

Jale Karakaş^(*)

Hermeneutik etkinlik, kısaca bir "yorumlama" etkinliği olarak tanımlanabilir. Hermeneutiğin kökenleri İlkçağa dek geri götürülebilmeye karşın, esas olarak Ortaçağda dinsel metinlerin yorumlanmasında öne çıkar. Daha sonra edebiyat yapıtları ve hukuk metinlerinin yorumlanmasıyla gündeme gelir. Schleiermacher felsefi hermeneutik konusunda çok önemli bir isim olmasına karşın; hermeneutiği doğal bilimlerin yönteminin karşısına tüm insan bilimlerinin yöntemi olarak koyan Dilthey bu alanda bir başlangıç noktası sayılabilir. Gadamer'in de belirttiği gibi;

"Bugün hermeneutikten söz ettiğimiz her durumda, bu terimi Yeniçağın bilim geleneğiyle bağlantılı kullanıyoruz. Gerçekten de hermeneutiğin Yeniçağdaki gelişimi, modern bilim ve modern yöntem kavramının ortaya çıkışı ve gelişimiyle koşutluk gösterir."⁽¹⁾

Dilthey sonrası dönem, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısı ise bir "hermeneutik dönemi" olarak adlandırılabilir.

Ortaçağ sonlarındaki toplumsal ve ekonomik hayattaki önemli değişiklikler bir yandan Avrupa'da bütünleşmiş siyasi birimleri, diğer yandan da hukuki bir bütünlüğü dayatmaya başladı. Fiilen "ortak hukuk" olarak başvuru

Roma hukukunun iktibasası da bu döneme denk gelir.

Roma hukukunun iktibasası daha çok, üst sınıflar ve siyasi otoritelerin çabası sonucu gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, Roma hukukunun iktibasasında esas olarak siyasal ve ekonomik nedenler etkili olmuştur. Kamu ve özel çıkarların birbirine karışması şeklindeki feodalitenin karakteristiği, bir hukuk sistemi olarak Roma hukukunda yoktu ve bu onun üstünlüğünü oluşturuyordu. Özel çıkarlardan ayrı tutulabilen bir kamu fikri üzerinde temellenen bu hukuk sistemi aynı zamanda, Avrupa'da oluşmaya başlayan "devlet" fikrine de hizmet etmekteydi. Roma İmparatorluğu'nun gelişmiş sosyal ilişkiler açısından gelmekte olan bu hukuk sistemi, Ortaçağ sonrası Avrupasının gelişmekte olan ticari ve ekonomik hayatı için de yeterince tatmin ediciydi. Bu özelliğiyle Roma hukuku, gelişen ticari hayatla birlikte çeşitlenen sözleşmesel (akdi) uyuşmazlıklarda da, mahkemelerin fiili başvuru kaynağı haline gelmişti. Tüm bu ihtiyaç ve fiili durumlar iktibasası kaçınılmaz kılınmıştır.

Bu büyük iktibasın hemen ardından doğal hukuk kuramları ve devletin doğuşu geldi. Pasukanis'in de belirttiği gibi, doğal hukuk düşüncesi burjuvazinin devrimci dönemini simgeler⁽²⁾. An-

(*) Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi

(1) GADAMER, H.G., "Hermeneutik", Der. ve Çev. D. Özlem, Hermeneutik (Yorumbilgisi) Üzerine Yazılar, Ark Yayınevi, Ankara, 1995, s.12.

(2) PASUKANIS, E.B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çev. O. Karahanoğulları, Birikim Yay., İstanbul, 2002, s.64.

cak istikrara kavuşmuş merkezî bir otorite olan modern liberal devlet, hukukta da istikrar ve kesinlik arar, ki bu arayışın temsilcisi biçimsel hukuk anlayışı olmuştur.

Tarihsel olarak, hukukun aldığı biçimlerin ve hukuka bakış biçimlerinin de bir anlatımı olan çeşitli hukuk akımlarında, hukukun uygulanması ya da normun yorumlanması konusu genel düşünce dizgeleri içerisinde değerlendirilmişse de (kiminde yoruma önem verilmiş, kiminde arka plana atılmışsa da), hukukun uygulanmasında yorumun kaçınılmazlığı tartışma konusu dahi yapılmamıştır. J. Gaudemet'nin de belirttiği gibi;

"Hiçbir hukuk sistemi -dolayısıyla hiçbir toplum- yorumun dışında kalmaz. Bu; bir hukuk kuralı var olduğu zaman, yani herhangi bir insan toplumunun varlığından itibaren gereklidir."⁽³⁾

Hukukun uygulanması ya da normun yorumlanması işlemi her şeyden önce, "genel ve soyut" bir kuralın altına "tek ve somut" durumların sokulabilmesidir. Hukukun uygulanmasındaki "yorumlama" etkinliği olarak koyulduğunda, hermeneutik-hukuk ilişkisi "metodolojik" bir sorun olarak karşımıza çıkar. Yorumda uygulanacak yöntemler nasıl tespit edilir, yorum hangi akıl yürütme biçimlerine göre yapılır, vb. soruların yanıtlanmasını gerektirir.

Bu noktada, özellikle Türkçe literatürde, yorum çeşitleri (yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum), yorum yöntemleri (lafzi, gai, kavramsal,

sistematik, tarihsel yorum vb.) ve yorumda kullanılan akıl yürütme biçimlerinden (kıyas, evleviyet, argumentum a fortiori, vb.) söz edilir. K. Gözler yorumu bu şekilde ele alan tavra "klasik yorum teorisi" adını verir ve bu teoride, hukuk kuralının uygulanmasında hakim yararı olmadığını belirtir⁽⁴⁾. Bu teoriden farklı bir yorum yöntemi olarak da, yorumu hermeneutik bir süreç olarak ele aldığını belirttiği realist yorum teorisini inceler⁽⁵⁾. Burada önemli bir noktanın altı çizilmek zorundadır. Gözler'in söz konusu makalesinde yaptığı ayrımlar çerçevesinde, klasik yorum teorisi hermeneutik olmayan bir süreçmiş gibi görülebilir, ki bu da önemli bir yanlışlığı yaratabilir. Gözler söz konusu makalesinde, Kıta Avrupası hukuk sisteminin yoruma önem vermediği, oysa Anglo-Sakson hukuk sisteminin (ki realist yorum teorisi bu sistemin bir ürünü sayılabilir) yorum konusuna önem verdiği ve bu konuda daha "özgür" olduğu gibi bir izlenim yaratmaktadır. Oysa Kıta Avrupası hukuk sisteminde de yorum önemlidir ve Gözler'in "klasik yorum teorisi" olarak adlandırdığı teori, "klasik hermeneutik yöntem" olarak adlandırılmaktadır⁽⁶⁾. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, "yorum" konusundaki tartışmalar genellikle Anayasa yargısı üzerinde odaklanır.

"Sistematik bir Anayasa metodolojisinin işlevi, Anayasanın düzenleyicilik niteliğini ortaya çıkarmak, diğer bir anlatımla, Anayasa normlarına sosyal hayatta işlerlik kazandırmak olmalıdır. Bu anlamda bir Anayasa normunun yo-

(3) GAUDEMET, J., "Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu", Çev. B. Tahiroğlu, İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: 36, Sayı: 1-4, 1971, s.496.

(4) GÖZLER, K., "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı 15, A.Ü. Basımevi, 1998, s.208.

(5) a.g.m., s.209.

(6) EYRENCİ, Ö., "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Mart 1981, s.46.

rumu, onu somutlaştırma işlemidir. ... Bir norm salt norm metni yeterince açık olmadığı için değil, özellikle varolan veya düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır. ... varolan veya düşünülen olayları düzenlemek için getirilen belli bir norm hakkında, söz konusu olaylar olmaksızın asla yeterli bir yargıya varılamaz; yani norm sosyal gerçeklikten soyutlanamaz.”⁽⁷⁾

Anayasa yargısının toplumsal-siyasal yaşam üzerindeki büyük etkileri göz önüne alındığında, Kıta Avrupası sistemindeki bu tartışmalar daha da anlaşılır bir hale gelir. Oysa realist yorum teorisi, hukuk sistemleri temelde içtihatlarla dayanan Anglo-Sakson ülkelerde ortaya çıkmıştır. Realist yorum teorisinin hukuk anlayışına göre hukuk, bir akıştır ve hareket halindedir; hukuk kendinde bir erek değil, toplumsal ereklere aracıdır, bu nedenle de asıl olarak yargısal alanda yaratılır. Bu durumda hukuk, “belirsiz”dir ya da hukukun asli özelliklerinden birisi “belirsizlik”tir. Ancak bu iddia, yani hukukun belirsizliği iddiası, öni alınamayacak gibi görünen zincirleme pek çok sorunu ortaya çıkarır.

“Hukukun belirsiz olup olmadığı, bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığıyla ilgiliyken, diğer yandan da hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir. ... hukukun belirsizliği problemi, hukuki yorumlamayla ilgili olduğu kadar, hukuki ödev ve hukuk devletinin niteliği ve gerekleri ile de yakından ilgilidir. Bunun dışında, problemin temelini, hukukun bütünüyle belirsiz olup olmadığı ve bu çerçevede, yargıcın sahip olduğu hukuk yaratma ve takdir yetkilerinin hukuki

sınırlamaya tabi bulunup bulunmadığının oluşturduğu belirtilebilir.”⁽⁸⁾

Görüldüğü gibi bu noktadan itibaren yorum konusu, sadece normun yorumlanması (ya da hukukun uygulanması) sorunu olmaktan çıkmakta, daha asli bir sorunun, “hukuk nedir” sorusunun yanıtını arama çabasına dönüşmektedir. İlk olarak hukukun uygulanmasındaki “yorumlama” etkinliği, yani metodolojik bir sorun olarak karşılaşılan hermeneutik-hukuk ilişkisi, bu noktadan itibaren “hukukun nelik”ine dönük kuramsal bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü her yorumlama etkinliği, yapısı itibarıyla bir yandan sorgulayıcı ve eleştirelken, bir yandan da ancak önceden verili çerçeveler içerisinde gerçekleştirilebilir.

“Gerek kanun koyucunun metinleri veya gerekse özel hukuki muameleler söz konusu olsun, yorumu zeka 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. Zekanın böyle bir teşebbüsünü kavramak, anlamak zordur ve neden birçok açıklamaların teklif edildiği anlaşılmaktadır.

Zekanın 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 klasik hukukçuların yorumu, aynı düşünce şekillerine göre yapılmıyordu. Büyüye yahut dine ait inançlar, düşünce yürütmenin mantuki çerçeveleri; yorumcunun metodlarını değiştirir. Yorum, hukukçuların kültür seviyesine sıkı bir şekilde bağlı bulunmaktadır.”⁽⁹⁾

Hukuktaki her yorumlama etkinliği, bir yandan pratik bir çözüme hizmet ederken, diğer yandan da hukuk sisteminin temel kabullerinin hem yeniden üretilmesine hem de tekrar tekrar gözden geçirilmesine, yani kaçınılmaz bir şekilde eleştirel bir yaklaşıma hizmet eder. Bu noktada da hukukun diğer disiplinlerle ilişkisi gündeme gelir. Hukuk, toplumdan yalıtık değildir. Dolayısıyla toplumsal olanın farklı yönlerini ele alan disiplinlerle de ilişki içinde olmalıdır. Böyle bir ortaklık, hermeneutik-hukuk ilişkisinin kuramsal boyutunun netleşmesine de yardımcı olacaktır.

Hermeneutiğin Yeniçağdaki başlangıç noktası olan Dilthey’in de belirttiği gibi, insanın kendine amaçlar ve hedefler koyabilme özelliği, onun “tarihsel-sosyal”dünyasını, amaçlarının karmaşıklığıyla oluşturduğu bir “sistemler” dünyası haline getirir⁽¹⁰⁾. Bu sistemlere Dilthey, “tekil insan varoluşunun büyük formları” der. Ona göre hukuk da bu biçimlerden biridir ve anlaşılabilir yorumlanması gerekir. “Hukuk, etkili bir psikolojik olgu olan, adalet bilincinde temellenen bir amaçlar sistemidir.”⁽¹¹⁾ Hukuk sadece bireylerin iradelerini değil, şeyleri de tanımlanabilen sabit ve evrensel bir standart altında düzenle-

meye çalışır ve bu onun asli fonksiyonudur.

İnsanın amaçlarının karmaşıklığı, hukuk ve toplumun maddi organizasyonu ile karşılıklı ilişkidir, bunlar daima birlikte ve yan yana varolurlar. Her biri kendi varoluşunun koşulu olarak diğerine ihtiyaç duyar. Adalet fikrinin etkili olduğu bir amaçlar sistemi olarak hukuk, Dilthey’a göre, bir genel iradeyi varsayar. Yani topluluğun birleşmiş bir iradesi ve onun belirli alanlar üzerindeki otoritesini... Hukuk da zaten “emirler” biçiminde ortaya çıkar. Arkasında bu emirleri yürütme niyeti ve iradesi olan, emirler biçiminde... Bu irade Dilthey’a göre, toplumun maddi organizasyonunda örneğin, yerel yönetimde, devlette ya da kilisede ortaya çıkan topluluğun tekleşmiş ya da birleşmiş iradesidir. Bu genel irade, bir “cezalandırma”yı da kapsar ve gerçekleştirir. Cezalandırma, bu iş için oluşturulmuş özel organlar olmadan da (yani mahkemeler, kolluk kuvvetleri ya da pozitif hukuk olmadan da) toplumda işletilir. Hukuk olgusuyla birlikte bu özel organlar da ortaya çıkar. Sonuç olarak, hukuku taşıyan ve hukukta biçimlenen genel irade, bireylerde adalet duygusuyla işbirliği yapar. O nedenle de Dilthey’a göre, “hukuk, ne genel iradenin fonksiyonunun üstünlüğünü, ne de kültür sisteminin üstünlüğünü karakterize eder. Hukuk, sosyal olguların bu iki sınıfının asli özelliklerini kendi içinde bir araya getirir.”⁽¹²⁾ Dilthey’a göre, özgür eylem ve düzenlenmiş eylem, kendini arama ve toplum karşıtları olarak görürlerken, aslında birbirlerine bağlantı-

(7) a.g.m., s.52.

(8) ÖZKÖK, G., “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, s.1.

(9) GAUDEMET, a.g.m., s.501.

(10) DILTHEY, W., *Introduction to the Human Sciences*, Çev. R.J.Betzanos, Wayne State University Press, Detroit, 1988, s.106.

(11) a.g.e., s.109.

(12) a.g.e., s.110.

lıdır, "çünkü herşey yaşayan tarihtedir."⁽¹³⁾

"Tarih duygusu, bizi geçmişi bugünkü yaşamımızın sözde aşikar ölçüleriyle, kendi kurumlarımızın perspektifiyle ve edindiğimiz değerler ve doğrularla yargılamaya iten doğal naifliğimizi tutarlı bir biçimde yenmek demektir. Tarih duygusuna sahip olmak, yaşamakta olduğumuz ve yaşamış olduğumuz hayat kadar geniş olan tarih ufku hakkında açık-seçik düşünebilmek demektir."⁽¹⁴⁾

"Herşey yaşayan tarihte" olduğu içindir ki, artık çağımızda disiplinlersarası ayrımlar pek rağbet görmemekte ve disiplinlerarası çalışmalara sosyal bi-

limler alanında daha sık başvurulmaktadır⁽¹⁵⁾. Hermeneutik-hukuk ilişkisinin ele alındığı bu çalışmada da görüldüğü gibi, hukukta "yorumlama" sorununun sadece metodolojik açıdan ele alınması yeterli olmamaktadır. Çünkü, "yorum sorunu, teknik usullerin basit tahlilini çok aşar. Metinlerin ötesinde; insan kişiliği ve insanın özgürlüğü ile sosyal örf ve adetler arasındaki sonsuz anlaşmazlığı ortaya koyar."⁽¹⁶⁾. Dilthey'in da belirttiği gibi, özgür eylem ve düzenlenmiş eylem, kendini arama ve toplum karşılıklar gibi görünürler, ama aslında birbirlerine bağlantılıdır ve biri olmadan diğeri düşünülemez.

Hukuk ve Özgürlük

Vehbi Hacıkadıroğlu

Değişik kurumların insan hakları konusunda yayımladıkları bildirilerin hemen hepsinde, bu hakların en önemlisi olarak özgürlükten söz edilir. Yine bu bildirilerde insanın özgür doğduğu da özenle belirtilir. Bu bildirileri siyasetçiler düzenlediğine göre, insanların özgür doğduğu görüşünün de siyasetçilerden kaynaklandığı düşünülebilir. Gerçekte bu görüşün Rousseau'nun İnsanın özgür doğduğu fakat her yandan baskı altında bulunduğu görüşünden esinlendiği daha büyük bir olasılıktır. Bu "özgür doğma" konusunu iyi anlayabilmek için Darwin'in Evrim Kuramından önce zihinlerde bulunan insanlık anlayışı üzerinde biraz durmak gerekir.

Eski Yunanda insanın ruh ve beden olarak iki ayrı varlıktan oluştuğu kabul edilirdi. Çağdaş felsefede de, başta Descartes ve Kant olmak üzere hemen bütün filozoflar insanın, biri fiziksel öteki de düşünsel olmak üzere iki ayrı varlıktan oluştuğunu kabul etmişlerdir. Bu filozoflar ayrıca, fiziksel yönden nedensellik yasasıyla bağlı bulunan insanın, düşünsel yönden özgür olduğunu da kabul etmişlerdir. İnsanın salt insan olarak yaratıldığı için elde etmiş olduğu bu özgürlük anlayışı Hobbes, Locke, Rousseau gibi büyük filozoflar öylesine etkilemiştir ki, bu filozoflara göre, insanlar başlangıçta yalnız başlarına tam bir özgürlük içinde yaşıyorlardı. Ancak bu özgürlük başkalarını öldürme özgürlüğünü de içerdiğinden, bu özgür insan-

lar bir yandan da birbiri tarafından öldürülme korkusu içinde buldukları için özgürlüklerinden vazgeçerek bir egemenin buyruğu altına girmek ve böylece toplumsal yaşamı oluşturmak zorunda kalmışlardır

Bu türden bir insan anlayışının yanlışlığını görebilmek için, bir yandan hayvanla bir yandan da insanla ilgili olarak özgürlük kavramı üzerinde biraz düşünmek uygun olacaktır. Çağdaş felsefenin kurucusu sayılan Descartes, insanla ilgili yanlış görüşüne karşın, hayvanların durumu konusunda doğru bir görüş ortaya atmıştır. Descartes'a göre hayvanlar salt dışardan gelen etkilere otomatik bir tepki olarak davranırlar. Bu görüşe göre, demek ki kuşları karşıdan seyredip onlar kadar özgür olmayı dileyen insanlar, kuşlarda özgürlük bulunmadığını bilmedikleri için öyle düşünürler. Gerçekte bir ağacın bir dalından ötekine atlayan bir kuş, dış etkiler karşısında otomatik bir tepki göstermekten başka bir şey yapmış değildir. Böyle bir davranışın özgürlükle bir ilgisi yoktur.

Oysa insanın davranışlarının dış etkiler karşısında otomatik bir tepki olarak ortaya çıkmadığını, insanın nasıl davranacağına kendisinin karar verdiğini, gerek kendi deneylerimizden gerekse başka insanlar üzerindeki gözlemlerimizden biliriz. Bu deney ve gözlemlerimize göre de şöyle düşünebiliriz: Nasıl davranacağına kendisi karar

(13) a.g.e., s.108.

(14) GADAMER, H. G., "Tarih Bilinci Sorunu", Ed. P.Rabinow, W. Sullivan, Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, Çev. T. Parla, 1.Baskı, Hürriyet Vakfı Yay., İstanbul, s.84.

(15) GULBENKIAN KOMİSYONU, Sosyal Bilimleri Açın, Çev. Ş. Tekeli, Metis Yay., İstanbul, 1996, s.49.

(16) GAUDEMET, a.g.m., s.508.