

# Hukuk, Dil ve Hukuki Belirsizlik

Meriç Seyhan KARACA\*

Kitab-ı Mukaddes “önce söz vardı” diye başlar. Bu ifadeyi “önce belirsizlik vardı” diye okumak hiç de aşırı bir yorum olmaz. Önce belirsizlik vardı. Bu ifade ilk başta kulağa hoş gelse de sanki belirsizlik artık yokmuş ya da bir gün hiç olmayacakmış gibi büyük bir yanılgıya götürür bizi. Oysa belirsizlik önce vardı, hâlâ var ve yarın da olacak. Belirsizlik hayatın akışındaki tek-yön, tek mecburî istikamettir. Ve iyi ki de öyledir...

Bu belirsizlikle nasıl yaşayacağımız elbette bu bildirinin ele almayacağı kadar devasa bir problemdir. Ama biz hukukçular, hukukun her aşamasında karşımıza çıkan bu belirsizlikle nasıl başa çıkacağız sorusu üzerine de düşünmeliyiz. Nedir o zaman hukukî belirsizlik ve hukukun işleyişinde belirsizliğin imaları nelerdir?

Hukukî belirsizlik; hukuk kurallarını içeren metnin belirsizliği, bu metne ve-rilecek anlamın belirsizliği, bu anlamın çoğu kez birbirlerini dışlayan yorumların çatışmasına açıklığı, hukuk kuralının somut olaya doğrudan uygulanabilirliği gibi problemleri içerir.<sup>1</sup>

Bizim burada üzerinde duracağımız yukarıda zikredilen belirsizliklerin hepsini kapsayan, hukukun dil ile ve dilde mümkün olması sonucu ortaya çıkan belirsizliktir.

Öncelikle “belirsizlik” kavramına değinmemiz gerekir. Belirsiz adı üstüne belirlili olmayandır. Kesin olmayan, muğlak,

müphem, örtülü, anlaşılmaz... Ama anlamsız değildir. Belirsizlik, anlaşılamayan ve karar verilemez olandır. Mantığın özdeşlik ilkesine aykırı olandır; aporiadır; yani hem A hem de B’dir. Belirsizlik, ifadenin anlamlarının açık olmadığı bir durumdur. Belirsizlik korkutur; çünkü bilinemezdir. Bu korku da bizi kesinlik arayışına yöneltir. Fakat istikrar doğal ve sürekli bir şey olamaz. Kesinlik güvenli görünür. Oysa kesinlik totaliterdir. Farklılıklara yaşama şansı tanımaz. Kesinlik güven ve istikrar adına bize tek bir dil oyunu, tek bir hayat formu, tek bir anlam dayatır. Oysa belirsizlik anlamların çoğulluğuna atıfta bulunur. Kesinliğin dili monolog, belirsizliğin dili ise diyalogdur.<sup>2</sup>

Dil içine doğduğumuz, bizi önceleyen gelenektir. İnsan öncelikle konuşan, anlayan, yorumlayan varlıktır: homo hermenia-dır. Dile bakış açılarında Batı entelektüel geleneğini ikiye ayırabiliriz: Bunlardan ilki dilin kesinliğini bir diğeri ise belirsizliğini vurgular. Kimine göre dil, doğal ve insani konvansiyondan bağımsız gerçekliği resmeder. Karşı cephede yer alanlara göre ise dil ile gerçeklik arasında bir müteka-biliyet yoktur. Aristoteles’e göre; “adlar ve ifadeleri toplamı sonludur, hâlbuki şeyler sonsuz sayıdadır. O zaman, aynı ifadenin ya da bir kelimenin birçok anlamı olması kaçınılmazdır.”<sup>3</sup>

\* Avukat, Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Daha fazla bilgi için bkz. Gülriz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHF Dergisi, C.51, S.52, 2002, s.4.

2 Gökhan Yavuz Demir, Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2007, s.48.

3 Aristotle, “De Sophistics Elenchis,” The Basic Works of Aristotle, trans. E. M. Edghill, ed. Richard McKeon, Random House, New York 1941, s. 208.

Sonuçta her iki gelenek de dilin belirsiz olduğunu kabul eder. Esasında dil, hayatı tüketemeyeceğinden belirsizdir. Hayat Herakleitos'un dediği gibi bir akış, Heidegger'in dediği gibi de bir oluşur. Hayat sabitleyemez. Hayatı dil de sabitleyemez. Bu sebeple Humboldt'un dediği gibi dil tamamlanmış bitmiş bir ürün, yani ergon değil; bir aktivite bir etkinlik bir faaliyet, yani energia'dır. Ancak Anglosakson gelenek belirsizliği dilin handikapı olarak görürken Kıta Avrupası geleneği dilin temeli, dili mümkün kılan şey olarak görür.<sup>4</sup>

Hukuk da sosyal bir inşa olarak dilin içinde ve dile mahkûmdur. Hukukun hem aracı olan hem de hukuku mümkün kılan dil nihayetinde potansiyel belirsizlik kaynağıdır. Hukuk, dilde ve dil ile yapılır, ve uygulanır. Dolayısıyla hukuk yoruma muhtaç ve açıktır.

Hukukî belirsizlik, belirsizlikten yakan Anglosakson geleneğe mensup düşünürler tarafından değişik şekillerde ele alınmıştır.

Klasik formalizme göre; hukuk kuraları yargı kararlarına doğrudan uygulanabilir ve onları belirler.<sup>5</sup>

Bentham'a göre hukuk hayatında kekimelerin oluşturduğu örtü kaldırılmalı ve hukuk gerçeklikleri ortaya çıkarılmaya çalışılmalıdır.<sup>6</sup> (Kendinde, bağımsız bir gerçeklik varmış gibi.)

Fransa'da da ihtilal sonrası kanunun herhangi bir yorumu gerektirmeyecek ölçüde mükemmel ve açık olduğuna inanılıyordu ve 1790 tarihli bir kanunla yorum

yapılması yasaklanmıştı. Kanunun "gerçek" anlamının ne olduğu konusunda bir tereddüt ortaya çıktığında sorun yasama organında çözülmeliydi.

Hart'a göre hukuk kısmen belirli kısmen belirsizdir. Hart zor/kuşkulu davastandart/kolay dava ayrımı yapar. Standart (kolay) ve kuşkulu (zor) davalar ayrımı yaparak cevaplamaya çalışır. Hart, kolay davalarda kuralın sonucu belirlediği ve hakimın takdir yetkisi bulunmadığı iddiasındadır. Zor davalarda ise hakim genel kurallar ile davaları ilişkilendirmelidir; tümdengelim tek başına yeterli değildir.<sup>7</sup>

Benzer bir şekilde Solum da hukukun kısmen belirsiz olduğu iddiasını belirsizlik(indeterminacy) - eksik belirlilik (underdeterminacy) ayrımı yaparak ileri sürer. Solum'a göre; hukukî bir uyumsuzluk hukuk tarafından sınırlanmış ama belirlenmemiş olabilir. Bu durumda eksik belirlilik söz konusudur. Eğer davanın sonucu bir tek kabul edilebilir öge bakımından sınırlıysa hukuk belirli, davanın akıbeti birden fazla mümkün öge varsa eksik belirli, bütün ögeler bakımından mümkün görünüyorsa belirsizdir.<sup>8</sup>

Amerikan hukukî realistlerine göre hukuk hayatında mantığa değil tecrübeye yer verilmelidir. Soyut hukuk kurallarından ve ideolojik önermelerden ziyade sistemi oluşturan empirik faktörler üzerinde durulmalıdır. Hukuk hayatında önemli olan mahkemelerin nasıl karar vereceğini önceden tahmin edebilmektir. Hukukun belirsiz olduğunu iddia eden Amerikan realistleri bu iddiaları iki şekilde öne sürerler: 1- Hu-

4 Demir, a.g.e., s.32.

5 Lawrence B. Solum, "Indeterminacy," *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory Second Edition*, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell 2010, s. 479

6 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007*, s. 268. Ayrıca bkz. Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence!An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2009, ss. 74-78.

7 H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Pres, Oxford 1983, s.63 vd.

8 Solum, a.g.e., s.480

kukta belirsizliğin nedeni hukuk kuralıdır. 2- Mahkeme kararlarının tahmin edilmesindeki zorluk belirsizliğin asıl nedenidir.<sup>9</sup>

Görüleceği üzere; sözü geçen düşüncülere göre hukukî belirsizlik değişik biçimlerde ortaya çıkar ve giderilmelidir.

Kıta Avrupası düşünce geleneğine göre ise belirsizliği nedeni ile kusurlu olan dil değil dilin doğasına ilişkin kavrayışımızdır. Dil, yani belirsizlik hukukun üzerinde durduğu zemindir.<sup>10</sup> Dolayısıyla; hukuk metinlerinin belirsiz olması dolayısıyla kusurlu olan hukuk değil ona ilişkin kavrayışımızdır.

Varoluşçu hukuk görüşüne göre; sosyal gerçeklikten ayrı bir normlar dünyası olmaz. Hukuk, özgür ve tahmin edilemeyen bir değişim içindedir. Her özel durumda hukuk sorunlarını ve bu sorunların çözümünü, yani kendini yaratır. Hukukun kesinliği keyfi davranışlara karşı bir garanti olarak nitelendirilemez. Politik otorite hukuk normlarını değiştirmeksizin de haksızlık yapabilir. Soyut ve genel hukuk kurallarının istendiği gibi yorumlanması tehlikesi yazılı hukuk veya normlar sisteminin varlığı sayesinde bertaraf edilmiş olmaz. Hukukun birliğini ve düzenini yitireceği korkusu yersizdir. Hayat devamlı bir değişim içinde olduğundan hukukun da bu sürece uymasında korkulacak bir yan yoktur.<sup>11</sup>

Somut olay karşısında hakimin hiçbir bilgi sahibi olmaması değil olay ve taraflara ilişkin bütün ayrıntıları bilmesi gerekir.

Bunlar hukuk içi teknik tartışmalardır. Oysa tartıştığımız konu hukuk doktrinle-

riyle tüketilemeyecek kadar devasa veya hukuku önceleyen bir tartışmadır. Tartışmanın bu noktasında hukukun sınırlarının dışına kaçmak ve düşüncenin ihtiyaç duyduğu taze havayı hermeneutikte aramak durumundayız. Türkiye'deki hukukçular her ne kadar hermeneutikle tâli düzeyde ilgilenseler de hermeneutik hukukçulardan aslî düzeyde ilgi talep eder. Bir anlama ve yorumlama sanatı olarak hermeneutik biz hukukçulara hukuku, kendimizi ve problemlerimizi anlamamın ipuçlarını sunar.

Gadamer'e göre hermeneutik; "hiçbir zaman kesin bir şeyleri dile getirecek yetekte olmadığımızı anlamaktan ibarettir." Antik dönemde ortaya çıkan klasik hermeneutik metnin sözel ve sıradan anlamı dışında bir de esas anlamın varlığını kabul etmiştir. Dolayısıyla; metnin literal anlamın arkasındaki esas anlamın bulunması çabası klasik hermeneutigi ortaya çıkarır. Gadamer klasik hermeneutik geleneğin yöntem vurgusunu reddeder. Ona göre anlama süreci düzenlenmiş, metodik, önyargısız teknikler sorunu değildir. Anlama önyargılara bağlı olarak gerçekleşebilir. İnsan bilimlerinde önyargılardan ve gelenekten yoksun bir çalışma mümkün değildir. Gadamer metin ile özne arasında ikiliği kabul etmez. Mesela, Scheleirmacher'ın metni anlamak için okuyanın yazarın yerine kendisini koyması gerektiği fikrini kabul etmez. Metnin anlam dünyası ile yorumcunun anlam dünyası arasında nesnel bir ayırım çizgisi yoktur. Bu ikisi arasında bir buluşma, kaynaşma ve karşılıklı dönüşüm söz konusudur. Gadamerci hermeneutikte anlama = yorumlamadır.<sup>12</sup>

9 Amerikan Hukuki Realizmi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi," *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, Ed. Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, ss.61-73.; Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, ss. 147-159.

10 Gökhan Yavuz Demir, "Edebî Bir Tür Olarak Hukuk," *HFSA 19. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010*, ss. 230-238.

11 Güriz, a.g.e., s. 382 vd.

12 Muharrem Kılıç, "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz," *HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005*, ss.95-98.

Yine Gadamer'e göre metnin/yasanın doğru yorumlanması/uygulanması, koşullardaki değişimi hesaba katmalı ve dolayısıyla yasanın normatif işlemini yeni baştan tanımlamalıdır. Hukukî hermenoytiğin temel sorunu "hukukta somutlaştırma"dır. Bir yasa metni tarihsel olarak anlaşılacak sureti ile varlık kazanamaz. Zira yasa, yorumlanmak suretiyle hukukî meşruiyeti çerçevesinde somutlaştırılması için vardır. Bir yasa metninin her somut durumda yeni, farklı ve metnin talebine uygun bir biçimde anlaşılması gerekir.<sup>13</sup>

Yorum, hukukî anlamda bir hüküm vermeyi amaçlar ve yorum, salt hukukî metnin kendi dünyasında ne anlama geldiğini değil yorumcunun dünyasında ne anlama geldiğini içerir. Yorumlayan özne hukukun iradesini yorumlarken konu/metin üzerinde egemenlik kurmayı değil metne hizmet etmeyi amaçlamalıdır. Gadamer'e göre yorum; metnin anlam ufku ile yorumcunun anlam ufkunun kaynaşmasıdır. Hukuk ancak bu ufukların kesişmesinde mümkündür.

Hiçbir toplum dolayısıyla hiçbir hukuk sistemi yorumun dışında kalmaz.<sup>14</sup> Bir norm, salt yasa metninde yeterince açık olmadığı için değil özellikle varolan/düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır. Yasa metninde ölü olan norma ancak yorum hayat verebilir.

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 hizmet eder.

Hayatın gerçekliğinin öngörülemezlik niteliğinde ve somut olması yahut genel bir geçerliliğinin olmamasına benzer bir biçimde hukukî gerçeklik de somuttur ve fiilî durumu ifade eder. Bu yüzden hukukî

gerçeklik her bir somut ve özel durumda/uyuşmazlıkta ve onun çözümünde varlık bulur. Tek bir doğru yorumun varlığını savunan yaklaşım- evrensel yorum kriteri-dinî, politik ve sosyal alanlarda despotizme kapı aralar.

Genellikle kontekst alternatif yorumlardan birini bizim için açık kıldığından metnin belirli olduğu zannını yaratır. Anglosakson düşüncenin aksine hayat, insan belirsiz olduğundan bunu düzenleme iddiasında olan hukukun sabit olması/sabit kılınmaya çalışılması tam da adaletsiz olandır.

Hukuk metninin anlamına giden yolun taşları, hukuk metninin –çoğu kez birbirini dışlayan– yorumlarıyla döşenmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Kasım, Hukukun Büyübozumu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006
- Aristotle, "De Sophistics Elenchis," The Basic Works of Aristotle, trans. E. M. Edg-hill, ed. Richard McKeon, Random House, New York 1941
- DEMİR, Gökhan Yavuz, Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2007
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007
- HART, H.L.A., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon Pres, Oxford 1983
- KARAKAŞ, Jale, "Hermeneutik ve Hukuk," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, ss. 102-106
- KILIÇ, Muharrem, "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, ss. 90-101

<sup>13</sup> A.g.e., s. 99.

<sup>14</sup> Jale Karakaş, "Hermeneutik ve Hukuk," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s.103.

- ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHF Dergisi, C.51, S.52, 2002, ss. 1-18
- SOLUM, Lawrence B., “Indeterminacy,” A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory Second Edition, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell 2010, ss. 479 -492
- UZUN, Ertuğrul, “Amerikan Hukuki Realizmi,” Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed. Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, ss. 61-73
- WACKS, Raymond, Understanding Jurisprudence/An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, New York 2009