

## ESKİ ÇAĞ DÜNYASINDA KANUNLARIN VE HUKUKİ MUAMELELERİN YORUMU (\*)

J. Gaudemet

Çev.: As. Dr. Bülent Tahiroğlu

Genel nitelikte olsun, özel muameleler şeklinde olsun, hükümler taşıyan hukuk metinlerinin yorumu, şüphesiz her devrin hukukçusunun karşılaştığı önemli sorunlardan biridir. Gerçekten; yorumlamak, her şeyden önce, nazari olarak açık olmayana «açık hale getirmek» tir. Cicero'nun dediği gibi (1), *obscuram (rem) explanare interpretando*: anlaşılmaz olanı, yorumlayarak açıklamaktır. Fakat daha ileri gidersek, «yorumlamak», «bir anlam vermeyi» de ifade eder. Yorumun — hiç olmazsa, bizim burada konumuz olan hukuk alanındaki — konusu, hem hukuk bilmeyen bir kimse için bir hukuk formülünü anlaşılır hale getirmek, hem de mücerret bir formülü, günlük uygulama gerçeğine indirmektir. Dolayısıyla, hukuk yorumcusunun, uzman olmayana açıklamak için, sadece kuralları yeterli bir şekilde bilmesi yetmez, genel ve mücerret kuralları hayata uygulamasına imkân veren bir mesleki formasyonu da olmalıdır.

Burada, Ulpianus'un hukuk ilminin meşhur tarifesinde ortaya koyduğu iki kavramla karşılaşıyor (D. 1, 1, 10, 2 — I., 1, 1, 7): *in-sani* ve *ilahî* şeylerin bilgisi (*divinarum atque humanorum rerum notitia*) ve hukuka uygun ile hukuka aykırının yani adaleti gerçekleştirilmeye yarayan kuralları kullanma sanatı.

O halde, yorum, hukukçunun başta gelen işlerinden birini teşkil ediyor. Gerçekten görevlerinden biri, genel nitelikteki kuralları formüle etmek («kanun koyucunun» görevi) veya belirli hukuki muamelelerde bazı sosyal ilişkileri düzenlemek için kişiler arasında uygulanabilir çözüm yolları bulmaksa; diğeri ve şüphesiz çok daha

(\*) 1969 yılı eylül ayında Amsterdam'da verilen tebliğin çevirisidir.

fazla karşılaşılana, bu formülleri açıklamaktan, uygulamaktan ibarettir. Yargıcın, uygulayıcının, hukuk istişaresinin, avukatın ve benzerlerinin görevi de bu şekilde başlar. Hukukun yorumu burada işe karışmaktadır.

Hiç bir hukuk sistemi — dolayısıyla hiç bir toplum — yorumun dışında kalamaz. Bu; bir hukuk kuralı var olduğu zaman, yani her hangi bir insan toplumunun varlığından itibaren gereklidir.

Bütün eski çağ toplumlarının yorumu başvurduğu muhakkaktır, fakat bunu nasıl yaptıklarını belirlemek çoğu kere güç, hattâ bazen imkânsızdır. Gerek müşahhas yorum örnekleri, gerek yorum yapma şekli hakkında nazari bilgiler söz konusu olduğu zaman, belgeler çok az, bazı kere yetersizdir. Roma hukuku, burada da imtiyazlı bir durumdadır. Hukukçular ve hatipler, bize, hiç olmazsa bir kaç yorum ilkesi bırakmıştır. Hukuk ilmine, imparator emirnamelerine, hukuk kararlarına gelince, bunlar söz konusu ilkelerin kullanılışı hakkında, şüphesiz çok az, fakat hiç bir şekilde ihmal edilmeyecek örnekler sunar. Roma, zarurî olarak, eski çağın yorumu hakkındaki bütün incelemelerin merkezinde bulunur. B; Yunan, Mısır (özellikle Ptoleme devri) hakkında hiç bir bilgi bulunmadığı anlamına gelmez. Bu itibarla, bu çeşitli toplumlar hakkında toplanabilen bilgileri karşılaştırmanın önemi vardır. Merakımızı tam olarak giderebilecek genel bir tablo çizmek mümkün olamazsa da, hiç olmazsa, çeşitli toplumlar üzerinde yapılan incelemelerin sonuçları karşılaştırılabilir ve bu yaklaşımlardan bazı genel görüşler çıkartılabilir.

Bu konuda, eski çağ hukuk yorumunun mukayeseli olarak incelenmesi, basit bir tarihi araştırmanın sınırlarını aşmaktadır. Her devrin hukukçusunu ilgilendiren daha geniş bir alanı vardır. Şüphesiz, eski kaynakların titiz bir tahlilinden, tenkidinden, hattâ kendine has «yorum» undan vazgeçmemesi gereken — tamamen tarihi olan — bu inceleme; her tarihçinin uyması gereken kesinlik, ihtiyat ve titizlikle yapılmalıdır. Bazen çok titiz olan böyle bir araştırma bazı kişilere yersiz bir eğlence gibi görünebilirse de, konuya hâkim olmak isteyen hukukçu için önemlidir. Gerçekten, geçmişin örneklerinin üzerimizde iki yönlü bir ağırlığı vardır. Önce, ince zincirlemelerle ve bazı kere karışık yollarla, doğuşu hiç bir şeye bağlı olmayan günümüze bağlanırlar. Ayrıca, eski örnekler düşüncemizi besler, modern hukukun ve metodlarının hazırlanmasına yardım eder. Savigny, Roma Hukuku Tretesi» nin I. cildinde, «kanunların



yorumuna», bu bakımdan, uzun bir bölüm ayırıyordu (1). Bunu, modern ve pratik bir görüşle yapıyordu. Fakat, kendi yorum sistemini kurarken, düşüncesi sadece Roma kaynaklarından besleniyordu. Daha yeni bir romanist, E. Betti, birçok makalesinde ve sadece hukuk yorumunun söz konusu olmadığı iki büyük ciltte genel bir yorum nazariyesini (1) ortaya koymaktadır.

Bu birkaç hatırlatma, konumuzun genişliğini ve önemini göstermeye yeter. Burada güç yorum sorununun ortaya çıkardığı birçok incelemeden doğan özel görüşlere girilmeyecektir. Sadece, bir araştırmaya yöneltebilecek birkaç düşünce konusu telkin edilmek istenecektir. Bunlar, belki her incelemenin kendi sonuçlarını tekrar bir araya toplamaya yardım edecektir.

Genel olarak ele alındığı zaman, yorum sorunu üç açıdan incelenebilir:

Kaynağı kimdir?

Hangi ilkelere göre yönetilir?

Neye yarar?

Bu üç görünüşü ele alalım.

## I — Yorumu Yapanlar

Lâtincede ifade edildiği için, Roma'dan gelmiş gibi görünen meşhur bir söz şunu beyan etmektedir: *eius est interpretari, cuius est iura condere*: yorum kime aitse, hukuku yaratmak da ona aittir.

Şüphesiz bu söz, Roma hukuku metinlerine dayanabilir. Fakat, bunlar çok geç devirdeki metinlerdir ve anlamlarını iyi belirlemek gerekir.

Gerçekten, «*de legibus et constitutionibus principum et edictis*»: «kanunlar ve imparatorların emirnameleri ve beyannameleri hakkında» ki başlıklı ve 529 tarihli emirname, şu sözlerle sona ermektedir: *leges interpretari solum dignum imperio esse oportet* (2): kanunların yorumlanması, sadece imparatorluk kudretine lâyıktır.

Dikkati çekmek gerekir ki, Iustinianus (kanunların) yorum tekelini, imparatorun mutlak yasama egemenliğinin mantığı ve ge-

(1) Guenoux'nun Fransızca çevirisinde (1855) ss. 199 - 319.

(1) Teoria generale dell'interpretazione, Milano, 1955.

(2) C. 1, 14, 12, 3.

rekli bir sonucu olarak kabul etmemektedir. İmparatorun yorum tekeline sahip olması kanunu kendisi yaptığı için değildir. Ona herkesten daha iyi tanıdığı veya kanunuyla neyi elde etmek istediğini daha iyi bildiği farzedilir. Sebebi tamamen başkadır. Bu hakkın temelini ve tekelini, imparatorluğun yüceliğinde aramak gerekir. Gerçekten hiç kimse ondan daha üstün değildir. Nasıl ki imparator en üstün kanun koyucudur, o şekilde de en üst derecedeki yorumcudur. Kanunu yaptığı için değil; kanunu yaptığı gibi yorumcudur. 5. paragrafın formülü buradan gelir: *tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur*: Kanunları yapmak gibi yorumlamanın da; imparator olmak tekeline dayandığı, haklı olarak, kabul edilir.

Aynı fikir, birkaç yıl sonra, imparatorun, *cui soli concessum est leges et condere et interpretari*. : kanunları hem yapmak, hem yorumlamak yetkisi sadece ona verilmiştir, diye bahseden *Tanta* emirnamesinde (§ 21) bulunur.

O halde, yorumun imparatorun tekelinde olması, mantıki bir zorunluluk değildir. Şüphesiz, imparatorun kanunu formüle ederken, ne yapmak istediğini açıklamak için herkesten daha iyi bir durumda olduğu ileri sürülebilir. Fakat, bu, kanunu bizzat yapan hükümdar için doğrudur. Zira, halefinin, kanunu yapanın istediğini başkalarından daha iyi bildiğini ileri sürmek için bir sebep yoktur. Birbirini izleyen hükümdarlara rağmen, iktidarını devamlılığı faraziyesi; burada, gerçeğin açıklığı karşısında kuvvetsiz kalır. Ölmüş bir kanun koyucunun halefi, onun düşüncesini herhangi bir yorumcudan daha iyi tanımayan bir üçüncü şahıstan başka bir kimse değildir.

İmparatora tanınan yorum imtiyazı, kanun bilgisinin değil, mutlak egemenliğinin bir sonucudur. İmparatorun yaptığı yorum, mutlakiyetçiliğin bir belirtisidir.

Bu şekilde, yorumlamak iktidarını, hukuk kuralının en iyi bilgisi kaziyesine bağlamak isteyen, *eius est interpretari...* sözü, imparatorun yorum iktidarının, bu Bizans anlamında haklı gösterilmesini tam olarak açıklayamamaktadır.

Zaten, Roma'da yorum, uzun zaman, kanun koyucunun tekelinde kalmamıştır. Hattâ, Cumhuriyet devrinde, yasama yetkisi halk meclisinde olduğu zaman, onun eseri bile olmamıştır. Halk meclisi, kabul ettiği kanunu yorumlamıyordu. Bu görev, rahip hukukçulara, sonra da onlardan ayrılan hukuk bilginlerine verilmişti. Bütün klâ-



sik devir boyunca, yorum her şeyden önce, hususî şahısların, hukukçuların eseri olmuştur. Şurası bir gerçek ki, yavaş yavaş ve git-gide daha zorlu bir şekilde, çoğu kere cevaplarla (*rescriptum*) verilen, imparator yorumlarının rekabeti ile karşılaştılar. Fakat, gerçekte, bu mücerret terimin arkasında, hükümdarın hizmetinde git-gide daha fazla sayıda yer alan hukukçuların bulunduğu Devletin adalet organlarının müdahaleleri saklanmaktadır. Bu şekilde, yorum kararının otoritesi açısından olan şekil farkına rağmen, «imparatorların» yorumları, aslında, hukukçularındır.

İmparator yorumu ve hukukçu yorumu ikiliğini, Bolonyalı bilginler pek iyi fark etmişlerdi. Şüphesiz onlara uygun gelen birinciden yana olmuşlardır, zira, hocalığını yaptıkları Iustinianus emirnamelerine ve devirlerindeki, çoğu kere birbirine zıt, fakat otoritelerini, aynı şekilde korumak isteyen başlıca iki kanun koyucunun, yani papanın ve imparatorun isteklerine hizmet etmek, arzularına uygun düşmekte idi.

Fakat, doktrin yorumunu tamamen bir kenarda bırakmak, kendi kendilerini mahkûm etmeleri olurdu. İmparator hakkında kullandıkları ve ince farkları kapsayan formü lburadan gelir: «*Solus ergo ipse est conditor et interpretes legum, salvo quod iuris consulti fecerunt*»: O halde, sadece o, bizzat kanunların yapıcısı ve yorumcusudur, ancak hukukçular da yorum yapar. Zaten hukukçuların bu rolünü, onları imparatorun mutlak egemenliği çerçevesine yerleştirerek haklı gösterirler: «*qui (iuris consulti) ipsi auctoritate principis fecerunt*» (1): onlar (hukukçular), imparatorun otoritesine dayanarak (yorum) yapar.

Roma'da gere yorum tarihinin, gerekse Roma hukuku metinlerinin ortaya koyduğu bu ikilikten, daha Suarez'de (2) açık olan; kanun koyucunun yaptığı yorumlarla; bir ferdin yaptığı doktrin yorumları arasındaki fark yavaş yavaş belirir. Glück'te (3) bulunan ve Pandektçilerde (4) ortak doktrin olan ayırım budur.

Bu sonuncuların doktrin alanındaki otoriteleri ve kurdukları

(1) C. 1, 14, 12'nin açıklaması.

(2) De Legibus. Kitap IV, bölüm 1, 1 - 3.

(3) Erläuterungen der Pandekten, C. I, § 31.

(4) Meselâ bak. Dernburg, Pandekten § § 34 vd.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts C. I, § 20 vd.

sistemin sağlamlığı; bu ayırımı modern nazariyeciler ve kanun koyucular (5) nezdinde geniş bir yer sağlamıştır.

Bu şekilde, yapanlar dikkate alınır, ortaya iki tip yorum çıkmaktadır: Hükümdar olduğu ve iradesi zorunlu olarak kabul edildiği için kanun koyucunun; ve kendi meziyetleriyle beliren, haklı ve etkiliyi birleştirebildiği zaman kendisini kabul ettiren âlimin örf ve âdetin veya hâkimin yorumu. Bu gözlem, bizi, yorumu yönetmesi gereken ilkeleri araştırmaya götürüyor.

## II — Metot

Son yıllarda, birçok çalışma, Roma hukukunda yorum metotlarının ne olduğunu inceden inceye araştırmıştır (1). Bu yayının bolluğu, konunun hem öneminden, hem de güçlüğünden ileri gelmiş benzemektedir. Gerçekten, yorumcu tarafından kullanılan metotların tespitinin, yorum hakkındaki her araştırmanın merkez noktası

---

(5) Meselâ, karşı. Codex iuris canonici, 1917, 17.

(1) H. Coing, Zur Methode der republikanischen Jurisprudenz u. zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung, Studi Arangio Ruiz, I, 365-388; Die juristischen Auslegungsmethoden... Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft, 84;

J. Gaudemet, L'empereur interprète du droit, Festschrift für E. Rabel, 1954, II, 169-203;

R. Reggi, L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano, St. Parmensi, II, 1951, ve III, 1953;

A. Steinwenter, Prolegomena zur einer Geschichte der Analogie, St. Albertario, II (1953, 103-128);

R. Vonglis, La lettre et l'esprit de la loi d'après la jurisprudence classique romaine (1965);

M. Meinhart, Ulp. D. 38, 17, 1, 6: ein Zeugnis für «humana interpretatio», Tr. XXXIII (1965) 230-265;

A. Carcaterra, Le definizioni dei giuristi romani, metodo, mezzi e fine (1966);

Albenese, Contributo alla storia dell'interpretazione della lex Atinia, Labeo, XII, (1966), 18-65.

Uwe Wesel, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen (1967);

Ankum, «Utilitatis causa receptum», Symbolae M. David (1968) 1-31;

Gandolfi, Studi sull'interpretazione degli atti negoziale in diritto romano (1968).



olduğu açıktır. Her şeyden önce, yorum metodolojik bir sorunu ortaya koyar. Fakat, yorumcu tarafından metodu tesbit etmek, bir hukukçu için özellikle nazik bir konu olarak belirmektedir. Gerek kanun koyucunun metinleri veya gerekse özel hukukî muameleler söz konusu olsun, yorumu zekâ yaratır. Bu yaratış faaliyeti, bir metinden hareket ederek, pratik bir çözüm yolu bulmaya yönelir. Dolayısıyla, açık olmayan bir metnin anlamını belirtmek söz konusu olsa bile, metinde bir değişiklik yapılmasını kapsar; metni şu veya bu şekilde aşmak gerekir. İşte o zaman, bu bir yaratış eseri olur. Fakat bu yaratış; metnin belirli unsurlarına, terimlerine veya düşüncesine uygun olarak yapılmalıdır ve yaratılan eser, bazı ilkelere bağlı kalmalıdır. Zekânın böyle bir teşebbüsünü kavramak, anlamak zordur ve neden birçok açıklamaların teklif edildiği anlaşılmaktadır.

Zekânın eseri olan yorum, belirli düşünce şekillerinden, belirli düşünce yürütme tiplerinden, bazı temel kavramlardan (tarifler, sınıflandırmalar vs.) yararlanır. Bunu yaparken, bazı düşünce şekillerine uyar ve fikir hareketlerine bağlı olduğunu gösterir. Eski çağ Roma'sında, rahip hukukçuların yorumu ile klâsik hukukçuların yorumu, aynı düşünce şekillerine göre yapılmıyordu. Büyüye yahut dine ait inançlar, düşünce yürütmenin mantıkî çerçeveleri; yorumcunun metotlarını değiştirir. Yorum, hukukçuların kültür seviyesine sıkı bir şekilde bağlı bulunmaktadır.

İşte bunun içindir ki; felsefenin ve özellikle Yunan hitabet sanatının Roma'ya girişinin, Roma hukukçularının yorum metotları üzerinde etkisi olmadığını ileri sürmek güçtür (51). Şüphesiz, zıt

(1) Cumhuriyet devrinin son yüzyıllarında, Yunan düşüncesinin Roma hukuku üzerindeki etkisi, özellikle J. Stroux tarafından ileri sürülmüştü (Summum ius summa iniuria, Leipzig, 1926, İtalyancaya çevirisi: Ann... di Palermo, 1929). Daha sonra, birçok inceleme aynı fikri geliştirmiştir (karş. özellikle, Roma'da, 1933'de, Roma hukuku milletlerarası kongresindeki tebliğler, S. E. Kübler, F. Senn, bizzat J. Stroux, Atti, Roma, 1934, C. I).

Bununla beraber, bu etkinin gerçek değeri Fr. Schulz (roman Legal Science, 1946, 62-75) ve aralarında U. E. Paoli (droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, RHD, 1953, 198) bulunan çeşitli tarihçiler tarafından tartışma konusu yapılmıştır.

Yukarıdaki fikre, Roma hukukçularının metodunun, Yunan felsefesinin Roma'ya, M.Ö. II. yüzyıl sonuna doğru, girmesinden önce meydana geldiği kanısında olan U. Wesel (op. cit.) tarafından da şiddetle itiraz



düşünce (paradoks), bizzat Yunanlıların, hukuklarının yorumu için felsefelerinden pek yararlanmamış olmalarından doğmaktadır. Zira; Yunanistan'ın, eski Akdeniz dünyası ifelsefi düşünce çerçevesine şekil verdiği açıksa da, hukuk alanında, Roma'dan çok aşağılarda kaldığı kesindir.

Bu durum, Yunanistan'da hukuk yorumunun yapılmadığını belirtmez. Zira, yukarıda denildi ki, hiçbir toplum hukukunu yorumlamak zorunluluğundan kaçamaz. Fakat, bize kadar varan belgeler çok azdır. Hukuk tekniğinden çok; insanın mutluluğu ve *civitas*'ın iyiliği ile meşgul eserlerin dışında, Yunan hukuk doktrinine ait hiçbir esere sahip değiliz. Elimizde, yargıcın yorumla ilgili çalışmasının belirebileceği, çok az sayıda karar vardır. Hemen hemen sadece; hatiplerin savunmaları, Yunan yorum metotlarını aydınlatmaya imkân verecektir. Fakat bu yorumda; avukat, hukuk kurallarını müvekkilinin çıkarları ile uyuşturmaya çalışmaktadır. Kaynaklarımızın bu fakirliği; şüphesiz, hiç olmazsa kısmen, Yunanlıların bu soruna ilgi göstermemesi yüzündendir.

Aksine; Roma hukuku için, hukukçuların yorumları veya imparatorluğun adalet organlarının yorumları söz konusu olsun, belgeler oldukça zengindir. Çok sayıda, fakat oldukça dağınık olan kaynaklar, iyi yorum örnekleri veriyorsa da yorumcuya yol gösteren ilkelerinneler olduğunu çok istisnai olarak belirtmektedir. Söz konusu eksiklik, bunları, yorumun genel kurallarından yapılan uygulamalar arasında bulmak zorunda kalan modern tarihçiler arasındaki fikir ayrılıklarını açıklamaktadır. Çeşitli yorum tipleri, kabul edilen kritere göre, birçok grupta birbirinden ayrılmıştır.

İlk sınıflama oldukça açık olarak gözükmektedir. Bu, bir kelimenin veya açık olmayan bir formülün anlamını belirtmeye yönelik yorumu; metni aşmak isteyen yorumdan ayırır. İlk durumda, uygulanabilir duruma getirmek için, sadece metni açıklamak söz konusudur. İkincisinde, gerçekten yaratılan bir eser söz konusudur. Bununla beraber, bu yaratış tamamen özgür değildir ve yorumcuyu da, kanun koyucudan ayıran budur. Zira, metnin ötesine gidiyorsa da, metinden hareket etmek ve bütün bağları koparmamak zorundadır. Bir yorum nazariyesinin başlıca güçlüklerinden biri, bu özgürlüğün sınırlarını açıkça belirtmektedir.

---

edilmiştir. Hukukçuların ne status terimlerini, ne de Yunan hatiplerinin metodunu kullanmamaları bunu belirtir.



Bu sınıflamaya, «tamamen açıklayıcı» (1), yani kelimeyi alışlagelen anlamında alan bir yorumla; genişletici ve kısıtlayıcı yorumu karşı karşıya koyan U. Wesel'in teklif ettiği sınıflama yaklaştırılabilir. Wesel, kendisine göre kanunun öngördüğünden farklı bir durum için yeni bir çözüm yolunu kapsayan kıyastan; genişletici yorumu ayırır (2).

Fakat, genişletici yorumla, kıyas arasındaki bütün bağlar kaldırılamaz. Kıyas, genişletici yorumu gerçekleştirecek bir araç olabilir. (Şüphesiz, bu, hukukçuların en fazla başvurduğu bir yoldur.) Eğer, kıyas bir yaratmayı kapsıyorsa; genişletici yorum da, temel metinle ancak uzak münasebeti olan yeni çözüm yollarına gerçek yaratılışı şeklinde bir sonuca varabilir.

Bu şekilde, çalınmış şeyin zaman aşımı ile kazanılmaya elverişli olmadığını bildiren *Atinia* kanununun, «*nisi in potestate eius cui subrepta est revertatus*»: bununla beraber, malı çalınan kimsenin hâkimiyetine dönerse, şeklindeki hükmü, Paulus'un bir metninin belirttiği gibi (3), «*sic acceptum est ut in domini potestatem debeat reverti*.» mâlikin hâkimiyetine dönmesinin gerekli olduğu kabul edilmiştir, şeklinde yorumlandı. Belki, Labeo'nu (4) olan bu «yorum», *Atinia* kanununun şartına tamamen başka bir önem veriyordu. Gerçekten, kanun, *furtum*'un (hırsızlığın) mülkiyetin nakli için bir hareket noktası olmasına engel olmak istemişti. Dolayısıyla, kazandırıcı zaman aşımı için, önceki durumun tekrar tesis edilmesini gerektiriyordu. Fakat bu, hiç bir şekilde, mâlik olanı korumak istediği anlamına gelmiyordu. Labeo'nun yaptığı yorum ve mâlikin, hırsızlık sırasında malı elide bulunduranın yerini alması, kanunun genel düzenini önemli bir şekilde değiştiriyordu. Bu yorumun, klasik hukukta hukukçular tarafından olduğu kadar, imparatorluk kurulu üyeleri tarafından tartışılmış olması bu şekilde açıklanır (1).

Aynı şekilde, yaratıcı bir etkisi olan genişletici yoruma, birçok

(1) op. cit., 42-43.

(2) Meselâ: *Sed an sues pecudum appellatione continentur?* (D. 9, 2, 2, 2): Fakat, domuzlar sürü hayvanı olarak kabul edilir mi?

(3) D. 41, 3, 4, 6.

(4) Bu anlamda, D. 41, 3, 49'u ileri süren Albenese: op. cit.

(1) Özellikle karşı. Albenese, op. cit. Belirsizlik, özellikle D. 41, 4, 5'den ve C. 7, 26, 6'daki: «*Phil. cum consilio collocatus*» şeklindeki oldukça istisnai formülden doğmaktadır.

kanuna aykırılıkların suni bir şekilde *Lex Cornelia de falsis* e bağlanması veya aynı alanda, kanun sadece mühürlenmiş muameleleri öngördüğü halde, *obsignatio* (mühürleme) formalitesine tâbi tutulmamış sahte muamelelere, sahtecilik cezalarının uygulanması (2), örnek olarak verilebilir. İki halde de, önemli bir genişletici yorum söz konusudur. Zira, gerek, *falsum* (sahte muamele) kavramının genişletmek; gerekse, yeni hukukî muameleleri kanunî himayeden yararlandırmak için ceza hukuku alanına müdahale etmektedir.

Başka bir sınıflama, yorumun az veya çok yenileyici etkisinden çok; yazarın bilgisini ortaya koyduğu özgürlük derecesine bağlanmaktadır. Metnin lâfzına bağlı yorumu, ruhuna bağlı yorumdan ayıran budur.

Birincisi daha dar görünmektedir, zira yorumcu, kelimelerin tutsağıdır. Bununla beraber, sözlerin birbirleri ile olan ilişkisinde, bilgisini göstermekteki maharetini belirlemek kalıyor.

Metnin ruhuna göre yorum, ortaya daha çok güçlük çıkarır, zira başvuru kaynağı daha belirsizdir. Fakat bu belirsizlik, bir yandan metotların seçimi ile kullanılışı; diğer yandan yorumcunun takip ettiği amaçlar arasındaki dar bağlantıyı açığa çıkarmak gibi bir değere sahiptir. Zira; son tahlilde, yorumun yöneldiği amaç, metodun seçimini kararlaştıracaktır.

### III — Amaç

Eğer bazı sorunlar için, yorum hakkındaki düşünce, hem kanunî belgeler, hem özel hukukî muameleler üzerinde olabilirse de; yorumcunun takip ettiği amaç dikkate alınır, durum aynı şekilde değildir. Kanunun genelliği (1), kuralın objektifliği, kanunun, kanunu yapan karşısında aldığı bağımsızlık; yorumcuya özel bir hukukî muameledeki kişisel iradeyi yorumladığı halden daha fazla özgür hareket etmesine imkân verir. Kanun, doğuşunda, yapanın iradesini ortaya koyuyorsa da; çoğu kere ondan sonra da yaşamaya devam ediyor veya hiç olmazsa ondan ayrılıyor. Kendi hayatını sürüyor

(2) Karş. J. P. Adam, *Le faux en écriture en droit romain*, Tez, Paris, 1969.

(1) Kelime, burada, kapsamı sadece şekli kanunla sınırlanmadan, «genel kural» anlamında alınmaktadır.



ve yorumcu da, metinden yeni imkânlar çıkararak, kanuna yeni var olma sebepleri verebilir.

Elbette, yasama değeri olan belgeler için de, en dar anlamıyla yorumun, anlamı olmayana anlam vermek veya anlaşılmasız formüller altında saklanana ortaya çıkarmak gibi belirli amaçları vardır. *Aquila* kanununun bir parçasını («si quis alteri damnum facit quod... ruperit iniuria...»: eğer bir kimse, başkasına zarar verecek.. iniuria yaparsa...) yorumlayan Ulpianus bu şekilde hareket etmektedir. Gerçekten şunu belirtir: «Inquit lex «ruperit». Rupisse verbum fare omnes veteres sic intellexerunt, corrupit»: Kanun, «ruperit» kelimesini kullanır. Bütün eski hukukçular, bu kelimeyi bizim zarar vermek (*corrumpere*) kelimesi ile aynı anlamda kabul etmiştir. O zaman, yorumcu, kanunu yapanın fikirlerine mümkün olduğu kadar bağlı kalmaya gayret etmelidir.

Fakat, tabiatı icabı, yorum yaratmayı kapsar, en mütevazı ve sınırlı şekliyle bile, hemen hemen daima, metni aşmaya yönelir.

Eğer yorumun, kuralın öngörmediği durumlara genişlemesi gibi, başka bir amacı dikkate alınırsa, bu aşma, her durumda belirir. Zira, her ne kadar metne dayanıyorsa da, yorumcu burada sınırlarının ötesine gitmekte ve yaratıcı faaliyeti açıkça görülmektedir.

Bu yaratıcı yorumun birçok aracı vardır. Şüphesiz, en önemlisi, her hukuk sisteminde hukukun genişlemesinin başlıca şekillerinden biri olan kıyastır. Burada, ne kıyas yoluyla düşünmenin mantıki mekanizması, ne de Roma hukukuna kıyas yoluyla genişlemenin başlıca aracını veren, usul hukukuna ait tekniklerin, farazi davaların, üzerinde durulmayacaktır. Fakat, yorumcuyu bu yaratıcı esere iten sebepler, çabucak gözden geçirilmek istenmektedir.

Genişletici yorumun açık amacı, hukukun bir boşluğunu doldurmaktır. Kıyas — gerçek veya farazi — mevcut hukuka başvurarak, bu boşlukları doldurmanın en iyi aracını meydana getirir. Yorumcu, bu şekilde, her türlü keyfilik şüphesinden kurtulmuş olur. Hem mevcut hukukun yenileyicisidir, hem de ona bağlıdır. Yorumcu, yasama yetkisi olmayan herhangi bir kişi olduğu zaman, bu, tek meşru olarak gözüken ihtiyatlı bir tutumdur.

Yorumun, hukuku bu şekilde tamamlanması, açık bir faydaya cevap vermektedir. Bu fayda, yorumun hem temeli, hem de amacı olarak belirir. Dolaylı yolla, yorum sorunu, Romalı hukukçular ta-

rafından sık sık ileri sürülen utilitatis causa: menfaat sebebi, celilini tartışmaya başlıyor. Bu kavram son yıllarda, birçok inceleme, e yol açmıştır (1).

Zengin bir yayına yol açan hakkaniyet, insaniyet gibi, başka ilkeler de, bazen yorumcuyu yönetir (2). O zaman, hakkaniyetin genel şekilde ve mücerret olarak veya insan varlığının daha kişisel bir görünüş altında dikkate alındığı sosyal ahlaki düşünceler söz konusudur.

Meselâ, *benignitas* (3): merhamet gibi, yakın başka görüşler de yorumu yönetmek için yol gösterici ilkeler görevini yapabilir. Burada, hepsini saymadan, sadece yorumun sebeplerini bir bütün olarak takdim eden bir incelemenin önmine işaret edilecektir. Zira, bu inceleme, hukukçuların zihniyetleri ve eğilimleri hakkında önemli bilgiler verecektir.

Hakkaniyet ve insanlık adına, kanun koyucunun hükümlerini hiçe indirmek tehlikesine düşen ve yorumcunun keyfine bağlı bir duruma yönelen yorum özgürlüğü hakkında, hukukçuların belirttikleri şüpheleri göstermek de, daha az önemli olmayacaktır.

Bu konuda Quintilianus'un (1) bir parçası çok belirticidir: «*Nam si apud iudicium hoc semper quaeri de legibus oportet quid in his iustum, quid aequum, quid convenium sit civitati, superva-*

(1) Karş. A. Steinwenter'in, *Utilitas publica utilitas singulorum*, Festschrift Koschaker (1939) isimli makalesinden itibaren.

J. Gaudemet, *Utilitas publica*, RHD, 1951, 467-499 ve kısa bir süre önce, H. Leptien, *Utilitatis causa* (Dis. Freiburg 1967).

(2) Hakkaniyet hakkındaki birçok makaleden başka, şunlar da hatırlanacaktır:

F. Pringsheim, A. Zamboni, *L'aequitas in Cicerone*, AG. CLXX (1966), 167 - 203;

Ciulei, de l'équité avec le droit et la justice dans l'oeuvre de Ciceron, RHD( XLVI (1968) 639-647; Bartosek, *Aequitas iniquitas*, dans le vol. *Gesellschaft und Recht in Griechisch-römischen Altertum I*, Berlin (1969) 28-64, vb.

İnsanlık hakkında, F. Schulz, *Pinzipien des Röm. Recht*, München, 1939.

C. A. Maschi, «*Humanitas*» comex motivo giuridico, Trieste, 1949.

S. Riccobono, Junior, *L'idea di humanitas come fonte di progresso del diritto*, St. B. Blondi, II, 1965, 583-614.

R. Ricks, *Homo, humanis, humanitas*, München, 1967, vb.

(3) karş. Wubbe, *Begnignus edivivus*, Symb. M. David, 1968, 237-262.

(1) Zikeden U. E. Paoli, op. cit., RHD, 1953, 198.



*cum fuit scribi omnine leges.*»: «Eğer; kanunlarda, haklı, âdil, Devlete uygun olanı, her mahkeme önünde araştırmak gerekecekse, kanunları yazmak tamamen lüzumsuzdur». Hakkanîyetin, kanun terimleri üzerindeki mutlak üstünlüğünün bu mahkûmiyetinde, belki de, hatiplerin çok özgür yorumlarına karşı, hukukçuların muhalefetinin bir yankısını bulmak gerekir (2).

Hakkanîyet, insanlık, menfaat, iyilik kavramları, özellikle yasamaya ait belgeleri yorumlamak söz konusu olduğu zaman kullanılmışı benzemektedir. Zira, çok genel nitelikte, hattâ kanunun özüne uygun düşüncelerle müdahale ederler. Elbette, özel muamelelerin yorumundan daima uzak kalmayacaklardır. Fakat, bu sonuncular için, çoğu kere, başka düzenden düşünceler üstün gelecektir (3).

Gerçekten, özel muamelelerin yorumcusu, her şeyden önce, muameleyi yapanın (veya yapanların) bazen beceriksiz, hattâ yanlış formlerle örtülmüş, gerçek iradesinin ne olduğunu araştırmalıdır.

Gösterildiği gibi (4), yorumcunun araştırması iki farklı yolda yapılabilir. Bazen, tarafların kullandıkları terimlerin ötesinde bulunması gereken, gerçek iradelerini arayacaktır. Bazen ise, yorum, kullanılan şekillerin şüpheli bıraktığı muamelenin hukukî niteliğini araştıracaktır. Artık, tarafların muameleye vermek istedikleri muhtevayı değil, fakat hangi muameleyi yapmak istediklerini araştırmak söz konusudur. Yorum, o zaman, bir niteliği belirtme sorunu üzerine yönelmiştir.

Yorum ilkelerinin ve amaçlarının çeşitliliği, sayılanlar olarak gözükmekle beraber, ortaya, belki de temel olan, son bir sorun çıkmaktadır. Yorumcu, hukukçu, hâkim, avukat vs. metotların ve amaçların güç olan seçiminde nasıl karar verecektir? İkisi de aynı şekilde mümkünken, kanunî metin neden genişletilir veya sınırlandırılır? Neden metnin terimleri veya ruhu ileri sürülür? Neden serbest hakkanîyet, metne sıkı bağlılığın üstünde tutulur? Başlıca, bu kadar seçim imkânı... Bu seçim imkânlarını hangi kanun yönetir?

Meselenin bu katı şekilde ortaya konuluşuna, şüphesiz hiç birinin var olmadığı şekilde cevap vermek gerekir. Zira, sınırlamalar ve sınıflandırmalardan sonra, burada, insan zekâsının ve özgürlü-

(2) Bu anlamda U. E. Paoli, loc. cit.

(3) Yasama belgelerinin ve özel muamelelerin farklı yorumları için karşı: Vonglis, op. cit., 166.

(4) Gandolfi, Studi sull'interpretazione, özellikle ss. 306-315.

günün faaliyetini buluyoruz. Belki de, hukuk teknisyeninden çok, psikolog ve sosyoloğun alanına giren yorumun bu yönünü incelemeye cesaret eden hukukçu pek azdır. Bununla beraber, bazı incelemeler, buna kavrayışlı, fakat biraz ümidini kaybetmiş sayfalar ayırmıştır (1). Zira, onlara, bu alandaki yönetici ilkeleri araştırmak boş gözükmiştir.

Kanunu veya özel iradeyi yorumlayan hukukçu, çoğu kere, olay verilerinden, kendisine sunulan durumdan, söz konusu olan menfaatlerden hareket etmektedir.

Eğer mümkünse; yorumunu, *verba*'ya; terimlere, ifadelere dayandıracaktır. Zira, bunu yaparken metne bağlı kalır ve önünde silinmiş gibi olur. Eğer yapabilirse, *verba*'ya; terimlere, ifadelere bu bağlılığı, hakkaniyete başvurma ile uyuşturacaktır. Bu, en iyi gözüken çözüm yoludur. Zira, metne sıkı bağlılığı, üstün bir adalet endişesi ile uyuşturmuşa benzemektedir. Fakat, uygun görürse, *verba*'nın; terimlerin, ifadelerin zorlamasını ihmal edecek ve hakkaniyete uygun olarak kabul ettiğini takip edecektir. Burada, duruma uygun görünen seçilmektedir. Bu, hukukçunun sanatını ortaya koyar ve aynı zamanda, kişiliğinin düşündüklerini tamamen ifade etmesine imkân verir. Bununla beraber, bu kişisel seçim, bir nevi ortak hukuk bilincinin denetiminden kaçamaz. Zira, hukukçu, serbestçe ve tercih ettiği kıstaslara göre yorum yaptığını sandığı zaman bile, devrinin zorlamalarına maruz kalmaktadır. Kişiliğinin, ortak fikirlere karşı koyma gücüne göre, az veya çok, seçimleri, hakkaniyet ve fayda anlayışı, daha önce edinilmiş fikirlerin ifadesinden başka bir şey değildir.

O halde; yorum sorunu, teknik usullerin basit tahlilini çok aşar. Metinlerin ötesinde; insan kişiliğini ve insanın özgürlüğü ile sosyal örf ve âdetler arasındaki sonsuz anlaşmazlığı ortaya koyar.

(1) Vonglis, op. cit.