http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_1_2_a_178_204.pdf. (Erişim Tarihi: 30.10.2019)

⁸⁵ Metin, Y. (2008). s.90.

⁸⁶ Wagner, W. J. (1996). s.183.

Wagner'in karşılaştırmalı bakış açısından Alman anayasal şeması, temel değerler olarak değer sahibi ahlaki hedefleri onaylamaktadır. Amerikan şeması ise onları, kişisel mutluluk arayışına yardımcı olduğuna inanılan özgürlüğün ve refahın doğal gereği görmektedir. Almanya anayasal yorumu, objektif sosyal değerlerin farkına varmaya yönelik, devletin ve toplumun genel ortak bir projesi için somut durumların anlamının keşfi olarak belirlemiştir. Amerika'da ise refahı katlamak ve bireysel hayal gücünün çeşitli projelerinin farkına varmak için hem toplum, hem de bireyler için değişen şartlardaki materyal fırsatları bulmaya çalışmaktadır⁸⁷.

D. YAPIBOZUMCU YAKLAŞIM

Doktrinde Sandu, yapıbozumculuğu bir kültürel paradigma olarak postmodernizmin karakteristiği kabul etmektedir. Yapıbozumcu-yeniden inşa edici hermeneutik analizde, tarihî veya sosyal fenomenin varoluşsal anlamı, sosyal-tarihsel gerçekliği; yeniden çerçeveslendirilmiş bir yorum tarafından oluşturulan bir yapı olarak anlayış anlamında analiz edilebilir. Yasal sistemin analizi, yorumsal inşanın kolektif karakterini mutlaka dikkate almalıdır. Yorumun veya bağlamın radikal şekilde değiştirilmesi durumunda bilincin gerçekliğin kendisinin yerini tuttuğu gerçekliğin sunumunun yorumu değiştirilir. Bir toplumdaki kolektif yorum kümesi o toplumun kültürünü oluşturmaktadır. Bu, durumda ahlaki değerlere bağlı belli toplumların hukuki bu değerlerin içerikleri ile uyumlu olması olasıdır. Hukukun ahlaki değerinden vazgeçen diğer bazı toplumlarda ise onun faydalılığı ön plana çıkarılacaktır. Yasal kurumların sosyal yapılandırılmasının nasıl gerçekleştirildiğinin her biri farklı bir kültüre, ideolojiye veya tarihî bir döneme adanmış birçok farklı yorumu bulunmaktadır⁸⁸.

Yapıbozumcu ve okuyucu-cevaplı terminoloji yasal yazına sızmıştır. Edebî analiz biçimlerinden en popüler yapıbozumculuk olmuştur. Önde gelen bir yapıbozumcu olan ve ABD'de birçok takipçisi bulunan Derrida'nın edebî metin ilgilendiren baskın iddiası; dilin bağımsız olarak var olan işaretleri gösteren bir işaretler zinciri olarak kabul edilmesinin bırakılmasından beri metinler, dilden bağımsız var olan dışsal bir

⁸⁷ a.g.e. s.183,184.

⁸⁸ Sandu, A. (2010). Constructive-Postmodern Approaches on the Philosophy of Law, s.23,29. <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2010/10/PO-3-2.pdf>. (Erişim Tarihi: 30.10.2019)

dünyanın resmini çizmemektedir. Metnin dışında bir dünya yoktur. Sonuç olarak bildiğimiz dünya yalnızca bir sunumdur. Derrida'nın görüşleri nihilizm eleştirileri ile karşılaşmıştır⁸⁹.

Yapıbozumculuk, basitleştirilmiş anlatımı ile uzay ve zamanın dışında yer alan ve onların oluşturdukları algılardan farklı olan, algı kavramlarımıza dayanarak yaratıda bulunduğumuzu savunmaktadır. Kişi kendi kavramını paylaşmak istediğinde onu fiziksel bir şekilde ifade eder ve başka bir kişi de onu kendi zihinsel kavramı olarak yeniden şekillendirir. Yapıbozumcu analizin nesnesi olan hiçbir şey daha önceki bir ayrıcalığı koruyamaz. Hiçbir şey kutsal değildir ve bir metin her zaman yalnızca başka bir şeyin sunumu olabilir. Üzerinde, doğruluğun onaylanabileceği temel bir dayanağa hiçbir zaman ulaşamaz. Bu sonsuz işaretler zinciri karşısında hiçbir şey metnin dışında kabul edilemeyecektir. Bu yaklaşıma göre kimse doğru, tercih edilen bir anlama ulaşamaz ancak yapıbozumun amacı da bu değildir⁹⁰.

Yapıbozumun amacı, sadece yeni anlam olasılıklarını tartışmaya açmaktır. Onun bir metin için bu olasılıkları ortaya koyabileceğini tahmin etmek güç görülmektedir. Hele ki anayasa gibi belirsiz ve soyut anlama sahip metinler söz konusu olduğunda. Ancak anayasal yorum söz konusu olduğunda yapıbozumsal yaklaşımın verimli sonuçlar doğurabileceği fikri kuşku uyandırıcıdır. Yapıbozumu anlamı belli kabul edilen kutsal metinlere yer vermemektedir⁹¹.

Anayasa da temel toplumsal değerleri yansıtmaları dolayısıyla üstünlüğü ve bağlayıcılığına derin bir inanç duyulan bir metin olması nedeni ile kutsal metinlere benzeri olarak ele alındığında yapıbozuma tabi tutulması güç görülmektedir. Ayrıca anayasayı yorumlama yetkisi, hukukun üstünlüğü tarafından bir arada tutulan bir yorumlayıcılar topluluğu tarafından sınırlanmıştır. Anayasal yorum üzerinde yapıbozum tekniklerinin uygulanması hâlinde ise kamu yararının anayasal yorum sürecinde yalnızca o günün kazananlarının kişisel çıkarları tarafından belirlenmesi gibi bir durum söz konusu olabilecektir⁹².

⁸⁹ Davis, D. H. (1994). s.17-21.

⁹⁰ a.g.e. s.17-21.

⁹¹ a.g.e. s.17-21.

⁹² Davis, D. H. (1994). s.17-21; Sandu, A. (2010). s.23-29.

SONUÇ

Anayasa metinlerinin yorumlanması, modern demokrasilerde anayasal düzene verilen büyük ve vazgeçilmesi mümkün olmayan önem karşısında her daim güncelliğini koruyacak bir tartışma konusu olarak varlığını sürdürecektir.

Anayasanın yorumlanması tartışmasına hermeneutik yaklaşımın katkısı dikkate değer gözükmektedir. Yaklaşımın anayasa metninin sınırlarından ayrılmaksızın, geçmiş ve bugünü bağdaştırır bir anlama ve uygulamaya ilişkin yorum anlayışı -her ne kadar bir metodoloji sunma iddiası taşımasa da- yorum anlayışına bir çerçeve çizmesi bakımından önemli gözükmektedir.

Anayasa bağlamında hermeneutiğin metin, tarihsel bağlam ve yorumlayıcı karşılıklı bir etkileşim içinde sunan yaklaşımı ve toplumsal birikimin bir sentezi olarak ön yargı kavramını yadsımayıp kabullenışı, anayasa yargısının ve anayasa yargıcının meşruiyetine ilişkin tartışmada anayasal yorum yararına bir güçlendirici katkı sağlar gözükmektedir.

Anayasanın tarihi, kurucularının ve metninin kendisinin amaçları, günümüz koşulları ve anlayışı ve tüm bunlardan hareketle yorumcunun oluşturacağı ön yarguları ile şekillenen anlama ve uygulamadan meydana gelecek bir anayasal yorum anlayışı sınırlandırıcı olmayıp yeni tartışmalara açık ve teşvik edici olması bakımından önemli ve hukuk düşüncesinin süregelen devinimine katkıda bulunabilmek bakımından değerlidir.

KAYNAKÇA

BALL, Terrence (1992). "Constitutional Interpretation and Conceptual Change", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 129-143.

BARAK, Aharon (1993). "Hermeneutics and Constitutional Interpretory", *Cardozo Law Review*, C. 14, s. 767-774.

DALY, Eoin (2008). Hermeneutic Perspectives on Judicial Activism: Dworkin, Constitutional Interpretation and Judicial Law Making, http://corkonlinelawreview.com/editions/2008/2008_COLR_16.pdf, (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

DAVİS, D. H. (1994). Preserving the Integrity of the Constitution: an Examination of Deconstruction and Other Hermeneutical Theories, http://academics.umhb.edu/sites/all/files/academics/documents/CRL/integrity_of_the_const.pdf, (Erişim Tarihi: 22.12.2018).

DILTNEY, Wilhelm, (2011). *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, Çev. Özlem D. İstanbul: Notos Kitap.

ESKRİDGE, William N. (1990). "Gadamer/Statutory Interpretation", *Cardozo Law Review*, C. 90, S.3, s. 609-681.

EYRENCİ, Öner (1981). "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 45-57.

FALLON, Richard H. (1997) "The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse" *California Law Review*, C. 97, S 1, s.1-56.

GADAMER, Hans-Georg (1998)., *Hakikat ve Yöntem*, II. Cilt, Çev. Aslan H. ve Yavuzcan İ., İstanbul: Paradigma Yayınları.

GÖZLER, Kemal (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.

GÜLSOY, Mehmet Tefik (2007), *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.

HEPER, Altan (2012). "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/1, s. 72-85.

KILIÇ Muharrem (2011). "Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 16, S 1, s. 63-78.

LEYH, Gregory (1988). "Toward a constitutional Hermeneutics", *American Journal of Political Science*, C. 32, S 2, s. 369-387.

METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara:Asil Yayın Dağıtım.

PERRY, Micheal J. (1992). "Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and vice versa)", *Legal Hermeneutics, History, Theory and Practice*, Ed. Leyh G., Los Angeles: University of California Press, s. 241-258.

SANDU, Antonio (2010). Constructive-postmodern approaches on the philosophy of law, <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2010/10/PO-3-2.pdf> .

TAŞDELEN, Vefa (2008). *Hermeneutiğin Evrimi:Kesitler*, Ankara: Hece Yayınevi.

UĞUR, Aydın (1983). "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.38,S 1, s. 181-196.

UZUN, Ertuğrul (2012). "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25, İstanbul Barosu Yayınları, s.72-96.

WAGNER, William Joseph (1996). The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States, http://www.zaoerv.de/56_1996/56_1996_1_2_a_178_204.pdf, (Erişim Tarihi: 30.10.2019).