

YORUMU HUKUKTAN KURTARMAK*

Doç. Dr. Ertuğrul UZUN**

Makalenin Geldiği Tarih: 22.03.2016 **Kabul Tarihi:** 02.05.2016

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, erugrulu@anadolu.edu.tr. Makalenin taslağını okuyarak çeşitli uyarılarda bulunan O. Vahdet İşsevenler'e teşekkür ederim.

ÖZ

Klasik hukuk literatürü hukuk metinlerinin yorumu meselesini ‘hukuki yorum’ başlığı altında ele alır. Bu ifade, hukuki muhakemeye ve hukuki karar vermeye has bir yorum türü veya metodu olduğunu ima eder. Elinizdeki makale söz konusu varsayımı reddetmekte ve yorumun hukuki bir mesele olmadığını iddia etmektedir. Makalenin ilk argümanı, metinleri hukuki/normatif, edebi/kurgusal, tarihsel vb şeklinde birbirinden ayırman ölçütlerin bulunmasının imkânsız olduğudur. İkinci argüman, geleneksel hukuki muhakemenin doğruluk ve kesinlik hedefini sorgular. Son argüman ise hukukun bir disiplin olarak özerk olduğu düşüncesini çürütülmeye çalışır. Makale iddiasını savunmak üzere, Kelsen’in yargıcı hiçbir yorum konusunda hiçbir sınırı olmayan birisi olarak sunan yorum anlayışına ve Gadamer’in hukuk hermenötliğini, kendi hermenötik teorisinin modeli olarak görmesine de başvurmaktadır. Sonuç kısmında ise, yorumun hukuki bir mesele olmadığını kabul edilmesinin bazı imalarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki yorum, hukuki muhakeme, hermenötik, yorum teorisi

RESCUING INTERPRETATION FROM LAW

ABSTRACT

Classical legal literature discusses the issue of the interpretation of legal texts under the title of ‘legal interpretation’. This expression implies that there is a kind or method of interpretation which is exclusively peculiar to legal reasoning and legal decision-making. This article rejects this assumption and suggests that interpretation is not a legal issue. First argument of the article is the impossibility of finding criteria to be used for distinguishing texts as legal/normative, literary/fictional, historical etc. Second argument questions traditional legal reasoning approach’s goal of truth and certainty. Last argument attempts to refute the idea of the autonomy of law as a discipline. To support his claim, the author uses Kelsen’s account of interpretation which presents the judge having no limits on his interpretive discretion and Gadamer’s acceptance of legal hermeneutics as a model of his hermeneutical theory. In the conclusion, the article presents some implications of accepting interpretation as a non-legal issue.

Keywords: Legal interpretation, legal reasoning, hermeneutics, interpretation theory

GİRİŞ

Hukuk metinlerinin yorumu, hukuk literatüründe ‘hukuki yorum’ başlığı altında incelenir. Bu tamlamanın ima ettiği şey, hukuka has bir yorum türü, tarzı yahut usulü olduğudur. Tamlamanın bizatihi kendisinin dışında da bu çıkarıma kanıt bulmak mümkündür. Hukuk incelemeleri ‘hukuki yorum’ bahsini işlerken hukuk dışındaki herhangi bir bilim yahut disipline atıf yapma ihtiyacı hissetmez^[1]. Dahası, hukuk literatürü ‘hukuki yorum teori’lerine ev sahipliği yapar. Bu makalede, ‘hukuki yorum’ tamlamasının zikredilen imasının yanlış olduğunu, yorumun hukuki bir mesele olmadığı gibi hukuka hasredilecek bir yorum tartışmasının da mümkün olmadığını savunuyorum.

Türk hukuk literatürü açısından bu radikal sayılabilecek iddiaya karşılık olarak şu sorunun sorulması makuldür: “Yorum meselesi ‘hukuki’ bir mesele değilse yahut ‘hukuki yorum’dan bahsedemiyorsak, hukuktaki kaçınılmaz yorum faaliyetinin doğasına ve doğru yorumun imkân ve ölçütlerine dair tartışmayı hangi üst başlık altında incelemeliyiz?” Ne yazık ki elinizdeki makale, bu daha ileri sorunun cevabını vermeye teşebbüs etmiyor. Bunun nedenlerinden birisi, geleneksel makale yazım koşullarının izin verdiği hacim sorunu. İkinci neden ise, hukuktaki kaçınılmaz yorum faaliyetinden önce, bir genel yorum teorisinin ortaya konulmasının gerekliliği. Dolayısıyla ikinci soru, esasında bir başka ve daha önce cevaplanması gereken bir soruyu gerektiriyor ve bu üç sorunun cevabını aynı makale içerisinde ilişkilendirmek metodolojik açıdan anlamlı değil. Bununla birlikte, hukuka has bir yorum türünün olmadığını söylemenin, yine de bir ‘genel yorum teorisinin varlığını ima ettiği söylenebilir. Eğer böyleyse, iddiamın gerekçelendirilmesi için iki yöntemin olabileceğini kabul etmek durumundayım. Bunlardan ilki, hukuki yorumun hukuki olmadığını hukukun içinden bakılarak, hukuk uygulamasının kendine dair iddialarının çürütülmesidir. İkinci yol ise, genel bir yorum teorisinin geçerliliğini baştan kabul ederek, bu geçerlilik çerçevesinden hukuk uygulamasına bakmaktır. Hukuk alanındaki kalıplaşmış yargıları dikkate aldığımında, bir hukukçu olarak, ilk yolu seçmemin okuyucularımı ikna etme yolunda daha etkili olabileceğini düşünüyorum. Yahut bu metni, yazarın, geleneksel hukuki yorum anlayışıyla kişisel hesaplaşması olarak da okuyabilirsiniz.

Yukarıda belirttiğim gibi, hukuka has bir yorumun olmadığını iddia edecek, ancak hukuktaki kaçınılmaz yorum faaliyetinin doğasına dair alternatif

[1] Ertuğrul Uzun, ‘Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir?- Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi’, **HFS A 25. Kitap, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirileri**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 95-96.

sunmayacağım. Bununla birlikte iddialarımı gerekçelendirirken zaman zaman başka alanlardaki yorum yaklaşımlarını karşılaştırma amacıyla kullanacağım. Özellikle edebiyat metninin yorumu hakkında geliştirilmiş teori ve yaklaşımlar, hukuk alanına dair yaptığımız refleksiyonda dikkate alınması gereken nitelikte^[2].

Tekrarlayacak olursam, bu makaledeki amacım, hukuk metninin yorumunu hukukilikten kurtarmak. Bununla şunu kastediyorum: ‘Hukuki yorum’, hukuka has bir yorum türünün olduğunu ima eder. Böyle bir iddia ise, bazı metinlerin diğerlerinden farklı bir şekilde yorumlanacağı anlamına gelir. Hukuk metnini diğer metinlerden farklı, hem de diğer yorum türlerine, sözelimi edebi yoruma başvurmayı gerektirmeyecek ölçüde özerk bir mekanizmaya tabi kılmanın gerekçeleri gösterilmek durumundadır. Hukuk literatürü böyle bir zahmete girişmiyor. Bilebildiğim kadarıyla Türkçe hukuk literatüründe hukukun özerkliğine dair yürütülmüş bir çalışma yok, varsa bile genel akımı etkileyebilmiş değil. Öyleyse hukukçuların hukuki yorum başlığını seçmelerinin ve yorum bahsini hukuka has bir yorum varmış gibi tartışmalarının muhtemel gerekçeleri sıralamak bana düşüyor. Gerekçelerden birisi, hukukun doğası itibarıyla belli şekilde yorumlanması gerektiği. Bu iddia, hukukun bir tür emir olduğunu ve emirlerin pratik amaçlara hizmet ettiğini söyler. Dolayısıyla hukuk, bir edebiyat metninin, bir kutsal kitabın yorumlandığı gibi değil, o pratik amaçların gerektirdiği şekilde yorumlanacaktır. İkincisi muhtemel gerekçe, hukuk metninin ve hukuki kuralların işleviyle ilgilidir. İşleve atıf yapan gerekçe, diğer alanlardaki yorumun tek bir doğru yoruma ulaşmaması ile hukuktan beklenen kesinliğin, yeknesaklığın ve istikrarın çelişik olduğunu söyler. Üçüncü muhtemel gerekçe ise, hukuk kurallarının kendisinde yahut pozitif hukuka geçerlilik kazandıran hukuk ideolojisinin köklerinde hukukun nasıl yorumlanacağına dair ilke ve kuralların bulunduğunu söyler. Bu gerekçeye göre hukukun bizzat kendisi, biraz daha ılımlı bir yaklaşımla hukuk kültürü, hukukun nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin kuralları da yaratmıştır. İddianın temel varsayımı, hukukun özerk bir sistem olduğudur.

[2] Okumakta olduğunuz makalenin yazımını ‘tetikleyen’ bir çalışmayı da bu bağlamda anmam gerekiyor. Zira hukuktaki yorum tartışmalarına ‘dışarıdan’ müdahalenin iki ana kaynağı var: Teoloji ve edebiyat. Teoloji, seküler dünyada etkisini yitirmiş durumda. Dolayısıyla hâlihazırda yorumun asıl yükünü çeken edebiyat. Gökhan Yavuz Demir, 2008’de sunduğu bir tebliğle, çarpıcı bir iddiada bulunmuş ve hukukun edebi bir tür olduğunu söylemişti. Benim açımdan bu iddianın cazip kısmı, edebi yorum-hukuki yorum ilişkisi idi. Hukukun edebi bir tür oluşunu üzerine olan görüşlerimi başka bir çalışmaya saklıyorum. Belirttiğim gibi burada amacım, hukuki yorumun imkânını tartışmak. Bkz. Gökhan Yavuz Demir, ‘Edebî Bir Tür Olarak Hukuk’, **Hukuk Kuramı**, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 45-51 <<http://hukukkurami.net/media/file/edebitur.pdf>> (E. T. 04.01.2015). (İlk yayımı: **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi Kitap 19**, İstanbul: İstanbul Barosu Yay., ss. 230-237.).

Makalenin bundan sonraki kısmı, sıralanan bu muhtemel gerekçelerin çürütülmesini amacını taşıyor. İzleyen ilk üç başlık altında bunu deneyeceğim. Bir sonraki başlıkta, ise hukukun içinden, hem de pek de beklenmeyen bir isimden, Hans Kelsen'den yardım isteyeceğim. Kelsen'in yorum yaklaşımı, bilindik özelliklerinin aksine, yorumun 'hukuk dışı' bir mesele olduğunu iddia eder. Kelsen'in ardından bu sefer hukuk dışı bir isme, Hans-Georg Gadamer'e başvuracağım. Hukuku kendi hermenötik teorisine model alması itibariyle Gadamer, bu bağlamda ele alınmayı hak eden bir isim. Nihayet makalenin sonuç kısmında, hukuk metinlerinin yorum açısından hukukiliğini kaybetmiş olmasının ne anlama gelebileceğini de tartışacağım.

I. DİREKTİFLER OLARAK HUKUK METİNLERİ

Birinci iddiaya göre hukuk kuralları, yani hukuki metinler bir tür emirdir, pratik amaçlara hizmet eder. Muhataplarına, nasıl davranacaklarını söyler. Hukuk kurallarını direktifler olarak görmenin anlamı esasında şudur: Hukuk kuralları bir yemek tarifinden, reçeteden, elektronik aletin kullanım, monte edilebilir mobilyanın kurulum kılavuzundan farksızdır. Hukuk kurallarını bu şekilde görmenin makul olup olmadığı üzerinde uzun uzadıya durmak ve tartışmak gerekli olmayabilir. Zira hukuk, bir tür emir gibi görülebilse bile –ki muhatap esasında sıradan bireyler değil, hukuk uygulayıcıları, bilhassa da yargıçlardır^[3]-, bir kullanım kılavuzundan, en azından genelliği ve kapsayıcılığı açısından, oldukça farklıdır. Bu genellik ve kapsayıcılık, hukuk kurallarının uygulanacağı olayların tek tek belirlenmesinin imkânsızlığından doğar. Monte edilebilir mobilyanın kurulum kılavuzu, tek tip bir mobilyayla ilişkindir. Kılavuz, muhtelif tip ve türdeki mobilyalara ilişkin olmadığı gibi ne kılavuzu hazırlayanlar kılavuzu kaleme alırken belirsiz bir mobilyayı düşünmek durumundadırlar ne de mobilyayı alıp getirenler mobilyanın parçalarını birebir içermeyen bir kılavuz bulacaklarını düşünürler. Kılavuz ile mobilya, birebir uymak zorundadır. Uymuyorsa, kılavuz yanlıştır, uygulanamaz yahut o mobilyaya ait değildir. Bunun yanında hukuk kurallarının yazarları, meydana gelmesi muhtemel olayları tasarlamakla birlikte, tek tek olayları değil bir olaylar kategorisini kapsamak üzere kural yazmakta olduklarını bilirler. Ayrıca çok iyi bildikleri bir başka şey, kural kaleme alınırken düşünülemez pek çok olayın yargı yerlerinin önüne geleceği, hiç düşünmedikleri olayların kaleme aldıkları kuralın işaret ettiği olaylar kategorisine dâhil edilebileceğidir. Dolayısıyla hukuk kurallarını

[3] Geleneksel görüş, hukukun muhataplarının vatandaşlar yahut da hukukun egemenlik iddiasında bulunduğu bireyler olduğunu söyler. Buna karşın burada Kelsen'in yaklaşımını daha makul buluyorum. Bkz. Hans Kelsen, **General Theory of Norms**, Oxford: Clarendon Press, 2011, ss. 56-7.

bir şey yapmamızı isteyen metinler olarak görebilesek bile, basit reçetelerden, kılavuzlardan çok daha farklı metinlerden bahsettiğimizi kabul etmek gerekir.

Hukuk kurallarının direktifler olarak görülmesi gerektiğini söyleyerek onların pragmatik niteliği üzerinde ısrar etmek ama onları reçetelerle veya yemek tarifleriyle eş tutmanın *haksız* bir indirgeme olduğu söylemek mümkündür elbette. Ancak bu durumda metinleri birbirinden ayırmak ve farklı yorum metotları getirmek için yeterli kritere sahip olmadığımızı hatırlamamız gerekir. Farklı türde metinler olduğu doğrudur. ‘Metin’ çok geniş bir kavram^[4] ve bu başlık altına yazabildiğimiz her şeye aynı inceleme metotlarını uygulamayacağımızı söylemek ilk bakışta makul görünüyor. Metinleri ‘tür’lere ayırmak, görünen o ki, en çok edebiyatçıların uğraştığı bir mesele olmuştur. Hukuk metinlerinin ne türden metin olduklarını belirlemek durumunda isek, buna benzer bir teşebbüsün altından kalkmaya çalışan edebiyat teorilerine bakmak yardımcı olabilir. Dolayısıyla cevabını vermeye çalıştığımız soruyu, ‘bir metni edebi yahut edebiyat metni kılan nedir’ sorusuna tahvil edebiliriz. Bu soruyu burada dört başı mamur bir şekilde tartışma imkânımız elbette yok. Ancak edebiyat kuramcılarının neye edebiyat metni deneceği konusunda ikna edici bir açıklama yapmaktan uzak olduğunu söyleyebiliriz. Onların da suçu yok esasında, zira metinleri nasıl ayıracağınıza karar vermek zordur. Ayırımı gerçekliğe gönderme yapan ile kurmaca/hayal ürünü arasında mı yapacağız? Tarih ve felsefe metinlerini, hatta dini metinleri nereye koymak gerekir; gerçeklikle ilgili olanlar arasına mı kurmaca olanlar arasına mı? Günümüzün formüllerle bezenmiş bilimsel eserlerini edebiyat metni saymamak kolay olabilir, ama Bacon’ın veya Newton’ın yazılarının edebi yönünün olmadığını iddia etmek cüret ister. Homeros eserlerini nazım tarzında kaleme almıştı, ancak bu *Ilyada* ile *Odessa*’yı sadece şiir mi yapar? Herodot sadece bir tarihçi midir? Nietzsche’nin *Böyle Buyurdu Zerdüş*’ü bir süre felsefe değil edebiyat metni olarak okunmuştu Almanya’da, şu anda salt felsefe metni midir? Kutsal kitapların hukuk, ilahiyat, felsefe ve edebiyat metinleri olup olmadığına mı karar vermek durumundayız; bunu gerçekten yapabilir miyiz? Biyografiler yahut otobiyografiler arasında edebi şaheserler yok mudur? Ve hatta bir yemek tarifi yahut bir yön levhası edebi açıdan kesinlikle değerlendirilemez mi? Berna Moran, neyin edebiyat metni olduğuna ilişkin tanım verme zorluğunu, Wittgenstein’la aşmaya çalışır: ‘Oyun’ kelimesini tanımlayamayabiliriz, ama gündelik dilde neye oyun denileceğini

[4] ‘Metin’, yazıyla sabitlenmiş ifadelerdir. Rastgele bir araya gelmiş kelime ve cümlelerden oluşmaz. Metnin unsurları, bir irade tarafından, belli bir amaçla bir araya getirilmiştir. Bununla birlikte, bir bütünlük oluşturan anlamlı unsurlara metin denebilir. Bir harita, tarihin belli bir kesiti veya bir olay metni olarak görülebilir, ‘okunabilir’, ‘analiz edilebilir’ ve ‘yorumlanabilir’. Burada yazıyla sabitlenmiş, bütünlük oluşturan ifadelerden bahsediyoruz.

bilir ve kelimeyi anlamlı ve düzgün bir şekilde kullanırız^[5]. Bir tanımdan yola çıkamasak da, bir metne roman, bir metne şiir, başka bir metne öykü, yani edebiyat deriz^[6]. Ama Moran'ın buluşunu değersiz kılan sorun tam da Wittgensteinci yaklaşımın açmazında yatıyor: Poker bir oyundur, ama neden evlilik de bir oyun olmasın?^[7] Okumakta olduğunuz metin, verdiğiniz değer ne olursa olsun, neden bir edebiyat metni olmasın?

Hangi metnin edebiyat metni olduğuna karar veremiyor olmak, her metni edebiyat metni yapmaz elbette. Sadece ayırım yapmanın mümkün olmadığını söyleyebilir. Bu durumda metinler hakkında ürettiğimiz yargıları bir araya getirmek, genelleştirmek ihtiyacı ortaya çıkar. Nitekim dilbilim, dil felsefesi, anlam felsefesi, göstergebilim gibi alanlardaki tartışmalar daima genelleşme eğilimindedir. Sözelimi yapısalci dilbilim kısa sürede her türlü beşeri etkinliğin analizi için bir model olmayı başarmıştır^[8]. Göstergebilim kendisini bir meta-bilim olarak sunmuştur^[9]. Ancak bu tartışma, şu anda yaptığımız tartışmanın birkaç adım sonrasına işaret ediyor. Dolayısıyla bir hukuk metnini edebiyat metninden ayıracak herhangi bir ölçüte sahip olmadığımızı^[10] söyleyebiliriz.

-
- [5] Ludwig Wittgenstein, **Felsefi Soruşturmalar**, İstanbul: Metis, 2010, s. 53. Ayrıca bkz. Gökhan Yavuz Demir, **Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği**, İstanbul: İthaki, 2015, ss. 87-119.
- [6] Berna Moran, **Edebiyat Kuramları ve Eleştirisi**, İstanbul: İletişim, 1999, s. 302.
- [7] 'Evlilik bir oyundur.' ifadesindeki 'oyun'u metafor olarak kullanmadığımı söylemeliyim –ya da çok daha derin bir kavrayışla metafordur, ama bu anlamıyla metafor benzetme ve değil, anlam kurucu, inşa edici, yaratıcı bir işlevine sahiptir. Metaforların düşünme tarzımızın temelini oluşturduğu iddiası için bkz. George Lakoff-Mark Johnson, **Metaforlar – Hayat, Anlam ve Dil**, Çev.: Gökhan Yavuz Demir, İstanbul: İthaki, 2015.
- [8] Ör. bkz. John Sturrock (Ed.), **Structuralism and Since – From Levi Strauss to Derrida**, Oxford: OUP, 1979.
- [9] Mehmet Rifat, **XX. Yüzyılda Dilbilim ve Göstergebilim Kuramları 1 – Tarihçe ve Eleştirel Düşünceler**, İstanbul: Om Yayınevi, 2000, s. 127 vd.
- [10] Hangi metinlerin edebiyat metni sayılacağı ile ilgili tartışmanın uzun ve geniş bir tarihi, dolayısıyla da sorunla ilgili geniş bir literatür var. Benim burada yaptığım niteleme, bu literatüre katkı yapan herkesin metinler arasında ayırım yapılamayacağını kabul ettiği anlamına gelmiyor. Bilakis tartışma, neye edebiyat denileceği ile ilgili öneriler ve bu önerilere karşı eleştiri ve önerilerle devam ediyor. Metinler arasındaki geçişkenliğin ve sınırların belirsizliğinin daha çok dikkat çekmesi ve sınır çizmenin zorluğunun hatta imkânsızlığının kabul edilmesi, 20. yüzyılın ikinci yarısında yaygınlaşır. Bu tartışmanın kaba bir özetini yapma imkânım bile yok. Sadece kendi okumalarımın genel nitelikli olanlara atıf yapmak durumundayım: Terry Eagleton, **Edebiyat Kuramı – Giriş**, Çev.: Tuncay Birkan, İstanbul: Ayrıntı, 2004, özellikle s. 16-33; Rene Wellek ve Austin Warren, **Edebiyat Teorisi**, Çev.: Ö. Faruk Huyugüzel, İstanbul: Dergah, 2011, s. 17-43; Moran, **Edebiyat Kuramları ve Eleştirisi**, özellikle s. 299-306.

Ayırımın mümkün olmaması yanında, böyle bir ayırım yapmanın ne işe yaradığını yahut yarayacağını da sorgulamamız gerekiyor. Hukuk metinleri dediğimizde aklımıza ilk gelen, muhtemelen yazılı hukuk kurallarıdır. Ancak bu düşüncenin oldukça kısır bir ‘hukukun kaynakları’ öğretisine dayandığını söyleyebiliriz. Eğer A. Peczenik’in (A. Aarnio ve R. Alexy ile birlikte) savunduğu ve oldukça tutarlı ve ikna edici olan hukukun kaynakları açıklamasına bakacak olursak, yazılı hukuk kuralları, hukukun kaynaklarının çok küçük bir kısmına karşılık gelecektir^[11]. Türkçe hukuk literatürü Peczenik’in yaklaşımından daha dar bir kapsam sunsa da, burada bile yazılı hukuk kuralları hukukun kaynaklarının tamamına karşılık gelmez. Hukukun kaynakları öğretisine dair tartışmayı bir kenara bırakıp daha açık bazı sorular sorabiliriz: Yargı kararları, otoritesi ve bağlayıcılığı ne olursa olsun, hukukun kaynakları arasında sayıldığına göre, onları hukuk metni olarak kabul edecek miyiz? Hukuk kurallarının yorumu ile yargı kararlarının yorumu arasında metodolojik bir fark güdebilir miyiz? Gütmemizin gerekçeleri ne olabilir? Aynı soruyu, sözleşimi sözleşmeler için de sorabiliriz. Sözleşmeye bağlı bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda yargıç sözleşmeyi bir hukuk kaynağı olarak görmek zorundadır^[12]. Bu durumda sözleşmenin yorumu ile hukuk kurallarının yorumu birbirinden ayrılabilir mi? Peki ya bir edebiyat metninin yargılamaya konu olması durumunda, yargıç hukuk kurallarının edebiyat metninden farklı olduğunu savunmak için yeterli gerekçeye sahip olabilir mi?

[11] Bkz. Ertuğrul Uzun, **Akıl Tutkunu Hukuk–A. Peczenik’in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 155-183.

[12] Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 97 vd.

II. HUKUKİ YORUMDA DOĞRULUK SORUNU^[13]

İkinci muhtemel gerekçenin iddiası, hukuki yorumun doğruluk veya kesinlik hedefinin bulunduğu. Buna karşın diğer metinlerin yorumu bu hedeften yoksundur. Sözgelimi, edebiyat metinleri farklı yorumlara açıktır, bu yorumlardan hangisinin doğru olduğunu belirlemek için kriter bulmak mümkün değildir. Bu değerlendirme, büyük ölçüde, edebi yorumun keyfiliğini ima eder. Kutsal kitapların yorumu söz konusu olduğunda ise, tarihin gösterdiği gibi yorum pek çok farklı akıma, okula yahut mezhebe yol açmıştır. Bu yorum çokluğunun, dini inanışın doğasından kaynaklandığı kabul edilir. Ancak hukuk böyle bir yorum çokluğuna ve keyfiliğe tahammül edemez. Zira hukuki yorum söz konusu olduğunda yorumlayan yargıçtır, yargıcın kararı kamusal gücün kullanımını harekete geçirir. İşin doğrusu, bu gerekçe, sadece hukukçular arasında değil, bazı edebiyatçılar ile yorum konusunu çalışmalarının merkezine alan felsefeciler tarafından da desteklenir. Bu yazarlar hukuk metinlerine yoğunlaşmadıklarından, çoğunca küçük bir ima ile, hukuk ile edebiyatın ayrı olduğunu söylerler. Kim bilir, belki de bu küçük imaların anlamı, meselenin üzerinde tartışma yapılmaya değmeyecek ölçüde açık olmasına inanmalarından kaynaklanıyordu.

[13] Açıkça dile getirilsin veya getirilmesin hukuki yargının sonucunun mutlaklık yahut kesinlik derecesinde doğru olması gerektiği geleneksel hukuk anlayışının ayrılmaz parçası ve belki de kendi kaderleri hakkında karar verildiğine göre, muhataplarının doğal bir beklentisidir. Dolayısıyla, yorumu hukuktan kurtarma teşebbüsünde hukuki yargıların doğruluğuna ilişkin bu yargıyı çürütmem beklenebilir. Ne var ki bu makalede kurduğum muhakeme zincirinde, hukuki yargıların doğruluk iddiasının bizatihi kendisini değil, hukuki yargıların doğruluğunu gerçekleştirmek için, dolayısıyla hukuki yorumun varlığı için kullanılan bir argümanı hedef alacağım. Bu kısmın sonundaki hukuki yargıların doğruluğuna dair keskin bir ifadeyi dile getiren Dworkin'e değini dışında, hukukun 'içinden' hukuki yargıların doğruluğunun leh veya aleyhine getirilmiş iddiaları başka bir çalışmanın elinizdeki makalenin yürüttüğü tartışmanın takip edilmesini kolaylaştıracağı düşünüyorum. Makale içerisinde Kelsen'e yer verilmesinin gerekçesi ise, Kelsen'in hukuki yorumun doğruluğuna yönelik değil 'hukuki'liğine yönelik getirdiği açık eleştiridir. Hukuki yargıların doğruluğuna yönelik geniş bir literatür bulunmaktadır. Hukuki yargıların doğruluğu sorununun bir kısmını yargılama konusu yapılan olayların hakikatine uygunluk diğer bir kısmını ise hukuki yorumun doğruluğu sorunu oluşturur. Amerikan Hukuki Realizmi 'olay şüpheçiliği' ile olayların hakikatine uygunluğu tartışmaya açar. Kıta Avrupası'nın Serbest Hukuk Okulu da hukuki muhakemenin doğasına yönelik benzer bir eleştiri dile getirir. Bunun yanında hukuki yorumu merkeze alan çalışmaların daha fazla sayıda olduğu söylenebilir. Türkçede konuyla ilgili tartışmalar için ör. bkz. Gülriz Özkök, 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, 2002, ss. 1-18; Emine İrem Akı, **Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, <<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/3598/4486.pdf>> (E.T. 12.5.2016); Hayrettin Ökçesiz, 'Freirechtsschule', **HfSA 22**, Haz.: H. Ökçesiz, G. Uygur, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 227-232; Ertuğrul Uzun, 'Hukuk Yorumdur', **İÜHF**, C. LXXVII, S. 1, 2014, ss. 99-104.

Sözelimi Eagleton, herhangi bir metroda görülebilecek, ‘köpeklerin yürüyen merdivende kucağa alınması gerektiği’ni söyleyen bir levhanın edebiyat metni olup olmayacağını, üstelik kendisine hayran bırakan bir maharetle tartışırken^[14], levhadaki yazıyı edebi yorumu ihtimal dışı bırakacak bir ‘tür’e ait olarak görmeyi gerektiren “toplumsal kod”lardan bahseder^[15]. Edebi metinlerin yorumlanmasında farklı, hatta sınırlarını zorlayan yorumların hoş görülmesinin sebebi, “söz konusu edebiyat olduğunda hiçbir şeyin ölüm kalım meselesi olmamasıdır”. Bir yorum nedeniyle, “kimse canından ya da malından olmaz. Oysa resmi bir belge bu serbestlikle okunacak olsa insanlar geçim kaynaklarını, özgürlüklerini ve hatta hayatlarını kaybedebilirler”. Eagleton’a göre, “metinlerin anlamlarının bazen sabit, bazen açık uçlu olmasını isteriz; metne göre değişir bu. Yol işaretleri ya da doktor reçeteleri söz konusu olduğunda olabildiğince düz, muğlaklıktan uzak bir anlam aranır”^[16].

Hermenötik yaklaşımın önermelerini ‘hukuk yorumdur’ iddiasının desteklenmesi için kullanırken, okumakta olduğunuz makalenin yazarı da benzer bir ifade kullanmıştır^[17]:

“Her metnin birden fazla yoruma açık olması, çetin bir sorunu, yorumun doğruluğu sorununu doğurur. Yorum kaypaktır, oynaktır, kaygandır; ele avuca gelmez. Edebi bir metinde yorum imkânının genişliği, edebi zevki artırır. Doğru yorum hakkında konuşmak, edebi faaliyetin bir varyasyonudur. Edebi metinlerin doğru yorumuna ulaşmamış olmanın hayatımıza bir etkisi yoktur. Ama hukuk eğer şiddetse, zulümse, güvenlikse ve şefkatse; sorun edebiyattakinden farklıdır. Zira yorum öldürebilir, hakkımı elimden alabilir, özgürlüğümü kısıtlayabilir, iflas ettirebilir, çocuğumdan ayırabilir ve bunların dolaylı etkileriyle hayatım altüst olabilir.”

Bu iddiaya, tuhaf bir şekilde ters istikametlerden gelen iki farklı kanıtla cevap verilebilir. Birinci kanıtın kaynağı, edebiyat ve kutsal kitap yorumuyla ilgili yaklaşımların bizzat kendisi. Zira iddia, hukuk metinlerinin tek bir doğru yorumun peşinde koşmak zorunda olduğunu, ancak diğer dallarda daha serbest bir yorum pratiğine izin verildiği idi. Edebiyat teorileri, son dönemdeki ‘anlam

[14] Eagleton, **Edebiyat Kuramı**, s. 22-24.

[15] Eagleton, **Edebiyat Kuramı**, s. 105.

[16] Terry Eagleton, **Edebiyat Nasıl Okunur?**, Çev.: Elif Ersavcı, İstanbul: İletişim: 2015, s. 156.

[17] Uzun, ‘Hukuk Yorumdur’, s. 103.

üzerinde karar verilemez' önermesini ima eden yaklaşımlar^[18] haricinde, bir teori olarak varlığını kazanabilmek için 'doğru yorum'un ne olduğunu savunmak durumunda kalmıştır. Dolayısıyla farklı edebiyat teorileri anlamın nerede bulunacağı ile ilgili birbirlerini nakzeden, dar diyebileceğimiz yorum önerilerinde bulunmuşlardır. Kimi yazarın niyetine, kimi yazarın zihnindeki tecrübeye, kimi biçimsel özellikleri çerçevesinde metne, kimi metnin yapısal unsurlarına, kimi yazarın kimi metnin kimi de okurun tarihselliğine, kimi sadece okura, kimi sadece yazara, kimi sadece metne bakılması gerektiğini söylemiştir. Edebiyat metinlerinin yorumu esneklik, her türlü yoruma cevaz vardır iddiası, esasında, hukukçunun edebiyatla kurduğu ilişkinin keyfiliklerinden kaynaklanır. Keyfilik çok anlamlı kullanıyorum: Keyif için okunan edebiyat metninden, disiplinsiz/teorik temel dikkate alınmadan okunan edebiyat metninden, okunmasıyla okunmaması arasında fark görülmeyen edebiyat metninden. Edebiyat metinlerinin yorumundaki serbestliğe dair teorik bir arkaplan bulmak mümkün olmadığı gibi, olgular da tam aksi yönde düşünmemizi haklı çıkarıyor. Edebiyat metinlerinin yorumunun gündelik hayata etkisinin olmadığını söylemek mümkün değil. Tarih boyunca yasaklanan edebiyat eserlerinin listesini yapamayız bile. İktidarın tarihi, sansürün tarihidir bir bakıma ve bu sansürün tetikleyicisi, edebiyat metinlerinin yorumuyla ilgilidir. Edebiyat metinlerinin yorumu, akıl almaz sonuçlar doğurabilir. Sözgelimi, Salman Rushdie'nin Şeytan Ayetleri'ni düşünmeli^[19]. Kemal Tahir'in *Yorgun Savaşçı*'sının^[20], Orhan Kemal'in *Bereketli Topraklar Üzerinde*'sinin^[21] sinema uyarlamalarının akıbetini. Hrant Dink'in, bir düşünce dile getirmesinin yanında çok kuvvetli bir edebi metin olan yazı dizisinin belli bir şekilde yorumlanmasının, Dink'in mahkûmiyetinden katline

[18] Postmodern, postyapısalcı yahut yapıçözümcü metin analizi yaklaşımları, sadece edebi metinlerin değil her türlü metnin anlamına ilişkin bir 'belirsizlik' iddiasında bulunur. Bu iddianın değerini ve hukuk açısından sonuçlarını başka bir çalışmada ele almayı düşünüyorum. Böyle bir inceleme şüphesiz 'Hukuki Pragmatizm'i de kapsamak durumunda. Konuya işaret eden Türkçe bir çalışma için bkz. Özkök, 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine'. Hukuki pragmatizm hakkında öz bir betimleme için bkz. Edgar Butler, 'Legal Pragmatism', *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (25.04.2016).

[19] 'İranlı din adamı: Salman Rüşdi hakkındaki ölüm fetvası hala geçerli', **Hürriyet**, 22 Haziran 2007, <<http://www.hurriyet.com.tr/iranli-din-adami-salman-rusdi-hakkindaki-olum-fetvasi-hala-gecerli-6761381>> (E.T. 03.01.2016).

[20] 'Çılgın Türk' 'Yorgun Savaşçı'yı Nasıl Yaktı', **Radikal**, 15 Ekim 2009, <<http://www.radikal.com.tr/turkiye/cilgin-turk-yorgun-savasciyi-nasil-yakti-959345/>> (E.T. 03.01.2016).

[21] 'Kayıp Film Festivalde', **Milliyet**, 2 Nisan 2008, <<http://www.milliyet.com.tr/kayip-film-festivalde—sinema-536294/>> (E.T. 03.01.2016).

giden sürece etkisini düşünmeli^[22]. Edebi yorumun şakası yoktur: Öldürür. Edebi yorum öldürmese bile, sansür veya ceza ile sonuçlanmasa bile, yorumla ortaya çıkan anlam yargılamanın konusu olabilir. Elif Şafak'ın *Baba ve Piç*'ini^[23], Nedim Gürsel'in *Allah'ın Kızları*'ni^[24] hatırlamak yeterli. Kimi zaman da edebiyat eserlerinde yer alan karakterler gündelik hayatın kanlı canlı insanlarına, bilhassa da kamuoyunda tanınmış kişilere benzetilir. Bu benzetmelerin elbette bir anlamı vardır ve beklenmedik sonuçlar ortaya çıkabilir. Sözelimi, bu makalenin kaleme alındığı dönemde J.R.R. Tolkien'in *Yüzüklerin Efendisi* isimli üç ciltlik fantastik romanında yer alan *Smeagol/Gollum* karakterinin, romanın sinema uyarlamasındaki görünümü ile Cumhurbaşkanı R.T. Erdoğan arasında benzerlik kuran görsellerin sosyal medyada yer alması üzerine hakaret suçlamasıyla yapılan yargılama Türkiye kamuoyunu meşgul ediyor. Adli yargıdan çok daha hızlı bir şekilde idari soruşturma sonucunda doktor olan sanık memuriyetten men edilmiş durumda. İlginç olan, davayı görmekte olan mahkemenin, roman karakterinin analizi için bir bilirkişiye başvurması. Basına yansıyan haberlerden takip edilebildiği kadarıyla, *Smeagol/Gollum* karakterinin yorumu yargılamanın sonucunu belirleyecek^[25].

Sadece edebiyat değil, kutsal metin yorumu da öldürür. Mezhep farklılıkları, hem Hıristiyan hem de İslam dünyasında yüzyıllar süren kanlı çatışmalara neden olmuştur. Aynı kitaba inanan mümin Hıristiyanlar ve Müslümanlar, yorum farkları nedeniyle kan dökmüşlerdir. Kimi zaman aynı inanç dünyasının mensupları birbirini öldürürken, kimi zaman da belli bir dinin mensuplarının bir kısmı dinin gereği olarak kan dökerken diğer kısmı hangi inançtan olursa olsun insan öldürmenin dinleri gereği yasak olduğunu söyler. Ne dini metinlerin yorumu serbesttir ne de yorum farklılıkları hakikate ulaşmanın zorunlu doğasını yansıtır. Farklı yorumlamak, dairenin dışına çıkmaktır ve dairenin dışına çıkmanın bedeli büyüktür. Eagleton'ın rahatlığı olumsaldır, zorunlu değil.

Tek bir doğru hukuki yorumun bulunabileceği iddiasına hukuk dışından yanıt verdik. Aksi istikametten gelen ikinci kanıtın kaynağı S. Toulmin ile Ch.

[22] Ayrıntılı bilgi için bkz. Fethiye Çetin, **Utancı Duyuyorum – Hrant Dink Cinayetinin Yargısı**, İstanbul: Metis, 2013, ss. 47-141. Ayrıca bkz. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Metodolojisi – Ders Kitabı**, Ankara: TAA Yayını, 2014, ss. 163-182.

[23] 'Elif Şafak da Yargılanacak', **Radikal**, 29 Temmuz 2006 <<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=194279>> (E.T. 03.01.2016).

[24] "Allah'ın Kızları" Romanına Soruşturma, **Milliyet**, 17 Temmuz 2008, <<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=894302>> (E.T. 03.01.2016).

[25] Ör. bkz. 'Erdoğan'a hakaret davasında Gollum raporu: Özünde iyi biri', **BBC Türkçe**, 13 Nisan 2016 <http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160413_gollum_dava> (E.T. 25.04.2016).

Perelman. Aksi istikametten kastım, bu iki ismin, sırasıyla argümantasyon ve retorik teorilerini oluştururken hukuki muhakemenin doğasını kanıt olarak sunmaları.

Stephen Toulmin, *Uses of Argument*'ta, genel bir argümantasyon teorisini oluştururken, hukuki muhakemenin hiçbir zaman tek bir doğru yanıtı ulaşamayan ve doğruluğu kanıtlamaktan ziyade makuliyeti gerekçelendirmeyi esas alan doğasını örnek gösteriyordu^[26]. Toulmin,

“mantığın ve felsefenin matematikle olan birlikteliğinin sona ermesi gerektiğini, yeni müttefikin hukuk olduğunu söyler. Toulmin'e göre matematikle sıkı bir bağ kurmuş olan mantık, evrensel (alan-bağımsız) ölçütlerin peşine düşmüş, ancak hukuk, bilim, siyaset, ahlak ve tıp gibi alanlardaki kanıtlamaların alan-bağımlı özelliklerini göz ardı etmiştir. Hatta Toulmin'e göre mantık, genelleştirilmiş hukukbilimdir (jurisprudence).”^[27]

Perelman ise doğruluğun inançtan, kanıtlamanın ise bir iknadan ibaret olduğunu savunuyor, felsefeden tarihe her türlü kanıtlamanın retorik faaliyet olduğunu söylüyordu. Burada da en büyük kanıtı, zaten retorik yönü apaçık olan hukuk idi.

“Perelman'a göre, yargıcın, bir davanın olgularını bir kural altında sınıflandırdığı bir biçimsel mantıksal ispat sunması gerektiği şeklindeki görüşün modası artık geçmiştir. Modern hukuk kuramında, karar oluşturma sürecinin, hukukun olgulara otomatik uygulanışı olmadığı şeklinde bir uzlaşma vardır. Eğer somut bir durumda bir kuralın anlamı açık değilse, yargıç kuralı yorumlamak durumundadır. Belirli bir yorumun tercih edilmesi kesinlikle zorunlu değildir, fakat daima değerlerin tartılmasına, hakkaniyete neyin en uygun olduğunun ve hukuken en doğru kararın ne olduğunun tartılmasına, karşılaştırılmasına dayanır.

Değer yargılarının hukukun uygulanmasının temelini oluşturması, değer yargılarının nasıl savunulacağı sorununu gündeme getirir. Perelman'a göre yargıç kararını mantıksal-biçimsel bir ispat şeklinde değil, bir kanıtama şeklinde sunar. Mantıksal sonuç çıkarma, bir ispat ya da tanıtılma faaliyetidir. Belli öncüllerden belli sonuçların çıkması zorunludur ve bu ilişkinin gösterilmesi karşı tarafı susturacak, aciz bırakacak bir işlemdir. Ancak hukukta ileri sürülen iddialar,

[26] Stephen Toulmin, **The Uses of Argument**, Cambridge: CUP, 1969, s. 7.

[27] Ertuğrul Uzun, 'Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği', **HfSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-22**, Haz.: H. Ökçesiz ve G. Uygur, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 20-21.

böylesi kesin sonuç doğuran ilişkilerden çok, karşı tarafı ‘inandırma’, belli bir teze ‘yaklaştırma’ amacı taşıyan, ‘tartışmalı’ değer yargıları ile ilgili iddialardır.”^[28]

Hukuk düşüncesi literatüründen haberdar olanlar, 20. yüzyıldaki önemli bir ismin, R. Dworkin’in, ‘yegâne doğru cevap’ teorisini de duymuşlardır. Dworkin’e göre hukuk, yargıçlar cemaatinin yazdığı zincirleme bir romandır. Yargıç karar vereceği zaman, kendisinden önce yazılmış kısımları dikkate almak ve hukukun içerisinde yegâne doğru cevabı çekip çıkararak romana eklemek durumundadır^[29]. Ancak bu iddia, hukukun doğasından kaynaklanmaz. Dworkin teorisini, edebiyattaki Yeni Eleştiricilik okulundan yola çıkarak oluşturmuştur. Yani tek bir doğru cevabın var olduğu tezi hukuki değil, edebi bir tezdur.^[30]

III. ÖZERK BİR DİSİPLİN OLARAK HUKUK

Üçüncü muhtemel gerekçe, hukuk kurallarının kendisinde yahut pozitif hukuka geçerlilik kazandıran hukuk ideolojisinin köklerinde hukukun nasıl yorumlanacağına dair ilke ve kuralların bulunduğunu söyler. Söz gelimi bazı hukukçulara göre pozitif hukukun bizatihi kendisi yoruma dair bazı kural veya ilkeler getirmiştir. Türk hukukunda bu yöndeki tartışmalardan birisi Medeni Kanunun ilk maddesinden bir yorum ilkesi çıkarmakla ilgilidir. Mezkûr maddeye göre, “*kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır*”. Kanunun eski ifadesinde öz yerine kullanılan ruh kelimesinin cazibesıyla, kanunun bir sözünün/lafzının bir de özünün/ruhunun bulunduğu, lafız ile ruh uyumsuz olduğu durumda ruhunun uygulanacağı iddia edilir. Bu ruhun nasıl bulunacağı ise, geleneksel yorum yöntemlerinden birinin seçilmesiyle sonuçlandırılır yahut söz konusu yorum yöntemlerinin tamamının aynı anda kullanılarak bir tür sanat icrası tavsiye edilir. Hâlbuki ilgili hüküm bir yorum değil mer’iyet/ geçerlilik iddiasıyla birlikte yargıcın kanunda düzenlenmemiş olma gerekçesini kullanarak davaya bakmaktan kaçınmayacağını işaret etmesi daha makuldür.

[28] Uzun, “Hukuksal Usavurmada...”, s. 22.

[29] Ronald Dworkin, **Law’s Empire**, Cambridge: The Belknap Press, 1986, ss. 228-238. Ayrıca bkz. Sevtap Metin, ‘Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı’, **İÜHFİM**, C.: LXI, S.: 1-2, 2003, ss. 35-83; Ahmet Ulvi Türkbâğ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı**, İstanbul: Derin Yayınları, 2010; Kasım Akbaş, ‘Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir “Yargılama Kuramı”na’, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: E. Uzun, İstanbul: İthaki, ss. 195-212.

[30] Dworkin’in yorum teorisinin edebiyat kuramlarıyla ilişkisi başlı başına büyük bir çalışmanın konusunu oluşturuyor. Burada, Stanley Fish ile R. Posner’in de dahil olduğu bu meseleyi ana hatlarıyla ele alan bir kaynağa işaret etmekle yetiniyorum: James Seaton, “Law and Literature: Works, Criticism and Theory”, **Yale Journal of Law and the Humanities**, C. 11, S. 2, 1999, ss. 479-507.

Lafızla çelişen ruhun imkânı sorusu ise başlı başına bir muammadır^[31]. Türk hukukçularının yorum ilkesiymiş gibi sundukları bir başka düzenleme ise, Anayasanın, yargıçların “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm*” vermeleri gerektiğini söyleyen 138. maddesidir. Bilhassa doğal hukuk görüşüne yakın bazı hukukçular, vicdani kanaat ifadesinin kanunları aşan bir ahlaki değerlendirmeyi gerekli kıldığını savunur, bunun da yorum faaliyetinin bizatihi hukuk düzeni tarafından getirilen temeli ve ölçütü olduğunu söylerler. Oysa Anayasa hükmü, yargı bağımsızlığı ile ilgili bir hüküm getirmiştir. Dolayısıyla buradaki ifade öncelikle kararın salt yargıç tarafından verilmiş olması gerektiğine işaret eder. İkincisi, vicdani kanaatin konusunun hukuki değerlendirme olacağına dair herhangi bir kanıt yoktur. Nihayet, Anayasanın yapım dönemindeki çalışmalara da bakıldığında, kastedilenin hukuki değerlendirmede kişisel ahlaki kriterlerin kullanılması değil, sübuta ilişkin kararın bizzat yargıç tarafından verilmesi gereken bir karar olması gerektiği görülecektir. Aksi takdirde Anayasanın, yargıçlardan öncelikle kanuna ve hukuka uygunluğu talep ederken arkasından kişisel ahlaki değerlendirmeleriyle belki de kanuna ve hukuka aykırı karar vermelerini istediğini savunmak gibi bir garabeti kabul etmek gerekir^[32].

Şimdi daha genel ve ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ayrı bir çalışmanın konusu olmaya aday olan, hukukun özerk bir disiplin olduğu iddiasına bakalım. Bu iddia şu anlamlara gelir^[33]:

“(1) hukuki muhakeme diğer muhakeme biçimlerinden farklıdır; (2) hukuki karar verme diğer karar verme biçimlerinden farklıdır; (3) hukuki muhakeme ve hukuki karar verme kendine yeter niteliktedir, başka yaklaşımlardan yardım almalarına ihtiyaçları yoktur ve başka yaklaşımlardan alınacak yardımın hukuki muhakemenin ve hukuki karar vermenin gelişimine anlamlı bir katkısı olmaz; ve (4) hukuk araştırmacılığı münhasıran (çoğunluk ‘hukuk dogmatigi’ denen) hukuki konulara yönelmelidir ve başka konulara yönelmiş bir hukuk araştırmacılığı yoktur yahut olamaz.”

[31] Uzun, “Yorum Yöntemlerini Bilmek...”, s. 80. Hukukçulara ilginç gelebilir ancak lafız ve ruh ayrımı, hiç de hukuki bir ayrım değildir. Ayrım, İskenderiye doğumlu bir Kilise Babası olan Origenes’e (184/185-253-254) dayanır. Origenes’in bu icadı, kutsal metinlerin sadece sembollerle ifade edilemeyecek gizemleri de barındırdığını savunmak üzere tasarlanmıştı. Bkz. Werner G. Jeanrond, **Teolojik Hermenötik**, İstanbul: İz Yayıncılık, 2007, s. 53.

[32] Vicdani kanaat sorununa dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul: İslık Yayınları, 2015.

[33] Brian Bix, ‘Law As an Autonomous Discipline’, **The Oxford Handbook of Legal Studies**, New York: OUP, 2003, s. 975.

Makalemizin konusunun yorum olması hasebiyle, hukuki muhakemeyle ilgili iddiayı daha açıkça şu şekilde yazabiliriz: ‘*Hukuki muhakeme, doğası itibariyle pratik muhakeme, ahlak teorisi ve siyaset gibi alanlardaki muhakemeden ayrıdır.*’ Bu yöndeki iddiaya, daha doğrusu anlayış ve uygulamaya ilk ve en önemli itiraz, Amerikan Hukuki Realistlerinden gelmiştir. Buna göre hukuki muhakeme, hukukçular farkında olsunlar veya olmasınlar, daima hukuk dışındaki muhakeme formlarını kullanır. Bu iddia giderek, Realistlerce, sosyal bilimlerin her alanına vakıf ve hukuk kurallarının bağlayıcılığından kurtulmuş yargıçların varlığını savunmayla sonuçlanır. Hukukun Ekonomik Analizi^[34] gibi pek çok ‘Hukuk ve ...’ yaklaşımı da, hukukun özerkliğini sorgular. Realizm sonrası dönemin belki de en keskin eleştirisi, iddiasını ‘hukuk siyasettir’ şeklinde özetleyebileceğimiz Eleştirel Hukuk Çalışmalarıdır^[35].

Yakın dönem Amerika kaynaklı ve uluslararası literatüre etkide bulunmuş olan çalışmaların özerkliğe en büyük darbeyi vurduğu alan ise, yorum bahsidir. Hukuk ve Edebiyat, Hukuk ve Dil gibi başlıklar altında yürütülen tartışmalar, hukuk metinlerinin anlamlarının belirlenmesinde toplumsal tercih

[34] Felix Müller, ‘Hukukun Ekonomik Teorisi’, Çev.: A.M. Güneş, **Küresel Bakış**, C.1, S.3, Ekim 2011, ss. 1-20; Fuat Oğuz, ‘Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme’, **Piyasa**, 2002/2, ss. 3-23; Bünyamin Gürpınar, ‘Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri – ‘Hukuk ve Ekonomi’ Akımı’, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 20, Nisan 2008, ss. 161-180 <http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/20/161-180.pdf> (E.T. 03.01.2016).

[35] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, Ankara: Notabene, 2015; Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011; Kasım Akbaş, ‘İdeoloji Olarak Hukuk’, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, S. 15, 2006, ss. 87-95.

teorisinden^[36], kamu tercihi teorisinden^[37], dil felsefesinden^[38], göstergebilimden^[39] ve edebiyat teorisinden^[40] çok şey öğrenilmesi gerektiğini ortaya koymuşlardır^[41].

Bix'in de belirttiği gibi, şu an için genel akım, on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın büyük bir kısmında olduğunun aksine, hukukun tamamen özerk bir disiplin olduğunu kabul etmez. Hatta şu an için asıl mesele, hukukun ayırıcı özelliklerini gözden kaçırma tehlikesidir. Bix, hukukun ayırt edici özellikleri olarak, genel kuralların hukuk uygulamasına rehberlik etmesini, yasal koyucu ile uygulayıcılar arasındaki etkileşimi ve *common law* sisteminde emsal kararların müstakbel kararların oluşturulmasında etkili olmasını not eder^[42].

IV. KELSEN: 'HUKUKİ' YORUMUN İNKÂRI

Öyle görünüyor ki, hukuk kurallarının nasıl yorumlanması gerektiğine dair hukuk düzeninde herhangi bir 'yasal'/'hukuki' dayanak bulmak mümkün değil. Üstelik, yasal yahut felsefi/metodolojik bir dayanağın yokluğunda hukuki metinlerin yorumlanmasında belirsizliğin ortaya çıkmasını korkuyla değil, bazen nötr duygularla tümüyle betimsel saiklerle bazen de coşkuyla

- [36] Ör. bkz. Allan Gibbard, *Social Choice Theory and Imperfetability of a Legal Order*, **Hofstra Law Review**, Vol. 10, 1982, ss. 401-413.
- [37] Ör. bkz. Guido Pincione, 'Should Law Proffessors Teach Public Choice Theory', **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 79, 2004, ss. 451-470.
- [38] Ör. bkz. Brian Bix, **Law, Language and Legal Determinacy**, Oxford: Oxford University Press, 1996; Dennis Patterson, **Law and Truth**, New York: Oxford University Press, 1996. Dil felsefesinin hukuk düşüncesine etkisi açısından İskandinav Hukuki Realizminin önemli bir yeri vardır. Bkz. Ertuğrul Uzun, 'İskandinav Hukuki Realizmi', **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki, 2015, ss. 91-112. Dil felsefesi temelli bir yaklaşımla doğal hukukçu bir yorum teorisinin ilgi çekici bir örneği için bkz. Uğur Dinç, **Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum –Michael S. Moore'un Kuramı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2014.
- [39] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Göstergebilimi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- [40] Ör. bkz. James Boyd White, **When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community**, Chicago: University of Chicago Press, 1984.
- [41] Hukukun disiplinlerarası bir çalışma olması gerektiği yönünde bir iddia için bkz. Jan M. Smits, 'Hukuk ve Disiplinlerarasılık: Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normatifliği Üzerine', Çev.: Ertuğrul Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 59-68 <<http://hukukkurami.net/media/file/disiplinlerarasilik.pdf>> (E.T. 03.01.2016).
- [42] Bix, 'Law As an Autonomous Discipline', s. 976. Hukukun özerkliğine dair tartışmalar için ayrıca bkz. Richard A. Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', **Harvard Law Review**, Vol. 100, 1987, ss. 761-780.

dillendirenler var. Hukuki belirsizlik tartışmasını makalenin bu kısmında tüketme imkânına sahip değilim. Bunun yerine, hukukçu muhataplarımın beklemediklerini düşündüğüm bir örnek göstermeye çalışacağım: Hans Kelsen. Bilindiği üzere Kelsen, ‘normativist pozitivizm’ ismi verilen bir hukuk felsefesi okulunun kurucusu sayılır. Pozitivizme yöneltilen eleştiriler, çok daha sert bir şekilde Kelsen’e de yöneltilir, zira Kelsen’in hukuk tasarımı, nihayetinde bir güç olgusuna dayandırılan normlar hiyerarşisinin formel/şekli düzenini içerir. Yasaya geçerlilik, dolayısıyla uygulanabilirlik kazandıran bu düzenin formel koşullarına uygundur. Üstelik Kelsen, hukuk kurallarının meşruiyeti sorununu tartışmayı, kendi verdiği isimle ‘Hukukun Saf Kuramı’nın dışında görmüştür^[43]. Genel olarak pozitivizme, özel olarak da Kelsen’e, bilhassa doğal hukukçular tarafından yöneltilen eleştiri, literalizm anlamındaki formalizm eleştirisidir. Bu eleştiriye göre pozitivistler hukukun neliği sorununu tartışmadan sadece şekle bakmaları itibarıyla, tarafsızlık adı altında ahlaki sorunları, iktidar lehine terk etmişlerdir. Literalisttirler; yani hukukun sadece lafzının uygulanmasını isterler. Böylece yargıçların iktidarın memuru olmasını savunurlar. Literalizmin bir başka kusuru da işlevi açınsındadır. Yani iktidar ve kanunlar ahlaken iyi bile olsalar, hayatın dinamikliği ve karmaşıklığı karşısında kanunların lafzen uygulanması toplumsal sorunlara yol açar^[44]. Burada bir pozitivizm savunusu

[43] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kasım Akbaş, ‘Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı’, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki, 2015, ss. 49-74.

[44] Ör. bkz. Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: DİR Yayınları, 2001, s. 387 (“Hukuksal pozitivizm tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlanmasını amaçlı çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet irâdesinin üstünlüğü, içte ve dışta her hangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Felsefi pozitivizmle birlikte ideolojilere bilimsel bir kimlik verebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece irâdeci, devletçi hukuk anlayışı “bilimsellik” kavramı arkasına sığınmıştır.” “İradeci hukuksal pozitivizm, ...ahlâk dışıdır, çağdışıdır, demokrasi ile bağdaşmaz. (s. 398.)”); Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 97 (“Pozitif hukuk okullarının, devleti tek hukuk kaynağı olarak görmeleri ve hukuk incelenmesinde fizikötesi ilkelere olan her türlü inancı ortadan kaldırmaları, sonuçta, kanun koyucunun keyfi eylemlerine bile hukuk sıfatını vermelerine neden oluyordu.”); S. Keyman, ‘Hukuki Pozitivizm’, **AÜEHFD**, C. XXXV, S. 1-4, 1978, s. 28 (“Hukuki pozitivizm, müsbet hukuka, sırf varlığı ve yürürlükte olması nedeni ile bir değer atfetmektedir... [Pozitivizme göre] sırf mevcut oldukları için, yani içerdikleri değer ve hükümlere bakılmaksızın, hukuk kurallarına itaat etmek gerekir... Kanunlara itaatin nedeni, hukuka saygıdan doğan ahlâki bir borçtur.”); Sururi Aktaş, ‘Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon’, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 268-9 (“...hukuksal pozitivizm, doğal hukuka dayanan doğal haklar ve özgürlüklerin ontolojik varlığını kendi iradesinin ürünü sayan ve bu kavramlar üzerinde iradesinin sınırsız olduğunu düşünen otoriter bir devletin ideolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır.”); Ali Şafak Balı, **Hukuk – Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları**, Konya: Çizgi

yapacak değilim; ancak bu eleştirinin pozitivist kuramcılar tarafından anlaşıl-maz olduğunu biliyoruz. Sözelimi hukuki pozitivistimin yirminci yüzyıldaki en büyük temsilcisi H.L.A. Hart, formalizm ve literalizmi savunan herhangi bir hukuki pozitivist bilmediğini söyler^[45]. Mesele Kelsen olduğunda ise, durum çok daha farklı bir boyut kazanır. Eğer Kelsen'i doğrudan okumadı ve sadece eleştirilerden tanıyor iseniz, hukuk kurallarının yorumu konusunda yargıca herhangi bir yorum yahut hareket alanı bırakmadığını düşünürsünüz. Kelsen'in bir normun geçerliliğini hiyerarşik yapıdaki normlar sisteminde üst norma dayandırması, formalizm ve mantıkcılık eleştirilerinin kolaylıkla ileri sürülme-sine neden olur^[46]. Halbuki Kelsen, önce ayrı bir makale olarak yayımladığı, daha sonra ise *Reine Rechtslehre* başlıklı kitabının hem birinci baskısına hem de genişletilmiş baskısına aynen koyduğu 'Yorum Üzerine'de^[47] beklentilerimizi boşa çıkaracak, kafamızı karıştıracak bir yaklaşım sunar. Kelsen'in görüşlerini, kendisinden yaptığım alıntılarla sunacağım, zira bilindik Kelsen imajı nedeniyle inanmakta güçlük çekebilirsiniz.

Kelsen'e göre, “*bir yasayı yorumlamanın bizi yegâne doğru karar anlamında tek bir karara götürmesi zorunlu değildir; ulaşacağımız muhtemelen pek çok karar vardır; bunların hepsi uygulanacak norma nispetle eşit değerdedir; hatta bunlardan sadece bir tanesi yargı kararı eylemiyle*” hayata geçirilmiş bile olsa^[48].

Kitabevi Yayınları, 2005, s. 261 (“...hukuku salt yetkili organlarca ve belirli usullere uygun olarak çıkarılan normlar olarak tanımlamak, dolaylı olarak onun, açıkça hukuk-dışı (gayri-meşru) bazı emellerin gerçekleştirilebilmesinin aracı haline dönüşmesini de onaylamak (ya da kabullenmek) olmasa da buna göz yummak anlamı taşıyabilir. Örneğin, kanun koyucunun keyif iradesi ya da herhangi bir iktidar ideolojisinin hayata geçirilmesi bu şekilde tanımlanan bir hukuk sayesinde kolayca mümkün hale gelebilir.”) (Bu dipnot şuradan aynen alınmıştır: Ertuğrul Uzun, ‘Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak’, **HİSA, 16. Kitap, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu – III**, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 345, dn. 5.)

[45] H.L.A. Hart, ‘Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması’, Çev.: Ertuğrul Uzun, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı**, Ed.: Sercan Gürler, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, s. 113, dn. 25.

[46] Paulson, aralarında Kaufmann, Heller, Pound ve Schmitt gibi isimlerin de olduğu uzun bir formalizm ve mantıkcılık eleştirisi yöneltenler listesi sunar. Bkz. Stanley L. Paulson, ‘Formalism, ‘Free Law’, and the ‘Cognition’ Quandary: Hans Kelsen’s Approaches to Legal Interpretation’, **The University of Queensland Law Journal**, 2008, C. 27, S. 2, ss. 9-16.

[47] Hans Kelsen, ‘Yorum Teorisi Üzerine’, Çev. M.B.Aydın ve E. Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 5, Eylül-Ekim 2014, ss. 45-51 <http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_5/05_04_kelsen.pdf> (E.T. 03.01.2016).

[48] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 47.

Kelsen bu iddiasının geleneksel yorum anlayışıyla karşıtlık içinde olduğunu çok iyi bilmektedir^[49]:

“Geleneksel hukukbilim ne yazık ki yorumdan, önkayıtlanmış hukuki eylemin çerçevesinin keşfinden çok daha fazla şey bekliyor. Yerine getirilmesi gereken ilave bir görev, ki geleneksel hukukbilim bu görevin yorumun asli görevi olduğunu düşünmeye eğilimlidir, çerçeveyi doğru bir şekilde doldurmak için bir metot geliştirilmesidir. Bilindik yorum teorisi, yasanın, somut olaya uygulandığında, tek bir doğru kararı sağlayabileceğine ve bu kararın ‘doğruluğunun’ –pozitif hukuk çerçevesindeki doğruluğunun- yasanın bizatihi kendisine dayandığına inandıracaktır. Geleneksel teori yoruma ulaşma sürecini, sanki bu, açıklığa kavuşturma ve anlama şeklindeki entelektüel bir eylemiş gibi, sanki yorumcu iradesini değil sadece zihnini işletiyormuş gibi, sanki sadece zihinsel faaliyeti ile mevcut ihtimallerin arasından pozitif hukuka tekabül eden bir tanesini seçebileceği gibi ve böylece pozitif hukuk çerçevesinde doğru tercihi yapacakmış gibi sunar.”

Kelsen, doğru yorumun ölçütü varsa, bunun hukuki bir dayanak olması gerektiğine inanıyor görünür. Başka bir deyişle, ‘hukuk kuralının yorumlanmasının doğru yolu’nu gösteren bir ‘hukuk kuralı’nın yokluğu durumunda, herhangi bir bağlayıcılıktan bahsedilemez.

“Ne var ki pozitif hukuk açısından baktığımızda uygulanacak normun çerçevesinde verili olanaklardan hangisinin diğer olanaklardan üstün tutulabileceğine dair herhangi bir ölçüt yoktur. Pozitif hukuk çerçevesinde bir normun pek çok farklı okumasından hangisinin ‘doğru’ olarak tefrik edilebileceğine dair herhangi bir metot yoktur (elbette burada yasanın ve hukuk sisteminin diğer normları bağlamında normun anlamının farklı okumalarının olanaklı olduğunu varsayıyoruz). Bütün çabalara rağmen geleneksel hukukbilim irade ile iradenin ifadesi arasındaki çatışmayı dindirmenin objektif kabul edilebilir bir yolunu bulabilmiş değildir. Dolayısıyla geliştirilmiş olan her bir yorum metodu bizi hep mümkün bir sonuca götürür, yoksa tek bir doğru sonuca değil. Pozitif hukuk zaviyesinden, yasakoyucunun varsayılan iradesinden ayrılmamak uğruna metnin ihmal mi edildiği yoksa çoğunlukla problematik olan yasakoyucunun iradesini dert edinmekten kaçınmak için metne sıkı sıkıya mı uyulduğu önemsizdir. Aynı anda geçerli iki normun çelişik olduğu verili bir durumda, (daha önce zikredilen) üç mantıksal uygulama olanağının her biri pozitif hukuk açısından aynı değerdedir. Bunlardan birini ‘hukuki’ olarak ortaya koymaya ve diğer ikisini dışarıda tutmaya

[49] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 47.

çalışmak nafile bir uğraştır. Benzer yorum araçları olan *argumentum a contrario* ve analogi de değersizdir; zira sadece karşıt sonuçlara ulaştırırlar ve hangisini ne zaman kullanacağımıza dair ölçüt yoktur. Menfaatlerin dengelenmesi olarak isimlendirilen ilke dahi buradaki sorunun sadece formülasyonudur, bir çözüm değildir. Çatışan menfaatlerin halinde kullanılacak bir araç olmak üzere yarışan menfaatleri birbirleriyle karşılaştırmaya dair nesnel bir standart sunmaz. Menfaatlerin dengelenmesi denen bu doktrinin sandığı gibi, söz konusu standart zaten yorumlanacak normdan veya normu içeren yasadan yahut da bir bütün olarak hukuk sisteminden çıkarsanmayacaktır. Çünkü ‘yorum’un gerekliliği özellikle uygulanacak normun veya norm sisteminin pek çok ihtimal ortaya çıkarmasından, yani ne normun ne de normlar sisteminin ortadaki menfaatlardan hangisinin daha büyük bir değere sahip olduğunu belirleme açısından şu veya bu kararı tam olarak söylememesinden dolayı ortaya çıkar. Bu karar, bu menfaatler sıralaması, gelecekteki norm yaratma eylemine –mesela yargı kararına- bırakılır.”^[50]

Kelsen kurmuş olduğu muhakeme zincirinin tutarlılığını kurmak adına, sahip olduğu imajdan apayrı bir şey söyleyerek, yorum faaliyetinin esasında bir yasama faaliyeti olduğunu söyler:

“Nasıl ki doğru yasalar anayasadan yorum vasıtasıyla elde edilemiyorsa, doğru hüküm de yasadan yorum vasıtasıyla elde edilemez. Elbette iki durum arasında fark var, ama nitelik değil nicelik farkı var, yani yasakoyucu maddi olarak yargıçtan çok daha az bağlı –başka deyişle, yasakoyucu hukuk/yasa yaratmada çok daha fazla özgürlüğe sahip. Fakat nispeten daha az serbest olsa da, yargıç da hukuk yaratır. Ve tam da bu nedenle genel normun çerçevesini doldurduğunda, yasanın uygulanma sürecindeki tekil norma ulaşmak, iradenin işlevidir.”^[51]

İradenin işlevi demek, hukukun dışına çıkılmış olması demektir, daha doğrusu pozitif hukukun:

“Yasanın uygulanmasında yardımcı olması düşünülen ‘teorik’ yorumlar/şerhler, esasında yasakoyucuya dikkate alması için önerilerde bulunmak, mahkemelerin ve idari makamların yaratıcı işlevlerini etkilemeye teşebbüs etmek açısından tamamen politiktirler. Bir yasanın uygulanmasında, eylemin uygulanmasının sınırlanacağı çerçeveyi keşfetmenin ötesinde, bilişsel faaliyete de yer vardır elbette- ne var ki bu, pozitif hukukun değil, başka normların bilinmesidir –yani

[50] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 47-48.

[51] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 48.

hukuk yaratma sürecine dahil olabilecek ahlaki, adalete dair, çoğunlukla ‘halkın refahı’, ‘kamu menfaati’, ‘gelişme’ vb klişelerle karakterize edilen toplumsal değer yargılarına dair normların bilinmesi. Pozitif hukuk zaviyesinden, geçerlilikleri hakkında veya teşhis edilip edilemeyecekleri hakkında hiçbir şey söylenemez. Her şeyi açıkça görebileceğimiz bu noktadan baktığımızda, söz konusu bütün belirlemeler sadece olumsuz yönleriyle belirlenebilir; yani bu belirlemeler pozitif hukukun kendisinden kaynaklanmaz. Pozitif hukukla ilişkisi açısından hukuki eylem bu tip sınırlardan azadedir, yani eylemde bulunacak otorite, pozitif hukuk ahlak veya adalet gibi bir meta-normu yetkilendirmediği, bizzat kendi takdiri uyarınca eylemekte serbesttir. Ne var ki bu norm artık o meta-norm vasıtasıyla pozitif hukuk normuna dönüştürülmüş olur.”^[52]

Peki bu hukuki yorum kuralları, yaklaşımları, teorileri, ölçütleri vs nereden çıkmış, hukukbilimde kendisine nasıl yer bulmuştur? Kelsen’in cevabı oldukça ilginçtir:

“Yasakoyucunun, kararı yasayı uygulayan görevliye bırakmaktan ve ‘yetkilendirilmiş yasakoyucunun’, yasakoyucunun bizatihi kendisinin yasayı uygulayacağı durumlarda da karar verebileceği şeklindeki kaçınılmaz riski üstlenmekten başka bir seçeneği yoktur. Burada elbette şöyle bir risk var: Açıkça, mahkemelerin ve idari organların uygulaması için çıkarılan genel normların uygulanmasının hukuka uygun olması ilkesi hakkında ve dolayısıyla bu normların geçerliliği hakkında soru işaretleri ortaya çıkacaktır. Hukuk yaratımının bu en kâmil anlamı, genel düzeyden tekil düzeye, yani yasakoyucudan yasayı uygulayan resmi görevliye geçmeyi tehdit eder. Riski mümkün olduğunca asgaride tutmak için, yasayı dolanma yetkisi öyle bir şekilde formüle edilmiştir ki, yasayı uygulayan görevli kendisine esasında verilmiş olan istisnai gücün farkında değildir. Yasayı sadece, uygulanamayacağı durumlarda uygulamaktan kaçınabileceğini düşünür çünkü imkânsızlığın nedeni tam da yasanın kendisidir. Uygulayıcı, sadece yasakoyucu gibi iş görme durumunda serbest olduğuna, ona yasakoyucu yerine iş görme durumunda serbest olmadığına inanır. Onun esasında ikinci durumda da serbest olduğu gerçeğinin üzerini ‘boşluk’ kurgusu örter. Yasakoyucunun niyeti bu formülün, yanlış olduğunu bilerek veya bilmeyerek, yasayı uygulayan görevliyi, somut olayda yasayı uygulamama özgürlüğünü en idareli şekilde kullanmaya yönlendirmesidir. Zira böylece yasayı uygulayan görevliye göre, yasa ile kendi hukuk anlayışı arasındaki yalnızca en büyük farklılık, yani yasakoyucunun düzenlemek istemediği ve dolayısıyla yasanın da düzenlemediği durum hakiki

[52] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 48.

bir ‘boşluk’ olacak, o zaman da mantıksal öncüller bulunmayacaktır, zira her hukuk uygulaması eyleminde genelden tikele giden bir sonuç çıkarma mevcuttur. ‘Hukuktaki boşluklar’ formülü tipik bir şekilde ideolojiktir; -yasayı uygulayan görevlinin takdirıyla değerlendirildiğinde- sadece basit bir şekilde hukuk politikası açısından sonuçları itibariyle kabul edilemez olan yasanın uygulanmasını, hukuk çerçevesinde mantıken imkânsız olarak nitelemektedir.”^[53]

Kısaca: yasalar uygulanma aşamasında daima yargıç tarafından içi doldurulacak belirsizlik alanlarına sahiptir; bu belirsizlik alanının içeriğinin doldurulması için eşit değerde birden fazla alternatif vardır, bunun önüne geçmenin yolu yoktur; hukuki yorum teorileri ve boşluk anlayışı, yargıcın esasında sahip olduğu serbestliği kullanamaması için icat edilmiş ideolojik kurgulardan ibarettir.^[54]

Hüküm verme ve yorum konusundaki bu tutum konusunda Kelsen’in kendi döneminde dahi tümünden yalnız olmadığını belirtmeliyiz. Nitekim Paulson, Hermann Kantorowicz’in Serbest Hukuk Hareketi (*Freierechtsbewegung*) ile Kelsen’in pozisyonunu aynı düzlemde değerlendirme eğilimindedir.^[55]

Kelsen’in bu yaklaşımı elbette eleştiriden muaf değil. Sözelimi, bir hukuk teorisi inşa etme iddiasındaki Kelsen’in bunu bir yorum teorisi geliştirmeden nasıl yapabildiği pekala sorgulanabilir. Zira nasıl yorum yapılması gerektiğini gösteren bir ‘yorum teorisi’ önermemiştir.^[56] Bunun yanında, Kelsen sanki yorumla ilgili kural ve kavramlara pozitif hukukta yer verildiği takdirde

[53] Kelsen, “Yorum Teorisi Üzerine”, s. 51.

[54] Juan Alberto del Real Alcalá, Kelsen’in ne hukukun belirsiz olduğu görüşü ne de hukukun tamamlanmamış olduğu görüşü taraftarı olduğunu söyleyebileceğimizi iddia eder. Zira Kelsen’e göre hukukun hiçbir zaman dışına çıkılmaz. Üstelik norm bir çerçeve görevi ifa ettiğinden, belirsizlik de söz konusu değildir. Ne var ki, hukukta belirsizlik tartışmasını ‘kesin bir doğru’nun yokluğu bağlamında yapmak gerekiyor. Aksi takdirde tartışmanın hiçbir anlamı kalmaz. Ancak Kelsen’in hukukun dışına çıktığını ima edecek bir ihtimal sunmamış olması, tamamlanmışlık iddiası olarak görülebilir. Del Alcalá’nın bu açıdan Dworkin’le Kelsen’i Hart’ın karşısına koyması makuldür. Bkz. Juan Alberto del Real Alcalá, ‘The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen’, *European Journal of Legal Studies*, C. 6, S. 2, 2013, ss. 225-242.

[55] Paulson, ‘Formalism, ‘Free Law’, and ...’, s. 16-23.

[56] Eleştiri için ör. bkz. Hans Lindahl, ‘Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation’, *Cardozo Law Review*, C. 24, S. 2, 2003, s. 769; Stanley L. Paulson, ‘Kelsen on Legal Interpretation’, *Legal Studies*, Vol. 10 (2), 1990, ss. 136-152. Paulson bu makalesinde Kelsen’in yorum hakkındaki görüşlerinin gelişimini resmeder. Kelsen bu çalışmada atıf yaptığımız makalesinden sonra da yorum konusunu ele almak durumunda kalmıştır. Bu dönemde hukukbilimcisinin otantik olmayan yorumu ile uygulayıcının otantik yorumu arasında fark gören Kelsen, hukukbilimcinin görevini mümkün olan bütün yorumların dile getirilmesi olarak belirler. İş uygulayıcıya geldiğinde ise devreye irade de girer. Hatta irade, normun muhtemel yorumları arasında olmayan

bu'nların bağlayıcı olacağını söyler. Halbuki bu kural ve kavramlar da yorumlanmak durumundadır ve Kelsen'in serbest yargıcı karşısında bağlayıcılık iddiasında bulunmaları ikna edici olmayacaktır. Üstelik üst düzey normların alt düzey normlar için bir anlam çerçevesi çizdiğini söyleyen Kelsen, bu çerçevenin sınırlarını tartışmaktan kaçınır. Halbuki Kelsen'in izlediği muhakemeyi devam ettirecek olursak, eğer normun anlamını belirlemede kesinlikten bahsedemiyorsak, sınırların varlığından da bahsetmemiz mümkün olmayacaktır.

Ancak Kelsen'e yöneltebilecek bu eleştiriler, yaklaşımının çarpıcılığını ve önemini ortadan kaldırmaz. Zira yorumun 'hukuki'liğine yönelen itiraz, hukuku şekli koşullara uyulmak suretiyle çıkarılan yasalarla açıklamaya çalışan bir teorinin içerisinde yer alıyor ve oldukça ikna edici.

V. GADAMER: GENEL HERMENÖTİK TEORİNİN MODELİ OLARAK HUKUKİ HERMENÖTİĞİ

Giriş kısmında belirttiğim gibi, hukuki yorumun hukuki olmadığını iddia ederken, aynı zamanda bir alternatif, bir genel yorum teorisi sunuyor ve savunuyor değilim. Bu başlık altında Gadamer'in görüşünü sunarken de amacım Gadamer'in hermenötik teorisini savunmak değil. Yapmaya çalıştığım şey, hukuk dışından bir ismin, hukuki yorum meselesini kendi genel yorum teorisi için model olarak kullanabildiğini göstermek. Gadamer'in bu konuda yalnız olmadığını, yukarıda, Toulmin ve Perelman örneğinde görmüştük. Bu iki ismin argümantasyon ve retorik teorilerinin merkezinde klasik doğruluk anlayışının reddi yattığı için söz konusu isimlere ilgili kısımda yer verdim. Burada ise, kısaca da olsa, Gadamer'in hukuki yorumu model olarak ele alışında kullandığı argümanları göstermek istiyorum^[57].

bir anlamı da tercih edebilir. Paulson bu yorum anlayışının Kelsen'in kuramı açısından yıkıcı olduğunu söyler.

[57] Dolayısıyla bir Gadamer değerlendirmesi veya eleştirisi yapmayacağım. Ancak elbette Gadamer'in hukuku ele alışına yönelik farklı eleştiriler getirilebilir. Bu eleştiriler için ör. bkz. Lindahl, 'Dialectic and Revolution...'. Gadamer'in hukuk hakkındaki iddiaları esasında genel hermenötik içerisindeki önemli bir tartışma olan Gadamer-Betti tartışması açısından da önemlidir. Bu tartışma için ör. bkz. George Wright, 'On a General Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics', **The American Journal of Jurisprudence**, C. 32, 1987, ss. 191-243. Özeldede Gadamer'in genelde ise hermenötüğün hukuktaki yorum tartışmasına yahut hukuku yorumun doğasına ilişkin anlayışımıza sunabileceği katkı büyüktür. Nitekim Alman kaynaklı olmasına rağmen bu konuda İngilizce konuşulan dünyada da geniş bir literatür bulunmaktadır. Ör. bkz. William N. Eskridge, 'Gadamer/Statutory Interpretation', **Columbia Law Review**, C. 90, S. 3, ss. 609-681; Francis J. Mootz, 'The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur', **Boston University Law Review**, C. 68, S. 3, 1988, ss. 523-617. Türkçede konuyu doğrudan

Gadamer'in yaklaşımını ele almadan önce, bu kısmı Kelsen'den sonra ele almanın okuyucunun zihninde uyandırabileceği 'kopuk'luga dair bir not düşmem gerekiyor. Kelsen ve Gadamer, hukuk normunun yorumu konusunda karşıt kutuplarda durur. Zira Kelsen'e göre hukuki yorum konusunda söylenecek bir şey yokken, Gadamer hukukun yorumu ile, sözgelimi, beşeri davranışın yorumu arasında yapısal bir farklılık görmez. Ancak bu makalede geliştirilen argüman bağlamında Kelsen'in ardından Gadamer'in yardımına başvurmak bir kopukluk veya alakasızlıktan ziyade, farklı yönlerden gelen, zıt gibi görünen iki farklı yaklaşımın, salt 'hukuki' bir yorumdan bahsedilemeyeceğini gösterir^[58].

Hermenötiği 'anlama'ya dair felsefi bir uğraş olarak gören Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**'de hukuka, daha doğrusu hukuk hermenötiğine uzun bir bölüm ayırır^[59]. Betti'nin yaptığı kognitif, normatif ve yeniden üretici yorum ayırımını eleştiren Gadamer'e göre, normatif yoruma örnek olarak gösterilen teolojik yorum ile hukuki yorumda, kognitif olan ile normatif olanı birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu ayırım, sabit bir metin ile "somut yorum anında metne başvurularak ulaşılan anlam" yani uygulama arasındaki gerilimden kaynaklanır^[60]. Anlam bilimlerini fen bilimlerden ayırmayı başarmış olan hermenötik, iş hukuka geldiğinde, onu anlam bilimlerinin kapsamında görmez. Hukuk hermenötiği, bilhassa hukukçu bilimsinin görevi olarak görülen hukuk hermenötiği, hukuk dogmatikindeki boşlukları doldurur, onun anlamayla, yani hukuku anlamayla ilişkisi yoktur^[61]. Ancak "normatif fonksiyon ile kognitif fonksiyonu birbirinden ayırmak açıkça birbirine ait olan şeyleri ayırmaktır"^[62].

ele alan az sayıda çalışma bulunmaktadır. Ör. bkz. Aydın Uğur, 'Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması', **Ankara Üniversitesi SBFD**, C. 38, S. 1-4, 1983, ss. 181-195; Muharrem Kılıç, 'Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilgisel Bağlamı', **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, 2001, ss. 63-78; Timothy O'Hagan, 'Gadamer, Hermenötik ve Hukuk', Çev.: Muharrem Kılıç, **Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 3, 2001, ss. 425-434; Cengiz Otacı, 'Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu', **TBB Dergisi**, S. 89, 2010, ss. 439-491 (Otacı'nın çalışmasının başlığında hermenötik kavramı yer almasına rağmen, yaklaşık elli sayfalık makalenin baş kısmındaki sadece beş sayfalık bölümde hermenötik incelemesi yapmıştır. Buna rağmen hukuki yorum konusunda hermenötiğin önemine işaret etmesi önemlidir.).

- [58] Kelsen ile Gadamer'in yorum yaklaşımlarını Gadamer lehine bir tartışmayla ele alan bir çalışma için bkz. Lindahl, 'Dialectic and Revolution...'.
 [59] Hans-Georg Gadamer, **Hakikat ve Yöntem –İkinci Cilt-**, Çev.: Hüsamettin Arslan (İng.) ve İsmail Yavuzcan (Alm.), İstanbul: Paradigma, 2009, ss. 88-111.
 [60] Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 65.
 [61] Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 88.
 [62] Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 68.

Aristoteles'in *phronesis* kavramında^[63] hukukun düzeltilmesine, hakkaniyetin uygulanmasına dair hermenötik lehine bulduğu kanıtı genişleten Gadamer, hukuk ile tarihin sözde farklılığını tartışır. Hukukçu ile tarihçi, aynı metne ilk bakışta birbirinden farklı gözle bakar gibidirler. Esasında bir farklılık gerçekten de vardır:

“Hukukçu yasanın anlamını mevcut davadan hareketle ve bu dava adına anlar. Tersine hukuk tarihçisinin kendisinden yola çıkacağı hiçbir dava yoktur, fakat o yasanın anlamını, uygulamalarından yekpare bir seri inşa ederek belirlemeyi dener.”^[64]

Bu yaklaşım, ki Betti kadar Savigny’de de vardır, hukukun/hukuk metinlerinin/hukuk kurallarının anlamının ilk başta belirgin olduğu varsayımına dayanır. Hâlbuki hukuka anlam vermek, her zaman tarihsel bir bakışı gerektirir. Ancak yargıç tarihsel bilgiyle de bağlı değildir, “*şartlardaki değişimleri dikkate alır ve böylece yasanın normatif fonksiyonunu yeniden tanımlar*”. Buna karşın tarihçi de aynı işi yapar. Dünü, tarihsel olmayı anlamaya çalışan tarihçi, bunu yalıtık bir biçimde yapamaz, “*hukuk metninin ilk anlamı ile şimdide yaşayan biri olarak otomatikman varsaydığı hukuki anlamını birbirinden ayırmak*” durumundadır^[65]. Tarihçi ile hukukçu arasında, konusuna yönelme, onu anlama ve yorumlama konusunda herhangi bir fark yoktur.

Sadece tarih değil teoloji de hukuktan farksızdır. Teoloji/teolojik hermenötik, “*Kutsal Kitap’ın sözünün –ister inanalım ister inanmayalım- bize hitap ettiğini varsayar ve onu yalnızca onun kendisine hitap etmesine izin veren kişinin anlayabileceğini varsayar*”^[66]. Böylece teoloji, hukuk gibi bir uygulama haline gelir. Yorumlamanın ve anlamamanın bu ortak doğası şu sonuca götürür Gadamer’i^[67]:

“anlaşılması gereken anlam yalnızca yorumda somutlaşarak tam anlamıyla kavranabilir, fakat yorumlama aktivitesi bütünüyle kendisini metnin anlamına bağlı görür. Ne hukuk adamı ne de teolog uygulama faaliyetini metinden bağımsızlaşma olarak okuyabilir.”

[63] Aristoteles’in *phronesis* kavramı ile hermenötiğin ilişkisini konu alan yakın tarihli bir çalışma için bkz. Sezgin Seymen Çebi, ‘Aristoteles’te *Phronesis* Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme’, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 1-19 <<http://hukukkurami.net/media/file/phronesis.pdf>> (E.T. 04.01.2016).

[64] Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, s. 89.

[65] Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, s. 91-2.

[66] Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, s. 99

[67] Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, s. 99

Gadamer'in hermenötüğü, bir metin hermenötüğüdür, metinden bağımsızlaşmış bir hukuk, teoloji yahut tarih yorumu değil.

Klasik hukuk anlayışına rengini veren, işin doğrusu, varlığını hala devam ettiren anlayış, anlama ile uygulamayı birbirinden ayırır. Bu aynı zamanda özne-nesne ayırımına da karşılık gelir. Özne-nesne ayırımına dayanan bilgi yaklaşımı, nesneyi öznenin öznelliği olmaksızın bilinebilir hale getirme iddiasındadır. Sosyal bilimlere yahut anlam bilimlerine gelindiğinde, insan ve toplum, araştırmacı tarafından mekanik bir şekilde 'açıklanabilir'. Halbuki Gadamer'e (elbette Dilthey'in mirasıyla) göre asıl olan anlamadır. Metnin 'dışarıdan' anlaşılması yoktur.

“[H]er okuma uygulamayı da içerir; öyle ki metni okuyan kişinin bizatihi kendisi de kavradığı anlamın içindedir. O anlamakta olduğu metne aittir. Okuduğu sırada metnin kendisine ifşa ettiği anlam hattı daima zorunlu olarak bir açık belirsizliği parçalar. O aslında gelecek kuşakların metinde okuduğu şeyi farklı şekilde anlayacaklarını kabul etmek zorunda kalır. Ve her okuyucu için geçerli olan şey tarihçi için de geçerlidir. Tarihçi tarihsel geleneğin bütünüyle ilgilenir; o eğer anlamak istiyorsa geleneğe şimdiki kendi varoluşuyla aracılık etmeli ve onu bu yolla geleceğe açmalıdır”^[68].

Yargıcın eylemlerinde gördüğümüz uygulamanın anlamaya bağlılığı, Gadamer'in hermenötik teorisi için bir model oluşturmuştur artık:

“Yargıç kendisini bir yasa metnine ilavelerde bulunmaya yetkili kişi olarak gördüğünde, tam da her anlamda gerçekleşen şeyi yapıyordu. *Eğer tarihsel olarak etkin bilincin her hermenoytik aktivitede, hem filoloğun hem de tarihçinin aktivitesinde işbaşında olduğunu kabul edersek, hermenoytik disiplinler arasındaki eski birlik yeniden varlık kazanır.*”^[69]

Tekrarlamak pahasına belirtecek olursak: Gadamer'in hukuka bakışının, geleneksel hukuki yorum anlayışının dışında olduğuna şüphe yok. Ne var ki konumuz bu bakışı açıklamak veya değerlendirmek değil. Bu makalenin amaçları açısından Gadamer'in hukuka ele alışının önemi, hukuki yorumun doğasında gördüğü özelliğin esasında öncelikle tarih sonrasında ise yorumlanabilir her türlü olay için geçerli olduğunu söylemiş olmasıdır. Hukukta gerçekleştirilen yorum, doğası itibariyle, evrensel bir yorum anlayışının modelidir, demek, aynı zamanda, hukuka has bir yorumdan bahsedilemez demektir.

[68] Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 110

[69] Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, s. 111.

SONUÇ: YORUMUN HUKUK DIŞI BİR MESELE OLMASININ İMALARI

Makalede, yorumun hukuk dışı bir mesele olduğunu savundum. Bunu savunmak için seçtiğim yöntem, yorumun hukuki bir mesele olduğu iddiasına dair –muhtemel- gerekçeleri çürütmektir.

İlk olarak hukuk metinlerinin direktifler olarak anlaşılması gerektiği, bunun da onu kendisine has bir metin kıldığı iddiasını ele aldım. Bu iddiaya, metinler arasında ayırım yapmanın hiç de kolay olmadığını, edebiyat teorileri böyle bir çabaya girişmiş olsa da, ikna edici bir sonuç alınamadığını söyleyerek cevap verdim. Ayrıca hukuki muhakemenin merkezindeki hukukun kaynakları öğretisinin hukuk metinlerini çok daha geniş bir şekilde tasavvur etmeyi zorunlu kıldığını söyledim.

Cevaplamaya çalıştığım ikinci iddia, hukuki yoruma ayrıksılığını veren şeyin, doğru bir sonuca ulaşmak zorunda oluşu olduğuydu. Bu iddiaya, doğruluk takıntısının sadece hukukta değil bütün yorum faaliyetlerinde söz konusu olduğunu söyleyerek cevap verdim. Yani yorumun doğruluğuyla ilgili düşüncelerimiz, metnin doğasından kaynaklanmaz ve farklı türdeki metinlere göre farklılık göstermez. Bunun yanında ilginç bir şekilde retorik ve argümantasyon teorileri tek bir doğru yorum iddiasından ziyade, iknaya ve gerekçelendirmeye, makuliyete dayanırken, hukukun doğası itibarıyla tek bir doğruya ev sahipliği yapamıyor olmasını örnek aldığını söyledim. Yani doğruluk meselesi metinlerin doğasından kaynaklanmadığı gibi, esasında hukuk açısından da mutlak bir doğruluk anlayışına sahip olmamız mümkün değildir.

Çürütmeye çalıştığım üçüncü iddia, hukukun özerk bir disiplin olarak kendi özgün metodolojisini yaratmış olduğu iddiasıydı. Bu iddianın birinci kısmı, hukuk kurallarının bizatihi kendisinin bir yorum yöntemini yahut anlayışını zorunlu kıldığıdır. İlkesel olarak bir metnin kendi yorumunu zorunlu kılmasının mümkün olmadığını düşünüyorum. Buna ek olarak, Türkçe hukuk literatüründe bu yöndeki iki iddianın çok da tutarlı olmadığını dile getirmeye çalıştım. İkinci iddia ise, bizatihi hukukun özerkliği meselesiydi. Hukukun özerkliği her ne kadar on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın büyük bir kısmında rağbet görmüş idiyse de, artık genel akım, hukuki muhakemenin biçiminin salt hukuki bir niteliğe sahip olmadığı, diğer muhakeme biçimlerini de kullandığı yönündedir. 'Hukuk ve ...' çalışmaları, hukukun disiplinlerarası anlaşılabilirliğini her geçen gün daha yüksek sesle dile getirmektedir.

Yorumun hukuki bir mesele olmadığı iddiasını desteklemek için birisi hukuk felsefesi diğeri hermenötik teorisyeni iki isme başvurduğum. Normativist

pozitivizm olarak bilinen hukuk felsefesi okulunun kurucusu kabul edilen Hans Kelsen'in, hukuk öğretisinde hukuki yoruma dair geliştirilmiş teorilerin ideolojik bir anlam taşıdığını iddia ettiğini gördük. Kelsen, belki de kendisinden beklenmeyecek ölçüde serbest bir yargıç portresi çizmiş oldu. Kelsen'e göre hukuki yorum teorileri, yargıcın sahip olduğu serbestinin farkına varmaması için üretilmişti. Hermenötik teorisyeni Gadamer ise, anlamının metinden metine değişmediğini, teolojik, tarihsel ve hukuki yorum ve anlamının doğasının bir olduğunu savunurken, hukuku kendisine model olarak aldı.

Sunmuş olduğum bu gerekçelerin, 'hukuki' bir yorumun olamayacağını, yorumun hukuk dışı bir mesele olduğunu yeterince kanıtladığını düşünüyorum. Giriş kısmında belirttiğim gibi, böyle bir olumsuzlamanın ardından okuyucunun doğallıkla talep edeceği şey, alternatif bir yorum teorisi yahut anlayışının ne olacağıdır. Bu cevabı başka bir çalışmada vermeye çalışacağım. Ancak bu kısımda son olarak, yorumun hukuki bir mesele olmadığını kabul edilmesinin muhtemel sonuçlarına işaret edeceğim:

- Hukukçular yorumla ilgili yaklaşımlarını, hukukun özerk bir disiplin olduğu inancıyla yazılmış eserlerden beslenerek kazanırlar. Hukukun özerk bir disiplin olduğu iddiası açıkça dile getirilmese bile, yorum bahsini yazıya döken hukukçular, hukuki eserlerden başka eserlere, hukuktan başka disiplinlere bakmadan görüşlerini kaleme alırlar. Yorumun hukuk dışı bir mesele olması, hukukçular için yorumla ilgili hukuk dışı kaynaklara ve disiplinlere eğilme yükümlülüğü getirir. Bir genel yorum teorisinin varlığı veya yokluğu sorununun dışında, hukukçu, her halükarda yönetsel açıdan çok disiplinli/disiplinlerarası bir yaklaşım geliştirmek durumundadır.
- Yorumun hukuk dışı bir mesele olması, hukukçuların hâlihazırdaki yaklaşımının 'yanlış' olduğunu göstermez elbette. Geleneksel hukuk yaklaşımı, farkında olalım olmayalım, hukuk dışı kaynaklarda üretilmiş görüşlerden beslenegelmıştır. Ancak bağlamından ve köklerinden koparılmış, tarihsel süreçte çok daha sofistike hale gelmiş görüşler, 'yanlış' olmasa bile, 'eksik' ve 'kusurlu'dur. Eğer büyüü bir söz gibi kullanılan 'hukuki gelişmişlik' arzu edilen bir durum ise, bu gelişmenin, hem hukuk yaratma hem de uygulama sırasındaki yönetsel araçlar olmaksızın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı kabul edilmek durumundadır. Yorum konusundaki 'eksik' ve 'kusurlu' araçlarla hukuken gelişmek mümkün değildir.
- Hukukçu biliminsanlarının hukuk öğretiminde kendilerine biçtikleri rol, mevzuatın değil hukukun yorumlanmasının öğretilmesidir. Oysa

mevcut hukuk öğretimi programları, sadece hukuki yoruma hasredilmiş derslere değil, aynı zamanda çok disiplinli yöntem tartışmalarının yapılabileceği derslere de kapalıdır. Hukuki yorumun hukuk dışı bir mesele olduğunun kabulü, hukuk öğretimi programlarının 'hukuk dışı' derslere açılmasını gerektirecektir.

- Hukukçu biliminsanları hukuki yorum meselesini, sebebi anlaşılmasın bir şekilde, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanındaki meslektaşlarına bırakırlar. Hukuki yorumun hukuki bir mesele olmaması, zaten bir anlamı olmayan böyle bir görev dağılımının tümünden ortadan kalkmasını gerektirecektir. Hukuk metinlerinin yorumlanması, bazı hukukçuların ele alıp geliştireceği yöntem ve araçlara bağlanamaz. Her hukukçu bu yöntem ve araçların peşine kişisel olarak düşmek durumundadır.

KAYNAKÇA

Akbaş, Kasım, ‘Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı’, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki, 2015, ss. 49-74.

Akbaş, Kasım, ‘İdeoloji Olarak Hukuk’, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, S. 15, 2006, ss. 87-95.

Akbaş, Kasım, ‘Ronald Dworkin: Pozitivizimin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir “Yargılama Kuramı” na’, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: E. Uzun, İstanbul: İthaki, ss. 195-212.

Akbaş, Kasım, **Hukukun Büyübozumu**, Ankara: Notabene, 2015.

Akı, Emine İrem, **Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, <<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/3598/4486.pdf>> (E.T. 12.5.2016).

Aktaş, Sururi, ‘Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon’, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, ss. 257-274.

Aktaş, Sururi, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

Balı, Ali Şafak, **Hukuk – Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları**, Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2005.

Aral, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Bix, Brian, ‘Law As an Autonomous Discipline’, **The Oxford Handbook of Legal Studies**, New York: OUP, 2003, ss. 975-987.

Bix, Brian, **Law, Language and Legal Determinacy**, Oxford: Oxford University Press, 1996.

Butler, Edgar (2005). “Legal Pragmatism”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <<http://www.iep.utm.edu/leglprag/>> (E.T. 25.04.2016).

Çebi, Sezgin Seymen, ‘Aristoteles’te *Phronesis* Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme’, **Hukuk Kuramı**, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 1-19 <<http://hukukkurami.net/media/file/phronesis.pdf>> (E.T. 04.01.2016).

Çetin, Fethiye, **Utanc Duyuyorum – Hrant Dink Cinayetinin Yargısı**, İstanbul: Metis, 2013.

Demir, Gökhan Yavuz, 'Edebi Bir Tür Olarak Hukuk', **Hukuk Kuramı**, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 45-51 <<http://hukukkurami.net/media/file/edebitur.pdf>> (E.T. 04.01.2015). (İlk yayımı: **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Kitap 19**, İstanbul: İstanbul Barosu Yay., ss. 230-237.).

Demir, Gökhan Yavuz, **Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği**, İstanbul: İthaki, 2015.

Diñç, Uğur, **Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum –Michael S. Moore'un Kuramı**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2014.

Dworkin, Ronald, **Law's Empire**, Cambridge: The Belknap Press, 1986.

Eagleton, Terry, **Edebiyat Kuramı – Giriş**, Çev.: Tuncay Birkan, İstanbul: Ayrıntı, 2004.

Eagleton, Terry, **Edebiyat Nasıl Okunur?**, Çev.: Elif Ersavcı, İstanbul: İletişim: 2015.

Eskridge, William N., 'Gadamer/Statutory Interpretation', **Columbia Law Review**, C. 90, S. 3, ss. 609-681.

Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul: İslık Yayınları, 2015.

Gadamer, Hans-Georg, **Hakikat ve Yöntem –İkinci Cilt-**, Çev.: Hüsamettin Arslan (İng.) ve İsmail Yavuzcan (Alm.), İstanbul: Paradigma, 2009.

Gibbard, Allan, 'Social Choice Theory and Imperfetability of a Legal Order', **Hofstra Law Review**, Vol. 10, 1982, ss. 401-413.

Gürpınar, Bünyamin, 'Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri – 'Hukuk ve Ekonomi' Akımı', **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 20, Nisan 2008, ss. 161-180 <http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/20/161-180.pdf> (E.T. 03.01.2016).

Hart, H.L.A., 'Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması', Çev.: Ertuğrul Uzun, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı**, Ed.: Sercan Gürler, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, ss. 101-151.

Hirş, Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996.

Jeanrond, Werner G., **Teolojik Hermenötik**, İstanbul: İz Yayıncılık, 2007.

Kelsen, Hans, 'Yorum Teorisi Üzerine', Çev. M.B.Aydın ve E. Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 1, S. 5, Eylül-Ekim 2014, ss. 45-51 <http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_5/05_04_kelsen.pdf> (E.T. 03.01.2016).

Kelsen, Hans, **General Theory of Norms**, Oxford: Clarendon Press, 2011.

Keyman, S., 'Hukuki Pozitivizm', **AÜHFD**, C. XXXV, S. 1-4, 1978, ss. 17-55.

Kılıç, Muharrem, 'Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilgisel Bağlamı', **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, 2001, ss. 63-78.

Lakoff, George ve Mark Johnson, **Metaforlar – Hayat, Anlam ve Dil**, Çev.: Gökhan Yavuz Demir, İstanbul: İthaki, 2015.

Lindahl, Hans, 'Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation', **Cardozo Law Review**, C. 24, S. 2, 2003, ss. 769-798.

Metin, Sevtap, 'Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı', **İÜHFİM**, C.: LXI, S.: 1-2, 2003, ss. 35-83.

Moran, Berna, **Edebiyat Kuramları ve Eleştiri**, İstanbul: İletişim, 1999.

Mootz, Francis J., 'The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur', **Boston University Law Review**, C. 68, S. 3, 1988, ss. 523-617.

Müller, Felix, 'Hukukun Ekonomik Teorisi', Çev.: A.M. Güneş, **Küresel Bakış**, C.1, S.3, Ekim 2011, ss. 1-20.

O'Hagan, Timothy, 'Gadamer, Hermenötik ve Hukuk', Çev.: Muharrem Kılıç, **Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 3, 2001, ss. 425-434; Cengiz Otacı, 'Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu', **TBB Dergisi**, S. 89, 2010, ss. 439-491.

Oğuz, Fuat, 'Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme', **Piyasa**, 2002/2, ss. 3-23.

Öktem, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: DER Yayınları, 2001.

Özkök, Gülriz, 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, 2002, ss. 1-18.

Patterson, Dennis, **Law and Truth**, New York: Oxford University Press, 1996.

Paulson, Stanley L., 'Kelsen on Legal Interpretation', **Legal Studies**, Vol. 10 (2), 1990, ss. 136-152.

Paulson, Stanley L., 'Formalism, 'Free Law', and the 'Cognition' Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation', **The University of Queensland Law Journal**, 2008, C. 27, S. 2, ss. 7-39.

Pincione, Guido, 'Should Law Professors Teach Public Choice Theory', **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 79, 2004, ss. 451-470.

Posner, Richard A., 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', **Harvard Law Review**, Vol. 100, 1987, ss. 761-780.

del Real Alcalá, Juan Alberto, 'The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the 'Norm as a Framework' in Kelsen', **European Journal of Legal Studies**, C. 6, S. 2, 2013, ss. 225-242.

Rifat, Mehmet, **XX. Yüzyılda Dilbilim ve Göstergebilim Kuramları 1 – Tarihçe ve Eleştirel Düşünceler**, İstanbul: Om Yayınevi, 2000.

Ökçesiz, Hayrettin, 'Freirechtsschule', **HFSA 22**, Haz.: H. Ökçesiz, G. Uygur, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 227-232.

Seaton, James, 'Law and Literature: Works, Criticism and Theory', **Yale Journal of Law and the Humanities**, C. 11, S. 2, 1999, ss. 479-507.

Smits, Jan M., 'Hukuk ve Disiplinlerarasılık: Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normatifliği Üzerine', Çev.: Ertuğrul Uzun, **Hukuk Kuramı**, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, ss. 59-68 <<http://hukukkurami.net/media/file/diisiplinlerarasilik.pdf>> (E.T. 03.01.2016).

Sturrock, John (Ed.), **Structuralism and Since – From Levi Strauss to Derrida**, Oxford: OUP, 1979.

Toulmin, Stephen, **The Uses of Argument**, Cambridge: CUP, 1969.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, İstanbul: Derin Yayınları, 2010.

Uğur, Aydın, 'Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması', **Ankara Üniversitesi SBFD**, C. 38, S. 1-4, 1983, ss. 181-195.

Uzun, Ertuğrul, 'Hukuk Yorumdur', **İÜHF**, C. LXXVII, S. 1, 2014, ss. 99-104.

Uzun, Ertuğrul, 'Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak', **HFS**, 16. Kitap, **Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu – III**, Haz.: Hayrettin Ölçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, ss. 343-350.

Uzun, Ertuğrul, 'Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği', **HFS-Hukuk Felsefi ve Sosyolojisi Arkivi-22**, Haz.: H. Ökçesiz ve G. Uygur, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 11-25.

Uzun, Ertuğrul, 'İskandinav Hukuki Realizmi', **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki, 2015, ss. 91-112.

Uzun, Ertuğrul, 'Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir?-Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi', **HFS 25. Kitap, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirimleri**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 95-96.

Uzun, Ertuğrul, **Akıl Tutkunu Hukuk-A. Peczenik'in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Uzun, Ertuğrul, **Hukuk Göstergibilimi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.

Uzun, Ertuğrul, **Hukuk Metodolojisi – Ders Kitabı**, Ankara: TAA Yayını, 2014.

Wellek, Rene ve Austin Warren, **Edebiyat Teorisi**, Çev.: Ö. Faruk Huyugüzel, İstanbul: Dergah, 2011.

White, James Boyd, **When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community**, Chicago: University of Chicago Press, 1984.

Wittgenstein, Ludwig, **Felsefi Soruşturmalar**, İstanbul: Metis, 2010.

Wright, George, 'On a General Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics', **The American Journal of Jurisprudence**, C. 32, 1987, ss. 191-243.

İnternet Kaynakları

'İranlı din adamı: Salman Rüşdi hakkındaki ölüm fetvası hala geçerli', **Hürriyet**, 22 Haziran 2007, <<http://www.hurriyet.com.tr/iranli-din-adami-salman-rusdi-hakkındaki-olum-fetvasi-hala-gecerli-6761381>> (E.T. 03.01.2016).

‘Çılgın Türk’ ‘Yorgun Savaşçı’yı Nasıl Yaktı’, **Radikal**, 15 Ekim 2009, <<http://www.radikal.com.tr/turkiye/cilgin-turk-yorgun-savasciyi-nasil-yakti-959345/>> (E.T. 03.01.2016).

‘Kayıp Film Festivalde’, **Milliyet**, 2 Nisan 2008, <<http://www.milliyet.com.tr/kayip-film-festivalde—sinema-536294/>> (E.T. 03.01.2016).

‘Elif Şafak da Yargılanacak’, **Radikal**, 29 Temmuz 2006 <<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=194279>> (E.T. 03.01.2016).

‘Allah’ın Kızları’ Romanına Soruşturma, **Milliyet**, 17 Temmuz 2008, <<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=894302>> (E.T. 03.01.2016).

‘Erdoğan’a hakaret davasında Gollum raporu: Özünde iyi biri’, **BBC Türkçe**, 13 Nisan 2016 <http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160413_gollum_dava> (E.T. 25.04.2016).

