

# ALMANYA'DA HUKUKTA YORUM ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER\*

Yrd. Doç. Dr. Altan HEPER\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Würzburg Üniversitesi ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Görevlisi. heper@karaahmetoglu.de



## ÖZ

*Yorum konusu genel hukuk teorisinin ve hukuk metodolojisinin temel konularından biri olmaya devam etmektedir. Alman hukukunda yorum konusunda temel tartışmalar özünde anayasa hukuku ve demokrasi teorisini ilgilendiren bir nitelik taşımaktadır. Yorum konusu güçler ayrılığı ve hukuk devleti bağlamında tartışılmaktadır. Hukukta yorum denince Almanya'da ve tüm dünyada akla hala Savigny gelmektedir. Savigny zamanının hukuk biliminin metodolojik tartışmalarını özetlemiş ve yorumun dört unsurunu öne çıkarmıştır. Savigny bu unsurları gramatik, mantıki, tarihsel ve sistematik unsurlar olarak adlandırmaktadır. Savigny hukukta hermeneutiğin öncülerinden biri olarak görülmektedir. Hukukta hermeneutik yöntemin uygulanmasıyla yasa metninin her bir hukuk uygulamacısı için her zaman, her koşulda aynı anlamı veren bir nesne olmadığını tespit ederiz. Farklı uygulamacılar için aynı metin farklı anlam ifade eder.*

**Anahtar Kelimeler:** Hukukta Yorum, Yorum Unsurları, Güçler Ayrılığı, Savigny, Hukukta Hermeneutik



ABSTRACT  
SOME THOUGHTS ABOUT  
THE INTERPRETATION IN  
THE JURISPRUDENCE

*The juridical interpretation is still continuing one of the main topics of the general theory of law and juridical methodology. The debates in the German law focus mainly on the constitution law and the theory of democracy. The topic of the interpretation is discussed in relation to the checks and balances and the rule of law. If we mention the interpretation in Germany and in the whole world, we remember still Savigny. Savigny summarized the methodological debates in his time and he pointed out the four elements of the interpretations. Savigny called these elements as grammatical, logical, historical and systematical elements. Savigny is regarded also as a pioneer of the hermeneutic in the jurisprudence.*

**Keywords:** Juridical interpretation, elements of interpretation, checks and balances, Savigny, hermeneutic in the jurisprudence

## I. ALMANYA'DA HUKUKTA YORUM TARTIŞMALARI

Bilindiği gibi, hukukta yorum genel hukuk teorisinin ve metodolojisinin en temel ve önemli konularından biridir. Burada sadece Almanya'da yorum konusundaki tartışmaları en genel hatlarıyla aktarmaya çalışacağız.<sup>[1]</sup>

Hukukta yorum söz konusu edilince Almanya'da akla hala Savigny gelir. Şüphesiz Savigny'den bu yana kütüphaneleri dolduracak kadar çok sayıda kitap, monografi, makale yazıldı, çok sayıda görgüsel araştırma yapıldı, kitaplar arasında en önemli olanlar içinde Karl Larenz'in Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Hukuk Metodolojisi) kitabını anmak gerekir.<sup>[2]</sup>

Alman Hukuku açısından öncelikle dikkati çeken Alman Medeni Kanunu (BGB) da İsviçre MK 1. md. 2. ve 3. fıkrasında (ZGB) da yer alan "hakim ... kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm sevk edecek idi ise" hükmünü karşılayacak bir normun bulunmamasıdır. Bu hüküm bilindiği gibi yorumdan ziyade medeni hukukta veya daha geniş anlamda özel hukukta yasal boşluk olması halinde uygulanır, fakat yorum konusunu hukuki boşluk konusundan tamamen ayırmak mümkün değildir.

- [1] Bu tebliğ Ankara Barosunun düzenlediği Uluslararası Hukuk Kurultayında 12 Ocak 2010 günü sunulmuştur. Tebliğde yorum konusunu bir çok eserinde ayrıntılı bir biçimde ele alan Bernd Rüthers'in „Rechtstheorie“ (Hukuk Teorisi) isimli kitabından geniş ölçüde yararlanıldı, ve oradaki görüşler ve plan aktarıldı; Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 2. baskı, Münih, 2005, s. 447-520; ayrıca Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre , 4. baskı, 1985, s. 39-57; H. J. Koch, H. Rüssmann, juristische Begründungslehre, Münih, 1982, s. 119-246; R. Wank, Auslegung von Gesetzen, 5. Baskı, Münih, 2011; H. Schlehofer, Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, 1. Teil, JuS 1992, s. 572 vd.; R.D.Herzberg, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, s. 2525 vd.; Klaus F. Röhl/ H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Baskı, Köln, 2008 , K.Kühl/ H.Reichold/ M.Ronellenfitsch, Einführung in die Rechtswissenschaft, Münih, 2011, s.26-28; Johann Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011, Tübingen, s. 370-377; Guy Beaucamp, Lutz Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Baskı, Münih, 2011, s. 32-58; Olaf Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode-Begriffe, Münih, 2011;P.Tetinger/ T. Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Baskı, Münih, 2004, 4. Baskı, s. 129-141; türkçe kaynaklar için A.N. Sözer, Hukukta Yöntembilim,2. Baskı, İstanbul, 2011, s.25-136; Y. Işıktaç, S. Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003, s. 179-221;Y.Işıktaç, Hukuk Başlangıcı,İstanbul, 2010,s.193-198; K.Gözler, Hukuka Giriş,8. Baskı, Bursa, 2011, s.212-227; aynı yazar, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998, s. 149-172; M. T. Yücel, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005, s. 253 vd.; A. Güriz, Hukuk Başlangıcı, 6. baskı, Ankara, 1997, s. 58 vd.; N. Bilge, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 28. Baskı, Ankara, 2010, s. 200-203; T. Esener, Hukuka Giriş, Genel Hukuk Bilgisi, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 25-136; A. H. Berki, Hukuk Mantığı, Ankara, 1948

- [2] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. baskı, 1960, Münih, Karl Larenz/ Claus –Wilhelm Canaris, 3. Baskı, Berlin,1995

Alman pozitif hukukunda yorum konusunu doğrudan ele alan bir yasal düzenleme yoktur, bu nedenle konu hukuk doktrininde ve yargı kararlarında ele alınmaktadır.

Yorum konusu genel hukuk teorisi (Rechtstheorie veya Allgemeine Rechtslehre), hukuk metodolojisinin yanında hukuk dallarına özgü olarak da incelenmekte, hukuk dalına özgü örneğin anayasa hukukuna, devletler hukukuna, ceza hukukuna veya iş hukukuna özgü yorum problemleri ayrıntılarıyla ele alınmaktadır.<sup>[3]</sup>

Alman hukukunda yorum konusundaki temel tartışmalar özünde anayasa hukukunu ve demokrasi teorisini ilgilendiren bir nitelik taşımaktadır. Yorum konusu güçler ayrılığı, hukuk devleti kavramlarıyla beraber tartışılmaktadır. Mahkeme kararlarının ikna edici, inandırıcı, tarafları veya kamuoyunu tatmin edici gücü bu kararlarının sonuçlarının rasyonel bir kontrole tabi tutulmasına bağlıdır.<sup>[4]</sup> Hukukun ortaya çıkışından ve yargıçların yargılama yapmaya başlamalarından bu yana hukuki uygulamaların rasyonel bir kontrolü, aklın süzgecinden geçirilmesi, metod geliştirilmesi hukukçuları ilgilendirmektedir. Hukuki kararlar bilimsel olarak, yani objektifleştirilebilen kriterlere göre temellendirilebilmekte midir? yoksa Amerikan hukuk bilimcisi ve yüksek yargıcı O. W. Holmes' un dediği gibi kararlar daha ziyade dönemin egemen anlayışına,<sup>[5]</sup> hukukçuların ön anlayışlarına<sup>[6]</sup> göre belirlendiği sorusu sorulmaktadır. Buradaki sorun özünde birbiriyle rekabet eden iki güç arasında, yani yargı ve yasama organı arasında iktidarın paylaşılması meselesidir.<sup>[7]</sup>

Hukuk uygulamacılarının yorum özgürlükleri hukuk politikasının amaçlarına ve hukuk politikasındaki hakim anlayışa göre değişmekte; duruma göre ya genişlemekte ya da daralmaktadır. Yorum teorileri ile yorumsal düzenleme gücü sınırlamakta veya genişlemektedir, bu suretle hukuk politikası yorum

[3] Özel Hukuk için Staudinger/Coing, BGB cilt I, 12. baskı, 1978, Giriş Paragraf 1 Nr. 137-154; H. P. Schwintowski, Juristische Methodenlehre, Frankfurt, 2005, s. 112-118;Beaucamp/ Treder , age. S.52-55; Wank, age. S.75-77; Ceza Hukuku için Wank,age.; Anayasa Hukuku için Schwintowski,age. s. 100-109; K. Röhl/H. Röhl, age, s. 623;Friedrich Müller/ Ralp Christensen, 9. Baskı, 1. Cilt, 2004, 119-123; Juristische Methodik, Türk Hukukunda A.N. Sözer,age.s. 129-136; Avrupa Hukuku için, Olaf Muthorst,age. S. 120-124

[4] Rüthers, a.g.e., s. 447

[5] O. W. Holmes, The Common Law, 1968, tıpkı basım, s. 1 nakleden Rüthers, A.e., s. 448

[6] Ön Anlayış (Vorverstaendnis) kavramı Josef Esser'in hukuk metodolojisinde merkezi bir rol oynamaktadır, Esser hukuk uygulamasında, özellikle yargıçların kararlarında ön anlayışın önemine dikkat çekmektedir. Josef Esser, Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. baskı, Frankfurt, 1972; ayrıca W. Hassemer, Juristische Hermeneutik, ARSP, 1986, s. 194, 210; Philippe Mastronardi, Juristisches Denken, 2.baskı, Münih, 2003,s.166-176

[7] Rüthers, a.g. e., s. 448

teorilerine bilimsel bir fonksiyon yüklemekte; özellikle de hukuk politikası kira hukukunda, iş hukukunda, içtihat hukukunun gelişmesini istediğinde daha az norm öngörerek, daha geniş yorum olanaklarını hedefleyebilmektedir.<sup>[8]</sup> Hukukta yorum teorilerinin hukuk uygulamasında genişletici veya daraltıcı fonksiyonu Aristoteles döneminde dahi bir problem olarak görülmüş, Aristoteles kendi döneminde yorum probleminin yargı ve yasama arasında bir merkezi problem olduğuna işaret etmiş, içtihat hukukunun rizikolarına ve sınırlarına Retorik isimli eserinde değinmiştir.<sup>[9]</sup>

## II. SAVIGNY VE GÜNÜMÜZDE ÖNEMİ

Yukarıda belirtildiği Almanya'da hukukta yorumdan bahsedildiğinde ilk akla gelen isim F. C. von Savigny'dir.<sup>[10]</sup> Tarihçi okulun en önemli temsilcisi olan ve Prusya Adalet Bakanlığı da yapmış olan Savigny 1840 yılında yazdığı „Bugünkü Roma Hukukunun Sistemi” (System des heutigen römischen Rechts) başlıklı eserinde yorum konusuna yaklaşık 124 sayfa ayırmıştır.<sup>[11]</sup> Bu bölüm metot konusunda hala en önemli eserlerden biri sayılır. Savigny'nin yaşadığı dönem yorum bağlamında günümüz açısından ilginçtir, Prusya Genel Memleket Yasasında (Preussisches Allgemeines Landrecht) hakimin yorum yapması yasaklanmıştır,<sup>[12]</sup> Montesquieu yasama ve yargı arasındaki ayırımı yargıcın yasamanın dili olması itibarıyla yorum yasağını savunmaktaydı.<sup>[13]</sup> Savigny'e göre yorumun ilk amacı, kendi ifadesiyle “yasa koyucunun yerine geçip onun düşüncesine bürünmek ve yasa koyucunun faaliyetini suni bir biçimde tekrarlamak”tır.<sup>[14]</sup> Söz konusu

[8] Rütters, A.e.

[9] Aristoteles, Rhetorik, yay. Gernot Krapinger, Stuttgart, 2007, s. 1, 7

[10] Savigny için F. Ebel / G. Thielmann, Rechtsgeschichte, 3. baskı, 2003, Heidelberg, s. 327-330; Jan Schröder (yay.) Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten, 5. Baskı, Heidelberg, 2008, s. 366-375.

[11] F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin, 1840, Bd. I,

[12] Ayrıntılar için Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, yay. H. Hattenhauer, G. Bernert, 1970, Berlin, Karş. Codex Theresianus, 1758, 1, Bölüm I, 81: „Jedermann ist an die ausdrücklichen Worte Unserer Gesetze in ihrem wahren und allgemeinen üblichen Verstand gebunden. Niemandem ist daher gestattet, sich einer rechtskräftigen Ausdeutung Unserer Gesetze anzumassen, noch unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinn des Gesetzes solche auf keinerlei Weise zu erweitern oder einzuschränken.“ Uwe Wesel, Geschichte des Rechts, Münih, 1997, s.400-403; Rudolf Gmür/ Andreas Roth, Grundriss des deutschen Rechtsgeschichte, 13. Baskı, Münih, 2011, s. 134-136

[13] Montesquieu, vom Geist der Gesetze I ve II, çev. ve yay. E. Forsthoff, Tübingen, 1951, krş. De l'esprit des Lois, 1748, IX, 6 „mais les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi: des etres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force ni la rigueur.“

[14] Savigny, A.e., s. 213; Karş., Zippelius, A.e., s. 39; Rütters, A.e. s. 449

olan, yine Savigny'nin ifadesiyle “ölü harflerde yer alan canlı düşünceleri bizim önümüzde, karşımızda diriltebilmektir”. Yapılacak iş metnin yazarının, yani yasa koyucunun düşüncesini nasıl düşündüğünü ortaya bulup çıkarmadır.<sup>[15]</sup>

Bu bağlamda Savigny'nin hukukta hermeneutiğin öncülerinden olduğu sonucuna varmak mümkündür.<sup>[16]</sup> Savigny'yi ilk hermeneutik yorum teorisini olarak görenler onunla genel hermeneutik arasındaki ilişkide önemli bir hermeneutik düşünürü olan Schleimayer ile Savigny arasındaki düşünsel etkiyle açıklamaktadır.<sup>[17]</sup>

Savigny zamanının hukuk biliminin metodolojik tartışmalarını özetlemiş ve yorumun dört “unsurunu” öne çıkarmıştır. Bu unsurlar Roma Hukukunda ve orta çağ İtalyan Hukukunda nesnel yorumlarda kriter olarak rol oynamıştır. Savigny bu unsurları, yorumun (1) gramatik, (2) mantıksal, (3) tarihsel ve (4) sistematik unsurları olarak adlandırmaktadır.<sup>[18]</sup> Savigny bugün hala kabul gören, sıkça atıf yapılan yorum teorisinin ana ilkeleri olarak bu unsurlar için şu açıklamaları yapmaktadır;<sup>[19]</sup> Gramatik unsur “yasa koyucu tarafından dil yasalarının ortaya konuluşu”dur; mantıki unsurun hedefi düşüncenin ana hatlarının, düşüncenin çeşitli kısımlarının birbirleriyle içinde bulunduğu mantıki ilişkidir; tarihsel unsur, yasanın yapıldığı dönemde yasanın düzenlediği konu dönemindeki hukuki durumun göze alınmasıdır; sistematik unsur ise, bütün hukuki kurumların ve hukuk ilkelerinin bir büyük birliğe bağlı olmasına ilişkin içsel bağlamdır. Bütün hukuki kurumlar bir bütünlüğün parçası olarak içsel bir bağlamda bulunmaktadır, bu bağlılık sonraları “hukuk düzeninin birliği” olarak adlandırılacaktır.<sup>[20]</sup>

Savigny bu dört yorum unsurun sırası ve önceliği konusunda şunları ifade etmiştir: “bu unsurlar zevke, isteğe göre seçilebilecek dört tür yorum değildir, tam tersine, yorumun doğru, başarılı olması isteniyorsa, birbirleriyle birleştirilmesi

[15] Savigny, A.e., s. 39, 40

[16] E. Forsthoft, Hermeneutische Studien, in Recht und Sprache, Halle, 1940, s. 18-40; Hukukta hermeneutik konusu için U. Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 7. baskı, Heidelberg, 2004, yay. A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann, s. 270-297; Monika Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Münih, 1981; W. Hassemer, Dimensionen der Hermeneutik, Heidelberg, 1984; aynı yazar Juristische Hermeneutik, ARSP, 1986, s. 195-212; J. Karakaş, “Hermeneutik ve Hukuk”, HFSA, 2005, 12, s. 102 vd.; M. Kılıç “Felsefi, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu, Felsefi Hermeneutik Bağlamında Bir Analiz”, HFSA, 2005, 12, s. 90

[17] U. Schroth, A.e.; K. Röhl/ H. Röhl de yorumu hukukun hermeneutik uygulaması olarak görmektedir. (age. S.611 vd.)

[18] Savigny, A.e., s. 244; Zippelius, A.e.; Rütters, A.e., s. 450

[19] F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. baskı, Viyana, 1991, s. 428 vd.; Rütters, A.e., s. 450 dipnotu 743

[20] Rütters, s. 450, K. English, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, 1935

gereken farklı faaliyetlerdir. Yorumu bağlı olarak bazen biri, bazen diğeri önem taşır ve kendini öne çıkartır.<sup>[21]</sup>21

Birçok hukukçuya göre Savigny'nin "metot" yaklaşımı bugün kısaltılarak sunulmakta ve dolayısıyla yanlış anlaşılmaktadır.<sup>[22]</sup>22 Savigny'nin kitabında yoruma 124 sayfa ayrılmasına rağmen, atıfların çoğunluğu iki sayfaya ilişkidir. Savigny'nin dört yorum unsuru ancak yoruma tabi tutulan hukuk metni "sağlıklı bir halde" ise yardım aracı niteliğindedir; sağlıklı halde olan hukuki metinlerde düzenleme konusu ve düzenleme amacı, normun amacı net bir biçimde ifade edilmiştir.<sup>[23]</sup>22a Savigny hatalı, özürlü bir yasa metnini farklı bir işleme tabi tutar. Savigny için hatalı metin, tam olarak düzenleme düşüncesini göstermeyen veya gösteremeyen bir yasanın belirsiz bir ifade içermesi, veya "doğru olmayan, yanlış ifade ihtiva eden" metinlerdir.<sup>[24]</sup>23 Bu durumda sözü edilen dört yorum unsuru yorum için yeterli araç değildir. Bu tür yorumlar için Savigny üç yeni cepheye işaret etmektedir, bunlar

- yasa koyucunun içsel bağlamı
- yasanın nedeni ile birlikte içinde bulunduğu bağlam ve
- yasanın içeriğinin içsel değeridir.<sup>[25]</sup>24

Bu cepheleri bugünün güncel terminolojisine aktarırsak;

- sistematik tüm bağlam
- yasa koyucunun normatif düzenleme amacı veya normun amacı ve
- ortaya çıkan neticeleri değerlendirdikten sonra yorumun sonuçlarının içsel değerleri olarak görmek mümkündür. Savigny hatalı yasalar için, sağlıklı yasalardan farklı olarak yorum araçları için bir sıra önermektedir.<sup>[26]</sup>

Bir bütün olarak baktığımızda Savigny'nin metot tartışmalarında anayasaya uygunluk bilincinin geliştiğini tespit etmekteyiz. Metot konuları Savigny için kamu hukukunun, bugünkü terminoloji ile anayasa hukukunun sorunları olarak ele alınmıştır. Savigny hakimnin ve hukukçuların mer'i hukuka bağlılığını ve geçerli hukukun yargıçların ve hukukçuların yorum özgürlüğünü sınırladığını

[21] F. C. v. Savigny, A.e., s. 215; Rüthers, A.e. s. 451; Röhl/ Röhl, age. S. 631

[22] J. Rückert, Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, in : J. Rückert (yay.) Faellen in der neueren Methodik seit Savingy, Baden- Baden, 1997, s. 25 vd.

[23] Savigny, A.e, s. 222; Rüthers, A.e.

[24] Rüthers, A.e.

[25] Savigny, A.e., s. 222; Rüthers, A.e

[26] Savigny, A.e., s. 225, 228; Rüthers, A.e.



vurgulamıştır. Geçerli hukukun yorum yoluyla hakim tarafından tadil edilmesi, yasa koyucunun yerine geçmesi böylece yasaklanmıştır.<sup>[27]</sup>

Savigny daha 1840'lerde yorumun ve hukukun geliştirilmesi arasındaki sınırların sıkça geçişken, kaygan, net olmadığını tespit etmiştir.<sup>[28]</sup> Bu nedenle Savigny bir yüksek derece mahkemesi aracılığıyla şüpheli olaylarda bağlayıcı karar vererek, hukuk birliğinin, hukuk güvenliğinin sağlanmasının zorunluluğuna işaret etmiştir.<sup>[29]</sup>

Bugün hemen hemen bütün hukuk uygulamacıları ilke olarak Savigny'nin görüşleri Viyana Uluslararası Sözleşmelerin Yorumuna İlişkin Antlaşma<sup>[30]</sup> dışında hiç bir yerde yasal olarak düzenlenmemiş veya bağlayıcı olarak tespit edilmemiş olmasına rağmen, onun ilkeleri doğrultusunda yorum yapmaktadırlar. Buna göre sıralama değişikliğe uğramakla beraber ilkeler;

- lafzi yorum,
- sistematik yorum,
- tarihsel süreç,
- teleolojik yorum (amaca bağlı, gai yorum) olarak sıralanmaktadır.<sup>[31]</sup>

Savigny'de yorumun mantıki elementi olarak bahsi geçen unsurlar başlı başına bir unsur olarak artık anılmamaktadır. Hukuk bilimi bir bütün olarak, tabii yasa yorumculuğu da bir bilim olarak doğal olarak mantığa, doğru düşünmenin yasalarına ve formüllerine ihtiyaç duyar, mantık kurallarına ihtiyaç çelişkisizlik ilkesinde net bir şekilde görülür.<sup>[32]</sup> Mahkeme kararlarında hayatın normal akışına aykırılık, doğa yasalarına aykırılık tüm usul yasalarına göre kararların temyizden bozulmasını gerektirir. Mantık ve mantığın hukukçular için önemi konusunda geniş bir literatür bulunmaktadır.<sup>[33]</sup> Mantık prensip-

[27] Savigny, A.e., s. 313, 316; Karşılaştırma için Rüthers, A.e., s. 452

[28] Savigny, A.e., s. 329

[29] Savigny, A.e., s. 330; Rüthers, A.e., s. 452

[30] Viyana Uluslararası Sözleşmelerin Yorumlanmasına İlişkin Antlaşmada, md. 31 1. fıkra lafzi yorum, md. 32 2. ve 3. fıkrada sistematik yorum, md. 31 1. fıkrada amaçsal yorum (effet utile; implied powers), 32. md. de tarihsel yorum yer almaktadır.

[31] çok sayıdaki eseri temsilen U. Schroth, A.e., s. 279 vd; Zippelius, s. 39; N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. baskı, Heidelberg, 2007, s. 118 vd.; T. Vesting, Rechtstheorie, Münih, 2007, s. 99 vd.; K. Röhl/ H. Röhl, age. S. 613-632; Larenz, age. S.320-360

[32] Rüthers, A.e., s. 453

[33] J.C.Joerden, Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Baskı, 2010, Berlin; Otto Weinberger, Rechtslogik, 2. Baskı, Berlin, 1989; Mastronardi, age. S. 186-207; C. Perlmann, Juristische Logik als Argumentationslehre, Freiburg, 1979; Y. Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, İstanbul, 1999, s. 63 vd.; U. Klug, Juristische Logik, 4. baskı, E. Hilgendorf, Argumentation in der Jurisprudenz, 1991,

leri, formel veya analitik mantık prensiplerinden ibaret olup, dünyaya ilişkin yeni başlı başına bilgi sağlamazlar; dünyaya ilişkin bilgiye ulaşmada zorunlu araçları sağlarlar. Mantıksal düşünceye uymak bilimsel çalışmanın, böylelikle hukuki çalışmanın zorunlu koşuludur.<sup>[34]</sup> Hukuk biliminin önemli problemleri hayat olayının doğru olarak tespiti, normun seçimi, norm amaçlarının yerine getirilmesi, icrasındır. İçsel sistem bağlamında bütün bir hukuk düzeni mümkün olduğu ölçüde gerçekleştirilecek çelişmesizlik ilkesine bağlıdır; ancak bu şekilde hukuk düzeninin birliği sağlanabilir. Sistematik yorumda, yasama faaliyetinde ve hukuk uygulamasında çelişmesizlik ilkesi önemli rol oynamaktadır.<sup>[35]</sup>

### III. SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF YORUM TEORİLERİ

Objektif yorum ve sübjektif yorum metodunun uygulanması tartışmasında, sübjektif yorum yasa koyucunun tarihi iradesine araştırmayı savunurken, objektif yorum taraftarları yasanın yasa koyucunun iradesinden zamanla bağımsızlaştığını, objektifleştiğini ileri sürmektedir. Sübjektif yorumda tayin edici olan yasa koyucunun düzenleyici iradesidir. Bu nedenle yasa yorumunun doğru yöntemi tarihsel olarak normun konuluş amacının araştırılması ve normun tarihidir.<sup>[36]</sup> Bu görüşün taraftarları arasında Savigny, Windscheid, Heck, Brox, G. Reinicke, D. Reinicke gelmektedir.<sup>[37]</sup> Objektif teori yasanın resmi gazetede yayınlanmasından itibaren yasa koyucudan, onun iradesinden koptuğunu, bağımsızlaştığını, yasanın kendisini hazırlayan meclisten daha akıllı bir hale geldiğini belirtmekte ve tarihi iradenin aranmasının bir anlam ifade etmediğini savunmaktadır. Alman yüksek mahkemelerinde, özellikle de Alman Anayasa Mahkemesi'nde objektif yorum teorisi hâkimdir.<sup>[38]</sup> Mahkeme bu görüşünü yasa koyucu organların, bu organların üyelerinin sübjektif arzu ve tasavvurlarının tek başına belirleyici olmadığına, Anayasanın kendisinin herhangi bir yorum yöntemi öngörmediğine dayandırmaktadır.

Berlin, K. Adomeit, Normlogik-Methodenlehre- Rechtspolitologie, 1986, s. 47 vd.; R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, Frankfurt, s. 273 vd.

[34] Rütters, A.e., s. 453

[35] Rütters, A.e.

[36] Rütters, A.e., s. 506

[37] K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. baskılı, Stuttgart, 1977, s. 88-89

[38] Alman Anayasa Mahkemesi kararları için BVerfGE 1, 299 (312); 10, 234 (244); 11, 126 (130) .

#### IV. YORUM TEORİLERİNİN ELEŞTİRİLERİ VE HERMENEUTİK

Sübjektif yorum teorisinin çeşitli versiyonlarının tek başına adil ve hukuk güvenliği için yeterli olmayacağını tespit etmek zor değildir. Alman Medeni Kanunu 1900 yılında yürürlüğe girmiş olup, yasa koyucu yasanın yürürlüğe girmesinden önce yaklaşık 20-25 yıl çalışmıştır. Diğer bir anlatımla Alman Medeni Kanunu en az 120 yıllık bir yasadır ve yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana toplum, teknoloji, değerler vb. bir çok parametre değişmiştir. Şimdi Alman Medeni Kanunu'ndaki hükümleri yorumlarken yasa koyucunun sübjektif arzusunu, iradesini esas almak ne derece doğru olur? Objektif teorinin iddia ettiği gibi yasa gerçekten yasa koyucudan akıllı mıdır? Yoksa yasayı uygulayanlar, örneğin yargıçlar yasa koyucudan akıllı mıdır? Objektif teorinin ileri sürdüğü yasanın yasa koyucudan bağımsız objektifleşmesi, objektif yorumla doğru objektif sonuçlara ulaşma iddiası metodolojik olarak eleştirilir. Bir normun objektif olarak yorumlanması mümkün değildir. Hermeneutik açıdan yorum, hukuk uygulamasının yorum bilgisine ait bir uygulamasıdır.<sup>[39]</sup> Yorumun amacı yasanın, yasal düzenlemenin (yasal unsurların) açıklığa kavuşturulmasıdır. Yorum önce çıkarım (altlama) yapılarak olaya göz atmakla başlar. Her norm uygulamasında, tüm hukuk uygulamacıları, ister yargıç, ister avukat, ister idari görevli, isterse de vergi memuru olsun, normu bilinçli ve bilinçsiz olarak yorumlamakta ve bu normu bulduktan sonra normun ışığında ve onun etkisiyle olayı yorumlamaktadır. Uygulamacı uygulayacağı normu ararken, seçimini yaparken bir yandan olaya, öte yandan norma bakmaktadır; bakış açısı sürekli değişmektedir. Burada hermeneutik (döngüsel yorum) daireden söz etmek gerekir. Bunu canlandırabilmemiz için bir daire, bir çember düşünelim ve bu dairede dairenin bir ucuna olayı diğer ucuna normu yerleştirelim; bir taraftan normun lafzı olayın betimlendirmesini, nitelendirilmesini belirlemekte iken, diğer taraftan, olayı betimleme süreci de uygulanması ihtimal dahilinde olan norm veya normları belirlemektedir.<sup>[40]</sup> Hermeneutik dairede bu durum bakış açısını sürekli değiştirerek oradan oraya bakmak olarak nitelendirilir.<sup>[41]</sup> Herme-

[39] E. Hilgendorf, dtv-Atlas Recht, 2. Baskı, cilt I, Münih, 2008, s. 21; Hukuk ve hermeneutik konusunda temel eser H. Gadamer, Wahrheit und Methode (Hakikat ve Metod), Toplu Eserler, cilt I, 1990, 6. Baskı Tübingen, s. 330 vd.; (eserin türkçesi Hakikat ve Yöntem 2 cilt, çev. Hüsamettin Arslan/ İsmail Yavuzcan, 2008; Stephan Meder, "Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik in Rechtswissenschaft und Hermeneutik", ARSP, 2009, s. 19 vd.; J. Esser, A.e., s. 136-141; türkçe hermeneutik ile ilgili temel eserler, Doğan Özlem, Metinlerle Hermeneutik (Yorum Bilgisi Dersleri) 1. Cilt, 2. Basım, İstanbul, 2. Basım, 1996; Hermeneutik Üzerine Yazılar, çev. Doğan Özlem, 2003, İstanbul

[40] E. Hilgendorf, A.e.

[41] K. Larenz, Methodenlehre, 2. Baskı, 1969, Heidelberg, s. 237, 250, 266, 326

neutik dairede hermeneutiği ilgilendiren temel sorunlar gündeme gelmektedir; buna göre kültürel görüşlerin, ifadelerin (bunlar bir resim, bir metin dahi olabilir) anlaşılması yorumcunun belirli ön koşullarına (ön bilgi, ön tahmin, değer yargıları, kavramsal şemalar, kategoriler, şartlanmalar, ezberler) bağlıdır. Bu koşullar eser sahibinin, entellüktüel eserin yaratıcısının ön koşullarıyla kural olarak bire bir değildir, uyuşmaz veya örtüşmez. Her iki anlama ufkunun birbirine yaklaşması süreci doğrudan amaca yönelik olarak sona ermez. Bunun yerine her ikisi de ilerleyen bir biçimde birbirine yakınlaşır. Bu daire tasavvuru bizim şöyle bir olguyu kafamızda canlandırmamızı sağlar: Bu olguda dümdüz hedefe doğru giden, objektif başlayan bir yol bulunmamaktadır; ama anlayan kişi birincil olarak sadece kendi dairesinde, kendi ekseninde dönüp dolaşmıyorsa, en iyi ihtimalle bir sarmal, bir spirale benzer şekilde anlama amacına yaklaşmaktadır. Şüphesiz burada amaca doğrudan ulaşabilmek olanaksızdır. Kısaca burada, hermeneutik dairede anlama faaliyetindeki kişi her zaman anlamanın konusu ile ilgili olarak bir ön anlayışa sahiptir. Asıl anlama süreci ise üç aşamadan oluşur, birinci aşama (ön aşama) ön düşüncelerin, ön yargıların oluşması sürecidir; bu süreçte bir metnin anlamı konusunda tahminler yürütülür. İkinci aşama ise metnin üzerinde durma ve çalışma sürecidir; bu süreç ilk bilginin, önceki bilginin yenilenmesine, geliştirilmesine yol açar, bu süreç ön yargılardan vazgeçmeye hazır olmayı, razı olmayı, diğer düşüncelere açık olmayı gerektirir. Birinci ve ikinci aşamada ön anlayış, dile hâkimiyet ve metnin yazıldığı veya ortaya çıktığı tarihi koşullar hakkında bir anlayışı zorunludur. Birinci aşamada anlama ufku ile anlam ufku arasında bir kaynaşma, bir hermeneutik taslak söz konusudur, ikinci aşamada hermeneutik tecrübe ön anlayışı genişletmektedir ve hermeneutik taslak düzeltilmektedir. Üçüncü aşamada son olarak düzeltilmiş, iyileştirilmiş, derinleştirilmiş bir taslak, daha derin bir anlayış gündeme gelir. Bu üzerinde çalışılmış ön bilgi ile anlama süreci tekrar başlatılır; kural olarak bu döngüsel süreç sonsuza kadar sürdürülebilir. Keza, bu süreci bitmez tükenmez bir süreç olarak görmek de mümkündür.

Hukuk metodolojisi “doğru” hukuk uygulamasına olanak sağlayamaz. Aksini iddia etmek, modern hermeneutik yönetime göre yanlış olur. Modern hermeneutik, hermeneutik olarak sağlanan ifadelerin, iddiaların hiç bir zaman objektifliğinin mümkün olamayacağını tespit eder.<sup>[42]</sup> Norm metinlerinden, norm içeriğinden “objektif” “doğru” “genel geçerli” bilimsel kesinliği olan ifadeler türetmek olanaksızdır. Hukuk metinlerini müzik notalarıyla, parçalarıyla karşılaştırmak olanaklıdır. Müzik parçaları nasıl yorumcusu tarafından yorumlanıyorsa, hukuk metinleri de yazarının niyetinden de farklı olacak veya olabilecek şekilde işleme tabi tutulmaktadır. Bu işleme tabi tutmada uygulama-

[42] H. Schelsky, *Einsamkeit und Freiheit*, Reinbek, 1963, s. 282; Rütters, A.e., s. 511

cıda olay öncesi var olan ön anlayış, ön yargı, bakış açısı gibi çeşitli faktörler rol oynamaktadır. Objektif yorum taraftarları hukuk düzeninin objektif bir doğrular düzeni olduğunu, hukuk idesi, adalet, etik prensipler gibi değerler üzerinde inşa edildiğini ileri sürmektedir.<sup>[43]</sup> Halbuki bu kavramlar birbirinden çok farklı dönemlerde, birbirinden çok farklı sistemlerde ve farklı dünya görüşlerinin hizmetinde kullanılabilir. Alman Ceza Kanunu'nun 1871 yılından beri yürürlükte olduğunu göz önünde tutarsak, aynı ceza normunun Weimar, Nazi ve savaş sonrası Almanya'da farklı uygulamaları bulunması objektif değer düzeni iddiasıyla bağdaşmadığını gösterir; sonuç olarak „objektif” yorum olanaksızdır.

Hukuka hermeneutik yöntemi uyguladığımızda şu sonuçlara varabiliriz; Birinci olarak yasa metni bizatihi kendisi için var olan her bir hukuk uygulamacısı için her zaman, her koşulda aynı anlamı veren bir nesne değildir, farklı uygulamacılar aynı metni farklı anlar. İkinci olarak yasaları okumak, anlamak ve uygulamak sadece yeniden üretim değil, aynı zamanda ve özellikle de özgün bir üretim faaliyeti olup; yasaların uygulanmasında, bir normun bir olaya uygulanmasında atılma ile sadece basit bir yeniden üretim yapılmamaktadır; tersine, normun somut uygulanmasında yeni bir üretim faaliyeti söz konusudur. Uygulamacı her hukuk uygulamasında ve her hukuki kararda yasanın sunmadığı kendi payını ortaya koymakta veya katkısını yapmaktadır. Üçüncü olarak bir yasanın doğru olarak uygulanması yasanın ortaya çıkışında düzenlenmesi istenen, öngörülen sorunu, alanı, durumu uygulamacının anlamasını şart koşar; fakat bu, uygulamacının kendini, bizzat norm koyucusunun yerine geçip düşüncesini anlamasını zorunlu kılmaz. Kaldı ki genel hermeneutik de anlama faaliyetinde olanın anlaşılacak istenenin yerine geçmesini öngörmez.

[43] 42 Rüthers, A.e., s. 513

## KAYNAKÇA

- Adomeit, K., Normlogik-Methodenlehre-Rechtspolitologie, Berlin, 1986
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt, 1978
- Aristoteles, Rhetorik, yay. ve çev. Gernot Krapinger, Stuttgart, 2007
- Berki, A. H, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948
- Beaucamp, Guy / Treder ,Lutz, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Baskı, 2011
- Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları, 28. Baskı, Ankara, 2010
- Braun, Johann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011, Tübingen
- Bydlinski, F., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Baskı, Viyana, 1991
- Ebel, F./ Thielmann G. , Rechtsgeschichte, 3. Baskı, 2003, Heidelberg
- Engisch, Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, 1934
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 7. Baskı, Stuttgart, 1977
- Esener, Turhan, Hukuka Giriş, Genel Hukuk Bilgisi, 9. Baskı, İstanbul, 2011,
- Esser, Josef, Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Baskı, Frankfurt, 1972
- Forsthoff, E., "Hermeneutische Studien", in Recht und Sprache, 1940, s. 18-20
- Frommel, Monika, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Münih, 1981
- Gadamer, Hans, Wahrheit und Methode, Toplu Eserler, cilt I, 6. Baskı, Tübingen, 1990
- Gadamer, Hans, Hakikat ve Metod, çev. Hüsamettin Arslan/ İsmail Yavuzcan, İstanbul, 2008
- Gmür, Rudolf/ Roth, Andreas, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 13 . baskı, Münih, 2011
- Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 8. Baskı, Bursa, 2011
- Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998
- Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 6. Baskı, Ankara, 1997
- Hassemer, Winfried, "Juristische Hermeneutik", in: ARSP, 1986, s. 195-212
- Hassemer, Winfried, Dimensionen der Hermeneutik, Heidelberg, 1984
- Hattenhauer, H./Bernert, G., Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Berlin, 1970
- Herzberg, Rolf Dietrich, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, s. 2525-2530.
- Hilgendorf, Eric, Argumentation in der Jurisprudenz, 1991, Berlin
- Hilgendorf, Eric, dtv-Atlas Recht, 2. Baskı, cilt I, Münih, 2008
- Horn, N., Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Baskı, Heidelberg, 2007
- İşıқтаç, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, İstanbul, 1999
- İşıқтаç, Yasemin, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, 2010
- İşıқтаç, Yasemin/Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003
- Joerden, Jan C. ,Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Baskı, 2010, Berlin
- Karakaş, Jale, "Hermeneutik ve Hukuk", HFSA, 2005, 12, s. 102-106
- Kılıç, Muharrem, "Felsefi, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu, Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz", HFSA, 12, 2005, s. 90-101
- Koch, H. J./Rüssmann, H., Juristische Begründungslehre, Münih, 1982
- Klug, Ulrich, Juristische Logik, 4. Baskı
- Kühl K./ Reichold H./ Ronellenfitch M., Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Baskı, Münih, 1960

- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Baskı, Heidelberg, 1969
- Larenz, Karl / Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Baskı, Heidelberg, 1995
- Mastronardi, Philippe, Juristisches Denken, 2. Baskı, 2003
- Meder, Stephan, „Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik in Rechtswissenschaft und Hermeneutik“, ARSP, 2009
- Montesquieu, vom Geist der Gesetze I ve II, çev. ve yay. E. Forsthooff, 1951, Tübingen
- Müller, Friederich/ Christensen, Ralf, 9. Baskı, 1. Cilt, Juristische Methodik, Berlin, 2004
- Mutthorst, Olaf, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode-Begriff-System, Münih, 2011
- Özlem, Doğan, Metinlerle Hermeneutik (Yorum Bilgisi Dersleri ) 1. Cilt, 2. Baskı, İstanbul, 1996
- Özlem, Doğan çev. Hermeneutik Üzerine Yazılar, 2003, İstanbul
- Schlehofer, Horst, Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, 1. Teil, JuS 1992, s. 1992
- Schelsky, Helmut, Einsamkeit und Freiheit, Reinbek, 1963
- Schröder, Jan ( yay.) Deutsche und Europaeische Juristen aus neuen Jahrhunderten, 5. Baskı, Heidelberg, 2008
- Schroth, U., „Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung“ in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, yay. A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann, 7. Baskı, 2004, Heidelberg, s. 270-297
- Schwintowski, H. P., Juristische Methodenlehre, Frankfurt, 2005
- Sözer, Ali Nazım ; Hukukta Yöntembilim, 2. Baskı, İstanbul, 2011
- Staudinger/Coing H., BGB, cilt I, 12. Baskı, Berlin, 1978
- Perelman, C. Juristische Logik, Juristische Logik als Argumentationslehre, Freiburg, 1979
- Röhl, K.F. /Röhl, H., Allgemeine Rechtslehre, 3. Baskı, Köln, 2008
- Rückert, Joachim, „Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, in: J. Rückert (yay.) Faellen in der neueren Methodik seit Savigny, Baden- Baden, 1997
- Rüthers, Bernd, Rechtstheorie, 2. Baskı, Münih, 2005
- Yücel, M. Tören, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005
- Von Savigny, Friedrich K., System des heutigen römischen Rechts, cilt I, Berlin, 1840
- Tettinger, Peter / Mann, Thomas, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Baskı,
- Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Baskı, Münih, 2011
- Weinberger, Otto, Rechtslogik, 2. Baskı, Berlin, 1989
- Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts, Münih, 1997
- Westing, T., Rechtstheorie, Münih, 2007
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 4. Baskı, Münih, 1985