

Hermeneutik ve Hukuk Bilimi: Hans-Georg Gadamer ve Josef Esser*

Yazar/ Autor: Dr. Hans-Jürgen Meyer**

Çev./ Übersetzt von: Av. Pelin Tanrıkulu Şamdan, MLaw (UZH)***

I. Giriş

Hermeneutik, anlama öğretisidir. Hukukçular da metinleri anlamaya çalışır ve onların anlamını çözmeye gayret eder. Yasaları yorumlar ve uygularlar. Bu nedenle, hermeneutik hukuk teorisinin bir tartışma konusudur. Hukuk uygulaması açısından hangi teorik ve pratik sonuçlarının olduğu, zaman içinde farklı şekillerde cevaplanmıştır.

Burada ele alınacak olan, bu tartışmanın küçük bir kesitidir. Bu kesitte, Hans-Georg Gadamer'in "Hakikat ve Yöntem (*Wahrheit und Methode*)" adlı eserinin, 1970 yılına ait Josef Esser'in "Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi (*Vorverständnis und Methodenwahl*)" adlı çalışmasında nasıl benimsendiğine ve aynı zamanda Gadamer'in hermeneutiğinin evrenselliğinin hukuki açıdan nasıl değerlendirildiğine değinilmektedir. Bu noktada, Esser'in tezlerini daha yakından incelemek, birçok açıdan değerlidir:

Her iki bilim insanı entelektüel olarak birbirine oldukça yakın kişilerdi: Esser (1910-1999), Gadamer'den (1900-2002) on yaş daha küçüktü ve ifa ettiği birçok görevden sonra nihayet 1961'den itibaren Tübingen'de medeni hukuk ve karşılaştırmalı hukuk profesörü olarak, kendi zamanın hukuk teorisi ve yöntem bilimi alanındaki en önemli temsilcilerinden biriydi.¹ Gadamer ve Esser görünüşe göre iyi

* Özgün metin için bkz. Hans-Jürgen Meyer, Hermeneutik und Rechtswissenschaft: Hans-Georg Gadamer und Josef Esser, In: Rechtsphilosophie RphZ 6 (2020), S. 59-71. Çevirinin yayınlanması için gerekli olan izinler alınmıştır.



tanışıyorlardı, yoğun bir bilimsel etkileşim içindelerdi ve birlikte seminerler düzenliyorlardı. Her ikisi de Heidelberg Bilimler Akademisi'nin üyesiydi. Esser bu akademiye 1973'ten itibaren üyeydi, muhtemelen Gadamer'in vesilesi ile, çünkü Gadamer 1972'ye kadar Akademi'nin başkanlığını yapmıştı. Gadamer, Esser'in görüşleri üzerinde oldukça önemli bir etkide bulunmuş olmalı ki, sıkça ona referans veriyor ve onun hermeneutiğinin temel kavramlarını ve kategorilerini kullanıyordu.

Esser'in tezleri, zamanında hukuk biliminde büyük bir yankı uyandırmış ve bu durum yargıyı da etkilemiştir. Onun, hukuki kararların gerekçelendirilmesine yönelik eleştirisi; hâkimin gerçek motifinin genellikle yöntemsel veya dogmatik argümanlarla "örtüldüğü" ya da "gizlendiği" yönündeki iddiası, rahatsızlık uyandırmış ve karşıt görüşlere yol açmıştır. Bunun nedeni, 1970'lerde Almanya'daki yargının hem personel hem de entelektüel açıdan hala büyük ölçüde geçmişe bağlı olması ve otoriter yapısını inkâr edememesiydi; bu durum yalnızca yargı kararlarının gerekçelendirilme tarzında değil, aynı zamanda eleştiriye karşı yaklaşımda da kendini göstermekteydi. O zamanlar yargı, Nazi dönemi suçlarına karşı gösterdiği yaklaşımı ve kişisel yakın bağlantıları nedeniyle giderek artan bir şekilde eleştirilmekte ve sorgulanmakta olduğundan, oldukça "hassas"tı. Esser'in görüşleri, hukuk biliminde hâkim olan hukuk ve yöntem anlayışından sapmalar içerdiğinden zaman zaman eleştirilere maruz kaldı ve "sübjektivizm", "keyfilik" veya "hukuki güvensizlik" olarak nitelenebilecek bir dizi soruna yol açmış görünüyordu.

Zaman içinde bu tartışmaların önemi azalmış, çünkü hukuki değer yargıları için bireysel bakış açılarının önemi arttı ve hukukun kendine özgü anlayış ve tarzı toplumsal devinim içerisinde dönüşmüştür. Bugün hermeneutiğin önemi artık ciddi şekilde

** Dr. Hans-Jürgen Meyer, LL.M.(Harvard), M.A.(HUB, meyer.renger@t-online.de).

*** Av. Pelin Tanrıku Şamdan, MLaw (UZH), pelin_tanrikulu@hotmail.com, ORCID:0009-0002-6930-3301.

¹ Bu konuda bkz. Vita Vogel, Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis, 2009, s. 7 vd., s. 177 vd.

tartışılmamakta ise de bunun hukuk teorisine ve uygulamaya nasıl aktarılacağı konusu hala bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. Geleneksel Hukuk ve Yöntem Öğretisi

Esser'in tezlerinin içeriğini ve etkisini anlamak için öncelikle hukuk ve yöntem öğretisinin gelişimine bir göz atmak gerekir. Zira Esser'in özellikle hakimın ön anlayışını ve hukuku somut olaya uyarlamasındaki etkisine vurgu yapması nedeniyle, dönemin egemen hukuk ve yöntem öğretisinin hukuk uygulayıcısının (hakimin) bireyselliğine yer açıp açmadığı ve/veya ne kadar yer açtığı sorusu ön plana çıkmaktadır.

Gerçekten de hukuku kişisel deneyimlerinden hareketle yorumlayan, uygulayan ve geliştiren bir hakim tasavvuru, Alman hukuk anlayışına uzun süre yabancıydı:

Son yüzyılda çok sayıda alt kuramıyla Kıta Avrupası hukukuna egemen olan iki temel akım, doğal hukuk ve hukuki pozitivizmdi.² Doğal hukuk düşüncesinin kökeni Aydınlanma döneminin rasyonalizmine dayanıyordu. Akıl, hukukun içeriği ve metodolojisinden kendi başına belirliyordu. Çıkış noktası, insanın doğası ve akıl yoluyla elde edilecek hak ve yükümlülükleriydi. Hukukun temel ilkeleri evrensel, her zaman için geçerliydi ve değiştirilemezdi. Din, ahlak, duygu veya deneyim gibi akıl dışı kategoriler hukuk düzeninde geçerli değildi. Hukuk, akıl yoluyla yönlendirilen (mutlakiyetçi) devletin yasalarında (Prusya Genel Toprak Yasası, Napolyon Yasası gibi) şekil bulan, objektif ve kapalı bir sistemdi. Hakim ise "yasanın sözcüsü" (Montesquieu) olarak kendi yaratıcılığı ve düzenleme yetkisi olmadan, objektif hukukun saf uygulayıcısıydı.

19.yüzyılda, doğal hukuku düşüncesi başka akımların gerisinde kaldı. Savigny'nin önemli "Tarihçi Hukuk Okulu" doğal hukuku, filozofların geliştirdiği rasyonalist bir yapı olduğu gerekçesiyle reddetti.

² Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2. Baskı, 1993, S. 79 vd.; Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, içinde Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 47 vd.

Tamamen romantik düşünceye hapsolmuş vaziyette, hukuk onlar için bir halk tininin tezahürü, tarihin ve geleneğin bir sonucuydu. Geçerli hukuk kaynakları özellikle örf ve adet hukuku ile ana unsuru Roma Hukuku olan “ortak hukuktu”. Hukukun uygulanması, yasa koyucunun (tarihsel) iradesinin anlaşılmasından, yani “yasaya içkin olan düşüncenin yeniden inşasından” ibaretti. Savigny, yasa koyucunun iradesinin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, sınırlı sayıdaki yorum yöntemleri kanonuyla bir yöntem öğretisi geliştirdi; yasa koyucunun en doğrudan ifadesi olan lafzi yorum, bu öğretilerdeki yöntemlerden en önemlisiydi.³ Bu kısımda Savigny’nin öğretisi, metinlerin anlamını anlamaya çalışan Schleiermacher’ın hermeneutiğiyle kesişmekte, tarihsel metinlerin anlamını kavrarken – ki burada Savigny’den etkilenmiş olmalı⁴ – metinlerin anlamını yorumcunun özgür müdahalesine karşı korumak için yine belirli bir yöntem kanonu aracılığıyla “objektifleştirmeye” çalışmaktaydı. Bu okul da hukuk uygulayıcısının bireyselliğine yer bırakmıyordu.

Yasalara sadık “tarihçi hukuk okulu”, hukuki pozitivizmin yolunu açtı. Hukuki pozitivizm akımı, özgürlük ve milliyetçilik hareketleri ile anayasacılığın siyasi bağlamında gelişti. Yasa, egemenin iradesinin bir ifadesiydi, özel bir yasama süreciyle geçerlilik kazanarak hem vatandaş hem de devlet için eşit ölçüde bağlayıcı olmaktaydı. Bu bağlayıcılık, yasaların maddi içeriğinden bağımsız olarak, yalnızca yasama sürecinin şeklen usulüne uygun olmasından kaynaklanıyordu. Kuvvetler ayrılığı egemendi: yasanın içeriğini belirlemek yalnızca yasama organına ait olup hakimın işi, kendi değerlendirmesini yapmaksızın veya hukuk yaratmaksızın “sadece” yasayı uygulamaktı.

³ Kaufmann’da Savigny’nin hukuki yöntemleri hakkında bkz. Kaufmann/Hassemer/Neumann(Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 114 (Şema 7) ve Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, içinde: a.g.e. s. 279 vd.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 141 vd. (Auslegungskriterien), s. 191 vd. (Methoden der Rechtsfortbildung).

⁴ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136.; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 332.

19. yüzyılın sonlarına doğru yapılan büyük kodifikasyonlar, modern toplumun ve ulus devletin gelişimine zemin hazırladı. Ancak pozitivist hukuk düşüncesi, kısa sürede sınırlarına ulaştı: Eğer yasa, eksiksiz ve tam anlamıyla tüm sorulara yanıt verecek şekilde kapalı bir sistem oluşturabilseydi, kuvvetler ayrılığının katı bir şekilde uygulanması mümkün olabilirdi. Ancak durum böyle değildi: Toplumun giderek artan karmaşıklığı ve toplumsal adalet çatışmalarının çeşitliliği, önceden öngörülemeyen ve öngörülemeyecek soruları gündeme getirdi. Hukuk ve yöntem öğretisi, normlarda ve öğretide - yasa koyucunun gerçek iradesinden bağımsız- oluşturulan “objektif hukuk” tasarımıyla, ki bu tasarım yöntem öğretisi araçlarıyla ortaya çıkar ve mahkemelerin kuvvetler ayrılığı çerçevesinde uygulamakla yükümlüdür, çözüm bulmaya çalıştı. Fakat sosyal ilişkilerin fiili gelişimi hakim rolünü sınırlandıran anlayışı değiştirdi: Değişimlerin hızı ve birlikte yaşamın hukuki olarak düzenlenmesine duyulan ihtiyacın artması, karar verme zorunluluklarını beraberinde getirmiş ve bu durum yasa koyucunun tek başına bu gereksinimlere cevap veremediğini veya vermek istemediğini ortaya koymuştur.

Buna ek olarak, Nazi döneminin sıkı pozitvizmi, maddi değer ölçütlerinin eksikliğinden dolayı, hukuk devletinin gasp edilmesine ve en büyük adaletsizliklerin yasalarla örtülmesine (yasal bir biçime büründürülmesine) karşı savunmasız kalmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Alman hukuk düşüncesi, bu olaylardan büyük ölçüde etkilenmişti. Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatları, Anayasa’nın “değerler düzeni” düşüncesini geliştirerek bu temel değer yargıları üzerinden her somut olayda yasaların nasıl yorumlanacağına yön vermektedir. Bu, yargının işleyişi, hakimlerin kendi anlayışları ve hukuk teorisi üzerinde geniş kapsamlı sonuçlar doğurdu.

İki ana akım olan doğal hukuk ile hukuki pozitvizmin ortak özelliği, hukuku, her türlü adalet sorununa doğru çözüm sunabilen, bu nedenle de hakim görevinin yalnızca yasa koyucunun iradesini ya da yasada ve hukukta dile getirilen objektif gerçeği yorum yöntemleri aracılığıyla ortaya çıkarmakla sınırlayan, sübjektif bir değerlendirmeye ve hukuk yaratılmasına izin vermeyen, bir bakıma kapalı bir sistem

olarak görmeleri idi.⁵ Böylece, her iki öğreti de 20. yüzyılın toplumsal gerçekliğinin etkisiyle tartışmalı ve daha ayrıntılı bir değerlendirmenin konusu haline gelirken, aynı zamanda epistemolojik temellere dayalı bir hukuk hermeneutiğinin kapısını araladı.⁶ Bu, elbette Almanya'daki yargı kararlarının, hakimin kişiliğinin arka plana gizlenmek sureti ile geleneksel olarak nesnelleştirilmiş bir gerekçelendirme tarzına bağlı kalma zorunluluğunu bugüne kadar değiştiremedi. Anglosakson meslektaşlarının aksine, bir Alman hâkimi birinci tekil şahısla konuşmamakta ve Federal Anayasa Mahkemesi dışında “muhalafet şerhinde” (*Dissenting Opinion*) bulunamaz.

1970 yılında Esser “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi (*Vorverständnis und Methodenwahl*)” adlı eserini yayınladığında, teori ve uygulama hala geleneksel hukuk ve yöntem öğretisinin etkisi altındaydı; bu nedenle, onun yargı kararlarının gerekçelendirilmesine yönelik eleştirisi hoşnutsuzlukla karşılanmış olmalıydı.

III. Esser'in Görüşleri

“Meşruluğu ifade etmenin her hali, bende sempati kadar güvensizlik uyandırmıştır – bu güvensizlik, geçmişteki her türlü tarihsel idealizme ve toplumsal gerçekliğimizde objektif bir ruhun ve objektif değerlerin kendisini gerçek hale getirdiğine ilişkin teselli edici düşüncelere duyduğu güvensizlikle benzer nedenlere dayanır.”⁷

Bu tespitle Esser, bir yandan hukukçuların uygulanacak hukukun tespitinin rasyonelliğine ve öngörülebilirliğine duyduğu arzuya, toplumsal gerçekliğin arasındaki gerilime dikkat çekmektedir. Öyle bir gerilim ki, tarihi olayların “gerçekte nasıl olduğu” ile tarihi kaynakların anlaşılmasındaki öznellik arasındaki gerilime benzemektedir. Bu, formel bilimlerin kesinliği ve objektifliğiyle hukuku anlama arzusunun, insan bilgisinin tarihsel ve toplumsal şartlar

⁵ Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2.Baskı, 1993, 25(S.39 vd.); 79 (S.79, 82 vd.).

⁶ a.g.e., S. 80 vd.; Kaufmann, içinde: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, S. 100 vd.

⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 23.

karşısında başarısız olmaya mahkum olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum esasında, *tüm* beşerî bilimlerin çıkmazını açıklar.

Esser, “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi” adlı eserinde hukukun uygulanması sürecindeki tüm öğeleri şu şekilde ele almıştır: Hukuk uygulamasının nesnesi olarak dil ve norm, düzenleme ilkeleri olarak sistem ve dogmatik, yasal düzenlemelerin yorumu, somut olaya uygulama ve kararın gerekçelendirilmesidir.

Esser’in çıkış noktası, yargı kararlarının doğru ve mantıklı çözümler bulma çabasına dayanması gerekliliğine dayanan ampirik bir gözlemdir. Tezi şudur:

*“Uygulama; hukuku öğretilerdeki ‘yöntemler’le ortaya koymaz, bu yöntemleri kendi hukuk ve uzmanlık anlayışlarına uygun olan kararları usulüne uygun şekilde gerekçelendirmek için kullanır.”*⁸

Bu tez Esser’i, hâkimin “doğruluk anlayışını” esasında neyin yönlendirdiği ve yönetsel araçların seçimini ve kullanımını neyin etkilediği sorununa, başka bir ifade ile, hâkimin “ön anlayışının kökeni ve denetimi” sorununa, yöneltmiştir.⁹ Esser’in amacı, hukuki muhakemeyi açığa çıkararak ve denetleyerek karar vermenin “rasyonelleştirilmesiyle” geleneksel yöntem biliminin ve dogmatikğin sınırlarını aşmaktır. Şeffaflık, akla en uygun çözüm üzerinde bir fikir birliği oluşturmayı, büyük oranda bir kabule ulaşmayı mümkün kılacaktır.

Her hukuk uygulamasının tarihsel ve sosyal koşullarla şekillenen bir ön anlayıştan etkilendiğinin bilgisiyle, Esser, eleştirel hermeneutiğe ulaşır: Bu yaklaşım, anlamlandırma sürecini derinlemesine inceler ve yorumcunun anlama sürecine konu nesneyi “objektif” bir şekilde sorguladığı (nafile) iddiasına ele alır.¹⁰ Bu husus, Esser’in, uygulanacak hukukun tespiti sürecinde rasyonelliğin oluşmasına katkı

⁸ a.g.e., s. 7, benzer s. 126; Kaufmann, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 247 vd.

⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 8.

¹⁰ a.g.e. s. 136.

sağlayabileceğine ilişkin umudunu yeşertmektedir.¹¹ Hermeneutik, bireyin hayal gücü, düşünce ve dil dünyasına dayanan nesnelerin doğruluğunun anlamını, sınırlarını ve koşullarını kavramaya hizmet eder.¹² “Dogmatik bir şekilde böyle deneyimlerin üzerinden geçip giden bir yöntem bilimi, bilimsel bir anakronizmdir.”¹³

Felsefi hermeneutiğin bulguları, Esser’in yargı uygulamalarıyla ilgili ampirik tespitlerine ve egemen hukuk ve yöntem öğretisini eleştirel değerlendirmesine teorik bir açıklama çerçevesi sağlamıştır. Bu düşüncenin temeli, Dilthey, Heidegger ve Gadamer’in bir metnin, uygun yöntemlerle açığa çıkarılabilecek objektif bir gerçeği içinde taşımadığı, aksine öyle veya böyle tarihsel bağlama ve yorumcunun ön anlayışına bağlı olarak farklı şekillerde anlaşılabilceği yönündeki görüşüne dayanmaktadır.¹⁴ Hukuku uygulayanın “ön anlayışı” - Esser’in, Gadamer’in hakikate ilişkin sorusundan alıp adalet sorusuna taşıdığı bir kavram¹⁵- bireyseldir ve dil kullanımı, köken, sosyalleşme, deneyim, gelenek, eğitim vb. gibi faktörlerden, yani “(geleneksel) aktarım bağlamından” etkilenir.¹⁶ Esser’e göre ön anlayış, hakimnin bir davayı ilk ele aldığı andaki hukuki ihtilafı kavrayışını ve buna ilişkin adil bir çözüm arayışını; fiilen hukukun uygulanmasından önce anlama

¹¹ a.g.e.

¹² a.g.e. s. 9 vd.

¹³ a.g.e. s. 10.

¹⁴ Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 122: Hermeneutik, tarihsel olgulara ilişkin nesnel bilgi olasılığının reddidir.

¹⁵ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 12, s. 136 vd.; Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, AcP 1972, s. 97 (s. 101 vd.).

¹⁶ Gadamer’in kavramı; Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s.10) aynı zamanda “geleneğin bağlamı” olarak ifade edilir ve kişinin kendi (geleneksel) aktarım bağlamından kopmasının imkansızlığına ilişkindir. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 301; Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Aufl. 2014, s. 113, s. 115. Hukuki-dogmatik (geleneksel) aktarım bağlamına özgü hukuk uygulmasına örnek için bkz.: Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 30.

ve sonuca dair sorulara yönelik “ilk yaklaşımını” belirler.¹⁷ Esser, hukuki hermeneutikte bir düzen sorununun yasaya bu şekilde “taşınması” ile ilgilenmektedir.¹⁸ Gadamer bu süreci şöyle açıklar: Yorumcu, bir anlam ilk belirlediği anda bütünün anlamını önceden tasarlar ve anlamı daha derinlemesine kavradıkça, önceden tasarlamış olduğu anlamı sürekli olarak revize eder.¹⁹ Ön anlayış büyük ölçüde bilinçdışında şekillenir ve gerçekleşir; ancak insan bunu fark ettiğinde ve bu ön anlayışı değiştirmeye hazır olduğunda, rasyonel ve tatmin edici bir çatışma çözümü mümkün olacaktır.²⁰

Aydınlanma düşüncesi, yani önyargıların aşılabilceği ve tamamen akılcı sonuçlara ulaşılabilceği fikri, insani varoluşun koşullu doğası gereği mutlak aklın hakim olma olasılığının bulunmamasından dolayı, Gadamer tarafından reddedilmiştir.²¹ Fakat, “kendi önyargılarının etkisi altında kalmaktan kaçınmak” için²² üretken bir anlam arayışı gereklidir; kişinin, kendi önyargılarının farkında olması, onları açığa çıkararak “kontrol etmesiyle” ve böylece başka anlam anlayışlarına açık olmasıyla mümkündür.²³ Böylece, hermeneutik bir

¹⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136 vd.; Esser, AcP 1972, s. 101; Gadamer’e atıfta bulunarak, “uygulamalı ön anlayış”tan bahseder. bkz. a.g.e. s. 139, dipnot 67 s. 141; somut olayın anlamlandırılması ve yorumlanmasına ilişkin uygulama için, Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, S.335 vd., 345 vd.; krş., Kaufmann, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 2. Baskı 1993, s. 86 vd.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 29 vd.; Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 83 vd., s. 90 vd. “ön anlayış” ve “ön yargı” ile “uygulamaya” ilişkin kavramlarına ilişkin tartışmaların ele alındığı s. 97 vd.

¹⁸ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s.138.

¹⁹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 271 vd.

²⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 10 vd., s. 12 vd., s. 136; aynı içinde: Gadamer/ Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 236 vd.; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 274.

²¹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 280.

²² a.g.e. s. 273.

²³ a.g.e. s. 274.

döngü yapısında “farklı bir anlama”²⁴ ortaya çıkar: Gadamer, bunu Heidegger’in izinden giderek (geleneksel) aktarımın hareketi ile yorumcunun hareketinin “birbirine geçmesi”²⁵ ya da kendi başına var olduğu sanılan ufukların birleşme süreci olarak da açıklar.²⁶ Başka bir ifadeyle, metnin içindeki (geleneksel) aktarım ile yorumcunun önyargısı arasındaki karşıtlık, birinin diğerine üstün gelmesi ile çözülmez, aksine, her iki kutup sürekli bir etkileşim içinde bulunur ve bu sayede hakikate yaklaşırlar, fakat asla ona tam olarak ulaşamazlar.²⁷

Hukuki hermeneutikle ilgili olarak, tarihsel aktarım anlayışından tamamen farklı olduğu ve yalnızca dogmatik sistemdeki eksikliği gidermeye yönelik “hukukun uygulanmasına yardımcı bir araç” olarak görülmesi gerektiği yönündeki görüşe Gadamer karşı çıkmıştır.²⁸ Fakat hukukun somut bir vakada uygulanması - tarihi kaynakların yorumlanmasından farklı olarak - eyleme dönük bir süreç ve bağlayıcı bir düzenleme çerçevesinde (anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ilkesi) gerçekleşmesi esasında doğrudur; bir hakim için her zaman karar verme sürecinde yer alan somut eylemlerle ve düzenleme talimatlarıyla ilgilidir.²⁹ Bu kapsamda bazı özellikler ve sınırlar ortaya çıkmaktadır. Ancak Gadamer’in açıkladığı gibi,³⁰ hukuki hermeneutikte de anlamlandırma geçmiş ile şimdiki zamanın etkileşimine dayanır: Hâkim, yasanın anlamını günümüz şartlarıyla anlamaya ve altında yatan hukuki düşüncüyü şimdiki zamana uyarlamaya çalışır. Hukuk, doğru yöntemlerin uygulanmasıyla kesin olarak bilinebilecek, kendiliğinden var olan nesnel bir olgu değildir; aksine, her defasında hâkim tarafından, normatif ve dogmatik aktarımın toplumsal mevcut

²⁴ a.g.e. s. 301 vd.

²⁵ a.g.e. s. 298 vd. Anlamlandırmanın döngüsel hareketine ilişkin bir açıklama için bkz. Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 117 vd.

²⁶ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 311. “Ufukların birleşmesi” kavramı için bkz. Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 121 vd.

²⁷ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 303.

²⁸ a.g.e. s. 330 vd.

²⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 137, s. 139.

³⁰ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 333, s. 346.

koşullara uyarlanması sonucunda ortaya çıkar.³¹ Gadamer'in dediği gibi: **"Her olaya ilişkin kararı kapsayan, ilgili hukuk kuralının somut olaya altlanması (subsumsiyon) eylemiyle, eksiksiz bir hukuk dogmatığı düşüncesi savunulamaz."**³² Bunu, hermeneutik teorisinin evrenselliği doğrulamaktadır:

*"Hukuki hermeneutik istisnai bir durum oluşturmaz, aksine tarihi hermeneutiğin kapsamını tam olarak ortaya koymaya ve böylece eski hermeneutiğin bütününe yeniden oluşturmaya uygundur."*³³

Esser, hermeneutik teorisinin önemli bileşenlerini hukukun uygulanma sürecine aktarır.³⁴ Hukuki ihtilafa ve onun adil çözümüne ilişkin uygulanacak yasal mevzuata yönelik ön anlayış, ön anlayışa göre belirleyici olan düzenlemenin "taşınması", uygulanacak normun anlamı ile somut olaydaki hukuki ihtilafın hermeneutik döngü sürecinde karşılaştırılması ile adalet düşüncesinin açıklanması, yasal sürecin denetlenmesi ve uzlaşının sağlanması şeklindedir. Bu bileşenler birbirlerini takip eder: Çünkü yasalar genel olarak geçerli olduğundan ve belirsiz sayıdaki olayı düzenlemesi gerektiğinden, yorum ve takdir alanı içerirler. Bu çerçevede, yasa metnine ilişkin bakış açısının somut olaya ilişkin bakış açısıyla iç içe geçmesinden konuya uygun bir çözüm ortaya çıkabilmektedir. Her iki bakış açısının anlaşılması kaçınılmaz olarak hâkimin kişisel görüşünden etkilenebileceğinden, hakim kararının anlaşılır ve denetlenebilir olması için kendi görüşünü açıkça ortaya koymalı, böylece kararını, bir uzlaşma oluşturacak ya da en azından kabul edilebilir olacak şekilde gerekçelendirmelidir.

Esser, hukuki hermeneutiğe başvurarak geleneksel hukuk ve yöntem öğretisinin, her durumda yalnızca *bir* doğru çözümün olduğuna ve bu çözümün mantıklı ve tarafsız bir şekilde bulunabileceğine ilişkin

³¹ a.g.e. s. 334. Yasanın ilgili olayda somutlaştırılması, Gadamer tarafından „uygulamanın görevi“ olarak nitelenmektedir. Buna ilişkin bkz. s. 335, s. 346.

³² a.g.e. s. 335.

³³ a.g.e. s. 334, s. 338, s. 346.

³⁴ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136 vd., özellikle bkz. s. 138 vd.

yanılsamadan uzaklaşmayı amaçlamaktadır. Esser, hukukun içsel olarak barındırmakta olduğu değer yargılarına ilişkin koşullu bağlılığı açığa çıkarmayı hedeflemekte; bunu, hem bir hukuki ihtilafın konusunun tespiti ve somut olaya uygulanacak ilgili yasaların belirlenmesi, hem de söz konusu olaya ilişkin hakkaniyetli bir çözümün bulunması açısından ortaya koymak istemektedir.³⁵ “Ön anlayış”ın açığa çıkarılması, bu anlayışın farkına varılması ve değerlendirilmesi; her şeyden önce hakimin kendisinin aynı zamanda da uygulanan hukukun denetlenmesine, dolayısıyla hukuk uygulamasının –anlaşılabilirlik ve kabul edilebilirlik anlamında - “rasyonelleştirilmesine” katkıda bulunmaktadır.³⁶

Esser’in belirttiği üzere, hermeneutik anlayışın özellikleri, hukukun uygulanması sürecinin her aşamasında kendini gösterir: Hakim bir olaya ilişkin adil çözümü ararken öncelikle yaşanan somut olayı tasnif etmeli ve bağlantılı normları ve ilkeleri belirlemelidir. Hukuki olayın tespiti sırasında hakim, uygulanacak norm çerçevesinde önemli ve önemsiz olan konuları birbirinden ayırmalıdır; bu da yine somut olayın tasnifine bağlıdır. Hakim, somut olaya özgü durumları ve uygulanacak normları sürekli olarak gözden geçirir.³⁷ Nasıl ki hukuki olayın tespiti hakimin ön anlayışından etkileniyorsa, normun yorumu, hukuki olayın unsurlarının ve hukuki sonuçlarının yorumu da hakimin ön anlayışından etkilenir; çünkü bu durum, hakime takdir yetkisi alanı açar ve bu alan da kendi değerlendirmelerini ortaya koymasını mümkün kılar.³⁸ Esser, hukukun uygulanma edimini hermeneutik bir döngü olarak betimler; bu döngüde hakim, somut olayda öngördüğü kararlar (olaya özgü bakış açısıyla) uygulanacak norma ilişkin hukuki

³⁵ a.g.e., s. 23 vd., s. 142 vd.; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 235 vd.

³⁶ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136.

³⁷ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Baskı, 1963, s. 15.

³⁸ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 22, s. 122, s. 134. Hukuki altlama sürecine ilişkin bkz. s. 43 vd.; yoruma ilişkin bkz. s. 116 vd.; hukukta genel olarak hermeneutik döngü için bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 28 vd. ayrıca bkz. s. 33 vd.

değerlendirmeleri (hukuk düzenine ilişkin bakış açısını) karşılaştırarak somut olaya özgü bir sonuca ulaşır.³⁹

Normatif içeriklerin yalnızca ortodoks yöntem öğretisi araçlarıyla ve bir hakimin değer yargılarından bağımsız olarak belirlenmeye çalışılması, Esser'e göre bir ilizyondur.⁴⁰ Bu, Alman Medeni Kanunu (BGB) md. 242 ("*Borçlu, borcunu dürüstlük kuralları ve ticari örf ve âdetleri gereğince yerine getirmekle yükümlüdür*") gibi genel hükümlerde açıkça görüldüğü üzere, aynı zamanda belirli veya belirsiz tüm diğer hukuk kavramları için de geçerlidir. Bu durum, yasa metninin ötesindeki dogmatik için de geçerlidir.⁴¹ Hukukun genel ilkeleri, tanımlanmış hukuk kavramları, hukuki kurumlar, yapılar, sistemler vb. Dogmatikğin mahkeme kararlarında şekillendiği ve bağlayıcılık kazandığı olgusu, hâkimin hukuk yaratıcısı olarak katkı sağladığını göstermektedir; günümüz hukuk dogmatikğinin kapsamı, karmaşıklığı ve dallanıp budaklanması, katı ve objektif teorilerin tutarsız görünmesine neden olmakta ve hâkimin bu bağlamdaki yaratıcı rolünün önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.⁴²

³⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 139 („Dogmatik yorumun uygulama döngüsü“, Gadamer'in „uygulamalı ön anlayış“ına atıfta bulunur.).

⁴⁰ a.g.e. s. 35 vd., s. 101, s. 131 vd. Hukuk uygulamasının «nesneleri» hakkında bkz. s. 30 vd.; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 237 vd.; Esser, *topiğeAcP* 1972, s. 101, s. 110 vd.; aynı şekilde bkz. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 335.

⁴¹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 74 vd.

⁴² Medeni hukukta yargısal hukukun (yorum yolu ile) geliştirilmesinin tipik örneği sözleşme akdindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*): Başlangıçta yasada herhangi bir dayanağı olmayan bu hukuk kurumu, aslında sözleşme taraflarına yönelik olan tazminat talepleri için, hiçbir sözleşmenin olmadığı durumlarda yargı organları tarafından bir dayanak olarak kullanılmıştır. Güncel anayasa hukukundan bir örnek ise, "evlilik ve aile" kurumunun korumasının eşcinsel birliktelikler için de genişletilmesidir. İş hukuku ise, yasa koyucunun bilinçli bir şekilde çekimser kalması nedeniyle büyük ölçüde hâkim hukukudur – burada geleneksel yöntem öğretisiyle yapılan bir çözümleme genellikle yetersiz kalır.

Uygulanacak hukukun tespitinde Esser, “metnin veya normun anlaşılmasının hermeneutik bir şekilde incelenmesinin, hukuk uygulaması öğretisinin merkezine yerleştirilmesi gerektiğini” ileri sürmektedir.⁴³ Bu, anlama ve anlaşılır kılma halini kapsadığı gibi, aynı zamanda denetlenmesini ve uzlaşa sağlama yeteneğini de kapsamaktadır. Şayet hukuk uygulamasının hakimlerin ön anlayışlarına olan bağımlılığı kaçınılmazsa, hukuk uygulamasının şeffaf ve denetlenebilir olması daha da önemli hale gelir. Bunun yansıması günümüzde hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesinde; yargı kararlarının “hukuka ve yasaya bağlı” olması şartında (Alman Anayasası md. 20/3) ve keyfiliği yasaklayan ilkelerde görülmektedir. Bu nedenle hakim, sadece normatif düzenlemelere uymakla kalmamalı, aynı zamanda kendi varsayımlarını ve düşüncelerini denetlenebilir olması için “topiksel” (daha açık) bir şekilde belirtmeli ve kararlarıyla ikna edici olmalıdır.⁴⁴

Esser’in anlayışına göre dogmatik, geçerli hukukun yapılandırılması ve hukuk devleti anlamında uygulanabilir ve öngörülebilir hale getirilmesi konusunda son derece önemli bir işleve sahiptir. Dogmatik, “geçirgen” ve genişletilebilir anlamlar taşıyan ve olaya uygun, adil ve makul çözüm argümanına karşıt bir durum oluşturmaz,⁴⁵ aksine hakimin karar verme sürecinde farklı yönleri değerlendirirken dikkate alması gereken öngörülebilirlik ve denetlenebilirlik ilkelerini temsil eder.⁴⁶ Savigny’nin klasik yöntem

⁴³ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 127. Hukuki hermeneutik için bkz. s. 136 vd.

⁴⁴ a.g.e. s. 25, s. 27, Topik için bkz. s. 154 vd. (Topik gerekçelendirme, mutlaka mantıksal olarak zorunlu değildir, ancak somut durumun özelliklerinden anlaşılır, s. 157 Aristoteles’e atıf); Açık ve bağlı / topiksel ve dogmatik argümantasyon arasındaki fark için bkz. Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, 1979, inceleme 1, 5 (s. 16 vd., s. 27 vd.); krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 219 vd.

⁴⁵ Esser, AcP 1972, S. 100, S. 103 vd., s. 112.

⁴⁶ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 27, s. 94, s. 101, s. 134, s. 151 vd. Ayrıntı için bkz. Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die*

kanonları, Esser açısından objektif hukukun şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesinde kullanılacak bir reçete olmaktan çıkmıştır; zira Esser, özellikle hâkimin, istediği sonuca ulaşmasını sağlayacak yöntemi seçmesine imkân veren yöntemlerin içsel sistematığının eksikliğini ve çelişkilerini eleştirmektedir.⁴⁷ Ama Esser, tarihsel yorumun yasa koyucunun amacını göz ardı ettiği ve hakimın asıl adalet (doğruluk) sorununu “son derece ilkel bir şekilde” bertaraf etmesine imkan sağladığı için bu yöntemin tamamen geçersiz olduğunu savunurken;⁴⁸ sözel ile sistematik ve gai yoruma ilişkin unsurlara, kararın asıl gerekçelerini gizlemek için kötüye kullanılmadığı ve adalete ilişkin tartışmalarda açıklandığı sürece, hala önem atfetmektedir. Esser’in görüşüne göre, tam anlamıyla bir karar verme süreci şu iki unsuru bir arada bulundurmmalıdır:

*“Karar verme süreci, sistematik bir rasyonelliği ve dogmatik denetlenebilirliği güvence altına almalı; kararın anlaşılmasına yönelik makul beklenti, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kurallara, dogmatik hukuk öğretisine ve yargılama usulüne ‘uyulduğu’ yönündeki basit bir ifadeyle geçiştirilmemelidir.”*⁴⁹

Son olarak, Esser, verilen hüküm üzerinde toplumsal uzlaşının sağlanması gerekliliğini vurgular.⁵⁰ Esser için uzlaşma sağlama becerisi,

Hermeneutik und die Wissenschaften, 1978, s. 231 vd., S. 245; Esser, AcP 1972, s. 104, s. 112 vd., s. 124; krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 119 vd.; Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 163 vd.

⁴⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı 1972, S. 124 vd., s. 126 vd.

⁴⁸ a.g.e. s. 129, s. 89, s. 132.

⁴⁹ a.g.e. s. 27, S. 135; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, S. 228; Esser, AcP 1972, s. 113; ayrıca bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 67 vd.

⁵⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 132 vd., benzer şekilde bkz. s. 134; Esser, içinde: AcP 1972, s. 108; Esser, İngiliz hukukundaki “Common Sense” (sağduyu) kavramına atıfta bulunur, gerekçelendirmenin içeriği ve üslubuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Esser, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische*

hukuki tartışmanın en kritik unsurudur.⁵¹ Karara ilişkin argümanların açık (topiksel) bir şekilde sunulması ve tartışılması – yani kararın gerekçesinin “konuya ve mantığa uygun olması”⁵²– bunun temelini oluşturur. Karar, sadece somut olayın özelinde değil, tüm hukuk düzeni ile genel olarak uyum içinde olmalı;⁵³ hakim, toplumsal “beklenti düzeyiyle” yüzleşmek zorundadır.⁵⁴ Tek bir doğru karar genelde olmadığı için, bulunan çözümün en azından makul olması aranır.⁵⁵ Hâkimin ön anlayışının görünür kılan ve hakkaniyet anlayışının anlaşılabilir hale getiren bir ikna edici gerekçe, doğruluk denetimini ve politik veya ideolojik temelli kötüye kullanımlara karşı yorumun objektif değerinin korunmasını sağlar.⁵⁶ Başka bir ifadeyle, kararın taraflar ve toplum tarafından kabul görmesi için karardaki varsayımların ve gerekçelerin şeffaf olması gereklidir; hâkimin ön anlayışının açıkça inkâr edilerek salt yorum yöntemlerine sığınılması, yargıya duyulan güveni uzun vadede zedeleyecektir.⁵⁷

Bu haliyle döngü tamamlanır: Normların ve dogmatikğin uygulanması, hakimin zamanına bağlı anlam ve çözüm arayışıyla yönlendirildiği için, hukuk, toplumsal koşulların ve görüşlerin değişimiyle uyum içinde devamlı bir hareket içinde bulunur.⁵⁸ Hukukun bu devamlı hareket hali, Gadamer’in anlayışındaki (geleneksel) aktarım ve güncel yorumun sürekli „iç içe geçmesi” ne benzer. Hukuk, ancak bu harekette olursa, toplumsal işlevini kalıcı bir şekilde yerine getirebilir.

Klasse, 1979, inceleme 1, s. 5 vd.; krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 207 vd., s. 219.

⁵¹ Esser, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, 1979, inceleme 1, s. 10.

⁵² Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 26 vd.; hukuk mantığı için bkz. s. 106 vd.

⁵³ a.g.e. s. 139.

⁵⁴ a.g.e. s. 140.

⁵⁵ a.g.e. s. 23 vd.; açıklık sorunu için bkz. s. 171 vd.

⁵⁶ a.g.e. s.119.

⁵⁷ Benzer şekilde bkz. a.g.e. s. 111.

⁵⁸ Esser, *AcP* 1972, s. 107, s. 123.

IV. Eleştiri ve Kabul

Başkalarının yanı sıra Esser, “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi” ile, Gadamer’den ilham alınan *hukuki* hermeneutiğin yayılmasına katkıda bulunmuştur.⁵⁹

Gelenekselci hukuk anlayışında, Esser’in hermeneutiği endişeyle karşılanmış ve çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.⁶⁰ Bazıları hala hukukun uygulanması ve geliştirilmesine dair tüm sorulara kesin bir cevap sunan objektif hukuk düzenini savunurken;⁶¹ bazıları, yasaya bağlılığın ve yöntem disiplininin gevşetilmesinin, hâkimin ön anlayışının gelişmesine olanak tanınmasını eleştirdiler ve bunun yargıda öznelciliğe, ideolojikleşmeye veya keyfiliğe,⁶² hatta politik olarak motive olmuş hakim hukuku iktidarına geçişe kapı araladığına işaret ettiler.⁶³ Dönemin tarihsel koşulları da bu duruma katkı sağlamış olmalıdır: Bazı eleştirmenler açısından Esser’in hukuk uygulamasına ilişkin tasviri, Batı Alman yargısını tarihe kör, gerici veya sınıf yargısı olarak görenlerin ve hâkimlerin kişisel siyasi hedeflerini ve görüşlerini, değerden arındırılmış gerekçeler ve sözde kaçınılmazlık kisvesi altında hayata geçirmeye çalıştıklarını ileri sürenlerin “değirmenine su taşımış” olabilir.

Bu bir yanlış anlaşılmaydı. Çünkü Esser’in amacı, yargıya ilişkin güç dengesini değiştirerek hakimlere siyasal anlamda yeni güç alanları oluşturmak değildi. Onun amacı, epistemolojik teori çerçevesinde bir hakim gerçekte nasıl karar verdiğinin anlaşılmasını sağlayarak karar alma sürecinin şeffaf, anlaşılabilir ve denetlenebilir olmasını ve uzlaş

⁵⁹ Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 5; krş. Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 101 vd., s. 199; daha fazla ayrıntı için “Vorverständnis und Methodenwahl” eserinin kaynakçasına bakınız.).

⁶⁰ Bkz. Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, JZ 1988, s. 1 (dn. 23, 25); genel değerlendirme için bkz. Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 115 vd.; sistem teorisinin (Luhmann) değerlendirmesi için bkz. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 123 vd.

⁶¹ Örn. bkz. Flume, Esser’e atıfta bulunarak, AcP 1972, s. 107 vd.

⁶² Örn. bkz. Forsthoff („Ermutigung zu folgenlosem ideologischen Gerede“), Esser’e atıfta bulunarak, AcP 1972, s. 102; Picker, JZ 1988, s. 3 vd.

⁶³ Picker, JZ 1988, s. 8 vd.

sağlayabilecek nitelikte kararların alınması için uygun gereksinimleri tespit ederek bunları geliştirmekti. Yalnızca hâkimin karar alma sürecinin açık seçik ve tüm etkenleriyle açığa vurulması halinde hukuk devleti ilkelerinin etkili bir şekilde güvence altına alınması mümkün olabilir.⁶⁴ Bu bağlamda Esser'in özellikle vurguladığı husus, hakimin hakkaniyete (topik) yönelik düşüncelerinde açıklama ve gerekçelendirme zorunluluklarıyla birlikte, onun her zaman tutkuyla savunmuş olduğu, hakimin yasa metnine ve hukuk dogmatığına bağlılığıdır.⁶⁵ Gadamer de hakimin, metnin anlamına sadık kalarak keyfi yorumlamalardan kaçınması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

Bu nedenle, hâkimin uygulanacak hukuku ve yöntem seçimlerini önceden belirlediği bir sonuca göre keyfi bir şekilde yönlendirmesinin meşru olmadığına dair yapılan eleştiri, Esser'i hedef almaz.⁶⁷ Çünkü Esser, hâkimlerin egemenliğini (keyfi uygulamalarını) savunmuyor; aksine, dogmatik uzlaşmayı aceleyle terk etmeye ya da bu anlayışı çarpıtmaya yönelik eğilimleri son derece eleştirel bir bakış açısıyla değerlendiriyordu.⁶⁸ Ancak, bazı hakimlerin münferit eylemleri, hukuk uygulaması sürecinin gerçeklikten yoksun tasarımına bağlı kalarak yanlış bir rol kavrayışına aracılık etmenin bir gerekçesi olamazdı.

Esser, kendisini eleştirenlere defalarca karşı çıkmış⁶⁹ ve durumu kışkırtıcı bir şekilde tersine çevirmiştir: Her kim epistemolojik sürecin

⁶⁴ Köndgen, Josef Esser – Grenzgänger zwischen Dogmatik und Methodologie, in: Grundmann/Riesenhuber (Ed.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, C. 1, 2007, s. 102 (118).

⁶⁵ Picker, JZ 1988, s. 5 vd. Picker, Esser'in „dogmatik karşıtı“ olduğunu iddia etmiş ve ona, metin yorumunun ve dogmatığın sadece yüzeysel bir doğrulama olduğunu, oysa esasında hakimin ön anlayışının belirleyici olduğunu belirtmiştir.

⁶⁶ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Bd. 1, 6. Baskı, 1990, s. 333, s. 338.

⁶⁷ Aynı görüş için bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 32.

⁶⁸ Esser, AcP 1972, S. 124 vd. hukuk siyaseti ile ilgili argümanların dogmatığı gölgelememesine; ilişkin ifadesi esasında anlam açısından sınırlama getirir, böylesi yanlış bir eylemle ilgili durumda, toplumsal olana uyarlanmış kavram dogmatığının katılığına kıyasla daha az önemli olduğudur.

⁶⁹ Örn. Esser, AcP 1972, s. 102 vd. (Dn. 5'te ideolojikleştirme suçlamasına itiraz eder [Gadamer ile ortak sempozyum hakkında bilgi]), s. 106 vd.; s. 124 vd.

gerçekliğine karşı çıkarsa, asıl o bir takım ideolojik tekellere hizmet etmiş ve keyfiliği teşvik etmiş olur; çünkü yorumcunun, kendi ön anlayışının koşulları ve motivasyonu üzerine yapacağı her türlü eleştirel düşünme faaliyetini sistem dışı diye yasaklamak, rasyonel denetimi engeller ve asıl bu durum otonom olarak işlemekte olan hukuk düzenini siyasi manipülasyonun kollarına itmiş olur.⁷⁰

Toplumsal hızla artan karmaşıklığı ve dinamiği karşısında, katı-objektif veya pozitivist hukuk anlayışının sınırlarına dair farkındalık arttıkça, hâkimin değer yargılarına dayalı kararları ve hukukun gelişmesindeki bağımsız rolünü kabul etme ve bunu hukuk teorisi düzeyinde ele alma isteği güçlendi. Nihayetinde Esser ve hukuki hermeneutiğe ilişkin bulgular hukuk biliminin “ana akım”ının bir parçası haline geldi.⁷¹ Bu yaklaşımların eğitim ve uygulama alanlarında ne kadar etkili olduğu ise başka bir konudur.⁷²

IV. Sonuç

Gadamer’in katkısı, bir kimsenin bir şeyi anlamasına ilişkin koşulları başarılı bir şekilde ortaya koymuş olmasıdır.⁷³ Esser’in katkısı ise, hukukun gerçekte nasıl uygulandığını ortaya koymuş ve bu sayede karar verme sürecinin hukuk devleti ilkesine yaklaşmasını sağlamış olmasıdır.

Esser’in tezleri dönemin “egemen öğretisinin” bakış açısıyla kışkırtıcı bir şekilde algılanmış ise de, 1970’lerde hakim olan havanın

⁷⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 141.

⁷¹ Krş. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 7 vd. (Giriş), s. 29 vd. (Vorverständnis); Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2. Baskı, 1993, S. 79 (s. 81 vd., s. 94 vd.); aynı: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 100 vd., s. 102; Schroth, a.g.e., s. 273 vd., s. 296; Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, a.g.e., s. 252 vd., s. 266 vd.; Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 105 vd.

⁷² Esser, hukukçuların eğitiminde bir değişiklik talep etmiş ve bunun klasik yöntem öğretilerine sıkışıp kalmış olmasını eleştirmiştir. (Örn.: Gadamer/Boehm (Ed.) *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 239; Esser, AcP 1972, s. 106, s. 128 vd.)

⁷³ Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 125.

tezahürüne uygundu; çünkü geleneksel hukuk öğretisi, toplumsal gerçeklikten git gide uzaklaşıyordu. Liberal dönemde, hukuk teorisinin yasamaya ve diğer erklerle verdiği önem, 20. yüzyılda sosyal ilişkilerde hızla meydana gelen karmaşıklık karşısında görece bir hal almıştı. Aynı zamanda, hukuk devleti bilincine ve özdenetim yeteneğine sahip bağımsız yargı mensuplarına duyulan güven artıyordu. Güçler dengesi, güçler sarmalına dönüşmekteydi. Özgürlükçü demokrasilerde şeffaflık ve hesap verebilirlik beklentisi bulunmakta olup bu beklentinin yargı erkinden de karşılanması beklenir. Hakimden, verdiği kararın kabul edilebilir ve denetlenebilir olması için kartlarını açık oynaması ve verdiği kararlardaki kıstaslarını, düşüncelerini ve motivasyonlarını tam olarak açıklaması beklenir. Bütün bunlar “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi”nde yansıtılmakta olup hukuki hermeneutiğin hukuk teorisinin odağı haline gelmesini sağlamıştır.

Gadamer’e bakıldığında, Esser’in düşünceleri, onun felsefi hermeneutiğinin evrenselliğini kanıtlamakta; bununla birlikte, hukuk ve güçler dengesine ilişkin köklü değişimin de anlayışın zamanla bağlantılı olduğunu bir kez daha doğrulamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.