

HUKUK METODOLOJİSİNİN SORUNLARI

ERTUĞRUL UZUN

Nora

4. BASIM

1975'te Akşehir'de doğdu. Konya Meram Anadolu Lisesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu olan Ertuğrul Uzun, Kamu Hukuku doktoru; Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi doçentidir. *Hukuk Göstergebilimi* (Legal, 2007), *Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı* (TAA, 2014), *Akıl Tutkunu Hukuk* (On İki Levha, 2010) ve *Adalet Meslek Etiği* (AÖF, 2015) kitaplarının yazarı, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*'in (İthaki, 2016) editörü ve dört bölümünün yazarı; Eveline Feteris'in *Hukukî Argümantasyonun Temelleri* (Paradigma, 2010) ile Hans Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nın (Nora, 2016) mütercimidir. Hukuktaki yorum, mantık ve hüküm verme sorunları üzerinde çalışmaya devam ediyor.

Hukuk Metodolojisinin Sorunları
Ertuğrul Uzun

Nora Kitap | 16 | Edebiyatdışı
Yayına Hazırlayan | Ahmet Öz
Kapak Tasarımı | Başak Yaman Eroğlu
Dizgi | Hazel Çelik
Baskı / Nisan 2020

ISBN | 978-605-65957-2-1

Copyright © Ertuğrul Uzun, 2014
Türkçe Yayın Hakkı © Nora Kitap, 2016

Yayıncının yazılı izni olmaksızın hiçbir yolla çoğaltılamaz.

Nora Kitap, Kırmızı Tazı Yayıncılık Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin tescilli markasıdır.

NORA KİTAP
Gümüşsuyu Mah. Osmanlı Sok. Osmanlı İş Merkezi 18/9
Beyoğlu/İstanbul
Tel: 0212 222 10 66 - 243 30 73 Faks: 0212 222 46 16
Sertifika No: 32464
info@norakitap.com

Yıldız Mücellit Mat. ve Yay. San. Tic. A.Ş.
Maltepe Mah. Gümüşsuyu Cad. Dalgıç Çarşısı Apt. No: 3/4
Zeytinburnu/İstanbul
Tel.: 0212 613 17 33 Faks.: 0212 501 31 17
Sertifika No: 46025

HUKUK METODOLOJİSİNİN SORUNLARI

Ertuğrul Uzun

Sunuş

Prof. Dr. Kemal Gözler

Hâkimin, *doğru* karar verebilmesi için dogmatik hukuk bilgisine, örneğin Türk ceza hukuku bilgisine sahip olması, akıllı, zeki ve iyiniyetli olması yetmez; doğru karar vermenin yollarını da bilmesi gerekir. Zira, dogmatik hukuk bilgisi, akıl, zekâ ve hatta iyiniyet kararın doğru olmasını garanti etmez. Doğru karar vermek isteyen hâkimin doğruya giden yolları ve kendisini yanlıştan uzak tutacak ilkeleri de bilmesi gerekir. Bu yollar ve ilkeler, *hukuk metodolojisi*nin konusunu oluşturur. İşte Ertuğrul Uzun'un elinizde tuttuğunuz bu kitabı, bize doğru karar vermek isteyen hâkimin izlemesi ve uyması gereken yolları öğretiyor. Bu yolları izleyen ve ilkelere uyan hâkimler doğru karar verebileceklerdir; tabiî ülkemizde hâlâ "doğru" karar vermek gibi bir kaygısı olan hâkim kalmış ise!

Hüküm, hâkimin ikna olmasıyla kurulur. Hâkim ise argümantasyon ile ikna olur. Türk hukukçularının ezici çoğunluğu *argümantasyon teorisi*ni bilmiyor; hatta bırakın argümantasyon teorisini, "argümantasyon" kelimesinden dahi habersizler. Ülkemizde pek çok hâkim, savcı ve avukat, bu kelimeyi ya hiç duymamıştır ya da ilk kez duymaktadır; her halükârda doğru telaffuz edememe kaygısıyla bu kelimeyi tekrarlamaktan korkarlar. Oysa medenî dünyada hukukçuların mesleklerini icra ederken en fazla kullandıkları kelime, bu kelimedir. Ertuğrul Uzun'un elinizde tuttuğunuz bu kita-

bını okuduktan sonra artık argümantasyon kelimesini kullanmaktan korkmayacaksınız.

Türk hukuk biliminin en geri kalmış kısmı, *hukukun genel teorisi*dir. Bu teorinin en geri kalmış kısmı ise *hukuk metodolojisi* ve *argümantasyon teorisi*dir. Türk hukuk bilimi, hukuk metodolojisi ve argümantasyon teorisi açısından "taş devri"nde yaşıyor. Ertuğrul Uzun'un elinizde tuttuğunuz bu kitabı, taş devri gecesinde bir kutup yıldızı gibi parlıyor.

Ertuğrul Uzun ismini çok geç duydum. Yukarıda tasvir ettiğim dönemin karamsarlığı içinde yaşarken, bir gün, Robert Alexy, Aleksander Peczenik ve Aulis Aarnio gibi hukuk metodolojisinin ve argümantasyon teorisinin büyük ustaları hakkında bir Türk hukukçunun kitap ve makaleler yazdığını görünce hem çok şaşırdım ve hem de okuyunca çok sevindim. Bu güzel kitabı Türk hukuk literatürüne kazandırdığı için Ertuğrul Uzun'u tebrik ediyor ve kendisine teşekkür ediyorum.

Önsöz

Elinizdeki kitap, 2014'te, Türkiye Adalet Akademisi tarafından ders kitabı olarak basılmıştı. Kitabı Akademi'deki hâkim-savcı adaylarına verdiğim hukuk metodolojisi dersi için hazırlamıştım. Meslektaşlarım ve üniversitedeki öğrencilerim, kamu kurumlarının yayınlarına ulaşmadaki zorluk nedeniyle kitabı edinmekte güçlük çekti. Geçen zaman içerisinde kitaba olan talep nedeniyle bu baskıyı yapma ihtiyacı ortaya çıktı.

Elinizdeki metinde, ilk yayımda yer alan bazı hataları düzelttim. Bazı küçük ilaveler yaptım. Ancak hayalimdeki değişiklikleri yapma fırsatım olmadı.

Hukukta metodoloji, Türkçede az çalışılmış bir konu. Henüz emekleme döneminde olduğunu söyleyebiliriz. Tüm eksikliklerine rağmen konuya ilgi duyanlar için bir açığı kapatacağı umudunu taşıyorum.

Metodoloji alanında çalışmanın hem avantajları hem de dezavantajları var. Konunun az çalışılmış olması, yazdığınız her satırı önemli kılıyor. Buna karşın bir geleneğe yaslanamıyor olmanın verdiği güvencesizlik söz konusu: Yazdığınız her satır eksik, eleştiriye açık. Beklentim, akademideki ve uygulamadaki meslektaşlarımın eleştiri ve önerileriyle yol göstermesi.

Türkiye'de metodoloji çalışmak bir lüks. Zira kitapta ele alınan konular hukuk öğretiminde neredeyse hiç yer verilmeyen oldukça farklı bir arkaplana dayanıyor. Dilbilim, dil felsefesi, edebiyat kuramı, mantık, hermenötik, göstergebilim gibi

alanlarda hiçbir şey okumamış hukukçular için metodoloji, karmaşık ve anlaşılmaz. Ne var ki metodolojiyi bu disiplinlere ek olarak felsefenin de yardımı olmadan inşa etmek imkânsız. Bu yargıyı kurarken en büyük kanıtım kendi deneyimim. Pozitif hukuk ağırlıklı bir hukuk öğretiminin ardından saydığım disiplinlerle ilk tanıştığımda çok büyük zorluk çektim. On altı yıldır metodolojiyle ilgili konulara yoğunlaştığım halde, hukuk öğretiminin sıkıştığı dar alanın sınırlayıcı etkisini üzerimde hissetmeye devam ediyorum.

Türkiye'de metodoloji çalışmak bir başka açıdan daha lüks. Metodoloji tartışması yargı bağımsızlığı sorununun görece halledildiği bir hukuk kültüründe anlam kazanabilir. Yargı bağımsızlığında her geçen gün geriye giderken, metodoloji sorunlarının gündemde tutulması güç görünüyor. Bununla birlikte, 'doğru' karar verme üzerinde yapılacak kuramsal tartışmaların yargı bağımsızlığına küçük ve dolaylı etkide bulunma ihtimali de yok değil. 'Doğru' karar vermeyi ciddiye almak, aynı zamanda bağımsızlık talebinde bulunmak demektir. Kitabın en azından böyle küçük bir katkısı olursa mutlu olacağım.

Elinizdeki basımı gerçekleştirerek kitabın daha geniş bir okuyucu kitlesiyle buluşmasına imkân sağlayan Nora Kitap'a ve bilhassa da Ahmet Öz'e minnettarın. Nihayet, en zor günlerimde yanımda olan eşim Elif Uzun, bu kitabın arkasındaki güçtür. Bu kitabı ona ithaf ediyorum.

Tepebaşı, Ocak 2016
Ertuğrul UZUN

İÇİNDEKİLER

1. SORUN 11

2. EPİSTEMOLOJİ VE HUKUKUN BİLGİSİ 39

3. MANTIK VE HUKUKİ MUHAKEME 79

4. ANLAM, YORUM VE HUKUK KURALLARI 95

5. R. ALEXY: RASYONEL PRATİK TARTIŞMA VE HUKUK 119

6. A. PECZENIK: HUKUKİ MUHAKEMENİN NORMLARI 163

7. AULIS AARNIO: YORUMUN DOĞRULUĞU VE HUKUKİ ARGÜMANTASYONUN NEDENLERİ 207

8. MANTIK HATALARI VE HUKUKİ YARGILAR 233

KARAR İNCELEMESİ 1: İRADİ CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ 257

KARAR İNCELEMESİ 2: ZAVALLI BABAANNE 289

KARAR İNCELEMESİ 3: NİŞANLI DEĞİL FAHİŞE! 297

KARAR İNCELEMESİ 4: HRANT DİNK'İ ANLAYAMAMAK 305

1

SORUN

Bu kitap, en genel anlamıyla hukuki yargıların doğruluğu sorununu konu ediniyor. 'Hukuki yargı' ifadesini açıklamadan önce, daha gündelik bir dille başlayalım ve soralım: 'Bir yargı kararının doğru olması için hangi özellikleri taşıması gerekir?'

Soru basit gibi duruyor, hele de hukukçuysanız. Zira hukukçuysanız, yani bir hukuk fakültesi mezunu iseniz, mezun olabilmek için girdiğiniz onlarca sınavdan başarılı olmuşsunuz demektir. Bunun anlamı da, sınavlarda verdiğiniz cevapların doğru olduğudur. Kimi zaman teorik kimi zaman olaya dayalı sorulara doğru cevaplar vermekle, bir yargı kararının doğru olabilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiğini de biliyor olmalısınız, eğer verdiğiniz cevapları sezgi ve ilhamla açıklamıyor iseniz. Dahası var: fakültedeki sınavlarda sık sık yargı kararlarıyla karşılaştınız, bu kararları değerlendirmek durumunda kaldınız. Öğretim üyeleri bu kararları özenle seçerek önünüze getirmişti. Yanlış kararlardı onlar ve siz de, öğrenci olmanıza rağmen 'koskoca Yargıtay'ın verdiği kararları eleştirmenin hazzıyla cevaplar verdiniz. Ve haklıydınız: O kararlar yanlıştı. Ama neden?

Burada doğruluk ve yanlışlık hakkında yaptığımız tartışma, teorik bir tartışma. Gerçi kitabın sonunda bazı karar örneklerine dair bu satırların yazarının değerlendirmelerini de bulacaksınız ama kitabın ana gövdesi içerisinde teorik, hatta felsefi bir tartışma yürütülecek. Dolayısıyla incelemekte olduğunuz bir yargı kararının neden doğru veya yanlış olduğunu değil, herhangi bir yargı kararının hangi koşullarda doğru veya yanlış olabileceğini tartışacağız. İş pratiğe döküldüğünde, her hukuk-

çunun çok iyi bildiği teori-pratik gerilimini bir kez daha hissedecek ve teorik tartışma yürütülürken çok da itiraz etmediğiniz koşullara dayanılarak yapılan değerlendirmelerin zaman zaman kendi açınızdan kabul edilemez olduğunu göreceksiniz.

Aşağıda göreceğiniz üzere, bir disiplinde üretilen bilginin yahut yargıların doğruluğu meselesi, tam da metodolojinin konusudur. Hukuk metodolojisi ise hukuki yargıların doğruluğu sorununu konu edinir. Sorunu ana hatlarıyla bu şekilde ortaya koyduktan sonra şimdi hukuk metodolojisinin tartışma alanlarını biraz daha yakından inceleyebiliriz.

Hukuki Yargılar

Hukuk normları insan eylemleri için emredilmiş, yasaklanmış, yetki verilmiş yahut izin verilmiş olan nitelemesi yapar.[1] Yargı yerleri bu nitelemelere bağlı olarak, en geniş anlamıyla yaptırım diyebileceğimiz bazı tepkiler vermek üzere hukuki yargılar yaratırlar. Hukuku uygulamakla görevli resmi görevliler, hukuk normlarından ürettikleri hukuki yargılara dayanarak eylemde bulunurlar. Bireyler, hukuki yargıları dikkate alarak hayatlarını yaşarlar. Bazen hukuki yargılara dayanarak başkalarından doğrudan talepte bulunur, yahut mahkemeden haklarının korunmasını isterler.

Bazı hukuki normlarda ve yargılarda bu nitelemeler, yani emretme, yasaklama, izin verme veya yetki verme açıkça gözlemlenmez, ancak bu nitelemelerin gözlemlenmediği hukuki normlar ve yargılar, nihayetinde söz konusu nitelemelerin bulunduğu yargıların oluşturulması için zorunludur. Sözgelimi, tanımlayıcı kurallara dayanarak yapılan bazı hukuki tanımlar birer hukuki yargı olmalarına rağmen tek başlarına hiçbir emir, yasaklama, yetki verme veya izin verme özelliğine sahip değildir. Bununla birlikte bu yargılar diğer hukuki yargılarda kullanılmak üzere var edilmişlerdir.

1 Hukuk dili üzerine bkz. N. Okan, D. Gökbel ve A.H. Atalay, Temel Hukuk Terminolojisi, Ed.: N. Okan, D. Gökbel (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Y, 2008), ss. 3-14.

Hukuki yargıların konu edindiği durum, olay yahut eylem, somut gerçeklikte, gündelik yaşamda yer alabileceği gibi, muhayyel, varsayımsal, kurgusal da olabilir. Avukatın müvekkiliyle yaptığı görüşmede müvekkilinin sorununa ilişkin veya hâkimin bakmakta olduğu davaya ilişkin dile getirdiği hukuki yargılar, somut gerçekliğe dairdir. Genelde hukukçu bilim insanlarının eserlerinde sıkça gördüğümüz örnekler ise varsayımsal veya kurgusaldır.

Hukuki yargılar, yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı üzere, sadece belli bir meslek sınıfı mensupları veya belli makamları işgal eden kişiler tarafından dile getirilmez. Bir hukuki yargı kimden sadır olmuşsa olsun, hukuki yargıdır. Dolayısıyla sıradan bir vatandaş, bir avukat, bir hukukçu bilim insanı veya bir hâkim de hukuki yargı dile getirebilir. Ancak tartışma konusu yaptığımız hukuki yargılar çoğunlukla 'hukukçular'ın yargılarıdır. Bunlardan kamu otoritesinin desteğini almış kurumların/mekanizmaların mensubu olan aktörlerin yargıları daha fazla ilgi görür. Pek tabii ki hukukçu bilim insanlarının dile getirdiği hukuki yargılar, hukukçular cemaati ve bütün bir kamuoyu açısından özel öneme sahiptir.

Hukuki Yargılardan Yargı Kararlarına

Hukuki yargıları dile getirenleri sıradan vatandaştan yargının aktörlerine doğru düzenleyen bu bakış, mahkemenin/hâkimin hukuki muhakemenin merkezinde olduğu gerçeğini örtmemelidir. Zira başkaları tarafından dile getirilen bütün hukuki yargılar, mahkemenin/hâkimin verili olay açısından dile getireceği yargıyı dillendirme iddiasındadır. Mahkemelerin, hukukun uygulanmasında son söz söyleme mercii olması, ve kararlarının devletin diğer organ ve görevlilerince uygulanıyor olması, mahkemelerin hukuki muhakemedeki bu merkezi yerini haklı çıkarır. Dolayısıyla hukuki yargıların doğruluğu sorunu kendiliğinden yargı kararlarının doğruluğu sorununa dönüşür. Ne var ki yargı kararlarının doğruluğu sorunu, özü

itibariyle, diğer hukuki yargıların doğruluğu sorunu ile özdeştir. Aynı şekilde, yargı kararlarına inhisar ettirilmeden yapılan hukuki yargıların doğruluğu sorunu da yargı kararlarının doğruluğuyla özdeştir. Tartışma ve inceleme sırasında ortaya çıkan farklar, usûli açıdan uyulması gereken bazı farklılıklardan kaynaklanır. Bununla birlikte, yargının modern devlet içerisindeki konumu, yargı kararlarının doğruluğu sorununun ortaya konuluşunu farklı temellere bağlamak ihtiyacı ortaya çıkarır. Bu noktaya hemen aşağıda yeniden döneceğiz.

Yargı kararlarının hukuki muhakemenin merkezinde oluşu ve hâkimden başka kişilerin dile getirdiği hukuki yargıların hâkimin yapacağı hukuki muhakemeyi dikkate aldığı ve sanki kendisi hâkimmiş gibi hukuki yargıda bulunduğu önermesi; hâkim dışındaki aktörlerin zaman zaman kestirimsel, stratejik yahut betimsel önermeler, iddialar ortaya koyması ile hukuki muhakemenin birbirine karıştırılmasına neden olabilir. Sözgelimi, avukatlar müvekkilleriyle görüşürken davanın görüleceği mahkemenin daha önceki kararlarından yola çıkarak, mahkemenin ne yönde karar vereceğini kestirmeye çalışabilir ve bu çerçevede konuşabilirler. Yahut bir hukukçu bilim insanı, hukuk/mevzuat ile yüksek mahkeme kararları arasında bir farklılık olduğundan bahisle, 'Hukuk budur ama Yargıtay kararları şu yöndedir' gibi bir ifadede bulunabilir. Oysa hukuki muhakeme, bir hukuk normuna dayandığı iddiasıyla, hâkimin ne söylemesi gerektiğini dile getirir. Dolayısıyla ne betimseldir ne tümevarımsal ne de kestirimsel. Hukuk normlarının ne olduğu, yahut hangi normların 'hukuk' normu olduğu meselesi, daha geniş bir bakışla, hukukun kaynakları sorunudur ve hukukun kaynaklarının hukuki muhakemedeki yeri, bizatihi hukuk metodolojisinin konusu içindedir. Zira bir hukuki yargının doğruluk iddiasının en büyük dayanaklarından biri, hukukun kaynaklarıdır. En geniş anlamıyla hukukun kaynakları da, zaten, bir hukuki yargının gerekçesi yapılabilen her türlü argümandır.

Gerekçelendirme İhtiyacı

Yukarıda şu soruyu sormuştuk: 'Bir yargı kararının doğru olması için hangi özellikleri taşıması gerekir?'

Bir hukuki yargının doğruluğuna dair en basit ölçüt, 'hukuka uygunluk'tur. Başka bir deyişle, 'doğru karar, hukuka uygun karardır'. Ancak bu ifade, olsa olsa bir totolojidir. Asıl mesele, 'hukukun ne olduğu'nun, 'hukukun neyi gerektirdiği'nin belirlenebilmesi ve karar ile 'hukukun gerektirdiği şey' arasındaki uygunluğun nasıl gösterileceğidir. Hâkimin aynı zamanda ahlaki bir otorite ve güvenilir bir kişi olduğu durumlarda, sözgelimi 'kadı' söz konusu olduğunda, hâkimin hukuku bildiği ve kararının hukuka uygunluğu konusunda hâkimin otoritesinin bizatihi bu uygunluğun güvencesi olduğu kabul edilirdi. Otoriter ve devlet ile devlet ajanlarının kutsallaştırıldığı yönetimlerde yargı, bu ahlaki otoriteyi, yahut otorite olma iddiasını sürdürmektedir. Ancak, demokratik hukuk devleti ideali, yargıya güvenin otoriteyle değil kararlardaki rasyonalitenin görünürlüğü ile sağlanabileceğini kabul eder. Hukuki argümantasyon kuramının önemli isimlerinden Aarnio, insanların artık salt otoriteye güvenmediğini belirttikten sonra şöyle devam eder:

> "İnsanoğlu kendisini hem diğer insanlarla hem de doğayla olan ilişkisinde bir kriz içerisinde bulmuştur. Kişilerarası ilişkiler önemli ölçüde hukuki normlarla düzenlendiğinden, ne hukuk normlarını inceleyen bilim ne de yargı sadece bir gözlemci olabilir. Çünkü özellikle Batılı hukuk kültürlerinde otoritelere olan inanç son birkaç on yılda önemli ölçüde azalmıştır. Bu fenomen, hem seküler hem de dini otoriteler açısından geçerlidir. Tutumlardaki değişiklik için pek çok değişik toplumsal sebep vardır. Bilimsel bilgideki büyük artış, eğitim seviyesinin yükselmesi ve toplumsal gelişmeden kaynaklanan genel sekülarizasyon örnek olarak verilebilir. İnsanlar hiçbir şeye inanmıyor artık. Konumuz açısından bakarsak, bu gelişmenin ayrıntıları ve sebepleri ikincil öneme sahip. Asıl önemli olan, otoritelere olan inancın yerine neyin geldiği: Görüşlerin gerekçelendirilmesi gereği." (Aarnio 1986: xv)

> "Hâkimin sorumluluğu, gittikçe kararların gerekçelendirilmesi sorumluluğu haline gelmiştir. Hâkimin sahip olduğu gücü kullanmasının temeli, sahip olabileceği formel güç pozisyonu değil, kararlarının gerekçelendirilebilmesindedir. Bu anlamda, gerekçe sunma sorumluluğu, özel olarak kararın kamusal denetiminin maksimize edilmesidir." (Aarnio 1986: 6)

Kararın kamusal denetime açılması demokrasi düşüncesiyle yakından ilgilidir:

> "Modern toplumlarda insanların güç kullanımı üzerinde gerçek bir etkileri yoktur. Demokrasi içinde yaşarlar ama karar verme sürecinde yer almaları için etkin araçlara sahip değildirler. Buna yabancılaşma diyebiliriz. Paralel bir fenomen ise, bürokratik mekanizmanın kuvvetlenmesidir. İdarenin büyük bir kısmı uzmanların elindedir. İdari kurallar ağı çok karmaşıktır ve sıradan insanların idari faaliyetleri denetleyebilmesine imkân tanımayan bir uzmanlık bilgisini gerektirir. Aynı şey yargı söz konusu olduğunda da geçerlidir. Eğer idare ve yargı, karar vericilerin –formel bakış açısıyla– ciddi bir otorite sahibi olmaları anlamında kapalı ise, bütün bir sistem kendine yeter hale gelir... Bu durumda onları denetime açmanın ve denetimi kamusal hale getirmenin bir yolu kararlar için düzgün gerekçeler talep etmektir. Hükmün arkasındaki muhakeme kamu incelemesine açılmalıdır. Ancak o zaman kapalı ve demokratik olmayan bir sistemin karşıtı olarak "açık toplum"dan söz edebiliriz." (Aarrnio 1986: xv-xvi)

Herhangi bir konuda 'görüş' ileri süren herhangi bir kişinin, bu görüşünü gerekçelendirmesi beklenir. Zaten görüşler de sırf ileri sürülmek, söylenmiş olmak için dile getirilmezler. Bir görüş ileri süren kişi, görüşünün, muhatapları tarafından kabul edilmesini bekler. Böyle bir beklentinin yokluğu, ya muhatapların ciddiye alınmadığı ya da eylemin 'fuzuli' olduğu anlamına gelir. Muhatapların ciddiye alınmaması, genellikle muhataplaların görüş sahibinin altında olduğu durumları akla getirir. Bu durumlarda muhatap ile görüş sahibi arasındaki ilişki ya bir

emir-komuta yahut gizemli bir bağlılık ilişkisidir. Komutan astına emreder, ast sorgulamaksızın emri yerine getirir. Şeyh açıklama yapmaksızın görüş bildirir, mürit görüşü sorgulamaksızın kabul eder. Ne astın ne de müridin 'ikna edilmesi' söz konusudur; görüşü *kabul* etmeleri için çaba gösterilmez. 'Fuzuli' görüş açıklamaları ise, en kibar ifadesiyle, 'akli melekelerden yoksun' kişilerin sözlerinde görülür. Bu yüzdendir ki, günlük yaşantımızda ileri sürdüğümüz görüşler için sık sık gerekçeler oluştururuz.

Hâkim, ne bir komutan ne bir şeyh ne de 'akli melekelerden yoksun' bir kişidir. Kendini böyle görmediği takdirde, hâkimin, hukuksal görüşünün muhatapları tarafından kabul edilmesini beklemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Böyle bir beklenti içerisinde olması gereken hâkim, muhataplarını ikna etmek, görüşü için bu muhatapların sahip olduğu kabul edilebilirlik standartlarını dikkate alarak gerekçe sunmak durumundadır.

Gerekçelendirme Zorunluluğu

Hukuki yargıların gerekçelerinin gösterilmesi gerektiği yönündeki mezkür argümanlar, sanki yoklukları halinde ortaya sadece usûli bir eksiklik çıkacakmış gibi bir düşünce yaratabilir. Başka bir deyişle, yukarıdaki argümanların, hukuki yargıda bulunan kişinin sadece ahlaki yükümlülüklerine ilişkin olduğu ve esas itibariyle hukuki yargıların doğruluğuyla ilgili olmadığı düşünülebilir. Dolayısıyla gerekçelendirilmemiş, eksik gerekçelendirilmiş yahut yanlış gerekçelendirilmiş bir hukuki yargının, sözgelimi bir yargı kararının, bu niteliğine rağmen doğru bir karar olabileceğini iddia etmek mümkünmüş gibi görünmektedir. Ne var ki bunun aksini iddia etmek de mümkündür.

Gerekçelendirilmişlik sadece usûli bir yön değil aynı zamanda doğruluğun zemini ve sebebidir. Ortalama bir zihnin bu iddiaya direnç göstermesi tabiidir. Zira her şeyden önce gündelik hayattaki sağduyuya dayalı doğruluk anlayışımız,

doğruluk hakkında 'uygunluk kuramı' paralelinde çalışır. Bu kuramı ve diğer doğruluk kuramlarını, bir sonraki bölümde ele alacağız. Ancak burada kısaca belirtmemiz gerekirse, uygunluk kuramı, doğruluğu yargının/önermenin konusu ile yargı/önerme arasındaki uygunluk olarak görür. Bu durumda yargının konusu olan 'şey' ile yargının bu 'şey'i temsili, yeniden inşası, tasviri yahut tersimi arasında uygunluğun bulunması durumunda, yargı doğru olacaktır. 'Bu kitap 197 sayfadır.' önermesinin doğruluğu, önermenin konusu olan kitabın gerçekteki sayfa sayısı ile 197 sayısının örtüşmesine bağlıdır. İkinci bölümde daha başka yönlerden de eleştireceğimiz bu doğruluk anlayışına, hukuk çerçevesinde şöyle bir itirazda bulunabiliriz: Hukukun herkes için şöyle ya da böyle geçerli, somut ve nesnel bir içeriği yoktur. Dolayısıyla doğruluk için ortaya koyulması gereken 'hukuka uygunluk' durumu, *gösterilecek* bir ilişkidir. Hem hukuk hem uygunluk, her yargıda yeniden inşa edilmek durumundadır. İnşa edilen bir içeriğin doğruluğu, başka bir şeye referansla sağlanamaz. İnşa edilen içeriğin doğruluğunda referans, inşa kurallarıdır. Argümantasyon ve metodolojinin tam da bu inşa kuralları olduğuna aşağıda işaret edeceğiz. Ancak bundan önce hukukun nesnel bir içeriğinin olmadığı ve her yargıda yeniden inşa edildiği iddiasını gerekçelendirmemiz gerekiyor.

Hukuk Kuralları ve Hukuk Normları

Hukuk normu bir olması/yapılması gereken ifadesidir. Sözgelimi: "Hırsızlık yapan cezalandırılmalıdır" yahut "Kimse kendisine ait olmayan bir malı almamalı/kullanmamalıdır". Hukuki yargıda bulunan kişi, sözgelimi davacı, savcı, avukat veya hâkim, hukuki bağlamda bu yargıyı dile getirmekle sadece normun anlamını kastetmiş olmaz, aynı zamanda normun bir hukuk normu olduğunu, içersinde konuşulan hukuk sistemi açısından bu normun kabul edildiğini de zımnen iddia etmiş olur. Normun varlığı öncelikle ve mümkün olduğu takdirde yazılı hukuk kurallarına dayandırılır. Bilhassa Kıta Avrupası hukuk sistemi gibi yazılı

hukuk kurallarının nispeten daha çok olduğu bir sistemde, normun varlığının yazılı hukuk kurallarına dayandırılması esastır. Ancak normun varlığının dayanaklarını her halükârda yazılı hukuk kuralları dışında da aramak gerekir.

Hukuk kuralı ile hukuk normu arasındaki fark üzerinde biraz durmamız gerekiyor. Bir örnekle görelim: *Aynı* cinsten kişilerin (iki erkek veya iki kadının) nişanlandıklarını, birbirlerine hediye aldıklarını, daha sonra nişanın bozulduğunu ve mahkemeden Medeni Kanunun ilgili hükümleri çerçevesinde nişan hediyelerinin iadesi müessesesine başvurduklarını düşünelim. Davaya bakan hâkimimiz de, aynı cinsten kişilerin nişanlanamayacağını, dolayısıyla ortada geçerli bir nişanlanmanın olamayacağını söylemiş ve talebi kabul etmemiş olsun. Bu kararı, bir dedüktif yahut dedüktifleştirilebilir muhakeme olarak şu şekilde yeniden inşa edebiliriz:

Aynı cinsten kişiler nişanlanamaz.
A ve B aynı cinstendir.
Dolayısıyla A ve B arasında geçerli bir nişan ilişkisi yoktur.
Nişan hediyelerinin iadesi ancak ve ancak geçerli bir nişan ilişkisine dayanılarak istenebilir.
Olayda geçerli bir nişan ilişkisi yoktur.
Hediyelerin iadesi mümkün değildir.

Tümüyle varsayımsal olan ve ne muhakemenin doğruluğunu, düzgünlüğünü veya sağlamlığını ne de tek mümkün yorumun bu olduğunu ima eden bu muhakemede büyük öncül, bir hukuk kuralı değildir. Ama bir norm söz konusudur. Yukarıda iki ayrı norm kullanılmıştır.

1) Aynı cinsten kişiler nişanlanamaz.
2) Nişan hediyelerinin iadesi ancak ve ancak geçerli bir nişan ilişkisine dayanılarak istenebilir.

Örneğimizde kullanabileceğimiz hukuk *kuralı*, "Nişanlanma evlenme vaadiyle olur" *kuralıdır*. Ancak fiilen kullanılan *norm*(lar), yukarıda saydığımız normlardır.

Bir de klasikleşmiş örneğimizi alalım ve buradaki muhakemeye yakından bakalım:

Bütün hırsızlar cezalandırılmalıdır.
A hırsızdır.
Öyleyse A cezalandırılmalıdır.

Bu örnek de hukuki muhakemeyi doğru bir şekilde temsil etmez. Zira somut davada hâkimin verdiği kararın dayandığı norm, tam ve düzgün bir dedüksiyon inşa etmek istiyorsak, somut olayın özelliklerini yansıtan bir norm olmalıdır. Sözgelimi, Yargıtay'ın bir kararına atıf yapacak olursak:

TCK md. X, hırsızlığın binadan yapılmasını ağırlaştırıcı neden saymıştır.
Çadırdan yapılan hırsızlık, binadan yapılan hırsızlık değildir.
Somut olayda çadırdan hırsızlık yapılmıştır.
Somut olayda yapılan hırsızlık, binadan yapılan hırsızlık değildir.

Burada uygulanan norm, "Çadırdan yapılan hırsızlık, binadan yapılan hırsızlık değildir" ifadesinde mündemiçtir. Zira bu ifadenin anlamı, "Çadırdan yapılan hırsızlık, binadan yapılan hırsızlık sayılmamalıdır" veya "Hırsızlık suçu bağlamında çadır bina kabul edilmemelidir" yahut da "Çadırdan hırsızlık yapanlar, binadan hırsızlık yapanlar gibi cezalandırılmamalıdır" şeklinde yeniden inşa edilebilir.

Ne kural ne de ilke mevcut bir olayın halli için bir hukuk normunun varlığını ve geçerliliğini iddia etmeye yeterli gerekçe oluşturmuyorsa, sınırları yine hukuk kültüründe belirtilen durumlarda bir 'hukuk yaratma faaliyeti'nden bahsedilir ki, bu faaliyet içerisinde yaratılan hukuk normları da bir bütün olarak hukuk sisteminin temel taşlarını, temel düzenlemelerini ve genel ilkelerini kendisine dayanak yapar.

Hakkında karar verilecek olan olayda hangi normun muhakemenin temeli olarak kabul edileceğini belirleme işi hu-

kuki yargıda bulunan kişinin görevidir. Bir hukuk normunu hukuki yapan, kararın içerisinde verildiği hukuk sisteminin, o sistemi ayakta tutan aktörlerin oluşturduğu cemaatin sahip olduğu hukukun kaynakları doktrinidir. Bir doktrin olması hasebiyle, hukukun kaynakları, mutlak surette içeriği ve sınırları belirlenmiş bir yapı değildir. Ancak bir doktrinin varlığından bahsedilebiliyor olması, en azından hukukçular cemaatinin büyük bir kısmının doktrinin ana unsurları hakkında uzlaşmış olmasını gerektirir.

Hukuk kuralları ve hukuk ilkeleri birer dil ürünü olmaları hasebiyle sadece sembollerden oluşmuş göstergelerdir. Bu göstergelerin anlamının çözülmesi öncelikle göstergelerin içerisinde üretildiği ana dilin gramer ve semantik kurallarına bağlıdır. Bunun yanında hukuk dilinin bir alt anlamlama (semiyotik) sistemi oluşturması itibariyle ikincil bir anlamlandırma sürecinin işlediği de açıktır. Bu yüzdendir ki hukuk metinlerindeki bazı kelime ve kalıplar, gündelik dildekinden farklı bir anlama sahip olabilmekte ve bu hukukçular açısından hiç de tuhaf karşılanmamaktadır. Çok basit iki örnek vermek gerekirse: Bir hukukçunun 'yağma' suçundan bahsederken atıf yaptığı eylemler ile gündelik dilde yağmadan bahseden sıradan bir vatandaşın atıf yaptığı eylemler birbirinden farklıdır. Yahut 'maddi imkânsızlık' ifadesini kullanan bir hukukçunun kastettiği, yoksulluğu tasvir eden bir köşe yazarının aynı ifadeyi kullanırken kastettiğinden farklıdır.

Hukuk normu, hakkında karar vermek durumunda olunan olayda uygulanması/uyulması gerektiği kabul edilen bir olması gereken ifadesidir. Ne var ki bu ifade ne olay ânında ne de karar ânında ortaya çıkmıştır. Bu olması gereken ifadesinin hukuk sisteminde zaten var olduğu, hukuk kurallarına veya ilkelerinde mündemiç olduğu düşünülür. Hukuk normunun varlığına dayanak yapılan bir hukuk kuralı olduğu durumda dahi, uygulanan hukuk kuralı değil, hukuk normudur. Zira hukuk kuralları, hukuk normlarına dayanak olabilme kapasitesine sahip sembollerdir. Sembollerin, göstergelerin anlam-

landırılması keyfi olamayacağından, hem ana dilin hem de hukukçular cemaatinin anlamlandırma konvansiyonları sayesinde, çoğunca, anlamlandırma sürprizlerle sonuçlanmaz. Ama hukukçular şunu da çok iyi bilirler: Herhangi bir hukuk kuralının anlamlandırılması konusunda hukukçuların ittifak etmesi çok zordur. "İki hukukçunun bulunduğu yerde en az üç, üç hukukçunun bulunduğu yerde ise sayısız farklı görüş vardır." Özellikle rutin dışı olaylarla karşılaşıldığında, anlam çeşitliliği artar.

Yaratıcı Bir Eylem Olarak Anlamlandırma/Yorumlama

Kıta Avrupası hukuk sistemi gibi yazılı hukuk kurallarının çok olduğu ve hukuki yargıların çoğunluğunun temelini bu yazılı hukuk kurallarında bulduğu sistemlerde hukuk normunun inşası, öncelikle ve ağırlıklı bir şekilde yorum, yani hukuk kurallarının (ve ilkelerinin) anlamlandırılması sorunu olarak karşımıza çıkar. Klasik hukuk yaklaşımı, yorumu, 'hukuk kuralının içeriğinin kapalı, müphem, muğlak olması' durumlarına hasrettiği için olağan uygulamaların da bir yorum sonucu oluştuğu kolaylıkla göz ardı edilir. Halbuki tekrarlayacak olursak, hukuk kuralları ve ilkeleri birer dil ürünü olmakla ancak gösterge olarak iş görürler. Uygulanabilmeleri için anlamlandırılmaları gerekir. Rutin davalar alışkanlığa bağlı olarak sanki göstergelerin doğal anlamları varmış gibi karara bağlanır. Ne zaman ki rutin dışı davalarla karşılaşılır, işte o zaman yeni bir anlamlandırma, daha doğrusu yorumlama faaliyetinin gerektiğine inanılır.

Yorumu belli durumlara hasreden görüşün aksine, herhangi bir hukuk kuralının anlamı her zaman kapalıdır. Bir hukuk kuralının anlamının açık olduğuna dair düşünce, o kuralın anlamının ne olduğuna dair verilmiş bir önceki karardan kaynaklanır. Böyle bir karar bir kez verildi mi, artık

o hukuk kuralının anlamının açık olduğu düşünülür. Oysa anlam bağlamla ortaya çıkar ve o kuralın uygulanması gerektiği düşünülen alışılmışın dışında bir olayla karşılaşıldığında, açık olduğu düşünülen anlam kapalı hale geliverir. Yine çok bilinen ve basit bir örnek verelim. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükte iken, abone olmadığı ve yetkisi olmadığı halde bir elektrik hattından elektrik enerjisi alarak kullanan kişinin hırsızlık suçu işleyip işlemediği 'açık' değildi. Daha doğrusu, ilgili hukuk kuralının işaret ettiği 'taşınır mal'ın elektrik enerjisini kapsayıp kapsamadığı açık değildi. Haydi biraz daha düzeltelim: Elektrik enerjisi ile ilgili sorun mahkemenin önüne gelinceye kadar, hırsızlık suçu ile ilgili maddede yer alan 'taşınır mal' ifadesinin anlamı hiç de kapalı değildi. Ancak dava mahkeme önüne geldiğinde, 'taşınır mal' ifadesinin anlamı bir ânda tartışmalı/kapalı hale geldi. Hukukçular cemaati, karşılaştığı yeni bağlam çerçevesinde elektrik enerjisinin de taşınır mal olduğuna bir kere karar verdikten sonra, artık anlam yeniden 'açık' oldu. Fakat daha sonra, bir başkasının telefon hattına usûlsüz bir şekilde ek hat çekmek suretiyle abonesi olmadığı hattı kullanan kişi aleyhine dava açıldığında, 'taşınır mal' yeniden tartışılmak durumunda kaldı. Görüldüğü üzere anlamı kapalı olan esasında dilsel ifade değildi. Anlam daima kapalıydı ancak anlam içeriğine dair bir inanç oluştuğunda anlamın açık olduğu kabul ediliyor, yeni olaylar ortaya çıktığında ise anlam, hakkında karar verilinceye ve yeni bir inanç oluşturuluncaya kadar kapalı kabul ediliyordu. Bazı hukuk kurallarının anlamının açık olduğunu iddia veya kabul eden hukukçular, hukuk fakültesindeki ilk günlerini hatırlamalılar. Ders kitapları, literatür, yargı kararları vs. karşılaştıkları hukuk kurallarının anlamını 'öğretmeden önce' o kuralların pek çoğu kendileri için herhangi bir anlam ifade etmiyordu.

Bir hukuk kuralının anlamı, hukuk kuralını oluşturan kelimelerden çok daha fazlasıdır. " 'Nişanlanma evlenme vaadiyle olur' şeklindeki hukuk kuralının anlamı nedir?" sorusunun cevabı, hiçbir şekilde "Nişanlanma evlenme vaadiyle olur" değildir. O yüzdendir ki, 50 sayfalık bir kanun metni üzeri-

ne binlerce sayfa kitap yazılabilir. Üstelik bir hukuk kuralı, birden çok hukuk normuna dayanak olabilir. 'Nişanlanma evlenme vaadiyle olur', nihayetinde dört kelimelik bir hukuk kuralıdır. Ancak, sözgelimi nişan hediyelerinin iadesiyle ilgili bir davada uygulanacak norm, bu hukuk kuralını oluşturan kelimelerle ifade edilemediği gibi, ilk bakışta bu cümlede gözlemlenemeyen başka ifadeler de bir hukuk normu olarak dayanaklarını söz konusu kuralda/cümlede bulurlar. Andığımız bu dört kelimelik hukuk kuralı, şu hukuk normlarının dayanağı olarak gösterilebilir:

Aynı cinsten kişiler nişanlanamaz.
Nişanlılık için iki tarafın da karşılıklı evlenme iradesi bulunmalıdır.
Nişanlanma için bir törene ihtiyaç yoktur.
Evli bir kişi nişanlanamaz.
Aralarında evlenme yasağı olan kişiler nişanlanamaz.

Muhtemel bir davada uygulanacak olan yukarıdaki normlardır, hukuk kuralı değil. Listelediğim normlar, üzerinde büyük oranda uzlaşma olan normlar. Ancak tartışmalı olan normlar da bulunuyor. Sözgelimi, nişanlanmanın varlığı için bir törenin zorunlu olmadığı konusunda bir uzlaşma var, ama ya bir tören varsa, bu durumda nişanlılığın başlangıcı hangi ândan itibaren başlayacaktır? Bazı yazarlar tören bir zorunluluk olmadığına göre nişanlılık tarihini karşılıklı evlenme iradesinin tespit edildiği ândan itibaren başlatmamız gerektiğini söylerken, bazı yazarlar törenden itibaren başlatmak gerektiğini söyler. Bu durum bize önemli bir şey söylüyor: Hukuk normlarını kesin ve tüketici bir şekilde listelememiz mümkün değildir. Zira yeni olaylar çıkabilir ve yeni bir hukuk normunu dile getirmek zorunda kalabiliriz. Normlar da yorumla inşa edildiklerinden, yorum öncesinde 'kesin' bir liste oluşturamayız.

Gerekçelendirme ve Doğruluk

Eğer yukarıda kısaca tasvir edilmeye çalışıldığı gibi kaygan bir zemin üzerinde çalışıyorsak, hukuki yargıların doğruluğunu iddia etmek üzere atıf yapacağımız bir 'hukuk' da yok demektir. Her anlamlandırmanın bir yorum olduğunu da dikkate alarak, hukuki yargıların doğruluğu sorununun ağırlıklı olarak yorumun doğruluğu sorunu olduğunu, yorumun doğruluğunun ise ancak ve ancak 'gerekçelendirme'yle sağlanabileceğini söyleyebiliriz. Bu noktada kitabın konusu olarak belirlediğimiz 'hukuki yargıların doğruluğu' sorunu değişmek zorundadır. Çünkü 'doğruluk', felsefede geleneksel olarak ele alındığı şekliyle bir tür kesinliğe yahut nesnelliğe atıf yapar. Oysa buradaki iddia, doğruluğu yaratan şeyin 'gerekçelendirme'nin bizatihi kendisi olduğudur. Öyleyse doğru bir yargıdan değil, düzgün gerekçelendirilmiş, daha kısa ifadesiyle *düzgün* yargıdan bahsetmek gerekir. Doğruluk, kesinlik, nesnellik, mutlaklık; yerini düzgünlüğe, sağlamlığa ve savunulabilirliğe bırakmaktadır. Bu noktaya yeniden döneceğiz.

Gerekçelendirmenin, gündelik dildeki anlamıyla, yargının doğruluğunun bizatihi kaynağı ve sebebi olarak belirlenmesi hukuki yargılar için gerekçe göstermeyi ahlaki bir yükümlülük olmaktan çıkarır, bir varlık koşulu haline getirir. Başka bir deyişle, gerekçelendirilmemiş, eksik gerekçelendirilmiş yahut yanlış gerekçelendirilmiş bir yargı kararı doğru bir karar olamaz. Doğru bir yargı kararı ancak ve ancak düzgün gerekçelendirildiğinde varolabilir. Bu iddia, özellikle yargı kararlarının gerekçesini tek başına inceleyebilmek ve eleştirebilmek için bir temel oluşturur.

Hukukçular, özellikle yargı kararları söz konusu olduğunda, yargı kararının gerekçesindeki kusurun kararın doğruluğunu doğrudan etkilemediğini düşünürler. Bu konudaki en büyük ve popüler sav, 'yargı kararının doğruluğu hakkında konuşabilmek için kararın kendisi ve gerekçesi tek başına yeterli değildir, dosyaya da bakmak gerekir' savıdır. Bu savı kısmen haklılaştırabilecek önemli bir noktaya daha sonra işaret edeceğiz. Ancak savın tümden haklı görülebilmesi, en azından

bu noktaya kadar sürdürdüğümüz muhakeme zinciri çerçevesinde mümkün değildir. Zira gerekçe, dava dosyasından bağımsız olarak yepyeni bir varlığa sahiptir ve kararın/hükmün varlık koşuludur. Aksini düşünmek, ya otoriteye koşulsuz güven anlamına gelir ki, bu yolun en azından günümüzde tercih edilmesini savunmak büyük bir yük altına girmek demektir, yahut test sınavında 'attığını tutturan' öğrencinin sorunun cevabını 'bildiğini' iddia ederek tesadüflere değer atfetmesine benzer bir sav ileri sürmektir. Bu durumda, hâkimin 'doğru' karar verme ödevi, 'düzgün gerekçe yazma' ödeviyle ayrılmaz bir biçimde birleşir.

Gerekçenin İşlevi

Gerekçelendirme üzerinde beş, altı ve yedinci bölümlerde biraz daha ayrıntılı duracak ve konunun yargı kararlarının işlevi ve hukuki düzenlemelerle tanınmış önemine de işaret etmeye çalışacağız. Ancak bu noktada, yargı kararlarının diğer hukukçulara yol gösterme gibi bir işlevi olduğunu ve bu işlevin, kararın doğruluğunun gerekçede açıkça gösterilmesiyle mümkün olabileceğini söylememiz gerekiyor.

Yargı kararlarının diğer hukukçulara yol gösterme işlevi, öncelikle yüksek mahkemelerin kararlarını akla getirir. Temyiz makamı olarak görev yaptığı durumlarda bozma veya bozmama kararlarının gerekçeleri, hukuk kurallarının içeriğinin görünür, hukuk normlarının teşhis edilebilir hale gelmesine katkı sağlar. Yargılama pratiği içerisinde karşılaşılan yeni durumlar, genellikle yüksek mahkemeler tarafından halledilmek durumundadır. Üstelik alt derece mahkemeleri yüksek mahkemelere haklı olarak farklı bir gözle bakmakta ve kararlarını oluştururken onlara atıf yapmaktadır. Bunun yanında, sadece yüksek mahkemelerin değil alt derece mahkemelerinin kararlarının gerekçelerinin de önemli olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Zira, ülkede, karara bağlanan davaların sınırlı bir kısmı yüksek mahkemelere taşınmakta, temyiz makamları önlerine gelen davalardan ancak üzerinde tartışma yapmayı önemli gör-

dükleri hakkında aydınlatıcı gerekçe kaleme almaktadırlar. Bu gerekçeler, bazen haklı nedenlerle bazen de mahkemelerin ihmali ile dava konusu olay ile ilk derece mahkemesinin gerekçeleri hakkında herhangi bir bilgi vermemektedir. Bu durumda, hukukun fiilen nasıl uygulandığını, hangi hukuk normlarının cari olduğunu gözlemlemek için alt derece mahkemelerinin kararları yegane kaynak olmaktadır. Sadece özel hukukun değil, mahiyeti itibariyle genel hukukun ilkesi olarak kabul edilebilecek Medeni Kanun m. 1'deki, hâkimlerin kararlarını verirken yargı kararlarından yararlanmaları gerektiği yönündeki ifade, ancak ve ancak alt derece mahkemelerinin kararlarının gerekçeli olması durumunda mümkündür.

Gerekçenin Kapsamı

Gerekçelendirmeyi yukarıda usûli değil asli bir unsur olarak belirlemiş bulunuyoruz. Ancak gerekçelendirmenin doğruluğun asli unsuru oluşu, mutlak anlamda, her kararda bütün gerekçelerin tastamam yazılması gerektiği anlamına gelmez. Yargı kararları, tutarlı ve kendi başına sistem oluşturan bir gerekçelendirme teorisi çerçevesinde, sunulan açık veya örtük argümanların yeniden inşa edilmesi yoluyla değerlendirilir. Mahkemeler kararlarını, büyük bir kısmının zaten kabul edilmiş, yerleşmiş olduğunu düşündükleri ilke, norm ve inançlar üzerine bina ederler. Bu ilke, norm ve inançların büyük bir kısmını kararlarında dile getirmezler. Pratik olarak da böyle bir gerekliliği talep etmek anlamsızdır. Zira aksi takdirde her bir karar, bir diğerinde tekrarlanan ciltler dolusu argümanla dolacaktır. Sorun, bir kararı kuran ve destekleyen argümanların ne kadarının kararda yer alacağının belirlenmesi noktasında ortaya çıkar. Bu konuda açık ve kesin bir formül vermek mümkün olmasa da, özellikle rutin olmayan davalarda kararların argümantasyon zincirinin teşhis edilebilmesine olanak sağlayacak tarzda kaleme alınmasının gerektiğini belirtmemiz gerekiyor. Davaya ilişkin temel bilgiler ise her halükârda gerekçede yer almak durumundadır.

Metodoloji

Artık elinizdeki kitabın ismi üzerinde durmanın zamanı geldi. Metot, 'bir yolu izlemek' anlamına gelen Yunanca '*methodos*' (*meta+hodos*) kelimesinden gelir. Antik Yunan felsefesinde bilimsel/felsefi araştırma/soruşturma yolu anlamında kullanılırdı. Bu anlamıyla belli bir araştırma disiplinine has prosedürlere ve tekniklere karşılık gelir. Metodoloji ise, metottan/yöntemden daha üst ve genel bir kavramdır. Adı bilim olsun olmasın, bilgi üretmeye yönelmiş her disiplin, bu bilgiyi belli bir düşünsel arka plana ve zemine dayanarak ve bu düşünsel zeminin onayladığı metotları ve bu metotların hayata geçirilmesi tekniklerini kullanarak üretir. Metodoloji, metotlar ve teknikler tek bir hedefe, 'doğru' bilgi üretilmesine yönelmiştir. Türkçe literatürde metodoloji/yöntembilim sıklıkla metotların ve tekniklerin bilgisi olarak anlaşıldığı ve tartışma konusu yapıldığından, düşünsel zemine ilişkin tartışmalar kısır kalmaktadır. Oysa metotların ve tekniklerin sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesinin öncelikli koşulu, sağlam bir düşünsel zeminin, yani metodolojinin oluşturulmasıdır. Metodoloji/yöntembilim, hem doğa bilimleri hem de sosyal/beşeri bilimler/disiplinler için her türlü araştırmanın başlangıç noktalarını belirler. Ana hatlarıyla belirtecek olursak, doğa bilimlerinde metodolojik tartışmalar, 'doğru bilimsel bilginin üretilebilmesi için' bilimsel araştırma sürecinin planlanması, muhakeme/sonuç çıkarma kurallarının belirlenmesi ve sonuçların sınanması için ölçütlerin belirlenmesi üzerinde yoğunlaşır. Sanıldığının aksine, doğa bilimleri alanında ateşli metodolojik tartışmalar cereyan etmektedir. Bütün bir metodolojinin 'uygulamalı epistemoloji' olarak görülebileceğini de not edersek, epistemolojik tartışmalar doğa bilimleri alanındaki metodolojik tartışmaları da etkiler. Bunun yanında bilim felsefesindeki tartışmalar ile bilgi ve bilim sosyolojisi alanında yapılan çalışmalar, doğa bilimsel bilginin oluşturulmasındaki tarihsel ve kültürel yönlere ilişkin zihin açıcı ve zaman zaman sarsıcı kanıtlar ortaya koymaktadır.

Sosyal/beşeri bilimler alanındaki metodolojik tartışmalar,

yani sosyal/beşeri bilim ve disiplinlerin ürettikleri bilginin doğruluğuna ilişkin iddialar, doğa bilimlerinden çok daha sert, çeşitlilik gösteren ve uzak uçlara savrulmuş okulların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Her şeyden önce kronolojik olarak doğa bilimlerinden daha geç bir zamanda ortaya çıkan sosyal/beşeri bilimler/disiplinler, doğa bilimlerinin metodolojisine öykünmüş, arkasından özgün metodolojilerin kurulması aşamasına geçilmiştir. Epistemoloji, bilim felsefesi ve bilgi ve bilim sosyolojisindeki gelişmeler sosyal/beşeri bilimlerde/disiplinlerde de heyecanla tartışılmakta ve bu alanlarda 'doğru' bilgi üretmenin ölçütlerine ulaşılmaya çalışılmaktadır. Doğa bilimlerine oranla beşeri/sosyal bilimlerde üretilen bilginin, araştırmacının şahsına ve seçilen metotlara çok daha fazla bağlı olması ise, bu ölçütler üzerinde uzlaşma ihtimalini azaltmaktadır. Ne var ki metodolojilerdeki farklılığın büyüklüğü, tartışmaların derinliği ve taraftarların sertliği, sosyal/beşeri bilimlerdeki/disiplinlerdeki doğru bilgi arayışında düşünsel bir zemin kurma ihtiyacını ortadan kaldırmaz, bilakis bu konu üzerinde daha hassas bir şekilde durulmasını gerekli kılar. Belki de bu nedenledir ki, sosyal bilimler alanındaki felsefi, teorik ve metodolojik eser sayısı, doğa bilimlerindekinden çok daha fazladır.

Neumann (2012: 3), metodoloji ile metot arasındaki farkı, sosyal bilimlerle bağlantılı olarak şu şekilde dile getirir:

> "Yöntembilim [Metodoloji], yöntemlerden daha geniş bir alandır ve yöntemleri de kapsar. Yöntembilim, yöntemleri kullanan toplumsal araştırmacılar kurumunun toplumsal-örgütsel bağlamını, felsefi varsayımları, etik ilkeleri ve politik meselelerini anlamaktır. Yöntemler ise vakalar seçmek, toplumsal yaşamın çeşitli yönlerini ölçmek ve gözlemlemek, veri toplamak ve elemek, verileri incelemek ve sonuçları rapor etmek için kullanılan belirli teknik kümelerdir. Yöntembilim ve yöntem, yakından ilgili ve birbirine bağlı olmakla birlikte ayrı şeylerdir."

Mesela, sosyoloji söz konusu olduğunda, topluma dair üretilecek bilgide neyin toplumsal/sosyal olduğunun, toplumsal/

sosyal olduğu kabul edilen 'şey'in hangi yönlerinin inceleme konusu yapılacağının, neden-sonuç ilişkilerinin nasıl belirleneceğinin, bu ilişkilere ne anlam verileceğinin, verilerin nasıl yorumlanacağının, elde edilecek bilginin nasıl kullanılabileceğinin belirlenmesi tümüyle metodolojik sorunlardır. Bir metodoloji, araştırma sırasında kullanılacak metotları da belirler. Bazı metodolojiler bazı metotları reddederken, iki farklı metodoloji aynı metodu kullanabilir. Sosyolojide metodolojik farklılıklar, 'Sosyal Teori' başlığı altında ele alınan topluma ilişkin felsefi tasarımlardan kaynaklanır. Durkheim'ı pozitivist metodolojinin, Weber'i ise hermenötik metodolojinin kurucusu yapan, bu kurucu isimlerin topluma ilişkin 'teori'leridir.

Hukuk Metodolojisi

Hukukun bir bilim olup olmadığı üzerine hukukçular arasında bazen anlamsız hale gelebilen tartışmalar yapılır. Kabul etmesi zor ama eğer hukuk bilimse, bir doğa bilimi olmadığı kesindir, bununla birlikte bir sosyal bilim olduğunu iddia etmek de kolay değildir. Hukuki yargıda bulunma faaliyetinin doğası, hukuka has bir metodolojinin imkânı konusunda düşünürleri iki ayrı uç arasında konumlandırmış durumda: Hukuka has bir metodoloji olamayacağını savunanlar; hukuka has bir metodolojinin mümkün olduğunu savunanlar ve iki ucun bulunduğu her durumda olduğu gibi karma görüşü savunanlar. Ancak hangi görüş söz konusu olursa olsun, hukuki yargıların keyfi, ilkesiz, gerekçesiz olması kabul edilmez. İster hukuka has, isterse başka disiplinlerden temellük edilmiş olsunlar, metotlar, metodolojik bir yaklaşım içerisinde 'doğru' hukuki yargıları üretmek üzere kurgulanır ve nihayetinde bir hukuk metodolojisi olarak sunulur. Böyle bir metodoloji her halükârda mantık, dilbilim, epistemoloji, bilim felsefesi, bilim ve bilgi sosyolojisi, göstergebilim, edebiyat, retorik gibi alanlarda kullanılan metot ve tekniklerden faydalanmak durumundadır.

Bu noktada dikkat etmemiz gereken bir husus var: Hukuk

kelimesini hem bir disiplin hem de pratik bir faaliyetin ismi olarak kullandık. Bir disiplin olarak hukuk, dogmatik hukuk bilimine/yaklaşımına karşılık geliyor. Zira, hukuk normlarını temel alarak bir yargıda bulunan hukuk dogmatiğidir. Diğer yanda ise pratik hukuk faaliyeti var. Bu hukuk uygulamasının merkezine mahkemelerde, hâkimlerin bakmakta olduğu dava sırasında ürettikleri hukuki yargıları koyduk. Sergilediğimiz yaklaşım, hukukun teorik ve pratik boyutlarını eş görüyor. Bunun nedeni, teorik denebilecek hukuk çalışmasının, bilhassa akademik/dogmatik çalışmanın da nihayetinde pratik faaliyeti hesaba katmak zorunda olmasıdır. Hatta hesaba katmanın ötesinde, hukuk dogmatiği ile hâkim aynı işi yapmaktadır. İlginç bir şekilde bu durum, iki karşıt anlayışa yol açabiliyor. Birinci yaklaşım, hukuk pratiğinin, yani hâkimlerin yaptığı işin özü itibariyle teorik, daha doğrusu felsefi olduğunu iddia eder. Bu yaklaşımın bazı taraftarları, hukuku bilmenin hikmet sahibi olmak olduğunu söyler, filozof hâkimler yaratmanın peşine düşer. Aynı yaklaşımın başka taraftarları ise, hukuku kavramsal bir yapı olarak inşa etme çabasındadır. Bu kavramsal yapının inşasından sonra hukuki muhakeme bir tür otomatik faaliyet haline gelecektir. Buna karşın diğer görüş, hukuki muhakemeyi tümüyle pratik bir muhakeme olarak görür. Pratik muhakemenin ahlaki yönüne ağırlık verenler, hukuki muhakemeyi ahlaki muhakeme ile aynı kefeye koyarlar. Bunun anlamı, hâkimin, yaptığı işi her zaman bir ahlaki muhakeme olarak görmesidir; aynı zamanda bir ahlaki muhakeme değil, sadece ahlaki muhakeme. Bu görüş taraftarları, hâkimleri adaletin gerçekleştiricisi olmaya çağırırlar. Hukuki muhakemeyi pratik muhakemeye ağırlık vererek ele alanların başka bir kısmı ise, meseleyi bir sorun çözme faaliyeti olarak görür. Böylece hukuki muhakeme, adaleti sağlamayı değil uyuşmazlığı çözmeyi hedefler. Bunun için çeşitli araçlar ve stratejiler geliştirir. Bu kitapta bu saydığımız yaklaşımlara dair bazen açık bazen örtük anlatımlar bulacaksınız. Ancak kitaba rengini veren temel düşünce, hukuki muhakemeyi hukuk kurallarından bağımsız görmeyen, bilgeliğin değil gösterilebilir/konuşulabilir rasyonalitenin sağlandığı bir doğruluk anlayışıdır.

Özetle ifade edecek olursak; *hukuk metodolojisi, hukuki yargıların doğruluğuna dair ölçütler getirir. Bu ölçütler, neye hukuk deneceğine ilişkin hukukbilimsel (jurisprudence) iddialardan ve hukuki yargının doğruluğunun ne anlama geldiğinden başlayarak, hukuki yargıların doğruluğunu sağlayacak dilbilimsel, mantıksal ve argümantatif araçlara ve oradan da hukuki yargıların desteklenmesinde kullanılan argüman formlarına giden geniş bir alanı kapsar.*

Belirtildiği üzere, hukuk metodolojisi alanında tek bir metodolojiden bahsetmek mümkün değildir. Alanın kurucu sayılabilecek isimlerinin ve bir gelenek haline gelmiş yaklaşımların her biri farklı bir felsefi yaklaşımı ve bu felsefi yaklaşımın onayladığı teknikleri yansıtır.

Feteris'in kavramsallaştırmasını takip edecek olursak, hukuki yargıların gerekçelendirilmesi konusunda üç ana yaklaşım bulunmaktadır: Mantıkçı, retorik, diyalojik. Bunlardan en eskisi, mantıkçı yaklaşımdır.

> "Mantıkçı yaklaşımda, hukuki argümantasyonun rasyonalitesinin ölçütü olarak, formel geçerliliğin rolüne vurgu yapılır ve hukuki argümanları yeniden inşa etmek için mantıki diller kullanılır. Mantıki perspektifte, gerekçelendirmenin temelindeki argümanın, mantıken geçerli bir argüman şeklinde yeniden inşa edilebilir olması, hukuki gerekçelendirmenin kabul edilebilir olmasının zorunlu koşuludur (diğer bir koşul, gerekçelendirme olarak ileri sürülen nedenlerin hukuk standartları açısından kabul edilebilir olmasıdır). Kararın (sonucun); hukuk kuralı ve olgulardan (öncüllerden) çıkması, argümanın yalnızca mantıken geçerli olmasıyla mümkündür." (Feteris 2010: 27)
>
> "Mantıkçı yaklaşıma ve onun hukuki argümantasyonun formel yönlerine yaptığı vurguya tepki olan retorik yaklaşım, argümanların içeriğine ve kabul edilebilirliğin kontekste dayanan yönlerine vurgu yapar. Bu yaklaşımda, argümantasyonun kabul edilebilirliği, argümantasyonun hitap ettiği dinleyici kitlesindeki etkiye dayanır. Dinleyiciler, Trafik Mahkemesi'ndeki hâkim gibi bireylerden, yahut bir ceza davasındaki jüriden, bir hukuk

dergisinin okuyucu kitlesini oluşturan hukukçulardan, veyahut da bir bütün olarak Amerikan hukuk cemaati gibi kişiler toplamından oluşabilir. Retorik yaklaşımın önde gelen temsilcileri; Perelman'ın 'Yeni Retorik'i, Toulmin'in argümantasyon modeli ve Viehweg'in topik yaklaşımıdır. Üç yazar da özellikle hukuki argüman üzerine yazmıştır ve düşünceleri başkaları tarafından geliştirilmiştir." (Feteris 2010: 29)

"Yakın zamanda, yeni bir hukuki argümantasyon yaklaşımı gelişti. Bu yaklaşımda, hukuki argümantasyon, hukuki görüşün rasyonel tartışmanın belli kuralları uyarınca savunulduğu tartışma usûlü perspektifinde ele alınır. *Diyalojik* denebilecek bu tip yaklaşımlarda, hukuki argümantasyon, hukuki görüşün kabul edilebilirliği hakkındaki diyaloğun parçası olarak düşünülmektedir. Argümanın rasyonalitesi, usûlün, bazı formel ve maddi kabul edilebilirlik standartlarını karşılamasına dayanır." (Feteris 2010: 34)

Argümantasyon

Bu noktada, çokça kullandığımız bir kavram olan 'argümantasyon' üzerinde kısaca durmamız, kitabın amaçlarının anlaşılması açısından önem taşıyor. Argümantasyon kelimesinin kökü Latince 'kanıtlıyorum', 'gösteriyorum' yahut 'iddia ediyorum' anlamlarına gelen *arguo* ile 'araç', 'aracı' yahut 'sonucu itibariyle' anlamlarına gelen *mentum* kelimelerine dayanır. İngilizce *argumentation*, *to argue* fiilinden türetilir. Kelime, belli bir görüşü savunmak üzere birisiyle tartışmak, bir görüşün doğru olduğunu nedenler sunarak iddia etmek, görüşünü delillerle desteklemek anlamlarına geliyor. Argüman (*argument*) kelimesi ise, başkalarını bir görüşün doğru olduğuna inandırmak, ikna etmek için sunulan önerme yahut önermeler dizisi ve belli bir konuda farklı görüşlerin ileri sürüldüğü tartışma anlamında kullanılıyor. Nihayet argümantasyon da, düzenli ve mantıki iddiada bulunma anlamını taşıyor. Teori olarak argümantasyon ise, sahip olunan arka plana ve edinilen felsefi pozisyona bağlı olarak farklı şekillerde tanımlanabilir. Tek bir kişinin belli bir düşünceye destek olmak üzere sunduğu nedenleri formel man-

tık çerçevesinde yapılandırmasından, birden fazla tartışmacının konsensüse ulaşmak üzere yaptıkları tartışmanın usûlüne kadar genişleyen yelpazede, argümantasyon farklı anlamlar kazanır. Dolayısıyla, teori olarak argümantasyon zaten bu kitabın konusu olduğu için, bir tanım vermek yerine, argümantasyon kelimesinin 'delillendirme', 'kanıtlama', 'delillerle tartışma' gibi anlamları çağrıştıracak tarzda düşünülmesi gerekiyor.

Nihayet bir kelimeyi daha açıklığa kavuşturmamız lazım. Buraya kadar 'gerekçelendirme' kelimesini çokça kullandık ve bundan sonra da kullanmaya devam edeceğiz. Kelimeyi, Latincede bir yandan adil davranmayı, bir yandan da haklı bir sebep göstermeyi ifade eden *iustificare*'den türeyen İngilizce *justification* kelimesine yakın bir anlamda kullanıyorum. *Justification*, *to justify* fiilinden türüyor. Fiil, bir karar, fiil, yahut düşüncenin, makul veya kabul edilebilir olduğunu göstermek, ispatlamak anlamlarına geliyor. *Justification* ise bir karar, fiil, yahut düşüncenin kabul edilebilir nedenine, yahut açıklamasına atıf yapıyor. Kelimeyi, 'haklılaştırma', 'meşrulaştırma' anlamlarını da dikkate alarak okumak gerekiyor. Özellikle yargı kararlarının söz konusu olduğu bu kitapta, 'gerekçelendirme' kelimesinin, murat edilen anlamı tam olarak karşıladığını düşünüyorum: Hâkimler durduk yere gerekçe yazmazlar; amaçları kararlarını haklılaştırmak, onlara meşruiyet kazandırmaktır.

Argümantasyon ve Metodolojinin Vaatleri

Gerek argümantasyon gerekse gerekçelendirme (haklılaştırma) kelimeleri bize açıkça matematiksel bir kanıtlamadan uzaklaşılması gerektiğini söyler. Doğal dilin ürünleriyle çalışmak zorunda kalınan bir durumda, matematiksel kanıtlama veya göstererek kanıtlama anlamındaki tanıtlama (demonstrasyon), nesnel ve kesin bir 'doğruluğa' ulaşma, ideal olarak bile benimsenemez. Yorumun ve değer yargılarının savunulmak durumunda olduğu bir süreçte, hedef ancak 'düzgün' bir

karar ve karşı tarafı 'ikna' etmek olabilir. Bu alanda ortaya atılan teoriler ve benimsenen teknikler, sonucun doğruluğunu garanti edemese de 'daha doğru', 'daha kabul edilebilir' kararların oluşturulmasına yardımcı olacaktır.

Argümantasyon teorisi ve hukuk metodolojisi, uygulayıcıların eline sihirli bir değnek vererek, baktıkları her davada, yahut dile getirdikleri her hukuki yargıda nesnel ve tartışılmaz sonuçlara ulaşmalarını sağlamayı vaat etmez. Üstelik, özellikle hâkimler açısından farkına varılması gereken ahlaki bir yükümlülük ile metodoloji arasında yakın bir ilişki var. Her türlü metodolojik teori ve yaklaşım, kurucuları tarafından ortaya atılmış birer iddiadır. Kurucu isimlerin iddiaları, ikna etme güçleri oranında taraftar bulur. Hâkimin/hukukçunun hangi teoriye tutunacağı, daha doğrusu hangi teoriyi içselleştireceği kişisel bir meseledir. Böyle bir içselleştirme/temellük sürecinde herhangi bir teorinin bütün unsurlarıyla hiç değişmeden aynen kabul edilmesi beklenemez. Dolayısıyla hâkim/hukukçu, kendi metodolojisini kendisi inşa eder. Bu inşa süreci pek tabii ki hukukçular cemaatinin ortak değer yargılarından köklü bir şekilde farklılaşamaz, dolayısıyla verili hukuk kültürü içerisinde ortaya atılan metodolojik iddialar etrafında bir kümelenme meydana gelir. Ancak ortada birden fazla metodolojik iddianın bulunması sebebiyle hukukçular cemaatinin metodolojiye ilişkin yargıları da hem yekpare değildir hem de statik bir nitelik arz etmez. Bir bütün olarak bakıldığında, hukukçular cemaati içerisindeki metodolojik iddialar sürekli birbirleriyle çarpışan ancak hiçbir zaman karara varmayacak diyalektik bir ilişkiyi yansıtır. Hâkimin/hukukçunun ahlaki yükümlülüğü kendisini özgür iradesiyle karar verme kapasitesine ulaştırma yükümlülüğü ise, özgün bir metodoloji inşa etme de bir ahlaki yükümlülüktür.

Kitap Önerisi: Bilimsel metodoloji hakkında ileri okuma yapmak isterseniz aşağıdaki eserleri inceleyebilirsiniz:

- Elisabeth Ströker, **Bilim Kuramına Giriş** (Ankara: Gündoğan Yayınları, 1995).
- Alan F. Chalmers, **Bilim Dedikleri** (İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2008).
- Cemal Yıldırım, **Bilimsel Düşünme Yöntemi** (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1998).
- Cemal Yıldırım, **Bilim Felsefesi** (İstanbul: Bilim Felsefesi, 2011).
- Kare Lambert ve Gordon G. Brittan, **Bilim Felsefesine Giriş** (Ankara: Nobel, 2011).
- Sosyal bilimler alanındaki metodolojik tartışmalar için ise şu eserleri tavsiye edebiliriz:
- W. Lawrence Neuman, **Toplumsal Araştırma Yöntemleri,** Cilt I ve II (Ankara: Yayın Odası, 2012).
- Roger Trigg, **Sosyal Bilimleri Anlamak** (İstanbul: Babil, 2005).
- Lütfü Şimşek, **Sosyal Bilimler ve Felsefe** (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2011).
- Patrick Baert, **Sosyal Bilimler Felsefesi** (İstanbul: Küre Yayınları, 2009).
- Derek Layder, **Sosyal Teoriye Giriş** (İstanbul: Küre Yayınları, 2010).

Hukuk metodolojisi alanında yazılmış az sayıdaki Türkçe kaynağı okuyucularla hatırlatmamız gerekiyor:

- Ernest Hirş, **Pratik Hukukta Metod,** Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, tz.
- Yasemin Işıktaç, **Hukukun Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999).
- Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001).
- Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim** (İzmir: Beta, 2008).
- Hilmi Şeker, **Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe** (İstanbul: Beta, 2010).
- Yaşar Karayalçın, **Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme** (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986).

2

EPİSTEMOLOJİ VE HUKUKUN BİLGİSİ

Elinizdeki kitabın amacının hukuki yargıların doğruluğu hakkındaki tartışmaları ortaya koymak ve bazı standartlar önermek olduğunu ilk bölümde açıklığa kavuşturmuş bulunuyoruz. Hukuki muhakeme dogmalardan/naslardan/normlardan müteşekkil bir 'hukuk'un varlığını varsayarak işlediğine göre, öncelikle halledilmesi gereken sorun bu 'hukuk'un bilgisine nasıl ulaşılacağıdır. Esasında bu bilgiye nasıl ulaşılacağı sorunu zorunlu olarak hukukun bilgisi olarak ortaya konulan ifadelerin doğruluğunun nasıl gösterileceği sorunudur. Geleneksel hukuk literatürü bu sorunu 'hukukun kaynakları' başlığı altında inceleyerek, uygulanacak normlara ulaşma konusunda hukuka has ve teknik bir anlayış geliştirmiştir. Halbuki hukuki yargıların doğruluğu sorununu tartışmalı ve incelemeye değer bir alan kılan bizatihi bu dar ve kısır anlayıştır. Bu bölümde, ilk olarak, hukukun kaynakları sorununu doğruluk açısından ele alma teşebbüsümüze giriş oluşturması bakımından, felsefenin temel bir alanı olan epistemolojiye dair bazı yaklaşımları ele alacak ve bu yaklaşımları hukukun bilgisine nasıl uygulayabileceğimizi görmeye çalışacağız. Arkasından, hukukun kaynakları doktrininin, hukuki yargıların doğruluğu sorunu açısından oynadığı rolü tartışacağız. Bu bölümdeki tartışmalarımız sırasında ortaya çıkan bazı boşluklar, ilerleyen bölümlerde doldurulacak.

Epistemoloji

Türkçede 'bilgi felsefesi', 'bilgi bilim', 'bilgi kuramı' gibi adlarla da anılan epistemoloji, felsefenin etik ve metafizikle birlikte üç temel alanından birini oluşturur. En genel ifadesiyle, "bilginin olanaklılığını, yapısını, kaynaklarını, sınırlarını ve kavramsal bileşenlerini" inceler (Baç 2010: 25). Kitabımızın, amaçları açısından bilgi felsefesinin incelediği ve ele aldığı bütün tartışma konularını aktarmak gibi bir hedefi yok. Ancak bilginin ne olduğu ve bilginin doğruluğunun nasıl sağlanacağı konusundaki epistemolojik yaklaşımlar hukuki yargıların doğruluğu sorunuyla doğrudan ilişkilidir. İnceleme alanımızı bu şekilde daraltmamıza rağmen iki bin yıllık bir literatürü ne özetlemek ne de kusursuz bir tasvir yapmak mümkün. Dolayısıyla seçtiğimiz bir muhakeme zinciri çerçevesinde, her halükârda sığ kalacak bir tartışma yapmak durumundayız. Aşağıda, hukuki yargıların doğruluğu sorunuyla ilişkilendirebileceğimiz ölçüde epistemolojik kavram ve yaklaşımlara işaret etmekle yetineceğiz.

Bilgi

Önce 'bilgi' kelimesi ile başlayalım. Bilgi ve kendisinden türediği bilmek eylemi, gündelik hayatta çokça ve hiç zorlanmadan kullandığımız iki kelimedir. O kadar çok ve o kadar rahat kullanırız ki bu kelimeleri, eğer epistemolojik sorunlarla karşılaşmamışsak, üzerlerinde ayrıca düşünme lüzumu bize şaşırtıcı gelebilir. İşin doğrusu, gündelik hayatta epistemolojik pek çok sorunla karşılaşırız, ancak bu sorunların bilgi veya bilmek kelimelerinin bizatihi kendilerinden kaynaklandığının farkına varmayız. Karşılaştığımız epistemolojik sorunları çözme yolumuz ise çoğunca bu sorunların üstünü örtmek ve sağduyu ve deneyime dayanan, ama aynı zamanda da pragmatik, yani işe yarayan araçlar kullanmaktır. Bekleneceği üzere felsefe, gündelik hayatın araçlarını aşan bir yaklaşım geliştirme peşindedir. Ancak bunun yanında bilgiyi ele almanın yegane yolunun

gündelik dile, gündelik dilin kullanımına ve sadece sonuçta ortaya çıkan işe yararlığa bakmak olduğunu savunan felsefi görüşler de bulunduğunu belirtelim.

Basit bir örnekle devam edelim. Şöyle bir önermemiz var:

"Elinizdeki bu kitap 197 sayfadır."

Bu önermeyi, bilgi içeren bir önerme olarak kabul edebileceğinizi söyleyebiliriz. Sözgelimi, şöyle de diyebilirdik:

"Bu kitabın 197 sayfa olduğunu biliyorum."

Peki ilk önermede bilgi, ikinci önermede bilmek, tam olarak nedir? Bilmek, bir eylemdir. Yapıp ettiğimiz bir şey. Ama bu eylem zihinsel bir eylemdir. Bilgi ise zihinsel bir durumdur. Dolayısıyla bilgi dış dünyaya ait değildir. Zihinsel durumu da en nihayetinde zihne bağlı olarak var olan bir şey kabul etmemiz gerektiğinden, bir olgu olarak görmek ve onu da dünyaya ait kabul etmek gerekir. Kitabımızın amaçları, daha ileri bir ontolojik (varoluşa ve varlık felsefesine ait) bir tartışma yapmayı ve zihinsel durumların dış dünyadan farklı düzeyde bir varoluşa sahip olup olmadığını incelemeyi göz ardı etmemizi gerektiriyor. Gündelik dilin ayrımıyla, düşünce ile insan zihninin yöneldiği dış dünyayı birbirinden ayırırsak, bilgi bir tür düşünce, zihinsel bir işlevdir. Öyleyse bilgi, dış dünya hakkındaki bir tür düşüncedir.

Bilgiyi düşünce olarak değil de, bir tür düşünce olarak belirlememizin bir nedeni var. Her türden düşünceye elbette ki bilgi demiyoruz. Bunun yanında zihne atfettiğimiz birden fazla işlev var: Düşünmek, istemek, hatta sevmek veya kızmak gibi. Bu son ikisini duygu olarak adlandırsak da, bu duyguların farkına varılması, içeriğinin ve yöneldiği kişi veya nesnenin bizim tarafımızdan bilinmesi, düşünülmesi olmaksızın varlıklarından bahsetmemiz mümkün değildir. Yine bir kayıt koyalım ve duyguları hormonlara bağlamanın, daha da ileri

gidersek bütün zihinsel işlemleri kimyasal etkileşimlerin sonucu olarak görmenin mümkün olduğunu belirtelim.

Malumat

Bilgiyi veya bilmeyi bir tür düşünce olarak belirlerken hangi özelliklere sahip düşüncelere bilgi dediğimizi ve benzer düşüncelerden hangi yönlerden ayrıldığını belirlememiz gerekiyor. Böyle bir belirleme, felsefecilerin hep yaptığı gibi, kullandığımız her kelimeyi yeniden tanımlamayı gerektirir. Ancak kestirme bir yoldan, yine gündelik dilin yardımıyla ve ne yazık ki vülgarize ederek, şöyle söyleyebiliriz: Bilgi, dış dünya hakkındaki bir yargıdır, yani dünyanın nasıl olduğuyla ilgili bir yargı. Örneğimizde, dış dünyanın bir parçası olan elinizdeki kitap hakkında bir yargı dile getirilmişti. Ama dış dünya hakkındaki her türlü yargıya da bilgi demeyiz. Sözgelimi, malumat yahut enformasyon kelimelerini kullanma alışkanlığımız varsa, bilgiyi bu malumat veya enformasyondan daha farklı bir durum için kullanırız. Malumatı eskiliğinden, enformasyonu da sırf yabancı bir köke sahip olduğundan kullanmayı tercih etmeyerek bu tür düşünceye de bilgi diyenler açısından ortada bir karışıklığın bulunduğu açıktır. Zira gündelik yaşam içerisinde dış dünyaya ilişkin pek çok veriyle karşılaşır ve bunları belleğimizde depolarız. Bu veriler daima dış dünya hakkındaki yargılar formunda bize ulaşır. Oysa bu zaman zaman birbiriyle çelişebilen veriler zihinde işlenmedikçe, üzerine bir şeyler katılmadıkça kişi tarafından sahiplenilmez. Bu verilerle, yani edindiğimiz malumatla aramıza mesafe koyarız.

İnanç

Malumatı bilgiye dönüştüren, her şeyden önce inançtır. Halbuki inanç bazen bilgiyle karşıtlık içerisinde konumlandırdığımız bir kavramdır. Buna rağmen inanç bilginin asli unsurudur. Bu açıdan bilgiyi, bir tür inanç olarak tanımlamak

hiç de yanlış olmaz. Ne var ki salt inancın bilgiden çoğunca daha zayıf bir değeri olduğunu kabul ederiz. Dünya hakkındaki bazı yargılarımızı 'inanç' olarak nitelememiz gerektiğinde pekâlâ şöyle bir cümle kurabiliriz: "Öyle olduğunu bilmiyorum, ama ben öyle olduğuna inanıyorum." Yahut bildiğimizi iddia ederken şöyle söyleyebiliriz: "Benimki sadece bir inanç değil, biliyorum." Yargımıza inanmadan bildiğimizi söyleyemeyiz. Sözgelimi şu ifade anlamsızdır: "Öyle olduğunu biliyorum, ama öyle olduğuna inanmıyorum." Öyleyse bir inancı aynı zamanda bilgi yapan bazı özellikler bulunmalıdır.

Nesnellik

İnanç ile bilgiyi ayıran iki temel özellik, nesnellik ve kanıtlanabilirliktir. Bunlara üçüncü bir özellik olarak doğruluk koşulunu ekleyenler de bulunur. Yani bir inanç doğru olmak zorunda değildir, ama bilgi doğru olmak zorundadır. Bilginin bir doğruluk iddiasını zorunlu olarak içerdiği kesindir. Ancak hiçbir inanç sahibi inancının yanlış olduğunu düşünmez. Olsa olsa inancının doğruluğu için tartışmaya açabileceği ve sunabileceği kanıtlarının olmadığını, pekâlâ karşı kanıtların gelebileceğini, dolayısıyla da inancını değiştirmeye, bilme durumundan daha hazır olduğunu söyleyebilir. Ne var ki bunu bilgi hakkında da söyleyebiliriz ve yeni kanıtlarla bilgimizin değişebileceğini kabul edebiliriz. Dolayısıyla bilen ve inanan özneye atıfla değerlendirdiğimizde doğruluk hem inancın hem de bilginin özelliğidir. Üstelik ileride doğruluğun ne olduğu konusu üzerinde de duracak ve bu kavramın bilen öznenin bilgisine mi yoksa bilginin içeriği ile bilginin konusu arasındaki ilişkiye mi ait olduğunu tartışmak zorunda kalacağız.

İnanç ile bilgi ayırımında doğruluğu dışarıda bıraktığımıza göre nesnellik ve kanıtlanabilirlik üzerinde konuşabiliriz. Dış dünyanın nasıl olduğu hakkındaki herhangi bir inancımızın bilgi olarak isimlendirilebilmesi için bu inancın nesnellik iddiasında bulunması gerekir. Nesnellik/objektivite,

inanç sahibinin kişisel durumuna göre değişkenlik göstermeme anlamına gelir, nitekim aksi durumu öznellik/sübjektivite olarak isimlendiririz. Gündelik hayatta inanç düzeyindeki yargılarımızı genellikle öznellik kayıtlamasıyla sunarız: "Sen farklı düşünebilirsin, ama ben öyle olduğuna inanıyorum." Bu cümleyi, 'düşünüyorum' ile de bitirebilirdik ki bu bağlamda anlam itibariyle yine 'inanmak' fiiline karşılık gelir. Ancak şu noktayı da unutmamalıyız: Aynen doğruluk ve inanç arasındaki ilişkide olduğu gibi, dünyadaki belli bir oluşa 'gerçekten' inanan kişi pekâlâ nesnellik iddiasında bulunuyor olabilir. Ancak gündelik dilde nesnellik iddiasında bulunurken bunu sadece inanarak, sadece inancımızı dile getirerek yapmayız. Zira yargımızın konusunun nesnel bir şekilde herkes için geçerli olduğunu iddia etmek ile nesnel bir yargıda bulunuyor olduğunu iddia etmek birbirinden farklıdır. Nesnel bir yargıda bulunuyor olduğunu iddia eden kişi kendi durumunda olan, kendisiyle aynı verileri alma imkânında bulunan insanların aynı yargıya ulaşacağını iddia etmektedir. Ve elbette bu verileri elde etmenin sadece kendisine has olmadığını ve diğer insanların da bu verilere ulaşabileceğini, ortak akıl yürütme standartları çerçevesinde aynı sonucu kabul edeceklerini de iddia etmektedir.

Bilginin zihinsel bir durum olduğunu söylemiştik. Zihinsel, dolayısıyla bireysel, bireye bağlı bir durum olması bilgiyi nesnellik iddiasından uzaklaştıran bir özellik olarak görülmemelidir. Bilginin her halükârda öznel olduğunu savunan, nesnel bir bilgiye ulaşamayacağımızı savunan epistemolojik görüşler bulunmakla birlikte, ele aldığımız şekliyle nesnellik, mutlak bir nesnellikten ziyade, öznelerarasılaştırılabilirlik olarak ifade edebileceğimiz ama aynı zamanda bilginin konusuna bağlılığıyla da desteklediğimiz bir anlama sahiptir. Kısacası nesnellik, daha çok öznelliğin değil keyfiliğin karşıtıdır.

Nesnellik iddiası, yukarıda tarif ettiğimiz öznelerarasılaştırılabilirlik iddiası nedeniyle bilgiye bir adım daha yakındır. Keyfiliğin karşıtı olarak belirlediğimiz nesnellikle birlikte öz-

nelerarasılaştırılabilir yargı, bilgi adını alabilmek için esasında kanıtlanmaya, en azından kanıtlanabilirliğe ihtiyaç duyar.

Kanıtlanabilirlik

Kanıt (delil), yargının yahut inancın doğruluğunu gösteren ama yargının bizatihi kendisinden farklı olan verilerdir ve bu verilere başvurulmasına da kanıtlama (delillendirme) denir. Bir yargının/iddianın kanıtlanması, yargının/iddianın türü veya doğasına göre 'zorunlu' bir farklılık gösterebilir. Sözgelimi matematiksel kanıtlama ile göstererek kanıtlamayı birbirinden ayırırız. İlkine Türkçede daha yaygın olduğu şekliyle ispat deriz. İspat, doğruluğu veya geçerliliği tartışma konusu yapılmayan önermelerden, yani aksiyomlardan yola çıkılarak matematiksel çıkarım (muhakeme) kuralları çerçevesinde verili matematiksel önermenin kapalı bir sistem olan matematiksel evrenin bir parçası olduğunun gösterilmesidir. Bir matematiksel önermenin ispatlanmış olması onun mümkün, makul veya kabul edilebilir olduğunu değil, zorunlu olarak var olduğunu gösterir. Bunun yanında bazı durumlarda göstererek kanıtlarız ki, buna da tanıtlama yahut demonstrasyon adı verilir. Önermenin konusuna en yakın olan kanıtlama budur. Zira ne iddia ediliyorsa, o gösterilmektedir.

İspat ve tanıtlama, mümkün oldukları durumda kanıtlama için en güvenilir ve sağlam araçlardır. Ancak gündelik hayatta ve pek çok araştırma disiplininde bu araçları kullanmak mümkün değildir. Bu nedenle, felsefede ve bilimde geliştirilen pek çok kanıtlama metodunun yanında gündelik hayattaki yargılarımızın kanıtlanmasında da kanıtların kullanılmasına yönelik, bir kısmı gündelik hayattan edindiğimiz bilgiyle oluşmuş, bir kısmı da düşünürler ve iletişim konusunda daha derin bir düşünce geliştirmiş araştırmacılar tarafından gündeme getirilmiş kanıtlama ölçütleri bulunmaktadır. Ancak şu noktayı da unutmamamız gerekiyor: En azından gündelik hayatta herhangi bir inancımızı bilgi olarak adlandırırken bu

ölçütlere tastamam uygunluktan ziyade, şöyle ya da böyle kanıt sağlanmış olmasını kastederiz. Zira gündelik hayatta da kültürler ve alt kültürler arasında bilginin kaynakları, sınırları ve kanıtların kabul edilebilirliği açısından farklı görüşler bulunmaktadır.

Dil ve Bilgi

Tartışmamızın bundan sonraki kısmını biçimlendirmemiz için açık ama önemli bir noktaya değinmemiz gerekiyor. İnançtan veya bilgiden bahsederken, daima önermelerden, yani cümlelerden veya ifadelerden bahsederiz. İnsan düşüncesinin bir dil olmaksızın da varolabileceğine dair felsefi tartışmaları bir kenara bırakarak en azından öznelerarası hale gelmiş bir düşüncenin, yargının veya inancın dille ifade edilebilir olması gerektiğini belirtmeliyiz. Dolayısıyla bilginin doğruluğundan bahsederken de dil ile ifade edilmiş bir yargının doğruluğunu tartışma konusu yaptığımızı unutmamalıyız. Bilginin dile bu bağımlılığı felsefeciler için ikinci bir sorun oluşturur. Zira bir yandan bilginin kaynakları, sınırları ve doğruluğu ile uğraşılırken diğer yandan doğal dille yaratılmış bir ifadenin bu açıdan da incelenmesi gerekecektir. Oysa doğal dillerin esnekliği ve kesinlikten uzak oluşu, giderek dünyayı yansıtmada veya resmetmede keyfi ve yetersiz oluşu hepimizin malumudur. Aynı doğal dili kullanan, aynı sosyo-ekonomik köklere sahip insanların gündelik hayatta sürekli bir 'ortak dil' geliştirme çabasında olması dilin yetersizliğini ve yetkinsizliğini gösterir. Dilin belirsizliği ve bu belirsizliğin hukuki muhakemedeki rolünü dördüncü bölümde daha ayrıntılı bir şekilde ele alacağız. Ancak bu noktada belirtmemiz gereken şey, dilin bilgi açısından çıkardığı sorunun çok önceden keşfedildiği ve Batı felsefe tarihinde mantık çalışmalarının hızlı bir şekilde kendisini doğal dilden kurtarmaya çalışarak bir 'form' disiplinine dönüşmüş olmasıdır. Bu dönüşümün değerini bir sonraki bölümde tartışacağız.

Kanıtlanabilir Önerme Olarak Bilgi

Toparlayacak olursak, bir inancın bilgi adını hak edebilmesi için en önemli özelliğinin kanıtlanmış yahut kanıtlanabilir olması gerektiğini söyleyebiliriz. Kanıtlanmamış yahut kanıtlanamaz yargılar, en azından muhatapları tarafından, yargı sahibine münhasır, dolayısıyla tamamen öznel yargılar olarak kabul edilebilir. Yaptığımız bu tespitin sağduyuya oldukça uygun olduğunu ve bu tespiti yapmak için bu kadar dolambaçlı yollara sapmaya hiç de gerek olmadığını düşünüyorsanız, yanılıyorsunuz. Zira bütün bir epistemoloji ve bilim tarihi, karşılıklı kanıtlanmamışlık yahut kanıtlanamazlık iddialarıyla doludur ve gündelik hayatta hepimiz ya böyle bir iddiada bulunmuş yahut böyle bir iddiaya maruz kalmışızdır.

Betimsel ve Normatif İfadeler

Önermelerle iş gördüğümüzü belirtirken, bir noktaya daha açıklık getirmemiz gerekiyor. Daha önce de belirttiğimiz gibi, sorunumuz, genel olarak 'yargılar'ın, özel olarak da 'hukuki yargılar'ın doğruluğu sorunu. Bilgi sorununu ise önermelerle dile getirdiğimiz, cümleler şeklinde ifade ettiğimiz dış dünya hakkındaki yargılarımız olarak ele aldık. Yargı, önerme, cümle ve ifade kelimelerini bu şekilde aynı ânda zikrederek ele almak yanıltıcı olabilir. Zira dış dünya hakkındaki yargılarımız farklı türdedir. Aynı şekilde, kurduğumuz bütün cümleler, dile getirdiğimiz bütün ifadeler aynı türde değildir. Sözgelimi, gündelik hayatta betimsel (deskritpif) ifadeler kadar normatif ifadeler de kullanırız. Dış dünyaya ilişkin, şeylerin nasıl olduğunu salt betimleyen ifadelerimiz kadar, onların güzelliği veya çirkinliğiyle ilgili yargılarımızı da dile getiririz. Önermeyi, "bir iddiada bulunan bir cümlenin içeriğinde barınan düşünce veya fikir" anlamında kullanıyoruz (Baç 2010: 34). Bu düşünce veya fikirlerden estetik yargılar olarak adlandırdıklarımızı ise bir kenara ayırıyor, salt olgusal önermelerle ilgileniyoruz. Nitekim hukuki yargıda bulunmanın önkoşu-

lu olarak, varolan yahut varolduğu düşünülen bir 'hukukun' bilgisine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştik. Gerçi ileride, salt olgusal önermelerin hukukun bilgisini ortaya koymada çok da işimize yaramayacağını göreceğiz. Ancak geleneksel hukuk anlayışının kabul ettiği bu yaygın görüşü, yani hukukun bilgisinin, 'bilgi'ye dair klasik anlayışla çözümlenebileceği görüşünü, çürütebilmek için önermelerden hareket eden bir izleği takip etmemiz gerekiyor.

Betimsel ifadeler, yani önermeler, sadece estetik yargılardan değil, normatif yargılardan da köklü bir şekilde ayrılır. Bu farklılığı kısaca şu şekilde dile getirebiliriz. Önermeler, dünya hakkında neye inanacağımız ile ilgili iken normatif yargılar, nasıl davranmamız gerektiği ile ilgilidir. Normatif yargılar aynı zamanda 'değerler' ile ilgilidir. Filozoflar öteden beri, insan aklının iki yönünü birbirinden ayırmıştır. Bunların birincisi *teorik akıl* olarak isimlendirilir ve nesne ve olguları seyretmeye, karşılaştırmaya ve bağlantılandırmaya karşılık gelir. Teorik akıl, nesneler ve olgular üzerine düşünür. Neye inanılması gerektiğine karar verir. Bunun yanında *pratik akıl*, ne yapılması gerektiğine karar verir. Pratik akıl, amaçlar ve hedefler koyar, projeler üretir, bu amaç ve hedeflere nasıl ulaşılacağını belirler.

Dolayısıyla pratik akıl eylemleri yönlendirir. İnsanın her eylemi öncesinde pratik akıl devreye girer ve kişi farkında olsun olmasın 'Şimdi ne yapmalıyım?' sorusuna verdiği yanıta göre eylemde bulunur. Ne yapılması gerektiğine karar verilecek durum, bazen pratik aklın salt araçsal kullanımını gerektirir. Yani ortada belli bir hedef vardır ve bu hedefin gerçekleşmesi için hangi eylemin yapılması gerektiğine karar verilecektir. Sözgelimi, bir elmayı ikiye bölmek için yumrukla vurmak, makasla kesmek veya bıçakla kesmek arasında yapılacak tercih salt araçsal akıl vasıtasıyla belirlenir. Ancak pratik akıl, nasıl davranılması gerektiğine ilişkin olarak farklı bir türde daha işler. Buna pratik aklın ahlaki yönü diyebiliriz. Bu yönüyle pratik akıl değerler ve normlar türetir. Eylemleri bu

değerler ve normlar çerçevesinde yönlendirir. Yukarıda, ahlakın kullandığı 'iyi' ve doğru nitelemesinin, kendine özgü anlamı olduğunu belirtmiştik. Bu kendine özgü anlam, elmayı ikiye bölmek için belirlenecek doğru eylem ile yalan söylemenin doğru mu yanlış mı olduğu hakkında verilecek karar arasındaki farkta ortaya çıkar. Aynı şekilde 'iyi bıçak' nitelemesi ile 'iyi insan' nitelemesi birbirinden farklıdır.

Bu bölümde ele aldığımız bilgi sorunu, önermeler çerçevesinde dış dünya hakkında ortaya konulmuş bilgi sorunudur, olgusaldır ve doğru veya yanlış nitelemesi alır. Hukuki yargıların her halükârda bir "olması gereken" ifadesi olması hasebiyle, olgusal önermelerin doğruluğu sorununun hukuki yargıların doğruluğu için çözüm olamayacağı açıktır. Ancak hukuki yargıların, daha genelde normatif önermelerin doğruluğu sorunu için önermesel doğruluğun bize söyleyeceği çok şey vardır. Şimdi olgusal önermelerle ilgili doğruluk kuramlarını görmeye hazırız.

Doğruluk Kuramları

İnanç ve bilgi arasındaki farklılıklara işaret ederken, doğruluk sorununu bir kenara bırakmış ve izlediğimiz muhakeme çerçevesinde bilginin nesnellik iddiasında olduğunu, bunun yanında kanıtlanmış veya kanıtlanabilir olması gerektiğini söylemiştik. Pek tabii ki kanıtlanmış olmanın yahut kanıtlanabilirliğin doğrulukla yakından ilgisi vardır; hatta kanıtlanmış olmanın doğruluğu gösterdiğini bile söyleyebiliriz. Ancak doğruluğun ne olduğu konusunda yapılacak bir tartışmanın, aynı zamanda kanıtlanmış olmanın ne anlama geldiğini de belirleyeceğini, dolayısıyla asıl meselenin yukarıda da işaret ettiğimiz üzere kanıtlanmışlık ölçütleri yani doğruluğun nasıl gösterileceği sorunu olduğunu söyleyebiliriz.

Her ne kadar inanç ile bilgi arasındaki farklılıklarda doğruluğa kesin bir yer vermemiş olsak da, bilgiye dair meşhur bir tanıma değinmeden geçemeyiz. Bu tanıma göre bilgi, 'gerekçe-

lendirilmiş doğru inanç'tır. Bu meşhur tanım, kesinlikle olmasa bile imaen inancın doğru olmayabileceğini söyler. Bu konuda daha önce dile getirdiğimiz kaydı unutmaksızın, gündelik dilde doğruluğun inanca oranla daha çok bilgiye atfedildiğini not etmemiz gerekiyor. 'Yanlış inanç' nitelemesini sıklıkla ve herhangi bir anlam sorunu taşımaksızın kullanırız. Buna karşın 'yanlış bilgi' kullanımında 'bilgi', esasen, malumat veya enformasyon anlamına gelir. Daha dar anlamıyla kullanıldığında bilgi, en azından o bilgiyi iddia eden açısından, 'kuvvetli bir doğruluk iddiasını' da içinde barındırır. Dolayısıyla felsefede ve diğer bilgi üretme çabasındaki disiplinlerde 'bilgi'nin, her halükârda 'doğru bilgi' olduğunu söyleyebiliriz.

Hemen aşağıda, olgusal önermelerin doğruluğu üzerine felsefe tarihinde öne çıkan bazı kuramları özetle aktarmaya çalışacağız. Ama önce, doğruluk kavramı üzerine birkaç tespiti dile getirmeliyiz.

Burada 'doğru' nitelemesini, olgusal önermelerle ilgili olarak kullandığımızı unutmamalıyız. Türkçede 'doğru'yu, sadece olgusal önermeler için değil normatif yargılar ve değerler veya erdem sahibi olma için de kullanırız. Sözgelimi 'Kişi yalan söylememelidir.' şeklindeki ahlaki yargıyı veya buyruğu, pekâlâ 'doğru' olarak nitelendirebiliriz. Mahkemenin verdiği bir karar, 'doğru' bir karar olabilir. Çok sevdiğimiz bir dostumuzdan bahsederken onun 'dosdoğru bir kişi' olduğunu söyleyebiliriz. Bir matematik probleminin 'doğru' bir şekilde çözüldüğünü dile getirir veya bir köprünün yapımında mühendislerin 'doğru' malzeme seçtiğini savunabiliriz. Bütün bu bağlamların her birinde 'doğru' kelimesi şöyle ya da böyle farklı bir anlama işaret eder. Bizim ele aldığımız ve incelediğimiz 'doğru' ise olgusal önermelerle ilgilidir. Hatta olgusal önermeleri tanımlarken en önemli özelliklerinin doğru ve yanlış değeri alabilmek olduğunu söylemiştik. Oysa ahlaki yargılar söz konusu olduğunda 'doğru'dan veya 'yanlış'tan ziyade, haklı-haksız, geçerli-geçersiz, bir kişiden bahsediyorsak ahlaklı-ahlaksız, erdem sahibi-erdem yoksunu gibi nitelemeler daha yerinde olacaktır. Ahlaki yargılar konusuna daha sonra tekrar döneceğiz.

Daha önce yaptığımız bir belirlemeyi yinelemekte fayda var: Doğruluk, önermelere ait bir niteliktir. Öyleyse doğruluk, önermenin konu edindiği olgunun değil, o olguya ilişkin iddianın niteliğidir. Bu noktayı yeniden hatırlatmamızın nedeni şu: Gündelik dilde 'doğru', 'gerçek' ve 'hakikat' kelimelerini birbirlerinin yerine kullanırız. Kelimeleri kullanırken güttüğümüz amaçlar gerçekleştiği sürece sorun yok ama filozoflar farklı varoluş veya biliş düzeylerini ayırt ederken bu kelimeleri farklı anlamlarda kullanmışlardır. Üstelik felsefe doğası itibariyle her bir filozofun ana dilinin sınırları çerçevesinde yapılageldiğinden, felsefe tarihine bütüncül bir bakış, bu kelimelerin kullanılmasında bazı sorunlar ortaya çıkarır. Bu sorunları burada özetle dahi aktarmanın gereksiz olduğu düşüncesiyle, sadece, doğruluğun önermelere, gerçekliğin ise varolana ilişkin olduğunu belirtelim. Hakikat ise, gündelik kullanımda, ilk bakışta görünmeyen, saklı kalmış olan doğruluk veya gerçeklik anlamına gelebilir. Ancak bunun yanında bazı ontolojik yaklaşımların hakikat kelimesine merkezi, ancak epistemolojinin sınırları dışında kalan bir anlam verdiğini, en azından zikretmemiz gerekiyor.

Doğruluk, gerçeklik ve hakikat arasında çizdiğimiz sınırların yine de belirsiz olduğunu söylemeliyiz. Zira bilgi sorunundan yola çıkarak doğruluk sorununu konu edindiğimiz için, doğruluğu epistemolojinin sorunu olarak sunmuş olduk. Ne var ki doğruluğun sadece epistemolojiye has bir kavram olduğunu söylemek hiç de mümkün değildir. Bazı ontolojik kabuller olmaksızın bilgi ve doğruluk hakkında konuşmak mümkün olmadığı gibi, bunun tersi de geçerlidir: Epistemolojik kabullerimiz olmaksızın ontoloji hakkında da konuşamayız. Belki de bu yüzden, 20. yüzyıl felsefesi, her şeyden önce dil ve söz üzerinde konuşma ihtiyacı hissetmiştir.

Doğruluk kuramlarını sırasıyla ele almadan önce söylememiz gereken son şey, doğruluğun ne olduğu ile doğruluğun kanıtlanmasının esasen farklı iki konu olduğudur. Doğruluğun ne olduğuna dair yapılacak bir tanım, zorunlu olarak doğ-

ruluğun kanıtlanmasını vaat etmek veya kanıtlama ölçütlerini geliştirmek zorunda değildir. Ancak yukarıda izlediğimiz muhakeme çerçevesinde, doğruluk kuramlarının, doğruluğun ne olduğu sorusuna verdikleri cevabın yanında, daima bu doğruluğun nasıl gösterileceğini de sorgulayacağız. Zira bu kitapta yapmaya çalıştığımız şey, felsefi bir doğruluk tartışması yapmak değil, doğruluk sorunuyla her ân yüzleşen hukukçulara bir formül değilse bile bir rehber sunmaktır. Aynı şekilde doğruluğun gösterilmesine ilişkin 'kullanışlı' olmayan ölçütleri reddetmek zorunda kalacağız.

Uygunluk Kuramı

Olgusal bir önermenin, dış dünya hakkında bir iddianın doğruluğuna ilişkin en basit açıklama, o iddia ile olgunun, yani gerçekliğin uyuşması, birbirine uygun olmasıdır. Gündelik hayatta ortalama bir insanın sahip olduğu ve esasında sağduyu olarak da adlandırabileceğimiz doğruluk anlayışını temsil eder bu kuram. Sözgelimi, bu kitabın kaç sayfa olduğu ile ilgili iddiam ile kitabın sayfa sayısı arasında bir uyuşma, denklik varsa, iddiam doğrudur. Yaptığımız bu tanımın bir soyutlama olduğunu ve doğruluğun ne olduğuna ilişkin bir iddia olduğunu unutmamalıyız. Bu iddia, tek tek somut olaylarda doğruluğun nasıl sağlanacağına veya gösterileceğine dair herhangi bir metot önermez. İddia ile olgu arasındaki uyuşmanın doğasını, denkliğin anlamını, bu uyuşma veya denkliği gösterme ve kanıtlama yollarını tartışmaz. İleri sürülen, sadece, doğruluğun doğasına dair bir görüştür. Tekrarlayacak olursak: Bir önermenin doğru olması için, önerme ile konusu arasında bir uyuşma olmalıdır.

İlk bakışta oldukça ikna edici ve sağduyumuzla uyumlu olan bu kuram, biraz üzerine düşünüldüğünde ve önermelerin konusu çeşitlendirildiğinde tartışılabilir hale gelir. Esasen uygunluk kuramı, tarihsel olarak en eski ve en yaygın doğruluk kuramıdır. Aşağıda iki tanesini inceleyeceğimiz çok sayı-

daki kuram, uygunluk kuramından yola çıkarak bu kuramın açıkta bıraktığı sorunları çözmek için kurgulanmıştır.

Uygunluk kuramındaki ilk sorun, önerme ile olgu arasındaki uygunluğun doğasına ilişkindir. Tekrarlayacak olursak, uygunluk kuramı, önerme ile önermenin konusu, yani olgu arasındaki uygunluğun, uyuşmanın veya denkliğin doğruluğu doğurduğunu savunur. Sözgelimi "Bu kitap 197 sayfadır" önermesi ile kitabın gerçeklikteki durumu uyuşuyor olmalıdır. Halbuki önerme ile olgu, birbiriyle denk sayılamayacak iki farklı varlık türüdür. İlki ideal diğeri olgusaldır. Bir tarafta söz ve düşünce diğer tarafta somut nesneler, olaylar, olgular vardır. Bu ikisi arasında hiçbir zaman bir denklik varolamayacaksa, esasında uyuşmayla kastedilen başka bir şeydir. Uyuşma, yine iki önerme arasında varolmaktadır. "Bu kitap 197 sayfadır" önermesini hatırlayalım. Uygunluk kuramı, söz konusu önermenin doğru olabilmesi için, gerçeklikle, yani kitabın sayfa sayısıyla uyumlu olmasını ister. Ancak önermenin doğruluğundan bahsederken, biz yine gerçekliğe ait ikinci bir önerme üretmek zorunda kalırız. Eğer ürettiğimiz bu ikinci önerme "Bu kitap 197 sayfadır" önermesi ise, ilk önerme doğrudur. Ürettiğimiz ikinci önerme, sözgelimi, "Bu kitap 231 sayfadır" ise, önerme yanlıştır. Kısaca, doğruluğun doğasına ilişkin uygunluk iddiası ikna edici olsa da, pratik hayatta böyle bir uygunluk ancak önermeler arasında sağlanacağından, gerçeklikle uyumsuz bir kuram olarak ortaya çıkar ve ikna ediciliğini, en azından kısmen, yitirir.

Uygunluk kuramı ile ilgili ikinci büyük sorun, olgusal önermelerin konusuyla ilgilidir. "Bu kitap 197 sayfadır" önermesi, hiç şüphesiz, oldukça basit bir önermedir. Bu kitabı şu ânda okuyan okur için kitabı kısaca incelemek ve bu kitabın sayfa sayısı hakkında ikinci bir önerme üretmek hiç de zor değildir. Ancak önermenin konusu ile iddiada bulunan ve bu iddianın doğruluğunu araştıran kişi arasına mesafe girdikçe, hatta betimsellik zaman zaman zorunlu olarak değerlendirmeyi ve yorumu gerektirdikçe, olgular hakkında üretilen önermelerin uyumsuzluk ihtimali artacaktır. Sözgelimi, dünyanın

güneşin etrafında döndüğüne ilişkin bir yargı, yahut tarihsel olaylarla ilgili önermeler olgulara gönderme yapsalar dahi, bu önermelerin doğruluğunu sınamak, hele de ilgili disiplinlerin metodolojilerini, metotlarını ve tekniklerini bilmeyen, araştırma araçlarına sahip olmayan kişiler için imkânsız hale gelir. Bu durumda böylesi olgulara ilişkin önermelerin ancak uzmanlarca üretilebileceği ve sınanabileceği savunulacaktır. Bu bir yandan epistemolojinin hiç de hoşnut olmadığı bir bilgi kaynağını, otoriteyi kendi kendine yeniden yaratması anlamına gelirken, diğer yandan birbirleriyle anlaşamayan uzmanların varlığı durumunda doğruluk sorununu olsa olsa nihilizmle sonuçlandırır. Eğer uzmanlar bir bilgi kaynağıysa, ama fiilen uzmanların anlaşması sağlanamıyorsa, artık doğruluk diye bir şeyin peşinden koşmak gereksiz olur. Epistemoloji olgusal alanda, etik ise normatif/ahlaki alanda otoritenin bilgi kaynağı ve doğruluk ölçütü olmasına şiddetle karşı çıkar. Bir önerme yahut yargı, sırf onu dile getirenin otoritesi nedeniyle doğru olamaz. Ancak, modern dönemde bilgi alanındaki baş döndürücü üretim hız ve yoğunluğu, değil sıradan insanın, bir bilim insanının, yahut filozofun dahi her alanda üretilen bilginin doğruluğunu sınamak için kendi imkânlarını kullanmasını imkânsız hale getirmiştir. Bilim insanları da dahil olmak üzere hepimiz, pek çok alanda, 'otoriteler'in ürettiği bilgiyi sorgulamaksızın ve deney süreçlerine bizzat katılmaksızın kabul ederiz. Ortalama eğitim almış bir vatandaşın, güneşin dünyanın etrafında dönmediğine inanmasının nedeni, astronomiye, gezegenlere, güneş sistemine ilişkin kendi oluşturduğu bilimsel bilgi değil, bu bilgiyi üreten kurumların resmi öğretim kurumlarınca da desteklenen otoritesini kabullenmiş olmasıdır. Zira gündelik hayat pratiğiyle edindiğimiz sağduyuya dayanan bilgi, açık ve seçik olarak, dünyanın güneşin etrafında değil güneşin dünya etrafında döndüğünü göstermektedir. Bu otorite öyle bir otoritedir ki, her gün dünyanın değil de güneşin doğup battığını gördüğümüz halde tam aksine inanırız. Hiçbir şey hissetmediğimiz halde, dünyanın korkunç bir hızla hem kendi etrafında

döndüğünden hem de duyu organlarımızla algılayamadığımız uzay denen boşlukta seyahat ettiğinden hiç şüphe duymayız.

Bilimsel bilginin sahip olduğu otorite; insan, toplum ve evren konusundaki bilgilerimiz için elbette ki en önemli referans noktalarından birisidir. Ancak bu otoriteyi kabullenmemiş pek çok insanın modern toplumlarda dahi bulunduğunu biliyoruz. Modern toplumlarda bilimsel bilginin sahip olduğu otorite pek çok durumda tartışma dışı iken, bilimin sadece otoriteyle iş görmediğini de unutmamak gerekiyor. Sorgulayan öznenin, önermenin konusundan zaman, mekân ve metodoloji açısından uzak olduğu durumlarda dahi, herhangi bir konuyla ilgili hiçbir açıklama ve bilimsel bilgiyi otoritesi dışında destekleyen başka görüşler olmaksızın bu otoritenin devam etmesi mümkün değildir.

Olgusal önermeler ve doğruluk sorununu sürekli bilimsel bilgiye atıfla ele almak, esasında, bu sorunu yoğun bir şekilde tartışmış filozofların ve bilim insanlarının çoğunca düştüğü bir hatayı tekrarlamak anlamına da gelebilir. Nitekim epistemoloji, özellikle doğa bilimleri ile doğa bilimlerine öykünen sosyal bilimlere has örnek ve sorunlar üzerinden tartışılagelmiştir. Oysa doğa bilimlerinin metodolojisini reddeden veya doğası itibariyle bu metodolojilerle iş göremeyen disiplinler bulunduğu gibi gündelik hayatta kendileriyle iş gördüğümüz önermeler de çoğunca tam anlamıyla olgusal değildirler. Doğruluk sorununu sadece doğa bilimleri alanında üretilen bilginin sorunlarına hasretmek bir bütün olarak bilgi sorununun ancak belli bir kısmını 'meşru bilgi' olarak kabul etme sonucuna götürür. Nitekim bazı kuramcılar, doğruluk sorununu salt olgulara indirgeyerek pek çok metafizik ve gündelik meseleyi, doğruluk sorunundan bağışık, 'anlamsız' sorunlar olarak görmeyi tercih etmiştir. Öyleyse bundan sonra göreceğimiz doğruluk kuramlarının, uygunluk kuramının salt gözlemlenebilir ve deneyimlenebilir olguları merkeze almalarına da bir itiraz olarak ortaya çıktığını belirtmemiz gerekiyor.

UYGUNLUK KURAMI VE HUKUK

Doğruluk hakkındaki diğer kuramlara geçmeden, uygunluk kuramının hukuki yargılarla nasıl ilişkilendirilebileceği üzerinde kısaca durmamızda fayda var.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, sıradan hukukçunun hukuki yargıların doğruluğuna ilişkin algısı, doğruluğun uygunluk kuramıyla paraleldir. "Bir hukuki yargı, hukuka uygunsa, doğrudur" şeklindeki önerme ilk bakışta kabul edilebilir olduğu gibi, böyle bir önermeye herhangi bir hukukçunun itiraz etmesi beklenmez. Buna karşın, tespit etmemiz gereken önemli bir husus var: Hukuki yargıların betimsel önermeler mi, yoksa normatif önermeler mi olduğuna karar vermemiz gerekiyor. Verilecek bu kararda, daha çok hukuk felsefesi başlığı altında yapılan çalışmalarda ele alınan 'hukukun neliği' sorununa ilişkin yanıtların büyük rolü olduğunu söylemeliyiz. Bu kitabı hukuk felsefesinin sorunlarını da ele alacak şekilde genişletmemiz mümkün değil. Ancak kısaca şunu ifade edebiliriz: Hukukun, hukuki yargının dile getirilmesinden önce varolduğunu savunan görüş, hukuki yargıların betimsel önermeler gibi ele alınacağını savunmak durumundadır. Bu görüş, hukuk felsefesi tarihindeki karşıtlıklarına rağmen, ironik bir şekilde hem doğal hukuk taraftarlarının, hem de hukuki pozitivistlerin genel yaklaşımlarında mündemiçtir. Aralarındaki fark, 'varolan hukuk'un nerede aranacağıyla ilgilidir. Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasında taraf tutmak zorunlu olmaksızın, bu meselenin, daha önce de dile getirildiği gibi, bir hukukun kaynakları sorunu olduğunu ve hukukun kaynaklarına ilişkin verili bir hukukçular cemaatince geliştirilmiş doktrinin varlığından başka bir referans noktası aramanın salt ideolojik düzeyde kalacağını söyleyebiliriz. Bu kabul bir tür realizm olarak adlandırılabilse de, hukukçular cemaatinin geliştirdiği hukukun kaynakları doktrininin doğal hukukçu veya pozitivist nitelikli olabilmesini mümkün kılar. Ne var ki sık sık dile getirdiğimiz ve dile getirmeye devam edeceğimiz gibi, dilin ve

anlamın belirsizliği olgusu karşısında böyle bir iddia, hukuki yargıların doğruluğunu kendileriyle sınayacağımız bir normlar listesini sunabilme imkânından yoksundur. Yani adalet ve akıl temeline dayanan bir hukukun zaten var olduğunu iddia eden doğal hukuk görüşü de, hukuk kurallarının anlamlandırılması suretiyle normların inşa edildiği sorununu göz ardı ederek bizi sadece hukuk kurallarının olgusallığına havale eden hukuki pozitivizm de, hukuki yargıların doğruluğu için referans olabilecek bir normlar listesi sunamaz. Eğer hukuki yargıların her defasında bir olması gerekeni gösterdiğini kabul eder ve hukuki yargıları normatif yargılar olarak görürsek, zaten uygunluk kuramının olgusal olmayan önermelerle ilgili bir doğruluk sorununa ilişkin olması mümkün değildir. Bir adım daha ileri gider ve hukuk uygulamasında, yani hukuki yargıların dile getirilmesinde asıl yapılması gerekenin zaten 'hukukun ne olduğu'nun ortaya konması olduğunu söylersek, sorunu uygunluk kuramının sınırlarının çok ötesine taşımış oluruz.

Sonuç olarak, uygunluk kuramının hukuki yargıların doğruluğu sorununda en iyi ihtimalle 'eksik' kaldığını söylememiz mümkündür. Şimdi diğer doğruluk kuramlarının iddialarını ve hukukla ilişkilendirilişini görmeliyiz.

Tutarlılık Kuramı

Uygunluk kuramının doğruluk kuramları arasında tarihsel olarak en eski kuram olduğunu ve sağduyuyla gündelik hayattan edindiğimiz anlayışın da uygunluk kuramına karşılık geldiğini belirtmiştik. Buna karşın uygunluk kuramının bir kısmını yukarıda dile getirdiğimiz sorunları, farklı kuramların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Tutarlılık kuramı (bağdaşımcılık), uygunluk kuramının özünü oluşturan felsefi bir anlayışı yetersiz, hatta kabul edilemez bulur. Uygunluk kuramının doğruluğu ele alışının ağırlıklı olarak 'olgusal' olduğunu belirtmiştik. Başka bir deyişle, doğruluğu hakkında konuşulan önermeler olgusal, çoğunca

da beş duyu organımızla deneyimleyebileceğimiz türden iddialar içeren önermelerdi. Olgusallık düzeyleri değiştikçe, farklı ontolojik ve metafizik varsayımlar dikkate alınmak durumunda kalındıkça ve önermenin konusu ile özne arasındaki mesafe (tarih biliminde/disiplininde olduğu gibi) arttıkça, doğruluğu uygunluk kuramıyla açıklayamaz hale geliriz. Zira uygunluk kuramının temelindeki düşünce, zihnin dünyayı yansıttığı idi. Başka bir deyişle uygunluk kuramı, ancak dilin dünyayı olduğu gibi resmedebildiğine inanırsak geçerli olacaktır, o da kısıtlı bir alanda.

Tutarlılık kuramı, önermeleri, önermeleri oluşturan kelimeleri ve kavramları, dünyayı yansıtan değil, bizatihi kendi gerçekliğini yaratan unsurlar olarak görür. Her şeyden önce, hakkında konuştuğumuz şeyler algılarımızla yeniden inşa edilmiş şeylerdir. Kant bunu numen-fenomen ayırımı olarak dile getirmişti. Numen, şeylerin her nasılsalar öyle oldukları hale karşılık gelir; fenomen ise, insan algısının ve aklının filtreleri sonucunda zihindeki haldir. Dolayısıyla dünyanın bir kendi hali, bir de bizim gördüğümüz hali vardır. Dünyanın kendi hali hakkında konuşamayız, çünkü dünyaya her baktığımızda gördüğümüz farklı bir dünyadır. Tutarlılık kuramını kuran Kant değildir, ama Kant'ın algımızı ve bilgiyi oluşturan parçaların insanın duyu organlarına ve aklın işleyişine (kategorilerine) bağlılığını ortaya koyuşu, tutarlılık kuramı için önemli bir argüman oluşturur. Bir sonraki adım, dilin dünyayı resmetmediğinin, dünyaya dair kendine has kapalı bir anlamlandırma sistemiyle yeni bir gerçeklik yarattığının iddia edilmesidir.

Doğruluğu hakkında konuştuğumuz önermeler ile gerçekliğin, yahut olguların ilişkisinin yukarıda kısaca betimlediğimiz şekilde tartışılır hale gelmesi, doğruluğun uygunlukta değil başka bir yerde aranmasını zorunlu kılar. Tutarlılık kuramı, bir önermenin doğruluğunu, bu önermeyle birlikte inançların ve değerlerin de dahil olduğu aynı anlamlandırma sistemi içerisindeki diğer önermelerle uyumunda arar. Dikkat edilirse,

uygunluk kuramı özü itibariyle devam etmektedir. Doğruluk için bir önermenin yine bir başka şeyle uygun olması gerekmektedir; ancak artık uygun olunan şey gerçeklik değil, başka önermelerdir.

Tutarlılık kuramının bir önermenin doğruluğunu başka önermelerle olan tutarlılığında aramasının bizi zorunlu olarak götüreceği başka bir nokta bulunuyor: Önermelerin oluşturduğu sistemin dinamizmi ve doğruluğun değişebilirliği. Önermelerin oluşturduğu sistem statik/durağan bir sistem değildir. Zira sisteme yeni bir önerme katıldığında, yahut sistem içerisinde yeni bir önerme üretildiğinde bu önermenin doğruluğu için daha önce üretilmiş önermelere bakılması gerektiği gibi, yeni önerme daha önceki önermelerde değişikliğe gitmeyi gerektirebilir. Bu değişiklik, daha önce doğru kabul edilen önermelerin artık doğru olmadığının kabul edilmesi ile sonuçlanır, aynı zamanda halihazırdaki doğru olduğu kabul edilen önermelerin de ancak belli bir süre için doğru olacağı açıktır. Anlamlama sisteminin dinamizmi, önermeleri ayakta tutan değerler sistemine atfedilen güce göre değişiklik gösterecektir. Sözgelimi dinsel nitelikli bir anlamlama sistemi söz konusu olduğunda, sistemin eski önermelerinin gücünün görece fazla olduğunu kabul edebiliriz. Böyle bir durumda yeni önermelerin doğruluğu eski önermelerle olan tutarlılığa bağlı olacaktır. Bunun yanında bilimsel nitelikli bir sistemde yeni önermeler eski önermeleri görece daha fazla değiştirme potansiyeline sahiptir. Ancak bu da, bilimde üretilen her yeni önermenin mutlak surette eski önermeleri yıkmaya aday olduğu anlamına gelmez. Thomas Kuhn, bilimsel bilgi üretiminin yerleşik paradigma çerçevesinde gerçekleştiğini, olağan dönemdeki bilim adamlarının bütün araştırmaları için bu paradigmayı temel aldığını göstermişti. Sisteme katılan yeni önermelerin eski önermeleri köklü bir şekilde tehdit etmesi ancak paradigma değişikliği anlamına gelen bilimsel devrimler sırasında mümkün olur. Bilimsel devrimi ise, hızlı bir şekilde, oluşturulan yeni paradigma çerçevesinde bilgi üretilen süreç izler.

Tutarlılık kuramı, bir önermenin doğruluğunu diğer önermelerle tutarlılığında ararken, öncelikle önermenin üretildiği anlamlama sisteminin, yahut disiplinin yerleşik ve mevcut önermelerini ele alır. Ancak anlamlama sistemlerini, yahut bilgi üreten disiplinleri kesin çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün olmadığı gibi, bilginin tarihi bize farklı disiplinlerdeki gelişmelerin birbirlerini zorunlu olarak etkilediğini gösteriyor. Dolayısıyla tutarlılık kuramı da merkezden çevreye yayılan halkalar gibi, en yakın disiplinlerden giderek evrene dair üretilen önermelerin tümüyle tutarlılığını hedefler. Bu hedefin bir ideal olduğunu, pratikte, özellikle bilgi üretimindeki hız dikkate alındığında günümüzde fiilen gerçekleştirilmesinin çok zor, hatta imkânsız olduğunu belirtmeliyiz.

İnsan zihninin doğruluğu ısrarla uygunlukta bulmak istediğini söyleyebiliriz. Buna karşın gerçeklik, uygunluğun bir doğruluk olarak ortaya konulabileceği pek az olasılık sunar. Doğrusu, basit sayılabilecek yargılarımızın doğruluğu için bile bir tutarlılık peşinde koşmamız gerektiğidir. Bizzat kendi gözlerimizle gördüğümüz, deneyimlediğimiz bir olayı başkalarına anlatırken, eğer onlar için yanılmaz ve güvenilir bir kişi değilsek, başka önermelere, kanıtlara, gerekçelere başvurmak zorunda kalır, sunduğumuz 'büyük hikâye'yi tutarlı kılmaya çalışırız. Hikâyemizdeki küçük bir çelişki, muhataplarımızın o güne kadar sahip olduğu bilgiler ve algılarla uyumsuz olması muhataplarımız tarafından bütün bir hikâyenin en azından 'tuhaf' kabul edilmesine neden olacaktır.

Kısa bir değerlendirme yapacak olursak: Tutarlılık kuramı, hakikatin bilinebilirliğinden ziyade konuşulabilir olan hakkında üretilen yargıların birbirleriyle tutarlılığını hedef alması itibariyle doğruluk konusunda önemli bir adım atar. Bu adım özellikle söylemlerle inşa edilen modern dünya açısından hayati bir önem taşır. Zira modernitenin sonuçlarından birisi, her alanda görülen aşırı uzmanlaşmadır. Bu aşırı uzmanlaşma evren hakkında üretilen bilgide bir patlamaya neden olmuş, ancak tek tek bireylerin bu bilginin tamamına hâkim ve va-

kıf olabilmesi ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Bundan sonra yapılabilecek olan daha dar alanlarda bilgi üretmek, aynı alanın farklı alt alanlarında ve başka alanlarda üretilen bilginin bizatihi kendisini analiz edemeden, tutarlılığın peşinden koşmaktır. Olgularla ilgili bilgilerin doğruluğunun ancak tutarlılık vasıtasıyla ölçülebileceğini söyleyen bu görüşe ek olarak, yorumsal diyebileceğimiz felsefi ve kuramsal söylemlerin zaten tutarlılıktan başka dayanacak bir zemine sahip olmadığını da belirtmemiz gerekiyor. Modernitenin felsefedeki 'apaçık', yahut 'kendiliğinden' hakikat/doğru olan yargılara şüpheyle yaklaşmasının ardından her türlü felsefi söylem, yahut kuram bir büyük hikâye olarak karşımıza çıkacaktır ve bu büyük hikâyelerin değerlendirilmesindeki ölçütümüz sadece ve sadece tutarlılık olabilecektir.

Tutarlılık kuramının zikrettiğimiz değeri ve kullanışlılığı (işe yararlığı) ikna edici olmakla birlikte, önemli bir sorunu da içinde barındırır. Tutarlılığın yegane doğruluk ölçütü olmasıyla birlikte, söylemlerin gerçeklikle bağı kopmakta ve pekâlâ düpedüz bir 'yalan', tutarlı bir şekilde sunulabilmektedir. Tutarlılığın, 'tutarlı yalanları' doğru olarak sunmasından kaçınmanın açık ve basit bir çözümü yoktur. Belki yapılabilecek olan, dar alanlardaki tutarlılıktan ziyade alanlar arası tutarlılığı sağlamak adına, doğruluğu üzerine konuşulan önerme için mümkün olduğunca çok destek sağlamaktır.

TUTARLILIK KURAMI VE HUKUK

Tutarlılık kuramı üzerinde bu kitapta daha fazla durmayacak, ancak tutarlılık kavramının hukuki yargıların doğruluğu konusunda başvurulması gereken temel bir ölçüt olduğunu kabul edeceğiz. Uygunluk kuramının hukuki yargıların doğruluğu açısından bize çok da yardımcı olamayacağını belirtmiştik. Tutarlılık kuramı ise hukuk normlarının her uygulamada yeniden üretilmek durumunda olunduğu bir durumda, normların gerekçelendirilmesi açısından hayati önem taşır.

Ancak tutarlılığın hukuki yargıların gerekçelendirilmesinde kullanılmasıyla ilgili unutmamamız gereken önemli bir nokta var: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tutarlılık kuramı, bir önermenin doğruluğunun tartışılması sırasında başka önermelerle sağlanacak tutarlılığı hedeflemektedir. Önermelerin dahil olduğu anlamlama sistemi ise dinamik bir yapıya sahiptir. Uygulayıcı veya yorumlayıcı, sadece tartışma konusu önermeyi diğer önermelerle tutarlı hale getirmeye çalışmaz, yeteri kadar destek önermesine sahip olduğunu düşünüyorsa, başka önermelerde değişiklik yapmak suretiyle bizatihi yeni önermeyi tutarlılık ölçütü hale getirmeyi de deneyebilir. Esasında yapılan, her uygulamada bütün bir sistemin yeniden inşa edilmesidir. Bununla birlikte, sistemin temel taşlarının varlığını korumaya devam edeceğini beklemek gerekir.

Hukuk uygulamasında tutarlılık kuramından alınması gereken önemli bir ders daha var: Tutarlılık kuramı dar bir çalışma alanı içerisinde daha başarılı bir şekilde uygulanabilmesine rağmen, doğruluğun hedeflendiği bir durumda, çalışma alanıyla ilgili diğer alanlarla da tutarlılığın sağlanması gerekir. Bu nedenle sözgelimi tek bir dava/olay açısından sağlanacak tutarlılık çoğu zaman tatmin edici olmayabilir. Hukuk normlarının 'genellik' niteliği, zaten uygulanan normların tek bir dava için geçerli olmamasını gerektirir. Davaya/olaya özgülenen uygulamalar da, sözgelimi 'hakkaniyet' gibi yine genelleştirilmiş başka 'normlara' ve 'ilkelere' ihtiyaç duyar. Bunun yanında, hukukun dar bir alt disiplininde tutarlılığın sağlanması da tek başına yeterli olmaz. Sözgelimi tüketici hukuku alanında üretilen bir hukuki yargının; medeni hukukun ilgili dallarıyla, anayasa hukukuyla, insan hakları hukukuyla, bir bütün olarak hukuk sistemi, hukuk düşüncesi ve hukuk kuramı ile bağının kurulması, bu alanlardan getirilen önermelerin destek olarak kullanılması, yargının doğruluğu konusunda daha ikna edici olacak, yargı/karar daha 'sağlam' olacaktır.

Hukuki yargıların gerekçelendirilmesinde sadece hukuk disiplinleri değil, hukuk dışı disiplinler de yargının bağlamı

açısından gerekli olabilir. Hukuki yargının içeriğine göre iktisat, sosyoloji, psikoloji, tıp gibi disiplinlerden getirilecek destek önermeleri daha geniş ve sağlam bir tutarlılığın sağlanmasına hizmet eder. Nihayet, her hukuki yargıda kullanılmak durumunda olan muhakeme, kanıtlama ve gerekçelendirme argümanları; dilbilim ve mantıktan ödünç alınmak durumundadır.

Tutarlılık kuramının, hukuki yargıların doğruluk, sağlamlık, yahut ikna edicilik düzeyinin artması için gerekçelendirmenin 'hukuk dışı' alanlarla ilişki kurmayı gerektirmesi, hukukçuların ilgi alanlarını genişletmesinin önemini ortaya koyar. Kitabın diğer bölümlerinde de görüleceği üzere, gerekçelendirme esasında hiç de 'hukuki' bir mesele değildir. Yukarıda belirttiğimiz ve ileride yine değineceğimiz gibi dilbilim, mantık ve edebiyat kuramından başlamak üzere pek çok farklı disiplinin ürettiği bilgiler kadar, bu disiplinlerin metodolojisi de hukuki muhakemeyle ilgilidir. Farklı disiplinlerde üretilmiş önermelerin hukuki yargılarda destek önermesi olarak kullanılabilmesi, hukuki yargıda bulunan hukukçunun bir başkasına devredebileceği bir mesele de değildir. Başka bir deyişle, böyle bir uygulamada, hâkim meseleyi bir bilirkişiye havale edemez; hukukçu biliminsanının ise böyle bir imkânı zaten yoktur. Bu mesele, hukuk öğretimiyle yakından ilgili olduğu kadar, hukukçunun mezuniyet sonrası kişisel gelişimi açısından da dikkate alınması gereken bir durumdur.

Öznelerarası Doğruluk Kuramı

Tutarlılık kuramının ortaya çıkmasının en büyük nedenlerinden biri, gerçekliğe ilişkin farklı yargılar söz konusu olduğunda hakemliğine başvuracağımız yargının hangisi olduğunu bilemeyişimizdir. Gerçekliğin bizatihi var olduğuna inancımız devam etmekle birlikte, gerçeklik hakkında, gerçeklik hakkındaki yargılarımızdan başka referans noktamız yoktur ve ne yazık ki bu yargılar gerçekliği yansıtmamakta, yeniden inşa et-

mektedir. Tutarlılık, farklı yargılardan hangisinin doğru olduğu sorununu, yargıların dahil oldukları anlamlama sistemleri içerisindeki tutarlılıklarına başvurarak çözmeye çalışmıştı. Öznelerarası doğruluk kuramı, yahut diyalog kuramı olarak isimlendirebileceğimiz görüş ise doğruluğu öznelerarasındaki uyuşmada aramaktadır. Dikkat edilirse, tutarlılık kuramı doğruluğu önermeler arasındaki uyuşmada/uyumda aramaktaydı.

Bu görüşe göre doğru önerme/yargı, en basit ifadesiyle, üzerinde uzlaşılabilendir. Nitekim görüşün bir başka ismi 'konsensüs kuramı'dır. Öznelerarası doğruluk kuramı, kuralları önceden belirlenmiş bir tartışmanın sonucunda, 'temellendirilmiş görüş birliğine (konsensüse)' ulaşılabileceğini savunur. Ancak bu konsensüs yaklaşımını basit bir uyuşmadan, yahut anlaşmadan ayıran iki önemli husus bulunur: (1) Bir konsensüsten bahsedildiğine göre, birden fazla özne/kişi varsayılmıştır. Bu birden fazla özne, doğruluk hakkında iletişimde bulunmakta, bir diyaloga girmekte, tartışma yürütmektedir. Bu yönü itibariyle kuram, 'tartışma' (Alm. *Diskurs*, İng. *Discourse*) kuramı olarak da bilinir. (2) Tarafların yürüttüğü tartışma alelade, sıradan bir tartışma değil, kurallı ve rasyonel bir tartışmadır. Bu açıdan kuram, usûli/prosedürel bir kuramdır.

Konsensüs kuramının en yetkin kaynağını, 19. yüzyılın sonu 20. yüzyılın başında istisnai bir kişilik olarak düşünce tarihinde yerini alan Ch. Sanders Peirce'de bulmak mümkündür. Üstelik Peirce'ün konsensüs kuramını doğa bilimleri çerçevesinde inşa etmiş olması oldukça dikkat çekicidir.

Peirce, bir gerçekliğin varlığını ve bilme eylemimizin bu gerçekliğe yöneldiğini, gerçeklik ile algılarımız arasında fiziksel bir bağlantının var olduğunu kabul eder.

> Nitelikleri, bizim onlar hakkındaki düşüncemizden tümüyle bağımsız gerçek şeyler bulunmaktadır. Bu gerçeklikler duyularımızı düzenli yasalara göre etkilerler. Her ne kadar duyumlarımız nesnelerle olan ilişkilerimiz kadar farklıysa da, algılama yasalarının avantajından yararlanarak, şeylerin gerçekten nasıl olduklarını

> usavurma yoluyla kavrayabiliriz. Eğer bir kişi, onun hakkında yeterli deneyim ve usavurmaya sahipse, tek bir doğru sonuca ulaşacaktır. (Peirce 1991/1877: 156)

Peirce'e göre gerçeklik, tüm araştırmalar yapıldıktan sonra, bilimsel topluluğun kabul ettiği bilimsel teorilerin betimlediği şeydir. Bilimsel topluluk ise, sadece belli bir yerde, belli bir zamanda var olan insanları değil, evrenin her yerindeki, geçmiş ve gelecekteki, us sahibi bütün varlıkları içine alır.

Gerçeklik bilim adamlarının görüşleri olarak ele alındığında, akla ilk gelen soru bilim adamlarının varsayımlarla çalıştıkları ve birbirleriyle anlaşamadıkları halde, gerçekliğe nasıl ulaşılacağıdır. Peirce, bilim adamları aynı şeyi araştırıyor olduklarına göre, doğru araştırma yöntemleri, aralarındaki bilgi alışverişi, insanlığın binlerce yılda oluşturduğu ve oluşturacağı birikimle, gerçekliğe ulaşılacağı konusunda büyük ümit taşımaktadır.

> [Bilim insanları], ilk başta farklı sonuçlara ulaşabilirler, ancak her biri yöntemini ve işlemlerini mükemmelleştirdikçe, sonuçlar, tayin edilmiş bir merkeze doğru kararlılıkla hareket edecektir. Bu, tüm bilimsel araştırmalar için geçerlidir. Farklı zihinler en karşıt görüşlerle işe koyulurlar, ancak araştırmanın ilerlemesiyle, harici bir kuvvet onları tek ve aynı sonuca götürür. Bizi istediğimiz yere değil, önceden belirlenmiş bir hedefe götüren bu düşünce faaliyeti, kaderin işleyişine benzer. Bakış açısının değiştirilmesi, incelenmek üzere başka olayların seçilmesi, hatta zihnin doğal sınırları bile, kişinin bu önceden takdir edilmiş görüşten kaçmasına imkân veremez. Bu büyük yasa, hakikat ve gerçeklik düşüncesinde vücut bulmuştur. Hakikatle kastettiğimiz, araştırmacıların nihai olarak üzerinde anlaşması mukadder olan bu görüştür. Bu görüş içerisinde temsil edilen nesne de gerçekliktir. İşte gerçekliği, bu şekilde açıklıyorum. (Peirce 1991[1878]: 177)

Nihayetinde gerçekliğe ve hakikate ulaşılacağının bu şekilde belirlenmiş olması, içinde bulunduğumuz an için bir belirsizliğe neden olmaktadır. Bu düşüncelerden çıkan doğal sonuç,

şu an için gerçekliğin bilinmiyor olduğudur. Peirce'e göre, "*Bilim teorisinin anlamı, teorinin ortaya koyabileceği tahminlerin toplam miktarıdır.*" (Shook 2003: 59)

Esasında Peirce bu görüşleriyle, 20. yüzyıl bilim felsefesini derinden etkileyecek iki ismi öncelemektedir. Thomas Kuhn, bilimsel devrimlere ilişkin tespitleriyle, bilimsel anlamda doğrunun, bilim insanlarının belli bir dönemde kabul ettiği varsayımlarla belirlendiğini, bilimsel devrimlerin bu temel varsayımların değişmesiyle gerçekleştiğini söyleyerek, Peirce'ü destekler. Karl Popper ise, bilimsel teorilerin ulaştığı sonuçların hakikati temsil edemeyeceğini, bilimsel araştırma ile hakikate ancak yaklaşılabileceğini söyler. Ayrıca Popper'ın yanlışlamacılık adını verdiği, bilimsel teorilerin bilimselliğinin ölçütü olarak öne sürdüğü düşünce de, Peirce etkisi taşır.

Doğruluk sorununu bir diyalog çerçevesinde yapılandıran ve rasyonel bir tartışma inşa etmek suretiyle bu tartışmanın sonucunu 'doğru' kabul etmeyi öngören öznelerarası doğruluk kuramına, kitabımızın ilerleyen bölümlerinde geniş bir şekilde yer ayıracağız. Ancak burada, kuramın en önemli isimlerinden olan Jürgen Habermas'ın İdeal Tartışma Durumu'ndan, hukuki argümantasyon açısından başka bir önemli isim olan Robert Alexy'nin türettiği tartışma kurallarının bir kısmını görelim:

(1.1) Konuşmacı kendisiyle çelişemez.

(1.2) Konuşmacı ancak gerçekten inandığı şeyi iddia edebilir.

(1.3) Bir *a* nesnesine F yüklemini uygulayan konuşmacı, ilgili açılardan *a* nesnesi gibi olan nesnelerin hepsine F'yi uygulamaya hazır olmalıdır.

(1.3') Her konuşmacı, verili bir durumda, yalnızca, verili durumla ilgili bütün açılardan benzer durumlarda aynı çerçevede iddia etmeye hazır olduğu değer ve yükümlülük yargılarını iddia edebilir.

(1.4) Farklı konuşmacılar aynı ifadeyi farklı anlamlarda kullanamazlar.

(2) Konuşmacı, gerekçelendirme yapmayı reddetmesini haklı gösteren nedenleri gösteremedikçe, kendisinden istendiği takdirde, iddiası için nedenler sunmak zorundadır.

(2.1) Konuşabilen herkes tartışmada yer alabilir.

(2.2) (a) Herkes bir iddiayı sorun haline getirebilir.
(b) Herkes tartışmaya yeni bir iddia getirebilir.
(c) Herkes tutum, arzu veya ihtiyaçlarını ifade edebilir.

(2.3) Hiçbir konuşmacı (2.1) ve (2.2)'deki haklarını kullanmaktan herhangi bir türden dahili veya harici bir zorlama ile geri bırakılamaz.

(3.1) Her kim A kişisine B kişisinden farklı bir şekilde davranmayı teklif ediyorsa, böyle yapmasının gerekçesini sunmakla yükümlüdür.

(3.2) Her kim tartışmanın konusunu oluşturmayan bir önerme, yahut norma karşı çıkarsa, böyle yapmasının nedenini belirtmelidir.

(3.3.) Argüman ileri süren herkes, karşı argümanlar bulunduğu takdirde, sadece daha ileri argümanlar üretmekle yükümlüdür.

(3.4) Her kim bir tartışmada tutum, arzu veya ihtiyaçları hakkında, bir önceki ifadeyle ilgili bir argüman oluşturmayan bir iddia yahut ifade ortaya koyarsa, istendiği takdirde bu davranışını gerekçelendirmelidir.

(5.1.1) Başkalarının çıkarlarının tatmin edilmesi açısından belli sonuçlara sahip bir kuralı varsayan normatif bir önerme dile getiren herkes, kendisinin bu kişilerin konumunda olması ihtimalinde dahi, söz konusu sonuçları kabul edebilir olmalıdır.

(5.1.2) Her bir bireyin çıkarlarının tatminine yönelmiş her bir kuralın sonuçları, herkes tarafından kabul edilebilir olmalıdır.

(5.1.3) Her bir kural alenen ve evrensel olarak öğretilebilir olmalıdır.

Gerek ideal konuşma durumu, gerekse hedeflenen görüş birliği, fiilen gerçekleştirilmesi mümkün, yahut zorunlu koşullar

olmaktan ziyade, bir tartışmanın sonucunun değerlendirilmesi açısından eleştirel bir araç olarak iş görür. Kuram, tek başına gerçekleştirilen bir doğruluk araştırması/soruşturması faaliyetinin dahi, başka kişilerin, yani farklı görüşlerin tartışmaya katılmasını tasavvur etmeyi, bu hayali tartışmaya sunulan argümanların çürütülmesi için karşı argümanlar geliştirmeyi gerektirir. Bir doğruluk iddiasında bulunan kişi, 'benimle konuşmaya katılabilecek olan her kişinin aynı nesneye aynı yüklemi yükleyebileceği bir görüş birliği oluşacaktır' iddiasında da bulunduğunun farkında olmalıdır.

ÖZNELERARASI DOĞRULUK KURAMI VE HUKUK

Öznelerarası doğruluk kuramına kitabımızın ilerleyen bölümlerinde önemli bir yer ayıracağız. Hukuki muhakemenin doğası, hukuki bilginin yoruma bağımlılığı, hukuki yargıların her ân yeniden inşa edilmek zorunda oluşu ve farklı görüşler çerçevesinde bu normların ve genel olarak hukuki yargıların gerekçelendirilmesi zorunluluğu öznelerarası doğruluk kuramını hukuk uygulaması açısından değerli kılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk literatürü içerisinde, hukuk metodolojisi alanında önemli bazı isimlerin hukuki argümantasyon kuramları içerisinde öznelerarası doğruluk kuramına yer ayırması da, kuram üzerinde konuşulmayı gerekli hale getirmektedir.

Pragmatizm

Epistemolojide son yüzyılda kendine önemli bir yer edinen pragmatizm, doğruluk sorununa diğer kuramlardan farklı bir şekilde bakar. Pragmatizmi kuran ve temsil eden düşünürler arasında kayda değer farklılıklar olmakla birlikte, pragmatizmin, doğruluğu bizatihi değerli olan bir amaç olarak değil bir araç olarak gördüğünü söylemek çok yanlış olmaz. Varlık hakkındaki soyutlamaların, gerçekliği, yani gündelik yaşamın devam ettirilmesi gerekliliğini örttüğünü savunan pragmatistler,

klasik felsefi tartışmalardan uzaklaşmayı önermişlerdir.

Pragmatizmin kaynağı da, öznelerarası doğruluk kuramı gibi, Ch. Sanders Peirce'de bulunabilir. Peirce, bilginin nasıl olanaklı olduğunu ve nasıl düşündüğümüzü araştırırken eylemden, pratikten, deneyimden ayrık bir bilginin ve düşünmenin mümkün olmadığını savunmuştu. Darwin'in evrim kuramı, dönemin diğer düşünürleriyle birlikte Peirce'ü de önemli ölçüde etkilemişti. Peirce, sadece biyolojik anlamda değil, cansızları da içine alacak şekilde tüm evreni içine alan bir evrim anlayışını yansıtmıştır.

> Destekleyici bir çevrede karmaşık şeyler, yeni eylem alışkanlıkları kazanabilir ve karmaşıklığı daha yüksek seviyeler[in]e doğru ilerleyebilirler. Canlı ve cansız arasında mutlak bir fark yoktur. Ancak, davranışın alışkanlık şekillerini gösteren ve destekleyen, tedrici olarak artan bir yetenek farkı vardır. Canlı olmayan şeyler, kendi çabalarıyla alışkanlıklarını geliştirecek kadar karmaşık değildir. Eylem alışkanlıklarını ortaya koyacak, destekleyecek ve geliştirecek yetenek, tüm canlı şeylerin asli bir özelliğidir. Alışkanlıkların devam ettirilmesi ve kontrolü, hayatta kalmanın tek yoludur... Alışkanlıklar, hayatı sürdürme amacını başarmak için çevreyi değiştirme yöntemleridir. (Shook 2003: 42)

Peirce'e göre inanç, "*doğamıza ilişkin bir davranış kuralı, ya da kısaca bir alışkanlık kurar*"; düşünmenin yegane amacı ise bir inanç üretmektir (Peirce 1991[1878]: 166). Nasıl düşündüğümüzün araştırılması inançlarımızın ve alışkanlıklarımızın anlaşılması anlamına gelir. Peirce'e göre bir şey hakkındaki bilgimiz onun pratik sonuçlarına ilişkin bilgimizle eşdeğerdir. Başka bir ifadeyle, eğer pratik sonuçları hakkında bir düşüncemiz yoksa o şeye ilişkin bir düşüncemiz de yok demektir.

> Düşündüğümüz şeyin hangi etkilere –muhtemelen pratik sonuçlar olacaktır bu etkiler– sahip olacağını düşündüğümüze bir bakın. İşte, bu etkilere dair düşüncemiz, nesneye ilişkin düşüncemizin tamamını oluşturur. (Peirce 1991[1878]: 169)

Pragmatizmin diğer temsilcileri tarafından ve pragmatizmin yorumlanışı içerisinde 'pratik sonuçlar' zaman zaman 'fayda' veya 'işe yararlık' şeklinde dile getirilir. Bir önermenin doğruluğunun faydayla veya işe yaramasıyla kastedileni Peirceçü temellere taşıdığımızda, gündelik hayatta bazı hedeflere ulaşmak için kullandığımız yargıları, ancak bizi bu hedeflere ulaştırdıkları veya bu hedeflere ulaşmaya yardımcı oldukları sürece 'doğru' kabul edebileceğimiz sonucu ortaya çıkar. Bu anlayışın zorunlu olarak 'kişiye bağlı doğru' ve 'bağlama dayalı doğru' anlayışını içerdiği de göz ardı edilmemelidir. Zaten pragmatizm için sorunlu olan 'mutlak' doğruluk anlayışı, böylece tutarlı bir sistem içerisinde reddedilmiş olur. Doğrusu, gündelik hayatta 'gerçekten' de önermeleri kullanırken işe yararlığına bakarız. Birisine adres sorduğumuzda, aldığımız cevaptaki önermelerin gerçekliği tam anlamıyla yansıtıp yansıtmadığını felsefi açıdan sorgulamamız tümüyle anlamsızdır. Aldığımız tarif bizi aradığımız adrese götürüyorsa 'doğru'dur. Bir bilim adamı, deneylerini, hipotezinin kanıtlanmasına (doğrulanması veya yanlışlanmasına) hizmet etmesi için tasarlar ve sonuçları bu çerçevede değerlendirir.

Pragmatizm konusunda kısa bir eleştiriye de değinmeliyiz. Pragmatizmin önermelerini kabul etmek veya etmemek, gerçekliğe ve bilgiye dair çıkış noktamızla ilgilidir. Eğer gerçekliğin insan zihninden ve dilinden bağımsız bir varlığı olduğuna, bu varlığın bilgisine erişebileceğimize 'inanıyorsak' pragmatizm oldukça basit ve yüzeysel bir kuramdır. Felsefe ve bilim bin yıllardır böyle bir hedefe yönelmiştir ve sağlam, değişmez hakikatlerin peşinde koşmuştur. Eğer bu paradigmayı 'doğru' kabul ediyorsanız, pragmatizmin iddiaları hiç de ilgi çekici değildir.

PRAGMATİZM VE HUKUK

Görüldüğü üzere, klasik epistemolojik yaklaşımlara oranla pragmatizm çok daha farklı bir yerde durur. Bu kuramın hukuk alanındaki etkisi de oldukça farklıdır. Kuram daha ilk

kuruluşunda, Peirce döneminde, hızlı bir şekilde Amerikan Hukuksal Gerçekçiliğini etkiler. Peirce ve Hukuksal Gerçekçiliğin öncüsü sayılan O. W. Holmes, bir fikir kulübünde birlikte bulunmuşlardı ve ortaya koydukları düşünceler arasında önemli benzerlikler vardır. Bunun yanında Peirce, pragmatizmin kurucusu olarak da Hukuksal Gerçekçiliği etkilemiştir. Hukuksal Gerçekçiliğin önemli temsilcilerinden J. Frank ve K. Llewellyn'in görüşlerinin şekillenmesinde pragmatizmin, özellikle de J. Dewey'in rolü önemlidir. Ayrıca F. Gény, Peirce etkisini Kıta Avrupası hukuk düşüncesine taşımıştır. Önce pragmatizmin Amerikan Hukuksal Gerçekçiliği'ne etkisini, sonrasında ise daha güncel olan hukuksal pragmatizmin temel önermelerini ele alalım.

Holmes, ünlü eseri *The Common Law*'un daha ilk sayfasında şöyle der:

> Hukuk yaşamı mantık değil deneyim olagelmiştir. İster açıkça dile getirilmiş olsun, isterse bilinçaltında kalsın, zamana göre hissedilen ihtiyaçlar, öne çıkan ahlaki ve siyasi kuramlar, kamusal politikanın öngörüleri, hatta hâkimlerin önyargıları, insanları yönetecek kuralların belirlenmesinde kıyastan [mantıksal akıl yürütmeden] daha çok iş yapmıştır. (Holmes 2005[1881]: 1)

Hukuk araştırmasında kıyasa dayalı mantıksal çıkarımların ağırlık kazandığı bir dönemde Holmes'ün bu çıkışı Amerikan felsefesinin almaya başladığı yeni şekille ve Holmes'ün fikir alışverişine girdiği pragmatist çevreyle yakından ilgilidir. Kartezyen düşünce çeşitli kavramların zihindeki bağımsız varlığına ve bu kavramlarla yapılacak mantıksal işlemlerin doğurduğu zorunlu sonuçların gerçek hayatta karşılığını bulacağı inancına dayanıyordu. Halbuki Holmes ve Peirce, böyle bir bilginin varlığından ve kesinliğinden kuşku duymuşlar ve bireyin içebakışla ürettiği bilgidense toplumun ürettiği bilgiye yine toplumsal koşullar çerçevesinde geçerlik tanımışlardır. Peirce'ün, bilginin ve insanın toplumsallığına olan inancı,

evrim teorisine sadakatinin sonucudur. Sadece biyolojik anlamda değil, devam eden düşünsel bir evrimin de varolduğunu ısrarla savunan Peirce, sürekli gelişen ve toplumun bütün üyelerince üretilen bir bilgiyi öne çıkarır. Holmes'ün hukuka bakışı da farklı değildir: "*Hukuk, bir ulusun yüzyıllar boyunca devam eden gelişiminin öyküsünü vücuda getirir ve bir matematik kitabının aksiyomlarını içeriyormuş gibi ele alınamaz*" (Holmes 2005[1881]: 1).

Peirce ve Holmes'ün pratik sonuçlar üzerine yaptığı vurgu, iki düşünürü birbirine daha da yaklaştırır. Peirce'e göre bir şeyin anlama sahip olabilmesi için, kavranabilir, bilinebilir pratik sonuçlara sahip olması gerekmektedir. Holmes, hukuka kötü adamın gözleriyle bakmayı salık verir. Çünkü neyin gerçekte hukuk olduğunu, kafamızda var olduğuna inandığımız mantıksal ilişkilerle, gerçeklikten bağımsız hukuksal kavramlarla değil, gerçekte hukukun hayatta yaptığı etkiler aracılığıyla belirleyebiliriz:

> Hukuku oluşturan nedir? şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachussetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyomlardan ... yapılan bir çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz kötü adamın gözleriyle bakarsak, aksiyomlara ya da çıkarsamaya hiç de önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachussetts ya da İngiliz mahkemelerinin gerçekte verebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. (Holmes 1897: 460-1)

Aynı şekilde, Amerikan Hukuksal Gerçekçiliğinin önemli isimlerinden Jerome Frank de hukukun gerçek hayatta mahkemelerde uygulandığı şeklinden başka bir yerde aranmaması gerektiğini şu şekilde ifade eder:

> 'Biçimsel hukuk' ya da 'doktrinel hukuk' denen, hoş bir entelektüel disiplin var. Bu bir tür zekâ oyunu ve söz konusu kural ve

> ilkeleri bilmeden bu oyunu oynayamıyorsunuz.
> Oyunun pek çok güzel yanı var. Oynamak için mahkemeye gitmek zorunda değilsiniz. Sonucun pratik hayata herhangi bir etkisi de yok. Mahkemelerin gerçekte ne yaptığı, fiili mahkeme kararları sonucunda kimin asıldığı ya da hapse gittiği, kimin boşandığı ya da malını mülkünü yitirdiği, oyunu oynarken hiç önemli değil. (Frank 1931: 648)

Holmes (1897: 461) "*[b]enim hukuktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminlerdir*" derken, yine Peirce'ün pragmatik araştırma için belirlediği geleceğe dönük programla uyum içindedir. Peirce'e göre (2004[1905]: 112), "*[h]er bir önermenin rasyonel anlamı, gelecekte bulunur*".

Yine Amerikan hukuk literatüründe karşımıza çıkan ve Amerikan Hukuksal Gerçekçiliğinin izlerini taşımakla birlikte güncel bir yaklaşım olan hukuki pragmatizm, epistemolojik pragmatizme paralel bir hukuki muhakeme anlayışını yansıtır. Hukuki pragmatizm işe klasik hukuki muhakeme anlayışını reddederek başlar. İlk bölümde ana hatlarıyla ama daha çok Kıta Avrupası geleneği çerçevesinde tasvir ettiğimiz klasik hukuki muhakeme anlayışı, karardan önce verili bazı kural ve ilkelerden hüküm çıkarma faaliyeti olarak resmedilir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde bu kural ve ilkeler, yeteri kadar benzer görünen emsal kararlarda ortaya konulan sebeplerden ve analiz edilen durumlardan damıtılarak elde edilir. Hâkim önündeki davaya söz konusu emsallerden damıtarak bulduğu genel kuralları uygulayarak bir karar verir. Pragmatistler bu anlayışı bir tür hukuk fetişizmi olarak görür ve naif bir rasyonalizmin ürünü ve hukuki kurumların yanlış anlaşılışının sonucu olmakla itham eder. Pragmatistlere göre her hukuki uyuşmazlık kendine özgü bir bağlamda ortaya çıkar. Bağlamların biricikliği, söz konusu hukuki uyuşmazlık için genel soyutlamalardan bir hüküm vaz etmeyi imkânsız hale getirir. Pragmatistler, bağlama yükledikleri önemle uyumlu olarak, genel soyutlamalardan hüküm vaz etmeyi imkânsız görmenin yanında, bütün hukuki

kararların kendilerinden çıkarılabileceği bazı temel ilkelerin varlığını da kabul etmezler. Hukuk statik, keşfedilebilecek bir yapı değildir; bilakis hukuk yaratıcı bir faaliyettir: sorun çözer. Hukukta yer alan kavramlar ucu açık kavramlardır ve sürekli sınamaya ve değiştirilmeye tabidir.

Hukukun 'uygulanan' bir yapı değil, 'sorun çözen' bir kurum olarak algılanmasının sonucu hukukun araçsallaşmasıdır. Bir araç olarak hukuk, eski kararlarla uyumlu olmak yerine, sorunlar için bulacağı çözümlerin etkilerini dikkate almalıdır. Pragmatistin geçmişe değil geleceğe bakan bu yönü, uyuşmazlıkların çözümünde 'yeni' kurallar ihdas edebilmesine olanak sağlar. Nihayet pragmatistler hukuki görüşlerin ve kararların daima belli bir bakış açısını yansıttığını savunurlar. Bu gerek epistemolojideki gerekse hukuk kuramındaki 'tek bir doğru cevap' iddiasının tam da karşısındadır. Emsallerin belli bir bakış açısıyla yaratılmış olması, emsallerde dile getirilen görüşlerin ve verilen kararların başka bir bakış açısıyla farklı bir şekilde değerlendirilebilmesini mümkün kılar. Emsallerle ve literatürle birlikte bütün bir hukuk tarihi farklı bakış açılarının mücadelesini yansıtır. Hukukçu her ne kadar hukuk eğitimi sırasında 'mantıklı' ve 'hukuki' bir muhakeme tarzı öğrendiğini düşünse de, esasında belli bir dünya görüşünü benimsemektedir.

Gerek Amerikan Hukuki Gerçekçiliği gerekse hukuki pragmatizm, aydınlatıcı ve ilgi çekici yaklaşımlar olarak karşımıza çıksa da, neyin hukuk normu olduğuna karar vermemizi kolaylaştıracak herhangi bir araca sahip değildirler. Bununla birlikte, hâkimlerin hukuki süreçlerdeki 'hukuki olmayan' rollerine ve bakış açılarının farklılığına dikkat çekmeleri, hukuki argümantasyonun önemini gösterir. 'Tek bir doğru cevap'ın mümkün olmadığı hukuk uygulaması, doğruluk iddiasını ancak sağlam gerekçelerle devam ettirebilecektir. (Hukuki Pragmatizm hakkında doyurucu bir özet için bkz. Butler (2005).)

Kitap Önerisi:

- Thomas Kuhn'un **Bilimsel Devrimlerin Yapısı** adlı eseri, bilim felsefesi alanında çığır açmıştır (Çev. Nilüfer Kuyaş, İstanbul: Kırmızı Yayınları, 2011). Kitap, bilimsel faaliyetlerin yürütülmesinde sanılandan daha fazla sübjektif unsurun bulunduğunu iddia eden pek çok çalışmaya öncülük etmiştir.
- Barry Barnes'ın **T.S. Kuhn ve Sosyal Bilimler** adlı eseri ise, konu hakkında daha ileri okuma yapmak isteyen okuyucular için dikkat çekicidir (Çev. Hüsamettin Arslan, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2008).
- Hüsamettin Arslan'ın **Epistemik Cemaat** adlı eseri, bilimsel bilginin üretiliş sürecine ilişkin önemli bir çalışmadır (İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2007).
- Harun Tepe, **Platon'dan Habermas'a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat** (Ankara: İmge, 2003).
- Murat Baç, **Epistemoloji** (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2010).

3

MANTIK VE HUKUKİ MUHAKEME

İlk bölümde, Feteris'ten aldığımız bir sınıflandırmayla hukuki yargıların gerekçelendirilmesi konusunda mantıkçı, retorik ve diyalojik olmak üzere üç ana yaklaşım bulunduğunu, bunlardan en eski geleneğe sahip olanın ise mantıkçı yaklaşım olduğunu belirtmiştik. Mantıkçı yaklaşım, ikinci bölümde ele aldığımız doğruluk kuramlarından 'uygunluk kuramı'na eşlik eder. Zira her ikisinde de hüküm çıkarma, yahut doğruluğu gösterme durumunda dayanabileceğimiz bazı temel önermelerin bulunduğu varsayılır. Bununla birlikte pragmatizm hariç diğer doğruluk kuramlarının uygunluk kuramından tümüyle vazgeçmediklerini, ancak uygunluğu başka bir şekilde tanımladıklarını hatırlamalıyız. Benzer bir şekilde mantık da, en azından Batı felsefesinde, her türlü kuramın asli unsurunu oluşturur. Batı felsefesinde mantıkla ilgili değişen belki de, rasyonalizmin itibarını yitirmesiyle birlikte hakikate 'sadece' muhakeme yoluyla ulaşılamayacağının kabul edilmesidir. Bu açıdan mantık, rasyonalizmin dışında da bir muhakeme aracı olarak kullanılagelmiş, klasik mantığın sınırları genişletilerek başka muhakeme tarzlarıyla zenginleştirilmiştir.

Hukuki yargıların doğruluğu konusundaki gelişmeler de kısaca betimlediğimiz sürece paralel bir görünüm arz eder. Mantıkçı yaklaşım, klasik mantık temelli bir hukuki muhakeme süreci resmederken, diğer yaklaşımlar mantığın sağladığı muhakeme tarzını korumakla birlikte, onu zenginleştirmeye

çalışır. Dolayısıyla klasik mantığın sağladığı araçlar düzgün bir muhakeme için olmazsa olmaz koşullar olarak varlığını devam ettirmiştir.

Bu bölümde, klasik mantığın sahip olduğu bu değişmez yeri dikkate alarak, klasik mantıkta 'doğru' veya 'düzgün' akıl yürütme için sunulmuş araçları ele alacağız. Bunu yaparken, aynı zamanda mantığın sınırlılıklarına da işaret edeceğiz. Ardından, ilk bölümde belli belirsiz yaptığımız mantıkçı hukuki muhakeme eleştirisini daha belirgin hale getireceğiz.

Mantık

'Doğru düşünme', 'düzgün düşünme', 'doğru karar verme' gibi ifadeler, ilk olarak genellikle 'mantıklı olma'yı, yani mantık kurallarına uymayı hatırlatır. Mantık da genelde, 'doğru düşünmenin bilimi', belki daha doğru bir ifadeyle 'doğru düşünmenin yasalarını inceleyen disiplin' olarak tanımlanır.

DEDÜKSİYON

Mantık, yaygın sunulma şekliyle, en az bir yargıdan başka bir yargının çıkarılmasıyla ilgilidir. Daha teknik bir ifadeyle, adına öncül denen en az bir önermeden adına sonuç denen başka bir önermeye ulaşma yollarını inceler.

Öncül 1:	Bütün insanlar ölümlüdür.
Öncül 2:	Sokrates insandır.
Sonuç:	Öyleyse, Sokrates ölümlüdür.

Aristoteles'in klasikleşmiş bu örneği bize iki öncülden bir sonucun çıktığını gösterir. İşte mantık bize bu tip *çıkarımların* ne zaman doğru olacağını söyler. Bu son 'doğru'yu da gündelik dilde kullandığımıza dikkat edilmeli. Mantıkçılar ve genel olarak felsefeciler doğruluğu bir bilgi sorunu olarak kabul ettiklerinden, çıkarımların doğruluğundan değil geçerliliğinden bahsederler. Bu noktayı biraz daha açmamız gerekiyor.

Doğruluğun önermelere, özellikle de olgusal yahut teorik önermelere ilişkin bir değer olabileceği kabul edilir. Yani 'Bütün insanlar ölümlüdür' önermesi, en yaygın doğruluk anlayışına göre, bütün insanlar ölümlü ise doğru, bütün insanlar ölümlü değil ise yanlıştır. Yahut 'Sokrates insandır' önermesi, Sokrates insan ise doğru, Sokrates insan değil ise yanlıştır. Doğru ve yanlış olabilen önermeler, olgusal yahut teorik önermelerdir.

Yukarıdaki örnekteki sonuç da, bir önerme olması bakımından, doğru veya yanlış olabilir. Eğer Sokrates ölümlü ise sonuç doğru, ölümsüz ise yanlıştır. Ancak mantık, ne öncüllerin ne de sonucun doğruluğuyla ilgilenir. Mantık, çıkarımın, muhakemenin formuyla, biçimiyle, yahut tarzıyla ilgilenir. Mantık bazı formlardaki çıkarımları, ki bunların sayısı oldukça azdır, geçerli olarak niteler. Mantığın doğruluk, özellikle de sonucun doğruluğu hakkında tek söylediği şudur: Geçerli bir çıkarımda öncüller doğru ise, sonuç da zorunlu olarak doğrudur.

Örneğimize bakacak olursak, bu çıkarımın belli bir formu vardır:

Öncül 1:	Bütün A'lar B'dir.
Öncül 2:	C, A'dır.
Sonuç:	Öyleyse C, B'dir.

Çıkarımın geçerli olması, 'insan', 'ölümlü' veya 'Sokrates' kelimeleriyle ilgili değildir. Geçerlilik, formdan kaynaklanır. Formdaki sembol harflerin yerine ne konarsa konsun, çıkarımın geçerliliği değişmez. Bu çıkarım bize her halükârda doğru sonucu garanti etmez. Ama en azından doğru öncüller kurabildiğimiz takdirde zorunlu olarak doğru çıkacak bir sonucumuz vardır.

Mantığın geçerli kabul ettiği az sayıda formun bulunduğunu belirtmiştik. Bu formlar, en yaygın örneklerinden birini yukarıda verdiğimiz dedüktif akıl yürütme tarzına ait formlardır. Bilgiyle uğraşanlar için 'zorunlu olarak doğru' olma ifadesinin yarattığı cazibeden olacak, mantığın kurucusu kabul

edilen Aristoteles ilgi sahasını çok daha geniş tutmuşsa da, onu izleyen mantıkçılar, mantığı sadece geçerli çıkarım formlarıyla sınırlamış ve mantık dedüktif çıkarımlar mantığı olarak gelişmiştir. 'Zorunlu olarak doğru' bir sonuca ulaşma ihtimali elbette göz kamaştırıcıdır; ancak dedüktif mantığın yetersiz kaldığı bazı durumlar bulunuyor.

Dedüktif mantığın formel nitelikli olduğunu söylemiştik. Yani ilgisini dedüktif mantıkla sınırlamış bir mantık disiplini, önermelerin içeriği hakkında herhangi bir şey söylemez. Bu görev epistemolojinin ve bilim felsefesinindir. Ne var ki mantık; epistemoloji ve bilim felsefesi için de bir araç olmak durumundadır. Nitekim Aristoteles'in mantıkla ilgili altı eserinin hepsine birden takipçilerince verilen isim Organon'dur; yani organ, araç. Ama bu araç, ne yazık ki, sadece formel bir onay vermektedir. Yani doğru bir önermeyi mantık yoluyla oluşturmaya imkân yoktur.

Peki, mantık ne işe yarar? Dediğimiz gibi, elinizde güvenebileceğiniz önermeler varsa, bu önermeleri belki daha önceden düşünmediğiniz şekillere sokarak, size muhtelif ama zorunlu doğru önermeler verir. Üstelik bu sistem üzerine kurulan sembolik mantık, karmaşık önerme kümelerinin sonuçlarının doğruluğunu belirlemeye yardımcı olur. Nihayet bilgisayar teknolojisi, iki değerli (doğru-yanlış) dedüktif mantık üzere çalışır.

Elinizde doğru kabul ettiğiniz önermelerin bulunması gerekliliği yanında dedüktif mantık, kapalı sistem mantığıdır. Yani dedüktif mantığın çıkarım formları, yepyeni bir bilgi sunmaz, bilgi üretmez. En fazla, yukarıda söylediğimiz gibi, aklınıza gelmemiş formlarda önermeler kurmanıza yardımcı olur. Ama esasında bu önerme, zaten var olan bir önermedir. Örneğimize dönelim: 'Bütün insanlar ölümlüdür' önermesinin, 'Bütün A'lar B'dir' şeklinde formelleştirildiğini göstermiştik. Bu önerme aynı zamanda şu şekilde de yazılabilir.

$A_1, A_2, A_3 \ldots A_n$ B'dir.

İkinci öncülümüz, 'C, A'dır' idi. Öyleyse esasında ilk önermemizin bir yerinde, mesela C A_3 olarak zaten yer alıyordu. Yani ilk önermeyi parçalara ayırırsak:

A_1, B'dir.
A_2, B'dir.
C, B'dir.
...
A_n, B'dir.

Kısaca, dedüktif mantık bize yeni bir bilgi vermez, yeni bilgi üretmez. Ama insanoğlu durmadan yeni yargılar, yeni önermeler üretir. Mantık açısından bakacak olursanız bu bilgileri mantık yoluyla doğrulamanın yolu yoktur. Böylece mantığın yardımı olmadan üretilen önermeler bir şekilde doğru kabul edilir, sonra doğruluğu kabul edilen önermelerle dedüktif mantık çerçevesinde işlem yapılır.

Yukarıda mantığın yaygın sunulma biçiminin, bir yargıdan başka bir yargının çıkarılması olduğunu söylemiştik. Yani mantığın konusu çıkarımlardır. Nitekim verdiğimiz örnekte de bütün insanların ölümlü olması ile Sokrates'in insan olmasından, Sokrates'in ölümlü olduğu sonucu çıkmıştı. Dedüktif mantığa yöneltilmesi gereken bir başka eleştiri tam da bununla ilgilidir. Dedüktif mantığın bir çıkarım mantığı olarak sunulması gerçek hayattaki düşünme ve inanç oluşturma hakkındaki algılarımızı çarpıtır. Gerçekte düşünme böyle bir sıra izlemez. Bilakis sıralama dedüktif mantıkta sunulduğunun tersidir. Kimse durup dururken bütün insanların ölümlü olması ile Sokrates'in insan olması olgularından Sokrates'in ölümlü olduğu sonucunu çıkarmaz. Bu olgu ve yargılarla ilgili düşünme süreci, bir merakla, dolayısıyla soruşturmayla başlar: Sokrates de ölecek mi? O da mı bir ölümlü? Böyle bir sorunun iki muhtemel yanıtı vardır: (1) *Sokrates ölümlüdür.* (2) *Sokrates ölümlü değildir.* Sorunun sahibi, bu iki muhtemel yanıtı *destekleyecek* önermeler arar. En güçlü desteği su-

nan önermeler, muhtemel yanıtın doğru olduğuna inanmaya neden olur. Dolayısıyla gerçek hayatta sonuç çıkarma değil, inanç oluşturma vardır.

Eğitim sistemimizdeki ve entelektüel hayatımızdaki bazı vurgular 'inanç oluşturma' ifadesini itici kılıyor olabilir. Kısaca açıklamak gerekirse: Her yargı nihayetinde bir inançtır. En dolaysız deneyimlerinizle ilgili yargılarınız söz konusu olduğunda bile, yani bizzat gördüğünüz, dokunduğunuz bir nesneyle ilgili kurduğunuz bir cümle bile, temelde bazı inançlara dayanır: Nesneleri olduğu gibi görebildiğinize, dokunma duyunuzun sizi yanıltmadığına vs. Bunun yanında, bilginin klasik tanımı, bir önceki bölümden de hatırlayacağımız gibi, 'gerekçelendirilmiş doğru inanç'tır.

Gerçek hayatta sonuç çıkarılmaz, inanç oluşturulur. Daha güvenilir, rasyonel ve öngörülebilir bir hayat için, inançlarımızı mümkün olduğunca desteklemeye çalışırız. Daha önceden kabul edilmiş, doğruluğu hakkında artık şüphe etmediğimiz önermelerle destekleyebildiğimiz takdirde dedüktif tarzda bir gerekçelendirme yapmış oluruz; böyle bir yargı da en azından önceden doğruluğunu kabul ettiğimiz önermelerimiz derecesinde doğru olur. Ama böyle bir durumda, esasında bir bilgi eksikliğinden veya unutkanlıktan bahsetmek mümkündür. Zira belirttiğimiz gibi, dedüktif muhakeme bilgi üretmez. Yahut dedüktif form, yeni bir bilginin gerekçesini oluşturmaz.

ENDÜKSİYON VE ANALOJİ

Yeni bilgi üretme konusunda, klasik mantığın küçümsediği endüksiyon ve analoji daha kullanışlı gibi duruyor. Endüksiyon, yine yaygın sunulduğu şekliyle, tekil olaylardan genel bir yargıya ulaşma, tekil olaylardan genele ilişkin bir sonuç çıkarma anlamına geliyor. Günlük hayatta ise, genel, yahut tekil bir yargının tekil olaylarla desteklenen genel bir yargıyla gerekçelendirilmesi. Farklı formları olmakla birlikte bu konudaki ünlü örnek şöyledir:

Öncül: Şimdiye kadar gördüğüm bütün kuğular beyazdı. (birden fazla tekil olay)
Sonuç: Öyleyse bütün kuğular beyazdır.

Endüksiyon, sonucun doğruluğunu garanti etmez. Sözgelimi, örnekteki gibi, tek bir kişinin deneyimiyle sınırlı olabilir. Yahut zaman, mekân sınırı vardır. Gözlemlenmiş, deneyimlenmiş hakkındaki yargı; gözlemlenmemiş, deneyimlenmemiş benzerlere teşmil edilmektedir. Bazen öyle olduğunu düşünmek için haklı sebepleriniz olabilir, hatta bu düşünce işe de yarayabilir, ama bilginin doğruluğu hiçbir zaman garanti altına alınamaz. Esasında örnekteki sonuç ifadesi de, genellikle, bir kesinlik belirtmez ve ihtimal bildirir (Öyleyse bütün kuğular beyaz olsa gerek.).

Endüksiyon da günlük hayatta yukarıdaki gibi, bir sonuç çıkarma şeklinde kullanılmaz. Mesela kimse durup dururken o âna kadar gördüğü bütün kuğuların beyaz olması olgusundan, bütün kuğuların beyaz olduğu yargısına ulaşmaz. Yine bir soru, bir ihtiyaç vardır. Endüksiyonda bu ihtiyaç, genelde, geleceği öngörme yahut da deneyim alanına girmemiş olan hakkında yargıda bulunma ihtiyacıdır. Örneğimizi düşünecek olursak, bundan sonra göreceği kuğunun rengini bilme, tahmin etme ihtiyacı içindeysek, kuğunun muhtemel rengini eski deneyimleri de göz önüne alarak ikiye indirebiliriz: kuğu ya beyaz olacaktır yahut da beyaz olmayacaktır. Bu iki yargıdan ilki, endüktif muhakeme ile kendine destek bulacaktır.

Analoji de, büyük oranda endüksiyona benzer. Analoji, benzerlikleri tespit edilen iki şeyden (nesne, durum, kişi vs.) biri için bilinen bir özelliğin, bilinmediği halde diğeri için de varsayılması, kabul edilmesidir. Formel örneğini verecek olursak:

A, $Ö_1$, $Ö_2$, $Ö_3$ özelliklerine sahiptir.
B, $Ö_1$, $Ö_2$, $Ö_3$, $Ö_4$ özelliklerine sahiptir.
Öyleyse A, $Ö_4$ özelliğine de sahiptir.

Yine sonucun doğruluğunu garanti edemese de, pek çok yanlış kullanıma ve sonuca neden olsa da, analoji, gündelik hayatın ve bilimsel faaliyetlerin önemli akıl yürütme formlarından biridir. Özellikle bilimsel faaliyette, hipotezlerin oluşturulmasında endüksiyon ve analojiden faydalanılır. Hipotezler deneylerle sınanır, deney sonuçları, doğruluğu konusunda nispeten daha güçlü inanç duyulan daha önceki veri, teorem veya yasalarla karşılaştırılır, bunlardan yeni hipotez, teorem veya yasalara ulaşılır. Gündelik yaşantımızda da, endüktif ve analojik muhakememizi yahut gerekçelendirmemizi, sürekli sınar ve doğruya yaklaştırmaya çalışırız, yahut da böyle yapmamız beklenir.

Mantıkçı Hukuki Muhakeme Yaklaşımı

Peki, bu anlattıklarımız hukuki yargıların doğruluğu hakkında bize ne söyleyebilir? Bize bir doğruluk ölçütü yahut imkânı sağlayabilir mi?

Hukuki yargılar genellikle bir dedüktif çıkarım formunda şemalaştırılır:

Muhakeme 1

Öncül 1: Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesi uyarınca zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir.

Öncül 2: F, M'nin cüzdanını (ve içindeki parayı) M'nin rızası olmaksızın kendisine yarar sağlamak maksadıyla almıştır.

Sonuç: F'ye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir.

Bu çıkarım veya tersten bakarsak sonucun (hükmün) dedüktif formda gerekçelendiriliyor olması sağduyuya uygun, akla yatkın görünüyor. Ancak yukarıda dedüktif muhakeme ile ilgili söylediğimiz bir noktayla ciddi bir uyumsuzluk içerisinde. Daha önce de belirttiğimiz gibi, dedüktif muhakeme bize yeni

bir bilgi sunmaz. Oysa mahkemenin verdiği karar, yeni bir yargıdır. Böyle bir yargı daha önce olmadığı için mahkemeden bu kararı vermesi istenmiştir. Dolayısıyla burada kararın verilmesini olanaklı kılanın, böyle bir muhakemenin formunda yer alan terimlerin yerine, hukuk normunun ve olguları tasvir eden terimlerin konulması olduğunu söyleyebiliriz. Önce, hukuki muhakeme örneğimizi formelleştirelim:

Muhakeme 2

Öncül 1: Bütün F'ler, E eylemini yaptığı takdirde, C cezasına çarptırılır (çarptırılmalıdır).

Öncül 2: A (gerçekleşen olaydaki şahıs) bir F'dir.

Öncül 3: T (gerçekleşen olayda A'nın eylemi) bir E'dir.

Sonuç: Öyleyse F, C cezasına çarptırılır (çarptırılmalıdır, çarptırılmasına karar verilmiştir).

Dolayısıyla sonucun gerekçesi, esasında, Öncül 2 ve Öncül 3'tür. Daha da açacak olursak, hukuki muhakemede verilen asıl karar, ortaya çıkan yeni bilgi, dava konusu olayın asli unsurlarının (örneğimizde şahıs ve eylem), Öncül 1'de, yani hukuk normunda yer alan ilgili unsurlarla özdeşliğidir. Nitekim ancak bundan sonra dedüksiyonun gerçek işlevi yerine gelecek, yani doğruluğu kabul edilen öncüllerden doğru bir sonuç çıkacaktır.

Peki, böyle olduğu halde, hukuki muhakemenin bir dedüksiyon tarzında sunulması neden akla yatkın, makul görüldü? Bunun sebebi, Muhakeme 1'deki Öncül 2'nin ve Muhakeme 1'in açılmış hali olan Muhakeme 2'deki Öncül 2 ve Öncül 3'ün doğruluğuyla ilgili tereddüt yaşamamamızdır. Bu tereddüt yaşamama hali, farkında olmadan yaptığımız bir dizi muhakemeye dayanır. Eğer üzerinde tartıştığımız olayın ayrıntıları elimizde olsaydı, bu muhakemelerin farkına varabilirdik. Mesela, gerçekleşen olaydaki şahıs A'nın yaşı, eylemde bulunma iradesi ve olayın bir bütün olarak gerçekleşme koşulları, A'nın F ile özdeş olup olmadığına karar verirken yaptığımız muha-

kemeyi etkileyecektir. A'nın bir insan olması, cezalandırılabilmek için alt sınır olan yaşın üzerinde olması, aldığı eşyayı hata ile mi yoksa kasten mi aldığı, A'nın F olarak belirlenebilmesi için gereklidir. Bunun yanında, Muhakeme 2'deki Öncül 3 de, aynı zamanda başka öncüllerle desteklenen bir yargıdır. A'nın gerçekleştirdiği T eyleminin E ile özdeş olduğunu söylemek, mesela A'nın aldığı eşyanın Öncül 1'deki E eyleminde yer alan eşya ile özdeş olduğunu söylemek anlamına gelir. Bu öncüllerin oluşturulmasında tereddüt yaşanmaması, ceza hukukuna az çok vakıf bir kimsenin, kimin cezalandırılabilecek bir F olduğu ve hangi eylemlerin Öncül 1'deki E eylemini oluşturduğu hakkında doğru kabul ettiği öncüllere zaten sahip olmasından kaynaklanır. Mesela bu konuda hiçbir bilgisi olmayan bir kişiye, muhakemenin doğru olup olmadığını sorduğumuzda, 'paranın menkul mal olup olmadığını bilmediği için muhakemenin doğruluğu hakkında fikir beyan edemeyeceğini' söylemesi pekâlâ mümkündür. Ancak bir hukukçu için bu, 'kolay', 'açık' veya 'kesin' bir durumdur. Bu kolaylık, açıklık veya kesinlik, bu konuyla ilgili sahip olunan verili doğru öncüllerle desteklenir.

Muhakeme 2'de Öncül 2 ve Öncül 3'ün oluşturulmasıyla ilgili olarak anlattıklarımız, tam da 'yorum' faaliyetidir. Belirttiğimiz üzere, hukukçular arasında, tereddüt hasıl etmeyen, başka bir deyişle bu öncülleri destekleyen verili, kesin doğru kabul edilen pek çok öncülün bulunduğu durumlar, yoruma ihtiyaç bırakmayan durumlar olarak görülür. Böyle bir dava (olay) açısından, hukuk normunun esaslı unsurları ile gerçekleşen olayın normdaki unsurlara karşılık gelen unsurları arasındaki önceden varsayılmış özdeşlik, yaygın isimlendirmeyle davayı 'kolay', hukuk normunu 'açık' kılar.

Muhakeme 2'deki Öncül 2 ve Öncül 3'ün oluşturulmasını mümkün kılan yerleşik öncüllerin az sayıda olması, Öncül 2 ve Öncül 3'ü desteklemek için kullanılan veya kullanılabilecek öncüllerin doğruluğu hakkında sahip olduğumuz inancın zayıf olması, 'yorum sorunu'nu ortaya çıkarır. Yerleşik öncül-

lerden kastımız, hukuk pratiği aktörlerinin, hatta belki daha doğru bir ifade ile hukukçular cemaatinin üzerinde uzlaştığı öncüllerdir. Bu tip durumlar, hukukçular tarafından bir süredir 'zor' veya 'çetin' dava olarak adlandırılır.

Peki, Öncül 2 ve Öncül 3'ün oluşturulması, dedüktif tarzda gerekçelendirilebilir mi? Eğer Öncül 2 ve Öncül 3'ü destekleyen öncüllerin doğru olduğuna inanıyorsak, evet. Ama bu durumda bir sonraki soru, Öncül 2 ve Öncül 3'ü destekleyen öncüllerin dedüktif tarzda gerekçelendirilip gerekçelendirilmeyeceğini sorgulayacaktır. Öncelikle, bunun sonsuza kadar gidebileceğini öngörebiliriz. İkincisi, tahmin edileceği üzere, geriye gittikçe bulacağımız 'doğru' önerme sayısı azalacaktır. Yahut başka bir ifadeyle, geriye gittikçe doğruluğu sorgulanan önermeler bizim 'hukuki'likle kastettiğimiz nitelikten uzaklaşacaktır. Gerekçelendirmeyi derinleştirdikçe, artık hukuki olmayan yahut daha az hukuki olan destekleyici öncüllerle çalışmak zorunda kalınacaktır. Bu da pek tabii ki, hukukçular cemaatinin uzlaşması güvencesinden yararlanamamak anlamına da gelir.

O zaman şöyle söyleyebiliriz: 'Kolay', 'rutin' denilen davalarda Öncül 2 ve Öncül 3'ü destekleyen yerleşik öncüller varken, 'çetin' davalarda yerleşik öncüller ya yoktur ya da az sayıdadır. Ama kolay davalarda gerekçelendirmeyi derinleştirdiğimizde, çetin davalardakine benzer bir zorlukla, daha geç de olsa, yine karşılaşılır. Üstelik bu gerekçelendirme, daha baştan Öncül 2 ve Öncül 3'ün doğruluğuna ilişkin bir inanca dayandığından, zaten dedüktif gerekçelendirme değildir. Gerekçelendirme derinleştikçe, yahut çetin davalarda, hukuki muhakeme veya gerekçelendirme, dedüktif tarzda gerçekleştirilemez.

Hukuki muhakemenin dedüktif bir tarzda yeniden inşa edilmesi bahsinde şu noktayı artık kesin olarak belirleyebiliriz: Hukuki muhakeme, asıl olarak, bir hukuk normunun dile getirilmesi ile dava konusu olayların tasvirinden çıkmaz; yahut başka bir deyişle, karar bu öncüllerle gerekçelendiril-

mez. Kararı yaratan, hukuk normunun esaslı unsurları ile söz konusu davada yer alan olayın ilgili esaslı unsurlarının özdeşliğine ilişkin inançtır. Yorum konusunda, kolay ve çetin dava ayrımı yapmak, muhakemenin özüne ilişkin bir ayırımı haklı kılmaz. Ayırım, hukukçular cemaatinin yerleşik inançlarından kaynaklanır, muhakemenin tarzından değil.

Dedüksiyon eleştirisini, buraya kadar 'yorum' merkezli tartıştık. Yani, dedüktif muhakemenin ihtiyacı olan öncüllerin varlığının bir yorum meselesi olduğunu, bu meselenin ise artık dedüksiyon ile çözülemeyeceğini belirtmiş olduk. Dedüktif muhakemenin yeni bilgi üretememesi nedeniyle hukuki muhakemeyi gerekçelendirmede başarısız olmasının yanında, hukuki muhakemenin önemli bir özelliği de, gerekçelendirmenin dedüktif tarzda yapılandırılmasının belirleyici olamayacağını gösterir. Bu özellik, Muhakeme 2'deki Öncül 2 ve Öncül 3'ü oluşturmayı mümkün kılan öncüllerin, mahiyeti itibariyle pratik ifadeler olmasıdır. Pratik ifadeler, davranışlarımızla ilgilidir; 'Nasıl davranmalıyım?' sorusunun yanıtını oluştururlar ve bir 'olması gereken'i işaret ederler. Kısaca bunlara ahlaki ifadeler de diyebiliriz. Ahlaki ifadeler, aynı zamanda değer yargısı da içerirler. Peczenik'in görüşlerini ele alırken, pratik ifadelerle ilgili daha ayrıntılı açıklama ve ayrım sunacağız. Burada kısaca, ahlaki ifadelerin savunulmasında dedüktif mantığın işe yaramayacağını belirtmeliyiz.

Hukuki muhakeme, zorunlu olarak pratik ifadeler içerir. Zira Öncül 2 ve Öncül 3'ü oluşturan öncülleri gerekçelendirebilmek için hukukçular cemaatinin yerleşik kabullerinden uzaklaştıkça, destek önermelerini değer yargılarıyla ve olması gerekeni işaret eden ifadelerle donatmaktan başka şansınız yoktur. En azından muhakemenin bir noktasında böyle bir ifadeye mutlaka yer vermek durumundasınızdır. İlk bölümde verdiğimiz bir örneği yeniden düşünmemiz gerekiyor: 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun konusu, 1991'de yapılan değişikliğe kadar taşınabilir mallardı. Bu dönemde bir başkasının elekt-

rik hattından gizlice kendisi için hat çekerek ücreti başkası tarafından ödenen elektriği kullanan kişinin eyleminin 491. maddedeki 'taşınabilir malın alınması' kapsamına girip girmeyeceğine karar vermek gerekiyordu. Bunun için 'taşınır mal' ile 'elektrik enerjisi', 'hat çekmek suretiyle kullanmak' ile 'bulunduğu yerden almak' ifadelerinin özdeş olduğuna karar verilmeliydi. Uygulama bunların özdeş olduğuna karar verdi ve hukukçular cemaati de bunu daha sonra yerleşik bir öncül olarak kabul etti. Ancak buna ilk karar verilmesi aşamasında, karar veren (veya doktrinde bu konuda iddiada bulunan, hatta olayı mahkemeye taşıyarak dava açan savcı) elektrik enerjisinin taşınır mal olarak kabul edilmesi *gerektiğini* veya elektrik enerjisinin taşınır mal *olduğunu,* daha doğrusu taşınır mal sayılması *gerektiğini* söylemişti. Bu iddia, açıkça dile getirilsin veya getirilmesin, çeşitli sebeplere dayanmak durumundadır. Bu sebepler, yasakoyucunun kastına dayanabilir; bu durumda, yasakoyucunun kastının, dikkate alınması gereken öneme sahip olduğu pratik ifadesi sebebe temel teşkil eder. Yahut yasanın amacının, ekonomik değerin korunması olduğu iddia edilebilir; bu durumda yasanın amacının önemli olduğu dile getirilmiş olur, aynı zamanda ekonomik değerin yasa aracılığıyla korunması gerektiği pratik yargısına dayanılır. Üretilebilecek başka sebepler de, her halükârda, elektriğin bu yolla kullanılmasının kınanabilir olduğu değer yargısına dayanır.

Ne var ki değer yargılarını, eğer tek bir değer sistemini benimsememiş iseniz, dedüktif tarzda gerekçelendiremezsiniz. Tek bir değer sisteminin benimsenmesi durumunda dahi, benimsediğiniz sistemin diğer sistemlerden üstün olduğu değer yargısını savunmuş olursunuz ki, burada da dedüktif gerekçelendirme iş görmeyecektir.

Öyleyse, gündelik hayatta ve hatta felsefe çevrelerinde çoğunca doğrulukla ilgili yargılarımızın belirleyicisi gibi sunulan dedüktif muhakeme tarzı, hukuk söz konusu olduğunda, işimize pek yaramayacaktır.

4

ANLAM, YORUM VE HUKUK KURALLARI

Üçüncü bölümde klasik mantığın gündelik hayatta ve hukuk uygulamasında yetersiz kalmasının nedenlerinden birinin, klasik mantığın yegane geçerli akıl yürütme formu olarak dedüksiyonu sunması, ancak dedüksiyonun önermelerin kuruluşuna ilişkin herhangi bir vaadinin bulunmaması olduğu gösterilmişti. Önermelerin içeriğinin de doğrulanabilmesi için geliştirilen çeşitli metotlar bulunuyor. Nitekim ikinci bölümde incelediğimiz doğruluk kuramları, büyük ölçüde bu amaca hizmet ediyor. Ancak bu metotlarla iş görebilmek, gündelik hayattaki muhakemelerdeki sorunları tespit edebilmek ve hukuki yargıların gerekçelendirilmesindeki zorlukları görebilmek için öncelikle 'dil'e dair bir anlayış geliştirmemiz gerekiyor. Doğal dillerin barındırdığı belirsizlik, mantıkçıları doğal dillerle değil sembolik, yapay dillerle çalışmaya ve sadece formla ilgilenmeye yöneltmiştir. Bu çalışmaların insanlık adına ulaştığı büyük başarılar yadsınamaz. En basit ve belki de önemli örnek, elektronik otomasyon sistemleridir. Parayla çalışan kahve makinesinden hayatımızın her alanına giren bilgisayarlara kadar bu tür araçların çalışma sistemi formel mantığı temel alır. Ne var ki iş kişilerarası iletişime, anlatılar oluşturmaya, düşünce sistemleri kurmaya, gündelik hayatta herhangi bir yargıyı iddia etmeye, savunmaya ve muhatapları ikna etmeye geldiğinde 'doğal dil'leri kullanmaktan vazgeçemeyiz. Dilin taşıdığı belirsizlik nedeniyle onu yok sayamayacağımıza göre, bu belirsizliğin ne anlama geldiğini anlamaya çalışmalı,

söz konusu belirsizliği gidermenin mümkün olup olmadığını araştırmalı ve belirsizlik temelinde iletişimin imkânını soruşturmalıyız. Bu bölümde öncelikle dil üzerinde duracak, dilin belirsizliğinin bir dil ürünü olan hukuktaki görünümünü ele almaya çalışacağız. Ulaşacağımız sonuçlar mantıkçı hukuki gerekçelendirme yaklaşımının yetersizliğini ve ilerleyen bölümlerde göreceğimiz argümantasyon alternatiflerine neden ihtiyaç duyduğumuzu gösterecek.

Bu bölümde, dil hakkında bir anlayış geliştirme teşebbüsü bizi zorunlu olarak anlam hakkında düşünmeye de sevk edecek. Klasik hukuk eğitimi şaşırtıcı bir biçimde dil ve anlam hakkında anlayış geliştirmeye yarayacak herhangi bir unsur içermez. Bu durum şaşırtıcıdır, zira hukuki muhakeme tümüyle yorumlayıcı bir faaliyettir. Dolayısıyla hukuki muhakemeyi yorum ve yorumun savunulması, gerekçelendirilmesi olarak gördüğümüzde dil, anlam ve yorum üzerinde derin bir şekilde düşünmemiş bir kişinin nasıl olup da hukuki muhakemede bulunabildiğini, hukuki yargılar dile getirebildiğini sormamız gerekir. Klasik hukuk literatürü, dil ve anlam, dolayısıyla yorum hakkında hiçbir kuramsal temele sahip olmayan yüzeysel açıklamalarla doludur. Bu bölümün ikinci kısmında hukukta yoruma getirilmiş klasik yaklaşımların eleştirisini de ele alacağız.

Dil: Beşeri Varoluşun Zemini

Dilin hayatımızdaki yerini küçümseyecek hiç kimse yoktur. Elbette 'hayat' derken, topluluk halinde ve sürekli iletişim halinde yaşıyor olmayı kastediyorum. Topluluk dışı bir hayatı tasavvur etmekte zorlanmak demek iletişimsiz bir hayatı tasavvur etmekte zorlanmak demektir. İletişim ise her halükârda bir 'dil' vasıtasıyla gerçekleşir.

Hukuk bağlamında yürüttüğümüz tartışmada asıl olarak 'doğal dil' dediğimiz diller, sözgelimi bu metni üretme imkânı sağlayan Türkçe veya diğer doğal diller üzerinde duracağız. Ancak bir göstergeler sistemi olarak düşünüldüğünde dil sa-

dece doğal dillere karşılık gelmez. Denizcilerin fenerli dili veya bilgisayar dili gibi yapay diller yanında, sözgelimi bir beden dilinden de bahsederiz. Doğal dil içerisinde varlık kazanan başka anlamlama sistemlerinin bulunduğunu da bilir ve mesela şiirin dilini öğrenir, öğretiriz. Doğal dilin dışındaki dilleri hep ikincil nitelikte görürüz; ya varlıklarını doğal dile borçludurlar yahut da zaten doğal dile tahvil edilerek anlamlı hale gelirler. Üstelik doğal dil mükemmeldir, diğer diller ise sınırlıdır.

Doğal dillere atfettiğimiz biriciklik ve mükemmellik, dilin bizi çepeçevre sarmasından kaynaklanır. Doğduğumuzda bir topluluğun parçası oluruz. Bir topluluğun parçası olmak demek, her şeyden önce, bir dil topluluğuna katılmak demektir. Yıllarca aile üyelerimiz dışında kimseyle temas etmesek bile ailemizden öğrendiğimiz doğal dil vasıtasıyla aynı doğal dili kullananlarla rahatlıkla iletişime geçebiliriz. Dil, doğumumuzdan itibaren dünyayı görmemiz için bize çerçeve sunar.

Dilin sunduğu bu çerçeve, dünyayı görmemizi sağlar, ama kendi belirlediği şekilde. Dilsiz düşüncenin olmayacağı şeklindeki bazı iddialar aşırı görünmekle birlikte, dili öğrendikten sonra her türlü düşüncemizi dil vasıtasıyla kurar, en azından ancak dil vasıtasıyla kurabildiğimiz takdirde düşüncelerimizin farkına varırız. Dili mükemmel gördüğümüz sürece esasında bir sorun yoktur. Yani sahip olduğumuz doğal dil dünyayı ve düşüncelerimizi anlatmada hiçbir boşluk bırakmıyor ve iletişim açık ve kesin süreçlerle işliyorsa, düşüncenin dile bağımlı olmasında herhangi bir sakınca yoktur. Ancak dil üzerine biraz düşündüğümüzde, hele de başka doğal dilleri de öğrenmeye çalışmışsak, sahip olduğumuz dilin hiç de mükemmel olmadığını, doğal dillerin birbirlerine denk olmadıklarını fark ederiz. Gündelik hayatta iletişimde yaşadığımız sıkıntılar ise, iletişimin açık ve kesin bir dille işlemediğini zaten göstermektedir.

Dilin dünyayı bizden önce belli bir şekilde tasnif ve tarif etmiş olması, bizim bu dil içine doğmamız, düşünce alışkanlıklarımızı dil alışkanlarımıza uyarlıyor oluşumuz, dile müdahale edememiz; dili bir 'hapishane' olarak görenleri haklı çıkarır. Ancak her birimiz dile bu kadar da bağımlı olmadığı-

mızı zaman zaman deneyimlemişimizdir. Adını koyamadığımız duygulara sahip olduğumuzu fark etmiş, doğal dilin dışında neden-sonuç ilişkileri kurduğumuzu düşünmüşüzdür. Bu açıdan dil bir hapishane değilse bile, beşeri varlığın, yani doğadan ayrılmış insani/kültürel varlığın zeminini oluşturur. Ancak bu zemini daha iyi tespit edebilmek için, dili sadece doğal dilden ibaret görmememiz gerekiyor.

Dil bir anlamlama/gösterge sistemidir; doğal diller de, yapay diller de... Bunun yanında yukarıda da değindiğimiz gibi, doğal diller içerisinde de ikincil anlamlama sistemleri oluşabilir ve sözgelimi bir edebiyat dilinden bahsedebiliriz. Bütün bu 'dil'lerin ortak özelliği, yahut onları 'dil' yapan şey, konvansiyonlar çerçevesinde bazı 'gösterge'lerin belli anlamlara karşılık gelmesidir. Doğal dilde bazı sesler bazı anlamlara karşılık gelir. Yazılı dilde bazı işaretler bu sesleri temsil eder. Trafik lambası, çok sınırlı da olsa, bir dildir. Kırmızının, sarının, yeşilin bir anlamı vardır. Yanıp sönen sarı ışık ile yanıp sönen kırmızı ışık farklı anlamlara gelir. Kültür dediğimiz şey, tümüyle göstergelerden ve sembollerden oluşur. Giydiğiniz kıyafetin biçimi, rengi kimi zaman geleneksel kültüre kimi zaman dönemsel modaya ait anlamlama sisteminin belli kodlarına karşılık gelir. Yolda karşılaştığınız birisine hafifçe gülümsemek selamlaşmak anlamına gelir; ama gülmeyi biraz abartırsanız, muhatabınız bu hareketi, siz öyle kastetmemiş bile olsanız, hakaret olarak kabul edebilir. Ne göstergeler ne de anlamlama sistemleri tek kişilik olabilirler. Dil, birden fazla kişi için vardır ve dili yaratan konvansiyonlardır.

Dilin konvansiyonel olmasıyla, dilin unsurları ve kuralları konusunda, bu dili kullananlar arasında ortak bir düşüncenin, bir uzlaşmanın var olduğunu kastediyoruz. Yani şu âna kadar kullandığım sözcükler ve sözcük birleşimleri, bu yazılanları anlayan sizlerle aramdaki ortak düşünce nedeniyle anlamlı hale geliyor. Örneğin bu metinde 'köliğeşiguj' gibi bir 'şey' görseydiniz, bu harf birleşimini anlayamayacaktınız. Anlamamanız çok doğal, çünkü böyle bir harf birleşimini sözcük olarak adlandırmak dahi doğru değil. Bunu ben uydurdum;

hatta hiçbir çağrışım yapmaması için üzerinde biraz düşündüm. Türkçe konuşanlar için 'köliğeşiguj'un bir sözcük olarak herhangi bir anlama sahip olmaması ve aramızdaki anlam değişiminde kullanılmaya müsait olmamasının tek nedeni, onun anlamı konusunda herhangi bir ortak düşünceye sahip olmamamızdır. Ancak elbette ben ve arkadaşım böyle bir harf –ses demek daha doğru– birleşiminin anlamı üzerinde anlaşabilir ve bu anlamı aktarmak istediğimizde kullanabiliriz. Yine de unutmamamız gereken şey, böyle bir anlaşma ve kullanımın, o ses birleşimini Türkçe bir sözcük yapmaya yetmeyeceği ve ikimiz dışında bir işe yaramayacağıdır.

Konvansiyonellik, sadece doğal dile ait bir özellik değildir. Esasında biraz önce, 'köliğeşiguj' gibi bir ses birleşiminin dahi –iki kişi arasında bile olsa– konvansiyonel hale getirilebileceğini belirttim; ilkokul çağlarında arkadaşlarımızla kurduğumuz iki ya da üç kişi arasında kullanılan alfabelerde olduğu gibi. Ancak bu dar kullanıma sahip olanların yanında, oldukça da gelişmiş doğal-dil-dışı pek çok dil bulunuyor ve bunların bir kısmının bilgisine sahip olmak, günlük hayatın devam ettirilmesi için önem taşıyabiliyor. Trafik işaretlerini düşünün: Doğal dille de ifade edilebilen pek çok anlam, bu işaretler sayesinde trafikteki insanlara aktarılır. Okullarda ve sürücü kurslarında bu işaretlerin anlamları öğretilir. Sağır-dilsizlerin kullandığı işaret dili, yahut gemicilerin fener vasıtasıyla kullandıkları dil de, insanlararası iletişimin parçaları arasında ve tüm bu diller konvansiyonel olma noktasında birleşirler.

Konvansiyonellik, dili anlamak için önemlidir. Zira dili doğuştan itibaren öğrendiğimiz için onun uzlaşımlarla yaratıldığını hiçbir zaman aklımıza getirmeyiz. Dilin, kelimelerin, anlamın *zaten* var olduğunu, biz insanların onu sadece kullandığını düşünürüz. Halbuki ortada dilden ve dolayısıyla insanlardan bağımsız bir 'anlam' yoktur. Bir gösterge falanca anlama kendiliğinden gelmez, biz öyle dediğimiz, kabul ettiğimiz için sözgelimi 'kırmızı', dur anlamına gelir.

Göstergelerin, dolayısıyla kelimelerin, kelimelerle oluştu-

rulmuş cümlelerin kendiliklerinden bir anlama sahip olmamaları, anlamın 'keyfi' olduğu anlamına gelmez. Konvansiyonellik tam da bunu gösterir: Anlamı yaratan, her şeyden önce konvansiyonlardır. Ama konvansiyonların ne olduğu kesinkes belirlenemez. Konvansiyonların bilgisine herkesin aynı şekilde sahip olduğunu bilemeyiz. Öğretim düzeyinin yükselmesiyle beklenen şey, esasında, aynı dil çevresindeki insanların aynı konvansiyonlara mümkün olduğunca aynı içeriklerle sahip olmasıdır. Ama doğal dilin sabit olmaması, sürekli 'bağlam'a, yani yeni olaylara uygulanması ve uygulanırken yeni anlam olasılıklarının yaratılması, anlamı kaygan, ele avuca gelmez, neredeyse belirsiz bir hale getirir. Felsefe tarihi dili mükemmel gören, en azından mükemmelleştirilebileceğini kabul eden görüşler ile belirsizliği bir fırsat bilerek, insani varoluşu bu belirsizlik içerisinde ve üzerine inşa etmeye çalışan düşüncelerin mücadelesinin tarihidir bir bakıma.[1] Bu mücadeleyi aktarmak gibi bir görevimiz yok. Ancak dilde, anlamda ve iletişimde kesinlik arayışlarının karşısındaki en büyük engellerden birinin hukuk uygulaması olduğunu söylemeliyiz. Nitekim bir kısmını daha önce gördüğümüz, ileride de biraz daha ayrıntılı göreceğimiz hermenötik, argümantasyon ve retorik yaklaşımları, hukuki akıl yürütmeyi, mantık karşıtı programlarının en büyük dayanağı yapmışlardır.

Yorum

Dil ve anlam üzerine konuşmak, esasında yorum üzerine konuşmaktır. 'Yorum' kelimesi gündelik hayatta sıkça kullandığımız bir kelime. Hele hukukçular hukuk öğretiminde defalarca karşılaştıkları yorum 'sorunu'yla meslek hayatları boyunca sürekli boğuşurlar. Ancak hukukçunun 'yorum' hakkındaki görüşleri oldukça temelsiz ve kısırdır. Dolayısıyla hukukta yo-

1 Gökhan Yavuz Demir, *Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği* (İstanbul: İthaki, 2015), ss. 7-54. Ayrıca ör. bkz. Guy Deutscher, *Dilin Aynasından*'da dil ile doğa arasında varolduğu varsayılan koşutluk yerine, dil ile kültür arasındaki ilişkiyi dikkate almayı ve kültürün alışkanlıklar vasıtasıyla düşünme üzerinde nasıl etkili olabileceğini tartışmaya açar (İstanbul: Metis, 2013).

rumdan veya hukuki yorumdan önce bizzat yorum üzerinde durmamız gerekiyor.

Kelimeler üzerine fazla kafa yormak akıl sağlığı için çok da iyi olmasa gerek. Bu satırların yazarı, ne zaman bir sözcük hakkında şüpheye düşse, her defasında sözlüğe bakma gafletinde bulunur. 'Gaflet', çünkü çoğu zaman şüphesini gidermek bir yana, içinden çıkılmaz bir duruma düşer. 'Yorum', TDK Türkçe Sözlük'te şu şekilde tanımlanmış: "*Bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir.*" Ama günlük dilde, yazı ve söz dışında da bir yorumdan bahsetmez miyiz? Peki anlaşılması güç olmakla, yazarların kastettiği nedir? Küçük bir çocuk, benim çok da kolay anladığım bir tümceyi anlamakta güçlük çektiğinde, yaptığım yeni açıklama, yorum mudur? Dolayısıyla, Akarsu'nun 'yorum' tanımı, biraz daha uygun gibi görünüyor: "*Bir metnin anlamı üzerine yapılan açıklama.*" Bu durumda yorum yapmak (ya da yorumlamak), 'bir metnin anlamı üzerine açıklama yapmak' olarak ortaya çıkıyor. Ama hâlâ bir sorun var: Bir yorumdan ya da yorum yapılmasından bahsettiğimizde, bunun bir açıklama olması gerekir mi? Sahi, açıklama ne demekti?

Bir İngilizce sözlük, biraz daha yardımcı olabilir: "*bir şeyin anlamının ne olduğuna karar vermek.*" Bu tanım büyük ölçüde tatmin edici olsa da, yorumlamayı neredeyse anlamakla eş tuttuğu için işimizi zorlaştırıyor. Üstelik 'yorumlamak', 'karar vermek' olarak belirlenmiş oluyor. Bir de anlamın ve 'anlamak'ın ne olduğunu araştırmaya kalkarsak, yorumdan iyice uzaklaşmış olacağız. En iyisi, bu maceraya İsmail Fenni ile son vermek[2]: "*(Fr. interprétation): Te'vîl, tefsîr, şerh, tercüme, ta'bîr ki, dalleden medlûle, alâmetten ma'na-yı maksûda intikal. Te'vîl, bir lafızdan murad olunan ma'nayı keşf ve izah etmektir. Şer'i şerîfte bir lafzı ma'nayı zahirden udûl ile muhtemel olan diğer bir ma'naya hamletmektir. Ve rüyayı ta'bir mânâsında da kullanılır. Tefsîr, tavzîh demektir.*"

2 İsmail Fennî, *Felsefe-i Lügatçe* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1341), s. 372.

Karşılaştığımız bu zorluk, biraz da, yorumun geniş ve dar olmak üzere iki anlama sahip olmasından kaynaklanıyor. Yorum geniş anlamıyla gerçekten de 'anlamak'tır. Dolayısıyla dilbilim, dil felsefesi, göstergebilim, kuramsal edebiyat, retorik, kullanımbilim (pragmatik), anlatıbilim, anlambilim, mantık, bilişsel bilimler adları altında yapılan, ancak tek bir şeye, 'anlam'a yönelmek konusunda sık sık yolları kesişen alanlardaki bu çalışmalar, geniş anlamıyla yorumu açıklamak için dikkate alınmak zorundadır. Dar anlamıyla yorum ise, –yukarıda belirttiğim çekincemiz devam etse de– anlaşılması güç noktaların açıklanmasıdır: *interpretatio cessat in claris* (açıklık olduğunda yorum susar/durur).

Sözcük üzerinde bu kadar durmamızın bir nedeni, çağımızın yorum çağı olması. Anlam ve gerçeklik üzerine onca kuramın ortaya atıldığı, birbirinden farklı dil felsefesi akımlarının geliştiği, hermenötiğin sosyal bilimlerde gittikçe taraftar bulan bir kuram olarak olgunlaştığı, edebiyat kuramlarının metni anlama üzerine yoğunlaştığı bir çağda, üzerinde uzlaşılmış bir 'yorum' tanımına ulaşmak mümkün değil. Bu akımlara göre edineceğiniz tutum, hukuk ve yorum ilişkisine de yansımak zorunda.

Türkçe hukuk yazınında, yorumun dar anlamının, yani, anlaşılması güç durumlarda başvurulması zorunlu bir faaliyet olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Ancak yorumu dar anlamıyla ele almanın bazı sakıncaları vardır:

1. Belki de pek çok disiplinin barındırdığı bir hatayla, bazı kurum, kavram ve yöntemlerin salt hukuksal olduğu gibi bir kanı bulunmaktadır. Bu kanı, hukuk felsefesi sorunlarından pozitif hukukun uygulanmasına kadar, tüm hukuksal araştırmalara yön vermektedir. Hukuksal yorum (ya da hukukta yorum) konusunda da, sanki hukuka has bir yorum tür veya yöntemi varmış gibi düşünülmekte, belli yorum yöntemleri, üstelik hukuka özgülük izlenimi verir şekilde isimlendirilerek doktrin-

de tekrarlanagelmektedir. Bu çerçevede, lafzi, tarihsel, amaçsal, mantıksal-sistematik, menfaatler içtihadı gibi, isimleri, sayıları ya da kapsamları yazardan yazara değişebilen yöntemlerden bahsedilmektedir. Halbuki dar anlamıyla bile olsa, dilsel ifadeler olarak hukuk önermeleri, taraf, sanık ve tanık beyanları, sırf hukuksal yargılama içinde oldukları için herhangi bir şifre-çözme/yorumlama/anlama faaliyetinden ayrı tutulamaz.

2. Belli yorum yöntemlerinden bahsedilmek suretiyle, bu yorum yöntemlerinin sadece hukuka ait yöntemlermiş gibi gösterilmesi, esasında genel olarak yorum sorunuyla ilgilenen diğer kuramlarla bağlantının kesilerek sınırlayıcı bir etki yaratılmasına neden olmaktadır. Bir hâkimin doktrinde belirtilen yorum yöntemlerinin dışında bir yöntem veya kurama dayanarak karar vermesi durumunda, hukukçuların şaşkınlık yaşayacağını ve itiraz edeceğini tahmin edebiliriz. Sınırlayıcı etkiye sahip bu muhafazakar tutum, yazında kabul edilmiş yöntemler üzerindeki tartışmaları bile görmeme eğilimindedir.
3. Eğer yorumlamak, bir şeyin (sözün, metnin, olayın) anlamı hakkında karar vermekse, gerçekten de, yorum hukuksal usavurmanın her aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Üstelik alışılageldiği üzere sadece yasa metinlerinin yorumlanmasından değil davadaki olguların da yorumlanmasından/anlamlandırılmasından bahsetmek gerekecektir. Yorumlamanın (ya da anlamanın) altında yatan mantıksal ve psikolojik/sinirsel süreçler, anlam kuruluşuna (anlamlamaya) ilişkin açıklamalar (dilbilim, göstergebilim), bu olguların ve bütün bir hukuksal sürecin açıklanması için dikkate alınması gereken alanlardır.

Yorumun hukuktaki yerini, daha da ileri giderek söylersek, hukukun yorumsal bir faaliyet oluşunu, hukuki muhakemeye ilişkin daha önce verdiğimiz bir örneği çözümlemek suretiyle daha açık bir şekilde gözlemlemek mümkün.

Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur. (TMK md. 118) Büyük Önerme

büyük terim (P) orta terim (M)

A (B'ye), *evlenme vaadinde bulun*muştur. Küçük Önerme

küçük terim (S) orta terim (M)

O halde, *A* (ile B) *nişanlı*dır. Sonuç

küçük terim (S) orta terim (M)

Basit bir dedüksiyon gibi görünen bu işlemi kurgusal olasılıklarla yeniden incelemek, esasında yorumun niçin bütün bir yargılama sürecine sirayet ettiğini göstermeye yetecektir. Bu yasa maddesinin kullanılması olası bir yargılama faaliyetini, bir hâkimin gözünden izleyelim.

Davacı, evlenmek istediği davalıya pek çok hediye aldığını, ancak evlenmediklerini ve verdiği hediyeleri geri almak istediğini belirtmektedir. Her hukukçu, dolayısıyla hâkimimiz de, böyle bir talep karşısında, başkaca bir araştırmaya girişmeksizin ve uzun boylu düşünmeden, Medeni Kanun'un nişanlanmayla ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünecektir. Dava dilekçesinde, nişanlanmayı tanımlayan maddede yer alan unsurların ikisi de açıkça belirtilmediği halde, hâkimimiz, iki kişi arasındaki hukuksal ilişkinin 'nişanlanma' olarak isimlendirilmesi gerektiğini, en azından bu şekilde isimlendirilebileceğini düşünerek, söz konusu maddeyi dikkate alacaktır. Burada yapılan, açık bir yorum faaliyetidir. Hâkim, günlük dilin kelime ve kavramlarıyla anlatılan bir olayı yorumlamış, hukuk dilinde nasıl ifade edileceğini tespit etmiştir.

Hâkimin böyle bir sorunda uzun boylu düşünmemesinin nedeni, geçmişte edindiği bilgileridir. Edinilmiş bilgiler, daha önce deneyimlenmiş benzer olaylardan ibarettir. Yoksa böyle bir olayda akıl yürütme, gerekçe yazımında ya da hukuk öğretimi sırasında sınav sorularını cevaplamada olduğu gibi, söz konusu maddenin unsurları ile olayın unsurlarını karşılaştırmak şeklinde cereyan etmez. Burada yapılan, "acaba"

sorusunu geçmiş bilgilere dayanarak sormak, bilinen olaylara dayanarak benzerlik kurmaktır.

"Acaba?" sorusunun, yani hukuksal ilişkinin nişanlanma olup olmadığının sorulmasının ardından hâkim, söz konusu yasa maddesine biraz daha yakından bakacak, taraflara sorular soracaktır. Bir yandan yasa maddesi, diğer yandan taraf ve tanık ifadelerinin, delillerin yorumlanması gerekecektir. Karşı cinslerden iki kişinin birbirlerine evlenme vaadinde bulunmaları, hatta bunun için bir merasim yapılmış olması, yargılama sürecini hızlandıracak, hâkim kolaylıkla karar verecektir. Peirce, olasılıkla bu durumu, alışkanlıkların davranışlarımız üzerindeki etkisi olarak betimleyecekti.

Ne var ki mahkemelere taşınan davalar bu kadar basit olaylardan kurulu değildir. Sözgelimi davacı yine verilen hediyelerin iadesini talep ediyor olsun, ancak davalı davacı ile aralarında evleneceklerine dair bir anlaşma olmadığını, davacının kendisiyle evlenme isteğini defalarca dile getirdiğini, söz konusu hediyeleri kendisini ikna etmek için aldığını söylediğinde, yasada yer alan "evlenme vaadinin" ne anlama geldiği üzerinde yeniden düşünmek gerekecektir. Buradaki hukuksal ilişkinin bir nişanlanma olup olmadığına karar verebilmek için, evlenme vaadinin tek taraflı bir eylem mi olduğu yoksa karşılıklı rızayı mı işaret ettiği ortaya konmalıdır. Hâkimimizin, karşılıklı iradenin 'tabii ki' gerekli olduğunu hızlı bir şekilde söyleyeceğini bekleyebiliriz.

Daha uç bir olasılık düşünelim: Davalı ve davacı aynı cinsten olsunlar. Yani, karşılıklı olarak evlenmek isteyen, ancak herhangi bir nedenle evlenme başvurusu yapmamış, bu isteklerinden vazgeçmiş iki erkek ya da iki kadın arasında, örneğimizdeki gibi bir uyuşmazlık söz konusu olsun. Pek çok hâkim, çok hızlı bir şekilde, burada nişanlanma olarak nitelenebilecek hukuksal bir ilişkinin bulunmadığını söyleyecektir. Ne var ki bu düşünce ya da kararın gerekçelendirilmesi aşamasına gelindiğinde, oldukça zor bir iş üstlenilmiş olacaktır. Zira nişanlanmanın, söz konusu maddede hiç de belirtilmeyen

'karşı cinslerden iki kişi arasında olması gerektiği' koşuluna sahip olduğu gösterilmek zorundadır. Bu durumda olası pek çok yorum söz konusudur. *Literatürde* zikredilen yorum yöntemlerini düşünecek olursak, lafzi yorum davacı lehine karar verilmesini gerektirirken, diğer yorum yöntemleri (mantıksal-sistematik, amaçsal, tarihsel vs.), davanın reddine karar verilmesi sonucuna götürebilecektir.

Aynı cinsten kişiler arasında böyle bir nedenle uyuşmazlık söz konusu olduğunda ya da bir önceki durumda, yani taraflardan birinde evlenme iradesi olmadığında, hâkimimizin kafasında bir şüphe uyanması da olasıdır. Böyle bir durumda uygulanacak yasa nasıl bulunacaktır? Hâkimimiz hipotezler üretmeye başlar. Yine benzerliklerden yola çıkarak varsayımlarda bulunur. Bunları endüksiyon ve analoji yoluyla sınar. Nihayetinde birisinde karar kılar ve o yasayı uygulayarak hükmünü verir.

Kısaca işaret ettiğimiz şekliyle, yargısal karar verme süreci, bir yorumlama sürecidir. Bir değerler sistemi, yani kod, dolayısıyla hukuk, hiçbir zaman tamamlanmış olarak kabul edilemez. Tüm yargılar geçicidirler ve yeniden yorumlanabilir, biçimlenebilirler. Bu açıkça, "*lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde meridir*" ifadesinin içerdiği tamamlanmışlık, tüketmişlik iddiasına karşıttır.

Hâkimin karar vermesi dedüksiyonla açıklanamaz. Dedüksiyon, olsa olsa, yorumsal bir sürecin en sonunda, hüküm tümcesinin yazılabilmesi için kullanılan bir araçtır; kararın belirleyicisi değildir. Eğer dedüksiyon gerçekten kullanılıyorsa bile, bu durumda dahi, dedüksiyonun sonucunu belirleyen büyük önermenin içeriğini –yani yasanın kapsamını– belirlemekten, davadaki olayı sözcüklerle ifade etmeye kadar her adımda yorumа başvurulmak zorundadır. Yorumun geniş anlamını dışlayarak sadece dar anlamıyla kullanıldığını söylemek, yargısal karar vermenin mahiyetini ortaya çıkarmaya hizmet etmeyecektir.

Hukuk literatürü, yorumun ortaya çıkardığı sorunların çözümü için bazı yorum yöntemleri önermekte, ancak işin ilginç yanı, hukuk yazınında büyük ölçüde aynı şekilde sıralanan

yorum yöntemlerinin hiçbirisi, bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır.

Türkçe Hukuk Literatürü ve Yorum[3]

Türkçe hukuk literatüründe hukuki yorum bahsinin ele alınışı hakkında birkaç belirleme daha yapmamız gerekiyor. Daha önceki bir çalışmamda, Türk hukuk literatürünün yorum konusunu ele alan ve literatürü temsil edici niteliğe sahip olduğunu düşündüğüm, hukuk başlangıcı, medeni hukuk ve ceza genel hukuku kitaplarından oluşan 16 eserde, yorumla ilgili belirlediğim şu dört sorunun cevabını araştırmıştım:

(1) Yorum nedir?
(2) Yorumun amacı/hedefi/gayesi nedir/ne olmalıdır?
(3) Yorum nasıl yapılır/yapılmalıdır?
(4) İyi veya doğru bir yorumun sahip olması gereken özellikler var mıdır, varsa bunlar nelerdir?

Hukuk doktrininin bu sorulara verdiği cevapları genellediğimde, aşağıdaki ifade, Türk hukuk doktrininin yorum anlayışı, şu şekilde ortaya çıkıyordu:

> 'Yorum, hukuk kuralının anlamının ortaya çıkarılmasıdır. Yorumun amacı, hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmaktır. Yorum, hukuk kuralının anlamı ortaya çıkarılmak suretiyle yapılır. Yorum, hukuk kuralının doğru anlamını ortaya çıkarmış ise doğruduṛ.'

Görüleceği üzere bu ifade açık bir totolojidir; sürekli kendini tekrarlamakta ve bize hiçbir şey söylememektedir. Ne yazık ki Türk hukukçusu, hukuk öğretiminin temelindeki bu eserlerle

3 Bu başlık altındaki ifadeler, Ertuğrul Uzun, "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir?-Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukukî Argümantasyon Teorisi"nden uyarlanarak aktarılmıştır (**HFSA 25. Kitap**, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirileri, ss. 72-96).

yetiştiğinden, yorum konusunda daha derin bir kavrayış elde etme imkânından yoksundur. Yorumla ilgili doktrinin temel sorunlarını şu şekilde belirleyebiliriz:

DİL VE ANLAM KONUSUNDA FELSEFİ TEMELDEN YOKSUN OLMA

Hukuk doktrini, 'anlamın ortaya çıkarılması', 'anlamın tespit edilmesi', 'gerçek anlam', 'doğru anlam' gibi ifadeler kullanır. Ne var ki doktrin sahip olduğu anlam anlayışının nasıl bir temele dayandığını açıklamaz; yazarlar 'anlam' üzerine bir refleksiyon geliştirmez. Öyle görünüyor ki, doktrin oldukça eskimiş ve metafiziksel sayılabilecek bir anlam anlayışına sahiptir: 'Anlam'ın bir varlığı vardır ve kelimeler o anlama işaret eder. Oysa özellikle 20. yüzyıl, dilbilim, göstergebilim, edebiyat, mantık ve felsefe (dil felsefesi, bilim felsefesi, bilgi felsefesi) gibi alanlarda üretilmiş onlarca anlam teorisiyle doludur. Doktrin ne dil felsefesine, ne hermenötiğe, ne yapısalcılığa, ne post-yapısalcılığa ne de herhangi bir modern anlam yaklaşımına gönderme yapma ihtiyacı hissetmez. Pek tabii ki, gerekçelendirilmek kaydıyla bu satırların yazarı tarafından eskimiş ve metafiziksel olarak nitelenen anlam görüşü de savunulabilir. Ancak doktrin böyle bir gerekçelendirmeyi içermediği gibi, günümüzde söz konusu görüşün savunulması için sonradan ortaya çıkmış anlam yaklaşımlarının da mutlaka ele alınması gerekir.

HUKUK ONTOLOJİSİ VE HUKUKUN KAYNAKLARI HAKKINDAKİ YÜZEYSEL ANLAYIŞ

Doktrin, 'geçerli hukuk'un yorumunu yapar. Hâkimlerin de 'geçerli hukuk'u yorumlaması ve uygulaması beklenir. Böyle bir yorum ve uygulama, eğer hukuki muhakemenin belirlilik, güvenlik, öngörülebilirlik, kabul edilebilirlik gibi özelliklere sahip olmasını istiyorsak, ancak geçerli hukuk hakkında ya-

pılmış derin ve tutarlı bir düşünüşle mümkün olabilir. 'Hukukun ne olduğu' hakkındaki görüş, hukuki muhakemenin yapısını da etkiler.

'Hukukun kaynakları' konusu da, geçerli hukuk düşüncesiyle iç içedir. Hukukun kaynaklarının içeriği, türleri, birbirleriyle olan ilişkileri ve değerleri konusunda ayrıntılı ve derin bir araştırma yapmaksızın ve bu yönde bir görüş oluşturmaksızın yorumun desteklenmesi, rasyonelleştirilmesi mümkün değildir. Her ne kadar kesin olmasalar bile, hukukun kaynaklarının yorumda kullanılmasıyla ilgili normlar belirlenmeli, bu normlar doktrinde tartışılmalı ve yorumcular bu normlardan hareketle yorumlarını gerekçelendirmelidir. Argümantasyon teorisinin iki önemli temsilcisi A. Peczenik ve A. Aarnio, eserlerinde yorum ile geçerli hukuk düşüncesi ve hukukun kaynakları teorisinin ilişkisini, teorilerinin asli unsuru olarak ele alır. Hukuk doktrini, geçerli hukuk düşüncesini ve hukukun kaynakları teorisini oldukça yüzeysel bir şekilde ele almakta, yorum sorunuyla ilgisini kurmamaktadır.

YORUMUN AMACIYLA İLGİLİ BELİRSİZLİK

Hukuk doktrini, yapılan yorumlar için anlamı veya doğru yorumu hedeflemiş olmaktan başka bir amaç belirlemez. Halbuki yorumun, hukukçular cemaatince mümkün olduğunca müşterek bir anlama sahip bir amacının olması, yorumun içeriğini de, yorumda kullanılacak argümanları da, yorum teorilerini de etkiler. Sözgelimi A. Aarnio ve A. Peczenik, yorumun amacını, daha doğru bir ifade ile yorum ifadelerinin amacını hukuki belirlilik (öngörülebilirlik) ile ahlaki kabul edilebilirlik arasındaki optimum dengenin sağlanması olarak belirlerler. Pek tabii ki öngörülebilirlik ve özellikle de ahlaki kabul edilebilirlik ifadelerinin tartışmaya açık olduğu, değer yüklü olduğu, bu dengenin sağlanması görüşünün arkasında değer yargılarının olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir amaç, amaçsızlıktan çok daha iyidir.

ARGÜMANLARIN KULLANILMASIYLA İLGİLİ BELİRSİZLİK

Hukuk doktrini, bazen yorum yöntemleri, bazen yorum teorileri, bazen de yorumda başvurulacak unsurlar adı altında çeşitli argüman formları zikreder. Ancak bu formların ne yapılacağını, nasıl kullanılacağını söylemez. Kullanımla ilgili sorunu bazen es geçer, bazen de yorumcunun maharetine, sanatına, birikimine, basiretine veya takdirine bırakır. Yorumcunun 'en uygun', 'en doğru' olanı seçmesi gerektiği söylenir. Halbuki yorum hakkında ortaya atılan görüşler, dile gelmez maharet, sanat, birikim, basiret veya takdirin rasyonelleştirilmesi ve öznelerarası sınanabilir hale getirilmesi amacını taşır. Yorum teorisi, zaten 'en doğru'yu, 'en uygun'u bulmak için vardır.

Doktrinin bu konudaki en büyük sorunu, 'yorum yöntemi', daha doğrusu 'yorum yöntemleri' kavramıdır. Doktrin 'yorum yöntemleri' başlığı altında çeşitli yöntemleri ele alır. Ancak bunlardan herhangi birini önerme konusunda çekimserdir. Listelediği yorum yöntemlerinden birine ağırlık verdiği durumlarda dahi, diğer yorum yöntemlerinin de geçerliliklerini koruduğunu, yorumcunun bu yorum yöntemlerinin hepsini dikkate alması gerektiğini söyler. Halbuki eğer bir yöntem varsa, uygulanır. Eğer başka bir yöntem varsa ve bir şekilde daha değerli görülüyorsa, o uygulanır. Bir eli bisiklette diğer eli motosiklette gitmek mümkün değildir. Eğer bu yöntemler 'argüman formları' olarak görülürse, karmaşa bir ölçüde giderilebilir. Zira böylece, yorumcunun aynı anda dikkate alması gereken farklı argüman formlarına sahip olduğu kabul edilmiş olur ve birinin tercih edilmesi gerekliliği ortadan kalkar.

Ancak sorun devam eder: Bu argüman formları ne yapılacaktır? Yine argümantasyon teorisyenlerimizin verdiği cevaba bakacak olursak, argümanlar birbirlerine karşı tartılıp dengelenecektir. Bu dengeleme için, daha önce de belirttiğimiz gibi, argümanların dayandığı kaynakların, yani hukuk kaynaklarının yüzeysel olmayan teorisine ihtiyaç vardır. Üstelik argüman formları, sadece doktrinde sayılanlarla sınırlı değildir. Hukuki muhakeme, zorunlu olarak değer yargıları içerir. Değer yargı-

larının savunulması zorluğu, böyle bir konunun ya doktrinde ele alınmamasıyla ya da yorumcunun maharetine terk edilmesiyle sonuçlanır. Hukuki muhakemede argümanların tartılıp dengelenmesi, ahlaki muhakemenin işleyişi hakkında da derin bir bilgiyi gerektirir.

Yine 'tartma ve dengeleme'nin belirsizliğinden, zorluğundan veya tartışmalı oluşundan bahsedilebilir. Tartma ve dengeleme konusunda ayrıntılı bir açıklama yapmak bu çalışmanın sınırları dışında kalıyor. Burada ancak tartma ve dengeleme konusunda ahlak ve hukuk felsefesinde azımsanmayacak bir literatürün bulunduğunu söylemekle yetinmeliyiz. Ancak ne kadar derinleştirilse ve açıklansa da, tartma ve dengelemenin gerçekten de 'kesin' sonuçlar vermeyeceği doğrudur. Bununla birlikte, argümanların kullanılmasını yorumcunun maharetine bırakmaktansa, *daha rasyonel*, *daha sofistike* bir anlayışın takdim edilmesi, daha iyidir.

MANTIKİ KAVRAMLARLA İLGİLİ YETERSİZLİK

Bu satırların yazarı açısından şaşırtıcı olsa da, hukuk doktrininin mantıkla ilgili yaklaşımı, kavramları kullanışı ve örneklendirişi hem yetersizdir hem de hatalarla doludur. Bazen 'mantıki yöntem' adı altında kanunun sistematiği ele alınırken, bazen de mantıki muhakeme türleri eksik, yanıltıcı ve yanlış açıklanmaktadır. Bunun yanında doktrin mantıki muhakemenin sadece iki türünü zikreder: *argumentum a contrario* ve *argumentum a fortiori*. Doktrin, sözgelimi, *argumentum ad absurdum*'a yer vermediği gibi, safsata olarak bilinen mantık hatalarına hiç değinmez.

Değinilen muhakeme türleri de, okuyucunun söz konusu muhakemeyi uygulayabilmesine yardımcı olmayacak derecede kısa, bazen yanıltıcı açıklamalarla sunulur. Üstelik söz konusu muhakeme türlerinin özellikle hukukta kullanılmalarıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar, doktrinin ilgi alanına girmez. Kimi zaman da verilen örnekler muhakemeye uymaz.

Hukuk öğrencilerinin mantıki muhakeme hakkındaki bilgileri, lisans öncesinde veya lisans düzeyinde almadıkları ve doktrinin de ilgili yerlerde yeterince bu konuları ele almadığı düşünüldüğünde, faaliyetlerinin büyük bir kısmı argümanları kullanmak olan hukukçuların işinin gerçekten zor olduğu sonucuna varmak mümkündür.

DOĞRULUK HAKKINDAKİ EPİSTEMOLOJİK YETERSİZLİK

Hukuk doktrini, yorum ifadelerinin doğruluğuna ilişkin belirgin bir görüşe sahip değildir. Yazılanlardan, 'doğru yorumun hukuk kurallarının anlamını veya doğru anlamını ortaya koyan yorum olduğu' görüşünün benimsendiğini düşünmek mümkündür. Bu anlayış, öncelikle bir totolojiyi ifade eder. Zaten anlamı ortaya koymaya çalışan ifadenin doğruluğu, anlamı ortaya koymakla belirlenemez. İkincisi, söz konusu anlayış, bazı alanlarda güçlü, ancak hukuk, özellikle de yorum ifadeleri açısından çok anlamı olmayan, sıradan, gündelik yaşamda sahip olduğumuz doğruluk anlayışını, *doğruluğun uygunluk teorisini* yansıtır. İçinde değer yargılarının da olduğu ve inşai bir faaliyetle oluşturulan yorum ifadelerinin doğruluğu için uygunluk teorisini benimsemek zordur. 'Doğru anlamın' bir ontolojisinin olduğu kabul edilse bile, yorum ifadesinin o varlığa uygunluğunu göstermek, en azından bu satırların yazarına göre, imkânsızdır.

Bilgi ve bilim felsefesi, doğruluk hakkında geniş bir literatür oluşturmuştur. Doktrin, bu literatürde bulunabilecek doğruluk teorilerini görmezden gelmektedir. Bunun yanında, pratik muhakeme alanında oluşturulmuş argümantasyon teorisi ve bu teorinin hukuka uygulanmış hali olan argümantasyon teorisi, yorum ifadelerinin doğruluğuyla ilgili geliştirilmiş birden fazla yorum teorisi içerir. Bu haliyle argümantasyon teorisi, doğru yorumdan değil, düzgün veya makul yorumdan bahseder. Mantıki muhakeme kurallarına uygunluğu temel rasyonalite koşulu olarak belirleyerek, yorum ifadelerinin ay-

rıca hukuki tartışma rasyonalitesi koşullarına ve destek rasyonalitesi koşullarına uyması gerektiğini ve nihai doğruluk ölçütü olarak tutarlılığın görülmesi gerektiğini savunur.

FELSEFE LİTERATÜRÜNE GÖSTERİLEN İLGİSİZLİK

Hukuk doktrininde, Türkçe felsefe ve hukuk felsefesi literatürüne karşı ilginç bir ilgisizlik gözlemlenmektedir. Doktrin, yukarıda ele alınan konularla ilgili olarak ya birkaç yabancı esere yahut da kendine (yani başka Türk yazarlara) atıf yapmaktadır. Özellikle son on yılda Türkçe hukuk felsefesinde yorum, gerekçelendirme, geçerli hukuk düşüncesi, argümantasyon teorisi gibi konulardaki yayınlarda gözlemlenen artışa rağmen, doktrin bu eserleri görmezden gelmektedir.

Yukarıda zikrettiğim araştırmada, değerlerini ve derinliklerini tartışma konusu yapmaksızın diğer eserleri bir kenara bırakarak, o dönemde yorum, mantık ve gerekçelendirme konularında Türkçede yazılmış en önemli üç esere atıf yapılıp yapılmadığını, incelenen eserlerden yakın tarihli olanlarına beşinci bir soru olarak yöneltilmiştim. Cevap, doktrinin, Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine** (1985), Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş** (1998) ve Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi** (2003) eserlerine hiçbir atıf yapmadığı idi. Bunun yanında doktrinde, Türkçe felsefe ve hukuk felsefesi eserlerine başka bir atıf da bulunmuyordu.

DOĞRU YORUMUN PEŞİNDE

Türkçe hukuk literatürünü esas aldığımızda elimizde, hukuken bağlayıcı olmayan, sırf bu konudaki yazın sınırlarını ve niteliklerini belirledi diye hukuksal usavurmanın ve yorumun zorunlu yöntemleri gibi görülen, bununla birlikte, hâkimlerin devletin meşru güç kullanımıyla güvence altına alınmış kararlarını etkileyen bazı yorum yöntemleri bulunmaktadır. Örneklerimizde gösterdiğimiz gibi, eğer hukuksal usavurma baştanbaşa bir yo-

rum meselesi ise ve bu yorumun kesinlik derecesinde doğru bir yöntemini tespit etmek en azından yerleşmiş yöntem önerileri ve yorum anlayışı açısından mümkün değilse, pozitif hukukun yargı kararlarına etkisini yeniden değerlendirmek gerekmektedir. Bir yasanın kapsamının ne olduğunu belirleyen hâkimdir; hâkim bu kapsamı yorumla değerlendirir: "*...hukuk normu, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetede yayınlanan metin değil, ama bu metnin içerdiği normdur. Bu normun ne olduğunu söyleyen ise kanun koyucu değil, hâkimdir.*" (Gözler 1998: 224)

Hukuk, yorumsal bir faaliyetse ve ona varlık kazandıran nihayetinde hâkimin kararı ise, sadece bu tespiti yapıp kenara çekilmemiz mümkün değildir. Hâkimin verdiği karar, günlük hayatımızda verdiğimiz başka kararlara benzemez. Bu kararlar, başka kişilerin hayatlarında önemli sonuçlar doğurabilecek, bu sonuçların hayata geçirilmesi devlet güvencesinde olan kararlardır. Devlet güvencesinde olmanın anlamı, meşru güç kullanımının devreye girebilmesidir. Doğru yorum hakkında konuşmak, edebi faaliyetin bir varyasyonudur. Edebi metinlerin doğru yorumuna ulaşmamış olmanın hayatımıza bir etkisi yoktur. Ama hukuk eğer şiddetse, zulümse, güvenlikse ve şefkatse; sorun edebiyattakinden farklıdır. Zira yorum öldürebilir, hakkımı elimden alabilir, özgürlüğümü kısıtlayabilir, iflas ettirebilir, çocuğumdan ayırabilir ve bunların dolaylı etkileriyle hayatım altüst olabilir. Bu sonuçlara ancak, yorum doğru olduğunda katlanılabilir. Gerçi edebiyatta da durumun farklı olmadığını söyleyebiliriz. Edebi metinlerin yorumu esnektir, her türlü yoruma cevaz vardır iddiası, esasında, hukukçunun edebiyatla kurduğu ilişkinin keyfiliğinden kaynaklanır. Keyfiliği çok anlamlı kullanıyorum: Keyif için okunan edebiyat metninden, disiplinsiz/teorik temel dikkate alınmadan okunan edebiyat metninden, okunmasıyla okunmaması arasında fark görülmeyen edebiyat metninden. Edebi metinlerin yorumundaki serbestliğe dair teorik bir arkaplan bulmak mümkün olmadığı gibi, olgular da tam aksi yönde düşünmemizi haklı çıkarıyor. Edebi metinlerin yorumunun gündelik hayata etki-

sinin olmadığını söylemek mümkün değil. Tarih boyunca yasaklanan edebiyat eserlerinin listesini yapamayız bile. İktidarın tarihi, sansürün tarihidir bir bakıma ve bu sansürün tetikleyicisi, edebi metinlerin yorumuyla ilgilidir. Edebi metinlerin yorumu, akıl almaz sonuçlar doğurabilir. Sözgelimi, Salman Rushdie'nin Şeytan Ayetleri'ni düşünmeli.[4] Kemal Tahir'in *Yorgun Savaşçı*'sının,[5] Orhan Kemal'in *Bereketli Topraklar Üzerinde*'sinin[6] sinema uyarlamalarının akıbetini. Hrant Dink'in, bir düşünce dile getirmesinin yanında çok kuvvetli bir edebi metin olan yazı dizisinin belli bir şekilde yorumlanmasının, Dink'in mahkûmiyetinden katline giden sürece etkisini düşünmeli.[7] Edebi yorumun şakası yoktur: Öldürür. Edebi yorum öldürmese bile, sansür veya ceza ile sonuçlanmasa bile, yorumla ortaya çıkan anlam yargılamanın konusu olabilir. Elif Şafak'ın *Baba ve Piç*'ini,[8] Nedim Gürsel'in *Allah'ın Kızları*'nı[9] hatırlamak yeterli.

Ancak buraya kadar anlattıklarımız, özellikle yorum bahsinde ele aldığımız şekliyle doğru yoruma ulaşmak mümkün değilmiş gibi görünmektedir. Hangi yorumun 'doğru' olduğunu kesinlikle bilmemiz mümkün değil. Bununla birlikte yaptığımız yorumları daha 'sağlam', 'güvenilir' veya 'makul' kılabiliriz. Ayrıca bazı türden yorumların ve muhakeme tarzlarının 'kesinlikle' yanlış veya oldukça 'zayıf' olduğunu da belirleyebiliriz. Öyleyse, hukukun yorumsal bir faaliyet olduğundan

4 'İranlı din adamı: Salman Rüşdi hakkındaki ölüm fetvası hâlâ geçerli', *Hürriyet,* 22 Haziran 2007, <http://www.hurriyet.com.tr/iranli-din-adami-salman-rusdi-hakkindaki-olum-fetvasi-hala-gecerli-6761381> (E.T. 03.01.2016).

5 "Çılgın Türk' 'Yorgun Savaşçı'yı Nasıl Yaktı', *Radikal,* 15 Ekim 2009, <http://www.radikal.com.tr/turkiye/cilgin-turk-yorgun-savasciyi-nasil-yakti-959345/> (E.T. 03.01.2016).

6 'Kayıp Film Festivalde', *Milliyet*, 2 Nisan 2008, < http://www.milliyet.com.tr/kayip-film-festivalde--sinema-536294/> (E.T. 03.01.2016).

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fethiye Çetin, *Utanç Duyuyorum: Hrant Dink Cinayetinin Yargısı,* İstanbul: Metis, 2013, ss. 47-141.

8 'Elif Şafak da Yargılanacak', *Radikal*, 29 Temmuz 2006 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=194279> (E.T. 03.01.2016).

9 "Allah'ın Kızları' Romanına Soruşturma, *Milliyet,* 17 Temmuz 2008, <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=894302> (E.T. 03.01.2016).

hareketle, hukuki muhakeme denen şeyin, yorumun gerekçelendirilmesi olduğunu söyleyebiliriz. Gerekçelendirme hakkında ilk bölümlerde giriş mahiyetinde açıklamalarda bulunduk. Bundan sonraki bölümlerde ise bir görüşü, özellikle de hukukta söz konusu olduğu gibi ahlaki yargılar da içeren görüşleri daha sağlam, daha güvenilir, daha makul, daha ayrıntılı bir şekilde sunmanın yollarını ele alacağız.

5

R. ALEXY: RASYONEL PRATİK TARTIŞMA VE HUKUK[1]

1 Bu başlık altında aktarılan görüşler büyük oranda şu makaleye dayanır: Ertuğrul Uzun, "Robert Alexy'nin Hukuki Argümantasyon Teorisinde Hukuki Tartışma Kuralları", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2010/1, ss. 13-52.

Pratik Tartışma Olarak Hukuk

Bu bölümde ve sonraki iki bölümde ele alacağımız düşünürler, hukuki muhakemeyi hem bir tartışma olarak yapılandırırlar, hem de bu tartışmanın pratik bir tartışma olduğunu savunurlar. Pratik tartışma, 'neyin yapılması gerektiği' ile ilgili olan tartışmadır. Yani daha açık bir ifadeyle ahlaki bir tartışmadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, epistemolojideki klasik yaklaşımların hukuk alanına uygulanamamasının nedenlerinden biri, hukuki muhakemenin bu yönü, yani değer yargılarını içeren pratik yönüydü.

Bu bölümde ele alacağımız Robert Alexy'nin teorisi, hukuk alanındaki yargıların (dolayısıyla yargı kararlarının da) 'doğru' veya 'makuliyet'i de içerir anlamda 'rasyonel' olarak nitelendirilebilmesi için gerekli usûl ve ölçütleri inşa çabasındadır. Alexy, teorisinin alternatif modellerin zayıflıklarına veya yetersizliklerine bir tepki olarak ortaya çıktığını söyler. Bu alternatif modellerden en önemlileri dedüktif model, karar modeli, hermenötik model ve tutarlılık modelidir.

Dedüktif model, kararın, apaçık olduğu varsayılan hukuki kavramlar ve tasviri cümlelerle birlikte geçerli hukuk normlarından mantıken çıktığını söyler. Alexy bu anlayışı Kavramcı Hukukbilimle (Türkçede meşhur olduğu şekliyle Kavramlar İçtihadı Okulu) özdeşleştirir. Hukuk dilinin muğlaklığı, normlararası ihtilafların mevcudiyeti ihtimali, görülen davaya uygulanacak bir hukuk kuralının bulunmama ihtimali ve hu-

kukun lafzına karşıt bir uygulama üretme imkânı, söz konusu anlayışın yanlışlığını kolaylıkla gösterecektir. Bu anlayış, hukukun uygulanmasındaki yaratıcı rolü yok sayar.

Karar modeli, Alexy'ye göre, dedüktif modelin çöküşüne bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Karar modeli taraftarları çeşitli görünümlerde ortaya çıkarlar: Alexy, serbest hukuk okulundan analitik okula kadar pek çok görüşü karar modeli çerçevesinde değerlendirir. Bu çerçevede Alexy, J. Austin, H. Kelsen ve H.L.A. Hart'a atıf yapar. Modele göre, pozitif hukuk ve içtihatlar boşluk bıraktığında, hâkim hukuk dışı ölçütler uyarınca karar verir veya verebilir. Oysa, Alexy'ye göre, hâkimler böyle durumlarda bile dikkatli bir şekilde 'hukuki' karar vermeye çalışırlar ve verdikleri kararın 'hukuken' doğru olduğunu savunurlar.

Hermenötik model Gadamer ve Betti tarafından geliştirilmiş, Alman hukukuna ise, Larenz, Kaufmann ve Esser gibi yazarlarca taşınmıştır. Model, yorumlama ve anlama yapısını merkeze alır. Alexy'ye göre, modelin anahtar kavramı hermenötik döngüdür ve hukukbilim açısından, üç tür hermenötik döngü önem taşır.

Bunlardan ilki önanlayış ile metin arasındaki ilişkidir. Önanlayış, metne yaklaşan yorumcunun sahip olduğu hipotezdir. Bu hipotez, karar verilecek hukuki sorunun doğru çözümüyle ilgili yorumcunun varsayım veya beklentisini ifade eder. Hipotez, yorumcunun genel toplum algısı ve mesleki deneyimlerince şekillendirilmiştir. Döngü imajı, normun metni ile yorum hipotezi arasındaki etkileşime dikkat çekmeyi amaçlar. Bir taraftan yorum hipotezi olmaksızın normun metninin tartışma konusu olup olmayacağı bile hissedilemeyecektir. Diğer taraftansa, yorum hipotezi, normun metni temelinde ve hukuk metodolojisi kuralları yardımıyla incelenmek durumundadır. Alexy'ye göre bu yaklaşım, sadece bir soruna işaret eder; bunun dışında doğru yorum hakkında, yorum hipotezinin onaylanması veya reddedilmesinde kullanılacak ölçütler hakkında herhangi bir şey söylemez. Birinci hermenötik dön-

gü, hukuki argümantasyonun refleksivite postülasına karşılık gelebilir ancak.

İkinci hermenötik döngü, bütün-parça ilişkisiyle ilgilidir. Buna göre, bir normun anlaşılabilmesi için, normun ait olduğu norm sisteminin anlaşılması gerekir; ama aynı zamanda sisteme ait normları anlamadan, norm sistemini anlamanız mümkün değildir. Alexy'ye göre bu durum da ancak bir sorun tespitidir, çözüm teklifi değil. İkinci döngü, hukuki argümantasyonun tutarlılık postülasına karşılık gelir.

Üçüncü hermenötik döngü, normlar ile olgular arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Normlar genel ve soyutturlar; olgular ise somut ve tekil. Normlar pek az vasfı ihtiva ederken, bir olgu potansiyel olarak sonsuz vasfa sahiptir. Olgular bir yandan normun ihtiva ettiği vasıflarla tasvir edilirken, diğer yandan da inceleme altındaki bir olgunun vasıfları, yasakoyucunun asıl kastından başka bir normun uygulanmasını gerektirebilir. Olgular aynı anda hem normlarda zikredilen vasıflarla sınıflandırılmakta, ama olguların sahip olduğu vasıflar da sınıflandırmayı şekillendirmektedir. Üçüncü döngü, hukuki argümantasyonun tamlık postülasına karşılık gelir ve bu haliyle, diğer döngüler gibi, doğru yoruma ilişkin herhangi bir ölçüt teklif etmekten ziyade, durum tespitinden ibarettir.

> "...hermenötik model, her ne kadar hukuki yorumun yapısına dair önemli görüşler ortaya koysa ve üç temel rasyonalite postülasını içerse de, doğru yorum sorununa çözüm olmak açısından yeterli değildir. Yorumun doğruluğu ancak o yorumun leh ve aleyhinde nedenler ortaya koymakla ispatlanabilir. Dolayısıyla şu cümle doğru kabul edilmek gerektir: yorum, argümantasyondur." (Alexy 1993: 169)

Alexy'nin, yetersizlikleri nedeniyle hukuki argümantasyon teorisinin ortaya çıkmasına neden olduğunu söylediği teorilerin dördüncüsü, tutarlılık modelidir. Tutarlılık modelinin temel düşüncesi, hermenötik modelde bulunduğu gibi, Alexy'nin

sunduğu hukuki argümantasyon teorisinin de temel taşlarından biridir. Ancak tutarlılık düşüncesi zaman zaman hâkim duruma gelmiş ve yegane doğruluk ölçütü olma iddiasında olmuştur. Alexy, von Savigny'nin "organik bütün" düşüncesi ile Ronald Dworkin'in teorisini tutarlılık modelinin temsili olarak görür. Modelde, yapılacak yorumun tüm öncüllerinin hukuk sisteminde açık veya gizli var olduğu ve bunların sadece keşfedilmesi gerektiği söylenir. Halbuki Alexy, hukuk sistemi olarak ortaya çıkan kurumun zorunlu olarak tamamlanmamış olduğunu söyler. Kurallar nasıl kendi kendilerini uygulayamazlarsa, bir sistem de kendisi vasıtasıyla tamlık ve tutarlılık yaratamaz. Bunu yapmak için kişilere ve usûllere ihtiyaç vardır. Gerekli olan usûl de, hukuki argümantasyon usûlüdür.

Alexy, hukuki argümantasyon teorisini, pratik tartışma teorisi temelinde sunar. Ona göre hukukbilim pratik aklın bir dalıdır. Alexy'yi böyle bir teori geliştirmeye sevk eden soru(n), '[a]rtık yasaların uygulanmasının, soyut olarak formüle edilmiş büyük öncüller uyarınca yapılan mantıksal bir altlamadan başka bir şey içermediğini ciddi bir şekilde iddia etmeye devam etme[nin] mümkün' olmadığına dair bir tespite katılmasıdır. Larenz'den yaptığı bu iktibas, Alexy'ye göre, çağdaş hukuk metodolojisi tartışmalarındaki birkaç uzlaşma noktasından birini yansıtır.

> "Pek çok davada, hukuki uyuşmazlığı çözen yargıyı ifade eden tekil normatif önerme, varsayılan veya doğru olduğu ispatlanmış olgu önermeleriyle birlikte geçerli kabul edilen hukuk normlarının formülasyonlarından çıkarılan mantıki bir sonuç değildir." (Alexy 1989: 1)

Alexy 'mantıki sonuç' ile, büyük önermeyi bir hukuk normunun (N), küçük önermeyi davaya ilişkin olguları ifade eden önermenin (O) oluşturduğu bir tasımdan mantıken zorunlu çıkan sonucu (H) kasteder. Alexy'ye göre bazı, hatta pek çok davada sonucun öncüllerden mantıken çıkmamasının en az

dört nedeni vardır: (1) hukuk dilinin muğlaklığı; (2) normlar arasındaki muhtemel ihtilaf; (3) mevcut geçerli bir norm altına girmeyen hukuki bir önermeyi gerektiren davaların bulunması olgusu; ve son olarak (4) bazı özel durumlarda, yasanın lafzının aksine bir kararın olması imkânı.

Alexy'ye göre, N'den ve O'dan mantıken çıkan bir yargı hükmü (H), N ve O çerçevesinde gerekçelendirilebilmektedir. Ancak eğer N'den ve O'dan mantıken çıkmayan hükümler varsa, bu hükümlerin nasıl gerekçelendirilebileceği sorunu ortaya çıkar ki, bu, hukuk metodolojisinin temel sorunudur.

N'den ve O'dan mantıken çıkmayan kararların gerekçelendirilebilmesi için, ya söz konusu N ve O'dan H'ye geçmeyi, ya da N ve O arasındaki mantıki boşluğu dolduran yeni bir kuralı eklemeyi mümkün kılan kural ve usûller bulunmalıdır. Alexy, yaygın olan görüşün, bu görevin yorum kuralları tarafından yerine getirileceğini benimsediğini belirtir. Ne var ki, yorum kurallarının ne adlarına, ne sayılarına, ne de uygulamada hangi sıranın izleneceğine ilişkin herhangi bir uzlaşma bulunur. Üstelik yorum kuralları çoğunca yeniden yorumlanmayı gerektirecek ölçüde belirsizlik taşır.

Bu zayıflıklarına rağmen, Alexy'ye göre, yorum kuralları tümden kullanışsız da değildir. Ancak, yargı kararlarının gerekçelendirilmesi açısından kendi içlerinde yeterli olduklarını düşünmek de yanlış olacaktır.

Alexy, belki de mevcut hukuki metotların ve yorum kurallarının yetersiz kaldığı en uç sınırı tasvir etmek üzere, bir yargı kararının mevcut olgusal önermelerle birlikte normlardan çıkmadığı ve bu kararın hukuki metot kurallarına atıfla da tamamen gerekçelendirilemediği bir durumu –örnek vermeksizin– tahayyül etmemizi ister. İşte bu tip durumlarda, hukuk normlarının, hukuki metot kurallarının ve hukuk dogmatiğinin öğretilerinin devre dışı kalması ölçüsünde, hâkim, Alexy'nin ifadesiyle, karar-verici-takdire sahip olacaktır. Dolayısıyla da, yarışan çözümler arasında bir tercih yapılacaktır.

Yapılan tercih, tekil bir normatif ifadenin, karar vericinin

konumuna göre ortaya konmasıdır. Bir hukukçu biliminsanı böylece bir tez ileri sürmüş olacak, hâkim ise yargı kararına imza atmış olacaktır. Tekil bir normatif önerme, belli kişilerin ne yapmaları gerektiğini, ne yapmamaları gerektiğini veya neye mezun olduklarını söyler. Dolayısıyla verilen karar, bir şeyin yapılması veya yapılmaması ile ilgilidir. Böyle bir durumda, bazı eylem veya durumlara, diğer eylem veya durumlara oranla öncelik tanınmış olmaktadır. Bu yargı, öncelik tanınan eylem veya durumun diğerlerinden daha iyi olduğunu söylemesi anlamında, kararın temelini oluşturan bir değer yargısıdır. Hukuk, değer yargılarından kaçamaz. Asıl sorun ise şudur:

> "...değer yargıları nerede ve ne ölçüde gereklidir, değer yargıları ile hukuki yorum metotları ve hukuk dogmatiğinin önerme ve kavramları arasında nasıl bir ilişki vardır ve bu değer yargıları rasyonel olarak nasıl temellendirilebilir veya gerekçelendirilebilir?" (Alexy 1989: 7)

Alexy, bu soruların cevaplarını, etik hakkındaki modern tartışmaların, çağdaş dil felsefesinin ve aynı zamanda argümantasyon teorisindeki yakın zamanlı gelişmelerin ışığında arayacağını söyler. Amacı, farklı alanlarda üretilmiş teorileri eleştirel bir tartışma sonucunda soruşturmasına uygulamaktır.

Alexy, hukuki muhakemeyi dersliklerden mahkeme salonlarına farklı durumlarda ortaya çıkan dilsel bir faaliyet olarak görür:

> "Bu dilsel faaliyet, normatif ifadelerin doğruluğuyla ilgilidir. Böyle bir faaliyeti 'tartışma' olarak ve üstelik bu tartışma normatif ifadelerin doğruluğuyla ilgili olduğundan, onu 'pratik tartışma' olarak tasarlamak uygun olacak. Hukuk tartışması, genel pratik tartışmanın özel bir halidir." (Alexy 1989: 14-5)

Alexy, kendi sunduğu teorinin, fiili veya mümkün argümanların mantıksal yapısına odaklanması ve hukuki tartışmalar için rasyonalite ölçütleri önermesi ve bu ölçütleri gerekçelendir-

mesi açısından analitik ve normatif olduğunu söyler. Alexy'ye göre:

> "...hukuki tartışmanın genel pratik tartışmanın özel bir hali olduğu düşüncesi, merkezi bir öneme sahiptir. Hukuki tartışma da genel pratik tartışma da normatif ifadelerin doğruluğuyla ilgilidir. Bu onların ortak noktasıdır. (...) Hukuki tartışma özel bir haldir, zira hukuki argümantasyon pek çok sınırlayıcı koşul altında gerçekleşir." (Alexy 1989: 16).

Alexy'nin pratik tartışmayla neyi kastettiğini, yine kendi ifadelerinden takip edelim:

> "Pratik tartışmanın en basit modeli, A'nın yapılıp yapılmaması gerektiğini veya A'nın iyi olup olmadığını tartışan iki kişi arasındaki tartışmadır. Bir anlaşmaya varmanın iki muhtemel yolu vardır. Birincisinde, taraflardan biri diğerine karşı iddiasının doğruluğunu, iddiasını gerekçelendirerek, iddiası için temeller sunarak vs. kanıtlar. İkincisinde ise, taraflardan biri başka araçlarla anlaşmaya vardırılır. Burada pek çok araç söz konusudur. Her türlü ikna, psikolojik baskı ve propaganda metodu bunlara dahildir. Birinci yol, ahlaki bir kanaatin gerekçelendirilmesiyle ilgilidir. İkincisi ise en iyi şekilde psikolojik açıdan açıklanan bir süreçtir." (Alexy 1989: 34)

Alexy'nin cevabını aradığı soru şudur:

> "Ahlaki kanaatlerin gerekçelendirilmesi mümkün müdür, mümkünse bu gerekçelendirme nasıl yapılabilir?" (Alexy 1989: 34)

Alexy, normatif ifadelerin doğruluğunun öne sürülmesini (değer yargılarının gerekçelendirilmesini) neden pratik tartışma çerçevesinde ele aldığını şöyle açıklar: Normatif bir ifade ortaya koyan kişi (mesela, 'Ahmet'in davranışı kötüydü.') bunu bir sebeple savunduğunda (mesela 'Ahmet yalan söyledi.'), dile getirmiş olsun olmasın bir kurala dayanır (mesela 'Yalan söylemek kötüdür.'). Eğer söz konusu normatif ifade çürütülmek

isteniyorsa, sebebe veya kurala saldırmak mümkündür. Kurala saldırıldığında, yeni bir sebep bulmak gerekecektir (mesela 'Yalan, kaçınılması mümkün kötü sonuçlar doğurur.'). Tabii ki bu sebep de başka bir kuralı varsaymıştır (mesela 'Kaçınılması mümkün zararlar doğuran her şey kötüdür.). Bu böyle devam eder gider. Sonsuz geriye gidiş, Alexy'ye göre, ancak kendisi sınamaya tabi olmayan nihai bir gerekçe sunulmak suretiyle sonlandırılabilir. Bu ise, keyfi bir karar olacaktır. İşte keyfilikten ve sonsuz geriye gidişten kurtulmanın yolu, pratik tartışmanın kurallarına dayanmaktır:

> "[Münchhausen-Trilemma'dan [sonsuz geriye gidişten]], her bir ifadenin başka bir ifadeyle gerekçelendirilmesi gerekliliği, gerekçelendirme usûlünü düzenleyen gereklilikler lehine bir noktada kesilmek suretiyle kaçınmak mümkündür. Bu gereklilikler rasyonel tartışma kuralları olarak formüle edilebilir. Rasyonel tartışma kuralları, mantık kurallarındaki gibi sadece ifadelerle ilgili değildir; bunun da ötesine geçerek konuşmacının davranışını da düzenler." (Alexy 1989: 179)

Özetleyecek olursak, Alexy'nin hukuki argümantasyon teorisi, yargı kararlarının verilmesinde değer yargılarından kaçınılamayacağından hareketle, sorunu, değer yargılarının nasıl gerekçelendirilebileceği sorusu üzerine inşa eder. Teori, değer yargılarının gerekçelendirilmesini, normatif ifadelerin doğruluğuyla ilgili bir tartışma olarak görür. Bu nedenle de, genel pratik tartışma altında özel bir hal olarak hukuki tartışma alanı tasarlar. Teori, normatif ifadelerin tartışılması usûlünü, tartışmada kullanılan argümanların mantıksal yapısını ve verilen kararların rasyonel olmasının sağlanması için yerine getirilmesi gereken ölçütleri vermeyi vaat etmektedir.

Alexy'nin Yaklaşımının Düşünsel Temelleri

Alexy, nihai amacı olan hukuki argümantasyon teorisini sunmadan önce, ahlak ve dil felsefesi ile argümantasyon tartışma-

larındaki çeşitli teorileri tartışır. Bu teorilerin genel pratik tartışmanın ve hukuk tartışmasının kurulmasıyla ilgili yönlerini ele alır, bunların bir kısmını eleştirerek yetersiz bulur; bunun yanında kullanışlı olduğunu düşündüğü bazı önermeleri kabul ederek incelemesine devam eder. Bu alanlarda sürdürdüğü incelemesinin ardından, önce genel pratik tartışmanın ana hatlarını, koşullarını ve tartışmayı yöneten kuralları ortaya koyar, sonra da hukuki tartışmayı açıklar.

Alexy'nin normatif dil teorisi (Wittgenstein, Austin, Stevenson) ve analitik ahlak felsefesi (Hare, Toulmin, Baier) incelemelerinden çıkardığı sonuçları, şu şekilde özetleyebiliriz:

> Ahlaki dilin (ahlakın dilinin) işlevi, ahlak felsefesindeki doğacılığın ve sezgiciliğin iddialarının aksine, empirik veya empirik olmayan nesnelerin, özelliklerin ve ilişkilerin tasvirinden ibaret değildir (Stevenson) (Alexy 1989: 34-47).
>
> Ahlaki tartışma (normatif ifadelerin doğruluğu hakkındaki tartışma), daha çok, çıkarların makul bir şekilde dengelenmesiyle ilgili, kendine özgü kurallı bir faaliyettir. Pratik tartışma teorisinin en önemli görevi bu faaliyeti düzenleyen kuralların dile getirilmesidir. Bunun yapılmasında, fiilen mevcut dil oyunlarının kurallarının tasviri ve analizi ile bu kuralların gerekçelendirilmesi veya temellendirilmesini birbirinden ayırmak büyük önem taşır. Bunların ilki teorinin empirik ve analitik kısmına aitken, ikincisi normatif kısmına aittir (Wittgenstein, Austin) (Alexy 1989: 47-58).
>
> Normatif ifadeler evrenselleştirilebilir ifadelerdir. Bunun anlamı, normatif bir ifade olan N için G sebebine başvuran kişi, G'nin N için bir sebep veya temel olması sonucunu doğuracak bir kuralı varsayıyor olmasıdır (Hare, Baier, Toulmin) (Alexy 1989: 58-99).

Alexy sunduğu teorinin çerçevesini, büyük ölçüde Habermas'ın doğruluk hakkındaki konsensüs teorisinden ve bu teorinin önemli bir unsuru olan ideal konuşma durumundan aldığı düşüncelerle çizer.

Habermas'ın geliştirdiği doğrulukla ilgili konsensüs teori-

sini benimseyen Alexy, bu teoriyi incelerken Habermas gibi öncelikle klasik teorileri, özellikle de uygunluk teorisini ele alır. Uygunluk teorisine göre bir önermenin doğruluğu, önermede dile getirilenlerin fiilen mevcut olanlara uygun olmasıdır. Doğruluk, cümle ile olgu arasındaki uygunluktur. Buna karşılık konsensüs teorisi, konuşmacının bir nesneye bir özellik atfedebilmesi için, sadece ve sadece konuşmacıyla müzakere edebilecek her bir kişinin aynı özelliği o nesneye atfedebilecek olmasını arar. Doğru önermeleri yanlış olanlarından ayırabilmek için, diğer kişilerin yargılarına gönderme yapılır. Dolayısıyla da bir önermenin doğruluk koşulu, her bir başka kişinin potansiyel katılımı olmaktadır (Alexy 1989: 102).

Konsensüs teorisinin benimsenmesinin ardından, Alexy, Habermas'ın iki iletişim formu –eylem (*Handlung*) ile tartışma (*Diskurs*) arasında yaptığı ayırımı ele alır. Bu ayırım, pratik tartışma teorisinin de temelini oluşturacaktır:

> "'Eylemler'de, söz edimindeki iddianın doğru olup olmadığı sorusu, onda ifade edilen durumun mevcut olup olmadığı sorusu –yani olgu– sorulmaz. Böyle bir iletişimin teması daha çok dünyadaki nesnelerin deneyimidir. Bu deneyimlerle ilgili enformasyon unsurları mübadele edilir. Bu unsurlar, enformasyonun sübjektif temele mi yoksa objektif temele mi dayandığına bağlı olarak güvenilirdir veya güvenilir değildir. Enformasyonu destekleyen eylemler başarılı olduğunda, enformasyon objektif deneyime dayanmıştır. Enformasyon unsurları hakkında şüphe duyulduğunda –yani enformasyonu taşıması için kullanılan önermenin doğruluğu sorgulandığında– eylem alanı terkedilmiş ve başka bir iletişim alanına, 'tartışma'ya geçilmiştir." (Alexy 1989: 105)
>
> "'Eylem' ve 'tartışma' arasındaki ayırımın sonucu olarak, olgunun şu tanımına ulaşılır: olgu, tartışmayla gerekçelendirilebilen önermenin söylediğidir." (Alexy 1989: 107)

Doğruluk sorununu olgu-önerme uygunluğundan kurtarmış olmak, normatif önermelerin doğru-yanlış değeri alamayacağı iddiasını da çürütür. Normatif önermeler olgu-önerme uygun-

luğu açısından doğruluk değeri alamayabilirler, ancak usûlü belirlenmiş bir tartışma sonunda gerekçelendirildikleri takdirde, doğru, ya da en azından rasyonel olarak nitelendirilebilirler.

Konsensüs teorisi, konsensüsün sağlanması ve belirlenmesi açısından sorun taşır. Habermas, fiili ve yaygın bir konsensüsün belirlenmesindense, sağlam (iyi temellendirilmiş) bir konsensüsten bahsetmekte, ki bu da az sonra göreceğimiz ideal konuşma durumuyla ulaşılabilir olmaktadır. Habermas'a göre, başarılı bir dil oyunu, dört geçerlilik iddiasının karşılıklı kabulünü gerektirir: ifadenin anlaşılabilirliği, önermenin doğruluğu, performatif unsurun yerindeliği ve konuşmacının dürüstlüğü. Bunlardan ilki, yani anlaşılabilirlik, bir önkoşuldur. Dürüstlük ise, ancak kabulle mümkün olabilir. Bunun yanında doğruluk ve yerindelik, sadece tartışma vasıtasıyla kurulabilir.

Habermas'ın ideal konuşma durumu, tartışmayla ilgilidir. Tartışmaya katılan kişiler, bütün sınırlamalardan ve zorlamalardan azade olmalıdırlar. Üstelik söz ediminde bulunma konusunda da bütün tartışmacılar eşit hak ve imkânlara sahip olmalıdır. Tartışmacılar eşit imkâna sahip olmak üzere, yorumda bulunabilir, iddiada bulunabilir, tavsiyede bulunabilir, açıklama getirebilir; diğerlerinin söz edimlerini tartışmaya açabilir, destekleyebilir veya reddedebilirler.

Alexy, Habermas'ın teorisi hakkındaki incelemesinin eleştirilerinden, kendi sunacağı rasyonel pratik tartışma için bir genel gerekçelendirme kuralına dayanan üç rasyonalite kuralı ve iki gerekçelendirme kuralı çıkarır. Alexy'nin *genel gerekçelendirme kuralı* dediği kural şudur:

> Her konuşmacı, gerekçelendirme yapmayı reddetmesini haklı gösteren nedenleri gösteremedikçe, kendisinden istendiği takdirde, iddiası için nedenler sunmak zorundadır.

Bu genel gerekçelendirme kuralı üzerine bina edilen üç rasyonalite kuralı şöyledir:

(1) Konuşabilen herkes tartışmada yer alabilir.

(2) (a) Herkes bir iddiayı sorun haline getirebilir.
(b) Herkes tartışmaya yeni bir iddia getirebilir.
(c) Herkes tutum, arzu veya ihtiyaçlarını ifade edebilir.

(3) Hiçbir konuşmacı (1) ve (2)'deki haklarını kullanmaktan herhangi bir türden dahili veya harici zorlama ile geri bırakılamaz.

Alexy'nin Habermas'ın ideal konuşma durumundan çıkardığı iki gerekçelendirme kuralı ise şöyledir:

> Her bir bireyin çıkarlarının tatminine yönelmiş her bir kuralın sonuçları, herkes tarafından kabul edilebilir olmalıdır.
> Genel olarak kabul edilmesi gereken ihtiyaçların yorumu, 'eleştirel jenesis' çerçevesinde incelemeye dayanabilir olmalıdır.

Habermas'ın teorisinden sonra Erlangen Okulu'nun pratik müzakere teorisini ele alan Alexy, kendi pratik tartışma teorisinde, bu okulun kelimelerin kullanımı konusundaki düşüncesini, diğer teorilerde de yer alan genelleştirilebilirlik veya evrenselleştirilebilirlik düşüncesini ve Habermas'ın da işaret ettiği 'eleştirel jenesis' kavramını kullanır. 'Eleştirel jenesis' kavramı, herkes tarafından kabul edilebilirliğin yorumunda, toplumsal ve tarihsel unsurların dikkate alınmasını gerektirir.

Alexy kendi rasyonel pratik tartışma teorisini sunmadan önce son adım olarak Perelman'ın argümantasyon teorisini ele alır. Genel itibariyle eksik de bulsa, Perelman'ın ideal dinleyici kitlesi ile Habermas'ın konsensüs teorisi arasında bir paralellik kurar ve herkesin kabul edebileceği bir norm düşüncesinin varlığına işaret eder. Evrensel rasyonalite düşüncesini zaten temel alan Alexy açısından bu noktanın taşıdığı önem açıktır. Yine Perelman'ın iknayı olanaklı kılmak için dinleyici kitlesinin kanaatleriyle uyumlu argümanlar ileri sürmeyi tavsiye etmesi çerçevesinde, bir argümantasyonun mutlaka tarihsel ve toplumsal olarak belirlenmiş bazı düşüncelerle başlaması gerektiği düşüncesini, daha önce de benimsediğini belirttiği

düşüncelere destek olarak sunar. Nihayet, Perelman'ın argümantasyonun sonucunun biricik ve ilânihaye doğru olamayacağı düşüncesini, argümantasyonun eleştiriye ve toleransa açık olması gerektiği düşüncesine bağlar.

Alexy'nin teorisine temel dayanak noktası yaptığı görüşleri ele aldığımız bu bölümü bir uyarıyla bitirmemiz gerekiyor. Alexy, eleştirel jenesis kavramını kullanırken ve Perelman'ın dinleyici kitlesinin kanaatleriyle uyumlu argümanlar ileri sürmesini benimseyerek, argümanların tarihsel ve toplumsal belirlenmişliğine işaret ederken evrensel rasyonalite düşüncesinden vazgeçmiş değildir. Mesela, Wittgenstein'ın dil oyunlarıyla ilgili görüşlerinin büyük kısmını benimser, ancak mesele dil oyunlarının altında yatan dünya resimleri ve yaşama formlarının gerekçelendirmeye tabi olmadığı, dolayısıyla eleştiriye de tabi olmadığı düşüncesine gelince, buna katılmadığını belirtir. Zira farklı beşeri 'yaşama formları'nın bulunduğunu ve bunların gerekçelendirilemeyeceği ve eleştirilemeyeceğini kabul etmek, ahlaki diskurun evrenselliği düşüncesini terk etmeyi gerektirir. Bu kurallardan ikincisinde yer alan ve daha sonra biraz daha ayrıntılı bir şekilde değineceğimiz 'eleştirel jenesis' kavramı, herkes tarafından kabul edilebilirliğin yorumunda, toplumsal ve tarihsel unsurların dikkate alınmasını gerektirir.

> "Bu görüşe karşıt olarak, yaşama formları ve dünya resimleri hakkında gerçekte tartışmalar yapıldığını söylemek mümkün. Hıristiyanlar ile Komünistler arasında bir diyalog olabilir. Hatta daha da önemlisi: ne gerekçelendirme sürecinin ne de eleştirinin varsayımlar olmaksızın devam edemeyeceğinin gözlemlenmesi tezi ile varsayılanın nihayetinde tartışmaya açık olmadığı (yani, ne gerekçelendirmeye ne de eleştiriye açık olduğu) tezini birbirinden ayırmak gerekiyor. İkinci düşünce birincinin sonucu değil... Bununla birlikte, her varsayımın tartışmaya açık olduğu tezi, herşeyin eş zamanlı olarak gerekçelendirilebileceği anlamına da gelmiyor." (Alexy 1989: 53)

Bu kurallardan ikincisinde yer alan 'eleştirel jenesis' kavramı, herkes tarafından kabul edilebilirliğin yorumunda, toplumsal ve tarihsel unsurların dikkate alınmasını gerektirir.

Genel Rasyonel Pratik Tartışma Teorisi

Alexy'nin, pratik tartışma teorisini kurma nedeninin normatif tartışmaların doğruluğuyla ilgili yapılan değerlendirmenin sonsuz geriye gidişten kurtarılması olduğunu belirtmiştik. Alexy tartışmanın kuralları lehine olmak üzere her bir önermenin başka bir önermeyle gerekçelendirilmesi gereğinden vazgeçilebileceğini, bunun bir noktada kesilebileceğini söyler.

> "Bu kurallara [tartışma kurallarına] uyulması, sonuçların nihai kesinliğini garanti etmez, ancak yine de sonuçların rasyonel olarak nitelendirilmesini olanaklı kılar. Rasyonalite, buna uygun olarak, nihai kesinlikle eş tutulmamıştır." (Alexy 1989: 179)

Dolayısıyla pratik tartışma teorisinin temel amacının normatif ifadelerin doğruluğu hakkında yapılacak bir tartışmanın kurallarını, Alexy'nin de kabul ettiği ve daha sonra değineceğimiz eksikliklerine rağmen, belirlemektir. Hatta eğer teorinin eksiklikleri giderilebilirse, "*bir gün pratik aklın kodu gibi bir şey inşa edilebilecektir*" (Alexy, s. 188). Daha sonraki tarihli bir çalışmasında Alexy, "pratik aklın kodu" ile "*pratik aklın, pratik bir yargının doğruluğunu belirlemek için tatbik etmesi gereken tüm ölçütlere gönderme yapan 'pratik rasyonalite'yi*" kastettiğini belirtecektir. Bu anlamda, 'makuliyet' ile 'pratik rasyonalite' hemen hemen aynı anlama sahiptir. Tek fark, makuliyet kavramının, geniş anlamda rasyonalitenin yaptığından daha fazla bir şekilde pratik rasyonalitenin belli özelliklerine doğrudan dikkat çekmesidir.

Pratik tartışma teorisi, temel kurallardan, rasyonalite kurallarından, argüman (ispat) yükünün dağıtımı kurallarından, gerekçelendirme formlarından, gerekçelendirme kuralların-dan ve geçiş kurallarından oluşur.

TEMEL KURALLAR

(1.1) Konuşmacı kendisiyle çelişemez.

(1.2) Konuşmacı ancak gerçekten inandığı şeyi iddia edebilir.

(1.3) Bir *a* nesnesine F yüklemini uygulayan konuşmacı, ilgili açılardan *a* nesnesi gibi olan nesnelerin hepsine F'yi uygulamaya hazır olmalıdır.

(1.3') Her konuşmacı, verili bir durumda, yalnızca, verili durum*a*, ilgili bütün açılardan benzer durumlarda aynı çerçevede iddia etmeye hazır olduğu değer ve yükümlülük yargılarını iddia edebilir.

(1.4) Farklı konuşmacılar aynı ifadeyi farklı anlamlarda kullanamazlar.

İlk kural olan (1.1), mantık kurallarına gönderme yapar. Alexy'ye göre, mantık kuralları normatif ifadelere de uygulanabilir. Normatif ifadelerin doğru-yanlış değeri alamayacağına ilişkin Jorgensen dilemmasına karşılık olarak Alexy, doğru ve yanlış değerleri yerine, geçerli ve geçersiz, meşru ve gayrimeşru değerlerinin seçilebileceğini; veya normatif ifadelerde 'eğer...öyleyse', 'bütün' ve 'bazı' gibi ifadelerin geçmesinin, bu cümleler arasında da söz konusu mantıksal ilişkilerin var olduğunun delili olarak düşünülebileceğini söyler. Üçüncü ve en iyi yol olarak, normatif cümlelere doğruluk ve yanlışlık yüklemeye izin veren bir semantik inşasını gösteren Alexy, model teorilerine ve deontik mantığa gönderme yapar.

RASYONALİTE KURALLARI

(2) Konuşmacı, gerekçelendirme yapmayı reddetmesini haklı gösteren nedenleri gösteremedikçe, kendisinden istendiği takdirde, iddiası için nedenler sunmak zorundadır.

(2.1) Konuşabilen herkes tartışmada yer alabilir.

(2.2) (a) Herkes bir iddiayı sorun haline getirebilir.
(b) Herkes tartışmaya yeni bir iddia getirebilir.
(c) Herkes tutum, arzu veya ihtiyaçlarını ifade edebilir.

(2.3) Hiçbir konuşmacı (2.1) ve (2.2)'deki haklarını kullanmaktan herhangi bir türden dahili veya harici zorlama ile geri bırakılamaz.

Pratik tartışma, normatif cümlelerdeki iddiaların gerekçelendirilmesi ile ilgilidir. Bir şey hakkında inancını beyan eden, bu beyanının yanında aynı zamanda iddiasının gerekçelendirilebilir, yani doğru olduğunu da iddia eder. Bu düşünceye dayanan kural (2), aynı zamanda genel gerekçelendirme kuralı olarak da adlandırılır. Son üç kural ise, Habermas'ın ideal konuşma durumundan çıkarılan, tartışmada herhangi bir zorlama veya sınırlamanın olmamasını düzenleyen kurallardır.

ARGÜMAN (İSPAT) YÜKÜNÜN DAĞITIMI KURALLARI

(3.1) Her kim A kişisine B kişisinden farklı bir şekilde davranmayı teklif ediyorsa, böyle yapmasının gerekçesini sunmakla yükümlüdür.

(3.2) Her kim tartışmanın konusunu oluşturmayan bir önerme yahut norma karşı çıkarsa, böyle yapmasının nedenini belirtmelidir.

(3.3.) Argüman ileri süren herkes, karşı argümanlar bulunduğu takdirde, sadece daha ileri argümanlar üretmekle yükümlüdür.

(3.4) Her kim bir tartışmada tutum, arzu veya ihtiyaçları hakkında, bir önceki ifadeyle ilgili bir argüman oluşturmayan bir iddia yahut ifade ortaya koyarsa, istendiği takdirde bu davranışını gerekçelendirmelidir.

Kural (2.2) çerçevesinde her türlü iddianın tartışmaya getirilmesi mümkündür. Bu iddialar, sunulan iddialarla ilgili de olabilir. Ancak her türden iddianın gerekçelendirilmesini istemek tartışmayı sonuçsuz bırakabilecektir. İspat yükünün dağıtılmasıyla, hangi durumlarda kimin ispatla yükümlü olduğu ortaya konmuş olur. Kural (1.3')'ten sapma anlamına gelen bir

iddia ileri süren kişi, kural (3.1) uyarınca iddiası için gerekçe sunmakla yükümlüdür. (3.2)'de tartışma konusu olmayan (ve zaten kabul edildiği varsayılan) önermelere saldırılması durumunda bunun gerekçelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bir tartışmacının, karşısındaki kişiden sürekli yeni argümanlar istemesi kabul edilemez. Kural (3.3)'e göre, iddia sahibi, ancak karşı argümanlar bulunduğu takdirde yeni argümanlar sunmak durumundadır. Kural (3.4), (2.2.b) ve (2.2.c) çerçevesinde verilen iznin, tartışmaya etkisinin tartışmacılarca belirlenmesini güvence altına alır.

ARGÜMAN FORMLARI

Argüman formları, pratik tartışmada ileri sürülen argümanların muhtemel formlarını şematize eder. Tekil normatif ifadeler, pratik muhakemenin asli konusudur. Mesele, normatif ifadenin gerekçelendirilmesidir. Muhatabının (yahut bir başkasının) belli bir şekilde davranması gerektiğini söyleyen kişi, buna ilişkin bir neden bulmak durumundadır. Bu neden, normatif ifadede dile getirilen kuralın geçerli (uygulanabilir) olduğunu da gösterecektir.

Normatif ifade (N), bir *kurala* (K) ve K'nın uygulanmasının koşullarını oluşturan *temellere* (T) atıf yapılmak suretiyle gerekçelendirilir. Buradaki temel (T), belirli bir kuralın (K) uygulanması, yahut kurala uyulması gerektiğini gösteren gerekçeyi oluşturur. Şematize edecek olursak:

(4) T
K
N

Bu genel formun iki alt-formu bulunur:

(4.1) Ş
K
N

Burada N, bir kuralla (K) ve bu kuralın uygulanma koşullarının (Ş) (bunlar bir kişinin, fiilin veya ilişkinin özelliklerine atıf yapabilir) yerine getirildiği iddiasıyla gerekçelendirilir. Elimizdeki durumda kuralda dile getirilen kişinin özelliklerini taşıyan bir kişi vardır; kuralda dile getirilen fiilin özelliklerini taşıyan bir fiil söz konusudur; kuralda betimlenen ilişkinin özelliklerine sahip bir ilişki bulunmaktadır; yahut, kuralda yer alan durumun koşullarını taşıyan bir durum ortaya çıkmıştır. Kural geçerlidir, uygulanabilirdir, zira söz konusu koşullar oluşmuştur. Dolayısıyla normatif ifade (N) doğrudur.

(4.2) S
$\frac{K}{N}$

Normatif ifade (N) bazen belli sonuçların zorunlu, yahut iyi olduğunu iddia eden bir kuralla (K) ve bu sonuçlar (S) hakkındaki bir iddiayla gerekçelendirilir. Başka bir deyişle, normatif ifade (N), belli sonuçlara ulaşılması gerektiğini söylemektedir. Böyle bir normatif ifade (N), söz konusu sonuçlara ulaşılmasının iyi, yahut zorunlu olduğunu söyleyen bir kuralın (R) var olduğunu varsaymak zorundadır. Eğer konuşma diliyle ifade edecek olursak, "x sonucunu ortaya çıkarmak zorundasın" normatif ifadesine yöneltilecek "neden" sorusu, "çünkü K kuralına göre, x sonucunu ortaya çıkarmak iyidir/zorunludur" cevabını verebiliyor olmalıdır.

Elbette normatif ifadeye dayanak oluşturan K kuralı hakkında da bir tartışma söz konusu olabilir. K kuralı çeşitli şekillerde gerekçelendirilebilir. Eğer kuralın sonuçları (S_k) gerekçe olarak kullanılacaksa, bu sonuçları gerektiren yeni bir kural (K') getirilmelidir (Alexy, s. 199):

(4.3) S_k
$\frac{K'}{K}$

Başka bir ifadeyle, K kuralı geçerlidir ve uygulanabilirdir, zira kuralın sonuçlarını gerektiren bir başka kural bulunmaktadır.

Kuralı gerekçelendirmek için kullanılabilecek bir başka argüman formu, normalde K kuralının altında sınıflandırılamayacak bir koşulda/durumda (Ş') yine de K kuralının uygulanması gerektiğini söyleyen bir kurala (K') dayanmaktır (Alexy, s. 199):

(4.4) Ş'
K'
K

GEREKÇELENDİRME KURALLARI

(5.1.1) Başkalarının çıkarlarının tatmin edilmesi açısından belli sonuçlara sahip bir kuralı varsayan normatif bir önerme dile getiren herkes, kendisinin bu kişilerin konumunda olması ihtimalinde dahi, söz konusu sonuçları kabul edebilir olmalıdır.

(5.1.2) Her bir bireyin çıkarlarının tatminine yönelmiş her bir kuralın sonuçları, herkes tarafından kabul edilebilir olmalıdır.

(5.1.3) Her bir kural alenen ve evrensel olarak öğretilebilir olmalıdır.

Her durumda rasyonel anlaşmayı güvence altına alacak bir usûl sunmanın mümkün olmadığını söyleyen Alexy, tartışmacıların fiili olarak sahip oldukları ancak uyumsuz olan görüşlerinin değiştirilmesi ihtimalini artıracak bir usûl olarak, Habermas ile Lorenz ve Schwemmer tarafından geliştirilen eleştirel jenesis kavramına başvurur. Eleştirel jenesis, ahlaki kanaatlerin toplumlarda ve bireylerde ortaya çıkış sürecinin rasyonalite ve ideal tartışma durumu çerçevesinde, tartışmacılar tarafından yeniden inşa edilmesidir. 'İhtiyaçların algılanması ve yorumlanması sonucunda ortaya çıkan ahlaki

kanaatler, bu ortaya çıkış sürecinde rasyonalite ve ideal tartışma durumu olsa idi nasıl gerekçelendirilebilirdi' sorusunun sorulmasıyla, tartışmacılar ahlaki kanaatlerini sorgulayabileceklerdir.

(5.2.1) Konuşmacının ahlaki görüşlerinin altında yatan ahlak kuralları, tarihsel kökenleri itibariyle eleştirel sınamaya dayanabilir olmalıdır. Bir ahlak kuralı, aşağıdaki durumların varlığında böyle bir sınamaya dayanamaz:

(a) Köken itibariyle rasyonel gerekçelendirmeye tabi tutulabilir olmakla birlikte, gerekçe niteliğinin zaman içerisinde kaybedilmesi, yahut;

(b) Köken itibariyle rasyonel gerekçelendirmeye tabi tutulamaz olması ve zaman içerisinde yeterli yeni temellerin bulunmamış olması.

(5.2.2) Konuşmacının ahlaki görüşlerinin altında yatan ahlak kuralları, bireysel olarak ortaya çıkışları çerçevesindeki eleştirel sınamaya dayanabilir olmalıdır. Bir ahlak kuralı, yalnızca bazı gerekçelendirilemez sosyalleşme koşulları temelinde kabul edilmişse, böyle bir sınamaya dayanamaz.

Son kural, pratik tartışmaların fiilen ortaya çıkmış pratik sorunları çözmek için gerçekleştirildiği düşüncesinden yola çıkılarak ihdas edilmiştir:

(5.3) Fiili gerçekleştirilebilirlik sınırları dikkate alınmalıdır.

GEÇİŞ KURALLARI

Geçiş kuralları, Habermas'ın ideal konuşma durumuyla ilgili olarak öngördüğü serbestliğin sağlanması üzere konulmuştur:

(6.1) Herhangi bir konuşmacının herhangi bir zamanda teorik (empirik) bir tartışmaya geçmesi mümkün olmalıdır.

(6.2) Herhangi bir konuşmacının herhangi bir zamanda lingüistik-analitik bir tartışmaya geçmesi mümkün olmalıdır.

(6.3) Herhangi bir konuşmacının herhangi bir zamanda tartışmaya ilişkin-teorik bir tartışmaya geçmesi olanaklı olmalıdır.

Bu kurallar, pratik tartışmalarda çoğunca pratik argümantasyon vasıtasıyla halledilemeyen sorunlar için bir çözüm ihtimali olarak iş görür. Zira pratik tartışmanın tıkandığı noktada; olgularla, dille, yahut pratik tartışmanın bizatihi kendisiyle ilgili bir tartışma açmak gerekebilir. Böyle bir durumda pratik tartışma sonlandırılmış olmayacak, pratik tartışmayı tıkayan söz konusu sorunlarla ilgili başka bir tartışma açma imkânı verilecek, böylece bu tartışmada uzlaşma sağlandığı takdirde pratik tartışmaya kaldığı yerden devam edebilecektir.

Hukuki Argümantasyon Teorisi

Alexy, hukuka ilişkin iddialarda bulunmayı, özelde de yargı kararlarının oluşturulmasında özünde değer yargıları ifade eden iddialar öne sürmeyi, tek tek kişilerin diğerlerinden bağımsız olarak yaptıkları eylemler olarak görme yerine, bu süreci bir diyalog, bir tartışma olarak görür. Hukuki yargıların ve yargı kararlarının rasyonalitesi hakkında söylenecek söz, böylece, tartışmanın rasyonalitesi hakkında söylenecek söze dönüşür.

Alexy'ye göre hukuki tartışmalar çeşitli tiplerde ortaya çıkabilir:

> "Hukuk bilimindeki (hukuk dogmatiği) tartışmalar, yargısal müzakere, mahkemelerdeki tartışmalar, hukuki sorunların yasama açısından (ister bizzat yasakoyucuların [parlamento üyelerinin] isterse komisyon ve komitelerde) ele alınması, hukuki sorunların öğrenciler veya hukukçular veya avukatlar veyahut da idari veya sektördeki nitelikli personel arasında tartışılması, aynı zamanda

da yargısal argüman formuna büründüğü oranda medyada hukuki sorunların tartışılması..." (Alexy 1989: 211)

Bu farklı tartışma tiplerinin farklı ve benzer yönleri vardır. Farklı yönlerden söz etmek gerekirse; bu tartışmaların bazıları kurumsallaşmıştır. Bazılarında belli bir sonuca belli bir zaman dilimi içerisinde varılması gerekir, bazılarında zaman sınırı yoktur; bazıları bağlayıcı kararlarla sonuçlanırken bazı tartışmalarda sadece tavsiyede bulunulur veya kararlar eleştirilir.

Bunun yanında buradaki tartışmaların hepsi, en azından kısmen hukukidir. Alexy'ye göre bunlara hukukilik vasfını veren, her şeyden önce, nasıl belirlenmiş olduğu sorunundan ayrık olarak, geçerli hukuk ile ilişkileridir.

"Bu, hukuki muhakeme ile genel pratik muhakeme arasındaki en önemli farkı gösterir. Hukuki tartışma bağlamında bütün sorular tartışmaya açık değildir. Tartışmalar belli sınırlar altında cereyan eder." (Alexy 1989: 212)

Alexy, hukuki tartışmanın pratik sorunlarla ilgili olmasını savunur:

"Hukuki sorunlarla ilgili pek çok tartışma, açık bir şekilde, normatif ifadelerin temellendirilmesinden çok olguların tespitini içerir. Bu sadece hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi ve hukuk teorisi araştırmalarında değil, geçerli hukukun tasvir edilmesi ve müstakbel yargısal davranışın tahmininde de böyledir. Burası, bu faaliyetlerin pratik sorunlara girilmeksizin mümkün olup olmadığını ve ne ölçüde mümkün olduğunu tartışmanın yeri değil. Bu faaliyetlerden ayrı olarak tek önemli nokta, pratik sorunları çözmeye yönelmiş bir hukuki muhakemenin var olduğudur. Bu hukuki muhakeme hem hukuk pratiğinde hem de hukuk bilimi alanında merkezi bir role sahiptir." (Alexy 1989: 213)

Hukuki sorunların doğruluk iddiası altında tartışılması, genel pratik tartışmadan farklılık gösterir:

> "Yargı kararlarında ileri sürülen, önerilen veya ilan edilen normatif önermelerin mutlak surette rasyonel olduğu gibi bir iddia yoktur; tek iddia, yargı kararındaki önermelerin yürürlükteki hukuk düzeni çerçevesinde rasyonel olarak gerekçelendirilebileceğidir." (Alexy 1989: 214)

Hukuki tartışmaların belli sınırlar altında cereyan etmesi, hukuki tartışmaları genel pratik tartışmaların özel bir hali olarak görmeyi gerektirir. Alexy bu düşüncesini iki açıdan gerekçelendirme ihtiyacı duyar. Zira, söz konusu sınırlamaların hukuki tartışmayı 'özel bir hal' yapmaya yetmeyeceği iddia edilebileceği gibi, bu sınırların hukuki tartışma içerisindeki söz edimlerini bir tartışma olarak değil de, sözgelimi Habermas'ın söylediği gibi, stratejik bir eylem olarak görmeyi gerektirebilir. Başka bir deyişle, bir tartışmadan bahsetmeyi olanaksız kılan çok fazla sınır vardır.

Alexy ilk olarak, hukuki tartışma tiplerinden en az sınırlamaya sahip olan bilimsel tartışmaların da 'hukuki' görülmesi gerektiğini söyler. Doğruluk iddiasıyla ilgili dile getirilen görüşle de bağlantılı olarak şöyle der:

> "Burada, gerekçelendirilecek normatif ifadenin serbest kapsamlı bir tartışmada evrensel bir kabule mazhar olacağı anlamında bir iddiada bulunulmaz, iddia edilen, geçerli olarak yürürlükte olan [hâkim olan] hukuk düzeninin altındaki her bir kişinin söz konusu ifadeyi kabul edeceğidir." (Alexy 1989: 218)

Hukuktaki sınırlamaların, bir hukuki tartışmadan bahsetmeyi olanaksız kılacak ölçüde fazla olmasıyla ilgili olarak ise, Alexy şunları söyler:

> "Şunu görmek lazım: Her ne kadar medeni hukuk yargısında taraflar, sözgelimi, kendi avantajlarıyla ilgilenmekteyseler de, uyuşmazlığın halli için uğraşmadıkları müddetçe, bu yaptıkları müzakerenin konusu olmaz. Bir mahkeme önündeki argümantasyon, uyuşmazlığın hallini amaçlayan bir müzakere-

deki argümantasyondan temel olarak ayrı tutulmalıdır. Taraflar ve avukatlar ileri sürdükleri argümanlarda, sübjektif olarak sadece kendi çıkarlarının peşinde olsalar bile, doğruluk iddiasında bulunurlar. Belli bir kararın lehinde ileri sürdükleri sebepler, en azından ilkesel olarak, hukuki bilimsel çalışmalarda yer alabilir. Özellikle üst derece mahkemelerindeki yargılamalarda bilinen tartışmalardan gerekçelendirici argümanlar almak hiç de olağan dışı değildir...

"...medeni hukuk davalarında taraflar kural olarak birbirlerini ikna etmek istemezler... ancak yine de her bir rasyonel insanın kendi görüşlerine katılacağını dile getirdikleri tarzda iddiada bulunurlar. En azından ideal koşullarda [her bir rasyonel insanın] kabulüne mazhar olacakları tarzda argümanlar ileri sürüyormuş gibi yaparlar. Tartışma teorisi, buradaki muhakemenin teorik anlaşılışı için sadece uygun değildir, onu anlamak için zorunludur da. "Bu, hukuki muhakeme teorisi olarak rasyonel tartışma teorisinin bütün hukuki tartışmaların, icbari olmayan sınırlanmamış bir iletişim anlamındaki bir tartışma olarak görülmesini varsaymadığını, sadece, hukuki tartışmalarda, tartışmanın bir doğruluk iddiası altında ve ideal koşullara atıfla sürdürüldüğünü varsaydığını açıkça ortaya koyar." (Alexy 1989: 219-220)

Bu muhakeme zincirinin sonunda, Alexy özel hal tezinin özünü şöyle ifade eder:

"Doğruluk iddiası esasında hukuki tartışmada da ileri sürülür, fakat bu iddia, genel pratik tartışmadan farklı olarak, tartışma konusu normatif ifadenin mutlak rasyonalitesiyle ilgili değildir; sadece, normatif ifadenin hâkim durumdaki hukuk düzeni çerçevesinde rasyonel olarak gerekçelendirilebileceği gösterilecektir." (Alexy 1989: 220)

Alexy, yukarıda da belirttiğimiz gibi, rasyonalite kavramını pratik rasyonalite, bir başka deyişle makuliyet anlamında kullanır. Sunduğu hukuki tartışma kurallarının kesin bir sonucu garanti etmediği konusunda okuyucularını uyaran Alexy, ke-

sinliği garanti eden başka bir usûlün de bulunmadığını hatırlatmadan edemez.

Alexy, rasyonel hukuki argümantasyonun kesinliği doğurmasında ısrar etmek için herhangi bir neden bulunmadığını söyler:

> "Sahih bilim paradigmasınca genelde hukukbilimin karşıtı olarak görülen doğa bilimlerinde dahi, şüphe taşımayan bir kesinliğe ulaşmak mümkün olmayabilir. Dolayısıyla kesinliğe ulaşılamıyor olması, hukukbilimin bilimsel karakterini veya onun rasyonel bir faaliyet olan doğasını inkar etmenin yeterli gerekçesini oluşturmaz.
>
> "Hukukbilimin rasyonel karakterini oluşturan kesinliğin sağlanması değil, bazı koşul, ölçüt ve kurala uyulmasıdır." (Alexy 1989, s. 293)

İşte, hukuki argümantasyon teorisi veya başka deyişle hukuki tartışma kuralları, hâkim olan hukuk düzenindeki rasyonel gerekçelendirmenin koşul, ölçüt ve kurallarını ele alacaktır.

HUKUKİ TARTIŞMA OLARAK HUKUKİ ARGÜMANTASYON

Yargı kararlarında dile getirilen normatif ifadelerin gerekçelendirilmesi iki düzeyden oluşur: dahili gerekçelendirme ve harici gerekçelendirme:

> "Dahili gerekçelendirme, bir görüşün, onu desteklemek üzere eklenen öncüllerden mantıksal olarak sonuçlanıp sonuçlanmadığı sorunuyla ilgilidir. Öncüllerin doğruluğu ise, harici gerekçelendirmenin inceleme konusudur." (Alexy 1989: 221)

DAHİLİ GEREKÇELENDİRME

Dahili gerekçelendirmenin en basit formu aşağıdaki gibidir:

(J.1.1)	(1)	$(x)\ (Tx \rightarrow ORx)$
	(2)	Ta
	(3)	ORa

Dahili gerekçelendirme, hukuki muhakemeyi bir dedüksiyon olarak formüle eder. Hüküm önermesi olan (3)'ün gerekçesi, (1) ve (2)dir. (1) bir kural, (2) ise olgu önermesidir.

Alexy'ye göre böyle bir gerekçelendirmenin yeterli olduğu hukuki sorunlar mevcuttur. Şu örneği verir Alexy:

(1) Görevi başındaki askerler doğruyu söylemelidir (Alman Askeri Kanunu, kısım 1, paragraf 13)

(2) Bay M. bir askerdir

(3) Bay M. görevi başında iken doğruyu söylemelidir. (1), (2)

(J.1.1) "evrenselleştirilebilirlik ilkesince konmuş evrensel kurallar vasıtasıyla gerekçelendirme gerekliliğini yerine getirir (1.3'). Evrenselleştirilebilirlik ilkesi formel adalet ilkesinin temelini oluşturur. Formel adalet ilkesi, 'belli bir sınıfa/gruba ait bütün insanlara belli bir şekilde davranma yükümlülüğü getiren bir kurala' uymayı gerektirir. Hükmün kuraldan, (J.1.1)'de olduğu gibi, mantıken çıkması, hukuki gerekçelendirmede bir kurala uymanın gerekliliğidir. Aksi takdirde, gerekçelendirme sırasında bir kural getirmek ve herhangi bir sonucu buna dayandırmak mümkün olacaktı." (Alexy 1989: 222)

Alexy, evrenselleştirilebilirlik kuralını somutlaştırmak adına iki kural daha formüle eder:

(J.2.1) Hukuki bir hükmün gerekçelendirilmesinde en azından bir tane evrensel norm yer almalıdır.

(J.2.2) Hukuki bir hüküm, diğer ifadelerle birlikte, en azından bir evrensel normdan mantıken çıkmalıdır.

Alexy'ye göre bu iki kuralın her halükârda uygulanması gerekir.

Dolayısıyla, ister pozitif bir hukuk normu gerekçelendirme için kullanılabilir olsun, isterse böyle bir hukuk normu bulunamasın, söz konusu kurallar geçerlidir. Eğer kural yoksa, formüle edilmelidir.

Alexy'nin bundan sonra formüle ettiği bir gerekçelendirme formu ve üç kural, (J.1.1)'deki gerekçelendirmenin yeterli olmadığı durumlarda mantıksal çıkarımın mümkün kılınacak argüman yapısının kurulmasıyla ilgilidir. Örneğin, bir yorum sorunu ortaya çıktığında, bu sorunu çözen normatif ifade, daha önce de belirtildiği gibi, bir kuralı önvarsaymak durumundadır. Dolayısıyla da, bir "a" olgusunun normda belirtilen T sınıfına ait olduğunu belirten bir ifade, 'Bütün a'lar T sınıfına dahildir' gibi bir kuralı önvarsayar. Aşağıdaki argüman formu, (J.1.1)'den daha kompleks çıkarımların gerekli olduğu gerekçelendirme faaliyetlerindeki varsayılan kuralların (kayıp öncüllerin) açıkça ortaya konmasını amaçlar:

(J.1.2)

(1) $(x)(Tx \rightarrow ORx)$
(2) $(x)(M1x \rightarrow Tx)$
(3) $(x)(M2x \rightarrow M1Rx)$

.

(4) $(x)(Sx \rightarrow Mnx)$
(5) Sa
(6) ORa

Diğer üç kural da, bu kompleks argüman formunun somutlaştırılması amacını güder:

(J.2.3) a'nın T mi yoksa M1 mi olduğu konusunda şüphe bulunduğunda, bu sorunu çözecek bir kural oluşturulmalıdır.

(J.2.4) Gerekli olan ayrıştırıcı adım sayısı, ifadelerin verili bir

olayda kullanılmasının daha ileri bir tartışmaya müsaade etmemesini mümkün kılacak sayıdır.

(J.2.5) Mümkün olan en fazla sayıda ayrıştırıcı adım atılmalıdır.

Alexy'ye göre bu "*kural ve formlar, hukuki gerekçelendirmenin formel yapısıyla ilgilidir. Asıl olarak evrenselleştirilebilirliğin güvenceye alınmasını vurgularlar. Dolayısıyla onlara, 'formel adalet kural ve formları' diyebiliriz.*" (Alexy 1989: 228)

HARİCİ GEREKÇELENDİRME

Harici gerekçelendirmenin konusu, dahili gerekçelendirmede kullanılan öncüllerin gerekçelendirilmesidir. Alexy'ye göre, bu öncüller çeşitli türlerde olabilir: (1) pozitif hukuk kuralları, (2) empirik ifadeler ve (3) ne empirik ifade ne de pozitif hukuk kuralı olan öncüller.

Her bir türdeki öncülün kendine has gerekçelendirme metodu vardır. Bir kuralın pozitif hukuk kuralı olarak gerekçelendirilmesinde, bu kuralın hukuk düzeninin geçerlilik ölçütüne uygun olduğu gösterilir. Empirik öncüllerin gerekçelendirilmesi ise çok geniş bir alana sahiptir. Buradaki metotlar, empirik bilimlerin metotlarından rasyonel varsayım maksimlerine ve ispat yükü kurallarına kadar uzanır. Son olarak hukuki argümantasyon veya hukuki muhakeme, ne empirik ifade ne de pozitif hukuk kuralı olan öncüllerin de gerekçelendirilmesine yarar. Bir başka nokta, bu türler ve gerekçelendirme metotları birbirleriyle ilişkilidir. Örneğin bir kuralın yorumlanmasında hem söz konusu kuralın geçerlilik ölçütlerini karşıladığı gösterilecek hem de yorum gerekçelendirilecektir. Harici gerekçelendirme asıl olarak bu son grup öncüllerin gerekçelendirilmesi ile ilgilidir.

YORUM KURALLARI-YORUMUN GEREKÇELENDİRİLMESİ

Alexy, ilk olarak, yorum kurallarında kullanılan argüman formlarını ele alır. Ona göre yorum kurallarının "*en önemli görevle-*

rinden biri, yorumların gerekçelendirilmesidir. Ne var ki bu onların tek işlevi değildir. Kurallar aynı zamanda pozitif olmayan normların ve pek çok diğer hukuki ifadenin gerekçelendirilmesinde de doğrudan yer alırlar." (Alexy 1989: 234)

Yorum kurallarıyla ilgili argüman formlarına geçmeden, öncelikle şunu yinelememiz gerekiyor. Dahili gerekçelendirmenin dedüksiyon üzerine kurulduğu hatırlandığında, yorum kurallarındaki argüman formlarının da yine dedüksiyon üzerine kurulu olacağı tabiidir.

Bazen bir kural ve bir olgu önermesi, bir hükmün gerekçesi olarak iş görmeye yeter. Bu, gerekçelendirmenin en basit formudur. Kuralın genelliği evrenselleştirilebilirlik ilkesinin de gereğidir. Ancak bazı durumlarda sadece kuralın (ve olgu önermesinin) sunulması gerekçelendirme için yeterli değildir. Zira hükme, kural yorumlanmak suretiyle ulaşılmıştır. Bu durumda, genellik ilkesi gereğince, yeni bir kuralı öncüllere dahil etmek gerekecektir. Eğer kurala N dersek, dahil ettiğimiz yorumlanmış kural N' olarak gösterilebilir. Ancak bir başka noktaya daha işaret etmek gerekiyor. Bir N' oluştururken keyfi davranamayız. Bunun için bir başka kurala, kelime kullanım kuralına –buna da D diyelim– ihtiyacımız vardır. O zaman N', D vasıtasıyla N'den çıkarılmış bir normdur. Alexy'nin sembolizasyonuyla ifade edecek olursak (Alexy 1989: 234):

$$N'(= Y^{N}_{D})$$

Alexy yorum kurallarını veya başka bir deyişle, yapılan bir yorumu gerekçelendirmek için kullanılan argümanları altı grupta inceler: (1) Semantik argüman, (2) Jenetik argüman, (3) Tarihsel argüman, (4) Karşılaştırmalı argüman, (5) Sistematik argüman, (6) Teleolojik argüman.

Alexy'ye göre semantik argüman, "*N normundan türetilen N' yorumu, bir dilsel kullanıma atıfla gerekçelendirilir, eleştirilir veya ancak böyle mümkün olduğu söylenirse ortaya çıkar*" (Alexy 1989: 235).

Bu durumda üç argüman formu kullanılabilir:

(J.3.1) N', D_i nedeniyle, R normunun yorumu olarak kabul edilmelidir.

(J.3.2) N', D_k nedeniyle, R normunun yorumu olarak kabul edilmemelidir.

(J.3.3) Ne D_i ne de D_k kapsamında olduğundan, N' yorumunu N normunun yorumu olarak kabul etmek de etmemek de *mümkündür*.

Alexy'ye göre bu formların kullanımı, D_i veya D_k kurallarının geçerliliğine ilişkin bir iddiayı da içerir. Bu kuralların geçerliliğinin gerekçelendirilmesini tartışmaya gerek görmeyen Alexy, konuşmacının kendi dil yeterliliğine, empirik araştırmasına ve bir sözlüğün otoritesine başvurabilen oldukça geniş ve farklı gerekçelendirme tarzları bulunduğunu söyler.

Jenetik argüman, "*N normunun N' yorumu, bu yorum yasakoyucunun niyetine uygun olduğu söylenerek gerekçelendirildiğinde söz konusudur*" (Alexy 1989: 236).

Jenetik argümanın iki temel formu vardır. Bunlardan ilkinde yasakoyucunun belli bir anlamı kastettiği söylenirken, diğerinde N normunun A gibi bir amaç koyduğu söylenir. Bunların formu şu şekildedir:

(J.4.1) (1) Yasakoyucu N'(= $Y^N{}_D$)'yi niyet etmiştir.
(2) N'

(J.4.2) (1) N normu, yasakoyucu açısından, A amacının aracıdır.
(2) $\neg N'(=Y^N{}_D) \rightarrow \neg A$
(3) N'

Ancak bu formlarda sonuç mantıksal olarak çıkmaz. Bu nedenle Alexy, ilki birinci forma, son ikisi ikinci forma ait olmak üzere sonucu mümkün kılacak öncüllere ihtiyaç duyulduğunu söyler:

(a) Yasakoyucunun N normunu, $D(Y^N{}_D=N')$ uyarınca yorum-

lanması gerektiği niyetiyle yasalaştırması, N' yorumunun geçerliliği açısından temel teşkil eder.

(b) Yasakoyucunun N normunu A amacının bir aracı olarak yasalaştırması, N normunu A amacını gerçekleştirecek tarzda uygulamanın zorunlu olduğuna inanmanın temelini oluşturur.

(c) Eğer A amacını gerçekleştirmek zorunlu ise, o takdirde, A amacının gerçekleştirilmesi için gereken her türlü araç da zorunludur.

Alexy, "daha büyük öneme sahip" dediği üçüncü öncülün (c) geçerliliğinin tartışma konusu yapılması mümkün olsa bile, "sezgisel kabul edilebilirliğinin" bu öncülün "geçerliliğini olduğu gibi bıraktığını" söyler (Alexy, s. 238).

Alexy'ye göre semantik ve jenetik argümanlar, empirik muhakemenin özel halleridir. Zira semantik argümanda temel alınacak kurallar ile yasakoyucunun niyetine ilişkin tespitler, olguların tespitinden ibarettir.

Tarihsel argümanda, bir yorumun leh veya aleyhine tartışma konusu olan hukuki sorunların tarihiyle ilgili olgular ileri sürülmektedir. Alexy, tarihsel argümanın özellikle ilginç olduğunu belirttiği bir formunu özetler. Bu formda: (1) tartışma konusu olan sorunun belli bir çözümü geçmişte zaten bulunmuştur, (2) bu çözüm S sonucunu doğurmuştur, (3) S sonucu arzu edilmemektedir, (4) mevcut durumda da S sonucunun doğmasına imkân verecek benzer şartlar vardır, (5) dolayısıyla da söz konusu sorunun aynı şekilde çözümlenmesi ve sonuçlanması gerekmektedir. Alexy buna, tarihten öğrenme, der. Ancak üçüncü öncül normatiftir ve gerekçelendirilmeye ihtiyacı vardır.

Karşılaştırmalı argümanlarda, başka bir toplumdaki geçmiş olaylara atıf yapılır. Bu argümanlar da, tarihsel argümanlar gibi, pek çok empirik argümanın yanında normatif argümanlar içerir.

Sistematik argümanda, hem bir normun hukuk metni için-

deki yerine, hem de normun diğer normlar, hedefler ve ilkelerle olan mantıki veya teleolojik ilişkisine atıf yapılır. Teleolojik yön vurgulandığında, sistematik-teleolojik yorum yapılmış olur.

Teleolojik argümanda, rasyonel amaçlara ve 'geçerli hukuk düzeninde çerçevesi çizilen objektif olarak konmuş' amaçlara atıf yapılır. İşin doğrusu, jenetik argümanda da amaçlara dayanılmıştı. Ancak buradaki fark, tarihsel bir yasakoyucuya veya mevcut bir şahsa dayanılmamasıdır. Alexy, daha açık bir belirleme yapmak kastıyla, bu tür argümana objektif-teleolojik argüman der.

Objektif-teleolojik argümanda sorun, rasyonel amaçların ve 'geçerli hukuk düzeninde çerçevesi çizilen objektif olarak konmuş' amaçların ne olduğunun belirlenmesidir. Tartışma teorisinin cevabı şöyledir:

> "...karar vericilerin geçerli hukuk düzeni çerçevesinde rasyonel argümantasyona dayanarak vaz edecekleri amaçlar, rasyonel amaçlar veya geçerli hukuk düzeninde çerçevesi çizilen objektif olarak konmuş amaçlardır. Bunlara geçerli hukuk düzeni çerçevesinde rasyonel argümantasyona dayanarak karar veren cemaat, objektif-teleolojik argümanlarda varsayılan amaçların varsayımsal öznesidir. Yorumcunun ifade ettiği amaçlar, varsayımsal öznenin koyduğu amaçlar hakkında hipotezlerdir. Doğrulukları, rasyonel argümantasyon vasıtasıyla gerekçelendirilmelidir." (Alexy 1989: 241)

Objektif-teleolojik argümanda ortaya çıkması istenen durum OA ile gösterildiğinde, argümanın formu şu şekildedir:

(J.5) (1) OA
(2) $\neg N'(=Y^{N}_{D}) \rightarrow \neg A$
(3) N'

Teleolojik argüman, ortaya çıkması arzu edilen durum genellikle belli ilkelere gönderme yaptığından, ilkelerle yapılan bir argüman haline gelir.

Yorum kurallarının rolünü tartışan Alexy, bu tartışma çerçevesinde bundan önce ortaya koyduğu argüman formlarına ilişkin gerekçelendirme kuralları belirler.

Alexy, öncelikle yorum kurallarına ilişkin yapılan tasnif ve başlıklandırmanın çok dar olduğunu belirtir. Üstelik bazı durumlarda yorumlanacak bir kural dahi yoktur. Örneğin normlar çatışmasında, yasakoyucunun bir norma o durum için daha büyük önem atfettiği söylenecektir. Yahut pozitif hukuk kuralı olmayan bir norm gerekçelendirileceğinde, belli bir amaç lehine savunma yapılacaktır. Dolayısıyla geleneksel yorum anlayışı dardır.

İkinci olarak, yorum kurallarının mantıki statüsü de tartışmalıdır. Yorum kurallarını hangi türden bir kural olarak kabul etmek gerektiği belli değildir. Alexy yorum kurallarını, argüman şemaları olarak görür. Bu belli bir formdaki argüman şemaları, belli bir formdaki başka bir ifadenin mantıken sonuç vermesini veya onunla rasyonel gerekçelendirmenin mümkün olmasını sağlarlar. Yorum kuralları hukuki muhakemenin yapısına özel bir karakter vermektedir ve onlar bir tür hukuki argümantasyon grameridir.

Üçüncü olarak, Alexy, argüman formlarında yer alan bütün öncüllerin mevcudiyetini, formun tamamlanmış olması için bir koşul olarak kabul eder. Bu koşul, aşağıdaki gerekçelendirme kuralında ifadesini bulur:

(J.6) Doygunluk –yani, sebeplerin tamamen ifade edilmesi– yorum kurallarına ait her argüman için gereklidir.

Dördüncü olarak, her bir formun farklı bir işlevi olduğunu belirten Alexy, beşinci olarak yorum kuralları arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini ele alarak söz konusu formlardan her birinin, aynı davada uygulanmasının farklı sonuçlar doğurabileceğine işaret eder.

Yorum kurallarıyla ilgili tartışmasının altıncı ve son adımı olarak, yorum kurallarının uygulanmasındaki öncelik-sonra-

lık sorununa, tartışma teorisinin yapabileceği katkıyı ele alır. Bu çerçevede oluşturulan ilk gerekçelendirme kuralı şöyledir:

(J.7) Hukukun lafzıyla veya tarihi yasakoyucunun iradesiyle bağlantılı ifadeler içeren argümanlar, diğer argümanlara öncelik tanıyan rasyonel nedenlere atıf yapılmadıkça, diğer argümanlara nispeten önceliğe sahiptir.

Lafza ve yasakoyucunun iradesine tanınan önceliğin nedeni, 'bağ'dır. Zira ilk bakışta, bu bağ mevcuttur. Ancak söz konusu öncelik nihai olarak düşünülmemiştir. Tartışma teorisi çerçevesinde karşı argümanlar geliştirmek mümkündür.

Bununla birlikte yorum kuralları arasında öncelik sorunu çözülürken, bunun keyfi kararlara bırakılması da düşünülemez. Bu nedenle Alexy, yorum kurallarıyla ilgili farklı argüman formları lehine argüman ileri sürmenin de tartışma teorisi kurallarıyla uyumlu olması gerektiğini söyleyen bir başka gerekçelendirme kuralı daha ihdas eder:

(J.8) Formları açısından farklı argümanların nisbi ağırlıklarının belirlenmesi, ağırlığın belirlenmesi kurallarına uygun olmalıdır.

Ağırlığı belirleyen kurallar, tartışma teorisine gönderme yapar. Farklı sonuçlar veren farklı formlardaki argümanlardan birinin tercih edilmesi, yorumun yapıldığı bağlamın ve hukuk dalının özelliklerine göre belirlenecektir. Ancak bu belirleme, yukarıda gördüğümüz genel pratik tartışma teorisine uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

Nihayet, son kural olarak, her türlü argümanın ileri sürülebilmesini sağlayan bir kural daha vardır:

(J.9) Yorum kurallarından biri olarak kabul edilebilecek, önerilmesi muhtemel bu formdaki her bir argüman, değerlendirmeye sunulmalıdır.

DOGMATİK MUHAKEME-HUKUK DOGMATİĞİNDEN ALINAN ÖNERMELERİN GEREKÇELENDİRİLMESİ

'Hukuk dogmatiği' üzerinde anlaşmaya varılamamış olduğuna işaret eden Alexy, en dar anlamıyla bu kavramın üç faaliyete karşılık geldiğini belirtir: (1) yürürlükte olan hukukun tasvir edilmesi, (2) yürürlükte olan hukukun kavramsal ve sistematik analize tabi kılınması, (3) hukuki sorunlara uygun çözümler hakkında önerilerde bulunma.

Alexy'ye göre hukuk dogmatiği, (1) bir önermeler sınıfıdır. Bu önermeler, (2) vaz edilmiş normlarla ve emsal hukukuyla ilgilidir, fakat onların tasviriyle de özdeş değildir. Bu önermeler, (3) karşılıklı tutarlı bağlantılılık halindedir, (4) kurumsal olarak örgütlenmiş hukuk bilimi çerçevesinde oluşmuş ve tartışılmıştır ve (5) normatif içeriğe sahiptir.

Hukuk dogmatiği önermeleri, halis hukuki kavramların tanımlarından ve halis hukuki kavramlar olmasa bile hukuk normlarında bulunan diğer hukuki kavramların tanımlarından oluşur. Ancak ikincisi söz konusu olduğunda, bu tanımların kurumsal olarak örgütlenmiş hukuk bilimi bağlamında ileri sürülmüş, kabul edilmiş veya en azından tartışılmış olması gerekmektedir. Bunun yanında, hukuki soyağacı açısından izi sürülemeyen normları ifade eden önermeler de, hukuk bilimi çerçevesinde tartışılmış olmak kaydıyla hukuk dogmatiği önermeleridir. Aynı şekilde, bir normun veya norm grubunun ihdas ettiği, kaldırdığı veya koruduğu varsayılan durumların tasvirine ilişkin önermeler ile ilkeleri ifade eden önermeler de hukuk dogmatiği önermeleri sayılır.

Dogmatik önermelerin hukuki gerekçelendirmede kullanılmasında uyulması gereken iki kural şöyledir:

(J.10) Bütün dogmatik önermeler, haklarında şüphe edildiğinde, en azından bir genel pratik argümana başvurulmak suretiyle gerekçelendirilmelidir.

(J.11) Bütün dogmatik önermeler sistematik sınamaya –hem dar anlamıyla [önermenin diğer dogmatik önerme ve pozitif normlarla mantıki uyumluluğa sahip olup olmadığının

sınanması] hem de geniş anlamıyla [önermenin genel pratik düşünceler ve diğer hukuki önermeler ile uyumlu olup olmadığının sınanması]– dayanabilir olmalıdır.

Alexy, dogmatiğin en az altı olumlu işlevi olduğunu söyler: (1) istikrar işlevi, (2) gelişim işlevi, (3) ispat yükünü azaltma işlevi, (4) teknik işlev, (5) kontrol işlevi ve (6) buluşsal işlev. Nihayetinde bu olumlu yönler, şöyle bir kurala dönüşür:

(J.12) Dogmatik argümanlar, mümkün olan her durumda, kullanılmalıdırlar.

EMSAL KARARLARIN KULLANIMI

Alexy, emsal kararların öneminin Kıta Avrupası hukukçularınca dahi tanındığına dikkat çekerek, emsallere uymanın hukuki tartışma teorisi açısından nasıl göründüğünü ve emsallere dayanan argümanlar arasındaki ilişkiyi inceler.

Emsallere uymanın en temel sebebi, evrenselleştirilebilirlik ilkesidir. Ancak herhangi iki davanın özdeş olamayacağı da bellidir. Asıl sorun, hangi ölçüde benzerliğin veya farklılığın önemli görüleceğidir. Bununla birlikte önemli açılardan tümüyle aynı gibi görünen iki dava söz konusu olduğunda bile, hakkında karar verilmesi gereken davada kararın eski davadakinden farklı olmasının düşünülmesi de mümkündür, zira zaman içerisinde davanın olgularının değerlendirilmesinde değişiklik yaşanmış olabilir. Bu durumda, ya her bir karar vermede rasyonalitenin aranması dışlanmış olacaktır ya da evrensellik ilkesi ihlal edilecektir. Ne var ki Alexy'ye göre asıl mesele, argümanlarla gerekçelendirilebilirliktir. Eğer eski karardan farklı bir karar verilecekse, bunu iddia eden için bir ispat yükü ortaya çıkar. Alexy'nin bu çerçevede ihdas ettiği iki gerekçelendirme kuralı şöyledir:

(J.13) Bir kararın leh veya aleyhinde bir içtihada, eğer yapılabiliyorsa, atıf yapılmalıdır.

(J.14) İçtihattan ayrılmayı isteyen, argüman getirme yükünü de üstlenir.

ÖZEL HUKUKİ ARGÜMAN FORMLARI

Alexy'nin özel hukuki argüman formlarından kastı, analoji, *argumentum e contrario*, *argumentum a fortiori* ve *argumentum ad absurdum* gibi argüman formlarıdır. Alexy'nin göstermek istediği, tüm hukuki argüman formlarının geçerli çıkarımlar olarak inşa edilebileceğidir.

Argumentum e contrario şu şekilde sembolleştirilir:

(J.15) (1) $(x)\,(OGx \rightarrow Fx)$
(2) $(x)\,(\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$

Argumentum e contrario'yu Türkçede daha çok mefhumu muhalif kavramıyla karşılıyoruz. Bu tür akıl yürütme, bir anlamda, metnin söylemediğinden yola çıkarak hüküm kurmaktır. Türkçe literatürde de sıkça verilen örneği hatırlarsak: 'Bütün erkekler için (Fx) askerlik yükümlülüktür (OGx). Öyleyse, erkek olmayanlar için ($\neg$Fx) askerlik yükümlülük değildir ($\neg$OGx).

Analojinin formu ise şu şekildedir:

(J.16) (1) $(x)\,(Fx \rightarrow F\ ben\ x \rightarrow OGx)$
(2) $(x)\,(Hx \rightarrow F\ ben\ x)$
(3) $(Hx \rightarrow OGx)$

Alexy, analoji argümanına Klug'tan aldığı şu örneği verir:

(1) Bütün x'ler için: Eğer x bir satış sözleşmesi (F) veya satım sözleşmesine benzer bir işleme ilişkin bir sözleşme (F ben) ise, BGB madde 433 vd. x'e uygulanmalıdır (G).

(2) Bütün x'ler için: Eğer x ticari bir teşebbüs değerinin transferiyle ilgili bir sözleşme ise (H), bu durumda x, satım sözleşmesine benzer bir işleme ilişkin bir sözleşmedir.

(3) Bütün x'ler için: Eğer x, ticari bir teşebbüs değerinin transferiyle ilgili bir sözleşme ise (H), BGB madde 433 vd. x'e uygulanmalıdır (G). (1), (2).

Analojik muhakemenin asıl sorunu, (1) ve (2) öncüllerinin gerekçelendirilmesidir. (1), genellikle, bir yasadan doğrudan alınabilen bir norm olmaz. Bir yasada bulunabilen norm, genellikle, şu formdadır:

(1.a) $(x)(Fx \rightarrow OGx)$

(1)'e ulaşabilmek için, aşağıdaki türden bir kurala ihtiyaç duyulur:

(1.b) Hukuki bakış açısından benzer olan durumlar, benzer hukuki sonuçlara sahip olmalıdır.

(1.b), evrenselleştirilebilirlik ilkesinin (1.3') ve dolayısıyla da eşitlik ilkesinin özel bir durumudur.

Argumentum ad absurdum, kabul edilemezlik argümanı ise şu şekildedir (Alexy, s. 283):

(J.17) (1) $O \neg Z$
(2) $N' \rightarrow Z$
(3) $\neg N'$

Bu şemada Z, kabul edilemez bir sonuç yerine geçer. Z durumunun olmaması gerektiği düşüncesiyle birlikte, N normunun N' yorumunun Z durumuna yol açacağı biliniyorsa, mantıki sonuç, N' yorumunun uygulanmaması gerektiğidir.

Alexy'ye göre, bu formların kullanımı da, yorum kurallarında olduğu gibi, doygunluğa ulaştırılmalıdır.

(J.18) Özel argüman formları, kendileri için verilen nedenlerin hepsini içermelidir – yani, doygunluğa ulaşmalıdır.

TEORİNİN SINIRLARI VE DEĞERLENDİRME

Ortaya çıkan teorinin merkezinde, toplamda yirmi iki kuraldan oluşan beş grup kural ile altı argüman formunu içeren bir tablo bulunuyor. Alexy'ye göre, her ne kadar böyle bir belirlemenin eksiklikleri varsa da, söz konusu kurallar bir tür pratik akıl koduna yakındır.

> "Bu kuralların ve argüman formlarının etkililiği, ne abartılmalı, ne de göz ardı edilmeli. Bunlar, bazı normatif önermelerin kendilerinden çıkarsanabileceği aksiyomlar değil, bir argümanın sonucunun doğru olabilmesi için yerine getirmesi gereken farklı mantıki derecelerdeki bir grup kural ve formdur. Aynı zamanda, bu kurallar hiçbir şekilde böyle bir argümanın her bir durumda sonucunu tamamen belirlemez. Yaptığı, mümkün normatif önermeler sınıfının bazı üyelerini (tartışma açısından imkânsız olanları) dışarıda bırakmak ve böylece bu dışarıda bırakılanların çelişiklerinin (tartışma açısından gerekli olanların) geçerliliğini ihdas etmektir. Bununla birlikte, çok sayıda normatif önermenin bulunması durumunda, bunlar çelişikleriyle birlikte söylem kurallarıyla tamamen uyumludurlar (tartışma açısından mümkün). Bu durum, rasyonel pratik söylem kurallarının, tarafların herhangi bir tartışmaya başlamak için koymaları gereken öncülleri belirlememesi olgusuyla açıklanabilir. Herhangi bir tartışmanın başlangıç noktası ilk başta mevcut olan normatif kanaatler, arzular ile konuşmacıların algıladıkları ihtiyaçları ve sahip oldukları empirik enformasyondur. Tartışma kuralları, kişinin başlangıç noktasından başlayarak her bir adımı tamamen belirlenmeksizin iyi temellendirilmiş normatif ifadelere nasıl ulaşabileceğini ortaya koyar." (Alexy 1989: 17)

Alexy, söz konusu kuralların tam olarak yerine getirilemeyeceğini, bu kurallara ancak yaklaşılabileceğini kabul eder:

> "Ancak bu kuralları anlamsız da kılmaz. Nihai bir kesinliğe ulaşmak mümkün değildir. Ne var ki bu kurallar, normatif ifadelerin doğruluğunun değerlendirilmesinin ölçütü olarak, sunulan ge-

> rekçelendirmede rasyonel olmayanın temizlenmesi için eleştirel bir araç olarak (...), doğruluk iddiasının açıklanması açısından ciddi bir öneme sahiptir."
>
> "Tartışma kurallarının belirlediği ölçütleri yerine getiren bir norm veya bireysel direktif, 'adil' sayılacaktır. Böylece, söylem teorisi, hukukbilimin merkezi bir kavramının analizinin pek çok mümkün tarzından belki de biridir." (Alexy 1989: 18)

Görüldüğü üzere, Alexy'nin teorisi usûli (prosedürel) bir teoridir. Adalet sorunu, usûle bağlanmıştır ve 'adil olma'nın usûli mi yoksa maddi bir sorun mu olduğunu tartışmak gibi bir amacımız yok. Burada belki tek söylenebilecek olan, usûli adalet anlayışından hoşnut olmayanların, Alexy'nin teorisinin üretmeyi vaat ettiği 'adil' kararlara şüpheyle yaklaşacaklarıdır.

Değinilmesi gereken önemli bir nokta, Alexy'nin farklı hukuki tartışma alanları belirlemesine rağmen, ihdas ettiği kuralların bu alanlara uygulanmasının pek de belirli olmadığı. Açıktır ki, hukuk bilimindeki tartışmalar ile, mesela, mahkemelerdeki tartışmalar veya yasa yapımı sırasındaki tartışmalar arasında yapı, içerik, süreç ve sonuç açılarından önemli farklılıklar vardır. Alexy, farklı tartışma alanlarını kabul etmekle birlikte, tartışma kurallarının bu alanlardaki kullanımına önem vermiyor görünmektedir.

Ancak belki de en önemlisi, farklı tartışma alanları içerisinde Alexy'nin de öncelikli olarak dikkat çektiğini düşünmekte haklı olduğumuz fiili yargılamanın, söz konusu 'tartışma' nosyonu ve kurallarla ne kadar uyumlu olduğudur. Sanırım Alexy, ya hâkimin yargılamadaki rolünü küçümsüyor veya ona hiç de alışık olmadığımız aktif bir rol yüklüyor. Zira ister hukuki yargılama isterse ceza yargılaması olsun, hâkimin bir tartışmanın veya diyaloğun aktif tarafı olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Dedüktif modeli, hâkimin yaratıcı rolünü yadsıdığı iddiasıyla yetersiz gören Alexy, hukuki argümantasyonu bir tartışma olarak sunar. Ancak tartışmanın taraflarını ayrıca incelemez. Hatta gerçek bir hukuki tartışmanın (yargı-

lama sürecinin), varsayımsal hukuki tartışma modeliyle nasıl karşılaştırılabileceğini de ele almaz. Halbuki gerçek bir yargılamada, taraflar iddialarını ve karşı iddialarını ortaya koyarlar. İşin doğrusu, arzu edilen, taraflar arasındaki zihinsel bir uzlaşma değil, hâkimin vereceği kararı etkilemektir. Ayrıca, hâkim fikirleriyle (iddia ve karşı iddialarıyla) tartışma sürecine katılmadığı, sadece yargılamayı mevcut kurallar çerçevesinde yönettiği için, diyaloğun/tartışmanın bir ayağı, hatta belki de karar verme yetkisine sahip olduğu için en önemli ayağı eksik kalmaktadır. Bununla birlikte, eğer farklı yargı kararlarının katkıda bulunduğu daha geniş ve esnek bir tartışma alan ve süreci kastediliyorsa, bunun da tekil yargı kararlarının, Alexy'nin ısrarla üzerinde durduğu yorumun doğruluğu açısından sağlayacağı pratik bir fayda görünmüyor.

Nihayet, Alexy'nin Habermas ve Erlangen okuluna atıfla değindiği eleştirel jenesis kavramı, tekil yargı kararlarında ortaya konacak değer yargılarının gerekçelendirilmesinden ziyade, daha geniş, kapsamlı ve köktenci bir rasyonelleştirilmiş toplum inşası projesinin bir parçası olarak değerlendirilmeli. Üstelik bu evrensel rasyonalite anlayışının kapsayıcılığı, farklı yaşama formlarının konsensüs ihtimalini azalttığı iddiasının "Hıristiyanlar ile komünistler de tartışabilir," şeklindeki basit bir önermeyle savuşturulması yanında, farklılıkları yok etmeye yönelmiş tekçi bir anlayışı savunması paradoksunu da içerir.

Kısaca ele aldığımız olumsuzluklarına rağmen, Alexy'nin hukuki muhakemeyi pratik bir muhakeme olarak görmesi, hukuki doğruluk sorununu pratik muhakemedeki doğruluk sorunuyla çözmemiz gerektiğini göstermesi bakımından büyük önem taşır. Yine söz konusu eksikliklere rağmen, hukuki görüşlerin savunulmasında adil, iyi veya doğru bir sonuca ulaşmak isteniyorsa, bu sonuca hizmet edecek belli usûl ve kuralların da bulunması gerektiğini, doğruluk sorununun usûli sorunlar göz ardı edilerek çözülemeyeceğini göstermesi, yargı kararlarının doğruluğu sorununun tartışılmasında araştırmacılara ufuk açıcı niteliktedir.

6

A. PECZENIK: HUKUKİ MUHAKEMENİN NORMLARI[1]

1 Bu başlık altında dile getirilen görüşlerin ayrıntılı bir açıklaması için bkz. Uzun, E., *Akıl Tutkunu Hukuki A. Peczenik'in Hukukî Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010

Akla Bağlanan Hukuk

Bu bölümde, hukuki argümantasyon kuramının önemli isimlerinden Alexander Peczenik'in kuramına eğileceğiz. Peczenik, aynı zamanda çalışma arkadaşı olan Alexy'ye ait ve geçen bölümde gördüğümüz rasyonel hukuki tartışma teorisini olduğu gibi kabul eder. Ancak bunun yanında, hukukun kaynakları ve yorum konusunda bazı kurallar ihdas eder.

Peczenik'in teorisi, hukuki muhakemenin dedüktif olmayan karakterinden yola çıkar. Hukuki muhakeme örnekleri ve anlayışı genelde yargı kararlarıyla ilişkilendirilse de, Peczenik kavramı daha geniş bir şekilde kullanır. Yargı kararlarına benzer bir şekilde hukukçu bilim insanlarınca, hâkimler dışındaki hukuk aktörlerince ve hatta medyada, gündelik hayatta hukukun belli bir olay hakkında 'ne dediğini' dile getirme iddiasındaki ifadeler ve bu ifadelerin yaratılış ve sunuluş şekli, hukuki muhakeme kapsamındadır. Bununla birlikte, hukukun işlevi, bu alandaki bir teorinin öncelikle yargı kararlarına ve hukuk doktrinine odaklanmayı gerekli kılmaktadır.

Hukuki muhakeme, bir muhakemedir, yani akıl yürütme, sonuç çıkarma veya yargıları, görüşleri, iddiaları gerekçelendirme faaliyetidir. Hukuk kurallarının genel ifadeler olması ve dava konusu olayların bu genel ifadelere dayanması gerekliliği, hukuki muhakemenin bir dedüksiyon tarzında sunulabilmesi imkânını yaratır. Fiili hukuki muhakeme bu tarzda sunulmuş olsun veya olmasın, muhakemeyi dışarıdan analiz

eden kişinin, onu dedüktif tarzda yeniden inşa edebileceği düşünülür. Ne var ki hukuki muhakeme, Peczenik'e göre, en azından 'çetin' davalarda dedüktif olmayan adımlar içerir. Başka bir deyişle, bazı davalarda dedüktif muhakeme tarzına uymayan bir muhakeme süreciyle sonuçlara ulaşılmakta, yahut yargılar dedüktif gibi görünse bile esasında dedüksiyon açısından eksik tarzda gerekçelendirilmektedir. Peczenik, rasyonel bir muhakeme isteniyorsa, dedüktif muhakemeyi bozan süreçlerin, dedüksiyon lehine düzeltilmesi, dedüktif muhakeme açısından eksiklik yaratan öncülden sonuca sıçramanın ilave öncüller bulunarak dedüktif hale getirilmesi gerektiğini düşünür. Kuram, bu düşünce ve hedef çerçevesinde kurulmuştur.

Hukuki muhakemenin –en azından çetin davalardaki– dedüktif olmayan karakteri, muhakemenin zorunlu olarak değer yargıları içermesinden kaynaklanır. Tartışma konusu olayın, uygulanan hukuk normunun kapsamına girdiği hususunda herhangi bir şüphenin olmadığı durumlarda değer yargılarına başvurmaya, olayın tasvirinden başka bir bağlantı ortaya koymaya gerek yoktur. Oysa çetin davalar, çeşitli nedenlerle uygulanan hukuk normunun dava konusu olayın yalın tasviriyle kolayca ilişkilendirilmesine izin vermez. Hukuki muhakemenin değer yargıları içermesi, onun bir 'pratik muhakeme' olarak görülmesini gerektirir. Pratik muhakemede gerekçelendirme, teorik muhakemenin sahip olduğundan farklı özelliklere sahiptir. Dolayısıyla geleneksel muhakeme ve doğruluk anlayışları, yani salt dedüktif muhakeme ve doğruluğun uygunluk teorisi hukuki muhakeme açısından yetersizdir. Peczenik'in teorisi, dedüktif muhakeme olarak sunulacak hukuki muhakemenin öncüllerinin dedüktif olmayan tarzdaki gerekçelendirilmesini ve bu gerekçelendirmenin doğruluğun uygunluk teorisinden başka bir doğruluk teorisiyle oluşturulmasını hedefler.

Peczenik'in yargı kararlarının rasyonalitesiyle ilgili yaklaşımının temelini, vatandaşların yargı kararları hakkındaki beklentisi oluşturur. Vatandaşlar yargı kararlarının 'öngörülebilir'

ve 'kabul edilebilir' olmasını beklerler/isterler. Karar vericiler, bu iki beklentiyi mümkün olan en üst düzeyde tatmin etmeye çalışmalıdırlar. Öngörülebilirlik, yani hukukun istikrarı ile kabul edilebilirlik, yani toplumun ahlaki kanaatlerine uygunluk arasında çoğunca bir gerilim vardır. Karar vericilerin ödevi, bu gerilimi optimal düzeyde sağlamaktır. İfadelerden de anlaşılacağı üzere, ideal bir hedef söz konusudur. Tam olarak gerçekleştirilemeyebilir, hatta tam olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini bilmek hiçbir zaman mümkün olmayabilir. Ama karar vericinin, yorumcunun hedefi, öngörülebilirlikle ahlaken kabul edilebilirliği uzlaştırmaktır.

Öngörülebilirliği rasyonaliteyle ilişkilendiren Peczenik, hukuki muhakemenin rasyonalitesi için, bir kısmı ahlaki muhakemenin rasyonalitesinden kaynaklanan bazı koşullar ihdas eder. Buna göre hukuki muhakeme, rasyonel olabilmek için üç tür rasyonaliteyi aynı anda sağlamak durumundadır. Bunların ilki mantıki rasyonalitedir (M-rasyonalite) ve rasyonalitenin asgari talebini yansıtır. Mantıki rasyonalite, muhakemenin mantık kurallarıyla uyumlu olması gerektiğini söyler. İkinci tür rasyonalite, tartışma rasyonalitesidir (T-rasyonalite). Hukuki muhakeme bir tür diyalog, tartışma tarzında yapılanır. Peczenik'in Alexy'den aldığı rasyonel pratik tartışma kuralları ile rasyonel hukuki tartışma kuralları, tartışmanın taraflarının hareketlerini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen usûli kurallardır ve tartışmanın sonucunun rasyonel sayılabilmesi için, tartışmanın belli bir şekilde yürütülmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Üçüncü tür rasyonalite ise destek rasyonalitesidir (D-rasyonalite). D-rasyonalite, muhakemede kullanılan argümanların destekleyici özelliklerine ilişkindir ve 'daha iyi destekleyici' olabilmek için bazı ilkeler ve hedefler ihdas eder. Peczenik bu üç tür rasyonalitenin aynı anda yerine getirilmesinin yanında, nihai doğruluk ölçütünü, tutarlılık düşüncesi ile açıklar. Bir muhakemede kullanılan argümanların birbirleriyle tutarlı olmalarının yanında, dahil oldukları sistemin bizzat kendisiyle ve bu sisteme ait diğer argümanlarla tutarlı

olmaları, doğruluğun uygunluk teorisinin alternatifi olarak hukuki muhakeme için önerilen bir teori olarak karşımıza çıkar. Karar verici, muhtemel sonuçların her birinin leh ve aleyhindeki argümanları birbirleriyle tartıp, bunları dengeleyerek bir sonuca ulaşacaktır. Argümanları, mantık kurallarını ihlal etmeyen tarzda birbirleriyle ilişkilendirecek ve ulaştığı sonucun bir bütünün parçası olduğunu düşünerek bütünün diğer kısımlarıyla ve hatta mümkün olduğunca daha üst sistemlerle de tutarlı olmasını sağlayacaktır.

Ahlaki kabul edilebilirlik ise Peczenik'in teorisinde iki noktada kendine yer bulur. Birincisinde, hukuki muhakemede değer yargılarının yer alması, ahlaki ifadelerin argümanlar olarak kullanılmasını gerektirir. Yani karar verme sürecinde kullanılan argümanlar veya bu argümanların desteği olan argümanlar ahlaki ifadeler de olabildiğinden, hukuki muhakeme ahlaki kanaatlerin de tartılması ve dengelenmesi gerekecektir. Peczenik bir değer göreceliği taraftarı olarak, tek bir ahlak teorisinin üstünlüğünden bahsetmez. Ona göre ahlaki ifadeler *prima facie* niteliktedir; yani ilk bakışta uyulmaları yönünde bir ödev bulunsa bile, diğer sebeplerle tartıldıklarında daima uyulmamaları için de bir sebep bulunabilir. Üstelik Peczenik, ahlaki kabul edilebilirlikten bahsederken toplum merkezli ahlaka atıf yapar, felsefi ahlak teorilerinden herhangi birine değil.

Ahlaki kabul edilebilirliğin teorideki diğer yeri, geçerli hukuk düşüncesidir. Peczenik'e göre 'hukuk'tan bahsedildiği yerde, sözgelimi 'hukuka uygun', 'hukukun uygulanması' dendiğinde, 'geçerli hukuk'tan bahsediliyordur. Geçerli hukuktan bahsetmek ise, uyulması gereken hukuktan bahsetmek demektir. Vatandaşların ve aynı zamanda karar vericilerin hukuka uymak ve uygulamak gibi *prima facie* bir yükümlülükleri vardır. Burada iki noktaya vurgu yapmak gerekiyor: Hukuka uyma (itaat) yükümlülüğü vardır, ama bu yükümlülük *prima facie* yükümlülüktür. Sanırım Peczenik'in yorum anlayışını, tam da bu yükümlülüğün hayata geçirilmesi olarak anlamalıyız. Peczenik bir yandan hukukun öngörülebilirliğini sürdür-

meye çalışırken, diğer yandan bu öngörülebilirliği mümkün olduğunca az zedeleyerek gayri-ahlaki uygulamaların hayata geçmemesinin teorik altyapısını oluşturur.

Hukukun ahlakla ilişkisine değindiğimiz bu noktada, geçerli hukuk düşüncesiyle ilgili söylenmesi gereken birkaç şey bulunuyor. Geçerli hukuk kavramı altında Peczenik, 'hukukun neliği' sorununu ele alır. Hukuk felsefesi tarihindeki düşünceleri tartışan Peczenik, Doğal Hukuk düşüncesini belirsizliği, İskandinav Hukuki Realizmini ise bir hukuk düşüncesinin devamını sağlayan temel kavramları hukukun dışına itişi nedeniyle reddeder. Bunun yanında Hukuki Pozitivizm, özellikle de Kelsen'in pozitivizmi, Peczenik'in bir sisteme aidiyet olarak tanımladığı hukuki geçerliliğin temelini oluşturur. Ancak Peczenik gerekçelendirme meselesini bu noktada bırakmaz. 'Derin gerekçelendirme' olarak isimlendirdiği refleksiyon, hukuk sisteminin dışına çıkmayı gerektirir. Hukuk sisteminin dışına çıkıldığında ise, Peczenik'in yine dedüktif açıdan makul hale getirmeye çalıştığı sıçramalarla dolu bir muhakeme yürütülür. Peczenik, ortada bir hukuk sisteminin varlığından bahsedebilmek için normlardan ve kurumlardan oluşmuş sistemli bir yapının ve etkili bir uygulamanın varlığına karşılık gelen olgular ile bu norm sistemini aşırı gayri-ahlaki kılmayacak başka bazı olguların varlığını arar. Denebilir ki, Peczenik'in hukuk sistemi içerisindeki gerekçelendirme dediği 'bağlamsal olarak yeterli gerekçelendirme' Hukuki Pozitivizm etkisi taşırken, derin gerekçelendirme, yahut hukukun harici gerekçelendirmesi, Doğal Hukuk düşüncesinden ve Hukuki Realizmden alınan bazı önermeleri kullanmaktadır. Peczenik geçerli hukukun ahlaka uygun bir şekilde yorumlanmış hukuk olduğunu söylemekle, hukukun sürekli yaratıldığına, bu yaratımın ahlaka uygun olmak zorunda olduğuna dikkat çeker. Nihayet Peczenik, geçerli hukuk düşüncesinin hukuk uygulamasından kopuk felsefi bir sorun olmadığını, bilakis hukuki muhakemenin rasyonel olabilmek için derin, tutarlı ve uygulanabilir geçerli hukuk düşüncesine sahip olması

gerektiğini gösterir. Hukuki muhakemenin norm ve argümanları, bu düşünceyle tutarlı olmak durumundadır.

Hukukun Kaynakları Teorisi

Genel olarak muhakemede, özel olarak da hukuki muhakemede yargılar, iddialar, sonuçlar, kararlar veya hükümler çeşitli sebeplere dayandırılır. Gündelik hukuk dilinde bu sebepleri gerekçe olarak da adlandırırız. Sözgelimi, E eylemini yapan F failiyle ilgili kararın gerekçesi, E eylemini yapanların C cezasına çarptırılacağını söyleyen N normu olabilir. Bunun yanında, hükmü destekleyen farklı sebepler de bulunur.

Peczenik, hukuki yargıyı destekleyen her türlü sebebin, en geniş anlamıyla hukukun kaynakları kavramının kapsamına girdiğini söyler ve bu sebepleri iki grup altında inceler: maddi sebepler ve otorite sebepleri.

Maddi sebepler, içeriği hukuki sonucu/yargıyı destekleyebilen ifadelerdir. Destek; sebepleri kimin getirdiği, sebebin kimin ifadesi olduğu gibi başka durumlara değil, sadece içeriğe/anlama dayanır. Maddi sebepler ahlaki, ekonomik, siyasi, kurumsal vs. olabilir.

Maddi sebepler hedef sebepleri veya haklılık sebepleri şeklinde ortaya çıkabilir. Hedef sebebi, belli bir kararın iyi etkisi olduğu öngörüldüğünden verilmesi gerektiğini söyler. Bu etki hedefi teşkil eder. Mesela hız limiti getiren bir yasa, trafik kazalarının azalması hedefine hizmet eder. Haklılık sebebi ise belli bir kararın, bir hedefle nedensel bir bağlantısı olup olmadığına bakılmaksızın, haklı veya iyi olduğu için verilmesi gerektiğini söyleyen sebeptir.

Hukukun kaynakları kavramının daha dar bir anlamı, sadece belli türdeki sebepleri hukukun kaynakları olarak görür. Bunlar, otorite sebepleridir. Otorite sebebi, belli bir kararın verilmesini isterken, bunu içerikten başka bir sebebe dayandırır. Mesela, 'A olayında karar, A olayına benzer B olayında verilmiş karara benzer bir şekilde verilmelidir, çünkü bu olay

bir içtihat (emsal) teşkil eder' dendiğinde, emsal kararın otoritesine atıf yapılmış olunur. Burada içeriğin doğruluğu tartışma konusu yapılmaz.

Otorite belli bir kişiye gönderme yapabilir; E eylemi yapılmalıdır, çünkü bu kişi E eyleminin yapılmasını söylemektedir. Bununla birlikte tekil kişiye atfedilen otorite daha ileri bir gerekçelendirme gerektirir; genel bir otorite ifadesi ile desteklenmelidir. Bu genel otorite ifadesi, bir otorite sebebi de olabilir (bu kişinin söylediği yapılmalıdır çünkü bu kişi belli bir pozisyona sahiptir, mesela hâkimdir), maddi bir sebep de olabilir (bu kişinin söylediği yapılmalıdır, çünkü bu kişi bazı ahlaki niteliklere sahiptir). Hukukta, kişiye yapılan otorite atfının otorite sebebiyle gerekçelendirilmesi daha önemlidir.

Resmi bir pozisyona otorite atfedildiğinde, bu pozisyonu işgal eden kişi veya kişilerin belli bir usûlü, mesela yasama usûlünü veya yargısal usûlü, takip etmiş olmaları gerekir.

Hukuktaki otorite sebeplerinin oynadığı büyük rol, şu olgulardan kaynaklanır:

> "İnsanlar genel olarak yargı kararlarının yüksek derecede öngörülebilir olmasını ve aynı zamanda da diğer ahlaki kanaatler açısından yüksek derecede kabul edilebilir olmasını bekler. Öngörülebilirlik, hukukta, saf ahlaki muhakemede olduğundan daha önemlidir. Öngörülebilirliği sağlamak için, hukukun bizzat kendisi nispeten kararlı olmak durumundadır. Aynı zamanda eğer hukuki muhakeme tutarlılığın ve tartışma rasyonalitesinin gereklerini karşılamıyorsa, sonuçları da ahlaki bakış açısından kabul edilemez olacaktır; özellikle de öngörülemez olacaktır." (Peczenik 1989: 316)

HUKUKUN KAYNAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Peczenik, hukukun kaynaklarını üç sınıfa ayırır. Bu sınıflandırmayı, karar vericilerin kararlarında hukukun kaynaklarına dayanmalarındaki zorunluluk derecesine göre yapar. Pecze-

nik, hukukun kaynakları sınıflarını isimlendirirken, İngilizcedeki yardımcı fiilleri kullanır. *Must*-kaynaklar, *Should*-kaynaklar ve *May*-kaynaklar. Türkçede bu yardımcı fiilleri doğrudan karşılayacak kelimeler bulunmadığından, isimlendirmeyi aynen koruyoruz. İngilizcedeki kullanımıyla böyle bir isimlendirme, mutlaka kullanılması gereken kaynaklar, kullanılması gereken ama bu gerekliliğin çok güçlü olmadığı kaynaklar ve kullanılabilecek, kullanılması mümkün kaynaklar şeklinde bir sıralamaya işaret eder.

Peczenik hukukun kaynaklarını sınıflandırma gereğini şu şekilde gerekçelendirir:

1. Bazı metinler, uygulamalar vs. hukukun kaynağı iken, bazıları değildir. Otorite sebepleri olmayan, yani hukukun kaynakları olmayan bir hukuk sistemini tahayyül etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bazı metinler, uygulamalar vs. arasında bir ayırım yapmak gerekir.
2. Bazı hukuk kaynakları .bağlayıcıdır. Bununla birlikte bağlayıcı kabul edilmeyen bazı otorite sebepleri de vardır. Bunları birbirinden ayırmak gerekir.
3. Bazı hukuk kaynakları bağlayıcı olmamakla birlikte yine de belli bir otoriteye sahiptir.

Bu sınıflandırma çerçevesinde kaynaklar arasındaki ilişkiler şöyledir:

1. *Must*-kaynaklar *should*-kaynaklardan, *should*-kaynaklar da *may*-kaynaklardan daha önemlidir.
   a) Daha önemli sebepler, daha az önemli olanlardan daha güçlü sebeplerdir.
   b) Daha az önemli bir kaynağı göz ardı etmeyi gerekçelendirmek için yeterli sebepler, daha önemli bir kaynağı göz ardı etmeyi gerekçelendiren bir sebepten daha zayıf olabilir.
   c) Daha önemli bir kaynakla daha az önemli bir kaynak arasında uyumsuzluk varsa, sözgelimi yasa yasama ta-

rihçesiyle uyumsuzsa, daha önemli olanın *prima facie* üstünlüğü vardır. Dolayısıyla, aksini destekleyen yeterince güçlü sebepler yoksa daha az önemli olan değil, daha önemli olan uygulanmalıdır.

d) Bir araya gelen zayıf sebepler, az sayıdaki güçlü sebebe üstünlük sağlar.

e) Öncelik sonralık ilişkisini tersine çevirmek isteyen, bunu muhakeme yoluyla gösterme yükünü taşır.

2. Mahkemelerin '*must*-kaynakları' uygulama yönünde güçlü bir ödevleri, *should*-kaynakları uygulama yönünde ise zayıf ödevleri vardır.
3. Kararda *must*-kaynakların kullanılmaması, *should*-kaynakların kullanılmamasından, genelde temyiz mahkemelerinin bozma kararlarında, yahut hâkimler hakkında yapılacak işlemlerde ortaya çıkabilecek daha ağır sonuçlar doğurur.

KAYNAK NORMLARI

Peczenik hukukun kaynakları ile ilgili normları, kaynak normları olarak isimlendirir. Hâkimler ve diğer hukukçular iradi veya gayri-iradi bir şekilde kaynak normlarını takip ederler. Kaynak normları hukuk paradigmasının önemli bir kısmını oluşturur. Bu normlar *prima facie* karaktere sahiptir. Somut bir durumda daha güçlü sebeplerin varlığı gösterilerek uygulanmayabilirler. Hukuk sisteminde çeşitli hukuk kaynaklarının sahip olduğu konumu belirlerler. Bazı argümantatif sıçramaları mantıken düzgün çıkarımlara çevirmeye yardımcı olurlar ve hukuki muhakeme pratiğinin daha istikrarlı ve yorumlanmış hukuk normlarının daha kararlı olmasını sağlarlar.

Peczenik, İsveç hukukunda uygulanan bazı kaynak normları şu şekilde sıralar:

(K1) Bütün mahkeme ve makamlar, uygulanabilir oldukları durumda, kararlarının gerekçelendirilmesinde yazılı

hukuk kurallarını kullanmalıdırlar [*must*]. Ek olarak, İş Mahkemesi, uygulanabilir toplu iş sözleşmelerini de dikkate almalıdır [*must*]. Vergi hukukuyla ilgili bazı kararlarda, idari makam, Milli Vergi Kurulu'nun verdiği uygulanabilir direktifleri de dikkate almalıdır [*must*].

(K2) Bütün mahkemeler ve makamlar, uygulanabilir emsal kararlar ile yasama sırasındaki hazırlık çalışmalarını, kararlarını gerekçelendirirken kullanmalıdırlar [*should*]. Bazı durumlarda örf ve âdeti de dikkate almalıdırlar [*should*]. Vergi hukukuyla ilgili pek çok kararda, idari makam Milli Vergi Kurulu'nun verdiği uygulanabilir direktifleri dikkate almalıdır [*should*].

(K3) Bütün mahkemeler ve makamlar, *inter alia*, kararlarını gerekçelendirirken aşağıdaki materyali kullanabilir [*may*].

a. Örf ve âdet (aynı zamanda bkz. K2)

b. Önde gelen yargı kararları derlemelerinde, NJA'da [*Nytt Juridiskt Arkiv*-İsveç Yüksek Mahkeme Yıllığı], yayımlanmamış İsveç adli ve idari kararları (ve dolayısıyla da NJA'da yayımlanmış içtihatlarla aynı güce sahip olmazlar).

c. Yorumlanan hukuk metnine doğrudan temas etmeyen ancak hukukun yakın alanlarındaki değerlendirmeler hakkında bilgi veren emsal kararlar ve hazırlık çalışmaları.

d. Yasa taslakları, yürürlükten kaldırılmış yasalar, yabancı ülkelerin yasaları ve İsveç Basın Konseyi gibi özel veya yarı-özel örgütlerin kararları.

e. Profesyonel hukuk literatürü (ör. el kitapları, monografiler vs.)

f. Yasa Hazırlık Komitesi üyelerinin, Parlamento üyelerinin, bakanların vs. kişisel beyanları.

(K4) Yüksek Mahkemenin, Yüksek İdare Mahkemesi'nin, İş Mahkemesi'nin ve sözgelimi Sigorta Mahkemesi gibi özel yüksek mahkemelerin kararları emsal oluşturur.

(K5) Şu metinler, yasa hazırlık çalışmaları sayılır: yeni yasa

için verilen önerileri, nedenleriyle birlikte içeren yasama komitesi raporu; bakanlık veya merkezi idare tarafından hazırlanmış andıçlar, yahut diğer iletişim metinleri; görüşlerini belirtmek üzere davet edilmiş organ ve kişilerin beyanları; sorumlu bakanın beyanları; Yasama Konseyi'nin beyanları; Riksdag [İsveç Parlamentosu] üyelerinin tasarıları ve ilgili parlamento komisyonlarının görüşleri. Riksdag'daki öntartışmalarda söylenenler, kural olarak siyasal avantaj için söylenmiş şeyler içerebileceğinden dikkate alınmaz.

(K6) Çok eski hazırlık çalışmaları, sınırlı ölçüde dikkate alınmalıdır [*should*].

(K7) Yalnızca basılı materyale kural değeri verilmelidir [*should*].

(K8) Hazırlık çalışmalarında, üzerinde çalışılan yasanın alanı dışındaki sorunlarla ilgili ifadelere ancak sınırlı bir önem atfedilmelidir [*should*]. *Bunun istisnası ise şudur*: Birden fazla yasanın hazırlığına katılan bir organın, bir yasa taslağıyla ilgili olarak, daha önceki bir yasa taslağıyla ilgili görüş beyan etmesi. Yeni bir yasa taslağının hazırlık çalışmaları da, yakın bir alanı düzenleyen eski bir yasanın yorumu açısından önem taşıyabilir.

(K9) Tamamen kapalı kalmış hazırlık çalışmaları, dikkate alınmamalıdır [*should*].

ÖRF-ÂDET

Peczenik'e göre örf ve âdetin takip edilmesi gerektiği postülası, pratik sonuçların kararlılığını artırmak için başvurulan en eski araçlardandır. Maddi sebepler pratik bir sorunun tek doğru yanıtını vermede başarısız olabilir. Bu ise toplumsal çatışmalara yol açabilir. Bu sorunları ortadan kaldırmak için kişi genellikle başkalarının yaptığının aynısını yapmayı tercih eder.

Örf-âdetin iki anlamı olabilir: (1) Örf, en geniş anlamıyla insan davranışındaki olgusal düzenliliklerin bir türü olarak

görülebilir. (2) Dar anlamıyla örf, kişinin belli şekilde davranması gerektiğini söyleyen bir normun kabulüyle bağlantılı insan davranışındaki düzenliliklerdir. Türkçede gelenek ve örf-âdet kelimeleri bu ayrımı yansıtır niteliktedir. Peczenik, hukukta örf-âdetin, dar anlamdaki kullanıma karşılık geldiğini söyler.

Bu anlamıyla örf-âdet hukuku da iki anlama gelir: (1) Asli anlamıyla örf-âdet hukuku, hukuki otorite sebebi olarak kabul edilmesi gereken (*must* veya *should*), halkın sahip olduğu örf ve âdettir. Bu anlamıyla örf-âdet hukuku insanlar arasında ortaya çıkar ve mahkemeler kararlarını bu örf-âdet hukukuna uydurmalıdırlar. (2) İkincil anlamıyla örf-âdet hukuku, mahkemelerin ve otoritelerin yerleşik pratiği olarak tanımlanır. İnsanlar tarafından değil, uygulamayla yaratılmıştır.

Peczenik, İsveç hukukunda örf-âdet hukukunun bazen *must*, bazen *should*, bazen de *may* kaynak olarak görüldüğünü belirtir. Aşağıdaki özelliklere sahip örf-âdet, genellikle *must* veya *should*-kaynak olarak nitelendirilir:

a) Hem makul hem de sözgelimi bazı mesleklerde veya ülkenin belli kısımlarında, oldukça yerleşik hale gelmiş örf-âdet. Bu nitelik, rasyonalite ve kararlılık postülalarını yansıtır.

b) Hukukun bazı genel ilkelerini ifade eden örf-âdet. Bu nitelik bir tutarlılık ölçütü olan genelliğe karşılık gelir.

c) Mahkemelerin ve otoritelerin, hukuki otorite sebebi olarak kabul ettiği halkın örf-âdeti.

'Genel olarak örf-âdet hukukuna neden uyulmalıdır?' gibi bir normatif sorunun yanıtı, hukuk paradigmasının sınırlarını aşar. Peczenik buna verilebilecek ahlaki bir yanıtın, insanların nispeten kararlı ve makul örf-âdete saygı duyulmasını beklediği olgusuna vurgu yapacağını söyler.

EMSAL KARARLAR

Emsal Kararlara Uyma

Emsal karar, müstakbel kararlar için otorite sahibi bir kalıp haline gelen, somut bir davada verilmiş karardır. Emsal karara uymanın amacı, hukuku kararlı, yargı kararlarını öngörülebilir kılmaktır. Yukarıda, emsal oluşturan kararlarla ilgili kaynak normu aktarılmıştı:

> (K4) Yüksek Mahkemenin, Yüksek İdare Mahkemesi'nin, İş Mahkemesi'nin ve sözgelimi Sigorta Mahkemesi gibi özel yüksek mahkemelerin kararları emsal oluşturur.

Bu normu açacak olursak: Bu emsal oluşturan mahkemelerin kararları, hem uygulamada hem de hukuk dogmatiğinde, benzer durumlar söz konusu olduğunda hukuki muhakemede kullanılmalıdır [*should*]. Temyiz mahkemesi (Türk hukukunda Yargıtay), idari temyiz mahkemesi (Türk hukukunda Danıştay), alt derece sigorta mahkemesi gibi mahkemelerin vermiş oldukları kararlar da, benzer olaylar söz konusu olduğunda dikkate alınabilir [*may*].

Emsal kararın hakkında verildiği olay ile somut olay arasında daima bir farklılık bulunur. Dolayısıyla emsal kararların sürekli ve aynen uygulanması söz konusu değildir. Ancak emsalleri tamamen terk etme imkânı da yoktur. Emsal kararın konusunu oluşturan olayla esas itibariyle benzerlik gösteren bir davada, emsal karara uyulmalıdır. Eski olayın, yeni olay açısından bir rehber olarak kullanılan asli unsurları, *ratio decidendi* olarak isimlendirilir, diğer unsurlar ise *obiter dicta*'dır.

> "*Ratio*, kararın zorunlu koşuludur; eğer *ratio* farklı olsa idi, karar da farklı olacak idi. Emsal kararın müstakbel kararlar için bir kalıp olarak her bir kullanımı, emsal kararı, aynı *ratio*'nun bulunduğu bütün davalarda aynı şekilde karar verilmesi gerektiğini söyleyen genel bir emsal-kuralı şeklinde genelleştirmektir." (Peczenik 1989: 334)

Hangi unsurların asli, yani *ratio decidendi* olarak kabul edileceği, somut davada iki tür sebebin tartılması ve dengelenmesini içeren karmaşık bir muhakemeye dayanır. İlk olarak emsal kararda hâkimin kararı gerekçelendirme amacıyla ve gerekçelendirmek için zorunlu oldukları inancıyla eklediği sebepler dikkate alınabilir. İkinci olarak ise kararda zikredilmemişse bile kararı gerekçelendirmek için zorunlu olduğu öngörülen sebepler dikkate alınabilir.

Peczenik, İsveç'te kabul edilen tekniğin *ratio*'nun yeniden açıklanması ve yeniden gerekçelendirilmesi olduğunu söyler. Dolayısıyla *ratio* için yerleşik ölçüt yoktur. Hangi olayların esas açısından benzer olduğunu belirlemedeki yerleşik değerlendirmeler, *ratio* ile *dicta*'yı ayırmada sadece yardımcı olabilir. Dolayısıyla verili öncüllerden *ratio* ile ilgili sonuca geçiş, bir sıçramadır. Bu sıçramanın makul olabilmesi için, ilave öncüllerin makul olması, tutarlılık ve rasyonel tartışma ölçütlerinin yerine getirilmesi gerekir.

Emsallere uyulması gerektiğini söyleyen Peczenik, bu görüşünü şöyle temellendirir (Peczenik 1989: 335-6):

1. Emsal kararlara uyulmalıdır, çünkü bu uygulamanın tek biçimliliğine ve dolayısıyla da adalete ve hukuki belirliliğe katkıda bulunacaktır.
2. Emsal kararlara uymakla, mahkeme benzer davaları yeniden değerlendirmekten kurtulacaktır. Benzer olayların her defasında yeniden değerlendirilmesi iktisadi bakış açısından gerekçelendirilemezdir.
3. Üst mahkemelerdeki hâkimler daha nitelikli ve deneyimlidir ve kararları da alt derece mahkemeleri için model olabilir.
4. Alt derece mahkemesi emsal kararlara dikkat etmezse, verdiği kararın bozulması ihtimali yüksektir.

Bununla birlikte, emsal kararlara riayetin çok geniş bir şekilde kullanılmaması için gerekçeler de vardır:

1. Mahkemelerin asli görevi somut davalarda karar vermek, yasamanın görevi ise genel normlar koymaktır. Emsal kararlara aşırı derecede uyulması, bu iş bölümünün bozulması anlamına gelir.
2. Hâkimler demokratik usûllerle seçilmedikleri, yani atandıkları için, yüksek mahkemelerin gücünün artması demokratik bakış açısından tartışmalıdır.
3. Açık bir kanun hükmü, müstakbel kararların öngörülebilmesi, dolayısıyla da hukukun kararlılığı ve hukuki belirlilik için, tekil bir davada verilen emsal karardan daha iyi destek sağlar.

Emsal Kararların Gerekçe Nitelikleri

Peczenik, özellikle emsal oluşturan yüksek mahkeme kararlarının, kararın içerdiği gerekçelendirmenin genelliği ve genişliği açısından beş grupta incelenebileceğini belirtir. Bunların ilk üçü kabul edilebilir olmayan kararları yansıtırken, son ikisi geniş ve genel olmaları itibariyle kabul edilebilirdir.

1. *Sahte gerekçelendirme:* Bu gerekçelendirme ne genel ne de geniştir. Bazen çok az sebep zikredilirken, bazen de oldukça belirsiz sebepler sunulur. Kararda davacının veya davalının belli bir hakkı bulunup bulunmadığı, bu yargı için herhangi bir temel sunulmaksızın dile getirilir. Mahkemenin hangi genel kuralı izlediğini tespit etmek çoğunca mümkün değildir. Peczenik bu tür gerekçelendirmenin İsveç'te 20. yüzyılın ilk yarısında hâkim olduğunu, bir ölçüye kadar Finlandiya ve Danimarka'da halen (metnin yayımı 1989) görüldüğünü belirtir. Bu tür bir gerekçelendirme kararların tutarlılık derecesini oldukça azaltmaktadır.
2. *Basit altlama gerekçelendirmesi:* Bu tür gerekçelendirme genel olmakla birlikte yetersiz genişliktedir. Mahkeme kararını genel bir kuralın ve bazı olguların mantıki sonucu olarak sunar. Çetin davalarda dahi, açıkça yazılı hukuk kuralında yer almayan genel kural değerlendirmeci bir yorumla oluş-

turulduğu halde, yoruma ilişkin ilave öncüller (sebepler) kararda görünmez. Peczenik bu tür gerekçelendirmenin İsveç'te 19. yüzyılın sonlarında hâkim olduğunu, Fransa'da ise halen (1989) uygulandığını belirtir.

3. *Olgu anlatan gerekçelendirme:* Bu gerekçelendirme oldukça geniştir ancak yeterince genel değildir. Bu tür kararlarda olgularla ilgili ifadeler bulunur ancak değer yargılarına ve normlara yer verilmez. Hangi yazılı hukuk kurallarının ve ahlaki değer yargılarının kararın olgulardan mantıken çıkmasını sağladığını kararı okuyan kişi tahmin etmek durumundadır. Peczenik bu tür kararların İsveç'te alt derece mahkemelerince sıklıkla ve hatta gittikçe azalmasına rağmen temyiz mahkemelerince verildiğini belirtir.

Bu genellik ve genişlik açısından yetersiz olan bu gerekçelendirme türlerinin yanında, aşağıdaki kararlar kabul edilebilir niteliktedir:

4. *Diyalog gerekçelendirmesi:* Bu tür bir kararda mahkeme, olgular, normlar ve değer yargıları da dahil olmak üzere kararın leh ve aleyhindeki sebepleri açıkça ortaya koyar; sonrasında da birinin diğerine ağır bastığı sonucuna varır. Metodun *Common Law* yargılamasından etkilendiğini söyleyen Peczenik, Norveç'te de sıklıkla bu tür kararlar görüldüğünü belirtir.
5. *Ayrıntılı altlama gerekçelendirmesi* (veya 'bilimsel' gerekçelendirme): Bu tür kararlarda mahkeme, olgular, normlar ve değer yargıları da dahil olmak üzere kararın leh ve aleyhindeki sebepleri açıkça ortaya koyar; sonrasında da kararın onlardan mantıken çıkmasını sağlayacak şekilde sebepleri uyarlar. Kararda zikredilen normlar ve değer yargıları çoğunlukla geneldir. Peczenik'e göre bu tür gerekçelendirme Alman uygulamasından etkilenmiştir ve İsveç'te de görülür.

Emsal Kararların Tutarlılığı

Peczenik, ancak geniş ve genel olan gerekçelerin tutarlılık

ölçütlerini yerine getirebileceğini söyler. Bu aynı zamanda açık bir emsal normunun oluşturulabilmesi için de önemlidir. Peki, bütün yargı kararları geniş ve genel bir gerekçelendirmeye sahip olmalı mıdır? Mükemmel yargısal karar verme koşullarının bulunduğu, yani hâkimin sınırsız zamanının, bilgisinin, zekâsının, kaynağının vs. olduğu bir durumda, bu sorunun yanıtı olumlu olmak durumundadır. Ancak gerçek hayatta daha az geniş ve daha az genel bir gerekçelendirmeye sahip karar daima yanlış olmaz. Böyle bir karar, çeşitli nedenlerle, en iyi çözüm olabilir:

1. Bir yargı kararı, sadece geniş bir genel öncüller kümesi temelinde gerekçelendirilebiliyorsa ahlaken doğru (haklı) bir karardır. Ancak bu gerekçelendirmeyi mutlaka hâkimin yapmış olması gerekmez. Hâkim, düzgün karar verebiliyorsa iyi bir hâkimdir. Buradaki düzgünlük, herhangi birinin hem ahlak hem de hukuk temelinde oldukça yüksek tutarlılığa sahip tarzda gerekçelendirebileceği şekilde karar vermesi anlamına gelir. Hâkim verdiği kararın ahlaken gerekçelendirilebilir olduğunu hissetmekte haklı olabilir ancak yine de tatmin edici bir gerekçelendirme oluşturma kabil olmayabilir. Böylece kararını dayandırabileceği oldukça genel ve diğer açılardan da tutarlı sebeplerdense kendi kararına dayanabilir. Peczenik'e göre bu durum psikolojik açıdan oldukça doğaldır, zira karar vermenin büyük bir kısmını iradi olmayan mekanizmalar oluşturur. İyi bir hâkim olabilmek için aynı zamanda iyi bir hukuk felsefecisi olmaya gerek yoktur.
2. Emsal kararı kaleme alan hâkim, emsalin gelecekte kapsayacağı bütün olayları öngöremeyebilir. En iyi gerekçelendirme dahi, emsalin esasında uygulanmaması gereken olaylar için de emsal oluşturmasına engel olamaz.
3. Mahkemeler asli görevlerinin somut tekil davalarda karar vermek olduğunu, genel normlar vaz etmenin yasakoyucunun işi olduğunu düşünebilirler.
4. Heyet halinde verilen kararlarda oy çokluğuyla verilen bir kararda çoğunca içerisinde tavizler de bulunan bir tür uzlaşma

vardır. Böyle bir uzlaşma için, daha az genel ve daha az geniş bir karar gerekir. Oybirliğiyle alınan bir karar, muhalefet şerhinin de bulunduğu oyçokluğuyla alınmış bir karardan daha güçlü görülebilir. Böyle olunca da, daha az tutarlı olmasına rağmen oybirliğiyle verilmiş bir karar, yüksek derecede tutarlı olmakla birlikte hâkimlerin tam bir konsensüsünü yansıtmayan karara tercih edilebilir.

5. Nihayet, pek çok davada hâkimin genel ve geniş bir gerekçelendirme hazırlayacak vakti yoktur.

Arzu edilen geniş ve genel bir gerekçelendirmeyi hazırlamamayı makul gösteren bu nedenlerin yanında, Peczenik, kararların geniş ve genel olması gerektiğine yönelik G. Bergholtz'un görüşlerini iktibas eder:

1. Modern toplum artık, muhtemelen Tanrı'nın veya kralın iradesini yansıtan tartışmasız bir otoriteden başka desteği olmayan kararlara itaat etmek istemiyor. Taraflar, mahkemenin neden belli bir şekilde karar verdiği sorusunu yanıtlayan genel ve geniş sebepler bütününe kolaylıkla ulaşabilmeyi istiyorlar.
2. Demokrasi, mahkemelerin, halkın temsilcilerince vaz edilmiş kurallara yeterince saygı göstermesini ister. Çetin davalarda mahkemenin bu isteği yerine getirdiğinin gösterilmesi bakımından genel ve geniş bir gerekçelendirmenin sunulması önemlidir.
3. Geniş ve genel bir gerekçelendirme öznelerarası sınanabilirlik gereğini ve dolayısıyla önemli bir rasyonel pratik tartışma ilkesini doğrudan yerine getirmiş olur. Böylelikle kararın hangi temeller çerçevesinde eleştirilebileceği bilinmiş olur. Sınanabilirlik, kararın nesnelliğine ve dolayısıyla da hukuki belirliliğe katkıda bulunur.
4. Bir kararın geniş, eleştirilmesini kolaylaştıracak şekilde gerekçelendirilmiş olmasının yanında yanlış olduğu da ispatlanmamış ise, karar emsal olmak bakımından büyük bir güce kavuşur. Kararın yüksek derecede bir genelliğe sahip olması da onun yaygın kullanımını mümkün kılar. Bu olgu, yaşayan

hukuk sisteminin tekbiçimliliğini ve dolayısıyla da tutarlılığını artırır. Böylece yargı kararlarının öngörülebilirliğine ve hukukun kararlılığına katkıda bulunmuş olur.

5. Kararın geniş ve genel olması, tarafların temyize başvurma kararlarını etkiler.

YASAMA HAZIRLIK ÇALIŞMALARI

Yukarıda sayılan kaynak normlarının bir kısmı yasama hazırlık çalışmaları (*travaux prépratioires*) ile ilgiliydi. Tekrarlayacak olursak, yasama hazırlık çalışmaları şunlardır:

(K5) Şu metinler, yasa hazırlık çalışmaları sayılır: yeni yasa için verilen önerileri nedenleriyle birlikte içeren yasama komitesi raporu; bakanlık veya merkezi idare tarafından hazırlanmış andıçlar, yahut diğer iletişim metinleri; görüşlerini belirtmek üzere davet edilmiş organ ve kişilerin beyanları; sorumlu bakanın beyanları; Yasama Konseyi'nin beyanları; Riksdag [İsveç Parlamentosu] üyelerinin tasarıları ve ilgili parlamento komisyonlarının görüşleri.

Ratio Legis

Yasama hazırlık çalışmalarına verilen önem, bu çalışmaların yasanın amacına, yani *ratio legis*'ine bir delil oluşturduğu düşüncesinden kaynaklanır. Bununla birlikte, Peczenik'e göre, *ratio legis* kavramı karmaşıktır.

Yasakoyucunun ne demek istediği, fiilen ne dediğinden daha önemlidir. Yasanın lafzı kötü bir şekilde, formüle edilmiş olabilir. Dolayısıyla da *ratio legis*'i izler şekilde yasanın sübjektif inşasının (yorumunun) yapılması gerektiği söylenebilir. Hazırlık çalışmaları, yasama sürecine katılmış olan bireylerin ne düşündüğünün ve istediğinin delili olabilir. Bu delil, yasaların sübjektif inşasının (yorumunun) delili olarak kabul edilebilir. Her ne kadar *ratio legis*'in 'yasakoyucunun iradesi

olduğu' sıklıkla dile getirilse de, *ratio legis* yasama sürecine katılan bireylerin kişisel görüşleriyle aynı şey değildir. *Ratio legis*'i daha çok onların söylediği her şeyle veya en azından söyledikleri en önemli şeylerle uyumlu, en tutarlı değer ifadeleri ve norm ifadeleri sistemi olarak görmek gerekir.

Peczenik, hazırlık çalışmalarına yöneltilmiş, sıklıkla dile getirilen bazı eleştirileri ele alır ve bunları yanıtlamaya çalışır:

1. Birinci eleştiri, başka bir insanın zihninin içine giremeyeceğimiz, dolayısıyla da yasama sürecine katılan kişilerin gerçekte ne istediklerini ancak tahmin edebileceğimiz şeklindedir. Ne var ki Peczenik'e göre kişinin diğer insanların düşünceleri hakkındaki tahminlerini gerekçelendirmek için çok iyi sebepleri bulunabilir. Yüzü kızarmış, karşısına çıkan herkese bağırıp çağıran bir kişinin 'kızgın' olduğunu pekâlâ söyleyebiliriz.
2. Yasakoyucunun iradesine yönelik ikinci eleştiri, Uppsala Okulu'nun da yaptığı gibi, yasakoyucuyu iradesiyle bütün hukuk sistemini kucaklayan bir insan gibi düşünmenin yanlışlığına işaret eder. Ancak Peczenik, kanunların sübjektif inşasının bu tip kurgulara dayanmak zorunda olmadığını söyler. Sübjektif inşa, hazırlık çalışmalarının bilgisini de içeren öncüller kümesinden çıkar. Hazırlık çalışmalarından yasama sürecine katılanların iradesine, bu irade hakkındaki enformasyondan *ratio legis*'e, *ratio legis*'ten kanunun sübjektif inşasına geçişler birer sıçramadır. Bu sıçramalar, makul öncül kümeleri oluşturulmak suretiyle mantıken düzgün bir çıkarım haline getirilebilir.
3. Bir başka eleştiri ise, sübjektif inşanın, bazı istisnai durumlarda hazırlık çalışmalarında dile getirilenlerle, bunu dile getirenin gerçek niyeti arasında uyumsuzluk olabileceği gerçeği üzerine kurulduğu şeklindedir. Peczenik bu eleştiriye yanıt olarak, hazırlık çalışmalarında dile getirilenlerin kural olarak gerçek niyete karşılık geldiğini söyler.
4. Nihayet sıklıkla dile getirilen son bir eleştiri, sözgelimi İsveç'te yasama erkinin parlamentoya, yani Riksdag'a ait olduğunu, halbuki hazırlık çalışmaları kavramının parlamen-

to üyesi olmayanların beyanlarını da dikkate aldığını söyler. Peczenik ise, *ratio legis*'in bireysel görüşler olarak değil, tutarlı bir bütün olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindedir.

Peki *ratio legis* kavramı demokrasiyle uyumlu mudur? Soruyu anlamlı kılan itiraz şudur: Demokrasi parlamentonun yasama erkine sahip olmasını gerektirir. Bu erk gerçek niyetleri olan gerçek insanlar tarafından kullanılır. Ancak hazırlık çalışmalarının dikkate alınması, bu gerçekliğin yerine *ratio*'nun ideal inşasını koyar. Peczenik, bu bağlamda demokrasi ve rasyonalite kavramlarını yeniden ele alma ihtiyacı hisseder:

"a) Demokrasinin temel düşüncesi olan halkın gücü, çoğunluğun sınırsız gücü anlamına gelmez. Çoğunluk kuralı demokratik karar vermenin sadece yaklaşık ölçütüdür. Demokratik karar verme ise ahlaki karar vermenin yaklaşık ölçütünden başka bir şey değildir. Mesela çoğunluk kuralının beşeri tercihler kalkülünün yaklaşık sonucunu ortaya çıkardığı söylenebilir. Hangi eylemlerin ahlaken iyi olduğuna karar vermek için sadece belli tercihleri olan insanların sayısına değil, tercihlerin güçlülüğüne de bakmak gerekir.

Bu demokrasi düşüncesi, sonuç olarak, belli bir zamandaki parlamento çoğunluğunun bütün isteklerini hemen yapabileceği anlamına gelmez.

b) Kanunların inşasıyla [yorumuyla] ilgili hukuki bir görüş, mümkün olduğunca rasyonel olduğu takdirde doğrudur [düzgündür]. Bu rasyonalite düşüncesi çok komplekstir. Düzgün bir hukuki görüşün mümkün olduğunca tutarlı, kesin, önvarsayılmış veya yine de makul olan öncüller kümesi ile desteklendiğine işaret eder. Tutarlılık, başka talepleri yanında, sonucun böyle bir öncüller kümesi ile desteklenmesini gerektirir vs. (...) Kısaca, mümkün olduğunca tutarlı düşünen ve mükemmel bir tartışmaya katılan hukukçular tarafından oybirliğiyle kabul edilen, doğrudur.

Demokrasi, tutarlılık ve tartışma rasyonalitesi ölçütlerini yüksek ölçüde karşılayan hukuki muhakeme için en iyi kurumsal çerçeveyi sağlar. Fakat elbette demokrasi böyle bir muhakemenin düzgünlüğü için yeterli koşul değildir." (Peczenik 1989: 351)

Hazırlık Çalışmalarının Yorumdaki Yeri

Peczenik hazırlık çalışmalarının, en azından İsveç özelinde, yasaların yorumunda kullanılması gerektiğini söyleyerek hukukun kaynakları arasında *ratio legis*'e hatırı sayılır bir yer atfeder ve bu görüşünü gerekçelendirmeye çalışır.

İlk olarak, yasa metinlerinin kısa tutularak ayrıntıların hazırlık çalışmalarına bırakılması tekniğinin olumlu yönlerine değinir. Peczenik'e göre eğer hazırlık çalışmaları nitelikli yapılırsa, bu teknik hukuk sistemine daha çok enformasyon aktarır. Yasama sürecine katılan farklı kişiler pek çok sebep formüle eder ve bunlar hazırlık çalışmaları çerçevesinde kayda geçer. Yorumcu böylece tartma ve dengeleme eylemi için kullanacağı sebepleri kolaylıkla burada bulabilecektir. Ayrıca bu teknikle yasakoyucu hukuk sistemine gerekçelendirilebilir bir esneklik kazandırmış olur.

Yasaların yorumunda *ratio legis*'in dikkate alınması gerektiğine inanan Peczenik'in bazı gerekçeleri şöyledir: Demokratik yasama sürecinin bir parçası olması ve yaratıcılarının bu iş için çok zaman harcamış uzmanlar olması, hazırlık çalışmalarını anlamlı kılar. Hukuki belirlilik ve tutarlılık ölçütü olan genellik, yasaların aynı şekilde yorumlanmasını gerektirir. Tekbiçimliliğe katkıda bulunmanın bir yolu, yorumcuların aynı açıklayıcı ve bilgi verici materyale bakmasıdır.

Peczenik, diğer yandan yorumda hazırlık çalışmalarına yer verilmesinin aleyhine argümanların bulunduğunu da belirtir:

1. İnsicamlı bir yasalar sistemi, leh ve aleyhteki argümanların bir arada bulunduğu bir diyalog tarzındaki hazırlık çalışmalarından daha kararlıdır. Dolayısıyla hukukun kaynaklarını yasalarla sınırlamak, hukukun kararlılığını artırır.
2. Hazırlık çalışmalarının bazen yasalardan daha belirsiz olduğu gerçektir.
3. Yasanın bizzat kendisi çoğunca özlü bir ifadedir ve yasayı okumak hazırlık çalışmalarını incelemekten daha kolaydır. Bu yönüyle hazırlık çalışmaları kararların öngörülebilirliğini azaltır.

4. Yorumcuların hazırlık çalışmalarına büyük önem atfetmesi, yasakoyucuların yasaların formüle edilmesinde özensiz davranmalarına neden olabilir.
5. Mahkemeleri hazırlık çalışmalarıyla bağlamak, toplumdaki erkler ayrılığı algısına aykırıdır. Hazırlık çalışmaları yorumu sınırlar. Mahkemeler parlamento tartışmalarına tabi değildirler.
6. Hazırlık çalışmaları değiştirilemez. Hazırlık çalışmalarına sıkı bağlılık, sadece hazırlık çalışmalarındaki bir hata yüzünden yasanın değiştirilmesini gerektirecektir.

Bu karşı argümanları da dikkate alan Peczenik, hazırlık çalışmalarına yorumda yer verilmesiyle ilgili sonuca ulaşmak için yapılacak tartma ve dengelemenin oldukça zor olduğunu söyler. Ama İsveç özelinde hazırlık çalışmalarını savunmak için haklı gerekçeleri olduğunu düşünür:

1. Yasamanın çok hızlı olması yasakoyucuların insicamlı, kesin ve tam bir kurallar sistemi yaratmasını imkânsız kılar. Yeterince kararlı olmayan bir hukuk yapmak durumunda kalırlar. Niyetlerini ancak hazırlık çalışmalarında açıkça ortaya koyabilirler.
2. Yasamadaki yüksek hız, hukukçu bilim adamlarına ayrıntılı şerhler, el kitapları ve diğer yorum araçlarını geliştirmek için yeterli zaman bırakmaz. Aynı zamanda Uppsala Okulu'nun sert eleştirileri nedeniyle hukuk dogmatiğine güven azalmış durumdadır. Hukuk dogmatiğinin hukuku yeterince kararlı hale getiremediği yerde, yorumcunun hazırlık çalışmalarının yapacağı her türlü yardıma ihtiyacı vardır.
3. Toplumdaki hızlı değişimler, hukukçuların örf-âdet hukukuna olan güvenini sarsmıştır. Bu olgu hukukun kararlılığını azalttığı gibi, hazırlık çalışmalarının yardımına olan ihtiyacı da artırmıştır.
4. Siyasi istikrar, hazırlık çalışmalarını yapan bürokratlara ve politikacılara duyulan büyük güveni haklı kılmaktadır. Arzu

edilenden daha az yetkin olabilirler, ama hazırlık çalışmalarını belli çıkarları ve ahlaken karşı çıkılabilir başka amaçları gerçekleştirmek için kullanmazlar.

Son olarak, hazırlık çalışmaları ile ilgili olarak yukarıda kaynak normlarında yer alan hususları tekrarlamakta fayda var:

(K2) Bütün mahkemeler ve makamlar, uygulanabilir içtihatlar ile yasama sırasındaki hazırlık çalışmalarını, kararlarını gerekçelendirirken kullanmalıdırlar [*should*]. Bazı durumlarda örf ve âdeti de dikkate almalıdırlar [*should*]. Vergi hukukuyla ilgili pek çok kararda, idari makam Milli Vergi Kurulu'nun verdiği uygulanabilir direktifleri dikkate almalıdır [*should*].

(K5) Şu metinler, yasa hazırlık çalışmaları sayılır: yeni yasa için verilen önerileri, nedenleriyle birlikte içeren yasama komitesi raporu; bakanlık veya merkezi idare tarafından hazırlanmış andıçlar, yahut diğer iletişim metinleri; görüşlerini belirtmek üzere davet edilmiş organ ve kişilerin beyanları; sorumlu bakanın beyanları; Yasama Konseyi'nin beyanları; Riksdag [İsveç Parlamentosu] üyelerinin tasarıları ve ilgili parlamento komisyonlarının görüşleri. Riksdag'daki ön tartışmalarda söylenenler, kural olarak siyasal avantaj için söylenmiş şeyler içerebileceğinden dikkate alınmaz.

(K6) Çok eski hazırlık çalışmaları, sınırlı ölçüde dikkate alınmalıdır [*should*].

(K7) Yalnızca basılı materyale kural değeri verilmelidir [*should*].

(K8) Hazırlık çalışmalarında, üzerinde çalışılan yasanın alanı dışındaki sorunlarla ilgili ifadelere ancak sınırlı bir önem atfedilmelidir [*should*]. *Bunun istisnası ise şudur*: Birden fazla yasanın hazırlığına katılan bir organın, bir yasa taslağıyla ilgili olarak, daha önceki bir yasa taslağıyla ilgili görüş beyan etmesi. Yeni bir yasa taslağının hazırlık çalışmaları da, yakın bir alanı düzenleyen eski bir yasanın yorumu açısından önem taşıyabilir.

(K9) Tamamen kapalı kalmış hazırlık çalışmaları, dikkate alınmamalıdır [*should*].

MESLEKİ HUKUKBİLİMSEL LİTERATÜR

Hukuk doktrini, Peczenik'e göre, hukuki muhakeme açısından büyük bir öneme sahiptir. Doktrin kelimesi öncelikle hukuk dogmatiğindeki profesyonel eserlere atıf yapar ve görevi, geçerli hukuku sistemleştirmek ve yorumlamaktır. Doktrin, bazı bağlamlarda hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, hukuk ve ekonomi gibi alanlardaki eserlere de atıf yapabilir. Hukuk doktrini konusuna müstakil bir bölüm ayırdığımızdan burada sadece kısaca hukukun kaynakları arasındaki yerine değineceğiz.

Peczenik'e göre, doktrin önemli bir hukuk kaynağıdır:

> "...hukuki eserlerde geliştirilen tezler, sadece ortaya koyulan sebeplerin niteliği nedeniyle değil, aynı zamanda hukuk yazarlarının işgal ettiği otoriter konum nedeniyle de dikkate alınır. Herkesin bildiği bir olgu olarak, bir doktora tezi, yazarı öğretim üyesi olur olmaz daha fazla otorite sahibi olur. Bu tabii ki hukukun kararlılığı beklentisinin sonucudur. Yasakoyucular ve mahkemeler hukuku yeterince kararlı hale getiremediklerinde, hukukun diğer kararlı kaynaklarına bakılır. Kitaplar, özellikle yazarı küçük bir ülkede muhakkak surette olacağı gibi hukukun belli kısımlarında tekel sahibiyse, yeterince kararlıdır." (Peczenik 1989: 362)

Peczenik, doktrinin sahip olduğu konumun yükselmesinin bazı faktörlere bağlı olduğunu söyler:

1. Karar vericiler rasyonel muhakemeye ne kadar önem verirse, doktrinin rolü de aynı oranda artacaktır.
2. Yasalar ne kadar yavaş değişirse, hukukçu bilim adamları da ayrıntılı şerhler ve el kitapları yazmak için o kadar çok vakit bulacaklardır.

3. Ne kadar çok yazılı hukuk kuralı, emsal karar, hazırlık çalışması materyali olursa, bunların hukuk doktrininde sistemleştirilmesine ve yorumlanmasına da o kadar ihtiyaç olacaktır.
4. Hukukun diğer kaynaklarının kararlılık derecesi ne kadar az olursa, literatürden o kadar çok yardım beklenecektir.

Doktrinin hukuk kaynağı olarak otoritesinin en önemli kaynağı, ürettiği argümantasyonun rasyonel niteliğidir: "*Hukuk doktrini, aklı otoriteye çevirir.*" (Peczenik 2005a, s. 17)

YABANCI HUKUK

Peczenik, yabancı bir yasada yapılmış olan kavramsal bir ayırımın, yabancı bir davada ortaya konmuş bir sorunun vs. kendi hukuku hakkında değerlendirme yapan bir hukukçu için ilgi çekici olabileceğini belirtir. Yabancı hukuk, ilginç dava örnekleri sunması açısından hukuk eğitiminde de faydalı olabilir.

Yabancı hukukun, keşif sürecinde ilham verici özelliği yanında, yabancı davalarda dile getirilen maddi sebeplerin kendi hukukunda belli bir davayla ilgili sonuca ulaşmaya çalışan kişi açısından uygulanabilir olduğunu da kabul etmek gerekir. Gerçekten de pek çok hukuki kavram ve kurumun arkasındaki sebepler, ülkeler ve hukuk düzenleri açısından mutlak farklılık arz etmez. Sözgelimi illiyet bağıyla ilgili farklı hukuk düzenlerinde ortaya konan maddi sebepler her yerde uygulanabilir bir özellik taşır. Yanlış anlamaya mahal vermemek için, burada kastedilenin, A hukuk sisteminin betimlenmesi olmadığını, A hukuk sistemindeki yargının B hukuk sisteminde kullanılmış bir argümanla desteklenebileceğinden bahsedildiğini vurgulamak gerekiyor.

Belki asıl mesele, yabancı hukukun bir otorite sebebi oluşturup oluşturmayacağıdır. Peczenik, bazı durumlarda yabancı hukukun otorite sebebi niteliği kazanabileceğini belirtir:

1. Uluslararası özel hukuk, uluslararası ceza hukuku gibi bazı alanlarda iç hukuklar yabancı hukukun uygulanmasına izin verir.
2. İç hukukun belli alanları uluslararası hukuk üzerine bina edilmiş olabilir.
3. Bazı alanlardaki uluslararası işbirliği, yasamaya etkide bulunabilir ve işbirliğinde bulunan ülkelerde aynı otorite sebepleri geçerli hale gelebilir. Özellikle vergilendirme ve serbest ticaret alanlarındaki bölgesel işbirlikleri, yeknesak yasal uygulamayla sonuçlanır.
4. Yine bölgesel uluslararası yapılanmalara paralel olarak yeknesak yasama söz konusu olmamasına rağmen, hukuk düzenleri arasında bir uyumlaşma görülebilir. Resepsiyon, böyle bir uyumlaşmanın en uç örneği olarak karşımıza çıkar.

Yabancı hukukun otorite sebebi olarak görülmesi yönünde gittikçe artan bir eğilimden de bahsedilebilir. Küreselleşme olgusuyla birlikte Birleşmiş Milletler kararları, insan hakları, uluslararası ticari örf-âdet, uluslararası tahkim gibi uygulamaların yaygınlaşması, yabancı veya yabancı unsurlara sahip karar ve uygulamaların hukukun kaynakları doktrinini de etkilemektedir.

Yabancı hukukun iç hukukta bir otorite sebebi teşkil etmesinde Peczenik, hukukçu biliminsanı ile hâkim arasında ayırım yapar. Biliminsanının yabancı hukuka bakması çok normaldir. Ancak hâkimin hem böyle bir araştırma için zamanı yoktur, hem de daha önemlisi, asıl görevi iç hukuku uygulamaktır.

YASA TASARILARI VE MÜLGA HUKUK

Peczenik, geçerli hukuk haline gelmemiş bir yasa tasarısının da hukuki muhakemede dikkate alınabileceğini belirtir. Örnek olarak da, İsveç'te Richert'in 1826'da medeni kanun genel hükümler ve 1823'te ceza hukuku genel hükümler hakkındaki tekliflerinin nesiller boyunca İsveç yargı pratiğinde ve yasama faaliyetlerinde etkili olmasını gösterir.

Bazı olgular, Peczenik'e göre, tasarıların/taslakların/tekliflerin bu rolünü açıklar niteliktedir:

1. Yasa tasarısını destekleyen maddi sebepler hukuki muhakemede dikkate alınabilir. Muhakemenin tutarlı olması isteniyorsa, tüm sebepler gibi, bunlar da değerlidir.
2. Bir yasa taslağı, yazarının sahip olduğu itibar gibi bir nedenle bir tür otorite sahibi olabilir.
3. Geçerli hukuk haline gelmesi muhtemel olan bir taslak ilk elden otorite sahibidir.
4. Mevcut hukuktan daha açık ve ayrıntılı olması durumunda taslak, hukukun kararlılığını artırır.
5. Benzerler, benzer muameleye tabi olmalıdır. Benzer davaların bir kısmına sırf yasa değişikliğinden hemen önce meydana geldikleri için farklı, bir kısmına ise sırf değişiklikten hemen sonra meydana geldikleri için farklı muamelede bulunmak, adil değildir.

Bunun yanında yürürlükten kalkmış bir yasa da, yerini alan yasanın yorumunda kullanılabilir. Eski yasayı destekleyen sebepler, yeni yasanın eski düzenlemeye benzemesi durumunda geçerliliklerini koruyacaklardır. Eski düzenlemeden farklı bir hüküm getiren yeni yasanın yorumunda ise bu sebepler analoji veya aksiyle kanıt gerekçelendirmesinde kendine yer bulacaktır.

Hukuki Muhakeme Metotları

Peczenik'in kolay ve çetin dava ayrımını hatırlayacak olursak: Kolay davalarda karar, bir hukuk kuralından ve davanın olaylarının tasvirinden ve belki de ispatı kolay başka öncüllerden dedüktif olarak çıkar. Çetin davalarda ise karar, sadece hukuk kuralı ve olayların tasvirinden dedüktif olarak çıkmaz; daha geniş bir öncüller kümesinden çıkar. Bu öncüller kümesi bir

değer ifadesi, bir norm ifadesi veya başka türden bir öncül de içerir. Karar verici açısından bu ifadelerin ispatı kolay değildir.

Peczenik iki tür yorumdan bahseder: tasrih edici yorum ve yaratıcı yorum. Çetin davalarda yaratıcı yorum yapılır. Tasrih edici (açıklığa kavuşturucu) yorum (*interpretatio secundum legem*), yasa hükmünün anlamını yasanın lafzı ışığında ortaya koyar. Yaratıcı yorum, ya tamamlayıcıdır ya da düzelticidir.

Tamamlayıcı yorum (*interpretatio praeter legem*), muğlak veya müphem bir yasa hükmünün imkân dahilinde olan ama yasanın lafzıyla çatışmayan yorumları arasında tercih yapmayı gerektirir. Yasanın lafzı ile mümkün yorumları arasında bir çatışma varsa, yorum düzelticidir (*contra legem*).

Düzeltici yorum (redüksiyon, eliminasyon) daha genel bir normun yaratılması veya çatışmanın giderilmesiyle sonuçlanabilir. Redüksiyonda yasa yeni, daha sınırlı bir anlam kazanır. Eliminasyonda yasa uygulanmaz. Çatışmanın giderilmesi, başka normlarla çatışma durumunda ortaya çıkar.

Çetin davalarda yasaların yorumu, çeşitli öncül tipleriyle desteklenir. Bazı öncüller analoji, *argumentum a contrario* vb. yorum sebepleri kullanır. Bazı öncüller ise yorum yöntemleri tarzında ortaya çıkarlar. Mesela lafzi, mantıki, tarihi, sistematik, karşılaştırmalı ve teleolojik yorum yöntemleri gibi.

Peczenik, hukuki muhakemeyi düzenleyen muhakeme normlarının bulunduğunu söyler. Bu normlar yasaların nasıl yorumlanacağını söyler. Bu normlar *prima facie* karakterdedir, yani eğer güçlü bir sebep varsa, uygulanmayabilirler. Bu normların varlıkları, genel olarak hukukçuların çeşitli bağlamlarda söz konusu öncülleri yargılarını desteklemek için kullanmaları olgusuna bağlıdır. Bazı muhakeme normları, diğer muhakeme normlarını gerekçelendirmede kullanılabilir. Muhakeme normlarının tutarlı bir sistem oluşturması amaçlanmalıdır. Böyle bir tutarlılık da muhakeme normlarının ve tutarlılık ölçütlerinin tartılması ve dengelenmesiyle oluşturulacaktır.

Muhakeme normları hukuki muhakemenin rasyonalitesini artırır. Çünkü bu normlar başka bir kişinin yaptığı muhakemeyi sınamayı mümkün kılar. Böylece kişi, argümanları ve

karşı argümanları tekrar tartabilir. Böylece muhakeme normları hukuki muhakeme pratiğini daha istikrarlı ve yorumlanmış hukuk normlarını daha kararlı hale getirir.

Ancak bu normların da muğlak olduğu unutulmamalıdır. *Prima facie* karakterleri de dikkate alındığında, muhakeme normlarının uygulanma sahası yorumcunun benimsediği değer yargılarına bağlıdır. Bu nedenle yasanın yorumunda çeşitli yorum yöntemleri bir arada kullanılır. Peczenik'e göre çetin davalarda yorumun makuliyetini sağlamanın tek yolu budur. Tek bir metoda dayanan yorum faaliyeti çoğunca makul olmayan sonuçlara götürür.

MANTIKİ, LAFZİ VE SİSTEMATİK YORUM

Mantıki ve Mantık-Benzeri Yorum

Yasanın mantıki yorumu, söz konusu yasadan mantıki sonuçlar çıkarılmasıdır. Mesela yasanın mantıken diğer kurallarla insicamlı olup olmadığı kontrol edilebilir. Çatışma durumunda, ileride ele alacağımız çatışma normları uygulanmak suretiyle çatışma ortadan kaldırılacaktır.

Yasanın mantıki yorumu aynı zamanda altlama sorunlarını da içerir. Aşağıdaki yorum normu, altlamaya önem atfeder:

(Y1) Tekil bir davadaki yargısal karar ve böyle bir kararı konu edinen hukukbilimsel öneri, diğer makul öncüllerle birlikte genel bir normdan çıkarılabilir olmalıdır.

Böyle bir genel norm yasada belirtilmiş, emsale dayanıyor veya başka bir hukuk kaynağınca destekleniyor olabilir.

Peczenik mantıki gerekliliğin ardından mantık-benzeri maksimler dediği ilkelere birkaç örnek verir:

(Y2) Kimsenin imkânsız olan bir şeyi yapma yükümlülüğü yoktur.

(Y3) Kimse başkasına sahip olduğu haklardan daha fazlasını aktaramaz.

(Y4) Yasa geçmişe yürümez.

Bu maksimler muğlaklıkları nedeniyle, örf-âdet kuralı, ahlaki norm, yahut mantıki önerme olarak yorumlanabilirler.

Lafzi Yorum

Lafzi yorum, yasanın içeriğinin gündelik, genel ve hukuki dil kullanımına uygun bir şekilde tasrih edici tasviridir. Lafzi yorum düzeltici olmadığı gibi tamamlayıcı da değildir. Yasanın anlamı, sadece lafzı çerçevesinde ortaya koyulur. Lafzi yorumun en önemli yanı, hukukun kararlılığına yaptığı katkıdır. Bir yasa metninin dil açısından içeriği bazı verilerin incelenmesiyle ortaya konabilir:

—Metinde yer alan kelimelerin ve ifadelerin anlamları açısından metnin bizzat kendisinde yer alan hukuki tanımlar ve diğer açıklamalar;

—Sözlükler, dil araştırmalarının sonuçları vs.;

—Metinde görülen kelime ve ifadelerin diğer hukuk kaynaklarında, teknik hukuki kullanımda, gündelik konuşmada vs. hangi tarzda kullanıldığı;

—Yasa metnindeki üslup nitelikleri ve hususiyetleri.

Lafzi yorum yasanın lafzi içeriğini geliştirmez, değiştirmez. Peczenik bu sınıfa ait beş tane yorum normu bulunduğunu belirtir:

(Y5) Aksini düşünmek için güçlü nedenler bulunmadıkça, aynı yasanın farklı kısımlarında kullanılan benzer kelime veya ifadeler farklı tarzda yorumlanmamalıdır.

(Y6) Eğer farklı kelime veya ifadeler aynı yasanın farklı kısımlarında kullanılmışsa, aksini düşünmek için güçlü nedenler bulunmadıkça, bunların farklı durumlarla ilgili olduğu varsayılmalıdır.

(Y7) Bir hukuk normu, normun bazı kısımları gereksizmiş gibi yorumlanmamalıdır.

(Y8) Aksini düşünmek için güçlü nedenler bulunmadıkça, bir yasadaki kelime ve ifadeler gündelik dille çatışır tarzda yorumlanmamalıdır.

(Y9) Bununla birlikte, bir kelime yahut ifadenin gündelik dille uyumsuz teknik bir anlama sahip olduğu gösterilmişse, bu kelime veya ifade bu özel anlamıyla, gündelik dile atıf yapılmaksızın yorumlanmalıdır.

Sistematik Yorum

Yasaların sistematik yorumunda kullanılan argümanlar, benzer hüküm içeren başka yasalarla, yasanın sistematiğiyle, başka bir kavramsal analizin mevcut yasa yorumuna etkisiyle veya başka bir hukuk dogmatiği teorisinin etkisiyle ilgilidir. Peczenik, sistematik yorumla ilgili dört yorum normu öngörür:

(Y10) Bir yasa hükmü yorumlanırken:

a) söz konusu hukuki sorunun çözümünü daha kamil hale getirecek başka bir yasa hükmü,

b) yorumlanan hükmün düzenlediği olaylara benzer olayları düzenleyen başka yasa hükümleri,

c) yorumlanan hükmün anlaşılmasına bir şekilde katkıda bulunabilecek başka yasa hükümleri, dikkate alınmalıdır.

(Y11) Bir yasa hükmü yorumlanırken:

a) yasanın başlığı

b) yorumlanan hükmün; hukuk sisteminin belli bir kısmına, belli bir yasaya yahut bu yasanın belli bir kısmına aidiyeti dikkate alınmalıdır.

(Y12) Bir yasa hükmü yorumlanırken kavramsal analiz, yani kavramlar arasındaki mantıki bağlantılar ve bunların teorilerdeki, normatif sistemlerdeki ve genel olarak hayattaki rolleri dikkate alınabilir.

(Y13) Bir yasa hükmü yorumlanırken hukuk dogmatiğinde formüle edilmiş teoriler de dikkate alınabilir.

REDÜKSİYON, DARALTICI YORUM, GENİŞLETİCİ YORUM VE YENİ NORMLARIN YARATILMASI

Hukuk normunun hukuki muhakeme ile belirlenen uygulanma alanı, genellikle normun lafzi veya hukuk dışı okunuşunun işaret ettiğinden farklıdır. Redüksiyon ve daraltıcı yorum, normun lafzından daha dar bir uygulanma alanı belirlerken, genişletici yorum ve yeni bir genel normun yaratılması, normun lafzından daha geniş bir alan ortaya çıkarır. Peczenik bu durumu, kurgusal bir kural çerçevesinde açıklar: 'Bütün satranç oyuncuları, kulübe üye olabilir.' Bu kuralın mümkün yorumları, normun uygulama alanını belirler:

1. Lafzi yorum, zaman zaman satranç oynayanlar da dahil olmak üzere bütün satranç oyuncularının kulübe üye olabileceğini, bunun dışındakilerin de üye olamayacağını söyler.
2. Kuralın daraltıcı yorumu, zaman zaman satranç oynamakla birlikte Ulusal Satranç Federasyonu'nun resmi sıralamasına girememiş olanların kulübe üye olamayacağını söyleyebilir. Yorum bu haliyle 'gerçek' (yoksa 'özde' mi?) satranç oyuncularını hedeflemekte ve bunu da satranç federasyonunun kayıtlarına bağlamaktadır.
3. Bununla birlikte redüksiyon daha köklü bir eleme yapar ve belki de sadece usta satranç oyuncularını kulüp üyeliğine kabul eder.
4. Genişletici yorum ise fiilen satranç oynamış olmayı göz ardı ederek kuralın kapsamını satranç kurallarını bilen, bir anlamda satranç oynayabilecek herkese teşmil edebilir.
5. Nihayet son olarak, kuralın uygulanma alanını sadece satranç oyuncularına değil briç oyuncularına da teşmil eden yeni bir norm yaratılabilir. Bunun bir gerekçesi, aşağıda göreceğimiz analojidir.

Bu yorumlardan hangisinin tercih edileceği, maddi sebeplerin ve otorite sebeplerinin tartılması ve dengelenmesine bağlıdır. Böyle bir tercih, sıçramalar ve hukukun dönüştürülmesini içe-

rir, ancak yine de rasyonalitenin gereklerini yerine getirmek mümkündür.

ANALOJİYLE SONUÇ ÇIKARMA

Yasal Analoji

Peczenik, 'yasal analoji' kavramını, bir yasanın, gündelik dil açısından bakıldığında söz konusu yasanın uygulama alanının ne çekirdeğine ne de çevresine (periferisine) dahil olan fakat bu yasanın kapsadığı başka olaylara asli unsurlar itibariyle benzeyen bir olaya uygulanması şeklinde tanımlar. Böyle bir yorum hem yasanın uygulama alanını ciddi bir şekilde genişletir hem de olayların birbirine benzetilmesi metoduna dayanır. Bu yorum mantıken düzgün bir çıkarım halinde aşağıdaki gibi şemalaştırılabilir:

Öncül 1: O olayı yahut O'ya ilgili açılardan benzeyen başka bir olay meydana gelirse, G'nin gerçekleştirilmesi zorunludur.

Öncül 2: B ilgili açılardan O'ya benzemektedir.

Sonuç: Eğer B olayı meydana gelmişse, G'nin gerçekleştirilmesi zorunludur.

Peczenik'e göre, ilgili açılardan benzemenin takdir edilmesi, bazı durumlarda üç adımda gerçekleşir. İlk adımda B olayındaki kişi, nesne, belge, hak, ödev vs.'nin G yasa hükmünün düzenlediği olaylara benzediği ortaya koyulur. İkinci adımda bu benzerliklere dayanılarak, G hükmünün B olayına uygulanmasının doğuracağı sosyal etkilerin, hükmün normalde kapsadığı olaylara uygulanmasının doğuracağı sosyal etkilerle benzer olacağı öngörülür. Üçüncü adımda ise B olayının, G hükmünün düzenlediği olaylara benzer muameleye tabi olması gerektiği –yani ona da aynı hükmün uygulanması gerektiği– sonucuna ulaşılır. Böyle bir uygulama 'benzerler benzer muameleye tabi olmalıdır' ilkesiyle gerekçelendirilir.

Hukuki Analoji ve Hukuki Endüksiyon

Peczenik, analojiyle sonuç çıkarmanın, hukuki analoji veya hukuki endüksiyon denen hukuki muhakeme tarzlarıyla karıştırılmaması gerektiğini söyler. Hukuki analojinin koşulları şunlardır:

1) G genel normu, rl-rn yerleşik kuralları arasındaki benzerlik temelinde gerekçelendirilebiliyor ve rl-rn bu genel normun özel halleri olarak kabul ediliyor olmalıdır.
2) O olayı, lafzı açısından bu rl-rn kurallarının doğal uygulama alanının dışında kalıyor olmalıdır.
3) Diğer yandan G genel normu, O olayını kapsıyor olmalıdır; başka bir deyişle O, daha az genel olan rl-rn kurallarının düzenlediği olaylarla ilgili açılardan benzerlik gösteriyor olmalıdır.
4) Yorumcu, O olayını G'ye uygun bir şekilde karara bağlar.

Hukuki analoji de, yasal analoji gibi, 'benzerler benzer muameleye tabi olmalıdır' ilkesi ile gerekçelendirilir.

Argumentum e contrario

Analoji kullanarak sonuç çıkarırken, bir başka muhakeme tarzı olan *argumentum e contrario* da dikkate alınmalıdır. Peczenik, *argumentum e contrario*'nun zayıf ve güçlü olmak üzere iki türünden bahseder.

Bir hukuk normu olan H, olayları belli şekilde düzenler. Zayıf *argumentum e contrario* söz konusu olduğunda H'nin, söz konusu normun lafzı açısından kabul edilebilir uygulama alanının ne merkezine ne de çevresine dahil olan ama H'nin düzenlediği olaylara benzerlik gösteren B olayının, bu olaylarla aynı şekilde ele alınmasına karar vermek için yeterli sebep oluşturmadığı söylenir.

Öncül 1 (H) Bütün satranç oyuncuları kulübe üye olabilir.

Sonuç: H, briç oyuncularının kulübe muhtemel üyeliği hakkında karar vermek için yeterli sebep oluşturmaz.

Güçlü *argumentum e contrario* söz konusu olduğunda ise, normun lafzı açısından kabul edilebilir uygulama alanının ne merkezine ne de çevresine dahil olan ama hükmün düzenlediği olaylara benzerlik gösteren B olayının, normun öngördüğü tarzda sonuca bağlanmaması gerektiği söylenir.

Öncül 1 (H) Bütün satranç oyuncuları kulübe üye olabilir.

Sonuç: Briç oyuncuları kulübe üye olamaz.

Burada öncüldeki 'bütün satranç oyuncuları', 'sadece bütün satranç oyuncuları' olarak görülür. Bu kelimenin, yani 'sadece' kelimesinin öncülde yer alması gerektiğini söylemek için, tartma ve dengeleme yapmak gerekecek, başka bir deyişle yorumcu, neden böyle bir kullanımı tercih ettiğini, çeşitli maddi sebepler ve otorite sebepleri açısından tartışmak durumunda kalacaktır.

Analoji 'benzerler benzer muameleye tabi olmalıdır' ilkesi ile gerekçelendirilirken, *argumentum e contrario* hukuka uyulması gerekliliği ile gerekçelendirilir. Bunun bir ileri gerekçesi, hukukun istikrarı ve kararlılığı olduğundan, analojinin mi yoksa *argumentum e contrario*'nun mu uygulanacağına karar vermek, bir tartma ve dengeleme faaliyeti gerektirecektir.

Analoji Hakkında Muhakeme Normları

Aşağıdaki muhakeme normları, Peczenik'e göre, yorumcuya analoji ile *argumentum e contrario* arasında tercih yapma konusunda yardımcı olur:

(A1) Eğer bir eylem, bir yasa veya başka bir yerleşik hukuk kay-

nağı tarafından açıkça yasaklanmamışsa, aksini düşünmek için daha güçlü sebepler yoksa, yorumlanmış geçerli hukukun bu eyleme izin verdiğini düşünmek gerekir.

Başka bir deyişle yasaklar, analoji yoluyla değil *argumentum e contrario* yoluyla yorumlanmalıdır.

(A2) Analojiyle sonuca ulaşmak için, davalar arasındaki yalnızca esaslı benzerlikler yeterli zemin oluşturur.

(A3) Zaman sınırları koyan hükümler analoji yoluyla yorumlanmamalıdır. Aynı şekilde bunlar, aksini düşünmek için güçlü sebepler yoksa, genişletici şekilde de yorumlanmamalıdır.

(A4) Genel bir normun uygulanmaması için yeterli koşullar ihdas eden hükümler, aksini düşünmek için güçlü sebepler yoksa, genişletici yorumla veya analoji yoluyla yorumlanmamalıdır.

(A5) Yasa metninde bir hatanın bulunduğu sonucuna ulaşan analojik muhakemeyi ancak çok güçlü sebepler gerekçelendirebilir.

(A6) Çok güçlü sebepler gerektirmedikçe, daha genel hukuk kurallarına istisna getiren hükümler, analojiyle veya genişletici yorumla yorumlanmamalıdır.

(A7) Genişletici yorumu gerekçelendiren bütün sebepler analojiyi de gerekçelendiriyor görülemez.

(A8) Başka güçlü sebepler farklı yorumlamayı gerektirmedikçe, kişi üzerine yük yükleyen veya kişiyi sınırlayan hükümler, sınırlayıcı tarzda yorumlanmalıdır (*odia sunt restringenda*).

İlkesel olarak, bu tip hükümlerde analoji kullanılarak sonuca varılmaz ve genişletici yorum yapılmaz.

(A9) Bir yasa normu, başka bir yasanın normalde kapsadığı olaylar ile bu normun lafzının kapsamadığı olaylar arasında bir benzerlik olduğunu söylüyor ise, analoji uygulanmalıdır.

(A10) Emsallere dayanan normların yorumlanmasında *argumentum e contrario* ancak istisnai durumlarda kullanılmalıdır.

Analoji ve Argumentum a fortiori

Argumentum a fortiori, analojinin başka bir türüdür. Bu muhakeme tarzında da bir olaya, başka bir olaydaki şekilde muamele edilmesi gerektiği sonucuna varılır. Sebep sadece olayların birbirlerine benzemesi değil, aynı zamanda tartışma konusu olayın bu muameleyi diğerinden daha yüksek derecede hak etmesidir. *Argumentum a fortiori*'nin iki şekli vardır:

(A11) Eğer yasa daha fazlasına izin veriyorsa, daha azına da izin veriyor demektir (*argumentum a maiori ad minus*).

(A12) Eğer yasa daha azını yasaklıyorsa, daha fazlasını da yasaklıyordur (*argumentum a minori ad maius*).

Buna yetkiyi de katacak olursak, eğer yasa daha fazlasına yetki veriyorsa, daha azına da yetki veriyordur diyebiliriz.

TELEOLOJİK YORUM

Teleolojik yorum, yasanın amacına (hedefine, gayesine, ereğine) göre yapılan yorumdur. Yasanın bir Z durumunun gerçekleşmesini öngördüğü belirtilir. F eylemi yerine getirilmediği takdirde Z durumunun gerçekleşmeyeceği yargısı, F eyleminin yapılması gerektiği sonucunu doğurur.

Teleolojik yorum aşağıdaki gibi şemalaştırılabilir:

Öncül 1: H hükmü, Z hedefine ulaşmanın aracıdır.

Öncül 2: Eğer H hükmü K kuralını içerir şekilde yorumlanmazsa, Z hedefi gerçekleşmeyecektir.

Sonuç: H hükmü, K kuralını içerir şekilde yorumlanmalıdır.

Teleolojik yorumun sübjektif ve objektif olmak üzere iki türü vardır. Sübjektif teleolojik yorum yasama sürecine katılanların iradesine veya hazırlık çalışmalarına dayanır. Dolayısıyla sübjektif teleolojik yorumun iki formu bulunur:

I

Öncül 1: "Yasakoyucu" H hükmünü Z hedefinin gerçekleştirilmesinin aracı olarak görmektedir.

Öncül 2: Eğer H hükmü K kuralını içerir şekilde yorumlanmazsa, Z hedefi gerçekleşmeyecektir.

Sonuç : H hükmü, K kuralını içerir şekilde yorumlanmalıdır.

II

Öncül 1: Hazırlık çalışmalarına göre H hükmü Z hedefinin gerçekleştirilmesinin aracıdır.

Öncül 2: Eğer H hükmü K kuralını içerir şekilde yorumlanmazsa, Z hedefi gerçekleşmeyecektir.

Sonuç: H hükmü, K kuralını içerir şekilde yorumlanmalıdır.

Objektif teleolojik yorumun formu ise şu şekildedir:

Öncül 1: H hükmünün çeşitli hukukbilimsel, maddi ve otorite sebepleri ile desteklenen yorumuna göre, H hükmü, Z hedefinin gerçekleştirilmesinin aracıdır.

Öncül 2: Eğer H hükmü K kuralını içerir şekilde yorumlanmazsa, Z hedefi gerçekleşmeyecektir.

Sonuç: H hükmü, K kuralını içerir şekilde yorumlanmalıdır.

Teleolojik yorumla ilgili yanıtlanması gereken iki önemli soru bulunuyor: (1) Teleolojik yorum ile diğer yorum yöntemleri arasında nasıl bir öncelik sonralık ilişkisi vardır? ve (2) ne tür yorum sorunları teleolojik yorum yöntemi ile çözümlenebilir?

Peczenik birinci soruya geleneksel olarak teleolojik yorumun en son çare olduğu yanıtının verilebileceğini belirtir. Eğer lafzi, mantıki, sistematik veya tarihsel yorum yöntemleri yorumlanan normun belirsizliğini ortadan kaldıramamışsa, ancak bu durumda teleolojik yoruma başvurulmalıdır.

İkinci soruya ise geleneksel olarak verilen yanıt, teleolojik yorumun redüksiyon ve genel norm yaratma noktalarında kullanılması gerektiği, daraltıcı ve genişletici yorumda teleolojik yoruma başvurulmaması gerektiği yönündedir. Bununla birlikte Peczenik, radikal olarak adlandırdığı bir yaklaşımın, teleolojik yorumun hem yorumun en başından itibaren kullanılabileceğini hem de her tür sorunda teleolojik yoruma başvurulabileceğini savunduğunu aktarır. Peczenik'e göre teleolojik yorumun rol ve yerinin geleneksel yaklaşımdaki rol ve yerine oranla artırılması ve genişletilmesi, hukukun öngörülebilirliğini ve kararlılığını zedeleyecektir.

YASALARIN ÇATIŞMASI

Her ne kadar hukuktan sıklıkla bir sistem olarak bahsedilse de, hukuk normları zaman zaman birbiriyle çatışır.

> "Hukukçu olmayan birisi, mesela bir dilbilimci, iki yasanın birbirleriyle uyumsuz olduğunu görse, bu uyumsuzluğu betimleyebilir ve belki de eleştirir, ama bunun ötesine gidemez. Hukuki yorumun ise temel amaçlarından biri, uyumsuzlukları gidermek ve böylece hukuk sistemini mükemmelen insicamlı, daha tutarlı ve daha D-rasyonel hale getirmektir." (Peczenik 1989: 421)

Peczenik, 'çatışma normları' olarak adlandırdığı normların, hukukçuya hukuk normları arasındaki çatışmaları gidermede yardımcı olacağını söyler:

(Ç1) Hukuk normları arasında çatışma tespit edildiğinde, bu çatışma ya normların yeniden yorumlanmasıyla (ve böylece uzlaştırılması, uyumlaştırılmasıyla) ya da bu normlar arasında bir hiyerarşi kurulmasıyla giderilmelidir.

(Ç2) Birbirleriyle çatışan normlar yeniden yorumlandığında veya bu normlar arasında hiyerarşi kurulduğunda, kullanılan metodun diğer normlar arasındaki benzer çatışmalarda da tekrar kullanılabileceği garanti edilmelidir. Özellikle *ad hoc* (yani, sadece görülmekte olan dava açısından) yeniden yorumlamayı yahut hiyerarşiyi gerekçelendirme, güçlü sebepler gerektirir.

Bu norm, tutarlılığın, yani genelliğin sağlanması açısından büyük önem taşır.

(Ç3) Farklı hukuk kaynakları, mümkünse, verili bir durum için kaynaklardan birinin söylediğiyle diğerinin söylediği arasında uyumsuzluk yokmuş gibi yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yasaların, içtihatların, hazırlık çalışmalarının vs. yorumu, bir diğerini etkilemelidir.

Peczenik'e göre uzlaştırma, hiyerarşi kurmadan daha önemlidir. Bu, toplumsal olarak yerleşmiş kuralların *prima facie* karakterinden kaynaklanır.

(Ç4) Böyle bir uzlaştırmadan kaçınmak için güçlü nedenler varsa, hukukun *must* kaynakları *should* kaynaklarına nispetle *prima facie* önceliğe, bunlar da, *may* kaynaklarına nispetle *prima facie* önceliğe sahiptir. Somut davada bu düzeni bozan, somut gerekçeler sunmalıdır.

(Ç5) Daha üstteki bir normla daha alttaki bir norm arasında uyumsuzluk varsa, üstteki norm uygulanmalıdır.

(Ç6) Daha yakın tarihli bir norm ile daha eski tarihli bir norm arasında uyumsuzluk varsa, yakın tarihli norm uygulanmalıdır.

(Ç7) Daha genel bir norm ancak, bu normla uyumsuz olan daha az genel bir normun kapsamadığı olaylara uygulanabilir.

(Ç8) Daha yakın tarihli genel bir normla daha eski fakat daha az genel bir norm arasında uyumsuzluk varsa, daha eski fakat daha az genel olan norm uygulanmalıdır.

(Ç9) Farklı emsal kararları uzlaştırmak mümkün olmazsa, bunlardan en önemli olanı belirlenmelidir.

(Ç10) Hazırlık çalışmalarındaki ifadeler arasında uyum sağlanamazsa şu öncelik sırasına uyulmalıdır: a) ilgili parlamento komisyonlarının raporları, b) sorumlu bakanın beyanları ve, c) diğer materyaller.

(Ç11) Eğer mümkünse, farklı yorum metotlarının kullanılmasıyla ortaya çıkan sonuçlar birbirleriyle uzlaştırılmalıdır. Verili durumda farklı yorum metotlarının kullanılması uzlaştırılamazlıkla sonuçlanıyorsa, söz konusu hüküm yeniden yorumlanarak bu uzlaştırılamazlık giderilmelidir.

Çatışma normları diğer muhakeme normlarıyla aynı karaktere sahiptir. Çetin davaları tümden çözemezler. *Prima facie* karakterdedirler. Hukukun tutarlılığını ve rasyonalitesini artırırlar.

7

AULIS AARNIO: YORUMUN DOĞRULUĞU VE HUKUKİ ARGÜMANTASYONUN NEDENLERİ[1]

1 Bu başlık altında dile getirilen görüşler ağırlıklı olarak şu makaleye dayanır: Ertuğrul Uzun, "Aulis Aarnio'nun Hukukî Muhakeme Teorisinde Hukukî Yorumların Doğruluk Ölçütleri", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 18, 2011, ss. 95-120

Hukuk Devleti ve Gerekçe

Bu bölümde, hukuk metodolojisi alanında önemli bir yazarın, Aulis Aarnio'nun, bir hukuk normunun yorumuyla elde edilmiş ifadelerin doğruluğuna ilişkin geliştirdiği ölçütleri ele alacağız.

Aarnio, nihayetinde özgün bir hukuki muhakeme teorisiyle sonuçlanan araştırmalarının üç nedene dayandığını söyler: (1) Miras hukuku alanında uzmanlaşmış olan Aarnio'nun, bir hukukçu biliminsanı, bir hukuk dogmatikçisi olarak yaptığı faaliyetin bilimsel karakterini merak etmesi; (2) genel itibariyle argümantasyon ve gerekçelendirme sorununu demokratik hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak görmesi; ve (3) geçerli hukuk, hukukun kaynakları ve hukuki yorum konularındaki geleneksel hukuk felsefesi ve teknik hukuk yaklaşımlarının, pratik muhakemenin alanı olarak gördüğü hukuki muhakemede kullanılacak doğruluk ölçütlerini sağlamakta başarısız olduğunu düşünmesi.

Aarnio'nun ilgilendiği sorun, geçen yüzyılın ortalarından beri hukukçuların gündeminin üst sıralarındaki yerini kaybetmeyen 'çetin davalar' sorunudur. Rutin davalar ile çetin davalar arasında ayırım yapılmalıdır. Rutin davalar, gündelik yaşamın bir parçası olan, yapısı itibariyle tekrarlanagelen davalardır. Bu davalarda norm ile olgu arasındaki ilişki, nesne ile yansıması arasındaki ilişkiye benzer. Ne var ki rutin davalar hukuki karar vermenin karakteristiği olarak kabul edilen

özelliklerin hepsini yansıtmaz. Hatta her davada hukukun lafzına riayet edildiği zannını doğurma tehlikesi bile vardır.

Aarnio, çetin davalara iki örnek verir. İlk örnekte kendilerini çeşitli kuş türleri için yaşam merkezi olan bir göldeki suyu tahliye amacıyla gelmiş iş makinelerine kelepçeleyen çevreci bir grup vardır. Grup üyelerinin hareketi, hukuk açısından farklı şekillerde yorumlanabilir. Bir yoruma göre, söz konusu hareket ciddi bir suç sayılan isyan/başkaldırı olarak nitelendirilebilir; bir başka yoruma göre resmi memura şiddet içeren mukavemet söz konusu olabilir; bir yoruma göre ise hareketin resmi memurun görevini yapmasını engelleme kapsamına girdiği söylenebilir. Daha liberal bir yorum, hareketi, sükunun bozulması olarak görebilir. Sorun normun muğlak ifadesi değil, aynı harekete birden fazla normun uygulanabilir olmasıdır. Başka bir ifadeyle sorun, olayın hukuki açıdan nitelendirilmesidir.

İkinci örnek ise Fin Miras Kanunu'nda yer alan bir hükümde, mülkiyetin naklinin yazılı şekle tabi kılınmasıyla ilgilidir. Kanun sadece 'yazılı' ifadesini içermekte, ancak 'yazılı olma'nın unsurlarını tasrih etmemektedir. İmzasız sade bir metin, tek tarafın imzasını taşıyan bir metin, her iki tarafın da imzasını taşıyan bir metin, şahit veya şahitlerin de imzasının bulunduğu bir metin; yazılı olmak anlamına gelebilir. Bu durumda normu farklı şekillerde yorumlamak mümkündür.

Karar veren kişi, resmi konumu ne olursa olsun, hukuka uygun karar vermek durumundadır. Bu durumun karar verici üzerine uyguladığı çeşitli tipte baskılar vardır. Hâkim bir yandan karar vermek durumundadır; karar vermekten imtina edemez. Aynı zamanda hâkimin konumu ona karar oluşturma gücü de vermektedir. Aarnio'ya göre, Batı demokrasisine dayanan hukuk ideolojisinde, her türlü hukuki güç kullanımı kabul edilebilir değildir. Karar vericinin içgüdüyle ve rastgele hareket etmediği düşünülür. Aarnio, burada önemli gördüğü bir kavramı devreye sokar: Karar vericinin mümkün olduğunca hukuki belirliliğe (*legal certainty*) bağlı kalması beklenir.

Hukuki belirlilik beklentisi dar anlamda, her bir vatandaşın hukuki koruma bekleme hakkının olmasıdır, yani mahkemeler veya diğer idari organlar, vatandaşların hukuki korunma talebinde bulunmaları durumunda cevap vermeye hukuken yükümlüdürler. Geniş anlamda ise, iki maddi unsur aranır: keyfiliğin olmaması ve kararın 'düzgün' olması. Bu iki durum aynı anda var olmalıdır.

Hukuki belirlilik konusundaki açıklamalarını Otto Brusiin'e dayandıran Aarnio şöyle devam eder:

> "...mahkemeler, vatandaşların kendi faaliyetlerini rasyonel temelde planlayabilecekleri şekilde hareket etmelidir. Pek çok durumda hukuki kararlar geleceğin planlanmasının yegane sebebidir. Rasyonel planlama da, toplumun devamının zorunlu bir koşuludur. Toplumun bir arada bulunmasının bir koşuludur. Eğer geleceğin öngörülmesi için hiçbir alan kalmazsa, toplum anarşiyle sonuçlanan bir çözülmeye maruz kalacaktır..." (Aarnio 1986: 4)

Ancak hukuki belirlilik için kararların sadece öngörülebilir olması gerekmez. Bir diktatörün kararları pekâlâ öngörülebilir nitelikte olabilir, ama aynı zamanda en temel ahlaki gerekliliklerı de ihlal ediyor olabilir.

Kararın düzgün olmasının da iki unsuru vardır. İlk olarak, yargı kararları geçerli hukukla uyumlu (geçerli hukuka uygun) olmalıdır. Bu, asgari önkoşuldur. Hukuk normları, toplumun diğer normlarına nispeten tümüyle özerk değildir. Hakiki içeriklerini, ahlaki ve diğer toplumsal normlardan alırlar. Örneğin hukuk eşit muameleyi gerektirir. Ancak eşitliğin ne olduğunun belirlenmesinde hukuki olmayan normlar dikkate alınmak durumundadır. Demek ki, keyfiliğin bulunmamasına ilaveten, yargı kararları, hukuka uygun olmalı ve ahlakla ve diğer toplumsal normlarla uyumlu olmalıdır.

Aarnio'ya göre, hukuki belirlilik kültürel bir fenomendir.

> "[Hukuki belirlilik] mesela, İskandinav hayat formunun derinliklerinden kaynaklanır. Öyleyse yukarıda bu kavrama ilişkin yaptığımız analiz, normal Batılı düşünme tarzlarında "gizli" olan unsurların yeniden inşa edilmesi olarak anlaşılabilir. Bu yeniden inşa, sadece dil pratiğimizde saklı olan bir şeydir. Bu anlamda, hukuki belirlilik beklentisi sadece kavramsal, anlambilimsel veya tanıma yönelik koşullayıcı bir öneri de değildir. Dil oyunlarımızla, dolayısıyla da düşünme tarzlarımızla –ve nihai olarak toplumsal varoluşumuzla– ilgili bir meseledir. Bu açıdan, hukuki belirliliğin derin gerekçelendirilmesi, "rasyonalite" ve "rasyonel tartışma" kavramlarının gerekçelendirilmesi ile aynı tiptedir." (Aarnio 1986: 5)

Bunun yanında, hâkim genellikle davanın nasıl karara bağlanacağı konusunda belirsizlikle karşı karşıyadır. Takdir kararlarında söz konusu olan da budur. Yasanın lafzı, şüphe taşımayan bir cevap sağlamaktan uzaktır. Böyle bir durumda hâkimin, hukuki belirlilik beklentisini gerçekleştirme, en azından yeterince tatmin etme sorumluluğu vardır. Bu sorumluluğun gereği çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Sözgelimi hâkimin otorite sahibi olmasına dayanabilir. Böyle bir durumda karar, mahkemenin otoritesine gönderme yapılarak gerekçelendirilir: "karar doğrudur, zira bu karar, mahkemenin geçerli hukuka ilişkin yorumudur".

Finlandiya'da böyle bir otorite ideolojisinin çok gelişmediğini söyleyen Aarnio'ya göre, yine de günümüzde dahi otoriteye dayanan, en azından bu konuda bazı ipuçları taşıyan kararlar görmek mümkündür. 'Mevcut delillerin gösterdiği üzere falanca kişi filanca cezaya çarptırılmıştır' gibi kısa ifadelerle verilen kararlar, Aarnio'ya göre, esasında mahkemenin otoritesine gönderme yapar. Ne var ki insanlar artık salt otoriteye güvenmemektedirler. Kitabın ilk bölümünde yaptığımız bir alıntıyı tekrarlarsak:

> "İnsanoğlu kendisini hem diğer insanlarla hem de doğayla olan ilişkisinde bir kriz içerisinde bulmuştur. Kişilerarası ilişkiler

önemli ölçüde hukuki normlarla düzenlendiğinden, ne hukuk normlarını inceleyen bilim ne de yargı sadece bir gözlemci olabilir. Çünkü özellikle Batılı hukuk kültürlerinde otoritelere olan inanç son birkaç on yılda önemli ölçüde azalmıştır. Bu fenomen hem seküler hem de dini otoriteler açısından geçerlidir. Tutumlardaki değişiklik için pek çok değişik toplumsal sebep vardır. Bilimsel bilgideki büyük artış, eğitim seviyesinin yükselmesi ve toplumsal gelişmeden kaynaklanan genel sekülarizasyon örnek olarak verilebilir. İnsanlar hiçbir şeye inanmıyor artık. Konumuz açısından bakarsak, bu gelişmenin ayrıntıları ve sebepleri ikincil öneme sahip. Asıl önemli olan, otoritelere olan inancın yerine neyin geldiği: görüşlerin gerekçelendirilmesi gereği." (Aarnio 1986: xv)

"Hâkimin sorumluluğu kararların gerekçelendirilmesi sorumluluğu haline gelmiştir. Hâkimin sahip olduğu gücü kullanmasının temeli, sahip olabileceği formel güç pozisyonu değil, kararlarının gerekçelendirilebilmesindedir. Bu anlamda gerekçe sunma sorumluluğu özel olarak kararın kamusal denetiminin maksimize edilmesidir." (Aarnio 1986: 6).

Kararın kamusal denetime açılması, demokrasi düşüncesiyle yakından ilgilidir:

"Modern toplumlarda insanların güç kullanımı üzerinde gerçek bir etkileri yoktur. Demokrasi içinde yaşarlar, ama karar verme sürecinde yer almaları için etkin araçlara sahip değildirler. Buna yabancılaşma diyebiliriz. Paralel bir fenomen ise, bürokratik mekanizmanın kuvvetlenmesidir. İdarenin büyük bir kısmı uzmanların elindedir. İdari kurallar ağı çok karmaşıktır ve sıradan insanların idari faaliyetleri denetleyebilmesine imkân tanımayan bir uzmanlık bilgisini gerektirir. Aynı şey yargı söz konusu olduğunda da geçerlidir. Eğer idare ve yargı, karar vericilerin –formel bakış açısıyla– ciddi bir otorite sahibi olmaları anlamında kapalı ise, bütün bir sistem kendine yeter hale gelir... Bu durumda onları denetime açmanın ve denetimi kamusal hale getirmenin bir yolu, kararlar için düzgün gerekçeler talep etmektir. Hükmün

> arkasındaki muhakeme kamu incelemesine açılmalıdır. Ancak o zaman kapalı ve demokratik olmayan bir sistemin karşıtı olarak 'açık toplum'dan söz edebiliriz." (Aarnio 1986: xv-xvi)

Aarnio, hukuki ilişkilerde istikrarın (durağanlığın) sağlanmasını hukuk normlarının en önemli işlevlerinden biri olarak görür. Bu aynı zamanda öngörülebilirlikle de ilgilidir. Ancak hayat katı hukuk normları ağına uydurulamayacak farklılıklar içerir. Hukuk, normalde tipik örnekler üzerine inşa edilir. Tipik örnekler daima somut durumların tipe uygunluğuyla ilgili sorunlar ortaya çıkarır. Üstelik tipik örnekler muhtemel durumların hepsini kapsayamaz. Bu nedenle, hukuk uygulamasının esnek olması istenir. Hukuk uygulaması bir yandan katı kuralları uyarlayabilmeli, diğer yandan da hukuki öngörülebilirliği mümkün kılmalıdır.

Bu durumda iki görüş ortaya çıkar. Birinci görüş hukukun her şeyi belirlediğini, yasakoyucunun güç ve otoritesinin üstün olduğunu vurgulayarak, mevcut kuralları kararın yegane ve yeterli gerekçesi olarak görür. Diğer görüş ise, hukukun her şeyi belirleyemeyeceğini söyler. Ancak eğer hukuk her şeyi belirleyemiyorsa, mevcut kurallardan başka gerekçeler aramak gerekecektir. Elbette burada bir tehlike de söz konusudur: Aşırıya kaçıldığı takdirde keyfiliğe yol açılabilecektir.

> "...kanun sisteminde, bir kararı hukuku dikkate almaksızın, sadece makuliyete, adalete veya değerli görülen bazı gayelere atıfla, istikrarı tehlikeye atmadan gerekçelendirmek mümkün değildir. Kanuna dayanan (veya kodifiye edilmiş) bir hukuk sisteminde yargı kararı, hukukun lafzı ile karar vermede öneme sahip diğer temel düşünceler arasında daima bir denge işlevine sahiptir." (Aarnio 1986: 8)

Aarnio buradaki incelememizin temelini oluşturan eserini kendi konumunu merkeze alarak yazmıştır. Merak ettiği şey, hukukçu bilim insanlarının hukuk hakkında ileri sürdükle-

ri görüşlerin doğası ve değeridir. Bu görüşler sadece tahminden mi ibarettir, yoksa daha kuvvetli inançlar mıdır? Hukuk normları hakkında bilim insanlarınca yapılan yorumlar nasıl gerekçelendirilebilir? Bu soruların cevabını verebilmenin öncelikli koşullarından birisi olarak hukuk dogmatiğine ilişkin bir incelemeye girişir ve her ne kadar bazı farklılıklar olsa da, hâkim ile biliminsanının benzer tarzda muhakemede bulunduğunu söyler. Somut bir dava üzerinde çalışıp çalışmamaktan, davada yer alan olayların sübutuna ilişkin karar verip vermemektense, epistemolojik dahili bakış açısına sahip olup olmamak daha önemlidir, ki bu hâkimde ve biliminsanında ortaktır. Hukuku uygulayanlar ile hukuk dogmatikçileri arasındaki farklılıklar, yorum teorisi açısından önemli değildir.

Hukuk dogmatiği araştırması ile sosyal bilimler alanında yürütülen çalışmaları da karşılaştıran Aarnio, sosyal bilimcilerin düzenlilikler peşinde olduğunu ve inceleme konularını dışarıdan ele aldığını belirtir. Oysa hukukçu biliminsanı, hâkim gibi düşünür. Dolayısıyla değerlendirici ifadelerde bulunur ve normatif önermeler ortaya koyar. Sosyal bilimci, hukuk söz konusu olduğunda, hukuk normlarını verili kabul ederek toplumsal davranışları ve düzenlilikleri incelerken, hukukçu biliminsanının ilgisi normların kendisi ve içeriğidir.

Hukuk dogmatiği kavramına ilişkin açık bir tespitte bulunabilmek amacıyla, Aarnio, Kuhn'un bilim alanları için kullandığı disipliner matris kavramını hukuk dogmatiğine uygular. Bilim insanlarını bir arada tutan bir çerçeve olan matris, bilim insanları arasındaki bilimsel iletişimin nispeten sorunlardan ari olmasını ve çalışmalar hakkında ileri sürülen profesyonel görüşler hakkında bilim insanları cemaatinde bulunan nispeten yüksek uzlaşmayı açıklar niteliktedir. Böyle bir matris, bir anlamda, aynı alanda çalışan bilim insanlarının uzlaşma noktalarını ortaya koymaktadır.

Hukuk dogmatiği matrisinin ilk faktörü, Aarnio'ya göre, hukuk dogmatiğinde yapılan yorumun konusuna ilişkin varsayımdır.

> "Bu aşamada genel olarak öne çıkan algının belli bir tür hukuki pozitivizm rengine sahip olduğu gözlemlenebilir. Hukuk normları toplumda güç kullanan egemen tarafından konulmuştur ve bu hukuk normlarının geçerliliği pozitif hukukun dışındaki varlıklara ihtiyaç duymaz. Bu anlamda, Nordik hukuk dogmatiğinin genel varsayımı, doğal hukuka karşıttır." (Aarnio 1986: 18)

İkinci faktör, hukukun kaynakları hakkındaki birtakım ortak görüşlerdir:

> "Hukuk dogmatiği çalışanları, hangi kaynağa atıf yapılması gerektiği (*must*) ve hangi kaynaklara atıf yapılmasının iyi olacağı (*should*) veya hangi kaynaklara atıf yapılabileceği (*may*) konusunda (neredeyse) aynı düşünceye sahiptir." (Aarnio 1986: 18)

Matristeki üçüncü faktör, metodolojik kural ve ilkelerle ilgilidir. Bu kural ve ilkeler, hukuk kaynaklarının yorumda nasıl kullanılacağını gösterir.

Dördüncü ve son faktör ise, hukuk dogmatiğindeki yorumlarda değerlerin ve değerlendirmelerin bulunabileceği görüşüdür. Aarnio, değerlerin ve değerlendirmelerin yorum sürecine çeşitli şekillerde girebileceğini söyler. Mesela, yorum sırasında yorumcu çeşitli hukuk kaynakları arasından birine öncelik tanımak durumunda kalabilir. Sözgelimi, bir yüksek mahkeme içtihadı, yasanın hazırlığı sırasındaki komisyon tutanaklarında dile getirilen görüşlerden üstün tutulabilir. Yahut ikinci bir ihtimal olarak, sıklıkla kullanılan analojide, iki durumun birbiriyle benzer olduğunun belirlenmesi, nesnel ölçütlerden çok değer yargılarıyla ilgili bir meseledir. Bunun yanında üçüncü bir ihtimal olarak, yapılan yorumun sonuçlarına ilişkin düşünceler, yorumu etkiler. Muhtemel yorumlardan bir tanesinin doğrudan, yahut hukuk sistemi açısından doğuracağı sonuçlar, yorumcu tarafından makbul, makul, arzu edilir vs. bulunmayabilir. Nihayet dördüncü bir ihtimal olarak, uygulanacak hukuk normunun bizzat kendisi tamamen bir değer yargısını

yansıtıyor olabilir. Özellikle aile hukuku ile ilgili, onur veya saygınlık kavramlarına atıf yapan, yahut neyin suç sayılacağına ilişkin düzenlemeler, doğrudan ve açıkça değer yüklüdür.

Yorum ve Gerekçelendirmenin Yapısı

Yorumların gerekçelendirilmesi, Aarnio'ya göre, diskursif bir faaliyettir, yani bir tartışma faaliyetidir. Bu tartışma, yorumun gerekçesini sunan A şahsı ile bu gerekçeyi değerlendiren B şahsı arasında geçen bir diyalogdur. B, somut bir şahıs olabilir; ancak teoride asıl olan, gerekçenin herkese yönelmiş olmasıdır. Aarnio, aşağıda da ele alacağımız şekilde ve Perelman'ı takiben, B şahsının temsil ettiği muhatap veya muhatapları, *dinleyici kitlesi* olarak isimlendirir.

Aarnio; J. Wróblewski ve R. Alexy'yi izleyerek gerekçelendirmeyi dahili ve harici olmak üzere iki aşamada inceler. Dahili gerekçelendirme, kabul görmüş çıkarım kuralları uyarınca öncüllerden sonuç çıkarmadır. Burada öncüllerin geçerliliği baştan kabul edilmiştir. Böyle bir çıkarımla ortaya koyulan yorum, doğruluğunu tartışmaya gerek görmediğimiz öncüllerden mantık kuralları uyarınca çıkarılmış olur. Yorumun gerekçesi, doğruluğu kabul edilmiş öncüller ile kabul görmüş çıkarım kurallarıdır.

Bunun yanında harici gerekçelendirme, öncüller ve çıkarım kuralları hakkındadır. Eğer çıkarımda kullanılan öncüller ve kurallar değerlendirmeyi yapan kişi tarafından iyi ve uygun olarak değerlendirilir, kabul edilirse, çıkarım haricen gerekçelendirilmiş sayılır. Dahilen gerekçelendirilmiş bir yorumun, haricen gerekçelendirilememiş olması, pekâlâ mümkündür.

> "Yorumun bazı maddi öncüller ile bazı çıkarım kurallarından ve değerlerden mantıken, yani dahilen çıkıp çıkmadığı sorusu, kendi içinde gereksiz bir sorudur. Öncüllerin, kuralların ve değerlerin oluşturduğu böyle bir zeminin [çıkarımdan] sonra inşa edilmesi pekâlâ mümkündür... Hukuk tartışmasının sorunu, dolayısıyla, harici gerekçelendirmeye odaklanmış durumdadır." (Aarnio 1986: 120)

Bir yorum gerekçelendirilirken yorumun gerekçeleri olarak ileri sürülen öncüller ile sonuç (yorum) arasında mantıki (dedüktif) bir ilişki vardır. Buradaki gerekçelendirme, dahili gerekçelendirmedir. Ancak çoğunca bir yorum tek veya birbirine bağlı çıkarımlarla (argümanlarla) değil, birbirlerinden ayrı farklı çıkarımlarla (argümanlarla) desteklenir. Çoğu zaman da, gerekçelendirmede sunulan argümanların bizzat kendileri gerekçelendirilmek durumunda olabilir. İşte argümanların oluşturduğu bütünlük, dedüktif olarak yapılandırılamaz. Harici gerekçelendirme dedüktif yapıda değildir.

> "Mesele, diğer tarafı, yorumun muhatabını inandırmaktır. Bunun için yorumcu sadece yorumunu veya argümanlarını destekleyen yeni çıkarımlar ekler, fakat her bir adımı, rasyonalitenin veya hukuki yorumun standartlarınca gevşek bir tarzda yönlendirilmektedir. Argümanın (çıkarımın) düzgün olduğunu söylemeyi mümkün kılacak kesin ölçütler yoktur. Yorumcu, ancak argümanlarının oluşturduğu bütün (çıkarımlar zinciri), diğer taraf açısından yeterince inandırıcı olduğunda başarılı olacaktır." (Aarnio 1986: 122)

Aarnio'nun, gerekçelendirmenin yapısıyla ilgili görüşleri çerçevesinde unutmamamız gereken önemli bir nokta, onun değer mutlakçılığı taraftarı olmadığıdır. Esasında değer mutlakçılığı taraftarı olsa idi, belli bir değer sistemini benimsemekle, hukuki yorumların içerdiği değer yargılarının gerekçelendirilmesi sorununu başkaca bir usûl veya esas aramaksızın çözmüş olacaktı. Böyle bir değerler sistemini benimsemenin doğal sonuçlarından birisi, mevcut bir olayla ilgili olarak, en azından tek bir çözümün 'var olduğunu' savunmaktır. Aarnio'nun da belirttiği gibi, 'tek bir doğru yanıt vardır ve bu yanıt bulunabilir' demekle 'tek bir doğru yanıt vardır ancak bu yanıt bulunamaz' arasında farklı görüşler olmakla birlikte, mevcut hukukun her olay için önceden hazırlanmış sonuçları olduğunu söyleyen görüşler de bulunmaktadır.Bu görüşlerin bir kısmını ele alan Aarnio, görüşün en önemli savunucuların-

dan Dworkin'le ilgili değerlendirmesinde, Dworkin'in görüşlerinin[1] değer yargılarını en azından belli bir ölçüde mutlak görmek durumunda olduğunu belirterek şöyle der:

> "[Dworkin'in] 'mümkün en iyi yanıt teori'[si], yalnızca gerekçelendirilemez felsefi bir postüladan ibaret. Üstelik bizim (Batılı) hukuk kültürümüz böylesi mutlak düşüncelere dayanmaz." (Aarnio 1986: 165)

Aarnio'ya göre, yorumla ilgili sorunlar ortaya çıktığında ulaşılmak istenen, rasyonel kabul edilebilirliktir.

Yorum İfadelerinin Doğruluğu

Çetin davalarda yorumcunun en az iki seçeneği vardır. Ne var ki yorumcu seçimini otoritesine dayanarak yapamaz, daha doğrusu, yapmamalıdır: seçim gerekçelendirilmelidir. Keyfi seçim, rasyonel kabul edilebilirlik kavramının dışındadır.

Aarnio'ya göre yorum görüşünün layıkıyla gerekçelendirilmiş olması için, yani rasyonel kabul edilebilir sayılabilmesi için, gerekçelendirmenin rasyonel tarzda gerçekleşmiş olması ve hukukçular cemaatince makbul addedilmesi gerekir.

Gerekçelendirmenin rasyonel tarzda yapılması şu anlama gelir: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Aarnio hukuki gerekçelendirmeyi en az iki kişi arasındaki bir diyalog, başka bir deyişle bir tartışma olarak görür. Dolayısıyla bu faaliyet, bir iletişimdir. Aranan rasyonalite, iletişim rasyonalitesidir. Dar anlamda alındığında rasyonalite, mantıki (dedüktif) rasyonalite olarak görülür. Bu, yukarıda Wróblewski'nin de aradığı dahili rasyonalitedir. Aarnio bu tür rasyonaliteye M-rasyonalite (mantıki rasyonalite) der.

1 Türkçede Dworkin'in yorum teorisi için bkz. Sevtap Metin, 'Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı', İÜHFM, C.: LXI, S.: 1-2, 2003, ss. 35-83; Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı* (İstanbul: Derin Yayınları, 2010); Kasım Akbaş, 'Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir "Yargılama Kuramı"na', *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, Ed.: E. Uzun (İstanbul: İthaki, 2015), ss. 195-212.

Ancak M-rasyonalite, iletişim rasyonalitesinin yalnızca bir yüzüdür. İletişim rasyonalitesinin diğer yüzünde, tartışma rasyonalitesi bulunur. Bu, tartışma usûlüne ilişkin ilke ve kuralları içerir. Habermas ve Alexy'yi izleyen Aarnio, rasyonalite kavramının geniş anlamında, M-rasyonalite yanında T-rasyonalitenin (tartışma rasyonalitesi) de bulunduğunu söyler.

Kabul edilebilirlik ise, tartışmanın sonucuyla ilgilidir, başka bir deyişle, ikna ve inandırma meselesidir. Kabul edilebilir olmak için, sonuç, hukuk cemaatinin bilgi ve değer sistemleriyle uyumlu olmalıdır.

Aarnio, rasyonel olma şartına getirilebilecek "Neden rasyonel olunmalı?" sorusunu veya eleştirisini de gerekçelendirme ihtiyacı hisseder. Gerçekten de, yargı kararlarının rasyonel olmasındansa, sözgelimi adil veya yerinde olmasının daha önemli olduğu iddia edilebilir. Aarnio, rasyonalite ve rasyonel kabul edilebilirlik kavramlarının, hukuki muhakeme için ideal modeller oluşturan sonradan inşa edilmiş kavramlar olduğunu kabul eder. Ancak bu sonradan inşa edilmişlik tesadüfi veya keyfi değildir.

> "Rasyonalitenin kökleri kültürümüzde, yani bu kavramı gündelik dilde kullanışımızda yatar. Hayat formumuz, insanların münasebetlerinde rasyonel olmasını beklemek şeklinde tecessüm eder. Bu açıdan rasyonalite, kültürümüzde öznelerarası (bireyüstü) verili bir olgudur. Bir örnekle gösterelim. A'nın sunduğu bütün yorumlar her açıdan alakasız ve tutarsız olsun. A hakkında ne düşünürüz? A'nın ya deli olduğunu söyleyecek oluruz ya da bilmediğimiz bir kültürden geldiğini. Onu anlamamız mümkün değildir. Bağlantılı ve tutarlı düşünme tarzı kültürümüzün ta derinlerinden kaynaklanır ve biz onu diğer insanların davranışlarını değerlendirmede ölçüt olarak kullanırız. Bu anlamda, mesela bağlantılılık ve tutarlılık rasyonalite anlayışımızın zorunlu unsurlarıdır. Beşeri iletişimin esasına aittirler. Sosyal hayatımızın ve beşeri iletişimle ortaya çıkan etkileşimin işlemesi için bu önkoşulların yerine gelmiş olması gerekir. Bu özelliklere atıf yaparak, rasyonalitenin yeniden inşa edilmesinin, modern zihne sahip

> Batılı insanın ortak kullanımında saklı bir şeyi açığa çıkarmaktan başka bir şey olmadığını söylemek doğru olacaktır." (Aarnio 1986: 194)

Yaygın bilinirliği nedeniyle, formel mantık kurallarına uygunluk, sonucun genel bir önermeye dayanması anlamlarına gelen M-rasyonalite kavramını bir kenara bırakarak, T-rasyonalite ve kabul edilebilirlik kavramlarını daha ayrıntılı bir şekilde incelemeye geçebiliriz.

Tartışma Rasyonalitesi

Aarnio; Alexy, Habermas ve Peczenik'in tartışma rasyonalitesi hakkında yaptıkları tartışmalardan yola çıkarak, Alexy-Habermas temeline dayanan bir kurallar bütünü sunar.

Tekrar edecek olursak; Aarnio hukuk alanında yapılan tartışmaları bir diyalog olarak görür ve bu diyalog/müzakere sonunda ortaya çıkacak sonucun rasyonel olabilmesi için tartışma kurallarına uyulmuş olması gerektiğini söyler. Aarnio'nun tartışma kuralları, temel tartışma ilke ve kuralları ile ispat yüküyle ilgili kurallardan oluşur.

Aarnio'nun T-rasyonalite ilke ve kuralları beş grupta toplanır: (1) uyumluluk kuralları; (2) etkililik kuralları; (3) samimiyet kuralları; (4) genelleştirme kuralları; (5) destek kuralları.

(1) *Uyumluluk kuralları*, esasında M-rasyonalite kurallarıdır. Yani bu kurallar, mantıki uyum ve tutarlılık gerektirir. Bir önermenin kendisi ve değillemesi aynı anda doğru olamaz; bir önerme ya doğrudur ya yanlış, üçüncü hal imkânsızdır vb.

Aarnio'ya göre pratik tartışma, rasyonel olabilmek için etkililiği önvarsayar; yani tartışma mutlaka bir sonuç vermelidir.

(2) *Etkililik kuralları*, dilin kullanımıyla ilgilidir. Tartışmacılar kullandıkları dil konusunda makul olmayan düzeyde fark-

lı görüşlere sahip olmamalıdırlar. Aynı zamanda, dile ilişkin konvansiyonlar tartışma sırasında değiştirilmemelidir.

(3) *Samimiyet kuralları* çerçevesinde, konuşabilen herkesin tartışmaya katılma hakkı vardır. Tartışmaya katılmada otoritelere dayanılamaz. Aynı zamanda otoritelerle olan ilişki nedeniyle kimse tartışmadan atılamaz. Tartışmada fiziki veya manevi herhangi bir baskı kabul edilemez. Tartışmanın herhangi bir tabusu olamaz, her türlü konu tartışmaya sunulabilir. Bunun yanında, tartışmacılar yanlış, geçersiz olduğunu bildikleri önermeleri ileri süremezler. Tartışmacı, bir argümanla ilgili her türlü iddiayı dikkate almak durumundadır.

(4) *Genelleştirme kuralları*, tartışmacıların benzer olayların hepsine teşmil etmeye hazır olmadıkları değer yargılarını kullanmamalarını söyler. Tartışmacı, kabul ettiği normun sonuçlarını, bu sonuçlar kendisini de etkileyecek olduğu durumda da kabul etmeye hazır olmalıdır ve tartışmacının çıkarlarını tatmin eden norm, başkaları tarafından da kabul edilebilir olmalıdır.

Nihayet son grup olan (5) *destek kuralları*, istenildiği takdirde her bir önermenin gerekçelendirilmesi gerektiğini söyler. Eğer bir tartışmacının sunduğu önerme eleştirilmişse, tartışmacı bu eleştiriyi, kendi veya önermeyi üretmiş kişinin prestijine veya otoritesine gönderme yaparak savuşturamaz. Eleştiriye, önermenin içeriğiyle ilgili bir karşılık verilmelidir.

Tartışmanın sonucunun tartışma açısından rasyonel olabilmesi, başka bir ifadeyle T-rasyonaliteye sahip olabilmesi için, bu temel ilke ve kuralların yanında ispat yükü kurallarına da uyulmuş olması gerekir. Aarnio, ispat yükü kurallarını usûli ve maddi ispat yükü kuralları olmak üzere iki grup altında ele alır.

İspat yükünün usûli kurallarının ilkinde, genel yargılardan sapmak için tartışmacının gerekçe sunmak durumunda olduğu belirtilir. Aarnio, bu kuralda, entelektüel ve toplumsal yaşamın temellerinin devamlılıkta bulunduğunu söyleyen Perelman'ı takip eder. Kural, statükonun devamını teşvik eden bir araç değildir; diğer görüşler arasında, yaygın hale gelmiş

görüşün ilk bakışta bir önceliğinin olduğu düşünülür. Ancak bu mutlak bir öncelik/üstünlük değildir. Böyle bir görüşü savunan da kendisinden istendiği takdirde iddiası için gerekçe sunmak zorundadır.

Tartışmacı, kendisinden istenmedikçe iddiası için gerekçe sunmak zorunda değildir. Böylece gereksiz gerekçelendirmenin önüne geçilmiş olur.

Bir başka usûli kural ise, tartışmacıların, iddialarıyla ilgisiz gerekçeler sunmasını yasaklar, en azından böyle bir gerekçe sunan kişinin bu hareketini de açıklaması gerektiğini söyler. Böylece tartışmanın manipüle edilmesi önlenmeye çalışılır.

İspat yükünün maddi kurallarında ise, öncelikle, eşit muamele ilkesine yer verilir. Eşit muamele ilkesi, benzer olayların benzer şekilde ele alınması, benzer davaların benzer şekilde sonuçlandırılması gerektiğini söyler. Bu ilke, ispat yükü açısından, benzer davaların farklı sonuçlandırılması gerektiğini söyleyen kişinin, görüşünü gerekçelendirmesi gerektiğini öngörür. İkinci olarak ise, hukuk dogmatiğinin yorumla ilgili kurallarına gönderme yapılır. Savunulan görüş, normun hazırlık çalışmalarını göz ardı ediyorsa, bunun sebebi açıklanmalıdır. Yine, diğer mahkemelerin aynı konudaki uygulamalarına gönderme yapılmıyorsa, bu da gerekçelendirilmelidir.

Değerler ve 'Hayat Formu'

Aarnio'ya göre, T-rasyonalite zorunlu bir koşuldur, ancak yeterli değildir. Yorumun kabul edilebilir olması için, tarafların aynı değerlere bağlı olmaları gerekir. Tartışma kurallarından, tarafların kullandığı dilden, tarafların üzerinde konuştukları konuya ilişkin verilerden (delillerden) bahsederken, anlaşmazlığı ortadan kaldırabilecek bir nesnelliğe ulaşmak büyük ölçüde mümkündür. Ancak değerler söz konusu olduğunda, nesnellikten ve anlaşmazlığın kaldırılmasından ziyade, tarafların aynı değerler sistemine bağlı olmasından bahsedilmek durumunda kalınır.

Aarnio, değerlerle ilgili olarak ılımlı değer göreceliği görüşünü savunduğunu söyler:

> "...değerler, değer yargılarının kelimenin tam anlamıyla doğru veya yanlış olabileceği şekilde, nesnel olarak yorumlanamazlar. Doğruluk önkoşulundan, ancak doğruluk ölçütlerine daha önceden karar verilmesi anlamında bahsedilebilir. Dolayısıyla, 'Manzara çok güzel,' cümlesi, ancak ve ancak doğruluk ölçütleri daha önceden tanımlanmış ise doğrudur. Ölçütler ise, zaman ve mekân açısından evrensel değildir. Bilakis, ölçütler tarihsel görelilikle belirlenir. İnsanoğlunun değerler hakkındaki bilgisinin zamandan zamana, kültürden kültüre farklılık göstermesi bunun tek nedeni değildir. Sorun daha derinlerdedir. Değerler, özneden bağımsız olarak var olabilen ontolojik varlıklar değildir. Bu açıdan, fiziksel gerçeklik ile "değer gerçekliği" arasında fark vardır. Her ne kadar fiziksel gerçeklik hakkındaki bilgimiz oldukça sınırlı ise de, "orada", bizim dışımızda fiziksel bir dünya varlığını devam ettirir. Ne var ki değerler söz konusu olduğunda, durum böyle değildir.
>
> Bu, değerlerin öznelerarası anlamda herhangi bir nesnelliğinin bulunmadığı anlamına gelmiyor. Değerler, her birimizin özerk değer yapıları olması anlamında kişiden kişiye değişmez." (Aarnio 1986: 204)

Yukarıda da değindiğimiz gibi, değer yargılarının yorum sürecine çeşitli şekillerde girmesi bir vakıa iken, hukuki yorumların keyfi olduğuna ilişkin iddiaya karşı çıkabilmenin gerekçesi tam da budur.

Aarnio her ne kadar değerlerin objektif olarak kontrol edilemediğini belirtse de, temel meselesi değerlerin doğası değil, değerlendirmenin ve gerekçelendirmenin yapısıdır. Bu durumda "X iyidir" ifadesi, konuşmacının tutumunu ifade eder ve eğer buna bir başkası "X iyi değildir" ifadesi ile karşılık verirse, taraflar arasındaki ihtilafı gidermenin rasyonel bir yolu yoktur. Eğer taraflardan birinin görüşü değişmişse, bu, iknanın başarıya ulaşmış olmasından kaynaklanır. Yani, bir şeyin iyi olup olmadığını evrensel ölçekte ifade etmek mümkün değildir.

"X iyidir" gibi bir iddia, her zaman "Neden?" sorusuyla karşılaşabilir; bu soruya her defasında rasyonel, makul bir gerekçe bulunamaz. Soru, defalarca yanıtlansa bile artık bir noktada gerekçelendirme sona erer. Artık, "X, iyi olduğu için iyidir". Başka bir deyişle, bir noktaya kadar gerekçelendirme yapılabilir ama gerekçelendirme sonsuza dek gidemez veya rasyonel bir nedenle sonlandırılamaz.

Aarnio'ya göre değer (iyi), değerler sistemi içerisinde anlaşılabilir. Aarnio bu görüşünü, Wittgenstein'ın "hayat formu" kavramına bağlar:

> "[H]er bir değerlendirici ifade, diğer ifadelerin kompleks bütünlüğüyle bağlantılıdır...[D]eğer sistemleri 'hayatımıza bağlıdır', 'hayat pratiğimizle' bağlantılıdır. Dolayısıyla değerlendirme ölçütleri de bizim dışımızda belirlenmiştir". (Aarnio 1986: 209)
>
> "Kişi, birey olarak, istediği fikre, istediği değere ve ahlaki ilkelere sahip olabilir. Ama toplumsal etkileşime dahil olmak istiyorsa, diğer kişileri dikkate almalıdır. Ahlak bir tür genelleştirmedir, toplumsal etkileşim ve iletişime dahil olmaktır. Birey bu bağlamda istediği gibi özerk bir şekilde eylemde bulunamaz". (Aarnio 1986: 210)

Aarnio'ya göre toplum, bir işbirliği cemaatidir. Açık ve demokratik toplumsal yaşam, herkese kendi kural ve değerlerini hayata geçirme şansı vermez. Bunun yanında insanlar sadece sezgilerine dayanarak değer yargılarını destekleyemezler.

> "İnsanların değer yargılarının kamusal olarak denetlenmesi mümkün olmalıdır. Ve en önemlisi, bu değer yargılarının denetlenmesi rasyonalite ölçütlerini yerine getirmelidir. Aynı zamanda T-rasyonaliteye de uygun olmalıdır. Değer yargıları, mümkün olduğunca, rasyonel gerekçelendirmeyle desteklenmelidir". (Aarnio 1986: 210)

Etiğin önemli –belki de en önemli– sorunu, temel ahlaki değerlerin, değer yargılarının, iyi hakkındaki görüşlerin te-

mellendirilmesi, savunulmasıdır. Bu yöndeki bir açıklamayı Wittgenstein'ın dil oyunu ve hayat formu kavramlarına atıfla sunan Aarnio, değer yargılarının birbirlerine karşı savunulması konusunda şunları söyler:

> "Her bir değer yargısı bir oyun çerçevesinde gerekçelendirilebilir –ki değerlendirme ölçütlerini veren de bu oyundur– fakat oyunun kendisi gerekçelendirilemez. Bu anlamda hayat formları arasında rasyonel bir gerekçelendirme yapmak mümkün değildir. Bir hayat formundan başka bir hayat formuna –ve dolayısıyla bir değer sisteminden başka bir değer sistemine– gitmek bir ikna meselesidir". (Aarnio 1986: 211)

Değer yargılarının hukuki karar vermenin ve yorumun zorunlu bir parçası olduğu gerçeğinden başlayan bir tartışmanın, değer yargılarının en azından bir noktadan sonra rasyonel olarak gerekçelendirilemeyeceği düşüncesine ulaşması, temel ahlaki yargıların ve değer yargılarının keyfi olabileceğini, dolayısıyla da mesela yargı kararlarının da irrasyonel, keyfi olduğunu/olabileceğini akla getirir. Aarnio, bu keyfilik ve irrasyonalite eleştirisine şu şekilde cevap verir:

> "Hayat formları arasında bir aile benzerliği vardır. Dolayısıyla, diğer [hayat formlarındaki] değer yargısı ölçütleri ile 'örtüşen' ölçütler bulabiliriz. Benim savunduğum değer göreceliğini 'ılımlı görecelik' yapan tam da bu özelliktir. Eğer hayat formları (dil oyunları) arasında yeterli ölçüde benzerlik bulunursa, ancak o zaman farklı hayat formlarına dahil kişilerin ölçütleri hakkında bir konsensüse ulaşmak mümkün olur. Bu durumda insanlar sadece birbirlerini anlamaz, aynı zamanda birbirlerinin görüşlerini kabul etmeye hazır da olurlar –bu kabul rasyonel temellere dayanmıyorsa bile. Kabaca söylersek, burada 'taviz'lerden bahsedebiliriz." (Aarnio 1986: 212)

Bunun yanında, aile benzerliğinin yetersizliği, tavizlerden ziyade, bir formdan diğerine gitmeyi gerektirir.

"Bir formdan diğerine gidiş, rasyonel argümantasyon meselesi değildir. Argümantasyon sadece bir hayat formu çerçevesinde mümkün olur. Wittgenstein, bir hayat formundan diğerine gidişin ancak bir tür ikna ile olabileceğini kabul eder. Başka bir hayat formuna mensup bir kişiyle bir konu hakkında tartışıyor isek, onu rasyonel argümanlar ile etkileyemeyiz. Onu bize katılması için ikna etmeliyiz, yani, hayat formunu değiştirmeye ikna etmeliyiz." (Aarnio 1986: 218)

Argümantasyonda Muhatap

Aarnio rasyonel gerekçelendirmenin, çerçevesi önceden ve tartışmacıların dışında belirlenmiş bir değerler sisteminde mümkün olacağını yukarıdaki argümanlarla savunduktan sonra başka bir noktaya, argümantasyonun muhatabı sorununa geçer. Aarnio böylece, Wittgenstein'ın hayat formu kavramını, Perelman'ın 'dinleyici kitlesi' kavramına bağlar. Aarnio'ya göre Perelman'ın retorik yaklaşımının anahtar kavramı, 'dinleyici kitlesi'dir.

"Gerekçelendirme daima muhayyel veya gerçek birilerine sunulur. Muhatap somut bir grup, mesela bir konferanstaki katılımcılar, bir mahkemenin veya Meclis komisyonunun üyeleri olabilir. Gerekçelendirme somut bir gruba hitap ettiğinde, çoğunlukla bir ikna sorunu söz konusudur. Duruma göre gerekçelendirme etkili veya etkisiz olabilir. İkna ya başarılı ya başarısız olur. Rasyonel gerekçelendirme ise, Perelman'a göre, evrensel dinleyici kitlesine hitap eder. Bu dinleyici kitlesinin üyeleri, savunulan görüşün gerekçelerine inanmalarını takiben görüşü rasyonel argümanlar temelinde kabul ederler. Perelman bu kontekstte iknanın aksine inandırmadan bahseder. İnandırmada kullanılan gerekçe, iknadaki sadece etkililiğe sahip olan argümanların karşıtı olmak üzere sağlamdır ("değerli"). Dolayısıyla, evrensel dinleyici kitlesinin kabulü, rasyonel ve nesnel argümantasyonun ölçütü olur". (Aarnio 1986: 221)

Perelman'ın evrensel dinleyici kitlesine bütün rasyonel kişilerin dahil olduğunu belirten Aarnio, bu kavramın önemli bir noktası olarak, değer yargılarının nesnel bir doğa kazandığına dikkat çeker. Bununla birlikte, Perelman'ın evrensel dinleyici kitlesinin sosyal ve kültürel olarak belirlenmiş olmasının doğuracağı sorunları çözmek için, 'dinleyici kitlesi' kavramını yeniden yapılandırır. Bunun için somut ve ideal dinleyici kitlesi kavramlarını birbirinden ayırdıktan sonra evrensel ve belirli dinleyici kitlelerini de ayrı ayrı ele alır.

Aarnio'nun ayrımına göre, somut dinleyici kitlesi bir veya birden fazla kişiden oluşabilir. Bununla birlikte, dinleyici kitlesi sayısı sınırlı olmak durumundadır. Böyle bir dinleyici kitlesi gerçektir, vardır. Üyeleri fiziksel olarak mevcut bireylerdir. Somut dinleyici kitlesinin iki tipi vardır: (a) 'Evrensel somut dinleyici kitlesi', belirli bir anda yeryüzünde var olan bütün insanlardan mürekkeptir. Dinleyici kitlesini böyle tasavvur etmek mümkün olsa da, gerçekçi değildir. (b) Somut dinleyici kitlesinin ikinci tipi, 'belirli somut dinleyici kitlesi'dir. Bu dinleyici kitlesi, bir konferansın katılımcıları veya bir meclis komisyonunun üyeleri gibi, belli sayıda ve özelliklere sahip kişilerden oluşur. Bunun yanında, üyelerinin hepsinin kendilerine yönelmiş bir argümantasyonun varlığından haberdar olamayabileceği ama yine belli bir grubu oluşturan kişilerden mürekkep dinleyici kitlesi de, belirli somut dinleyici kitlesi olarak düşünülebilir. Aarnio buna örnek olarak, Finlandiya'da hukuk eğitimi almış kişileri gösterir. Belirli somut dinleyici kitlesi söz konusu olduğunda, üyelerin bir kısmı argümantasyonun savunduğu görüşü kabul edebilir ancak diğer kısmı görüşü kabul etmeyebilir. Ayrıca, sunulan argümantasyon rasyonel olabileceği gibi, iddia sahibinin amacı sadece dinleyicileri etkilemek olduğunda, irrasyonel de olabilir. Üstelik bu ikinci durumda da dinleyicilerin bir kısmı veya hepsi, irrasyonel gerekçelendirme sonunda savunulan görüşü kabul edebilir. Yani, dinleyici kitlesinin bu şekilde tespit edilmesi, rasyonel argümantasyonu garanti etmez.

Aarnio, ideal dinleyici kitlesini de ikiye ayırmak gerektiğini

söyler. (a) 'Evrensel ideal dinleyici kitlesi', Perelman'ın 'bütün rasyonel şahıslar' şeklindeki tanımıyla belirlenir. Bu dinleyici kitlesindeki şahıslar, rasyonel tartışma yapmaya muktedir olma anlamında, aydınlanmışlardır. Aarnio, R. Alexy'ye atıfla, Perelman'ın evrensel dinleyici kitlesinin J. Habermas'ın 'ideal konuşma durumu' kavramına karşılık geldiğini belirtir. Ancak Aarnio, rasyonel tartışma ile anlaşmaya varan taraflar düşüncesinin, Perelman'ın da kabul ettiği bir tür bilişsel değer teorisini gerektirdiğini söyler. Oysa Aarnio, savunduğu 'ılımlı görecelik' yaklaşımıyla böylesi bir nesnel değer anlayışını baştan reddetmiştir. Böylece, bu anlamdaki evrensel dinleyici kitlesinin, yani evrensel ideal dinleyici kitlesinin rasyonel kabul edilebilirlik için bir temel sunmadığını savunur. (b) Aarnio'nun ideal dinleyici kitlesi için belirlediği ikinci tip, 'belirli ideal dinleyici kitlesi'dir. Belirli ideal dinleyici kitlesi için iki ölçüt bulunur. İlk olarak, dinleyici kitlesinin bütün üyeleri kendilerini rasyonel tartışma kurallarıyla bağlı görür. Bu açıdan evrensel ideal dinleyici kitlesine benzese de, müşterek değerleri kabul etmiş belirli bir dinleyici kitlesidir. Kitle, belli bir hayat formuna mensuptur. İkinci olarak ise, belirli ideal dinleyici kitlesi üyelerinin rasyonalite koşullarını yerine getirdiği varsayılır. Bu varsayım sosyal gerçekliğe uymadığından idealdir; dayandığı evrensel/nesnel değerler bulunmaması açısından ise Perelmancı anlamda evrensel değildir. Ama Perelman'ın diğer bir koşulunu karşılar: belirli ideal dinleyici kitlesi, kültürel ve sosyal olarak belirlenmiştir.

Rasyonel Kabul Edilebilirlik

Aarnio hukuki argümantasyonu, bazı temelleri (hukukun kaynaklarını) kullanan ve kararın veya yorumun gerekçelendirilmesi hakkında karşı tarafı (dinleyici kitlesini) inandırmaya yönelmiş bir süreç olarak görür. Buna göre yorumu gerekçelendiren kişi, iddiasını, hukukçular cemaatinin mesele üzerinde rasyonel tarzda düşünen ve meseleyi mümkün olan bütün yönlerden ele alan mümkün olduğunca çok üyesinin bu iddia-

yı kabul edebileceği tarzda ortaya koymalıdır. Böylece rasyonel kabul edilebilirlik, argümantasyonun amacı haline gelir.

Aarnio'ya göre rasyonel kabul edilebilirlik, hukuk dogmatiği açısından düzenleyici bir ilkedir. İki hukukçu biliminsanı A ve B'nin, aynı hukukçular cemaatine mensup bulunduklarını ve kendilerini T-rasyonalite ilkeleri ile bağlı gördüklerini düşünmemizi ister. Bu bilim insanları, farklı değer sistemlerine uygun yorumlar ortaya koymuş olsunlar. Eğer A'nın ileri sürdüğü yorum, hukukçular cemaatinin çoğunluğu bu yorumun dayandığı değer sistemini benimsemiş ise, bu çoğunluk tarafından kabul edilecek ve yorumun cemaatte rasyonel olarak kabul edilebilir olduğu söylenebilecektir. Böylece söz konusu cemaatte A'nın ileri sürdüğü yorumun B'nin yorumuna nispetle daha ağır bastığı söylenebilir. Aarnio böyle bir durum temelinde şu düzenleyici ilkenin çıkarılabileceğini savunur: 'Hukuk dogmatiği, rasyonel muhakemede bulunan hukuk cemaatindeki çoğunluğun desteğini güvence altına alan hukuki yorumlara ulaşmaya çalışmalıdır'.

Aarnio'ya göre rasyonel kabul edilebilirliğin hukuk dogmatiği açısından düzenleyici bir ilke olarak sahip olduğu rol, doğruluğun deneysel bilimlerde sahip olduğu rol ile aynıdır. Ne var ki bu anlayış, doğruluğun oylamayla belirlendiği gibi bir düşünceye dayanmaz. Aarnio, sunduğu kabul edilebilirliğin bu şekilde anlaşılmasının çeşitli sorunları olduğunu söyler:

1. Rasyonel kabul edilebilirlik teorisi, doğru-yanlış karşıtlığıyla ilgilenmez. Bilakis, normların belli bir yorum içeriğine sahip olması gerektiğini değer yargılarıyla birlikte ortaya koyan ifadeler doğruluğun alanı içinde değildir. Toplumda norma ilgili birden fazla 'doğru' ifade bulmak mümkündür. Tek doğru yanıt teorisine yöneltilen eleştirilerin merkezinde bu düşünce yer alır.
2. Rasyonel kabul edilebilirlik teorisinde atıf yapılan çoğunluk, ideal bir fenomendir. İdeal dinleyici kitlesinin ne kadar çok üyesi normla ilgili düşünceyi kabul ederse, düşüncenin toplumsal münasebeti de o kadar fazla olacaktır. Atıf yapılan normun meşruiyetini ölçmenin daha iyi bir aracı yoktur

Aarnio'ya göre. Dolayısıyla da çoğunluk ilkesi, doğruluk sorunuyla değil, meşruiyet sorunuyla ilgilidir.

Normun belli bir yorumuyla ilgili böyle bir görüş, ikna edici argümanlara, güç kullanımına veya formel otoriteye değil, gerekçelendirmenin rasyonel gücüne dayanacaktır. Hukuk dogmatiğinde izlenecek araştırma stratejisi açısından bu anlayışın önemli sonuçları vardır:

"Eğer strateji, mesela, hukuk normlarının formel geçerliliğiyle ilgili Kelsenci modele dayanıyorsa, hukuk dogmatiğinin yegane ödevinin alternatif yorumların tasvir edilmesi olduğu düşüncesine yaklaşılmış olur. Diğer yandan hukuki realizm, hukuk biliminin öngörme yönüne vurgu yapar. Bu çalışmada ise üçüncü bir alternatife vurgu yapılıyor. Hukuki geçerlilik kavramı hukuki belirlilik ile ve rasyonel kabul edilebilirlik kavramı ile bağlantılıdır. Araştırma stratejisi açısından bu, yorumların gerekçelendirilmesinin anahtar role sahip olması anlamına gelir. Gerekçelendirme ayrıca toplumun düzgün bir şekilde işlemesi için gereklidir. Resmi bir görevli, çetin dava durumunda ancak söz konusu hukuk düzeni hakkında temel bilgiye sahip ise karar verebilir. Ne var ki böyle bir sonucun hiçbir önemi yoktur. Sonuç, karar değerlendirme ölçütlerine bağlı olarak doğru veya yanlış, iyi veya kötü olabilir. Eğer kararı meşruiyeti açısından eleştirmeye çalışırsak, sorun oldukça farklı bir hal alır. Bu durumda eleştirimiz için bir mihenk taşına ihtiyaç duyarız. Hukuki belirlilik beklentisinin mükemmelen karşılanması için (a) kararın (veya yorumun) hukuk çerçevesinde olması, (b) tartışmanın rasyonel tarzda yürütülmüş olması ve (c) kararın baskın değer koduna uygun olması gerekir. Yani rasyonel kabul edilebilirlik sadece soyut bir ideal değildir, günlük uygulamada işleyen geçerli ve etkili bir ilkedir. Karar vericinin ve hukukçu biliminsanının en uygun yorumu bulmasını sağlayan bir rehberdir. Uygulamada bu mihenk taşının uygulanma derecesi değişecektir, zira yorumcular ne rasyonel tartışma standartlarına sürekli uyarlar, ne de hukukun kaynaklarını optimal tarzda kullanırlar. Bazense yorum baskın değer kodundan uzaklaştığı için reddedilir. Ancak, rasyonel kabul edilebilirlik mihenk taşı olma rolünü bu davalarda daima devam ettirir. Rasyonel kabul edilebilirlik, bir bütün olarak hukukçular

cemaati için düzenleyici bir ilkedir. Dolayısıyla da bir yorum rasyonel kabul edilebilirlik açısından eleştirilebilir." (Aarnio 1986: 229)

Tutarlılık

Argümantasyonun, yani yorumların gerekçelendirilmesinin 'doğru' sayılabilmesi için, argümantasyonun aynı zamanda 'tutarlı' olması gerekir. "Mümkün olan en iyi" argümantasyon, meseleyi bütün yönleriyle ele alan ve bunları tutarlı bir şekilde bir bütün olarak sunan argümantasyondur. Bu açıdan hukuki argümantasyon yapboza benzetilebilir. Hukuki yorum ilkeleri ve rasyonel muhakeme oyunun kurallarını, hukukun kaynakları ise yapbozun parçalarını oluşturur. Oyun ne kadar büyük ve tekbiçimli hale getirilmiş ise, argümantasyon da o kadar güvenilir olmuştur.

Hukuki argümantasyonun yapboza nispetle başka bir özelliği daha vardır. Hukuki yapbozda, oyunun sonunda ortaya çıkacak görüntü önceden bilinemez. Görüntü, oyun esnasında ortaya çıkar. Hukuki yorum ve kararı zor kılan tam da budur. Güvenilir bir argümanın ne olduğunu önceden söylemek mümkün değildir.

Tutarlılık, böylece, hukuki yapbozun çözümünde belirleyici etken haline gelir. Hukuk kaynakları homojen bir bütünlük oluşturmalıdır. Hukuk anlayışımız keyfi bir bütünlüğü sağlam bir argümantasyon olarak kabul etmek istemez. Adalet anlayışı, keyfiliği değil, rasyonel argümantasyonu önvarsayar. Yapbozun yapılmasının, muhakemenin rasyonalitesi ile çözümün tutarlılığını birleştirmesinin nedeni budur.

Aarnio, iyi tartışılmış bir yorum ifadesinin dahi, hukukçular cemaatinin kucağına değerlendirilmek için atılmış bir deney topu olduğunu söyler. Eğer sınamadan geçerse, yorum kabul edilmiş ve argümantasyon yeteri derecede inandırıcı olmuş demektir. Aksi takdirde yorum veya karar hukukçular cemaatinde meşruiyet kazanamayacaktır.

8

MANTIK HATALARI VE HUKUKİ YARGILAR

Buraya kadar yaptığımız tartışma, hukuki argümantasyon, yahut kanıtlama sürecinin çeşitli nedenlerle matematiksel ispatta olduğu gibi 'kesin' sonuçlar veremeyeceğini gösteriyor. Hukuki yargıların, yahut yorumların gerekçelendirilmesi, ispattan daha çok 'ikna' sürecidir. Geçtiğimiz bölümlerde, bir tartışma sürecinin daha 'rasyonel' ve daha 'sağlam' olabilmesi için tartışmada izlenmesi gereken usûlleri gördük. Bu çerçevede, bir hukuki yargı için üretilmiş gerekçelendirici argümanlar zincirinin temel mantık kurallarına uygun olması gerektiğini ve mümkün olduğunca fazla sayıda destekleyici önermenin sunulmuş olmasının argümantasyonun geçerliliğini ve gücünü artırdığını tespit ettik. Yine bir önceki bölümde, genel olarak argümantasyonun, özelde de hukuki argümantasyonun muhatapların ikna edilmesini hedeflediğini gördük ve iknanın sağlanması için gerekli bazı koşulları tespit ettik. Bütün bu tartışmalar çerçevesinde unutmamamız gereken önemli bir nokta, 'kesinlik'in olmamasının, 'ikna'nın amaçlanmış olmasının hiçbir surette keyfilik ve irrasyonalite anlamına gelmediğidir.

Kitabımızın amaçları çerçevesinde argümantasyon konusunu çoğunlukla hukuki yargılara hasrederek ele alıyoruz. Ancak kitapta sunulan çeşitli tartışmalarda zorunlu olarak işaret ettiğimiz bir noktanın okuyucuların dikkatinden kaçmamış olacağını düşünüyorum: Sadece hukuk alanında değil, genel olarak herhangi bir düşüncenin savunulması durumunda dedüktif mantık yetmez. Hatta argümantasyon ve retorik kuramlarının

20. yüzyılda ortaya çıkmasına neden olan, tam da bu hakikatin fark edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla argümantasyon kuramları, 'informel mantık' denen yaklaşımlarla birlikte, her türlü alanda yapılan tartışmalara rasyonalite kazandırmayı amaçlarlar.

Tartışmaların rasyonalitesini bozan unsurlardan biri, Aristoteles'ten beri tartışma konusu yapılan 'mantık hataları'dır. Türkçede bu kavram 'safsata' olarak isimlendirilir. 'Safsata', gündelik dildeki anlamından uzak olmamakla birlikte, 'teknik' bir kavramdır. Müslüman mantıkçıların Aristoteles'in "Sofistlerin Çürütmeleri" isimli kitabına atıfla kullandıkları 'sofestai' kelimesi evrilerek safsata halini almıştır. Dolayısıyla mantık hatalarından kastımız, asıl olarak, teknik anlamıyla safsatalardır ve en azından Aristoteles'ten beri üzerinde çalışılmaktadır.

Daha önce mantık konusunda çalışma yapanların dedüktif mantığın cazibesine kapılarak mantığı salt formel mantık olarak gördüğünü, modern dönemde bu geleneği devam ettirenlerin sembolik mantıkla birlikte dedüktif mantığın çeşitli formları üzerine çalışmakta olduklarını belirtmiştik. Safsatalar ise daha çok retoriğin alanına dahil edilmiştir. Ancak özellikle 20. yüzyılda dedüksiyonun gözden düşmesiyle, safsatalar üzerine yapılan çalışmalarda hatırı sayılır bir artış görülmektedir. Artık 'informel mantık', 'argümantasyon' ve 'eleştirel düşünme' başlıkları altında yapılan çalışmalar mutlaka safsatalara yer ayırmak durumundadır.

Bu bölümde, gündelik hayatta ve hukuki yargılarda karşılaştığımız yahut karşılaşma ihtimalimizin yüksek olduğu safsataları örnekleriyle ele almaya çalışacağız. Kitabımızın sonunda yer alan pratik çalışmalarda, safsataları pek çok yargı kararında tespit etme imkânımızın olduğunu belki de hayretle göreceksiniz.

Safsataları görmeden önce son bir hatırlatma yapmamız gerekiyor: İnformel mantık ve argümantasyon, dedüktif mantık veya matematik gibi 'kesin' önermelerden ve formüllerden oluşmaz. Dolayısıyla burada sunacağımız bazı safsatalara tam ola-

rak katılmamanız yahut bazı örneklerde var olduğu iddia edilen hataları kabul etmemeniz mümkündür. Bununla birlikte, bu mantık hatalarının sınıflandırılması konusunda büyük bir konsensüs olduğunu belirtmeliyim. Ve nihayet, söz konusu safsataların bir kısmı, doğruluk iddiası bulunmayan kimi durumlarda hiç de sorun olmaksızın kullanılabilir yahut başka argümanlarla bir araya geldiklerinde destekleyici bir argüman olarak kullanılabilir. Bu durumda burada sunulan açıklamaların bir kısmını, okuyucular için 'ikaz' olarak kabul etmek en doğrusu olacaktır.

Otoriteye Başvurma

Bir yargının doğruluğunun gösterilmesi için sıklıkla başvurulan argümanlardan birisi, bu yargının içeriğinin bir 'otorite' tarafından dile getirilmiş olmasıdır. Yargının içeriği doğrudur, çünkü o yargı bir 'otorite' tarafından dile getirilmiştir, onaylanmıştır.

Bir yargının doğruluğunun gerekçesi olarak bir otoritenin sunulması, esasında yargının içeriğiyle ilgili bir iddia değildir. Böyle bir durumda iddiada bulunan kişi, otoriteye duyduğu güveni, muhatabının da aynı güveni duyduğu veya duyması gerektiği inancıyla ortaya koyar. İddia sahibi, yargının içeriğini sadece tekrarlamakta, doğruluk sorununu otoriteye havale etmekte, bizden de otoriteye güvenmemizi istemektedir.

Sahip olduğumuz pek çok kanaat, 'bilgi' kabul ettiğimiz, dolayısıyla doğruluğuna inandığımız pek çok enformasyon, çoğunca otoritelere duyduğumuz güvenden kaynaklanır. Eğitim sistemi ağırlıklı olarak otoriteye güven üzerine kurulmuştur. Dünya, evren ve insan hakkındaki en temel 'hakikatler'i deneyimlemeden 'öğreniriz'. Öğrendiğimizi iddia ettiğimiz bilginin kaynağı, güven duyduğumuz otoritenin bunu bize aktarmış olmasıdır. Modern dünya, bilim insanlarının ve uzmanların güvenilirliğini dayatır. Modern düşünce, bilim insanlarına güven duyulmamasını küçümser.

Gündelik hayatımızda da, en basit kişisel enformasyonu

dahi, otoriteye güvenle bilgi haline getiririz. Anne babamızın kim olduğunu, ne zaman ve nerede doğduğumuzu, ebeveynlerimize, yahut bizi yetiştiren kişilere duyduğumuz güven nedeniyle sorgulamayız. Şüphe duymamızı gerektirecek bir durum ortaya çıkmadıkça doğum tarihimize dair bize söylenenlerden başkaca bir kanıt aramayız.

Otoriteye güvenin gündelik hayatta sahip olduğu bu yere rağmen, bir tartışma sırasında sadece otoriteye atıf yapmamız muhatabımız tarafından hiç de yeterli görülmeyebilir. Özellikle de muhatabımızın bizim atıf yaptığımız otoriteye duyduğu güven bizimki kadar güçlü değilse, iddiamızı otoriteyle gerekçelendirmek mümkün olmaz. Doğum yerimizi soran resmi görevliye, annemize atıf yaparak cevap veremeyiz.

Mesele sadece ikna meselesi de değildir. Bir yargının içeriği, sırf onu söyleyenin kişisel özellikleri, yani uzmanlığı veya mesleği nedeniyle doğru olamaz. Elbette bir uzmanın kendi uzmanlık alanıyla ilgili olarak dile getirdiği yargılar, başkalarının bu konuda söylediklerinden daha çok dikkate alınmak durumundadır. Bununla birlikte uzmanlık, böyle bir yargı hiçbir zaman tek başına kanıt niteliği taşıyamaz. Bir durum, olay veya olguya dair verilen bilgi veya bunlar hakkında yapılan muhakemenin doğruluğu, onu dile getirenin özelliklerine değil, dile getirilen yargının doğasına uygun başka kanıtlara ve muhakeme usûlüne bağlıdır.

Otoriteye başvurmayla ilgili olarak, aşağıdaki kuralları akılda tutmakta fayda var:

1. Bir yargının doğruluğu, sadece otoriteye atıfla dile getirilemez.
2. Bir yargının doğruluğu gösterilirken, otorite destekleyici bir argüman olarak kullanılabilir.
3. Dile getirilen yargı ile destekleyici argüman olarak sunulan otorite arasında uyum olmalıdır. Bir uzman her konuda uzman değildir. Atıf yapılan uzmanın, dile getirdiği yargının konusu hakkında uzman olup olmadığına dikkat edilmelidir.

4. Beklediğimizin aksine, bilim insanları dahi her konuda tam bir konsensüs sağlamaz. Dolayısıyla otoriteye başvuruluyorsa, tek bir uzmana değil farklı uzmanlara da atıf yapmak gerekir.

Hukuki muhakemede otoriteye başvuruda yapılan hatalar, zikrettiğimiz kuralların her birinin ihlali olarak karşımıza çıkabiliyor.

1. Yargı kararlarında ve hukukçu bilim insanlarının eserlerinde bir yargının doğruluğunu göstermek için tek bir uzmana atıf yapıldığını gözlemleyebiliyoruz. Bu atıflar özellikle yargı kararlarında, alanın en önemli ve en tanınan ismine ve ilginç bir şekilde genellikle 'profesör' olan unvanı da zikredilerek yapılıyor. Bu tarz atıfların yargı kararlarında göz boyama, bilimsel eserlerde ise hatır adına yapıldığını söyleyebiliriz.
2. Yargı kararlarında ve bilimsel eserlerde uzmanlara atıf yapılmakla çoğunca mesele halledilmiş gibi sunuluyor. Yani iddia sahipleri görüşlerini başkaca bir temellendirme ve gerekçelendirmeye ihtiyaç duymaksızın kanıtladıklarını düşünüyorlar. Halbuki otorite, ancak destekleyici bir argüman olabilir. İddia sahiplerinden beklenen, yargının içeriğiyle ilgili uygun başkaca argümanları sunmalarıdır. Hiçbir yargı, otoriteye atıfla gerekçelendirilmiş sayılamaz.
3. Yargı kararlarında nadiren karşılaştığımız –muhtemelen yargı kararlarında uzmanlara atıf yapma alışkanlığının zaten az olması nedeniyle– ama özellikle bilimsel eserlerde gözlemlediğimiz bir yanlışlık, dile getirilen yargı ile gerekçe olarak sunulan otorite arasında uyumsuzluk olmasıdır. Hukukçu bilim insanlarında gittikçe bir fetiş halini alan atıf yapma alışkanlığı, en temel ve genelgeçer yargılar için de atıf yapma anlamsızlığını, bunun yanında uzmanlık alanına bakmaksızın yararlanılan kaynaklarda rastlanan her türlü yargının gerekçesi için o kaynağa/kaynağın yazarına atıf yapılmasına yol açmaktadır. Hukukçuların hukuk dışında herhangi bir kaynağı incelemekten kaçınması/korkması nedeniyle, sözgelimi top-

lumla ilgili genel geçer bir yargı için bir ceza hukukçusuna atıf yapılabilmektedir.

4. Özellikle yargı kararlarında, zaman zaman da bilimsel eserlerde bir yargı için otoriteye başvururken tek bir uzmana atıf yapılabilmektedir. Eğer atıf, yargının doğruluğu için yapılıyorsa, bu atfın usûlsüz ve doğruluğu göstermek adına hiçbir anlam ifade etmediği unutulmamalıdır. Atıf, aynı yönde görüş belirten mümkün olduğunca çok sayıda uzmana yapılmalı; doğruluğun ortaya konulabilmesi adına farklı görüşlerin çarpışmasının sağlanması gerektiğinden, farklı görüşteki uzmanların görüşlerine de yer verilmelidir.

Alakasız Kanıtlar

Argümantasyonun sağlıklı olabilmesi için muhakeme zincirinde kullanılan argümanların birbiriyle ilgili olması, kanıtların/argümanların sonucu destekler nitelikte olması gerekir. Muhakemede kullanılan argümanların bu niteliklere sahip olmaması, ortada bir argümantasyon varmış görüntüsü verse de, esasında 'yanlış' bir muhakeme yaratır. Alakasız sonuç safsatası, farklı biçimlerde karşımıza çıkar.

YANLIŞ SONUÇ, ALAKASIZ SONUÇ

Tartışmacının iddiasını gerekçelendirirken kullandığı argümanların esasında iddiayı hiç de gerekçelendirmediği durumlarda yanlış sonuç safsatasından bahsedilir.

İddia: Teyzem emekli olduğunda sıcak ve kiraların yüksek olmadığı bir yerlere taşınmak istiyor. Aklında İzmir'e yerleşmek var ama orada kiralar çok yüksek. O yüzden bence Antalya'ya yerleşmeli.

İddia sahibinin, teyzesinin sıcak ve kiraların yüksek olmadığı bir yere gitmek istemesi durumunda, İzmir'e gitmemesi gerektiğine dair gerekçe argümantasyonda yer alıyor. Dolayısıyla bu argümantasyonda teyzenin İzmir'e gitmemesi gerektiği gerekçelendirilmiş, zira İzmir'de kiralar yüksekmiş. Ama

argümantasyon bize teyzenin neden Antalya'ya gitmesi gerektiğini söylemiyor. Zira Antalya'da kiraların düşük olduğunu da söylemesi gerekirdi. Bu önermenin, argümantasyonda zımnen yer aldığını kabul etsek bile, neden Urfa'ya, Mardin'e ve Muğla'ya değil de İzmir'e gitmesi gerektiğini anlayamıyoruz.

KORKULUK (STRAW MAN)

Korkuluk safsatasına, bir görüşü çürütme amacıyla argüman geliştirilirken başvurulur. Karşı tarafın görüşünü, iddiasını çürütmek isteyen kişi, öncelikle bu iddiayı olduğundan daha zayıf gösterir ve karşıtlığını iddianın bu kendi kurduğu zayıflatılmış şekline yöneltir. İddianın olduğundan daha zayıf, daha az kabul edilebilir gösterilebilmesi için, söz konusu iddianın abartılması yahut bir şekilde çarpıtılması gerekir.

Örnek:

A: Sigara ve alkol reklamlarının televizyonda yasaklanması gerekiyor. Bu reklamlar gençleri sigara ve alkol kullanmaya özendiriyor ve ortaya çoğunlukla hiç istenmeyen sonuçlar çıkıyor.

B: İnsanların içki ve sigara içmesiyle savaşamayız. Her ikisinin de binlerce yıllık tarihi var. (Örnek, Walton 2008: 22'den uyarlama)

Karşı iddia, iddiayı açıkça çarpıtmıştır. Karşı iddia gençlerin içki ve sigaraya özendirilmemesini, iddiada böyle bir ifade olmamasına rağmen, genel olarak içki ve sigarayla savaş olarak sunmuştur.

DÖNGÜSEL KANITLAMA (PETİTİO PRİNCİPİİ)

Bir görüşün kanıtlanması için sunulan argümanlar bazen bizzat kanıtlanması gereken görüşü içerebilir. Böylece kanıtlanması istenen görüşün kanıtı yine aynı görüş veya iddia olmaktadır. Kendi kendini kanıtlama, kısırdöngü kanıtlaması adı da verilebilen bu kanıtlamaya gündelik hayatta sıklıkla rastlarız.

Örnek:

A: Senin doğruyu söylediğine inanmıyorum.

B: Doğruyu söylüyorum, çünkü ben hiç yalan söylemem!

Görüldüğü gibi diyalogda sorgulanan, B'nin doğruyu söyleyip söylemediği olmasına rağmen, B'nin bu görüşü çürütmek, kendi iddiasının doğruluğunu göstermek için sunduğu gerekçe doğru söylediğine dair kendine ait kanıttır.

Örnek:

A: Ben ateistim ve meleklerin varlığına inanmıyorum.

B: Bence yanılıyorsun, çünkü kutsal kitabımızda meleklerin varlığı uzun uzun anlatılıyor.

A'nın meleklerin varlığına inanmamasının temelinde ateist olması yatmasına rağmen, B'nin buna karşı verdiği cevap, sadece tanrı inancı olan birisi için anlam ifade eden kutsal bir kitaba atıf yapıyor. B'nin verdiği cevabın A açısından hiçbir önemi yoktur.

Örnek:

A: Bence bu ülkede idari ve hukuki kurumlar hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği şekilde yapılandırılmamış. Bu devletin bir hukuk devleti olduğunu söyleyemeyiz.

B: Sana kesinlikle katılmıyorum. Anayasamızda devletimizin bir hukuk devleti olduğu açıkça yazıyor.

Bu örnekte esasında A'nın iddiası, tam da Anayasa düzeyinde de yer alan hukuk devleti ilkesine rağmen kurumların bu ilkeye göre yapılandırılmadığıdır. B cevabını verirken, asıl kanıtlaması ve tartışma konusu yapması gereken şeyi kanıt olarak sunuyor.

Gezgin, öyle bir fabrikaya rastgelir ki, ne insanların elinde ne de fabrikanın herhangi bir yerinde saat bulunmaktadır. 'İşe kaçta

başlanacağını ve kaçta bitirileceğini bu kadar insan nasıl biliyor? İşçileri nasıl topluyor ve iş bitiminde nasıl dağıtıyorsunuz?' diye sorar oradakilere. Fabrikanın yanında, yüksekçe bir yerde duran topu gösterirler. 'Bir görevlimiz var, sabah ve akşam topu ateşler, biz de ona göre çalışırız' derler. Görevlinin yanına gider gezgin. Topu neye göre ateşlediğini sorar. Şehirdeki tek saati, saat kulesini gösterir topu ateşleme görevlisi. Sabah altıda ve akşam altıda topu ateşlerim der. Gezgin saat kulesine gider. Görevliyi bulur ve saatin ayarını nasıl yaptığını sorar. 'Şu fabrikada' der saat kulesi görevlisi, 'bir top var. Her sabah altıda ve akşam altıda patlar. Ben de saatimi ona göre ayarlarım'.

KONUYU SAPTIRMA (RED HERRING)

Konuyu Saptırma safsatasında, karşı argüman ileri süren kişi, asıl argümanın içeriğinden farklı bir konuyu gündeme getirmekte ve karşıtlığına dair argümantasyonu bu konu üzerine inşa etmektedir. Böylece tartışma asıl mecrasından saptırılmış olur; eğer karşı argüman geliştiren kişi karşıtlığını başarılı bir şekilde ortaya koyarsa, asıl argümanın da geçersiz hale getirildiği izlenimi yaratılır.

Örnek:

A: Ölüm cezası suç işleme konusunda yeterince caydırıcı bir önlem değildir.

B: Peki, mağdurlar hakkında ne düşünüyorsunuz? Oğlu öldürülen bir anne ne hissedecek? Oğlunu öldüren katilin hapishanede beslenmesi ve barınması için vergi vermesi doğru mu? (Örnek, Alatlı 2009'dan)

B, A'nın caydırıcılıkla ilgili argümanına karşı argüman sunuyor gibi görünmektedir. Oysa bambaşka bir konuya geçmiştir. Eğer A bu tuzağa düşer ve tartışmanın bu konu üzerinden devam etmesine izin verirse, asıl argümanının geçersizleştirildiğini kabul etmiş olur.

Genelleme Hataları

Daha önceki bölümlerde klasik mantıkta ele alınan akıl yürütme formlarından kıyasa (analojiye) değinmiştik. Hatırlanacağı üzere analoji, tek tek olaylardan yola çıkarak, aynı türden olayların hepsi için bir hüküm verme faaliyeti idi. Buna gündelik dilde, 'genelleme' denir.

Yine ilgili bölümden hatırlanacağı üzere analoji (veya genelleme) çok güvenilir bir akıl yürütme formu değildir. Zira analojinin iddiası çok büyüktür: Gözlemlenmemiş olayların hepsi için, sınırlı sayıda gözleme dayanarak hüküm verilmektedir. Bununla birlikte, bilimsel araştırmalar daha sonradan sağlanacak doğrulama metotlarını kullanmak şartıyla genellemelerden vazgeçemez. Sözgelimi istatistiğe genelleme bilimi adı verilebilir. Gündelik hayatta da aklımızın olağan işleyişi, önce nesneleri ve olayları birbirinden ayırmayı, sonra da benzerlikler bularak bu nesneleri ve olayları gruplandırmayı gerektirir. Aksi takdirde elimizde sadece birbirinden ayrı sayısız nesne ve olay olurdu ki, düşünmek ve konuşmak imkânsız hale gelirdi.

Genellemeye, herhangi bir görüşü savunurken sunduğumuz argümanları inşa ederken de başvururuz. Yaptığımız genellemelerin bazı formlarının, argümantasyonda iddiamız için gerekçe oluşturamayacak ölçüde zayıf olduğu kabul edilir. Sadece gündelik hayatta değil, çok ciddi bilimsel araştırmalarda dahi bu tip hatalara rastlanabilir.

KÖR GENELLEME

Sadece hukukta değil, gündelik hayatta da pek çok ilkeyi kararlarımızın, tercihlerimizin veya tavsiyelerimizin gerekçesi olarak kullanırız. Ne var ki ilkeler, neredeyse hiçbir zaman mutlak değildirler. İstisna sayılabilecek bir durum daima bulunur. Bu noktayı gözden kaçırdığımızda, yahut bilinçli olarak göz ardı ettiğimizde, genel bir kuralı mutlak bir şekilde sunarak gerekçelendirme yaparız. Kuralları ve ilkeleri öğrenen çocuklar, bu hataya sıklıkla düşerler.

Örnek: Bir işçi bir ağaç çukurunu bir dakikada açabiliyorsa, altmış işçi aynı çukuru bir saniyede açabilir.

Matematiksel olarak doğru görünen bu muhakeme, tek bir çukurun başına altmış işçiyi yığmanın ve çalıştırmanın imkânsızlığı nedeniyle geçersizdir. Genel bir kuralın istisnaları göremeyecek bir körlükle uygulanması anlamına gelir.

Hukuk alanında ilkeler sıklıkla başvurulan gerekçelerdir. İlkelere benzer genel kurallara Anayasada ve temel kanunlarda da rastlanır. Hukuki bir görüşü desteklemek isteyen kişi, haklı çıkabilmek için, bu ilke ve kuralları, istisnalarını göz ardı ederek kullanabilir.

ACELECİ GENELLEME

Aceleci genelleme, kör genellemenin tam tersidir. Bir veya birkaç olaydan, örnekten yola çıkarak bütün benzer durumların aynı özelliklere sahip olduğunu söyleme hatasıdır. Gündelik hayatta sıkça yapılır. Özellikle kendimizden farklı aidiyetleri (ırk, meslek, din, mezhep, etnisite, memleket vs.) bulunan birkaç kişiyle tanıştıktan sonra edindiğimiz izlenimlerle, o kişinin ait olduğu grubun tümü için genellemeler yaparız.

Daha önce genellemeler yapmaksızın ne gündelik hayatımızı devam ettirebileceğimizi, ne de bilimsel bilgide gelişme sağlayabileceğimizi söylemiştik. Genelleme yapmaya bu denli ihtiyaç duymamıza rağmen, 'kesin' sonuç verecek genelleme yapmak da mümkün değildir. Dolayısıyla genelleme yaparken, öncelikle kullanacağımız örneklerin bütün bir grubu temsil kabiliyeti olup olmadığını düşünmemiz gerekir. Yani çok az örnekle genelleme yapmak mümkün değildir. Daha sonra genellediğimiz özelliğin farklı koşullardan etkilenip etkilenmediğine bakmalıyız. Böylece, sadece bizim karşılaştığımız koşullardaki örneklerin o özelliğe sahip olması ihtimalini değerlendirmiş oluruz. Nihayet, genellememizde yanılabileceğimizi her zaman akılda tutmalıyız.

Örnek: Öğretim üyesi olan A, bu yıl bölüme kayıt yaptıran 400 öğrenciden 10 tanesinin danışmanlığını yapmaktadır. Kayıt yaptırmaya gelen öğrencilerden 5'inin Karadenizli olduğunu gören A, bu yıl Karadenizli öğrencilerin kendi bölümünü çok tercih ettiğini söylemiştir. Biraz düşündükten sonra bu ifadesinin çok doğru olmadığını gören A, daha doğru sonucun, bu yıl kendi bölümünü tercih eden öğrenciler arasında Karadenizlilerin ağırlıklı olduğunu belirtmiştir.

Esasında A'nın iki ifadesi de aceleci genelleme hatasını işlemiştir. Birinci ifadede, Karadenizlilerden üniversiteyi kazanan öğrencilerin geneline dair hiçbir bilgisi olmadığı halde, karşılaştığı beş öğrenciden yola çıkıp Karadenizliler için genel bir sonuca varmıştır. İkinci durumda ise, kayıt yaptıran öğrencilerin ancak kırkta birini gördüğü halde, bütün öğrencilerin geneli için bir tespitte bulunmuştur.

ÖNYARGILI GENELLEME

Bu hataya, önyargılı örneklem seçme de diyebiliriz. Genelleme yapmanın çoğunca bir ihtiyaç olduğunu söylemiştik. Sözgelimi çeşitli konularda anket çalışması yapan kuruluşlar ve bilim insanları, genel yargılara ulaşabilmek ve geleceğe ilişkin doğruya yakın tahminlerde bulunabilmek için belli bir grubun genelini (popülasyon) temsil ettiğine inandıkları küçük bir grubu (örneklem) gözlemler ve bu küçük grup hakkında bilgi toplarlar. Eğer örneklem iyi seçilmişse, genele dair yargılar da başarılı olur.

Bazen hatayla, bazen de bilinçli olarak örneklem popülasyonu temsil etmeyecek, hatta sonucu araştırmacının istekleri doğrultusunda belirleyecek şekilde seçilir.

Örnek: A partisi, son üç seçimde Türkiye genelinde sırasıyla %30, %35 ve %40 oranında oy almıştır. Aynı parti X ilinde ise aynı seçimlerde hep yaklaşık olarak %70 oranında oy almıştır. Bir araştırma şirketi, A partisinin bir sonraki seçimlerde Türkiye ge-

nelinde alacağı oy oranı hakkında tahminler yapmak üzere sadece X ilinde araştırma yapmış ve şu iki garip sonuca ulaşmıştır: (1) A partisi önümüzdeki seçimlerde %65 civarında oy alacaktır. (2) A partisinin oyları önümüzdeki seçimlerde düşüş gösterecektir.

X ilindeki oy oranlarının A partisinin Türkiye genelindeki oylarını temsil etmediği açıktır. Dolayısıyla partinin bir sonraki seçimde %65 oy almasını bu araştırmayla gerekçelendirmek mümkün değildir. Aynı şekilde partinin X ilindeki oyları düşmüştür, ancak bu düşüşün genel bir düşüşün yansıması mı olduğu yoksa o ile has bir olay mı olduğu belli değildir.

Ters Kıyas

BÜTÜNÜ PARÇAYLA AÇIKLAMA

Bu mantık hatasında, bir nesnenin, olayın veya sürecin tek bir parçasının, yahut bütün parçalarının sahip olduğu bir özellik, bütüne teşmil edilir. Halbuki bu tarz bir muhakeme tek bir parçanın, yahut bütün parçaların sahip olduğu özelliğin, parçalardan oluşan bütünün de özelliği olduğunu göstermez; eğer böyle bir özellik gerçekten varsa, bunun nedeni o parçanın söz konusu özelliğe sahip olması değil, başkaca nedenler olabilir.

Örnek: Hücreler gözle görülemez. İnsan vücudu hücrelerden oluşmuştur. İnsan vücudu da görülemez.

Gözle görülemiyor olmak, hücreler için doğrudur. Ancak hücrelerin bir araya gelmesiyle oluşan bütün (vücut) bu özelliği taşımaz.

Bu mantık hatası, pek çok bileşenden oluşan sistemlerin kendisini oluşturan parçaların ötesinde bazı özellikler taşıyabildiği gerçeğini örter.

PARÇAYI BÜTÜNLE AÇIKLAMA

Bu mantık hatasında ise, bir öncekinin tam tersine, bütünün sahip olduğu herhangi bir özelliğin parçalarda da bulunduğu savunulur. Yukarıdaki açıklamamızı uyarlayarak yineleyecek olursak, bütünün herhangi bir özelliğe sahip olması, parçalarının da aynı özelliğe sahip olacağının göstergesi değildir. Örneğimizi de tersine çevirelim:

> **Örnek: İnsan vücudu gözle görülür. İnsan vücudu hücrelerden oluşmuştur. Hücreler gözle görülür.**

Şaşırtma

ÖNYARGILI SORU/KARMAŞIK SORU

Soru cümleleri normalde herhangi bir şey iddia etmezler. Adı üstünde, soru sorarlar. Ancak bazen soru cümleleri öyle bir şekilde formüle edilir ki, soru sormaktan çok bir şey iddia eder ve muhatabını belli bir yönde cevap vermeye zorlarlar.

> Örnek: Sayın başkan, buraya kadar anlattıklarınızdan yola çıkarak bundan sonra partinizin işsizlik konusuna yeterince vurgu yapacağını söyleyebilir miyiz?

Soru, partinin o güne kadar işsizlik konusuna yeterince vurgu yapmadığını söylemektedir. Başkan tuzağa düşer ve olumlu cevap verirse, iddiayı da kabul etmiş olacaktır.

MÜPHEMLİK

Argümantasyonda kullanılan kelimeler ve noktalama işaretleri, argümantasyondaki iddiaları belirsiz hale getirebilir veya muhakemedeki nedenselliği izlenemez kılabilir. Argümantasyonun olduğu kadar iletişimin de en temel kuralı olan açıklık, tartışmanın sağlıklı bir şekilde yürümesi için önemli bir kuraldır. Müphem, yahut muğlak ifadeler yaratan çeşitli ifadelerin

metaforik, ironik, yahut edebi amaç ve işlevleri olabilir. Ancak bir görüşün 'doğruluğu'nun savunulması söz konusu ise, tartışmaya zarar vereceklerdir.

İSPATLANAMAMIŞLIK KANITI

Bir iddianın doğruluğu veya yanlışlığını tartışırken sıklıkla yapılan bir hata, iddianın doğru olduğunun ispatlanamamış olmasını yanlış olduğuna, yanlış olduğunun ispatlanamamış olmasını ise doğru olduğuna gerekçe, yahut kanıt göstermektir.

Örnek: Tanrının varlığı ispatlanamamıştır. Öyleyse Tanrı yoktur.

Örnek: Tanrının yokluğu ispatlanamamıştır. Öyleyse Tanrı vardır.

FELAKET TELLALLIĞI

Bu mantık hatasında, yapılacak bir eylemin, alınacak bir kararın ardından bir dizi (muhtemelen) kötü olayın birbirini izleyeceği kesin ve başka bir olasılığı hesaba katmaksızın gerçekleşeceği belirtilerek, söz konusu eylemin veya kararın yanlışlığı gösterilmek istenir.

Örnek: Zinayı suç olmaktan çıkarmamalıyız. Zinayı suç olmaktan çıkarırsak eşlerin birbirlerine sadakat göstermesi için bir neden kalmaz. Aldatmalar çoğalır, eşler hızla birbirinden boşanır. Aile kurumu dağılır. **Gayrimeşru çocuklar çoğalır. Boşanan çiftlerin çocukları ve gayrimeşru doğan çocuklar ortada kalır. İstismar edilirler. Devletin sırtına büyük bir yük biner.**

YANLIŞ İKİLEM

Bir diyalogda, taraflardan birinin olanakları, esasında öyle olmadığı halde ikiye indirerek karşı tarafı bunlardan birini seçmeye zorlaması, yahut muhakeme sırasında herşeyi 'olan-olmayan', 'yanlış-doğru', 'siyah-beyaz', 'iyi-kötü' ikilikleriyle sunması yanlış ikilem safsatasıdır.

Örnek:

A: **Okullarda zorunlu din dersinin bulunmasını doğru bulmuyorum.**

B: **Senin din düşmanı olduğunu bilmiyordum.**

B'nin düşünce dünyasında sadece iki grup vardır: Zorunlu din dersini destekleyen din düşmanı olmayanlar ile zorunlu din dersini desteklemeyen din düşmanları.

Örnek:

A: **Birisini seçmek zorunda kalsaydınız hangisini seçerdiniz: Akıl mı vicdan mı?**

Bu soruya cevap vermekle soruyu soranın tuzağına düşmüş oluruz. Pekala akılsız vicdanın olamayacağını düşünüyor olabiliriz.

Adam Karalama

Bir yargının doğruluğu için otoriteye başvurulmasını yukarıda mantık hatası olarak nitelemiştik. Bu hatanın farklı bir şekli, bir yargının yanlışlığını, yargıyı dile getiren kişinin özelliklerine atıfla göstermeye çalışmaktır. Kişiye karşı argüman olarak da bilinen bu mantık hatasında, yargı sahibinin olumsuz olduğu iddia edilen bir özelliği dile getirilerek, yargıya dair hiçbir şey söylenmeden, yargının yanlışlığı gösterilmiş gibi yapılır. Uzakdoğu bilgeliğine ait bir söz, tam da bu durumu anlatır: "Parmak ayı gösterirken sadece ahmaklar parmağa bakar." Halbuki bir yargının doğruluğu veya yanlışlığı, anlamıyla ilgilidir, onu söyleyenin kim olduğuyla değil.

Adam karalama safsatasının çeşitli formları vardır. Bazen yargı sahibinin güvenilmez olduğu, bazen yargı sahibinin kendi düşüncelerine paralel şekilde 'yalan' söylediği, bazen de kendi eylemleriyle tutarsız olduğu iddia edilir.

Örnek: Elimizdeki araştırma raporu, bürokrasinin hantallaştığını ve devletin kamu hizmetlerini yerine getiremediğini belirtiyor. Ancak dikkatinizi çekerim, araştırma liberal politikaları uluslararasılaştırmaya hizmet eden bir örgüt tarafından fonlanıyor.

Bu iddia, nihayetinde bürokrasinin hantallaştığı ve devletin kamu hizmetlerini yerine getiremediği iddiasını çürütmeyi amaçlıyor. Ancak bunun için kullandığı yöntem, raporda belirtilen verilerin doğruluğunu veya ulaşılan sonucun verilerle uyumlu olup olmadığını tartışmak değil, araştırmanın kim tarafından fonlanmış olduğunu dile getirmek. Açıkça söylemese bile, bu örgütün doğruları çarpıttığını söylüyor. Ama bunun için de başkaca bir kanıt getirmeye ihtiyaç duymuyor ve örgütün misyonunun yargıyı yanlış olarak nitelendirmek için yeterli olduğunu söylüyor.

Örnek: Richard Nixon'ın Çin'le ilgili dış politika yorumlarına güvenemeyiz. Watergate skandalında istifa etmek zorunda kalan o değil miydi? (Örnek: Walton 2008: 173'ten uyarlanmıştır.)

Bu iddia, gündelik siyasette sıklıkla karşılaşılan bir muhakemenin örneğini oluşturuyor. Rakip siyasetçiler birbirlerini eleştirirken genellikle söylenen ve karşı çıkılan ifadenin içeriğini bir kenara bırakır ve rakiplerinin geçmişteki eylemlerine atıf yaparlar.

Örnek:

A: **Bilim adamları sigara kullanımıyla kronik akciğer hastalıkları arasında çok kuvvetli bir ilişki olduğunu ispatlamış bulunuyorlar. Sadece akciğer hastalıklarının değil daha birçok rahatsızlığın kaynağı yine sigara. Sigaranın sağlığa zararlı olduğu konusunda artık hiçbir şüphe yok. Bence sigara içmemelisin.**

B: **İyi de o doktorlar da sen de sigara içiyorsunuz!**

Kötü bir alışkanlığı olan kişinin, aynı alışkanlık aleyhine konuşması, hele de bize tavsiyede bulunması gerçekten rahatsız edicidir. Ebeveynler ile çocuklar arasında benzer konuşmalar sıkça geçer. Ebeveynler çocuklarından kendi yaptıkları hataları tekrarlamamalarını isterler. Buna karşı verilen cevap ise, çoğunca, yukarıdaki gibidir. Eğer tartışma konumuz yargının doğruluğu ise, üzerinde durmamız gereken nokta, yargıyı dile getirenin söyledikleriyle yaptıklarının uyumlu olup olmaması değil, bizatihi söylenenlerin doğruluğu olmalıdır. Ancak ahlaki bir tartışma açılacaksa, bu durumda, kendi yapmadıklarını başkasından istemenin ahlaken çelişik bir tutum olduğu eleştirisi elbette yöneltilebilir.

Adam karalama safsatasının son bir türü, kişinin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle güvenilmez yahut itibar edilmez gösterilmesidir. İlk örneğimize benzer bir şekilde, yargı dile getiren kişinin, o yargıyı dile getirmesi nedeniyle bazı çıkarları olduğu, o durumda bulunan kişinin başka türlü konuşamayacağı iddia edilir. İlk örneğimizden farklı olarak, kişinin bizatihi kendisinin olumsuzlanması, karalanması değil, içinde bulunduğu koşullar nedeniyle 'mecburen' yahut 'doğal olarak' öyle davrandığı söylenir. Sözgelimi, duruşmada sanığın ifadesinde kendisini savunan ve haklı çıkaran ifadeler kullanması, **'Sonuçta o bu davanın sanığı; elbette kendisini kurtarmak için böyle ifade verecek!'** karalamasıyla geçersiz kılınır. Bu geçersiz kılma, dikkat edilecek olursa, sanığın beyanının içeriğine ilişkin hiçbir şey söylememekte ve hatta sanıkların kendi lehlerine söylediği herşeyin 'yalan' olduğu gibi temelsiz bir iddiaya dayanmaktadır.

Duygulara Başvurma

Duygulara başvurma hatası, özellikle verilecek bir kararın gerekliliği konusunda iddiada bulunurken öfke veya merhamet gibi duyguları harekete geçirecek argümanların kullanılmasıdır. Bu tür muhakeme verilecek karar 'doğrudur', çünkü, sözgelimi, hakkında mahkûmiyet kararı verilecek kişi acınacak durumdadır. Kişiler veya olayların sonuçları hakkındaki

duygusal yargılar, muhatapların asıl argümana ilişkin eleştirel bir değerlendirme yapmalarını engelleyecek tarzda kullanıldığından, bir tür korkuluk veya konuyu saptırma safsatasına başvurulmuş olarak da kabul edilebilir.

> Örnek:
> **Polis, yeraltı şebekelerinden, terörden, kirli ilişkilerden, rüşvetten, ahlaksızlıktan, hortumlamalardan, dolandırıcılıktan ve bilumum pislikten toplumu nasıl arındıracak? Katili, suikastçiyi, kadın satıcısını, insan avcısını, her tarafa kol salmış mafyacıyı nasıl temizleyecek?**
>
> **Bir tek şartla temizleyecek:**
>
> **İnsanca bir yaşam standardına gelerek temizleyecek... Polis, hem de her kademede, öyle standart bir yaşama kavuşacak ki, siyaseten en "arkalı adam" karşısına dikilse, önüne bir bavul dolusu para konulsa, yüzünde kıl oynamayacak! Yapışacak yakasına, götürecek hâkimin önüne!.. O ahvalde de polis pislik yaparsa, adam dövmeye, işkence yapmaya başlar ve hâlâ rüşvete bulaşırsa, o zaman biz onun yakasına yapışacağız, görecek hanyayı konyayı... Yanlış mı konuşuyorum Sayın İçişleri Bakanım!.. Bu söylediklerimde, toz zerresi kadar yanlışlık veya eksiklik var mı? Yok ama hani hareket?.. Evde bebeler süt beklerken, bu adamlar daha ne yapsın?..** (İlker Sarıer, 19.8.2000, Sabah) **(Örnek, Alatlı 2009'dan)**

Yazar, polisin görevini düzgün yapmamasının ve suça bulaşmasının nedeni olarak maaşındaki düşüklüğü gösteriyor. Maaş düşüklüğü nedeniyle suça bulaşmış olmayı mazur göstermek için ise, 'evde süt bekleyen bebekler'den bahsederek, okuyucuda acıma hissi uyandırıyor.

Duygulara başvurma, başka safsatalara nispetle daha kolay tespit edilebilir olmasına ve ilk görünüşte işlenmesi daha zor bir hata gibi değerlendirilmesine rağmen, hem gündelik dilde hem de hukuki yargılarda sıkça karşımıza çıkar.

Avukatların dava dilekçelerinde hâkimi etkileyebilmek için bu tarz ifadeler kullandıklarına çok sık rastlanır. Sözgelimi bo-

şanmak istemeyen, yahut tazminat talep eden kadın, 'kocası için saçını süpürge etmiş', 'yavruları için hayatını göz kırpmadan feda etmeye hazır bir anne'dir.

Aşağıdaki satırlar, kararın tamamını ve karar hakkındaki değerlendirmeyi kitabın sonunda bulabileceğiniz bir Yargıtay kararından alınmıştır:

> "Türkiye'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına uygun olarak işlemediği acı bir vakıadır. Bu sözleşme çok kez mirasçılardan bazılarının miras haklarından yoksun bırakmak, bazen tatlı vaatlerle yaşlı bir kimse aldatılıp kandırılarak onun maddi varlığını ele geçirmek için kullanılan bir haksızlık ve gasp aracı haline gelmiştir. Sırf bakmayı sağlamak üzere yapıldığı kabul edilen hallerde bile sözleşmeden doğan bakma borcunun yerine getirildiği görülmemiştir. Bu gün ülkemizde ana ve babasına bakan evlat, dede ve ninesine bakmak zorunluluğunu duyan torun sayısı azalmıştır. Esasen yasa ve ahlak gereği bakma yükümlüsü olduğu halde bunu yerine getirmek gereğini duymayan bir kişinin bu borcu sözleşme konusu yapması takdirinde borçlu yönünden değişen bir şey yoktur. Tersine olarak bu gibi hallerde bakılması lazım gelen kimse yalnız bakılmamakla kalmamakta, elinden malı alınmak suretiyle daha kötü bir duruma düşmektedir. Ömrü boyunca dava nedir bilmeyen bir kimse, hayatının son demlerinde ve en zor döneminde kaptırdığı malı kurtarabilmek için mahkemelik olmaktadır." (YARGITAY 1. HD E. 1976/9370 K. 1976/13138 T. 31.12.1976)

Kararda babaannenin açtığı davanın kabul edilmesi gerektiğinin belirtildiğini düşündüğümüzde, ilgili dairenin kararını gerekçelendirirken duygulara başvurmuş olduğu daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Delilleri Önyargıyla Seçme

Gerekçelendirme, çoğunca, bir ihtiyaçtan kaynaklanır. Muhatapların olağan muhakemeleri ve standart algıları çerçeve-

sinde verileri aynı şekilde değerlendirecekleri açıksa, iddia herhangi bir itirazla karşılaşmıyor veya rasyonel bir şekilde herhangi bir itirazla karşılaşması beklenmiyorsa, gerekçelendirme yapmaya gerek yoktur. Dolayısıyla gerekçelendirme çoğunlukla belirsiz, girift, yahut karmaşık durumlarda gündeme gelir. Bunun anlamı da şudur: Kanıtlar kadar karşı kanıtlar da vardır. Mesele, iddia sahibinin, kanıtların karşı kanıtlardan daha sağlam, daha ikna edici, daha güvenilir olduğunu göstermesidir. Tekrarlayacak olursak: Pek çok durumda iddiamızı destekleyen ve desteklemeyen kanıtlara, argümanlara ve verilere sahibizdir.

Böyle durumlarda yapılan bir mantık hatası, delilleri önyargıyla seçerek kullanmaktır. Tartışmada haklı çıkma isteği, yahut sonuca ilişkin öndüşüncelerimizin verileri algılamamızı etkilemesi (algıda seçicilik) sonucunda sadece düşüncemizi destekleyen veri ve argümanları sunmayı tercih ediyorsak, ya tartışmada samimi değilizdir (yani doğruya, hakikate ulaşma amacımız yoktur) ya da en basit ifadesiyle düzgün bir muhakemeye sahip değilizdir.

Delillerin önyargıyla seçilmesi, özellikle hâkimler açısından önem taşır. Hâkimin davaya muttali olduğu ilk andan itibaren karara ilişkin geliştirdiği hipotezlerin çok erken bir vakitte inanca, karara dönüşmesi, kararını destekleyebilmek ve gerekçelendirebilmek için dosyadaki paralel verileri kullanmasına, sözgelimi bir ceza yargılamasında sadece kendi tahmini doğrultusunda delil toplamasına neden olmamalıdır.

Kitap Önerisi

Eleştirel düşünme, argümantasyon ve mantık hataları konularının sadece hukuk değil genel olarak iletişimin ve muhakemenin sağlıklı olabilmesi için taşıdığı öneme rağmen, bu alanlardaki Türkçe literatür henüz olgunlaşmamıştır. Aşağıdaki eserler bu konuda kendisini geliştirmek isteyen okuyucularımız için yardımcı olabilecek nadir kaynaklardandır:

- Alev Alatlı, **Aklın Yolu da Bir Değildir** (İstanbul: Destek Yayınları, 2009).
- Cafer Sadık Yaran**, İnformel Mantık** (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2011).
- İbrahim Emiroğlu, **Mantık Yanlışları** (İstanbul: MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Y., 1993).
- Anthony Flew, **Dosdoğru Düşünmenin Yolu** (Ankara: Liberte, 2008).

Karar İncelemesi 1: İradi Cinsiyet Değişikliği

İnceleyeceğimiz ilk karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.3.1986 tarihli E. 1986/651 K. 1986/3256 sayılı kararı. Kararda, Nüfus Memurluğu aleyhine, başvuranın tıbbi müdahale ile ve kendi isteği ile cinsiyetinin değişmesi nedeniyle, nüfus kayıtlarındaki cinsiyet kısmının tashihine ilişkin ilk derece mahkemesinin verdiği ret kararına ilişkin temyiz talebi sonuca bağlanmaktadır. Kararda iki temel hukuki mesele bulunmaktadır. Gerekçelendirme açısından yaptığımız bu incelemede, bunlardan sadece ikincisini ele alacağız. Öncelikle kararın inceleyeceğimiz kısmını baştan sona dikkatle okuyunuz:

> DAVA: B.E. ile Nüfus Memurluğu arasındaki cinsiyet tashihi davasının C. Savcısının huzuruyla yapılan muhakemesi sonunda davanın reddine dair verilen hükmün temyizen mürefaa icrası suretiyle tetkiki davacı tarafından istenilmekle, dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:
>
> KARAR:
> 1 - ...
> 2 - Adli Tıp raporlarında belirlenen husus, davacının dış görünüşü itibariyle tamemen kadın olduğu, vücudunun kadınlara özgü tüm özellikleri taşıdığı ve kendisini kadın olarak hissettiği davranışlarının da o yolda bulunduğu, geçirdiği ameliyat sonucu erkeklik organının yok edildiği, kadın olarak cinsel ilişkiyi başardığı ve bundan zevk duyduğu homoseksüel yaşantısını bir

kaç yıldan beri terk ettiği, bugünkü hali ile kadın olması lazım geldiği merkezindedir.

Raporlarda belirlenen hususlar doğuştan erkek olduğu halde, özgün iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönlerden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun'i yolla da olsa vücudunu kadınlara özgü bir görünüme getiren kişiyi tanımlamaktan ibarettir. Oysa yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (Şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, M.K.'nun 23. maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz. Kanun'a karşı hilelere kapı aralamış olur. Sözgelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağını çözme imkânı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, millî görevden (askerlik yükümlülüğünden, kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Bu örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. Her ne kadar, yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktadır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez.

Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği sonuca ulaşmasını

haklı kılmaz. Yani kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz.

İbraz edilen hukukî mütalaaya gelince bir rapor sonucu itibari ile olması gereken hukuk kuralına aykırılık vermektedir. Oysa mahkemeler mevzu ve mer'i hukuka göre karar vermekle yükümlüdür. Meğer ki, M.K.'nun 1. maddesinde vurgulanan kanun boşluğu mevcut olsun. Oysa olayımızda açık ve kapalı bir kanun boşluğu yoktur. Yani yürürlükteki hukuk bu konuda hüküm vermeye yeterlidir. Onun için olması gereken hukuku yürürlükteki hukukun yerine koymak sureti ile karar verilemez. Eğer olması gereken hukuk iddiası kamu yararına ise, bunu kanun koyucu ele alıp bir düzenleme yapabilir.

Açıklanan gerekçeler karşısında Mahkemenin kesin hükme dayalı gerekçesi yerinde değilse de davayı esastan reddetmesi doğrudur. Bu itibarla temyiz itirazlarının tümünün reddi ile hükmün (ONANMASINA), 1. bentte Turgut Kaya Ülkü'nün, ikinci bentte ise Namık Yalçınkaya'nın muhalefeti ile oyçokluğu ile karar verildi.

İlk olarak şunu söyleyelim: Kararda, ilk derece mahkemesinin verdiği karar, dolayısıyla davanın temel unsurları tespit edilememektedir. Karar doğrudan Adli Tıp raporuna ilişkin bir özetle başlamaktadır. Karardan beklenen, olayların özetle takdimidir.

Şimdi karardan alıntılar yaparak iddiaların neler olduğunu ve nasıl gerekçelendirildiğini inceleyelim.

Adli Tıp raporlarında belirlenen husus, davacının dış görünüşü itibariyle tamamen kadın olduğu, vücudunun kadınlara özgü tüm özellikleri taşıdığı ve kendisini kadın olarak hissettiği davranışlarının da o yolda bulunduğu, geçirdiği ameliyat sonucu erkeklik

> organının yok edildiği, kadın olarak cinsel ilişkiyi başardığı ve bundan zevk duyduğu homoseksüel yaşantısını bir kaç yıldan beri terk ettiği, bugünkü hali ile kadın olması lazım geldiği merkezindedir.

Bu paragrafta Daire, dava dosyasında yer alan Adli Tıp raporunu özetlemektedir. Dikkat çekici bir husus, ameliyatla erkeklik organının alındığı belirtilirken 'yok etme' fiilinin kullanılmış olmasıdır. Bu ifadenin raporda da yer alıp almadığını tespit edemiyoruz. Ancak raporun ifadesi bile olsa, bir tür önyargı taşıyan bu fiil yerine daha nötr bir fiilin kullanılmış olması gerekirdi.

> Raporlarda belirlenen hususlar doğuştan erkek olduğu halde, özgün iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönlerden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun'i yolla da olsa vücudunu kadınlara özgü bir görünüme getiren kişiyi tanımlamaktan ibarettir.

Bu paragrafta Daire, Adli Tıp raporunu değerlendirmeye devam etmektedir. Bir önceki paragrafın sonunda, raporun, başvuranın "kadın olması lazım geldiği" yönündeki sonucuna bir tür cevap verilmiş olmaktadır. Ancak Daireye göre raporun işlevi, "kişiyi tanımlamaktan ibarettir". Her şeyden önce 'ibarettir' ifadesi, raporun hafife alındığını gösterir. İkinci sorun, raporun 'tanımlaması'nın neden hafife alındığının belli olmamasıdır. Esasında Adli Tıp'tan, tam da başvuranın 'tanımlanması' istenmiş değil midir? Başka bir şekilde ifade edersek: Adli Tıp'a, başvuranın erkek mi kadın mı olduğu sorulmamış mıdır?

> Oysa yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir.

Bu ifadeyle Daire, karara ilişkin hükmünü vermiş olmaktadır. Daire bu tespitiyle meselenin salt bir hukukî sorun olduğunu

dile getirmekte, bu durumda ise Adli Tıp raporunun her türlü işlevini anlamsız kılmaktadır. Belki de Dairenin aradığı tek şey, başvuranın doğuştan mı yoksa sonradan mı kadın olduğudur. Daire, 'yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları'nın neden iradi cinsiyet değişikliğine cevaz vermediğini şöyle gerekçelendirir:

> Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (Şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, M.K.'nun 23. maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez.

Daireye göre irade cinsiyet değişikliğine cevaz verilmemesinin nedeni, Medeni Kanun'un 23. maddesidir. Atıf yapılan madde şu şekildedir:

> MK md. 23: Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya âdâbı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez.

Kararda kanun metnini gözlemleyemiyoruz ve Dairenin "bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur" şeklindeki yorumuna dair başkaca herhangi bir gerekçe göremiyoruz. Halbuki beklentimiz, kanun metninde yer alan "feragat" kelimesinin hangi durumlar için geçerli olduğunun belirtilmesidir. Ayrıca cinsiyet değiştirme, cinsiyetini seçme gibi, kararın verildiği tarihte de literatürde ve kamuoyunda tartışılan kavramlara ilişkin başkaca hiçbir açıklamanın yapılmamış olması büyük bir eksikliktir. Bu eksikliği, karara karşı oy yazısı yazan Daire üyesi Namık Yalçınkaya'nın bu kısmın sonunda bulabileceğiniz ifadeleri okunduğunda çok daha açık bir şekilde tespit etmek mümkün olacaktır.

Daire, vereceği aksi yönde bir kararın sonuçlarına işaret etmek suretiyle kararını gerekçelendirmeye devam eder:

> Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz. Kanun'a karşı hilelere kapı aralamış olur. Sözgelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağını çözme imkânı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, millî görevden (askerlik yükümlülüğünden, kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Bu örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz.

Daire, sorunun sadece kişilik hakkı üzerinde hukukun cevaz vermediği şekilde tasarruf edilmesi olmadığını, aksi yönde bir kararla kanuna karşı hilelere de kapı aralanmış olacağını söyler. Kararın sonuçlarına atıf yaparak, muhtemel sonuçların hukuk, ahlak ve vicdan açısından kabul edilemez olduğunu belirtmek, meşru ve makul bir gerekçedir. Ancak gerekçe olarak gösterilen makbul olmayan sonuçlar gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olmalı, istisnai nitelikte olmamalıdır. Ancak Dairenin verdiği örnekler, gerçekleşme ihtimali çok düşük, yaygın olarak karşılaşılması ihtimali dikkate alınmaya değmeyecek örneklerdir. Daire, eşinden boşanmak isteyen ancak mahkemeden bu yönde bir karar çıkartamayan kişinin, cinsiyetini değiştirmek suretiyle evliliğin feshi kurumuna başvurabileceğini belirtmektedir. Bir başka örnek ise, askerlikten kaçmak için cinsiyetini değiştirmeyi tercih etmektir. Daire her ne kadar "bu örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz" diyerek itirazları bastırmayı tercih etmişse de, bu örneklere karşı olarak, "bu ihtimallerin gerçekleşmesini kimsenin ciddiye alacağını sanmıyoruz" diyerek cevap verilebilir.

> Her ne kadar, yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktadır.

Dairenin bu paragrafta dile getirdiği ve nüfus kayıtlarının cinsiyet hanesinin tashihine ilişkin yaptığı tespit, yine herhangi bir kanun metnine atıf yapmamaktadır. Esasında, yapılacak bir metin de yoktur. Dairenin elinde tashihin hangi durumlarda yapılacağını söyleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Daire, cinsiyet hanesindeki tashihin olsa olsa hünsa durumundaki kişiler için söz konusu olabileceğini belirterek hem konuyla ilgisiz hem de gereksiz bir kayıtlama yapmıştır.

> Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tesbitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez.

Daire bu ifadesiyle, zaten daha önce belirttiği "yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir" hükmünün gereği olarak, gerçeklikte meydana gelen değişikliklerin ve somut durumun hiçbir özelliğinin aksi bir kararı gerektirmediğini belirtmektedir. Ancak kullandığı dile dikkat edecek olursak, 'yok etme' fiilini kullanmak suretiyle önyargılı yaklaşımını devam ettirmektedir.

> Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği sonuca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz.

Dairenin bu ifadeleri, bir başka muhtemel itiraza cevap niteliği taşır. 'Her ne kadar hukuk değişikliğe cevaz vermiyorsa da, nihayetinde olup bitmiş bir değişiklik söz konusudur. Başvuran bu operasyondan sonra artık fiilen erkek olamayacaktır. Hukukun başvuranı kadın olarak kabul etmemesi olumsuz sonuçlar doğuracaktır' şeklindeki muhtemel bir itiraz, Daire tarafından, bu olumsuz sonuçları bizatihi kendi iradesiyle yaratan kişinin artık koruma isteyemeyeceği yönünde karara bağlanmıştır. "İşe duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz," şeklindeki ifadelerin ise kararda bulunması, en basit şekliyle, 'tuhaf'tır. Hukuktan, hak karşısında şefkat beklemediğimiz gibi, hataya karşı da müsamahasızlık beklemeyiz. Hukuk acımaz, üzülmez. Temel hak ve özgürlükler çerçevesinde kişilerin tercihlerine saygı duyacak bir yorumdur istenen.

Bu kararı birlikte tartışma imkânı bulduğum lisans ve yüksek lisans öğrencilerim ile hâkim-savcı adaylarının, karara yönelttiğim eleştirilere yaptıkları itirazlar çerçevesinde, bir kısmını kitabın çeşitli yerlerinde dile getirdiğim bazı hususların altını çizmem gerekiyor:

1. **İtiraz: Dosyanın tamamına muttali değiliz. Hâkimler dosyaya vakıftırlar, kararı verme gerekçelerini tam olarak bilemiyoruz, hâkimlerin vicdani kanaatlerine saygı duymalıyız.**

Gerekçe, dava dosyasından bağımsız bir varlığa sahiptir. Mahkemenin kararı/gerekçesi, tek başına ve dosyadan bağımsız olarak değerlendirilmek durumundadır. Mahkemenin kararı ve gerekçesi, mahkemenin dava dosyasını değerlendirmesini yansıtır. Mahkeme, dosyayı nasıl gördüğünü, değerlendirdiğini ve buradaki olguları hangi hukukî kavram, kural ve normlarla

ilişkilendirdiğini kararında gösterir. Modern hukuk devleti düşüncesi, idarede ve yargıda rasyonalitenin sağlanmasını, aynı zamanda rasyonalitenin gösterilmesi olarak görür. Rasyonalitesi gösterilmeyen karar, rasyonel değildir. Hâkimin zihninden çıkarak somutlaşmamış bir karar, yok hükmündedir.

2. **İtiraz: Kararın verildiği dönemin değer yargıları ile bugünkü değer yargıları farklı. O gün öyle bir karar verilmesi gerekmiş olabilir.**

Değer yargılarının kararları etkilediği doğrudur. Ancak yaptığımız inceleme betimsel değil normatif bir incelemedir. Yani dönemi tasvir etmiyor, ne yapılması gerektiğini belirtiyoruz. Bir hukuk tarihçisi veya hukuk sosyoloğu bu karara baktığında, o dönemin değer yargılarının neler olduğunu tespit edebilir ve herhangi bir değerlendirme yapmak ihtiyacı hissetmez. Bununla birlikte normatif bir bakışla, bugünün değer yargılarıyla değerlendirme yapmamız gerekir. Ayrıca, dönemin anayasası hiç de tamamen farklı düşünmeyi gerektirecek hükümler içermez. Dönemsel değer yargılarına fazlaca önem verilmesi, önyargılarla ve eleştirilmesi gereken değer yargılarına dayanılarak verilen her türlü kararı olumlu görmemizi gerektirir. Karşı oy yazısı da, bu yöndeki bir kararın hiç de zorunlu olmadığını göstermektedir.

3. **İtiraz: Toplumumuz, cinsiyetle ilgili konularda muhafazakar bir yapıya sahiptir ve İslam dininin şekillendirdiği ahlakî yargılar baskındır. Hâkimler kararlarını verirken toplumdan kopuk olmamalı, toplumun değer yargılarını karara yansıtmalıdırlar. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar, halkın çoğunluğunun değer yargılarıyla paraleldir.**

Okumuş olduğumuz karar yaklaşık 30 yıl öncesine ait. Ancak bu itiraz, bugüne de atıf yapıyor. Nitekim bu kararı sınavda sorduğum bazı öğrencilerim, tam da itirazda dile getirilen dü-

şüncelerle kararı doğru buldular. Dolayısıyla bu itirazı kararın verildiği tarihteki değil şu anki koşullar dikkate alarak değerlendirmeliyim: İnsan hakları düşüncesi siyasal bir ideolojidir ve öyle ya da böyle anayasal düzeyde koruma ve kabul görmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti pek çok önemli uluslararası insan hakları sözleşmesine taraftır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Usûlüne uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş olan uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olduğu gibi, Anayasa'nın 90. maddesi de temel hak ve özgürlükler ile ilgili taraf olunan uluslararası sözleşmeler ile Türk kanunlarının çatışması durumunda uluslararası sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Nihayet, AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu ihlal kararları, yeniden yargılama nedeni oluşturmaktadır. Uluslararası insan hakları normları ile uyumsuz olan değer yargıları, toplumsal karşılığı ne olursa olsun hukukçu açısından bağlayıcı değildir.

Toplumsal değer yargıları olarak anılan değer yargıları ve ahlak normları, her şeyden önce, hiçbir zaman toplumun tamamını yansıtmaz. Dolayısıyla bu yargılar ve normlar, olsa olsa çoğunluğun yargılarıdır. Hâkimin, çoğunluğun değer yargılarını uygulamak gibi bir görevi yoktur. Üstelik tartışmalı alanlarda gündeme gelen yargı ve normlar genelde kısıtlayıcı ve baskıcı nitelik taşır. Toplumsal değerlere atıf yapan hâkimler, esasında kendilerinin de paylaştığı bazı ahlakî değer yargılarını ve normları, kendi otoritelerini kullanmak suretiyle toplumun diğer kısmına dayatmak isterler. Halbuki hâkim, ahlakî açıdan toplumsal kesimler arasında tarafsız olmalıdır. Taraf olabileceği tek nokta, anayasal korumaya da sahip olan insan hakları düşüncesidir. Ahlaken tartışmalı meselelerde, hâkim, ahlakî argümantasyon usûllerini, insan hakları düşüncesi temelinde yürütmekle görevlidir.

Sonsöz

Kararı incelemeyi bitirmeden önce, inceleyeceğimiz diğer kararlar için de unutmamamız gereken bir noktanın altını çiz-

memiz gerekiyor. Kararların metodolojik bakışla ve gerekçelendirme açısından incelenmesi, bir pozitif hukuk incelemesi olmadığı gibi, nihai kararın 'doğru' veya 'yanlış' olduğunu da söylemez. Daha önce söylediklerimize paralel olarak, kötü gerekçelendirilmiş bir kararın bir bütün olarak ya hiç oluşmadığını yahut da kötü gerekçelendirildiği için 'yanlış' olduğunu söyleyebiliriz elbette. Ancak, sözgelimi yukarıdaki kararda iddiamız, iradi cinsiyet değişikliğine dayanarak yapılan nüfus tashihi davasının kabul edilmesi gerektiği değildir. İddia, mahkemenin, kararını kötü gerekçelendirdiğidir. Dolayısıyla metodolojik inceleme, iyi gerekçelendirildiği takdirde de aynı hükmün tesis edileceği bir kararı, kötü gerekçelendirme nedeniyle 'yanlış' bulabilir.

2. HD E. 1986/651 K. 1986/3256 T. 27.3.1986 Kararına Namık Yalçınkaya Tarafından Yazılan Karşı Oy Yazısı

Dava; nüfus kütüğündeki cinsiyetin doğumdan sonra gerçekleşen bir değişikliğe bağlı olarak M.K.'nun 38. ve Nüfus Kanunu'nun 46. maddelerine göre düzeltilmesi için açılmış bir "kayıt düzeltme" davasıdır. Davada transseksüel bir kişiliğe sahip ve ayrıca cinsiyet değişikliği geçirmiş bulunan davacı nüfus kütüğündeki cinsiyet kaydının sonradan gerçeği yansıtmaz duruma düştüğünü iddia ederek kaydın düzeltilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, yapılan yargılama sonunda daha önce aynı konuda açılmış bir dava bulunması nedeniyle kesin hükmün varlığı ileri sürülerek ve aksi düşüncenin kabulünün toplumda adalet duygusunu zedeleyeceği belirtilerek öncelikle davanın bu nedenle reddi karara bağlanmıştır.

Olayda ve davada kesin hükmün söz konusu olmadığı çoğunluk tarafından da kabul edilmiştir. Gerçi bu yöne ilişkin çoğunluk kararının gerekçesi kesin hükmün söz konusu olmayacağını yalnızca (bu davada maddi olayların değişik olduğunu,

davanın birinci devreden sonra davacının vücudunda meydana geldiği ileri sürülen fiziki gelişme ve değişmeye) dayandırıldığı için eksik ve yetersiz kalmakta ve bu çeşit davaların hiçbir zaman kesin hüküm oluşturmayacak ilkesi gözden uzak tutulmuş bulunmakta ise de, bu aşamada sonuca etkili ve çok önemli olmadığı için, şimdilik çoğunluğun davada kesin hüküm olmadığı gerekçesine sonucu itibariyle katılmakla yetiniyoruz.

Yerel mahkeme, davayı kesin hükmün varlığı nedeniyle reddederken, ayrıca işin esasını da incelemek ve bu konuda da karar vermek suretiyle çok önemli bir usûl yanlışlığı yapmış, davanın usûle dayalı bir düşünce ile incelenemeyeceğini kararа bağlarken hiç gerekmediği halde davanın esası hakkında da düşünce bildirmiş, oy açıklamış ve bu oy açıklamasını bir hüküm haline getirmiştir. Artık geri dönülmesi mümkün bulunmayan bu yanlışlığa ve usûl kurallarına aykırılığa yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

Yerel mahkeme, davanın esasını da reddederken iki nedene dayanmıştır. Çok kısa iki cümle ile ifade edilen bu nedenlerden birincisi, kadında bulunması gerekli yumurtalık ve rahim organlarının davacıda mevcut olmadığı anlaşıldığından davacının durumu tıpta ve hukukta kadın ile ilgili olarak verilen tariflere uymadığı ve kendisini tam kadın saymak imkânı bulunmadığıdır. İkincisi ise, cinsiyet tashihi davalarının ancak kadın olarak doğmuş bir kişinin cinsiyetinin nüfus kaydına yanlış olarak geçirilmiş olması hallerine münhasır bulunduğu ve sonradan yapılan ameliyat ile kadın olduğu iddiasının cinsiyet tashihine yol açamayacağı düşüncesidir. Yerel Mahkeme bu iki sonuca hangi hukuk ilkelerine ve hangi yasa hükümlerine dayanarak ulaştığını açıklamadığı, bu konuda hiçbir gerekçe göstermediği ve HUMK.'nun 388/3. maddesine göre ortada gerekçeden yoksun ve hüküm niteliği taşımayan bir karar bulunduğu ve her türlü hukuksal dayanaktan yoksun olduğu için değerli çoğunluk tarafından yeniden gerekçe yazılması, davanın ve davanın reddiyle sonuçlanan kararın bir hukuk temeline oturtulması yolu seçilmiştir.

Adeta sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanması niteliğindeki çoğunluk kararı özetle; yürürlükteki hukuk kurallarının iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermediği, M.K.'nun 23. maddesinin kişilere böyle bir tasarruf hakkı tanımadığı, bu yolun kanuna karşı hilelere kapı aralayacağı, aksi yöndeki bütün bilimsel düşüncelerin "olması gereken hukuk kuralına aykırılık verdiği" olayımızda açık ya da kapalı bir kanun boşluğunun mevcut olmadığı düşüncelerine ve bu düşünceler doğrultusundaki hukuksal temele dayalıdır.

Bir önceki paragrafta açıklanan ilkeler karşısında ortada HUMK 388/3. maddesine uygun bir hüküm ve hüküm gerekçesi mevcut olmadığından bundan sonraki bütün açıklamalarımız çoğunluk kararının benimsediği ilkelerin ve gerekçenin tartışılmasına yönelik olacaktır. Aşağıda sırası ile açıklanmasına çalışılacak nedenler karşısında değerli çoğunluğun temyize konu dava ile ilgili görüş ve düşüncelerine katılmak hiçbir şekilde mümkün olmamıştır.

I. DAVANIN HUKUKSAL NİTELİK VE DAYANAĞI

Herşeyden önce gerçeğe, hukuka ve adalete uygun bir sonuca ulaşabilmek için davanın nitelik ve kapsamını ve dolayısıyla hukuksal dayanaklarını çok açık ve kesin bir biçimde ortaya koymak mahkemeler açısından kaçınılmazdır. Her hukuk davasında zorunlu olan bu yönü yerel mahkeme gözden uzak tuttuğu için de yanılgıya maruz kalmış ve yanlış bir sonuca ulaşmıştır. Bu dava ne davasıdır? Ya da daha uygun bir ifade ile bu dava ne davası değildir? Bu yön açıklığa kavuşturulmadan davanın red ya da kabulü sonucuna ulaşılmış olması bizi eksik ve yanlış bir hükme götürür. Çoğunluk (yürürlükteki hukukun bu konuda hüküm vermeye yeterli olduğunu) açıklarken ne olduğunu ifade etmemiş, çoğunluk gerekçesinden davanın hukuksal temele dayandırıldığını anlamak mümkün olamamıştır. Mahkeme kararında ise bu yöne zaten hiç değinilmemiştir.

Kanımızca dava, en başta ifade ettiğimiz gibi nüfus kütüğündeki cinsiyetin doğumdan sonra gerçekleşen bir değişikliğe bağlı olarak M.K.'nun 38. ve Nüfus K.nun 46. maddelerine göre düzeltilmesi için açılmış "bir kayıt düzeltme" davasıdır.

Gerçekten davacı; Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu 4.İhtisas Kurulunun 14.12.1984 tarihli ve 28007/4757 sayılı kararına göre "ilk çocukluk yaşlarından beri kendisinde mevcut tam, kuvvetli ve hakiki bir kadınımsı özdeşleşme ile hayat tarzı ve duyusu nedeniyle psikomatik etki sonucu diensefalikyel yol ile bazı hormon ifrazatının da kadın yaşamına uygun şekilde dönüşmüş bulunması sonucu, psikistrik yönden bugünkü hali ile kadın haleti ruhiyesi ve yaşamı içinde bulunması nedeni ile ruhen ve fiziksel açıdan "kadın" bulunmaktadır. Böylece açılan "kayıt düzeltme" davasının maddi olaylar açısından dayanağı da en açık bir biçimde adli tıp kurumunun kararında özetlenmiş olmaktadır.

1587 sayılı ve 5.5.1972 tarihli Nüfus K.nun 43. maddesine göre, aile kütüklerinin ailenin bütün fertlerinin cinsiyetini de göstermesi zorunludur. Ne var ki, bugün için nüfus kütüğündeki davacının cinsiyeti ile ilgili (erkek) kaydının artık gerçeği yansıtmadığı, gerçekle kayıt arasındaki açık çelişme ve aykırılık adli tıbbın da kabulünde ve kararındadır. İşte bu gelişme ile aykırılığın giderilmesi açılan davanın en önemli temelidir. Başka bir ifade ile, cinsiyet kaydının düzeltilmesine yönelik dava gerçekte hukukî değil fiilî bir durumun, daha doğrusu nüfus kütüğündeki cinsiyet kaydının bugünkü fiilî duruma uymadığının tesbiti anlamını da taşımaktadır. (İsv. Federal Mahkemesinin 1 Temmuz 1966 tarihli kararı BGE. 92.11.128/ SDI 1966 T 572). Türk hukukunda nüfus kütüğündeki cinsiyetin doğumdan sonra gerçekleşen bir değişiklik sebebi ile, düzeltilmesi için açılacak davanın yasal dayanağı M.K.'nun 38 ve Nüfus K.nun 46. maddeleridir. Çünkü anılan 46/1. madde aynen "yaş, ad, soyadı ve DİĞER KAYIT DÜZELTME DAVALARI...." diye başlamakta ve sayılanlar dışında kalan hususlarda da kayıt düzeltme davasına olanak tanımaktadır. Dola-

yısiyle cinsiyete ilişkin kayıtların yaş, ad ve soyadı gibi nüfus kütüğüne geçirilmesi zorunlu kayıtlardan bulunması nedeni ile cinsiyet değişikliklerinin de kayıt düzeltme davasının konusu oluşturacağı kuşkusuzdur. Daha geniş bir platformda düşünüldüğü takdirde nitelik ve kapsamı ne olursa olsun, nüfus kütüğünde her hangi bir kaydın düzeltilmesi istemlerinin tek yasal dayanağı M.K.'nun 38. maddesi yolu ile Nüfus K.nun 46. maddesidir. Çoğunluk kararında açıklanmamış olmakla birlikte (yürürlükteki hukukun bu konuda hüküm vermeye yeterli olduğu) düşüncesi sanırız yasal dayanağını anılan 46. maddeden almaktadır. Zaten transseksüelite dışındaki nedenlere dayalı rutin cinsiyet düzeltme davalarının 46. madde kapsamında incelenip hükme bağlandığı hususunda Türk Hukuk Uygulamasında herhangi bir aykırı görüş de söz konusu değildir. Mahkemeler ve Yargıtay'ın uzun yıllardır devam eden uygulaması da bu doğrultudadır. Burada hemen üzerinde durulması ya da ilave edilmesi gereken husus isteğin hukuksal nitelik ve kapsamının, konusu maddi olaylarda olabilen çekişmesiz yargıdaki bir tesbit bulunduğu yani kayıt ile çelişen bir fiilî durumun tesbitine yönelik olduğu halde hem bizim ve hem de çoğunluğun talebi çekişmeli yargıda kullanılan «dava» deyimi ile karşılamak istemimizdir. Ancak gerek doktrinde ve gerekse uygulamada bu yön çok iç içe girmiş, çekişmesiz yargı işleminde de dava deyimi (gerçek ve teknik anlamda dava sayılmayan) konusu maddi olaylar olan tesbit işlemlerinde de kullanıla gelmiştir. "Dava" kavramı bu nitelik ve kapsamda düşünüldüğünde sanırız bu yön önemli bir sorun oluşturmayacaktır.

II. NÜFUS KANUNU'NUN 46. MADDESİNİN İÇERİK VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ

aa. Genel Olarak:

Az önce de ifade ettiğimiz gibi kişisel görüşümüz Nüfus

K.nun 46. maddesinin herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın nüfus kütüğünde mevcut kayda dayalı her ibarenin düzeltilmesinin istenilebileceği doğrultusundadır. Maddenin düzenlenmiş biçimi bu düşüncemize hak verdirecek ve doğrulayacak niteliktedir. Maddede de düzeltmenin konusunu oluşturacak hususlardan yaş, ad ve soyadı açıkça belirtilmiş, ancak kütüktede bu sayılanlar dışında da (olayımızda olduğu gibi cinsiyet ve başka) kayıtlar bulunduğu için DİĞER deyimiyle yasanın amacının mevcut bütün kayıtları kapsadığı açıkça ifade edilmiştir.

bb. Çoğunluk Görüşü Açısından:

Sanırız cinsiyet kaydının değiştirilmesine ilişkin davaların hukuksal dayanağının sözü geçen 46. madde bulunduğu konusu değerli çoğunluğun da kabulündedir. Zaten aksi düşünülseydi, o takdirde mahkemelerin hükme bağladığı ve Yüksek Mahkemenin uygun gördüğü çok sayıdaki cinsiyet düzeltilmesine ilişkin kararların yasal dayanağı nasıl açıklanabilecekti? Burada çözümlenmesi gereken husus (ki çoğunlukla mevcut uyuşmazlığımızın temelini oluşturmaktadır) Nüfus K.nun 40. maddesinin hangi ve ne tarz cinsiyet kayıtlarının düzeltilmesine olanak verdiğidir. Çoğunluk kararında çok kesin ve açık bir biçimde ifade edildiği üzere yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Hukukun öngördüğü husus çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açığa kavuşanların işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır. Çoğunluk bu düşüncelerle de yetinmemekte ve vücudun anatomik ve psikolojik gelişimi ve beden değişiklikleri ne olursa olsun yürürlükteki hukuk kuralları karşısında kişinin özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tesbitini yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemeyeceğini açıklamaktadır. Bu düşünce biçimine kesinlikle ve hiçbir şekilde katılmak mümkün değildir. Bir dava Nüfus Kanunu'nun 46. maddesine göre açılacak, anılan maddede hangi hallerde cinsi-

yete ilişkin kaydın düzeltilebileceğine ilişkin hiçbir sınırlama ve kısıtlama bulunmayacak ama ancak çift organlı olarak doğmuş onların ya da gayri iradi cinsiyet değişikliğine maruz kalanların ancak dava hakları olabileceği savunulacak böyle bir görüşün ya da konuya bakış açısından kabulü benimsenemez. Konunun ve davanın en önemli yasal dayanağı 46. maddenin böyle bir sınırlama ve kısıtlama getirdiği nasıl ve neye dayanılarak ileri sürülmektedir? Bizce bunun anlaşılması mümkün değildir. Her hukukçunun yasa maddelerini kendine göre değerlendirmesi ve yorumlaması doğaldır ve kaçınılmazdır. Anılan 46. maddenin (Madde metninde mevcut olmamasına rağmen) kapsayacağı maddi olayları belirlemek doğru ya da yanlış hukuksal bir yorumdur. Ancak, bununla yetinilmeyerek ve bu düşünce geliştirilerek "yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre" biçiminde tavır alınması ve ilke konulması kanımızca hukukta yorum kavramıyla bağdaşmayan bir inceleme yöntemidir. Sınırlama ve kısıtlama ancak bir yasa metniyle öngörülmüş ya da anayasal bir hakkın özüne dokunmuş ise ancak yürürlükte bulunan bir hukuk kuralı olarak nitelendirilebilir. Özetle yürürlükteki hukukumuzda, çoğunluğun benimsediği biçimde cinsiyet kaydının düzeltilmesi davalarının ancak çift organlı olarak doğmuş bulunanlar tarafından istenebileceğine ve irade cinsiyet değişikliklerinin kabul edilmeyeceğine ilişkin bir hukuk ilkesi ya da yasa metni kesinlikle söz konusu değildir. Yasa metinlerinin hukuksal açıdan yapılan inceleme ve değerlendirmeleri, birer kişisel yorumdur. Bu yorumlar yürürlükteki bir hukuk kuralı olarak tanımlanamaz. Aslında yürürlükteki en önemli hukuk kuralı (hakların özüne dokunan sınırlayıcı ve kısıtlayıcı bütün uygulamaların mutlaka birer yasa metni haline getirilmesidir). Başka bir anlatım ile yasa metninde herhangi bir açıklama yoksa hakkın sınırsız ve kısıtlama olmaksızın kullanılacağı asıl olmak gerekir.

cc. Anayasa Hukuku Açısından:

Hakların dava yoluyla kullanılmasının yoruma dayanılarak

engellenmesi, kısıtlanması ve sonuçta sınırlandırılması Anayasa İlkeleri açısından da benimsenemez. Türkiye C. Anayasası'nın «hak arama hürriyeti» başlıklı 36. maddesinde (herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir) denilmek suretiyle kişilerin hak arama hakkının ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurma hakkı ve hürriyeti hüküm altına alınmıştır. (Anayasa Madde Gerekçesi). Nitekim, 1961 Anayasası 31. maddesinde de aynı hüküm ve temel ilke yer almış bulunmaktaydı. Nüfus Kanunu'nun 46. maddesinde de mevcut olmayan bir kısıtlama ve sınırlamanın çoğunluk tarafından benimsenmesi hatta yürürlükteki bir hukuk kuralı olarak tanımlanması kanımızca söz konusu Anayasa İlkesine açık aykırılık oluşturur ve hak arama hürriyetini zedeleyici ve engelleyici bir nitelik ortaya çıkarır. Bu nedenledir ki, söz konusu 46. madde düzeltilerek kaydın baştan itibaren mi, gerçeği yansıtmaz durumda olduğu yoksa sonradan gerçekleşen bir duruma bağlı olarak mı bu özelliği gösterdiği konusunda en ufak bir ayırımı yapmadığı halde, yorum yoluyla yapay engeller, sınırlar ve kısıtlamalar getirmesi T.C. Anayasası'nın 36. maddesine uygun bir görüş olarak benimsenemez.

III. KONUNUN NÜFUS KANUNU DIŞINDA ELE ALINMASI VE GENEL HUKUK İLKELERİNE GÖRE HUKUKSAL DAYANAKLARININ ARAŞTIRILMASI

Çoğunluk kararında aynen «yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki M.K.'nin 32. maddesi buna engeldir.

Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi

de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini KEYFînce değiştiremez" denilmektedir. Bu düşüncelerin hukuksal açıdan hiçbirisine katılmak mümkün değildir. Gerek çıkış noktasında ve gerekse dayanılan genel hukuk ilkelerinde kanımızca yanılgıya düşülmüştür.

aa. Konunun Hukuk Dışı Özelliği:

Çoğunluk davacının «doğuştan erkek olduğu halde özgün iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettirmesini, psikolojik yönden kendisini kadınlığa intibak ettirmesini ve suni yolla da olsa vücudunu kadınlara özgü ve görünüme getirmiş» olmasını hukuken korumaya değer bulmamakta ve M.K.'nun 23. maddesinin böyle bir korumaya engel olduğunu ifade etmektedir. Tabiatiyle çoğunluk insanın doğuştaki yapısını ve bu yapıya dayalı cinsiyet kaydına çok büyük önem verdiği için «doğuştan erkek olduğu halde» biçiminde vurgulayarak kişiye cinsiyet değişikliği konusunda hiçbir şans tanımamakta ve bu değişiklik arzularının karşısında da hemen M.K.'nun 23. maddesi engelini getirmektedir. Oysa ki gerek transseksüelliğin gerçek niteliği ve gerekse cinsiyet kavramı hakkında çağdaş tıp biliminde kabul edilen esaslar (doğuştan erkek ya da kadın olmanın) çok önemli olmadığını ortaya koymaktadır. Uluslararası tıp literatürüne göre transseksüel bir erkek, tabiatın yanlışlıkla bir erkek bedeni içinde hapsettiği aslında bütün ruhu ile tam bir kadın olan erkektir. Yapılan ameliyat ise tıp biliminin bugünkü düzeyinde ancak mevcut erkek bedenini kişinin gerçek cinsiyetini ifade eden ruhuna dış görünümü itibariyle adapte eden bir ameliyat olmaktan öteye geçmemektedir (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu-Bilimsel mütalaa 1985/sh.40). Nitekim Neuchotel Kanton Mahkemesi çok uzun yıllar önce dahi "kişinin cinsiyetini belli eden sadece bedeni değil, aynı zamanda ruhudur. Beden ve ruh arasında çatışma çıktığı zaman bunlardan hangisinin üstün durumda bulunduğunu ve kişiyi erkek veya kadın olarak belirlediğini araştırmak gerekir" de-

miştir. Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde ve hâkimlik mesleğinin sağladığı genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün bulunmayan konularda mahkemelerin bilirkişi dinlemesi zorunludur (HUMK. 275). Bu nedenledir ki Modern Tıp Biliminin tanıdığı (Transseksüellik) kavramını mevcut adli tıp kararlarına rağmen bu konuda uzman olmadıkları için tıp biliminin verileri dışına çıkmaları yasal olarak mümkün bulunmayan mahkemelerin yalnızca doğuştaki görünüme ve bu görünüme dayalı kayda itibar göstermeleri, kanımızca HUMK.'nun 275. maddesine de aykırılık oluşturur.

bb. Serbest İrade Kavramı:

Davacının (erkeklik organlarını yok ettirici operasyona) serbest irade ile karar vermesi konusunda "serbest irade" kavramından ne anlaşılması gerektiğinin de açıklıkla belirlenmesi zorunludur. Acaba değerli çoğunluk ortada cinsiyet değişikliğini gerektiren hiçbir neden olmadığı (daha açıkça tıbbi zorunluluklar bulunmadığı) halde davacının erkeklik organlarını yok ettirmesini serbest iradenin kötüye kullanılması olarak mı kabul etmektedir? Yoksa koşullar ne olursa olsun ve böyle bir ameliyat için tıbbi, zorunluluklar ne boyutlara ulaşırsa ulaşsın, davacının ameliyata razı olmaması ve bu konuda rızasını açıklaması gerektiğini mi düşünülmektedir.

Özetle, serbest iradenin dar anlamda icapsız ve gereksiz kullanımına mı yürürlükteki hukuk kuralları olanak tanımamaktadır, yoksa geniş anlamda ve her türlü koşullarda dahi, davacının böyle bir ameliyata rıza göstermemesi gerektiği mi ifade edilmektedir? Çoğunluk kararının gerekçesinden bu soruların cevabının ne olduğunu ve değerli çoğunluğun «serbest irade» kavramından neyi amaçladığını anlamak bizce mümkün olamamıştır. Şayet serbest irade kavramı dar anlamda düşünülüyor ve iradenin icapsız ve gereksiz olarak operasyona yönelmesi amaçlanıyorsa bu düşünce kanımızca dosya gerçeklerine aykırıdır. Çünkü davacıyı daha çocukluğunun ilk yaşlarından beri adım adım böyle bir gelişmeye götüren

olaylar ve tıbbi nedenler Adli Tıp Kurumu kararında açıklandığı gibi özellikle Londra›daki Charing Cress Hastahanesinin Dr. P. F. Philip imzalı 21.4.1981 tarihli raporunda ameliyatın müşavir ruh doktoru John Randell'ın önerisi üzerine gerçekleştirildiği ve hastanın bir dişi olarak daha rahat yaşayabileceği, çevreye daha ziyade intibak edebileceği ve en önemlisi AKIL SAĞLIĞININ BOZULMAMASI için bir operasyonun zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Öyleyse uzmanların, en başta ruh sağlığı açısından gerek gördüğü bir operasyonu davacının da benimsemesi, kabul etmesi ve gerçekleşmesine rıza göstermesi nasıl serbest iradenin kötüye kullanıldığı biçiminde yorumlanabilir? Çoğunluk şayet serbest iradeye geniş anlamda, yani koşullar ve tıbbi zorunluluklar ne olursa olsun davacının böyle bir operasyona rıza göstermemesi gerektiği yolunda anlıyorsa, cevabımız en kesin biçimde hayır olacaktır. Böyle bir düşünce; 6.4.1949 tarihli ve 3/9119 Bakanlar Kurulu Kararına konu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10.12.1948 tarihli Paris Toplantısında T.C.'nin de oy vererek kabul ettiği "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" nin 3, 6 ve 8. maddeleri ile; TBMM'ce 10.3.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun'la tasdik edilen "Avrupa Konseyi üyeleri arasında İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına ait "4.11.1950 tarihli Roma Sözleşmesi'nin 14. maddesine ve nihayet daha sonraki bölümde üzerinde ayrıca duracağımız T.C. Anayasası'nın 17. maddesine çok açık ve kesin aykırılık oluşturur. Özetle tıp uzmanları davacının akıl sağlığının bozulmaması için böyle bir operasyonu gerekli ve zorunlu görüp önerecekler, ama biz davacının buna rıza göstermemesi gerektiğini ileri süreceğiz. Böyle bir düşünce hukuk ilkeleri bir yana doğaya ve insan yaşamının amacına, insanların ve eşyanın tabiatına aykırıdır. Öyleyse "serbest irade " kavramı çoğunluk tarafından ister dar ister geniş kapsamda ele alınmış olsun davanın reddi için dayanak yapılamaz ve hukukça korunamaz. Özetle davaya konu, davacının erkeklik organlarını yok ettirici operasyonun tıbben gerekli olduğu uzmanlarca ifade edilmiş davacının serbest ira-

desi ile yalnızca tıbbi zorunluluklara ve uzmanların görüşlerine tabi olmak biçiminde gerçekleşmiştir. Olayın dosya kapsamında gerçekleşen bu özelliği serbest iradenin gereksiz ve icapsız izharı biçiminde kabul ve değerlendirilemez.

cc. Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi:

Değerli çoğunluk, iradi şekilde cinsiyet değişikliğinin kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşıdığı ve M.K.'nun 23. maddesinin buna engel olduğu düşüncesindedir. Bu düşünce ileride "bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü ki, buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir. Üzerinde tasarruf etmek hakkının" bulunmadığı ifade edilmiştir. Öyle anlaşılmaktadır ki, çoğunluğun kararında önemle vurguladığı YÜRÜRLÜKTE BULUNAN HUKUK KURALLARININ iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermediği görüşünün dayanağını ve temelini M.K.'nun 23. maddesi oluşturmaktadır.

Bilindiği gibi, MK.muzun 23/1. maddesi kişiyi bir hak süjesi olarak korumaktadır. Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken husus 23/1. maddede korunan kişiliğin haklara ehliyete yönelik bulunduğudur. Daha açık bir ifade ile M.K.'nun 23. maddesi hukukî muamele ile kişinin hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Nitekim 23/2. maddede haklara ehliyetin temelini teşkil eden özgürlük korunmaktadır. Bu hükümle kişinin belirli durumlar için karar verme özgürlüğünü bir hukukî muamele ile önceden sınırlandırılmasına karşı bir koruma sağlamaktadır. (Prof. Haluk Tandoğan Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XX 1983 sayı 1/4 sh.4/5).

M.K.'nun 23. maddesinin çoğunluğun anladığı biçimde kişiyi doğrudan doğruya kendisine karşı koruduğu düşüncesi bugün artık terkedilmiş ve yanlışlığı açıklanmış çok eski bir görüştür. Çağdaş hukuk öğretiminde ve yeni bilimsel eserlerde M.K.'nun 23. maddesi ile kişiliği kişinin doğrudan doğruya

kendisine karşı değil ASLINDA BAŞKALARINA KARŞI KORUDUĞU çok açık ve kesin bir biçimde ifade edilmektedir (Prof. Dr. Ergün Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu 3. Baskı, 1977, sh.155-158). O halde, çoğunluğun M.K.'nun 23. maddesinin kişiyi doğrudan doğruya kendisine karşı koruduğu ve dolayısıyla kişinin serbest iradesi ile cinsiyetini değiştiremeyeceği düşüncesi hukuksal dayanaklardan yoksundur. Bunun sonucu M.K.'nun bugün artık terkedilmiş çok eski bir yorumunun "yürürlükteki hukuk kuralı" benimsenmemesi gerçeklere uygun düşmemektedir. Doktrinde ve doktrini bilimsel eserlerde M.K.'nun 23. maddesiyle korumak istenilen kişiliğe başkaları tarafından yapılan saldırı (kişisel varlıklardan birinin ihlali) doğrudan doğruya saldırıya uğrayanın yapmış olduğu bir hukukî muamele sonunda ortaya çıkan durumlara dayalıdır. Başka bir ifade ile M.K.'nun 23. maddesi kişiliğin hukukî bir muamele sonucunda ihlaline ilişkin durumları ele almakta ve kişiliği bu tür ihlallere karşı korumak istemektedir. Özetlemek gerekirse, M.K.'nun 23. maddesi SÖZLEŞME HUKUKU İLE İLGİLİDİR (Prof. Dr. Ergün Özsunay, age.). Bütün bu açıklamaların ışığında M.K.'nun 23. maddesinin davanın kabulüne engel bir hükmü içerdiği ve bu hüküm nedeniyle davanın reddi gerekeceği düşüncesine katılmanın mümkün olamayacağı kesinlikle anlaşılmaktadır. Özetle söz konusu 23. maddenin olayımızla uzak yakın hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

dd. T.C. Anayasası'nın 17. Maddesi:

Bir ân için M.K.'nun 23. maddesinin bugün artık terkedilmiş çok eski yorumuna katılınsa ve bu maddenin kişiyi doğrudan doğruya kendisine karşı koruduğu düşünülse dahi T.C. Anayasası'nın 17. maddesi hükmü karşısında salt olayımızla bağlı olarak M.K.'nun 23. maddesinin olaya uygulanması ve davanın reddi için yürürlükteki bir hukuk kuralı olarak kabulü Anayasa Hukuku açısından mümkün bulunmamaktadır. Çünkü Anayasa Hükümlerinin bağlayıcılığı, üstünlüğü ve

vazgeçilmez temel hukuk kurallarını oluşturduğu Anayasanın 11. maddesi gereğidir.

Mahkemeler Anayasa'ya uymak zorundadır ve Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabileceklerdir (sözü geçen II. maddenin gerekçesi). Nitekim bu yön doktrinde de tartışmasızdır. M.K.'nun 23. maddesi çoğunluğun anladığı biçimde yorumlansa dahi, Mahkemeler M.K.'nun 23. maddesini değil doğrudan doğruya Anayasanın 17. maddesi hükmünü gözönünde tutmak zorundadır. Çünkü kanunların açık hüküm taşımadığı kanunların Anayasaya aykırılığı prosedürünün işletmeyeceği hallerde çatışan yorumdan birine Anayasa yorumuna üstünlük tanımak kaçınılmazdır. Herhangi bir yasa hükmüne Türk Hukuk Düzeni içindeki yerine ve önemine göre anlam verilmesinde bu düzenin temelinde bulunan Anayasa hükümlerinin gözönünde tutulması başlıca koşuldur. Yasa'nın yorumu sonunda bulunan anlamların Anayasanın bu hükmü ile veya ilkeleriyle çatışma ve çelişme halinde bulunursa o anlamın artık benimsenmemesi zorunludur. Çünkü o anlam sonuç olarak Anayasaya aykırı bulunmaktadır. Yorumda bu yön çok önemlidir ve hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır. Anayasa hükümlerinin bekçisi olmakla, Anayasa Mahkemesinden başka mahkemeler dahi Anayasa Mahkemesinin yanında Anayasamızca görevli kılınmışlardır. Bundan başka mahkemeler bir hukuk kuralını yorumlarken onun Anayasanın hükümlerine uygun bir anlamda yorumlanması ve bu anlama göre uygulanması yoluyla da Anayasaya uygun bir düzenin gerçekleşmesine çaba göstermekle de yükümlü bulunmaktadırlar. Bütün bu çabaların gereğince başarılı olabilmesi yorum sırasında hâkimlerin metinlerin sözlerine saplanıp kalmaktan çekinmeleri hükümleri koyanların güttükleri amaçları ve hükümlerin tümünden çıkan anlamı ve uygulamanın sonunda gerçekleşecek olan hukukî durumun sosyal zorunluluklara veya ihtiyaçlara ve adaletin isteklerini uygun olup olmadığını her zaman ve dikkatle gözönünde tutmalarıyla olabilir ve ancak bu yolda gösterilen çabalar ve verilen emekler sonucun-

dadır ki Anayasa düzeni Anayasa Mahkemesi'yle birlikte öbür mahkemelerin de çalışmaları sonunda gerçekleşebilir (Dr. A. Recai Seçkin Anayasa Mahkemesi'nden Başka Mahkemelerin Anayasa'yı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasa'ya Uygun Yorumu _ Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı 1968 sh.121-152).

Gerçekten 1924 Anayasası'nda bulunmayan (kişinin hakları ve ödevleri) ile ilgili bölüm ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiş "kişi dokunulmazlığı" başlıklı 14. maddenin ilk fıkrasında aynen (herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir) denilmiştir. 1982 Anayasası'nın bu maddeyi karşılayan 17. maddesinin başlığı "kişinin dokunulmazlığı ve maddi, manevi varlığı, olarak daha kapsamlı bir biçimde değiştirilerek ve ilk fıkranın kişi hürriyeti dışında yaşama ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkını koruduğu (Anayasa Madde gerekçesi) vurgulanarak ve yeniden kaleme alınarak aynen (herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkına sahiptir) denilmiştir. Özetle Modern Anayasaların çok uzun yıllar önce kabul ettikleri bu ilke bizim Anayasamıza eksik haliyle 1961 ve tam anlamıyla da bir anayasal hak olarak 1982 yılında girebilmiştir. Nitekim bu temel ilke Alman Anayasası'nın 1 ve 2. maddelerinde (İnsan haysiyeti dokunulmazdır. Bütün Devlet güçleri ona saygı duymak ve korumakla yükümlüdür. Başkalarının hakkını çiğnemedikçe ve anayasa düzeni ile genel ahlaka ters düşmedikçe herkes kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir) biçiminde daha net daha kapsamlı ve çağdaş hukuka daha uygun olarak ifade edilmiştir.

Kanımızca açılan davanın reddedilmesi suretiyle söz konusu Anayasal Hakkın özüne dokunulmuş ve davacının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı zedelenmiştir. Eğer kişi aklına, vicdanına, kısaca benliğine ve en önemlisi isteklerine uygun bir yaşam tarzını seçemeyecekse ve böyle bir seçim sonucu özel yaşamında seçtiği hayat ve yaşam biçimine

uygun davranışlarda bulunamayacaksa, bu durumun Anayasa hükümlerinin herkes için geçerliiği, bağlayıcılığı ve üstünlüğü nasıl açıklanabilecektir. Diğer taraftan olayımızda gene Anayasa'mızın 13. maddesinde öngörülen doğrultuda söz konusu temel hakkı sınırlayan herhangi bir kanun hükmü de bulunmadığına göre asıl olan hakkın kullanılması ve kişilerin Anayasal temel hak ve hürriyetlerden mahrum olmaması ilkesi nasıl uygulamadan kaldırılabilecek ya da yargı bu doğrultuda sonuç doğuracak bir hükme nasıl ulaşabilecektir?

Adli Tıp Kurumu kararına göre (ilk çocukluk yaşlarından beri kendisinde mevcut tam kuvvetli ve hakiki bir kadınımsı özdeşleşme ile hayat tarz ve duyusu nedeniyle psikomatik etki sonucu dionsfetik yol ile bazı hormon ifrazatının da kadın yaşamına uygun şekle dönüşmüş bulunması sonucu psikistrik yönden bugünkü hali ile kadın haleti ruhiyesi ve yaşamı içinde bulunması nedeniyle ruhen ve fiziksel açıdan kadın) olan ve davaya konu operasyonu geçirmemesi halinde akıl sağlığının bozulacağı İngiliz Tıp Yetkilerince ifade edilen ve çözüm için mevcut fiilî durumu gerçekleştirmesi önerilen davacı işte bu ameliye ile ruhu ile dış görünümü arasında çelişen ve çatışan duruma ve özellikle iç bunalımlarına son vererek uyum sağlamıştır. Bu uyumun kaynağı ise T.C. Anayasası'nın 17. maddesinin öngördüğü kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmeye dayalı yaşama hakkıdır. Kaynağını Anayasa'dan alan bu temel hakka yürürlükteki hukuk düzeninin karşı çıkması yorum yoluyla dahi mümkün olmamak gerekir. Bu tarz bir yorum ile ruhu ve dış beden görünümü ile kadın olan, bütün hayatı bir gün toplum içinde gerçek bir kadın olarak yerini alabileceği günü beklemekle geçen bir kişinin Anayasa ile teminat altına alınan maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirmek hakkı esaslı bir biçimde ihlal edilmiş olur. Şu halde insan haysiyeti ve kişiliği serbestçe geliştirilmesine ilişkin temel hak kişinin kişisel durumunun bedeni ve ruhi yapısı itibariyle ait olduğu cinsiyete dahil sayılmasını zorunlu kılar (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, 1.11.1985

tarihli Bilimsel mütalaa sayfa 26). O halde, davanın kabulü ya da reddi gerektiği yolundaki çatışan her türlü düşünce ve hukuksal dayanak bir yana T.C. Anayasası'nın 17. maddesi hükmü karşısında davanın reddi Anayasa İlkeleri ile çatışır ve Anayasal Hakkın özüne dokunulmuş olur.

ee. Kanun'a Karşı Bile:

Değerli çoğunluk davanın kabulü ve dolayısıyla iradi cinsiyet değişikliğinin benimsenmesi halinde "kanuna karşı hilelere kapı aralanmış" olacağı görüşü ile birtakım çok aşırı örneklere dayalı olaylarla ilgili endişelerini açıklamakta ve sonuçta "bu örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğinin sanılmadığı ifade edilmektedir. Bu konuda çoğunluktan ayrı düşünmemiz hiçbir şekilde mümkün değildir. Hiçbir yargı organının da temelinde kanuna karşı hile yatan bir düşünceyi ya da davayı benimsemesi söz konusu olamaz. Ne var ki, olayımızda davacının kanuna karşı hile kullandığı anlaşılmamakta ve çoğunluk tarafından açıklanan aşırı örneklerle de olayımız arasında benzerlik bulunmamaktadır.

Yukarıda bb bölümünde ifade edildiği üzere davaya konu operasyon davacının daha çocukluk yıllarında ortaya çıkan doğal sebeplerle ve operasyon öncesindeki tıbbi zorunluluklara bağlı olarak gerçekleştirilmiştir. Dosya kapsamında davacının kanuna karşı hile kullanmak kasıt ve amacıyla erkeklik organlarını yok ettirdiği konusunda herhangi bir kanıt hatta şüphe ve emare mevcut değildir. Diğer taraftan tıbbi zorunluluğun mevcut olduğu yerde kanuna karşı hile kullanılmasından söz edilemeyeceği açıktır. Kaldı ki, bu dava açısından böyle bir endişe tıbbi zorunluluğu karar ve raporlarında öngören Adli Tıp Kurumunun ve İngiltere sağlık yetkililerinin kanuna karşı hileye alet oldukları sonucunu doğurur ki, değerli çoğunluğun amacının da bu olmadığı açık ve her türlü tereddütten uzaktır. O halde, çoğunluğun kanuna karşı hile konusundaki çok haklı hassasiyetine genelde katılmakla beraber özelde bu davada davaya konu maddi olaylarda böyle bir

durumun mevcut olmadığı kanısındayım. Aslında olayımızda bütün bu çok aşırı ihtimali örneklere dayalı endişeler yerine asıl başka bir temel ilkenin ve Anayasal hakkın gözönünde tutulması daha uygun bir çözüm oluşturabilirdi. Bir önceki bölümde geniş olarak ele alınan T.C. Anayasası'nın 7. maddesinin 3. fıkrasında kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bir transseksüel olduğu adli tıp kurumunca karara bağlanan ve böyle bir duruma düşmesinde tıp açısından kusurlu bulunmayan kişi hukuken kadın olmazsa ve kayıt ne olursa olsun herhalde çoğunluk tarafından da fiilen erkek sayılması mümkün bulunmazsa, bundan sonraki toplumla uyumsuz yaşamı Anayasanın 17/3. maddesindeki insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele sayılamayacak mıdır?

ff. Diğer Kaynaklar:

Türk Hukukunun gelişen diğer kaynakları da davanın reddi gerektiğine ilişkin görüşe hak verdirmeyecek bir görünüm göstermektedir. Bu yöne göre kanun ve gerekse görevli ve yetkili yüksek sağlık kurumlarının konuya bakış ve ele alış açısından yerel mahkeme kadar katı davranmadığını göstermektedir. Şüphe yok ki bize göre bu gelişme gücünü ve kaynağını 1961 ve özellikle 1982 Anayasasından almaktadır. Gerçekten 2258 sayılı ve 20.5.1979 tarihli (Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun) un 11. maddesinde "bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler"den söz edilmek suretiyle çağdaş tıp biliminin gerekleri ve gelişmelerinin bir başka Medeni Hukuk olayının (ölüm vakıasının) tesbitinde en önemli etken olduğu vurgulanmış ve bir medeni hukuk olayının belirlenmesi, uzman hekimler kuruluna bırakılmıştır. Cinsiyetin belirlenmesi de aynen ölüm olayı gibi bir medeni hukuk olayı olmakla birlikte kapsam ve niteliği ile unsurlarının araştırılması ancak tıp biliminin kural ve yöntemleri ile mümkün olabilir. Tıp bilimi ise daha statik olan ve değiştirilmesi belli prosedürleri gerektiren hukuka göre daha hızlı ve kolay

gelişen ve uygun bir deyimle daha evrensel nitelikler taşıyan bir bilim dalıdır. Bunun dışında yüksek sağlık şurasının 19.2.1981 tarihli bilimsel görüşüne göre kişilerin tıpsal zorunluluk halinde ameliyatla kadın olabilecekleri ve hatta (anüs yoluyla cinsel temas yapmamak koşuluyla) genelevde çalışabilecekleri kabul edilmiştir. (Prof. Dr. Adnan Öztürel Transseksüelizm ile Hermofrodizmde Yasasal tıpsal ve adli tıp problemleri Ankara Ünv. Hukuk Fak. Dergisi, 1981, sayı: 1-4 269 ve sonrası).

O halde gelişen hukuk ve tıp biliminin davacı iddialarına hak verdirecek kapsam ve nitelik gösterdiği en azından böyle bir görünüm taşıdığını söylemek her halde yanlış olmayacaktır.

IV. KANUN BOŞLUĞU YA DA OLMASI GEREKEN HUKUKÎ KONUSU

Değerli çoğunluk olayımızda açık ve kapalı bir kanun boşluğunun bulunmadığını yürürlükteki hukukun bu konuda hüküm vermeye yeterli olduğunu kesin olarak vurgulamakta ve dosya kapsamında mevcut bilimsel mütaalayı da (sanki yürürlükteki hukukun aksini söylüyormuş gibi) olması gereken hukuka ilişkin görmektedir. Kanımızca bu düşünce dayanakları açısından yeterince açık olmadığı ve dosyadaki bilimsel düşüncenin özüne aykırı olduğu için katılmak mümkün olamamaktadır. Herhangi bir kavram karışıklığına meydan verilmemesi için kanun boşluğu ya da olması gereken hukuk deyimlerinden ne anlaşıldığının belirlenmesi gerekir. Bize göre "olması gereken hukuk" "olan hukuk" un karşıtıdır. Olan hukuk ise yürürlükteki hukuk kurallarıdır. Şayet, bir konu yürürlükteki hukuk kuralları ile düzenlenmiş ise yani "olan hukuk" haline gelmiş ise şu ya da bu nedenle bunların yanlışlığının ileri sürülmesi şu ya da bu şekilde bir düzenleme yapılmasının "olması gereken hukuk"tur. Bir mesele hakkında ne kanunda ne de örf ve âdet hukukunda bir cevap bulunmaması hali ise "hukuk boşluğu" terimi ile ifade edilir. "Hukukta boşluk" hâkimin yarattığı hukuk ile doldurulur. Pozitif hukukta hukukî me-

selenin çözümü için bulunması gerekli bir kuralın yokluğu halinde ancak "hukukta boşluk"tan söz edilir. Pozitif hukuku düzeltmeye yetkili olmaksızın onda kusur görülmesi teknik anlamda boşluk değildir. (Dr. Seyfullah Ediz, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç hükümleri 1983, 2. Baskı, sh.117). O halde, hâkimin kanunda ya da örf ve âdet hukukunda açık ya da kapalı hüküm bulunması halinde nedenleri ne olursa olsun "olması gereken hukuk"a itibar etmeyeceği tartışmasızdır. Ancak "hukuk boşluğu"nun varlığı halinde hâkim bu boşluğu kendi yarattığı hukuk ile doldururken elbetteki "olması gereken hukuk" tan da faydalanacaktır. Bütün bu genel açıklamalardan sonra olayımıza gelecek olursak, yürürlükteki hukukun bu konudaki hüküm vermeye yeterli olduğu ve ortada kanun boşluğunun (biz hukuk boşluğu terimini benimsiyoruz) mevcut olmadığı yolundaki çoğunluk görüşüne aynen katılıyoruz. Ne var ki, bilimsel mütalaanın olması gereken hukukla ilgili olduğu düşüncesi yerinde bulunmamaktadır. Transseksüalite belki Adem'den beri var olan ancak modern toplum yaşamında gelişen tıp ile birlikte teşhis ve tedavisi yapılan çağımız dünyasına ait bir olgudur. İnsanların cinsiyetinin doğum anındaki bedeni özelliklerine göre ve bir daha değişmemek üzere tesbit olunduğuna ilişkin geleneksel görüş, artık 19. yy.ın son çeyreğinden başlayarak ve gelişen toplumlardaki tıp biliminin özellikle kalıtım ve çevre etkilerine bağlı "psikoseksüalite" çalışmaları sonucu elde ettiği yeni bilgiler karşısında eskimiş ve değerini kaybetmiş ve gelişen tıbbın yanı sıra hukuksal alanda da toplumun gelişme çizgisine paralel olarak değişikliklere gidilmiştir. Ülkemiz gerek tıp gerekse toplum çizgisi yönünden henüz gelişmiş Avrupa ülkeleri düzeyinde bulunmadığı için konu ancak yeni yeni gündeme gelmektedir. Daha açık bir ifade ile konu hukuk bilimi açısından belki de ilk defa bir dava dolayısıyla tartışılmaktadır.

İşte dosyadaki bilimsel mütalaanın ilk bölümünde bu nedenle Kanun'un tıbbi ve hukukî açıdan tarihsel gelişimine ve gelişmiş Avrupa ülkelerinde (özellikle kontinentel hukukta)

nasıl bir seyir takip ettiğine ağırlık verilmiştir. Oysa ki, bilimsel mütalaanın daha sonraki bölümleri gerek Anayasa ve Medeni Hukuk ve gerekse diğer kaynaklar açısından tamamen yürürlükteki hukuka dayandırılmıştır. Özetle "olması gereken hukuk"tan değil "olan hukuk"tan söz edilmiştir.

V. SONUÇ:

Bütün bu açıklamaların ışığında ve tüm dosya kapsamında gerçekleşen maddi olaylara gerek Medeni Hukuk ve gerekse Anayasa Hukuku açısından vazgeçilmez temel hukuk ilkelerine göre; çoğunluk görüşünden ayrıldığımız ve kanımızca hukuk, adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun olarak belirlenen düşüncelerimizi aşağıdaki ana başlıklarla özetlemek mümkün olabilecektir.

A - Dava M.K.'nun 38. ve Nüfus K.nun 46. maddelerine dayalı bir kayıt düzeltme davası olup, anılan maddelerde davanın reddini gerektiren herhangi bir sınırlama ve kısıtlama söz konusu değildir.

B - Kaldı ki, T.C. Anayasası'nın 36. maddesi hükmü herhangi bir sınırlama ya da kısıtlama getirilmesini de kesin olarak engellemektedir.

C - M.K.'nun 23. maddesinin olayımızla ilgili olmadığı gibi davanın reddine gerekçe yapacak bir biçimde yorumlanması Çağdaş Medeni İlkelerine aykırıdır.

D - Davacı belki sonuçta serbest iradesiyle cinsiyet değişikliğini içeren ameliyata razı olmuştur. Ne var ki, böyle bir ameliyatın tıbben gerekli olduğu uzmanlarca ifade edilmiş, davacının serbest iradesi ise yalnızca tıbbi zorunluluklara ve uzmanların görüşlerine tabi olmak biçiminde gerçekleşmiştir. Olayın bu özelliği serbest iradenin gereksiz ve icapsız izharı biçiminde kabul ve değerlendirilemez.

E - Anayasanın 11. maddesi Anayasa Hükümlerinin yargı organlarını bağlayacağını hiçbir kuşkuya yer vermeyecek bir biçimde ifade etmektedir. diğer taraftan Anayasası'nın 17. maddesi

ile davacının eyleminin ve bu eyleminin sonucu açtığı davanın vazgeçilmez hukuksal temelini ve Anayasal hakkın özünü oluşturmaktadır.

F - İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına dair Roma sözleşmesi davacının vazgeçilmez kişi haklarını doğrulayan ve Türk yargı organlarını kanun kuvvetinde bağlayan özetle davanın kabulünü gerektiren evrensel hukuk ilkeleri topluluğudur.

G - Kanun'a karşı hile kullanıldığının ve davacının kötü niyetinin ileri sürülebilmesi için davacının transseksüel bir yapıya sahip olmaması ve erkek cinsiyetini tereddütsüz ve tartışmasız taşıması gerekir.

E - Oysa ki, davacının (ilk çocukluk yaşlarından beri kendisinde mevcut tam, kuvvetli ve hakiki bir kadınımsı özdeşleşme ile hayat tarz ve duyusu nedeniyle psikomatik etki sonucu diensefalikyol ile bazı hormon itrazatının da kadın yaşamına uygun şekile dönüşmüş bulunması sonucu psikiatrik yönden bugünkü hali ile kadın haleti ruhiyesi ve yaşamı içinde bulunması nedeniyle ruhen ve fiziksel açıdan kadın) olduğu Adli Tıp Kurumu kararı ile kesinleşmiştir.

İ - Mahkemelerin adli tıp kararlarına rağmen uzman olmadıkları tıp biliminin verileri dışına çıkmaları ve yalnızca doğuştaki görünümüne dayalı kayda itibar göstermeleri (konunun hâkimlik mesleğinin sağladığı genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmadığından) yasal değildir ve HUMK.'nun 275. maddesine çok açık bir aykırılık oluşturur.

Bütün bu düşüncelerin ve hukuk ilkelerinin ışığında değerli çoğunluk kararına katılamıyorum ve yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği oyundayım.

Üye Namık K. YALÇINKAYA

Karar İncelemesi 2: Zavallı Babaanne

İnceleyeceğimiz ikinci karar Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 31.12.1976 ve E. 1976/9370 K. 1976/13138 sayılı kararı. İki hukukî meseleye değinilen karardaki ölünceye kadar bakma sözleşmesinin feshi ile ilgili olan kısmı ele alacağız. Öncelikle kararın inceleyeceğimiz kısmını baştan sona dikkatle okuyunuz:

> **DAVA VE KARAR:** Davacı (A) iki parça taşınmazını oğlu (S) ile torunu (B)'ye ölünceye kadar bakma şartıyla bağışlamıştır. Davacı, oğlu (S)'nin Haziran 1975'te ölmüş bulunmasından ötürü adı geçenin mirasçılarını hasım gösterip "Ölüm" nedenine dayanmak ve öteki davalı (B) aleyhinde ise "Bakma Borcunu" yerine getirmediğini ileri sürmek suretiyle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin "fesih" edilmesini istemiştir.
>
> ...
>
> 1- ...
>
> 2- Davacının, davalılardan (B)'ye karşı iki isteği vardır....
>
> (B) ayrıca, tek başına davacıya karşı ölünceye kadar bakma ödevini de üstüne almıştır. Davalı (B) Orduda çalışan ve işi gereği memleketin değişik yerlerinde oturan bir kişidir. Davalı ara sıra Eskişehir'e uğramakta ve bir formaliteyi yerine getirmek üzere davacıyı yoklamaktadır. Zorunlu ve isteksiz bir hatır sormaktan öteye gitmeyen bu yoklamaların taraflar arasındaki sözleşmede

öngörülen "Bakma" niteliğini taşımadığı açıktır. (B)'nin babaannesi olan davacıya yükümlü olduğu bakma borcunu yerine getirmek isteğiyle yanına çağırdığı ve birlikte oturmaya davet ettiği, bu konuda istekli ve candan ve içten bir davranışta bulunduğu tespit edilmiş değildir.

1305 doğumlu olan ve yaş merdiveninin 90. basamağına tırmanmak üzere bulunan davacının yaşantısını geçirdiği Eskişehir'den ayrılmak ve torunu davalı (B)'nin peşinden diyar diyar dolaşmak güç ve arzusu olmadığı gibi kendisinden böyle bir harekette bulunmasını da isteyen yoktur. Pek çok örneği olduğu gibi davacı yakınlarının ilgisinden yoksun kalmış ve son demlerini yalnız başına yaşamağa terkedilmiş bir kişidir. Davacı "Bakılan" değil yalnızlığa "bırakılan" ve düzenlenen sözleşmeye rağmen torunundan umduğunu bulamayan yaşlı bir ninedir.

Türkiye'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına uygun olarak işlemediği acı bir vakıadır. Bu sözleşme çok kez mirasçılardan bazılarının miras haklarından yoksun bırakmak, bazen tatlı vaatlerle yaşlı bir kimse aldatılıp kandırılarak onun maddi varlığını ele geçirmek için kullanılan bir haksızlık ve gasp aracı haline gelmiştir. Sırf bakmayı sağlamak üzere yapıldığı kabul edilen hallerde bile sözleşmeden doğan bakma borcunun yerine getirildiği görülmemiştir. Bu gün ülkemizde ana ve babasına bakan evlat, dede ve ninesine bakmak zorunluluğunu duyan torun sayısı azalmıştır. Esasen yasa ve ahlak gereği bakma yükümlüsü olduğu halde bunu yerine getirmek gereğini duymayan bir kişinin bu borcu sözleşme konusu yapması takdirinde borçlu yönünden değişen bir şey yoktur. Tersine olarak bu gibi hallerde bakılması lazım gelen kimse yalnız bakılmamakla kalmamakta, elinden malı alınmak suretiyle daha kötü bir duruma düşmektedir. Ömrü boyunca dava nedir bilmeyen bir kimse, hayatının son demlerinde ve en zor döneminde kaptırdığı malı kurtarabilmek için mahkemelik olmaktadır.

Daire, ölünceye kadar bakma müessesesinin Türkiye'deki uygulamalarını geniş çapta denetleyebilmek ve genel eğilimi gösteren bir sonuç çıkarabilmek mevkiindedir. Bu konu ile ilgili uygulamaların gerçek yönü ve nedenleri yukarıda bütün çıplaklığıyla açıklanmıştır. Daire, temelinde çok insancıl ve yararlı bir mües-

sese olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına ters düşen uygulamalarını önlemeye uğraşan titiz bir anlayış ve kararlı bir tutum içindedir.

Hâkim delilleri takdir ederken olayın ve tarafların özelliklerini, ülke gerçeklerini gözden uzak tutmaması gereklidir. Davada, delillerin değerlendirilmesinde hâkimin bu ilkelere bağlı kalmak ve yaklaşım göstermek suretiyle sonuca ulaştığını gösteren bir belirti yoktur.

...

Kaldı ki, davacı babaanne, davalı torundur. Dede ve nineler torunlarını çok severler, onları hoş görürler, büyük bir muhabbetle bağırlarına basarlar. Davacı, torunu davalı (B))ye göz kırpmadan iki taşınmazının yarı payını bağışlamıştır. Babaanne gösterdiği fedakarlık ve ilgiye karşı torunu olan davalı en küçük bir mukabelede bulunsaydı böyle bir dava açmak gereğini duymazdı.

Mahkemece delillerin değerlendirilmesinde büyük etkisi olan bu "beşerî karine"ye yer verilmeden babaannenin açtığı davanın reddedilmesi insancıl ilişkilere ve gerçeklere aykırı düşen bir kabul şeklidir.

Bu konuda daha pek çok şeyden söz edilmesi mümkündür. Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.

Bu nitelikleri taşımayan mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle HUMK.nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA, gelen temyiz eden vekili için 1400 lira duruşma vekalet ücretinin temyiz edilenden tahsiline, peşin harcın iadesine 31/12/1976 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Karardan şunu açık bir şekilde anlıyoruz: Babaanne (A), torunu (B)'ye, ölünceye kadar bakma sözleşmesi çerçevesinde taşınmaz bağışlamıştır. (A), bakma borcunun yerine getirilmediğini iddia etmekte ve mahkemeden sözleşmenin feshini talep etmektedir. İlk derece mahkemesi, bu talebi reddetmiştir. Yargıtay, bakma borcunun yerine getirilmediğine ve do-

layısıyla fesih talebinin reddedilmesinin yerinde olmadığına karar vermiştir. Yargıtay'ın burada gerekçelendirmesi gereken, bakma borcunun yerine getirilmediğine dair iddiadır. Bu iddianın gerekçelendirilmesi için öncelikle (B)'nin eylemlerinin bakma kabul edilip edilmediğini göstermek gerekir. Yargıtay şöyle diyor:

> Davalı (B) Orduda çalışan ve işi gereği memleketin değişik yerlerinde oturan bir kişidir. Davalı ara sıra Eskişehir'e uğramakta ve bir formaliteyi yerine getirmek üzere davacıyı yoklamaktadır. Zorunlu ve isteksiz bir hatır sormaktan öteye gitmeyen bu yoklamaların taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen "Bakma" niteliğini taşımadığı açıktır.

Buradaki 'formaliteyi yerine getirmek' ile 'zorunlu ve isteksiz hatır sorma' değerlendirmeleri, hukuken kanıtlanması neredeyse imkânsız ve hukukî bir gerekçe olarak gereksiz ifadelerdir.

> (B)'nin babaannesi olan davacıya yükümlü olduğu bakma borcunu yerine getirmek isteğiyle yanına çağırdığı ve birlikte oturmaya davet ettiği, bu konuda istekli ve candan ve içten bir davranışta bulunduğu tespit edilmiş değildir. 1305 doğumlu olan ve yaş merdiveninin 90. basamağına tırmanmak üzere bulunan davacının yaşantısını geçirdiği Eskişehir'den ayrılmak ve torunu davalı (B)'nin peşinden diyar diyar dolaşmak güç ve arzusu olmadığı gibi kendisinden böyle bir harekette bulunmasını da isteyen yoktur.

Daire, ilk önce (B)'nin (A)'yı yanına çağırmadığını söylemekte, arkasından da (A)'nın zaten torununun bulunduğu farklı yerlere gitme 'güç ve arzusu' bulunmadığını savunmaktadır. "(B) babaannesini yanına çağırmış olsa idi bakma borcunu yerine getirmiş olacak mıydı?" sorusu cevapsız kalmaktadır. Üstelik 'yaş merdiveninin 90. basamağına tırmanmak üzere bulunan' ve 'peşinden diyar diyar dolaşmak' ifadeleri, duygulara

başvurmak suretiyle bir önyargıyı muhataplarda etkili kılmaya hizmet etmektedir. Kararın tümüne hâkim olan duygusallık ve önyargı şöyle devam ediyor:

> Pek çok örneği olduğu gibi davacı yakınlarının ilgisinden yoksun kalmış ve son demlerini yalnız başına yaşamağa terkedilmiş bir kişidir. Davacı "Bakılan" değil yalnızlığa "bırakılan" ve düzenlenen sözleşmeye rağmen torunundan umduğunu bulamayan yaşlı bir ninedir.

Burada babaanneye yönelmiş duygusal yakınlığın ötesinde, ilerleyen kısımlarda göreceğimiz bir önyargının da ilk örneğiyle karşılaşıyoruz. 'Pek çok örnek'ten bahseden karar, ya yaşlılarla yahut da ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle ilgili bir genelleme yapıyor.

> Türkiye'de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına uygun olarak işlemediği acı bir vakıadır. Bu sözleşme çok kez mirasçılardan bazılarının miras haklarından yoksun bırakmak, bazen tatlı vaatlerle yaşlı bir kimse aldatılıp kandırılarak onun maddi varlığını ele geçirmek için kullanılan bir haksızlık ve gasp aracı haline gelmiştir. Sırf bakmayı sağlamak üzere yapıldığı kabul edilen hallerde bile sözleşmeden doğan bakma borcunun yerine getirildiği görülmemiştir.

Karar, "Ölünceye Kadar Bakma" kurumunun işleyişi ile ilgili çok kesin ve genel bir değerlendirme yapıyor. Daireye göre sözleşme, 'bir gasp aracı haline gelmiştir'. Son cümledeki iddia ise çok kesin: "Sırf bakmayı sağlamak üzere yapıldığı kabul edilen hallerde bile sözleşmeden doğan bakma borcunun yerine getirildiği görülmemiştir." Bu kadar kesin bir ifadeyi kullanabilmek için nasıl bir istatistik bilgisine sahip olunması gerektiğini lütfen düşününüz.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bir gasp aracı olduğu düşüncesindeki Daire, bu iddiasını gerekçelendirmeye kısa bir ara verir ve yeniden duygusal ifadeler kullanmaya başlar:

> Bu gün ülkemizde ana ve babasına bakan evlat, dede ve ninesine bakmak zorunluluğunu duyan torun sayısı azalmıştır. Esasen yasa ve ahlak gereği bakma yükümlüsü olduğu halde bunu yerine getirmek gereğini duymayan bir kişinin bu borcu sözleşme konusu yapması takdirinde borçlu yönünden değişen bir şey yoktur. Tersine olarak bu gibi hallerde bakılması lazım gelen kimse yalnız bakılmamakla kalmamakta, elinden malı alınmak suretiyle daha kötü bir duruma düşmektedir. Ömrü boyunca dava nedir bilmeyen bir kimse, hayatının son demlerinde ve en zor döneminde kaptırdığı malı kurtarabilmek için mahkemelik olmaktadır.

Bu ifadelerdeki duygusallığın yanında dikkat çeken başka bir nokta, Dairenin, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin borçlusu hakkındaki kanaatleridir: Daireye göre 'esasen yasa ve ahlak gereği bakma yükümlüsü' olan borçlu, bunu üstelik bir de bedel karşılığı yapmaktadır. Yani zaten yapması gereken bir şeyi, taşınmaz bağışı karşılığı yapmaktadır ki, anladığımız kadarıyla Daire bunu ahlaksızlık olarak nitelendirmektedir.

Yukarıdaki genellemeye ilişkin sorduğumuz soru, Dairenin de aklına gelmiş olacak ki, bu kadar genel ve kesin yargıları nasıl dile getirebildiği konusunda tutumunu gerekçelendirme ihtiyacı hisseder:

> Daire, ölünceye kadar bakma müessesesinin Türkiye'deki uygulamalarını geniş çapta denetleyebilmek ve genel eğilimi gösteren bir sonuç çıkarabilmek mevkiindedir.

Bu mevki, sanırım, Dairenin sözleşme ile ilgili dosyalara bakıyor oluşudur. Halbuki burada Dairenin yaptığı genelleme 'önyargılı örneklem' yahut 'aceleci genelleme' hatasıdır. Zira Dairenin elinde Türkiye'de kaç tane ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıldığına, bunlardan kaçının yargıya intikal ettiğine dair herhangi bir veri yoktur. Böyle bir istatistik tutulduğunu da zannetmiyorum. Dairenin önüne gelen, sadece yargıya intikal edenlerden ilk derece mahkemeleri tarafından

verilen kararların temyiz edilenleridir. Hal böyle olunca, Dairenin önüne zaten en sorunlu sözleşme örnekleri gelmiştir. Bu örneklerden yola çıkılarak sözleşmenin bütün uygulamaları hakkında değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu yaklaşım, bir Aile Mahkemesi hâkiminin ülkedeki bütün çiftlerin boşandığına inanmasına benzer.

> Daire, temelinde çok insancıl ve yararlı bir müessese olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına ters düşen uygulamalarını önlemeye uğraşan titiz bir anlayış ve kararlı bir tutum içindedir.

Bir yargı yeri, elbette ki hukuk kurallarının, hukukî kurumların gündelik hayattaki uygulamalarının kural ve kurumlarının amacına ters düşmemesi için gayret gösterir. Ancak buradaki ifade, Dairenin kendisini olması gerekenden çok daha farklı bir yerde konumlandırdığını gösteriyor. Daire öncelikle her ne kadar bu son cümlede aksini işaret etmişse de, ölünceye kadar bakma sözleşmesini çok da uygun bulmuyor. Halihazırdaki uygulamanın bir gasp aracına ulaştığını düşünüyor ve yaşlıların kandırıldığını savunuyor. Burada bir tür yasama faaliyeti muhakemesi yapıyor. Arkasından ne yapılması gerektiğine karar vererek, bir de kendini icra organı gibi görüyor. Yani Daire kendisini tek başına devlet gibi tasavvur ediyor. Pek çok durumda karşımıza çıkan bu durum, sürekli Türk Milleti adına karar verdiği bilincinde olan hâkimlerimizin, Türk Milleti adına karar verme sorumluluğunu Türk Milleti adına karar verme yetkisine tahvil ettiğini gösteriyor.

> Kaldı ki, davacı babaanne, davalı torundur. Dede ve nineler torunlarını çok severler, onları hoş görürler, büyük bir muhabbetle bağırlarına basarlar. Davacı torunu davalı (B)ye göz kırpmadan iki taşınmazının yarı payını bağışlamıştır. Babaanne gösterdiği fedakarlık ve ilgiye karşı torunu olan davalı en küçük bir mukabelede bulunsaydı böyle bir dava açmak gereğini duymazdı.

> Mahkemece delillerin değerlendirilmesinde büyük etkisi olan bu "beşerî karine"ye yer verilmeden babaannenin açtığı davanın reddedilmesi insancıl ilişkilere ve gerçeklere aykırı düşen bir kabul şeklidir.

Dairenin muhakemesi şöyle: "Dedeler ve nineler torunlarını çok sever. Dede-nine, torundan davacı olmuşsa, davalı torunun mutlaka bir kusuru vardır. Bu bir beşerî karinedir." Kısa ve net bir şekilde söyleyelim: Böyle bir 'beşerî karine' yoktur. Daire duygulara başvurma yoluyla muhataplarını ikna etmeye çalışmaktadır.

Sonsöz

Kararın 'doğru' veya 'yanlış' olduğunu söylemedik. Dosya elimizde olsaydı, belki biz de bozma kararı verilmesini savunacaktık. Hatta Daire lafı çok uzatmasa, sadece şunu söylese, biz de bu kararı tartışma konusu bile yapmayacaktık: "İlk derece mahkemesinin, (B)'nin bakma borcunu yerine getirdiğine dair herhangi bir kanıt olmamasına rağmen ret kararı vermesi yerinde değildir." Ama karar yukarıdaki gibi kaleme alındığında, en iyi ihtimalle 'kötü gerekçelendirilmiş' bir karardır.

Karar İncelemesi 3: Nişanlı Değil Fahişe!

İnceleyeceğimiz üçüncü karar, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.11.1998 tarihli ve E. 1998/10173 K. 1998/12105 sayılı kararı. Karar içerdiği argümantasyon sorunlarının yanında, halen devam eden bir içtihadın örneği olması açısından da önemli. Karara konu olan dava, nişanda verilen hediyelerin iadesiyle ilgili. Davacı erkek, davalı kadınla nişanlı oldukları dönemde kendisine hediyeler aldığını, nişanın bozulması nedeniyle verdiği hediyelerin iadesini talep ediyor. Şimdi kararın tamamını lütfen dikkatle okuyunuz.

ÖZET : Nişan, birbirleriyle evlenmek isteyen kadın ve erkeğin bu konudaki iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir sözleşmedir. İrade beyanı şekle bağlı olmadığından, ne tür davranışın evlenme vaadi olduğu hususunun Mahkemece tarafların beyan ve davranışları, kişisel durumları ve bağlı oldukları çevreye göre takdir edilmelidir. Nişan bozulması halinde mutat dışı verilen hediyelerin iadesi gerekir.

DAVA : Asıl dava dilekçesinde 11.839.600.000 lira değerindeki nişan hediyelerinin aynen ya da bedelinin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili, karşı dava dilekçesinde 100.000.000 lira maddi, 100.000.000 lira manevi tazminatının tahsili istenilmiştir. Mahkemece karşılık davanın reddine asıl davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı

olarak yapılması davalı vekili tarafından istenilmekle dosyadaki bütün kâğıtlar okunarak, tetkik hâkiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

KARAR : Davada; tarafların 1977 yılının Temmuz ayında nişanlandıkları, bu süre içerisinde davalıya çeşitli hediyeler alındığı, onun adına ev kiralanıp döşendiği iddia edilerek; 20 bin Amerikan Doları karşılığı 3.839.600.000 lira, davalının evinde bulunan eşyaların bedeli olarak 3.000.000.000 lira, ayrıca davalı adına alınan otomobilin aynen alınması, mümkün olmazsa bunun da bedeli olan 5.000.000.000 liranın tahsili istenilmiş, davalı; taraflar arasında nişanlanmanın sözkonusu olmadığını, bu sürede sadece arkadaşlık ettiklerini, arkadaşlık süresinin bitmesiyle kendisine verilen giyim eşyası ve mücevheratı iade ettiğini savunarak davanın reddini dilemiş, mahkemece taraflar arasında nişan ilişkisinin kurulduğu var sayılarak davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Nişanlanma sözleşmesi, birbirleriyle evlenmek isteyen kadın ve erkeğin nişanlanma hususundaki iradelerini açıklamalarıyla meydana gelir. Taraflar iradelerini şekle bağlı veya üstü örtülü (zımni) olarak açıklayabilirler. (BK. mad.1). Evlenme vaadi açık olmadığı takdirde hangi sözlerin ve davranışların buna delalet edeceği çevrede hâkim olan telakkilere, tarafların kişisel durumlarına ve bağlı oldukları sosyal tabakaya göre belirlenir. Bununla beraber nişanlanmadaki sınırsız serbesti "nişan" ile "flört" arasındaki farkı ortadan kaldırmamalıdır. Bu nedenle nişanlanmanın mevcut olup olmadığına karar verebilmek için "iki tarafın evlenme vaadini taşıyan iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun surette açıklanmış olunması" hususu araştırılmalıdır. Bu itibarla sadece ve yalnız beraber yaşama, metres hayatı sürme vs. nişanlı olmaya yetmez. Nişanın varlığı bazen, o ülkede geçerli örf ve âdetin aradığı hususların gerçekleşip gerçekleşmemiş olmasına göre değerlendirilir; fakat örf ve âdete uygun olarak yapılmayan bir nişanlanma da geçerli sayılmalıdır. Nişanlanma sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispat ile yükümlüdür. Prof. TUOR'un da belirttiği üzere: "Nişanlılık, nişanlıların ileride evlenmeyi isteme hususundaki rıza beyanlarının mücerret mutabakatı ile meydana gelir, Kanun buna nişanlanma akdi der.

Binaenaleyh nişanlanma hiç bir şekle bağlı değildir. O basit rızai bir aktidir. Şüphesiz burada da vakıadan haklar çıkarmak isteyen taraf, onu ispata mecburdur. Ancak bu isbat, yazılı vesika, şahitler, yüzük teatisi vs. gibi herhangi bir tarz ve delil ile olabilir" (Tuor, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, çev. Amil Artus, Ank. 1956, sh. 123).

Tarafların hukuksal biçimde nişanlı olmamaları ve de evlilik dışı olarak bir araya gelmeleri ve bir süre karı - koca gibi yaşamalarını sağlamak için verilen şey, bir başka anlatımla evlilik dışı yaşamayı sağlamak amacı ile verilen şey geri istenilemez. İktisapta bulunan kimsenin de haksızlık veya ahlaksızlıkla hareket etmiş bulunmasının geri alma bakımından bir önemi yoktur. Zira burada "iki tarafta ahlaka aykırı hareket etmişse zilyet tercih olunur." kuralı caridir.

Davaya konu olan olayda; davacı erkeğin 1946 doğumlu bir iş adamı, davalının ise 1977 doğumlu Üniversite öğrencisi olduğu, davacının kendi oturduğu yer dışında başka bir ev kiralayarak bu eve bir takım eşyalar alıp davalıyı oturttuğu, birlikte Marmaris'e tatile gidip bir süre yaşadıkları yine İngiltere'de birlikte 8-10 gün kaldıkları ve bu arada davalıya bir kısım hediyelerin verildiği anlaşılmaktadır.

Dinlenen davacı tanıkları, tarafların kendilerini nişanlı olarak tanıttıklarını beyan etmiş iseler de, bu tanıklardan Tufan, bir hazırlık tahkikatı nedeniyle 28.11.1997 tarihinde alınan ifadesinde davalıyı kasdederek, "daha sonra bu kızla ben özel olarak görüştüm ve kendisi İbrahim Bey'i sevmediğini ve parası için onunla beraber olacağını bana söyledi..." şeklinde beyanda bulunmasına rağmen duruşmadaki tanıklığında bu sözlerden hiç bahsetmemiştir.

Mahkemece, tarafların gerçek amaçlarının evlenme vaadi ile yapılmış bir nişan sözleşmesi mi olduğu, yoksa davacının hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek amacıyla mı hareket ettiğinin araştırılması gerekir. Bunun için de öncelikle tarafların Marmaris ve İngiltere'de beraber oldukları süre içinde karı koca gibi yaşayıp yaşamadıkları (gerekirse otel kayıtları da incelenmek ve tanıklar da yeniden dinlenmek suretiyle ve özellikle tanık Tufan'ın anılan beyanı da kendisine okunarak ifadesi alı-

narak) incelenmek suretiyle tesbit edilmelidir. Tarafların bu sürede karı koca gibi yaşadıklarının belirlenmesi halinde, Borçlar Kanunu'nun 65. maddesine göre hukuk veya ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek için verilen şeyler geri istenilemeyeceğinden dava reddedilmelidir.

Tarafların gerçek amaçlarının evlenme vaadi ile nişanlanma olduğu anlaşılır ise; nişanın bozulması nedeniyle Medeni Kanunu'nun 86. maddesi gereğince verilen mutad dışı hediyeler belirlenip bunlardan iade edilmeyenlerin geri verilmesine karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Kabul şekline göre de;

1- Davada, elden verildiği iddia edilen 20 bin Amerikan Doları'nın davalıya verildiği kanıtlanmadan bu talep hakkındaki davanın tamamının kabul edilmiş olması,

2- Davalının kullanmakta olduğu evde bulunan eşyaların değeri 27.4.1998 tarihli raporda 1.537.500.000 lira olarak açıklandığı halde bu eşyalar için -davalıya verildiği iddia edilen giyim eşyalarının değeri de dahil edilmek suretiyle3.000.000.000 liraya hükmedilmiş bulunması,

3- Davacı tanıkları Zahide, Kadriye, Tufan, davalının bir kısım giyim eşyalarını ve tek taşlı yüzüğü davacıya iade ettiğini diğer bir kısım tanıklar (Fatma, Sultan ve Kadriye) ise iade edilen bu eşyaların davacı tarafından tekrar davalıya verildiğini ifade etmelerine rağmen tanık sözleri arasındaki bu çelişki giderilmeden ve özellikle tarafların ayrılmasından sonra eşyaların hangi amaçla tekrar davalıya verildiği hususu üzerinde durulmadan ve geri verilen bu eşyaların değeri araştırılmadan davacının ibraz etmiş olduğu tercümesi yapılmayan faturadaki eşyaların bedelinin tamamına hükmedilmesi,

4- Medeni Kanun'un 86. maddesine göre, nişan hediyesi olarak verilen mutad dışı hediyeler geri istenebileceğinden, mahkemece hangi hediyelerin mutad dışı olduğu hususunda bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verilmiş olması da doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.

> nun 428. maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı taraf için dava tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 20.000.000 lira vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalı tarafa verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 24.11.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Daire, hem talebin dayandığı kurumun nişanlılık olması hasebiyle hem de kadının nişanlı olmadıklarını beyan etmesi nedeniyle, doğallıkla, davacı ve davalı arasında bir nişanlılık ilişkisinin kurulup kurulmadığının araştırılmasını istiyor. İlk derece mahkemesinin nişanın varlığını tespit etmesini, en hafif ifadeyle kuşkulu bulan Daire, bu ilişkinin kanıtlanmasını istiyor. Dairenin dosya incelemesinin, nişanlılık ilişkisinin olmadığına dair bir tespit içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak Dairenin nişanlılık ilişkisinin olmadığına dair imaen sunduğu kanıtlar ile nişanlılık durumunun olmamasını takiben ilişkiye dair yaptığı tespite dikkat etmemiz gerekiyor.

Öncelikle Dairenin nişanlılık ilişkisinin yokluğunu nasıl gösterdiğini/ima ettiğini inceleyelim:

> Davaya konu olan olayda; davacı erkeğin 1946 doğumlu bir iş adamı, davalının ise 1977 doğumlu üniversite öğrencisi olduğu, davacının kendi oturduğu yer dışında başka bir ev kiralayarak bu eve bir takım eşyalar alıp davalıyı oturttuğu, birlikte Marmaris'e tatile gidip bir süre yaşadıkları yine İngiltere'de birlikte 8-10 gün kaldıkları ve bu arada davalıya bir kısım hediyelerin verildiği anlaşılmaktadır.

Anlatımın bu kısmında, doğrudan nişanlılık ilişkisine dair herhangi bir tespit yok. Ancak ilk başta davacı erkeğin doğum tarihi ile davalı kadının doğum tarihinin verilmesi; birinin iş adamı diğerinin üniversite öğrencisi olması; davacının davalıya oturduğu yer dışında başka bir ev kiraladığını söylemesi, imaen, evlenmeye yönelmemiş bir ilişki olduğunu söylüyor. Sonra şöyle devam ediyor karar:

> Dinlenen davacı tanıkları, tarafların kendilerini nişanlı olarak tanıttıklarını beyan etmiş iseler de, bu tanıklardan Tufan, bir hazırlık tahkikatı nedeniyle 28.11.1997 tarihinde alınan ifadesinde davalıyı kasdederek, "daha sonra bu kızla ben özel olarak görüştüm ve kendisi İbrahim beyi sevmediğini ve parası için onunla beraber olacağını bana söyledi..." şeklinde beyanda bulunmasına rağmen duruşmadaki tanıklığında bu sözlerden hiç bahsetmemiştir.

Davacı tanıklarının tarafların kendilerini nişanlı olarak tanıttıklarını beyan ettiğini aktaran Daire, bu tanıklıkları pek de inandırıcı bulmamış ki, bir tanığın duruşma öncesinde verdiği ifadesindeki bir beyanı, nişanlılığın olmadığına dair bir kanıt, en azından bir şüphe olarak sunuyor. Tanığın beyanına göre, tanık, davalı kadın ile görüşmüş ve davacıyı sevmediğini ama parası için onunla beraber olacağını söylemiş. Dairenin buradan yola çıkarak bir nişanlılığın olmadığını iddia etmesinin gerekçesi ne olabilir? Kadın erkeği sevmese de onunla evlenmeyi tercih etmiş olamaz mı?

> Mahkemece, tarafların gerçek amaçlarının evlenme vaadi ile yapılmış bir nişan sözleşmesi mi olduğu, yoksa davacının hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek amacıyla mı hareket ettiğinin araştırılması gerekir. Bunun için de öncelikle tarafların Marmaris ve İngiltere'de beraber oldukları süre içinde karı koca gibi yaşayıp yaşamadıkları (gerekirse otel kayıtları da incelenmek ve tanıklar da yeniden dinlenmek suretiyle ve özellikle tanık Tufan'ın anılan beyanı da kendisine okunarak ifadesi alınarak) incelenmek suretiyle tesbit edilmelidir. Tarafların bu sürede karı koca gibi yaşadıklarının belirlenmesi halinde...

Daire, nişanlılık ilişkisini şüpheli görmektedir. Bunun araştırılması için, davacı ve davalının 'karı koca gibi yaşayıp yaşamadıkları'nın araştırılmasını ister. Karı koca gibi yaşamaktan kasıt, olsa olsa, cinsel ilişkiye girmektir. Elbette ki cinsel ilişkiye girip girmediklerini araştıramayacağından, buna dair karineler peşinde koşar Daire: Marmaris ve İngiltere'de tatil

yaptıkları sırada karı koca gibi yaşayıp yaşamadıklarının karinesi, otel kayıtlarının incelenmesidir. Bu nokta çok önemli, zira Daireye göre tarafların nişanlılığın iddia edildiği dönemde karı koca gibi yaşamış olmaları, nişanlı olmadıklarını gösterir. Bu ise, ilk cümlede kurulan karşıtlığa bağlı kalınarak, davacının 'hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek amacıyla hareket ettiği'ni kanıtlar. Toparlayacak olursak, eğer taraflar cinsel ilişkiye girmişlerse, ortada bir ahlaka aykırılık vardır. Eğer ortada ahlaka aykırılık varsa, hediyeler bu ahlaka aykırı sonucu elde etmek için verilmiştir. Bu muhakeme şu ihtimali yok saymıştır: Gerçekten evlenme yönünde niyetleri bulunan, bunun için bir tören yapmış olan bir çift, nişanlılık döneminde cinsel ilişkiye girmiş ama sonradan nişan bozulmuş ise, bu durumda nasıl hüküm verilmelidir? Başka zor bir soru ise şu: Eğer taraflar cinsel ilişkiye girmedi iseler, nişanlı mı sayılacaklar?

Daire, üzerine düşmeyen bir şekilde (çoğu zaman yaptığı gibi) tarafların hareketlerini ahlakî açıdan değerlendirmiş, sözgelimi nikahsız birlikteliği ahlaka aykırılık olarak nitelemiştir. Borçlar Kanunu'nda yer alan ahlaka aykırılık, hâkimin sübjektif değer yargılarıyla değil, toplumun tamamını yahut çok büyük bir kısmını temsil etme gücüne sahip bir ahlaka aykırılık olmalıdır. İki yetişkin bireyin herhangi bir zorlama olmaksızın kendi iradeleriyle kendi aralarında yaşadıkları ilişki hukukun yaptırım bağlayabileceği bir ahlaka aykırılık olamaz. Aksi yönde bir yaklaşım, sözgelimi, eşler arasındaki cinsel ilişkinin tarzına da müdahale edebilecektir. Nitekim yakın zamanda verilen bir kararda, anal yoldan cinsel birleşmenin 'doğal olmayan bir ilişki tarzı' olduğu karara bağlanmış ve bu tarz cinsel ilişki görüntülerinin yer aldığı bir CD bulundurmaktan dolayı ceza kararı verilmişti.

Hâkimlerimizin, nikahsız birliktelikleri hukukî yaptırıma bağlama konusundaki ısrarlarından vazgeçmesi gerekiyor. Aynı zamanda bu dönemde verilen hediye veya yapılan her türlü harcamayı, 'ahlaka aykırı amaç elde etmek için verilen

şey' olarak nitelemeyi de sona erdirmeliler. Aksi takdirde bu ilişkilerdeki kadınları 'fahişe' olarak nitelemiş oluyorlar. Bu durum ne olguyla örtüşüyor, ne de mantıken geçerli.

Karar İncelemesi 4: Hrant Dink'i Anlayamamak

Hrant Dink, Ermenice ve Türkçe yayın yapan, asıl muhatabı Türkiye'deki Ermeni cemaati olan Agos gazetesinin başyazarıydı. Bir aktivistti. Ermeni-Türk ilişkileri üzerine kafa yormuş, çokça yazmış, çokça konuşmuştu. 2004 yılının ilk aylarına yayılan 11 hafta boyunca Agos'ta kaleme aldığı yazı dizisinde yer alan bir cümle üzerinden kopartılan fırtınada 'hainlik'le, 'Türk düşmanlığı'yla suçlandı, hakkında Türklüğe hakaretten ceza davası açıldı ve suçlu bulundu. Aynı fırtınanın sonunda öldürüldü.

Dink'in Türklüğe hakaret ettiği iddiasıyla ilgili olarak inceleyeceğimiz üç karar var. İlki, ilk derece mahkemesi olarak Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'ne ait. İkinci karar, temyiz talebini karara bağlayan Yargıtay 9. CD'nin; üçüncü karar ise 9. CD'nin kararına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı sonucunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun. Özellikle son karar, geniş itiraz metnini de kapsadığı için ilk üç kararda ki incelememize benzer bir inceleme yapmamız mümkün değil. Üstelik konunun en iyi şekilde anlaşılabilmesi ve tartışılabilmesi için Hrant Dink'in zikredilen yazılarının tamamının okunması gerekiyor. Biz burada mümkün olduğunca kısa bir analiz yapacak ve asıl kaynakları okumanız için referans vereceğiz.

Karara gelirsek: Dink'in tartışma yaratan cümlesi şuydu:

"Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur."

Cümleyi ilk okuduğumda kafamın karıştığını itiraf etmeliyim. Bu cümleyi şimdiye kadar belki de bine yakın hukukçu karşısında okudum ve hiç de azımsanmayacak sayıda dinleyicim ilk hamlede bir hakaret tespit etti. Köşe yazarı da öyle yapmıştı, savcı da, ilk derece mahkemesi hâkimi de.

Halbuki yapılması gereken, Dink'in yazılarının okunmasıydı. Üstelik önyargılı bir okuma yapmamayı becerebilirseniz, üzerinde fırtına kopartılan bu cümlenin tek başına herhangi bir anlamı olmadığını, daha doğrusu birden fazla anlama gelebileceğini, ancak yazarın kastının hangisi olduğunu bilebilmek için mutlaka yazının, eskilerin tabiriyle, siyakını ve sibakını, yani öncesini ve sonrasını da dikkate almak gerektiğini görebilirsiniz. Bunun çok zor bir talep olduğunu, bu kararı karşılarında okuduğum hukukçu muhataplarımın tepkilerinden anladım. Zira çok büyük bir kısmı konuyu bilmeyen, Dink davasından ancak medyaya yansıdığı kadarıyla ve kulaktan dolma bilgilerle muttali olan hukukçu (lisans, yüksek lisans öğrencileri ile hâkim-savcı adayları) muhataplarımdan şu soruya cevap vermelerini istedim:

"Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" cümlesi ne anlama gelmektedir?

'Yazar Türklerin öldürülmesini yerine Ermenilerin yerleşmesini istiyor'dan, 'Büyük Ermeni devleti idealleri'ne, oradan 'Biz Dink'in kim olduğunu ve ne olduğunu biliyoruz; cümle nasıl kurulmuş olursa olsun o bir Türk düşmanıdır'a giden akıl almaz cevaplar aldım. Halbuki tekrarlayayım, bu cümlenin anlamının ne olduğuna karar vermek mümkün değildir, dolayısıyla bu cümleden hakaret filan da çıkmaz, çıkamaz. Zira ilk bakışta Türk'ten (diyelim ki Türk'ün damarından) boşalacak bir zehirli kan vardır; bu kanın yerini (yani Türk'ün damarını) dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı damarda mevcuttur. Türk'ün zehirli kanının boşaltılıp bunun yerine Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı damarda bulunan kanın doldurulmasının hiçbir anlamı yoktur. Üstelik,

'o' zehirli kanın neyi temsil etmek üzere bir metafor olarak kullanıldığını bilmiyorken.

Siyak ve sibaktan bahsetmişken, bir noktayı özellikle vurgulamamız gerekiyor: Bir metin içerisinde yer alan bir ifadeye anlam verebilmek için mutlaka ve mutlaka o metnin tamamını okumak ve dikkate almak gerekiyor. Bir hâkim adayımız, ben bu kuralı dile getirdiğinde, 'Benim böyle bir sorumluluğum yok, bunu bana söyleyen bir kanun yok, bir cümleye anlam vermek için bir sürü başka şey okumak zorunda değilim' demişti. Haklı, buna dair meclisten çıkarılmış bir kanun yok; aynen yerçekimi kanun yahut gramer kuralları gibi.

Şimdi ilk derece mahkemesinin kararıyla başlayabiliriz.

Şişli Asliye Ceza Mahkemesi Kararı

Öncelikle kararın tamamını lütfen dikkatle okuyunuz:

"Sorun, iddia konusu, sarf edilen sözün ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı ile suçun oluşması için gerekli olan özel kastın var olup olmadığıdır. Mahkememizce suç kastı Hrant Dink tarafından 13/2/2004 günlü Agos Gazetesi'nde 'Ermeni kimliği üzerine Ermenistan'la tanışmak' başlıklı yazısı dikkate alınarak belirlenmiştir.

Düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü sınırsız değildir, her şeyin bir sınırı vardır. Bu sınırlama bazen yasayla bazen de ahlak kurallarıyla olur. Aşağılayıcı, incitici nitelikte ifade özgürlüğü söz konu olamaz. Buna hiçbir hukuk düzeni izin vermez. Her ülkenin kendine göre değerleri vardır.

Öyle ülke vardır, bayrağından şort yaparsın hoş görür, öyle ülke vardır ineğine dokunursun infial yaratır, öyle millet var ki kan dedin mi ecdatlarının akıttığı oluk oluk şehit kanı gelir.

Öyle millet var ki; kan dedin mi akla bu toprakların her santiminde bulunan ecdat kanı gelir. Bu toprağın her karesi kanla sulanmıştır. Atatürk bu vatanın bu kanla kurtulduğunu, gayet iyi bildiği için gençliğe her zor koşulda muhtaç olduğu kudretin bu

kanda olduğunu söylemiştir. Oysa sanık bu kanın zehirli olduğunu ifade etmiştir. Bu Türk atalarına, şehitlere, milleti meydana getiren değerlere saygısızlıktır ve tabi ki aşağılayıcı, inciticidir.

Mustafa Kemal Atatürk'ün Nutuk adlı eserinde yer alan Türk Gençliğine Hitabesinde 'Ey Türk Gençliği, birinci vazifen Türk bağımsızlığını, Türk Cumhuriyetini sonsuza değin korumak ve savunmaktır' ile başlayıp 'muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur' şeklinde sona ermektedir. Yazar olan sanık Hrant Dink ince ve ustalıkla bu sözü çarpıtarak Türklüğü incitici, aşağılayıcı niteliğe bürümüştür. Anadolu'da kişiler, birbirlerini yermek için 'kansız, kanı bozuk' gibi sözler sarf ederler. Yazıda geçen zehirli kan, bir anlamda pis kan demektir. Bu da aşağılayıcı niteliktedir. Aşağılayıcı mahiyette ifade özgürlüğü, söz konusu olamayacağına göre bu yönüyle suç sabittir. (...)

Her ne kadar bilirkişi raporunda suçun unsurlarının oluşmadığını, tüm gazetelerin okunduktan sonra sanığın kastının belirlenmesi gerektiği şeklindeyse de mahkememizce 13/2/2004 günlü yazı dikkate alınarak sanığın suç kastının olduğu kabul edilerek bu noktada bilirkişilerin raporuna itibar edilmemiştir.

Sanığın kastının belirlenmesi ve suçun oluştuğuna ilişkin şöyle bir benzetme düşünülebilir.

Size sayılar ile aramızdaki sorun nasıl çözülür, anlatmak istiyorum.

Bu 'iki'lerin elleri çok kirli, pis, aman bulaşmayın. Biz 'harfler' olarak yine 'sayılara' bulaşmayalım. Amacımıza ulaşmak için sayılarla uğraşmayalım. Yoksa biz de kirleniriz. Bırakın onları, biz kendi işimize bakalım.

Bu yazıyı yazdıktan sonra başka bir haftadaki gazetede yine aynı mahiyette bir yazı yazıldıktan sonra ve hep harflerden bahsedildikten sonra bu defa sonraki hafta yazar şöyle desin.

Ben '2'lerin elleri çok kirli, pis demiştim. Ama benim amacım başka idi. Eğer o çamurlu sopayı tutmaları için onlara vermeseydim elleri kirlenmezdi, pislenmezdi. Bunu anlatmaya çalıştım. Dese acaba okurların tüm gazete sayılarını takip etmek gibi bir zorunluluğu var mıdır ki, yazarın kastını belirlesin. İlk yazıda '2'lerin elleri kirli demekle aşağılanma oluşmuştur.

> Olayımızda da sanık öyle ustalıkla hareket etmiş, öyle iyi hazırlanmış, tutmuş Mustafa Kemal Atatürk'ün Türk Cumhuriyeti'ni emanet ettiği, Türk Gençliğine Hitabetinde yer alan 'muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur' bu çok önemli sözü Türklüğü küçük düşürücü, incitici bir uslupla 'Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan Ermeninin Ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur' şeklinde değiştirmiş, tabir yerinde ise tavşan kaç tazı tut demiştir.
>
> Yukarıda açıklanan gerekçe, yapılan yargılama ve edinilen vicdani kanıya göre ve her ne kadar bilirkişiler tüm gazetelerin okunduktan sonra sanığın kastının belirlenmesi gerektiğini belirtmişler ise de; yukarıda açıklandığı gibi sanığın asıl amacının Türkiye'de yaşayan Ermeni vatandaşların bile tatillerini Ermenistan sokaklarında geçirecek bir ulus bilincini geliştirmek, dolayısıyla vatandaşı olduğu Türkiye'deki Ermeni vatandaşları da bu şekilde etkilemektir.
>
> Yazar hemen hemen tüm yazılarında Ermeni kimliği üzerinde durmuş olması da kastını açıkça belirtmektedir.
>
> (...) sanık Fırat Hrant Dink yazmış olduğu yazı eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklaması niteliğinde olmadığından Türkten boşalacak zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan ermeninin, ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur şeklindeki yazılar bir nevi Türk'ün kanının pis aşağılayıcı incitici nitelikte olduğu mahkemece kabul edilerek (...) takdiren 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına (...)karar veril(di).7/10/2005"

Savcının iddianamesinde hangi kanıtların sunulduğunu bilemiyoruz. Ancak Mahkeme, sorunu şu şekilde belirliyor:

> Sorun, iddia konusu, sarf edilen sözün ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı ile suçun oluşması için gerekli olan özel kastın var olup olmadığıdır.

Kararın gidişatından anladığımız kadarıyla, işaret edilen söz şu: "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistanla kuracağı asil damarında

mevcuttur." Mahkeme açıkça, suç kastının belirlenmesi için sadece 13/2/2004 günlü Agos Gazetesi'nde yayımlanan 'Ermeni kimliği üzerine Ermenistan'la tanışmak' başlıklı yazının dikkate alındığını söylüyor. Mahkeme daha sonra düşünce özgürlüğünün sınırları üzerine bazı değerlendirmeler yapıyor:

> Düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü sınırsız değildir, her şeyin bir sınırı vardır. Bu sınırlama bazen yasayla bazen de ahlak kurallarıyla olur.

Bu ifadenin en hafifinden talihsiz olduğunu söyleyebiliriz. Zira şunu çok iyi biliyoruz: Temel hak ve özgürlükler ancak ve ancak yasa ile sınırlanabilir; o da anayasanın çizdiği sınırlar çerçevesinde ve söz konusu temel hak veya özgürlüğü ortadan kaldırmayacak ölçüde. Muhtemelen Mahkeme, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, hangi ifadelerin hakaret veya incitici olduğunun belirlenmesinde toplumsal değer yargılarının dikkate alınmak durumunda olduğunu belirtmek istemiştir. Ancak bunu iyi niyetli bir okuma ile anlayabiliyoruz. Devam eden şu ifadeler bu son iyi niyetli okumamızı bir miktar destekler gibi.

> Aşağılayıcı, incitici nitelikte ifade özgürlüğü söz konu olamaz. Buna hiçbir hukuk düzeni izin vermez. Her ülkenin kendine göre değerleri vardır.

Ancak tam da burada, kararın bundan sonrasını kestirmemiz mümkün. 'Her ülkenin kendine göre değerleri vardır', diyen Mahkemenin, bazı değerlere saldırıldığını düşündüğünü kestirmemiz makul görülmeli. Daha sonra da değineceğiz, ancak 'her ülke' ifadesinin hatırlattığı bir noktayı vurgulamalıyız: Yine bir süredir karar okumaları yaptığım ve tartışma imkânı bulduğun hukukçu muhataplarımın özellikle insan hakları konusundaki tepkilerinde, yargısal geleneğe paralel bir şekilde sürekli 'bu ülkeye, millete has özellikler'e atıf yaptığını göz-

lemliyorum. Başka bir deyişle, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda hukukçularımız hak ve özgürlüklerin sınırlanması lehine bazı hususiyetlerimizin olduğundan dem vuruyorlar. Bu hususiyetler; millî gurur, millî değerler, kadının toplumsal alandaki ikincil konumu, asker-millet, bayrak hassasiyeti, ailenin yüceltilmesi, geleneklerin hukukun önüne getirilmesi, abartılı tek millet vurgusu, vatandaşlığın önüne geçen Türklük kavramı, devletin kutsanması gibi sonuç ve kavramlarla yakından ilişkili. Uluslararası insan hakları düşüncesinin anayasal düzeyde güçlü bir kabul ve korumaya sahip olmasına rağmen hukukçularımızın bu hak ve özgürlüklerin Türkiye'ye has nedenlerle sınırlandırılması için mazeretler aramasını en hafifinden 'anlaşılamaz' olarak not etmek gerekiyor.

Mahkeme, bu millî değerler meselesini, ifade özgürlüğü ile ilişkilendirerek şöyle devam ediyor:

> Öyle ülke vardır, bayrağından şort yaparsın hoşgörür, öyle ülke vardır ineğine dokunursun infial yaratır, öyle millet var ki kan dedin mi ecdatlarının akıttığı oluk oluk şehit kanı gelir.

Mahkeme sanırım şöyle demek istiyor: 'Biz başka milletlere benzemeyiz. Onlar ifade özgürlüğünü çok geniş tutmuş olabilirler. Ama kültürel farklılıklar göz ardı edilmemelidir. Amerikalılar bayraklarından şort yapılmasını hoş karşılayabilir ama bakın bir de Hindistan var, ineklerine dokunamazsınız. İşte biz de öyle bir milletiz ki, kan dendi mi aklımıza "ecdatların akıttığı oluk oluk şehit kanı gelir" (esasında "ecdatların değil ecdadın olacaktı). Bizim için de bu kutsaldır ve buna laf edilirse, infial olur.' Nitekim Mahkeme, 'kan' üzerinden yaptığı kutsallaştırmayı, duygulara da başvurmak suretiyle devam ettiriyor:

> Öyle millet var ki; kan dedin mi akla bu toprakların her santiminde bulunan ecdat kanı gelir. Bu toprağın her karesi kanla sulanmıştır. Atatürk bu vatanın bu kanla kurtulduğunu, gayet iyi bildiği için gençliğe her zor koşulda muhtaç olduğu kudretin bu

> kanda olduğunu söylemiştir. Oysa sanık bu kanın zehirli olduğunu ifade etmiştir. Bu Türk atalarına, şehitlere, milleti meydana getiren değerlere saygısızlıktır ve tabi ki aşağılayıcı, inciticidir.

Şehitlik, vatan için dökülen kan kavramlarıyla dozu arttırılan duygusallık, bir de Atatürk ve onun Gençliğe Hitabesiyle süsleniyor. Esasen Dink'in konu edilen sözünün Atatürk'ün Gençliğe Hitabe'de yer alan sözüne benzetilmiş olması, Atatürk bağlantısının çok garip olmadığını düşündürebilir. Oysa daha sonra da göreceğimiz 'Ermeni önyargısı' ile dolu bir kararda, vatanın kanla kurtulduğundan bahsetmenin başka anlamları olsa gerek. Zira böylece Mahkeme, Dink'in sözlerinin doğrudan Kurtuluş Savaşı döneminde akan kanlara yönelik olduğunu söylemiş olduğunu düşündürtür.

Dikkat edilirse buraya kadar Dink'in cümlesinin ne anlama geldiği üzerinde hiç durmadı Mahkeme. Ancak yukarıdaki paragrafta doğrudan şu hükmü verdi: "...sanık bu kanın zehirli olduğunu ifade etmiştir. Bu Türk atalarına, şehitlere, milleti meydana getiren değerlere saygısızlıktır ve tabi ki aşağılayıcı, inciticidir." Dink'in kastı gerçekten, ecdadın (ecdatların değil) akıttığı şehit kanları mıydı? Bu sonuca nasıl ulaşabiliriz? Kan bir metafor olabilir mi? 'O zehirli kan', ne anlama gelir?

> Mustafa Kemal Atatürk'ün Nutuk adlı eserinde yer alan Türk Gençliğine Hitabesinde 'Ey Türk Gençliği, birinci vazifen Türk bağımsızlığını, Türk Cumhuriyetini sonsuza değin korumak ve savunmaktır' ile başlayıp 'muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur' şeklinde sona ermektedir. Yazar olan sanık Hrant Dink ince ve ustalıkla bu sözü çarpıtarak Türklüğü incitici, aşağılayıcı niteliğe bürümüştür.

Nihayet mahkeme, Atatürk'ün Gençliğe Hitabesinde yer alan sözüne de atıf yapıyor. Ancak dikkat çekici olan, Hitabe'nin ilk cümlesini de iktibas etmesi: "Ey Türk Gençliği, birinci vazifen Türk bağımsızlığını, Türk Cumhuriyetini sonsuza değin

korumak ve savunmaktır." Bu cümleyi iktibas etmedeki amaç yahut amaçlardan bir tanesi, sanırım, kararın arkasında Türk Cumhuriyetini korumak ve savunmak olduğunu düşündürtmek.

Mahkeme, Dink'in Atatürk'ün bu sözünü 'çarpıttığını' söylüyor. Halbuki biz çarpıtmayı, olduğundan farklı gösterme anlamında kullanırız. Eğer Atatürk'ün bu sözüyle, kastından başka bir şey ifade ettiğini haksız bir şekilde iddia etmiş olsaydı Dink, çarpıtma yapmış olurdu. Ancak burada olsa olsa, Atatürk'ün sözünün formu kullanılmıştır.

> Anadolu'da kişiler, birbirlerini yermek için 'kansız, kanı bozuk' gibi sözler sarfederler. Yazıda geçen zehirli kan, bir anlamda pis kan demektir. Bu da aşağılayıcı niteliktedir. Aşağılayıcı mahiyette ifade özgürlüğü, söz konusu olamayacağına göre bu yönüyle suç sabittir.

'Kansız' ve 'kanı bozuk' tabirleriyle konunun ilişkilendirilmesi oldukça ilginç, çünkü 'kan' kelimesi dışında hiçbir bağ yok. Kansız, korkak anlamında; kanı bozuk ise soysuz ve ahlaksız anlamlarında kullanılıyor. Üstelik bir Türk dili bilgisi olarak şunu da not etmeliyiz: deyimler sadece kullanıldıkları şekliyle bir anlam ifade ederler. Deyimlere benzer ifadeler, benzer anlama sahip değildir. Mahkemenin yaptığı muhakeme, düz anlamı esas alıyor: 'Zehirli kana pis kan desek de olur; kanı bozuk diye bir hakaret var, kanın bozukluğu ile pis olma durumu da birbirine benziyor, o zaman zehirli kan ifadesinin anlamı ne ise kanı bozuk ifadesinin anlamı da odur.' Elbette değil! Sanırım deyimlerin bu şekilde kullanılamayacağı, yahut anlamlandırılamayacağı ilköğretim aşamasında öğretilen bilgilerden.

Mahkeme daha sonra sanık savunmasında, mütalaalarda ve bilirkişi raporlarında dile getirilen ve davanın temelini de oluşturan iddiayı; tartışma konusu olan cümlenin anlamının doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için ilgili yazıların tamamının okunması gerektiği iddiasını cevaplıyor:

> Her ne kadar bilirkişi raporunda suçun unsurlarının oluşmadığını, tüm gazetelerin okunduktan sonra sanığın kastının belirlenmesi gerektiği şeklindeyse de mahkememizce 13/2/2004 günlü yazı dikkate alınarak sanığın suç kastının olduğu kabul edilerek bu noktada bilirkişilerin raporuna itibar edilmemiştir.

Görüldüğü gibi, öncelikle bilirkişi raporlarına neden itibar edilmediğine dair hiçbir açıklama bulunmuyor. Böyle bir ret, yok hükmündedir. Devamla, Mahkeme neden tek bir yazıyı dikkate aldığını da gerekçelendirmiyor. Bu arada şu noktanın da altını çizmemiz gerekiyor: Her ne kadar Mahkeme, tek bir yazıyı dikkate aldığını söylese de, esasında cümlenin anlamıyla o yazının geri kalan kısmı arasında hiçbir bağlantı kurma çabasına girmiyor. Yani esasında Mahkeme tek bir yazıyı dahi dikkate almıyor. Dikkate aldığı şey tek bir cümle, onun da anlamı değil çağrıştırdıkları.

Mahkeme daha sonra bir benzetme yapıyor. Elbette her türlü açıklama ve gerekçelendirme, konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edecek benzetmeler yapabilir. Ancak bu benzetmelerin aslına gerçekten benzemesi gerekir. Mahkememizin benzetmesi şöyle:

> Sanığın kastının belirlenmesi ve suçun oluştuğuna ilişkin şöyle bir benzetme düşünülebilir.
>
> Size sayılar ile aramızdaki sorun nasıl çözülür, anlatmak istiyorum.
>
> Bu 'iki'lerin elleri çok kirli, pis, aman bulaşmayın. Biz 'harfler' olarak yine 'sayılara' bulaşmayalım. Amacımıza ulaşmak için sayılarla uğraşmayalım. Yoksa biz de kirleniriz. Bırakın onları, biz kendi işimize bakalım.
>
> Bu yazıyı yazdıktan sonra başka bir haftadaki gazetede yine aynı mahiyette bir yazı yazıldıktan sonra ve hep harflerden bahsedildikten sonra bu defa sonraki hafta yazar şöyle desin.
>
> Ben '2'lerin elleri çok kirli, pis demiştim. Ama benim amacım başka idi. Eğer o çamurlu sopayı tutmaları için onlara vermesey-

> dim elleri kirlenmezdi, pislenmezdi. Bunu anlatmaya çalıştım. Dese acaba okurların tüm gazete sayılarını takip etmek gibi bir zorunluluğu var mıdır ki, yazarın kastını belirlesin. İlk yazıda '2'lerin elleri kirli demekle aşağılanma oluşmuştur.
>
> Olayımızda da sanık öyle ustalıkla hareket etmiş, öyle iyi hazırlanmış, tutmuş Mustafa Kemal Atatürk'ün Türk Cumhuriyeti'ni emanet ettiği, Türk Gençliğine Hitabetinde yer alan 'muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur' bu çok önemli sözü Türklüğü küçük düşürücü, incitici bir uslupla 'Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan Ermeninin Ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur' şeklinde değiştirmiş, tabir yerinde ise tavşan kaç tazı tut demiştir.

Öncelikle mahkeme, tek bir yazıyı dikkate aldığını söylemişti. Bu benzetmede sanki başka yazıları da işin içine katar gibi görünüyor. Ancak, özetini daha sonra vereceğimiz yazıların anlamına uygun olmayan bir anlatım yapıyor. Yukarıda bahsettiğimiz çarpıtma tam da budur. Bu benzetme konusunda daha fazla açıklama yapmanın hem kendi açımdan hem de siz okuyucular açısından emek israfı olduğunu düşünüyorum.

Nihayet sonuç bölümüne yaklaşırken, Mahkemenin suç kastını nasıl belirlediğine ilişkin daha aydınlatıcı bir bilgiyle karşılaşıyoruz:

> Yukarıda açıklanan gerekçe, yapılan yargılama ve edinilen vicdani kanıya göre ve her ne kadar bilirkişiler tüm gazetelerin okunduktan sonra sanığın kastının belirlenmesi gerektiğini belirtmişler ise de; yukarıda açıklandığı gibi sanığın asıl amacının Türkiye'de yaşayan Ermeni vatandaşların bile tatillerini Ermenistan sokaklarında geçirecek bir ulus bilincini geliştirmek, dolayısıyla vatandaşı olduğu Türkiye'deki Ermeni vatandaşları da bu şekilde etkilemektir.

Mahkeme şöyle söylüyor: 'Bilirkişiler tüm yazıların okunması gerektiğini söyledi. Halbuki ben sanığın asıl amacını biliyorum. Asıl amaç, Ermeniler arasında bir ulus bilinci geliştir-

mektir.' Dolayısıyla Mahkeme, yazılardan çıkan dilsel anlamın yeterli olmadığını, yazarın 'asıl' amacına bakılması gerektiğini, onun da bir Ermeni bilinci oluşturmak olduğunu söylüyor. Ve devam ediyor:

> Yazar hemen hemen tüm yazılarında Ermeni kimliği üzerinde durmuş olması da kastını açıkça belirtmektedir.

Tartışma konusu cümlenin anlamı için diğer yazılara bakmayı reddeden Mahkeme, sanığın 'asıl' amacını ortaya çıkarmak için birdenbire diğer yazılara bakıveriyor. Ancak cevaplanmamış çok önemli bir soru bırakıyor geriye: Hrant Dink'in Ermeniler arasında bir ulus bilinci geliştirmesi, tartışma konusu cümlenin anlamını nasıl belirler?

Böyle bir ulus bilinci geliştirmek suç mudur? sorusunu sormayı bile gereksiz buluyorum. Zira mahkûmiyet Türklüğe hakaretten. Dolayısıyla bu eylemin suç olup olmamasının hiçbir önemi yok. Ancak nihayetinde kararın tam da bu nedenle verildiği izlenimi doğuyor.

Kararın hüküm kısmı için de söyleyecek birkaç küçük nokta var:

> sanık Fırat Hrant Dink yazmış olduğu yazı eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklaması niteliğinde olmadığından Türkten boşalacak zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan ermeninin, ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur şeklindeki yazılar bir nevi Türk'ün kanının pis aşağılayıcı incitici nitelikte olduğu mahkemece kabul edilerek (...) takdiren 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına (...)karar veril(di).

Cümlenin son derece kötü kurulmuş olmasının yanında, acaba, "ermeninin, ermenistanla" kelimelerindeki yazım hataları tesadüf müdür diye sormak gerekiyor?

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kararı

9. CD 1.5.2006 tarih ve E. 2006/711 K. 2006/2497 nolu kararında, yukarıdaki karara ilişkin temyiz talebini karara bağlamıştır. Daire ilk derece mahkemesinin kararını bazı usûlî yönlerden bozmuş, ancak suçun sabit olduğundan bahisle bu açıdan bozmamıştır. Dairenin temyiz talebinin reddiyle ilgili kararı ve gerekçesi şu şekildedir:

> Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın mevkutedeki konumu, hitap edilen kitle, yayımlanma amacı ile hitap edilen kitle tarafından algılanma biçimi de gözetilerek, dava konusu yazı dizisi bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, suça konu "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" ibaresinin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte olduğunda kuşku bulunmamakta, bir toplumu yüceltirken başka bir toplumu aşağılamanın Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile öngörülen ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğunu kabulde mümkün görülmemekte olup...

İlk olarak kararın bu kadar kısa olmasının şaşırtıcı olduğunu söylemeliyiz. Şimdi Dairenin neler söylediğine tek tek bakalım.

1. Yazı dizisini bir bütün olarak ele aldık ve değerlendirdik.
2. Yazının yayımlandığı mevkuteyi de dikkate aldık. (Agos Gazetesi)
3. Sanığın mevkutedeki konumunu da dikkate aldık. (Gazetenin kurucusu, Genel yayın yönetmeni ve Başyazarı)
4. Hitap edilen kitlesi de dikkate aldık. (Ermeni cemaati)
5. Yayımlanma amacını da dikkate aldık. (???)
6. Hitap edilen kitle tarafından algılanma biçimini de dikkate aldık. (???)
7. Söz konusu cümlenin tahkir ve tezyif edici nitelikte olduğunda kuşku yoktur.
8. Bir toplumu yüceltirken başka bir toplumu aşağılamak ifade özgürlüğü kapsamında değildir.

İki, üç ve dördüncü maddelerdeki parantez içleri, Dairenin dikkate alırken neyi düşündüğüne dair, muhtemelen de doğru olan tahminlerim. Ancak beşinci ve altıncı maddede neyin kastedildiğini anlamak mümkün değil. İlk altı maddeyi şu şekilde mi yeniden dile getirmek lazım? 'Ermenilere yönelik çıkarılan, Ermenice ve Türkçe yayın yapan bir gazetenin kurucusu ve yöneticisi, önemli bir aktörü olan kişi, meşum emellere yönelik çıkarttığı bu gazetede, zaten Türklere düşman olan bir topluluğa karşı böyle bir cümle yazarsa, bu hakarettir.'

Yedinci madde, kuşku yoktur, diyor ve geçiyor. Bütün bir kitabı, böyle bir ifadenin kullanılmaması için yazdığımız için, ayrıca açıklama yapmaya gerek yok sanırım.

Sekizinci maddenin ise hangi anlamda, ne için yazıldığı belli değil. Bir toplumu aşağılamak her zaman için yasak değil midir?

Ne yazık ki, 9. CD'nin kararı bu kadar.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı

Başsavcılığın itirazını, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından ve onun iktibas ettiği ölçüde biliyoruz. Dolayısıyla burada yapacağımız inceleme CGK kararına dayanıyor.

Başsavcılığın itirazı iki ana iddiaya dayanıyor. İlk iddia, Dink'in tartışma konusu yapılan ifadesinin bir yazı dizisi içerisinde yer aldığı, özellikle üç yazının söz konusu ifadenin bağlamını oluşturduğunu, yazılar bir bütün olarak okunduğunda, ifadede de yer alan 'zehirli kan'ın Türk'ün/Türklerin zehirli kanı değil, Ermeni'nin/Ermenilerin özellikle de diaspora Ermenilerinin kanı olduğunu, zehirli olmakla kastedilenin ise takıntı haline getirilmiş olan Türk düşmanlığı olduğunu söylemekte, dolayısıyla herhangi bir hakaretin bulunmadığını savunmaktadır. İkinci iddia ise, Anayasal düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve AİHM uygulaması çerçevesinde eleştiri sınırları içerisinde kalan düşün-

ce açıklamalarının suç sayılmaması gerektiğidir. Ne var ki bu ikinci iddianın, ilk iddia nedeniyle çok da anlamlı olmadığını düşünüyorum. Zira ilk iddia doğru ise, ortada zaten Türklüğe yönelmiş bir değerlendirme bulunmadığından, ifade özgürlüğünü tartışma konusu yapmaya bile gerek yoktur. Nitekim Başsavcılık da her ne kadar itirazının büyük bir kısmını ifade özgürlüğü ile ilgili düzenleme ve pratiklere ayırmışsa da, Dink'in sözlerinin olsa olsa kendi mensubu bulunduğu Ermeni cemaatine yönelmiş bir eleştiri olabileceğini belirtmiştir.

Dink Ne Demişti?

Görüleceği üzere asıl tartışma, Dink'in sözlerinin kendi bağlamında anlaşılmasına odaklanmaktadır. Uzunca bir yazı dizisinin tamamını burada aktarmamız mümkün değil. Ancak tartışma konusu ifadenin yer aldığı bağlamdaki üç yazıyı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yaptığı özetle aktarmamız gerekiyor. Aktaracağımız özetin büyük ölçüde yazarın kendi cümlelerinden kurulmuş olduğunu hatırlatmak isterim. Üstelik bu özet, tekrarlayalım, ne savunmaya ne de Başsavcılığa aittir. Doğrudan YCGK kararından alınmıştır. Lütfen dikkatle okuyunuz.

> Sanık F (H) D, Türkçe ve Ermenice olarak yayın yapmakta olan, yaklaşık beşbin tirajlı haftalık siyasi ve aktüel A. Gazetesinin genel yayın yönetmeni ve köşe yazarıdır. Gazetenin onuncu sayfasındaki Ş. isimli köşede "Ermeni kimliği üzerine" üst başlıklı yazı dizisi kapsamında;
>
> (1) Kuşaklara Dair (7 Kasım 2003 Sayı 397 A sayfa 10)
> (2) Kilisenin Rolü (14 Kasım 2003 Sayı 398 A sayfa 10)
> (3) Kaç Vartan'ın Çocukları (5 Aralık 2003 Sayı 400-401 A sayfa 10)
> (4) Pratik Kimliğin Teorisi (19 Aralık Sayı 403 A sayfa 10)
> (5) Batı: Cennet ve Cehennem (26 Aralık 2003 sayı 404 A sayfa 10)

Başlıklı yazılarında özetle; Ermeni kimliğinin içeriğinin hangi değerlerle doldurulması gerektiğini sormakta, dağılmışlık ve kilisenin rolünü sorgulamakta, diasporanın rolüne değindikten sonra 6, 7 ve 8. yazılarını Türk-Ermeni ilişkilerine ayırmakta ve bir takım değerlendirmeler ve tespitlerde bulunmaktadır. Konu hakkında sağlıklı bir çözüme ulaşmak ve konu bütünlüğünü gözden kaçırmamak için herhangi bir değerlendirme yapılmadan 6 ve 7. yazılara aynen yer verilmiştir.

Serinin 6. yazısını oluşturan "Ermeni'nin Türk'ü" (23 Ocak 2004 Sayı 408 A sayfa 10) başlıklı yazı;

Küresel ve Evrensel değerlerin yerel değerleri tahakküm altına aldığı çağımızda kültürel kimliğini tam anlamıyla yaşamak bir yana, kimliğini bir nemze yaşatabilmek dahi Diaspora'nın özel çaba göstermesi gerekir. Bu özel çabanın ise her zaman için özel nedenlere ve araçlara ihtiyacı vardır. Ermeniler ve Yahudiler bu özel nedenlere sahip Diaspora'nın bilinen iki klasik örnekleridir. Her ikisinin de özel nedeni aynıdır...Soykırıma uğramış olmak.

Dolayısıyla onlara kimliklerini korumayla ilgili insanlığın tanıdığı hak bir miktar ayrımcı ve pozitif durumda olmalıdır. Hakikaten de, Yahudiler bu pozitif hakkı layıkıyla kullanabilmiş ve kimliklerini korumada onlara bahşedilen toleransı çok iyi değerlendirerek, dini inanışlarından aldıkları "Tanrının Ayrıcalıklı Halkı" ünvanını dünyadan aldıkları "Yeryüzünün ayrıcalıklı halkı" noktasına kadar taşımışlardır. Ne var ki aynı durum Ermeni Halkı için söz konusu olmamıştır.

Dünya Yahudi soykırımına karşı göstermiş olduğu hassasiyeti Ermeniler'den esirgemiş, bu ise Ermeni kimliğinde en büyük tahribatın yaşanmasına sebep olmuştur. "Hakkı esirgenmiş Ermeniler" bundan böyle kimliğini "Gerçekleri talep etme inadı" üzerinden yaşamaya çabalamış, gelinen noktada da bu inat Diaspora Ermeni kimliğinin temel düstürü haline dönüşmüştür. Diasporanın ilk kuşakları için ayakta kalabilmenin, tükenmemenin adı olan bu inat, üçüncü ve dördüncü kuşaklarla birlikte gerçekleri Dünyaya kabul ettirme inadına dönüşmüştür. İşte bu inadın ortaklaşmış hali Ermeni Diasporasının ruhsal pozisyonunu yansıtır. Bu ruhu sürekli tutmak ise Ermeni kimliğini yaşatmanın

temel aracı durumundadır. Dünyanın gerçekleri hâlâ kabul etmemiş olması bir yana, Ermeni kimliğini asıl tahrip eden, Türkler'in bu konuda kıllarını bile kıpırdatacak bir yaklaşım içinde olmamalarıdır. Nitekim kıyaslandığında görülecektir ki Yahudilerin bugünkü seviyeye erişmesinde asıl etken kendi becerilerinden ziyade onlara soykırım uygulayan Alman Halkının sonradan oynadığı şevkatli yoldur. Soykırım sorumluluğunu üstlenen Almanlar'ın Yahudiler'den özür dilemesiyle birlikte bu halk yaşadığı travmayı üzerinden atarak ruh sağlığına kavuşmuş ve ancak bundan sonra kültürel kimliğinin açılımlarını sağlayabilmiştir. Ne var ki Ermeni Halkının travmatik hastalığı hâlâ sürmektedir sonuçta Ermeniler'in bin yılı aşkın süre islamla ve Türklerle yaşanmış biraradalığı mevcuttur, öyleki Ermenileri batılı Hristiyan'lardan ayıran önemli özelliklerinden biri, onların öteden beri islamlarla birlikte yaşamış olmalarıdır. Batılı Hıristiyanlar daha ziyade Hıristiyan-Hirisyan'a yaşarken, Ermeniler çoğu kez İslamlarla yan yana kimi zamanda iç içe yaşayarak farklı bir deneyimin sahibi olmuşlardır. Bugünün güncel tartışmalarında çok söylenegeldiği gibi Avrupalı Hıristiyanlar, Müslümanlar'ın da içinde yer aldığı çok kültürlü bir yaşam biçimine henüz yeni yeni adapte olurken, Ermeniler Doğudaki Hıristiyan milletler gibi (Süryaniler, Keldaniler vs) realiteyi iyi ve kötü yönleriyle uzun süre yaşamışlardır. Dolayısıyla asırlar süren bu islamla bir aradalığın Ermeni kimliğinin şekillenmesindede yadsınamaz bir rolü elbette olacaktır ancak Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etken "Türk olgusudur".

Ermeni'nin ve Türk'ün birbiri ile ilişkileri ve birbirlerinden etkileşimleri öyle iki kelimeyle geçiştirilecek bir sıradanlıkta değildir. Asırlar süren ilişkilerde birbirinden alınan o kadar çok iyi ve kötü kimlik donanımları söz konusudur ki, kimi zaman davranış biçimlerinde birini diğerinden ayırmak hayli güçtür. Yaşanılan birliktelik öylesine derindir ki bu birlikteliğin bozuluşunu ihanet olarak tanımlamak her iki tarafından kullandığı karşılıklı bir argümandır. Ermeni milletini sadık millet olarak adlandırılan ancak daha sonra ihanet ettiklerini iddia eden Türk görüşü karşısında, Ermeniler 1915'te yaşananları salt bir halkın topluca

imhası olarak yorumlamaz, bunun aynı zamanda asırlar süren ilişkiye ihaneti de içinde barındırdığını belirtirler. Türk Ermeni ilişkisinin günümüzde geldiği nokta ise şudur. Ermeniler ve Türkler birbirine bakışlarında klinik iki vaka durumundadırlar. Ermeniler travmalarıyla Türkler paranoyalarıyla. İçinde debelendikleri bu sağlıksız halden kurtulmadıkça-Türkler belki değil ama- Ermenilerin kendi kimliklerini sağlıklı şekilde yeniden yapılandırmaları mümkün gözükmemektedir. Özellikle Türkler 1915'e bakışlarında empatik bir yaklaşıma girmedikçe Ermeni kimliğinin sancılı kıvranışı devam edecektir. Sonuçta görülüyor ki işte 'Türk', Ermeni kimliğinin hem zehri hem panzehiridir. Asıl önemli sorun ise Ermeni'nin kimliğindeki bu Türk'ten kurtulup kurtulamayacağıdır."

'Türk'ten Kurtulmak" (30 Ocak 2004 Sayı 409 A sayfa 10) başlıklı 7.yazı;

'Ermeni kimliğinin 'Türk'ten azad olmasının görünür iki yolu var. Bunlarda biri Türkiye'nin (devlet ve toplum olarak) Ermeni ulusuna karşı empatik bir tutum içine girmesi ve nihayetinde Ermeni ulusunun acısını paylaştığını belli edecek bir anlayış sergilemesidir. Bu tutum hemen olmasa da zaman içinde 'Türk' unsurunun Ermeni kimliğinden uzaklaşmasına yol açabilir. Ne var ki bu şıkkın gerçekleşmesi şimdilik zor bir olasılık İkinci yol ise bizzat Ermeni'nin 'Türk'ün etkisini kendi kimliğinden atması. İlkine göre bu ikincisi, daha bir kendi iradesi ve inisiyatifine bağlı olduğundan gerçekleşme ihtimali daha fazla.Esas olarak tercih edilmesi gereken yolda budur. Ermeni Dünyasının bunu nasıl başarabileceği ise tamamiyle mevcut duruma yeni bir anlayışla bakabilmesiyle ilişkilidir 1915'e bakmak örneğin... Ermeni dünyası yaşadığı tarihî dramın gerçekliğinin farkındadır ve bu gerçeklik bugün Dünya ülkelerinin yada Türkiye'nin kabul edip etmemesi ile değişecek değildir. Onlar kabul etmese de Ermeni ulusunun vicdanında olan bitenin adı başından beri kazınmıştır. Dolayısıyla Dünya'dan ne de Türkiye'den bu gerçekliğin tanınmasını beklemek, Ermeni dünyasının yegane hedefi olamaz. Gayrı herkesi kendi vicdansızlığıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. Bu gerçekliği kabul edip etmemek, esasen herkesin kendi vicdani sorunudur, bu vicdan da temelini bizatihi insanlık denilen

ortaklığımızdan -'İnsan' kimliğimizden- alır. Dolayısıyla gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar. Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız'ın, Alman'ın, Amerikalı'nın ve ille de Türk'ün soykırımı kabul edip etmemesine endeksli bir durumda bırakmak, Ermeni dünyasının artık terk etmesi gereken bir hatadır. Gayrı bu hatadan uzaklaşmanın ve 'Türk'ü Ermeni kimliğindeki bu etkin rolünden ötelemenin zamanı gelip de geçmiştir. Ermeni kimliğinin çektiği bunca sancı artık yeterlidir, sancıyı bundan böyle biraz da insanlık denen âleme terk etmek gerekir. Kimliksel dinginliğini 'Türk'ün olumsuz ve kayıtsız varlığına kilitleyen Ermeni dünyasının tüm ortak performansını dünya üzerinde 'Türk'e baskı uygulamaya ve soykırımı kabul ettirmeye ayırması, ne yazık ki kimliğin uyanışını erteleyen koca bir zaman kaybından başka bir şey değildir. Ermeni Dünyası, kimliğinin geleceğine bundan böyle öylesi kavramlar yüklemelidirki bu kavramlar bu ulusun körelmiş üretim yeteneğini tekrar fişekliyebilecek itilicilikte olsun. İşte bu nedenle, "kendi acısını sırtlayacak ve gerekirse mahşere kadar da onuruyla kendisi taşıyacak" bir anlayışı ermeni kimliğine hâkim kılmak en temel yönelim olmalıdır. Aksi durumda Ermeni dünyası kendini başkalarının gerçeği kabul edip etmeme insafına zincirlemiş olurki.... bu da gerçek tutsaklığın ta kendisidir.

Ermeni dünyasının kendisini "Türk"ten kurtardığında, kimliğinde bir boşluk yaşayacağını ve özelliklede Diaspora Ermenileri'nin kimliksel çözünürlüğünün hız kazanacağını sananlar aldanırlar.

Ermeni kimliğinde 'Türk'ten geriye kalacak boşluğu dolduracak çok daha yaşamsal bir olgu söz konusudur o da bizatihi bağımsız Ermenistan devletinin varlığıdır. Bundan on beş yıl önce varolmayan bu yeni heyecan, artık her türlü etkinin ve etkenin üstünde Ermeni kimliğinin üzerinde büyük bir rol oynamaya namzettir. Ermeni dünyasının geleceği bu minik ülkenin gelecekteki refahına ve içinde yaşayanların mutluluğuna endekslenmesi aynı zamanda kendi kimliğini rahatsız eden sancılardan kurtuluşunun da bir işareti olacaktır. Ermeni kimliğinin 'Türk'ten kurtuluşunun yolu gayet basittir. 'Türk'le uğraşmamak... Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır: Gayri Ermenistan'la uğraşmak.

Düşüncelerine yer verip,

Kamu davasına konu; cümlenin yer aldığı sekizinci yazısında ise,

"Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur. Cümlesiyle başlayıp, Ermenistan'ın Diasporalı Ermeniyle kuracağı ilişkinin Ermeni kimliğinin oluşmasına etkisinin çok büyük olacağını, bunun aynı zamanda büyük bir moral okul niteliğinde de olacağını, Diasporalı gence ne türlü eğitim verilirse verilsin o gencin Ermenistan'ı ziyaretinin daha önemli olduğunu, bunu da denemenin pahalı olmadığını, gencin Ermenistan'ı ziyaretiyle kimliğin nasıl damardan absorbe edildiğinin görüleceğini, çünkü o kimliğin ona damardan şırıngalandığını, Ermeni kimliğinin doğrudan Ermenistan'dan edinilecek cümleler ve kazanımlarla zenginleşeceğini, bunun saksıda yetiştirilmeye çalışılan narin bir bitkinin kendi toprağı, kendi suyu ve kendi güneşiyle tanışmasına benzetilebileceğini" ifade etmektedir.

Bu yazıyı cümle cümle analiz etmeye gerek yok. Sanırım zehirli kanın Ermeni diasporasına, zehirli olmanın da Türk saplantısına karşılık geldiğini gördünüz. (Bugüne kadar huzurlarında bu özeti okuduğum 1000den fazla hukukçu aksini söylemedi.) Böylece tek başına ele alındığında 'Türk'ten boşalacak o zehirli kanın' ifadesinde, kanın Türk'ün damarından boşalacağını zannetmemizin bir hata olduğunu, asıl olanın, 'Ermeni kanından temizlenecek Türk saplantısı zehri' olduğunu görmüş bulunuyoruz. Ayrıntılı bir analiz yapmayacağız, ancak YGCK'nın önünde bu özetin yanında hangi analizin bulunduğunu göstermek için, Cumhuriyet Başsavcılığının itirazında yer alan analizi aktaralım:

Tüm yazılara bakıldığında, izleyen her yazının kendisinden önceki yazıya dökülen fikirlerle başladığı da ayrıca görülmektedir. Bu nedenle sekizinci yazının, davaya konu cümleyle başlamasının özel bir kastın ürünü olduğu da söylenemez.

Suça konu yazının yer aldığı sekizinci yazı, final niteliğinde ve

önceki yazılarla ortaya konulan düşünceleri sonuca bağlama amacını da taşıyan bir yazıdır. Sekizinci yazının ilk paragrafı, konu bütünlüğü yönünden aynı zamanda yedinci yazının bitiş paragrafı niteliğindedir. Bu nedenle yedinci yazı kapsamında bile değerlendirildiğinde, buradaki "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Yine sanık altıncı yazısında, soykırım olarak nitelediği olaylar hakkındaki Ermeni halkının travmatik hastalığının hâlâ sürdüğünü ve Ermeni kimliğini asıl kemiren ve tüketenin bu sağlıksız ruh hali olduğunu, bu konuda Türklerin tutumunun da Ermeni kimliğini tahrip ettiğini ve Türk olgusunun Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını hatalı şekillendiren bir "kanserojen tümör" niteliğinde "algılandığını" söylemekte ve bu durumu eleştirmektedir. Yine aynı yazıda Ermeni kimliğinde algılanan bu Türk saplantısından kurtulmak gerektiğini ifade etmektedir.

Yedinci yazısında ise Ermenilerin bu Türk anlayışını kendi kimliğinden ötelediğinde, kimliklerinde adeta bir boşluk doğacağı biçimindeki anlayışın hatalı olduğunu, bu nedenle Türk'le uğraşmayarak, Ermeni kimliğine yerleşen ve Ermenilerin algıladığı Türk anlayışından kurtulmak gerektiğini; sağlıklı yapının, Ermeni kimliğinin varlık nedeni haline gelen Türklere olan bakış açısıyla değil, Ermenistan'la kurulacak diyalogla ortaya çıkacağını ifade etmektedir.

Anlatıldığı üzere, davaya konu sekizinci yazıdaki paragraf gerek kendi bütünlüğü, gerek sekizinci yazı kapsamında; gerekse tüm yazı dizisi kapsamında değerlendirildiğinde, sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı ileri sürülen "zehirli kan" Türklere ait kan değildir. Sanığa göre Ermeni kimliğini zehirleyen, Ermenilerin Türklere olan bakış açılarını, kimliklerinin bir parçası haline getirmiş olmalarıdır. Ermeni kimliği yönünden hatalı çıkış noktasını ve zehiri oluşturan bu Türk saplantısı terk edilip, bunun yerinin Ermenistan'la kurulacak bağla dolacak temiz kanla doldurulması durumunda, daha sağlıklı bir kimliğin ortaya çıkacağı belirtilmektedir.

Burada sanığın yazıyı okuyan kitlede özellikle tereddütlere veya yanlış anlamalara neden olduğu, yedinci yazıdaki konu bütün-

lüğünü kopararak bu ifadeleri sekizinci yazıya aktardığı, ustaca hareket ettiği, ayrıca sekizinci yazıyı okuyanların, önceki yazıları da izlemelerinin gerekmediği, dolayısıyla sanığın ince ve yoğun bir kasıtla hareket ettiği ileri sürülebilir.

Elbette yazının. hitap edilen kitlede yaratacağı etkinin, kaleme alınan tarafından normal ölçülerde bilinmesi gerekmektedir. Bu bilinme ve bilinen sonucu isteme ise kastı oluşturmaktadır.

Atılı suça konu cümledeki "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan" ibaresinin devamına bakıldığında, boşalacak bu zehirli kanın yerini dolduracak olan temiz kanın, "Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı damardan alınacağı" belirtilmektedir. Yazıda Ermenistan'la bağ kuracağı belirtilen kişilerin Ermeniler olması ve bu damarın da Ermenilere ait damar olması karşısında, bu damardan boşalacak zehirli kan da kuşkusuz Ermenilere ait kandır. Bu nedenle ilk bakışta Türklerin kastedildiği biçimindeki gerçeği yansıtmayan anlayış, cümlenin devamıyla ve sekizinci yazının diğer bölümleriyle bile değişmektedir.

Cümlede geçen Türk sözcüğü ile kastedilen ise Türkler olmayıp, Ermeniler/Ermeni kökenlilerdeki Türk olgusudur. İşte Ermeniler/Ermeni kökenlilerdeki hatalı ve onları zehirleyen "Türk anlayışı", kanlarından temizlenmeli ve Ermeniler/Ermeni kökenlilerden boşalacak bu kanın yerini alacak temiz kanın da, Ermenistanla kurulacak damardan alınacağı belirtilmektedir. Özellikle altıncı ve yedinci makaleler gözetildiğinde bu sonuç açıkça ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenlerle, sanık Türk sözcüğü ile Türkleri hedef almayıp Ermeniler/Ermeni kökenlilerdeki ve onların kanına işleyen hatalı, zehirli anlayışı kastetmektedir. Bu nedenle davaya konu sözler "Türkleri aşağılayıcı, küçültücü ve/veya sövgü içerikli" olmadığı gibi Türklüğe kin, nefret ve düşmanlık çağrısı da içermemektedir. Bu çıkarım, yukarıda açıklandığı üzere sanığın kastı ve yazı bütünlüğü ile uyumludur.

Kaldı ki sanığın yarattığı polemik ve tereddüt nedeniyle ilk algılama biçiminin oluşa uygun olmadığı da, kastı araştırılınca ortaya çıkmaktadır. Üstelik tereddütlü bir durumda, bu tereddüt giderilemiyorsa, yorum yoluyla suç yaratılmamalı, tereddüt te sanığın lehine yorumlanmalıdır.

Ayrıca mahkemece ifade özgürlüğünün sınırlarının bazen "yasadan" bazen de "ahlak" kurallarından kaynaklanacağı belirtilmiştir ki, yasal dayanağı olmayan hiç bir nedenle ifade özgürlüğü kısıtlanamaz. İHAS sisteminde "yasa" kavramının iç hukuktan özerk olması da, iç hukuk yönünden sonucu değiştirmez. Ahlak kurallarına dayalı sınırlama nedeni bile mutlaka yasayla öngörülmelidir.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünün yedinci paragrafında vurgulandığı üzere "Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulundukları"; Anayasa'nın 66 ncı maddesiyle ise, Türk kavramının ırksal bir temele oturtulmayıp, "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olarak" nitelendirilmesi karşısında, Türkiye Cumhuriyeti yönünden Türk ve Türk Ulusu kavramlarının, bu Türk tanımlaması ekseninde biçimlendiği açıktır. Bu nedenlerle ülkemizdeki Ermeni kökenli Türk Vatandaşları bağlamında da "eleştiri" boyutunda kalan yazıda, Türklüğü (Anayasa md. 66) alenen tahkir ve tezyifte söz konusu değildir.

Sanığın bir takım benzetmelerden hareketle düşüncelerini ortaya koyması ve "Muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünü, Ermeniler/Ermeni kökenliler için uyarlaması, Türklüğü aşağılamak olarak da değerlendirilemez. Türkler için doğruluğu kabul edilen sözden yola çıkarak Ermeniler/Ermeni kökenliler için de kendince doğru bir söylem geliştirme çabası, Mustafa Kemal Atatürk'ün sözünün Türkler yönünden doğru olmadığı anlamını da içermemektedir.

Ceza Genel Kurulu'nun Kararı

Ceza Genel Kurulu'nun, Dink'in yazılarına ilişkin özetini yukarıda aktarmıştık. Bu özetten önce Kurul, ulusal ve uluslararası düzeydeki ifade özgürlüğü düzenleme uygulamalarını

aktarır. Arkasından hakaret suçunun kapsamını belirler, eleştiri ve hakaret arasındaki farka işaret eder ve nihayet davada uygulanan Türklüğe hakaret suçunun kapsamını ortaya koyar. Olaya ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın yapılan bu tespitler, söylediğimiz gibi yukarıda aktardığımız özetle devam eder. Özet biter bitmez karşımıza şu ifade çıkar:

> Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'ün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır.

Esasında, gerek Başvsavcılığın iddia ve analizlerini gerekse Kurul'un kendi özetini okuyanlar açısından şaşırtıcı bir sonuçtur bu. Kurul, bu kararının gerekçelerini açıklamadan önce neyi yanlış yapmadığını açıklar:

> Kurulca bu sonuca varılırken, sadece bu cümleye dayanılarak değerlendirme yapılmamış, 8 yazının birbirini takip eden seri yazılar olduğu, özellikle konuyla ilgili olarak, 6, 7 ve 8. yazıların birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş, ayrıca Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihî olaylara bakış açısı, katılınmamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.
>
> Yine, Anayasası'nın 66. maddesiyle, vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk olarak kabul eden gerek anayasası gerekse ceza yasasıyla her türlü ayrımcılığı reddeden, Lozan Antlaşması ile de, Ermeni Kimliğini, azınlık niteliğinde kabul eden bir ülkede, Ermeni kimliğinin korunmasını savunmak, tamamen bu güvenceler kapsamında kabul edilmiş, sanığın bu düşünceleriyle eylemi arasında atılı suç öğeleri veya kastı yönünden düşünsel bağ kurulması yoluna gidilmemiştir.

Yani Kurul şunu söylüyor: "İlk derece mahkemesinin tek bir

yazıya bakma hatasına düşmedim." Ama sonra gereksiz ve anlamsız bir açıklama yapıyor: "Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihî olaylara bakış açısı, katılınmamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir". Gereksiz, çünkü sanığın 'Ermeni kökenli' oluşunun hiçbir değeri yok. Türk kökenli, Alman kökenli vs. olsa idi, farklı bir sonuç mu çıkacaktı? Anlamsız, çünkü Kurul'un herhangi bir kişinin tarihî olaylara bakış açısına katılmak veya katılmamak gibi tutumu olamaz. Ve mefhumu muhalifinden düşünecek olursak: Sanki katılmadığı bir bakış açısını ifade özgürlüğü kapsamı dışında değerlendirmek mümkün müydü? Ve hatta, Kurul bir lütufta bulunduğunu mu söylemiş oluyor?

Kurulun düşmediğini söylediği bir hata ise şu: İlk derece mahkemesinin, sanığın kastını belirlerken, sanığın Ermeni kimliği oluşturma çabasına yaptığı vurguya katılmadığını söylüyor. Lozan Antlaşması ile güvence altına alınan bir kimliğin korunmasını savunmak suç sayılmadığı gibi sanığın kastıyla bir ilişkisi de kurulamaz, diyor.

Peki, bu iki hataya düşmedi ise, aktarılan özette ve Başsavcılığın itirazında yapılan analizde, tartışma konusu ifadenin Türklükle ilgisi olmadığı açıkça görülebildiği halde Kurul bu sonuca nasıl ulaştı? Kurul öncelikle sanık savunmasında, bildirilen mütalaalarda, bilirkişi raporunda ve Başsavcılık itirazındaki bu iddiayı katılmadığını belirtiyor:

> İzleyen her yazının kendisinden önceki yazıya dökülen fikirlerle başladığı ve dolayısıyla, sekizinci yazının da bu kapsamda bulunduğu kabul edilmiş, ancak gerek savunmalarda gerekse bilirkişi beyanı ile hukukî görüşte ifade edildiği ve Yargıtay C.Başsavcılığınca da itirazen ileri sürüldüğü gibi, "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği görüşlerine katılınmamış...

Kurul neden katılmadığını ise şöyle açıklıyor:

yazarın, Türk-Ermeni ilişkilerini ve tarihsel süreci kendi bakış açısıyla yorumlarken, Türk'ler için "paranoya", Ermeniler için "travma", sözcüklerini kullanması, 7. yazıda; Ermeni dünyası yaşadığı tarihî dramın gerçekliğinin farkındadır ve bu gerçeklik bugün Dünya ülkelerinin ve Türkiye'nin kabul edip etmemesi ile değişecek değildir. Düşüncelerine yer verdikten sonra, "Gayrı herkesi kendi vicdansızlığıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. Bu gerçekliği kabul edip etmemek, esasen herkesin kendi vicdani sorunudur, bu vicdan da temelini bizatihi insanlık denilen ortaklığımızdan -'İnsan' kimliğimizden- alır. Dolayısıyla gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar." yönündeki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşılmıştır.

Öyleyse Kurul'un ilk kanıtı, yazarın Türkler için 'paranoya', Ermeniler için 'travma' sözcüklerini kullanması. Ama Kurul'un bu kanıtları hangi anlamda kanıt kabul ettiğini anlayamıyoruz. Sözcüklere bakacak olursak, paranoya, abartılı bir kuşku ve güvensizlik, esası olmayan bir tehlikenin varlığına inanma ve bu tehlikeyi fazlaca ciddiye alarak korkma değil midir? Travma ise, canlı üzerinde beden ve ruh bakımından önemli ve etkili yaralanma bırakan yaşantı değil midir? Benim Dink'ten anladığım, Türkler Ermenilerle olan ilişkilerinde Ermenilere karşı aşırı bir güvensizlik duyuyor ve ilişkiye girmeleri durumunda geleceğe yönelik esası olmayan bir tehdit algısına sahip. Ermeniler ise Türklerle olan ilişkilerinde, geçmişte yaşanan acı olayların etkisinden kurtulamayarak sağlıklı bir şekilde düşünemiyorlar. Bunlar kötü niyet ve tezyifi nasıl gösterebilir?

Kurul'un ikinci kanıtı, merkezinde 1915 olaylarının bulunduğu olayların gerçekliğinin kabul edilmemesini, Dink'in vicdansızlık olarak nitelemesidir. Öncelikle şunu belirtelim, Dink'in 1915 olaylarına ilişkin yaklaşımı Kurulca ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilmiştir. Eğer Dink'in bu olayları en basitinden bir 'katliam' en ağır ifadesiyle bir 'soykırım' olarak

nitelemesi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş ise, bu kabulden türetilecek ahlakî yargıların dile getirilmesi de aynı kapsamda kabul edilmek zorundadır. Zira bir olayı katliam veya soykırım olarak gören birisinin, bu olayların görmezden gelinmesini ve reddedilmesini vicdansızlık olarak nitelemesi çok doğaldır. Üstelik bu tartışmanın, davaya konu olmuş olan ifadedeki 'zehirli kan' tabiriyle hiçbir ilgisi yoktur. Halbuki Kurul bu kanıtları, 'zehirli kan' tabirinin anlamını belirlemek için kullanmıştır. Esasında Kurul ilk derece mahkemesinin düştüğü hataya, yani Ermeni kimliğinin geliştirilmesi çabasına atıfla kastın belirlenmesi hatasına, Dink'in başka sözlerini anlamsal olarak değil belki duygusal olarak zehirli kan ifadesiyle ilişkilendirerek düşmektedir.

Kurul gerekçe sunmaya devam eder:

> Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetildiğinde, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılamanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmış...

9. CD'nin yazının yayımlandığı mevkute ile ilgili kullandığı kalıbı tekrarlayan Kurul'a, yukarıda belirttiğimiz eleştirileri yöneltebiliriz. Ve yine, bu yazının neresinde Ermeni toplumu yüceltilirken Türk toplumunun aşağılanmış olduğunu sormamız gerekiyor.

Dink kararı, sadece yasaların değil, dava konusu olayların ve metinlerin anlamlandırılmasının ve yorumlanmasının da hayati öneme sahip olduğunu gösteriyor. Bu karara yönelik eleştiriler genellikle kararın siyasi olduğuna, Türk yargısının milliyetçi reflekslerine atıf yapar. Bu eleştirilerde elbette doğruluk payı var. Benim göstermek ve yapmak istediğim şey, bu siyasi yahut milliyetçi, ayırımcı refleksleri değil ama sonuçla-

rını ortadan kaldırma önerisi olarak gerekçelendirmenin önemini ortaya koymak. Makul bir gerekçe yazmayı bilen bir hukukçunun, verili hukuk çerçevesinde bu görüş ve eğilimlerini karara yansıtması mümkün olmayacaktır. Makul bir gerekçe yazabilen bir hâkimin, Dink kararında 'Türklüğe hakaret' sonucuna ulaşması mümkün değildir.

Kaynakça

Aarnio, Aulis (1986). **The Rational as Reasonable**, Dordrecht: D. Rediel Publishing Company.

Akarsu, Bedia (thz). **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, Altıncı Baskı.

Akbaş, Kasım (2015). "Ronald Dworkin: Pozitivzimin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir 'Yargılama Kuramı'na", **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed.: Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki Yayınları, ss. 195-212.

Alatlı, Alev (2009). **Aklın Yolu da Bir Değildir**, İstanbul: Destek Yayınları.

Alexy, Robert (1989). **A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Almancadan İngilizceye Çev.: Ruth Adler ve Neil McCormick. Oxford: Clarendon Press. (**Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rational Diskurses als Theorie der juristischen Begründung.** Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978'in çevirisi).

Alexy, Robert (1993). "Legal Argumentation as Rational Discourse", **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto IV Serie**, LXX-2, Rome: Giuffré, ss. 165-178.

Baç, Murat (2010). **Epistemoloji**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını.

Butler, Edgar (2005). "Legal Pragmatism", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, http://www.iep.utm.edu/leglprag/ (25.11.2013).

Çetin, Fethiye (2013). **Utanç Duyuyorum – Hrant Dink Cinayetinin Yargısı**, İstanbul: Metis Yayınları, 2013.

Demir, Gökhan Yavuz (2015). **Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği**, İstanbul: İthaki Yayınları.

Feteris, Eveline T. (2010). **Hukukî Argümantasyonun Temelleri – Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Paradigma Yayıncılık.

Frank, Jerome (1931). "What Courts Do In Fact – Part One", **Illinois Law Review**, C. 26, s. 645-66.

Gözler, Kemal(1998). **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara: US-A Yayıncılık.

Holmes, Oliver Wendell , Jr. (1897). "**The** Path of the Law", **Harvard Law Review**, C. 10, s. 457-78.

Holmes, Oliver Wendell , Jr. (2005[1881]). **The Common Law**, New Brunsick ve Londra: Transaction Publishers.

Metin, Sevtap (2003). "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İÜHFM**, C.: LXI, S.: 1-2, ss. 35-83.

Neuman, W. Lawrence (2012). **Toplumsal Araştırma Yöntemleri**, Cilt I, Ankara: Yayın Odası.

Okan N., D. Gökbel ve A.H. Atalay (2008) **Temel Hukuk Terminolojisi**, Ed.: N. Okan, D. Gökbel, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını.

Peirce, Charles Sanders (1991[1877]). "The Fixation of Belief", **Peirce on Signs – Writings on Semiotic by Charles Sanders Peirce**, Ed.: James Hoopes, Chapel Hill ve Londra: The University of North Carolina Press.

Peirce, Charles Sanders (1991[1878]). "How to Make Our Ideas Clear", **Peirce on Signs – Writings on Semiotic by Charles Sanders Peirce**, Ed.: James Hoopes, 1991/1878, s. 160-79.

Peirce, Charles Sanders (2004[1905]). "Pragmatizm Nedir", **Felsefi Metinler: Pragmatizm**, Çev.: B. Genç, İstanbul: Üniversite Kitabevi, ss. 101-119.

Shook, John R. (2003). **Amerikan Pragmatizminin Öncüleri**, İngilizceden Çev.: Celal Türer, İstanbul: Üniversite Kitabevi Yayınları.

Tepe, Harun (1995). **Platon'dan Habermas'a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat**, Ankara: Ark Yayınevi.

Türkbağ, Ahmet Ulvi (2010). **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, İstanbul: Derin Yayınları.

Uzun, Ertuğrul (2010). **Akıl Tutkunu Hukuk – A. Peczenik'in Hukukî Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Uzun, Ertuğrul (2010). "Robert Alexy'nin Hukukî Argümantasyon Teorisinde Hukukî Tartışma Kuralları", **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2010/1, ss. 13-52.

Uzun, Ertuğrul (2011). "Aulis Aarnio'nun Hukukî Muhakeme Teorisinde Hukukî Yorumların Doğruluk Ölçütleri", **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 7, S. 18, ss. 95-120.

Uzun, Ertuğrul (2010). "Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? – Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukukî Argümantasyon Teorisi", **HFSA 25. Kitap**, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V, İstanbul: 13-17 Eylül 2010 bildirileri, ss. 72-96.



Türk hukuk biliminin en geri kalmış kısmı, *hukukun genel teorisi*dir. Bu teorinin en geri kalmış kısmı ise *hukuk metodolojisi* ve *argümantasyon teori*sidir. Türk hukuk bilimi, hukuk metodolojisi ve argümantasyon teorisi açısından "taş devri"nde yaşıyor. Ertuğrul Uzun'un elinizde tuttuğunuz bu kitabı, taş devri gecesinde bir kutup yıldızı gibi parlıyor.

Prof. Dr. Kemal Gözler

Yorum sorununu çözme iddiasındaki safdil bir hukuki söylem "yorum metotları" başlığı altında ve tasniften başka bir işe yaramayan bir anlatı üretimini kendine uğraş edinedursun, Ertuğrul Uzun'un bize bir panoramasını sunup uygulamasını gösterdiği asıl Hukuk Metodolojisi, hukuki tartışmanın ve kanıtlamanın iç dünyasına nüfuz edilmedikçe yargılamanın değil bilişsel ahlaki koşullarının bile sağlanamayacağını; bilimsiz ve yöntemsiz, hakîm, fehîm ve metin olunamayacağını gösteriyor.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Halûk Atalay



instagram.com/norakitap
facebook.com/nora.kitap
twitter.com/nora_kitap

ISBN 978-605-65957-2-1

