

1. GİRİŞ

Usavurma, “*us yetisinin etkinliği ile düşünce yürütmek*”, “*bir düşünmeden başka düşüncelere, mantıksallık, ussallık çerçevesinde geçmek, birinden öbürünü çıkarmak*”tır.¹ ‘Birinden öbürünü çıkarmak’la kastedilen, “*en az iki düşünce arasında, bu düşüncelerden birini öbürünün kanıtlayıcı olarak ele alıp buradan bir sonuca ulaşmaktır*”². Hukuksal usavurma da, belli bir durum ya da olayın, hukuk kuralları ve uygulaması açısından ifade ettiği anlamı bulma faaliyetidir. Pek çok yazara göre dedüksiyon, hukuksal usavurmanın modelidir.³

Hukuksal usavurma konusunda fikir beyan eden pek çok yazar, hukuk ve mantık ilişkisine dair görüşleri farklılık gösterse bile, mahkeme kararlarını hukuksal usavurmanın belirlenebileceği yegâne malzeme olarak görür. Zira hükmün somutlaştığı metin öncesi dönem, ele gelmez, gözlemlenemez, karar vericinin⁴ iç dünyasında gerçekleşen, psikolojik etkilenimlere açık bir evredir. Karar metninin yazımından önceki bu dönem, dolayısıyla, ya inceleme konusu yapılmamış ya da keşif, maharet, deneyim, bilgi birikimi gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durumda,

* Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Arda Denkkel, *Bilginin Temelleri* (İstanbul: Metis Yayınları, 1998), s. 142.

(2) Doğan Özlem, *Mantık* (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1999), s. 30.

(3) Türkçe literatürde örn. bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), s. 180 (“*hukukî sonuç çıkarmanın temel formu, bilinen tasım’ın (tasım – syllogisme, mantıkî kıyas) bir uygulaması olarak karşımıza çıkar.*”); Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), s. 70 (“*Hukuk kuralının uygulanması en basit şekli ile bir tündengelim ve tasım işlemidir.*”); Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1997), s. 77 (“*Hukukî usavurmanın (muhakemenin) temeli tasımdır.*”); Aydın Aybay ve Rona Aybay, *Hukuka Giriş* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003), s. 299-300 (“*hukukun uygulanması denilince, soyut hukuk kuralı ile somut olay arasındaki ilişkinin saptanması ve buna göre somut olayın, soyut kuralda öngörülen hukuksal sonucu bağlanması anlaşılır. Burada sözü edilen “saptama” işe bir mantık işlemi olan “tasım”a (kıyas=syllogism) dayanır... Hukukun her dalında söz konusu olan “uygulama” yada “hukukun uygulanması” denilince, temelinde bu zihinsel işleminin (tasım’ın) yer aldığı bir süreç anlatılmış olur.*”); Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), s. 234 (“*...bir normun [uygulanması] ancak tündengelim yoluyla mümkün[dür].*”); Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (İzmir: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008), s. 30-31.

(4) Hukuksal usavurma çalışmaları, bu tebliğde de olduğu gibi, karar verici olarak yargıcı figürünü ele alır. Bir hukuk sisteminden yargı yerleri ve yargılama olmaksızın bahsetmenin mümkün olmadığı ve hukuk sisteminin en önemli ürününün yargı kararları olduğu göz önüne alındığında, bu kabul, çok da yanlış değildir. Ancak hukuksal usavurma faaliyeti kesinlikle sadece yargıca ait bir faaliyet değildir. Zira yargılama sürecine ilişkin fikir beyan etme durumunda olan herhangi biri de, yargıcinkine benzer bir usavurma faaliyeti gerçekleştirecektir. Bununla birlikte, bazı yazarların, hukuk bilimindeki tartışmalarda, avukatların müvekkilleriyle yaptıkları görüşmelerde, yargılama sırasında ve yargıcın kararında yaptığı usavurma, kanıtlama faaliyetlerini birbirinden ayırdığını da belirtmek gerekiyor.

hukuksal usavurmanın iki olası anlamı ortaya çıkmaktadır: Bunlardan birisi, tartışma konusu bir olayın hukuksal anlamını belirlemek üzere yapılan gerçek bir usavurma sürecidir. Yargıcın çözmek üzere ele aldığı bir olaya ilişkin ilk izleniminden ve ilk bilgileri edinmesinden başlar ve zihninde kararını vermesine kadar devam eder. İkincisi ise, karar metninin oluşturulmasıdır ki, burada karara nasıl ulaşıldığı dile getirilirken, asıl olarak, bir kanıtlama (argümantasyon) yapılmaktadır. Yargıç karara ulaşırken yaşadığı gerçek süreci anlatmak yerine, kararını neden bu şekilde verdiğine ilişkin nedenler ileri sürmektedir. Böylece karar metni, hukuksal usavurmanın değil, hukuksal usamlamanın (kanıtlama, argümantasyon) bir örneği olarak ortaya çıkar.

Aşağıda, öncelikle, bu iki aşamayı birbirinden ayırarak, hukuksal usavurma ifadesini karar vericinin zihninde karar vermeye ulaşırken yaptığı işlemlerin karşılığı olarak kullanacak ve dedüksiyonun bu süreç içerisindeki yerini tartışacağız. Arkasından, hukuksal kanıtlamanın sahip olması gereken asli unsurların neler olduğunu kısaca ele alarak, dedüksiyonun bu kanıtlama faaliyeti içerisindeki önemine ilişkin ileri sürülen iki itirazı, Toulmin ve Perelman'ın hukuksal kanıtlama modellerini sunacağız.

2. SÜREÇ OLARAK HUKUKSAL USAVURMA

Hukuksal usavurma, gerçeklik dünyasına ait olduğu düşünülen bir olayın hukuksal açıdan ifade ettiği anlamın bulunması ve bu anlam çerçevesinde hukukun gerektirdiği sonucun belirlenmesidir. Dolayısıyla her hukuksal usavurma, gerçeklik dünyasında meydana gelmiş ya da gelebilecek bir

olayın düşünülmesiyle başlamak durumundadır. Gerçek bir yargılama süreci açısından düşünürsek, medeni yargılamada bir yurttaş, ceza yargılamasında ise savcı, yargıcı böyle bir olaydan haberdar eder, yargıca bir öykü anlatırlar. Yargıç, iddiaların ve delillerin anlattığı öyküyü yeniden ve bu sefer hukuk diliyle yazmak durumundadır. Öykünün yeniden yazımı sırasında ve sonrasında, uygulanacak hukuk kuralı aranır. Kural bulunduktan sonra da, olaya uygulanarak hükme ulaşılır. Bu süreci şemalaştıracak olursak:



Hukuksal usavurma olarak adlandırdığımız bu süreç, tekrarlayacak olursak, yargıcın zihninde gerçekleşmektedir. Yargıç bir hükme ulaşmış, ancak bunu, bir karar metni içerisinde, nedenlerini, argümanlarını sunarak açığa vurmamıştır.

2.1. Hukuksal Usavurmada Dedüksiyon

Hukuksal usavurma süreci böyle belirlendikten sonra, dedüksiyonun bu süreci açıklamada başarılı olup olamayacağına bakalım. Ancak bundan önce, dedüksiyonla neyin kastedildiğini ve hukuk literatüründe dedüksiyonun hukuksal usavurmanın modeli olarak hangi uygulamalarla sunulduğunu hatırlayalım.

Klasik mantık, üç temel usavurma biçimini kabul eder: 1. Dedüksiyon, 2. Endüksiyon ve 3. Analoji. Dedüksiyon, usavurma biçimleri içerisinde kesin sonuçlar çıkarma kapasitesine sahip yegâne araçtır. Dedüksiyonda iki öncül bulunur ve bu öncüller dedüksiyonun belirlediği koşullara uyduğu takdirde, kesin, güvenilir, zorunlu sonuçlar üretirler. Dedüksiyonun çeşitli biçimleri vardır; ancak bunlardan en çok bilineni kategorik tasımdır. Hukuksal usavurmanın temel biçimi olarak dedüksiyon zikredilmekle birlikte, asıl kategorik tasım örnekleri verilmektedir. Kategorik tasım, birincisi genel bir önerme, ikincisi ise bu genel önermenin kapsamına giren özel bir önerme olan iki öncülün zorunlu kesin ve zorunlu sonuç ürettiği bir usavurma biçimidir. Örneklersek:⁵

Bütün insanlar ölümlüdür.

Sokrates insandır.

[O zaman] Sokrates ölümlüdür.

Hukuksal usavurmada ise kabul edilen görüş, birinci önermenin bir hukuk normunu, ikinci önermenin hukuksal niteliği soruşturulan olayı/-durumu oluşturduğu, bu ikisinin ilişkisinden de hukuksal sonucun ortaya çıktığıdır. Örneklersek :

Hırsızlık yapanlar (hırsızlık yapan herkes/bütün hırsızlar) cezalandırılmadır.

Sanık hırsızlık yapmıştır.

Sanık cezalandırılmadır.

Dedüksiyonu ve dedüksiyonun hukuksal usavurmanın modeli olarak sunulmasını bu şekilde gördükten sonra, gerçekten böyle bir modellemenin uygun olup olmadığı sorusuna geçebiliriz.

İlk itiraz, dedüksiyonun, sonuca ulaşma aşamalarının zamansal olarak hukuksal karar verme süreci ile olan uyumsuzluğudur. Zira dedüksiyon hukuksal usavurmaya model olarak gösterilirken, birinci önerme hukuk kuralı ikinci önerme ise dava konusu olay olmaktadır. Halbuki, gördüğümüz üzere ve doğallıkla, yargıcın hukuksal bir sonuca ulaşırken ilk olarak elde ettiği bir hukuk normu değil, bir olaydır. Karara ulaşmada asıl olan ise, zaten, uygulanacak hukuk kuralının tespitidir. Dedüksiyonun hukuksal usavurmadaki yeri, eğer bir yeri var ise, ancak uygulanacak hukuk kuralının tespit edilmesinden, hangi hukuk kuralının uygulanacağına karar verilmesinden sonra gelir. Bu faaliyet ise hukuksal usavurmaya zihinsel faaliyet açısından özniteliğini vermez. Bu durumda dedüksiyon hukuksal usavurmanın bir modeli olarak kabul edilemez.

İkinci itiraz ise, dedüksiyonun sonuca ulaştırma özelliği konusunda ortaya çıkar. Bilindiği üzere dedüksiyon yeni bir şey ortaya çıkarmaz. Belki yaptığı, bilineni açık seçik ortaya koymadır. Ancak hukuksal karar verme sürecinde yargıç 'yeni', 'bilinmeyen' bir gerçekliği ortaya koymakla görevlidir. Dedüksiyonla ilgili örneğimizi tekrarlayalım:

Bütün insanlar ölümlüdür.

Sokrates insandır.

[O zaman] Sokrates ölümlüdür.

(5) Burada örnek olması açısından sadece kategorik tasıma yer veriyorum. Ancak hukuksal usavurmada dedüksiyona hipotetik (koşullu) tasım şeklinde de yer verilmektedir. A hırsızlık yapmış ise cezalandırılmadır. A hırsızlık yapmıştır. A cezalandırılmadır.

Bu çıkarımdaki sonuç, bilinmeyen bir olgu değildir. Eğer insanların ölümlü olduğu biliniyorsa, Sokrates'in ölümlü olduğu da bilinmek durumundadır; çünkü onun insan olduğu da bilinmektedir. Oysa hukuksal karar verme sürecinde sonuç, önceden bilinen bir önerme olamaz⁶.

2.2. Hukuksal Usavurmaya Açıklama Denemesi: Analoji

Peki, hukuksal usavurmaya başkaca bir mantıksal faaliyetle açıklayamayacak mıyız? Bu faaliyet, şartırtıcı bir şekilde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yapılan hukuksal usavurma araştırmalarında ihmal edilen analoji, yani örnekseme ile gerçekleştirilir. Kısaca analoginin nasıl kullanıldığını göreceğiz, ancak şimdiden, esasında analoginin de bir başka akıl yürütme biçimine dayandığını göstereceğimizi söylememiz gerekiyor.

Analoji ya da örnekseme, bilindiği gibi, "A ve B'nin X gibi bir ortak özelliği, ayrıca A'nın Y gibi bir başka özelliği olduğunda, B'nin de Y gibi bir özelliği olacağına varmaktır."⁷ Analojide akıl yürütme işlemi şu şekilde gerçekleşir⁸:

İngilizler ve İskandinavlar kuzey Avrupalıdır.

İngilizler soğukkanlıdır.

O halde, İskandinavlar da soğukkanlı olmalılar.

Bu örneği daha ayrıntılı bir şekilde yazacak olursak:

İngilizler kuzey Avrupalıdır.

İskandinavlar da kuzey Avrupalıdır.

İngilizler aynı zamanda soğukkanlıdır.

O halde, İskandinavlar da soğukkanlı olmalıdır.

Hukukta analoginin kullanımı biraz daha karmaşıktır. Hırsız Ahmet'le ilgili örneğimizle devam edelim: 'Hırsızlar cezalandırılmalıdır' şeklindeki önermemiz, bir veya birkaç hukuk kuralının anlamını yansıtmaktaydı. TCK'yı (md 141) temel alacak olursak, bu anlamı doğuran kuralın aslı şu şekildedir: "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

Şimdi yargıcın yapması gereken, olayı anlatan bir tümce yazmaktır. Yargıcın tümcesinin şöyle kurulduğunu düşünelim: "Sanık Ahmet, Mehmet'e ait olan taşınmaz malı, satarak maddi kazanç sağlamak amacıyla Ahmet'in çantasından almıştır." Bu durumda, analogik akıl yürütme örneğindeki gibi elimizdeki tümceleri yazarsak:

Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir⁹.

Sanık Ahmet, Mehmet'e ait olan taşınmaz malı, satarak maddi kazanç sağlamak amacıyla Ahmet'in çantasından almıştır.

Öyleyse Ahme'e bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir.

Analojiyi başka bir şekilde ifade edecek olursak:

X, Y ve Z özelliklerini taşıyan (varsayımsal) F, C özelliğine de sahiptir.

(A), X, Y ve Z özelliklerini taşımaktadır.

O zaman C özelliğine de sahip olmalıdır.

Burada yapılan, tekil bir olayın, genel bir tanıma uyup uymadığının belirlenmesidir. Bunu da analogik akıl yürütmeyle yaparız. Hırsızlık, birinci tümcede tanımlanan bir kavram olmakla birlikte, yine birinci tümcedeki kişinin bir özelliğidir. Kişinin diğer özelliklerinin (taşınır bir malın alınması, malın zilyedin rızası olmadan alınması, kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla alınması) Ahmet'te bulunması, onun hırsız ya da eyleminin hırsızlık olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Bu işlemin basit bir tanımsal uygunluk testi değil de analoji olmasının nedeni, esasında Ahmet'e ilişkin daha pek çok özelliğin dava dosyasında bulunmasına rağmen (Ahmet aynı zamanda siyah gözlü, kumral, berberlik yapan, cana yakın bir kişidir), 141. maddede sayılan özellikleri de taşıdığına tespit edilmesinin gerekmesidir.

Böylece, her hukuk kuralının, dış dünyada gerçekleşme olasılığı bulunan bir 'olay'ı tasvir ettiğini, yargıcın karar verirken yaptığı işlemin ise, önüne getirilen olayı kendince tasviri ile hukukun

tasvir ettiği olay arasında benzerlik kurmak olduğunu söyleyebiliriz.

2.3. Usavurmaya Açıklama Denemesi: Abdüksiyon¹⁰

Sonucu belirleyen uygulanacak hukuk kuralı ile somut olay ilişkisinin esasında analogiyle belirlendiğini göstermiş bulunuyoruz. Ancak analogi, klasik mantık açısından yapılan bir isimlendirmedir ve bizim asıl sorumuzun yanıtını vermez. Zira asıl ortaya çıkarılması gereken, bu ikisi arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğundan çok, birinci önermenin, yani hukuk kuralının, bir başka deyişle uygulanacak hukuk kuralının nasıl bulunup bu analogi işleminin başlatıldığıdır. Örneğimiz açısından daha da açıklayıcı olacak olursak, araştırdığımız şey, yargıcın Ahmet'in eylemini değerlendirirken TCK md. 141'i nasıl bulup çıkardığı, aynı kanunun bir başka maddesini ya da başka bir kanunun başka bir maddesini değil de, bu maddeyi analogide kullandığıdır.

Uygulanacak hukuk kuralının bulunması süreci, karanlık, aydınlatılmamış bir süreçtir. Kimi hukukçu, yargıcın ya da hukukçunun maharetinden, deneyiminden bahsederken, kimi hukukçu bir keşiften ya da sezgilerden bahsetmekte, hatta bu aşama bir sanat olarak görülmektedir. Ancak Amerikalı filozof, pragmatizmin kurucusu Ch. Sanders Peirce, bütün usavurmanın temeli olarak bir başka usavurma biçimi var olduğunu iddia etmiştir. Peirce'ün abdüksiyon ismini verdiği bu usavurma biçimi, usavurmaya nasıl başladığımızı aydınlatmak üzere tasarlanmıştır. Peirce'ün amacı, *logica docens* dediği mantıkçıların mantığının da temelinde yatan *logica utens*'in ilkelerini bulmaktır. *Logica*

(6) Kararın önceden bilinmezliğinin ve yargıcın hukuksal karar verme sürecindeki belirleyiciliğinin salt mantıksal açıdan açıklanamayacağı da unutulmamalıdır. Zira mahkeme kararları bazen yanlış ya da hatalı olarak nitelendirilse de, karar olarak geçerliliklerini korurlar. Bu, mantık, dil vs sorunlarının dışında, bu konuda otorite olmakla ilgilidir. Ancak söz konusu durumun dedüksiyonla ilgili yaptığımız açıklamaya herhangi bir etkisi yoktur.

(7) Özlem, Mantık, s. 44.

(8) Örnek, ibid., s. 44'ten alınmıştır.

(9) Yasa metninde haber kipiyle, yani 'verilir' şeklinde ifade edilen düşünce, esasında yargıca yönelmiş bir emir tümcesidir ve 'verilmelidir' anlamı taşır.

(10) Bu kısım, Ertuğrul Uzun, *Hukuk Göstergebilimi* (İstanbul: Legal Yayıncılık), s. 149-156'ya dayanmaktadır.

docens, usavurmanın güvenilir ve zorunlu biçimlerini anlatıyor ancak bu noktaya kadar yapılan akıl yürütme biçimlerini ya güveniliyor bulmuyor ya da konusunun dışında bırakıyordu. Oysa logica utens, yani sistemleştirilmemiş mantık ilkeleri de aydınlatılmaya muhtaçtı. Logica utens'in temel usavurma biçimi olarak abdüksiyon, dedüksiyonda kullandığımız öncülleri nasıl oluşturduğumuzu açıklamaya çalışır; zira, hukukta da olduğu gibi, usavurma hiçbir zaman hazır öncüllerle yapılmaz.

Peirce'ün abdüksiyonu nasıl kullandığını görmek için verdiği bir örneği biraz açalım. Aşağıdaki çıkarım, bir dedüksiyon örneğidir:

Çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Bu fasulye çantadandır.

O halde, bu fasulye beyazdır.

Şu ise, bir endüksiyon örneğidir:

Bu fasulyeler çantadandır.

Bu fasulyeler beyazdır.

O halde, bu çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Endüktif akıl yürütme, gözlemlere ve deneylere dayanır ve sınıflandırıcı bir özelliğe sahiptir. Genel kabule göre, bilimsel araştırmalarda, önce endüksiyonla, gözlemlerden bir kurala ulaşılır, daha sonra dedüksiyonla bu kuralın geçerliliği sınanır. Dedüksiyon şeması içerisinde, ikinci öncüle deney yazıldığında,

mantıksal olarak çıkması gereken sonuçla veri uyuşmuyorsa, kuraldan vazgeçilir ya da bu kural değiştirilir. Peirce'ün araştırdığı, bir araştırmada verilerin toplanması için araştırmacıyı harekete geçiren mantıksal süreçtir. Peirce'e göre abdüksiyon, bu aşamada, daha doğrusu ilk aşamada ortaya çıkar; hipotezler abdüksiyonla türetilir ve seçilir, dedüksiyon bu seçilmiş hipotezlerin zorunlu sonuçlarını ortaya koyar, endüksiyon ise bu sonuçların, dolaşısıyla hipotezlerin sınanmasında kullanılır.¹¹

Peirce, bir odaya girdiğinizi, bir masanın üzerinde bir avuç beyaz fasulye gördüğünüzü düşünün diyor. Kısa bir araştırmadan sonra, odada bir de, içindeki fasulyelerin tümü beyaz olan bir çanta bulmuş olun. Bu durumda şöyle bir çıkarım yaparsınız¹²:

Bu çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Bu fasulyeler beyazdır.

O halde, bu fasulyeler bu çantadandır.

İlk bakışta bir dedüksiyon gibi görünen bu çıkarım, birinci öncülle büyük önerme arasında herhangi bir ortak terime sahip olmadığı için, dedüksiyon değildir. Mantık açısından geçerli bir çıkarım olmamakla birlikte, bu şekilde, sınanabilecek, araştırılabilecek, yeni eylemler ve çıkarımlar için doğruluk olasılığına sahip bir önerme yaratılmış olur. Üstelik abdüksiyon, "tümevarımsal [endüktif] sonuçtan daha güvenli bir statüye sahiptir. Tümevarımsal çıkarımlar benzer durumlar

arasında hareket eder. Oysa hipotezler veya çıkarımlar [abdüksiyonlar] gözlemlenenlerden yola çıkarlar ve gözlemlenenlerin oluşmasına dair açıklamalarda bulunurlar".¹³ Bu şekilde, bilinen olguları, mevcut hipotezlerden daha iyi açıklayan yeni bir hipotez seçebilir ve formüle edebiliriz.¹⁴

Açıklayıcı bir hipotezi kabul etme işlemi –ki abdüksiyodan ibarettir– belli koşullara tabidir. Yani, bir hipotez, olayları ya da olayların bir kısmını açıklayacağı varsayılmıyorsa, hipotez olarak bile kabul edilmez. Bu durumda çıkarsama biçimi şu şekildedir: Şaşırtıcı bir olay, C, gözlenmiştir. Eğer A doğru ise, C olağan olur. O zaman, A'nın doğru olduğunu düşünmek için bir neden söz konusudur.¹⁵

Böylece abdüksiyonla sürekli bir deneme yanılma, bir sınama sürecine girilmiş olur. Mevcut olayın özellikleri, hukuk eğitimi ve yargıçlık deneyimiyle desteklenen bir düşünce evreninde olası büyük önermelerin aranması, uygun olmayanların ayıklanması, nihayetinde en uygun önermenin, yani uygulanacak hukuk kuralının bulunması sonuçlanır.

Hırsız Ahmet örneğimizde, "Hırsızlar cezalandırılmalıdır. /Ahmet hırsızdır./ Öyleyse Ahmet cezalandırılmalıdır." çıkarımının ikinci öncülü için, bir analogi kullanmıştık. Bu analogiyi kurarken, birinci öncülü hukuksal usavurma

konusundaki literatüre uygun olarak verili kabul etmiştik. Oysa yargıç böyle bir öncüle sahip değildir. İşin doğrusu, bırakalım büyük önermeleri, hiçbir çıkarım kendi başına, durup dururken ortaya çıkmaz. Kavramı anlamakla birlikte abdüksiyonun gündeme getirdiği hususları aktaran Ural'a göre, dedüksiyondan önce daima bir soru ya da sorun vardır. "Eğer", diyor Ural, "yeşil kalemimi arıyorsam ve bir anda tüm kalemlerimin okulda olduğunu hatırlarsam, "bütün kalemlerim okuldadır", "yeşil kalemim de bu kalemlerin arasındadır" şeklinde ifade edilebilecek öncüllerin bir araya getirilmesi ve o halde "yeşil kalemim okuldadır" gibi bir çıkarımın yapılması söz konusu olabilir. Fakat yeşil kalemimi aramıyorsam, söz konusu öncüllerin bir araya getirilmesi için de bir sebep yoktur. Yani kısaca, öncüller. bir amaç için (yani sonuç önermesi dolayısıyla) bir araya getirilmiş olmaktadır".¹⁶ Yine Ural'la devam edelim: "Verilen bir önermeye dedüktif çıkarım kuralları çerçevesinde öncül arama ihtiyacı, bu önermeyle ilgili olarak soracağımız "niçin" sorusuna bağlanabilir. Mesela "kar beyazdır" önermesi "kar" terimiyle işaret edilen nesnenin beyaz olmasından dolayı, kısaca, kar beyaz olduğu için doğrudur. Fakat "niçin kar beyazdır?" sorusu karşısında, karın kimyasal özellikleriyle, kırılma kanunlarıyla, fizyolojik özelliklerimizle ilgili bilgi veren önermelere dedüktif bir çıkarımın öncülleri olarak ihtiyaç duyulur."¹⁷

Dolayısıyla dedüksiyon veya analogi öncesi daima bir soru yahut sorun

(11) Stephen M. McJohn, "On Uberty: Legal Reasoning by Analogy and Peirce's Theory of Abduction", *Willamette Law Review*, C. 29, 1993, s. 200.

(12) Peirce'ten aktaran: Makoto Kikuchi ve Ichiro Nagasaka, "On the Forms of Non-Deductive Inferences: Induction, Abduction and Design", *Proceedings of the 21st IASTED International Conference on Applied Informatics*, 2003, s. 357-362. İnternet erişimi: <<http://kurt.scitec.kobe-u.ac.jp/~kikuchi/papers/aia03iad.pdf>> (03.02.2005).

(13) Celal Türer, Charles S. Peirce'ün Pragmatik Felsefesi (İstanbul: Üniversite Kitapevi Yay., 2003), s. 92.

(14) McJohn, s. 197.

(15) Peirce'ten aktaran: Catharine Wells Hantzis, "Legal Innovation within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.", *Northwestern University Law Review*, C. 82, S. 3, s. 567.

(16) Şafak Ural, "Dedüksiyonda Öncüller mi Yoksa Sonuç mu Önce Gelir?", *Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2001), s. 523.

(17) Aynı eser, s. 524.

vardır. Ural'ın 'niçin' sorusunu, 'neden' sorusuna çevirerek, hukuksal usavurmada da yapılanın, yargıcın önüne gelen dava ve davaya ilişkin iddia çerçevesinde neden sorusunu sorarak, uygun öncüller araması olduğu söylenebilir. İddia, "Ahmet'in cezalandırılması gerektiği"dir. Ahmet'in neden cezalandırılması gerektiğini ya da gerekmediğini söyleyecek olan yargıç, buna uygun öncüller bulmak durumundadır. Bu öncüller, görünürde bir analogiyle, ancak özünde olası öncülleri sınamayla bulunacaktır. Tüm bu süreç içerisinde dedüksiyon daima kendine yer bulmakla birlikte, hiçbir şekilde sürecin açıklayıcısı yahut modeli olamaz.

3. HUKUK METNİNDEKİ USAVURMA: HUKUKSAL KANITLAMA

Hukuksal usavurma konusunda fikir beyan eden yazarların büyük bir kısmının, karar metninin yazımından önceki sürecin belirsizliklerinden dolayı bu süreci inceleme konusu yapmaktan kaçınıp, hukuksal usavurmaya yargı kararlarının somutlaşmış hali olan karar metinlerinde aradığını belirtmiştik. Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, dedüksiyon ve karar ilişkisi üzerinde duran –özellikle- çağdaş yazarların dedüksiyonu, kararın usallığının ölçütü olarak ele almalarıdır. Dolayısıyla, hukuksal usavurmanın (daha doğru bir şekilde kanıtlamanın/argümantasyonun) dedüktif karakterli olduğunu veya olması gerektiğini söyleyen yazarlar, esasında, dedüktif yapılanmanın yahut yapılandırılabilirliğin, kararın usallığının ölçütü olduğunu söylerler¹⁸.

Yukarıda da verdiğimiz hukuksal usavurmaya temsil ettiği iddia edilen örneği tekrar ele alalım:

Hırsızlık yapanlar cezalandırılmalıdır.

Sanık hırsızlık yapmıştır.

Sanık cezalandırılmalıdır.

Bu kısımdaki konumuzun artık fiili hukuksal usavurma (hukuki karara ulaşma) süreci olmadığını, somut kararları ele aldığımızı hatırlayarak, bir kararın yukarıdaki gibi dedüktif bir çıkarımı içermesinin ne anlama gelebileceğini değerlendirmeye geçebiliriz. Yargı kararları, bu örnekteki dedüktif çıkarımı gerçekten içerebilir yahut bu yapıya dönüştürülebilir. Yani, "Sanığın, mağdura ait ve mağdurun bir süreliğine masa üzerinde bıraktığı cep telefonunu bulunduğu yerden bir başkasına satmak amacıyla alma şeklindeki eylemi nedeniyle yasada belirtilen (...) cezasıyla cezalandırılmasına hükmolunmuştur" gibi bir ifade, verdiğimiz dedüktif çıkarım yapısında yeniden ifade edilebilir. Eğer, yargı kararının usallığını bu örnekte olduğu gibi dedüktif ifade edilebilirlikte ararsak, yukarıdaki karar da ussal olarak nitelenecektir. Ancak usallık için bunun yeterli olmayacağını düşünmemizi haklı çıkarcak gerekçelerimiz bulunduğunu düşünüyorum.

İlk olarak ifade edilmesi gereken, pek çok davanın, yukarıdaki kadar 'basit' olmadığıdır. Hukuk literatüründe 'basit davalar' ile 'çetin davalar'¹⁹ arasında yapılan ayırımı ele alalım. Bu ayırımında, basit davalar, dava konusu olguların uygulanacak hukuk kuralı altında sınıflandırılmasının herhangi bir

tartışmayı içermediği ve bu hukuk kuralının dilsel ifadesinin tartışılmalı olmadığı durumlara karşılık gelir. Çetin davalarda ise, bunun aksine, olguların hukuk kuralının altında sınıflandırılması konusunda tereddüt vardır. Olgular, hukuk kuralında yer alan maddi koşullara 'açıkça' uymayabilir; alışılmış olağan uygulamanın dışındaki olgularla karşılaşmıştır. Bu tip bir olgu sorununa, eski Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan, elektriğin hırsızlıkla ilgili hükümler çerçevesinde taşınır mal olarak kabul edilip edilmeyeceğini örnek gösterebiliriz. Çetin davalar, bunun yanında, hukuk kuralının dilsel ifadesinin (lafzının) muğlak, müphem, belirsiz olması durumlarında da ortaya çıkar. Böyle bir durumda, hukuk kuralının 'neyi' ifade ettiği, nasıl 'anlatılacağı' bulunmalıdır. Çetin davaların içerdiği bu iki sorundan ilkinin nitelendirme, ikincisini ise yorum sorunu olarak adlandırabiliriz. Bununla birlikte, her iki sorunun da literatürde 'yorum' başlığı altında ele alındığını, bazen de bu sorunların iç içe geçtiğini belirtmeliyim.

Çetin davaların gerekçelendirme açısından ortaya çıkardığı sorun şudur: Basit davalarda hükmün gerekçesi, kolayca ve basitçe bir hukuk kuralının varlığıdır. Genel bir norm olan bu hukuk kuralı, dedüktif çıkarımın ilk öncülü olarak kullanılabilir ve sonuca, tasım vasıtasıyla ulaşmak mümkün görünür. Bu görünüm de, tasımın usallık ölçütü olarak kabul edilebileceği düşüncesini yaratır veya bu düşünceye gerekçe oluşturur. Ancak çetin davalarda, sunulması gereken başka nedenler, gerekçeler vardır. Yargıç, somut davada niçin belli bir hukuk kuralının uygulanması gerektiğini, dava konusu olguların niçin hukuk kuralında belirtilen koşulları karşıladığını, muğlak veya müphem ifadeye

sahip bir hukuk kuralının varlığında niçin belli bir yorumun kabul edilmesi gerektiğini göstermek zorundadır. Ne var ki, burada gösterilen nedenler, her ne kadar keyfi değilseler de, hukuk kurallarında olduğu gibi teşhis edilebilir, üzerinde anlaşmaya varılmış, genel olarak kabul edilmiş nedenler, kurallar, ilkeler değildirler. Yargıç, çoğunca, bir tercihte bulunur; tercih ise belli değer yargılarına dayanır. Genel olarak kabul edilmiş kural ve ilkelerin yokluğunda, yargıç yaptığı tercihle yeni bir iddiada bulunmuş olur. Yargıçtan beklenen, bu iddiasını gerekçelendirmesidir. Bu gerekçelendirmede ise, genel olarak kabul edilmiş kurallar bulunmadığı için, tasımı usallık ölçütü olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda ya usallık kavramının bizzat kendisinden vazgeçilecektir yahut da usallığın 'biçimsel olmayan' ölçütlerine başvurulacaktır. Bu noktayı, biraz daha açmamız gerekiyor.

Mahkemenin karara bağlaması gereken bir davada, sanığın hırsızlıkla suçlandığını düşünelim. Sanığın, başkasına ait taşınır bir malı yararlanmak kastıyla aldığı sabit olmuş olsun. Ancak, hırsızlıkla ilgili düzenlemede, 'bina içerisine girmek suretiyle' yapılan hırsızlığın daha ağır bir cezayı gerektirdiğini ve sanığın da bir çadıra girmek suretiyle hırsızlık yaptığını düşünelim. Mahkemenin, davanın olgularının, hırsızlığın ağırlaştırıcı haliyle ilgili düzenlemede yer alan koşulu karşılayıp karşılamadığına karar vermesi gerekmektedir. Böyle bir karar için, 'çadır bir bina' veya 'çadır bir bina değildir' önermeleri kurulmadır. Bu önermelerden birisinin kararda açıkça ve zımnen zikredilmesi yeterli olmaz, yargıç, karara temel aldığı önermeyi gerekçelendirmelidir. Tasımı kararların usallığının zorunlu koşulu olarak kabul eden

(18) Eveline F. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999), s. 26.

(19) Özellikle İngilizce literatürde ortaya çıkan bu ayırımın orijinal ifade, 'soft cases' ve 'hard cases' şeklinde. İkincisini 'zor davalar' olarak çevirmek mümkünse de (ki pek Türkçe literatürde pek çok yazar bu şekilde kullanıyor), hocam A. Halûk Atalay'ın önerdiği şekliyle 'çetin davalar' ifadesinin, daha 'şık' olduğunu düşünüyorum.

yaklaşım, sorunu iki şekilde çözer. Ya buradaki sorunun mantığın sorunu olmadığını, mantığın doğru karara ulaşmanın aracı olmadığını, mantığın sadece biçimsel geçerlilikle ilgili olduğunu, kullanılan önermenin genel bir ifade şeklinde formüle edilmesinden sonra, buna uygun bir çıkarımın yapılmasının usallık açısından yeterli olduğunu söyleyerek sorunun bu kısmını salt hukuki (maddi hukuk sorunu) gördüğünü söyleyecek; yahut da, hukuk sistemi içerisinde belli, açık yorum kurallarının bulunması gerektiğini söyleyecektir²⁰. Ancak ilk iddia, usallığı salt biçimselliğe indergemekle malüldür, ki bu, hukuk açısından, basit davalardaki usallık tespitiyle çetin davalardaki usallık tespiti arasında esaslı bir farklılık yaratır; ikinci iddia ise, yine değer yargılarına açık kuralların ihdasını önermiş olur.

Kanıtlamada tasımı (dedüktif geçerliliği) usallık ölçütü olarak sunmak tatmin edici değilse, nereye bakmak gerekli? Bunun yanıtını verebilmek için, öncelikle, kanıtlama faaliyeti üzerinde durmamız gerekiyor.

Benim kanıtlama sözcüğüyle karşılamayı tercih ettiğim argümantasyon, deliller, kanıtlar (argümanlar) getirmek suretiyle çıkarımda bulunmaktır. Sözcüğün batı dillerindeki anlamından yola çıkarak, bu anlamdaki kanıtlama faaliyetinin, ne bir ispat (proof) ne de bir tanıtlama (demonstration) olduğunu söylememiz gerekiyor. İspat anlamında biçimsel mantıksal geçerliliğe dayanan kanıtlar da, pek tabii ki, kanıtlama faaliyeti sırasında kullanılabilir. Özellikle hukuk söz konusu olduğunda, ispat hukukunun kapsamına giren delillere (evidence) dayanan kanıtların (argümanların) kul-

lanılması da söz konusu olabilir. Ancak bir bütün olarak kanıtlama, yukarıda saydığımız ve örneklerini verdiğimiz nedenlerden ötürü, karşı tarafı aciz bırakacak, başkaca bir söz söylenmesini olanaksız kılacak, kesin sonuçlara ulaşan bir faaliyet olamaz. Zaten ispat ya da çıkarımlardan değil de, kanıtlamadan bahsetmemizin nedeni budur. Argüman ve argümantasyon sözcüklerinin batı dillerindeki anlamı, delil/delillendirme, iddia/tartışma anlamlarını da içerir. Esasında hukukçuların yaptığı, tam da budur.

Bu gerçek, kanıtlama ve hukuksal kanıtlama üzerinde çalışan bazı yazarları, haklı olarak, biçimsel mantıksal yaklaşımlardan uzaklaştırmıştır. Bu çerçevede hukuksal kanıtlama, bir inandırma, ikna çabası olarak görülür. Yani hukuksal kanıtlama, retorik bir faaliyetdir. Retorik sözcüğünün olumsuz çağrışımlarını bir yana bırakır ve ideal yargı kararlarından neler beklediğimizi düşünürsek, retorik faaliyet olarak hukuki kanıtlamanın da usallığa sahip olabileceğini, inandırma, ikna etme çabasının sahip olması gereken bazı usuli unsurların bulunduğunu söyleyebiliriz.

3.1. Toulmin'in Hukuksal Kanıtlama Modeli

Hukuki kanıtlamayı bu yönde açıklama çabalarından birisi, Stephen Toulmin'e aittir. Stephen Toulmin, 1958'de yayımladığı *Uses of Argument*'ta, mantığın ve felsefenin matematikle olan birlikteliğinin sona ermesi gerektiğini, yeni müttefikin hukuk olduğunu söyler. Toulmin'e göre matematikle sıkı bir bağ kurmuş olan mantık, evrensel (alanbağımsız) ölçütlerin peşine düşmüş, ancak hukuk, bilim, siyaset, ahlak ve tıp gibi alanlardaki kanıtlamaların alan-

bağımlı özelliklerini göz ardı etmiştir. Hatta Toulmin'e göre mantık, genelleştirilmiş hukukbilimdir (jurisprudence)²¹.

Toulmin'e göre, önce bir iddia (İ) ortaya atılır. Kanıtlamanın özü, savunulmak istenen şey, iddiadır. İddia, belge, bilgi, olgu gibi verilere dayanır. Kanıtlamaya temel oluşturan, veri(ler)dir (V). Tanık beyanları, bilirkişi raporları, istatistiksel veriler, Toulmin'in veri adını verdiği kanıtlama temelini oluşturur. Veri ile iddia arasındaki mantıksal ilişkiyi kuran, güvencedir (G). Böylece güvenceler, verilerden meşru bir şekilde iddiaya varmayı olanaklı kılar. Toulmin bunlara, çıkarım yetkisi de der. Güvenceler bazen bir otoritenin görüşü, bazen

dinleyicilerin değer dünyasına hitap eden bir ilke, bazen bir kural, bazen de salt mantıksal bir ilişkidir.²²

Bu üç unsur, veri, iddia ve güvence, kanıtlamanın asli unsurlarıdır. Bunların yanında üç tane de tali unsur bulunur. Bunlardan destek (D), güvencelerin kuvvetlendirilmesi için kullanılır. Zira bazı durumlarda güvenceler de dinleyici tarafından sorgulanabilir. Güvence üzerinde oluşabilecek şüphelerin giderilmesi için, konuşmacı güvenceyi destekleyecek ifadelerde bulunur. Çekinceler (Ç) ise, bizzat konuşmacı tarafından sunulan kanıtlamaya dair sınırlardır. Sınırların konuşmacı tarafından, kanıtlamanın gücü ve etkisini de artıracaktır. Nihayet kanıtlamada kullanılan ve ihtimal

Harry Bermuda'da doğmuştur		Öyleyse Muhtemelen	Harry bir İngiliz vatandaşıdır
T			İ
	Zira	N Yalnız eğer şu durum yoksa	
Bermuda'da doğan bir kişi genellikle İngiliz vatandaşı olur		Anne ve babasının yabancı olması/doğal yoldan Amerikan vatandaşı olmuş olması vs...	
G		Ç	
Şunlara Dayanarak			
İlgili yasalar ve hukuki hükümler			
D			

(21) Stephen Toulmin, *The Uses of Argument* (Cambridge: CUP, 1969), s. 7.

(22) Feteris, s. 41; Toulmin, s. 97-102.

(23) Feteris, s. 41-2; Toulmin, s. 103-107.

(24) Toulmin, s. 105.

(20) Ör. Alexander Peczenik'in önerisi budur.

bildiren, 'olasılıkla', 'muhtemelen' gibi sözcüklerdir.²³ Şimdi bu modeli, Toulmin'in verdiği bir örnek²⁴ üzerinde açıklayalım:

Gerekçelendirme sürecindeki çeşitli adımlar iddiayı sorgulayan bir şüphelinin sorabileceği çeşitli sorulara karşılık gelir:²⁵

1. İddian hangi temellere dayanıyor?
2. Bu temellerden bu iddiaya geçmeyi nasıl gerekçelendiriyorsun?
3. Bu geçiş gerçekten güvenli mi?
4. İddian ne kadar güçlü?
5. Bu kanıtlamayı hangi olasılıklar bozabilir?²⁶

Eğer konuşmacı yeterli bir gerekçe vermek istiyorsa, her bir soruya, modelin unsurlarına karşılık gelen yanıtlar verecek karşılık vermelidir.

3.2. Perelman'ın Retorik Modeli

Retorik özel bir vurgu yapan yaklaşım ise, Chaim Perelman'a aittir. Perelman, Toulmin gibi, hukukçuların yaptığı kanıtlamayı genel kanıtlama kuramının gerekçelerinden biri olarak sunar.

Perelman'ın retorik kuramını kurmaya yönelirken yanıtlamaya çalıştığı soru şudur: Değer yargıları hakkında ussal temellerde nasıl akıl yürütürüz? Soru çetin bir sorudur; zira akıl yürütme ve ussal kavramlarının yan yana gelmesi, Aristoteles'ten beri mantık disiplini içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamıyla mantık -ya da biçimsel mantık-, epistemolojik olarak doğruluk-

ları kabul edilmiş ya da varsayılmış öncüllerden bir sonuca ulaşmaktır. Bu işlemin, matematikten, yani hesaplamadan bir farkı yoktur ve sonuç esasında bellidir. Mantıkta buna 'zorunlu' sonuç denir. Ancak değer yargıları, mantığın doğru/zorunlu sonuç-lar verdiğini kabul ettiği akıl yürütme biçimleri uyarınca kurulamazlar. Bizleri değer yargısına ulaştıran şey, mantık değildir.

Peki bu yıkıcı yaklaşım, değer yargıları konusunda ussal olan hiçbir şey olmadığını mı söyler? Perelman, olgusal ifadelerin kabul edilebilirlik açısından değerlendirilebileceği fakat değer yargılarının değerlendirilemeyeceği görüşüne karşıdır²⁷. Perelman'ın kuramı, değer yargılarının oluşumundaki ussal öğeleri bulmayı hedefler.

Perelman'a göre, yargıcın, bir davanın olgularını bir kural altında sınıflandırdığı bir biçimsel mantıksal ispat sunması gerektiği şeklindeki görüşün modası artık geçmiştir. Modern hukuk kuramında, karar oluşturma sürecinin, hukukun olgulara otomatik uygulanışı olmadığı şeklinde bir uzlaşma vardır. Eğer somut bir durumda bir kuralın anlamı açık değilse, yargıç kuralı yorumlamak durumundadır. Belirli bir yorumun tercih edilmesi kesinlikle zorunlu değildir, fakat daima değerlerin tartışılmasına, hakkaniyete neyin en uygun olduğunun ve hukuken en doğru kararın ne olduğunun tartışılmasına, karşılaştırılmasına dayanır²⁸.

Değer yargılarının hukukun uygulanmasının temelini oluşturması, değer yargılarının nasıl savunulacağı sorununun gündeme getirir. Perelman'a göre yargıç kararını mantıksal-biçimsel bir ispat şeklinde değil, bir kanıtlama şeklinde

sunar. Mantıksal sonuç çıkarma, bir ispat ya da tanımlama faaliyetidir. Belli öncüllerden belli sonuçların çıkması zorunludur ve bu ilişkinin gösterilmesi karşı tarafı susturacak, aciz bırakacak bir işlemdir. Ancak hukukta ileri sürülen iddialar, böylesi kesin sonuç doğuran ilişkilerden çok, karşı tarafı 'inandırma', belli bir teze 'yaklaştırma' amacı taşıyan, 'tartışmalı' değer yargıları ile ilgili iddialardır.

"İspat'ın nesnel ve giderek mekanik biçimde denetlenebilir olmasına karşın, her kanıtlama, sözcü tarafından savunulan tezlere katılmasını sağlamak zorunda olduğu, inandırmaya ya da kandırmağa çalıştığı bir dinleyici kitlesini ilgilendirir, ona seslenir. Bu dinleyici kitlesini tanımak, onun benimsediği varsayılan ve geliştirilmesi istenen kanıtlamada öncüllerden yararlanabilecek tezlerin hangileri olduğunu bilmek çok önemlidir. Üstelik bu tezlerin tatmin edici bir yoğunlukla kabul edilmiş olmaları ve kanıtlamanın ağırlığını kayıpsız, zararsız yüklenmeleri gereklidir."²⁹

Böylelikle, Perelman'ın kuramı yargı kararını, bir dinleyici kitlesine, bu dinleyici kitlesinin benimsediği tezlerin dikkate alınarak kaleme alınmış, onları ikna etmeye yönelmiş bir metin olarak

görür. Bu görüş, üç önemli unsuru, dinleyici kitlesi, dinleyici kitlesinin benimsediği tezler ve ikna etmeye yönelik faaliyetleri barındırır.

Dinleyici kitlesi (İng. *audience*), Perelman'ın kuramının temel kavramlarından birisidir. Dinleyici kitlesinin retorik kuramı içerisindeki yeri, sadece konuşmacının muhatabı olması değildir. Yani dinleyici kitlesi, edilgen bir konumda bulunmaz. Bilakis, "kanıtlamanın gelişimi, konuşmacının kendisini uyarlamak zorunda olduğu dinleyici kitlesinin işlevidir"³⁰. Konuşmacı kendisini dinleyici kitlesine uydurmak zorunda

"Retorikte dinleyici kitesinin oynadığı rol hayati önemi haizdir, zira iknayı amaçlayan tüm kanıtlama, dinleyici kitlesine uyarlanmalıdır ve bu yüzden de, tartışmanın geri kalanının güvenli bir şekilde ona dayanacağı gibi bir düşünceyle, dinleyici kitlesinin kabul ettiği inançlar üzerine kurulmalıdır."³¹

olduğu içindir ki, kanıtlama, dinleyici kitlesi içerisinde biçimlenir ve gelişir.

Dinleyici kitlesi, konuşmacının etkilemeyi istediği, kanıtlamanın yöneldiği kişilerin toplamıdır. Ancak dinleyici kitlesi, fiziksel bir varlıktan çok, konuşmacının zihnindeki bir kavramdır. Dinleyici kitlesi, gönderilen mesajı alır, değerlendirir ve kanıtlamanın kabul edilebilirliğine ilişkin olarak nihai değer yargısında bulunur. Perelman, iki farklı tipte dinleyici kitlesi öngörür: Belirli

(25) Feteris, s. 42.

(26) Feteris, s. 42; Toulmin, s. 98.

(27) Feteris, s. 49.

(28) Feteris, s. 52.

(29) Ch. Perelman, "Hukuksal Usavurma ve Hukuk Mantığı", Çev. Tuğba Ballıgil, İÜHFİM, C. LII, 1986-1987, s. 704.

(30) Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (Londra: Routledge&Kegan Paul, 1963), s. 155.

(31) Perelman, "The New Rhetoric: A Theory of Practical Reasoning", *The Rhetoric of Western Thought*, Ed.: James L. Golden, Goodwin F. Berquist ve William E. Coleman (Dubuque/Iowa: Kendall/Hart Publishing, 1989) s. 403.

dinleyici kitlesi ve evrensel dinleyici kitlesi.

Perelman'ın 'belirli dinleyici kitlesi', konuşmacının etkilemek üzere yöneldiği belirli bir gruptur. Örneğin, bir öğretmenin verdiği dersle ilgili olarak dinleyici kitlesi belirli bir dinleyici kitlesidir; sınıfta o anda veliler bulunsun bile. Zira öğretmen, velileri değil öğrencileri ikna etmeyi amaçlamakta, onların zihnine hitap etmektedir. Konuşmacı kanıtlamasını hazırlarken/sunarken dinleyici kitlesinin kabullerini temel alacağından, bu belirli grubun özellikleri kanıtlamanın niteliğini de belirleyecektir.

Evrensel dinleyici kitlesi, belirli dinleyici kitlesi gibi belirli bir grup ya da belli insanlardan oluşmaz. Evrensel dinleyici kitlesi ussal insanların kuramsal birleşimidir. Perelman bu dinleyici kitlesini, "tüm insanlar, en azından yetkin ve makul insanlar" ya da "us sahibi tüm varlıklar" olarak tanımlar. Evrensel dinleyici kitlesinin fiziksel varlığı bulunmaz, hatta böyle bir dinleyici kitlesi fiilen hiçbir zaman var olmayacaktır. Dolayısıyla bu kitle, konuşmacının zihnindeki ideal dinleyici kitlesidir, zihinsel bir inşadır.

Perelman'a göre bir yargıç üç farklı dinleyici kitlesinin onayını almak zorundadır: uyumsuzluğun tarafları, hukukçular ve kamuoyu. Bir başka deyişle yargıç, verili bir an ve yerde hukuk topluluğunu oluşturan tüm ussal insanlara yönelir. Dolayısıyla dinleyici kitlesi toplumsal ve tarihsel olarak belirlenmektedir.

Perelman'a göre, iddia sahibi, toplumsal ve tarihsel olarak belirlenen dinleyici kitlesinin değer yargılarını dikkate alarak, üzerinde uzlaşma olduğu kabul edilen bazı başlangıç noktalarını kullanır. Hukuk açısından, savaş sonrası Kıta Avrupası hukukunda genel hukuk ilkeleri üzerinde belli bir uzlaşma bulun-

duğundan, bu ilkeler hukuksal kanıtlamada ortak başlangıç noktaları olarak kullanılabilirler. Kabul edilmiş bir ilkedan başlayarak, yargıç somut, fakat halen tartışmalı bir görüş için onay almaya çalışabilir. Genel hukuk ilkelerinin kullanımı, yargıcın somut olayda hakkaniyete uygun olan belli bir çözümü tercih etmesi durumunda zorunludur, fakat geçerli hukuk temelinde savunulamaz. Genel bir hukuk ilkesine gönderme yapmakla, yargıç, kararın genel olarak kabul görmüş hukuksal başlangıç noktalarıyla uyumlu olduğunu gösterebilir.

Ve nihayet Perelman; *argumentum a contrario*, *argumentum a simili*, *argumentum a coherentia*, psikolojik kanıtlama, tarihsel kanıtlama, abese irca, ereksel kanıtlama, *argumentum ab exemplo* ve sistematik kanıtlama gibi bazı kanıtlama şemalarını kullanarak, dinleyici kitlesini ikna etmeye çalışmaktadır.

Bu yaklaşımda, kanıtlamanın başarısı ve ussallığı, kanıtlamada öneme sahip unsurlara yer verilmesine ve dinleyici kitlesinin onayının alınmasına bağlıdır.

4. DEĞERLENDİRME

Hukuksal usavurma konusu ele alınırken, bu ifadenin sahip olabileceği iki anlamın açıklıkla ortaya konması gerekir. Zira verilecek bu iki anlam, araştırma konusunu da, araştırma usulünü de esaslı şekilde değiştirmektedir.

Hukuksal usavurmaya verilebilecek ilk anlam, fiili hukuksal usavurma sürecidir. Bu süreç, yargıcın zihninde olup bitmektedir. Süreci, yapılan araştırmanın amacına göre, çeşitli açılardan incelemek mümkündür. 'Tasımın yeri'ni ele aldığımız bu çalışmada, tasımın, hukuksal usavurmanın fiili sürecinde herhangi

bir yeri olmadığını, süreci açıklamak için abdüksiyon ve analoginin kullanılabilirliği söylenebilir.

Hukuksal usavurmaya verilebilecek ikinci anlam, somutlaşmış yargı kararındaki hukuki sonuca nasıl ulaşıldığını gösteren, önermeler ve sonuç arasındaki ilişkidir. Tasımı, bu ilişkiyi betimlerken kullanan ve bu ilişkinin ussal olabilmesi için tasımın mutlaka tespit edilmesi gerektiğini söyleyen mantıkçı yaklaşım, hukuksal kanıtlama (argümantasyon) alanındaki hakim anlayış olarak öne çıkar. Ancak, niteleme ve yorum sorunlarının, üzerinde uzlaşmış genel kuralın kullanılmasına izin vermemesi nedeniyle, bu sorunları ya ussallık değerlendirmesi dışına iterek salt hukuki sorunlar olarak görmek gerekir yahut da yeni niteleme ve yorum kuralları ihdas etmek gerekir. Bunların her ikisi de, tasıma iddia edilen yeri vermeye yetecek öneriler değildir.

Hukuki kanıtlamanın değer yargılarına açık yapısı, onu, farklı bir şekilde görmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu farklı bakış açılarından birinde S. Toulmin, kanıtların (argümanların) sunulmasına ve desteklenmesine ilişkin bir model geliştirmeye çalışır. Toulmin'e göre biçimsel mantıkla açıklanamayan kanıtlama, bazı evrensel usuli özellikler ile, kanıtlamanın yapıldığı alanın, örneğin hukukun, sahip olduğu bazı alan-bağımlı özelliklere sahiptir.

Bir başka yaklaşım ise, C. Perelman'a aittir. Perelman, hukuki kanıtlamayı –genel olarak kanıtlamayla birlikte- retorik faaliyet olarak görür ve hukukçuların görüşlerini savunurken tür yollar izlediklerini betimler. Perelman'a göre yargıç, taraflardan, hukukçulardan ve bütün bir kamuoyundan oluşan bir dinleyici kitlesine hitap etmekte ve bu dinleyici kitlesinin onayını almaya çalışmaktadır. Dinleyici

kitlesini ikna edebilmek için yargıç, üzerinde uzlaşma bulunan, genel hukuk ilkeleri gibi başlangıç noktalarından başlayarak, çeşitli kanıtlama tekniklerini kullanır. Kanıtlamanın başarısı, kabulün sağlanmasına dayanır.

Bu tebliğde amacım tasımın yerini sorgulamak ve hakim anlayışın dışında bir bakışın da olanaklı olduğunu sunmak olduğu için, Toulmin ve Perelman'ın teorileri üzerine ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme yapmayı başka çalışmalara bıraktım. Bu iki teorinin de tartışılması gereken noktalara sahip olduğu, yaptığım kısa sunumdan bile çıkmaktadır. Ancak bu iki yazarın, formel mantığı bir kenara bırakmanın gerektiğini söylerken, çıkış noktalarını hukukta bulmaları kayda değer bir nokta. Üstelik, hukuki kanıtlamanın değer yargılarını savunmayı zorunlu kılmasına dikkat çekmeleri de önemli. Ve nihayet, yargıçların dinleyici kitlesini ikna etmeye çalışmaları düşüncesi, özellikle Türk hukukunda gördüğümüz kararlar açısından dikkate alınması gerekiyor. Ancak teorilerin betimsel olma ile normatif olma arasında karar verememiş olmaları, betimselden yola çıkıp normatif iddialar sunmaları, soru işareti doğuruyor. Yine de, yönelttikleri eleştirilerin, formel unsurların dışında ussallık ölçütü arayışına girilmesi için 'ikna edici' olduğunu düşünüyorum.