

Hukuksal Argümantasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü^(*)

Sevta Metin^(**)

A. Teorinin Genel Özellikleri

Günümüzde hukuk genel teorisindeki daha yeni yaklaşımlar hukuka " taraflar arasında gerçekleşen hukuki bir tartışma (diskur) zeminine oturmuş argümantasyon süreci" şeklinde yaklaşmaktadır.⁽¹⁾

Kavram karşılığı olarak argümantasyon; gerekçelendirme, kanıt getirme, bir tezi destekleme ya da onunla savaşıma kalkan, bir kararı haklı gösterme veya eleştirme olanağı veren usullamaların bütünü olarak kabul edilmektedir.⁽²⁾ Pratik bir tartışmanın zeminini teorik bir altyapı üzerine kurarak argümantasyon; hukuki bir tartışmada kanıt getirerek karşı tarafı ikna etmeyi ancak nihayetinde tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teoridir.⁽³⁾

Teorinin ayrıntılarına geçmeden önce hukuk alanındaki uğraşısı ve amaçları üzerinde biraz daha durabiliriz.

Toplumsal yaşamdan kaynaklanan bir zorunluluk olarak biz hukuku fonksiyonları ile tanımlayabiliriz. Bunlar sosyal olgu, düzen ve adalet olup bütün bunları kapsayan bir hukuk tanımı olarak "hukuk; adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir" diyebiliriz. Bir gerçeklik faktörü olarak ortaya çıkan "sosyal gereksinimlerin karşılanması yani hukukun sosyal fonksiyonu" olan pratik yarar, gereksinimleri değerlendirirken hukukun adalet anlayışını kullanmakta, eşitliğin sağlanabilmesi için de herkes için uygulanabilir bir normatif düzen yaratarak hukuk güvenliği çerçevesinde bir sistem oluşturmaktadır. Bu içeriksel olarak hukukun karşılaştığı ve "dinamik bir denge" içinde çözmesi gereken en temel sorunlardan birisidir. Hu-

kukun tarihi gelişimi içerisinde çeşitli görüşler hukuka yukarıda tanımda yer alan unsurların yalnız bir veya bazen ikisi ile bakmakla yetinmişlerdir.⁽⁴⁾ Buna karşın argümantasyon teorisi akıllı sosyal olgu ve somut durumun gereklerine uyarlamakta başarılı bir alet olarak görmüştür. Hukuki anlamda yapmaya çalıştığı şeyin sosyal ihtiyaçları her zaman gözeterek öncelikle somut olay adaletini akıl ve düzenle kaynaştırabilmektir.⁽⁵⁾

Argümantasyon teorisi; mantıklı ve iyi bir uygulamayı tanımlamaya çalışırken⁽⁶⁾ aynı zamanda eski retorik dellendirmen sanatını yeniden canlandırma çabasındaki pratik bir felsefedir. Bu yüzden yeni retorik olarak da adlandırılır. İletişim, argümantasyon teorisinin temel konusudur ve uzlaşma varsayımı esastır. Dinleyiciler ise hukukçular, davanın tarafları ve halktan oluşan kuşatıcı bir kavramdır. Bu iletişim dinleyiciler tarafından kabul edilmiş bazı değerler merkez alınarak kurulmuştur. Bu nedenle iletişimin taraflarının yüklediği anlam da iletişim ortamı açısından önem taşır.⁽⁷⁾

Argümantasyon tek bir kişiye ve onun düşüncelerine dayandırılmaz. Değişik teorik görünümleri olmakla beraber burada konu bir miktar daraltılıp Perelman ve Alexy eksen alınarak açıklamalar yapılacaktır.

Argümantasyon teorisini olan ve olması gereken arasındaki ayırımı koruyarak kuran Alexy, bir çıkarıma ilişkin uygulamada, uygulamanın kendiliğinden rasyonel olup olmadığının "gerçekte olan" ile "makul olan" arasındaki karşıtlık nedeniyle yalnızca uygulamadan çıkarılamayacağını dile getirmektedir. Alexy, bu nedenle bu teorik dayanağı aynı zamanda Apel ve Habermas'ın temel kriteri olan ideal iletişim birliğini kabulde bulmuştur.⁽⁸⁾ Fakat akıl ile bağlantı kurmaksızın argümantasyonun dilin ve iletişimin etkin bir aracı olacağı düşünülemez. Bu dil aynı zamanda sosyal bir geleneğin ürünüdür ve hem günlük dili hem de bir meslek ya da disiplinin üyeleri arasındaki ortak dili yani dilin teknik kullanımını içine alır.⁽⁹⁾

Perelman ise; teorisinin daha çok mantık alanına ait olduğunu ifade etmektedir. Perelman'ın argümantasyon yaklaşımı; olması gerekeni ifade eden hukuk normlarının ne saf ampirik gözlemlerle ne de bir tür kendinden apaçık olduğu sezgisiyle doğrulanamayacağıdır. Ampirik deney ve mantiki dedüksiyonların ötesinde rasyonel argüman yani akla uygun bir tartışma zeminini vardır. Bu görüş Aristo ve Çiçero'ya kadar giden bir göndermedir. Yargıcın dayanacağı norm ne kutsal ne de mutlak. Çünkü her normatif sis-

(*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile birlikte 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda sunulmuştur.

(**) Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Michael Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002

2 Chaim Perelman, "Hukuksal Usullama ve Hukuk Mantığı", Çev: Tuğba Ballıgil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan), Sayı: 1-4, İstanbul 1987, s.702-703.

3 Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, Çev: Mustafa Tüzel, Kabalıcı Yayınevi, İstanbul 2001, s. 42. Ayrıca bkz; Peter Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, The Macmillan Press, Reprinted 1990 in Hong Kong, s.115 -116.

4 Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s.15-16.

5 Chaim Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, Translated by: John Wilkinson and Paul Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1958, s.157.

6 Ralf Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", Çev: Yasemin Işıktaç, Kamu Hukuku Arşivi, Editör: İlyas Doğan, C: II, Sayı: 3, Ekim 1999, s.267.

7 Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, s.111, 116-117.

8 Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", s.267.

9 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s.157.

tem özünde yasa koyucunun tesadüfi ve gelişigüzel iradesi ürünüdür. Argümantasyon teorisi psikolojik öğeler içeren bir teori olarak araştırılabilirse de Perelman; belli argümanların nasıl etki yaptığı ve sonuçlarının gözlemlenmesi üzerinde durmamıştır. Yeni retorik formel mantığın yerini almayı amaçlamaz. Değişik argümantasyon durumlarının mantıksal analizi bunların psikolojik etkinliğinin araştırılmasının önünde gelmelidir.⁽¹⁰⁾

Argümantasyonda hukuksal uslamamanın yeri çok önemlidir ve bununla yasanın uygulanması niyet ediliyorsa en açık örneği yargı organlarının görüş ve kararlarıdır. Mantıkçılar hukuka özgü ayrı bir mantığın varlığını kabul etmemektedirler. Mantığın biçimsel akıl yürütme yasaları ve yöntemleri bütün bilimler için ve her zaman geçerli olan evrensellik özelliğine sahiptir ve böylece sadece formel mantık ve tümdengelimle özdeşleşen bu mantığın konusu herhangi bir disiplin tarafından sağlanmış olabileceğine göre bağımsız bir hukuk mantığından da söz edilemez. Tıpkı bağımsız bir biyoloji, kimya mantığından söz edilemeyeceği gibi. Biçimsel mantığın yasalarına uygun tümdengelim dayanan kanıtlamalar karşısında eğer öncüllerin doğruluğu tartışma konusu değilse, sonuç öncüllerden zorunlu olarak çıkacaktır.⁽¹¹⁾

Diyalektik argümantasyon alanına gelindiğinde; burada her yerde ve her

zaman geçerli olan zorunlu önermeler yoktur. Ancak somut bir ortamda ve farklı sosyal veya tarihi bağlam içinde kabul edilmiş bu önermeler her zaman her yerde geçerli olan zorunlu önermelerle örtüşmeyebilir. Bu temel önermeler, çoğu kez tümdengelim aksiyomları olarak değil, bir kimsenin ileri sürmek gayretinde olduğu diğer tezleri destekleyen argümanlar olarak hizmet edecektir. Kanıtlayıcı delil hiçbir zaman karşıt yönde kanıt getirmeyi dışta bırakmaz.

Ulaşılan sonuçlar, ne apaçık kesin, ne de hayal ürünüdür. Somut bir ortamda, karşılıklı tezlerin ortaya konulması ve sonuçta bu düşüncelerden birinde tarafların birleşmesi ile onun "en sağlam" olduğu kabul edilir. Bu durum diyalektik argümantasyonda muhataplara yalnız kendi görüş açılarını açıklayan kişiler olarak değil, kendi toplumlarının "makul" fikirlerini ifade eden kimseler olarak bakabilmeyi sağlar. Burada makul olanın ne olduğuna gelince, bu tümdengelim ile sınırlandırılmış değildir. Bunun kapsamı insanın yetiştirdiği ve bildiği toplumda genel kabul görmüş olanlardan başlayarak ileri sürebileceği her tezi içine alacak şekilde genişletilebilir. Akıl yürütmenin tarihi gelişimi onun geleneğin bir parçası olduğunu göstermektedir.⁽¹²⁾

Perelman retorik olarak adlandırdığı tartışmada makul olanın temel bir rol oynadığını ancak bunun akılcı olandan ayrıldığını söylüyor. Akılcı

olan ebedi ve değişmez olduğu söylenen hakikatlere, evrensel yasa ve ahlâki ilkelere, sisteme ulaşmak için en iyi araçların kullanımına başvururken makul olanın içeriğini bir toplumun kültürü, tarih ve gelenekleri belirler ve içeriği daha değişken bir kavramdır.

Çünkü konu insan ve insan ilişkileri ile ilgili yargılar olduğunda sezgiye ya da tartışılmaz bir kanıtla dayalı yegane çözümü bulmak kolay değildir. Pratik akıl alanında yalnızca makul bir çözüm sağlayacak olan diyalektik tezlerin ötesinde bir mutlak çözüme sahip değiliz.⁽¹³⁾ Biçimsel mantığın hukuk problemlerini çözmek bakımından yeterli bir araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle mantık alanında biçimsel mantığın yanı sıra pratik insani sorunlarla uğraşan, makul (akla uygun) olanın mantığı denilen bir diğer mantık alanı daha vardır. Akla uygun olanın mantığı insan faaliyetleriyle ilgilenirken bunların yol açtığı sorunların anlamını bulmaya çalışmakta ve değer yargılarına varmakta ve bu konuda yetersiz kalan biçimsel mantığı tamamlamaktadır. Toplumsal gerçekliğin düzenlenmesinde elverişli görülen araçların etkinliği, ahlâkiliği ve amaca uygunluğu; değerleri ve değerlendirmeleri davet eder. Bu bağlamda hukuk mantığı, biçimsel mantıkta olduğu gibi sistematik bir düşünceden ibaret kalmaz ve hayat ve tarih deneyimlerinden elde edilen bilgileri de nazara alan, akla dayalı bir düşün-

ceyi deyimler.⁽¹⁴⁾ Akla uygun delillendirmede mantığın kesin kanıtlama gücü olmaksızın da tezi olanaklı kılan ve akla yatkın yapan nedenlerin açıklanması söz konusu olur. Ancak ne teori ne de uygulamada her şey kanıtlanabilir değildir.⁽¹⁵⁾

B. Argümantasyonun Diğer İkna Etme Yöntemlerinden Ayrılması ve "Uzlaşım" Sorunu

Argümantasyon teorisi retorik söyleme dayanan bir temele otursa da; retorik ne olduğunu kısaca ortaya koyduğumuzda farklı oldukları görülecektir. Retorik bir yandan düşüncelerin sözle yönlendirilmesinin bir aracı olarak kullanıldığında ona şüpheyle bakılmaktadır diğer taraftan inanç birliğine ulaşmayı amaçlamış rasyonel bir konuşmanın eşsiz bir modeli olarak düşünülmektedir.

Retorik; ne pratik davranışa dayanan ve yüksek ahlâki değerleri gerektiren argümantasyon teorisi ne de politik bir söylemin içinde yer alan karmaşık bir dil kullanımı örneğidir. Genellikle konuyla ilgili değişik çıkarları temsil ederek ve edinilmiş farklı tecrübelerle kamuya hitap etmektir. Güzel ve belagatli konuşma sanatı olarak nitelendirilse de retorik kalkış noktası bireyin özgür eylem ve düşüncesinde yatar. Retorik söylem Antik Yunan filozoflarınca sonraki çağlara devredilmiştir. Özellikle Platon, sofistlerin yorumladıkları şekliyle retorik; "sabır-

10 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick), Clarendon Press, Oxford 1989, s. 155.

11 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s.701-703.

12 Perelman, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, s.167.

13 Chaim Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", Çev: Murat Önderman, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı İncelemeleri*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkim Yayınevi, İstanbul 1997, s.388, 392.

14 Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Doruk Kitabevi, Ankara, 1981, s.77-78.

15 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s.391.

sızca çabucak sonuç çıkarma, önceden ciddi araştırma yapma zahmetine girişmeden bir düşünceyi formüle etmek için kullanılmış teknik bir araç" olarak ele alınmasına karşı sert eleştiriler getirmiştir. Ancak Platon'un eleştirisi retorik için reddi anlamında değildir ve bugün argümantasyonda retorik kullanımı antik tanımından daha öte bir anlam taşımaktadır.⁽¹⁶⁾ Aristo'da ise retorik daha geniş bir temel üzerinde yer alır. Aristoteles ikna etme ve ikna olma arasındaki bağlantıyı yadsımaz. Retorik, teorik bir tasarımdan çıkmıştır. Söylem ve tartışmadaki pratiğin bir ürünüdür. Bu yönüyle de argümantasyon teorisinden ayrılmaktadır. Çünkü argümantasyon pratiğe yönelik bir hukuksal söylem üretse de aynı zamanda teorik bir altyapı kurmaya çalışmıştır.⁽¹⁷⁾

Bir diyalogda birbirine muhalif tezlerin karşılaşması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Retorik kanıtlardan eristik ve hatta sofist kanıtlamalara geçebiliriz. Çünkü retorik argümanların sahip olduğu bazı değerler kötüye kullanılabilir. Sofistik argümanlar dürüst olanlardan kötü niyetle kullanıma elverişli olmalarıyla ayrılır.

Karşı taraf her ne olursa olsun iddiayı kazanmak arzusuyla muhalifinin zihnini karıştırıp şaşırtmak ve kendi görüşünü egemen kılmak üzere hareket ediyorsa bu eristik diyalog olarak isimlendirilir. Eristik tartışmanın tek

amacı kendine muhalifinden daha iyi bir durum sağlamaktır. Öyle ki bu hakikate tamamıyla kayıtsız kalan bir tarihtir. Eristik bir diyalogu tanımamızı sağlayan bir başka ölçüt de bu tartışmada hasmın değil yargıcın ikna edilmesinin amaçlanmasıdır.

Böyle bir diyalogdan farklı olan argümantasyonun kalkış noktası muhataplar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıdır.⁽¹⁸⁾ Teorik bir çerçeve oluşturmayı hedeflemesi nedeniyle retorikten farklılaştırılmalı da argümantasyon bu uzlaşmayı gerçekleştirirken yine retorikçe başvurmaktadır. Argümantasyon teorisinde kullanıldığı şekliyle retorik; geleneksel olarak zorlayıcı akıl yürütme araçlarıyla çözülemeyen sorunlar üzerine uzlaşım (konsensus) oluşturma sanatıdır ve yalnızca "muhtemel" şeyler alanını temsil eder. Retorik araçlarla ulaşılmış konsensusa bağlı inandırma ve ikna etme yeteneği, öncelikle gündelik dil ortamında bilgi (enformasyon) değiş-tokuşuna olanak sağlamakla kalmaz. Aynı zamanda gündelik dil içinde eyleme yönelik tutumların biçimlendirilerek değiştirilmesinin de mümkün olduğu yolunda bir felsefi hermenötik kavrayış sunar. Felsefi hermenötik de konuşmacıların iletişime yeterli ve dilsel yeteneklere sahip olduğu kabulü üzerine kuruludur.⁽¹⁹⁾ Ancak buna ek olarak uzlaşım baskı ve tahrifattan uzak

bir dil geleneği içinde ulaşılabilecektir. Rasyonel söylem ilkesi gereği hakikat, yalnızca tahakkümden bağımsız ve sınırsız iletişim koşullarında gerçekleşen bir uzlaşım türüyle garanti altına alınabilir.⁽²⁰⁾ İletişim birliğini engelleyen toplumsal baskı; çalışma, güç ve dil boyutları arasındaki bağlantıyı değiştirerek dili çarpıtmaktadır ve topluluk üyeleri bu çarpıtmaların farkında değildir.⁽²¹⁾ Rasyonel uzlaşım, yalnızca daha iyi olan argümanın gücüyle ulaşılabilir. İdeal konuşma durumunda, hiçbir dış zorlama olmadan konuşmaya katılanlar kanıt ve argüman ortaya koyabilir ve her bir birey tartışmaya katılmada eşit ve açık bir şansa sahiptir. Tekil bir konuşma, bireylerin birbirleriyle karşılıklı özgür, açık ve eşit bir iletişim içinde yaşadıkları bir toplumsal hayat biçimi olasılığına dayanır. Bunun sonucunda ideal konuşma durumu, toplumsal kurumların var olan biçimlerinin yetersizliğine ilişkin eleştirel bir ölçüt sağlamaktadır. Geleneğin etkisine ya da iktidar ve egemenliğin kullanımına dayanan bir uzlaşım rasyonel bir uzlaşımından sapmaz.⁽²²⁾ Gelenek içerisinde sağlanmış bir uzlaşımın zorlama ve çarpıtma olmaksızın başarılı olması gerekmektedir. Toplumda

ve tarihte bazı baskılayıcı güçler gündelik iletişimi çarpıtmaya uğratabileceğinden öznelarası uzlaşım da tahrifata uğrayabilir. Eleştiri; çarpıtmaların açıklandığı bir bilimdir ve yanlış anlamaların üstesinden gelme tekniklerini içerir.⁽²³⁾ Bir önerme veya eylemin rasyonel olduğunu dile getirmek, prensipte bunların argümantasyon prosedürleriyle doğrulanabileceğini iddia etmektedir.⁽²⁴⁾

Rasyonel uzlaşımın hukuksal argümantasyon alanına aktarımına gelince bu alanda varılan konsensus, tartışılan meseledeki görüşlere katılımın genelleşmiş bir ifadesidir. Bir kez daha vurgulayalım ki bu uzlaşım taraflardan biri diğerini ikna edince sağlanacaktır ve tarafların bu açık mutabakatı her adımda kaçınılmazdır.⁽²⁵⁾ Sosyal çatışmalar içindeki taraflar kendi haklarını; birbirlerine karşı kendi tezlerini iyice belirlemek suretiyle, karşılıklı olarak birbirlerini ikna etmeye çalışarak koruyacaklardır.⁽²⁶⁾ Argümantasyon teorisi görüldüğü üzere; tarafların yargı önünde karşılıklı tez ve anti-tezlerle fikirlerinin ortaya konması ve daha sonra bu tezlerden birinin diğer tarafın kurmuş olduğu iddia ve gösterdiği delillerle yani argümanlarla çürütülmesi ve buna diğer

20 A.e. , s.253-254.

21 Erol Göka, Abdullah Topçuoğlu, Yasın Aktay: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme, 2.Basım, Vadi Yayınları, Ankara,1999.s.160.

22 Anthony Giddens, "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, Quentin Skinner, Çev: Ahmet Demirhan, Vadi Yayınları, Ankara 1997, s.168-169.

23 Göka, Topçuoğlu, Aktay: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme,s.137,162

24 Giddens, "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, s.168-169.

25 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.164-167.

26 Wim Klever, "A Draft for Juridical Epistemology" ARSP, Supplementum III, 1988, (Theory and System of Legal Philosophy, IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 45.

16 Waldemar Schreckenberger, "Rhetoric and Law", ARSP, Vol: 82, Heft: 4, 1996, s. 453; Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation., s.139.

17 Schreckenberger, "Rhetoric and Law", s. 455-456.

18 Perelman, The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation, s.164-167.

19 Jürgen Hebermas, "Hermeneutik'in Evrensellik Talebi", Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayınları, İstanbul 2002, s. 233, 235.

taraf ve yargıcı ikna etmesi ile somut kararın doğruluğuna inanç sağlanacağı görüşünü ileri sürmektedir.⁽²⁷⁾

Konuşmacının inanmadığı ve doğruluğunu kabul etmediği bir şeyi de ileri sürebileceği iddiası teori tarafından ihtimal dışı bırakılmıştır. İdeal iletişim birliğini⁽²⁸⁾ gerçekleştirebilmek için hiçbir konuşmacı kendisi ile çelişkiye düşmemeli ve her konuşmacı yalnızca kendisinin inandığı şeyleri iddia etmelidir. Tartışmanın dürüstlüğüne ilişkin bu kural iletişim için belirleyicidir.⁽²⁹⁾

Bu durumda samimiyet ve ciddiyetin var olduğu bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Herkesi ikna etmek isteyen kimse her kim olursa olsun tarafsız olmak ve herkesin kabul edebileceği normlar önermek zorundadır. Argümantasyon dinleyicilerin de sağduyusuna güvenir.⁽³⁰⁾

Tarafların ileri sürdükleri tezlerle yargıcın da ikna edilmesi gerekir. Çünkü hukuki tartışmanın taraflarınca ileri sürülen ve birbiriyle yarışan hukuk önermeleri ya da bunların yorumu arasında seçimi yapacak olan yargıç-

tır.⁽³¹⁾ Ama yargıç da başkalarını kararının rasyonel olduğuna inandırmak zorundadır. Dinleyici kitlesi tizerinde başarısı, verimi onlarda yaptığı etkiye bağlı olduğundan yargıcın tarafsızlığı, onların taraf tutmasını önlemek ayrı bir önem kazanır. Bu nedenle tabii yargıç ilkesi de önemlidir. Olağanüstü yargı yolları bir demokratik rejimde geniş tutulamaz, yasaklanmaya çalışılmalıdır.⁽³²⁾

C. Hukuk Uygulamalarında Argümantasyon Teorisini Ortaya Çıkararak Gereksinimler

Önermelerin argümantasyonda birincil rol oynamasının nedeni benzer durumlara eşit davranılmasını sağlamasıdır. Var olan önermeler bize şimdi karşılaştığımız durumların geçmişte meşgul olduklarımızla ne şekilde benzer olduğunu öğretir. Bu önermeler aynı zamanda toplumun kültürel geleceğinin bir parçasını oluşturur.

Yeni bir olayı eskisi ile kaynaştırmak için benzerliklerin üzerinde durur ve farklılıkları göz ardı ederiz. Eğer bu kaynaşma gerçekleşmiyorsa argüman-

tasyon kaçınılmaz olacaktır. Çünkü bir karar benzer olaylara benzer işlem yapılmasını gerektiren formel adalete uyuyorsa adaletlidir.⁽³³⁾ Hukukçuların meşru olmadıkça bir değişikliği kabul etmemeleri hukukun güvenilirliği ve güvenliği gibi önemli değerlere katkıda bulunur. Belirli ilke ve kurallara, değerlere bağlandığımızda onlara uyan her durum için gerekçe göstermek zorunluluğunun önüne geçilmiş olur. Bunun temelinde kollektif ve zımnî bir uzlaşma vardır. Bu uzlaşım-lardan ilki "Pacta sunt servanda", ikincisi uzun süredir adil olduğu inancı ile uygulanıyor görünen "geleneklere uygun davranış"tır. Üçüncüsü toplumun adil olduğu inancı taşıdığı kabul edilen bağlayıcı kuralları koyma yetkisinin verildiği "otoriteye duyulan güven"dir.⁽³⁴⁾

Geçmişte kabul edilmiş bir düşünce yeterli neden olmaksızın terk edilmeli, değişimin gerekliliği doğrulanabilir olmalıdır. Perelman'a göre bu prensip bizim entelektüel ve sosyal hayatımızın istikrarı için gereklidir. Bu hem hukuk bilminde hem etik alanda önermelere ve kabul edilmiş normlara başvurulmasının dayanağını oluşturur. Elbette bunlar sonsuza kadar değişmeden kalacaktır diyemeyiz. Her şeyi doğrulamak, ispatını yapmak

gerekmez ancak şüpheye konu olan şeyler için gerekçeler verilmesi zorunludur.⁽³⁵⁾

Belirtmiş olduğumuz gibi her keyfi ve meşruluk kazanmamış değişiklik adaletsizdir. Oysa yasa koyucunun yaptığı kural, genel bir düzenleme olarak ve somut olanı atıp benzerlere eşit işlem uygulayarak yalnızca biçimsel adaleti gerçekleştirebilir. Tüm bu durumlar sadece alışlagelen koşullara uygulanacaktır. Olağanın dışında ve yasa koyucunun öngöremediği yeni bir durumla karşılaştığında veya alışlageldik yaşam olaylarındaki değişik görünüm karşısında yargıç hakkaniyete dayanarak yazılı hukukunkinden daha adil ve soruna daha iyi uyan bir çözümü aramak zorunda kalacaktır. Gerektiğinde yasaya uygun davranma şeklindeki adaletin karşısına hakkaniyete uygun daha üstün bir adaleti⁽³⁶⁾ koymak gerekir. Yani kanuni adaletin üstünde kanun üstü adalet gelecektir. Ancak bu kural yeniden gözden geçirilebilir. Mevcut kuralı değiştirmek için gerekli nedenler olabileceğini yine de bu nedenlerin nadiren herkesi bağlayabileceğini, çoğunluk oyunun da bağlayıcı bir yöntem olduğunu kabul etmemiz gerekir. Önyargı mevcut olanın yanındadır, ancak değişim her

27 Kathleen Freeman and Arthur M. Farley, "Argumentation and Its Application to Legal Reasoning", *Logical Models of Legal Argumentation*, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.7-43.

28 "Tahrif edilmemiş iletişim" konuşmacıların tüm geçerlilik iddialarını savunabilecekleri dil kullanımınıdır. Bu dil kullanımında söylenen şey, anlamlı, doğru, doğrulanmış ve samimidir. Söz konusu geçerlilik iddialarından birincisine göre, söylenen şey belirli sentaktik ve semantik kurallara uyar ve bu sayede diğerlerince anlaşılabilir bir anlam ortaya çıkarır. İkincisi, söylenen şeyin "önermesel içeriği" yani konuşmacının bir şey söylerken yaptığı olgusal iddialar doğrudur. Üçüncüsü ise; konuşmacı söylediği şeyde samimidir ve dinleyeni aldatmayı amaçlamaz. Giddens, "Jürgen Habermas", s.163-165.

29 Gröschner, "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", s.268.

30 Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification*, s. 169-170.

31 Neil MacCormick, "On the Interpretation and Understanding of Case-Law", *ARSP, Supplementum III, 1988 (IVR 12.th World Congress, Athens 1985)*, s. 137.

32 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s.705.

33 Perelman, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, s.157-158.

34 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s. 390-391.

35 Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification*, s. 171-172.

36 Perelman'ın adalet fikri Kant'ın kategorik emperatifine dayanmaktadır. Adalet düşüncesini; "Sanki sen; kararını gerekçelendirmek için bütün insanlık adına geçerli ve değerli bir prensibi keşfeden bir yargıç gibi davranmalısın" biçiminde açıklar. Buna uygun olarak, evrensel dinleyicinin uzlaşması "tüm makul insanların" fikir birliğine varmasıdır., Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discours as Theory of Legal Justification*, s. 162.

zaman her şeyde daima haklı kılınmalıdır.⁽³⁷⁾

Böylece anlaşılmaktadır ki; hukuk normunun uygulanabilme kabiliyeti sorunu da bulunmaktadır. Bununla anlatılmak istenen geçerli ve yürürlükte olan bir yasanın somut hukuki sorun için adil bir çözüm üretip üretmediği problemidir ve değerlendirici bir bakış açısını gerektirir. Burada özellikle yasanın somut olaya uygulanması sırasında, normun anlamının belirsiz ve açık olmadığı ya da yasanın içerisinde yer alan bazı sözcüklerin birden fazla anlama gelmesi halinde yargıcın karşılaştığı yorum sorunu gündeme gelmektedir. Çünkü geçmiş bir zamanda yasa koyucu tarafından yapılan yasa geleceğe yönelik olmak zorundadır ve bu nedenle şimdiki zamanın ihtiyaçlarına ve toplumun dinamik gelişmelerine uyum sağlamak zorundadır. Yasa; yasa koyucudan daha akıllı olduğuna göre onun şu anda ne anlama geldiği, yürürlüğe girdiği anda yaptığı düzenlemeden daha önemlidir. Bu konuda özellikle sosyal, ekonomik ve politik değişim ve ihtiyaçlar yasanın yapıldığı andakinden aradan geçen zaman faktörü yüzünden değişik olması hiç de şaşırtıcı olmaz. Kesin ve güvenilir olmak özelliklerini taşıyan hukuk kuralı toplumsal değişimin hızı ile karşılaştırıldığında durağan kalmakta, yavaş değişime uğramaktadır. İşte bütün bu koşullar altında yargıç yasayı nasıl uygulayacaktır? Burada hukukun yorumlanması kaçınılmaz bir gereklilik olmaktadır. Bu alanda da toplumsal yararın karşılanması ihtiyacı, hukuk

normlarının kesinlik ve hukuk güvenliği gereği genel ve soyut olmaları ile yine bir gerilim ilişkisi içerisine girmektedir. Adil bir kararın yalnız hukuk normunun benzer bütün olaylara aynı şekilde uygulanması ile değil somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, yargıç tarafından hakkaniyet gereği ortaya çıkabileceğine olan inanç ve eğilim artmaktadır. Böylece hukuk düzeni ile toplumsal hayatın çabuk gelişme ve değişkenliği arasındaki kopukluğun ve hukukun bu toplumsal gelişmelere ayak uydurmada geç kalışının zararlı sonuçlarının giderilmesi umulmaktadır.

Somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi değer-sosyal olgu bütünleşmesini de sağlayacaktır. Gerek yasa yapılırken gerek somut duruma uygulanması sırasında değerlendirilirken hukukun ve uygulamacının görevi toplumsal çıkarları doğru belirlemek ve bunları uzlaştırmak yoluyla toplumsal barışı gerçekleştirmektir. Toplumsal çıkarların nedenini oluşturan toplumsal olguları doğru ve yerinde belirlemek hem yasa koyucu hem de yasayı uygulayan için bir gerekliliktir. Böylece hukukun uygulanması sırasında somutlaşması da hukuki bir sosyal olgu olarak gözlemlenebilir.

Hiç kimsenin yadsıyamayacağı ve kendine göre yorumlamayı aklından geçiremeyeceği hukuk kuralları vardır. Bunlar emredici biçimde düzenlenmiştir ve sözü itibarıyla de yeterince açıktır. Örneğin usul hukuku ve sürelerle ilgili hükümler, ispat vasıtaları böyledir. Bunun yanı sıra, her hukuk

sistemi belirsiz, bulanık öğeleri da bünyesinde içerir ve yargıcın kişiliği davanın gelişiminde ve sonucunda kimi zaman geniş ama her zaman rol oynar. Yorum sorunlarının mantığa yabancı olduğu düşüncesi mantığın biçimsel mantıkla özdeş kılınması halinde haklıdır. Ancak hukuk mantığı, usullamanın biçimsel görünümü ile yetinemez.⁽³⁸⁾ Bu bağlamda hukuk kurallarının bizzat kendileri de argümanlaşmanın konusu olabilirler.

Bunun yanı sıra hukuk kurallarının geçerliliği ve somut durumda uygulanabilir olup olmadığı da araştırılmaya muhtaçtır ve tartışma yaratabilir. Bunun da en tipik örneği norm çatışmaları ve varsa bir istisna hükmünün mevcudiyetidir.

Hukukta analogik akıl yürütme, davalarda kullanılan hukuki yöntemlerin başında gelenlerindedir. Fakat bilindiği gibi analogi (örnekseme); hakkında yasal düzenleme olmayan hukuki ilişkiye, benzer ve ortak özellikler taşıdığı için var olan bir başka hukuk kuralının uygulandığı durumlarda söz konusudur. Ayrıca mahkeme kararları da analogi yoluyla örnek alınabilir. Ancak iki hukuki ilişki veya olay ya da dava ne zaman benzerdir? Eğer yalnızca ratio decidendi (gerekçe) bağlayıcı ise bu gerekçe hangisidir? Emsal teşkil eden davadaki kararı destekleyen gerekçeler hukukten hâlâ geçerli midir? İşte bu gibi sorunlar argümantasyon yöntem ve süreci içinde çözümlenebilir.⁽³⁹⁾

Son sözler olarak ekleyebileceğimiz; diyalektik akıl yürütmeye dayalı argümantasyon teorisinin hukuki uygulamaya bir diğer yansımasının da tahkim mahkemelerinin itibarlarının ve sayılarının artmasıdır. Çünkü hakemlerin, hukuksal kararı etkileyecek girdileri ayrıntılı bir şekilde ve daha süratli inceleyebilecekleri kabul edilirse, argümantasyon teknikleri en verimli etkilerini bu alanda gösterebilecektir.

D. Yargılama Sürecinde Örneklerle Argümantasyon Yönteminin İşleyişi

Yöntemin yargılama sürecinde nasıl işlediğine ait teknik açıklamalara geçmeden önce hukuksal bir tartışmada (diskur) diyalektik argümanların mücadele edeceği kimi varsayımsal kimi gerçek uyumsuzluklarla konuyu örneklendirebiliriz.

Örneğin; özel hayatın korunması ilkesine göre özel hayata ait bilgi ve haberin neşri ve yayılması yasak iken, basın özgürlüğü prensibine göre, kamusal bir öneme sahipse bu tür bilginin yayılmasına izin verilmiştir. Söz konusu çatışmada, eğer bu özel şahıs politikacı ise ve onun hakkındaki özel bilgi kendisinin politik fonksiyonunu etkileyecek durumdaysa basın özgürlüğü tercih edilmelidir. Burada hukuk sistemindeki iki hukuk normu ya da hukuk kuralı-prensip çatışması gündeme gelmektedir.⁽⁴⁰⁾

38 Perelman, "Hukuksal Usullama ve Hukuk Mantığı", s.705, 708.

39 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) <http://www.google.com..> 30.09.2002.

40 H. Prakken, G. Santor, "A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", *Logical Models of Legal Argumentation*, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s. 179-180.

37 Perelman, "Yeniden Soruşturulan Adalet", s.388.

Bir diğer örnek; Anglo-Amerikan hukuk sisteminde çok bilinen Riggs v. Palmer davasında⁴¹; vasiyetnamede mirasçı olarak gösterilen ve mirası elde etmek için kendi vasiyet bırakanını öldüren bir kimsenin mirastan faydalanamaması kararı verildiğinde gerekçe olarak var olan bir hukuk kuralına değil prensibe dayanılmıştır. Bu maxim; "hiç kimsenin kendi hileli davranışından kazanç sağlamasına veya kendi yanlışından avantaj elde etmesine, kendi işlediği suç vasıtasıyla mülk edinmesine ya da kendi fesadına dayanarak iddiada bulunmasına izin verilmemesi" dir. Hukuk normu davayı ya tam olarak kontrolü altında bulundurur yani uyumsuzluğu çözmek için elverişlidir ya da dava için uygun değildir. Hukuk kuralı davaya "ya hep ya hiç" tarzında yön verir. Buna karşın hukuk normunun sustuğu, çözüm getiremediği zor davalarda hukuk prensipleri hukuk normunun yerini alabilir. Zor davalarda yargıç, hukuk kurallarını tüketmiştir. Bu noktada hukuk normunun yapamadığını hukukun genel prensipleri yapar ve hukuki yükümlülükler yükler. Ancak yine de hukuk prensipleri bir problemin hukuki sonucunu doğrudan ve otomatik olarak belirlemez.⁴²

Kanımcı var olan pozitif bir hukuk kuralının birbirine zıt ve fakat birbiriyle yarışan alternatif yorumlara ve uygulamalara yol açmaya elverişli olduğu durumlarda da bu normu prensipler ışığı altında hukuksal tartışma içine alabiliriz. Şöyle bir farazi yorum

problemi yaratabiliriz hatta bunu bizim anayasamız için kurgusal olsa da başka ulusların anayasalarında yer alan bir hükme dayandırabiliriz:

"Herkes sahip olacağı çocuk sayısını serbestçe ve sorumluluğuna bilinçli bir tutum içinde kararlaştırmak hakkına sahiptir".

Bu anayasal düzenlemenin ardından yasa koyucu ceza yasanında yaptığı düzenleme ile kürtajı yasaklarsa bu anayasada yer alan ve yukarıda adı geçen bireysel hakka zarar vermiş midir?

Bu olasılıkta birbiriyle rekabet eden iki yoruma da gidilebilmesi pekala mümkündür. Birincisi "anayasada dayanağını bulan, kürtajın yasaklanması olduğudur" şeklinde düşünebilirsiniz. İkincisi "kürtaja anayasal olarak izin verilmiştir ve bazı koşullar altında bu alandaki gelişmelere bağlı olarak yasa koyucu kürtajı serbest bırakmaya yetkili kılınmıştır" da diyebilirsiniz.

Öncelikle doğru bir argüman yani tez ile işe başlamalıdır. Örnekte ileri sürülebilecek tezlerden bir tanesi kadının kendi bedeni üzerinde karar vermek hakkına sahip olduğudur. Diğer kürtajın yasaklanması yüzünden ehliyetsiz ellerde yapılan operasyonun kadın için önemli sağlık problemleri doğuracağıdır. Ancak bu tür ilkelerle tez oluştururken dikkatli davranmak zorunludur. Eğer kadının kendi bedeni üzerine mutlak hak sahibi olduğu ilkesini genişletirsek bunu diğer durumlara örneğin ötenazi gibi hassas bir konuya uygulamada sorunlarla karşılaşılabilir.⁴³ İki

insan aynı şey üzerinde birbirini zıt yarıda bulunursa üçüncü halin olanaksızlığı ilkesine göre ikisinden birinin yanlışlığı kesindir. Ancak ikisinden biri, açık ve seçik bir görüşe sahip olup da, bunu hasmına gösterebilir ve tartışma hasmının inancını, kanısını değiştirmesi ile sonuçlanacak olursa yanılan taraf kendisi olmayacaktır. Bunun için yeni tez ileri sürme ve kanıtlama, bunu ileri sürenin savunduğu tezlere katılmasını sağlamak aynı zamanda ikna etmek, inandırmak zorunda olduğu bir dinleyici kitlesine seslenir.⁴⁴

Konuşmacının kendi tezleriyle etkilemeyi dilediği dinleyicinin konuşmacının niyetini anlaması ve bilmesi beklenmektedir. Örneğin parlamento üyesi bir konuşmacının dinleyicileri; onun üyesi bulunduğu siyasi partinin parlamentodaki temsilcileri ya da tüm parlamenterler veya ulustur. Konuşmacı ve dinleyici bu konuşmada birbirleriyle buluşabilmelidirler.

Burada dinleyicinin rolü, argümantasyonu ispat etmekten (demonstrasyon) ayrılmaktadır. Perelman'ın ispat etmekten anladığı mantıksal tümdenge-

limdir. Mantıksal delillendirme; verili bir aksiyomdan mantık kurallarına uygun olarak yapılan sonuç çıkarmadır.

Bir argümanın önermeleri dinleyenleri tatmin etmeyi hedeflemelidir. Doğrulamanın temelleri dinleyicilerin rıza ve hoşnutluğu esası üzerine kuruludur. Sonuçlar önermelerden mantıki olarak çıkarılamaz. Belirli bir hükümet modelinin iyi olduğu değer yargısını haklı çıkarmak için örneğin bu hükümet biçiminin bireysel özgürlükleri maksimum düzeyde güvence altına aldığı iddia edilebilir. Ancak birincisi ikincisinden mantıksal bir zorunluluk olarak çıkarılamaz.

Argümanların etkisine ilişkin bu gözlemler; psikoloji ya da sosyo-psikolojinin verileriyle yapılabilir, bu onların işidir. Perelman, analitik mantık modelden hareket edilmesi ve ilerlenmesi taraftarıdır. Yine de O'na göre bir argümanın değeri dinleyicileri ikna etmekteki başarısıyla ölçülür ve bu; dinleyicilerin sadece rasyonel argümanlarla, tezlerle ikna edilebildiği normatif bir teoridir.⁴⁵ Soru ve cevap şeklinde ilerleyen diyalektik yöntemde hiç

44 Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", s. 704.

45 Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, s.157-160. Bu ideal dinleyici evrensel dinleyici olarak tanımlanır ve problematiktir. Habermas'ın yaptığı gibi bir konuda herkesin fikir birliğinin sağlanamayacağı kabul edilmelidir. Bütün dinleyicilerin ileri sürülen tezleri anlayacakları ve bunların bilgisine varacakları ancak bir varsayım ve ön kabuldür. Perelman'ın düşüncesine göre; ideal dinleyici kompozisyonunun oluşturulması onların ayrı karakter ve farklı sosyal-kültürel koşulların içinden gelmeleri şartına bağlıdır. Bir norm ancak onların norm olduğunu kabul ettiği şeydir.

Evrensel dinleyici insan varlığının tümünü içine alan aydınlanmış insandır. Bu nitelik insanları makul kılan bir şeydir. Bu "aydınlanmış" ve "makul (reasonable)" insandan ne anlaşılacağı, insan varlığının tümünden oluşan evrensel dinleyici tanımı ile bu niteliklerin nasıl bağdaştırılacağı sorularını doğurur. Perelman'ın teorisinde adaleti sağlayacağı kabul edilen varsayım şudur: Argümantasyon oyununa katılan ve girenler aydınlanmış ve makul kimselerdir. Bununla kabul edilen temelde her insanın iletişim yoluyla bilgi edinme ve bu iletişim yeteneğini geliştirme kapasitesine sahip olduğudur. Elbette, aynı bireysel çaba ve gösterilen nesnel yardım çabalarına karşın değişik insanlar farklı argümantasyon yeteneği geliştirebilirler. Ancak ortalama herhangi bir kimse de bu oyuna katılabilir.

Evrensel dinleyici varsayımsaldır. Bununla niyet edilen ideal bir dinleyici, onun akli yapılanmasıdır. Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, s.160-163.

41 Riggs v. Palmer, 115 N.Y.506, 22 N.E.188 (1889).

42 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Clarendon Press, Oxford 1977, s. 22-28.

43 Agustin Carrillo Perez, "Understanding and Legal Interpretation", ARSP, Supplementum III, Yıl:1988, (12.th World Congress, Athens 1985), s.152-156.

kimse bir iddiadan diğerine öncelikle muhatabın onayını almadan geçemez. Diyalektik sanat bu onayı elde etmeksiz başarılı olamaz.⁽⁴⁶⁾

Kanımcı argümantasyon teorisinin diyalektik akıl yürütme ilkesi demokrasi kavramı ve uygulamaları ile de bağdaşmaktadır. Eşitlik ve özgürlük "özgür ve demokratik bir toplumun" temel prensipleridir. Demokrasi; kamu düşüncesi ve iradesinin serbest ve açık bir süreç içinde meydana gelmesini gerektirir. Yarışan ve birbiriyle değiş-tokuş edilen düşünceler toplumsal organizasyonun sosyal deneyimlerini şekillendirir. Anayasalar da temel sosyal kanaatler üzerine temellendirilerek fonksiyonlarını yerine getirir. Bu temel sosyal inançlara örnek olarak insan hakları veya temel adalet kavramları örnek olarak verilebilir.⁽⁴⁷⁾ Bu diyalog yöntemi aslında sözlüdür ve en azından iki kişinin katılımını gerektirir. Ancak yöntemin yazılı metinlerin üzerinde yapılan tartışmalarda da kullanılabilmesi için bir neden yoktur.⁽⁴⁸⁾

Bir değer veya sorumluluk eğer herkes onun üzerinde aynı kanıya varıyorsa rasyonel olarak doğrulanmış olacaktır. Evrensel dinleyicinin rızasını sağlamak gereklidir. Buna karşın belirli, özel bir dinleyici için kabul edilen argümanın etkin ve etkili olmasıdır. Perelman ikna etmek ve inandırmak (kandırmak) arasında keskin bir ayırımın olmadığını vurgulamakta-

dır.⁽⁴⁹⁾ Yeni retorikte Perelman, ancak gerçeklik hakkındaki önermelerin evrensel dinleyiciler önünde geçerlilik iddiasında bulunabileceği görüşündedir. Buna karşın değerler, hiyerarşiler ve topıklar sadece belirli ve özel nitelikte dinleyicilerin rızasını kazanabilir. Daha sonraki çalışmalarında tercih edilebilirlik ile ilgili pratik yani değer yargısı verilmesini gerektiren sorunların da evrensel dinleyici önünde tartışılmaya yatkın olduğunu düşünmeye başlamıştır. Evrensel ya da özel bir dinleyici önünde yapılan argümantasyon arasında fark olmamakla birlikte evrensel dinleyici karşısında konuşmacı herkesin rıza gösterebileceği tezlerle hareket etmeye dikkat etmelidir. Habermas'ın da işaret ettiği gibi her argüman kendi tarihi ve sosyal bağlamında gerçekleşir. Bu özellik de konuşmacının konsensus (herkesin fikir birliğinin sağlanması) durumuna kesin olarak ulaşamayacağı görüşünü destekler. Çoğu durumda bir çözümü biricik doğru bir çözüm olarak nitelendirme olanaksızdır. Yine de, Perelman'a göre bu vazgeçmek için bir neden değildir. Bir konuşmacı sonuçta ulaşılmasa da evrensellik için çaba harcamalıdır. Rasyonel yani akılcı bir argümantasyonun (tartışmanın) karakteristik özelliği evrenselliği amaçlamış olmasındadır. Ancak bu hedefin gerçekleştirilmesi garanti edilmiş değildir.⁽⁵⁰⁾

46 Perelman, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, s. 162.

47 Schreckenberger, "Rhetoric and Law", s. 458.

48 Perelman, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, s. 162.

49 Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, s.164, 170.

50 Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, s.165 -166, 170 -171.

Herhangi bir dinleyici, olgu, hakikat, varsayım veya değer olarak adlandırılan belirli grup verileri kabul eder. Argümanda olgu önemlidir. Çünkü evrensel uzlaşmanın konusunu oluşturur ve herkes tarafından kabul edilmelidir. Eğer bir kimse "Ben bu kitabı açtım" diyorsa biz bu olgusal ifadeyi anlamamızdan şüphe etmemeliyiz. Ancak "Hayır, kitap başkası tarafından açıldı", "Kitap kendi kendine açıldı", hatta "Orada açık bir kitap yok, yalnızca açık sayfalar var" türünde itirazlar yükselir. "Olgular" daima yeniden gözden geçirilmenin konusu olur. Bu uzlaşma sorgulanmadığı sürece kimse onun doğrulanmasını talep etmez ve uzlaşma devam ettikçe daha ayrıntılı başka argümanların çıkış noktası olmaya hizmet eder. Örneğin "Kitabı açtım böylelikle onu okumak niyetindeydim" gibi.

Dinleyiciler değerleri de kabul eder. Onların bir bölümü evrensel değerler olarak düşünülür. Diğer bazı değerler ancak belirli bir özel grup dinleyici tarafından genel olarak kabul edilmiştir. Gerçekte dinleyiciler olgu ve değerleri değil, değerlerde hiyerarşiyi, gerçekliğin yapılmasını, olgu ve değerler arasındaki bağlantıları da kabul ederler.⁽⁵¹⁾

E. Teorinin Yeni Gelişmelerin Işığında Yeniden Ele Alınışı

Klasik hukuksal usullama mantığının ve argümantasyon teorisinin biçimlendirme çalışmaları uzun süre birbirinden farklı yollar izlemiştir. Hukuk

mantıkçıları bir hukuksal kararın doğrulanmasını yapmak için tümdengelim yapılandırılmasının üzerinde durmuşlar ve diyalektik yöntemi göz ardı etmişlerdi. Diğerleri ise bunun yerine hukuksal usullamanın iki kutuplu ve takdire dayalı doğasına, alternatif seçimlerin akla uygun değerlendirilmesine ve analogik akıl yürütmenin kullanımına vurgulama yapmaktaydı. Bununla birlikte son zamanlarda yapay zeka ve hukuk alanındaki gelişmeler bu ayırımın üstesinden gelmeye çalışmaktadırlar. Diyalektik ve analoginin formel olmayan açıklamaları ve argümantasyona doğru kapsama alanı genişleyen mantık; bilgisayar programlarının yapılandırılmasında esas alınmıştır. Bu oluşum hukuki argümanların diyalektik ve mantıksal açıklamaları ile işbirliği yapmayı böylece de insan unsuruna yer bırakarak hukuki tartışmalara yardım ve arabuluculuk yapacak olan bilgisayar programları için formel bir temel sağlamayı gerektirmektedir. Esasında hukukta yapay zekaya ilişkin yapılan sistem çalışmaları en çok pozitif hukuk kurallarını esas alan pozitivist hukuk teorisi paradigmalarına başvurmaktadır. Oysa hukuksal pozitivism eksiklikler taşımaktadır. Yine de eksikliklerine rağmen hukuk kuralları argümanların oluşturulmasında kullanılan elemanlardır. Alexy de en azından bir tümel (universal) önermenin, hukuksal bir argümanın doğrulanmasını yaparken işin içine katılması gerektiğini düşünmektedir.⁽⁵²⁾

51 Perelman, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, s.169 -178.

52 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002

Mantıksal bakış açısından, hukuksal argümantasyon konusunda yapılan çalışmalar birbiriyle çatışan argümanların değerlendirilmesine yarayan topiklerin yanısıra akıl yürütmelerin de değerlendirilmesini, bir diyalog oyunu olarak hukuksal tartışmaları modellemeyi, ispat yükünün rolünü, prensipler, hukuk kuralları ve olgular ayrıca dedüktif ve dedüktif olmayan argümanlar arasındaki ilişkileri kapsamına alır.

Argümantasyonun temel çerçevesinin geliştirildiği yapay zeka, daha çok monotonik (tekdüze, tek değerli) olmayan akıl yürütmenin yeniden yapılandırılmasıdır. Monotonik olmayan akıl yürütme ya da çürütülebilirlik; argümanların daha güçlü bir karşı-argüman tarafından çürütülebilir olması olgusundan doğmaktadır. Zaten argümantasyon yöntemine ilişkin modeller; "argüman", "karşı argüman", "çürütme" gibi mantıksal kavramlar etrafında kurulmuştur.⁽⁵³⁾ Kural temelli sistemler hukukta monotonik mantığı kullanır. Bu durumda hukuk kuralının büyük önermesi yani kanuni olay gerçekleşmişse hukuksal sonuç bunu zorunlu olarak izler. Ancak bu mantık türü hukuk kuralları arasındaki çelişmelerin üstesinden gelemeyebilir. Eğer iki hukuk kuralı birbirine zıt sonuçlara yol açıyorsa, sistem bundan her ikisinin de aynı derecede eşit olduğu sonucunu çıkarır. Buna karşın hukuksal argümantasyon teorisi birbirine muhalif argümanları kendisine konu edinen

hukuki bir model arayışı içindedir. İşte monotonik olmayan mantığa dayalı akıl yürütme bunu sınırlı bir kapsamda da olsa başarıma çabasıdadır. Söz konusu akıl yürütme türünde büyük önerme, hukuksal sonucu otomatik olarak harekete geçirmez. Eğer bir başka kuralın sonucu daha güçlü ise ilk hukuk kuralının neticesi gerçekleşmeyecektir. Bu diyalektik sistem birbiriyle tutarlı olmayan argümanlarla akıl yürütebilir ve bu tutarsız sonuçlar için bunların birbirlerine karşı ağırlığını değerlendirebilir.

Monotonik olmayan akıl yürütme aracılığıyla hukuksal argümanların doğasına uygun bir biçimleştirme sağlanmaya uğraşmaktadır. Ancak bu formelleştirmelerin tanım ve ayrıntıları birbirinden farklıdır.⁽⁵⁴⁾

Argümantasyonun yapısı beş unsuru içerir: Mantıksal bir dilin temelini meydana getirmek, bir argümanın tanımlanarak belirlenmesi, argümanlar arasındaki çatışma ve argümanların çürütülmesi, nihayet argümanların değerlendirilmesi.⁽⁵⁵⁾ Ancak birbiriyle yarışan argümanları değerlendirip tartmak ve aralarında seçim yapmak hukuksal uslamlamanın bilgisayara aktarımında karşımıza çıkan birincil problemdir. O halde birbiriyle yarışan tezler olduğunda bu durum nasıl çözümlenecektir?

Argümanlar birbiriyle çatıştığında bunlar prensipler, değerler, hukuksal amaçlar çerçevesinde birbirleriyle karşılaştırılacaktır. Bunlar meta-standart-

lar olarak isimlendirilir. Hukuksal uslamlama yapmak durumunda kalacak bir bilgisayar sistemi bunları hesaba katmak zorunda kalacaktır.

Argümanlar arasındaki çatışkı ayrıca meta-normlara göndermede bulunularak da çözülebilir. Bunlara da örnek olarak; lex superior (normlar hiyerarşisinde üstte bulunan norm alttakine tercih edilir), lex specialis (özel hüküm genel hükümden önce gelir), lex posterior (sonraki tarihli yasa öncekini ilgâ eder) kurallarını verebiliriz. Ancak bu meta-normlara yapılan atıf da beraberinde yeni bazı problemler getirecektir ve bu problemler de yine argümantasyon yönteminin konusuna girer. Meta-normların neler olduğunun tanımlanması, hangisinin bir argümanı desteklediği, meta-normlar arasındaki çatışma teorisi tarafından belirlenir.

Halihazırdaki bilgisayar sistemleri şu an çok sınırlı sayıda meta-norm ile hukuksal akıl yürütme yapabilmektedir. Meta-normlar arasında a priori bir hiyerarşik sıralamanın var olup olmadığı da tartışılmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi prensip ve politikalar, hukuki amaçlar önceden peşin olarak bir davanın sonucunu belirleyemez. Meta-standartlara geldiğimizde, bilgisayar sistemleri sınırlı sayıda meta-normları kullanırsa bile meta-standartlara yani prensip, politika veya değerlere bu yolla yapılabilen bir referans yoktur. Bunlar elbette hukuksal uslamlamada kullanılmaktadır. Fakat söz konusu standartlar

var olan bilgisayar programları çerçevesinde henüz icra edilememektedir.

Yine de tüm bu eksikliklerine rağmen yapay zeka konusunda umut vaat eden çalışmalar sergilenmektedir ve bunlar heyecan verici gelişmeler şeklinde nitelendirilmektedir.⁽⁵⁶⁾

F. Teori Hakkındaki Genel Değerlendirmeler

Argümantasyon; ileri sürülen bir iddiayı destekleyecek her türlü makul akıl yürütme ve delili içine aldığından pratik akıl yürütme alanında değer ve değerlendirmeleri de davet eder. Ahlâki argümanların haklaştırılması ise bir başka problemi yani yapılan değerlendirmelerde, karmaşık bir bilişsel süreç olan sezginin yeri ve güvenilirliğini tartışmaya açmaktadır. Bir kimse bir şeyi sezgisel olarak niçin ve nasıl anlar veya bazı şeyler niçin sezgisel olarak görünür türünden sorulara cevap aranmak gerekecektir.⁽⁵⁷⁾

Buna bağlı olarak getirilen bir diğer eleştiri de şudur: Herhangi bir yasal uyumsuzlukta sezgiye dayalı rasyonel türetme süreciyle sonuca varmak, yürürlükteki pozitif hukuk tarafından oluşturulmuş değerlerin yeniden üretilmesi ve korunması için sınırlanmış hukuk ilmini çok tepkimeci bir duruma getirecektir. Bu durumda hukuksal yorum yöntemleri şüpheli bir siyasi eğilim kazanmaktadır. Klasik akıl yürütme modelleri yerine önerilen ve adı "makul", "diyalektik" ya da ne olursa olsun diğer yeni mantık yöntemleri

53 Prakken, Santor, "A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", s.176.

54 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002.

55 Prakken, Santor, "A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", s.177.

56 Aikenhead, "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/ 18.10.2002.

57 Bernard S Jackson, "Conscious and Unconscious Rationality in Law and Legal Theory", *Legal Philosophical Library: Reason in Law*, Vol: III, Milano, Yıl:1988, s. 292.

hukukun özüne yabancıdır. Bu tür yumuşak mantık yaklaşımları hukuka ahlakın bir türü gibi yaklaşıtlarından verilecek kararlar öncelikle yorumcunun sezgisel kapasitesine bağlı olacaktır. Bunlar hukuksal pozitivizm tarafından uygun bulunmayan araçlar olarak nitelendirilmektedir.⁵⁸⁾

Argümantasyonun teorik dayanağı olan "iletişim birliği" hermenötiğe ait olan bir kavramdır. Tarafların dili anlama ve iletişime yatkın olma yeteneğiyle, samimiyet ve ahlâki dürüstlüğüne güvenen bu model aslında adlandırıldığı gibi bir ideal, hedef olarak kalmaktadır. Özellikle hukuki tartışmada davanın taraflarından birinin iddiasının ya da savunmasının makul olduğuna diğer tarafı ikna etmesi ve diğer tarafla fikir birliğine varması esas alınmaktadır. Elbette sonuçta yargıç diyalektik tartışmada tez ve antitez şeklindeki iddia ve savunmanın hiç birinden ikna olmayıp, usul kurallarının sınırlarını çerçevesinde alternatif bir çözüme de yer verebilir. Bu olasılıkta ya da taraflardan birisinin tezi üzerine kararını temellendirdiğinde yargıç bu kararlarının doğruluğuna en başta tarafları inandırmak zorundadır.⁵⁹⁾ Ancak belirttiğimiz gibi bu bir ideal olarak hedef gösterse de somut durumlarda davayı kaybedenin gerçekten haksız olduğu ve iddia ya da savunmasını makul şekilde ortaya koyamadığı için davayı kaybettiğine samimiyetle inandığını söylemek somut gerçekliğe uymamaktadır.

KAYNAKÇA

Aikenhead, Michael: "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", (Çevrimiçi) [http:// www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/](http://www.dmoz.org/Society/Law/Legal_Information/Computer_and_Technology_Law/Artificial_Intelligence/) 18.10.2002

Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification (Translated by Ruth Adler and Neil MacCormik), Clarendon Press, Oxford 1989.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously, Clarendon Press, Oxford 1977.

Freeman, Kathleen and M. Farley, Arthur : "Argumentation and Its Application to Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.7-43.

Giddens, Anthony: "Jürgen Habermas", Çağdaş Temel Kuramlar, Quentin Skinner, Çev: Ahmet Demirhan, Vadi Yayınları, Ankara 1997, s.156-177.

Goodrich, Peter: Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, The Macmillan Press, Reprinted 1990 in Hong Kong.

Göka, Erol; Topçuoğlu, Abdullah ; Aktay Yasin: Önce Söz Vardı:Yorumsalcılık Üzerine Bir Deneme,2.Basım, Vadi Yayınları, Ankara,1999.

Gröschner, Ralf : "Hukuksal Çıkarım Teorisi ve Uygulaması", Çev: Ya-

semin Işıktaç, Kamu Hukuku Arşivi, Editör: İlyas Doğan, C: II, Sayı: 3, Ekim 1999, s.267-272.

Habermas, Jürgen : İletişimsel Eylem Kuramı, Çev: Mustafa Tüzel, Kambalçı Yayınevi, İstanbul 2001.

Hebermas, Jürgen : "Hermeneutiğin Evrensellik Talebi", Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayınları, İstanbul 2002, s.231-258.

Işıktaç, Yasemin: Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

Jakson, Bernard S.: "Conscious and Unconscious Rationality in Law and Legal Theory", Legal Philosophical Library: Reason in Law, Vol: III, Milano, Yıl:1988, s.281-299.

Keyman, Selahattin: Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Kitabevi, Ankara, 1981, s.77-78.

Klever, Wim: "A Draft for Juridical Epistemology" ARSP, Supplementum III, 1988, (Theory and System of Legal Philosophy, IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 41-48.

MacCormik, Neil: "On the Interpretation and Understanding of Case-Law", Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Supplementum III, 1988 (IVR 12.th World Congress, Athens 1985), s. 134-144.

Perelman, Chaim: The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation,

Translated by: John Wilkinson and Paul Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1958.

Perelman, Chaim: "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", Çev: Tuğba Ballıgil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan), Sayı: 1-4, İstanbul 1987, s.702-703.

Perelman, Chaim: "Yeniden Soruşturulan Adalet", Çev: Murat Önderman, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s.388-392.

Perez, Agustin Carrillo: "Understanding and Legal Interpretation", ARSP, Supplementum III, Yıl:1988, (12.th World Congress, Athens 1985), s. 152-156.

Prakken, H.; Santor, G.: "A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning", Logical Models of Legal Argumentation, Edited by Henry Prakken and Giovanni Sartor, Kluwer Academic Publishers, Netherland 1997, s.175-211.

Schreckenberger, Waldemar: "Rhetoric and Law", ARSP, Vol: 82, Heft: 4, 1996, s. 453-459.

Vernengo, Roberto J.: "On the Logical Interpretation of Legal Sentences", ARSP, Sayı: 17, Yıl: 1993, s. 1-15.

58 Roberto J. Vernengo, "On the Logical Interpretation of Legal Sentences", ARSP, Sayı: 17, Yıl: 1993, s. 3-5.

59 MacCormik, "On the Interpretation and Understanding of Case-Law", s. 137.