

HERMENEUTİK (YORUM BİLİM) VE CEZA KANUNLARININ YORUMU

Cengiz OTACI*

I. Giriş

Modern devlet olgusunun ortaya çıkması, toplumsal sistemi tasarlanmış bir bütün haline getirme hedefiyle, kanun koyucu gibi bir statü belirlemiştir. Modern zamanlarda hukukun gelişimine hukukçuların etkisi azımsanamayacak ölçülerde ise de, nihai söz sahibinin yine modernleşmenin ürünü olan devlet olduğu unutulmamalıdır. Modern devletin oluşum aşamasında, resmi bilgi olarak resmi kanallardan topluma yayılan kanun, lineer tarih anlayışıyla yan yana yeşeren modern sosyoloji sayesinde modern insanı kuşatan mit olarak pozitivist hukuk kuramıyla desteklenmiştir. Bu dönemde kanun, yüceltilen, doğruluğu tartışılmayan, modernleşmenin bekçisi, destekleyicisi, belli amaçlara ulaşmanın resmi aracı olmuştur. Kanun koyucu statüsü, kanun yapma fikrini icat eden insanlığın, bu faaliyeti kurumsallaştırması, resmi bir hüviyet vermesidir. Kanun yapmanın kurumsallaşması, modern insanın zihninde, insan davranışına yön veren bütün kuralların kanun koyucunun faaliyetinin mahsulü olabileceği imajını yerleştirmeye başlamıştır.

“Kanun koyucu” ve *“yorumcu”* olarak adlandırılan birbirinden bağımsız ama birbiri ile sıkı etkileşim içindeki farklı statüler, modern dünya tasarımının ayrılmaz parçaları ise de, modernite düzleminde

* Hakim.

uyumu, kanun-hukuk düzleminde çatışmayı temsil etmektedir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu ve yorumcu, modernleşme ortak paydasının önemli bir ürünü olmakla kardeştir. Bu kardeşlerden hukuku temsil eden yorumcu, kanunu denetleme ve uygulama göreviyle kanun koyucu adındaki kardeşinin gerekçelerine bağlı kalmadan, ondan bağımsız görev yapmaktadır. Yorumcu statüsünün güçlenmesi, kanun koyucunun, yorumcunun düşüncelerini dikkate alması, hukukun sağlıklı işlemesi adına önemlidir.¹ Yorumcu görevini yerine getirirken, kanun koyucunun yetki alanına girmemeli, yorumunu bilimsel gerekçelere dayandırmalı, “*hâkimler hükümeti*”ne yanaşmamalıdır. Erkler ayrılığı bunu gerektirir.

Hukuk kuralları, toplum düzenini sağlamak, adaleti yerine getirmek amacıyla insanlar tarafından oluşturulmuştur. İnsan zekâsının önemli bir buluşu olan “*kanun*” ile devlet, toplum ve insan kuşatılmıştır. Bu kuşatılmışlığın dışına çıkmak, haricinde kalmayı istemek, zamanın ruhuna başkaldırmak demektir. Modern devletin “*yasama*” faaliyeti yürüten organı, toptan bir ifade ile “*mevzuat*” olarak adlandırdığımız resmi bilgi sayesinde her davranışımıza bir değer biçmekte, her olguyu bir kalıp içinde değerlendirmektedir. Yorum, somut durum, olay ve gündelik uyumsuzluklar bağlamında yasama bakışıyla oluşturulan değer yargılarını/kalıpları, yeni bir bakış açısı ve disiplinle yeniden tanımlamanın adıdır. Yorum, soyut gerçekler ile bireysel-somut gerçekler arasındaki dengeyi gösteren, metni, somut olaya göre kişiselleştiren insani faaliyetidir.

Metin varsa yorum da vardır. Yorum, metnin vazgeçilmez tamamlayıcısıdır. Yorumun kazandırdığı anlam bütünlüğü ve derinlik metnin etkisini artırmakta, bu şekilde yazanı aşan birikim oluşturmaktadır. Yorum, metni yazıldığı zamanın ötesine taşımakta, ona tarih ötesi kimlik vermekte, zamanın yıpratıcılığından korumaktadır. Yorum, bu evrende yaşamamanın, var olmanın ispatı, “*insan*” olmanın olmazsa olmazıdır.

¹ Otacı Cengiz, “Kanunun Diğer Yüzü”, *Radikal*, 08.07.2006.

II. Hermeneutik (Yorum Bilim), Gelişimi ve Hukuk Metinlerinin Yorumu ile İlişkisi

Hermeneutik, yorumlamak, açıklamak, konuşmak, tercüme etmek anlamına gelen Grekçedeki "*hermeneuien*" fiilinden ve isim olarak da "*yorum*" anlamına gelen "*hermeneia*" sözcüğünden türetilmiştir. Hermeneutik kelimesinin Yunan haber tanrısı Hermes ile ilişkili olduğu kabul edilir. Antik Yunan'da, insanlara tanrıların sözlerini, tanrıların habercisi Hermes'in ilettiğine inanılmaktaydı. Bu inanca göre, tanrıların sözleri insanlar tarafından kolayca anlaşılamadığından Hermes, bu sözleri insanlara anlayabilecekleri şekilde aktarıyor, yorumluyordu. Tanrısal sözlerin yorumu faaliyetine, Hermes'in adından hareketle hermeneutik adı verilmiştir. Hermes'in hermeneutik kökenle ilgisi, bilinenle bilinmeyen, tanıdık ile yabancı arasında sınırda bulunmasından kaynaklanır. Hermes, her iki tarafa da aşınadır ve tercüme, aktarma, açıklama, yorumlama yetkisini bundan alır.²

Yorum, anlamaya bağlı olarak bir metin etrafında insanın en temel var olma etkinliğinin dışı vurulmasıdır.³ Yorum, insanlık tarihi kadar eski ise de bunun belirli bir disiplin altında yapılması, kurallarının oluşturulması ve çalışma alanlarının belirlenmesi yenidir.

Hermeneutik, doğuşu, gelişimi ve bağımsız bir disiplin haline gelmesi dikkate alındığında temelde teoloji kökenli bir yorum yöntemi olduğu görülür. Gerçekten de Ortaçağ boyunca kilise babaları, İncil'in bazı yerlerini, Hristiyanlığın önemli hakikatlerini açıklamak için zaman zaman hermeneutik'e başvurmuştur.⁴

Metinlerin belirli bir düzen ve disiplin altında yorumlanması çabası Antik Yunan'da başlamış olsa bile, Hristiyan dünyada Ortaçağ boyunca varlığını muhafaza ettirmiş, Rönesans'ın, edebi metinler üze-

² Kavlak, Ahmet, *Felsefi Hermeneutik ile Dini Hermeneutiğin Karşılaştırılması*, Basılmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007 s. 4, 116; Alan, Banu, *Bir Felsefi Yöntem Olarak Hermeneutik*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla 2008 s. 6; Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermeneutik Bağlamında Bir Analiz*, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005, İstanbul Barosu yay., s. 92; Taşdelen, Vefa, *Hermeneutiğin Evrimi, Kesitler*, Ankara 2008 s. 16-19.

³ Kılıç, s. 90.

⁴ Kavlak, s. 4, 124 vs; Kılıç, s. 92 vd; Taşdelen, s. 28 vd.

rinde yoğunlaşan filolojik araştırmalarının getirdiği birikim ve Reform hareketleriyle Protestanlığın kutsal metinlere yönelen tenkidinin etkisiyle bilimsel bir disiplin halini almaya başlamıştır. Hermeneutik, reformasyon hareketi ile gittikçe kutsaldan arındırılan bu dünya ile kutsalı/öbür dünyayı temsil eden dini metinler arasında Hermesçe bir tavırdır. Modernleşme arifesinde yeniden tanımlanan/kurgulanan dünya görüşü ile var olan kutsal metinler ve telkin edilen yorumlar arasında gittikçe derinleşen anlama farklılığının, hermeneutik ile en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Bu çabanın, *“Hristiyanlığın Katolik yorum tekelinden kurtarılması ya da dinin dünyevileştirilmesi”* olarak adlandırılması yanlış olmayacaktır. Çağdaş hermeneutiğin öncülerinin/kurucularının hemen tamamının Alman olması, Protestanlığın dini metinleri Katoliklik karşısında yeniden yorumlama ve yeni bir din/inanç bağlamında dünya görüşü inşa etme gayretinin açık göstergesidir.

Yorum kavramı etrafında ileri sürülen görüş ve düşünceler, Amerikan realizmi ve Alman idealizmi etrafında kümelenmektedir. Yorum kavramına bağlı olarak zaman zaman uç değerlendirmelere kayılması, bu iki kültür grubunun, *“diğerleri/ötekiler”* karşısında farklı ve bağımsız olma iddiaları ile yakından ilgili olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kutsal metinleri anlama ve yorumlama çabası, zamanla edebi, hukuki metinlere yansımış, oradan da her türlü yazılı metin, politik tavır, sanat, etik hermeneutik’in ilgi konusu olmuştur. Hermeneutik, *“metin”* ve *“yorum”* gibi insan varlığının iki temel açılımını, *“anlama”* kavramı bağlamında doğrudan tartışma konusu haline getirmekle, hem yorumlama eyleminin sürekliliğine, hem de yorumlama etkinliği hakkında bir bilincin oluşumuna katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.⁵

Modern hermeneutiğin öncülerinden sayılan J. Martin Chladenius (1710-1759), Schleiermacher’de belirginleşecek olan dil merkezli gramatik anlamının ilk işaretlerini vererek, *“tam anlama”* kavramından hareket eder. Her metin bir niyet taşır, metni yazan da bize niyetini aktarır. Tam anlama, yazarın niyeti ve anlayanın niyetinin birlikte gerçekleşmesi ile mümkündür. Tam anlama, sadece zihinsel bir sü-

⁵ Ulukütük, Mehmet, Anlama ve Gelenek, Gadamer’in Felsefi Hermeneutiğinde Anlamada Geleniğin Rolü Sorunu, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van 2008 s. 1; Kavlak, s. 116.

reç değildir, metni yazanın niyetine göre hareketi de içeren pratik boyuta da sahiptir. Tam anlamının gerçekleşmesi için metnin içeriğiyle bağlantılı önceden edinilmiş bilgi ve dile hâkimiyet şarttır. Sonra metnin içerdiği niyeti anlamak için anlamının psikolojik boyutu devreye girer. Metinde yer alan kelimeler, zaman karşısında anlam içeriğini kaybeder ya da anlamında aşınmalar olur. Bu nedenle metnin, kendi tarihsel ve psikolojik bağlamında okunması gerekir. Hermeneutik, asıl olarak hukuk, teoloji ve filolojik alanı ilgilendiren bir disiplindir. Chladenius'a göre hermeneutik, belirli ilkeleri olan yorum sanatıdır. Yorumcunun görevi, metnin kapalı ve karanlık yönlerini açığa çıkartmaktır.⁶

Çağdaş Protestan ilahiyatının kurucusu kabul edilen Friedrich D. Schleiermacher (1768-1834)'den önce hukuki metinler hukuki hermeneutiğin, edebi metinler filolojik hermeneutiğin, kutsal metinler ise teolojik hermeneutiğin ilgi alanında iken, kendi ifadesiyle *"hiç genelleşememiş pek çok özel hermeneutiği"* birleştirecek evrensel anlama ve yorumlama modeli üzerinde çalışmış, hermeneutiği genelleştirmiştir.⁷ Dini metinler ile seküler metinlerin yorum ilkeleri arasında fark yoktur. Normal olan anlamadır, anlamama değil. Anlamamanın nedeni, öznedeki kavrama ve birikim yetersizliği ile anlamın bulanık olmasıdır.⁸ Schleiermacher, metafizik kavrayıştan hareketle dilin rolünü ön plana çıkartmış, yazılı metne bağımlı kalan filolojik yorumlama sınırlarını aşmak istemiş, konuşma ve insanların birbirini anlaması zemininde temellendirdiği hermeneutiğe yeni bir derinlik kazandırmıştır. Hermeneutik, sadece metnin dogmatik anlamının ortaya çıkartılması faaliyeti olamazdı. Yazılı metinler dil ürünüdür. Dil, bireyin olduğu kadar toplumun da evreni anlamlandırma ortamıdır. Birey ya da toplum, her çağda evreni, anlamların taşıyıcısı olan sözcüklere yüklenen anlamla yani dille kavrar. Dil, insanların her çağda evreni nasıl kavradıklarını anlamamızı sağlayan ortam, tarih ise bunun taşıyıcısıdır.⁹ Metni sadece gramatik yoruma tabi tutmak, bu şekilde anlamaya çalışmak, yaza-

⁶ Taşdelen, s. 55-69.

⁷ Alan, s. 26.

⁸ Taşdelen, s. 83-85.

⁹ Günay, Mustafa, Hermeneutik Nedir? <http://www.genbilim.com/content/view/full/6364/90/> (Erişim tarihi 15.01.2010).

rın kişiliğini ve ruh halini dışlayacağı, onu sadece dilin aracısı haline getireceği için arzu edilen bir yorum değildir. Anlamanın bütüncül ve eksiksiz olması için metin ve yazar birlikte kavranmalıdır.¹⁰

Schleiermacher, hermeneutiğin temelini, yazar-metin ilişkisinde bulur ve bu suretle dehanın, bilinçsiz yaratıcılığından hareketle yorumda grameri aşan psikolojik unsurlar tespit eder. Hermeneutik problem, başkasını anlamaktır, anlamın gerçekliği ise niyettedir. Bir metni anlama ve yorumlamada hareket noktası, yazarın amacıdır. Bunun yaparken yazarla empati yapılmalı, yazarın zihin dünyası yeniden inşa edilmelidir. Yazan ile yorumlayan arasında öznel bir ilişki oluşacağı açıktır. Öznellik ise, metnin, önceden bilinen başka bir metinle karşılaştırılmasıyla aşılabılır. Anlama ve yorumlama, birbirinden ayrılamaz, iki ayrı faaliyet değildir. Her metin üzerinde yapılan anlama ve yorumlama, metni, kendi anlam dünyamızın sembolleri ile ifade etme, kendimize tercüme etme, yeniden üretmek demektir.¹¹

Schleiermacher'den sonra Wilhelm Dilthey (1833-1911), hermeneutikte çağdaş çizgiyi oluşturmuş, felsefi anlam katarak insani bilimlerin yöntemi olarak belirlemiştir. Dilthey "*anlama*" faaliyetinin tinsel bilimlerin asıl özelliği olduğunu savunmuştur. Anlama faaliyetinin felsefi olarak ortaya konulması bir bilgi felsefesinin de ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle yorum konusu geri planında anlam sorununun ve bilgi felsefesinin de nasıl ortaya konulduğunu göstermeyi gerektirmektedir. Yorumlamanın ve doğru anlamı yakalayabilmenin metodu ortaya konulurken, öncelikle bilgi felsefesine, anlam sorununa ve tinsel bilimlerin metodu ile doğa bilimlerinin metodu hakkındaki görüşlere değinmek zorunludur.¹² Dilthey'in asıl amacı, tarih alanında tarihsel aklın kategorilerini aydınlatmak, bir tarihsel akıl eleştirisi yaparak pozitivizm karşısında tin bilimlerini temellendirmek ve "*içsel yaşantının ifadelerinin nesnel olarak geçerli*" yorumlarını elde etme metodlarını geliştirmekti. Dilthey, ilk aşamada tarih biliminin gelişimine ve sorunlarına yönelmiş ve bunun sonucunda daha önce neredeyse hiçbir filozofta görülme-yen ölçüde *yaşam*'ın kendisi üzerine odaklanmıştır.¹³

¹⁰ Taşdelen, s. 101.

¹¹ Alan, s. 27; Kavlak, s.7, 117 vd; Kılıç s. 93; Ulukütük, s. 20.

¹² Kavlak, s. 10.

¹³ Ulukütük, s. 22.

Martin Heidegger (1889-1976), Dilthey'in öğretisindeki "*yaşam*" kavramı yerine "*varoluş*" kavramını koyarak, varoluşu, insanın sahip olduğu tüm olanakların dışlaşması olarak tanımlar. Kişi, yapabildiği işi anlar ve varoluş da bir yapabilmektir. Öyle ki insan, aslında evreni değil, bizzat kendi olanaklarını ve ürünlerini yorumlamakta ve anlatmaktadır. Çünkü anlama, yaşadığımız dünyanın oluş için sahip olduğu imkânları kavrama gücünü ifade eder. Anlama, insanın düşünsel yetisi değil, varoluşunun temelidir. Anlama, yöntem değildir, insanın varlığı, dış dünyaya açılım biçimidir. İnsan, evreni değil, kendi tarihi içinde kendini anlamaktadır, yani insan hermeneutik yapmaktadır.¹⁴

Heidegger geleneğinden gelen Hans Georg Gadamer (1900-1990), hermeneutiği evrenselleştirme konusundaki çabalarıyla geçen yüzyıldaki çalışmalardan farklı bir yol izlemiş, felsefi hermeneutikte sıçrama yaşanmasına neden olmuş, günümüzde de halen tartışılan, araştırılan fikirler ileri sürmüştür.

Gadamer, hermeneutiği, bir başka dünyaya ait anlam bağlamını, o an içinde yaşanan dünyaya aktarma etkinliği olarak tanımlar. "*Başka dünya*", bizim kendisine kendisinin de bize yabancı olduğu dünyadır. Hermeneutik faaliyet sayesinde iki dünya arasındaki yabancılaşma ortadan kalkar, yerini aşinalığa bırakır. Anlama hadisesi dille sınırlıdır. Dil her şeyin taşıyıcısıdır, dil olmadan anlamlar iletilmez. Dil, içinde belli bir konu hakkında diğer insanlarla ve bağlamlarla iletişime geçtiğimiz, diyalog kurduğumuz ortamdır. Fakat anlamlar dilin grameri ile doğrudan bağlantılı değildir. Dilin gramerine ancak, anlamada problem olduğunda müracaat edilir. Bir metinde anlamayı olanaklı kılan şey dilin unutulmuşluğudur. Yani söylemin bütünüyle örttüğü formel unsurların unutulmasıdır. Yalnızca anlama süreci kesintiye uğradığında metnin formelliğine müracaat edilebilir.¹⁵ Gadamer'e göre gerçek anlamın oluşması için okuyucu, "*metnin kendisini bilgilendireceği*" gibi bir düşünceden hareket etmeden, metne teslim olmadan, karşısında sinmeden aktif olarak metne katılmalıdır. Okurken kendi önyargı ve görüşlerimizin bilincinde olmalı, onların aşırılıklarını yontmalıyız.¹⁶

¹⁴ Günay, s. 6; Kılıç s. 95; Ulukütük, s. 24.

¹⁵ Kavlak, s 121; Taşdelen, s. 172.

¹⁶ Taşdelen, s. 186.

Gadamer'e göre anlama, yorumlama ve uygulama, üç ayrı yöntem olmayıp anlama süresi, bu üç unsuru da içerir. Yorumlama, anlamaya sonradan eklenmez. Anlama, aynı zamanda yorumlamadır. Kut-sal ve hukuki metinlerde anlama/yorumlama yeterli olmayıp, metnin, içinde bulunulan şartlara ve aktüel duruma nasıl hitap ettiğinin belirlenmesi zorunludur. Metnin yorumlanması/uygulanması, koşullardaki değişmeyi hesaba katmalı, kanunun normatif işlevi yeni baştan tanımlamalıdır.¹⁷

Gadamer, hukuki hermeneutik'in temel sorununu "*somutlaştırma*" olarak belirlemiştir. Hukuki hermeneutik, hukuki metnin genelliği ile tikel durumun somutluğu arasında bağ kurmak suretiyle hukukun bütünlenmesinde dogmatik bir işlev görür. Yorum, yorumcunun metnin özgül tarihsel dünyasına nüfuz etme girişimi değil, metin ile içinde bulunulan durum arasında bir bağ kurma çabasıdır. Bu açıdan metin ile yorumcu arasında sübjektif bir bağ, anlam dünyası olduğunu söylemek mümkündür. Zira Gadamer'e göre yorum, metnin ufku ile yorumcunun ufkunun birbiri ile kaynaşmasıdır.¹⁸ Yorum varsa yorumlarda vardır. Çünkü yorum öznel bir bakış öznel bir anlamadır.¹⁹

Normatif düzen, sosyal gerçeklikten bağımsız olamaz. Bu nedenle normlar, gerçekleri karşılamak durumundadır. Hukuk, her özel durumdaki sorunlar karşısında çözümü, yani yeni baştan kendini yaratır. Hukukun, kendisini sürekli yenilemesi, yeni baştan var etmesi, anlayan özen ile metnin tarihselliğinin bir gereğidir. Bir metnin birden çok anlamının olduğu durumlarda sadece bir doğru yorum olduğundan bahsedilmesi, otoriterliğe, diktatörlüğe yol açar. Her farklı yorum, metnin varlığına farklı derecelerde katılımdır.²⁰

Anlama hem yazarın hem de yorumcuların niyet ve tasarımını aşan bir faaliyet olarak kendi varlığını hissettirir. Metin, kanun koyucunun öznel niyetine indirgenemez. Ortaya çıkan şey, sonuçta kendisine arka plan teşkil eden tüm unsurları aşarak fiili varlık kazanan ve

¹⁷ Kılıç s. 98.

¹⁸ Kılıç s. 99.

¹⁹ Taşdelen, s. 178.

²⁰ Kılıç s. 99, 100.

kendisine yönelen hemen herkes tarafından ortaklaşa tecrübe edilebilen bir anlamdır.²¹

Hermeneutikin zamanla tüm sosyal bilimleri içine alacak şekilde genelleşmesine bağlı olarak hukuki metinlerin yorumu da bu bilimin alt dalı haline gelmiştir. Bu gün için Hermeneutikten bağımsız bir hukuki yorum biliminden bahsetmek mümkün değil ise de hukukun, edebi ve dini metinlere göre kendine has yorum kuralları olduğu da kabul edilmelidir.

III. Hukuki Metinlerin Yorumu

XVII ve XVII. yüzyıllarda Avrupa’da başlayan kanunlaştırma hareketleriyle hukuk, önceki yüzyıllardan farklı olarak bağımsız bir bilgi ve disiplin halini almaya başlamıştır. Filolojik ve teolojik hermeneutik çalışmalara, hukuki hermeneutik çalışmaları da eklenmiştir. Gerçekten de soyut olarak yazılan kanun metinlerinin somut olaylara uygulanması, metnin yorumlanması ihtiyaç ve zorunluluğunu doğurmuştur.²² Şüphesiz ki hukuki metinlerin yorumlanması, yorumun belirli kuralara bağlanması, “kanun” kavramının yüceltildiği, eksiksiz ve kusursuz olarak görüldüğü, doğrudan siyasal iradeyle bağlantılı kabul edilip, eleştirilmesinin bile siyasal iradeye yönelmiş zayıflatma çabası sayıldığı XVII ve XVII. yüzyıllarda kolay olmamıştır. Montesquieu, Becaria gibi düşünürler, ceza kanunlarının keyfi yorumlandığı zamanlara şahitlik eden kişiler olarak hâkimlerin hukuki metinleri yorumlamasına karşı çıkmış, yorumu bir nevi yasama yetkisinin gaspı olarak değerlendirmiştir.²³

Fransız ihtilalcileri, kanunların yoruma ihtiyaç duymayacak ölçüde mükemmel ve açık olduğuna inanıyordu, Bu nedenle 1970 yılında çıkarılan bir kanunla, kanunların yorumlanması yasaklanmıştı. Bir kanunun gerçek anlamının ne olduğu konusunda tereddüt olması halinde yapılacak iş, yasama organına başvurarak, kanunun anlamının

²¹ Ulukütük, s. 89.

²² Alan, s. 23

²³ Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, <http://www.anayasa.gen.tr/hgt-2-s-149-245.pdf> (Erişim 05.01.2010) s. 189.

ne olduğunu sormaktı. Code Napoléon olarak bilinen, tabii hukukun en saf haliyle pozitif hukuk haline getirildiği, eksiksiz, kusursuz ve mükemmel olduğu kabul edilen Fransız Medeni Kanunu'nun ardından, "*kanunun hukuk olduğu*" fikriyle, kanunun yorumlanması ile güdülen amacın, kanun koyucunun iradesinin bulunması olduğu fikri hâkim oldu. Yorumcu Okulun (L'école de l'exégèse) da etkisiyle, hukuki metinlerin belirsiz olduğu durumda yorumcunun amacının, kanun koyucunun iradesini bulmak olduğu, yorumcunun, yorum metotlarının tümünü bu yönde kullanması gerektiği sonucuna varıldı. Yorumcu okul, kanun ile hukuku eşdeğer görmekte, pozitif hukukun en üstün kaynağının "*kanun koyucunun*" iradesi olduğunu belirtmekte, bu şekilde kanunu devletle özdeşleştirerek, devlet de kanun gibi kutsal kabul edilmektedir.²⁴ Fransa'da yaşanan bu gelişmelerin etkisiyle, bu gün için bile ceza kanunlarının dar yorumlanması kabul edilmektedir.

Metinlerin yorumlanmadan uygulanması düşüncesi, yorumcuya duyulan güvensizlik kadar erkler ayrılığının sıkı ve tavizsiz uygulanması anlayışına dayanır. Metinlerin, yoruma ihtiyaç duymayacak açıklıkta yapılması ve muhtemel bütün uyumsuzluklara çözüm getirmesi, kazuistik metodu doğurmuştur. Kazuistik metotla yapılan kanuna en tipik örnek, on yedi binden fazla madde içeren 1794 tarihli Prusya Devleti Kanunu'dur.²⁵

Fransa'da ortaya atılan ve Avrupa'ya yayılan bu görüşler, milliyetçi duygularla ve siyasi bazı nedenlerle Almanya'da tepki ile karşılandı. Savigny, Puchta, G. Hugo gibi düşünürler, hukukun, salt olarak ne kanun koyucunun iradesinde ne de insan aklında bulunamayacağını, hukuku meydana getiren şeyin "*halk ruhu*" olduğunu ileri sürdü. Bu düşünceye göre hukukçular, kanun yaparken yeni kurallar oluşturmamalı, halkı oluşturan kişileri aşarak tarihten gelip topluma mal olmuş halkın hukukunu sistematize etmelidir.²⁶

²⁴ Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1987 s. 305; Can Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1989, S yay, s. 32 vd; Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara 2002 2. Bası, (Can Hukuk) s. 169 vd.

²⁵ Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1976 s. 415.

²⁶ Can, *Hukuk*, s. 172.

Sosyal hayatın hızla değişmesi, kanun metinlerinin bu değişime eş zamanlı tepki verememesi, siyasal düzenin değişmesine paralel olarak hukukun fonksiyonel kavranması, hukuk felsefesinde yaşanan çeşitlilik gibi etkenlerle kanun-hukuk-yorum bağlamında katı pozitivist anlayış terk edilmeye başlanmıştır. Gerçekten de kanunun ve kanun koyucunun yüceltilmesi anlayışı terk edilerek, liberal devlete geçiş sürecinde “yorumcu” statüsünde güçlenme olduğu gözlenmiştir. Artık üzerinde durulması gereken sadece kanun-yorum ilişkisi değil, kanun koyucu-yorumcu ilişkisidir.

Sosyolojinin gelişmesiyle başlayan bilgi birikimi, hukuka sadece metin penceresinden bakışı kırmış, serbest hukuk anlayışını doğurmuştur. F.Gény’ye göre kanun metni yazılırken hammadde olarak sahip olunan bir düşünce, bilgi, veri vardır. Metin, arka planını teşkil eden bilgi/veri/düşüncenin teknik olarak ifadesidir. Teknik, içeriği karşısında hukukun biçimidir, bilginin/verinin inşasıdır, amacı aktarmanın aracıdır.²⁷ XX. yüzyılın başında Almanya’da başlayan “*menfaatler İçtihadı*” okulu, kanun koyucu-yorumcu ilişkisini, işbirliği şeklinde değerlendirmiştir. Bu görüşe göre kanun koyucu, kişilerin birbiri ile çatışan menfaatlerini dengelemeyi amaçlar. Ancak oluşturduğu metinlerle uyumsuzlukların tamamını öngöremez, her özel duruma metinle müdahale edemez. Bu noktada yorumcu devreye girer, metinlerle birlikte kanun koyucunun, metin yoluyla ilettiği/iletmek istediği amacı da sezerek, uyumsuzluğun niteliğine göre bir karar verir. Kişileri, olayları yakından değerlendiren, çatışan çıkarları gözlemleyen yorumcu, basit bir dağıtıcı alet olmaktan çıkar, kanun koyucu adına çalışan, onun gibi düşünüp, onun yardımcısı olan bir statüyü temsil eder.²⁸

Modernizmin kalıplarına karşı başkaldırı ya da modernizmin yeni açılımı olarak değerlendirilen Postmodernizmin hukuka yansımasının, Amerikan hukuk realizminin ve türevlerinin de etkisiyle günümüzde, metni bir kenara bırakarak yorumcuyu kanun koyucu olarak tanımlayan, hatta yorumu kanundan üstün ve değerli gören anlayışlara da rastlanmaktadır.

²⁷ Bkz Can, *Hukuk*, s. 178 vd .

²⁸ Can, *Hukuk*, s. 184.

Postmodernizm, modernizmin hukuku kutsallaştırıp hakları geri plana attığını, hukukun sosyal gerçeklikten uzaklaşıp, topluma yabancılaştığını, önemli sosyal olaylar karşısında suskun kaldığını, çözüm üretemediğini, yerelliği, birseyselciliği gözetmeden toptancı bir yaklaşım sergilediğini ileri sürmektedir.²⁹ Postmodern eleştiriye göre, modern zamanlarda metnin yazılı olması (kanun vs) nedeniyle bunu anlamını araştıran (yorumlayan) bir kısım uzmanların rasyonelleştirme çabaları sonucu hukuk, giderek kapalı bir sistem olmaya başlamış, bürokratikleşmiş, elitleşmiş, metnin özünden çok sözüne takılmıştır. Sosyal yaşam, önceden kodlanmış, formülleştirilmiş “kişi/kişilik” dışı metinlerle sağlanamaz. Hukuk, muhataplarının düşünce ve kanaatlerini dışlayarak sadece rasyonel verilere ve şekli unsurlara yaslanamaz. Hukuk yorum yoluyla yaşar, muhataplarının algı dünyasını hiçe sayan soyut metin ve yorumlar ise adaletten çok adaletsizliğe yol açar.³⁰

Hukuki metinlerin yorumlanması tarihi, şüphesiz ki Avrupa’da yaşanan gelişmelerle sınırlı değildir. Hukuki metinlerin yorumu ve hukuka kaynak teşkil eden metinlerin (*Kur’an*, sünnet) yorum yoluyla hukuk kuralı (hüküm) haline getirilmesinde, Yahudi hukukçuların ve İslam hukukçularının dikkate değer çalışmaları olmuştur. İslam hukukunda *Usul-i Fıkıh* adı verilen bilim dalı, özetle; bir hukuk kuralının (hükümün), hukuki değer taşıyan kaynak (*Kur’an*, sünnet, örf, sahabe kavli vs.) ile arasındaki bağlantının nasıl kurulduğunu göstermenin yanında, metinlerin hangi yöntemlerle yorumlanacağını da ayrıntılı olarak anlatan bilimdir. İslam ve Yahudi hukukunda, her hukuk kuralının, hukuki bir kaynağa dayanmasının zorunlu olması, kuralın kaynakla bağlantısının açıkça gösterilmesinin gerekliliği, yorum yönteminin de sistematize edilmesini sağlamıştır. Fıkıh usulüne dair klasik çalışmalar, niteliği gereği modern hukuka uyarlanmamıştır. Ali Himmət Berki’nin, *Hukuk Mantığı ve Tefsir* isimli çalışması, fıkıh usulünün kurallarından yararlanarak, modern kanunların nasıl yorumlanacağını gösteren önemli bir çalışmadır.

Hukuki metin olarak adlandırılan normlar, bir yaşam alanının ya da yaşam ilişkisinin tasarımına dayanır ve bunu gerçekleştirmeye

²⁹ Güriz, Adnan, *Feminiz Postmodernizm ve Hukuk*, Ankara 1997 s. 146-151; Yüksel Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara 2004 s. 193.

³⁰ Yüksel, s. 200 vd

yi amaçlar. Bu tasarım ve amaç, normlarda kelimeler, cümleler, deyimler, kavramlar, adlandırmalar, bölümlerle ifade edilir. Metinde yer alan ibarelerin anlamı bazen açıktır, yoruma ve tartışmaya meydan vermez. Bazen de anlamları üzerinde düşünmek, yorum yapmak gerekir.³¹

Hukukta yorum kaçınılmazdır. Soyut olarak hazırlanan metinlerle, tekil, somut olaylar arasında kurulacak her bağ her uyumsuzluk, metnin yeninden yorumunu zorunlu kılar.³²

Hukukun kaynağının devlet ve türevlerinden ibaret olmadığına dair düşüncelerin ortaya atılması, yeni sosyal gelişmeler, fikir akımları, hermeneutikinin tüm sosyal bilimlere kapsayacak derecede teorik yapısını sağlamlaştırmasının ardından, hukukta yorum ve yorumun niteliği, amacı, kanun koyucu-kanun-yorumcu ilişkisi, statüleri, fonksiyonları, yetkileri gibi konularda da düşünce çeşitliliğinin arttığı görülmektedir.

IV. Ceza Kanunlarının Yorumu

Dönmezer / Erman, Tosun, Önder ve Erem / Danışman / Artuk'a göre³³ ceza hukuku ile diğer hukuk dalları arasında yorum metot ve araçları, yorum çeşitleri itibariyle bir fark yoktur. Yorumda esas amaç, metnin gerçek anlamını –ya da sübjektif görüşe göre kanun koyucunun gerçek iradesini– bulmaktır. Metnin yorumla bulunan gerçek anlamı, metni daraltabilir ya da genişletebilir. Önemli olan yorumun doğru olup olmadığıdır. Ceza kanunlarının dar yorumlanacağına dair Fransız hukukundan esinlenen görüşler, bugün için geçerliliğini yitirmiştir.

Selçuk ve İçel / Donay'a göre ise ceza hükmü içeren metinlerin yorumu diğer hukuki metinlerin yorumuna göre bazı özellikler gösterir. Ceza hukuku, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı başta olmak üzere sıkı

³¹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, 1979 s. 157.

³² "... Yasada soyut olarak ifade edilen hükmün kolay anlaşılabilmesi halinde, içeriğinin belirlenmesi açısından yorum yapmakta gereklilik bazen de zorunluluk bulunmakta ise de ... CGK, 19.11.2002 9-266/394"

³³ Dönmezer / Erman, I/106; Tosun, s. 22; Önder s. 99; Erem / Danışman / Artuk, s. 112.

bazı evrensel ilkelere tabidir. Bu nedenle ceza hukukuna ait metinler, kişilerin hürriyetini kısıtlayan hükümler içermesi nedeniyle prensip olarak evrensel hukuk ilkeleri ışığında dar yorumlanır. Bu kural, 1978 Louisiana toplantısının sonuç bildirgesinde de yer almıştır.³⁴

Ceza hukuku metinlerinin yorumunda doktrinin üzerinde uzlaştığı konu, “*in dubio pro reo*” (şüphe sanığın lehinedir) ilkesinin geçerli olmadığıdır. *In dubio pro reo* ilkesi, ispat hukuku ile ilgilidir ve sübuta ilişkin alanda (olay/vicdani kanı yargılaması) uygulanabilir. Bu ilkeye göre sanığın mahkûm edilebilmesi için eyleminin ve kusurunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak kanıtlanması gerekir. Muhakeme hukukuna göre kanıt/kanıtlar, bir şeyin sanık tarafından yapıldığını ya da yapılmadığını gösterir. Kanıtların niteliği ve ispat gücüne göre bir şeyin yapıp yapılmadığı konusunda şüphenin oluşması da mümkündür. Kanıtların, sanığın bir eylemi yapıp yapmadığı konusunda kesinlik içermemesi, şüphe taşıması halinde sübut, yorumun konusu olamayacağı için şüphe sanık lehine yorumlanacak, eylemi yapmadığı kabul edilecektir. Normun tespiti ve yorumu, sanığın yüklenen eylemi işlediği kabul edildikten (kanıtlandıktan) sonra söz konusu olur. Normun tespiti ve yorumunda, “*in dubio pro reo*” ilkesi uygulanmaz.³⁵

³⁴ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374; İçel / Donay, s. 123; “... (765 sayılı) TCK’nın 407. maddesindeki öngörülen durum, istisnai bir sorumluluk biçimi olup objektif sorumluluk olduğundan, *madde-nin uygulanmasında dar yorum ilkesi benimsenmeli*, failin eylemi ile sağlığın bozulması ya da ölüm arasında uygun, yakın doğrudan ve etkin nedensellik bağı aranmalıdır. 10. CD, 10.12.1998 tarih ve 10133/12221 (YKD, Haziran 2000)”; “... (765 sayılı) TCK’nın 462. maddesinin uygulanmasında zaman koşulu ehemmiyet arz ederse de; *bunun dar yorumlanmaması*, genel tahrik hükmünün gazap ve şedit elem halinden daha vahim şartlar altında fiilinin işlenmesine karar verilmesi, araya başka bir sebebin girmemesi ve bu hususun açıklıkla anlaşılması durumunda 462. maddenin uygulanması mümkün görülmelidir. 1. CD, 29.09.1993 tarih ve 1258/1790 (YKD, Şubat 1994)”

³⁵ “...Madde (5237 sayılı TCK’nın 150/2 maddesi C. Otacı) yağma suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimi yapmakla değerlendirebilecektir... Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCK’nın 3. maddesinde

Bir metin birden fazla yoruma konu olabilir. Burada hâkim, zaman bakımından uygulama hariç, sanığın lehine olan metni uygulamak ve lehine olan yorumu yapmak, lehe olan yorumu tercih etmekle yükümlü değildir. Hâkim, doğru olan metni bulmak, doğru olan yorumu yapmakla yükümlüdür.³⁶ 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK, bu bilimsel görüşün tersini kabul etmiştir. Anılan İBK'ya göre “...Yorum, yasaların uygulanmasında tabii ve zorunlu bir fikri faaliyettir. Adaletsizliği; daraltıcı ve düzeltici yorumla gidermek, uygulamacının başta gelen görevlerindendir. Yorum yapılırken birden fazla yorum yapılabiliriyorsa lehe olan yorum yeğlenmeli, kabul edilmelidir...” Bir metnin birden fazla yoruma konu olması, yorumların hepsinin de doğru olduğu anlamına gelmez. Yorumlarda doğruluk payı olsa bile bütünlüğü itibarıyla doğru yorum tekdir. Anılan İBK'ya göre lehe olan yorumun benimsenmesi, birbirinden farklı birden fazla yorumun tamamının aynı doğruluk derecesine sahip olduğu anlamına gelir ki mantık kuralları buna izin vermez.

Yorum, maddi hukukun konusudur, usul hukuku kuralları yorum aracı olamaz. Yorum, aslen hukuk felsefinin konusudur ve pozitif hukuk, yorumun sınırındır.³⁷

öngörüldüğü üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetenilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir... Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise “indirim yapılmasını” haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir... Yerel Mahkemece, “çokluk/azlık kaoramına ilişkin tespit yapma imkânı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır” gerekçesine dayanarak, sanığın cezasından indirim yapması, dosya kapsamındaki kanıtlara ve yasaya aykırı olup, isabetsizdir. CGK 25.03.2008 tarih ve 6-15/59

³⁶ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005 3. Bası s. 86; İçel, Kayıhan / Donay, Sühely, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul 1999 s. 123; Erem, Faruk / Danişman, Ahmet / Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997s. 106, 108; Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1959 s. 166.

³⁷ Erem / Danişman / Artuk, s. 104.

1. Biçimsel Açından Yorum Çeşitleri

A. Yasama Yorumu / Teşrii Tefsir (Interprétation Législative)

Yasama yorumu, hukuki pozitivistizmin etkisi ile kabul edilmiş ve artık uygulaması olmayan bir yorum çeşididir. Yasama yorumu kısaca, yasanın, kanun koyucuya tanıdığı kanunu yorumlama yetkisini kullanarak yasayı yorumlamasıdır. Yasama yorumu, kanunu yapan organın onu en iyi anlayacak ve yorumlayacak organ olduğu fikrine dayanır. Yasama yorumu, 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde, "*Büyük Millet Meclisi ahkâmı şer'iyenin tenfizi, kavaninin vaz'ı, tadili, tefsiri.... gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder.*" şeklinde düzenlenmiş, bu şekilde TBMM'ne kanunları yorumlama yetkisi verilmişti. Kanunun hüküm ve sonuçlarını doğuran bu yoruma, "*tefsir kararları*" adı veriliyordu. 1865 tarihinde kaldırılana kadar 1831 Belçika Anayasası'nın 28. maddesinde de "*kanunların resmi yorumu sadece yasama iktidarına aittir*" şeklinde bir düzenleme mevcuttu.³⁸

1961 Anayasası, yasama yorumuna yer vermemiş, gerekçesinde bunu "...Kanunun resmi tefsiri, normal olarak yargı yetkisine giren bir husustur. Tamamiyle bağımsız bir hale getirilmiş bulunan yargının teşrii bir tefsirle bağlanabilmesi düşünülemez. Yasama, eğer çıkardığı kanunun maksudını karşılamadığını da, mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun isteği mühtevayı taşıtmıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey, kanunu değiştirmekten ibarettir." şeklinde izah etmiştir.

Yasama yorumu, kanunla birlikte yapılan yasama yorumu, kanundan sonra yapılan yasama yorumu olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek anlamda yasama yorumu, kanundan sonra yapılan yorumdur. Kanunla birlikte yapılan yasama yorumu ise, kanun koyucunun, kanun içinde yer alan bazı terimleri ve ibareleri açıklaması, ne anlama geldiğini izah etmesidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesi, 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesi, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 2. maddesi, kanunda geçen bazı terimlerin ne anlama geldiğini izah et-

³⁸ Gözler, s. 163; Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükiimler*, Ankara 2007 3. Bası s. 167; Tosun, Öztekin, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İÜHFD*, 1962, C. XXVIII, S. 1, s. 24; Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara 1948 s. 104; Özbilgen, s. 449 vd.

mektedir. Verilen örneklerden başka kanun koyucu, bir maddenin anlamını başka bir madde ile sınırlandırabilir. CMK'nın 23/2. maddesi "*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*" hükmünü içermektedir. 5320 sayılı Kanun'un 11. maddesi, "*Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz*" hükmü ile CMK'nın 23/2. maddesinin yorumuna sınırlama getirmiştir.

Dönmezer / Erman'ın haklı olarak belirttiği gibi kanunlara konulan bir terimin ne anlama geldiği, bir hükmün içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiğine dair maddeler, yasama yorumu içinde değerlendirilmemelidir. Çünkü bunlar zaten yasa içinde yer aldığından yorum sayılamaz.³⁹

İlk bakışta kanunu yapanın bunu yorumlama hakkının da olması gerektiği düşünülebilir. Ancak hukuk, kanundan ibaret değildir. Yorumcu, kanun metni ile sosyal gerçeklik arasında arabulucudur ve bu yönüyle metnin aksayan yönlerinde kanun koyucuya yol gösterir. Bundan başka erkler ayrılığı da yasama yorumunun dışlanması gerektirir.⁴⁰

B. Yargısal Yorum / Kazai Yorum / Kazai Tefsir (Interprétation Judiciaire)

Mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak bir hukuk kuralını yorumlamalarına yargı yorumu denir. Her yeni dava, yasanın yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar. Hâkim, herhangi bir yasa maddesini, içeriğinin açık olmadığı, üst normla çeliştiği, beğenmediği, doğru bulmadığı, hukuk anlayışına ters geldiği gibi herhangi bir gerekçe ile uygulamaktan kaçınmaz. Yorum yoluyla olandan olması gerekene ulaşamaz. Yorum yoluyla norm örselenemez, norma işkence yapılamaz, içeriği

³⁹ Yasama yorumu altında anlatılanlar için Bkz Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 167; Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1987 10. Bası I/165; Taner, s. 162; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005 s. 116; Gözler, s. 162.

⁴⁰ Bkz. Özbilgen, s. 450.

değiştirilip başkalaştırılamaz. Yorum, hüküm kurmak içindir, hükümet etmek amacıyla yorum yapılamaz. Hükümün gerekçesinde yazılı norm, yorum yoluyla dahi olsa eleştirilemez. Bu bağlamda kanunun korkunç sonuçlar içerdiğinden, ölçüsüz istisnalar getirdiğinden bahsedilemez.⁴¹

Hâkim, aynı yasa maddesini başka başka olaylarda değişik şekillerde yorumlayabilir. Hâkimin herhangi bir yasa maddesine dair yorumu, başka bir hâkimi bağlamadığı gibi hâkimin kendisi de bu yorumla bağlı değildir. Hâkim, metni yorumlayıp hüküm verdikten sonra yanlış yorum yaptığından bahisle geriye dönemez, yorumunu ve hükmü tavzih edemez.⁴² Aynı metnin başka olaylar karşısında değişik şekillerde yorumlanması ve hâkimin önceki yorumu ile bağlı olmaması, yorumuna keyfilik niteliği kazandırmamalıdır. Hukuk, aynı şartları taşıyan kişilerin eşitliğini güvence altına almalı, yorum, bu güvenceyi desteklemeli ve belirli bir istikrar içinde olmalıdır. Yorumda istikrar, ceza yargılamasında kişiler için uzak anlamda güvence teşkil eder.

Yargı yorumunda iki noktaya değinmek yerinde olacaktır. İlki yargı yorumunun bağlayıcılık değeri, ikincisi de Anayasanın 138. maddesi bağlamında hâkimin, kanun metnini yorumlarken hangi enstrümanlarına başvurabileceği ve vicdani kanaatin ne anlama geldiğidir.

a. Yargı Yorumunun Bağlayıcılık Değeri

Hâkim, bir yasa metnini yorumlamada kural olarak özgürdür. Yasa metinlerinin özgürce yorumlanması, yorumun keyfi olduğu/olması gerektiği anlamına gelmez. Yorumun sınırı metindir ve belirli bir bilimsel yönetime göre yapılır. Davanın tarafları, hâkimin gerekçesine yansıttığı yorumu beğenmeyebilir, bu durumda yasa yoluna başvurmaları mümkündür. Yasa yolu mercii olarak (itiraz/temyiz/başvuru vs) bir kararı inceleyen diğer hâkimin hukuki yorumu, önceki hâkimin

⁴¹ Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007 (Yargıcın İç Yansızlığı) s. 31 vd; Gözler, s. 165; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s 168; Dönmezer / Erman, I/169; Demirbaş, s. 117; Erem / Danışman / Artuk, s. 106; Tosun, s. 24; Bkz Özbilgen, s. 451.

⁴² Bkz Gözler, s. 165; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s 168; Dönmezer / Erman, I/169; Berki s. 100; "...Yargıçlar, beğenmeseler bile yasaları uygulamak zorundadırlar... CGK, 17.04.2007 10-71/98".

hukuki yorumundan daha değerli değildir. Üst merciin kararı, tartışmayı bitiren son karar olma özelliği nedeniyle hukuki değer ifade eder. Bu nedenle hukukumuzda, içtihatları birleştirme kararı dışında, tüm mahkemeleri bağlayıcı yargısal yorum yoktur. Yargıtay dairelerinin kararına karşı mahkemelerin ısrar hakkı vardır. Yargıtay ceza/hukuk genel kurulu kararları ise, sadece yargılamaya konu olayla sınırlı olmak üzere ilgili mahkemeyi bağlayan karardır. Bu açıdan hukukumuzda “*emsal içtihat*” kavramının olmadığı söylenebilir.

Yargı bağımsızlığının görünüm alanlarından biri, hâkimlerin birbirine karşı bağımsız olmasıdır. Yargıtay, mahkemelerce verilen kararları son merci olarak inceler (2797 sayılı Kanun m. 13, CMUK m. 305, CMK m. 307 vd.), tek veya toplu olarak karar veren hâkimler ile iddianameyi düzenleyen, hükmün verildiği duruşmaya katılan ve kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcılarının hakkında çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere not verir (2802 sayılı Kanun m. 28). Verilen bu notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının derece yükselmelerinde (terfilerinde) dikkate alınır (2802 sayılı Kanun m. 21). Yargıtay, ülkede hukuk yorumu birliğini sağlama görevi üstlenmiş ise de, kanunun yorumunda kendi yorumunu benimsemeyip başka türlü yorum yapan hâkimler hakkında not vermesi, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu kadar hukukun gelişimine de engeldir.⁴³

Yorum, uyuşmazlığın çözüldüğü zamana hastır ve gelecek zamanı kuşatacak şekilde genişletilemez, geleceğin hukukçularını bağlayan bir özellik gösteremez. Bu nedenle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 45. maddesi gereğince kanun gibi bağlayıcı nitelikte olan içtihatları birleştirme kararı, hukuka uygun değildir. Erkler ayrılığına ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.⁴⁴ Metin, doğası gereği her zaman yorumlanabilir. Ancak kendisi de bir yorum olan içtihatları birleştirme kararının yeni yorumlara tabi olması düşünülemez. Bu nedenle içtihatları birleştirme kararı, yorum yoluyla oluşturulmuş, değiştirilemez⁴⁵ ve yeniden

⁴³ Geniş açıklamalar ve değerlendirmeler için Bkz. Otacı, Cengiz, “Yargı Bağımsızlığına Terfi Penceresinden Bakmak”, *Güncel Hukuk*, Şubat 2004, S. 2 s. 28 vd.

⁴⁴ Selçuk, 14.12.1992 tarih ve 1/5 sayılı İBK’ya karşıoy, *Karşıoylarım*, Ankara 2001 s. 532; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1991, 1. Bası I/98.

⁴⁵ İBK’nın değiştirilmez olduğunu söylerken, bunun imkânsız olduğunu kastetmiyoruz. İchtihatları birleştirme kararını ortadan kaldırmanın tek yasal yolu, yeni bir içtihatları birleştirme kararıdır. İBK, farklı içtihatlar arasında birlik sağlama amacıy-

yorumlanamaz “*norm*” niteliği taşımaktadır ki böyle bir metnin hukuki olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

b. Kişisel Bir Yorum Olarak Hâkimin Vicdani Kanaati

Anayasa’nın 138. maddesinde ifade edilen hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı kuralı, hâkimin yorum yaparken sadece kanun, hukuk ve vicdan ölçütünü kullanması gerektiğini belirtir. Gerçekten de Anayasa’nın 138. maddesine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Vicdan, kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç olarak tanımlanmıştır.⁴⁶ Vicdan, kurulan hükümle hükmü kuran arasında ahlaki bağ olduğuna göre Anayasa’da “*vicdani kanı*” olarak formüle edilen durumun, metne dayanan hukuki yorumdan çok yargılamaya konu olaya dayanan “*kabul/kanıt*” yorumu ile ilgisi vardır ve bunun da kanuna ve hukuka uygun olması gerekir. R. Dworkin’e göre yorumcunun kişisel inançlarının her zaman gerekçeyle bağlanması beklenemez. Yorumcu, karar verirken bireyselleştirilmiş bir hukuk kavramı geliştirmekte, kararı kendisi için bir analiz olmaktan öte duygu ve sezgi halini almaktadır. Yorumcu, yaşadığı toplumun insanı olduğuna göre olay ve olayla bağlantılı olarak yorumu, ortalama insanın duygu ve sezgilerini temsil edecektir.⁴⁷

Vicdani kanı, güçlü ahlaki vurgusu, öznel bilgiyi temsil etmesiyle hâkimin devlete, topluma, kendi değer yargılarına, medyaya ve diğer hâkimlere karşı bağımsızlığını/tarafsızlığı da çağrıştırmakta, ka-

la alınabilir. Bu açıdan, geçerliliğini yitirmiş ya da hukuki olmadığı gerekçesi ile yeni bir İBK’nın, ne kadar hukuki olacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Hukuk tarihimiz açısından, yürürlükten kaldırılan kanunlara, değişen içtihatlarla rağmen kaldırılan bir İBK olmadığını da ifade etmek gerekir.

⁴⁶ <http://www.tdk.org.tr> (erişim 05.01.2010).

⁴⁷ Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005, s. 255.

nunu yorumlayan hâkimin yorumunun, nihayetinde kişisel olduğuna da işaret etmektedir.

Vicdani kanı, bir yorum aracı ya da yorum yöntemi değildir. Kişisel bilgi ve tecrübeye bağlı olarak yargılamaya konu olayla/kişilerle, kanıtların içerdiği anlamla ilgili edinilmiş şahsi bilgidir. Bu bilgi, Anayasa, kanun ve hukuk ile ifade edilen hiyerarşi içinde değerlendirilemez. Vicdani kanı olarak adlandırılan kişisel/tecrübî bilgi, bahsedilen hiyerarşik bilgilerle uyum içinde olursa, kanunun tanıdığı “hükümün kişiselleştirilmesine” hizmet ederse anlamlı ve değerlidir.

C. Bilimsel Yorum / Doktrin Yorumu / Hukuk Öğretisi / İlmi Tefsir (Interprétation Scientifique, Interprétation Doctrinale)

Bir hukuk kuralının, hukukçular tarafından yorumlanmasına hukukun bilimsel yorumu denir. Bilimsel yorum, hukukun diğer biçimsel yorum şekillerine çok önemli katkıda bulunur. Hukuk, bu yorum çeşidinde bilimsel bir disiplinle ele alınarak, yorumcunun entelektüel kapasitesine bağlı olarak çoğu defa derinlemesine incelenir. İncelenen konunun tarihi geçmişi, benzer konularla ilişkisi, mukayeseli hukuk açısından durumu ele alınarak yargı yorumları ile karşılaştırma yapılır. İçerdiği eleştirel bilgiler yönüyle de ufuk açıcı olabilir.⁴⁸

Ülkemizdeki görünüm açısından hukukun bilimsel yorumu ile yargı yorumu arasında sağlıklı iletişim ve etkileşim olduğunu söylemek zordur.

2. Niteliği Bakımından Yorum Çeşitleri

Hukuki açıdan yorumun ne olduğu konusunda değişik tanımlar yapılmıştır. Yapılan tanımlar aşağı-yukarı aynı anlam içeriğine sahip ise de, yorum ile amaçlananın ne olduğu konusunda iki temel görüş vardır. Objektif görüşü temsil eden ilk gruba giren Selçuk, Erem / Danışman / Artuk, Tosun, Centel / Zafer / Çakmut, Artuk / Gökçen /

⁴⁸ Dönmezer / Erman, I/169; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 169; Demirbaş, 118; Erem / Danışman / Artuk, s. 104; Özbilgen, s. 448.

Yenidünya, Soyaslan, Taner ve Aral'a göre hukukta yorum, yazılı bir hükmün içeriğini, sınırını, anlamını kurumlara göre irdeleyip belirleyen zihinsel/düşünsel bir etkinlik, entelektüel bir süreçtir.⁴⁹ Sübjektif görüşü temsil eden ikinci grupta yer alan Dönmezer / Erman, İçel / Donay, Özgenç ve Demirbaş'a göre hukukta yorum, metnin anlam ve kapsamını belirleme amacı ile kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak için yapılan zihinsel/düşünsel işlemdir.⁵⁰ Aral, Önder ve Centel / Zafer / Çakmut, ise her iki görüşün sakıncalarına işaret etmekle karma görüşü benimsediği izlenimi vermektedir.⁵¹ Her iki tanım arasındaki fark, yorumun ile bulunmak istenilenin kanunun amacı/kanun koyucunun amacı olup olmadığına toplanmaktadır.

Özbilgen'e göre yorumu, objektif ve sübjektif olarak ikiye ayırmak anlamsızdır. Sübjektif yorum, kanun koyucunun iradesine, objektif yorum ise metne göre yorum olarak ifade ediliyor ise de, metni yazan kanun koyucu olduğuna göre metni esas alan yorum, aynı zamanda kanun koyucuya (süjeye) bağlı kalmakta, dolayısıyla sübjektif bir yorum içermektedir. Bunun için aslında sübjektif-metinsel bir tek yorum vardır.⁵²

Aşağıda yeri geldikçe değinileceği gibi, metni yorumlarken kanun koyucunun iradesinin ne olduğunun bulunması, yorumun tek amacı olmadığı gibi hukuki pozitivizmin etkisiyle ileri sürülen bu görüş, günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra artık kanun koyucunun iradesinden değil, kanunun iradesinden söz etmek gerekir. Kanun bir gemiye benzer, limandan çıkana kadar kılavuzun iradesindedir. Limandan çıktıktan sonra kendi güç ve iradesi geçerlidir. Metnin kanun haline gelmesi ile onu yapan irade artık ge-

⁴⁹ Selçuk, Sami, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı YİBK karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 58; Erem / Danışman / Artuk, s. 103; Tosun, s. 23; Centel / Zafer / Çakmut, s. 85, Adı geçen yazarlar, sonuç olarak yorumda yasa koyucunun iradesinin de göz ardı edilmemesi gerektiği görüşündedir. Bkz. s. 92; Taner s. 161; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005 s. 114; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 161; Aral, s. 195 vd.

⁵⁰ Dönmezer / Erman, I/159; İçel / Donay, s. 123; Demirbaş, s. 116; Özgenç, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara 2005, 2. Bası, s. 81.

⁵¹ Aral, s. 198; Önder I/96; Centel / Zafer / Çakmut, s. 92.

⁵² Özbilgen, s. 431.

ride kalmıştır. Ortada tek bir irade vardır, oda metnin iradesidir.⁵³ Kanun metnine gerçek anlamını kanunun iradesi verir.⁵⁴

Aral'ın belirttiği gibi “*yorumla neyi bilmek istiyorum?*” sorusu, izlenecek yöntemi, güdülen amacı ve nihayetinde elde edilecek veriyi etkileyecektir. Yorum, metni makul anlama kavuşturmak ise makul anlama ulaşmak, metnin anlam ve amacını keşfetmek, o düşünceyi norm yapan bilgiye erişmektir.⁵⁵ Yorumla ulaşılacak istenen kanun koyucunun iradesi ise, metin sadece bir araç olur. Bu yorum tarzı, olandan olması gerekene başka bir deyişle pozitif hukuktan ideal hukuka kapı açar. Hâlbuki metin, yorumun çerçevesi ve sınırındır. Bu nedenle metnin iradesi, kanun koyucunun iradesinden üstün olmalıdır.

A. Açıklayıcı (Gramatik / Lafzi / Sözel) Yorum (Interprétation Littérale, Interprétation Grammaticale)

Kanun metninin yorumunda başvurulacak ilk ve en önemli yorum yöntemi, metinde yer alan kelimeler, deyimler, kelimelerin cümle içindeki yeri ve anlamı, noktalama işaretlerinden (imla) hareketle yapılan yorumdur. Kanun, anlatmak istediği düşünceleri, kelimeler ve cümlelerin içine koymuştur. Kanun koyucunun metne vermek istediği anlama göre zamanla metnin kendi kazandığı anlam daha güçlü, önemli ve değerlidir. Yorum için temel, metnin “*ratio legis*”idir.⁵⁶

Ceza kanununun suçun unsurunu düzenleyen bir maddesinde “*bilerek*”,⁵⁷ “*bilinen*”⁵⁸ gibi kelimelerin yer alması halinde bu suç, olası kasıtlı işlenemez. Metin içinde geçen “*veya ya da*” gibi ibareler, iki veya daha fazla şeyden herhangi birini ifade etmek için kullanılır, ancak ifade edilen şeylerin tamamının ya da bir kaçının bir arada bulunmasını engellemez.⁵⁹ TCK’nın m. 82/1-e bendi “*Çocuğa ya da beden veya ruh ba-*

⁵³ Önder, s. I/96, 98; Tosun, s. 23.

⁵⁴ Erem / Danışman / Artuk, s. 103.

⁵⁵ Aral, s. 192.

⁵⁶ Önder, I/94; Gözler, s. 166; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 162; Erem / Danışman / Artuk, s. 114; Tosun, s. 30; Aral, s. 193.

⁵⁷ TCK m. 154/2.

⁵⁸ TCK m. 82/1-f.

⁵⁹ Berki s. 69.

kımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı" ibaresini içermektedir. Bu bentte yer alan "ya da", "veya" edatlarına göre sadece çocuğu, beden bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiyi, ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiyi ayrı ayrı kastettiği gibi, üçünün bir kişi de bulunmasını da mümkün kılmaktadır. Ceza kanunlarında geçen (TCK m. 80/1, 84/4, 103/4, 117/1) "cebir veya tehdit", "cebir veya şiddet" ibarelerinin yer aldığı suç tipindeki "veya", ikisinden biri anlamı taşıdığından suçu seçenekli hareketli suç haline getirmektedir.

Metin içinde yer alan "virgül", okunuşa kolaylık vermek için "ve", "veya" ibaresi yerine kullanılır. Atıf edadı olan "ve", bir cümlelerin diğer cümle üzerine ya da kelimenin diğer kelime üzerine atfı anlamı taşır ve birlikteliği/toplam anlamı ifade eder. TCK'nın 117/2 maddesinde yer alan "Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle..." ibaresindeki ve atıf edadı, çaresizlik, kimsesizlik ve bağıllığın birlikte sömürülmesi anlamını taşır.⁶⁰ 5237 sayılı Ceza Kanunu başta olmak üzere diğer hukuki metinlerde "ve, veya, ya da, başka, hariç" gibi ibarelerin kastedilen anlama uygun kullanılmadığı, kimi yerlerde de tartışmasız olarak yanlış anlamda kullanıldığı görülmektedir.

765 sayılı mülga TCK'nın 269. maddesi "Geçen maddelerde muharrer taarruz ve hakaretler, cebir ve şiddet ve tehdit ile icra olunmuş ise..." hükmünü içeriyordu. Metinde geçen "ve" atıf edadı nedeniyle önceleri eylemin, cebir, şiddet ve tehdidi birlikte barındırması gerektiği kabul ediliyordu.⁶¹ Selçuk'un şu görüşleri sonucunda maddede yer alan "ve" atıf edadının anlamı "veya" şeklinde yorumlanmaya başlanmıştır.⁶²

⁶⁰ Berki s. 68.

⁶¹ "...TCK'nın 269 maddesinde öngörülen cebir, şiddet ve tehdidin bir arada bulunması koşulu oluşmadığından ... CGK, 25.03.1997 4-27/60 (YKD, Temmuz 1997)"; "...TCK'nın 269 maddesinde yazılı üç unsur birlikte gerçekleşmemiştir... 4. CD, 12.10.1989 5574/6082 (YKD, Ocak 1990)"; "... tehdit ile birlikte olmadıkça yalnız cebir ve şiddetle yapılan sövmeye TCK'nın 269 maddesinin uygulanamayacağı... 4. CD, 09.05.1991 1935/2774"; benzer yönde 10. CD, 18.09.1995 7777/7870, 4. CD, 18.03.1992 1275/2081.

⁶² "...Kaynak Kanun'un 195. maddesinden alınan bu hükümde, anılan yasada cebir, şiddet, tehdit sözcükleri arasında "veya" bağlacı kullanılmıştır. Gerek öğretide gerekse yerleşmiş yargısal kararlarda vurgulandığı üzere, her ne kadar TCK'nın 269. maddesinde cebir, şiddet, tehdit sözcükleri "ve" bağlacı ile birleştirilmişse de, buradaki "ve" bağlantılarını, kaynak Yasaya uygun olarak "veya" anlamında ka-

“TC Kanunu’nun 269. maddesindeki suçun yapısına gelince; madde seçenekli hareketli bir cürümdür. Sövme/hakaret, zor yahut da tehdit araçlarıyla işlenirse nitelikli sövme suçu oluşacaktır. Kaynak ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasalarında kullanılan “ya da” bağlacı da bunu göstermektedir. Türk Ceza Kanunu’nun 13.3.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Ceride’de ve Sicill-i Kavanin’in 2. cildinde yer alan Arap harfleriyle yazılı metindeki “cebiri, şiddet, tehdit” sözcüklerinin arasında bulunan “vav” harfi, huruf-ı atife denilen harf kümesine dahil bir harf-i atıfa (atf, atıf) ve dolayısıyla vav-ı atifedir. Bu ise, Şemsettin Sami Bey’in Kamus-ı Türkî adlı yapıtında açıklandığı üzere anabilim (semantik) açısından “ve, dahi, hem, ve de, ile, ya, yahut, veya, ya da, yoksa” anlamlarına gelen bir bağlaçtır. Şemsettin Sami Bey çeşitli anlamlara gelen bu harfin çok az kullanıldığına ve hatta edebiyatçıların bile yerinde kullanmadıklarına değinmektedir (Kamus-ı Türkî, İstanbul, 1900, s. 940, 1480). O yüzden, Arap abecesi’nden Türkçe (Lâtin) abecesi’ne aktarılırken kullanılan “ve” sözcüğünün Kaynak Yasadaki metin doğrultusunda bir vav-ı atıfa olduğu ve bu bağlacın “ya da, veya, yahut” anlamlarını yansıttığı açıktır.

Öte yandan, metinde geçen “ile” sözcüğü, sanıldığı gibi, bir bağlaç değildir.

Çünkü, bu sözcük cümlede aynı görevi gören sözcükler arasında kullanıldığında bağlaç; aynı görevi görmeyen öğeler arasında anlam ilgisini kurduğunda ilgeçtir (zarftır); metinde kullanılan aracın nasıl olacağını ve niteliğinin ne olduğunu yani bunun tehdit ya da zor kullanmak suretiyle olacağını belirtmekte, böyle olunca da durum ilgeci (hal zarfı) görevini üstlenmektedir. Bu nedenle kullanılan araçların birlikteliğini değil nasıl ya da neler olacaklarını belirtmektedir.

Bütün bunlar gözetildiğinde, T.C. Kanunu’nun 269. maddesinde öngörülen cürmün, seçenekli hareketli bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda zor kullanma ya da tehdit hareketlerinden birini işlemekle bu madde uygulama alanına girecek, 266-268. maddeler geri çekileceklerdir. Bir başka deyişle, fail, memura sözle sövmeyip, ona karşı zor kullandığında yahut da onu teh-

bul etmek gerekir. Bir başka anlatımla bu üç halin bir arada bulunması gerekliliği aranmamalı, maddede öngörülen maddi (cebiri, şiddet) ve manevi (tehdit) ceza eylemlerinden sadece birinin gerçekleşmesi halinde 269. madde uygulanmalıdır. CGK, 24.09.2002 tarih ve 190/315 sayılı kararı; Aynı yönde CGK, 25.3.1997; 1997/4-27-60; 4. CD, 21.9.1998; 6906/8047

dit ettiğinde, bunlardan birini yapmakla T.C Kanunu'nun 269. maddesindeki suçu işlemiş olacak; bunlardan biri yanında ayrıca sözle sövmeye, zor kullanıldığında tehdit etmeye ya da tehdit ettiğinde zor kullanmasına gerek kalmadan suç oluşacak; hepsi birlikte ardı ardına işlendiğinde ise suçun tekliği etkilenmeyecek yani suç çokluğu ortaya çıkmayacaktır.⁶³

Metinlerde geçen “ancak, yalnız” ibaresi (TCK m. 64/1, 74/3, 99/6, 116/3), hasretme, sınırlama anlamı taşır ve metnin kendinden önceki kısmına nazaran farklı bir durumu (istisna) gösterir. “Fakat, lâkin, ama” kelimesi, evvelki sözden doğan tereddüdü ortadan kaldırmak için (TCK m. 274/2) veya bir açıklama yaparak yeni bir hukuki statü belirlemek (m. 36, 168/1) kullanılır. “Fakat” kelimesi bazen “lâkin, ama” anlamında bazen de “ancak” anlamında (TCK m. 36, 168/1-2) kullanılır.⁶⁴

Yorumda gramer kurallarına dikkat etmenin yanında bütünlüğüne ve kelimelerin içerdiği anlama bakmak, yorumun ilk ve en esaslı kuralıdır. Selçuk’a göre “yorumda metne titreyen ellerle yaklaşmalı ve metin, metin içinde kalınarak, ondan uzaklaşmadan yorumlamalıdır. Metni yorumlayan hâkimin öz görevi, hükmünde, uygulayacağı yasa ve metnini yorumlamak değil, davayı yasal metne göre sonuçlandırmaktır. Yorum ya da öze nüfuz bahanesiyle yasal metnin kapsamı genişletilemez ve sınırları aşılamaz Olsa olsa, metindeki sözcük ve terimlerin içeriği geniş algılanabilir. Özetle, düşünsel dürüstlük kuralı uyarınca, yorumcunun/yargıcın moral davranışın dış duvarı yasal metindir ve yazılı anlam saptırılarak, suret-i haktan inşalarla yazılı hukukun sağlamlığı sarsılamaz ve yorumcu metni revizyona tabi tutamaz. Daha rahat bir alan olan kamu hukukunda da bu kural geçerlidir. Duguit, “yazılı metin nasılsa öyle ele alınır” dedikten sonra, “Yasa koyucunun açıklamadığı ve yasal metne yansıtmayıp gönlünde taşıdığı düşüncesini araştırmaya gerek yoktur” demektedir. Yorumun ontolojik temeli, var olan ve fakat herkesin okuduğunda başka başka anlamlar yüklediği ortak metindir. Yorumun etik temeli ise, bu metne bağlılıktır”.⁶⁵

⁶³ Selçuk, 4. CD’nin 4.11.1992 tarih ve 6105/6695 sayılı kararı ile 4. CD, 04.11.1992 tarih ve 6105/6695 sayılı kararına karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 168.

⁶⁴ Berki s. 71; Parantez içindeki madde numaraları tarafımızdan verilmiştir.

⁶⁵ Selçuk, 30.05.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK’ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 59 vd. (Metin içindeki kaynaklar çıkartılmıştır C.O.).

Yoruma esas alınan temel malzeme kanun metnindeki “kelime, deyim” gibi dile ilişkin unsurlar olunca, tartışmaların da çoğalmasa kaçınılmaz olmaktadır.

Bu tartışmaların ilki, yoruma esas alınacak kelimenin günlük dildeki anlamı mı yoksa terim anlamı mı olacağıdır. Bir kısım yazarlara göre, kanun koyucu kanunları herkesin anlaması için günlük dilde kaleme almıştır. Bu nedenle kelimelerin günlük dile uygun yorumlanması gerekir. Bazı yazarlara göre ise kelimelerin teknik-hukuki terim anlamı yoruma esas olmalıdır. Ancak kanun koyucu, özellikle bir kelimeyi günlük dilde kullanmışsa, artık bunun terim anlamı üzerinde durulamaz. Metinde yer alana kelimeler, zaman dışı olmadığı gibi, metinden bağımsız olarak bizzat bir amaç ifade etmez. Metindeki kelimeler bazen donmuş kalıplar gibi değişen yaşama uyum sağlayamaz. Bu nedenle yer aldığı metnin anlam bütünlüğü içinde hareket etmeli, yorumda, tek tek kelimelerin esiri olunmamalıdır.⁶⁶ Önder’e göre bu gün için kabul edilen yöntem, metnin yorumlanmasında, kelimenin hukuki-teknik anlamının esas alınması gerektiği yönündedir.⁶⁷

Metinde geçen kelimenin hukuk terimi olarak anlamlandırılması gerekirse, bunun genel hukuki anlamının mı yoksa farklı hukuk dalları için ifade ettiği farklı anlamlarının mı esas alınması gerektiği bir başka tartışma konusudur. Önder ve Selçuk’a göre metinde geçen bir kelime/kavram, genel hukuk açısından bir anlam taşısa da ceza hukuku açısından kendine özgü bir anlam taşıyabilir. Bu durumda ceza hukuku, o kelime/kavramı, kendi amacına göre yorumlar.⁶⁸ Selçuk’a göre “ceza hukuku kavramlarını yorumlarken, özel hukuk kavramlarını çıkış noktası yapmak geçen yüzyılda kalmış ve bu gün artık aşılmış olan pansivilistik akıma dönüş olur ki, bu çağımızda benimsenemez. Çünkü günümüzde artık çağcıl ceza hukukunun, ontolojik ve mantıki nedenlerle özerk, bağımsız, belirleyici, kendi kuralını kendi yaratan ve başka hukuk dallarına ait kavramlara, amacı doğrultusunda, yeni içerikler ve boyutlar kazandıran bir hukuk dalı olduğu düşüncesi, hemen hemen herkesçe benimsenmiştir. Nitekim Türkiye’de de uygulama bu yöndedir. Sözgelimi, özel hukukta taşınmaz mal sayılan gemi, toprak, kum, ağaç vb. ceza hukukunda taşınır mal sayılmakta ve

⁶⁶ Dönmezer / Erman, I/173; Tosun, s. 30; Aral, s. 193.

⁶⁷ Önder I/94.

⁶⁸ Önder I/94; Selçuk.

hırsızlığa konu olmaktadır. Eğer ceza hukuku, tüm bu kavramlara salt medeni hukuk merceğinden baksaydı, bu malların zorla yağmalanmaları halinde, failleri cezalandırmak olanaksızlaşırdı”⁶⁹

Üçüncü tartışma konusu, metinde geçen kelimenin, zaman karşısında anlamında yaşanan eskime, başkalaşma, içeriğinde meydana gelen kaymadır. Bu durumda kelimenin, metnin yazıldığı zamana göre mi, yorumun yapıldığı zamana göre mi yapılacağıdır.

Bu tartışma, temelde metnin tarihsel yorumuna ilişkin kısmı ilgilendirmektedir. Her kelimenin, insan zihninde bir karşılığı vardır. Zamanla kelimenin, zihindeki karşılığının kaybolması, anlamsız hale gelmesi ya da başkalaşmasına afazi denir. “*Hak*” kelimesi daha önceden “*batılın karşıtı, doğru*” gibi anlamlarda kullanılırken bu gün için aynı anlamı ifade etmemektedir. Keza “*meşru*” kelimesi de “*şeriata uygun*” anlamı taşıırken bu gün için aynı anlamı taşımamaktadır.

Dördüncü tartışma alanı, kelime, deyim, terim gibi kavramların, nihayetinde dile ilişkin bir unsur olması nedeniyle dilin, yoruma katılımıdır. Bergson’un yaklaşımıyla dil, kelimeler aracılığıyla bilinmek istenen nesneyi/kavramı dondurur, sabitler.

Dil ile iletilmek istenen şey, simgesel hale getirilir. Bu şekilde biz, kelimelerin işaret ettiği simgeler aracılığıyla nesnelere yöneliriz. Kelimeler, benzer işlevlere sahip ancak gerçekte birbirinden farklı olan sayısız nesnenin ortak simgesel adıdır.

Bilinen nesne ile bilen zihin arasında aracılık görevi üstlenen kelimeler, simgelediği nesneye göre cansız, soyut, analitik ve parçasaldır.⁷⁰ Dil, gerçeği ancak simgeler, içinde insan unsuru da dil, sadece bir düşünce aktarma yöntemi değildir, aynı zamanda bilgi aracı, bilgi taşıyan/aktaran bir iletişim aracıdır. Bu aracı kullanan kişinin (kanun koyucunun) doğru, maksadına uygun bilgiyi, doğru araçlarla (kelime, vurgu) aktarıp aktarmadığı, bilgiyi aktaran kadar bunun muhatabı olanlar için de her zaman güncel bir sorundur. Çünkü dil, yakın anlamda kullananın kültürünü, zekâsını, dünya görüşünü, değer yargılarını, yaşadığı mekânı gösterdiği gibi uzak anlamda ise niyetini, kişi-

⁶⁹ 29.04.1985 tarih ve 1/4 sayılı İBK’ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s.399; Aynı yönde Tosun, s. 31.

⁷⁰ Arslan, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Ankara 1994, s. 48.

liğini, yaşamak istediği ortamı, arzu, korku, nefret gibi iç dünyasına dair ipuçlarını da gösterir. Her ne kadar Bergson, dil-bilgi bağlamında, içinde dilin yer aldığı bilginin sübjektifliğini abartmış ise de, insanların tümü için, kelimelerin oluşturduğu simgeler dünyasının aynı anlamlar değerine, aynı gerçekliğe delalet etmediği de açıktır.

Işıktaç, dilin, şekilci ve açık anlatıma yönelen, mantıkla sıkı bağlantısı olan, rasyonel kategori içinde değerlendirilen, tek düze içeriğe uygun, objektif yatay boyutu, sanatsal ve aşkın (transandantal) lirik ve çok katmanlı, sübjektif yönü ağır basan dikey boyutuna işaret etmektedir. Hukukçu yorumu ile edebiyatçı yorumu, bu açıdan oldukça farklıdır. Hukuk dili, dilin yatay boyutunda yer almalı, coşkun, lirik, aşkın anlamlar yerine rasyonel, mantıki yorumlar benimsenmelidir.⁷¹

Yorumda, “*kanun koyucunun yanlış yapmayacağı, abesle iştigal etmeyeceği, lüzumsuz söz söylemeyeceği*” gibi düşüncelerle kanun koyucunun yüceltilmesi, metnin kutsallaştırılması ve aşırı değerli görülmesi de sakıncalıdır. Düzeltici yorum yöntemiyle metindeki ya da metinler arasındaki bazı aksak yönlerin giderildiği bilinmektedir. Ancak bu durum, metnin, yorumda esaslı unsur olmasını değiştirmez.

Metnin yorumunda zaman zaman kaynak kanunun göz önüne alınması da mümkündür. Bu yöntem, kaynak yasaya nazaran tercüme hatalarını gün yüzüne çıkardığı gibi metnin, bir başka metinle mukayese edilerek daha geniş ve doğru yorumlanmasına da olanak sağlar.

Yukarıda da değindiğimiz gibi yorumda asıl amaç kanunun anlamını ortaya çıkartmaktır. Kanun koyucunun iradesini bulmak, yorumun tek amacı olamaz.

B. Tarihsel Yorum (Interprétation Historique)

Tarihsel yorum, metnin kanun olarak ortaya çıkış sürecindeki tüm çalışmaların incelenmesi suretiyle metnin anlamının belirlenmesidir.⁷² Bu yorum yöntemine, ülkemize has içtihat fetişizminden yola çıkarak,

⁷¹ Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Yazıları, (Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi)*, Ankara 2004, s. 20 vd.

⁷² Önder, I/95; Gözler, s. 168; Dönmezer / Erman, I/176; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.163; Taner s. 165.

kanunun geçmiş yıllarda nasıl yorumlandığının araştırılmasını da ekleyebiliriz.

Tarihsel yorum, tasarı halinden başlayarak kanunun, komisyonlardaki görüşmelerini, metne yapılan ekleme ve çıkartmaları, gerekçeleri, parlamentoda yapılan tartışmaları gözeterek kanun koyucunun amacının ne olduğunu araştırmak suretiyle yapılan yorumdur.

Dönmezer / Erman ve Erem / Danışman / Artuk'a göre⁷³ kanunun hazırlık çalışmalarının yorum aracı olarak belirli bir değer taşıdığına şüphe olmasa bile, bu aracı kullanırken dikkatli olunmalı, kanun koyucunun objektif iradesini yansıtan metne bağlı kalmak yerine, subjektif iradeyi yansıtan hazırlık çalışmalarıyla yetinilmemelidir. Ceza Genel Kurulu, 12.05.2009 tarih ve 6-80/123 sayılı kararında "...*madde gerekçelerinin yalnızca yorum aracı olması ve bağlayıcı bulunmaması, metne aykırı olan madde gerekçesinin, maddenin uygulanma alanını genişletmesine olanak sağlamayacağı...*"nı kabul etmiştir. Tosun'a göre Kıta Avrupası hukuk sisteminde yeni bazı görüşler, hazırlık çalışmalarının metnin yorumunda esas olmaması gerektiğini ifade etse bile, ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre hazırlık çalışmalarının, metnin yorumunda önemli bir yeri vardır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise yorumda, hazırlık çalışmalarına itibar edilmemesi benimsenmiştir.⁷⁴

Aral'a göre yoruma sözle başlamalı, bu yorum tarzının işe yaramadığı durumda kanun koyucunun iradesinin ne olduğuna bakılmamalıdır. Modern demokrasilerde kanun koyucu tek kişi olmayıp metinler karmaşık bir süreçten geçerek pek çok kişinin katılımı ve yardımı ile norm haline dönüşmektedir. Bu açıdan kanun koyucunun gerçek iradesinin bulunması güçtür. Bu nedenle tarihsel yorum, yardımcı bir yorum yöntemi olarak ihtiyatla ele alınması gereken bir yorum türüdür. Kanun koyucunun iradesi, yorumda büsbütün kenara atılamaz.⁷⁵

Selçuk ise bu konuda şu değerlendirmelere yer vermiştir. "*Yasama organının kesin ve son görüşünü (yargısını), oylanıp Resmi Gazete'de yayımlanan metin yansıtır ve belirler; asla oylanmayan gerekçe ve hazırlık çalışmaları değil. O nedenle de, yasallık ilkesinin konusu ve muhatabı, yayımla-*

⁷³ Dönmezer / Erman, I/177; Erem / Danışman / Artuk, s. 117.

⁷⁴ Tosun, s. 36.

⁷⁵ Aral, s. 194, 198.

nan bu metindir. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları bunların dışındadır. Bu yüzden, yurttaşlar yasayı bilmekle yükümlüdür. Ama hiç kimse gerekçe ve hazırlık çalışmalarını bilmek zorunda değildir. Eğer uygulamada bunları bilmek zorunlu tutulursa, yasa koyucu, uyumsuzlukların gerekçeyle çözüleceğini düşünerek, özenli yasa yapmayacaktır. Dahası yapılan araştırmalar da, pratik nedenlerle, gerekçe ve hazırlık çalışmalarının gözetilmemesini gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira Meclis Genel Kurulu'nun anlayışı, uygulamada komisyon ve kişilerin anlayışından çoğu zaman başka olmuştur; hatta, gerekçe önerenlerin ve değiştirenlerin görüşlerini yansıtmamış; herkes sözcüklere başka başka anlamlar yüklemiş, algılama ayrılıklarının çoğu kez ayırdına bile varılmamıştır. Böyle bir süreçte, gerekçe ve hazırlık çalışmalarından hangisinin gözetileceği ve hangilerine kısıllacağı elbette bilinemez ve onlara başvurarak çözüm üretmek sağlıklı olamaz. Nitekim Almanya'da ilkin 1885'te Binding, s. Liszt; Fransa'da Yargıtay Başkanlarından Ballot Beaupre, yazar F. Helie, 1899'da Génay ve daha sonra da H. Capitant, Planiol, Ripert, yorumda gerekçe ve hazırlık çalışmalarına başvurunun doğru olmadığına değinmişlerdir. Anglo-Sakson hukukunda ise bu aracın kullanımı, 18. yüzyılın ortasından bu yana kesinlikle yasaktır. Bu yüzden değerleri görelidir, saltık değildir. Sözgelimi, yasal metne yansımış ve gerekçede ya da hazırlık çalışmalarında açıklanması yapılmışsa bir sözcüğün anlamı için bu araçlara başvurulabilir. Ancak Bunların da salt bağlayıcı bir değeri yoktur. Kısaca yasal metne yansımadığı takdirde bu aracın kullanılması düşünülemez. Çünkü yorumcu metinle bağımlıdır; gerekçe ve hazırlık çalışmalarının izdüşümünü yansıtmayan bir metni, bunlara uymadığı gerekçesiyle, ne daraltabilir, ne genişletebilir ve ne de değiştirilebilir. Gerçekten yorumcunun öz görevi metinde yansıyan (zahir olan) amacı araştırmak, saklı ve varsayılan (mefruz) niyeti keşfetmek değildir. Eğer, ille de bir keşiften söz edilecekse, bu yasalaşan metnin anlamını/amacını keşiftir; onu önerenlerin kurgularını değil. Bu bağlamda, yorum belki bir keşiftir, ama asla bir icat değildir. Çünkü, yargıç, yasayı uygular, yasa yapmaz; yasaya göre hüküm kurar; hükümet etmez. Nitekim Batı hukukundaki uygulama da, yansıtılan bu öğreti doğrultusundadır. Kanada Yüksek Mahkemesi, 1769'dan bu yana (Taylor davası), yani 266 yılından beri, bu araçlara başvurmayı yasaklamış ve 25.8.1812, 11.3.1831, 25.4.1850, 4.6.1889, 20.12.1930, 18.3.1923 tarihli kararında Fransız Yargıtayları, 15.12.1948 Luxembourg Danıştay bu araçların görelisi, ikincil değerde olduklarını vurgulamışlardır. İtalya'da ise, 14.6.1922'de cezada, 10.4.1954, 13.3.1975, 19.5.1975'te hukuk-

ta, Daireler; 10.12.1957'de de Ceza Daireleri Birleşik Kurulu aynı yönde kararlar vermiştir."⁷⁶

8.12.1982 tarih ve 4/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı, tarihsel yorumun, bu gün gelinen anlayışa göre artık geçerliliğini yitirdiğini, amaca dönük yorumun esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Anılan İBK, şu ifadeleri içermektedir. "...Bir kanun hükmü, konuluş amacına uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Kural olarak bir hükmün amacı olarak değerlendirilebilecek olan, özüyle biçimini oluşturan sözü özdeştir. Bunlar arasında bir bağdaşmazlık varsa, açık bulunan söze itibar olunması esastır. Yani amacın, açık anlatımda belirtilmiş olduğu varsayılır... Her şeyden önce, bir kanunun hazırlanmasına ilişkin tüm belgeler ve arada gerekçeler, bu günkü anlayışa göre, yorumda eski geçerliliğini yitirmiştir. Gerçekten, bu gün yürürlükte bulunan düşünce açısından tarihsel yorum yerine, amaca yönelik yorum esastır. Bir madde yorumlanırken, o maddenin kanunlaştırılmasından önceki evrede oluşturulmuş yasama belgeleri değil, yorumun yapıldığı andaki topluma hâkim koşullar, ihtiyaçlar göz önünde tutulur..."⁷⁷

Tarihsel yorum, geçmişe yaptığı gönderme ile metnin anlamını yapıldığı zamanın koşulları içine hapsetmekte, metnin, hazırlık çalışmaları sırasında yeterince tartışılarak yorumlandığı kabul ederek başka yorumların yolunu kapatmakta, ya da en azından darlaştırmaktadır. Bu noktada tarihsel yorumun farklı bir görünümü olan ve kısmen yukarıda yargısal yorum başlığı altında değindiğimiz, ülkemize has içtihat fetişizmi üzerinde durmak gerekir.

2005 yılında ceza mevzuatımızda yaşanan köklü değişiklik, yorum gücü zayıf olan yargı sistemimiz⁷⁸ üzerinde travma etkisi oluşturdu.

⁷⁶ Selçuk, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 61 (metin içindeki kaynaklar çıkartılmıştır. C.O.)

⁷⁷ Bkz. Şener, Esat, *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ankara 2000, s. 726.

⁷⁸ Adli istatistiklere göre, Yargıtay ceza dairelerinin onama kararları oranı 2006 yılında % 28.8, 2007 yılında % 39.5, 2008 yılında ise % 19'dur. Diğer kararlar ise ağırlıklı olarak bozma olmak üzere ret, geri çevirme, ilgili daireye gönderme vs şeklindedir. Yargıtay ceza dairelerince verilen kararları ve yerel mahkemelerin direnme kararları üzerine inceleme yapan Ceza Genel Kurulu ise 2006 yılında %23.1, 2007 yılında % 20.1, 2008 yılında ise %18.9 oranında onama kararı vermiştir. Detaylandırmadığımız bu oranlar, mahkemelerimizin ve Yargıtay ceza dairelerin, kanunların ve kanıtların yorumunda isabetli görüşler ortaya koymadığını göstermesi açısından yeteri kadar fikir vermektedir. İstatistik rakamları için Bkz Adli İstatistikler 2008, Adalet Bakanlığı yay

Bir yanda İtalya-Fransa etkisinde karma yorumlanan eski ceza kanunumuzun sistemi, diğer tarafta Almanya etkisinde hazırlanan yeni kanunumuzun sistemi, uygulayıcıları zora soktu. Bu noktada kanunun gerekçesi, yorumda önemli işlev görerek, gizli bir yasama yorumu görevi üstlendi.⁷⁹ Kanunun, “*iċti̇hat*” olarak adlandırılan, paketlenmiş hazır yorumları da gerekçe üzerine bindirilerek yasama yorumu güçlendirildi. İċti̇hat, tarihin bir döneminde, belirli ve somut bir olay nedeniyle kanunun Yargıtay tarafından yorumlanmasıdır ve kural olarak sadece yargılamaya konu uyuşmazlığa has bir çözüm, bir yorumdur. İċti̇hada yansıyan kanun yorumunun, bütün benzer olaylarda genel geçer kabul edilmesi, kolaycılıktır, ezberciliktir ve yorumun da metin gibi değişmez kabul edilmesidir. Her yargısal uyuşmazlık metnin yeniden yorumlanmasını zorunlu kılar. Bu nedenle hukuk, her olay bağlamında yeniden oluşur. Hukukun canlı ve sürekliliğinin de kaynağı budur. Geçmişte meydana gelen bir uyuşmazlık nedeni ile yapılan yorumun, gelecekteki bütün benzer olaylar içinde de geçerli kabul edilmesi, iċti̇hat yoluyla tarihsel yorumun devam ettirilmesi demektir.

C. Geliştirici (Amaçlı / Gai / Teleolojik) Yorum

Kanunlar, belirli bir zamanda belirli bir uyuşmazlığın çözümü için yapılmaz. Kanundan beklenen, yürürlükte olduğu sürece benzer nitelikteki tüm uyuşmazlıkların çözümünde kılavuz, hakem olmasıdır. Hukuk yaşayan bir düzen kurmak amacıyla her neslin ve her devrin ihtiyaçlarına cevap vermek zorundadır. Bu da kanun koyucunun belli bir zamandaki düşüncesini değil, kanunun amacının (*ratio legis*) dikate alınmasını gerektirir. Bu amaç ise, içinde bulunduğumuz zamanın gereklerine göre saptanmalıdır. Kısacası, kanunlar uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmalıdır. Çünkü yürürlüğe girdik-

⁷⁹ “...1412 sayılı CYUY’nin 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra (5271 sayılı CMK’nun 193/2 fıkrası C.Otacı) benzerlik arz etmekte ise de, anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY’nin 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlandıran görüşler doğrultusunda değil, *yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı*, anılan hükmün mahkûmiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir... CGK, 20.10.2009 11-89/243”

ten sonra kanunlar, kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkar, bağımsız bir varlık haline dönüşürler.⁸⁰

Bir metin yorumlanırken kanunun amacı göz önünde bulundurulmalı, metin bu amaç doğrultusunda yorumlanmalı, sonra diğer yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Bu şekilde diğer yorum yöntemlerinin neden olabileceği hatalarında önlenmesi mümkün olacaktır. Bu yorumda en önemli amaç, metin ile yorumlandığı zaman arasında bağlantı kurulup, metnin, zamana uygun yorumlanmasıdır. Metin, kanun vasfını aldıktan sonra kanun koyucunun iradesinden bağımsız hale gelmiş, kendi iradesi ile yaşamaya başlamıştır.⁸¹

Selçuk'a göre "... dinsel dönemde dinsel (yasal) metnin yorumu, yasa-yı koyan tanrısal istencin (iradenin) keşfiydi. Bu, yüzyıllardan beri ve bu gün de böyledir. Lâik yasalara geçilince, tanrısal istencin yerini alan yasa koyucusunun (kral ya da kurul) istencini bulmağa yönelindi. O yüzden, Montesquieu, Portalis, Beccaria, yasa koyucu olmayan yargıca yorumu yasakladılar. Bu nedenle, yasama yorumu kavramına ulaşıldı. Ancak, anketlere dayalı bilimsel araştırmaları, kurullarda yasa yapılırken, bireylerin sözcük ve terimlere aynı anlamı yüklemediklerini ve politik ve duygusal dinamiklerin yasalaşmayı etkilediklerini kanıtladı. Bu bakımdan, yorum tekelinin, soruna, daha ölçülü, duygusalıktan uzak ve soğukkanlı yaklaşabilecek yargıca verilmesi düşünüldü. Yargıç, bu temel mantık uyarınca, artık yasa koyucunun yasanın çıkması ve vesile olan öznel istencine göre değil, metnin dilinde yatan, geleceği de kapsayan, yasalaşır yasalaşmaz özerklik kazanan yasanın nesnel istencine göre yorum yapacaktır. Çağıl bilimin ulaştığı bu türün adı da ereksel (teleolojik) yorumdur. Eğer, yargıç salt gerekçe ve hazırlık çalışmalarına göre yorum yaparsa ve böylelikle de bilimin çizdiği bu evrim sürecini tersinden okuyup uygulamaya yansıtırsa, kaçınılmak istenen tuzağa düşmüş olur. Bu ise anakronizmdir. Böyle bir yorumun adı ise, doğru deyişle, genetik, yerleşik deyişle tarihsel yorumdur; asla ereksel yorum değildir..." görüşüne yer vermiştir.⁸²

Kanun koyucu, metni hazırlarken güttüğü amacı madde başlıklarında, maddenin yer aldığı bölüm, fasıl gibi yerlerde ve en nihayet

⁸⁰ Gözler, s. 171 vd; Centel / Zafer- / Çakmut, s. 91; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 171; Aral, s. 198 vd; bkz. Özbilgen, s. 436 vd.

⁸¹ Tosun, s. 35, 43; Önder s. 97; Aral, 199 vd.

⁸² Selçuk, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 64.

metnin içinde gösterir.⁸³ Bazı yazarların ayrı bir başlık altında ele aldığı sistematik yorum (*interprétation systématique*), kanaatimizce geliştirici yorumun bir açılımı olarak değerlendirilmelidir. Sistematik yorum; kanun koyucunun, bütün kanun metinlerini belirli bir hiyerarşi ve sistem içinde düzenlediğinden hareketle, metinler arasındaki sistematik ilişkinin açığa çıkartılması, metinler arasındaki bağlantının gösterilmesi, üst-alt norm, genel-özel norm, asli-tali norm gibi düzenlemelerin göz önünde bulundurulması suretiyle yorumu amaçlar.⁸⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. maddesinde amacını “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir” cümleleriyle açıklamıştır.⁸⁵

765 sayılı mülga TCK’nın 450/7-8 bentlerinde düzenlenen suçta, araç suç-amaç suç ayırımına bakılmaksızın sadece en ağır olan araç suç öldürmeden ceza verilirken, yağma suçunu işlemek için öldürme, kapkaç olarak adlandırılan eylemin işlenmesi sırasında meydana gelen ölüm/yaralanma olaylarındaki artış nedeniyle hem araç suçun hem de amaç suçun ayrı ayrı cezalandırılması benimsenmiştir.⁸⁶

D. Düzeltici Yorum

Yoruma konu metnin yanlış, eksik, isabetsiz, münasebetsiz olduğu düşüncesiyle düzeltilerek uygulanmasıdır. Erkler ayrılığına müdahale olduğundan ve yorum kavramı ile bağdaşmadığından bu tür yorum kabul edilemez.⁸⁷ Erem / Danışman / Artuk’a göre, düzeltici yo-

⁸³ Dönmezer / Erman, I/175; Centel / Zafer / Çakmut, s. 88 vd.

⁸⁴ Önder I/96; Dönmezer / Erman, I/175; Gözler, s. 169; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.164; Erem / Danışman / Artuk, s. 115; Tosun, s. 31; Aral, s. 201; Özbilgen, s. 431

⁸⁵ Selçuk, a göre Ceza Kanunu’nda yer Alan, bu madde gereksiz, sakıncalı ve çelişkilidir. Bkz. *Türk Ceza Yasasında Yorumları Etkileyecek Çapak Bir Madde, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007, s. 297.

⁸⁶ Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Ankara 2009, s. 535 (Otacı Kasten).

⁸⁷ Dönmezer / Erman, I/172.

rum, kanundaki maddi hatalara münhasır olarak mümkündür. Kaynak kanundaki açık çeviri hataları, maddi hata sayılır.⁸⁸

E. Genişletici Yorum, Daraltıcı / Darlaştırmacı Yorum, Dar Yorum,

Bahsedilen yorum türleri, bazı yazarlara göre geliştirici/teleolojik yorumun alt başlıklarıdır. Genişletici yorum, metinde yer alan kelimenin anlatılmak istenen amacı tam olarak karşılayamaması halinde başvurulmuş yorumdur.⁸⁹ Ceza hukukundaki kıyas yasağı, genişletici yoruma başvurmayı engellemez. Yasak olan, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanmasıdır (TCK m. 2/3).

Daraltıcı yorum ise; metindeki kelimenin anlamının amacını aşması halinde başvurulmuş bir yorumdur. Daraltıcı yorumda, metinde kullanılan kelime ile asıl kastedilenin ne olduğu gösterilerek, kelimenin anlamında darlaştırmaya gidilir.⁹⁰ Daraltıcı yorum, özellikle Fransız doktrininde ileri sürülen bir görüştür, ceza hukukunun dar yorumlanması gerektiğini ifade eder. Bu görüşün iki dayanağı vardır. Biri erkler ayrılığı diğeri de şüphenin sanık lehine olması. Erkler ayrılığı gereğince hâkim, metinleri olduğu gibi uygulamalı, yorum yoluyla ka-

⁸⁸ Erem / Danışman / Artuk, s. 106; Benzer yönde Berki, s. 109.

⁸⁹ Gözler, s. 183; Centel / Zafer / Çakmut, s. 93; "...Dernekler Kanunu'nun 44. maddesinin her iki fıkrasında getirilen düzenleme yazılı olarak önceden kararlaştırılıp hazırlanan bir metnin basılarak dağıtılmasına ilişkindir. Oysa dernek adına belli bir konuda basın toplantısı düzenlenmesi halinde ise, yazılı bir metnin basılarak dağıtılması değil, bir takım sözlü açıklamaların yapılması söz konusudur. Sözlü açıklamaların iyi anlaşılabilmesi için, konuşma metninin basın mensuplarına dağıtılması halinde, "yayın" veya "yayın" kavramlarından ya da benzerlerinden birinin yapıldığının, dağıtıldığının kabulü olanaksızdır. Genişletici yorum yapılmak suretiyle aksinin kabulü, başka bir deyişle sözlü açıklamaların da maddede hükmünün kapsamına dâhil edilmesi, basın mensuplarının sorularına muhatap olan dernek yöneticilerinin cevaplarının ve açıklamalarının da cezalandırılması gibi bir durum yaratacaktır ki bu da yasal olmayan bir biçimde özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır... CGK, 04.06.2002 tarih ve 9-127/266"; "...Anayasa'nın 87. maddesinde, TBMM'nin genel ve özel af ilânına karar verebilmesi için, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun oyu aranmaktadır. Anayasa'nın böylesine önemseydiği ve nitelikli çoğunluk öngörüp sıkı koşula bağladığı bir konuda, "af" sonucunu doğuracak genişletici bir yorum kabul edilemez... CGK, 17.04.2007 10-71/98".

⁹⁰ Centel / Zafer / Çakmut, s. 92.

nun koyucunun istek ve iradesini genişletmemelidir. Fransız doktrini, şüphenin sanık lehine yorumlanmasını temelde usul kuralı olarak kabul etmekle birlikte metnin anlamının açık olmaması halinde sanık aleyhine geniş yorumlanamaması görüşünü ileri sürerken aslında yapılan daraltıcı yorum değil, titiz yorum olduğunu ileri sürer.⁹¹

Genişletici ve daraltıcı yorumunun ortak noktası, metinde yer alan ibarenin, kastedilen anlama uymamasıdır. Metindeki ibare, kastedilmek istenen anlamı aşırıyorsa daraltıcı, kastedilen anlamdan dar ise genişletici yorum yapılır. Metnin kastettiği anlam, her halükarda lafza üstün tutulmaktadır.⁹²

Dar yorum ile daraltıcı yorum aynı şey değildir. Dar yorum, bir ifadeye “normal olarak yorumlanan” anlamına nazaran daha dar bir anlam verilmesidir.⁹³ Daraltıcı yorum ise metindeki tek bir kelimenin kapsamını daraltan yorumdur.

*Yorum bilim (hermeneutique), adı üstünde bir bilimdir. Her bilim gibi sıkı düzen (disiplin) içinde işletilir. Belli kurallara dayanır. Bunlara uyulması gerekir. Çeşitli hukuk dallarında yorumunda nasıl yapılacağı konusunda çok sayıda ülke temsilcilerinin katıldığı 1978 Louisiana bilimsel toplantısında her hukuk dalı için genel geçer kurallar saptanmıştır. Ceza hukukunda yapılacak yorumda, yalnızca metnin temel alınacağı, metinlerin dar yorumlanacağı, yargıcın erekbilimsel (gai, teleologiuqe) yoruma başvururken, bunun nesnel sınırlarına uyması gerektiği, yasal haklar güvencesinin ve hukuk güvenliğinin ancak böyle sağlanabileceği konusunda ortak görüş oluşturulmuştur. Yeni Fransız Ceza Yasasının 4. maddesine göre Ceza Yasası dar yorumlanır.*⁹⁴

7. CD’nin 07.04.2009 tarih ve 3351/4849 sayılı kararı, genişletici yoruma güzel bir örnektir. Daire, anılan kararıyla; 4320 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer alan “aile” kavramını, uluslar arası sözleşmeler ve AİHM kararları doğrultusunda medeni nikâhla kurulmuş aileden daha geniş anlamda yorumlanmış, 4320 sayılı Kanun’un yalnızca nikâh bağına dayalı aileleri korumadığı, bu kabulün sözleşmeye de aykırılık oluşturacağı sonucuna varmış, hukuken evli olmasalar da fi-

⁹¹ Tosun, s. 26.

⁹² Erem / Danışman / Artuk, s. 108.

⁹³ Gözler, s. 183.

⁹⁴ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374.

ilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşayan (resmi nikâhsız) kişilerin de İHAS'nin 8.maddesi ve AİHM'nin yerleşmiş kararlarına göre aile hayatı yaşadığı yorumunu yapmıştır. Bu yorum sonucunda; aynı çatı altında nikâhsız olarak birlikte yaşadığı eşine karşı tehdit ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle mahkemece verilen “4 ay süreyle şiddet ve korkuya dayalı davranışlarda bulunmaması yönündeki tedbir kararına” aykırı davranıp tekrar eşine etkili eylemde bulunması nedeniyle 4320 sayılı Kanun’a muhalefet suçunun oluştuğuna karar vermiştir.

CMK'nın 231. maddesinin 6 fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için gerekli şartlar sayılmıştır. Maddenin 6-c bendinde yer alan “mağdurun veya kamunun uğradığı zarar...” ibaresindeki “zarar” kavramı, maddi ve manevi zararı ifade edecek kadar geniştir. Yargıtay, bahsedilen zararı “maddi zarar” olarak yorumlamış, daraltıcı yorumda bulunmuştur.⁹⁵

TCK'nin m. 142/1-f bendine göre elektrik enerjisi hırsızlık suçunun konusu olabilir. TCK'nin 143. maddesi, herhangi bir ayırım yapmadan ve istisna göstermeden hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek cezanın artırılmasını kabul etmiştir. Elektrik enerjisinin gece vaktinde (TCK m. 6/1-e) çalınması halinde 143. madde ile cezada artırım yapılacak mıdır? Yargıtay bu soruya olumsuz yanıt vermekte⁹⁶ gerekçe olarak “suçun niteliği”ni göstermekte, “gece vakti” ibaresini, diğer bazı hırsızlık suçlarını esas alarak daraltıcı yoruma tabi tutmaktadır. Sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin çalınması (m. 142/3) ve bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık (m. 142/2-e) suç-

⁹⁵ “... Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği... CGK, 03.02.2009 11-250/13; aynı yönde 1. CD, 04.11.2009 6750/6587, 2. CD, 10.11.2009 35239/42179, 4. CD, 25.01.2010 26706/587.

⁹⁶ “...Elektrik hırsızlığı suçunun niteliği gereği 5237 sayılı TCK'nın 143. maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığı gözetilmeden, suçunun gece vakti işlendiğinden bahisle hükmedilen cezada artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini 2. CD'nin 17.12.2009 tarih ve 38379/47457 sayılı kararı”; Aynı yönde 2. CD'nin 13.10.2009 tarih ve 30003/38247 sayılı kararı, 2. CD, 13.10.2009 31488/38139, 2. CD'nin 03.04.2008 tarih ve 20024/6237 sayılı kararı

ları açısından da “gece vakti” ibaresi, aynı şekilde daraltıcı yoruma tabi tutulmalıdır.

3. Yorum Araçları

Bir metnin yorumunda, kabul edilen yöntemden başka başvurulacak yorum araçları da doğru yoruma ulaşmada önemli işaret taşlarıdır. Yorum aracı olarak kabul edilen metin, metnin amacı, konuluş nedeni, sistematığı gibi konulara yukarıda değinildiğinden burada tekrar etmekte yarar görmüyoruz. Metin, yorumda asıl ve en temel malzemedir. *Metin, yasa koyucunun ve yasanın gerçek iradesinin yansıtıldığı anlatımdır. O nedenle yorum, var olan bir metinden başlamalı ve onun içinde kalmalıdır. Metne yabancı öğeler, yoruma müdahale edemezler. Herkesin üzerinde birleştiği açık metni yorumlamaya gerek yoktur. İster dilbilimsel, ister ereksel, ister sistematik vb hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, düşünsel bir etkinlik olan yorumlama, mutlak var olan bir metinden yola çıkmak ve ona anlam vermek demektir.*⁹⁷

A. Hukukun Genel İlkeleri

Kanun metinlerinde açıkça ifade edilmese de hukukun genel ilkeleri, sıklıkla başvurulacak bir yorum aracıdır. Masumiyet karinesi, cezaların kişiselliği, bir suç nedeniyle bir kez cezalandırma, ahde vefa gibi hukukun genel ilkeleri, metinde aksine hüküm olmayan durumlarda başvurulacak bir yorum aracıdır.⁹⁸

Hukukun genel ilkeleri, evrensel ilkeler olduğundan yorumun, bu araç yoluyla evrensel standartlar içinde kalması sağlanır.

⁹⁷ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374.

⁹⁸ Dönmezer / Erman, I/179; Centel / Zafer / Çakmut, s. 90; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 167; Erem / Danışman / Artuk, s. 107; Tosun, s. 32; “...Bu nedenle usûl yasalarının düzenlemediği alanlar kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olmamak ve yasanın ruhuna uygun olmak koşuluyla yorum ve kıyasla doldurulabilmektedir.... CGK, 17.02.2009 tarih ve 1/172-26 sayılı kararı”

B. Karşılaştırmalı Hukuk

Kanunlar, farklı ülkelerde farklı metin ve uygulamaya sahip olsa bile, çoğu defa amaç, kavram, korunan hukuki yarar, evrensel ilkelere birlik gibi ortak noktalara sahiptir. Şu gerçeğin altı çizilmelidir ki hukuk, yüzyıllardır temel formüller üzerinde gelişen, ayrıntıları toplumsal bilgiye göre farklılaşan bir disiplindir. Tarih, hukuk anlayışında birkaç tane sıçrama olduğunu göstermiştir. Bu sıçramalarda hukuk başat değildir. Ekonomik, siyasal ya da felsefi düşüncelerde köklü değişiklik, hukuk mantalitesinin de değişmesini zorunlu kılmıştır. Bu açıdan toplumların değişmesinde hukuk etkileyici değil, etkilenen disiplin olma özelliğini korumuştur. Üç aşağı beş yukarı bütün hukuk sistemleri belirli temel yöntemler kullanır. Toplumsal zihniyet ya da toplumsal gerçeklik, ayrıntılar üzerinde etkilidir. Aynı toplumsal zihniyetler ya da toplumsal gerçeklikler, farklı toplumlar arasında türdeş hukuk sistemlerinin oluşumunu sağlar. Aydınlanma ile başlayan süreçte, modernizmin etkisi ile farklı toplumlar, türdeş hukuk sistemleri oluşturmuş, en azından aynı kavramları ortaklaşa kullanmaya başlamıştır. Bu durum, hukukun, kavramsallaşma, formülasyon şekli, uygulama tarzı olarak kapalı sistemler/havzalar haline geldiğini gösterir.⁹⁹

Ortak hukuk tarihi kavramlarının kullanımında karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak, özellikle kaynak kanunun yorumlarına, uygulamalarına göz atmak, isabetli yorumun bulunmasında fayda sağlayacaktır.

Ceza kanunlarının yorumunda, karşılaştırmalı hukuk yorumlarından yeterince beslendiğimizi hatta evrensel kavramları, evrensel standartlara göre benimsediğimizi söylemek güçtür. 2005 yılından itibaren yürürlükten kaldırılan ceza mevzuatının yorumunda, kavramları ve kurumları başkalaştırma, yorum yöntemiyle metni çarpıtma gibi konularda kötü şöhretimiz bilim çevrelerinde ifade edilmiştir.

⁹⁹ Otacı, Cengiz, "Bilgi Sosyolojisi Penceresinden Hukuka Bakış", *Güncel Hukuk*, Aralık 2007, S. 46, s. 59.

C. Mantık Kuralları

Mantık, doğru düşünme demektir. Formel karakteri nedeniyle her bilim dalına uygulanabildiği gibi doğru düşünmenin nasıllığını göstermek bakımından hukukun da mantıktan yararlanması gerekir. Hukuk mantığı, metinlerden, somut olaylara uygulanacak sonuçları elde etmeyi ifade eder. Başka bir deyişle metin, doğru düşünme kurallarına göre analiz edilir ve buradan çıkartılan sonuçlar, somut olaya uygulanır.¹⁰⁰ Metin, yorumcuya “olanı” verir. Yorumcu, mantık kurallarını hiçe sayarak “olan”dan “olması gereken”e ulaşamaz. Yorum yoluyla pozitif hukuktan yola çıkılarak ideal hukuka ulaşılamaz.

Hukuk mantığı, aracılığıyla hukuksal yapıların analiz edildiği ve hukuksal akıl yürütmenin gerçekleştirildiği özel bir mantık türüdür. Hukuk normu, emredici niteliğiyle bir “önerme”dir. Mantık şeması açısından yazılı metin (norm) büyük önerme, yargılamaya konu olay ise küçük önermedir. Önce küçük önermenin (somut olay) ne olduğu kanıtlar ışığında şüpheye yer vermeyecek derecede ispatlanmalı, sonra olaya uygulanacak büyük önerme (norm) saptanmalı ve sonuca ulaşılmalıdır. (A), insan öldürdü (küçük önerme), insan öldürme suçtur (büyük önerme), o halde (A), insan öldürme suçunu işledi (sonuç). Önermelerden birinin yanlış ya da kanıtlanmaya muhtaç iken doğru kabul edilmesi halinde varılacak sonuç da yanlış olacaktır. Kavga ortamında söylenen tehdit sözlerinin korkutucu olmadığı ve suç oluşturmadığına dair terk edilen önceki yargı kararları¹⁰¹ Selçuk’un bahsettiği gibi mantık hatasına dayanıyordu. Selçuk bu konuda şunları söylemektedir; “Öfkeyle söylenen tehdit sözleri kimse tarafından ciddiye alınmaz ve bu yüzden de korkutmaz (mutlak ve genelleştirici büyük önerme) / Olayda sözler öfkeyle söylenmiştir (küçük önerme) / Öyleyse ciddi ve korkutucu (ihlal edici) değildir (sonuç). Görülüyor ki, burada varılan sonucu belirleyici olgu, öfkedir. Her öfkenin korkutucu olmadığını söylemek, yukarıda belirtildiği gibi, hem gerçekçi değildir ve hem de bu konuda genel ve a priori bir kural koymak olanaksızdır. Soğukkanlılıkla söylenen her sözün korkutucu olduğunu ileri sürmek de böyledir. Öfkenin korkutucu olmadığını mutlak biçim-

¹⁰⁰ Aral, s. 171.

¹⁰¹ Örnek olarak, CGK, 2.7.1979 tarih ve 182/312 Sayı; CGK, 8.10.1979 tarih ve 354/450 Sayı; CGK, 27.4.1981 tarih ve 158/336 Sayı; CGK, 9.11.1987 tarih ve 376/533 Sayı; 2. CD, 18.12.1990 tarih ve 12947/13395 Sayı.

de iddia etmek aslında kanıtlanmaya muhtaç bir önermedir ve bu yüzden tasım paralojiktir. Zira tasımlamada ilk önerme, “insan ölümlüdür” gibi bilimin ve herkesin üzerinde kesinkes birleştiği, tartışılmayan bir gerçeği yansıtmak zorundadır. Kanıtlanmaya muhtaç bir önermeyi kanıtlanmış gibi göstererek büyük önerme oluşturmak ise, mantık biliminde savı kanıtlama (petiti-on de principe: petizione di principio = müsadere ale-l-matlup) denilen ve paralojizme yol açtığı için başvurulması yasaklanan bir yöntemdir. Çünkü böyle bir yöntemdeki ilk önermenin yanlışlığı bulaşıcıdır ve yanlış da sonucu belirleyicidir. O nedenle, öfkeyle söylenen sözlerin korkutucu olmadığı yolundaki mutlak önermeye dayanan mantığın ve sonucun yanlış olduğunu söylemeye bile gerek yoktur. Öyleyse doğru görüş şudur: Tehdit cürmü, ister öfkeyle ister soğukkanlılıkla işlensin, ihlal edicilik açısından her olayda işlendiği ortama ve somut koşullara göre değerlendirilmesi gereken eylemsel bir sorundur. Bu konuda önceden (a priori) mutlak bir kural getirilemez”¹⁰²

a. Kıyas / Örneksime / Analoji

Ceza hukukunda kıyas, bir eylemi suç sayan kanunun, o eyleme benzeyen ancak kanunda açıkça suç sayılmayan bir başka eyleme benzetilerek uygulanmasıdır,¹⁰³ erkler ilkesine açıkça aykırılık teşkil eder. Kıyas, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olduğundan ceza hukukunda yasaklanmış, bu yasak TCK’nın m. 2, 3 fıkrasında “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklinde kabul edilmiştir. Ceza Usul hukukunda ve diğer hukuk dallarında kıyas yasak değildir.

Yazarlar kıyası, kanuna göre kıyas ve hukuka göre kıyas olarak iki başlık altında incelemektedir. Kanuna göre kıyas, kanun koyucunun suç olarak tanımladığı bir normun korumak istediği hukuki yarardan hareketle suç olarak tanımlanmayan bir eylem arasında benzerlik kurulmasıdır. Hukuka göre kıyas ise, benzer bir suç tanımlamasından

¹⁰² Selçuk, 18.1.1993 1/1 sayılı İBK’ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 213.

¹⁰³ Centel / Zafer / Çakmut, s. 95; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 175; İçel / Donay, s. 83; Değişik tanımlar için bkz. Önder I/127; Tosun, s. 45.

değil, hukukun genel ilkelerinden veya belirli kural kategorilerinden hareketle yapılan kıyastır.¹⁰⁴

Yukarıda da açıklandığı gibi ceza hukukunda yasaklanan kıyastır. Genişletici yorum yasaklanmamıştır¹⁰⁵ ancak, suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Geniş yorum ile kıyasın sınırları nasıl belirlenecektir? Kıyasta, kanunun açıkça düzenlediği bir eylem ile açıkça düzenlenmeyen eylem arasında karşılaştırma yapılarak yorum yoluyla yeni bir gizli norm, yeni bir suç tipi oluşturulur. Geniş/genişletici yorumda ise, var alan bir metin, kastedilen anlamı tam olarak karşılayamadığından yorumlanması suretiyle anlamının kastedilene uygun hale getirilmesidir. Genişletici yorum, kıyasa yol açma sakıncası nedeniyle tehlikelidir. Bu nedenle metin, özenle yorumlanmalıdır. Yorum ile kıyas arasındaki sınırın belirlenmesi kolay değildir. Aral, Önder ve Erem / Danışman / Artuk'a göre yorumda, metindeki kelimelerin anlamı üzerinde hareket edilmek suretiyle metnin içinde kalınırken kıyasta metnin dışına çıkılmaktadır. Metindeki kelimenin en geniş anlamının bile kabul edilmesi yorumdur. Metindeki kelime ile yapılan yorum arasında herhangi bir bağlantının kalmaması halinde artık yorumdan değil kıyastan söz edilmelidir. Yorum kanunu uygulamak, kıyas ise kanunun boşluğunu doldurarak yeni kural ihdas etmek demektir.¹⁰⁶

Kıyas yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağlantılı olarak sanığın ne lehine ne de aleyhine kullanılabilir. Kıyas, ceza hukukunda lehe ya da aleyhe olsun, kurum olarak yasaklanmıştır. Kıyasın, aleyhe olanının yasak olduğuna, buna karşın lehe kıyasın mümkün olduğuna dair görüş¹⁰⁷ kabul edilemez.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Önder I/130; Centel / Zafer / Çakmut, s. 54; İçel / Donay, s. 84; Tosun, bu ayırımı anlamsız bulmaktadır s. 47.

¹⁰⁵ Krş. Özbilgen, "...cezada analogi geçerli değildir, ... bunun ... anlamı, ceza alanında genişletici yoruma yer olmadığı, bir diğer ve daha yerinde deyişle, suç kapsamının genişletilemeyeceğidir..." Özbilgen, s. 422.

¹⁰⁶ Aral, s. 209; Önder I/100; Erem / Danışman / Artuk, s.111; Tosun, s. 22; Benzer yorum için bkz. Gözler, s. 183, Özbilgen, s. 419.

¹⁰⁷ İçel / Donay, s. 86; Soyaslan s 118.

¹⁰⁸ Önder, I/127; Centel / Zafer / Çakmut, s. 95; Tosun, s. 48.

Kıyas, temelde benzerliklerin karşılaştırılmasıdır. Bu açıdan kıyası, olay kıyası ve norm kıyası şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.¹⁰⁹ Ülkemizde, içtihatlar içinde yer alan olay ile yargılamaya konu olay arasında kıyas yaparak, olaylar arasında tespit edilen benzerliklerin, olaylara uygulanacak metinler arasındaki benzerliğiyle bağ kurulduğu sıklıkla görülmektedir. Taner'e göre hâkim, bir metni yorumlayıp uygularken, kanunun hazırlık çalışmalarından doktrin yorumundan bahsedemeyeceği gibi içtihatlardan da bahsedemez. Sayılan çalışma ve yorumlardan yararlanmakla birlikte hâkimin asıl görevi, kendi araştırmalarına göre edindiği kanaati, bunun sebeplerini kendi içtihadını yani somut olayla bağlantılı olarak kendi yorumunu göstermektir.¹¹⁰

5237 sayılı TCK'nın m. 184/4 fıkrasındaki *"belediye sınırları"* ibaresi, 4. CD tarafından *"müccavir alan"* şeklinde yorumlamaktadır. Daire, 25.05.2009 tarih ve 12555/10141 sayılı kararında; *"3194 sayılı İmar Kanunu'nun 1, 2, 21. maddeleri ile "Belediye ve Müccavir Alan Sınırları İçinde ve Dışında Planı Bulunmayan Alanlarda Uygulanacak İmar Yönetmeliği" hükümlerine göre, imar planı bulunmayan alanlarda da bina yapılması için merciinden yapı ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu ve İmar Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, müccavir alanların imar mevzuatı bakımından belediyelerin yetki, denetim ve sorumluluğu altında bulunduğu gözetilmeden, sanığın ruhsatsız bina yapmak suretiyle imar kirliliğine neden olma suçundan hükümlülüğü yerine, binanın belediye müccavir alan sınırları içinde kaldığı ve TCK'nın 184. maddesinde ayrıca müccavir alandan söz edilmediği biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi"* görüşü ile müccavir alandaki inşaat faaliyetinin de 184. madde kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Kanun'un m. 184/4 fıkrasında yer alan *"bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde ... uygulanır"* şeklindeki düzenlemeye rağmen yapılan bu yorum genişletici yorum sayılmaz. Dairenin, madde'nin açık düzenlemesine rağmen, belediyelerin yetki, denetim ve sorumluluk alanından hareketle İmar Kanunu'nun 1, 2 ve 21. maddeleri gereğince kıyas yaparak, Kanun'un 2/3 maddesine aykırı şekilde yorum yoluyla suç ihdas ettiğini düşünmekteyiz.¹¹¹

¹⁰⁹ Gözler, s. 175.

¹¹⁰ Taner s. 166.

¹¹¹ Benzer yönde 4. CD, 30.06.2009 190/13021; 4. CD, 30.06.2009 199/13022.

b. Evleviyet / Önceliklilik (Argumentum A Fortiori) Kuralı

Kapsamı geniş olan bir norm, daha az kapsamlı normu da içerir ve hafif olan için yürürlükte bulunan kural, daha ağır olan için de yürürlükte dir. Evleviyet kuralının temelinde, çoğun içinde azın da bulunacağı veya bütün için doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı, daha önemli bir durum için kabul edilen bir hükmün daha az önemli bir durum için de uygulanması gerektiği fikri yatar.¹¹² Evleviyet/ önceliklilik kuralının uygulanması, genişletici yorum değildir, zira evleviyet/ önceliklilik, metnin anlamından çıkartılır.¹¹³ Sözelimi kasten yapılan bir eylem cezalandırılmıyorsa aynı eylemin ihmalen yapılması hali de cezalandırılmaz.

Selçuk' göre "evleviyet/yeğleme (argumentum a fortiori) kuralının uygulanabilmesi için ilk koşul, özde/zatıyette/antitede değişim olmaması gerekir. Niceliğin değişmesi önemsizse de, nitelik değişmemelidir. O yüzden, mantıktan alınıp hukuka uygulanan evleviyet kuralı, nitelik açısından daraltıcı, nitelik açısından genişleticidir. Özü değiştirip genişleten uygulamadan kaçınmak zorunludur. İkinci koşul, evleviyet kuralının benzetme (analogie) kuralıyla ilgisinin olmadığı, yasanın sustuğu yerde ve fakat yasanın potansiye linden yararlanılarak iki durumda kullanıldığı unutulmamalıdır. Birinci durum, hafif için yasak olanın ağır için haydi haydi yasak olduğu (argumentum a minori ad majus), ikinci durum, ağır için meşru olan hafif için de meşru olduğudur (argumentum a maiori ad minus).¹¹⁴ Evleviyet, istisnayı genişletmek için kullanılamaz. İstisnalar, yalnızca kendi sınırları içinde sonuç doğurur; örnekseme yöntemiyle ve öncelik kuralına göre genişletilemezler.¹¹⁵

c. Aksi ile Kanıt / Mefhumu Muhalif

Aksi ile kanıt yöntemi, bir hukuk kuralının belirli bir durumun özelliğini dikkate alarak düzenleme yaptığı alanlarda uygulama imkânı bulur. Eğer böyle bir düzenleme varsa, yani bir hukuk kuralı belirli bir durumun özelliğini dikkate alarak, o hukuki duruma belirli bir sonuç bağlamışsa, bu durumun dışında kalan bütün diğer du-

¹¹² Gözler, s. 178.

¹¹³ Özbilgen, s. 429.

¹¹⁴ 24.05.1985 Tarih ve 2/5 sayılı İBK'ya karşıoy, Karşıoylarım, s. 511.

¹¹⁵ Selçuk, Karşıoylarım, s. 122.

rumlar, bu sonucun aksi hukuki sonuçlarına tabi olur.¹¹⁶ Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimse (TCK m. 141) hırsızlık suçunu işlemiştir. Madde, başkasına ait olduğunu bildiği malı, yarar sağlamak için almayı suç kabul etmiştir. Bu durumda aksi ile kişinin, kendine ait olduğu zannıyla bir malı alması durumunda hırsızlık kastı oluşmayacaktır.¹¹⁷ Aksi ile kanıt, genişletici bir yorum değildir, var olan metnin ifade ettiği anlamdan, dışta bırakılan, ifade edilmeyen diğer anlam çıkarılmakta, o anlama da bir sonuç bağlanmaktadır. Aksi ile kanıt, mantık yürütmedir.

TCK'nın m. 103/1-b bendi *"Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar"* hükmünü içermektedir. Metindeki *"sadece"* ibaresi ile nitelenen eylemler dışında kalanlar, aksi ile kanıt kavramı içinde değerlendirilebilir.

Metinlerde geçen *"-se/sa bile"* ibaresi, dilbilgisi terimi olarak karşıt yargı önermelerini bağlama,¹¹⁸ aksi durumu da içine alma işlevi görür. TCK'nın 6/4 maddesi, *"Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler"* hükmünü içermektedir. Metindeki *"-sa bile"* ibaresi ile saldırı ve savunma amacıyla yapılmamış olan ancak fiilen saldırı ve savunmada kullanmaya elverişli her türlü şey silah sayılmıştır.

D. Normlar Hiyerarşisine Uygunluk

Hukuki metinler hiyerarşik bir yapılanma içindedir. Metinler, hem kendi bütünlüğü içinde hem de üstünde yer alan diğer metinlere uygun olarak yorumlanmalıdır.¹¹⁹ Normlar hiyerarşisi, hukuki metinlerin derecelendirilmesidir. Alt normun üst normla çatışma içinde olması halinde hukuk sistemimiz, yorumcuya, alt normu üst norma uygun

¹¹⁶ Gözler, s. 176; Aral, s. 212.

¹¹⁷ Özbilgen, s. 427.

¹¹⁸ Selçuk, CGK, 27.12.1982 tarih ve 453/526 sayılı kararına karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 452; *"-sa bile"* ibaresi 5237 sayılı TCK'nın 10, 13/3, 99/2-5, 101/2, 126, 152/1-g, 307/1, 308/3, 33/4 maddelerinde de geçmektedir.

¹¹⁹ Aral, s. 159.

yorumlama görevi vermediği gibi alt normu atlayarak doğrudan üst normu uygulama görevi de vermemiştir. Alt-üst norm çatışması halinde Anayasa Mahkemesi'ne ya da Danıştay'a müracaat etmek gerekir.

Normlar hiyerarşisinde üst norm-alt normdan başka, sonraki norm-önceki norm, özel norm-genel norm ilişkisi de bu hiyerarşiye dâhildir.

Hiçbir hukuk düzeni, gelişigüzel bir normlar yığını değildir; birbirleriyle çelişmeyen uyumlu normlar bütünüdür. Normların çelişkiye tahammülü yoktur. Üst normun kötü olması halinde, alt normun iyi olmasının aslında bir anlamı yoktur. Çünkü Gresham Yasası'na göre nasıl "*kötü para, iyi parayı kovar*"sa, kötü üst (anayasal) norm da, iyi alt (yasal) normu kovar.¹²⁰

E. Tıp, Sosyoloji, Felsefe ve Diğer Bilimler

Metinlerde her zaman hukuki terimler yer almaz. Ölüm, gebelik, ruh sağlığı gibi tıbbi, kan gütme, töre saiki gibi sosyolojik kavramların yanında siyasal, felsefi ya da başka hukuk dallarına ait terimler de yer alır. Bunların içeriğinin belirlenmesinde ilgili bilim dallarının görüş ve yorumlarından da yararlanılmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki ceza hukuku, diğer bilim dallarının görüşlerine teslim olmaz. Kendi amaç ve varlığı doğrultusunda bu kavramları kullanır ya da yorumlar.¹²¹

Kan gütme (TCK m. 82/1-j) ve töre saiki (TCK m. 82/1-k), sosyolojik iki kavramdır. Bu suç tiplerinin unsurlarının belirlenmesinde sosyolojik çalışma ve araştırmalardan yararlanılmış, özellikle töre saikiyle öldürme suçunun namus kavramı etrafında şekillenmesinde bu çalışmaların etkisi olmuştur.¹²²

¹²⁰ Selçuk, Sami, "Kötü Üst Norm, İyi Alt Normu Kovdu", *Star Gazetesi*, 26.01.2010.

¹²¹ Açıklamalar için bkz. Tosun, s. 39 vd.

¹²² Otacı, *Kasten*, s. 557, 596; İskender, Salih Zeki, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2009.

V. Kanıtların Yorumu

Metnin yorumuna geçilmeden önce, yargılamaya konu olayın, suç olup olmadığı, dolayısıyla da bir metinde tanımlanan suç kalıbını ihlal edip etmediği araştırılacaktır. Bir eylemin suç olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle o eylemin işlenip işlenmediği ön sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Eylemin işlenip işlenmediği, şüphesiz ki kanıtların da yoruma tabi olduğu gerçeğini gösterir. Kanıtlar yorumlanarak, eylemin işlenip işlenmediği sorusuna cevap verilir ve bu durumda her kanıtın yoruma açık olduğu muhakkaktır.

Savunma, tanık ve mağdur anlatımı, bilirkişi görüşü gibi söze/dile dayalı kanıtlar karşısında hâkim nispeten şanslıdır. Çünkü bu kanıtlardaki yoruma açık kısımların, ifadelerin tekrar alınması (CMK m. 7, 52, 57), açıklattırılması (CMK m. 68), yüzleştirme yapılması (CMK m. 52/2), teşhis ettirme (CMK m. 81/1, 86, PVSK Ek 6) gibi usul yöntemleri ile giderilmesi mümkündür. Sorun daha ziyade varlığı kabul edilen maddi kanıtların ne ifade ettiği noktasında toplanmaktadır. Olay mahallinde bulunan bir mermi çekirdeği/kovanı, olayda silah kullanıldığını, silahın ateşleme gücü olduğunu gösterse bile silahın kim tarafından, ne zaman, hangi amaçla, kime karşı kullanıldığını söylemez. Olay yerinde bulunan kandamlası, ait olduğu kişinin kimliğini ispatlasa bile, kişinin oraya ne zaman geldiğini, kanın ne şekilde vücuttan çıktığını, kim tarafından neyle çıkartıldığını ispatlayamaz. Maddi/fiziksel kanıtlar çoğu defa tek boyutlu/tek dilli anlatım içerir, ne, nerede, neden, nasıl, ne zaman ve kim sorularına cevap vermez. Duruşma, kanıtların çok boyutlu olarak tartışıldığı, taraflarca anlam yüklenip sonuçlar çıkartıldığı bir faaliyet olarak oldukça anlamlı, değerli ve vazgeçilemez bir usul kuralıdır. Hâkimin, yorumlayarak anlam yükleyeceği, sonuç çıkaracağı kanıtlarla yüz yüze gelmesi kadar (CMK m. 7, 211, 217), kanıtları yorumlayacak diğer kişileri (sanık, mağdur ve vekilleri gibi) bizzat dinlemesi, görüşlerini öğrenmesi (CMK m. 209, 215, 216, 230/1), duruşmanın tartışma boyutuna derinlik kazandırmaktadır.

Hâkim, hangi kanıtı nasıl yorumladığını, yorumu ile nasıl bir sonuca ulaştığını kararının gerekçesinde göstermek zorundadır. Gerekçedeki mantıksal kronolojik dizin; iddia, savunma, kanıtlar, kanıtların yorumu, sabit kabul edilen eylem, eylemin ihlal ettiği norm, normun

yorumu ve en nihayetinde ulaşılan sonuç olarak hüküm şeklinde olmalıdır (CMK m. 230).

Hükmün, dolayısıyla dayanağını oluşturan kanıtların, duruşma yapma yetkisi olmayan Yargıtay tarafından hangi sınırlar içinde denetlenmesi gerektiği de kısaca üzerinde durmayı gerektiren bir konudur. Yargıtay'ın, temyizen incelediği davalarda yetkisinin sınırlarının ne olduğu, ne yazı ki ülkemizde yeterince tartışılmış bir konu değildir. Usul kitaplarında yer alan birkaç küçük dolaylı açıklama dışında¹²³ mevcut uygulamanın doğruluğuna dair susma yoluyla oluşmuş bir konsensüsten söz etmek mümkündür. Bunun bildiğimiz tek istisnası Selçuk'un, çalışmasıdır. Selçuk'a göre "*Temyiz yoluna başvurma-
nın davayı aktarıcı etkisi (effet dévolutif) yalnızca olaya konulan hukuki ta-
nıyla sınırlıdır. Yargıtay, bu tanıyı bütünüyle inceler ve ilk (olay) mahkeme-
nin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi Yargıtay'a
gelmez, gelemmez.*

Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır. Matematik kesinlikte bir sonuçtur bu. O nedenle de denmiştir ki:

- *Yargıtay, yasanın yorumunu **her zaman** denetler.*
- *Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını **asla** kuramaz.*

- *Yargıtay, olayların nitelendirilmesini **kimi zaman** denetler. Sözgelimi, eylemin adam öldürmeye kalkışma mı, yoksa yaralama mı olduğuna, kasıt failin iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunu olduğundan, Yargıtay değil, duruşma yapan yargı organı karar verir.*

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözgelimi bir tanının yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır.¹²⁴ Çünkü bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan Yargıtay yargıcı yoksundur.

¹²³ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 4. Bası, s. 438; Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, s. 959.

¹²⁴ Bu dipnot, tarafımızdan konulmuştur. (C. Otacı) "...Mağdurenin anlatımı bu nedenle samimi görülmediğinden, sanığın mahkûmiyetine dair Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ... CGK, 16.11.1987, 5-449/556"; "...mağdurların samimi id-

Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların Yargılama Yasasına uygun biçimde saptanıp saptanmadığını inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, hükmün yargıcı olan yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını, bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Böylece Yargıtayın, normatif, yargıçları eğitici görevi ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir suretle, olay kanısı yargısı yaparak kesin sonuçlara ulaşamayacak; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yaparak hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.¹²⁵

VI. Sonuç

Yorum, belirli kuralları olan bir bilimdir. Yorumcunun en temel malzemesi metindir. Metni, metin haline getirmek kanun koyucunun, onu somut olaylar karşısından yorumlamak/uygulamak ise hâkimin işidir. Parlamenter rejimde, yasama ve yargı, iki bağımsız erktir. Birinin diğerinin işini yapmaya kalkışması, yetki gaspıdır. Yasama, yorum yapma yetkisini terk ederek bu olgunluğu göstermiştir. Yargının da yorum yoluyla kanunları başkalaştırmaması, örselememesi, metne işkence yapmaması yorum yoluyla yeni kurallar ihdas etmemesi gerekir.

diaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılmakla; suçun sübutunu kabul etmek gerekir. 8. CD, 12.10.1998 10667/12819, YKD, Ocak 1999"; "...inandırıcı nedenlere de dayanmadığından kabul edilemez... 11. CD, 26.3.2001 1517/2227, YKD, Mart 2002"; "...Müdahil mağdur (F), aşamalarda ki samimi ve istikrarlı anlatımlarında... 5. CD, 17.10.2001 585/5925 (YKD, Şubat 2002); "...çelişkilerle dolu ifadeleri ırza geçme suçunun işlendiğine dair inandırıcı bir delil olarak kabul edilemez... CGK, 7.12.1981, 5-348/414; "...mağdureyi alacağım diye kandırdığı iddiası, inandırıcı nitelikte başka bir delille doğrulanmadığı görülmektedir... CGK, 31.3.1980, 5-46/170"; "...Çelişkili beyanlarından sanığın lehine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi... CGK, 4.6.1990 - 5/101-156..."

¹²⁵ Selçuk, "Sami, Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları", *Karşıoylarım*, içinde s. 93, 109.

Türk hukukunda yorum ile ilgili yapılan çalışmalar incelendiğinde, kullanılan terimlerde birlik olmadığı, yorum konusunun her yazar tarafından çeşitli başlık ve sınıflandırmalar altında incelendiği, Yargıtay kararlarında, yapılan yorumda ne tür araç ve yöntemlere başvurulduğunun belirtilmediği dikkat çekmektedir. Ülkemizde hukuki metinlerin yorumu ve yorum disiplini üzerinde yeterince çalışılmadığı açıktır. Doktrin, bu alanı boş bırakmış, metinlerin yorumu gibi yorum yöntemi de yargıya havale edilmiştir. Yargı kararlarında “yorum” a dair yapılan iz sürümlerde, yorumun, kavramsal ve kuramsal olarak analiz edilmeden metinler üzerinde tatbik edildiği, bazen de yanlış sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Tarihi sürecinde de açıkça görüldüğü üzere hukuki metinlerin yorumunda, yorumcu lehine genişleyen bir yetki alanından söz etmek mümkündür. Yüceltilmiş, kutsanmış kanun anlayışından, mevzuat kuşatıcılığından hukukun üstünlüğüne/hukuk devletine doğru yaşanan evrimde kanunların insanileşmesinde yorumcunun önemli katkıları olmuştur. Realist yorum teorisi olarak adlandırılan görüşler,¹²⁶ kanun koyucu-yorumcu ilişkisini neredeyse tersyüz etmekte, yorumcuyu hem kanunu koyan hem de yorumlayan kişi/kurum olarak görmektedir. Bu anlayışın yeşermesinde; kanun koyucunun aşırılaştırmış yetkisini törpüleme isteği kadar postmodern hukuk anlayışının atomize olmuş bireyin, bireysel tercilerinin gözetilmesinin de etkili olduğunu düşünüyoruz.

Hukuki metinlerin yorumuna dair farklı hukuk sistemlerinin (Kıta avrupası-Anglo sakson) farklı yaklaşımlarının olduğu açıktır. Yeni düşünce sistem ve akımları, hukuk, kanun, toplum, insan, devlet, sosyal ilişkiler gibi anahtar kavramlar kullanarak yorum konusunda verim-

¹²⁶ Gözler, 'in özetlemesiyle realist yorumun ana düşünceleri şu cümlelerle ifade edilebilir. Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır. Yorumun konusu norm değil, metindir. Anlamının açık olup olmadığına bakmaksızın her metin yorumun konusu olabilir. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. Metinler kendi kendilerini yorumlayamaz, bu nedenle her metin yoruma ve yorumcuya ihtiyaç duyar. Yorum, yorumcuya bağlıdır. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, s. 185-195.

li çalışmalar/ tartışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar ne yazık ki ülkemiz hukuk literatürüne yeteri kadar yansımamaktadır.

KAYNAKLAR

- Alan, Banu, Bir Felsefi Yöntem Olarak Hermeneutik, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla 2008.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979.
- Arslan, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Ankara 1994, Vadi yay.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007, 3. Bası, Turhan yay.
- Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantiğı ve Tefsir*, Ankara 1948.
- Can, Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1989, S yay.
- Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara 2002, 2. Bası, Seçkin yay (Can Hukuk).
- Centel, Nur / Zafer Hamide / Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* Ankara 2005 .
- Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1987, 10. Bası.
- Erem, Faruk / Danışman Ahmet / Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997 Seçkin yay.
- Günay, Mustafa, Hermeneutik Nedir? <http://www.genbilim.com/content/view/6364/90/> (Erişim tarihi 15.01.2010).
- Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, <http://www.anayasa.gen.tr/hgt-2-s-149-245.pdf> (erişim 05.01.2010).
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1987.
- Güriz, Adnan, *Feminiz Postmodernizm ve Hukuk*, Ankara 1997, AÜHF yay.
- İşıktaç Yasemin, *Hukuk Yazıları, (Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi)*, Ankara 2004, Yetkin yay.
- İçel, Kayıhan / Donay Sühely, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul 1999, Beta yay.
- İskender, Salih Zeki, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2009.

- Kavlak, Ahmet, Felsefi Hermeneutik ile Dini Hermeneutiğin Karşılaştırılması, Basılmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, HFSA 12. Kitap İstanbul 2005, İstanbul Barosu yay.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986.
- Otacı, Cengiz, "Yargı Bağımsızlığına Terfi Penceresinden Bakmak", *Güncel Hukuk*, Şubat 2004, S. 2.
- Otacı, Cengiz, "Bilgi Sosyolojisi Penceresinden Hukuka Bakış", *Güncel Hukuk*, Aralık 2007.
- Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Ankara 2009, Seçkin yay (Otacı Kasten).
- Otacı, Cengiz, "Kanunun Diğer Yüzü", *Radikal*, 08.07.2006.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1991, 1. Bası, Beta yay.
- Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1976, İÜHF yay.
- Özgenç, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara 2005, 2. Bası Seçkin yay.
- Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007, İmge yay.
- Selçuk, Sami, *Karşıoylarım*, Ankara 2001 Turhan yay.
- Selçuk, Sami, "Kötü Üst Norm, İyi Alt Normu Kovdu", *Star Gazetesi*, 26.01.2010.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, Yetkin yay.
- Şener, Esat, *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ankara 2000 Seçkin yay.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1959.
- Taşdelen, Vefa, *Hermeneutiğin Evrimi, Kesitler*, Ankara 2008 Hece yayınları.
- Tosun, Öztekin, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İÜHFD*, 1962, C. XXVIII, S. 1.
- Ulukütük, Mehmet, *Anlama ve Gelenek, Gadamer'in Felsefi Hermeneutiğinde Anlamada Geleneğin Rolü Sorunu*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van 2008.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 4. Bası.
- Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005.
- Yüksel, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara 2004, Siyasal Kitabevi.



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10