

Hukuki Argümentasyon Teorisi

Altan HEPER*

1950'li yıllarda hukuki pozitivizme yöneltile eleştirilerle klasik retorik yeniden önem kazanmıştır. Geleneksel semantik ve mantıktan çok, argümentasyon teorisi ile daha iyi anlaşılır hale gelen retorik, parlak bir dönem, tabiri caizse rönesansını yaşamaya başlamıştır. Hukuki argümentasyon teorisi de bugün, hermeneutik, mantık-dil felsefesini esas alan akımlar yanında hukuk metodolojisinde üçüncü önemli ana akım olarak önemini sürdürmektedir.⁽¹⁾

Konuya argümentasyon kavramıyla gireceğiz. Argümentasyon kavramına kısaca değinmenin, hukuki argümentasyon, diskurs (söylem) teorisini ele almada yararlı bir giriş olduğunu düşünüyoruz.

İkinci olarak hukuki argümentasyon teorisinin zorunluluğu başlığı altında neden bir hukuki argümentasyon teorisine ihtiyaç duyuyoruz, sorun ve gereksinim nereden kaynaklanıyor sorularını irdeleyeceğiz. Daha sonra hukuki argümentasyon teorisinin sınırlarını çizeceğiz.

Üçüncü olarak hukuki argümentasyon teorisinin ana hatlarını ele alacağız. Hukuki karar sürecinin akışını inceleyerek ana hatları ortaya koymaya çalışacağız. Burada kararın içsel temellendirilmesine, gerekçelendirilmesine, dışsal temellendirilmesine, gerekçelendirilmesine, tipik hukuki argümanlara, objektif yorum teorisine, sistematik argümanlara değinecektir. Son olarak diskurs ve konsensus konusu ele alınacaktır.

İ.Argüman, Argümentasyon Kavramı

Argümanlar getirmeyi, hem günlük özel yaşamda, hem kamusal alanda, hem de bilimsel çalışmada temel bir insan davranış olarak görmek mümkündür. Bu nedenle argümentasyonun bilimlilerarası çalışmanın tipik bir örneği, konusu olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de dil bilimi dışında felsefe, mantık, bilim teorisi, retorik, hukuk bilimi gibi alanlarda da argümentasyon teorisine ilişkin çalışmalar vardır.⁽²⁾

Argümentasyon nedir?

Romalı retorik ustası Çıçero, 2000 yıl önce argümentasyonu bir yöntem olarak tanımlamıştır; Çıçero'ya göre, bu yöntemle birisi tartışmalı olanı, tartışmasız olanın yardımıyla tartışmasız hale getirebilir (ratio quae re i dubiae faciat fidem). Örnek olarak şu olay verilebilir: Arkadaşım kendisine yapılan iş teklifini kabul etmekte tereddüt etmektedir. Tartışmalı olan budur. Hatta tartışmanın arkadaşımın şahsından (tereddütünden) kaynaklandığını söyleyebiliriz. Ben arkadaşımın iş teklifini kabul etmesinden yanayım ve bunun için üç argüman getiriyorum: 1. Tartışmasız olarak hem arkadaşımın hem de benim kabul ettiğim husus, işyerinde büyük ölçüde bağımsız, kendi başına çalışmanın bir avantaj olmasıdır; teklif edilen işte kendi başına çalışma imkanı mevcuttur. 2. Tartışmasız olarak kabul edilen ev ile işyeri arasındaki mesafenin kısalığının bir avantaj olmasıdır; sunulan iş teklifinde işyeri eve yakındır. 3. Yine tartışmasız olan, kriz dönemlerinde iş ararken pek seçici olmamak gerektiğidir. Şu anda kriz dönemindeyiz.

Bu argümanları, arkadaşımı ikna etmek amacıyla, arkadaşımın kafasında ki tartışmayı-çatışmayı sona erdirmek için sunuyorum.Yöntem, tartışmalı olanı tartışmasız olan vasıtasıyla ortadan kaldırmaktır.⁽³⁾

Argüman aslında tartışmalı olaylarda bir pozisyonudur ve bu pozisyon, lehte veya aleyhteki nedenlerin tartışma alanına getirilmesidir. Bu tartışma alanına getirme, yani argümanları sun-

ma da dilsel alanda argümentasyondur.⁽⁴⁾

Hukuk ansiklopedilerinde argümentasyon bir sav lehine veya aleyhine nedenler öne sürme olarak tanımlanmaktadır.⁽⁵⁾

Bu kavram, bazı düşünürlere göre diskurs kavramı ile aynı anlamı taşıyan, bazıları için de diskurs kavramına yakın bir kavramdır.⁽⁶⁾

Bir argüman geçerli ya da geçersiz olabilir, güçlü ya da zayıf olabilir, ama kesin olarak doğru ya da yanlış olduğu söylenemez.

Argümentasyon ve argümentasyona benzer bir kavram olarak kanıtlama konusuna bu bağlamda kısaca değinelim. Argümentasyon, tartışmalı konunun lehinde veya aleyhindeki görüşlerin sunulması, diğer kişinin ikna olması ve konsensusa varılarak sona erer. Buna karşılık, kanıtlama sürecinde katı mantiki yasaların uygulanması gerekir ve burada gerçek veya yanlışın sunulması sözkonusudur. Gerçek veya yanlış, kanıtlama ile son bulur. Bir konunun argümentasyonun mu, yoksa kanıtlamanın mı konusu olduğu eşyanın doğasıyla ilgilidir. Üç kanıtlama örneği olarak aşağıdaki örnekler verilebilir:

◦ Formel, aksiyomatik bir bilim olarak matematikte argümanlar getirilmez, aksiyomlar ve ispatlanmış teoremler kullanılır.

◦ Adli yargılamada, ispat araçları örneğin, tanıklar, bilirkişiler, keşifler aracılığıyla az veya çok şüpheden ari bir kesinliğe ulaşılır, tabii ispat

(* Dr. Dr. Avukat Stuttgart, İstanbul)

(1) ayrıntılı olarak, *Die Sprache des Rechts, 2.cilt, "Recht Verhandeln .. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, hazırlayan Kent D.Lerch, Berlin, 2005, Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996, s.115 vd.

(2) Markus Nussbaumer, *Argumentation und Argumentationstheorie*, Heidelberg, 1995, s.1, bu çalışma argümentasyon teorileri ile ilgili geniş bir bibliyografyayı içermektedir. Argümentasyon teorileri için detaylı bilgi Josef Kopperschmidt, *Argumentationstheorie zur Einführung*, 2. Baskı, Hamburg, 2005

(3) Nussbaumer, *age*, s. 2

(4) Nussbaumer, *agy*

(5) Robert Alexy, *Handlexion des Rechts, Gruppe Rechtsphilosophie*, Neuwied/berlin, 1992, 2/30

(6) Walter R. Schlupep, *Einladung zur Rechtslehre*, Baden-Baden, 2001, s. 1120

araçları, iddianame ve savunma gibi argümanlardan farklıdır.

• Doğal bilimlere özgü, örneğin atmosferin ısınmasının devamı halinde deniz seviyesinin yükseleceği gibi önermeler argüman olarak ileri sürülmez. Bu doğa yasalarına dayanılarak hipotetik olarak kanıtlanır. Kanıtlama, sağlam bir kesinlikle ve açıklıkla sonuçlanır. Argümentasyon ise konsensusa varmakla ve akla uygunlukla, tutarlılıkla sonuçlanır.⁽⁷⁾

Argümentasyonda ve kanıtlamada iki yönlü bir hareket gözlenmektedir.

1. Argümentasyonda yön, kesin olmayandan kesin olan üzerinden ve kesin olan aracılığıyla kesin olmayanın kesinleşmesi doğrultusundadır.

2. Kanıtlamada yön, tersi bir seyir izler. Burada kesinden hareket edilir ve yeni bir kesin sonuca ulaşılır. Yeni kesin sonuç birinci kesinden çıkmaktadır. Bu da formel mantıkta silolojik uslamadır.

Argümentasyon teorisininin 20. yüzyıldaki rönesansını akla yatkılığın, konsensusun tekrar önemsenmesine borçludur. Bu süreç içerisinde retorik formel tutarlılıktan ve formel mantıktan uzaklaşmaktadır. Burada argümentasyon retorikinin en önemli konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda topiği de argümanların nasıl aranacağını ve bulunacağını bilimi olarak açıklıyoruz.

Modern argümentasyon teorisinin en önemli ve ilk eserleri arasında sayı-

lan iki çalışma Belçikalı Chaim Perelman/ Lucie Olbrechts-Tyteca'nın 1958'de yayımlanan "Yeni Retorik" ve yine aynı yıl yayımlanan Stephan Toulmin'in "Argümanların Kullanılması" (The Uses of Argument), bugün de diğer çalışmaları etkilemeye devam etmektedir⁽⁸⁾.

Argümentasyon teorisinin retorik için önem taşıması gibi, retorik de hukuk biliminin ve hukuk felsefesinin teori ve pratiğinde önem taşımaktadır. 20.yüzyıl hukuk teorisi de retorik ve topik alanındaki yeni akımların etkisinde kalmıştır. "Topik ve Genel Hukuk Teorisi", "Hukuki Argümentasyon Teorisi" gibi başlıklar altında, Aristo'ya kadar uzanan bir gelenek devam etmektedir.⁽⁹⁾ Aristo'nun formüle ettiği silojizm, retorik ve topiğin etkilerini bugünkü argümentasyon teorilerinde görmek mümkündür. Çağdaş argümentasyon teorilerinde de analitik felsefesinin ve diskurs felsefesinin bir aradalığını bulmaktayız.⁽¹⁰⁾

II. Bir Hukuki Argümentasyon Teorisinin Zorunluluğu

Hukuki argümentasyon teorisinin konusunu hukuki kararların nasıl doğru temellendirileceği alanında bilgi vermek oluşturur. Doğru temellendirilmeden kasıt içeriksel doğruluk değil, formel yapıdır. Fakat, biçim ve içerik arasında karşılıklı bir etkileşim de vardır.⁽¹¹⁾

Hukuk uygulamalarında formel mantığın sınırlı kullanımı, hukuki argümentasyon teorisini zorunlu kılmaktadır. Matematik, fizik ve mantıktaki yapay dilin sembolleri, kavramların birbiriyle bağlantısını kolaylaştırır. Hukukta ise bu söz konusu değildir. Mantık sorunu nadiren rol oynar. Mantığı türetim günlük yaşam diliyle yürüyebilir. Fakat günlük yaşam dilinin açık olmadığı durumlarda sorun yaşanır.⁽¹²⁾ Bir ceza normunda silah sözcüğünün yer aldığı düşünelim. Buradaki silah sözcüğü ile ateşli silah, bıçak dışındaki cisimler de kastedilmektedir. Silah yerine S harfini kullandığımızda her zaman sandalyenin veya ayakkabının, kalın bir ciltli kitabın silah olup olmadığına karar vereceğiz. Böyle durumlarda normun amacına, anlamına bakmak gerekmektedir.⁽¹³⁾

Deontolojik mantığın yetersizliği de hukuki argümentasyon zorunluluğu için bir nedendir. Bilindiği gibi, deontolojik mantığın konusunu, olması gereken önermeler (Sollenssätze) oluşturur.⁽¹⁴⁾ Deontolojik mantığın standart sistemi (teoremi) normatif çelişkilerden uzak olmaktır. Örneğin "a eylemini yapacaksın" emri ve "a eylemini yapmayacaksın" emri bir arada, aynı zamanda geçerli olamaz. Böylece her türlü norm çelişmesi veya ahlaki ikilemden kurtulmuş oluruz. Fakat bu durum günlük yaşam deneyimine aykırıdır. Normların çelişmesi hem ahlaki hem de hukuki gerçekliğin bir parçası-

dır.⁽¹⁵⁾ Norm çelişmeleri özellikle temel haklar konusunda görülür. Hem Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin hem de Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında temel hakların karşılıklı değerlendirilmesi, orantılılık ölçüsünün uygulanması yoluyla çözülmeye çalışılır. Sanat, basın ve düşünce özgürlüğü ile kişilik hakları ve özel hayatın korunması gibi haklar çelişebilir. Hangi hak, hangi olayda ağır basmaktadır sorusunun cevabını, karşılaştırmasını deontolojik mantığın standart sistemi içinde sembolleştirmek ve formüle etmek mümkün değildir. Formel mantık dilsel açıdan sınırlı bir dili hukukun hizmetine sunabilir. Bu sınırlı dille bütün hukuki olayların yeniden yapılandırılması olanaksızdır.⁽¹⁶⁾ Fakat, katı mantık kuralları dışında karşılıklı değerlendirmelerin en azından yapısal açıklanması, betimlenmesi çalışmaları yapılmaktadır.⁽¹⁷⁾

Hukuki argümentasyonun zorunluluğunun diğer bir nedeni de, modern formal mantığın hukuki günlük sorunların çözümü için herhangi bir ölçü getirememesidir.⁽¹⁸⁾

Legalist, yazılı hukukun ağır bastığı bir hukuk düzeninde de hukuki argümentasyon teorisine ihtiyaç vardır. Yasaları, mevzuatı açık bir şekilde formüle etmek ve yargıcın da bu yasalara uymasını sağlamak yeterli değildir? Cevap hayır olacaktır, çünkü yasaları, prensip olarak akla gelebilecek bütün hukuki olayları, hukuki tasım (altlama-

(7) Nussbaumer, age, s. 4 ; ayrıntılı olarak, Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, 2. baskı, Münih, 2005, s. 407 vd., Theodor Wiehoveg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. baskı, Münih, 1974

(8) Nussbaumer, age, s. 6

(9) Norbert Horn, age, s. 114 vd.

(10) Heinrich Weber-Kreller, *Rechtsphilosophie*, Münster, 2002, s. 35, Topik ve retorik köklerinden ayulmuş ve diskurs teorisine yönelmiş bir argümentasyon teorisini Robert Alexy'de görüyoruz. Weber- Kreller, age, Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt, 1995

(11) Hans-Peter Schwintowski, *Recht und Gerechtigkeit*, Berlin, 1996, s. 73

(12) Rüthers, age, s. 152

(13) Rüthers, age

(14) Horn, age, s. 95, ayrıntılı olarak Ulrich Klug, *Einführung in die juristische Logik*, 4. baskı, Berlin, 1984

(15) Rüthers, age

(16) Rüthers, age, s. 153

(17) örnek olarak Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1. Baskı, Frankfurt, 1986

(18) Rüthers, age, s. 162

subsumption) aracılığıyla, her zaman karar verilebilecek bir biçimde formüle etmek imkansızdır. Schwintowski'ye göre bunun için önemli dört neden sayabiliriz.⁽¹⁹⁾

a. Kavramların her zaman yoruma açık olması (Dürüstlük kuralı M.K 2, Alman MK 242.), (taksir, nasafet vb. gibi kavramlar)

b. Normlar arasında çelişme

c. Hukuki boşlukların önlenememesi (hiç bir yasa koyucu, tam olarak gelecekteki gelişmeleri görerek, düşünerek yasa çıkartamaz, geleceği göremeyeceği için, gelişmeler, teknolojik ilerlemeler için yasada düzenleme yapamaz, örnek olarak genetik, çevre koruma, kişiye ait özel bilgilerin korunması, kişilik haklarının korunması); sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo).

d. Yasanın lafzına aykırı, contra legem karar verme olanağı (reform öncesi, alman hukukunda kişilik hakları için manevi tazminat)⁽²⁰⁾

Bu dört argüman hukuki karar süreçlerinde değerlendirmelerin rol oynadığını, bu değerlendirmelerin yasa yoluyla yapılmasının, yerinin doldurulmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Bu sadece kıta Avrupası'ndaki gibi yazılı hukuk düzenlerinin ağır bastığı, legalist sistemlerin değil, hukuki karar alma sürecine ilişkin genel bir sorun olarak, anglo-sakson hukuk sistemlerinin de sorunudur.⁽²¹⁾ Bilindiği gibi bu sistemlerdeki vakaya

dayalı karar (case law) uygulamasında, genellikle yasal düzenlemenin eksik olması nedeniyle yargıç kararlarının temellendirilmesi için teoriye daha büyük bir gereksinim vardır.

Bu nedenlerle anayasalarda ve yazılı anayasası olmayan hukuk düzenlerinde yargıcın sadece yasaya bağlılığı değil, hukuka uyması da düzenlenmiştir.

Alman Anayasası'nın 20. maddesinde ve T.C Anayasası'nın 138. maddesinde hukuka bağlılık yer alır. Avukatlık, hakimlik ve hukuk fakültesi mezuniyet yeminlerinde hukuka bağlılık yeminleri yapılır. Buradaki soru, hakim hukuku nasıl bulacaktır?

Hukuki argümentasyon teorisi bu soruya bir cevap arar. Hangi koşullar altında bir yargıç kararı doğru temellendirilmiş olarak geçerlidir? Ne var ki bu teori, formel olarak doğru gerçekleştirilmiş kararın maddi anlamda da doğru olup olmadığı konusuna bir yanıt vermez.⁽²²⁾

Bu durum temellendirme ve karar verme sürecinin ana niteliğini göstermektedir. Ne türlü bir karar verilirse verilsin, hiç kimse mutlak doğru, gerçek bir karar verdiğini iddia edemez.⁽²³⁾ Bu olgu, filozof Hans Albert'in formüle ettiğiyle 'bilginin üçlemi' (Trilemma der Erkenntnis) olarak da adlandırılmaktadır. Burada, gerçek bir kısır döngü sözkonusudur, yani temellendirme gereksinim duyduğumuz, kullandığımız argümanın, kendisi temellendirme-

ye muhtaçtır ve bu silsile devam edecektir. Şeyler gerçektir, çünkü bunlar gerçektir şeklindeki bir söylem bizi ileri götürmez. Bu kısır döngüyü önlemek isterseniz, geriye dönük sayısız, bitmez tükenmez bir temellendirme işlemine sürüklenirsiniz. Her aşamada yeni bir soyutlamaya ulaşırsınız. A, araba kazası sonucu B'den tazminat istemektedir. Bu haklı bir taleptir. Çünkü BK Md. 41 ve Alman MK Md. 847'de haksız fiil nedeniyle tazminat düzenlenmiştir. Hem BK Md. 41, hem Alman MK Md. 847 adil hükümlerdir, çünkü hem Türk Anayasası'nda, hem de Alman Anayasası'nda insan onuru ve kişilik hakları güvence altına alınmıştır. İnsan onurunun korunması da adildir, çünkü bu anayasalara ve hukuk düzenlerine kaynaklık eden doğal hukuk ilkeleri içinde yer alır. Bu doğal hukuk ilkesi adildir, çünkü akla uygun bir değerler düzeni, değerler arasında dengeyi sağlayan bir düzene uygundur. Bu değerler düzeni de adildir, çünkü köklerini ilahi, tanrısal bir düzende bulur. İlahi-tanrısal düzen de adildir, çünkü tüm varlığın nedeni odur. Tüm varlığın nedeni de adildir, çünkü var olma her şeydir. Her şey de adildir, çünkü aksi takdirde her şey hiçbir şeydir.⁽²⁴⁾ Son önerme bize ironik bir ifadeyi gösteriyor. Bu ifadeyle gerçeğin epistemolojik olarak temellendirilmesi teşebbüsü yarıda kalıyor.

Yukarıdaki açıklamalar, hukuki argümentasyon teorisiyle mutlak adaleti temellendiremediğimiz gibi bir suçlama yapmamız için bir neden olmamalıdır. Her şeye rağmen, karar süreci için

formal bağlayıcı argümentasyon yapısı bir ölçüde de maddi anlamda adaleti sağlar. Bu formal argümentasyon süreci keyfiligi önler, mesela belirli argümentasyonların yapılması zorunlu karar süreçlerini sağlar. Eşitlik yaratır. Argümentasyonlar yoluyla belirli sınırlar içinde bir diskurs (söylem) gerçekleşir. Bu diskursla, hukuk etiği ilkeleri, hukuk uygulamasına ilişkin, tecrübeye ilişkin bilgiler sağlanır, diskurs ile akla uygun bir birlikte yaşam düzeninin esasları ortaya çıkar.⁽²⁵⁾

Yukarıda açıkladığımız gibi, bir çok katılımcı bir karara varmak için argümanlar getirerek diyalog, diskurs koşulları altında sebepler ve karşı sebepler geliştirerek, bunları karşılıklı olarak değerlendirebilir. Bu da diyalektik düşüncenin kaynağında yatar. Hukuki düşünce tarzı, mahkemenin bir davayı görmesinde kendini gösterir. Hukuk davasına taraflar davalı ve davacı olarak avukatlarıyla, ceza davasında savcı, sanık ve avukatıyla katılır. Birbirine zıt hukuki görüşler ileri sürülür. Davacı avukatı müvekkilinin hukuki haklarını, savcı kamunun cezalandırılması talebini gerçekleştirmek isteyecektir. Taraflar bunun için gerekçeler öne sürer. Karşı taraf bu gerekçenin önemli adımlarını çürütmek için gerekçeler, argümanlar getirecektir. Her iki taraf da karşı tarafın argümanlarını ele almaya zorunludur.

Argümentasyonlarda önem taşıyan, değerlendirmeye açık ve değerlendirmenin yapılması zorunlu konularda argümanlar aracılığıyla kendi lehine karar verilmesini sağlamadır. Hakim ta-

(19) Schwintowski, age, s. 73

(20) Alexy, die juristische Argumentation als rationales Diskurs, Elemente einer juristischen Begründungslehre, yay. R. Alexy, H. Koch, Baden-Baden, 2003, s. 113

(21) Schwintowski, age, s. 73

(22) Schwintowski, age, s. 74

(23) Rühers, age, s. 389

(24) Hans Albert, Traktat über Kritische Vernunft, 6. Başkı, Tübingen, 19912, s. 15, Schwintowski, s. 74, kıs. Rühers, age, s. 164 vd.

(25) Schwintowski, age, s. 74 vd.

rafsız bir kurum olarak argümanların karşılıklı sunulmasıyla bir gerekçeli karar verebilecek duruma gelir.⁽²⁶⁾

III. Hukuki Argümentasyonun

Sınırlarının Çizilmesi

Argümanlar getirme, kural olarak açık bir düşünsel süreçtir. Somut sorunla ilgili akla gelebilecek bütün bakış açıları, görüş noktaları ortaya konabilir. Hukuki argümentasyonda sadece olaya uygulanacak norm değil, bu norma veya normlara ilişkin daha önce verilmiş mahkeme kararları, hukuki literatür, mesela şerhler, makaleler de ortaya konur. Taraflar tarafından bir yenilik olarak getirilen yeni düşünceler, somut olayla ilgili argümentasyon sürecine dahil edilir. Tarafların somut olayda, karşılıklı çelişen menfaatleri olduğu, bilimsel tartışmada kendi görüşünde inatla ısrar eden insanlar olduğu gerçeği göz önüne alındığında, argümanlarla sınırsız bir tartışmaya sürükleneceğimizi saptarız.⁽²⁷⁾

Diğer taraftan jurisprudentz (bundan hukuk bilimi ve pratik hukuk uygulamasını anlıyoruz), somut hukuki kararları sınırlı bir süre içinde verme ve bu kararları denetlenebilir bir biçimde gerekçelendirme göreviyle karşı karşıyadır. Bu karar verme zorunluluğu, hukuk biliminde argümentatif düşüncüyü istikrarlı kılmaya, karara yönelmeye zorlar, bu doğrultuda etkiler. Gerçekten de hukuki argümentasyonda hem içeriksel, düşünsel (zihni) hem de dışsal, usüle ilişkin bir dizi bağımlılıklar, zorunluluklar rol oynar.

Almanya'da savunulan hukuki argümentasyon teorisinin kural olarak sınırları bellidir, bu sınırlar teorisinin içinde bulundurduğu öncüllere dayanır.⁽²⁸⁾ Bunların başlıcaları;

a. Hukuki karar süreci esas olarak yazılı temellendirmelerle, en azından şifahi temellendirmeleri sağlamalıdır.

b. Bu karar süreci, akla yakın rasyonel bir diskursun mümkün olduğu, amaca uygun olduğu, çözüm bekleyen sorunlar için yeterli olduğu görüşüne dayanır.

c. Hukuki karar alma sürecinin, günlük hayatta sorunların çözümünde olduğu gibi, genel karar sürecinin bir alt biçimi olduğu kabul edilir.⁽²⁹⁾ Bu şekildeki bir hukuki karar süreci tatmin işlevini yerine getirir.

d. Montesquieu'nun 1748 tarihli "Kanunların Ruhu" isimli başyapıtında ortaya konulan kuvvetler ayrılığı teorisinden bu yana hukuki argümentasyonun, parlamento tartışmaları (legislatif güç- yasama gücü) ve idarenin eylemleri (executive - yürütme) aracılığıyla denetlenmesi ve eleştirilmesi konusunda bir anlayış birliği bulunmaktadır.

Her hukuk sistemi bu için öncüllerin koşullarını içermez. Örneğin, akıl yerine kutsal kitaptan yapılan üretimin önem taşıdığı, kutsal kitabın kaynak olduğu toplumlarda, Sudan'daki gezgin çoban topluluklarında, Nuenler gibi topluluklarda ritüellerle, törensel karar süreçleriyle karar alınır; bu süreçler ne yazılı, ne de şifahi olarak kurallaştırılır ve rasyonel olarak da temellendirilemez.⁽³⁰⁾ Bu da, ele aldığımız hukuki argümentasyon teorisinin, batı kültürüne, batı hukuk kültürüne dayanan, Avrupa merkezci, etnosentrik bir teori olduğunu göstermektedir. Fakat bu teori batı hukukunda ve kültüründe adalet olarak anlaşılan kurumun da ana hattını oluşturur. Çünkü batı kültüründe adalet, insanlar arasında sadece rasyonel olarak anlaşılabilir, temellendirilmiş hukuki argümentasyon ile gerçekleşmez, bunun dışında hukuki sürecin diğer unsurlarıyla, mesela muhakeme usulu, yargı kararı ve kararın icrası gibi alanlarda da gerçekleşir. Örneğin, haczedilemeyecek maaş, ücret miktarı, özel af vb. kurumlar önem taşır. Son olarak da karar hiyerarşisi (yüksek mahkemeler, Almanya için 3 dereceli mahkeme sistemi) mahkeme kararlarının kabul görmesinde rol oynar. Mahkemelerin karar verme zorunluluğu da adaletin önemli bir parçasıdır. Yargıç önüne gelen ihtilaf için makul bir süre içerisinde karar vermek zorundadır.

IV. Hukuki Argümentasyon Teorisinin Ana Hatları

Hukuki karar süreci iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşamada hukukçu sorunu yasanın yardımıyla çözmeye çalışır. Sorunun çözümüne, özgül hukuki bağlam içinde ulaşırsız ve bu nedenle bu aşamayı içsel (intern) temellendirme olarak adlandırırız.⁽³¹⁾

Daha önce de bir kaç kez vurguladığımız gibi, karşılaştığımız olay çoğunlukla yasa metniyle çözülemez, ahlaka

aykırılık, kusur, dürüstlük gibi kavramlar altı doldurulacak yasal kavramlardır ve kavramlar ikinci aşamayı zorlamaktadır. İkinci aşamada içi doldurulması gereken bu yasal unsur, hukuki kalıp kesinleştirilerek belirlenir veya tamamlanır. Bu işlem normun anlamı ve amacı araştırılarak, göz önünde tutularak yapılır. Normun amacı ve anlamı içsel hukuki temellendirmenin dışındadır. Bu nedenle ikinci aşamaya dışsal (extern) temellendirme denilir.⁽³²⁾

Hukuki argümentasyon teorisini tanıtabilmek için, Schwintowski'nin tezlerinden hareketle, öncelikle hukuki karar süreci kendi akışı içerisinde, şematik olarak açıklanacaktır.⁽³³⁾

Hukuki Karar Süreci

A) İhtilaf

Olay, günlük yaşamdan bir hadise: çözüm bekleyen bir sorun

Yasa/ hukuk. Hukuki sorun çözüm mekanizması

B) Hukuki Kararın İçsel Temellendirmesi

1) Hukuki Tasım⁽³⁴⁾ (altlama)

- Büyük Öncül (yasal unsurlar)
- Küçük Öncül (olayın parçaları)
- Çıkarım

2) Çıkarım sonucunun değerlendirilerek kontrolü, sonucun hukuki ve sosyal düzenin temel ilkeleri açısından kabul görüp göremeyeceğinin, sistemle uyum içinde olup olmadığının denetlenmesi. Böyle bir uyum tam olarak

(26) Horn, age, s. 123

(27) Horn, age, s. 116

(28) Schwintowski, age, s. 75

(29) Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1983, s. 261 vd.

(30) Schwintowski, age.

(31) Alexy, age, s. 273

(32) Alexy, age, s. 283, Schwintowski, s. 76

(33) Schwintowski, age, s. 76

(34) Schwintowski, age, s. 76, krş. Mustafa Turan Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2005, s. 241 vd., Rütters, age, s. 440

görülmüyorsa, uygulanan normun amacına ve anlamına uygun düşüp düşmediği sorusu yöneltilir. Buradan dışsal temellendirmeye geçilir.

C. Dışsal Temellendirme

Olayda rol oynanan, normdaki hukuki kalıpların Savigny'den bu yana kullanılan yorum yöntemleri "canones" aracılığıyla yoruma tabi tutulması⁽³⁵⁾

a) Gramatik yorum; lafzi yorum yasanın gramatik yorumu (bir yorum ile bulunabilecek bir kelimenin açık anlamı bağlayıcıdır.)

b) Tarihi yorum; yasa koyucunun yasayı vazedışteki isteklerinin, düşüncelerinin araştırılması. Yasa koyucunun amaçlarını, iradesini T.B.M.M tutanaklarında, yasa gerekçelerinde görebiliriz. Kural olarak, yasa koyucunun iradesi temelinde yasanın amacı araştırılır.

c) Sistematiik yorum; her norm, yasa ve işlev yönünden, bağlam içinde değerlendirilerek, normun amacı ve anlamı araştırılır.

d) Teleolojik yorum; burada yasanın amacı, normun anlamı ve amacı, yani ratio legis aranır. Aslında yukarıda sözü edilen üç argümanda da normun amaç ve anlamı araştırılmaktadır. Bu üç argüman araştırmayı kolaylaştırır. Bu üç argümanla yeterli, tatmin edici bir sonuca varılamazsa, teleolojik yorum yoluyla normun anlam ve amacı aranır.

Böylece, hukuki argümentasyon için bütün argümantasyon türleri, kuşkusuz bunlardan biri olan hukuki dışkurs (söylem) yolu açılmış olur.

Yorum yöntemlerinden (topoi), lafzi, tarihi, sistematiik yorum, aslında teleolojik yorumun alt başlıklarıdır. Fakat kavramsal farklılık yaratmak amaçla uygun düşmektedir.⁽³⁶⁾ Teleolojik yorum, yani amaca ve anlama uygun yorum her tür rasyonel argümana kapılarını sonuna kadar açan bir imkan sağlar, cevaz verilen hukuki argümanlar konusunda hiç bir sınırlama yapılamaz. Aksi takdirde bir normun amaç ve anlamı gerçekten araştırılmaz.⁽³⁷⁾ Genel rasyonel diskursun bütün argümanları ileri sürülebilse de, aşağıda sayacağımız beş argümentasyon formu hukuki diskurs için özellikle önem taşır.⁽³⁸⁾

Bunlar;

a) Kıyas

b) Argumentum e contrario; zıt kavram, (melhumu muhalif, aksi ile kanıt)

c) Argumentum a fortiore; öncelik, (evleviyet). Bunun da iki türü vardır; argumentum a maiore ad minus (büyükten küçüğe akıl yürütme ve argumentum a minore ad maius (küçükten büyüğe akıl yürütme)

d) Argumentum ad absurdum

e) Teleolojik argüman⁽³⁹⁾

Bu şekilde yorumla araştırılan değıştirilmiş unsurlar veya elde edilen

(35) Rüthers, age, s. 447 vd. Prof. Dr. Eberhard Dorndorf, Grundriss der Methodenlehre, 2001, s. 1

(36) karşı. Dorndorf, age, s. 2

(37) karşı. Dorndorf, age, s. 2

(38) Schwintowski, age, s. 77

(39) karşı. Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, İstanbul, 199, s. 153 vd.; Yasemin Işıktaç-Sevtaç Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003, s. 231, Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998, s. 172 vd.

yeni unsurlar, içsel temellendirmede, oradaki hukuki tasımda incelenir.

1. İçsel Temellendirme (Subsumtionstechnik)⁽⁴⁰⁾

a. Normun bulunması

Bu işleme başlamadan önce olaya uygulanacak norm veya normları bulmak, ayıklamak,

gerekir. Ceza hukukunda ilgili suç unsurlarını, hukuk davasında dilekçede hukuki nedenleri, idare hukukunda idarenin eylem ve işleminde dayandığı norm araştırılır. Burada hukuki argümentasyon teorisinin bir faydası olmaz. Bu zor işi hukukçu kendisi yapacaktır. Bunun için de yasa, yönetmelik vs. metnini bilmek gerekir.⁽⁴¹⁾

b. Norm bulunduktan sonra asıl içsel temellendirmenin başlaması.⁽⁴²⁾

Olayın, normun unsurlarıyla örtüşüp örtüşmediği incelenir. Olay, normun unsurları içinde çelişmesiz yer almalıdır. Bu işlem için geçerli kurallar, içsel çelişmesizlik ilkesinin kurallarıdır. İlk adım olarak yasal unsur betimlenir. Böylece büyük önerme bulunur. İkinci adım, sorun olarak karşımızda duran olayı anlamak ve bu olayın büyük önermeyle sıkıntısız bir biçimde örtüşüp örtüşmeyeceği araştırmaktır. Böylece küçük önerme bulunur. Almanyada yargıç sınavlarında adaylara incelemeleri için bir mahkeme dosyası verilir ve sonra adaydan olayı anlatması istenir. Burada adayın olayı ne ölçü-

de anladığı, sınavı başarması açısından büyük önem taşır.

Üçüncü adımda çıkarım söz konusudur. Küçük önerme, büyük önermedeki yasal unsurlara uyuyorsa, aranan hukuki unsurun var olduğu sonucuna varılır. Eğer küçük önerme büyük önermeyle örtüşmezse iki çıkarım söz konusudur; ya yasal unsurun oluşmadığı sonucuna varılır ve inceleme burada sona erer ya da bu sonucun normun amacı ve anlamıyla bağdaşıp bağdaşmadığı incelenmesine geçilir, böylece dışsal temellendirmeye başlanır. Burada büyük önermedeki yasal unsurların genişletilmesi veya tamamlanması zorunluluğu araştırılır. Bu işlem için yasanın bir cevabı olamaz, bu yüzden dışsal temellendirme kurallarına gereksinim vardır.⁽⁴³⁾

Büyük önermenin genişletilmesi veya tamamlanması zorunluluğu varsa, tamamlanmış yeni büyük önerme diğer önermelerin önüne geçer. Bu yeni büyük önerme ile küçük önermenin örtüşüp örtüşmediği incelenir, ardından da yeni bir çıkarıma ulaşılır. Büyük önermenin genişletilmesi, daha da büyümesi söz konusu değilse, imkanı yoksa, çıkarım yasal unsurun oluşmadığıdır.⁽⁴⁴⁾

Bu argümentasyon yapısı Aristo'dan beri, "Organom" adlı eserinde temellendirdiği mantıkta, silolojizm (tasım) olarak bilinir. Silolojizm mantığın esasını oluşturur. Silolojizmde, iki öncülден (büyük önerme ve küçük önermeden) bir çıkarım elde edilir. Burada küçük

(40) karşı. Reinhold Zepelius, Juristische Methodenlehre, 4. Baskı, Münih, 1985, s. 89 vd.; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Baskı, Berlin, 1968, s. 228 vd.

(41) Horn, age, s. 101

(42) Schwintowski, age, s. 77, Horn, age, s. 99 vd.

(43) Schwintowski, age, s. 78

(44) Schwintowski, age, s. 78

önerme büyük önermede kullanılan unsura bağlanmalıdır. Böylece orta terim ortaya çıkar. Aksi takdirde çıkarım zorunlu olarak yanlıştır.⁽⁴⁵⁾

Örnek; Büyük önerme: bütün erkekler canidir.

Küçük Önerme: Erkekler de, kadınlar da insandır.

Çıkarım: Kadınlar da canidir.

Bu çıkarım yanlıştır, çünkü küçük önerme, büyük önermede bulunmayan bir unsura, insan unsuruna dayanıyor ve bu unsur da büyük önermede bulunmuyor.

Doğru tasım şu olabilir:

Büyük Önerme: Erkeklerin hepsi canidir.

Küçük Önerme: Bütün caniler insandır

Çıkarım: O halde bazı insanlar canidir.⁽⁴⁶⁾

Burada küçük önerme büyük önermedeki unsura, canı unsuruna dayanmaktadır. Orta terim oluşmaktadır. Çıkarım çelişmesizdir. Karı kocadan biri evlenme merasimi sırasında evli ise evlenme batıldır. Evlenme töreni sırasında evli olmak yasal unsur olarak büyük önermedir; A, C ile evlenme töreni yaparken B ile evlidir. Bu olay küçük önermedir. Çıkarım: A'nın C ile evliliği batıldır.⁽⁴⁷⁾

Tasımda, ne büyük önermenin ne de küçük önermenin maddi anlamda (ontolojik) gerçek olma zorunluluğu vardır. Büyük önermenin gerçekliği

konusunda hukuk biliminde örf ve adet hukuku dahil olmak üzere yasa karar verir. Küçük önermenin gerçekliği konusunda somut olay tayin edicidir. Mantiki argümentasyon formu olarak tasımın işlevi, çıkarımın çelismesiz olarak ortaya çıkıp çıkmadığını göstermektedir.

Argümentasyonun yapısı büyük önerme ve küçük önerme arasında çelişme olup olmadığını anlamak için önemli bir imkandır.⁽⁴⁸⁾

2. Dışsal Temellendirme

İşsel temellendirmede çıkarımın normun anlam ve amacıyla bağdaşip bağdaşmadığı denetimi yapılır. Burada bir normun yasal unsurları incelenmektedir. Unsurlar yetersiz kalıyorsa, tamamlanır. Dışsal temellendirme bir süreçtir ve bu süreçte hukuken caiz, hukuk düzeninin elverdiği unsur tamamlanması ve eklenmesinin sistematik araştırması ele alınır. Burada eylemin iki önemli dayanağı yorumlar ve emsal içtihatlardır (Präjudiz). Yorum yoluyla unsur tamamlanmasında Savigny'in açıkladığı gibi 'canones' yorum yöntemlerine dayanılır. Yukarıda açıklanan dört yorum imkanı (canones), elimizdeki hukuki unsurun tamamlanmasına gereksinim olup olmadığı sorusuna yanıt verir.⁽⁴⁹⁾ Normun amaç ve anlamının araştırılması için, tasavvur edilebilecek bütün rasyonel argümentasyon formlarının kullanılması caiz olmakla birlikte, yukarıda açıklanan çok tipik hukuki argümentasyon formları da bulunmaktadır. Bunlar karar verme süre-

cinde önemli bir rol oynar. Kıyas, argumentum e contrario, argumentum a fortiore, argumentum ad absurdum bu grupta yer alır.⁽⁵⁰⁾

3. Objektif Yorum, Sistematik Yorumlar

Objektif yorumlardan, ne lafzi ne de sübjektif yorum kapsamına giren, yasa yorumu ve yargı yoluyla hukuku geliştirmeyle ilgili argümanlar anlaşılmaktadır.⁽⁵¹⁾ Objektif yorum deyimi, sübjektif ve objektif yorum teorileri arasındaki farktan doğmaktadır. Objektif yorumun amacı, sübjektif yorumun amacıyla aynı olup, bir kelimenin olası tüm anlamlarının farklı açıklama versiyonları arasında yapılacak seçimini veya yargı yoluyla hukukun geliştirilmesini temellendirmedir. Sübjektif yorumda bu amacı gerçekleştirecek araç, olguların araştırılması, yani olandan hareket etmektir. Objektif yorum ise, normatif argümanlardan, olması gereken "Sollen"dan yola çıkar. Objektif yorum teorileri, yasa koyucunun objektif amacı, eşyanın tabiatı gibi teorileri içerir.⁽⁵²⁾ Objektif yorumun kapsadığı iki argüman türü olan sistematik ve etik argümanlar arasında bir ayırım yapılmaktadır. Ama bu argümanlar da birleştirilebilmektedir. Sistematik argümanlar sadece yasanın lafzi, ifadesi ve istediğiyle değil, yorumlanması zorunlu olan yasanın, hukuk sisteminin diğer bütün normlarıyla bir bağlam içinde, bir bütünlük içinde gerekçelendirilmesine dayanır. Sistematik argümanlar, yorum

gerektiren yasanın, hukuk düzeninin diğer bütün normatif düşünceleriyle, ilkeleriyle en uyumlu yorumu sağlama taraftarıdır. Diğer bir deyişle sistematik argümanlar, hukuk düzeni içinde çelişkileri önleyen bir yorumun taraftarıdır. Bu yorum, hukukun, bilimsel öneriler arasındaki karşılıklı bağımlılığa en fazla katkı sağlayan yorumu olarak değerlendirilmektedir.⁽⁵³⁾ Bu tür bir yorum keyfiliği önler ve bu nedenle eşit davranmaya ve hukuk devleti ilkelerinin gerçekleşmesine hizmet eder.

Belli başlı sistematik argümanlar arasında çıkar argümanları, prensipler argümanı, anayasaya uygun yorum, Avrupa Hukukuna uygun yorum, objektif-teolojik yorum, içtihatlılara uygun yorum sayılabilir.⁽⁵⁴⁾

Bunlardan en önemli üç sistematik argüman için aşağıdaki özetlemeyi yapabiliriz; çıkar argümanında Jhering'den hareketle Philip Heck, hukuk normlarını çıkar çatışmaları konusunda yasa koyucunun kararları olarak görmektedir.⁽⁵⁵⁾ Alman Medeni Kanununun 119. maddesi ile Borçlar Kanununun 23.md. ve takip eden hükümlerinde, rızadaki fesat başlığı altında, bir sözleşmede rızasını beyan eden ve kabul edenin irade açıklamaları arasındaki uyumsuzluk hali düzenlenmektedir. Yasa koyucu, bu çıkar çatışmasında, rıza beyanının, beyanı kabul eden tarafın nasıl anlaşılması gerekiyorsa öyle geçerli olması gerektiği kararını vermiştir.

Prensipier argümanına gelince, ilkel bir hukuki düzenlemeye temel

(45) Horn, age, s.99

(46) Schwintowski, agy

(47) Gözler, age, s. 162.

(48) Schwintowski, age, s. 78

(49) Rüthers, age, s.447, Dornhof, age, s. 1

(50) Schwintowski, age, s. 79, Dornhof, age, s. 3

(51) Dorndorf, age, s.14

(52) Dorndorf, age, s.14

(53) Dorndorf, agy

(54) Dorndorf, age, s.15

(55) Heck'in teorisi için ayrıntılı olarak, Rüthers, age, s. 358 vd.

teşkil eden, ona yön veren ana düşüncelerdir. Fakat bu ana düşüncelerin çok soyut karakterleri, belirsizlikleri nedeniyle bizatihi uygulanma imkanı yoktur. Çok genel, soyut bazı hukuk prensiplerinin varlığı eskiden beri hukuk teorisi ve metodolojisinde bilinen bir husus olmakla birlikte, bu prensiplerin açıkça belirtilmesi (ya da belirgin hale getirilmesi) 1970'li yıllarda gerçekleşmiştir.⁽⁵⁶⁾ Dworkin ve Alexy çok genel hukuk prensiplerini belirginleştirerek hukuk teorisi içinde kullanılabilir bir hale getirebilmişlerdir.⁽⁵⁷⁾ Prensip teorisi göre, prensipler normatif yönergelerdir ve yorumun ve yargının hukuku geliştirmesinin kurallarını belirler. Bu teoriye göre yasa koyucunun kararlarından oluşan hukuk normları, prensipler ve prensipler çatışması olarak meşruiyet kazanır, hukuka uygun hale gelir. Prensipler sık sık diğer prensiplerle çatışır. Bu tür çatışmalarda her somut olay temelinde karşılıklı değerlendirme, tartma sonucunda karar verilir. Örnek olarak, sözleşme hukukunda iradenin yönlendirici olduğu sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kitle sözleşmelerine katılanların sosyal korunması (tüketici sözleşmelerinde tüketiciyi koruma) prensibinin karşılıklı değerlendirilmesi, tartılması, hangi prensibin ne derece ağır basacağına karar verme gösterilebilir, diğer bir örnek basın, haber alma özgürlüğünün özel hayatın korunması ile çatışması halidir. Müktesap haklar, güven ilkesi de prensipler olarak karşımıza çıkar. Bütün normları prensiplere ya da prensipler arasındaki çatışmalar-

da yasa koyucunun değerlendirmelerine dayandırmak, hukuk bilimine, sürekli (hukuksal) değişimlerde yargıya, hukuk düzeninin birliğini sağlama ve koruma olanağı vermektedir.

İçtihatlarla uygun yorum da önemli bir sistematik yorumdur. Yargıcın yüksek yargı kararlarına uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Alman yargıcı, Türk yargıcı gibi, Amerikan ve İngiliz yargıcından farklı olarak yüksek mahkeme içtihatlarına doğrudan bağlı değildir. Türk hukukunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları hem ilk derece mahkemeleri hem de Yargıtay daireleri için bağlayıcıdır. Yargıcın içtihatlara uyma zorunluluğunu argümentasyon yükümlülük kuralı olarak görebiliriz. Bu kurala göre; bir yüksek mahkeme bir konuda karar verdiğinde, bu karar alttaki mahkemeler için argümentatif olarak, daha iyi, daha ikna edici argüman olmadığı ölçüde ve sürece bağlayıcıdır.⁽⁵⁸⁾

V. Konsensus ve Karar

Her argümentasyon, argümentasyona katılanlar arasında bir konsensus (oydaşlık) oluşumunu amaçlar. Katılanların, tarafların, makul davranacaklarına ilişkin güven ve argümanların akla uygunluğu, tutarlılığı, sosyal ve hukuki ihtilafların acımasızlığı, tarafların inatçılığı karşısında her zaman konsensus amacına ulaşmaya olanak sağlamaz.⁽⁵⁹⁾

Bir çok olayda uzlaşmaya varılması mümkün değildir. Burada yargıcın karar verme yetkisi gündeme gelir ve yargıç karar, tarafların ulaşamadığı konsensu-

sun yerini alır. Argümentasyonun sonuçlanması veya sınırlanması, tarafsız bir yargıcın bu konuda karar vermesiyle olur. Yargıç karara ulaşmada ve ardından gerekçeli kararda, tarafların argümanlarından bir seçim yapar. Yargıç tarafların tarafgir, karşılıklı, sınırsız, sonsuz argümanlar getirmelerini tarafsız kararlıkla sonuçlandırır. Bu karar, usul hukukunun bir mahkeme kararına sağladığı yetkeyle donatılmıştır. Bu yetki, kararın davayı şekli, formel anlamda sonuçlandırmasıyla, yeni bir dava açılmamasıyla, dava tüketimiyle kendini gösterdiği gibi, maddi anlamda da tarafların arasındaki ihtilafların bağlayıcı biçimde bitmesi ve kararın icra edilebilecek bir nitelik taşıması (ilam) olarak da görebiliriz.⁽⁶⁰⁾

Genel olarak ifade etmek gerekirse, bir karar şu koşullarda yeterli olarak temellendirilmiş, gerekçelendirilmiş sayılır: Sebepler, çıkış noktaları, temel önermeler ve bu temel önermelerden hareketle neticeye varmadaki düşünsel adımlar ve bu iki unsur birlikte, her makul insanı aynı sonuca ulaştırıyorsa, yani onların onayını alıyorsa, bu sonuç yeterli ölçüde gerekçelendirilmiş sayılır.⁽⁶¹⁾

Hukuki gerekçelendirme, sonucun çıkarıldığı yasa normları veya diğerleri gibi hukuki önermeleri, hakkında karar verilen olaya ilişkin önemli olguları ve sonuca götüren bütün önemli düşünsel adımları göstermelidir. Burada zorunlu değerlendirmeleri açığa vuran önemli ana argümanlar da belirlenmeli, gösterilmelidir.⁽⁶²⁾ Bu zorunluluklar hem

mahkeme kararları için, hem de hukuk uygulamasının diğer alanları, mesela idarenin kararları ya da hukuki bilimsel yazılar için geçerlidir. Argümentasyon sürecinde bütün argümanları dikkate almak zorundayız, bu süreçte ya bu argümanlar gerekçelendirilmeye yönelik olarak kullanılır ya da bu argümanların karşı argümanlar aracılığıyla yanlışlığı ortaya çıkartılır. Bu bağlamda argümentasyonun doyuma ulaşma zorunluluğundan bahsedilir. Kuşkusuz argümentasyonun kısaltılması zorunluluğuna da uymak gerekir.⁽⁶³⁾

Modern usul hukuklarını göz önüne aldığımızda, argümanların karşılıklı olarak sunulması, tarafların her birinin diğerinin argümanlarını dikkate alması, hukuk için büyük bir verimlilik yaratır. Habermas'dan bu yana argümentasyonun ancak belirli koşullar altında anlam taşıyacağı bilinmektedir.⁽⁶⁴⁾ Habermas'a göre bu koşullar, argümanlar getirme sürecinde daha iyi argümanların sunulması yarışmasının gerçekleşmesiyle yerine gelmektedir. Bu yarışmanın nihai amacı evrensel olarak katılımcıların desteğinin, onayının alınmasıdır.⁽⁶⁵⁾ Habermas'a göre, sadece herkesin potansiyel onayını alma ideal gayretini gösterenler inandırıcı olabilir.⁽⁶⁶⁾ Habermas, günlük yaşamdaki karar verme sürecinin rasyonelliği sorununun çözümü için kurallarını ideal diskurs koşullarından çıkaran bir argüman getirme sürecini düşünmektedir. Ona göre, bir hukuki diskurs teorisi, bir kurallar katoloğu önerebilir ve bu katoloğa uyulma-

(56) Prensip teorisi için Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt, 1984, Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3.baskı, 1996, Frankfurt, 3.bölüm

(57) Dworkin, *age*, s.46 vd, 122 vd, 145 vd.; Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, "Elemente einer juristischen Begründungslehre" yay. R.Alexy, H.-J.Koch, L.Kuhlen, H.Russmann, Baden-Baden, 2003, s. 217 vd.

(58) Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, s.273, Schwintowski, *age*, s.81, krs. Kühlers, *age*, s.180

(59) Horn, *age*, s.118

(60) Horn, *age*, s.119

(61) Horn, *age*, s.119

(62) Horn, *age*.

(63) Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, s.293

(64) Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd.I/II, Frankfurt, 1981

(65) Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, s. 278

(66) Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, s. 279

sı, sağlam ve aynı zamanda rasyonel kabul edilebilen sonuçlara varmayı sağlar. Habermas'a göre rasyonel diskurs örnek olarak şu koşulları zorunlu kılar; argümanları getirme süreci tarafların isteği olmaksızın kesilmemelidir, bütün katılımcılar eşit olmalıdır, her türlü şiddet diskursun dışında tutulmalıdır. Bu ideal akli kurallar ve önerilerin genelleştirilmesi ilkesi temelinde, argümentasyon pratiğine ciddi olarak katılmak isteyen herkes tartışmaya katılabilir. Tartışmaya katılan kişi diğer potansiyel katılımcıların bakış açılarını benimseyebilme ve onu yorumlayabilmeye muktedir olmak zorundadır.⁽⁶⁷⁾

Hukuki diskursun rasyonellik iddiası nedeniyle genel pratik diskursun argümanlarından bağımsız düşünülemediği göz önüne alındığında, kısmen ahlaki argümanların da bulunması bakımından, hukuki diskursu genel pratik diskursun bir özel hali olarak görmek pekala mümkündür.⁽⁶⁸⁾

Hukuki temellendirme düşünsel adımları da formel olarak gösterebilmelidir. Bu temellendirmede mantiki çelişkiler olmamalıdır. Aksi takdirde böyle bir karar keyfilik yasağının ve böylece de eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır. Günlük yaşam deneyimlerinin yasalarla aykırılık temyiz sebebi sayılır. Karar gerekçelerinin formel mantiki düzgünlük içermesi, bir kararın temellendirmesinin yeterli olduğu anlamına gelmez. Karara esas alınan değerlendirmeler argümentatif olarak kendilerini göstermelidir ve değerlendirmeler geçerli hukuk düzeninin değerleriyle örtüşmelidir. Öncelikli olarak bu değerlendirmeler her koşulda uygulanacak yasanın normatif düzenlenmesinde görülür. Bundan başka bu

değerlendirmeleri, yüksek yargı organlarınınca normun uygulanmasında ve yorumunda bulup ortaya koydukları ve doktrinde de kabul gören genel hukuk ilkelerinde görmek mümkündür. İdeal olarak, yargıç, egemen görüş olarak tanınan önermeleri dikkate almalıdır. Belirli olaylarda geçerli olmak üzere, hukuk bilimi ve içtihatlarla bu tür hukuki önermelerin kavramsal yapıları ortaya çıkmıştır.

Kullanılan yasal normlar ve diğer hukuki önermeler ve bunların içerdiği değerlerin ikili bir özelliği vardır. Bu değerler bir yandan her makul insanın kabul edeceği, anlayışla karşılayacağı bir değeri içerir, ki buna rasyonellik denir. İdeal olarak aleyhinde karar verilen insan da bu kararı onaylamalıdır, fakat bu gerçekte mümkün olmaz; örneğin ceza-yı çarptırılan mahkumlar içinde işlediği suçtan pişman olan az sayıda insan olduğu gibi, hukuk davasında davası reddedilen davacının da bu kararı gerçekten onayladığı, içine sindirdiği olay azdır. İkinci özellik, kararı temellendirmede kullanılan hukuki önermeler hukukun hakim olduğu bir toplumun konsensusu olarak görülmektedir. Bir yasal norm, demokratik usullerle seçilmiş bir yasa koyucu tarafından, yine demokratik esaslara uygun bir yasa koyma sürecine göre vazedilmişse, bu norm herkesçe kabul görmelidir. Bir hukuki önerme, sadece doktrin veya sadece mahkemelerce (yerleşmiş içtihat) kabul görürse, egemen görüş olarak konsensus olarak nitelendirilebilir. Böyle bir konsensus, devlet tarafından geçerliliği sağlanabildiğinde, yetke özelliğini taşıyan yasa niteliğine kavuşur.⁽⁶⁹⁾

Meslek Olarak Hukuk ve Etik

Ismail H. DEMİRDÖVEN*

"Kişi, 'birlik'te olamayandır".

Oruç Aruoba, "yürüme"

Son zamanlarda çok yazılıp konuşuldu Hukuk ve Etik üzerine. Burada da bir kez daha konuşulacak. Bizlerin insan olarak bazı şeyleri öğrenip anlayarak düşünmemiz ve yaşamımızı bu öğrenip anladıklarımızla düzenlemeye çalışmamız çok uzun bir zaman alır. Bu işi beceremeyiz bile kimi zaman. Çünkü yeni olana, alışılmamış olana uzun süre hep kuşkuyla bakıldığı söylenebilir. Üstelik bu yeni olan bir bilgi ya da bir düşünce niteliğinde ise, onun insanın yaşamında yerine oturması, böylece insanlara, olaylara, ilişkilere bakışı değiştirmesi ve değerlendirmeleri etkilemesi çok daha uzun bir süreyi gerektirebilmektedir.

Bu bağlamda Etik Hukuk için yeni sayılmalıdır. Her ne kadar "Hukuğa Başlangıç" ya da "Hukuk Felsefesi" kitaplarında "Ahlâk" kavramı hukukla ilişkisinde işlenir ve bu kavramın hukuk için önemi anlatılır ve Etik Ahlâk arasında bir ayırım gözetilmese de; "Ahlâk", Etikle özdeş sayılabilecek bir kavram olmadığından Etik, hukuk için yeni sayılmalıdır.

Bunun yanında, dünyada ve ülkemizde artan toplum ve hukuk sorunları doğrudan doğruya kişiler olarak hukukçuları da öne çıkaran sorunlar oldukları için Etik; hukuk ve hukukçuluk

mesleği bakımından da bu sorunların çözümüne ışık tutması beklenen ve kendisiyle ilişki kurulmasına gereksinim duyulan bir alan (felsefenin bir bilgi alanı) olarak yenidir.

Kısaca söylendiğinde Etik, felsefenin (bugün "Bilgi Felsefesi" dediğimiz Epistemoloji ve "Varlık Felsefesi" dediğimiz Ontoloji ile birlikte) en eski araştırma alanlarından birisidir. Baktığı yer, insanın yaşayan kişiler olarak "yaşam" dediği, onun ilişkileri ve eylemlerinden oluşan, felsefede kimi zaman "praxis" terimiyle dile getirilen alandır.

Etigi bir araştırma alanı olarak olanaklı kılan hareket noktalarından birisi, insanın insan olmak bakımından, kendi dünyasını oluşturabilmesi için bazı değerlere de sahip olduğu, onları taşıdığı ve başka yapıp ettiklerinin yanında değerlendirmeler de yapıpı kabulüdür. Etik "değer" ve "değerlendirme" kavramları her ne kadar bazı felsefi görüşler tarafından tartışma ve eleştiri konusu yapıyorsa da, bu kabul bilimsel bir kabul olarak, insandan soyutlanmaz.

"Ahlâk" böyle bir çerçevede içinde yer alabilecek ve belirli türden değerler ile belirli türden değerlendirmeleri içeren bir kavramdır. Örneğin

(67) Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, s. 281

(68) Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, s. 86

(69) Hom, *age.*, s. 120.

(*) Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü