

HERMENEUTİK : ESKİ BİR YORUM YÖNTEMİNİN YENİDEN GÜNDEME GELİŞİ VE HUKUK ALANINA UYGULANMASI

Aydın UĞUR*

Giriş

Yorum sorunsalı tüm hukuk alanı için geçerli bir sorunsal. Mahkemenin herhangi bir karar normu üretebilmesi için elindeki metni, yasaı anlaması gerekli. Anlamak işlemi ise yorumlamadan bağımsız değil. Ancak, kimi yasalar yoruma daha çok yer bırakan türden. "Yorum lengüistik işaretlere anlam vermeye yönelmiş bir faaliyeti ifade eder. (...) belli somut bir durumda, lengüistik işaretlerle ulaştırılan ifadelerin anlamlarının şüpheli olması halinde başvurulmuş bir araçtır. (...) eğer yorumcunun anlamını bulmaya çalıştığı ifade açık ve hiç bir şüpheyeye yer vermeyecek nitelikte ise yoruma gerek yoktur."¹

Hukukun kimi alanlarında yasalar böylesine açıklıktadır. Örneğin bir Borçlar Hukukunda yasa metni yorumcuya fazla iş düşürmeyecek biçimde düzenlenmiştir. Oysa, aynı niteliğin anayasa normu için söz konusu olamayacağı açıktır. Toplumsal yaşamın ana boyutlarıyla ilgili genel "olması gereken"leri belirtmekle görevli olan anayasalardan ayrıntı beklemek anlamsızdır. Böyle olunca anayasa normundaki anlamın yaşama aktarılmasının tek yolu yorum olmaktadır.

Hukuk kurallarının yorumu denildiği zaman, yazılı hukuk kurallarının yorumu anlaşılmalıdır. Yani pozitif hukuk hükümlerinin anlamlandırılması söz konusudur². Buradaki pozitif hukuk belli bir ülkede, belli bir dönemde yürürlükte bulunan, "olan hukuk"tur. Bu hukukun taşıdığı hükümlerin, yaşanan her gün geride bırakılan bir zamana ait olduğu da ayrı bir gerçektir. Böyle olunca, yazılı kurallara başvurduğumuz andan önceki zamanın değerlendirmelerine göre hazırlanmış bir hükümle karşı karşıyayızdır. İşte tam bu noktada, bizim bura-

* A.Ü. B.Y.Y.O. Araştırma Görevlisi .

¹ S. Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara, 1981, s. 136-137.

² B.N. Esen, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*, Ankara, 1979 .s. 5.

da anlatmaya çalışacağımız yorum sorunu ortaya çıkmaktadır. Acaba, belirli bir zamanda, daha önceki bir zamanın hazırlayıp ortaya koymuş bulunduğu bir hukuk kuralına nasıl bir anlam vermek gerekir ya da başka bir anlatımla, önceye ait bir hukuk kuralı, bu günün gereklerine, zorunluklarına nasıl uydurulabilecek?³

Bir ülkede yürürlükte olan hukuk kurallarının çerçevesini anayasa oluşturmaktadır. Anayasa ise bir takım kalıplara göre hazırlanmıştır. Yürürlüğü sırasında ortaya çıkacak kimi sorunların yanıtlarını karşılamaya yetmeyebilir. Kaldı ki, gelecekte olayların nasıl olacağı da anayasalar yapılırken bilinmez. Acaba, uygulama ne şekilde olacaktır? Yorum bakımından "olması gereken"le "olan" arasında, yazılı norm arasında bir çelişki başgösterecektir midir? Elbette başgösterecektir. İşte bu nedendir ki, anayasa normlarının nasıl yorumlanacağı önemli olmaktadır.

Anayasada yazılı bulunan kural(lar), yani norm metinleri genel-soyut kurallar (hukuk normu) olarak, her bir uyumsuzluk konusunda verilecek karar(lar) için (karar normu) dayanak noktalarını ve çerçeveyi belirleyecektir. Bu anlamda hukuk metodolojisi de, uygulayıcılara, hukuk normundan bir karar normu oluşturma işleminde, bir hukuk devletinde geçerli olan yorum ve gerekçelendirme kurallarını göstermektedir. Dolayısıyla metodoloji kuralları, hukukçunun çalışma tekniğini tanımlayacak, formüle edecek ve sistemleştirecektir. Bilimsel, akılcı, denetlenebilir ve tartışılabilir bir metodoloji, günümüz gelişmiş toplumlarında var olan öngörülebilir ve yargı kararlarının eleştiri ve denetimi için bir araç işlevini görecektir⁴.

Geleneksel yorum yöntemlerinin çağdaş toplumun gereksinmelerini karşılamada gösterdikleri eksiklikler yeni araştırma doğrultularının gelişmesine yol açtı. Hermeneutik-Somutlaştırma yöntemi de bunlardan bir tanesi.

Ancak bu yöntemin de, her yöntem gibi, üstünde temellendiği bir epistemolojik varsayımlar evreni var. Biz, bu evreni açıklama çabasıyla işe başlayacağız. Klasik Hermeneutik, Heidegger, Gadamer arasındaki düşünsel zinciri Hermeneutik-Somutlaştırma yönteminin başlıca kuramcısı olan F. Müller'e bağlamaya çalışacağız.

³ Esen, a.g.e., s. 5-6.

⁴ F. Müller, "Einige Leitsätze zur juristischen Methodik", Dreier-Schwegmann (Hrsg), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, s. 263-264'ten aktaran Ö. Eyrenci, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 14, Sayı I, Mart 1981, s. 46, dn. 3.

Felsefede Hermeneutik:

Sorunumuz şu : Elimizde bir metin var (konumuzla bağıntıyı ko-parmamak için her metin sözcüğü geçtiğinde, biz yasa metnini düşünelim). Bu metnin doğru anlamına nasıl varacağız? Metin ile okur arasındaki ilişki nasıl tanımlanacak?

İlk kez metinlerle ilgili sorunu ciddiye alıp bu konuda özgürce kafa yorma, Batı'da 16. yy.a dek uzanıyor.

16. yy. da burjuvazinin ekonomik düzeyde oluşmasına koşut olarak düşünsel düzeyde de büyük dönüşümler kendini göstermekteydi. Burjuva düşüncesi dinamik bir toplumsal ortamda yeşeriyordu. Biçimlenmekte olan kapitalizmin temel mantığı bireysel girişimcilikten, birikimden geçiyordu. Bu anlamda sistemin bireye en büyük önemi atfetmesi doğaldı. Ekonomide hayatı olan bireyselliğin düşünsel evrende de kendini göstermesi kaçınılmazdı. Gerçek'i, Doğru'yu bulmanın tek yolu bireysel akıldan, salt akıldan geçmeliydi.

Önceden verilmiş, kurum tarafından verilmiş gerçek bilgisi, yani Kilise'nin, Kilise büyüklerinin söylediklerinin naklinden oluşan gerçek bilgisi zamanın gereksinmelerine ters düşüyordu. Evet, Gerçek, Tanrı'nın kelâmında gizliydi. Ama bunu kavrayacak olan bireysel akıldı; yoksa kurumsal, Kilisece gerçekleştirilen nakil değil. Mezhep savaşlarının Avrupa'daki düzeni allak bullak etmesi, dinin eskiden olduğu gibi, toplumları bir arada tutan ortak payda niteliğini yok etmişti. Kilisenin düşünsel evreni tekelinde tutma meşruiyeti giderek çözülyordu.

İşte böylesi bir ortamda, Tanrı kelâmındaki gerçeği, burjuva kendisi yakalamak istedi. O halde "sola scriptura" idi önemli olan. Yani Tanrı kelâmının yazılı olduğu metinlerdi başvurulacak olan. Kilise büyüklerinin yorumları saptırıcıydı, geçersizdi. Aufklärung (Aydınlanma felsefesi) önceden verilmiş tüm yargılara bu mantık içinde savaş açtı. Geleneğin (metnin) gerçekle olan bağına akıl tartacaktı; otorite değil. Kant'ın dediği gibi insan artık "kendi aklını kullanma cüretini göstermeli" idi. Oysa bu yaklaşım önemli bir noktayı gözden kaçırmıyordu : O da tarihin bize ait değil, bizim tarihe ait olduğumuz gerçeği. Bizim varoluşumuzun biçimlerinden biri de, kurucu öğelerinden biri de ön yargılarımız. Ön yargılarımızla varoluruz. O zaman ana soru Gadamer'in koyduğu biçimiyle şöyle : "Ön yargılarımızın meşruluğunu nereye dayandırırız? Meşru ön yargılarımızı aklın ayıklayıp atacağı gayri-meşru ön yargılarımızdan nasıl ayıracağız?"⁵

⁵ H.G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris 1976, s. 116.

Buna yanıt ararken ön yargıların kaynağına inmemiz gerekli. Ön yargılarımızın iki kaynağı var. Birincisi hata. Hata, yöntemli çalışılrsa üstesinden gelinebilecek bir sorun. İkinci kaynak ise otorite. Ancak her otorite illâ saptırıcı, kendi çıkarına uygun görüşü zorla kabul ettirici bir güç değildir.⁶ Otoriteden kaynaklanan, ona dayanılarak yapılan naklî yorum içinde gerçekliği ifade eden öğeler de pekâlâ bulunabilir. İşte, Aufklärung bu noktayı gözden kaçırmakta idi, Gadamer'e göre.

Her nakil, her gelenek bir çağrı'dır (interpellation). Tarih bilincisi bu çağrı alanı içindedir. O halde işe iki önemli ayrımı reddederek başlamalı: Gerek gelenek ile tarih bilimi arasındaki, gerekse de tarihin akışı ile tarihin bilgisi arasındaki ayrım düşüncesinden kurtulmalı⁷. Tarihsel bilinç içinde naklin yapıcı rolü anlaşılmalı.

Peki, 20. yy.a gelmeden önce bu sorunlar nasıl ele alınmakta idi? Buna kısaca bir bakalım.

Bir metnin doğru anlamına nasıl varacağız? Metin ile okur arasındaki ilişki nasıl tanımlanacak? sorusunu "sistemantik olarak ilk ele alma 19. yy. sonunda Wilhelm Dilthey'in döneminde görülüyor".⁸

"O dönemde Almanya'da tarih biliminin ilerlemesi doğa biliminden aşağı kalmıyordu. Ancak bu yeni bilimde eksik olan (...) bilgi kuramıydı. Örneğin Kant'ın doğa bilimi temeli üzerinde yazdığı 'bilgi kuramı' düzeyinde bir bilgi kuramı idi eksik olan. İşte Dilthey'in istediği bu kültür bilimleri için özel bir 'tarihsel aklın eleştirisi'ni yazmaktı. Böylece kültür bilimlerinin —tinsel bilimlerin— [Geisteswissenschaften] bilgi kuramının yaratıcısı oldu (...) Bu bilimlerin doğa bilimlerinden bağımsız bir konusu olduğunu tanıtladı böylece".⁹

Dilthey kendisini bu noktaya getiren süreci şöyle açıklıyor: "(...) hayati önem taşıyan yapıtların yorumuyla ilgili ayrı düşünme doğrul-

⁶ J. Maritain, "Démocratie et autorité", *Le Pouvoir* (Ortak yapıt), İkinci cilt, Paris 1957, s. 26-27'den aktaran M. Soysal, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara 1969, s. 89, dn. 5'de otorite konusunda önemli bir noktaya değinilerek şöyle deniyor: "Anayasamın 'güçlülüğü' ve iktidarı ile 'otoritesi' arasında şöyle bir ayrım yapılabilir: 'yönetmek ve komuta etmek, başkalarının dinlenmek ya da kendine itaat ettirme gücüne de 'iktidar' diyoruz. Bütün gücü elinden alınmış ve baldıran zehiri içmeye mahkum olmuş bilgenin otoritesi azalmaz, artar. Gangsterin ya da tiranın ise otoritesiz bir iktidarı var".

⁷ Gadamer, a.g.e., s. 122.

⁸ P. Ricoeur, "Qu'est-ce qu'un texte?" *Hermeneutik und Dialektik II*, Tübingen, 1970, s. 181.

⁹ B. Akarsu, *Çağdaş Felsefe*, İstanbul, 1979, s. 50-51.

tularının savaşımasından ve kuralları temellendirmek için duyulan zorlu gerekmeden hermeneutik bilimi doğdu. Bu bilim, **yazılı yapıtların yorum sanatı bilgisidir**"¹⁰.

Yasalar da yazılı yapıtlar olduğuna göre özünde hukuk dünyasını çok yakından ilgilendiren bir konuyla karşı karşıyayız demektir. Dilthey'in en önemli katkısının, doğa bilimlerinde **açıklama** söz konusu olurken, toplumbilimlerinde **anlama**'nın söz konusu olması gerektiği yolundaki önerisi olduğunu belirtelim.

Dilthey'in döneminde hermeneutik'le uğraşmış bir diğer önemli isim de Schleiermacher.

Onun sorunu ele alışında hermeneutik'in ana kurallarından biri yatıyor : O da "tüm'ün parçadan yola çıkılarak, parça'nın ise tüm'den yola çıkılarak anlaşılacağı gerçeği". Bu açıdan bakıldığında, anlamanın doğruluğunun kıstası, ayrıntıların tüm'le uyuşumu (concordance) oluyor¹¹. Bu uyuşum gerçekleşmiyorsa anlama gerçekleşmedi, diyebiliriz¹². Schleiermacher, bu parça ile tüm'ün oluşturduğu **'hermeneutik daire'** de bir de nesnel-özel boyut ayırımı yapıyor. Yaklaşımını şöyle özetlemek olası : Anlama varmak için nasıl her bir sözcüğü yazarın yapıtının bağlamı içine oturtmak gerekiyorsa, her metni de yazarın tüm yapıtlarının içine oturtmak gerekli. Aynı biçimde, yazarın yapıtlarını söz konusu edebi türlerin içine, giderek edebiyatın tümü içine oturtmalı. Bu, işin nesnel yönü. Öte yandan, aynı metni, yaratma sürecinin bir ânının ifadesi olması açısından yazarının manevi yaşamının içinde belirlemeli. Böylece işin özel ve nesnel boyutlarını içeren bir **'daire'** devrini tamamladığında, **'hermeneutik daire'** oluştuğunda anlama varılabilir.

Gadamer bu aşamada 19. yy.'ın hermeneutik yöntemine karşı çıkıyor. Yukardaki yöntemle anlam'a varılmaz, varılsa varılsa ruhların gizemsel vahdetine varılır, diyor. Ona göre, anlama ortak bir anlatıma (signification) katılmadır. Tarihsel nesnelciliğin en büyük saflığı metni okuyanın kendisini soyutlayabileceğini sanmasıdır, Gadamer'e göre. Araya zaman girince, metin zaman içinde iyice belirlenmiş bir bağlam içinde yerine oturunca, ona nesnel bir yorum getirilebilir, sanılmaktadır. Oysa, tarihsici yaklaşımın hatası kendi tarihselliğini göz önünde bulundurmamasıdır. Ancak kendi tarihselliğini de ele alırsa okur "bir hayalet olan tarihsel nesne"nin peşinde gereksiz yere koş-

¹⁰ Akarsu, a.g.e., s. 212.

¹¹ Uyuşum kavramının ileride hukuksal hermeneutik söz konusu olduğunda, Mülher'in yaklaşımında önemli bir yer tuttuğunu göreceğiz.

¹² Gadamer, a.g.e., s. 131.

maktan kurtulur. Tarihsel nesne aslında “hiç durmaksızın gelişen bir araştırmanın nesne”sidir. Gerçek tarihsel nesne, bir nesneden öteyedir, metin ile okurun birliğidir. Tarihin gerçekliği ile tarihsel kavrayışın gerçekliğinin ilişkisidir¹³. Doğru bir hermeneutik çaba tarihin gerçekliğini tarihsel kavrayışın içinde, onunla birlikte ele alandır¹⁴.

Bu evrede özne ile nesne sorununu biraz deşmemiz yararlı olacaktır. Batı düşüncesinde bu sorun Descartes ile birlikte ortaya çıkıyor. “Descartes, şimdi modern bilim dediğimiz —Yeni Bilimin— kurucularından biriydi; bu bilimi başlatmak için kullandığı şema da, bilinçlilikle dış dünya arasındaki özel türden bir ayrılığa dayanıyordu. Zihin —ölçme ve hesap yapma gibi, son ereği Doğayı kullanmak olan— niceliksel amaçlarla Doğayı şemalaştırır ve aynı zamanda bütün bunları yapan bilinçlilik, yani insan öznesi, Doğanın karşısına konmuş olur. Bunun sonucu olarak zihinle dış dünya arasında [özne ile nesne arasında] çok çarpıcı bir ikilik oluşur. Descartes’i izleyen iki buçuk yüzyıl boyunca, hemen hemen her türlü felsefe, kendini bu Descartes’çi çerçeveye uydurmaya çalışmıştır. Ama daha sonra, yüzyılımızın başında, Descartes’çiliğe başkaldırıldığını görüyoruz”¹⁵.

Çağdaş hermeneutik de aslında bu başkaldırı akımlarından biri. Müller’in dolaysız etkilendiği Gadamer bütünüyle Heidegger’in düşünsel evrenini paylaşıyor. Çözümlemesini onu temel alarak kuruyor. Dolayısıyla, bizim de, kısa da olsa Heidegger’in düşüncesinden, konumuzu ilgilendirdiği yönüyle söz etmemiz gerekecek.

Heidegger’in baş yapıtı olan *Zeit und Sein*’da ana sorun varlık sorunu. Ancak bu sorunun açıklanması için önce insani varlık’ın ve onun zamanla ilgili yapısının çözümlenmesi gereklidir. Yani, varlık varoluşta aranmalıdır. Yalnızca insan gerçekten burada olandır, gerçek varolandır. Bu varolana, her birimizin olduğu ve bütün başka varlıklar arasında varlığının sorusunu soran bu varolana, kendi söz dağarcığı içinde “Dasein” (burada-olan) diyor Heidegger. Almancada Dasein genellikle varoluş karşılığı kullanılır, yaşam anlamına da gelir, ancak Heidegger bu terimlere başka anlamlar vermiştir, sözcükleri somut anlamlarına inerek kullanmıştır. Dasein (burada-olan) insanla aynı anlama gelir Heidegger’in dilinde. İnsanın varlık sorusunu sormakla doğrudan doğruya şu veya bu şekilde bir bağlantı kurduğu varlığın kendisini de “Existenz” (Varoluş) olarak adlandırır. Demek ki varoluş (existentia) insanın varlığı ile bağlantı kurmasında belirir. Daha doğ-

¹³ Gadamer, a.g.e., s. 140.

¹⁴ Gadamer, a.g.e., s. 140.

¹⁵ B. Maggee, *Yeni Düşün Adamları*, İstanbul, 1979, s. 105.

rusu yukardaki deyişle, insanın bağlantı kurduğu varlığın kendisi varoluş oluyor. Bundan dolayı yalnızca insan burada-olandır (Dasein), böylece de ancak insan varoluş (existenz) tur¹⁶.

Ancak, "varlığımızın (burada oluşumuzun) nereden gelip, nereye gittiği bize kapalı kalmıştır.(...) Bilinmeyen bir güç, bir Tanrı, bir Demon, bir alın yazısına bağlıdır bizim "burada" ("Da") "olma"mız ("sein"). Bu bilinmeyen güç bizi buraya fırlatmıştır(...) İçinde bulunduğumuz durum burada-oluşumuzu bir "fırlatılmış-bırakılmış" olma durumu olarak bize açtığına göre, şimdi 'anlama' bu bırakılmış varlığın özelliğini bize daha yakından göstermelidir. Ancak **anlama** (Verstehen) Heidegger felsefesinde anlama anlamına gelmez de, önde bulunan (Vorstehen) yöneten anlamına gelir; anlamak, tanımak bilmek (Kennen) anlamına gelmez de yapabilmek (Können) anlamına gelir. Bir kimse yapabildiği işi anlar¹⁷. Varoluş (Existenz) da bir yapabilmektir. (Können). Varlığının kendi olanaklarını tasarlayabilen, yaratabilen ve gerçekleştirebilen kimse bununla 'anladığını' gösterir"¹⁸.

Gadamer için de olay pek farklı değil. Ona göre de anlama ve yorumlama yalnızca bilimin çerçevesinde kalmaz; varoluş boyutunu içerir. İnsanın dünyadaki tüm deneyimini kucaklar. Felsefi hermeneutik'in ana amacı salt bir bilimsel yöntem koymak değil, gerçekte bilgi arasındaki ilişkiyi anlamaktır. Bilimsel yöntemi de içeren, ancak belli bir alt bilim dalının araştırma yöntemlerinden daha fazla, onların tüendiği noktada devam eden bir yaklaşımdır hermeneutik¹⁹.

Heidegger'in varlık-bilimsel (ontolojik) hermeneutik'i böylesi bir çözümlenmeyi olası kılıyor. Buna göre, "insanın davranışı, tutumu bilimsel yöntemlerle betimlendikten, biçimsel (formel) şemalara döküldükten sonra bu yasaların beşerî anlamını ortaya koymak gerekli. Hiç kuşkusuz bilimler vardıkları sonuçları kendileri yorumlarlar. Ancak bunu deney düzeyinde yaparlar; yani yaşanan gerçekliği hangi modelin nasıl izah ettiğini belirterek yaparlar. Bu durum felsefî düşünceye iki çalışma alanı bırakır : 1 — Farklı bilimsel biçimsellikler arasındaki beşerî ilişkiyi kurmak; 2 — Bilimsel bilinen (connu) ile ampirik yaşa-

¹⁶ Akarsu, a.g.e., s. 120.

¹⁷ Bu noktanın gerek Gadamer'de gerekse de Müller'de çok büyük önem taşıdığını ileride göreceğiz. Gadamer, aslında, anlamamanın yorumlamadan bağımsız olmadığını, yorumlamamanın da uygulamadan ayrı bir şey olmadığını belirtecek. Müller'in anayasa yorumunda da uygulama-somutlaştırma ön plana çıkacak.

¹⁸ Akarsu, a.g.e., s. 124-125.

¹⁹ Bu açıdan hermeneutik aslında diyalektik'in gördüğü işleve talip. Diyalektik de belli bir alt bilim dalının (ister ekonomi, ister sosyoloji, ister biyoloji) araştırma yöntemi olmaktan öteye başlı başına bir yaklaşım önerisidir.

nan'ı (vécu) bir anlam bağlamında bütünleştirmek"²⁰. İşte hermeneutik bu anlamda bilimin sözünün bittiği yerden devam eder, gerçeğe varışı sağlar, Heidegger'e göre.

Bizi buralara getiren sorun özne-nesne karşıtlığı idi; tarihsici yaklaşımın, bir metinle karşılaşan okurun kendi tarihselliğini gözden çıkarmasına elveren tutumu idi. Oysa bu türden bir yanılgıya düşmek belli varsayımlardan yola çıkıldığında kaçınılmazdır. Tüm gerçekliğin algılayanlarla algılananlar —ya da öznelerle nesnelere— olarak iki bölüme ayrıldığı varsayımı bizi zorunlu olarak bu noktaya vardırcağıdır. "Bir yanda dünyaya bakan insanlar (belki de Tanrı) vardır, öbür yanda ise onların baktığı dünya. Bu ikicilik, gerçekliğin tümünü böyle ikiye bölen bu varsayım, felsefemizi ve bilimimizi içine almak üzere bütün düşüncemize egemen olmuştur. Ne var ki Batı'luların pek çoğunun büyük olasılıkla sandığının tersine, bu gerçeklik anlayışı Batı'ya özgüdür ve dahası Batı'ya özgü oluşu yalnızca son üç ya da dört yüzyıl içindedir"²¹.

Öyleyse işe ta başından başlamak, ana varsayımları değiştirmek gereklidir. Bunu Gadamer'e göre, Heidegger başarmıştır. 19. yy. tarihsicilerinin girdikleri çıkmazdan ancak Heidegger'in gösterdiği yolla çıkılabilmıştır. Ancak ondan sonra "anlamanın bilen bilincin kendine seçtiği bir nesnenin nesnel bilgisine varmak için bir yöntemden öteye olduğu" görülebilmıştır. "Anlama, geleneğin yaşayan sürecine girmeyi, bu sürece dahil olmayı gerektirir"²².

Bu gerekli açıklamaları yaptıktan sonra şimdi yine metin sorun-salımıza dönebiliriz.

Gelenekle [burada biz gelenek dendiğinde hukuksal geleneğin ürünü olanı,yani yasa metnini anlayalım] her karşılaşma, beraberinde geçmiş ile hâlin, şimdiki zamanın arasındaki bir gerilim ilişkisini getirir. Hermeneutik'in görevi, bu gerilimin gözden irak tutulmasını engellemek, onun bilincine varılmasını sağlamaktır. Metnin ilk oluştuğu dönemi, metnin zamansallığını göz önüne aldığımızda okuma anında ortada iki ufuk var, demektir. Bir tarihsel ufuk, bir de okuma anının, hâlin ufku. Tarihsel ufuk günümüze uzanışı anlama ediminin (acte) evrelerinden biridir yalnızca; geçmişle şimdiki zaman karşılaşıyordur. Anlama edimi sırasında bu farklı ufuklar bütünleşir; bunun sonucunda tarihsel ufuk hem yeniden kurulur, hem de ortadan kalkar (Aufhebung)²³.

²⁰ J.P., Resweber, *La Pensée de Martin Heidegger*, Toulouse, 1971, s. 153-154.

²¹ Maggee, a.g.e., s. 106.

²² Gadamer, a.g.e., s. 150.

²³ Gadamer, a.g.e., s. 148.

Anlama'nın bir diğer yönüne, anlama-yorumlama-uygulama işlemlerinin tek'liğine eğilelim. Gadamer'e göre ilk kez romantizm ile birlikte **intelligere** ile **explicare** arasındaki iç birlik anlaşılma oldu. Yorumun anlamaya istenildiğinde eklenen bir boyuttan öteye bir zorunlu moment olduğu ortaya çıktı. **Anlamak her zaman yorumlamaktır.** Yorum anlamının dışlaşmış biçiminden başka bir şey değildir²⁴.

Bu söylediğimizi örnekleyerek açıklamaya çalışalım. 16. yy. daki teolojik tartışmalardan söz etmiştik; Tanrı kelâmının nasıl anlaşılacağı konusundaki tartışmalara değinmiştik. Tanrı kelâmı aslında teolojik hermeneutik'in konusu. Teolojik hermeneutik Tanrı kelâmının ifadesi olan metne eğildiğinde bir dizi işlem yapmak zorunda. İşlemin bir ucu metinde, diğer ucu vaazda, Tanrı kelâmını aktarmada, yaymada. Teolojik hermeneutik kutsal metni alacak, onu anlayacak, yani yorumlayacak, yani vaaza, yani uygulamaya dönüştürecek; bir diğer deyişle metnin anlamını **somutlaştıracak.**

Aynı işlemler dizisi hukuksal hermeneutik'te karşımıza çıkıyor. Metin ile yani yasa ile onun yorumu arasında gerçekleşen uygulamada gerilim yatıyor. Yorum, dil aracılığı ile anlamı çıkartıyor, yargıya, somut'a dönüşüyor. Önemli olan bir yasanın tarihsel olarak anlaşılması değil, onun hukuksal değeri ile, yorum aracılığında somutlaşması²⁵.

Asıl gerilimin metnin nesnel anlamı ile okurun, yorumcunun özelliği arasında olmadığını gördük. Gerekli olan metinle okuyucunun birliğini kavrayabilmektir.

Ancak burada önemli bir saptama yapmak zorunlu. Yorumcu ile yaratıcı arasında, metni ilk oluşturan arasında bir aynı doğuşu paylaşma durumu (congénialité) varsayımı da anlamsızdır. Bu söylediğimizi açalım. Böylesi bir varsayım, metin (bu metin ister müzik metni, ister yasa metni olsun) yorumcu ile doğar, demeye gelir ki saçmalığı ortadadır; üstelik, yorumcuyu kendi keyfine bırakmak sakıncasını da doğurur; "metnin üstünlüğüne boyun eğilmelidir"²⁶. Metnin ne dediğine sonuna dek açık olunmalıdır. Onu kendi içinde kavrayarak anlam'a ulaşılmalıdır²⁷. Sanıldığı gibi metnin sözünün (yasanın buyruğunun) yorumculuğunu yapmak onu egemenlik altına almak değil, tersine onun hizmetkârı olmaktır, diyor, Gadamer²⁸. Sonra devam ediyor: "eğer hermeneutik araştırmanın en önemli boyutu bir geleneğin her sefer başka başka anlaşılma zorunluğu ise bu durum mantık açı-

²⁴ Gadamer, a.g.e., s. 149.

²⁵ Gadamer, a.g.e., s. 150. Bu nokta ayrıca Müller'in yönteminin adını açıklığa kavuşturuyor: "Hermeneutik-somutlaştırma yöntemi".

²⁶ Gadamer, a.g.e., s. 152.

sından ortada bir genel-özel sorunu var demektir", diye ekliyor. Anlama bir genel şeyin özel ve somut bir duruma özel bir adaptasyonu olmasıdır, diyor. Bu ise, hukuksal yorumun karşılaştığı temel olgu. Yasa metni, genelliği dolayısıyla her zaman eksik kalmaya yükümlüdür. Kendisi eksik yaratıldığından değil de, insanî gerçekliğin genişliğinin basit bir uyarlamaya elvermeyecek denli çok çeşitli durumlar göstermesi nedeniyle eksik kalacaktır²⁹.

Uygulama, evrensel olarak önceden verilmiş olanı [yasayı] özel bir duruma denk düşürme demek değildir. Gadamer'e göre, önce metin evrensel bir 'şey' gibi anlaşılacak, sonra da ikinci bir evrede metin, bize, özel duruma uygulanma olanağı tanıyacak değildir.

Gözetilmesi gereken metnin, anlama'nın, yorumlamanın, uygulamanın ve yorumcunun birliğidir.

Konuyu daha iyi kavrayabilmek için hukuk tarihçisi ile yargıcın durumlarını ele alalım. Birincinin metne ilgisi tarihsel, ikincininki ise dogmatik olacaktır³⁰. Hukuk tarihçisi, metnin genel anlamıyla ilgilenir, oysa yargıcın önünde somut bir olay vardır. Metne yaklaşımı o olaydan çıkarak olur. Ancak hukuk tarihçisi de metnin gerçek anlamını bulmak için yalnızca metnin ilk uygulanışı ile yetinmemeli; onun ilk uygulanışı ile çağdaş uygulanışı arasında köprülük görevi yapmalıdır³¹.

Emilio Betti'nin **Teoria Generale Della Interpretazione** adlı yapıtındaki çözümlenmeye göre, yargıç, hukuk tarihçisi gibi çalışmalı, metnin ilk uygulanışına da eğilmelidir. Sonra onu, gününün koşullarıyla yoğurup yeni anlama varmalıdır. Bu açıdan bakıldığından yargıcın işlevi tarihçininkini aşmaktadır.

Gadamer, bu çözümlenmeye bazı eleştiriler getirmektedir: Gerek hukuk tarihçisi gerekse de yargıç aynı yöntemle çalışmak zorunda. Elbette yargıcın yasayı sürekli göz önünde bulundurması gerekli. Buna karşın yasanın normatif (düzenleyici) içeriği uygulanacağı özel olay-

²⁹ Bu saptama, ilerde Müller'in norm programının anlaşılmasında, yorumunda geleneksel yorum yöntemlerinin (gramatik, genetik, tarihsel, sistematik) kullanılmasına uygun görmesinin nedenini açıklayacak.

²⁸ Gadamer, a.g.e., s. 153. Burada pozitivistlerin dinamik yorum yandaşlarına yönelttiği "hukuk yaratma" eleştirisine bir yanıt verilmiş olunuyor.

²⁹ Gadamer, a.g.e., s. 160.

³⁰ Dogmatik'i burada hukuk dogmatigi anlamında kullanıyoruz. Bkz. F. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara 1982, s. 3.: "Hukuk dogmatigini kısaca belli bir zaman ve yerde geçerli olan hukukun nasıl anlaşılacağı ve uygulanacağı sorusuna cevap arayan açıklamaların tümü olarak açıklamak mümkündür".

³¹ Gadamer, a.g.e., s. 168.

la karşılaştığında belirlenmeli. Bu içeriği tam olarak tanımlamanın yolu, ilk anlamın tarihsel bilgisinden geçmeli. Böylece, yasama eyleminin yasaya katmış olduğu tarihsel değer ortaya çıkar. Beri yandan, meclis tartışmaları ile, yasa koyucunun amaçlarıyla sınırlı kalınmaz. Koşullardaki değişim göz önünde bulundurulmalı, yasanın normatif (düzenleyici) işlevi yeniden tanımlanmalı. “Yorumlama işi her özel olayda yasanın somutlaştırılması işidir”, Gadamer’e göre³².

Soruna bu terimlerle yaklaşan Gadamer, geriye doğru baktığında gerek Savigny’de gerekse de Schleiermacher’de yetersizlikler görüyor. Savigny’nin 1840’ta yayınlanmış *Système du droit romain* adlı yapıtında hukuksal hermeneutik’in görevi yalnızca tarihsel olarak tanımlanıyor. Nasıl Schleiermacher yorumcunun ilk okuyucuyu da göz önünde bulundurması konusunda hiç bir sorun görmüyorsa, Savigny de öylesine ilk hukuksal anlam ile çağdaş hukuksal anlam arasındaki gerilimi gözden irak tutuyor, Gadamer’e göre.

Konu tüm boyutlarıyla ele alındığında, geleneksel yaklaşımda yapılmakta olan tarihsel hermeneutik, hukuksal hermeneutik ayırımı anlamını yitiriyor; hukuksal hermeneutik özel bir durum olmaktan çıkıyor.

Yorumlama işi her özel durumda metnin somutlaştırılmasıdır dendiğinde, yargıcın hukuka yaratıcı bir katkısı olacağı kendiliğinden kanıtlanıyor. Buna karşın yargıç da hukuk dünyasının tüm üyeleri gibi yasaya uymak zorunda. Bir hukuk devletinde herkes var olan yasaları bildiği sürece yargıcın varacağı kararı önceden kestirebilir. Somutlaştırma, elbette, yürürlükteki yasaların maddelerini bilmekten ibaret değildir. Herhangi bir kimse içtihatları, onların belirleyici öğelerini bildiğinde bir hukukçu gibi davranabilir; bu anlamda başkaca bir mesleki bağ önemli değildir; herkes hukuk evrenine girebilir. Böyle olunca hukuksal hermeneutik ile hukuk dogmatikliği arasında birincil bir bağ var demektir. Ancak, öncelik hermeneutik’tedir. Hukuk dogmatikliğine öncelik vermek ve üstelik onu her karar normunu basit bir mantıksal içerme işlemi (opération de subsomtion) olarak tanımlamak savunulacak iş değildir, Gadamer’e göre.

Hukukta Hermeneutik-Somutlaştırma Yöntemi:

Bir metni nasıl anlamalı, sorusuna yanıt arayan yaklaşımları gördükten sonra, aynı temel sorunun özellikle anayasa ile ilgili olarak nasıl ele alındığını inceleyelim. Çalışmamızın başında anayasanın özgül

³² Gadamer, a.g.e., s. 172.

durumuna dikkati çekmiş, anayasa normlarının nitelikleri yüzünden yoruma en çok gereksinim gösteren türden normlar olduğunu belirtmiştik. Anayasa maddeleri, örneğin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanları metinde kısa cümleler biçiminde yer alırlar; üstelik genel kavramlar olarak konulmuşlardır. Dolayısıyla diğer normlara oranla çok daha yoruma açıktırlar. Aynı zamanda çok geniş toplumsal boyutları, nerdeyse toplumsal yaşamın tümünü kucaklarlar. Bu nitelikleri onları siyasal-toplumsal gerçekle çok yakın ilişki içinde tutar.

İşte fırtına bu noktada kopmaktadır. Hukuksal pozitivizm anlayışı³³ *sein* (olan) ve *sollen* (olması gereken) arasındaki ayırma sıkı sıkıya bağlı kalmak istemektedir. Olan'la olması gereken arasında kesin bir ayırım yapan pozitivizm gerekli anayasal usullere göre çıkartılmış olması şartı ile, herhangi bir normatif düzenlemeyi geçerli saymak sonucuna ulaşmıştır³⁴. Hukuksal pozitivizme göre, "hukuk alanında, tıpta doğa bilimlerindeki gibi, gözleme elverişli tek olgu müsbet (pozitif) hukuktur. Değer ve amaç sorunlarını çözmeye çalışan yani olması gereken konusunda cereyan eden tartışmalar gözleme elverişli değildir. Nitekim bu tartışmanın tarafları arasındaki çelişkiler de bunu doğrulamaktadır; zira olması gereken alanında sadece bireysel düşünce ve inançlar söz konusu olmaktadır"³⁵.

Bu çözümleme pozitivistleri aşırı biçimciliğe götürmüş, hukuk eşitir kanun metni anlayışına bağlamıştır. Yani, yargıç kanunun sözlerini tekrar eden bir süjeden başka bir şey değildir, pozitivistlere göre³⁶.

Öte yandan hukuksal pozitivizme de tümüyle haksızlık yapılmamalıdır. Pozitivizmin hukukun kesinliğine bağlılığının arkasında onun keyfî uygulamaları engelleme niyeti yatmaktadır. Yalnız, "pozitivizmin hukukun kesinliği anlayışı, somut bir olayla ilgili yargı kararının önceden tahminini mümkün kılmaktan ibarettir. Pozitivizm, biçimci yorum yöntemine bağlı kalındığı takdirde, mahkemelerin bir olayda nasıl karar verebileceklerinin önceden kestirilebileceğini kabul etmekte ve bunda birey bakımından büyük bir güvence görmektedir. Bu durumda hukukun kesinliği kavramı dar, tek boyutlu ve biçimsel bir kavram

³³ Burada pozitif hukuk ile hukuksal pozitivizmin karıştırılmamasına dikkati çekmek zorunlu. Pozitif hukuk "belli bir yerde ve zamanda geçerli olan (yürürlükte olan) hukuk normlarından meydana gelen bir bütündür" Keyman, a.g.e., s. 42. Oysa, hukuksal pozitivizm, pozitif hukuku belli bir biçimde algılayan bir akımdır.

³⁴ Keyman, a.g.e., s. 71.

³⁵ Keyman, a.g.e., s. 18.

³⁶ Keyman, a.g.e., s. 73.

haline dönüşmektedir. Diğer bir deyişle hukukun kesinliğinin böyle anlaşılması, biçimci adalet kavramı ile birleşmektedir"³⁷.

Hukuksal pozitivizmin giderek böylesi katı bir biçimciliğe dönüşmesine tepki olarak sosyolojik hukuk anlayışı oluşmuştur. Bu anlayışa göre, hukuk bir nedendir, sonuç değil. "Sosyolojik akım en çok hukuk düzeni ile genel olarak toplumsal düzen arasındaki karşılıklı ilişkiler üzerinde durmaktadır. Bu nedenle bir taraftan, belli bir toplumsal düzeni sürdürmek için ele alınan insan davranışları, çeşitli örgütlenmeler, çevre ve toplumsal güçler üzerinde hukukun etkileri, diğer yandan da bunların hukuk düzeni üzerindeki sonuçları ele alınıp incelenmektedir"³⁸. Böylesi bir çözümlemeden hareket eden sosyolojik hukuk anlayışının yorum alanında "değer ve amaç kavramına yaygın ve kapsayıcı yer veren bir yöntemi tercih"³⁹ edeceği açıktır. Yalnız bu yöntem benimsenirken dikkat edilmesi gereken nokta, pozitif hukukun gözden karıştırılmaması, sosyoloji ile hukukun birbirine karıştırılmamasıdır.

F. Müller'in Hermeneutik-Somutlaştırma Yöntemi, pozitivizm ile sosyolojizmin aşırılıklarını gidermek, hem toplumsal gerçeğe, hem de hukukun üstünlüğüne gereken dikkati gösterebilmek için geliştirilmiş bir yöntem.

Müller'e göre, bir anayasa normunun yorumu, Gadamer'in de belirttiği gibi, onu somutlaştırma işlemidir. Bu somutlaştırmada anayasa normu toplumsal gerçeklikten soyutlanamaz. Toplumsal yaşamı düzenlemenin aracı olan hukuk toplumsal gerçekle sürekli bağıntı içinde olmalıdır. "Bir hukuk normunun yorumunda amaç, herşeyden önce onu toplumun ve zamanın değişen koşullarına ve görüşlerine uydurmaktır"⁴⁰.

Müller, hem metnin üstünlüğünü hem de toplumsal gerçekliğin önemini aynı anda koruyabilmek için bir anayasa normu anlayışı geliştirmektedir. Müller bu ilişkiyi gerçeğin belli bir kesitini normun **kurucu unsuru** haline getirerek norm-gerçek bütünlüğü altında çözmeyi denemektedir. Müller'e göre, 'norm içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir'. Her norm kendi metninde belli bir program içerir.

³⁷ Keyman, a.g.e., s. 82.

³⁸ J. Stone, *Law and The Social Sciences*, London, 1966, s. 6'ten Aktaran, Keyman, a.g.e., s. 85-86.

³⁹ A. Edel, "On Locating Values in Judicial inference", *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, 1971, s. 33'ten aktaran; Keyman a.g.e., s. 139.

⁴⁰ Seheuner, U., "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat - Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit", *DÖV* 1971, s. 505'den aktaran; Ö. Eyrenci, a.g.e., s. 52, dipnot 43.

'Norm programı', klasik terminolojide 'hukuki buyruğun' (Rechtsbefehl) bir karşılığıdır. Normun metni ve sözü ile ilgili verileri içerir. Buna karşılık norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü **nesnel veri** normun **nesnel alanını** oluşturur. Ancak bu nesnel alan henüz **'norm alanı'** olarak belirlenmiş değildir. Norm alanı için bir hipotez niteliğindedir. Norm alanı, her normun nesnel alan içinden seçtiği, ayırdığı, vurguladığı, yeni bir biçim verdiği nesnel verilerdir. İşte yalnız bu nesnel veriler, norm uygulanırken, daha doğrusu belli bir olay üzerinde somutlaşırken, normun kurucu unusuru haline dönüşür ve somut olayın karrera bağlanmasında belirleyici bir rol oynar⁴¹.

Müllere göre Savingyden kaynaklanan klasik yorum yöntemleri ancak norm metninin ve onun içerdiği norm programının açıklanması açısından yeterlidir. Buna karşılık norm alanına ilişkin nesnel unsurların açıklanmasında, diğer bilim dallarının da yardımcı olarak kullanılacağı ampirik yöntemlere baş vurulur. Bu nedenle norm metninin yorumlanması, normun somutlaşmasında önemli bir safhadır, ama yeterli değildir. Müller'in yorum yerine **'norm somutlaşması'** (Norm-konkretisierung) kavramını tercih etmesi de bu yüzdendir⁴².

Görüldüğü gibi Müller Gadamer'in felsefi hermeneutik'inden dolaysız olarak etkilenmekte, onun felsefi düzeyde vurguladıklarını hukuksal çözümlemesine uygulamaktadır.

"Karar normunun bulunması sürecinde somutlaştırma öğelerinin ele alınması ve değerlendirilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken ilkeler içinde F. Müller özellikle 'Anayasanın bütünlüğü ilkesi' ve 'pratik uyuşum ilkesi'nin başlı başına yorum ilkeleri olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu ilkelere burada kısaca değinmekte yarar vardır. **'Anayasanın bütünlüğü ilkesi'** gereğince, Anayasa normlarının somutlaştırılmasında norm, tek başına değil, Anayasanın bütünlüğü içinde diğer normlarla ilişkili olarak ele alınmalıdır. Buradaki bütünlük, Anayasa hukukunun yazılı Anayasa metinlerine yansıyan biçimsel bir bütünlüğü veya felsefi bir yapının önsel (a priori) bütünlüğü değildir. Bu bakımdan, Anayasanın bütünlüğü ilkesini bir sistematik yorum kuralı olarak anlamamak ve normun yaşama aktarılmasında, onun Anayasanın hangi bölümünde yer aldığına bakmakla yetinmemek gerekir. Esasen sistematik yorum, norm programının yorumlanmasında gerektiğinde dikkate alınacaktır. Anayasanın bütünlüğü ilkesi, daha çok Anayasanın maddi anlamda bir bütün oluşturmasını ifade eder. Buna göre, bir Anayasa normu diğer normlarla çe-

⁴¹ Eyrenci, a.g.e., s. 53.

⁴² Sağlam, a.g.e., s. 48.

lişkiye düşmeyecek ve sonuçta Anayasanın bütünlüğü içinde uyum sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, Anayasanın bütünlüğü ilkesine dayanarak Anayasa normları arasında bir değerler hiyerarşisi kurulamaz. Zira, Anayasa normları arasında bir aşama sırası (hiyerarşi) yoktur. Anayasanın bütünlüğü ile sıkı sıkıya bağlı diğer bir ilke de '**Pratik uyuşum ilkesi**'dir. Bu ilkeye göre, birden çok temel hak ile ilgili Anayasa normunun norm alanlarının kısmi keşilmesi anlamında bir çatışma halinde, bu temel haklar tarafından güvence altına alınan 'hukukî yararlar'a öyle sınırlar çizilmelidir ki, her norm somut olayda optimal normatif etki sağlayabilsin⁴³. Böylece, bir olaya birden çok normun uygulanması durumunda hemen 'çıklarlar' veya 'değerler' tartışması yapılarak bir norma öncelik ve üstünlük tanımak suretiyle, diğer norm veya normların o olaya uygulanma şansının ortadan kaldırılması önlenmiş olmaktadır. Öte yandan, pratik uyuşum ilkesi, söz konusu normlar arasında kesin bir dengenin kurulması anlamında genel bir sınır çizilmesini de gerektirmektedir. Bu ilke ile, normlar arasında 'hassas bir denge' içinde 'eşit güçte' sınır çizilerek, bunların olaya 'eşit güçte' etki yapmalarının sağlanması değil, söz konusu yararlar arasında uyuşumu sağlayacak ölçüyü aşmayan ve somut olay için en uygun sınırın çizilmesi amaçlanmaktadır"⁴⁴.

Değişik yorum önerileri arasında genel bir değerlendirme yapılırsa, bir eksenin bir ucunu tutuculuğa dönüşen pozitivizm, diğer ucunu hukuku gözden kaçıran sosyolojizm oluşturuyorsa, Müller'in hermeneutik-somutlaştırma yöntemi ortada, dengeyi bulmaya çalışan noktadadır.

⁴³ Burada Schleiermacher'deki "uyuşum" yaklaşımını hatırlamakta yarar var.

⁴⁴ Eyrenci, a.g.e., s. 55-56.