

# MAKALELER/ARTICLES

- Araştırma Makalesi -

## #RETORİK VE ANAYASALARA SAYGI\* (RHETORIC AND RESPECT FOR CONSTITUTIONS)

Şafak Evran Topuzkanamış\*\*

### ÖZ

Saygı, “üstün”, “kutsal”, “prestijli”, “itibarlı” olana duyulan değeri içerebilmektedir. Bu noktada anayasalara saygı denildiğinde, anayasalara kutsal bir nitelik mi kazandırıyoruz meselesiyle karşı karşıya kalıyoruz veya “anayasalı” devlet örneklerinde, “anayasalara saygı duyuyoruz elbette!” temennilerinin yükseldiğini görüyoruz. Bu yüzden saygıya bazen tereddütle yaklaşmak gerekebiliyor. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı gibi modernizmin akılcılık ile inşa ettiği parametreleri mevcut. Ancak modernite aynı zamanda saygı, inanç ve kutsallık gibi ilahi kaynaklı iktidarlarla anılan araç ve sembolleri, dünyevi iktidarın inşasında tercih ediyor. Bu noktada akla gelen öğelerden biri, Rousseau’dan miras aldığımız “sivil din”. Sembol ve söylemlerle biçimlenen anayasa, bir sivil din haline dönüşebiliyor. Doğru hakkındaki bilgimiz dilin dışındaki bir gerçekliğe dayanmıyor, savından hareket edecek olursak anayasalara saygı, retorik yoluyla inşa edilebilir mi? Ya da anayasa hukukuna dair elimizdeki tüm “aklı” ölçütler, retorikle mi inşa edildi?

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 07.03.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 29.08.2024 tarihinde birinci hakem; 19.09.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, safak.evran@deu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1461-3812

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Bu makaleye atıf için; Topuzkanamış, Şafak Evran, “Retorik ve Anayasalara Saygı”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 13, Sayı No.: 26, 2024, s. 231-250.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Saygı, Retorik, İnşa, İnanç**ABSTRACT**

*Respect may include the value felt for what is "superior", "sacred", "prestigious", "reputable". At this point, when we talk about respect for constitutions, we are faced with the question of whether we are giving constitutions a sacred quality or, in the examples of states "with constitutions", we could easily see the rise of wishes such as "sure, we respect constitutions!". For this reason, it may sometimes be necessary to approach respect negatively. There are parameters of modernism produced with rationality, such as the security and permanence of the Constitution. However, modernity also prefers tools and symbols associated with divine powers such as respect, faith, and holiness in constructing worldly power. At this point, one of the studies that come to mind by quoting Rousseau is "civil religion". The constitution, shaped by symbols and discourses, can become a civil religion. Based on the argument that our knowledge of accurate data is not based on an outside reality, can respect for constitutions be built through rhetoric? Or were all the "rational" criteria we have regarding constitutional law constructed through rhetoric?*

**Keywords:** Constitution, Respect, Rhetoric, Construction, Belief

\*\*\*

**Giriş**

Retorik ve hukuk arasındaki ilişki çok boyutludur. Hukuki bir problemin argümanlarını oluştururken veya hukuki metinleri yorumlarken retorik önemli bir yere sahiptir. Retorik sadece rasyonel değil aynı zamanda duygusal etkilerden de yararlanmaktadır. Bu noktada hukuk, retorikten beslenirken bazen de retorüğün açmazlarına düşebilmektedir. Çünkü duygular, rasyonel olanı öteleyip hakikati örseleyebilir. Anayasa hukuku bakımından da "anayasal inancın", "anayasaya saygının" içselleştirilmesi retorikle mümkün kılınabilir. Bu nedenle çalışmada öncelikle retorüğün kapsamı değerlendirilmeye çalışılacaktır; ardından anayasa yapımında, "anayasal inancın" oluşturulmasında ve anayasa mahkemesi/yüksek mahkeme kararlarında retorüğün etkisi ele alınacaktır.

## I. Retorik, Neyi İfade Eder?

Platon'a göre retorik, sözle ikna etme gücüdür. Hatta kandırma ve aldatma işidir çünkü retorikte erdem yoksunluğundan söz etmek gerekir; retorik bu yönüyle dalkavukluğun bir parçasıdır.<sup>1</sup> Hatta Platon, ortak kanaatlerin anlatımının, bilgelik olmadığını söyler. Bu nedenlerle sofistlerin tarzını, “hayvan terbiyeciliği”ne benzetir.<sup>2</sup>

“Kitle tarafından Sofistler diye adlandırılan ve kitlenin, rakibi olarak gördüğü şu ücretli özel hocaların her birinin öğrettiği şeyler, kitlelerin toplantılarında ortaya koyduğu kanaatlerden başka bir şey değildir. Bunların bilgelik dediği şey de bu ortak kanaatlerin öğretilmesidir. Bunların durumu kendisinin yetiştirdiği güçlü bir hayvanın isteklerini, dürtülerini dizginlemeye çalışan bir insanın durumuna ne kadar da benziyor. Bu adam, yetiştirdiği hayvana nasıl yaklaşacağını, onu neresinden tutacağını, onun hangi koşullarda tehlikeli veya sakın olacağını, onun çıkaracağı seslerin ne anlama geldiğini ve hangi ses tonunun onun sakın veya öfkeli olduğunu gösterdiğini tam olarak öğreniyor; bu konuda ustalaşmayı da bilgelik olarak görüyor. Bu konuda gittikçe daha da derinleştikçe öğrendiklerini bir araya getiriyor, bütünleştiriyor ve onu bir sistem haline getirerek başkalarına öğretiyor.”<sup>3</sup>

Platon'a göre bu noktada, arzuların ve huyların hangilerinin doğru, güzel; hangilerinin kötü veya haksız olduğunun önemi ortadan kaybolur. İyi ile kötü olanın ne olduğu hiçbir şekilde açıklanmamaktadır. “İyi olan ile zorunlu olan arasındaki o büyük farkın ne olduğu konusunda en ufak bir düşünceye ve böylelikle de bu farkı başkalarına açıklama yetisine sahip olmadığı için, zorunluluk altında yapılan her şeye ‘iyi’ ve ‘doğru’ sıfatını yakıştırıyor. Zeus aşkına söyle bana, böyle bir insan garip bir eğitimci sayılmaz mı?”<sup>4</sup>

Platon'un kişisel arzulara ulaşmanın bir yöntemi olarak gördüğü ve bir anlamda “küçümsediği” retorik, öğrencisi Aristoteles tarafından

<sup>1</sup> Atakan Altınörs, “Platon ile Aristoteles’in Retorik Anlayışlarının Karşılaştırılması”, EKEV Akademi Dergisi 49, Yıl: 51, Sayı: 49 (Güz 2011), 82.

<sup>2</sup> Yorum için bkz. Altınörs, “Platon ile Aristoteles’in Retorik”, 85; Platon, Devlet, Çeviren: Cenk Saraçoğlu-Veysel Atayman, (İstanbul, Bordo Siyah, 2005), 200-201.

<sup>3</sup> Platon, Devlet, 200-201.

<sup>4</sup> Platon, Devlet, 200-201.

davalarda kullanılabilir bir yöntem olarak ele alınmıştır.<sup>5</sup> Aristoteles, “Retorik” adlı eserinde retorik, diyalektiğin benzeri olarak tanımlanmaktadır. “Belli bir durumda elde var olan inandırma yollarını gözlemleme yetisi”<sup>6</sup> olarak ele aldığı retorik için Aristoteles, üç temel kriteri şu şekilde açıklamaktadır: (1) konuşmacının, konuşmasını inandırıcı kıla- cık bir kişisel karakteri (ethos) (2) dinleyenlerin coşkularını uyandırma gücü; (pathos) (3) bir hakikati ya da sözde hakikati inandırıcı kanıtlar yoluyla kanıtlama gücü (logos).<sup>7</sup> Kanıtlarla inandırma tarzları, retorik sanatının özüdür ve yargıyı coşkularla saptırmaya çalışır. Hatta kanıtlarla inandırma, bir tür gösteridir.<sup>8</sup>

Sokrates’e göre ise “retorik, süslenme ya da bilgiçlik taslama, dalkavukluktur.” “Ancak benim ne düşündüğümü öğrenmek istiyorsa retorik dalkavukluğun hangi kısmı olduğunu sor” der ve Polos bunun üzerine “Tamam soruyorum: Retorik, dalkavukluğun hangi kısmıdır?” deyince Sokrates de “yanıtımı anlayacak mısın bilemiyorum. Bence retorik kısmen siyasete benzer.”<sup>9</sup>, cevabını verir. Polos, Sokrates’in retorik pohpohlama olarak görmesini kabul etmez ve retorikçilerin ciddiye alınan güçlü insanlar olduğunu söyler. Sokrates ise tam tersine, retorikçilerin en güçsüz yurttaşlar olduğunu söyler, hem de tiranlar gibi istediklerini öldürüp, istediklerinin malına el koymalarına, istediklerini sürgüne gönderdikleri halde. Ancak Sokrates bunları yapabiliyor olmanın, ger-

<sup>5</sup> Gökçe Çataloluk, “Platon’un Gorgias Diyaloğunda Hukuk ve Retorik”, Journal of Istanbul University Law Faculty 66, sy. 1 (Ekim 2010), 31-32.

<sup>6</sup> “Bu tanımdan çıkacak iki önemli sonuç vardır. Birincisi hitabetin ne fizik veya matematik gibi teorik, ne de politika gibi pratik bir bilim olmadığı, sadece ve sadece bir sanat, daha doğrusu bir hüner veya maharet olduğudur. İkinci sonuç ise onun mimarlık veya tıp gibi kendisine mahsus özel bir konusu olan bir sanat veya hüner değil de diyalektik gibi bize "kendisini takdim eden hemen hemen her konu" üzerinde karşımızdakini ikna etmek için kullanmamız mümkün olan araçların toplamı olduğudur.”. Ahmet Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi Aristoteles, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007), 327-328.

<sup>7</sup> Aristoteles, Retorik, Çeviren: Mehmet H. Doğan, 7.Baskı, (İstanbul: Cogito-Yapı Kredi Yayınları, 2007), 19. Değerlendirme için bkz. Coşkun Can Aktan, “Herestetik, Retorik ve Siyasi Mühendislik Seçime Dayalı Demokrasilerde Siyasal İktidarın Kurumları Ele Geçirmesi ve Devlete Çökmesi: Kamu Tercih Perspektifi”. Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 14, sy. 1 (Temmuz 2022), 93-94.

<sup>8</sup> Aristoteles, Retorik, 20.

<sup>9</sup> Platon, Gorgias, Eski Yunancadan Çeviren: Furkan Akderin, 2. Baskı, (İstanbul: Say Yayınları, 2016), 69.

çekten güç sahibi olmak anlamına gelmediğini belirtir. Zira her şeyden önce bu eylemler, değerli değildir.<sup>10</sup> Üstelik retorikçiler de tiranlar da yapmak istedikleri şeyi iyi zannedip bu uğurda eylemde bulunabilirler. Bu durumda ise kişinin hakiki bir güç sahibi olması mümkün değildir.<sup>11</sup>

Sokrates, iyi ve kötü retorik arasında bir ayırım yaparak kötü retorik eleştirmektedir. Ancak bu eleştiriyi yaparken iyi bir retorik ve hatibin özelliklerini belirtmemektedir.<sup>12</sup> Sokrates, hakikat arayışında olmayan, adalete yönelmemiş, insanları daha iyi kılmayı amaçlamamış bir retorik karşı çıkmaktadır. İyi ya da hakiki sayılabilecek bir retorik varlığını ise yadsımamaktadır. Ancak böylesi bir retorik dair daha ileri bir tartışmaya da girmemektedir.<sup>13</sup> Aristoteles, bu anlamda retorik bir kandırma tekniği olarak kullanılabileceğini belirtir; sofistlerin ikna araçlarına karşı eleştirel bir tutum sergiler ve retorik Sokrates gibi dalkavukluğa veya kandırmaya indirgemez.<sup>14</sup> “Aristoteles, demokrasiyi kurtarmanın yolunun retorik kurtarmaktan geçtiğini görür ve Yunan politik yaşamında önemli bir işlevi olan retorik itibarını geri vermeye çalışır.”<sup>15</sup>

Antik Yunan’daki retorik tanımları ve unsurları, günümüzdeki retorik literatürünün temellerini oluşturmaktadır ve bu literatürün anayasacılığa yansımaları birçok boyutuyla ele alınmaktadır. Örneğin White, hukukun bir makine olmadığını; bir takım “konuşan” insanlardan oluştuğunu; ikna etmek ve anlatmak ile biçimlenen bir hukuk eğitiminin ve yargı süreçlerinin varlığından bahseder.<sup>16</sup> Hatta ikna aracı olarak sayıl-

<sup>10</sup> Ertuğrul Uzun, ‘Platon’da Retorik’in Peşinde Bir Gorgias Okuması, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 2, Mart-Nisan 2015, 13. İlgili bölüm için bkz. Platon, Gorgias, 72-77.

<sup>11</sup> Platon, Gorgias, 466-468.

<sup>12</sup> Uzun, ‘Platon’da Retorik’in Peşinde Bir Gorgias Okuması”, 14-19.

<sup>13</sup> Hakan Çörekçioğlu, “Aristoteles’in Retorik Teorisi: Politik Yaşamı Savunmak”, Felsefe Dünyası, S.50, (Ekim 2019), 167.

<sup>14</sup> Uzun, ‘Platon’da Retorik’in Peşinde Bir Gorgias Okuması”, 19.

<sup>15</sup> Çörekçioğlu, “Aristoteles’in Retorik Teorisi: Politik Yaşamı Savunmak”, 167.

<sup>16</sup> “Retorik kamusal konuşma zeminine çekebilmek retorik pratiklerini üç bakımdan sınırlandırır. Bunlardan ilki retorik adli kullanımını kamusal yasalara tabi kılmak, ikincisi tutku ve heyecanların işlenmesini akıl yürütmenin genel kurallarına ve konuşmacının karakterine bağlamak, nihayet üçüncü olarak retorikçileri doğru ile bağlantılı ortak kanılar alanında tutmaktır.” Çörekçioğlu, “Aristoteles’in Retorik Teorisi: Politik Yaşamı Savunmak”, 167.

<sup>17</sup> James Boyd White, “Imagining The Law”, The Rhetoric of Law, (Edited by Austin Sarat and Thomas R. Kearns), United States 1996, 37-40.

ması gereken şey mantıkla değil, ilgili hedef kitlenin bilgisi ve kültürüyle belirlenir. Bu savını, Aristoteles'in bakış açısıyla açıklar. Hukukun dili, değişime ve dönüşüme tabidir ve tekrar sorgulanmaya ve gözden geçirilmeye açıktır. Bu anlamda da hukuk, rasyonel bir şekilde neden ve sonuçla ilerleyen mekanik bir süreç değil, ikna ve argüman süreçleriyle sağlanan/temellendirilen bir diskurdur. Hukuk bir diskur sistemi olarak ilerlerken sadece hukukla yalıtılmış şekilde ilerlemez; diğer diskur sistemleriyle de kesişim halindedir.<sup>17</sup> Benzer çizgide, “hem hukuk hem de edebiyat aslen linguistik faaliyetlerdir. Dilde ve dille gerçekleşirler. Hukukun da edebiyatın da hammaddesi dildir. Hukuk belirsizdir, çünkü hukukun dili belirsizdir. Hayatın konteksti dil sabit değildir. Tam da bu dengede durmayan kontekst hukuku kavrayışımızı belirler. O vakit, hukuka bakış açımız da bu kontekst kadar değişken olmalıdır.”<sup>18</sup>

## II. Saygı, Kutsallık ve İkna Arasında Anayasalar

Belirli anayasalara mı saygı duyarız? Ya da dönemlere göre bu tercih ve saygı derecesi değişiklik arz edebilir mi? Örneğin 1982 Anayasasına duyulan saygı, ilk yapıldığı “an”daki gibi midir? “1982 Anayasasının yapım anında anayasaya saygı yüksekti çünkü %91,37 ile kabul edildi.” demek mümkün müdür? Elimizde elbette bir saygı-ölçer bulunmamaktadır. Ancak “anayasaya saygı” söylemleri, meşruiyet açmazlarında veya krizlerinde gündeme gelebilmektedir ve saygının oluştuğunu söylemek için de bir inançtan ve kutsallıktan bahsetmek gerekmektedir. Peki o halde inancı yaratmada retorik ne kadar önemlidir? Antidemokratik yöntemlerle yol alan ve halkoylamasıyla meşruiyet kazanan bir “demokratik asli kurucu” iktidarın “pathos”u, “logos”u inşa edebilecek midir? Bu rasyonel inşaya saygı duyulacak mıdır? Ya da logos ve pathos arasında keskin ayrımlar mevcut mudur?

Modern yapıda dünyevi yönetim tarzları, ilahi kaynaklı egemenlik anlayışının yerine yeni inşalar oluştursa da “kutsal” olanın aslında devamı sürmüştür. Rousseau'ya göre “(...) toplumla ilgili bir inanç belirtisi vardır; bunun maddelerini saptamak egemen varlığın hakkıdır; bunlar

<sup>17</sup> White, “Imagining The Law”, s. 37; Jamal Greene, “Pathetic Argument in Constitutional Law”, Columbia Law Review, Vol. 113, No. 6 (October 2013), 1390.

<sup>18</sup> Gökhan Yavuz Demir, “Edebi Bir Tür Olarak Hukuk”, Hukuk Kuramı, S. 6, Kasım-Aralık 2015, 48.

din dogmaları gibi değil, insanları uzlaştırıcı duygulardır; bu duygular olmadıkça, ne iyi bir yurttaş olunabilir, ne de sadık bir uyruk”:<sup>19</sup>

“Egemen varlık kimseyi bunlara inanmaya zorlayamamakla birlikte, inanmayanları devlet sınırları dışına sürebilip dinsiz diye değil, toplum yaşamına elverişsiz diye; yasaları ve doğruluğu içten sevmeye ve gereğinde ödevi uğrunda yaşamını hiçe saymaya yetersiz bir adam diye. Bu dogmaları herkesin önünde kabul edip, bunlara inanmıyormuş gibi davranan kimseyi ölümle cezalandırmalıdır (...) Toplum dininin kuralları yalın, az sayıda, açıklamalara ve yorumlara yer vermeyecek kadar belirli olmalı. Her şeye gücü yeten, akıllı, iyiliksever, her şeyi önceden gören, yardımsever bir Tanrı'nın varlığı, doğruların mutluluğu, kötülerin ceza görmesi, toplum sözleşmesinin ve yasaların kutsallığı. İşte, olumlu dogmalar! Olumsuzlara gelince, ben de onları bire indiriyorum: O da hoşgörüsüzlüktür ki, hesaptan çıkardığımız dinlere girer.”<sup>20</sup>

Rousseau tarafından egemene önerilen sivil din, ABD’de birleştirici bir unsur olarak, kültür/ulus inşa etme ve ABD’nin ulusal ve uluslararası faaliyetlerini meşrulaştırma amacıyla tercih edilmiştir.<sup>21</sup> ABD’lilere sorulduğunda çoğu, anayasaya inandığını söylemektedir ve sivil din tartışmaları bu noktada yoğunlaşmaktadır. ABD’de anayasaya çok fazla saygı duyulmasında anayasal sembollerin ve anayasal “mit”lerin önemli bir katkısı vardır.<sup>22</sup> Tüm bu işaretler ise ikna yüklü söylemlerle yol almaktadır. Sivil din inşasında; 4 Temmuz, Şükran Günü, Ulusal Anma Günü gibi ulusal kimliği biçimlendiren günler veya Lincoln gibi kutsallaştırılmış isimler önemli bir yere sahiptir. Bu noktada sivil din, seküler sembollere kutsallık atfedilerek inşa edilmektedir.<sup>23</sup>

Anayasacılık bakımından retoriğin nasıl bir yere sahip olduğuna baktığımızda, retoriğin olumsuz yönlerine vurgu yapıldığını görürüz. Örneğin laf kalabalığı, aldatmaca ve manipülasyon yoluyla seçimler ya

<sup>19</sup> J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, 9. Baskı, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015), 134.

<sup>20</sup> Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 134.

<sup>21</sup> Burcu Değirmencioğlu, “Amerika Birleşik Devletlerinin Uluslaşma Sürecinde J.J. Rousseau’nun Sivil Din Önerisinin Hayata Geçirilmesi” *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, 226.

<sup>22</sup> K. C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Çeviren: Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Ankara: Değişim Yayınları, 1985.

<sup>23</sup> Değirmencioğlu, “Amerika Birleşik Devletlerinin Uluslaşma Sürecinde”, 227.

da halkoylamaları yapılabilir; asli ve tali kurucu iktidarlar kendilerine bu yolla meşruiyet zemini inşa edebilir.<sup>24</sup> Anayasa yapım süreci, güçlü duygularla kaleme alınan ve güçlü duygulara yol açan bir süreçtir. Elster, içinde öfke, kızgınlık, tutku, onur gibi duyguları barındıran bu güçlü duyguları “tutku” olarak ifade etmektedir. Tutkular, anayasa yapım sürecine yön verdiği gibi sonrasında da etkili olmaktadır. Tutku, anayasa yapımında “rasyonel inanç inşasına” zarar verebilmektedir. Ancak diğer yandan bu güçlü duygular, anayasa yapımı için gerekli olan politik iradeye yön vermektedir.<sup>25</sup> Pathos yüksek, logos kayıp iken...Aristoteles’in unsurları ile hareket edecek olursak...Hitap edenler, hitap edilenleri hitapları ile yanıtlanabilir. Ancak retorik, kendisine atfedilen tüm bu karmaşa, aldatmaca dolu söz pratiği dışında konvansiyonel bir dil keşfi yaratabilir ve inşa eden yönleriyle ön plana çıkabilir. Bu anlamda “sivil din”in inşasında retorik önemli bir yere sahiptir.

### III. İnşa, Kurgu ve Retorik

“Anayasaların ortak dili” denildiğinde “anayasacılık dilinin ortak kavramları demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunması biçiminde özetlenebilecek idealler bütünü” olarak “liberal anayasacılık” anlayışı ortaya çıkmaktadır.<sup>26</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1.maddesi uyarınca;

<sup>24</sup> “Egemen (...) hem son derece acil bir durumun söz konusu olup olmadığına, hem de bertaraf etmek için ne yapılması gerektiğine karar verendir. O, normal durumda geçerli olan hukuk düzeninin dışında olmakla birlikte yine de bu düzene aittir çünkü anayasanın tümüyle askıya alınmasına karar vermeye yetkilidir. Modern anayasal gelişim, egemeni bu anlamda bertaraf etme eğilimdedir. (...) Ancak ekstrem olağanüstü halin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hukuki bir sorun değildir. Bunun gerçekten bertaraf edilebileceğine güvenmek ve bunu ümit etmek, metafizik veya felsefi – özellikle tarih felsefesiyle ilgili- inançlara bağlıdır.” Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, çeviren: A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara: Dost Yayınevi, 2016, 15. Meşruiyet ve haklılık ilişkisi için bkz. Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010, 21 vd.

<sup>25</sup> Jon Elster, “The Political Psychology of Constitution Making”, *Constituent Assemblies*, (Edited by Jon Elster/ Roberto Gargarella/Vatsal Naresh/ Bjorn Erik Rasch), Cambridge University Press: United Kingdom 2018, 216.

<sup>26</sup> Bu ortak dilin temel kavramları olan “demokrasi” ve “insan hakları” anlayışı ise, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları ile açıklığa kavuşmaktadır. “Bu demokrasiye “çağdaş Avrupa modeli demokrasi” veya bununla büyük ölçüde benzerlik gösteren “liberal demokrasi” demek uygun olur...

“Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyetiyle/düşüncesiyle hareket etmelidirler.”

Bakıldığında, “logos” ve “pathos” bu maddede eritilmiş haldedir. Beyannameyi hazırlayanların ethosu da malum iken... Bu formülün, Aristoteles’in çizgisinde bir retorik örneği olduğunu söylemek mümkündür. O halde bu çizgiden devam edilirse, birçok anayasal belgenin bu örneklerle bezendiğini görebiliriz. Hukukta “akılcılık” vurgusuyla yol alırken, akıl ile hukukun ilkelerini ve kurucu normları inşa etmeye çalışıyoruz. Pozitivizm ve eleştirel retorik tartışmaları buradan feyz alıyor. Örneğin; anayasacılığın işlevleri, evrensel iktidar sınırlama yöntemleri, normlar hiyerarşisi kuramı, toplum sözleşmesi kuramı gibi çokça araç ve sonucumuz var iken anayasalara saygı dilini koruyarak ve geliştirerek mi anayasal devletin inşasını sağlamlaştıracamız? Bu yöntemler hukuk düzeninde “gömülü” iken “anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi” gibi önemli bir *logos* var iken saygıdan bahsetmeye gerek var mıdır? Akılcılık bize şunu diyebilir: “Hukukun rasyonel dayanaklarının olmadığı durumlarda daha fazla adalet, merhamet ya da iyi vurgusunda bulunması gibi anayasal devletin yokluğunda da saygıdan bahsetmemiz pek muhtemel! Yani *logos* yoksa *pathos* var.” Ancak anayasal retorik de şunu diyebilir: “Saygı, retorik ile inşa edilip anayasal kurucu bir simgeye dönüşebilir. Tıpkı daha önce inşa edilenler gibi! *Logos* ve *pathos* çok da farklı değil. *Logos* da dil ile inşa edilmiş olabilir tıpkı *pathos* gibi.” Postmodernizm ve modernizmin gerilimlerinden biri işte bu noktada ortaya çıkmaktadır:

“Akıl otorite açısından, kendisini dile getiren harici ifade sistemlerinden daha üstündü. Aydınlanmadan beri bilimin, “retorik olanın” tanım gereği ontolojik ve epistemolojik olandan ayrı olduğu fikriyle gelişti. Postmodernistler ise retorik bilim anlayışını ikame eder. Onlar geleneksel iki dala ayrılmış doğru ve ifade etme, doksa ve episteme, rasyonalite ve dil, görünüş ve gerçeklik, anlam ve metafor hiyerarşilerini bir araya getirerek radikal biçimde rölative ederler. Onlar bilginin ne olduğundan çok bilginin nasıl ortaya çıktığıyla, bilginin mantıksal ve empirik

---

Ancak “liberal demokrasiyi” inşa den değerler sivil dine karşılık gelir mi? ve tüm bu ilkeler krizde ise buna inanmama veya saygı duymama mümkün mü?” Mustafa Koçak, “Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu”, Anayasa Yargısı, 23(1), 2007, 489-490.

icaplarından çok poetik ve politik imkanları konularında odaklaşarak yaparlar.<sup>27</sup> (...) Sosyal gerçekliğin bilgisi, yalnızca objektif bir sembolik süreç olarak da görülür. İnsanlar doğruyu bilimsel olarak meşrulaştırarak değil daha çok retorik olarak icra ederek yasalaştırırlar...Doğru hakkındaki bilgimiz, dilin dışında yer alan bir gerçekliğe dayanmaz.”<sup>28</sup>

Retoriğe dönüştürme, sosyal ve kültürel yapıların hatta sosyal bilimlerin linguistik inşalar olduğu fikri baskındır. Basit akıl ve inanç ayırımını veya düşünceyi ve düşüncenin ifadesi ayırımını reddeder. “Aksine bilginin, tarihsel olarak gelişen ve politik olarak kurumlaşan insani iletişim eylemince poetik ve politik olarak teşkil edilerek yapılan bir şey olduğu düşünülür.”<sup>29</sup> Önemli bir edebiyat kuramcısı Kenneth Burke’e göre doğru bilgiye yalnızca bilimsel yöntem izlenerek ulaşılabilir ve “başka her şeyin ilkel bir büyü olduğunun tebliğ edilmesiyle basit bir diyalektik yaratılmıştır.”<sup>30</sup> Retorik bu noktada farklı bir diyalektik biçimi olarak ele alınmaya başlanmıştır.

<sup>27</sup> Richard Harvey Brown, “Retorik, Tekstüalite ve Sosyolojik Teoride Postmodern Dönüş”, İnsan Bilimlerinde Retoriğe Dönüş, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, (İstanbul: Paradigma, 2002), 371.

<sup>28</sup> Brown, “Retorik, Tekstüalite ve Sosyolojik Teoride Postmodern Dönüş”, 371.

<sup>29</sup> Brown, “Retorik, Tekstüalite ve Sosyolojik Teoride Postmodern Dönüş”, 369.

<sup>30</sup> Aktaran ve yorumlayan Michael Calvin McGee, John L. Lyne, “Bilgi İddialarını Retorik Açıdan Ele Almanın Bazı Unsurları”, İnsan Bilimlerinde Retoriğe Dönüş, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, (İstanbul: Paradigma, 2002), 235. “Modern bilim, edebiyata ikincil bir statü uygun görür. Çünkü gerçek ile kurgu arasında bir ayırım öngörür. Gerçek ciddi, kurgu ise gayri ciddidir. Bu yüzden gerçek ciddi bilimin, kurgu ise gayri ciddi edebiyatın payına düşer. Kurgu ile gerçek arasındaki ayırım düşünce tarihinde çoktan aşındı ve silindi. Çünkü gerçek ile kurgu arasındaki ayırımın kendisi bir kurgudur: gerçek bir kurgudur ve kurgu bir gerçektir. (...) Hukuk, edebî tür olduğunu ısrarla reddeden edebî bir türdür. Transdisipliner çalışmaların sosyal bilimlere damgasını vurduğu günümüzde bu ilişkiyi yeniden tesis etmek elzemdir. Çünkü hukuk, edebî türe kimliğini armağan eden bütün karakteristiklere sahip edebî bir türdür. Hukuk olarak hukukun karşısında edebî bir tür olarak hukuku savunmak; hukukî hikâyeleri edebî hikâyelerle eşitlemektir. Bizlerin hikâyeleri olduğu kadar, edebiyatın ve hukukun, yani disiplinlerin, kurumların ve kavramların da hikâyeleri vardır ve bütün bu hikâyeler bir arada sosyal hayat dediğimiz meta-hikâyenin sayfalarını doldurur.” Demir, “Edebi Bir Tür Olarak Hukuk”, 50.

#### IV. Mahkeme Kararları ve Retorik

İyi bir hukukçu, güçlü bir belagat sahibi olup her türlü hukuki tartışmada sözünü, iknaya dönüştürebilen midir? İkna ederken, retorik gerçeği gölgeleyebilir mi? İkna, bir başarı ölçütü olacaksa, “gerçek” göz ardı edilebilir mi? Platon’un Gorgias eserindeki diyalog, bu sorunun temellerini inceleme fırsatı sunmaktadır. Platon, Gorgias’ın retorik anlayışının kesin bilgiyi değil, kanıyı esas aldığını Sokrates’in ağzından şöyle ifade etmektedir.<sup>31</sup>

“Sokrates – Retoriğin, jürilerin veya başka toplulukların önünde yarattığı ikna, doğru olan ve olmayan ile ilişkisinde ne tür bir iknadır? Bu, bilgiden yoksun bir inanış meydana getiren bir ikna mıdır, yoksa bilgi veren bir ikna mı?

Gorgias - Şurası apaçıktır ki inanıştan kaynaklanan bir iknadır.

Sokrates – Bu itibarla retorik, inandırma ile ikna işi olacaktır, doğru olan ile olmayana öğretmek ikna değil.

Gorgias – Evet.

Sokrates – Demek oluyor ki retor, jüriye ve diğer topluluklara, doğru olan ile olmayana öğretmez; onlara bir kanı telkin eder, başka bir şey değil. Retorun o kadar kalabalık kitleleri, o kadar az zamanda, çok geniş konular hakkında tedrisattan geçirmesinin imkânsızlığı apaçıktır.”<sup>32</sup>

Gorgias’a göre retorik, karşıdaki dinleyiciyi ikna ettiği kadar tartışmadaki muhatabı “mağlup etmek” için kullanılacak bir araçtır.<sup>33</sup> Altınörs bu noktada Gorgias’ın bu düşüncesinin, hakikatin araştırılmasında izlenmesi gereken yol hakkında Sokrates’in ve Platon’un öğretisiyle taban tabana zıt olduğunu vurgular. Sokrates ve Platon için bir tartışmada asıl olan, galip gelmek değildir; karşı tezlerin tartışılması yoluyla hakikatin soruşturulmasıdır. Bu itibarla, maksadı “mağlup etmek” olan bir müzakerenin, hakikatin soruşturulmasıyla uzaktan yakından ilgisi yoktur.<sup>34</sup>

O halde mahkeme kararları da bir ikna aracı mıdır? Anayasa mahkemesi üyelerinin kararlarında, üyelerin sergilediği “retorik” tercihler

<sup>31</sup> Yorum için bkz. Altınörs, “Platon ile Aristoteles’in Retorik. Anlayışlarının Karşılaştırılması”, 86-87.

<sup>32</sup> Platon, Gorgias, 57.

<sup>33</sup> Altınörs, “Platon ile Aristoteles’in Retorik Anlayışlarının Karşılaştırılması”, 87.

<sup>34</sup> Altınörs, “Platon ile Aristoteles’in Retorik Anlayışlarının Karşılaştırılması”, 87.

söz konusudur. Retorik; sadece ifade edilen sözle değil yazıyla, kararlar hatta söylemlerle ortaya konulabilmektedir. Tıpkı “fuhuşu kendine meslek edinen kadının”, “*iffetsiz*” olarak tanımlanmasında<sup>35</sup> ya da Stenberg-Carhart kararında, Yargıç Kennedy’nin “fetüs, birçok durumda, tam da insan olan bir yetişkinin veya çocuğun ölebileceği gibi: *lime lime edilmek* kan kaybından ölüyor” ifadesindeki gibi<sup>36</sup> sadece karar değil bir söylem ortaya çıkmaktadır. Kürtaja ilişkin başka bir kararın karşı oyunda ise Yargıç Ginsburg, şu ifadeyi kaleme almaktadır: “Mahkemenin, Roe ve Casey’nin güvence altına aldığı haklara yönelik *düşmanlığı* gizlenmiyor.”<sup>37</sup> Yargıç Blackmun ise DeShaney-Winnebago Sosyal Hizmetler Departmanı davasında, “*Merhametin* yargılama alanından uzaklaştırılmasına gerek yoktur.” ifadesine yer vermektedir. Çocuk istismarına ilişkin raporları yeterince soruşturmaması nedeniyle ilgili kurumun sorumlu olacağını belirterek; karara konu olan Joshua DeShaney hakkında ise şu betimlemeyi paylaşmaktadır: “Zavallı Joshua! Sorumsuz bir kişi tarafından tekrarlanan saldırıların kurbanı, zorba, korkak ve ölçüsüz bir baba tarafından terk edilmiş...”<sup>38</sup>

Ortaya çıkan söylemler farklı olsa da hangi ifade, daha “hukuki”dir? İffetsizlik mi? Lime lime edilmek mi? Düşmanlık mı? Merhamet mi? Hukuk fakültesindeki bir sınav kağıdına yazılsa “yeterince hukuki” bulunmayacak ifadeler, mahkeme kararlarının gerekçelerini oluşturmaya devam etmektedir. Chemerinsky’e göre Yüksek Mahkeme kararları, ikna etmeyi amaçlayan gerekçeli argümanlar olmaları nedeniyle retoriktir. Hatta Yüksek Mahkeme kararları, yayımlanarak tasavvur edilebilir/inanılır hale gelmektedir<sup>39</sup>. Yayımlanan gerekçeli karar yoluyla retorikle inşa edilmeye çalışan söylem, “hukukileşir”. Yargıç Kennedy’nin “korkunç tanımı”, “izleyiciyi iğrendirmek ve utandırmak için kasıtlı olarak tasarlanmıştır, (...) retorik misyonunun ayrılmaz bir parçasıdır. (...)

<sup>35</sup>Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989, R.G. Tarih-Sayı:10.01.1990-20398.

<sup>36</sup> "Stenberg v. Carhart." Oyez, www.oyez.org/cases/1999/99-830. Accessed 7 Dec. 2023.

<sup>37</sup> "Gonzales v. Carhart." Oyez, www.oyez.org/cases/2006/05-380. Accessed 7 Dec. 2023.

<sup>38</sup> "DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services." Oyez, www.oyez.org/cases/1988/87-154. Accessed 8 Dec. 2023.

<sup>39</sup> Erwin Chemerinsky, “The Rhetoric of Constitutional Law”, 100 MICH. L. REV. 2008 (2002), 2008.

Kennedy'nin pathos'u duygusal bir ivme kazandırmaktadır.”<sup>40</sup> ve Antik Yunandaki bakış açısıyla jüri heyeti karşısında hakkını savunurken etkili ve ikna edici konuşmayı bilenlerin diğerlerine üstünlüğü, bu meziyetin öğrenilebilir/öğretilebilir olduğu fikrini güçlendirmektedir.<sup>41</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da retorik ifadesine yer verildiği görülmektedir. Örneğin “(...) Diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi din ve vicdan özgürlüğünün de parlak bir retorik olarak kalmaması için bu takdir payı hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir.”<sup>42</sup> Yine “Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Hukuk devleti bir retorikten ibaret değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin fiilen geçerli olmadığı; kamu gücünü kullanan organların, mahkemelerin ve bireylerin hukuka uygun davranmadıkları bir ülkede hukuk devletinin varlığından söz edilemez.”<sup>43</sup> Başka bir kararın karşı oy gerekçesinde ise şu ifadeler yer almaktadır: “Engellilerin yaşam koşullarının iyileştirilmesi ve hak ve özgürlüklere ulaşmalarının önündeki her türlü engelin ve sınırlılığın kaldırılması açısından devlet anayasal bir sorumluluk altındadır. Devletin bu yükümlülüğü yerine getirirken engellilerin sosyal ve ekonomik haklarının kullanımı yönünden Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlanması ekonomik ve sosyal hakların aşamalı olarak yerine getirilmesinin önünde anayasal bir engel olarak görülmemelidir. Aksi halde, Anayasa'nın güvence altına aldığı sosyal haklar, kişilerin sahip oldukları haklar olarak değil de devletin ve toplumun karşılması gereken ödevler veya yasa koyucuya tavsiye niteliğindeki program haklar olarak genelde içeriği boş, retorik ya da belagat yönü kuvvetli cümlelerden ibaret hak-benzeri düzenlemeler olarak kalacaktır.”<sup>44</sup> Bu örneklerde din ve vicdan özgürlüğü, hukuk devleti, engelli hakları sadece söylem olarak kalmamalı, uygulamaya da geçirilmeli ton-

<sup>40</sup> Colin Starger, “Constitutional Law and Rhetoric”, 18 U. Pa. J. Const. L. 1347 (2016), 11- 20.

<sup>41</sup> Altınörs, “Platon ile Aristoteles'in Retorik Anlayışlarının Karşılaştırılması”, 83.

<sup>42</sup> Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/7443, Karar Tarihi: 20/5/2015, R.G. Tarih- Sayı: 10/8/2015-29441, § 76.

<sup>43</sup> Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2020/32949), Karar Tarihi: 21/1/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 3/2/2021-31384, , § 141.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2020/13 Karar Sayısı: 2020/68 Karar Tarihi: 12/11/2020 R.G. Tarih-Sayısı: 12/2/2021-31393, § 16.

laması hakimdir. “Sözde kalmasın ve (aman) retorik olmasın!”, vurgusu baskındır.

Literatürde ise birçok hukuki kavramın da yargı kararlarının da retorik unsurlarla bezendiği ileri sürülmektedir. Örneğin, “zamanının çoğunu Yüksek Mahkeme'nin kararıyla uğraşarak geçirdiğini, genelde yayımlandığı gün kararları indirip okuduğunu; kararlar hakkında yazıp ders verdiğini belirten” Chemerinsky, Yüksek Mahkeme kararlarının çok önemli bir yönü olan retorik gözden kaçırıldığını söyler. Retoriğe vurgu yaparken retorik de bırakmaksızın bu değerlendirmeyi yapmayı sürdürür. Burada retorik popüler karşılığı olarak aşağılayıcı anlamında değil, klasik anlamında kullandığını belirtir. Başka bir anlatımla kararlar, ikna etmeyi amaçlayan gerekçeli argümanlar olmaları nedeniyle retoriktirler.<sup>45</sup>

Bu noktada, James Boyd White tarafından geliştirilen kurucu retorik (constitutive rhetoric), teorisi de sorularımıza cevap olabilir. Kurucu retorik; sembollerin, edebiyatın ve anlatıların yoğunlaşması yoluyla kolektif bir kimlik yaratma kapasitesine ilişkin bir söylem teorisidir. Söylemler, çoğu zaman kimliğin ve o kimliğe ait inançların güçlendirilmesi için harekete geçilmesini talep eder.<sup>46</sup> Bu anlamda retorik toplulukları ve onların varlığının devamı için gerekli koşulları oluşturduğunu belirtir. Bunu yaparken White, Kenneth Burke çizgisinde anayasaların temelde retorik olduğu yönündeki gözlemini yinelemektedir.<sup>47</sup> Çünkü anayasalar sadece siyasi bir düzen kurmakla sınırlı değildir, aynı zamanda bundan sonrakilerin nasıl olacağını da belirlemektedir. Kurucu retorik bu anlamda hem siyasi anayasaların çerçevesini oluşturur hem de bunların hukuki olarak yorumlanmasına ilişkin parametreleri belirlemektedir.<sup>48</sup> White'a göre hukuk bir aktivitedir hem de retorik aktivitedir ve ikna için kültürel öğeler kullanılır; bu yönüyle hukuk her zaman kültüre özgüdür. Hukuk hem toplumu hem de hedeflediği kültürü oluşturduğu için, ikna nesnele-

<sup>45</sup> Chemerinsky, “The Rhetoric of Constitutional Law“, 2008.

<sup>46</sup> James Boyd White, *Heracles' Bow*, Madison, (University of Wisconsin, 1985), 37. “Anlattıklarım yalnızca olasılıkları tahmin etme sanatı ya da ikna sanatı değil, kültür ve topluluk oluşturma sanatıdır.” White, *Heracles' Bow*, 37.

<sup>47</sup> Değerlendirme için bkz. Hasan Yazıcı, Martin Škop, Ahmed Alperen Aydın, “Hukuk Ve Edebiyat: Anamlı Bir İlişki”, *Motif Akademi Halkbilimi Dergisi* 10, Sayı:20 / Aralık 2017, 347.

<sup>48</sup> *Encyclopedia of Rhetoric*, "Constitutive rhetoric", Ed. Thomas O. Sloane, 2006 Oxford University Press, <http://www.oxford-rhetoric.com/entry?entry=t223.e49>, 640.

rini yaratan bir ikna sanatıdır.<sup>49</sup> Bu noktada, dilin tarafsızlığından bahsedilemez.<sup>50</sup>

Uzun'un da belirttiği üzere yorum, hukuk dışı bir meseledir. Hatta “(...) yorumun doğruluğuyla ilgili düşüncelerimiz metnin doğasından kaynaklanmaz ve farklı türdeki metinlere göre farklılık göstermez. Bunun yanında ilginç bir şekilde retorik ve argümantasyon teorileri tek bir doğru yorum iddiasından ziyade, iknaya ve gerekçelendirmeye, makuliyete dayanırken, hukukun doğası itibarıyla tek bir doğruya ev sahipliği yapamıyor olmasını örnek aldığımı söyledim. Yani doğruluk meselesi metinlerin doğasından kaynaklanmadığı gibi, esasında hukuk açısından da mutlak bir doğruluk anlayışına sahip olmamız mümkün değildir.”<sup>51</sup> Bir anlamda dilsel olarak hukuk önermeleri sadece hukuksal yargılama içinde oldukları sebebiyle herhangi bir şifre çözme/yorumlama/anlama faaliyetinden ayrı tutulamaz.<sup>52</sup>

Feteris de hukuki kararların gerekçelendirilmesi bakımından diyalojik argümantasyon dışında birbirinin zıttı görülebilecek ‘mantıkçı’ ve ‘retorik’ argümantasyon yaklaşımlarını incelemektedir.<sup>53</sup> Mantıkçı yaklaşım, hukuki gerekçenin kabul edilebilirliğini, gerekçelendirmenin temelindeki argümanın mantiken geçerli bir argüman olarak yeniden inşa edilebilir olması koşuluna bağlamaktadır. Mantıkçı yaklaşım, hukuki argümantasyonun biçimsel yönlerini ele alırken retorik yaklaşım, argümanların içeriğine vurgu yapmaktadır. Burada gerekçelendirmenin kabul edilebilirliği, evrensel bir kuraldan çok gerekçenin hitap ettiği dinleyici topluluğuna bağlı olarak değerlendirilir.<sup>54</sup> Karşı oy ise çoğunluğun reto-

<sup>49</sup> White, Heracles's Bow, 35.

<sup>50</sup> Lawrence Douglas, “Constitutional Discourse and Its Discontents: An Essay on the Rhetoric of Judicial Review”, *The Rhetoric of Law* / edited by Austin Sarat and Thomas R. Kearns, Ann Arbor: University of Michigan Press, c1994, 225-226.

<sup>51</sup> Ertuğrul Uzun, “Hukuku Yorumdan Kurtarmak”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, 255-257.

<sup>52</sup> Ertuğrul Uzun, *Hukuk Göstergibilimi*, Legal, İstanbul 2007, 174.

<sup>53</sup> Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2010), 10-15. Değerlendirme için bkz. Abdullah Yasin Erdem, *Yargıç Davranışı ve Türk Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararlarında Ayrışık Oylar: Ampirik Bir Analiz*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Serdar Güllener), Bursa 2023, 60.

<sup>54</sup> Feteris, 27-36.

rik stratejilerine meydan okumak gibi önemli bir işlevi yerine getirmektedir ancak oybirliğiyle alınan görüşlere göre retorik güce daha az sahiptir. Karşı oyların çoğunluk görüşünden farklılığının dört retorikle karakterize edilebileceği ifade edilmiştir: Yargıcın kişisel ifadesine imkân tanıdığı için *bireycidir*; çoğunluğun kararını ve dayandığı gerekçeyi sorguladığı için *şüphesidir*; demokratik olmayan bir devlet erkinde fikir ayrılıklarına izin vermesi sebebiyle *demokratiktir ve gelecekte yargıçlara kullanabilecekleri hukuki argümanlar hazırladığı için bir savunma aracıdır*.<sup>55</sup>

## SONUÇ

Platon, sofistlerin belagat peşinde hakikati saklayıp insanları ikna ettiklerini ve bunun aldatmaya ve dalkavukluğa dönüştüğünü belirtirken, Aristoteles diyalektik bir yöntem olduğu yönünde retoriği ele alıp inandırma yollarını gözlemlene yetisi olarak tanımlamaktadır. Aslında anayasacılık bakımından da benzer referanslar akla gelmektedir. Örneğin anayasanın yapım sürecindeki müzakereler, genellikle bir biçim ve retorik meselesine dönüşebilmektedir. Asli kurucu iktidarlar, tutku ve coşkuyla yol alırken *logosu* inşa edebilirler mi? Eğer sürece yön veren *pathos* ise retorik ile biçimlenen kurucu dil mi inşa edilmektedir? Elbette retorik yoluyla *pathosun* daha da yaygınlaşması ve içselleştirilmesi mümkün hale gelmektedir. Ayrıca anayasacılığın ortak dilini oluşturan “liberal unsurlar”ın evrensellik meşruiyetini, dil inşa etmektedir. Uluslararası insan hakları belgeleri, transfer edilen anayasal metinler veya anayasaların başlangıç bölümleriyle bu kurucu retorik netleşmektedir. Son olarak da en belirgin şekilde anayasa mahkemesi kararlarında retoriğin izini sürülebilme mümkündür.

Hukuk, güçlü imgeler ve kurgularla inşa ediliyor ve başka imge ve kurguları da inşa ediyor. Bu noktada bildiklerimize mi inanıyoruz yoksa inandıklarımızı biliyoruz döngüsüne giriyoruz. Retorik tartışmalarında en çok üzerinde durulan konu, “bir dünya inşa edilirken diğer dünyaların ipotek altına alınmasıdır”<sup>56</sup>. Ancak retoriği diyalektik göstergelerden biri

<sup>55</sup> Catherine L. Langford, “Toward a Genre of Judicial Dissent: Lochner and Casey as Exemplars”, *Communication Law Review*, 9/2 (2009), 2-3. Tartışma için bkz. Erdem, Yargıç Davranışı ve Türk Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararlarında Ayrışık Oylar: Ampirik Bir Analiz. 87.

<sup>56</sup> Brown, “Retorik, Tekstüalite ve Sosyolojik Teoride Postmodern Dönüş”, 375.

olarak ele alabilirsek, retorik ve hukuk çalışmaları yoluyla (hermenötik-hukuk; edebiyat-hukuk ilişkisini ele alan literatürle beraber) konvansiyonel dilin inşasına katkı sunulabilir. Diğer yandan da kurucu iktidarlarla biçimlenen “anayasal kültür/söylem”in hakikati nasıl biçimlendirdiğine ilişkin göstergelerimiz çeşitlenebilir. Aristoteles’ten hareketle, doğru olanı anlatabilirsek doğru olduğu için kazanırız. Yanlış olduğunda da ikna etmek gerekir. Retoriğin yanlış yönde kullanılması mümkündür. “Ama doğruların bilimsel yolla gösterilmesi dışında retorik araçlarla savunulması da mümkün ve gereklidir. Ortada her zaman yanlışlar ve haksızlıklar olacağına göre, onların ifşa edilmesi ve onlara karşı korunma araçlarının yaratılması gereklidir. İnsanların kendilerini ellerinden geldiğince koruma ve savunma hakları ise her türlü tartışmanın üstündedir. Retorik ve onun adli davalarda kullanılması meşruiyetini, kaynağını bu hakkın kendisinden almaktadır.”<sup>57</sup>

Arendt’in de belirttiği üzere; “bütün hakikatler (...) anlaşma, çekişme, kanaat veya rıza konusu olmamak gibi ortak bir özelliğe sahiptirler (...) ve tartışmaya meydan vermezler. Oysa tartışma, siyasal yaşamın tam da özünü oluşturur. Siyaset penceresinden bakıldığında hakikatle iş-tigal eden düşünce ve iletişim tarzları hükmedicidir; başka insanların kanaatlerini hesaba katmaz. Hâlbuki kanaatleri hesaba katmak siyasal düşünme biçiminin en temel niteliğidir.”<sup>58</sup> Hakikati soruşturmak, sınırlanamayan/sınırlandırılmayan belirsiz iktidarlar çağında anayasa hukukunun belki de en önemli amaçlarından biri haline gelmeye başladı. Hakikati belki bulamayabiliriz ama hakikati arama çabasını perdeleyen engelleri aşabilmek mümkün olabilir. Hukuk ve politika geriliminde anayasa

<sup>57</sup> Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi Aristoteles, 334.

<sup>58</sup> Çeviri ve değerlendirme için bkz. Devrim Sezer, “Yargı ve Etik: İtiraz, Tartışma, Demokrasi: Arendt’te Yargı Yetisinin Etik ve Politik Önemi”, Derleyen: Kurtul Gülenç ve Özlem Duva, Yargıya Felsefeyle Bakmak, İstanbul: Yapı Kredi, 127. “Arendt’e göre Platon’un Sokrates’in yargılanıp öldürülmesinden çıkardığı “en anti-Sokratik sonuç” hakikat ve doksa, yani kanaat, arasındaki karşıtlıktır. Sokrates’in Atinalıları “ikna” [peithein] edemeyişi Platon’u, ikna olup-olmamanın göreliliğinden ve keyfiliklerinden kurtaracak standart ölçütlerin arayışına iter; kanaatlerin çoğulluğuna karşı “idea”ların mutlaklığını öne sürmesine sebep olur. Arendt’in anti-Sokratik bulduğu da budur çünkü Sokrates’in filozofluğu tefekkür halinde ulaşılmış ebedi hakikatleri yurttaşlara beyan etmeye değil, her yurttaşın ‘kendi hakikatini’ ortaya çıkarmaya dayanır” Duygu Türk, “Eşitlik, Özgürlük, Otorite: Arendt ve Rancière’i Karşı-lıklı Düşünmek”. Mülkiye Dergisi 40, sy. 3 (Kasım 2016), 93.

hukukunun çalışma alanını, hakikat ve kanaat tartışmaları üzerinden biçimlendirebiliriz.

### KAYNAKÇA

Encyclopedia of Rhetoric, "Constitutive rhetoric", Ed. Thomas O. Sloane, 2006 Oxford University Press, <http://www.oxford-rhetoric.com/entry?entry=t223.e49>.

Aktan, Coşkun Can. "Herestetik, Retorik ve Siyasi Mühendislik Seçime Dayalı Demokrasilerde Siyasal İktidarın Kurumları Ele Geçirmesi Ve Devlete Çökmesi: Kamu Tercihi Perspektifi", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 14, sy. 1 (Temmuz 2022): 89-108.

Altınörs, Atakan. "Platon ile Aristoteles'in Retorik. Anlayışlarının Karşılaştırılması", EKEV Akademi Dergisi 49, Yıl: 51, Sayı: 49 (Güz 2011): 81-95.

Aristoteles, Retorik, Çeviren: Mehmet H. Doğan, 7.Baskı, İstanbul: Cogito-Yapı Kredi Yayınları, 2007.

Arslan, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi Aristoteles, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.

Brown, Richard Harvey. "Retorik, Tekstüalite ve Sosyolojik Teoride Postmodern Dönüş", İnsan Bilimlerinde Retoriğe Dönüş, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan, İstanbul: Paradigma, (2002): 369-383.

Chemerinsky, Erwin. "The Rhetoric of Constitutional Law", 100 MICH. L. REV. 2008 (2002): 2008-2035

Çataloluk, Gökçe. "Platon'un Gorgias Diyalogunda Hukuk Ve Retorik, Journal of Istanbul University Law Faculty 66, sy. 1 (Ekim 2010): 23-38.

Çörekçioğlu, Hakan. "Aristoteles'in Retorik Teorisi: Politik Yaşamı Savunmak". Felsefe Dünyası, S.50, (Ekim 2019): 161-183.

Değirmencioğlu, Burcu. "Amerika Birleşik Devletlerinin Uluslaşma Sürecinde J.J. Rousseau'nun Sivil Din Önerisinin Hayata Geçirilmesi" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., (2019): 2003-2031.

Demir, Gökhan Yavuz. "Edebi Bir Tür Olarak Hukuk", Hukuk Kuramı 2, S. 6, (Kasım-Aralık 2015): 45-51.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem. Anayasal Devlette Meşruiyet, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.

Douglas, Lawrence. “Constitutional Discourse and Its Discontents: An Essay on the Rhetoric of Judicial Review”, *The Rhetoric of law* / edited by Austin Sarat and Thomas R. Kearns, Ann Arbor: University of Michigan Press, (1994): 225-261.

Elster, Jon. “The Political Psychology of Constitution Making”, *Constituent Assemblies*, (Edited by Jon Elster/ Roberto Gargarella/Vatsal Naresh/ Bjorn Erik Rasch), Cambridge University Press: United Kingdom, (2018): 207-245.

Erdem, Abdullah Yasin. *Yargıç Davranışı ve Türk Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararlarında Ayrışık Oylar: Ampirik Bir Analiz, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, (Danışman: Prof. Dr. Serdar Güleler), Bursa 2023.

Feteris, Eveline T. *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2010.

Greene, Jamal. “Pathetic Argument in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 113, No. 6 (October 2013):1389-1481.

Koçak, Mustafa. “Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, 23(1), (2007): 489-500.

Langford, Catherine L. “Toward a Genre of Judicial Dissent: Lochner and Casey as Exemplars”, *Communication Law Review*, 9/2 (2009): 1-12.

McGee, Michael Calvin/ Lyne, John L. “Bilgi İddialarını Retorik Açıdan Ele Almanın Bazı Unsurları”, *İnsan Bilimlerinde Retoriğe Dönüş, Derleme ve Tercüme: Hüsamettin Arslan*, İstanbul: Paradigma, (2002): 233-258.

Platon, *Devlet*, Çeviren: Cenk Saraçoğlu/ Veysel Atayman, İstanbul: Bordo Siyah, 2005.

Platon, *Gorgias*, Çeviren: Furkan Akderin, 2. Baskı, Ankara: Say Yayıncılık, 2016.

Rousseau, J. J. *Toplum Sözleşmesi*, Çeviren: Vedat Günyol, 9. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015.

Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat*, Çeviren: A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara: Dost Yayınevi, 2016.

Sezer, Devrim. “Yargı ve Etik: İtiraz, Tartışma, Demokrasi: Arendt’te Yargı Yetisinin Etik ve Politik Önemi”, *Derleyen: Kurtul Gü-*

lenç ve Özlem Duva, Yargıya Felsefeyle Bakmak, İstanbul: Yapı Kredi, 107-135.

Starger, Colin. Constitutional Law and Rhetoric, 18 U. Pa. J. Const. L. 1347 (2016): 11- 20.

Türk, Duygu. “Eşitlik, Özgürlük, Otorite: Arendt ve Rancière’i Karşılıklı Düşünmek”. Mülkiye Dergisi 40, sy. 3 (Kasım 2016): 87-114.

Uzun, Ertuğrul. ‘Platon’da Retorik’in Peşinde Bir Gorgias Okuması, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 2, Mart-Nisan 2015: 7-20

Uzun, Ertuğrul. “Hukuku Yorumdan Kurtarmak”, Ankara Barosu Dergisi, (2016/2): 228-263.

Uzun, Ertuğrul. Hukuk Göstergebilimi, Legal, İstanbul 2007.

Wheare, K. C. Modern Anayasalar, Çeviren: Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Ankara: Değişim Yayınları, 1985.

White, James Boyd. “Imagining The Law”, The Rhetoric of Law, (Edited by Austin Sarat and Thomas R. Kearns), United States (1996): 29-56.

White, James Boyd. Heracles' Bow, Madison, (University of Wisconsin, 1985).

Yazıcı, Hasan/Şkop, Martin/Aydın, Ahmed Alperen. “Hukuk ve Edebiyat: Anlamli Bir İlişki”, Motif Akademi Halkbilimi Dergisi 10, Sayı:20 / 2017 / Aralık: 343-352

### **Kararlar**

Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2020/13 Karar Sayısı: 2020/68 Karar Tarihi: 12/11/2020 R.G. Tarih-Sayısı: 12/2/2021-31393.

Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989, R.G. Tarih-Sayı:10.01.1990-20398.

Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/7443, Karar Tarihi: 20/5/2015, R.G. Tarih- Sayı: 10/8/2015-29441.

Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2020/32949), Karar Tarihi: 21/1/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 3/2/2021-31384.

DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services." Oyez, www.oyez.org/cases/1988/87-154.

Gonzales v. Carhart. Oyez, www.oyez.org/cases/2006/05-380.

Stenberg v. Carhart. Oyez, www.oyez.org/cases/1999/99-830.