

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Furkan KARARMAZ



HUKUKİ PRAGMATİZMİN TEMEL UNSURLARI

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2017

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Furkan KARARMAZ

HUKUKİ PRAGMATİZMİN TEMEL UNSURLARI

Danışman

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2017

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Furkan KARARMAZ'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan(Danışman) : Prof. Dr. Muharrem KILIÇ (İmza)

Üye : Prof. Dr. Gülriz UYGUR (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Ahmet Haluk ATALAY (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Banu BOZKURT BOZABALI (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRIJER (İmza)

Tez Başlığı: Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 10/05/2017

Mezuniyet Tarihi : 15/06/2017

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Furkan KARARMAZ





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Furkan KARARMAZ
Öğrenci Numarası	20135229004
Enstitü Anabilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Tez Başlığı	Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları
Turnitin Ödev Numarası	820214662

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 152 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 30/05/2017 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % < 1

alıntılar dahil % 1 'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin savunulabilir olduğu ve jüri üyelerine gönderilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı görüşündeyim.

30/05/2017

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
(imza)

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iii
ÖZET	iv
SUMMARY	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK PRAGMATİZMİNİN KÖKLERİ

1.1. Pragmatizm.....	6
1.1.1. Pragmatizm Nedir?	6
1.1.2. Pragmatizmin Felsefi Konumu	9
1.1.3. Pragmatizmin İlkeleri	13
1.2. Pragmatist Felsefenin Hukuk Kuramı Sahnesine Çıkışı.....	24
1.2.1. Pragmatizm Öncesi Amerikan Hukuku Üzerine Kısa Bir Tarihsel Not.....	24
1.2.2. Metafizik Kulübü.....	35
1.2.3. Oliver Wendell Holmes (1841-1935)	40
1.2.4. John Dewey (1859-1952)	52

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK PRAGMATİZMİ

2.1. Hukuk Pragmatizminin Genel Özellikleri	59
2.1.1. Giriş	59
2.1.2. Hukuk Pragmatizminin Hukuk Kuramı Sahnesindeki Yeri	61
2.1.3. Hukuk Pragmatizminin Esasları	68
2.1.3.1. Araçsalcılık.....	68
2.1.3.2. Bağlamsalcılık	72
2.1.3.3. Antitemelcilik	78
2.1.3.4. Perspektivizm	85
2.2 Hukuk Pragmatizminin Yansımaları	92
2.2.1 Hukuki Realizm Akımı.....	92
2.2.2 Roscoe Pound ve Sosyolojik Hukuk Bilimi	103
2.2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi.....	108
2.2.4 Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi	112
2.2.5 Richard Posner ve Hukukun Ekonomik Analizi	118

2.3. Uygulamada Hukuk Pragmatizmi	126
2.3.1. Pragmatik Yargıç	126
2.3.2. Pragmatik Hukuk Öğretimi	137
2.3.3. Pragmatik Hukuk Çalışmaları	143
SONUÇ	149
KAYNAKÇA.....	153
ÖZGEÇMİŞ.....	160



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
EHÇ	: Eleştirel Hukuk Çalışmaları
HEH	: Hukuk ve Ekonomi Hareketi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
US	: United States
v.	: Versus

ÖZET

Bu çalışmada hukuk pragmatizmi kuramı, kuramsal temelleri ve uygulama önerileri çerçevesinde ele alınmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle hukuk pragmatizminin felsefedeki kökleri ortaya konulacaktır. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında ortaya çıkmış bir bilgi felsefesi kuramı olan pragmatizmin temel önermeleri ele alınarak hukuk pragmatizmini de şekillendirmiş olan bu felsefi kuram, çalışmanın amacına uygun olacak şekilde özetlenmiş olacaktır. Bunun ardından ABD hukuk tarihinde gündeme gelmiş olan kuramsal yaklaşım ve tartışmalar kısaca ele alınacaktır. Böylece hukuk pragmatizminin ortaya çıkış sürecinin tarihsel arka planı da özetlenmiş olacaktır. Sonrasında, pragmatizmin ve hukuk pragmatizminin içinde geliştiği fikri ortam olan Metafizik Kulübü ve kulübün üyelerinin hukuk pragmatizmi bakımından önemli olan görüşleri belirtilecektir. Hukuk pragmatizminin kurucuları olan Oliver Wendell Holmes ve John Dewey'in pragmatik yaklaşımlarının ana hatlarının belirtilmesi ile ilk bölüm tamamlanmış olacaktır.

Çalışmanın esasına girilecek olan ikinci bölüm, hukuk pragmatizminin genel özelliklerinin, hukuk kuramı alanındaki konumunun ele alınması ile başlamaktadır. Böylece hukuk pragmatizminin hukukun büyük kuramları denilebilecek olan Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm kuramları ile ilişkisi ortaya konulmuş olacaktır. Bunun ardından hukuk pragmatizminin esasları başlığı altında, bu hukuk kuramının temel tezleri incelenecektir. Hukuk pragmatizminin temel tezleri olan araçsalcılık, bağlamsalcılık, anti-temelcilik ve perspektivizm tezlerinin ele alınıp açıklanmasından sonra yirminci yüzyılda ortaya çıkmış olan pragmatist hukuk akımları değerlendirilmeye alınacaktır. Hukuki Realizm Akımı, Sosyolojik Hukuk Bilimi Akımı, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi ve Hukukun Ekonomik Analizi yaklaşımının pragmatik karakterleri incelenecek ve hukuk pragmatizminin esasları bakımından bu akımların birer değerlendirmesi yapılacaktır. Hukuk pragmatizmi akımı dahilinde, yargıcın rolü, hukuk öğretimi ve hukuki akademik çalışmalar konusunda ortaya konulmuş eleştiri ve öneriler doğrultusunda son olarak bu kuramın uygulama önerileri ortaya konularak çalışma tamamlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Pragmatizm, Hukuk Pragmatizmi, Oliver Wendell Holmes, John Dewey, Pragmatik Hukuk Akımları.

SUMMARY

MAIN ELEMENTS OF LEGAL PRAGMATISM

In this study, the theory of legal pragmatism will be examined in the framework of its theoretical foundations and practical implications. In the first part of the study, philosophical roots of the legal pragmatism will be revealed. These roots are in pragmatism. Pragmatism, which shaped the basic propositions of legal pragmatism, is an epistemological theory that emerged in the late nineteenth century. Pragmatism will be summarized as appropriate for the purpose of the study. Then, the theoretical approaches and debates that have come to the fore in the history of US law will be briefly discussed. Thus the historical background of the emergence of legal pragmatism will be summarized. Later, the views of the members of the Metaphysical Club -which was the ideological environment within which philosophical pragmatism and legal pragmatism developed- will be expressed to the extent that they influenced legal pragmatism. The first chapter will be completed with the outlines of the pragmatic approaches of Oliver Wendell Holmes and John Dewey, the founders of legal pragmatism.

The second chapter, which constitutes the essence of the study, begins with the examination of the general features of legal pragmatism and its position in the field of legal theory. Then, under the heading of the theses of legal pragmatism, the basic theses of this legal theory will be examined. These theses are instrumentalism, contextualism, antifoundationalism and prespectivism. After discussing and explaining these theses, the pragmatist legal movements that emerged in the twentieth century will be evaluated. The pragmatic characteristics of the Legal Realism, Sociological Jurisprudence, Critical Legal Studies, Critical Feminist Scholars and Economic Analysis of Law will be examined and evaluated in terms of the theses of legal pragmatism. The study will be finalized by remarking the pragmatic criticisms and suggestions about the judiciary role, legal education and legal scholarship.

Keywords: Pragmatism, Legal Pragmatism, Oliver Wendell Holmes, John Dewey, Pragmatist Legal Movements.

GİRİŞ

Eski Yunancada pragma (πρᾶγμα) sözcüğü “iş, mesele, durum, vaziyet, eylem, girişim, teşebbüs” gibi anlamlar içermektedir. Pragmatik sıfatı (πραγματικός), “çalışkan, çalışmayı seven, faal; becerikli, mahir, işini bilir; tedbirli” gibi nitelemeleri ifade ederken pragmatik zarfı ise (πραγματικῶς) “ustaca, beceriklice; gerçekte, aslında, hakikatte; şimdilik, şu duruma göre” anlamlarını taşımaktadır.¹ Charles Sanders Peirce’ın 1878 tarihli *How to Make Our Ideas Clear* (Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır?)² isimli makalesi ile felsefe sahnesine çıkmış olan pragmatik felsefeyi bu anlamlar üzerinden açıklamak mümkündür. Buna göre pragmatizm öncelikle bir bilgi kuramıdır. Pragmatizmde her bilgi bir eylem planı olarak kabul edilir. İnsanlar, faaliyetlerini mahir bir şekilde gerçekleştirebilmek için bilgi üretirler. Her düşüncenin anlamı onun gerçekte yarattığı etkiler ile belirlenir ve gerçekte bir etki yaratmayan düşünceler aslında anlamsızdır. Eğer her bilgi bir eylem planı ise bilgilerin doğruluğu da kişileri girişimlerinde başarılı kılıp kılmamalarına bağlıdır. Dolayısıyla doğruluk mutlak bir ölçüte göre değil duruma göre belirlenmelidir. Keza bir bilginin eldeki duruma göre doğru olması, ilelebet doğru kalacağı anlamına da gelmez. Bilgi, şimdilik doğrudur; zamana, bağlama ve bakış açısına göre bilginin doğruluğu değişebilir. Kısaca ifade edilecek olursa pragmatizm, bilgi kuramında araçsalcılığı, antitemelciliği, perspektivizmi ve bağlamsalcılığı savunan bir düşünce akımıdır.

Pragmatizmin felsefede ve hukuk kuramında ortaya çıkış süreci eş zamanlı olmuştur denilebilir. Bu bakımdan pragmatizm, felsefe alanında uzun bir olgunlaşma süreci geçirdikten sonra hukuk alanına yansımış ve hukuk alanında etkileri görülmüş bir kuram değildir. Zira hukuk pragmatizminin kurucusu olarak kabul edilen Holmes da Peirce’la aynı dönemde eserlerini vermeye başlamıştır. Hukuk pragmatizminde de pragmatizmle koşut olacak şekilde, hukuki bilgi, hukuki faaliyetler bakımından bir eylem planı olarak kabul edilir. Bu bilginin kaynağı da yine hukuki faaliyetlerin içerisinde yer almaktadır. Hukuki bilgilerin doğruluğu insanları hukuki amaçlarına ulaştırmalarına bağlıdır. Genel olarak hukukun doğruluğu da toplumu amaçlarına ulaştırabilme düzeyine göre belirlenmektedir. Bu amaçlar da yine duruma, bağlama ve bakış açısına göre değişebilmektedir. Bu bakımdan hukuk pragmatizmi, hukukun kaynağı ve ölçütü konusunda mutlak veya nihai belirlemelerde bulunmaz.

¹ Çelgin, 2011: 551.

² Peirce, C. S. (2016b). “Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır”. *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, S. Çelik (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 63-92.

Pragmatist hukukçular, doğal hukuk kuramlarını veya iradeci hukuki pozitivizmi mutlakçı ve temelci kuramlar olarak görür ve eleştirirler.

Hukukta pragmatik öğelere, kavrayışlara ve yaklaşımlara, pragmatizmin bir hukuki kuram olarak ortaya çıkmasından çok daha öncelerde de rastlanmaktadır. *Common Law*'da, *lex mercatoria*'da veya Roma hukukunda pragmatik unsurlara rastlamak mümkündür. Bu nedenle hukuk pragmatizmi salt normatif bir kuram olmamıştır. Hukuk pragmatistleri hukuku öncelikle betimsel bir yaklaşımla ele almışlardır. Hukukun halihazırda pragmatik bir etkinlik alanı olduğunu tespit etmişler ve hukukun bu pragmatik niteliğini kuvvetlendirmeye yönelik normatif talepler ortaya koymuşlardır. Bu taleplerin, dönemin sosyal bilim anlayışıyla ve bu dönemde ABD siyasetine egemen olan *ilerlemeci* yaklaşımla örtüşmesi, hukuk pragmatizminin kısa bir sürede ABD hukuk kuramına egemen olmasına neden olmuştur. Bu kapsamda yüzyılın ilk yarısında Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk Bilimi pragmatist görüşlerin yansımalarını içeren ilk hukuk akımları olarak ortaya çıkmışlardır. 1950'li yıllarla birlikte bu akımlar hukuk kuramı alanındaki ağırlıklarını yitirmişlerdir. Ancak 1970'li yıllarda pragmatizm ve hukuk pragmatizmi yeniden gündeme gelmiştir. Bu dönemde, birbirlerinden çok farklı siyasi karakterlere sahip olan Hukuk ve Ekonomi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Feminist Hukuk Çalışmaları gibi akımlar, pragmatik hukuki yaklaşımları farklı düzeylerde yansıtan ve geliştiren farklı düşünce hareketleri olmuşlardır. Bu duruma bakarak hukuk pragmatizminin yirminci yüzyıl ABD hukuk kuramının en etkili düşünce sistemlerinden birini teşkil ettiği öne sürülebilir.

Türk hukuk yazınında Amerikan Hukuki Realizmi³, Sosyolojik Hukuk Bilimi⁴, Eleştirel Hukuk Çalışmaları⁵ veya Hukuk ve Ekonomi Akımı⁶ gibi kuramlar ile ilgili yazılmış eserler bulunmaktadır. Özellikle Ülker Gürkan'ın eserlerinin, Türk hukukçusunun hukuk pragmatizmiyle tanışmasının yolunu açtığını söyleyebiliriz. Bugün bu alanda yapılan çalışmalar ve ders kitaplarının ilgili bölümlerine bakıldığında Gürkan'ın eserlerinin temel

³ Gürkan, Ü. (1967). *Hukuki Realizm Akımı*. AÜHF Yayınları, Ankara; Uzun, E. (2004). "Amerikan Hukuk Realizmi", A. H. Atalay (Ed.). *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*. İthaki Yayınları, İstanbul; Türkbağ, A. U. (2000). "Amerikan Hukuki Realizm Akımı". *İÜHF Mecmuası*, 63(1-2): 79-95; Akı, E. İ. (2008). *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*. (Danışman: Gülriz Uygur), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

⁴ Gürkan, Ü. (1961). *Sosyolojik Hukuk İlmi*. AÜHF Yayınları, Ankara.

⁵ Akbaş, K. (2006). *Hukukun Büyübozumu*. 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul; Aktaş, S. (2011). *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*. 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul; Akman, Ş. T. (2012). "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(4): 1271-1306.

⁶ Özkan, S. Ç. (2013). "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1): 85-98; Oğuz, F. (2002). "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme". *Piyasa*, 2: 3-23; Gürpınar, B. (2008). "Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri-'Hukuk ve Ekonomi' Akımı". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20: 161-180.

başvuru kaynağı teşkil ettiği görülmektedir. Elinizdeki bu çalışmada da bu eserlerden çokça yararlanıldığını belirtmek gerekir. Hukuk pragmatizmi başlığı altında değerlendirilebilecek farklı kuramlar hakkında çalışmalar yapılmış olmakla birlikte, Türk hukuk yazınında hukuk pragmatizmini genel olarak ele alan bir eser bulunmamaktadır. Bir asrı aşan geçmişine rağmen hukuk pragmatizmi hakkında yazılmış Türkçe bir eserin bulunmamasıyla ilgili çeşitli nedenler ortaya konulabilir. Pragmatizm kavramına yönelik olumsuz algılar, pragmatik felsefenin kurucuları arasındaki fikri uyuşmazlıklar, Hukuki Realizm ile Sosyolojik Hukuk İlmi arasında veya Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile Hukuk ve Ekonomi akımları arasında olduğu gibi kuram içi çatışmalar, hukuk pragmatizminin dört başı mamur bir hukuk kuramı olarak görülmemesine neden olmuş olabilir. Elinizdeki tezde, esasında, tüm bu çelişki ve çatışmalara rağmen Hukuk Pragmatizmi adında bütünlüklü bir kuramdan bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusunun cevabı aranacak ve Hukuk Pragmatizmi Kuramı tasviri bir biçimde ortaya konulacaktır.

Bu arayış dâhilinde, iki bölümden oluşan tezin ilk bölümü, felsefede ve hukukta pragmatik düşüncenin ortaya çıkış sürecine ayrılmıştır. Hukuk Pragmatizminin Kökleri adını taşıyan bu bölümde öncelikle pragmatizmin kurucuları olarak kabul edilen Charles Sanders Peirce, William James ve John Dewey'in görüşleri üzerinden pragmatik felsefenin esasları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun ardından pragmatizmin hukuk kuramı sahnesine çıkış sürecinin ortaya konulduğu ikinci altbölüm gelmektedir. Pragmatizmin hukuk sahnesine çıkışından önce bu sahnede nelerin ve kimlerin olduğunun belirtilmesi önem arz etmektedir. Zira hukuk pragmatizmi kuram ve uygulama alanlarında kendisinden önce var olmuş olan geleneksel yaklaşımlara tepki olarak ortaya çıkmış bir kuramdır. Hukuk pragmatizminin bu niteliğinin daha iyi ortaya konulabilmesi için bu altbölümde evvela pragmatizm öncesinde ABD hukukunun kuramında ve uygulamasında yer alan kabul ve tutumlar ele alınacaktır. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl ABD hukuku ve hukuk kuramı hakkında özet niteliğinde bilgiler içeren bu alt başlıktan sonra hem pragmatizmin hem de hukuk pragmatizminin içinde geliştiği düşünsel habitat olarak değerlendirilen 'Metafizik Kulübü' ele alınacak ve tanıtılacaktır. Burada, Peirce ve James gibi felsefeciler ile Oliver Wendell Holmes ve Nicholas Green gibi hukukçuları bünyesinde bir araya getirmiş bir fikir kulübü olan Metafizik Kulübü'nün pragmatizmin felsefede ve hukukta eş zamanlı yükselişine etkisi ortaya konulacaktır.

Pragmatik düşüncenin hukuk alanındaki ilk ve en etkili temsilcisi Oliver Wendell Holmes olmuştur. Esasında Holmes, sadece hukuk pragmatizminin değil ABD hukuk tarihinin de en etkili ve en müstesna figürü olabilir. Holmes, *The Common Law* başta olmak

üzere çok sayıda çığır açıcı hukuki esere sahiptir. Yirmi yılı ABD Yüksek Mahkemesi'nde olmak üzere yirmi dokuz yıl yargıçlık görevinde bulunmuş ve bu süre içerisinde de çok sayıda tartışmalı karara ve karşı oy yazılarına imza atmıştır. Holmes'un eserleri ve kararları ile ortaya koyduğu görüşleri üzerine çok sayıda olumlu ve olumsuz eleştiri yazılmıştır. Sadece HeinOnline veri tabanında Holmes üzerine yazılmış beş yüz civarında makale, değerlendirme ve yorum yer almaktadır. Bu muazzam külliyyatın bütünüyle değerlendirilmesi bu çalışma bakımından gerekli olmadığı gibi mümkün de değildir. Bu nedenle Holmes'un hukuk pragmatizmi bakımından kurucu nitelikte olan görüşlerinin ele alınması ve ortaya konulmasıyla yetinilecektir. Bunun ardından, Holmes'la birlikte hukuk pragmatizminin kurucuları arasında sayılan John Dewey'in hukuki görüşleri ortaya konulacaktır. John Dewey'in pragmatik felsefenin kurucularından biri olduğu belirtilmişti. Ancak diğer kuruculardan farklı olarak Dewey bu düşünce yolunu hukuka uygulamaya yönelik çalışmalar da yapmıştır. Bu çalışmalar da tıpkı Holmes'un eserleri gibi hukuk pragmatizmi için kurucu niteliktedir. John Dewey'in hukuk felsefesine ilişkin görüşlerinin de ele alınması ile hukuk pragmatizminin köklerini ortaya koymaya özgülenmiş olan Birinci Bölüm sona ermiş olacaktır.

Üç alt bölümden oluşan ikinci bölüme, ilk bölümde ortaya konulmuş olan kurucu nitelikteki görüşler ve bunların yanı sıra yirminci yüzyılda bu görüşleri devralan, benimseyen ve geliştiren pragmatist hukukçuların üzerinde ortaklaştığı hususlar çerçevesinde hukuk pragmatizminin genel niteliklerinin ele alınmasıyla başlanacaktır. Hem pragmatist düşünürlerce hem ilk dönem hukuk pragmatistlerince hem de bunların takipçilerince öne sürülmüş olan ortak görüşler kendi içlerinde tutarlı ve bir arada bir bütün arz edecek şekilde ortaya konmaya çalışılacaktır. Üzerinde ortaklaşmış olan görüşler çerçevesinde hukuk pragmatizminin esaslarının belirlenmesiyle ilk altbölüm tamamlanmış olacaktır. Hukuk Pragmatizminin Yansımaları başlığını taşıyan ikinci alt bölümde ise, pragmatist görüşlerin yankı bulduğu hukuk akımlarının bir önceki altbölümde tespit edilmiş olan esaslar üzerinden bir değerlendirmesi yapılacaktır. Bu bölümde Hukuki Realizm, Sosyolojik Hukuk Bilimi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Feminist Hukuk Çalışmaları ve Hukuk ve Ekonomi akımları ele alınacaktır. Bu akımların her biri farklı bir doktora çalışmasının konusunu teşkil edebilecek genişlikte olup bunların bu çalışmada tüm yönleriyle ele alınması mümkün değildir. Bu nedenle bu alt bölümde bu akımlarda dile getirilen pragmatizmle bağlantılı görüşleri tespit etmekle ve bu akımlar dâhilinde hukuki pragmatizmin hangi ilkelerinin vurgulandığını veyahut geliştirildiğini ortaya koymakla yetinilecektir.

Pragmatizmde her düşünce bir eylem planı olarak kabul edilir. Hukuk pragmatizminde hukuki düşünce bir eylem planı olarak görülmektedir. Bir hukuk kuramı olarak hukuk pragmatizmi de bizzatihi bir eylem planıdır. Hukuk pragmatizminin eyleme ve etkinliğe yönelik bu vurgusu, pragmatistlerin hukuk uygulamasına yönelik de çok sayıda eleştiri, görüş ve öneri ortaya koymalarına neden olmuştur. Bu tezin son altbölümünde de hukuk pragmatistlerince ortaya konulmuş olan uygulama önerileri ele alınacaktır. Pragmatik yargıç nasıl olmalıdır, sorusu ile yola çıkılacak; böyle bir yargıcın varlığını mümkün kılacak pragmatik hukuk öğretiminin gereklilikleri ile devam edilecek ve hem öğretimi gerçekleştirecek hem de uygulamanın sorunlarına çözüm üretecek pragmatik hukuk akademisine ilişkin öneriler ortaya konularak tez sonlandırılmış olacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK PRAGMATİZMİNİN KÖKLERİ

1.1. Pragmatizm

1.1.1. Pragmatizm Nedir?

Eski Yunancada ‘yapılacak şey, iş’ gibi anlamlara gelen *pragma* sözcüğü *pragmatizm* sözcüğünün kökünü oluşturur. Bu tür bilgilerin verilmesi her ne kadar teamül gereği olsa da pragmatist felsefenin ortaya çıkışı açısından bu kökenbilimsel bilginin pek de bir önemi yoktur. Pragmatizmi esaslı bir felsefe yolu olarak ilk kez ortaya koyan Charles Sanders Peirce, pragmatizm sözcüğünü kullanırken bu kadar geriye gitmemiş ve kavramı Kant’ın *Saf Aklın Eleştirisi* eserinden almıştır.⁷ Bu eserin ikinci bölümünde Kant, fikir sahibi olmak, bilmek ve inanmak ayrımları üzerinde dururken ‘pragmatik inanç’ kavramını ortaya atar. Ona göre pragmatik inanç, hastasının semptomlarına bakarak hastalığının ne olduğu ve nasıl bir müdahale yapılması gerektiği yönünde bir yargıya varan doktorun durumuyla örneklendirilebilir. Doktor hastalığın ne olduğunu *bilmemektedir* ancak belirli bulgular üzerinden bir *inanca* ulaşır ve bu inanç temelinde hastasına müdahale eder. Eğer hastada iyileşme görülürse doktorun inancı doğru demektir. Kant bu örnek üzerinden pragmatik inancı, araç niteliğindeki eylemleri temellendiren ve doğruluğu olumsal olan inanç olarak tanımlar.⁸ Bu bakımdan pragmatik inanç *iş gören* inançtır. Peirce, pragmatik felsefesini tam da bu kavrayış üzerinden giderek inşa eder. Ancak Kant’a göre birçok inanç türünden biri olan pragmatik inanç, Peirce’a göre inancın tek türüdür.⁹

Pragmatik felsefenin ilkelerinin ortaya konulduğu ilk eser, Peirce’ın 1878 tarihli *How to Make Our Ideas Clear (Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır?)*¹⁰ adlı makalesidir. Ancak yirminci yüzyılın başlarına kadar Peirce’ın bu çalışması ve genel olarak pragmatizm görüşü felsefi topluluğun ilgisini çekmez.¹¹ Bu durum William James’in 1898 yılında Berkeley’de *Pragmatizm* sunumlarına başlamasıyla değişir. 1907 yılında yine *Pragmatizm* adıyla ilk baskısı yapılacak olan bu sunumlarda James, Peirce’ın görüşlerini yorumlayarak yeniden ortaya koyar. Aynı dönemde Ferdinand C. S. Schiller ve John Dewey de Peirce’ın görüşlerinden yola çıkarak pragmatizm yorumlarını ortaya koymaya ve bu felsefi yaklaşımı farklı alanlara uygulamaya yönelirler. Bu tarihten itibaren pragmatizm özellikle Amerikan

⁷ Çelik, 2016a: 28-29.

⁸ Kant, 2000: 701.

⁹ Menand, 2001: 236.

¹⁰ Peirce, 2016b.

¹¹ Karakaş, 2015: 16.

düşünce dünyasında ağırlık kazanmaya başlar. Farklı bilim ve felsefe alanlarından düşünürler pragmatik yöntemi yorumlarlar ve kendi alanları bakımından sonuçlarını ortaya koymaya çalışırlar. Bu düşünürler arasında G. Herbert Mead, W. O. Quine, Richard Rorty, Hilary Putnam, Stephan Toulmin, Jurgen Habermas, Sidney Hook, Isaac Levi, Susan Haack ve Larry Hickman gibi isimler yirminci yüzyılın önde gelen düşünürleri olarak kabul edilmektedirler.¹² Pragmatist olan veya pragmatizmin önerilerinden faydalanan farklı alanlarda çok sayıda düşünürün olması bugün için ‘ağyarını mani efradını cami’ bir pragmatizm tanımı yapmayı epeyce zorlaştırmaktadır. Bu durum bu çalışma bakımından pragmatizmi, kurucu görüş ve ilkeler üzerinden işlemeyi gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak pragmatist yaklaşımların hukuk alanındaki görünümünü ele almayı amaçlayan bu çalışma için bu kadarının yeterli olacağı düşünülmektedir. Bu nedenle bu altbölümde Peirce, James ve Dewey’in pragmatizme ilişkin açıklama ve yorumları üzerinde sınırlandırılmış bir inceleme ortaya konulacaktır.

Peirce’ın *Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır?* adlı makalesi pragmatizmi, öncelikle *anlamaya* yönelik kuramsal bir araç olarak ortaya koyar. Adından da anlaşılacağı üzere bu makale anlamları soyut ve belirsiz olan kavramların ve içinde bu tür kavramlar bulunan ifadelerin anlamlarının açıklığa kavuşturulması konusunu ele almaktadır. Peirce’ın buradaki amacı kavramların anlamlarını açıklığa kavuşturacak bir yöntem oluşturarak iletişimin daha başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesinin olanaklarını arttırmaktır.¹³ Peirce, bir çözüm yöntemi önerir. Buna göre anlamları bulanık olan kavramlar, anlamları açık olan kavramların kullanıldığı koşullu önermelerle yeniden ifade edilerek açıklanacak ve bu açıklama o kavramın yerine konulacaktır. Örneğin ‘ağırlık’ kavramını bu maksime göre açıklarken şuna benzer bir koşullu önerme oluşturmak gerekli ve elverişlidir: Bir cisim karşı koyan bir güç olmadığında düşüyorsa, o cisim ağırdır.¹⁴ Bu önermedeki güç kavramı yeni bir belirsizlik durumu yaratıyor denilebilir. Bu noktada yine aynı maksime uygun olarak güç kavramı da etkileri üzerinden açıklanacak ve bunun için yeni bir koşullu önerme oluşturulacaktır. Bir ifadedeki kavramların tümü açıklığa kavuşturulana dek bu süreç sürdürülecek ve nihayet ifadenin anlamı açıklığa kavuşmuş olacaktır. Bu maksim, Kartezyen soyut açık seçiklik düşüncesine karşı olarak, anlamı olgusal ve duyusal etkilere bağlayan nesnelci bir anlam kuramının ve dolayısıyla pragmatik felsefenin çıkış noktası olmuştur.¹⁵

Pragmatik maksime göre herhangi bir düşüncenin anlamı onun yaratmaya elverişli olduğu etki ve pratik farklılıktan ibarettir. Bir düşünceye veya kavrama ilişkin açık bir

¹² Çelik, 2016b: 16-17.

¹³ Borchert, 2006: 742.

¹⁴ Peirce, 2016b: 78.

¹⁵ Çelik, 2016b: 14.

anlayışa ulaşmak için onun pratik ve duysal etkilerini ve bu etkilerin yaratacağı veya gerektireceği tepkileri ortaya koymak gerekmektedir.¹⁶ Böylece pragmatik anlam, yapılacak bir işle, eylemle, uygulamayla ilgili bir anlam olarak ortaya çıkar. Böylesi bir kullanım pragmatik maksimin olumlu işlevini teşkil eder: anlamı bulanık olan ifadeleri açıklığa kavuşturmak. Ancak pragmatik maksimin en az bu kadar önemli olan bir de olumsuz işlevi vardır. Kavramların ve bu kavramlarla ifade edilen önerme ve düşüncelerin anlamının nihai olarak bunların pratikte yaratacağı farklılığa bağlanması, pratikte bir fark yaratmayacak olan düşüncelerin anlamsız ve saçma olduğu hükmünü de içerir.¹⁷ Peirce, yönteminin bu olumsuz işlevini felsefedeki tartışmalara ve özellikle de metafizik tartışmalara yöneltir. Ona göre bu tür tartışmalarda evvela sorulması gereken şu veya bu kavrayışın doğru kabul edilmesinin ne tür pratik farklara yol açacağıdır.¹⁸ Örneğin ‘dünya bir midir çok mudur’ tartışmasını bu ilke ile ele aldığımızda soracağımız soru ‘dünya bir olsa ne olur çok olsa ne olur’ olmalıdır. Buna benzer şekilde ‘özgür irademiz olsa ne olur kaderimize mahkûm olsak ne olur’, ‘varlığın kaynağı madde olsa ne olur tin olsa ne olur’ şeklinde soruları çoğaltmak mümkün ve gereklidir. Bir tarafın haklı olmasının pratikte yaratacağı farklılıklar bu tartışmaların anlamını ve önemini ortaya koyar. Bir farklılık söz konusu olmayacaksa söz konusu tartışmalar anlamsızdır ve yarattığı emek ve zaman kaybı nedeniyle zararlıdır.¹⁹

Pragmatist bakış açısında “Tanrı, “Madde”, “Akıl”, “Mutlak” gibi sözcükler, evrenin ilkesini ele veren ve onlara ulaşmakla felsefî araştırmanın sonuna erilmiş olunacak sihirli sözler değildir. Aksine pragmatist çaba tam da bu sözcükler nihai ilke olarak ileri sürüldüğünde başlar. Pragmatik yöntem, bu tür tartışmalarda ne akılcı ne olgucu yönde -a priori- bir eğilimi olan, diğer bir ifadeyle -başlangıçta- tarafsız olan bir ayıklama yöntemi olarak sunulur. Ancak bu yöntemin uygulanmasıyla elde edilen sonuçların pragmatistleri olguculukla yakınlaştırdığı görülecektir. James’e göre bu yöntem, ilk kez Peirce tarafından bir ilke olarak ifade edilmiş olmakla birlikte, Berkeley, Hume, Stewart, Brown, Bain ve Mill’in önde gelen temsilcileri oldukları tipik İngiliz düşüncesi içerisinde kullanılmış ve farklı sorunlara uygulanmış olan bir yöntemdir.²⁰ Yine James’e göre bu yöntem temelde yeni bir şey olmayıp var olan bazı felsefî eğilimleri ilkesiyle uyduğu ölçüde bünyesinde bir araya getirmektedir. Bu bakımdan ‘başlangıçta tarafsız’ bir düşünme aracı olan pragmatizmin

¹⁶ James, 2015: 61.

¹⁷ Çelik, 2016a: 30-31.

¹⁸ Karakaş, 2015: 24.

¹⁹ Peirce, 2016b: 71-72.

²⁰ Karakaş, 2015: 22.

uygulandıkça faydacı, nominalist ve pozitivist yaklaşımlarla ortaklıklar arz ettiği söylenebilir.²¹

Pragmatizm bir anlama yöntemi olarak yola çıkar: Düşüncelerin ve kavramların pratik farklılıkları üzerinden bunların ne anlama geldiklerini veya bir anlama gelip gelmediklerini bulma yöntemi. Ancak pragmatistler bir anlam ifade eden kavram veya kavrayış doğrudur demezler. Bir anlam ifade etmek ile doğru olmak arasında önemli bir fark vardır. Bu fark Peirce'ı ve ardından James ile Dewey'i doğruluk meselesi üzerinde de düşünmeye zorlar. Peirce, tıpkı anlam meselesinde olduğu gibi doğrulukta da soyut ve idealist yaklaşımları reddeder. Doğru olan evvela anlamlı bir şeydir, dolayısıyla etkileri ile kendini ortaya koyar. Aynı zamanda bu etkilerin *işe yarar* olması gerekir. Diğer bir ifadeyle bir kavram, kavrayış veya düşüncenin etkileri doğal ve insani güçlükleri çözmede başarılı olduğu ölçüde o kavram, kavrayış veya düşünce doğrudur. Peirce'a göre bu bakımdan doğruluğa ulaşmada en avantajlı yöntem bilimdir. Doğruluk bir alanda çalışan farklı bilim insanlarının ister istemez ulaşacakları ortak sonuç ve bir olgusal gerçekliktir. James ise doğruluk konusunda daha bireyci bir açıklama getirir. Ona göre bireyin sorununu çözen düşünce veya inanç o birey için doğrudur.²² İki düşünür arasındaki bu yaklaşım farklılığının ayrıntılarına şimdilik girilmeyecektir ancak şu kadarını belirtmek gerekir ki bu farklılık esaslı bir farklılıktır. Öyle ki James'in bu görüşünü ortaya koyması üzerine Peirce, pragmatizm bu ise ben artık pragmatist değilim diyecek ve kendi kuramının adını 'pragmatisizm' olarak değiştirecektir.²³ Dewey de bu iki düşünüre benzer şekilde araççı bir doğruluk anlayışı ortaya koyar. Ona göre de doğru bilgiden insanın çevreyle uyumunu arttırması, hayatta kalmasını sağlaması, istediği sonuçlara ulaşmasında yardımcı olması, kısaca onu başarılı kılması beklenir.²⁴ Dewey, bu işlevleri yerine getirmesi beklenen doğruluğun ölçütünü ortaya koyarken ne Peirce kadar bilimci ne de James kadar bireycidir. O doğruluğun ölçütünü 'güvence ile öne sürülebilme' olarak kabul eder. Doğruluk iddia etmek, bir düşünce veya inancın güvenilir olduğunu, istikrarlı olduğunu ve böyle kalacağını iddia etmektir.²⁵

1.1.2. Pragmatizmin Felsefi Konumu

Anlama ilişkin bir maksimden bir anlam kuramına evrilen pragmatizm, doğruluğun ne olduğuna ilişkin sorulara yanıt vermeye kalkışmakla bir kez daha kapsam genişlemesine uğrar ve ontolojiden etiğe birçok alanda yeni sözler söylemek ve daha önce söylenmiş olanlarla da

²¹ James, 2015: 62-65.

²² Çelik, 2016b: 14-15.

²³ Çelik, 2016a: 21.

²⁴ Roth, 2000: 488.

²⁵ Çelik, 2016a: 15-16.

hesaplaşmak mesaisi ile karşı karşıya kalır. James ve Dewey bu mesaiyi üstlenirler ve ilk iş olarak Alman akılcılığı - İngiliz olguculuğu çatışkısı ile hesaplaşırlar; böylelikle bir yandan da pragmatizmin felsefe evrenindeki konumunu netleştirmiş olurlar. Bu hesaplaşmanın ana hatlarını ortaya koymak pragmatist felsefenin esaslarına ve uygulamasına ilişkin kavrayışı arttıracaktır.

James'e göre akılcı felsefe, olguların katlanılmaz derecede karmaşık, kusurlu, kirli ve terli gerçekliğinden kaçış için sığınılan bir öğreti olmuştur. Bu öğreti, ona yönelmeye uygun bir mizaca sahip olanlara saf, asil, halis ve salt anlık ile *bilinen* bir ikinci evren sunar. Bu evren ilk örneklerin, "Bir" in veya "Mutlak" ın hükmündedir. Bu evrene vakıf olmak ise herkesin harcı değildir; ancak zihinsel ve ruhsal bir yükselme ile bu evrene erişilir. Gelin görün ki, oradan geri dönmek oraya ermekten daha zordur. Mutlak, onu *duymaya* uygun mizahtaki düşünürü kendine çağırır, ona "her şey yolunda" diyerek bir tür dini konfor sağlar ama tikele inmesinde ona hiç yardımcı olmaz. Aşağıda ise hiçbir şey yolunda olmadığı gibi öyle belirli bir *yol* da yoktur. Bu nedenle akılcı felsefe gerçek yaşamı açıklayamaz ve aslında böyle bir kaygı da gütmemektedir. O, gerçek yaşamın çelişkileri ile uğraşmaktansa, çelişkisiz ama gerçek olmayan, "solgun ve hayaletvari" bir evrene yönelir.²⁶ Gerçekliğin değişkenliği ve ele avuca gelmezliği, akılcı düşünürü kapalı, mutlak ve sonsuza dek tamamlanmış kusursuz modeller yaratmak zorunda bırakır.²⁷ James bu tutumu bir derman arayışı olarak görür ama burada aranan derman, yaşamın gerçek dertleri için değil bu sorunlardan uzaklaşmak isteyen "yumuşak zihinli" insanların çaresizlik hisleri için aranan bir dermandır.²⁸

Pragmatizmde var olmuş, var olan veya var olacak herhangi bir dünya cennetinin veya var olanın ona bakıp da benzemeye çalışacağı bir halislikler evreninin varlığı kabul edilmez. Salt adına dahi saygı gösterilmesi gereken ve baş harfi hep büyük yazılan bir 'Doğru' düşüncesi yoktur. Doğru bir cins isimdir ve imla kurallarına uyulur. Ancak akılcılığa yönelik bu karşı duruş pragmatistin aklı tümüyle reddetmesi anlamına da gelmemektedir. Burada reddedilen, deneyimden tümüyle bağımsız bir yeti olarak "Akıl" kavrayışıdır. Bireysel ve toplumsal olarak kullanılan ve deneyimsel zekâ olarak ifade edilebilecek olan 'akıl', pragmatistlerce kabul edilir ve önemli bir role de sahiptir. İnsan bu akıl aracılığıyla cehaletten, yanlış geleneklerden ve geçmişe köle olmaktan kurtulur. Pragmatistin aklı, akılcılıkta olduğu gibi, var olduğu önceden kabul edilmiş olanı keşfetmeye veya ona ermeye değil, var olduğu deneyimlenmiş olanlardan yola çıkarak geleceği öngörmeye, yararlı tepkiler ve ilkeler geliştirmeye yönelik olarak işe konulur. Bu aklın yaptığı işlemlerin doğruluğu deneyimlerle

²⁶ James, 2015: 74.

²⁷ James, 2015: 50.

²⁸ James, 2015: 46-47.

sınanır, ürettiği ileriye dönük ilkeler mutlak değildir ve yine bunlar da deneyim içerisinde gözlemlenerek insanları amaçlarına yönlendirmede başarısız olduğu ölçüde terk edilir veya değiştirilir. Bu bakımdan pragmatik akıl, akılcı “Akıl” ile karşılaştırıldığında daha dikkatli, alçakgönüllü, sorumlu tutulabilir ve esnek bir karakterdedir.²⁹

Pragmatizmin, akılcılığa yönelik eleştirileri, bir hasma yönelik kırıncı saldırıların sadeliğini arz eder. Olguculukla olan ilişki ise bundan daha karmaşıktır. Burada üslup daha yumuşaktır ve bir hasma saldırmaktan değil olsa olsa bir kardeşi paylamaktan söz edilebilir: *Akılcılık kötüdür olguculuk iyidir ama olguculuğun bazı kusurları vardır*. Örneğin Dewey’e göre olgucular “her anlamda etkin reformculardır”.³⁰ O olgucular ki mutlak olduğu varsayılan inançlar, fikirler ve kurumlar ile amansız bir mücadele içine girmiş ve bu inanç, fikir ve kurumlara atfedilen mutlaklığın büyük oranda hırslı egemenlerin ve baskın sınıfların çıkarıcı girişimlerinin ürünü olduğunu ifşa etmiş, bir tür büyü bozuculardır. James ise pragmatizmin bir yöntem olarak başlangıçta tarafsız olduğunu ancak bu yöntem uygulandıkça ibrenin olguculuğa doğru kaydığını iddia eder. Pragmatik anlam ve doğruluk ölçütlerine vurulduğunda yetersiz soyutlamaların, sözel çözümlerin, a priori sebeplerin, sabit ilkelerin ve sözde mutlakların anlamsız olduğu veya ulaşılan anlam kırıntılarının da doğruluktan yoksun olduğu görülmüştür. Buna karşın tikeller, somut olgular, eylemler ve deneyimler bu ölçütleri karşılamaktadır. Bu durum üzerine James, pragmatizmin daha yetkin ve daha az itiraz edilebilir bir olgucu tutumu temsil ettiğini belirtir.³¹ Pragmatistlere göre olguculuk aşırı kuşkucu, kaderci ve kötümserdir. Ayrıca benimsediği katı maddeci bir tutum da gerçeklikle bağdaşmamaktadır. Olgucular zihin ve deneyimin ortaklığını göz ardı etmişlerdir. Pragmatizm ise soyutlamalara daha üstün bir gerçeklik veya değer atfedilmesini reddetmekle birlikte anlamlı ve doğru soyutlamalara açık kapı bırakır. Dewey de aşırı atomcu olgucu tutumu eleştirir ve deneyimin sadece tikelleri ve ham olguları değil bunlar arasındaki bağlantı ve düzen ilkelerini de içerdiğini belirtir.³² Tikeller ve deneyimler arasında gelip gitmemizi ve bağlantılar kurmamızı sağlayan soyutlamaların doğruluğu teslim edilmelidir. Ayrıca gelenekler ve alışkanlıklar deneyimleri ve bunların anlamını etkilediği ölçüde dikkate alınmalıdır. Hatta din dahi somut deneyimlerimiz bakımından bir değeri olduğunu ispat ettiği ölçüde iyi ve doğrudur. “Bazı vakitler, dünyada olan bitenin bizimkilerden daha sağlam ellerde olduğu ve bu meselelerle uğraşmanın bizim işimiz olmadığı hissine kapılıp, ahlaki sorumluluklarımızı askıya alma, dünyayı olurla bırakma hakkımız vardır” der James ve bu

²⁹ Dewey, 2016a: 162-163.

³⁰ Dewey, 2016a: 156.

³¹ James, 2015: 64.

³² Tamanaha, 1996: 320.

ölçüde soyutlamaların hatta “Mutlak”ın ve hatta şeylerden önce var olan evren düşüncesinin dahi *bir ölçüde* anlamlı olabileceğini söyler.³³ Pragmatik bakışta, eğer bu anlam iş görüyorsa mutlaka ona ait “bir miktar” doğruluk da vardır.³⁴

James’e göre insan hem olgulara dayanan bilimsel öngörüye hem de dini veya romantik inançlara ihtiyaç duyan bir varlıktır. Tüm bunlar insan deneyimi içerisinde iş görür. Ancak bir yandan akılcılık gerçeklikten kopukluğuyla, diğer yandan olguculuk insancılıktan yoksunluğuyla insanların bunları birlikte kabul etme imkanını ortadan kaldırmıştır. O, pragmatizmin, akılcılık ve olguculuk kutuplaşmasını giderecek bir orta yol sunduğunu iddia eder.³⁵ “Kimse bir saat bile olgular ve ilkeler olmaksızın yaşayamaz, dolayısıyla mesele aslında vurgularda gizlidir. Yine de bu durum, vurgudaki fark sebebiyle en keskin karakter farklılıklarını besleyebiliyor” diyen James’e göre akılcılık - olguculuk çatışmasının temelinde düşünürlerin kişilik yapılarındaki farklılıklar yer almaktadır. Geçmişten bugüne felsefe camiasında “yumuşak zihinli” ve “katı zihinli” olmak üzere iki kişilik yapısı türü bir çatışma içerisinde olmuşlardır. Bunları bir tablo üzerinde şöyle karşılaştırabiliriz:

<u>Yumuşak Zihinli</u>	<u>Katı Zihinli</u>
Akılcı	Olgucu
Entelektüalist	Duyumcu
İdealist	Materyalist
İyimser	Kötümser
Dindar	Dinsiz
Özgür İradeci	Kaderci
Birci	Çokçu
Dogmatik	Şüpheli

James, muazzam bir felsefi kamplaşmaya mizaç farklılığı üzerinden getirilecek bir açıklamanın filozoflar arasında pek de popüler olamayacağını kabul eder. Çünkü filozoflar kişiliklerinin çalışmalarına etkisini gizleme veya yok sayma eğilimindedirler. Kişilik yapısı bir felsefi tutumu temellendirmede başvurulabilecek kabul edilebilir gerekçe değildir. Ancak James’e göre bu durum kişilik yapısının etkisini azaltmaz. Kaldı ki James’e göre kişilik yapısı, düşünme etkinliği içerisinde belirleyicilik düzeyi en yüksek olan etkidir. Düşünürün önyargıları kişilik yapısınca belirlenir ve bu önyargılar daha araştırmanın başında pusulanın duygusal veya ruhsuz dünya kabulleri arasında şu veya bu yönde meyletmesine neden

³³ James, 2015: 77-78.

³⁴ James, 2015: 193-195.

³⁵ James, 2015: 45.

olmaktadır. Bu halde düşünürün kişilik yapısını veya bunun etkisini gizlemeye veya gömmeye çalışması veyahut inkâr etmesi aslında samimiyetsiz bir tutumdur. Akılcı veya olgucu olmak da kişilik yapılarınca belirlenir ve bu iki düşünce kampı arasındaki çatışma bu kaynaktan beslenir.³⁶ Söz konusu tartışmanın büyük oranda felsefî bir tartışma olmaktan çıkmış, tarafların -felsefî önermeleri bir kenara bırakıp- kişilik yapıları üzerinden birbirlerine saldırdıkları karşılıklı atışmalarına dönüşmüş olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Akılcılar olgucuları cahillikle, yontulmamışlıkla, incelikten yoksunlukla itham ederken, olgucular da akılcıların duygusal, kopuk ve hayalperest olduklarını iddia etmektedirler. James, bu iki kutbun aşırılıklarını törpüleyerek iki taraftan da *iş görür* ne varsa almanın gayreti içindedir. Ona göre bir açıdan dünya şüphesiz *birdir*, başka bir açıdan ise şüphesiz *çoktur*. Kimi durumlarda kader ağlarını örmüştür, kimi durumlarda da insanın özgür iradesi vardır. Felsefenin içine gömülmemiş sıradan bir insan için de zaten bu hep böyle olmuştur. O, içinde bulunduğu durumun gereklerine göre şu veya bu tutum arasında gidip gelmektedir.³⁷

James, akılcılığa ve olguculuğa yönelttiği kişilik incelemesini, pragmatizme yöneltmez. Uzun uzadıya pragmatist mizaç hakkında açıklamalar yapmaz. Peki, katı zihinlilik ve yumuşak zihinlilik yanında üçüncü bir mizaç türünden bahsedemez miyiz? Nasıl katı zihinlilik sahibini olguculuğa, yumuşak zihinlilik akılcılığa yöneltiyorsa bu üçüncü mizaç türü de pragmatizme yöneltiyor olamaz mı? Bu sorulara olumlu bir yanıt vermek mümkündür. Ilımlılık, önyargısızlık, ortayolculuk, işe yararcılık gibi tutumlar çerçevesinde şekillenen ve sahibinin pragmatizme meyilli olmasına neden olan bir mizaçtan söz edilebilir. Bu tür bir açıklamaya James de itiraz etmeyecektir, kaldı ki böyle bir açıklama James'in önerileriyle de çelişmeyecektir. Gerçekten de James, kaba maddeciliğe varmayan, dini dikkate alan ancak ayaklarını olgulara basan ve dogmatizme düşmeyen bir düşünme biçimi önererek tam da bu mizaca uygun düşecek bir felsefe ortaya koymaktadır.³⁸ Somut deneyim içerisinde faydası görülen hiçbir varsayım reddedilmez. Soyut kavramlar ve somut duyular pragmatik bir anlam ifade ettikleri sürece birbirleri kadar önemlidir ve doğru oldukları sürece de birbirleri kadar değerlidir.³⁹

1.1.3. Pragmatizmin İlkeleri

Yukarıdaki gibi ortaya konulduğunda bütünüyle ilkesiz bir felsefe ile karşı karşıya olunduğu düşünülebilir. Ancak bütünüyle ilkesiz görünebilmek dahi bazı ilkelere uymayı gerektirir. Pragmatist felsefenin ilkelerini tespit etmeye kalktığımızda karşımıza ilkin

³⁶ James, 2015: 37-39.

³⁷ James, 2015: 40-42.

³⁸ Karakaş, 2015: 23.

³⁹ James, 2015: 193-195.

araççılık ilkesi çıkar. Pragmatizmin bizatihi kendisi de anlamı bulanık olan kavramların açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir araç olarak ortaya konulmuştur. Pragmatizm, açık kavramlara ve bu sayede doğru düşüncelere sahip olmanın bir aracıdır. Peirce'a göre felsefenin ilk ödevi insanlığa kavramlarında açıklık sağlamaktır. Pragmatist maksim kavramlarda açıklığı sağlamanın bir aracı olarak kabul edilir, ancak iş bununla kalmaz; kavramlar ve bu kavramlarla oluşturulan düşünceler de birer araç olarak görülürler. Buna göre bir düşünceye sahip olmak, bir eylem aracına sahip olmak demektir. Kavramlardaki bulanıklık veya yanlışlık, düşünceleri ve nihayet eylemleri etkileyecektir. Bunun sonucunda kişinin bulanık kavramları kişiyi yanlış eylemlerde bulunmaya itecektir. İnsanlar bulanık düşünceler üzerinden kamplaşmakta ve pratikte hiçbir anlam farklılığı arz etmeyen inanç farklılıkları nedeniyle çatışabilmektedirler. Bu nedenle Peirce, bir birey için çok sayıda bulanık kavramdansa birkaç açık kavrama sahip olmanın daha iyi olduğunu belirtir.⁴⁰

Pragmatizmin araççılığının iki boyutlu olduğu söylenebilir. İlk boyutunda, bizatihi felsefe doğru düşüncelere ulaşmanın bir aracı olarak görülürken ikinci boyutunda doğru düşünceler ve nihayet tüm insan bilinçliliği de eylem aracı olarak görülür.⁴¹ Doğruya ulaşma çabası, amaca yönelik bir çabadır. Sebepsiz bir buyruk veya doğal bir yeti nedeniyle doğruluğun peşine düşülmez. Doğruluğun değeri kendinde değildir; o son derece yararlı ve zararlı olabilecek gerçekliklerden oluşan bu dünya içerisinde insana isabetli öngörüler ve yararlı tepkiler geliştirme imkânı vermesi nedeniyle değerlidir.⁴² Kavramlar amaca yöneliktir.⁴³ Doğru kavramlar ve düşünceler, zihnimizi bir tikel görüngüler yığını olmaktan kurtararak mevcut deneyimlerimiz arasında ilişkiler kurmamızı, onları toparlamamızı ve işe koyabilmemizi sağlayarak öngörülerimizin ve tepkilerimizin gerçekliğe uygunluğunu sağlar.⁴⁴ Ancak burada sözü edilen her türlü doğruluk *a posteriori* belirlenir. Bu meseleyi tersten okumak daha yararlı olacaktır. Bir somut durum karşısındaki eylemimiz veya tutumumuz yararlı bir sonuç doğurduysa bu eylem veya tutum doğrudur. Bunların yararlılığı ölçüsünde bizi böyle davranmaya yönelten öngörünün doğruluğunu; aynı ölçüde bu öngörüü oluşturmamıza imkân veren düşüncenin doğruluğunu ve yine aynı ölçüde bu düşüncenin içerdiği kavramların doğruluğunu kabul ederiz. Burada bilindik bir pragmatik kabule ulaşılmış olunmaktadır: Doğruluk, deneyim içerisinde ortaya çıkan bir şeydir.

Doğruluğun deneyime bağlılığının kabulü, pragmatizme ikinci bir ilke ekler. Bu ilke *anti-temelcilik* ilkesidir. Anti-temelcilik, on dokuzuncu yüzyılın başlarıyla birlikte itibarı

⁴⁰ Peirce, 2016b: 67-68.

⁴¹ Karakaş, 2015: 18-19.

⁴² James, 2015: 152-154.

⁴³ Frank, 1954: 427.

⁴⁴ James, 2015: 66.

artmış olan modern bilimin felsefeye etkilerinden biridir. Bu etkiyi felsefe alanına taşıyan en önemli düşünce akımlarından biri olan mantıksal pozitivizm, dil üzerine yaptığı çalışmalar ile ontolojik temellere ilişkin açıklamalar da dâhil olmak üzere, duyum ötesi veya aşkın gerçeklikleri tanımladığı iddia edilen tüm önermelerin saçmalıklardan ibaret olduğu düşüncesini kuvvetlendirmiştir.⁴⁵ Pragmatistler de bu yaklaşıma yakın bir tutum içerisinde olmakla birlikte -bekleneceği üzere- daha ılımlıdır. Onlara göre, kavramlar, genellemeler ve kuramlar deneyimler arasında gezinmeyi ve bunları düzenlemeyi sağlarlar. Bu bakımdan bunların önemi ve değeri yadsınmaz ancak hiçbir soyutlamaya kaynaklandığı olgusal gerçeklikten daha üstün bir değer atfedilemeyeceği konusunda mantıksal pozitivizmle uyuşurlar.⁴⁶ Bilgi ve doğruluk yetkeden, akıldan veya başka bir mutlak temelden kaynaklanmaz. Bilgi sahibi olmak deneyim içerisindeki insanın başına gelen bir şeydir. Aynı şekilde bir kavram veya düşüncenin anlamının ve doğruluğunun da deneyim içerisinde ortaya çıktığı belirtilmiştir.

Pragmatistlere göre deneyim salt duyumlardan veya bağlantısız tikel olgulardan ibaret değildir. Bu noktada onlar, Hume'dan ayrılırlar ve daha geniş kapsamlı bir deneyim kavrayışı öne sürerler. Deneyim bağlantılara ve düzene ilişkin kavramları da içinde taşır. Bu kavramlar uzun yıllar sürmüş insanlık deneyiminin neticeleri olarak hayat bilgisi (*common sense*) içerisinde yer edinirler. James varlık-yokluk, aynılık-farklılık, çeşitler, zaman, mekân, öznitelikler, nedensellik, hayalilik-gerçeklik gibi kavramlar sayar.⁴⁷ Bu kavramlar deneyimle birlikte gelir ve geliştirilirler. Bunlar aracılığı ile duyularımızı takip etmede onları birbirine göre konumlandırmada ve böylelikle onları anlamada ustalık kazanırız.⁴⁸ Deneyim sadece eylemi ya da sadece sonucu içermez. Deneyim bunlardan oluşan bir bütündür.⁴⁹ Bir bebek, düşünmeden elini sobaya uzatır ve eli yanar. Bebeğin elini uzatması veya elinin yanması tek başına bir deneyim teşkil etmez; deneyim sıcaklığa, farklılığa, nedenselliğe, gerçekliğe, zamana ve mekâna ilişkin birçok kavrayışı içererek gelir. Elbette bebek daha yolun başındadır ve bu aşamada bu kavramları, tüm deneyim parçalarını ve diğer deneyimleri birbirine bağlayacak bir düzen içerisine sokma ustalığına sahip değildir. Ama deneyimi arttıkça öğrenir. Bir süre sonra bu kavramlarla ördüğü düzene öylesine alışır ki böyle bir çatı kullandığını ona anlatabilmek için biraz daha büyümesini beklemek gerekecektir. Bu kavramlar zamanı ve mekânı soyut bir düzene sokarak dünyayı *bir* kırlarlar fakat hiçbir insan bu kavramların soyutluğunu karşılayacak şekilde tek bir zamanda veya mekânda

⁴⁵ Chow, 1992: 770.

⁴⁶ Tamanaha, 1996: 332.

⁴⁷ James, 2015: 134.

⁴⁸ James, 2015: 133.

⁴⁹ Dewey, 2016a: 159-160.

yaşamamaktadır. Gerçeklikte insanlar iç içe geçen, kesişen, sınırları ve ayrımları bulanık olan zamanlar ve mekânlar içinde yaşarlar.⁵⁰ Bu çoğulluğun ve tikelleri çeşitlemedeki sınırsızlığın tespiti üzerine pragmatistler bu kavramsal çatının düzeninin ve içerdiği ayrımların nihai veya evrensel olmadığını belirtirler.⁵¹ Bu genellemeler ve ayrımlar bir anlamda Kant’ın kategorileri gibi işlev görürler ama bunlar “söyle[m]sel değil deneyseeldirler”.⁵² Akılcıların baş harfini büyük yazdıkları doğruluk düşüncesi de çoğul doğruların kaynağı değil aksine onlardan türetilmiş bir soyutlamadır. Yasa da böyledir. Kararlardan önce var olan, onları nihai olarak belirleyen yasa fikri yanlıştır. Yasalar daha önceki deneyimlerin ve kararların ürünüdür ve bu bakımdan insanidir. Aynı şekilde dil de insanlar konuştukları için vardır. Yasal-yasa dışı, doğru-yanlış (*correct-incorrect, true-false*) ve benzeri tüm ayrımlar, “bir”, “beyaz” ve “gri” gibiler de dâhil olmak üzere tüm kategori, soyutlama ve genellemeler, tikel deneyimler ve bunlar arasındaki etkileşimler esnasında ve sayesinde var olurlar. Neden değil sonuçturlar ve insan yapımıdır. Bunlar tarihin ilerleyişi içerisinde yaşama eklenen şeylerdir. Bu sürece kaynaklık ettikleri düşüncesi şatafatlı bir yanılsamadan, James’in ifadesiyle “duygusalci safsata”dan başka bir şey değildir.⁵³ James’e göre bu safsataya kendini kaptırmış olan insanlar soyut “Adalet, Güzellik, Cömertlik” düşünceleri için gözyaşı dökerler ancak gerçekten karşılaştıklarında bunları tanıyamazlar. Çünkü bu nitelikleri taşıyan deneyimler kirli, bozuk ve kusurlu halde olur. Kişi bu kusurlu deneyimler içerisinde bulanık durumda olan bir niteliği alır, soyutlar, saflaştırır ve nihayetinde bu soyutlamaya öylesine hayran olur ki onun daha üstün bir doğaya sahip olduğunu iddia eder ve onu deneyimin karşısına yerleştirir. Hâlbuki bu niteliklerin doğası da deneyimdedir. Deneyimden ayrı, onun ilkörneği, modeli, sureti olabilecek başka bir evren yoktur. Sadece içinde yaşadığımız bu evren vardır: tamamlanmamış, kimi alanlarda eksilerek kimi alanlarda artarak sürekli değişmekte olan duyulur evren.⁵⁴

İlkörnekler, ilkeler ve kategorilere sırtını dönen pragmatistler yüzlerini sonuçlara, ürünlere ve dolayısıyla olgulara dönerler. İlkeler ve diğer soyutlamalar ise yalnızca olgular dünyasında bizim için bir fark yaratabildikleri ölçüde anlam ifade ederler. Bu tutumun önemli bir boyutunu gözden kaçırmamak gerekir. Pragmatistlerin anti-temelciliği doğruluğun tümünden reddi anlamına gelen bir tutum değildir. Tümel ve mutlak doğruluk düşüncesinin reddedilmesi, -postmodernizmde olduğu gibi- doğruluk diye bir şeyin mümkün olamayacağı

⁵⁰ James, 2015: 137.

⁵¹ Dewey, 2016a: 155-156.

⁵² Dewey, 2016a: 162-163.

⁵³ James, 2015: 177.

⁵⁴ James, 2015: 187-188.

düşüncesine varmaz. Düşüncelerin, kavramların ve kavrayışların deneyime bağlı, diğer bir ifadeyle bağlamsal doğruluğu kabul edilmekte ve savunulmaktadır.⁵⁵

Peki, bu doğruluk nasıl bir doğruluktur? James, *Pragmatizm*'de doğruluğa ilişkin farklı tanımlar ortaya koyar. Bir yerde doğruluğu “belli düşüncelerimize ait bir nitelik olup, düşüncelerimizle ‘gerçeklik’ (*reality*) arasındaki ‘uyuşum’” olarak tanımlar.⁵⁶ Diğer bir yerde “Doğru düşünceler, özümseyebildiklerimiz, geçerli kılabilirdiklerimiz, kanıtlarla destekleyebildiklerimiz ve doğruluğunu ortaya koyabildiklerimizdir. Yanlış düşünceler ise bunları yapamadıklarımızdır” diye belirtir.⁵⁷ Başka bir yerde “Çok kısa bir şekilde ifade etmek gerekirse, nasıl ki, “iyi” (*the right*), davranışlar alanında bize faydalı olansa; “doğru” (*the true*) da, düşünce alanında bize faydalı (*expedient*) olandır” der.⁵⁸ Bir başka yerde ise “Doğru, bize en iyi şekilde yol gösteren, yaşamın her bir parçasına en iyi şekilde uygunluk gösteren ve hiçbir şeyi dışarıda tutmaksızın deneyimlerin gereklerinin bir aradalığını mümkün kılandır” şeklinde bir doğruluk tanımı ortaya koyar.⁵⁹ Bu tanımlar çelişkisiz olmakla birlikte pragmatist doğruluk yaklaşımının özünü avuçlarımıza bırakacak bir açıklığa da ulaşamazlar. Örneğin birinci tanımda geçen ‘gerçeklik’ nedir? Düşünce ile gerçekliğin uyuşması ne demektir? James, söz konusu uyuşmanın rasyonalizmdeki gibi kopyalama türünden bir uyuşma olmadığını söyler. Düşüncenin gerçekliğin kopyası olması gerektiği şeklinde bir doğruluk ölçütünün basit nesneler bakımından dahi karşılanamayacak bir ölçüt olduğunu savunur ama kendisinin nasıl bir uyuşmadan söz ettiğini açıkça ortaya koymaz.⁶⁰ İkinci tanım, “doğru düşünceler [...] doğruluğunu ortaya koyabildiklerimizdir” şeklinde özetlenebilir ve bu da bize bir kolaylık sağlamaz. Üçüncü tanım, “fayda nedir, davranışlar alanındaki fayda ile düşünceler alanındaki fayda ifadeleri ne anlama geliyor, bunlar arasında ne fark vardır” gibi tanımın içerisinde yanıtlanmamış olan birçok soruyu tetikler. Ancak dördüncü tanım, bazı tutunma noktaları sağlayabilir. Belki bu tutunma noktaları sayesinde diğer tanımlarda bulanık kalan diğer noktalar da açıklığa kavuşturulabilir. Bu tanıma göre bir düşünce, deneyime uyum sağladığı, deneyimlerin insanlarda gerektirdiği tutum ve davranışlara temel olma niteliğini taşıdığı, diğer bir deyişle, insana deneyimlerini düzenleme ve onların gerekleriyle baş etmede yol gösterdiği ölçüde doğru bir düşüncedir. Bir düşünce, deneyim içerisinde insana yol

⁵⁵ Tamanaha, 1996: 327.

⁵⁶ James, 2015: 150-151.

⁵⁷ James, 2015: 151-152.

⁵⁸ James, 2015: 165.

⁵⁹ James, 2015: 81. (Vurgular yazara ait.)

⁶⁰ James, kendi ‘uyuşma’ anlayışını şöyle ortaya koyar: “En geniş anlamıyla alırsak, gerçeklikle “uyuşmak”, yalnızca şu iki anlama gelebilir: İlk olarak, *doğrudan o gerçekliğe ya da onun civarlarına yönlendirilmek (to be guided)*; ikinci olarak da *ya söz konusu gerçekliği ya da onunla bağlantılı olan bir şeyi, uyuşmanın yokluğu durumuna göre daha iyi kullanmak hususunda işlerliği olan bir temasa girmek*”(Vurgular yazara ait). James, 2015: 159.

gösterme işlevini karşıladığında doğruluk onda belirir ve bu durum bir kere ortaya çıkmakla nihai olacak değildir: düşünce bu işlevi yerine getirmez olursa doğruluğunu yitirir.

“Doğru düşünceler, doğruluğunu ortaya koyabildiklerimizdir” cümlesi şimdi biraz daha anlamlı gibi görünüyor. Pragmatist doğruluk, değişken ve bağlamsal olmakla düşüncenin soyut varlığından veya olgusal içeriğinden ziyade doğrulanma -veya yanlışlanma- sürecine vurgu yapan bir ölçüte dayanıyor. Bu süreç içerisinde düşüncenin doğrulanması için olgusal temellerinin somut bir biçimde ortaya konulması dahi gerekmemektedir. Dünyanın yuvarlak olduğu düşüncesini doğru kabul etmek için bunu göğe yükselerek bizzat görmek gerekmez. Bu düşünce deneyimlerle uyum içerisinde ve onu göz önünde tutarak yapılan eylemlerde başarıya ulaşılmaktadır. Yurtdışına hiç çıkmamış olsa dahi bir kişi dünyanın Türkiye’den ibaret olduğu düşüncesinin düpedüz saçmalık olduğunu tespit etmesine yetecek kadar dolaylı deneyime sahip olacaktır. Yine bir kişi, derslerine gecikip profesöründen azar işitmesine veya erken gidip kapıda beklemesine neden olmadığı sürece kolundaki saatin bir saat olduğunu ve doğru bir saat olduğunu kabul edecektir. Bu doğrulamayı yapmak için saat mekanizmaları hakkında her şeyi öğrenmesine ve kendi saatinin içini açarak mekanizmasını bu bilgiler ışığında titizlikle tetkik etmesine gerek yoktur. Örnekler çoğaltılabilir. Tüm bunlardan ortaya çıkan sonuç, James’in “doğrular büyük oranda kredi sistemiyle yaşarlar” cümlesiyle özetlenebilir.⁶¹ İnsanlar düşüncelere, deneyimleriyle uyduğu ölçüde bir doğruluk kredisi verir ve yeni deneyimlerinde onları başarılı kılmaları ölçüsünde bu krediyi arttırır veya azaltırlar. İşin aslı, bir düşüncenin doğruluğuna veya yanlışlığına ilişkin araştırma genelde somut doğruluğu veya yanlışlığı tespit edene kadar da sürdürülmez. Çoğu zaman bu kredi öyle düşer veya öyle yükselir ki insanlar somut doğrulama veya yanlışlamanın mümkün olduğuna inanır ve bu güvenle araştırmalarını bu noktada bırakırlar. Böyle durumlarda sonraki yaşantılar insanları genelde haklı çıkarır ancak işler her zaman tersine dönebilir.

Doğru olanın ölçütü, iş görür olma, yararlı olma olarak belirtildiğinde, doğruluk öznel ve değişken bir şey olur. İş gören şeyler kişiden kişiye değişirler, daha da önemlisi aynı düşünce veya davranış bir kişi için yararlı iken aynı anda başka birileri için zararlı olabilir. Bu durum, pragmatizmde henüz yolun başındayken bir kırılmaya neden olur. James’in doğruluk yaklaşımı Peirce’ın görüşleri ile kesinlikle uyuşmamaktadır. Peirce, yanlışlanabilirliği sınırlı olması nedeniyle otoriteye veya a priori ilkelere dayanan tümdengelim mantığını bir ölçüde reddetmekle birlikte bilimsel çalışmanın ruhunu yansıtan tümevarımı savunmaktadır. Bu yöntemde bilinen ve gözlemlenmiş olgulardan ilerleyerek bilinmeyen doğrulara ulaşılır.⁶² Ama bu işlem herhangi biri tarafından yapılamaz. Herhangi birinin bir düşüncüyü doğru olarak

⁶¹ James, 2015: 155-157.

⁶² Peirce, 2016a: 55-56.

öne sürmesi önemli değildir. Doğrulara ancak aynı konuda pek çok bilim insanının yaptığı ve genele açık çalışmalar neticesinde ulaşılır. Bilim insanları benzer veya birbirine zıt kabullerden yola çıkarak çalışmalarına başlarlar. Birlikte ve ayrı ayrı uzun çabalar sarf ederek sonuçta belirli ortak inançlarda buluşurlar. Peirce bu buluşmayı adeta kaderin bir sonucu olarak görür.⁶³ Doğru da işte bu ulaşılan ortak inançların bir niteliğidir. Peirce kader sözcüğünü “doğru çıkacağından ve hiçbir şekilde kaçınılamayacağından emin olunan şey” anlamında kullandığını, bu sözcükle boş inançları kastetmediğini belirtir.⁶⁴ Burada kast edilen ‘başa gelen her şey kaderdir’ ifadesindeki değil, “ölüm hepimizin kaderidir” ifadesindeki anlamıyla kaderdir. Ancak bu açıklama ne kadar dikkate alınırsa alınsın, Peirce’ın doğruluk görüşü nasıl ifade edilirse edilsin, tündengelim ile bu öneri arasındaki yöneme ilişkin farklılıklar ne kadar önemsensinse önemsensin, bu açıklamanın ‘hep *orada* olan ve keşfedilmeyi bekleyen doğruluk’ fikrini içerdiği şüphesinden kurtulmak mümkün değildir.

Peirce’ın yaklaşımıyla James’in gündelik deneyimde temellenen perspektivist kredili doğruluk yaklaşımını uzlaştırmak kolay görünmemektedir. Ancak Dewey bu uzlaşmayı mümkün kılacak bir açılım ortaya koyar. Dewey’e göre anlamlar ülkesi bilimsel anlamın yanı sıra şiirsel anlam, ahlaki anlam ve benzeri farklı yaşam iyilerine ilişkin farklı anlam türlerinin bir arada yaşadığı bir yerdir. Burada doğruluk-yanlışlık ayrımı tüm anlamlar üzerinde tekelsel bir egemenliğe sahip değildir.⁶⁵ Bu açılım, şöyle de ifade edilebilir: Peirce’ın doğruluğu bilimsel anlam bakımından geçerlidir ancak insan sadece bilimle yaşamaz. İnsan deneyimi içerisinde bilim kadar ve belki de daha fazla yer tutmak üzere dini, estetik, ahlaki birçok anlam ortaya çıkar ve bunların bilimsel doğruluk veya yanlışlıkla bir ilgisi yoktur. Bu açılım bir yandan kendi alanında bilimsel yöntemin egemenliğini ve bilimsel çalışmaların önemini teslim ederken diğer yandan devasa bir insan deneyimleri alanında perspektivizme açık kapı bırakır. Bu durumun hukuk bakımından ortaya çıkardığı önemli sonuçlar sonraki bölümlerde görülecektir. Burada belirtmek gerekir ki Peirce, Dewey’in açılımını da reddetmiş ve pragmatizmden ayrıldığını ilan etmiştir.⁶⁶ Peirce’ın terki ve James’in görüşlerinin popülerliği pragmatizm gemisinin rotasının iyiden iyiye perspektivizme meyletmesine neden olmuştur. Bu bakımdan araççılığın ve anti-temelciliğin yanına, pragmatizmin bir diğer ilkesi olarak perspektivizmi de eklemek doğru görünmektedir.

James’in perspektivizmi aslında bir sabit gerçeklik fikrine dayanır. Gerçeklik duyumlar, duyumlar ve algılar arasındaki ilişkiler ve ‘önceki doğrular’dan oluşur. Duyumlar

⁶³ Çelik, 2016a: 35-36.

⁶⁴ Peirce, 2016b: 85-86.

⁶⁵ Dewey, 1929: 410-411.

⁶⁶ Çelik, 2016a: 35-36.

sabittir ve kendilerini dayatırlar, yanlış veya doğru olamazlar sadece vardırırlar. Duyumlar ve algılar arası ilişkiler ise zaman, mekân, benzerlik ve benzemezlik türünde ilişkiler olup dolaysız algıya dayanırlar. Gerçekliğin üçüncü kısmı olan *önceki doğrular* ise atalarımızdan bu yana birikimle oluşan bir tür insanlık mirasıdır. Bu bakımdan bu unsur değişkendir fakat verili bir anda bu da sabittir. James, gerçekliğin öğeleri sabit olmakla birlikte bu öğelerle ilişkisinde insanın özgür olduğu bir doğruluk düşüncesini benimser. Evet, gerçekliğin öğeleri sabittir ve varlıkları bizim kontrolümüzün dışındadır ancak bu öğelerin hangilerinin fark edileceği, hangilerinin meşru görüleceği, hangilerinin öne çıkarılacağı bireylere, bireylerin ilgilerine ve amaçlarına bağlıdır. Gerçekliğin varlığı bireylerin müdahalesinden bağımsız olsa da onun *ne olduğu* bireylerin ona nasıl baktığına göre belirlenir.⁶⁷ James bu durumu farklı örneklerle açıklar.

“27 sayısını 3’ün küpü, 3 çarpı 9, 26 *artı* 1, 100 *eksi* 73 olarak veya her biri ve diğerleri kadar doğru olan sayısız farklı biçimlerde görmek mümkündür. [...] Bütün bu ilaveler gerçekliği inşa ederken onunla “uyuşur”; ona uygunluk gösterir. Hiçbiri yanlış değildir. Bazılarının daha doğru diye görülmesi tamamen insanın kullanımına bağlıdır. Eğer 27, 28 dolar bıraktığım çekmecedeki para miktarıysa, söz konusu olan 28 eksi 1’dir. Eğer 27, genişliği 26 inç olan bir dolabın içine yerleştirmek istediğim rafın inç cinsinden uzunluğuysa, söz konusu olan 26 *artı* 1’dir. [...] Ayrıca yüklemeleri de yaratırız. Şeylerin yüklemelerinin pek çoğu yalnızca onların bizimle ve hislerimizle olan ilişkilerini ifade eder. Elbette bu yüklemeler insani ilavelerdir. Sezar, Rubicon’u geçti ve Roma’nın özgürlüğü karşısında bir tehditti. O ayrıca Amerika’daki okullarda bir baş belasıdır; bu hale, okullardaki öğrencilerin onun yazdıklarına gösterdikleri tepki üzerinden sokulmuştur. Burada ilave edilen yüklem ona dair, önceki yüklemeler kadar doğrudur.”⁶⁸

İhtiyaçların, inançların ve alışkanlıkların şekillendirdiği *perspektif*, gerçekliğe insani bir öge katar. Bu insani öğeler, insanın saygınlığını ve aynı ölçüde gerçekliğe ilişkin sorumluluğunu artırır. James, bunları ayıklayarak halis gerçekliğe ulaşmanın mümkün olmadığını belirtir. Yapılması gereken bu saygınlığa uygun olarak sorumluluğumuzu kabul etmektir.⁶⁹

Pragmatistler, doğruluğu salt bireysel ihtiyaçlara mı indirgemektedirler? Gerçeklikteki sabit unsurlara ilişkin buraya kadar anlatılmış olanlar dahi bu soruya olumlu yanıt vermeyi imkânsız kılıyor. Buna ek olarak, pragmatistlerin *perspektifi* salt bireysel bir etken olarak görmediklerini de belirtebiliriz. Bakış açısı, her ne kadar bireyselliği vurgulayan bir kelime olsa da, ortak dil, ortak kavramlar, paylaşılan deneyimler, içinde yaşanılan ve algılanan dünyanın ortaklıkları; ortak ihtiyaç, inanç ve alışkanlıkların oluşturduğu bir bağlam içerisinde şekillenir. Bu bağlam pragmatist gerçeklik ve doğruluğa kamusal ve kamusal olduğu ölçüde objektif koşullar sağlar.⁷⁰ Gerçekler ve doğrular üzerine tartışmanın hala bir anlamı varsa, o

⁶⁷ James, 2015: 178-180.

⁶⁸ James, 2015: 183-185.(Vurgular yazara ait)

⁶⁹ James, 2015: 185-187.

⁷⁰ Tamanaha, 1996: 325.

da bu bağlam sayesinde.⁷¹ Bu bağlam perspektivizmi, bireyi temel alan göreci yaklaşımlardan ayırır. Bağlamın böylesine önemli bir konuma yerleştirilmesi, *bağlamsallık* ilkesini de pragmatik felsefenin bir ilkesi olarak tespit etmemize imkan verir.

Bir yandan gerçekliğin bir yandan da gerçekliğin içinde anlam bulduğu bağlamın bir unsuru olarak ‘önceki doğrular’ın vurgulanması pragmatizmin kurucularında ortak bir tutum olarak karşımıza çıkar. Anti-temelciliği ilke edinen bir kuram içinde önceki doğruların vurgulanması yanlış anlaşıldığında bir çelişki gibi görünebilir. Bu durum, ‘önceki doğrular’ konusunun ayrıntılandırılmasını gerekli kılmaktadır. İlkin Peirce ile başlamak uygun olacaktır. Peirce’a göre kuşku insana rahatsızlık veren bir durumdur; insan inanmak ister. Zira inanç dingin ve doymuş bir zihin halidir. Bazı insanlar inanç durumunun rahatlığını kaybetmekten öylesine korkarlar ki, kendilerini inançlarından şüpheye düşürecek her durumdan sakınırlar. İnançlarını kuvvetlendirecek her şeye inatla sarılırlar ve zihin kapılarını dış dünyaya tamamen kapatma yoluna giderler. Peirce modern toplumlarda bu tür bir inatçı tutumu sürdürmenin çok zor olduğunu belirtir. İnatçı kişinin dahi makul bir anında kendisinden farklı düşünen kişilerin de haklı olabileceği kuşkusuna düşmesi mümkündür. Bu kuşku, -inatçı olsun veya olmasın- kişinin var olan inançlarını değiştirmesi veya yenilerini kabul etmesi sürecini başlatan ilk adım olur.⁷² İnsan bu kuşkuya, burada belirtildiği gibi başkalarının fikirlerinin etkisiyle düşebilir veya hâlihazırdaki inançlarını zorlayan bir deneyimle veya arzuyla karşılaşmak da kişiyi bu duruma sokabilir. James de bu kuşku halini iç sıkıntısına neden olan bir durum olarak niteler. Ona göre önceki doğrular, bir yığına değil bir mekanizmaya denk düşmektedir. Kişinin mevcut doğruları birbiri ile ilişkili, birbirine dayanan ve birbirini destekleyen inançlar olarak zihinde yer alır. Bu düzen içerisindeki belirli parçalara meydan okuyan yeni bir durum veya olgu ile karşılaşmak düzenin bütünü bakımından bir sorun yaratır ve çözümü de bütünsel olmalıdır. Kişi sıkıntı halindedir ancak mevcut inançlarının verdiği rahatlıktan tümüyle ve bir anda vazgeçmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, bu yeni duruma en iyi şekilde uyum sağlamasına imkân verirken elindeki inanç kümesini en az şekilde etkileyecek bir çözüm bulma yoluna gider.⁷³ Bu ‘en iyi – en az’ ölçütünü karşıladığı ölçüde bir açıklama doğru kabul edilir. Diğer bir deyişle doğru açıklama, yeni olguyu eski doğrulara olabildiğince uyduran ve hatta yeni olguyu olabildiğince eski doğrulara dayanarak açıklayan açıklamadır.⁷⁴ Bu yaklaşım, pragmatizmin muhafazakâr bir kuram olduğunun düşünülmesine neden olabilir. Ancak pragmatizmin muhafazakârlığı

⁷¹ Tamanaha, 1996: 326.

⁷² Peirce, 2016a: 45-49.

⁷³ Tamanaha, 1996: 324.

⁷⁴ James, 2015: 69-72

normatif değildir. Ne Peirce, ne James ne de Dewey eskiye veya var olana rağbet edilmesi, onun yeniliğe karşı korunması yönünde talepler belirtmişlerdir. Onlar sadece insan düşünümünün mevcut inançlar kümesince şekillendirilen bir bağlam içerisinde gerçekleştiğini belirtirler. Ancak bu mevcut inançlar bir sabiteye değil, insanın uzak atalarından bu yana yeni olguların yarattığı şokların sönmelendirilmesi ve yeni inançların sindirilerek kabul edilmesi şeklinde süregiden bir evrimle şekillenen düzenli bir birikime denk düşer.⁷⁵ Bu birikim bir anda ortadan kaldırılamaz, aksine yeni fikirlerin geliştirilmesi ve kabul ettirilmesi dahi ancak eskilerin üzerinden gidilmesi ve onlara dayanılması ile mümkündür.⁷⁶

Koruma-değiştirme, gelenek-yenilik çatışmaları karşısında pragmatistlerin tutumu muhafazakârlıktan epeyce uzaktır. Bu noktada pragmatizmin, araççılık ve anti-temelcilik ilkeleriyle de koşut olacak şekilde *ileri dönük* bir kuram niteliği arz ettiğini söyleyebiliriz. James'in açıkça belirttiği üzere pragmatistler için “hayati olan nokta, dünyamızın bundan sonra nasıl bir şeye benzeyeceği, yaşamın neticede nasıl bir şekil alacağıdır. Dolayısıyla felsefenin ağırlık merkezi yerini değiştirmek zorundadır”.⁷⁷

Gerçekliğin ve gerçekliğin içinde anlam kazandığı bağlamın tüm unsurları (bu küme çok basit veya çok karmaşık olabilir) üzerinden bir düşünceye ulaşılmaktadır ama bu durum yolun sonuna ulaşıldığı anlamında gelmez. Birey, olsa olsa bir durakta bulunmaktadır ve bu durakta yolunda daha verimli ilerlemesini sağlayacağına inandığı bir araca ulaşmıştır.⁷⁸ Bu inanç temelinde eylemini gerçekleştirir. Bu süreç, eylemin alışkanlığa dönüşmesi şeklinde devam eder. Peirce bu duruma bakarak inancın üç özelliğini tespit eder. İlkin, inanç, farkında olunan bir şeydir; ikincisi kuşkudan kaynaklanan huzursuzluğu giderir ve nihayet bir alışkanlığa temel teşkil eder, dolayısıyla bir eylem aracıdır.⁷⁹ Deneyim içerisinde yeni bir duyum, bireyi mevcut inancına yönelik bir kuşkuya düşürmediği sürece bu araç ile yola devam edilir. Ne zaman ki kuşku ortaya çıkar, o zaman süreçte bir kesilme-kırılma yaşanır: yeni bir durağa ulaşılmıştır. Bu durakta, “Bu şok ne anlama gelir? Sorun nedir? Çevre koşullarında gerçekleşen değişimle benim ilişkim nedir? Bununla ilgili ne yapılmalıdır? Yanıt olarak davranışımı nasıl yeniden ayarlayabilirim?” gibi sorular üzerinden yeni unsurları ile birlikte gerçekliği ve gerçekliğin bağlamını yeniden gözden geçirerek yeni bir inanca ulaşılması gerekir.⁸⁰ Bu inanca ulaşmakla birlikte eyleme geçilir, zamanla yeni bir alışkanlık edinilir ve süreç devam eder. Bu durum basit bir örnekle açıklanabilir. Antalya’da yaşayan ve

⁷⁵ James, 2015: 132.

⁷⁶ Dewey, 2016b: 150.

⁷⁷ James, 2015: 106.

⁷⁸ Çelik, 2016a: 32-34.

⁷⁹ Peirce, 2016b: 71.

⁸⁰ Dewey, 2016a: 160-161.

ayda iki kez Ankara'ya gidip gelmesi gereken bir memurun önünde bu yolculukların hangi araçla gerçekleştirilmesi gerektiği sorusu belirir. Uçakla, otobüsle veya özel araçla gidip gelebilir. Memur, kendi gerçekliği ve bağlamı içerisinde bu seçenekleri değerlendirir. Ayda dört uçak bileti onun için epey pahalı olacaktır; tek başına özel araçla gitmek hem pahalı hem yorucu olacaktır; otobüsle gitmek epey zaman kaybına neden olacaktır... Ancak otobüs ucuzdur ve memur, otobüsle yapılan gece yolculuklarında uyuyabildiğini de göz önünde tutarak otobüsle gitmenin kendisi için en iyi seçenek olduğu inancına ulaşır. Bu inanç, onun eylemini temellendirir. Ankara yolculuklarını otobüsle yapar ve bu bir alışkanlık haline alır. Koşullarda bir değişiklik olmadığı sürece bu durum böyle devam eder. Ancak memurun gelir durumundaki bir iyileşme, açılan yeni bir otoyol, otobüs yolculuğunda yaşadığı bir olumsuzluk veya uçak bileti fiyatlarındaki kayda değer bir düşüş, “Otobüs benim için en iyi seçenek” şeklinde özetlenebilecek olan mevcut inancına dair bir kuşkunun ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durumda memur, kendi gerçekliğini yeniden gözden geçirerek yeni bir inanca ulaşır. Uçakla seyahat etmesi artık onun için daha yararlıdır. Bu inanç onun yeni eylemini ve yeni alışkanlığını temellendirir ve tıpkı bir önceki inancı gibi bu inancı da deneyim içerisinde sürekli test edilir. Bu örnek, *doğruluk bir düşüncenin başına gelen bir şeydir* önermesini de açıklar. Doğruluk ve yanlışlık, düşünce ve inançların deneyim içerisinde kazandığı veya kaybettiği birer niteliktir. Burada basitçe ifade edilen bu mesele hakkında vurgulanması gereken husus şudur: Ortaya konulan bu sürecin muradı, ne bilgi ne düşünce ne düşünceyi tetikleyen gerçeklik ne de bu gerçekliğin bir unsuru olan önceki doğrulardır. Bu sürecin muradı geçmişten veya bugünden ziyade yarında, yarın yapılacak olandadır. Bu açıklamalar üzerine *ileri dönüklük* ilkesini de pragmatist felsefenin son ilkesi olarak tespit etmek gerekli görünüyor.

Tüm bu açıklamalar ve değerlendirmeler ışığında pragmatizmin, yirminci yüzyılın şafağında ortaya çıkmış; idealizm, Kartezyen akılcılık, metafizik gerçekçilik gibi temelci kuramlara cephe açmış ancak bu mücadelede yakın saflarda yer aldığı mantıksal pozitivizme de eleştiriler yöneltmiş bir düşünme yolu olarak tespit etmek mümkün görünmektedir. Araççılığı, anti-temelciliği, perspektivizmi ve ileri dönüklüğü ilkeleri olarak kabul eden bu düşünme yolunun odağında her zaman bir ‘yapılacak iş’ fikri yer almıştır. Pragmatizm insanın işleri ile ilgilenir. Peki nedir bu işler? Doğmak, istemek, doymak, yürümek, konuşmak, sevmek, bir araya gelmek, paylaşmak, bozuşmak, dövüşmek, ayrılmak... Ölmek? Tüm bu işlerinde insan hukuka uğrar, hukukun da bunların tümüyle ilgili söyleyecek sözleri hep olmuştur. Hukukçuların mağrur hallerine ve hukuk fakültelerine yönelik rağbete bakılırsa bizatihi hukuk da insanlığın önemli işlerinden biri olmalıdır. Bu durum kaçınılmaz olarak

pragmatistleri hukukla, hukukçuları da pragmatizmle yakınlaştırmıştır. Bu yakınlaşma nasıl başlamış, buna kimler önyak olmuştur? Bu meseleler, bir sonraki altbölümün konularını teşkil etmektedir.

1.2. Pragmatist Felsefenin Hukuk Kuramı Sahnesine Çıkışı

1.2.1. Pragmatizm Öncesi Amerikan⁸¹ Hukuku Üzerine Kısa Bir Tarihsel Not

Pragmatizm öncesi dönemde Amerikan hukukunda bütünlüklü bir kuramın veya ilkeler sisteminin hâkimiyeti görülmediği gibi birbiriyle çatışan genel hukuk kuramlarından da söz edilemez. Uygulamada, tarihsel olarak belirlenmiş geleneksel kavrayışların ve sömürgecilik döneminde İngiliz hukukundan devralınmış kavramsallaştırma ve usullerin belirleyici olduğu söylenebilir. Amerikan hukukunun tarihi temelinde İngiliz hukuku yer almaktadır. Ancak İngiltere ile Amerika'nın yaşam koşulları arasındaki farklılıkların, yeni bir coğrafyada yeni bir ülke kurmanın getirdiği sınırlılıkların ve farklı ihtiyaçların Amerikan hukukunun zaman içerisinde İngiliz hukukundan farklılaşmasına neden olduğu görülmüştür. Bununla birlikte gerek İngiliz hukuk doktrininin gerekse de Kıta Avrupası hukuk kuramlarının Amerika'da da yankı bulduğunu belirtmek gerekmektedir. On dokuzuncu yüzyılla birlikte İngiltere'de ve Kıta Avrupası'nda hukuk kuramı alanında gerçekleşen gelişmelere paralel olarak ABD'de de hukuka yönelik soyutlayıcı ve formalist yaklaşımların ve pozitivist eğilimlerin güçlendiği görülür. Bu duruma benzer şekilde, on dokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru Avrupa'da soyut hukuk yaklaşımlarının bir tür "sosyolojik isyan"la eleştiriye tabi tutulması, diğer bir deyişle Avrupa hukuk kuramının sosyolojikleşmesi ve soyut kavramlardan somut menfaatlerin esas alındığı kuramların ön plana çıkması ABD'de de formalist yaklaşımların eleştirilmesine ve güç kaybetmesine neden olmuştur.⁸² Bu dönemde özellikle John Dewey ve Oliver Wendell Holmes'un var olan hukuk ve hukuk bilimi yaklaşımlarına yönelik eleştirileri ön plana çıkmıştır. Pragmatizmin hukuk kuramı sahnesine çıkışı da işte bu eleştiriler çerçevesinde gerçekleşmiştir. Yirminci yüzyılın eşiğinde gerçekleşen bu dönüşüme yönelik yetkin bir kavrayış geliştirebilmek için Amerikan hukukunun ve hukuk kültürünün bu döneme kadar geçirdiği aşamaların genel hatlarıyla ortaya konulması yararlı olacaktır.

Bağımsızlık öncesi dönemden on dokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar Amerikan hukuk kuramında İngiliz hukukunun ve hukukçularının etkisi açıkça kendini gösterir. Koloniler döneminde -oldukça Amerikanlaşmış olmakla birlikte- halen *common law* sistemi

⁸¹ On yedinci yüzyılın başlarında kurulan ilk daimi İngiliz yerleşimlerinden bugünün Amerika Birleşik Devletleri'ne kadar geçen süreçte söz konusu coğrafyada ortaya çıkan siyasi ve hukuki yapıları bütünlüklü olarak ifade edebilmek adına 'Amerikan' sözcüğü kullanılmaktadır.

⁸² Donoso, 1959: 579.

etkindir. Ayrıca bu dönemde Amerika’da henüz hukuk yazını gelişmediğinden İngiliz hukukçuların eserleri Amerikan hukukçular için başvuru kaynağı olmaya devam etmiştir.⁸³ Bu nedenle hukukta İngiltere etkisi uzun süre hissedilecektir. Bu dönemde ABD’de mahkeme kararlarında en çok atıf yapılan eser olarak karşımıza Sir William Blackstone’nun (1723-1780) on sekizinci yüzyılda İngiltere’de uygulanan hukuku ele aldığı *Commentaries on the Laws of England* (İngiltere’nin Yasaları Üzerine Şerhler) adlı şerh çalışması çıkmaktadır.⁸⁴ O dönemde yargıçların temel başvuru kaynağının muhafazakâr bir İngiliz parlamenter tarafından İngiliz hukuku üzerine yazılmış bir şerh olması koloni yargıçlarının İngiliz hukukuna bağlılığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Ancak koloniler, siyasi alanda Britanya’ya karşı bağımsızlık savaşı verirken ve hatta bağımsız birer devlet olduktan sonra dahi hukuk alanında birlik düşüncesi hâkimiyetini korumuştur. Amerika Birleşik Devletleri’nin kurulması yolunda atılmış ilk adım olarak kabul edilen 1774 tarihli Philadelphia Kongresi’nde yer alan on üç koloninin *common law*’a bağlı kalındığı yönünde karar alması bu durumun ilk göstergelerinden biri olmuştur.⁸⁵ Bir taraftan Amerikan Bağımsızlık Savaşı (1775-1783) sürerken bu on üç devletin on biri doğrudan veya dolaylı olarak *common law*’u ve İngiliz yasalarının büyük bir bölümünü iktibas ettiklerini belirtmişlerdir.⁸⁶ Bu bakımdan Amerika Birleşik Devletleri’nin anayasal düzeyde devrimci bir söylemle doğal hukuk ilkelerine atıfta bulunmuş olmakla birlikte alt düzenlemeler bakımından o dönem İngiltere’de geçerli olan hukuku büyük oranda devraldığını söylemek gerekir.

On sekizinci yüzyılda Amerikalı yargıçlar İngiliz hukukunu uygularken Blackstone’nun şerhini temel başvuru kaynağı olarak kullanmışlardır. Dört kitaptan oluşan bu eserde kişilik, mülkiyet, haksız fiil ve ceza hukuku konuları ele alınmış olmakla birlikte eserin girişinde hukukun ve hukuk çalışmalarının doğasına ilişkin görüşlere de yer verilmiştir. Blackstone, bu bölümde vahyin ve doğal hukukun insan yasalarının dayanağı olduğunu, yasaların bu kaynaklarla çelişmemesi gerektiğini belirtir.⁸⁷ Yine aynı bölümde Blackstone, yasakoyucuları ve uygulayıcıları var olan hukuka sadakate, yorumda söze bağlılığa ve yeniliklere karşı kuşkulu olmaya çağırır.⁸⁸ Blackstone’a göre hukuk kaynağını doğanın düzeninden ve bu düzenin kurucusu olan Tanrı’nın egemenliğinden almaktadır. Hâlihazırda uyulmakta olan yasa ve ilkeler bu düzenden akıl yoluyla çıkarsanmış veya vahiy aracılığıyla öğrenilmiştir. Dolayısıyla artık bunların ötesine geçmemek gerekmektedir. Bu bakımdan

⁸³ Friedman, 2004: 15.

⁸⁴ Golding, 1986: 442-443; Summers, 1980: 889.

⁸⁵ “Declaration and Resolves of the First Continental Congress”, The Avalon Project, Yale Law School, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/resolves.asp (erişim tarihi: 31.10.2016)

⁸⁶ Horwitz, 1997: 4-5.

⁸⁷ Blackstone, 1765: 42.

⁸⁸ Blackstone, 1765: 10.

Blackstone'un *common law*'u sabit bir kural ve ilkeler bütünü olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. *Common Law* tamamlanmış bir sistem olarak kabul edildiğinde yargıçlık görevi de bu sistem içerisindeki ilkeleri bulmaya ve uygulamaya indirgenmiş olmaktadır. Bir tür muhafazakâr doğal hukuk yaklaşımı olarak değerlendirilebilecek nitelikte olan bu görüşler, eserde uzun uzadıya ele alınmamıştır. Blackstone'un açıklamaları çerçevesinde ortaya konulmuş olan emsal doktrini, yargıçları önlerindeki konu hakkında kendilerinden önce verilmiş yargı kararlarının gerekçeleriyle (*ratio decidendi*) bağlı kılar.⁸⁹ Blackstone'un bu muhafazakâr tutumunun o dönemde Amerikalı yargıçlarca da benimsendiğini belirtmek gerekir. Örneğin Massachusetts Yüksek Mahkemesi 1765 yılında verdiği bir kararda egemenlik gücünün kaynağının tanrısal olduğunu, bu gücün krallar eliyle kesintisiz olarak kullanılageldiğini dolayısıyla hukukun tamamlanmış bir eser olduğunu öne sürerek mahkemelerin yeni buluşlar ortaya koymaması gerektiğini belirtmiştir. Yine 1793 yılında verilen bir kararda ABD Yüksek Mahkemesi, on sekizinci yüzyıl Amerikan hukukçularının genel tutumunu özetleyecek şekilde, "mahkemelerin var olan hukuku uygulamakla görevli olduğunu ve bu sınırı aşmanın keyfiliğe neden olacağını" belirtmiştir.⁹⁰ Bu bakımdan ABD hukukçuları arasında formalist düşüncenin yayılmasında etkili olan ilk ismin Blackstone olduğu ifade edilebilir.⁹¹

Amerikan hukuk tarihinde hukuku üstün bir egemenin otoritesiyle temellendiren görüşler kuram alanında uzun süreli mutlak egemenlikler kuramamışlardır.⁹² Blackstone'un nihai kaynağını tanrının egemenliğinden alan hukuk yaklaşımı da bu yazgıyla yüzleşir ve daha on sekizinci yüzyıl bitmeden böyle bir yaklaşımın Amerikan hukuku için pek de uygun olmadığına işaret eden eleştiriler ortaya çıkmaya başlar. ABD Yüksek Mahkemesi yargıcı James Wilson, 1791 tarihli *Lectures on Law* (Hukuk Dersleri) isimli eserinde Blackstone'un hukuku bir 'üstün egemenin' iradesine dayandıran yaklaşımını ele alır.⁹³ Wilson'a göre, böylesi bir yaklaşım 'insan yasaları' bakımından "temelsiz, gereksiz ve tehlikeli" olduğu gibi insan toplumlarındaki hukuki otoriteyle de örtüşmemektedir.⁹⁴ Wilson egemenin iradesi yerine, hukukun muhataplarının rızasını hukukun temeline yerleştirir. Hukuk kuralları yükümlülük yaratma gücünü kuralı koyan iradede değil kuralın muhataplarından alırlar. Wilson'a göre böylesi bir rıza kendini geleneklerde gösterir. Diğer bir deyişle bir yapıp etme biçimi gelenek haline geldiyse orada bu yapıp etme biçiminin normatif karakterine yönelik bir

⁸⁹ Summers, 1980: 862.

⁹⁰ Horwitz, 1997: 9.

⁹¹ Summers, 1980: 867.

⁹² Gürkan, 1967: 32-33.

⁹³ Horwitz, 1997: 13-14.

⁹⁴ Wilson, 1804: 99.

rızanın var olduğu kabul edilmelidir. Kurallar alanında geleneksellik, Wilson için rızaî olmakla eş anlamlıdır. Bir gelenek, gönüllü bir uyumla başlar, ona gönüllü olarak uyanların artmasıyla genelleşir ve ona uyanları amaçlarında başarılı kıldığı sürece varlığını sürdürür. Wilson, bizatihi *common law*'un geleneksel bir hukuk olduğunu belirtir.⁹⁵

Blackstone'un yaklaşımına yönelik John Milton Goodenow'ın (1782-1838) 1819 yılında yayınlanan *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence* (Amerikan Hukuk Sisteminin İlkelerinin ve Temel Kurallarının Tarihsel Şeması) isimli eseri özellikle etkili olmuştur.⁹⁶ Goodenow, ihtiyatlı bir düşündürdür ve elinden geldiğince kendisinden önce kabul görmüş olan hukuki ilahiyatla ters düşmemeye çalışır. Bu bakımdan tanrısal aklın ve iradenin hukuka kaynaklık etmesi düşüncesine açıkça karşı çıkmaz. Hatta eserinde bu düşüncüyü yeniden temellendirir. Ancak bir taraftan da kaynağını tanrısal akıl veya iradeden değil, toplumdan alan bir hukuk alanının var olduğunu iddia eder. Özellikle ceza hukuku üzerinde durarak, tüm ceza kanunlarının salt toplumsal politikaların ürünü olduğunu, ülkeden ülkeye ceza kanunlarının değişiklik arz etmesinin temelinde politik ve idari farklılıkların yattığını savunur. Goodenow'a göre belirli yasalar vardır ki bunlar akli veya ilahi bir temelden kaynaklanmadıkları gibi akla veya tanrının buyruklarına aykırı dahi olabilirler. Ancak bunlar her durumda yapıldıkları zamanın ve yerin toplumsal ve politik altyapısı ile uyum içerisindedirler.⁹⁷ Yargıç özellikle ceza davalarında pozitif hukuktan ayrılmamalıdır, pozitif hukuk da bir üstün iradenin eseridir ancak bu irade dünyevi bir irade olup "halkın iradesidir".⁹⁸ Yargıcın halkın iradesini ancak bu irade halkın temsilcileri tarafından yasa olarak dışsallaştırıldığında bilebileceğini iddia eden Goodenow, bu işlem gerçekleşmediyse ortada uygulanacak bir kuralın bulunmadığı kabul edilmelidir demektir.⁹⁹ Goodenow bu eseriyle hukukun kaynağına ilişkin aşkırı iddialara yönelik esaslı bir reddiye ortaya koyarak hukukun ayaklarını yere bastırmak istemiştir. Onun bu gayreti, hukuka ilişkin anti-temelci yaklaşımın ABD'li hukukçular arasında yayılmasının ilk adımlarından biri olarak yorumlanabilir.

Goodenow'ın görüşleri hukukun kaynağına ilişkin tartışma bakımından yeni bir soluk getirmiştir. Ancak on dokuzuncu yüzyılın başlarında hukukun kaynağı meselesinin hukuka ilişkin tartışmalarda gündemin ilk sıralarında yer aldığını söylemek mümkün görünmemektedir. Yeni kurulan federal devletin siyasal, toplumsal ve mali açıdan yapılandırılmasına ilişkin ihtiyaçlar ve sanayi alanındaki gelişmelerin yarattığı yeni sorunlar

⁹⁵ Wilson, 1804: 100.

⁹⁶ Horwitz, 1997: 13-14.

⁹⁷ Goodenow, 1819: 6.

⁹⁸ Goodenow, 1819: 33.

⁹⁹ Goodenow, 1819: 34.

hukukçuların bu gelişim sürecindeki kendi rollerini tartışmalarına neden olmuştur. Hâlihazırda *common law* emsallerinden ayrılabilmenin kuramsal alt yapısı tartışılırken bunun üzerine bir de bu yeni sorunların ortaya çıkardığı pratik gerekliliklerin baskısı yargıçların kendilerine daha aktif bir rol biçmelerine neden olmuştur. Önde gelen Amerikan hukuk tarihçilerinden Morton Horwitz'e göre on dokuzuncu yüzyılın hukukçularını bir önceki yüzyıldaki meslektaşlarından ayıran en önemli husus, onların sosyal dönüşümün yönünü belirlemede aldıkları rol olmuştur. Horwitz, on dokuzuncu yüzyılın ilk çeyreğinde verilen kararlar üzerine yaptığı incelemelerde şu tip ifadelerle karşılaştığını belirtir: “söz konusu kararın ülkemizin ticari karakteri bakımından önemi...”, “ilgili *common law* kuralına bağlılığın ticaret hukukumuzun gelişimine etkisi değerlendirildiğinde...”, “bu uygulamanın kabulü ülkemizin ticaretini bozacağı gibi bu tür malların dolaşımını da tamamen engelleyecektir...” vs.¹⁰⁰ Bu argüman tipleri on dokuzuncu yüzyılda yargıçların hukuka yönelik araççı bir bakış açısı geliştirmeye başladıklarını göstermektedir.¹⁰¹ Örneğin 1799 yılında deniz taşımacılığı sigortasına ilişkin bir davada yargıcın emsale aykırı yönde verdiği kararını gerekçelendirirken “[Y]anlışlıkla kurulmuş olma ihtimaline rağmen, tek bir karara bağlı kalarak uzun süre hatada diretilmiş olması durumuna hukuki bağlayıcılık tanırsak ticaret hukukumuzun gelişmesini umut edemeyiz. Elimizdeki vakanın unsurları ve insanlığın ortak aklı bizi zorladığında temel ilkeler uyarınca emsalden ayrılmamız gerekir” ifadelerini kullanmış olması bu bakış açısının bir yansıması olarak değerlendirilebilir.¹⁰² Horwitz'e göre bu tip siyasi ve ekonomik gerekçelerin on sekizinci yüzyıl Amerikan hukukunda yargı kararlarını temellendirirken kullanıldığı görülmemiştir. Genel olarak bakıldığında Blackstone'un düşüncelerinin eleştirisine yönelik kuramsal tartışmalar ve dönemin yeni ekonomik etkenleri bu dönüşümün harekete geçirici güçleri olarak kabul edilebilir.

On dokuzuncu yüzyıl Amerikan yargıcı artık kendisini sadece var olan hukuku keşfetmekle, dile getirmekle ve uygulamakla görevli görmemektedir. Yargıç, önüne gelen hukuki sorunla ilgili daha önce hiç verilmemiş türden bir karar verebilir. Bu kararın temelindeki maksim, yasakoyucunun açıkça veya zımnen vereceği icazetle bir hukuk kuralı olarak saptanmış olacaktır. Horwitz, dönemin uygulama kökenli hukuk öğreticilerinin ders notları incelendiğinde bunların en etkililerinde hukuki doğruluk ölçütü olarak amaca uygunluğun önerildiğinin tespit edileceğini belirtir. Ayrıca bu dönemin hukuk doktrininde ortaya çıkan önemli bir yenilik de yargıcın yaratıcı rolünün gerekliliğine yapılan vurgudur. Yasama organı genel, soyut ve katı kurallardan oluşan düzenlemeler yapmaktadır; dolayısıyla

¹⁰⁰ Horwitz, 1997: 1-2.

¹⁰¹ Horwitz, 1997: 4.

¹⁰² Horwitz, 1997: 26.

yargıç -nispeten hantal olan yasama süreçlerini beklemezsizin- önüne gelen somut durumun özelliklerine, çağın türeyen ihtiyaçlarına ve çeşitli insanlık durumlarına göre bu genel ve katı düzenlemeleri esnetebilme imkânına sahip olmalıdır. Bu dönemde yargıçların ilerleme ve gelişme yönünde adım atmaktan korkmamaları gerektiği, hukuk alanında doğrunun emsale uygunlukla değil yapılan iş veya getirilen maksimin başarısı ile belirleneceği, yargıçların hukuk sisteminin memurları değil mimarları olduğu yönünde görüş ve telkinlerde bulunan çalışmalar ortaya konulduğu belirtilmektedir.¹⁰³ 1820'lere gelindiğinde ABD'de hukuk artık ne geleneklerden veya doğal hukuktan devşirilen ezeli ve ebedi bir ilkeler seti ne de adaletle yönelen bir kurallar sistemi olarak görülmekteydi. Dönemin yargıçları hukuku toplumda ve bireysel ilişkilerde istendik sonuçlara ulaşmanın bir aracı olarak görmeye başlamışlardı. ABD'nin özellikle haksız fiil hukuku ve eşya hukuku alanları bu anlayış çerçevesinde dönemin düşük maliyetli kalkınma politikalarına ve bu politikalardan yarar sağlayan grupların çıkarlarına uygun olacak şekilde oluşturulmuştur. 1800-1850 yılları arasında kurulmuş olan içtihatların halen bu alanların çatısını teşkil ettiği belirtilmektedir.¹⁰⁴

Tüm bu aktarılanlara bakıldığında henüz on dokuzuncu yüzyılın başında -pragmatizm veya hukuk pragmatizmi içerisinde sistemli ifadelerine kavuşmalarından aşağı yukarı yetmiş yıl önce- anti-temelcilik, araççılık ve ileri dönüklük ilkelerinin ABD hukukunda güç kazanmaya başlamış oldukları görülebilir. Dolayısıyla daha pragmatizm adı altında ifade edilmezden evvel pragmatik düşüncenin nüvelerinin ABD hukukunda yer aldığını söylemek mümkündür.¹⁰⁵ Daha da ileri giderek on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında ABD'de hem siyasi hem de ekonomik alandaki hızlı gelişmelerin ABD hukukunun genel olarak pragmatist bir karaktere bürünmesine neden olduğu da iddia edilebilir. Ancak bu iddialar hukuk pragmatizmi ve ileride değinileceği üzere hukuk pragmatizminin kurucularından Oliver Wendell Holmes ve hatta onun takipçileri olarak kabul edilen Amerikan Hukuki Realistleriyle ilgili yaygın bir kabulü anlamsızlaştıracaktır. Bu kabule göre Holmes'un ve sonrasında Realistlerin görüşleri, içinde bulundukları dönemin hukuk uygulamasındaki ve hukuk doktrinindeki formalist eğilimlere birer tepki, hatta birer “sosyolojik isyan” olarak ortaya

¹⁰³ Horwitz, 1997: 24-25.

¹⁰⁴ Horwitz, 1997: 254-255; Friedman, 2004: 18.

¹⁰⁵ Burada şu hususu vurgulamak yararlı olacaktır. Bu çalışma hukukta pragmatik düşüncenin tarihini değil ABD'de ortaya çıkan Hukuk Pragmatizmi akımını incelemeyi hedeflemektedir. Hukukta pragmatik düşüncenin tarihi Amerika'nın keşfinden dahi çok öncelere götürülebilir. Örneğin Roma Hukuku'nda milattan önce üçüncü yüzyıldan itibaren kullanılmış olan *bona fides* argümanı pragmatik bir argümandır. Bu durum daha o dönemlerde hukukta şekilcilik-aracılık tartışmasının yapıldığına işaret eder. Benzer tarihlerde ortaya çıkmış olup hala etkinliğini koruyan *lex mercatoria* da anti-temelci ve araççı bir genel karakteristiğe sahip olması nedeniyle hem kaynağı hem de uygulandığı bakımından hep pragmatik olmuştur. Bkz. Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/289/2633.pdf> (erişim tarihi: 12.12.2016); Üye, 2013: 371-405.

çıkıştır.¹⁰⁶ Burada sözü edilen dönem on dokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın ilk otuz yılını kapsamaktadır. Buraya kadar incelenmiş olduğumuz veriler çerçevesinde, daha 1820'li yıllarda, Blackstone kaynaklı naif bir doğal hukuk düşüncesine eşlik eden ve *common law* emsallerine bağlılık taleplerini içeren bir tür formalizme yönelik güçlü reddiyelerin ABD'de gündeme geldiğini ve adı konulmamış pragmatist eğilimlerin güç kazanmaya başladığı görülmektedir. Ancak hâlihazırda pragmatistleşmekte olan bir hukuk dünyası içerisinde bir pragmatist isyan doğması beklenemeyeceğine göre bu kısa zaman aralığında Amerikan hukuk düşüncesindeki rüzgârların formalizme güç kazandıracak şekilde sert bir biçimde tersine dönmüş olması gerekmektedir. Bu geri dönüşün nedenleri üzerinde durmak gerekir.

On dokuzuncu yüzyıla birlikte ABD hukuk düşüncesinde güç kazanan araççı, işlevci ve anti-temelci eğilimler çerçevesinde eski kabullere aykırı olacak şekilde yeni içtihadî ilkeler oluşturulmuş ve yasal reformlar gerçekleştirilmiştir. Bu yenilikler neticesinde ABD hukuk sisteminin o dönemin ekonomik gerekliliklerine veya daha doğru bir ifadeyle o dönemde güçlenmekte olan grupların ekonomik çıkarlarına uygun olacak bir düzen ve içeriğe kavuşturulduğu söylenebilir. Bu durumun ortaya çıkmasında o dönemin iktidarının düşük maliyetli ekonomik kalkınma politikasını benimsemiş olması da etkilidir. Bu politika dâhilinde girişimci sınıf diğer sınıfların aleyhine olacak şekilde desteklenmiş, tarım ekonomisi döneminden kalma mülkiyet biçimleri ortadan kaldırılmış, ekonomik ilişkilerde zayıfları korumaya ve hakkaniyeti gerçekleştirmeye yönelik paternalist hukuki düzenlemeler mülga olmuş, sözleşme hürriyeti çerçevesinde adalet idesi yerinden edilmiştir.¹⁰⁷ Horwitz'e göre tüm bu gelişmeler neticesinde 1850'li yıllara gelindiğinde ABD'de piyasa odaklı bir toplum düzeni oluşmuş ve hukuk da buna uygun olacak şekilde çiftçilerin, işçilerin, tüketicilerin ve diğer ekonomik açıdan zayıf konumda olan grupların karşısında, ticaret ve sanayi gruplarının çıkarlarını koruyacak bir araca dönüşmüştür.¹⁰⁸ Sonuç olarak hukuk kendisinden beklenen dönüşümü tamamlamıştır. Dolayısıyla artık bu haliyle muhafaza edilmesi, yeniden bir mantığa oturtulması ve şaşmaz bir öngörülebilirlik sağlayacak şekilde uygulanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle devir artık formalizm devridir.

On dokuzuncu yüzyılda formalist hukuk yaklaşımlarının yükselişi sadece ABD'ye özgü bir durum değildir. ABD'deki dönüşüm, Fransa'da *L'exegese* (Yorum) ekolünün,

¹⁰⁶ Gürkan, 1967: 2; Topçuoğlu, 1969: 77; Işıkaç, 2010: 331.

¹⁰⁷ Friedman, bu yanlış tutumun bariz örneklerinden biri olarak 1840 yılında verilen ve sonradan emsal olarak uzun süre kullanılan İş Arkadaşı (*Fellow Servant*) kararını belirtir. Bu karar, iş kazası nedeniyle bir işçinin işverenine açtığı dava sonucunda verilmiştir. Mahkeme bu kararında önceki emsallere aykırı olacak şekilde iş kazasının ortaya çıkmasında başka bir işçinin kusurunun bulunması halinde işverenden tazminat istenemeyeceği yönünde yeni bir emsal oluşturmuştur. Ayrıntılar için bkz. Friedman, 2004: 18-19.

¹⁰⁸ Horwitz, 1997: 253-254.

Almanya’da Kavramcı Hukuk Kuramı’nın ve İngiltere’de İradeci Pozitivizm’in yükselişiyle benzer toplumsal ve ekonomik etkenlerin bir sonucudur. Aynı dönüşümün İngiltere’de ortaya çıkış sürecine yönelik Mehmet Tefik Özcan’ın aktarımlarına baktığımızda ABD’deki süreçle şaşırtıcı derecede bir örtüşmenin söz konusu olduğu görülmektedir. İngiltere’de 1830’lu yıllarda 1563 tarihli Zanaatkârlar Yasası, 1601 tarihli Yoksullar Yasası, asgari ücrete ilişkin 1795 tarihli Speenhamland Yasası gibi düzenlemeler ilga edilerek işçiler, köylüler ve zanaatkârlar aleyhine sanayi burjuvazisini güçlendirecek adımlar atılmıştır.¹⁰⁹ Özcan da Horwitz’le koşut olacak şekilde bu dönüşümün tamamlanmasıyla birlikte İngiliz hukukunda formalist eğilimin güçlendiğini ve söz konusu değişikliklerin İngiliz yargılamasının geleneksel yapısı içerisinde devre dışı bırakılmasını önleyecek türde bir kuram ihtiyacını karşılamak üzere iradeci pozitivizmin ortaya çıktığını ve Austin’in (1790-1859) görüşlerinin güç kazandığını belirtmektedir.

İngiltere’de Austin’in iradeci pozitivizmi hukukta formalistleşmenin kuramsal altyapısını güçlendirirken ABD’de karşımıza Cristopher C. Langdell (1826-1906) ismi çıkar. Bir genel hukuk kuramcısından ziyade bir hukuk öğretimi kuramcısı olduğunu söyleyebileceğimiz Langdell’in Harvard Hukuk Fakültesinin dekanlığını yürüttüğü 1870-1895 yılları arasında ABD’de hukuk öğretimini kökten değiştirecek bir devrim yaptığı kabul edilmektedir.¹¹⁰ Langdell’den önce ABD’de hukuk öğretimi bir tür usta-çırak ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. *Common law*’un içtihadî karaktere sahip bir hukuk sistemi olması bu durumun temel nedenlerinden biridir. O dönemde hukukçu olmak için hukuk eğitimi almak gerekmediği gibi Harvard’da hukuk fakültesinin kurulduğu 1817 yılına kadar üniversite düzeyinde hukuk öğretimi yapan bir kurum da ortaya çıkmamıştır. 1860’lara gelindiğinde ise yirmi civarında hukuk fakültesinin etkin olduğu belirtilmektedir. Hukuk fakültesinden mezun olmanın hukukçuluğa girişin mutlak yolu olarak kabul görmesi ise ancak yirminci yüzyılın başlarında gerçekleşecektir.¹¹¹ On dokuzuncu yüzyılın ortalarıyla birlikte hukuk uygulamasındaki dönüşümün *tamamlanmasının* hukuk öğretimi üzerinde de değişme yönünde bir baskı yarattığı söylenebilir. Bu görüş ile aynı yönde olacak şekilde Tuğrul Arat’ın *Case Method*’daki tespitlerini doğrudan alıntılarla yararlı olacaktır. Eserinin on altıncı sayfasında Arat şöyle demektedir:

“Her yönüyle oluş içinde bulunan bu yeni hukuku hukukçulara anlatmak, açıklamak, onlara yol göstermek gerekiyordu: Hukuk kitapları bu görevi yüklenmişti. Ancak, iç harbin sonunda bu oluşum tamamlanmış, Amerikan hukuku kendine özgü kurumları ile “Common Law” hukuk sistemi içindeki özel yerini almıştı. Böylece de, bu konuda söylenecek sözler söylenmiş oluyordu. Bundan sonra yazılan hukuk kitapları yaratıcı olamamaya, gittikçe salt mahkeme kararları dizini durumuna düşmeye

¹⁰⁹ Özcan, 2012: 30-33.

¹¹⁰ Kenny, 1916: 187.

¹¹¹ Arat, 1968: 6-9.

başlamıştı. Şimdi başka bir ihtiyaç doğuyordu: Oluşmuş bulunan Amerikan hukukunu bilimsel açıdan değerlendirmek, kaynaklarını çözümsel ve tarihsel yöntemlerle irdeleyerek, onun her bir kurumunu genel bir sistem içindeki yörüngesine oturtmak.”¹¹²

Aynı eserin yirminci sayfasında Arat bu yöndeki tespitlerine devam eder:

“Ayrıca şunu da belirtmek isteriz ki, yukarda gördüğümüz gibi, 1870 yılından önce oluşumunu tamamlayan Amerikan hukuku artık bir sisteme kavuşmak ihtiyacındaydı. Langdell’in, “Common Law”un temel kaynağını meydana getiren davaların çözümsel ve tarihsel incelenmesini, sistematik olarak sınıflandırılmasını, böylece de olaylara uygulanacak ilke ve kuralların sistemli bir düzene kavuşturulmasını öngören yöntemi, aynı zamanda bu ihtiyacı da karşılayacak nitelikteydi.”¹¹³

Arat, bu konunun iyice anlaşıldığından emin olmak istediğini belirtir şekilde eserinin sonuç bölümünde şu hatırlatmayı yapar:

“Söz konusu öğretim yöntemi ortaya atıldığı zaman Amerikan hukuku yapısına kavuşmuştu. Artık bu oluşmuş hukuku çözümlmek, kurumlarını genel bir sistem içinde düzenlemek gerekiyordu. Böyle bir sonuca ulaşmak için en iyi yol, sözü geçen hukukun öz kaynağı olan davaları çözümsel ve tarihsel açıdan irdeleyerek, bunlarda oluşmuş ilkeleri saptamak ve bunları sistematik biçimde sınıflandırmaktı.”¹¹⁴

Arat’ın bu açıklamaları birlikte değerlendirildiğinde ilkin, Özcan ve Horwitz’in açıklamalarına koşut olacak şekilde, on dokuzuncu yüzyılın ortalarında Amerikan hukukunda bir dönüşümün tamamlanmış olduğu tespitine ulaşılmaktadır. İkinci olarak, hukuku dönüşümünü tamamlamış halde muhafaza edecek veya hukukun bu dönüşmüş haline sadakatle uygulanmasını sağlayacak veyahut da daha fazla dönüşmesine mani olacak bir hukuk sistemine yönelik ihtiyacın ortaya çıktığı görülmektedir. Yine, bu yeni sisteme uygun zihniyete ve becerilere sahip insan kaynağını sağlamak üzere hukuk öğretiminin dönüştürülmesi gerekliliğinin doğduğu ve Langdell’in bu gerekliliği giderecek bir yöntemi yürürlüğe koyduğu da Arat’tan aktarılan açıklamalardan çıkarılabilecek tespitlerdir.

Langdell, hukukun bir bilim olduğunu ileri sürmüştür. Dönemin bilim anlayışına uygun olacak şekilde hukuk *biliminin* amacının hukuktaki ilkeleri ve kategorileri keşfetmek ve sistemleştirmek olduğunu savunmuştur. Langdell’e göre bu ilkeler ve kategoriler, doğrudan doğruya onları ortaya koyan kararlar incelenerek keşfedilmelidir.¹¹⁵ Dolayısıyla ona göre hukuku öğrenmenin en iyi yolu hukukun üzerinde işlediği temel ilkeleri tespit eden davalar üzerinde entelektüel mesai harcamaktır. Hukuk öğretiminde izlenecek yol da, öğrencilerin öğreticilerce hazırlanmış dava seçkileri üzerinde çalışarak hukuka kaynaklık teşkil eden ilkeleri tespit etmesidir. Langdell, hukukun kapsamının formalist yöntemle belirlenip ele alınacak temel prensiplere indirgenebileceğini ve kişilerin salt kütüphane

¹¹² Arat, 1968: 16.

¹¹³ Arat, 1968: 20.

¹¹⁴ Arat, 1968: 94.

¹¹⁵ Langdell, 1879: vii.

mesaisiyle hukuku öğrenebileceklerini savunmuştur.¹¹⁶ Hukuk bir bilim ve kaynağı da kitaplar olduğuna göre hukuk öğreniminin mekânı da fakülte olarak belirlenmiştir. *Case Method* çerçevesinde öğrenciler hukuk fakültesinde sadece hukuk ilkelerini öğrenmekle kalmayacak, öğrendikleri ilkeleri somut olaya uygularken -hukuken önemli olmayan- dava konusunun değeri, taraflar, toplumsal önyargılar ve sair “suni” unsurları devre dışı bırakarak karar verme becerisi de kazanacaklardır. Öyle ki bu karar, gelecekte ortaya çıkabilecek benzer her somut olay için de bir öngörü kaynağı teşkil edecektir.¹¹⁷ *Case Method*, hukuku ve yargılamayı değişken unsurlardan arî kılmak adına, hüküm verme işini önceden verilmiş kararlardan çıkarsanmış ilkelerin doğrudan veya kıyasen uygulanmasına indirgeyerek bir tür kavram hukukçuluğunu teşvik etmiştir. Bu bakımdan *case method*’un Austin’in analitik hukuk felsefesine bağlı ve normativist düşünceye uygun bir model olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁸

Langdell’in yöntem önerisinin, dönemin uygulayıcıları, baroları ve hukuk profesörlerinin önemli bir bölümü tarafından kabul görmesi çok sayıda dava kitabının basılması ve üniversitenin hukuk öğretiminin merkezi olma özelliğini kazanması sonucunu doğurmuştur. Öyle ki 1870 ile 1915 yılları arasında ABD’de hukuk fakültelerinin sayısında bir patlama yaşanmış ve etkin fakültelerin sayısı 140 civarına ulaşmıştır.¹¹⁹ “Norm artı olay eşittir hüküm” şeklinde ifade edilebilecek formalist kabule dayalı yeni öğretim yönteminin yaygınlaşması ile uygulamadaki formalist eğilim de yaygınlaşmış ve kuvvetlenmiştir. Bu durum yargıçların somut olayın özelliklerine göre hukuku esnetmelerine imkân veren *common law* geleneğine özgü geniş takdir alanlarının önemli ölçüde daralması ve yargıçların kanunlaştırma hareketlerine karşı manevra kabiliyetlerinin ortadan kalkması sonucunu doğurmuştur. Ancak salt öğretim reformuyla hukuk uygulamasının karakterinin değiştirildiğini iddia etmek arabayı atın önüne koymak olacaktır. Sistemin talep etmediği veya kabule hazır olmadığı değişikliklerin salt öğretim reformuyla uygulamada böylesi bir hızla hayata geçirilmiş olması akla yatkın değildir. İşin aslı Langdell’in başarısı, o dönem ABD hukukunda yaşanan formalistleşmenin nedeni olmaktan çok sonucudur. *Case Method*, formalist eğilimlerin güçlenmesine elbette katkı sağlamıştır ancak bu eğilimler, daha önce de değinildiği üzere, Langdell’in Harvard’da dekan olmasından yaklaşık kırk yıl önce yargı sistemi içerisinde görünmeye başlamış olan eğilimlerdir.

¹¹⁶ Langdell, 1879: viii.

¹¹⁷ Arat, 1968: 21.

¹¹⁸ Arat, 1968: 2.

¹¹⁹ Arat, 1968: 24.

Horwitz'e göre baskın ekonomik grupların, hukuk aracılığıyla gelirin yeniden dağıtılmaması yönündeki talepleri 1840'lı yıllarla birlikte güçlü bir şekilde gündeme gelmeye başlamıştır.¹²⁰ Bu taleplerle koşut olacak şekilde o dönemde yazılan hukuk incelemeleri de (*treatises*) hukukun politika, ahlak vesaire *dış* faktörlerden bağımsız ve nesnel bir bilim alanı olduğu anlayışını yansıtan *bilimsel* eserler olarak ortaya çıkmışlardır.¹²¹ Bu fikri dönüşüm, Langdell'in görüşlerinin de başına geleceği üzere, uygulayıcılar arasında hızla kabul görmüştür. Bu hızla kabul görmenin en önemli nedeni hukukçuların saygınlık konusundaki endişeleridir. O döneme kadar hukukçuluğun bir zanaat olarak görüldüğü ve herkesin herhangi bir mezuniyet aranmaksızın hukukçu olabileceği belirtilmişti. Bu durum uzunca bir süre hukuk mesleğinin ve hukukçuların bugünkü itibarından epey uzak kalmasına neden olmuştur.¹²² Böylesi bir durum içerisinde, öğretimin bilimselleşmesine, hukukun nesnelleşmesine ve uygulamanın mantıksallaşmasına yönelik eğilimler hukuk mesleğinin itibarını arttıracak girişimler olarak görülmüştür. Bu algı, hukukçuların ve kurumsal olarak baroların bu eğilimleri desteklemesine neden olmuştur.¹²³

On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren ABD hukukunun şekillenmesinde rol oynayan etkenlere ilişkin buraya kadar belirtilmiş olanların bir hülasası çıkarıldığında bu durumun birbiriyle çakışan üç etmenin ortak sonucu olduğu görülür. İlk bu durum, yüzyılın ilk yarısındaki gayretleri ile hukukun kendi çıkarları doğrultusunda dönüşmesini sağlamış olan tacirlerin ve girişimcilerin hukuku bu yeni haliyle muhafaza etme taleplerinin bir sonucudur ve aynı zamanda hukuka içkin çıkar ilişkilerini peçelemeye imkân vermektedir. Bu duruma etki eden ikinci etmen, yeni oluşmakta olan hukuk seçkinlerinin ve baroların saygınlık ve siyasi güç arzuları olarak belirtilebilir. Son olarak denilebilir ki bu durum, belirtilen hukuk elitleri ile güçlü ekonomik gruplar arasındaki karşılıklı yararlanma ilişkisinin bir yansımasıdır.¹²⁴ Bu üç etmenin birlikteliği, ABD hukukunda on sekizinci yüzyılın sonuyla birlikte pragmatizme doğru esmeye başlayan rüzgârların on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren formalizme dönmesine neden olmuştur. Hukukun politikasını, öğretimini ve kaçınılmaz olarak uygulamasını dönüşüme uğratan bu durum, hukuk kurallarına ilişkin daha genel ve daha soyut bir kavrayışın kabulüyle sonuçlanmıştır. Bu kavrayış çerçevesinde hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi de yeni bir anlama bürünmüş ve bu yeni anlamı ile

¹²⁰ Horwitz, 1997: 258.

¹²¹ Horwitz, 1997: 257-258.

¹²² Arat, 1968: 5.

¹²³ Horwitz, 1997: 258-259.

¹²⁴ Horwitz, 1997: 259.

tikel durumlara ilişkin somut olay adaleti çerçevesinde haklılaştırılabilir taleplerin bastırılmasında kullanılabilmektedir.¹²⁵

Ülker Gürkan'ın isabetle belirttiği üzere ABD hukuk tarihinde hukuku, egemenin üstün otoritesine veya kanun koyucunun iradesine bağlayan kuramlar hiçbir zaman cazip olmamıştır.¹²⁶ Burada bir adım daha ileri giderek, hukuku bir kere ortaya çıkmakla tamamlanmış bir yapı olarak kabul eden ve bu tamam hali ile kristalleştirilerek muhafaza edilmesini savunan kuramların da ABD hukuk dünyasında uzun süreli egemenlikler kurmadığı ifade edilebilir. Gerçekten de on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında ABD hukukunda formalist tez güçlenirken aynı bünyede hukukun hayatla ilişkisini öne çıkaran antitezin de varlığını koruduğu ve müesses bir hukuk kuramı olarak sahneye çıkmak üzere hazırlıklarını hızlandırdığı görülecektir. Bu hazırlıkları yürütmüş olan topluluğu tanıtmak yararlı olacaktır.

1.2.2. Metafizik Kulübü

“Yetmişlerin başında, Eski Cambridge’de bir grup genç adam, yarı alaycı, yarı küstah bir biçimde kendimizi “Metafizik Kulübü” -o dönem bilinemezciğin büyüklük tasladığı ve tüm metafiziği taşıdığı bir dönemdi- olarak adlandırmıştık ve kimi zaman benim odamda kimi zaman da William James’in odasında toplantılar yapardık.”¹²⁷

Charles S. Peirce’in 1907’de kaleme aldığı bir müsveddeden aktarılan bu metin pragmatizm ve hukuk pragmatizminin birlikte ilk filizlerini verdiği fikri ortam olan ve 1870’li yılların başında birkaç yıllığına etkin olduğu belirtilen Metafizik Kulübünün varlığına dair az sayıda yazılı belgeden biridir. Peirce’in “bir grup genç adam” dediği kişiler ise James, Peirce, Chauncey Wright(1830-1875), Francis Ellingwood Abbot(1836-1903), Holmes, John Fiske(1842-1901), Nicholas St. John Green(1830-1876) ve Joseph B. Warner’dır(1848-?). Bu isimlerden James, Peirce ve Holmes’tan daha önce de söz edilmişti. Diğer isimler arasında Abbot, Fiske ve Warner hakkında dişe dokunur bir bilgi bulunmamaktadır. Fiske ve Warner’ın da Holmes ve Green gibi Harvard Hukuk’tan mezun olduğu belirtilmektedir.¹²⁸ Bu haliyle kulüp, hukukçu ve felsefecileri bir araya getirmiş, böylece pragmatizmin hukukta ve felsefede eş zamanlı olarak yükselişine zemin hazırlamıştır denilebilir.

¹²⁵ Horwitz, on dokuzuncu yüzyıldaki bu yaklaşım değişikliğini en iyi şekilde gözlemlemek için kamulaştırmaya ilişkin kararlarda mülkiyet özgürlüğü ve kamusal yarar kavramlarına; iş hukukuna ilişkin kararlarda ise özgür irade ve sözleşme hürriyeti kavramlarına verilen anlamın yıllar içerisinde nasıl değiştiğini tetkik etmenin yeterli olacağını söylemektedir. Örneğin yüzyılın başında tarım arazilerine yönelik kamulaştırmalarda üstün kamusal yarar çok geniş yorumlanırken sonrasında mülkiyet hakkına üstünlük tanınmaya başlandığı; yine aynı şekilde yüzyıl başında verilmiş olan işçiler için azami çalışma saatleri getiren içtihatlardan yüzyıl ortalarından itibaren dönülerek bu meselenin sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmüştür. Ayrıntılar için bkz. Horwitz, 1997: 260-266.

¹²⁶ Gürkan, 1967: 32-33.

¹²⁷ Menand, 2001: 210.

¹²⁸ Frank, 1954: 427.

Metafizik kulübünün kuruluşuyla ilgili sahih bilgiler bulunmamakla birlikte 1868’de James ile Holmes arasındaki yazışmalarda o dönemde “düzenli toplantılar yaparak felsefenin en bitimsiz ve en geniş konularını ele alacak” bir tartışma gurubu oluşturma niyetinde oldukları görülmektedir. Bu bakımdan kulübün, gençlik dönemlerindeki kişisel yazışmalarında birbirlerinden epey övgüyle söz eden bu iki arkadaş tarafından kurulduğu söylenebilir.¹²⁹ Kulüp, pragmatizmin ve hukuk pragmatizminin temel ilkelerinin şekillenmesinde önemli bir role sahiptir. Peirce ve Holmes’un birbirine yakın tarihlerde yayımlanmaya başlayan çalışmalarının kulübün temel tartışma malzemelerini teşkil ettiği düşünülebilir.

Pragmatik felsefenin ilk eseri olarak değerlendirdiğimiz Peirce’in *How to Make Our Ideas Clear* makalesi 1878’de yayımlanmış bundan üç yıl sonra 1881’de Holmes *The Common Law*’da hukuka yönelik pragmatik yaklaşımını sistemli bir bütün olarak ortaya koymuştur. Eserlerin sadece tarihlerde değil ilkelere de benzerlik taşıdığı söylenebilir. Peirce’in *pragmatik maksimine* göre herhangi bir düşüncenin anlamının, onun yaratmaya elverişli olduğu etki ve pratik farklılıktan, diğer bir deyişle onun deneyimdeki karşılığından ibaret olduğunu belirtmiştik. Holmes da *The Common Law*’da “hukuku var eden mantık değil deneyim olmuştur”¹³⁰ diyerek benzer bir yaklaşımı ortaya koyar. Bu bakımdan söz konusu iki düşünürden hangisinin etkilenen hangisinin etkileyen olduğu konusunda bugüne kadar farklı görüşler ortaya atılmış olup kesin bir sonuca varılamamıştır. Kimilerine göre hukuk pragmatizmi pragmatizmin hukuk alanına uygulanmış halidir; kimilerine göre ise Peirce Holmes’un hukuka ilişkin görüşlerini genelleştirerek pragmatist felsefeyi oluşturmuştur.¹³¹ Pek de pragmatik olmayan bu tartışmaya girmek gerekli olmamakla birlikte pragmatizmin ve hukuk pragmatizminin birbirlerini besleyerek ortaya çıktıklarını söylemek mümkündür.

Holmes ve James eski arkadaşdır ve de Peirce ve Holmes’un eserlerinde görüş benzerlikleri dikkat çeker ancak Metafizik Kulübü’nde Holmes üzerinde derin etkiler bırakan kişiler James ve Peirce’den ziyade Green ve Wright olmuştur.¹³² Görüşleri üzerinde ayrıca uzun uzadıya durulmayacağı için burada bu düşünürler ve bunların düşüncelerinin hukuk pragmatizmi bakımından önemi üzerine kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır. Amerikan Hukuki Realizminin öncülerinden Jerome Frank, 1954’te yazdığı *A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism* (Unutulmaya Karşı Mücadele: Hukuk Pragmatizminin Kurucuları Üzerine Bazı Gözlemler) isimli makalesinde Green ve

¹²⁹ Menand, 2001: 213.

¹³⁰ Holmes, 1899: 461.

¹³¹ Wells, 1988: 545-546.

¹³² Patterson, 1953:475.

Green'in Holmes üzerindeki etkileri üzerinde durur. Frank'e göre hukuk pragmatizmi dendiğinde akla ilk Holmes gelmektedir ancak bu durum Green'e yönelik bir haksızlık teşkil eder.¹³³ Green de Harvard Hukuk mezunu olup, mezuniyeti sonrasında Harvard da profesörlük yapmıştır. 1873 yılında -Langdell'in dekan olmasından üç yıl sonra- Harvard'a hâkim olmaya başlayan formalizmden rahatsız olarak istifa eder ve daha düşük bir maaşla ancak dekan olarak Boston Üniversitesi'nde çalışmaya başlar.¹³⁴ Az sayıda eseri ulaşılabilir durumda olan Green'in bu eserlerinde genel olarak hukuki formalizme ve özellikle hukuki kavramların sabit ve belirli anlamlara sahip olduğu yönündeki kabule karşıt görüşler ortaya koyduğu belirtilebilir.¹³⁵

Frank, Green'in, 1871'de yazmış olduğu ve genel itibariyle illiyet konusuna ilişkin olduğunu söyleyebileceğimiz *Proximate and Remote Cause* (Uzak ve Yakın Neden) adlı makalesinde Holmes'un on yıl sonra *The Common Law*'da ortaya koyacağı pragmatik hukuk yaklaşımının bir ön modelini yarattığını iddia eder. Gerçekten de *Proximate and Remote Cause*'da Green, yakın nedenler ve uzak nedenler arasındaki ayrıma ilişkin Aristoteles'ten Francis Bacon'a kadar birçok filozofun görüşlerini özetledikten sonra hukuk alanında bu konunun felsefe veya mantık ile çözülebilecek bir mesele olmadığını dile getirmektedir.¹³⁶ Green'e göre nedenler arasında uzak-yakın şeklinde kesin bir ayırım yapmamıza imkân verecek mantıksal, metafizik veya genel olarak felsefi diyebileceğimiz bir ilke ortaya koyarak bu meseleyi bir defalığına ve kesin olarak çözmek mümkün değildir.¹³⁷ Nedenlerin uzaklığı

¹³³ Frank, 1954: 426.

¹³⁴ Menand, 2001: 239.

¹³⁵ Menand, 2001: 231.

¹³⁶ Green, 1937: 128.

¹³⁷ Bu pragmatist yaklaşımın Kıta Avrupası hukukçularınca ve dolayısıyla Türk hukukçularınca da benimsendiğini ve 'uygun illiyet bağı' başlığı altında ayrıntılandırılarak incelendiğini biliyoruz. Andreas von Tuhr bu meseleyi şöyle izah eder: "Mantık bakımından illiyet rabitasının devamı hudutsuzdur. [...] Fakat illiyetin mevcudiyeti muhakkak ve kat'i olduğu takdirde dahi, adalet hissi bazen failin -fiilinin son neticelerinden dolayı- mesuliyetini kabul etmekten çekinir. Mesela, bir kimse muayyen bir gün için kürklü bir palto ısmarlar ve teslimdeki gecikme hasebile seyahatini ertesi güne bırakmağa mecbur olur; eğer bu kimse bir tren kazasına kurban olursa, borçlunun gecikmesi bulunmaksızın bu zararın meydana gelmiyeceğine itiraz olunmamakla beraber, hakim, kürkünün kazadan mesuliyetine güçlkle karar verecektir." Von Tuhr, 1983: 89. Yine, Fikret Eren de benzer bir yaklaşımı şu sözlerle ortaya koymaktadır: "Felsefi düşüncede dış alemde olup biten olaylar sonsuza kadar uzanan bir zincir gibi, halka halka birbirine düğümlenmiş bir sebep-sonuç bağı içindedir. Bu nedenle bugün meydana gelen bir olay (bir sonuç), yaradılışın ilk günündeki bir olayın (bir sebebin) ve hatta her şeyi yaratan Tanrı'nın ürünü sayılabilir. Böyle bir illiyet anlayışı ise, bizi kör bir determinizm veya fatalizme götürür ki, bunun sonucunda herhangi bir kişinin sorumluluğu söz konusu olamaz." Eren, 2014: 537-538. Günümüzde ceza hukukunda da medeni hukuktakine koşut bir yaklaşımın kabul edildiği ve hukukun tecrübi doğasına uygun normatif çözümlerin getirildiği (uygun sebep teorisi, objektif isnadiyet teorisi) görülmektedir. İlliyetin mantıkî olarak ele alınmasının ceza hukuku bakımından yaratacağı sonuçları Koca ve Üzülmmez şöyle ifade ederler: "Şart teorisi sorumluluk alanını katlanılmaz bir şekilde genişletmekle eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre, katilin anne ve babasının dahi böyle bir çocuğu dünyaya getirmiş olmaları nedeniyle, maktulün ölümüne sebebiyet verdiği söylenebilecektir. Keza silahla öldürme olayında, failin hareketi nedensel olduğu kadar, silahı icat eden kişi de öldürme bakımından zorunlu bir şartı gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla teorinin, haklı olarak, sonsuz bir sebep-sonuç ilişkisine yol açacağı belirtilmektedir." Koca ve Üzülmmez, 2015: 123.

veya yakınlığı tamamen deneyimsel ve bağlamsaldır. Green, bu tespitini hukuk alanının dışına da taşır ve genel olarak insan eylemliliği bakımından da uzak-yakın neden ayrımı yapmaya kalktığımızda formel mantığın bize hiçbir yarar sağlamayacağını iddia eder. Green sadece nedenlerle de kalmaz tıpkı nedenler gibi, doğadaki diğer her şeyin, tüm fikirlerin, tüm nesnelerin, tüm duyguların zaman veya mekân bakımından birbirlerine geçmiş durumda olduğunu ve bunlar arasında nihai ayrımlar ortaya konulamayacağını savunur.¹³⁸ Green'e göre hukuk da –özellikle İngiliz hukuku- hiçbir zaman bir şema üzerine kurulmamıştır ve bu nedenle bir şema üzerinde incelenemez. Hukuk, birikimseldir ve tarihsel süreç içerisinde sürekli bir değişim halindedir.¹³⁹

Green, tıpkı uzak neden-yakın neden ayrımında olduğu gibi gerçekliğin her alanında gerçekliğe ilişkin düşüncelerimizin, ayrımlarımızın ve kategorilerimizin mantıksal değil amaçsal olduğunu savunmuştur. Bilginin temelinde bir inanç vardır ve bu inanç Green'e göre, kişinin onun üzerinden eyleyeceği ve onun üzerinden riskler alabileceği bir şeydir.¹⁴⁰ Bu tez, ilk sistemli ifadesini Peirce'da bulan pragmatist bilgi kuramının bir ön habercisi olarak kabul edilebilir. Peirce'ın da buna mukabil Green'in görüşlerinden ve genel olarak kişiliğinden hep övgü ile bahsettiği aktarılmaktadır. Peirce'a göre Green “gerçekliği uzun süre içinde kundaklı kalmış olduğu düsturlardan soyup çıkarma konusunda olağanüstü bir yeteneğe sahiptir.”¹⁴¹ Holmes ise Green'den yine övgüyle bahsetmekle birlikte eserlerine hiç atıfta bulunmamıştır. Buna karşın Frank, Holmes'un eserlerinde Green'in görüşlerinin aynen yer aldığını iddia etmektedir ve bu yönde ikna edici çakışmalar da tespit ederek ortaya koymuştur. Öyle ki, hayranı olduğunu belirttiği Holmes'ün intihale düşüp düşmediğini dahi tartışmak durumunda kalır.¹⁴² Holmes intihal yapmış mıdır? Bu soruya kesin bir yanıt verilemez. Ancak şu söylenebilir, hem Holmes'un hem Peirce'ın hem de ileride göreceğimiz üzere Dewey'in bir kuram olarak hukuk pragmatizmini tesis etmiş olan eserlerinde, kırk altı yaşında aşırı dozda afyon ruhu kullanımı nedeniyle¹⁴³ hayata gözlerini yummuş olan bu talihsiz hukukçunun görüşlerinin izlerini sürmek mümkündür.

Metafizik kulübünün bir fikri önderi tespit edilmek istenirse, bu önderin, tüm başarılarına rağmen ne Holmes ne James ne de Peirce olduğu görülecektir. Kulübün odağındaki isim her zaman Chauncey Wright olmuştur. Wright, Metafizik Kulübü toplanmazdan evvel de Green'in yakın bir arkadaşı ve Peirce'ın da akıl hocasıdır. Peirce,

¹³⁸ Frank, 1954: 436.

¹³⁹ Frank, 1954: 439.

¹⁴⁰ Menand, 2001: 233-234.

¹⁴¹ Menand, 2001: 232.

¹⁴² Frank, 1954: 436-438.

¹⁴³ Menand, 2001: 239.

Wright ile birlikte Mill'in görüşleri üzerine binlerce tartışma yapmış olabileceklerini belirtmektedir. Peirce'a göre Wright, sorgulayıcı bir üslupla veya diğer bir ifadeyle bir tür Sokratik metot ile karşısındakinin kabullerine saldıran, zayıf noktalarını açığa çıkaran ve tartışmaktan asla yorulmayan mükemmel bir fikir antrenörüdür.¹⁴⁴ Tıpkı Green gibi Wright da diğer üyelere nazaran yaşça büyüktür ve her zaman diğer üyeler karşısında etkileyici konumda olan, onlarca saygıyla hitap edilen ve öyle de anılan bir üye olmuştur. Wright bir pozitivisttir ancak Comte ve Saint Simon gibi Fransız pozitivistlerini reddederek Bacon ve Mill'in görüşlerini benimsemiştir. Aynı zamanda bir matematikçi olan Wright, metafizik üzerine düşünmenin insan doğasının bir parçası olduğunu ve değerler gibi aşkın kavramlar türetmenin de bir insan olanağı olduğunu belirtir. Bu düşünce alanını ve ürünlerini tamamen reddetmemekle birlikte bunların bilimsel olmadığını ve bilim alanı ile değerler alanı arasında kesin bir ayrım olduğunu savunmuştur. James, Wright'ın bu ayrımının bizatihi metafizik bir tercih olduğunu öne sürerek böylesi bir ayrımın yapılmasının mümkün olmadığını savunur. Diğer bir deyişle James'e göre değerleri bilimsel çabanın dışında tutma isteği de bir değer yargısına –Wright'ın değer yargısına- dayanmaktadır. Wright'ın pozitivist olması da pozitivism onun mizacına uygun gelmesindendir. James'e göre pozitivism önerdiği gibi bir ayrım yapılamaz zira her türlü bilgi, "bilimsel" olsun veya olmasın, birer inançtır.¹⁴⁵

Bu tartışma, metafizik kulübünün tüm üyelerinin her konuda aynı yönde düşünmediklerini ve hatta kimi konularda zıtlasabildiklerini gösterir. Kaldı ki her konuda aynı şeyi düşünen kişilerin bir araya geldiği bir düşünce kulübünün verimli olması da mümkün değildir. James ve Wright arasındaki tartışmada Holmes'un Wright'tan yana bir tutum benimsediği ve bu durumun zamanla James'in görüşlerinden uzaklaşmasına neden olduğu belirtilmektedir. Wright'ın görüşleriyle uyumlu olacak şekilde Holmes ilk makalelerinde, değerlerin, ideaların veya ilkelerin, gerek kişilerin pratik tercihlerinde gerekse de hukukta pek bir ehemmiyet arz etmediğini savunmuştur.¹⁴⁶ Yazdığı ilk hukuk makalesi olan *Codes, and the Arrangement of the Law*'a (Yasalar ve Hukukun Düzenlenmesi) "*Common Law*'un fazileti odur ki, önce davayı kararlaştırır sonra ilkeyi tespit eder"¹⁴⁷ cümlesi ile başlamıştır. Bu cümle, Holmes'un, hem Wright'ın pozitivismi hem de pragmatik anti-temelciliği yansıtacak bir hukuk kuramı inşa edeceğinin ilk işareti olarak kabul edilebilir.

Metafizik kulübünün 1872 yılında dağıldığı belirtilmektedir. Bu yıl içerisinde Peirce iş değişikliği nedeniyle Washington'a taşınmış, Holmes evlenmiş, Wright bir Avrupa seyahatine

¹⁴⁴ Menand, 2001: 229-230.

¹⁴⁵ Menand, 2001: 214-216.

¹⁴⁶ Menand, 2001: 225-226.

¹⁴⁷ Holmes, 1870: 1.

gitmiş, seyahatinden dönüşte kendisini yatağa düşüren ağır bir depresyona girmiş ve 1875'te - Green'in ölümünden tam bir yıl önce- hayata gözlerini yummuştur.¹⁴⁸ Kulübün dağılmasından sonra yıldızı parlayanlar Holmes, James ve tabii ki pragmatizm olacaktır. Holmes, son üç yılı başyargıçlık olmak üzere yirmi yıl ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlığı yapacak ve 1897'de hukuk pragmatizminin ilk sistemli ifadesi olarak görülen *The Path of Law*'u kaleme alacaktır. Bundan bir yıl sonra da James, Berkeley'de *Pragmatizm* sunumlarına başlayacak ve pragmatik felsefeyi dünyanın düşünce vitrinine çıkarmış olacaktır.¹⁴⁹

1.2.3. Oliver Wendell Holmes (1841-1935)

Holmes, ABD hukuk tarihinin tartışmasız en etkili figürüdür. Yirmi yılı ABD Yüksek Mahkemesinde olmak üzere yirmi dokuz yıllık yargıçlığı ve doksan yıllık ömrü boyunca çok sayıda ses getirmiş karara ve hukuki esere imza atmıştır. ABD hukuk kültürü üzerindeki entelektüel etkisi öyle geniş bir alana yayılmıştır ve öyle yoğundur ki Holmes'un hangi başlık altında değerlendirileceği konusu dahi halen tartışmalıdır. Holmes'un kim olduğu ona nereden bakıldığına ve eserlerindeki ilgilerinden hangilerinin öne çıkarıldığına göre değişir. Aslında bu durum da pragmatizmin *perspektivizm* ilkesiyle örtüşür niteliktedir. Holmes kimilerine göre bir formalizm karşıtı¹⁵⁰, kimilerine göre hukukun Nietzsche'si¹⁵¹, kimilerine göre hukukta araççı düşüncenin ilk mimarı¹⁵², kimilerine göre faydacı bir hukuk filozofu¹⁵³, kimilerine göre pozitivist-pragmatisttir.¹⁵⁴ Bu çalışma çerçevesinde ise hukuki pragmatizmin kurucularından biri olarak kabul edilmektedir. Holmes'a yapıştırılan etiketlerin birbiriyle çelişir nitelikte olduğu görülmektedir. Bu çelişkiye koşut olacak şekilde Holmes, Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk Bilimi gibi ABD hukuk tarihi içerisinde benzer dönemlerde birbirlerine rakip olarak konumlanmış farklı ekollerin ortak kurucusu olarak belirtilebilmektedir.¹⁵⁵ Yine bu çalışmanın ikinci bölümünde *Hukuk Pragmatizminin Yansımaları* başlığı altında ortaya konulacağı üzere Hukukun Ekonomik Analizi ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi, birbiriyle çatışan politik konum ve görüşlere sahip olan farklı hukuk akımlarının Holmes'u sahiplenebildiği de görülmektedir. Tüm bu rağbet ve çeşitlilik Holmes üzerine yapılmış olan yazılı çalışmalara da yansımıştır. Sadece HeinOnline veri tabanında Holmes üzerine yazılmış beş yüz civarında makale, değerlendirme ve yorumun yer

¹⁴⁸ Menand, 2001: 234.

¹⁴⁹ Menand, 2001: 347.

¹⁵⁰ White, 1957.

¹⁵¹ Gordon, 1981: 749.

¹⁵² Summers, 1980: 863-873.

¹⁵³ Polman, 2013.

¹⁵⁴ Gürkan, 1967: 21-27.

¹⁵⁵ Akbaş, 2006: 148.

almaktadır. ABD’li hukukçuların halen eserlerinde ve yargı kararlarında Holmes’un görüşlerine atıf yaptıkları belirtilmektedir.¹⁵⁶ Hatta Golding’e göre ABD hukuk kuramında yargıç odaklılığın nedeni Holmes’tur ve Holmes sonrası ABD hukuk yazını büyük oranda Holmes’un görüşlerinin genişletilmesinden veya eleştirisinden ibarettir. Holmes’ün bu özelliği, onun görüşlerinin ABD hukukunun yirminci yüzyılda izlediği süreçler bakımından da merkezi bir role sahip olduğunu göstermektedir.

Holmes hakkında yazılmış olan tüm bu farklı görüş ve eserlerin bir hülasesi yapılırsa tüm taraflarca kabul gördüğü tespit edilecek tek husus -muhtemelen- Holmes’un şüpheciliği olacaktır. Holmes’un insan doğası, ahlaki yükümlülükler ve haklara ilişkin şüpheci tutumu onu yerenlerin yergilerine ve övenlerin övgülerine temel teşkil eden ortak bir nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵⁷ Ülker Gürkan, Holmes’ün şüpheciliğini onun yaşam tecrübelerine bağlar. Gürkan’a göre, Holmes çok farklı dini inançlara sahip kişilerin bulunduğu bir ortamda büyüdüğünden evvela dine şüpheyile yaklaşır olmuştur. Farklı cephelerinde görev aldığı ve çatışmaları içerisinde üç kez yaralandığı Amerikan İç Savaşı’na dair tecrübeleri de etiğe ve bir objektif ahlakın olabilirliğine olan inancını sarsmıştır. Bunun üzerine Holmes, dönemin objektif etik fikirler, mantiki yaklaşımlar ve dini atıflarla yüklü hukuki kabullerine karşı çıkmasına neden olacak türden bir mizaca sahip olmuştur.¹⁵⁸ Holmes’ün mizacının görüşlerine ve eserlerine yansıdığını Friedman da dile getirmiştir. O da, Holmes’ün mutlak bir zihin açıklığıyla ve genellikle iğneleyici bir dille yazmış olduğu eserlerinde derinden giden bir kötümserlik sezdiğini belirtmektedir.¹⁵⁹ Bu mizacın beslendiği entelektüel damarlara baktığımızda evvela bir önceki alt başlıkta sözünü ettiğimiz Green, James, Peirce, Wright ve genel olarak Metafizik Kulübünü görürüz. Bunlara ek olarak Gürkan, Holmes’ün görüşlerinin şekillenmesinde Bentham, Mill, Montesquieu ve Darwin’in çalışmalarının etkili olduğu dile getirmektedir.¹⁶⁰ Golding ise Holmes’ü etkileyen isimlerin başına Henry Sumner Maine’i yazmak gerektiğini söyler.¹⁶¹

Gürkan’ın *Hukuki Realizm Akımı* ve *Sosyolojik Hukuk İlmi* eserlerinde Holmes’a ayırdığı bölümler halen Türkçe yazında Holmes konusunda temel başvuru kaynağı olma özelliğini taşımaktadır. Türkiye’deki hukuk felsefesi ders kitaplarında genellikle Holmes için ayrı bir bölüm açılmakla birlikte bu bölümlerde de ağırlıklı olarak Gürkan’ın eserlerinden faydalandığı görülür. Nispeten yakın zamanda Amerikan Hukuki Realizmi üzerine yapılmış

¹⁵⁶ Wells, 1988: 590.

¹⁵⁷ Wells, 1988: 550-551.

¹⁵⁸ Gürkan, 1961: 25.

¹⁵⁹ Friedman, 2002: 277.

¹⁶⁰ Gürkan, 1967: 21-22.

¹⁶¹ Golding, 1986: 443.

olan çalışmalarda da Holmes hakkında bilgiler verilmiş ve Holmes'un eserlerine atıflar yapılmıştır.¹⁶² Türk yazınında Holmes zerine hâlihazırda yazılmış olanları burada tekrar etmek veya Holmes'un hukuk felsefesini tüketicisi bir biçimde burada ele almaya çalışmak verimsiz bir iş olacaktır. Bu nedenle bu alt başlık dâhilinde Holmes'un metodolojik pozisyonu kısaca tespit edilecek ve hukuk pragmatizmi bakımından kurucu nitelikte denilebilecek görüşleri, onun eserleri ve kararları üzerinden ortaya konulacaktır.

Holmes'un hukuk yazınındaki ilk cümlesinin, “*Common Law*'un fazileti odur ki, önce davayı kararlaştırır sonra ilkeyi tespit eder” olduğu belirtilmişti.¹⁶³ Bu cümle gerçekten de hukuk pragmatizminin hlasası niteliğindedir zira hem Holmes'un hem de sonraki pragmatistlerin eserlerinin büyük bir bölümü bu cümleye indirgenebilir niteliktedir. *The Common Law*'da da Holmes bu cümleyi delillendirmekle ğraşmıştır. Bu gayret bir yandan *common law*'un önce davayı kararlaştırıp sonra ilkeyi tespit ettiğini ispata yöneldiği için betimsel; diğer yandan bunun bir fazilet olduğu konusunda bizi ikna etmeye yöneldiği için normatiftir. Bu durum, hukuk pragmatizminin daha ilk cümleden çift karakterli bir kuram olarak ortaya çıktığını gösterir. Hukuk pragmatizmi dâhilinde ortaya konulmuş olan önermelerin bir kısmı betimsel bir kısmı ise normatiftir. Bu durumu çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan 'hukuk pragmatizminin esasları' konusuna geldiğimizde daha ayrıntılı olarak müşahede edeceğiz. Ancak burada şu kadarını söyleyebiliriz: deneyimin ilkeye ncelliğinin bir fazilet olarak sunulması ve bu iddianın ilgili yazının genelinde önemli bir yere sahip olması, *anti-temelcilik* ilkesinin tıpkı felsefi pragmatizmde olduğu gibi hukuk pragmatizminde de önemli bir köşe taşı olduğunu göstermektedir.

Holmes, işe temellerin reddiyle başlamıştır. Ona göre verili ilke ile somut durum arasında yapılan bir kıyas neticesinde hukuki sonuca ulaşıldığı yönündeki formalist iddia en başta betimsel olarak yanlıştır. Temelcilik ve formalizm karşıtlığı *The Common Law*'da da Holmes'un temel eğilimlerini teşkil eder. Holmes eserinin girişinde yine ilk iş olarak mantık ve tecrübe zıtlığını ele alır. Ona göre mantık hiçbir zaman insan yaşamını düzenleyen kuralları belirlemede, pratik gerekliliklerden, hâkim ahlaki ve politik kabullerden veya yargıçların önyargılarından daha güçlü bir etken olmamıştır.¹⁶⁴ Holmes, yargıçların kararlarını belirli hukuki öncüllerin mantık temelli bir formel süreç dahilinde ele alınmasının kaçınılmaz sonuçları olarak ifadelendirdiklerini kabul eder. Ancak ona göre bunun nedeni yargıçların yaptıkları işin böyle bir karaktere sahip olması değil, bu minvaldeki bir ifadenin göreli değer yargılarını ve yarışan politikalar arasındaki tercihleri peelemek bakımından elverişli

¹⁶² rn. Türkbağ, 2000; Uzun, 2004;

¹⁶³ Holmes, 1870: 1

¹⁶⁴ Holmes, 2009: 3.

olmasıdır.¹⁶⁵ Yargıçlar bilinçli veya bilinçsiz olarak mantığın arkasına saklanırlar ve bu durum onların ve dolayısıyla hukukun aldatıcı bir şekilde tarafsız bir görünüme sahip olmasına neden olur. Bu açıklamalara bakarak Holmes'un hukuki pragmatizmi ile felsefi pragmatizmin *perspektivist* olmak bakımından da ortaklaştığını söyleyebiliriz.

Holmes'a göre mantıki yöntemlerle hukuki genellemelerden yargısal sonuçlara ulaşamaz. Gerek hukukta gerekse de düşüncenin diğer alanlarında genellemeler, genel oldukları ölçüde boşurlar. Bir genellenmenin kıymeti, o genellemeyi dile getirenin ve duyanın zihninde uyandırdığı tikellerin sayısına bağlıdır.¹⁶⁶ Holmes'un genellemelere ilişkin bu yaklaşımı, ilk alt bölümde "herhangi bir düşüncenin anlamı onun yaratmaya elverişli olduğu etki ve pratik farklılıktan ibarettir" şeklinde ifade ettiğimiz Peirce'in pragmatik anlam yaklaşımıyla bire bir örtüşür niteliktedir. Ancak ne Peirce ne de Holmes genellemelerin veya mantıki yöntemlerin tümüyle boş ve kullanışsız olduğunu iddia etmişlerdir. Kaldı ki bizatihi *The Common Law*'da hukuk doktrinindeki mülkiyet, sorumluluk, zilyetlik gibi kurumların tarihsel ve toplumsal incelemelerinin yanında kavramsal analizine de yer verilmektedir. Bu bakımdan Holmes'un yaklaşımının ulaşılmak istenen hukuki sonuçlar bakımından elverişli olduğu ölçüde mantıktan ve genellemelerden yararlanmayı kabul eden bir yaklaşım olduğu ileri sürülebilmektedir. Ancak somut uyuşmazlığın unsurlarını ve teamül, genelleme ve kurumların varoluşlarını temellendiren pratik amaçları göz ardı ederek hukuku salt mantıksal kıyasa indirgemek Holmes'a göre hukukun tarihsel varoluş tarzına aykırı olduğu gibi, toplumsal ilerlemeyi de engelleyici nitelikte bir tutumdur.¹⁶⁷

Holmes'un temellere ve genellemelere yönelik şüpheci tavrı ve yüzünü olgusal alana dönmüş olması, onun bir hukuki pozitivist olarak nitelendirilebilmesine neden olmuştur. Gürkan'ın da hem *Sosyolojik Hukuk İlmi*'nde hem de *Hukuki Realizm Akımı*'nda böyle bir yaklaşımı paylaştığı görülmektedir. Gürkan, hukuki pozitivismi Fuller'a atıfla "olan ile olması gereken hukuk arasında kesin bir ayırımın yapılması" olarak tanımlar¹⁶⁸ ve Holmes'un da hukuku ahlaktan ayırarak incelemekte ısrar etmesi ve hukukla ahlakın karıştırılmasının yanlış sonuçlar doğuracağını belirtmesi,¹⁶⁹ nedeniyle bir hukuki pozitivist hatta "hukuki pozitivismin babası" olduğunu belirtir.¹⁷⁰ Pozitivism ve pragmatizm kuramları belirli ortak kabullere sahiptirler. Bu kuramlar evvela şu veya bu türden göstergelerin yorumu ve anlamı ile ilgilidirler. Yine bu kuramlarda metafizik-ampirik zıtlığının geçerli ve tüketici bir zıtlık

¹⁶⁵ Golding, 1986: 444-445.

¹⁶⁶ Holmes, 1899: 461.

¹⁶⁷ Gürkan, 1967: 23-24.

¹⁶⁸ Gürkan, 1967: 22.

¹⁶⁹ Gürkan, 1961: 26.

¹⁷⁰ Gürkan, 1961: 24.

olarak görüldüğü ve bu çerçevede *metafizik* reddedilerek olgusal olana yönelindiği de ileri sürülebilir.¹⁷¹ Ama bu mevcut veya muhtemel ortaklıklarına rağmen bu kuramlar hukuk alanında birbirine indirgenemeyecek sonuçlara ulaşmış ve birbirine taban tabana zıt talepler üretmişlerdir. Austin'in iradeciliği ile Holmes'un şüpheciliğini bağdaştırmak mümkün değildir. Bu nedenle bir kişinin aynı anda hem hukuk pragmatizminin hem de hukuki pozitivizmin savunucusu hele hele kurucusu olduğu iddiası şüphe götürür niteliktedir. Peki, bu iddianın ortaya atılmasının nedeni ne olabilir? Holmes'un eserlerine bakıldığında böyle bir iddiaya neden olacak üç eğilimle karşılaşılabilceği görülmektedir. Bir kere Holmes kurumları ve hukuk uygulamasını odağa almakla olana yönelmiş bir hukuk düşünürüdür.¹⁷² Bu olana yönelme eğilim ve talebi hukuki pozitivizmde de temel unsurlardan birini teşkil eder. Hukuki pozitivizmin sosyal kaynak tezi hukukun *olan* bir kaynağa dayandırılmasını öngörür. Holmes da “benim hukuktan kastım mahkemelerin gerçekte ne yapacağına ilişkin kehanetlerden ibarettir”¹⁷³ diyerek nihayetinde hukukun kaynağını yargısal süreçlere dayandırır. Bu süreçler de -yine nihayetinde- *olan* şeylerdir. Böyle bakıldığında Holmes'un hukuki pozitivizmin sosyal kaynak tezi ile bağdaşır nitelikte bir açıklama getirdiği düşünülebilir. Ancak bu çok yüzeysel bir bağdaşmadır. Holmes'un belirttiği *olan* ile Austin'de veyahut Hart'ta *olan* olarak öne sürülenlerin mahiyeti ve gerek kuram gerek uygulama bakımından sonuçları birbiri ile bağdaşmaz. Sosyal kaynak olarak ‘egemene alışkanlıkla itaati’ veyahut ‘tanıma kuralının otoritesini’ öne sürmekle pozitivistler, neyin hukuk olduğunu neyin olmadığını belirlemede kullanılacak kesin bir biçimsel ölçüt ortaya koymaya çalışırlar. Sosyal kaynak tezinin işlevi de budur. Holmes ise hukukun kaynağını, hiçbir biçimsel belirginliği olmayan, kimi zaman bilinç düzeyine dahi çıkmayan ve ele avuca gelmez nitelikte etkenlerce güdümlenebildiğini belirttiği yargısal süreçlere ve hatta bu süreçlere ilişkin tahminlere dayandırmaktadır. Bu kaynak, bir minvalde *olan* diye nitelendirilebilse de bunun hukuki pozitivizmin sosyal kaynak tezi başlığı altında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Holmes'un hukuki pozitivist olduğu yönünde bir algı yaratabilecek ikinci neden olarak onun bilimsellik vurgusu öne sürülebilir. Peirce ve Wright başta olmak üzere o dönem Holmes'un çevresinde ve genel olarak pragmatist düşünce içerisinde insanlığın ve toplumun *ileriye* taşınmasında bilimin tek gerçek yol gösterici olduğu inancı benimsenmiştir. Holmes'un da böyle bir inancı paylaştığı söylenebilir. Ona göre hukuk alanında da bilimin objektif yöntemlerinin kullanılması gerekmektedir. En başta antropoloji olmak üzere sosyal

¹⁷¹ Wells, 1988: 543.

¹⁷² Wells, 1988: 574-575.

¹⁷³ Holmes, 1897: 461.

bilimlerin temin ettiği tüm araçlar hukukun ve hukuki kurumların incelenmesinde işe koşulmalıdır.¹⁷⁴ Bu bakımdan Holmes'un tutumu ile *hukukbilimini* "hakiki bir bilim, bir beşeri bilim düzeyine yükseltmek"¹⁷⁵ isteyen Kelsen'in tutumu arasında bir benzerlik olduğu düşünülebilir. Buradan yola çıkarak da Holmes'un hukuki pozitivizm ile bir ölçüde örtüşen bir yaklaşım ortaya koyduğu iddia edilebilir. Ancak bu benzerlik de son derece yüzeysel ve yanıltıcıdır. Holmes ile Kelsen arasında bir benzerlik olduğu iddiası hukuk kuramı alanında çalışan akademisyenlerin çoğunca gülünç veya sinir bozucu bir iddia olarak görülecektir. Zira Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nda karşı çıktığı tutum bizatihi Holmes'un önerdiği tutumdur. Hukukun saf kuramını oluşturmayı hedefleyen Kelsen'e göre Holmes'ün önerdiği gibi *hukukbiliminin* "diğer disiplinlerden ödünç alması" onun ilmi itibarını arttırmayacağı gibi "yitip gitmesine" neden olacaktır.¹⁷⁶ Bu bakımdan sosyal bilimlerin tüm alanlarını hukuka çağıran Holmes'un bilimciliği ile hukuki pozitivistlerin hukuka özgü bir bilimsel yönetime yönelen dışlayıcı bilimciliği birbirine taban tabana zıttır. Hukuk pragmatizmi ve hukuki pozitivizm kuramları bilimselliğe yönelik olumlu vurgu bakımından ortaklaşsa da bu vurgular içerikler, talepler ve sonuçlar bakımından yan yana getirilemeyecek kadar farklıdır.

Holmes'un ahlaki şüpheciliği onun bir pozitivist olarak değerlendirilmesine yol açan üçüncü neden olarak belirtilebilir. Holmes'a göre ahlaki kabuller ve tutumlar çağın modasına bağlıdır; örneğin bir yerde bir dönemin ahlaki kabulleri çerçevesinde idam cezası ile cezalandırılması uygun görülen bir eylem aynı yerde başka bir dönemde sadece enformel bir kınamaya layık görülebilir.¹⁷⁷ Bu bakımdan hukuk için zamandan ve mekândan bağımsız ahlaki ölçütler geliştirmek mümkün değildir. Dolayısıyla Holmes ahlaki tercihlerin hukuki kararlarımızı belirlemesine izin vermememiz gerektiğini söyler.¹⁷⁸ Holmes'un bu tutumu ilk bakışta hukuki pozitivizmin ayırma/ayrılabilirlik tezi ile bağdaşır görünmektedir. İşin aslı, bu tezin mahiyeti bakımından bizatihi hukuki pozitivistlerin dahi oydaşmış olmadığını söylemek gerekir.¹⁷⁹ Ancak bu tezin kısaca kural olarak hukuki geçerliliğin ahlaki ölçütlerinin olamayacağını öne sürdüğünü söyleyebiliriz. Bu tez aslında yukarıda belirtilen olan/olması gereken ayrımına benzer bir şekilde hukuk ve ahlak alanını birbirinden ayırmaya yöneliktir. Bu, Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nda da var olan bir yönelimdir. Hukuki pozitivizme göre hukuk bilimcileri olanı incelemek, olması gerekene ilişkin spekülasyonları bir kenara koymak

¹⁷⁴ Holmes, 1899: 444.

¹⁷⁵ Kelsen, 2016: xix.

¹⁷⁶ Kelsen, 2016: 2.

¹⁷⁷ Holmes, 1899: 445.

¹⁷⁸ Holmes, 2009: 134.

¹⁷⁹ Ayrılabilirlik tezinin bir ifadesine göre bu tez hukuki geçerliliğe ilişkin ahlaki ölçütler getirilemeyeceğini söylemektedir. Başka bir ifadesinde ise tezin 'hukuki geçerliliğe ilişkin ahlaki ölçütlere sahip bir hukuk sisteminin kavramsal olarak mümkün olduğu' kabulünü de içerdiği öne sürülmektedir. Tartışmanın ayrıntıları için bkz. Himma, 2010.

ve ahlak meselesini bu konunun filozoflarına bırakmak durumundadırlar. Ancak ne Holmes ne de başka bir pragmatist, hukuk/ahlak ayrımını hukuki pozitivistlerin yaptığı gibi tüketici bir ayırım olarak görmüştür.¹⁸⁰ Holmes'un ahlaki alandaki şüpheliği, ahlakın hukukla ilişkisine değil ahlaki aşkıncılığa yöneliktir. O, özetle ahlakın belirli öncel ve aşkın temellerinin olmadığı ve ahlaki bilginin kaynağının insan bilgisine açık bir alan olduğu iddialarını ortaya atmıştır.¹⁸¹ Örneğin Holmes, görev güdüsü ile haz güdüsü arasında bir fark görmediğini söyler. Yine ona göre özgecilik ve bencillik ancak birbirleri kadar meşrudur. Hayatta bunlar ve bunların dışındaki sınırsız ahlaki tercih ve tutumların doğruluğu, insanları hayattaki amaçlarına ulaştırma kabiliyetine göre değerlendirilmektedir.¹⁸² Holmes'un bu görüşleri onun, ilk altbölümde ele alınan James ve bir sonraki alt başlıkta ele alınacak olan Dewey ile koştur olacak şekilde olan/olması gereken ikiliğini de tüketici bir ayırım olarak görmediğini gösterir. Hukuk pragmatizminde, hukuki pozitivist görüşün aksine, olan ve olması gereken iç içedir. Zira olması gerekene ilişkin doğruluk ölçütü yine olanın (ve olacakların) içindedir. Hukukta ve yargılamada ahlaki tercih ve tutumların etkili olması kaçınılmazdır ve de bu bağlamda yapılmış olan tercihlerin doğruluğu yine bunların hukuktan beklenen hedeflere ulaştırma kabiliyetlerine göre belirlenecektir. Böyle bir sonuççu yaklaşım, hukukun bir tahminler alanı olarak görülmesine yol açar. Holmes'un hukuk kuramı da bir tahmin kuramı (*prediction theory*) olarak ortaya çıkmıştır. Holmes'a göre hukuk, yargısal işlemler aracılığıyla buyrulur. Kaynağı egemenin iradesiymiş gibi görüldüğü durumlarda dahi bu iradenin ne yönde olduğuna karar veren ve onu dışsallaştıran yargıçlardır. Ayrıca bu dışsallaştırma sürecine egemenin emirlerinin dışında başka etkenler de dâhil olur. Dolayısıyla "hukukçu için önem arz eden tek soru yargıçların nasıl hareket edeceğidir."¹⁸³ Böylesi bir yaklaşımın pozitivistliğin tezleri ile bağdaşması beklenemez.

Holmes'un pozitivistliğini ortaya koymaya yönelik getirilebilecek üç argümanın da yüzeysel olarak bakıldığında kabul edilebilir olmakla birlikte biraz ayrıntılarına inildiğinde destekten yoksun olduğu görülmektedir. Holmes metodolojik konum bakımından bir pragmatisttir ve hukuk pragmatizmi ekolünün de kurucusudur. Eserlerinde kimi zaman Peirce'in, kimi zaman James'in ve kimi zaman da Dewey'in görüşlerini daha ağırlıklı olarak paylaştığı, bu düşünürlerden birine yaklaşırken diğerlerinden uzaklaştığı görülebilmekle birlikte, pragmatizm sınırları dâhilinde tespitler ve tezler üretmiştir.

¹⁸⁰ Wells, 1988: 575.

¹⁸¹ Wells, 1988: 580.

¹⁸² Holmes, 1920: 247

¹⁸³ *American Law Review*, 1872, 6,'dan aktaran Frank, 1954: 444.

Holmes'un metodolojik konumunu böylece tespit etmekle artık onun hukuk pragmatizmi için kurucu nitelikte olan görüşlerini ortaya koymaya başlayabiliriz. Bu bakımdan *The Common Law* temel başvuru kaynağımız olacaktır. Holmes'un bu eseri, ağırlıklı olarak belirli temel hukuki kurumların tarihinin incelenmesine yöneliktir. Ancak Holmes'ta tarihî inceleme araç olarak kabul edilir. O bütün bu ayrıntılı araştırmaları nihayetinde hukukun doğasına ilişkin bir sezgisini temellendirmek için yapmıştır. O sezgi ve aynı zamanda *The Common Law*'un temel tezlerinden biri şudur: "Hukuk bir kuram ile başlamamıştır. Hiçbir zaman da kuramı hesaba katmamıştır."¹⁸⁴ Hukuki kurumların tarihî çıkış noktalarına ve güncel hallerine bakıldığında bu durumlar arasında büyük farklılıklar görüldüğünü tespit eden Holmes, bu farklılıkları yaratan süreçlerin hiçbir zaman ilke ve kuramlara has doğrusallıklar arz etmediğini belirtir. Ona göre ilke ve kuramın hukuku belirlemede tecrübenin önüne konulması durumlarında hukukta her zaman işlevsizlik ortaya çıkmıştır. Holmes, zilyetlik konusu üzerinde durarak bu tür bir hatanın Roma hukukunda yer aldığını ve Kant'ın hukuk felsefesinin de böyle hatalı bir yaklaşımı yansıttığını belirtir. Ona göre bunların ikisinde de ortak olan anlayışta, bir kişinin bir nesne üzerinde hak iddia edebilmesi için hür iradesini o nesneye sirayet ettirerek o nesneyi kendi bireysel kutsallık alanına dâhil etmiş olması gerekmektedir. Holmes'un *The Common Law*'daki gayretinin büyük oranda bu tür aşırı genellemeleri boşa çıkarmaya yönelik olduğu görülmektedir. Hatırlanacağı üzere ilk bölümde Peirce'in de felsefenin geneline yönelik böyle bir amacı benimsediği belirtilmişti. Peirce da pragmatik maksimin felsefedeki *anlamsız* görüş ve tartışmaları ayıklama işlevine sahip olduğunu belirtmekteydi. Bu bakımdan Holmes'un buradaki tutumunun açıkça pragmatist bir amaca yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Holmes'a göre, Romalıların ve Kant'ın yaptığı gibi ele alındığında zilyetlik konusu tamamen temelsiz kalmaktadır. Bu nedenle Roma hukukunda zilyetlik davaları yer almamıştır. Ancak *common law* ise en başından beri, herhangi bir ilkeye, öncüle veya sonuca takılmadan ister malik olsun, ister rehinli alacaklı olsun, ister kiralayan olsun, ister ipotek sahibi olsun, zilyede açabileceği farklı dava olanakları tanımıştır. *Common law* için zilyetlik hukuki sonuçları olan bir fiili durumdur ve belirli somut olgulara dayanır. Ama zilyetliğin dayandığı somut olgular ile malikliğin dayandığı somut olgular arasında bir fark yoktur.¹⁸⁵ Bunlar arasında ilkesel bir sınır çizilemez fakat *common law* yine de bunları ayırt edebilmiştir. Bu durumda *common law*'un tecrübi karakteri etkili olmuştur. Roma'nın mirası Cermenlere geçtikten sonra Kıta hukukunda da böylesi bir yaklaşıma doğru geçişin gerçekleştiğini belirten Holmes, bu duruma bakarak tecrübeye ve fiili gerekliliklere uymayan ilkenin/kuramın hukuka dayatılamayacağını

¹⁸⁴ Holmes, 2009: 72.

¹⁸⁵ Holmes, 2009: 215.

söyler.¹⁸⁶ Bir hukuk kuramının karşılaması gereken ilk ölçüt somut gerçekliklere uygunluktur.¹⁸⁷ Holmes zilyetlikle ilgili bu açıklamasını hak konusunun geneline yaymıştır. Ona göre bir öznenin bir davranışta bulunabilmesi o davranışta bulunmaya hukuken bir hakkının olmasına bağlı olmadığı gibi bir hukuki hakkının olması da o davranışı yapabileceği anlamına gelmez. Holmes bu iddiasını şöyle örneklendirir:

“Önümdeki kitabı kullanmamı veya kötüye kullanmamı sağlayan şey hukuk değildir. Bunu yapmamı sağlayan hukukun yardımı olmaksızın sahip olduğum fiziksel güçtür. Hukukun yaptığı şey basitçe diğer insanların benim bu kitabı kullanmama veya kötüye kullanmama müdahale etmelerini şu veya bu dereceye kadar engellemektir.”¹⁸⁸

Bu örnekle Holmes, hukuki anlamda hakkın, ödevden sonra var olan bir şey olduğunu göstermek istemektedir. Diğer bir ifadeyle onun hukuki ödevin hakka öncel olduğunu söylediğini düşünebiliriz. Ödev kelimesinin ahlaki yüklerinin bilincinde olan Holmes ödevi hukukun *yaptığı/ürettiği* bir şey olarak gördüğünü belirtir. Hukukun ürettiği veya üretmediği ödevler üzerinden bireyler hukuki haklarına ilişkin çıkarımlarda bulunurlar. Holmes’un hakların oluşumuna baktığında olgulardan yasalara, yasalardan haklara giden bir süreç tespit ettiği söylenebilir.

Böylesi bir yaklaşım, içinde yaşadığımız hak manzumeleri çağını açıklamak bakımından elverişsiz görülebilir. Ancak Holmes’un görüşleri çerçevesinde bu tür manzumelerdeki sözlerin tecrübe ile tasdik edilmedikçe hukuki bir anlam taşımadığını iddia etmek de mümkündür. Zira Holmes’a göre “sözleri değil şeyleri düşünmek ya da en azından hakiki ve doğru kalmak adına sözlerimizi -sürekli- dayandıkları olgulara tercüme etmek” zorunluluğu altındayızdır.¹⁸⁹ Apaçık ki Holmes bu sözleri ile pragmatizmin *anlam* maksimini bir kez daha ifade etmiş olmaktadır. Bir önceki alt bölümde belirtildiği üzere pragmatizmde herhangi bir ifadenin anlamı onun yaratmaya elverişli olduğu duyusal etki ve pratik

¹⁸⁶ Bugün dahi zilyetliğin hukuki niteliği üzerinde doktrinde bir uzlaşma yoktur. Zilyetliğin fiili hâkimiyetten kaynaklandığı ve bir hakka dayanmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir bu durumu şöyle ifade eder: “Zilyetlik bir hak da değildir. Zira hakkın tanımında temel bir unsur olarak yer alan ‘hukuken korunmuş menfaat’ unsuru zilyetlikte yoktur. Şayet zilyetlik bir hakka dayanıyorsa, bu hakka konu olan menfaat hakkın varlığı yüzünden korunur. Fakat hakka dayanmayan zilyetlik –hırsızın zilyetliği- hukuk düzenince korunuyorsa, bu düzenleme hırsızın menfaatinin korumak için değil, sosyal huzur ve sükunu korumak için kabul edilmiştir. Aslında bir hakka dayanmayan zilyedin hukuken korunan bir menfaati yoktur.” (Oğuzman vd., 2006: 53-54.) Zilyetlik bir hakka değil fiili duruma dayanır demekle de bugün mesele hallolmamaktadır. Zira zilyetlik için kimi durumlarda fiili hâkimiyet dahi aranmaz. Açıktır ki zilyetlik, işlevinden başka bir temeli olmayan salt pragmatik bir kavram olarak hukukta yer almaktadır. Nitekim, Sirmen de tüm bu tartışmaları özetledikten sonra zilyetliği “çeşitli görünüş şekilleri olan, değişik koşullar altında değişik işlevler yerine getiren ve değişik hukuki sonuçlar doğrudan bir hukuki durum” olarak tanımlar ve ‘Zilyetlik Kavramı’ başlığını kapatır. (Sirmen, 2013: 52.) Bu tanım hiçbir anlam ifade etmemektedir ancak bu Sirmen’in bir kusuru değildir. Zilyetliğe ağıyarını mani efradını cami bir tanım veya bir ölçüt getirilemez. Yukarıda değindiğimiz (*op. cit.* 138) illiyet gibi hukukta zilyetliğin de mantıkî bir ilkesi yoktur. Bu durum, Holmes’un hukukun kuramdan başlamadığı ve kuramı hesaba katmadığı tezini destekler niteliktedir.

¹⁸⁷ Holmes, 2009: 189-191.

¹⁸⁸ Holmes, 2009: 198-199.

¹⁸⁹ Holmes, 1899: 460.

farklılıktan ibarettir. Günümüzün haklar bildirgelerindeki sözler, kuramsal ve tarihsel boyutlarıyla ele alındığında uzun sürmüş bir hak mücadeleleri çağının olgularına dayandırılabilir olmaları ve pratik etki ve farklılıklar doğurabilmeleri nedeniyle ve bu ölçüde bir anlam arz etmektedirler.

Gelenekler, inançlar, çağın ihtiyaçları, çıkar mücadeleleri ve benzeri olguların hukuk kurallarına kaynaklık ettiği ve anlam verdiğini iddia eden bir tezi uzun uzadıya açıklamak ve farklı örneklerle bu tezi yeniden ve yeniden ispatlamak bir hukuk kuramcısına epey zaman kazandırabilir. Ama bu hukuk kuramcısı eğer iyi bir hukuk kuramcısı ise eninde sonunda önemli bir meselenin eksik kaldığını görecektir. Her hukuk kuralı bir formüldür ve her formülün -adı üzerinde- bir formu vardır. Pragmatik maksimi gündelik ifadelere uygularken dikkatten kaçabilecek olan form meselesini hukuk alanında uzun süre göz ardı etmek mümkün değildir. Holmes da, çalışmasının henüz başında hukuk kuralının form ve içerikten oluştuğunu belirtir. Ona göre kuralın formu da tıpkı içeriği gibi yine belirli bir dönemin olgularına ve ihtiyaçlarına karşılık verecek bir minvalde şekillenir. Zamanla ihtiyaçlar değişir, bu değişikliğin su yüzüne çıkması kuralın içeriği üzerinde bir baskı oluşturur. Bu baskı, “mahir zihinlerce” fark edilmesi neticesinde kuralın içeriğinin o günkü ihtiyaçlara karşılık verecek şekilde değiştirilmesiyle ortadan kalkar. Eski form yeni içeriğe kavuşur. Ancak benzer türden bir baskının formun değişmesine neden olabildiği de vakidir.¹⁹⁰ Bu açıklamaya bakarak Holmes’un formu içeriğe göre daha dayanıklı bir unsur olarak gördüğü söylenebilir. Ona göre bu dayanıklılık farklılığının temelinde bu iki unsurun değişim biçimlerindeki farklılık yatmaktadır. Form her ne kadar nihayetinde olgusal kaynaklara dayandırılabilse de mantikidir. Olgular ve içerik arasındaki ilişki, olgular ve form arasındaki ilişkiye nazaran daha dolaysızdır. Böylece olgular ve kural arasında bir uyumsuzluk olduğunda olguların baskısı öncelikle içeriğe yönelmekte ve formdan kaynaklanan uyumsuzluklar devre dışı bırakılabilmektedir. Yine Holmes’a göre, hukukun -içeriği forma kurban etmeyecek düzeyde- ehil ve deneyimli kişilerce idare ediliyor olması da bir yandan formel kusurlara yönelik profesyonel farkındalığı arttırırken diğer yandan olguların form üzerindeki değişim baskısını savuşturmaya hizmet etmektedir. Bu durum formun daha ağır bir evrim süreci içerisinde değişmesine neden olur.¹⁹¹

Hukukun form ve içerikten oluştuğunu belirtmekle Holmes, hukukun her zaman belirli bir düzeyde formel olacak bir çalışma alanı olduğunu kabul etmiş olur. Her söz gibi hukuk da olgulara dayanmalıdır. Ancak bunun mutlak bir biçimde gerçekleşmesi mümkün değildir. Zira hukuk, hukukçuların yaptığı şeydir. Hukukçuların ise insan gerçekliği ile dolaysız bir

¹⁹⁰ Holmes, 2009: 7.

¹⁹¹ Holmes, 2009: 35.

bağlantısı yoktur. Hukukun insan gerçekliğini tüm teferruatı, olanakları, zenginliği ve biricikliği ile görmesi mümkün değildir. Holmes böyle bir görüşün tanrıya mahsus olduğunu söyler. “Hukuk, insanları tanrının gördüğü gibi göremez.”¹⁹² Bu nedenle belirli genelleştirilmiş -veyahut formel- standartlar içermek zorundadır. Holmes’a göre bu durum kendini en açık biçimiyle ihmalin yaptırıma bağlanması hususunda gösterir.¹⁹³ Özellikle ceza yargılamasında kişiye ihmalden dolayı ceza verilmesinin veya bir davada kişinin ihmalden dolayı cezalandırılmayacağına karar verilmesinin ölçütü gerçeklikte ihmalin olup olmamasından ziyade ihmalin cezalandırılması için getirilmiş hukuki/formel şartların gerçekleşip gerçekleşmemesi durumudur. Böyle bir yargılamada yargıç örneğin delil yetersizliği yönünde bir karar verdiğinde, sanığın gerçekten ihmalinin bulunduğu kani olmak bakımından delillerin yetersiz olduğunu söylememektedir. O, dava sürecinde varlığı tespit edilen olguların hukuki sorumluluk bakımından temel teşkil etmeye yetersiz olduğunu söylemektedir. Bu bakımdan karara temel teşkil eden husus, yapılmış olan bir davranışın veya bir tutumun gerçeklikte varlığından ziyade, varlığı tespit edilen gerçekliğin bir hukuki şartı karşılayıp karşılamadığıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır: Pragmatik açıdan bu standartlar veyahut formüller de belirli sorunların başka hal suretlerinin bulunmaması nedeniyle hukuk içerisinde hayat bulmuşlardır. Bunlar, kıymeti kendinden menkul dogmalar olmayıp tecrübeye dayanmaktadırlar.¹⁹⁴

Hukukçunun olguları teşhis ve tahlil imkânının sınırlı olmasının yarattığı sorunlar genel standartlar ve formel ölçütler ile aşılmaya çalışılmaktadır. Holmes, jüri sisteminin *common law*’un bu tür sorunlara yönelik getirdiği bir diğer çözüm yolu olduğunu belirtir.¹⁹⁵ Yargıç, olgulara ilişkin karar vermede kendi tecrübesinin yeterliliğinden şüpheye düştüğü durumlarda toplum içerisinde seçilmiş on iki kişiyi yardıma çağırır ve onların pratik tecrübesinden yararlanır. Wells, Holmes’un yaklaşımında jürinin üstlendiği işlevin Peirce’in doğruluk yaklaşımında bilim insanları camiasının üstlenmiş olduğu işlevle benzer olduğunu belirtir.¹⁹⁶ Hatırlanacağı üzere ilk alt bölümde Peirce’a göre doğruluğun aynı alanda çalışan

¹⁹² Holmes, 2009: 98.

¹⁹³ Holmes, 2009: 110.

¹⁹⁴ Kıta Avrupası hukukunda da en başından beri ihmale yaptırım uygulanabilmesi için ihmalin varlığından ziyade somut durumda “neticenin önlenmesine yönelik özel bir hukuki görevin mevcudiyeti” aranmıştır. Bu görevin mevcudiyeti ise salt formel olduklarını söyleyemeyeceğimiz bazı ölçütlerle belirlenir. Kişinin ihmalden dolayı sorumlu tutulabilmesi için onun söz konusu olumsuz sonucun doğmasını engellemek bakımından bir garantörlük sıfatını taşıyor olması gerekmektedir. Bu garantörlük sıfatı mantıkla veya ilkeyle değil olgular ile temellendirilmektedir. Kuramın güncel halinde aile ilişkileri, tehlike ortaklığı, ev arkadaşlığı, kişinin tehlikeyi kendi eylemi ile yaratmış olması, tehlike kaynakları üzerinde egemenlik, kamu görevi, sözleşme gibi olgular kişinin ihmalden hukuken sorumlu tutulabilmesinin koşulu olan garantörlük formülünün temelini oluştururlar. Ayrıntılar için bkz. Hakeri, 2003.

¹⁹⁵ Holmes, 2009: 112.

¹⁹⁶ Wells, 1988: 583-584.

bilim insanlarının ister istemez ulaşacakları ortak sonuç olduğu belirtilmişti. Holmes’a göre de hukuk alanında doğruluk, evvela “toplumun gerçek hisleri ve talepleri ile uyumlu” olmaktır.¹⁹⁷ Bu bakımdan hukukçu şüpheyi düştüğü anda topluma bakmalıdır. Jüri ise toplumdan rastgele seçilmiş on iki kişi olmakla toplumun bir temsilcisidir ve yargıç için bir doğruluk mihengi teşkil eder. Holmes ve Peirce’in yaklaşımı birbirine benzer görülmekle birlikte aralarında önemli bir fark vardır. Peirce’in bilim insanları camiasının bulacağı sonuçlar objektif ve nihai doğruluk arz ederler ama jürinin belirteceği doğruluk objektif ve nihai bir doğruluk değildir. Böyle olması da gerekmez. Jüri, içerisinde farklı perspektifleri kapsayıp yarıştıran yargıca bir toplumsal doğruluk vasatı sunar. Wells’e göre Holmes böyle bir manevra ile hukuki objektiviteyi normatif doğruluktan temelli ayırmıştır. Bu ayırım sayesinde Holmes, *perspektife* hukuki doğruluk tartışması içerisinde ve epeyce merkezde bir yer açabilmiştir. Doğruluk, meseleye nereden bakıldığına bağlıdır. Bu perspektivist tutum, Holmes’un hukuki doğruluğunu, Peirce’in doğruluk yaklaşımından ayırdığı ölçüde James’in doğruluk yaklaşımına yaklaştırmıştır.

Sonuç olarak Holmes, (1) hukuku egemenin iradesine, tanrının buyruklarına veyahut farazi bir insan doğası anlayışına bağlayan temelci yaklaşımlara karşı çıkmış; (2) hikmeti kendinden menkul ilke ve kuramları reddetmiş; (3) hukuka kaynak ve ölçüt olmak bakımından üstünlüğü olgulara vermiş, (4) hukuku toplumsal amaçlara ulaşmanın bir aracı olarak kabul etmiş bir pragmatist hukuk kuramcısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Uzun yıllar sürdürmüş olduğu yüksek mahkeme yargıçlığı görevi boyunca bu yaklaşımını kararlarına ve özellikle karşı oy yazılarına yansıtmış olması nedeniyle onu aynı zamanda bir pragmatist hukuk uygulayıcısı olarak da kabul etmek gerekir. Örneğin *Lochner v. New York* kararı ABD iş hukuku bakımından bir kilometre taşı teşkil eder. Bu karar ile ABD Yüksek Mahkemesi, fırın işçileri için haftalık azami çalışma saati sınırlaması getiren bir yasayı, beşe dört çoğunlukla, anayasanın sözleşme özgürlüğüne ilişkin maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁹⁸ Holmes’un bu karara yazdığı muhalefet şerhi “Bu karar ülkenin büyük bir bölümünün kabul etmeyeceği bir ekonomik kuram uyarınca verilmiştir” cümlesiyle başlar. Holmes’a göre yasanın iptal yönünde oy veren yargıçlar, sözleşme özgürlüğünü *laissez faire* yaklaşımını ilke olarak kabul eden bir dogmatik yaklaşımla değerlendirmişlerdir. Anayasa maddesini ve getirilmiş olan yeni düzenlemeyi ilgili olgusal durum, amaçlar ve yaratacağı pratik sonuçlar bakımından ele almamış olmaları nedeniyle de hatalı bir karar vermişlerdir. Holmes, getirilen yeni düzenlemenin işçi sağlığı ile doğrudan ilgili bir düzenleme olduğunu

¹⁹⁷ Holmes, 2009: 39.

¹⁹⁸ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (erişim tarihi: 29.12.2016)

ve sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Buna benzer bir yaklaşım, kadınlara yönelik asgari ücret tayin eden bir düzenlemenin iptal edildiği *Adkins v. Children Hospital of DC* kararına yazdığı karşı oyda da görülmektedir. Holmes burada da sözleşme özgürlüğünün bir dogma olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır. Ona göre sözleşme hürriyeti, yasama organının vatandaşların ruhsal ve bedensel sağlığını koruma yetkisinden daha üstün görülmemelidir. Mahkeme çatışan değerler arasında amaçlar ve olgusal sonuçlar bakımından bir fayda maliyet incelemesi yapmaksızın dogmatik bir yorum ile hatalı bir karar vermiştir.¹⁹⁹ Birçok davada, Holmes'un düzenlemelerin amacını, muhtemel sonuçlarını ve dönemin ihtiyaçlarını gözeten bir tutum ve yaklaşımı savunduğu görülmektedir.

1.2.4. John Dewey (1859-1952)

Oliver Wendell Holmes, on dokuzuncu yüzyılın son yirmi yılında ortaya koyduğu eserler ile hukuk pragmatizmini parlak bir girişim olarak hukuk kuramı vitrinine çıkarır. Yirminci yüzyılın başlarından itibaren de akademik eserlerinden ziyade kaleme aldığı kararlar ve karşı oy gerekçeleri ile bu kurama katkı sunmaya devam edecektir. Bu yıllarda hukuk pragmatizminin kuramsal birikiminin tedarikini John Dewey üstlenecektir. Pragmatist felsefenin kurucularından olan Dewey, 1900'lü yılların başlarıyla birlikte büyük bir hız ve gayret ile pragmatizmi sosyal bilimlerin birçok alanına uygulamaya başlar. Düşüncenin bir eylem planı olduğu kabulü ile tüm düşünce alanını eylemleri, etkinlikleri ve olguları odağa alarak tetkik eder.²⁰⁰ Bu girişim dâhilinde felsefe, psikoloji, eğitim, toplumbilimi ve toplum kuramı alanlarındaki çalışmalarının yanı sıra doğrudan hukuk alanına yönelik eserler de vermiştir. Bu özelliği onu, birlikte pragmatik felsefeyi inşa ettiği James ve Peirce'dan ayırır. Zira artık Dewey'i aynı zamanda hukuk pragmatizminin de kurucularından biri olarak kabul etmemiz gerekmektedir. Dewey'in hukuka ilişkin görüşleri çok sayıda eserine dağılmış olmakla birlikte *Austin's Theory of Sovereignty*²⁰¹, *Nature and Reason in Law*²⁰², *Force and Coercion*²⁰³, *Force, Violence and Law*²⁰⁴, *Logical Method and Law*²⁰⁵, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*²⁰⁶ ve *My Philosophy of Law*²⁰⁷ isimli makaleleri münhasıran hukuki sorunlara ilişkindir. Ancak Dewey'in hukuka ilişkin görüşleri bu

¹⁹⁹ *Adkins v. Children Hospital of DC*, 261 US 525 (1923) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/case.html> (erişim tarihi: 29.12.2016)

²⁰⁰ Donoso, 1959: 582.

²⁰¹ Dewey, 1894: 31-52.

²⁰² Dewey, 1914: 25-32.

²⁰³ Dewey, 1916a: 359-367.

²⁰⁴ Dewey, 1916b: 295-296.

²⁰⁵ Dewey, 1924: 17-27.

²⁰⁶ Dewey, 1926: 655-673.

²⁰⁷ Dewey, 1941: 73-85; Dewey, 2016c: 30-38.

eserlerinde de belirli bir sistem içerisinde ifade edilmemişlerdir. Bu eserlere baktığımızda düşünürün pragmatizm görüşünde de belirgin olan anti-temelci, araççı ve olguları odağa alan bakışını hukukun çeşitli alanlarına ve hukuk kuramındaki çeşitli sorunsallara yönelttiğini görürüz. Ancak diğer eserlerinden farklı olarak *My Philosophy of Law* adlı makalesi tüm bu gayretin bir özeti olarak değerlendirilebilir.

Dewey'e göre hukuk alanında ortaya konulmuş olan her kuramsal yaklaşım veya ekol, içinde geliştiği dönemin özelliklerinden kaynaklanır ve bunları yansıtan bir karaktere sahip olur. Bir felsefi yaklaşımı içinde geliştiği sosyo-kültürel bağlamdan soyutlayarak ele almak yanıltıcı olacaktır.²⁰⁸ Her felsefe veya kuram, kaynağını aldığı somut gerçeklikler ne kadar önemli ise o kadar etkili olmuştur. Yine gerçeklik alanındaki çatışmalar ne kadar şiddetli ise kuramsal tartışma da o düzeyde hararetli olmuştur.²⁰⁹ Tarihsel süreç içerisinde toplumun somut gerçekliklerinde yaşanan değişiklikler belirli bir dönemde kuram alanında etkili olmuş yaklaşımların eskimesine neden olmaktadır. Ancak kuramın görece özerk bir uzmanlık alanı teşkil ediyor olması, gerçeklikten kopuk bir karakter arz eden eski kuramların varlığını sürdürmesine imkân vermektedir. Dewey'e göre ister tanrısal akla ister doğanın nihai düzenine atıf yapıyor olsun, hukukun kaynağını ve doğruluk ölçütünü var olanın dışında (veya üzerinde) arayan kuramlar, hukuk alanındaki anakronik kuramlardır.²¹⁰ Hukukun mahiyetini iyi hukuk hakkındaki düşüncelere indirgeyen bu kuramlar Ortaçağ Avrupası'nın somut toplumsal gerçekliklerinden kaynaklanmıştır ancak bu gerçekliklerin ortadan kalkmasından sonra da uzun süre Kıta Avrupası düşünürlerini etkilemeye devam etmişlerdir.²¹¹ Bilginin deneyimselliğini vurguladığı bilgi felsefesi yaklaşımı ile koşut olacak şekilde Dewey, hukuki bilginin de deneyimsel olduğunu savunur. Hukuki bilgimizin tek kaynağı deneyimdir; hukuk hakkında ne biliyorsak hepsini deneyimden elde etmişizdir zira sadece deneyimlerimizi bilebiliriz. Hiç kimse tanrıyı veya kainatın ezeli ve ebedi düzenini/doğasını deneyimleyemez. Dolayısıyla buralardan hukuki bilgi devşirmek mümkün olmadığı gibi, var olan bilgilerimizle ilgili bunlara atıf yapmak da yanlıştır. Dewey'e göre böylesi bir yanlış içerisinde olan kişi aynı zamanda ahlaksızdır çünkü tanrıyı veya doğayı öne sürerek kendi sorumluluğundan kaçmaya çalışmaktadır.²¹²

Hukukun kaynağına ilişkin temelci ve hukukta doğruluk ölçütlerine ilişkin aşkinci görüşleri reddeden Dewey'e göre "hukuk tepeden tırnağa toplumsal bir olgudur".²¹³ Hukukun

²⁰⁸ Donoso, 1959: 581.

²⁰⁹ Dewey, 2016c: 31.

²¹⁰ Donoso, 1959: 583.

²¹¹ Dewey, 2016c: 32.

²¹² Donoso, 1959: 583.

²¹³ Dewey, 2016c: 32.

kaynağı da, amacı da, ölçütü de, uygulaması da toplumsaldır. Hukuk, hakikatin doğasına ilişkin iddialarda bulunmaz. Hukuk, mantıksal tutarlılık uğruna geliştirilmemiştir. Hukuk, salt uygulanmak üzere yaratılmış bir düzendir. Hukuk, somut gerçeklik içerisinde belirli işler görür veya hukuk aracılığı ile belirli işler görülür. Hukukun doğruluk ölçütü de bu işleri görüp görmediğidir.²¹⁴ Hukuk terimi, özetleyici bir terimdir ve bu terimin özetlediği içerik, yasama ve yürütme etkinliklerinden ve yargı kararlarından daha fazlası değildir.²¹⁵ Böylesi bir tanım hukuk felsefesi tarihi içerisinde şu veya bu düzeyde rağbet görmüş birçok tartışmayı devre dışı bırakır. Öyle ki, ömrünün bir bölümünü hukuk felsefesini anlamaya adanmış bir araştırmacı, Dewey'in bu görüşlerini okuduğunda anlık bir zihin ferahlaması yaşayacaktır. Gerçekten de felsefeyi bir kenara bıraktığımızda hukuk felsefesi *sorunsuz* bir araştırma alanına dönüşmektedir. Ancak felsefeyi bir kenara bırakmış olmak Dewey'e yöneltilebilecek makul bir eleştiri olamaz, zira daha önce de değinildiği üzere Dewey ve genel olarak pragmatistler saf felsefi tartışmaları ayıklayarak felsefenin yükünü hafifletmeyi bizzat bir amaç olarak benimsemişlerdir. Dewey'in hukuk tanımı da bu amaca yetkinlikle hizmet edebilecek bir tanımdır.

Bu tanımdan yola çıkarak Dewey, hukuki incelemesini toplumsal olgulara yöneltir. Ona göre toplumsal olgu veya problemlerin önemli bir genel özelliği zihinsel etkinlik ile kavranmaya müsait ve tabi olmalarıdır. Böyle demekle Dewey, mistik ve kozmolojik açıklamaları bir kez daha reddetmiş olmaktadır.²¹⁶ Olguların diğer bir önemli özelliği ise bunların olup bitmiş şeyler olarak görülemeyeceğidir. Bu ifade de Dewey'in kendisinden önceki olgulara yönelttiği bir eleştiriyi içerir. Dewey toplumsal olguları insanlar arası ilişkiler ve etkinlikler olarak görür. Dolayısıyla bunlar “süregiden” şeylerdir. Bir etkinlik olarak görülmekle olgu, kendisinden öncesiyle, onu yaratan etkenlerle, çeşitli zamanlarda büründüğü görünüm ve durumlarla ve de yarattığı sonuçlarla birlikte ele alınmaya müsait bir hal alır. Olgunun incelenmesi, geniş bir zaman diliminde gerçekleşen süreçlerin incelenmesi anlamına gelmektedir.²¹⁷ Böylesi bir inceleme olguların içindeki kararlı ve görece sabit unsurların tespitini sağlayarak kaynak sorununu yine olgulara sadık kalarak çözmeye imkân verir. Hukuki olgular bakımından da durum böyledir. Dewey'e göre onun dönemine kadar kendini olgucu olarak adlandırmış düşünürlerin göz ardı ettiği nokta da bu olmuştur. İnceleme konusu olarak olgunun belirli bir andaki halinin dondurulup ele alınması olguyu olmuş bitmiş bir şey olarak görmeye neden olmaktadır.²¹⁸ Hukuki olguyu tecrit ederek ele

²¹⁴ Dewey, 1971: 40.

²¹⁵ Dewey, 2016c: 32.

²¹⁶ Menand, 2001: 370.

²¹⁷ Dewey, 2016c: 32.

²¹⁸ Dewey, 2016c: 36.

aldığımızda karşımızda tekil bir etkinlik vardır. Örneğin bir alım-satım ilişkisi veya bir fiili saldırı olayı ile karşı karşıyayızdır. Biz bu tekil etkinliklerin alelade etkinlikler olmadıklarını, hukuki olgular teşkil ettiklerini bilerek onları ele alırız ancak bir tekil etkinliğe bakarak onu hukuki kılanın ne olduğunu tespit etmemiz mümkün değildir. Bir bireyin diğerine bir miktar para vermesine ‘ifa’ dememize neden olan şey nedir? Olguları tekil etkinlikler olarak ele aldığımızda incelediğimiz olguya bakarak bu soruya cevap veremeyiz. Böyle bir bakışta sorunun çözümü ancak olgunun dışına çıkmakla mümkündür. Olgu bize cevap vermediğine göre, diye düşünürüz, demek ki hukukiliğin kaynağı olgusal alanın dışındadır. Hukukilik olgulara dışarıdan yüklenmiş olmalıdır. Olsa olsa bir *akıl*, *irade*, *bilinç* veyahut *ezeli ve ebedi nizam* olgulara hukukilik yüklemektedir.

Dewey, hukuku süregiden bir olgu olarak gördüğümüzde hukukun kaynağını olanın dışında aramak zorunda kalmayacağımızı belirtir. Peki, hukuku süregiden bir olgu olarak ele almak ne demektir? Dewey bu meseleyi açıklamak için bir dere yatağı metaforuna başvurur:

“Vadi, kuşatan arazi veya toprak parçası olması nedeniyle birincil gerçekliktir. Akıntıyı toplumsal sürece benzetebiliriz. Akıntının içindeki dalgaları, dalgacıkları, burgaçları ve benzerlerini de toplumsal süreci oluşturan özel eylemlerle eşleştirebiliriz. Derenin kıyıları kararlı ve sabit koşullar olarak akıntıyı sınırlandırmaları ve yönlendirmeleri bakımından geleneklere benzetilebilir. Ancak kıyıların istikrarı ve sabitliği mutlak değil görecelidir; onlar geçip giden akıntının unsurlarına göre daha kararlıdır. Arazi genel olarak dikkate alındığında, akıntının bir enerji halinde yukarılardan aşağılara doğru inerken kendi yolunu oluşturduğu görülecektir. Dolayısıyla (hem zaman hem mekân bakımından) uzun vadeli bir süreç olarak düşünüldüğünde akıntının kendi kıyılarını şekillendirdiği ve sürekli yeniden şekillendirdiği görülecektir.”²¹⁹

Süregiden şeyler olarak toplumsal olgular, bünyelerinde belirli kararlı ve görece sabit unsurlar taşırlar. Bu unsurlar, tıpkı kıyıların suyun akış yönünü belirlediği gibi toplumsal etkinliklerin gerçekleşme biçimlerini belirlerler. Ancak sürecin tamamı göz önünde tutulduğunda bu kararlı unsurların da uzun süreçler içerisinde gerçekleşen etkinlikler ile şekillendiği ve sürekli bir şekillenme halinde olduğu görülmektedir. Dewey’e göre hukukun kaynağı da toplumsal olgulardaki alışkanlıklar, gelenekler gibi kararlı unsurlardır. Ancak bunların kararlılığı mutlak değildir, onlar sadece tekil etkinliklere göre daha kararlıdır. Hukuk bu kararlı unsurlardan kaynaklanır ve onlarla birlikte toplumsal etkinliklerce şekillenir ve sürekli yeniden şekillenir ve bir yandan da bu etkinlikleri yönlendirmektedir.

Dewey’in ‘kararlı unsurları’ ile Gurvitch’in ‘normatif olguları’nın²²⁰ aynı gerçeklikleri ifade ettiği söylenebilir. Bu iki açıklama da hukukun toplumsal olgulardan kaynaklanışını yetkin bir biçimde ortaya koymaktadır. Ancak iki düşünür de kararlı unsurların veya normatif olguların hangi noktada hukukileştiği, bazıları hukukileşirken neden bazılarının hukukileşmediği, hukukun nasıl olup da toplumdaki kararlı unsurlarla çelişebildiği veya

²¹⁹ Dewey, 2016c: 33-34.

²²⁰ Gurvitch, 1947: 158.

bunlarla mücadeleye girişebildiği sorularına tatmin edici cevaplar vermemişlerdir. Eğer hukuk, toplumdaki kararlı unsurlarla çatışabiliyorsa hukukun bunların yanında ve bunlardan ayrı bir tür kaynağa daha sahip olması gerektiği iddia edilebilir. Topluma baktığımızda gerçekten de bir dereyi, o derenin kıyılarını ve bir vadiyi görebiliriz ancak manzara bundan ibaret değildir. Suyu aşağılara doğru takip ettiğimizde dere boyunca sulama kanallarının, setlerin ve barajların yapılmış olduğunu da görürüz. Dewey'in hukukun kaynağına yönelik açıklamaları bu tür müdahaleleri kapsayıcı nitelikte değildir. Ona göre bir kararlı unsurun olduğu gibi bırakılmasında veya müdahale ile değiştirilmesinde o unsurun yarattığı sonuçlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu açıklama yukarıdaki sorulara cevap teşkil etmez. İşin aslı böyle bir açıklama ile Dewey, tartışmayı betimsel boyuttan normatif boyuta taşıyan bir argümantasyon manevrası yapmaktadır.

Olguları süregiden şeyler olarak ele almak hukuka ilişkin normatif açıklamalar yaparken de olgucu düşünüre yeni kapılar açar. Dewey'e göre de olguların "süregiden" şeyler olduklarının göz ardı edilmesi özellikle *olan-olması gereken* ayrımı üzerine yapılan tartışmalarda olgucu düşünürlerin yetkin argümanlar üretememesine neden olmuştur. Dewey, olguları olmuş bitmiş şeyler olarak gördüğümüz takdirde tıpkı kaynak meselesinde olduğu gibi ölçüt meselesinde de harici unsurlara atıfta bulunmak zorunda kalacağımızı belirtir.²²¹ Tekil bir 'ifa' etkinliği, borcu ifa etmenin neden doğru bir davranış olduğunu açıklayacak hiçbir unsur içermez. Bir şeyin öyle olmuş olması, öyle olması gerektiğini göstermez. O halde onun öyle olması gerektiğini dikte eden ve böylece ona doğruluk yükleyen bir *irade, akıl, farazi bir sözleşme* veya *a priori bir doğal düzen* mevcut olmalıdır. Dewey ise olguları olmuş şeyler olarak görmez. Süregiden şeyler olarak olguların sonuçları vardır. Sonuç sözcüğü, her ne kadar sonu imlese de sonuç, olgu sona erdikten sonra ortaya çıkan bir şey değildir; olgunun ayrılmaz bir parçasıdır. Sonuçları göz ardı edildiğinde tekil bir olgunun, değil doğru olup olmadığı, ne olduğu dahi bilinemez. Dewey bu yaklaşımını hukuka da teşmil eder. Ona göre "bir hukuki düzenleme ne yapıyorsa odur".²²² Bu bakımdan hukuki uygulama, hukuk yapıldıktan sonra meydana gelen bir şey değil bizatihi hukukun bir parçasıdır. Hatta uygulama, toplumsal etkinlikleri doğrudan etkilemesi nedeniyle hukukun kendisini en dolaysız bir şekilde gösterdiği parçasıdır. Bu nedenle Dewey, uygulamayı göz ardı ederek hukuk üzerine söz söylemenin anlamsız olduğunu belirtir.

Hukukun süregiden bir olgu olarak kabul edilmesi halinde, sonuçlar da hukuki olgunun bir parçası olarak hukuki inceleme ve tartışmanın malzemesi haline gelirler. Dewey'e göre mesele böyle kavranıldığında hukuki doğruluk için bir harici ölçüte başvurmanın

²²¹ Dewey, 2016c: 36.

²²² Dewey, 2016c: 32-33.

gereksiz olduğu ortaya çıkacaktır. En başta bir uygulama düzeni olarak tanımladığımız hukukun doğruluk ölçütü bu uygulamanın sonuçlarına içkindir. Ölçüt, hukukun istendik sonuçlar yaratıp yaratmadığı, diğer bir deyişle işlevini yerine getirip getirmediğidir. Dolayısıyla hukukta doğruluğun tespiti için yapılması gereken spekülasyonu bir kenara bırakıp saha araştırmalara yönelmektir.²²³ Dewey’in *hukuk felsefesi* tıpkı kaynak meselesinde olduğu gibi ölçüt meselesinde de olguların süregiden karakterini öne sürmek maharetiyle olgucu kuramlar açısından bir ilerleme teşkil etse de meseleleri tam olarak çözüme kavuşturamamaktadır. Hukukun bir uygulama düzeni olduğu ve uygulanması ile istendik sonuçlara ulaşılması ölçüsünde doğru olduğu iddiası, bıçağın bir kesme aleti olduğu ve zorlanmadan kestiği ölçüde iyi bir bıçak olduğu iddiasına hem form hem de içerik olarak çok benzemektedir. Bıçak ve hukuk arasındaki benzerlik bununla da sınırlı değildir. Bıçakla bir ekmeği bölebilir veyahut bir insanı öldürebilirsiniz. Bunlar hukukla da yapılabilen ve hatta sürekli yapılan işlerdir. Ekmeği kesmekte veyahut insanı öldürmekte zorlanmadığınız takdirde bıçak iyi bir bıçaktır. Bıçağı yapan kişi, ekmeğin neresinden kesilmesi gerektiği, hangi parçanın kime verilmesi gerektiği, insanların ne zaman öldürülebileceği gibi sorulara cevap vermek durumunda değildir. Ancak “yasama ve yürütme etkinliklerinden ve yargı kararlarından daha fazlası” olmadığını belirttiğimiz hukuk ile bu ekmek bölünüyorsa, hukuku yapanlar bıçak üreticisinin rahatlıkla savuşturabileceği bu tür sorulara cevap vermek durumunda kalırlar. Zira hukuk sadece ekmek kesme değil, ekmeğin neresinden kesileceğine de karar verme *aygıtıdır*. Bu nedenle, doğru hukuk istendik sonuçlara ulaştıran hukuktur, diyerek hukukta *olması gereken* sorununa tüketici bir çözüm getirmiş olmayız. Bu sözü söylediğimiz anda karşımıza “sonuçların istendikliğini hangi ölçüte göre belirleyeceğiz” sorusu çıkar.

Dewey’e göre, hukukun sonuçlarının istendikliğini belirlerken kullanılması gereken ölçüt, hukukun siyasi bağlamı içerisinde bulunabilecek bir ölçüttür. Dewey kendi çağı ve toplumu bakımından bu bağlamı oluşturanın demokrasi olduğunu belirtir. Dolayısıyla hukukun ölçütü, demokratik toplumsal birlikteliğin korunması ve geliştirilmesi olmalıdır.²²⁴ Bununla birlikte Dewey, demokrasiyi bir verili düzen olarak kabul etmez; ona göre demokrasi bir süreçtir ve bu süreç içerisinde süreci yönlendiren kuralların da demokratik bir minvalde sürekli gözden geçirilmesi gerekmektedir.²²⁵ Dewey için demokrasi, içinde bulunduğu dönemin tesadüfi bağlamı olmaktan öte bir anlam ifade eder. Pragmatizmde deneyimin önemine yapılan vurgu, demokratik toplum düzeninin, diğer düzenlerden daha üstün

²²³ Dewey, 2016c: 36-37.

²²⁴ Gray, 1999: 204.

²²⁵ Noddings, 2007: 37.

görülmesine neden olmuştur. Demokratik toplum, pragmatik bakışta bir deneyim toplumu veya daha doğru ifadeyle bir deneyen toplum olarak görülür. Demokrasinin bireye sağladığı kişisel özerklik, cehaletin, önyargıların ve tutucu geleneklerin yaratacağı toplumsal tahribatın önlenmesine imkân vermektedir.²²⁶ Keza demokrasi, tüm bireylerin kamusal yaşama yaygın bir şekilde katılma olanağı sunması itibariye bir açık tartışma ortamı sağlamaktadır. Bu açık tartışma ortamı, toplumsal zenginliğin arttırılmasının ve toplumun sorun çözme becerisinin geliştirilmesinin yollarını açmaktadır. Bu nedenle Dewey, toplumdaki ikilikler nedeniyle kamusal tartışmaların dışında kalan grupların varlığının, toplumun genel yararına aykırı olduğunu belirtir. Demokratik katılım düzeyinin düşüklüğü toplumda sömürü ilişkilerinin varlığının göstergesi ve bir yandan da nedenidir. Dewey'e göre sömürüye dayanan ilişkiler iki tarafın da yaşam olanaklarını daraltan ve bu nedenle iki tarafa da zarar veren ilişkilerdir.²²⁷ Bu nedenle, sınıf, cinsiyet, ırk veya etnik ayrımcılık nedeniyle dışlanan grupları kamusal tartışma içerisine dâhil etmenin yolları bulunmalıdır.²²⁸ Dewey'in 93 yıllık hayatı, ABD toplumunun ve genel olarak dünyanın ekonomik ve siyasal açıdan büyük dönüşümler geçirdiği bir çağa denk gelmiştir. Bu devrimler ve savaşlar çağı içerisinde düşünür, reformist bir bilim-politik konumlanma ile zihin faaliyetini var olan düzenin eşitlikçi ve hoşgörüyeye dayalı bir birlikte yaşam düzenine doğru yol almasına adanmıştır. Geleneksel ahlaki normların ve mevcut etik yaklaşımların toplumların yeni sorunlarını çözmede başarılı olamayacağını düşünen Dewey, bilimsel girişimlerin bu yolun kat edilmesine katkı sağlayacağına inanmıştır.²²⁹ Ona göre çatışmacı tutumun uzun vadede sahibinin menfaatlerine de zarar vereceği olgusal olarak ispatlanabilir; uzlaşmanın yararı bilimsel olarak temellendirilebilir.²³⁰ Bunun için öncelikle, insan zihnini bulandıran yararsız spekülasyonları devre dışı bırakmak gerekmektedir. Toplumsal yaşamın düzenini teşkil etmesi itibariyle hukuk meselesi, Dewey'in bu girişiminin eğitim ve demokrasi sorunu ile birlikte en önemli başlıklarından birini teşkil etmiştir. Dewey'in *hukuk felsefesi*, pragmatizmin yetkin bir uygulaması olarak hukuk pragmatizminin de temellerini sağlamlaştırmıştır. Özellikle anti-temelcilik, bağlamsallık ve perspektivizm ilkelerinin hukuk pragmatizmi kuramında yer alışında Dewey'in eserleri etkili olmuştur. Sosyolojik Hukuk Bilimi Akımı başta olmak üzere ikinci bölümde *Hukuk Pragmatizminin Yansımaları* başlığı altında inceleyeceğimiz akımların birçoğunda Holmes ile birlikte Dewey'in görüşlerinin etkisini görmek mümkün olacaktır.

²²⁶ Riley ve Welchman, 2006: 108.

²²⁷ Gutek, 2001: 113.

²²⁸ Gutek, 2001: 109.

²²⁹ Anderson, 2014.

²³⁰ Menand, 2001: 371.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK PRAGMATİZMİ

2.1. Hukuk Pragmatizminin Genel Özellikleri

2.1.1. Giriş

Kökleri Peirce, James, Holmes ve Dewey'in çalışmalarına dayanan pragmatizm ve hukuk pragmatizmi yirminci yüzyılın ilk yarısında ABD felsefesi ve hukuk kuramı üzerinde önemli bir etkiye sahip olmuştur. Pragmatizm, hem felsefeye hem de hukuk alanına geleneksel yaklaşımların dışında yeni bir soluk getirmiştir. Bu yeni seçeneğin dönemin sosyal bilimler anlayışı ve reformcu siyaseti ile uyumlu özelliklere sahip olması pragmatizmin çok sayıda taraftar kazanmasına da neden olmuştur. Yüzyılın ilk yarısında Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk Bilimi akımları hukuk pragmatizminin kurucu düşüncelerini belirli vurgu farkları ile benimseyerek kendi pragmatist hukuk yaklaşımlarını ortaya koymuşlardır.²³¹ İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına dek ABD hukukunda tartışmaların merkezinde bu iki akımın temsilcilerinin ve görüşlerinin yer aldığı görülmektedir. Bu dönemde pragmatistlerin fitilini ateşlediği tartışmalar, otuz yıllık bir süreç içerisinde ABD hukukunda ve hukuk düşüncesinde köklü değişikliklerin gerçekleşmesine neden olmuştur. Pragmatist hukuk akımlarının bu kadar kısa bir süre içerisinde böyle bir başarıya ulaşmış olmaları ilginç bir şekilde bu akımların 1950'li yıllarla birlikte ABD hukuk kuramından silinip gitmesine de neden olmuştur. Bu durum, bu kuramların görevini başarıyla tamamlamış olduğuna da yorulabilir. Mevcut hukuk kavrayışlarına yönelik birer eleştiri olarak ortaya çıkmış bu akımlar, ABD hukukunun ve hukuk kuramının bu eleştiriler doğrultusunda belirli düzeyde bir değişim gerçekleştirmesi neticesinde ana akım içerisinde sönümlenmişlerdir. Böylece 1950'li ve 1960'lı yıllarda ABD hukuk kuramında, merkezi olarak nitelendirilebilecek bir tür hukuk siyaseti üzerinde uzlaşa sağlandığı ve bu alanda bir durulmanın ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu çalışmada, pragmatik felsefeden ziyade hukuk pragmatizmi inceleme odağına alındığından, yirminci yüzyılda pragmatik felsefede ortaya çıkan gelişmeler, çalışmanın kapsamının dışında kalmaktadır. Yine kısaca belirtmek gerekirse yirminci yüzyılın ikinci yarısında özellikle Richard Rorty, Hilary Putnam ve Cornel West'in çalışmaları neticesinde pragmatizm yeniden gündeme gelmiştir. Pragmatizmin antitemelcilik, araçsalılık ve bağlamsalcılık gibi temel ilkeleri bakımından bu yeni pragmatistlerin görüşleri ile

²³¹ Tamanaha, 1996: 315.

pragmatizmin kurucularının görüşleri arasında önemli farklar bulunmamaktadır.²³² Bu iki dalga arasındaki en önemli farklılık bilimsel yönetime verilen önem konusunda ortaya çıkmaktadır. Yeni pragmatistler yirminci yüzyılda sosyal bilimler felsefesinde yaşanan gelişmeler ve paradigma değişikliklerinin de etkisiyle bilimsel yönetime yönelik şüpheci bir tutum ortaya koymuşlardır.²³³ Bu bakımdan yeni pragmatistler, Peirce'ın bilimselcilik yaklaşımını paylaşmamaktadırlar. Bununla birlikte Peirce, James ve Dewey'in dahi bilimselcilik konusunda tam bir uzlaşmaya varabildikleri de söylenemez. Bu nedenle bu fikir ayrılığının pragmatist düşünce içerisinde önemli bir kırılma noktası teşkil etmediği yönünde bir değerlendirme yapmak mümkündür. Pragmatizm, yirminci yüzyılın başında olduğu gibi sonunda da, metafizik temellere yönelik şüpheci bir tutum ortaya koyan, düşüncelerin ancak pratik sonuçları ölçüsünde bir anlama sahip olduklarını kabul eden ve ahlaki, siyasi veya hukuki olsun tüm önerileri ve etkinlikleri nesnel veya aşkın ölçütlerden ziyade toplumsal ihtiyaçlara uygunluklarına göre değerlendirmek gerektiğini savunan bir kuram olmuştur.²³⁴

Bir yanda altmışlı yılların siyasi ve toplumsal çalkantıları diğer yanda pragmatik felsefeyi yorumlayan ve yeniden gündeme taşıyan felsefi çalışmalar, hukuk kuramı alanında da yeni hareketlenmelerin ortaya çıkmasına ve bu alanda var olduğu farz edilen uzlaşının sarsılmasına neden olmuştur. 1970'li yıllarla birlikte Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Feminist Hukuk Çalışmaları, Hukuk ve Ekonomi Çalışmaları gibi farklı politik gündemlere sahip olmakla birlikte yöntem olarak pragmatizmi benimsemiş olan yeni akımlar ortaya çıkmıştır.²³⁵ Bu akımlar dâhilinde Martha Minow, Margareth Radin, Roberto Unger, David Trubek ve Richard Posner gibi çok sayıda hukuk kuramcısı kendi gündemlerine uygun olacak şekilde hukuk pragmatizmini yorumlamış ve uygulamışlardır. Bunların dışında, herhangi bir akıma dâhil olmayan Thomas Grey, Daniel Farber ve Catharine Wells gibi düşünürler hukuk pragmatizmini bir müstakil (*freestanding*) hukuk kuramı olarak ele almış ve kendi yorumlarını ortaya koymuşlardır.²³⁶ Bu altbölümde, aşağı yukarı yüz yılda meydana gelmiş olan bu kuramsal çeşitlilik içerisinde ortak olan belirli nitelikler üzerinde durarak hukuk pragmatizminin genel özelliklerini ortaya koymaya çalışacağız. Tüm bu akımların farklılaştıkları noktalar ve bunların pragmatik karakterleri ise bir sonraki alt bölümde ele alınıp değerlendirilecektir.

²³² Posner, 1989: 1653.

²³³ Rorty, 1989: 1813.

²³⁴ Posner, 1989: 1660-1661.

²³⁵ Tamanaha, 1996: 316.

²³⁶ Posner, 1989: 1654.

2.1.2. Hukuk Pragmatizminin Hukuk Kuramı Sahnesindeki Yeri

Hukuk kuramı alanında ortaya konulan görüşlerin büyük çoğunluğu bir ucunda doğal hukuk diğer ucunda hukuki pozitivizm olan bir eksen üzerine yerleştirilebilir. Bu nedenle, öncelikle hukuk pragmatizminin bu eksenindeki yerini veya bu ekseninde bir yeri olup olamayacağını tespit etmek konuya giriş bakımından yararlı olacaktır. Pragmatik hukuk akımları ortak bir çıkış noktasına sahiptirler. Tüm bu akımlar, hukuk kuramında mevcut olan temelci açıklamaların hepsinin yanlış olduğunu iddia ederek sahneye çıkarlar.²³⁷ Bu ortak nokta hukuk pragmatizminin ilk genel özelliğini teşkil eder. Pragmatist hukukçulara göre hukuku açıklamak için hukukun içinde geliştiği toplumsal koşulları ve hukukun bu koşullar içerisinde yerine getirdiği çeşitli işlevleri ele almak gerekmektedir. Gerek uygulamada gerekse de kuram alanında öncelikle bakılması gereken öncüller değil sonuçlardır. Hukuku bu koşullardan ve işlevlerden soyutlayarak ele almaları nedeniyle doğal hukuk kuramları da hukuki pozitivizm de aynı ölçüde yanlıştır.²³⁸ Akıl ile keşfedilen belirli evrensel ve değişmez ilkeleri temeline alan doğal hukuk düşüncesinin hukuk pragmatistlerince kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durum, hukuk pragmatizminde akla hiçbir rol biçilmediği veya hukukta hiçbir akli unsurun bulunmadığının iddia edildiği anlamına gelmez. Pragmatistler aklın hukukta ve toplumda önemli bir role sahip olduğunu kabul ederler. Ancak onlar akli da araççı bir yaklaşımla ele alırlar. Hukuk pragmatizminde akıl, toplumdaki sorunların tespit edilip düzeltilmesinde ve daha iyi hukuki sonuçlar üretilmesinde işe koşulmaktadır. Doğal hukuk kuramının yanlışlığı, akla belirli *a priori* ilkeleri keşfetme ve sonra somut gerçekliği bu ilkeler çerçevesinde değerlendirme görevi yüklemesinden kaynaklanmaktadır. Pragmatistlere göre aklın böyle bir görevi yerine getirmesi mümkün değildir, çünkü somut gerçeklikten bağımsız *a priori* ilkelerin varlığı söz konusu olamaz.²³⁹

Pragmatistlere göre doğal hukuk kuramlarının hukuku açıklamada başarısız olmalarının diğer bir nedeni de bu kuramlarda hukuki ve ahlaki kavramlar arasındaki farklılıkların göz ardı edilmiş olmasıdır.²⁴⁰ Bu farklılık göz ardı edildiğinde, hukukun kaynağı nedir sorusu, hukukun içeriği nedir sorusu ve hukuk nasıl olmadır sorusu arasında da bir fark kalmamaktadır. Çünkü cevaplar birbirinin aynı olmaktadır. “Hukuk Tanrı’nın iradesidir dolayısıyla Hukuk, Tanrı’nın iradesine uygun olmalıdır”, “Hukuk doğru akıldır dolayısıyla hukuk doğru akla uygun olmalıdır” “Hukuk toplumsal ahlakın dışsallaştırılmış halidir dolayısıyla hukuk ahlaka uygun olmalıdır” cümlelerindeki anlamsızlığın nedeni de işte bu

²³⁷ Farber, 1987: 1338.

²³⁸ Donoso, 1959: 584.

²³⁹ Donoso, 1959: 597.

²⁴⁰ Gürkan, 1961: 26.

kaynak, içerik ve ölçüt arasındaki farkın ortadan kalkmış olmasıdır. Pragmatizmde hukuk ve ahlak arasında mutlak bir ilişki olduğu kabul edilmez ancak bunların birbirinden mutlak olarak ayrı oldukları da savunulmamaktadır.²⁴¹ Pragmatizme göre hukuk, toplumun ahlakını takip eder ve bir ölçüde bu ahlakın dışsallaştırılmış halidir. Yine hukuk tarihi bir yandan bir toplumun ahlakının tarihi ile de örtüşmektedir. Bu nedenle hukukta hak, görev, kötü niyet, ihmal gibi kökeni ahlakta olan kavramlara rastlamak mümkündür. Ancak bu kavramlar hukuka girmekle birlikte ahlaki anlamlarının dışında bir anlama kavuşurlar. Örneğin *pacta sunt servanda* ahlakta ve hukukta birbirinden farklı anlamlar ifade eder. Hukukta *pacta sunt servanda*, sözleşmeye uymayan tarafın tazminat ödemesi gerektiğinden daha fazla bir anlam içermez. Yine *neminem laede* de hukuk alanına taşındığında olsa olsa bir haksız fiil işleyen tazminat ödemek zorunda kalacağını ifade eder. Ahlak ve hukuk arasındaki ilişki bundan ibarettir.²⁴² Bununla birlikte ahlakın yasa koyucuyu bir tür kamuoyu baskısına neden olmak suretiyle sınırlayabileceği doğrudur fakat ahlaki olmayan nedenlerle de aynı türden bir kamuoyu baskısı meydana gelebilir. Bu nedenle bu olguların hiçbirisi hukukun içeriğini ahlaktan aldığı veya hukukun ölçütünün ahlak olduğu yönündeki doğal hukuk tezini ispatlamaya yetmemektedir.²⁴³

Hukukun temeline egemenin iradesini yerleştiren pozitivist kuramlar da hukuki pragmatizmle bağdaşmaz niteliktedir. Tanrı iradesinden veyahut doğru akıldan egemen iradesine geçiş, dışsal metafizik kaynaklardan belirli olgusal temellere dayandırılabilir kaynaklara geçişi temsil eder görünmektedir. Bununla birlikte bu yaklaşımda hukuka kaynaklık eden toplumsal etkenlerin sadece birisi ele alınmıştır. Ayrıca bu *egemenlik* etkeni diğer toplumsal etkenlerden soyutlanmıştır.²⁴⁴ Hatta *egemenlik* toplumda egemenliği kullanan aktörlerden veya kurumlardan dahi soyutlanarak ele alınmış ve nihayetinde yine metafizik bir kavrama dönüşmüştür.²⁴⁵ Egemenin bir kişi veya sayısı belirli bir grup olması gerektiği yönündeki önerme *common law*'un içtihadi karakteri ile örtüşmemesi nedeniyle betimsel olarak yanlıştır.²⁴⁶ Yine “kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve başka bir egemene alışkanlıkla itaat etmeyen egemen” düşüncesi de olgusal gerçekliklerle örtüşmemektedir. Pragmatizme göre toplumsal gelenekler ve ekonomik etkenler “egemen” adı verilen bu kişi veya gruba her zaman hükmedebilme kudretine sahiptir. Hatta “egemen” bu etkenlere itaat etmemeyi alışkanlık haline getirdiği takdirde “egemenliğini” yitirmekle yüz yüze kalacaktır. Esasında

²⁴¹ Gürkan, 1961: 33-34.

²⁴² Holmes, 1897: 462.

²⁴³ Holmes, 1897: 459-460.

²⁴⁴ Dewey, 2016c: 36-37.

²⁴⁵ Donoso, 1959: 591.

²⁴⁶ Holmes, 1870: 5.

pragmatist görüşün egemenlik anlayışı ile pozitivist egemenlik anlayışı birbirinden farklıdır. Pragmatistlere göre egemenlik muazzam bir toplumsal aktörler ve güçler çoğulluğunun işleyiş biçimini ifade eder. Egemenlik kavramı ancak bu şekilde ele alındığında “hukuk egemenin emridir” önermesi doğru bir önerme olabilir. Fakat bu halde de önermenin anlamı aşırı derecede genişleyecek ve önerme işlevsizleşecektir. Bu nedenle hukuku egemenlik üzerinden açıklamaya çalışmak faydasızdır.²⁴⁷

Hukuk pragmatizminde hukuk bir kavram veya kavramlar grubundan ziyade bir etkinlik olarak ele alınır. Bu etkinliği gerçekleştirenler üzerinde doğal hukuk düşüncelerinin etkili olabileceği de kabul edilmektedir. Bugüne kadar doğal hukuk olarak öne sürülmüş olan ilkeler, haklara ve görevlere ilişkin düşünceler veyahut ölçüt önerileri hukuki etkinliklerinde yargıcı yönlendirici veya sınırlayıcı bir etkiye sahip olabilir. Yine “egemenin emri” olarak öne sürülmüş olan pozitif yasalar da bu doğal hukuk ilkeleri gibi yargıcın etkinliği üzerine, diğer bir deyişle yargı kararları üzerinde etkiye sahip olabilirler. Pozitif hukuk ve doğal hukuk, yargısal etkinliğin çıktılarını belirlemek bakımından birbirileri ile yarışabilir, birbirlerini destekleyebilir veya devre dışı bırakabilirler. Bunların etkisinin düzeyi, yargıcın bu etkenlere yönelik bakış açısı ve yargılama etkinliğinin bağlamına göre değişiklik arz edebilir. Hukuk pragmatizminde, doğal hukuk-hukuki pozitivizm karşıtlığı bu şekilde ele alınmaktadır. Pragmatistlere göre hukukun kaynağını tüketici bir şekilde açıklamak bakımından iki kuram da elverişsizdir. Diğer yandan doğal hukuk da pozitif hukuk da hukuki etkinlikler üzerinde etki sahibi olabilmektedir ve dolayısıyla tümüyle anlamsız değillerdir. Diğer bir ifadeyle pragmatist bakışta doğal hukuk da pozitif hukuk da hukuki etkinlikleri etkileyen etkenler kümesinin birer üyesi olarak kabul edilmektedir ve bunların birbirlerine karşı *a priori* bir üstünlüğü yoktur. Hukuk pragmatizminde doğal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki bu karşıtlık veyahut ayrım hiç de ilginç olmayan ve çok da anlam ifade etmeyen bir ayrıma dönüşmektedir.²⁴⁸ Pragmatist hukuk yazınında bu konuya ilişkin çok sayıda görüşün veya eserin ortaya konulmamış olması da bu durumun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Sonuç olarak denilebilir ki hukuk pragmatizmi, doğal hukuk-hukuki pozitivizm ekseninde bir yere sahip olmadığı gibi bu ekseni geçerli bir eksen olarak da kabul etmemektedir. Hukuk kuramı alanında genel kabul görmüş ve birbiri ile yarışmakta olan bu iki seçeneğin de başarısız kabul edilmesi, pragmatistleri hukukun kaynağına ve amacına ilişkin alternatif bir betimsel açıklama ortaya koymaya itmiştir. Bu nedenle hukuki pragmatizm öncelikle betimsel bir kuramdır. Bir normatif kuram ortaya konulacaksa da veya diğer bir ifadeyle hukuk

²⁴⁷ Dewey, 2016c: 36-37.

²⁴⁸ Posner, 1990: 459.

pragmatizminin bir normatif yönü olacaksa da bunun hukuki gerçekliklerle örtüşen bir betimsel açıklama üzerine inşa edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.²⁴⁹

Hukuk pragmatizminin hukukun kaynağına ilişkin genel yaklaşımını ortaya koymadan önce bu konuda söz konusu olabilecek bir kafa karışıklığını açıklığa kavuşturmak yararlı olacaktır. Bu kafa karışıklığının nedeni, Holmes'un Türkçe yazında da çokça alıntılanmış ve tek başına okunduğunda kendi içinde çelişik görünen şu sözleridir:

“Hukuku oluşturan nedir? şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachusetts ya da İngiltere Mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyomlardan ... yapılan bir çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz kötü adamın gözleri ile bakarsak, aksiyomlara ya da çıkarsamaya hiç önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachusetts [sic] ya da İngiliz mahkemelerinin gerçekte verebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. Benim hukuktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminlerdir, daha başka cafcıflı laflar değil.”²⁵⁰

Bu paragraf, pragmatizmde hukukun kaynağı olarak yargı kararlarının kabul edildiği şeklinde bir kafa karışıklığına neden olabilecek niteliktedir. Ancak Holmes'un sorusu (“What constitutes the law?”) ²⁵¹ kaynağa değil içeriğe yönelik bir sorudur. Bu sözler hukuk pragmatizminin davranışçı karakterine uygun olacak şekilde hukukun yargıç davranışı içerisinde görünür olduğunu ve hukuki incelemenin de bu davranışları nesne edinmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar. Ancak bu vurgu, hukukun kaynağının da bu davranışlar veyahut kararlar olduğu iddiasını içermez. Böyle bir iddia ne *The Path of the Law*'da ne *The Common Law* başta olmak üzere Holmes'un eserlerinde ne de genel olarak hukuk pragmatizminde hukukun kaynağına ilişkin getirilen açıklamalar ile uyumlu olabilir.

Hukuk pragmatizmine göre hukukun kaynağı geleneklerdir. Ancak bu ifade mutlak bir ifade değildir. Hukukun kaynağı geleneklerdir demekle, her geleneğin bir kurala temel teşkil ettiği veya her kuralın bir geleneğe uygun olduğu veyahut da geleneklerin hukukun nihai kaynağı olduğu iddia edilmemektedir. Gelenekler, alışkanlıkların ve alışkanlıklar da tekil etkinliklerin tekrarlanması ile meydana gelmektedirler. Bu bakımdan tüm bunların temelinde insan deneyimi bulunmaktadır. Dolayısıyla hukukun nihai kaynağı deneyimdir. Basitçe ifade edilecek olursa gelenekler insanlığın tekil deneyimlere verdiği tepkilerinin belirli düzeyde bir kararlılık kazanması ile oluşmaktadır. Bu kararlılığın temelinde belirli tür tepkilerin diğerlerine nazaran insanları hedeflerine ulaştırmada daha başarılı olması yer almaktadır. Gelenekler bir kere oluşmakla hukuka kaynaklık etme olanağına kavuşmuş olurlar ancak her

²⁴⁹ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

²⁵⁰ Holmes, 1897: 457-478'den aktaran Uzun, 2004: 65.

²⁵¹ Holmes, 1897: 460-461.

gelenek hukuksallaşmayabilir.²⁵² Yasa koyucular veya yargıçlar belirli ölçütler çerçevesinde bazı geleneklerin hukukta yer alması veya bazılarının -zararlı olmaları nedeniyle- hukukça ortadan kaldırılması yönünde tutum alabilirler. Ancak bu noktada belirleyici olan değerlendirme de yine deneyime dayanan ölçütler ve usuller çerçevesinde yapılır. Bu meseleyle ilgili kritik bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Deneyimlere verilen tepkilerin yararlılığı ölçüsünde kararlılık kazanması ile ortaya çıkmış olan bir gelenek nasıl olur da yine deneyimlere dayanan ölçütler ve usuller çerçevesinde zararlı bir gelenek olarak değerlendirilebilir. Hukukun kaynağına ilişkin pragmatik açıklama bu noktada bir açmaz ile karşılaşmış gibi görünebilir. Ancak pragmatistlere göre burada bir açmaz yoktur. İnsan deneyiminin farklı alanlarında ele alınan sorunlar ve ulaşılmak istenen hedefler de farklılık arz etmektedir. Bu sorunların niteliğindeki ve ulaşılmak istenen hedeflerdeki farklılıklar insanlığın farklı değerlendirme usulleri ve ölçütleri oluşturmaya neden olmuş ve olmaktadır. İnsanlar felsefede, bilimde, ekonomide, siyasette, hukukta veya gündelik hayatta birbirlerinden farklı hedeflere yönelirler.²⁵³ Örneğin bir toplumsal sınıfın üyelerinin toplumda üretilen zenginlik içerisinde kendilerine düşen payı en yükseğe çıkarma hedefine yönelmesi beklenebilir. Bu nedenle bunlar, gerçekleşen deneyimler içerisinde kendilerini bu hedefe ulaştırmak bakımından en elverişli olmuş etkinlikleri takip edeceklerdir. Bu etkinliklerin kararlılık kazanması da bunların geleneğe dönüşmesine ve nihayetinde hukuka kaynaklık etme olanağına kavuşmasına neden olacaktır. Diğer yandan ister yasakoyucu ister yargıç olsun hukuku oluşturanların, toplumsal birlikteliğin sürdürülebilirliğini sağlamak hedefine yönelmesi beklenebilir. Dolayısıyla bunlar da gerçekleşen deneyimler içerisinde kendilerini bu hedefe ulaştırmak bakımından en elverişli olmuş etkinlikleri takip edeceklerdir. Bu bakımdan hukuku oluşturanlar, belirli bir sınıfın üyelerinin çıkarlarını diğerlerinin zararına olacak şekilde arttırmaya hizmet eden gelenekleri hukuksallaştırmayı, kendi hedeflerine ulaşmalarına hizmet etmeyen veyahut onları bu hedeften uzaklaştıran bir etkinlik olarak değerlendirebilirler. Bu durumda bu gelenek bir hukuk kuralına dönüştürülmeyebilir veya aksi yönde bir hukuk kuralı konularak bu geleneği engelleme yoluna gidilebilir. İki grubun hedefleri ve dolayısıyla ölçütleri birbirlerinden farklıdır. Ancak bunların hepsinin kaynağı yine deneyimde yer almaktadır.

Bu açıklama hukuk pragmatizminde hukukun sadece kaynağının değil mahiyetinin, amacının ve doğruluk ölçütünün de deneyime dayandırıldığını göstermektedir. Pragmatist bakışta hukuk bir araç olarak görülür. En genel ifadesiyle hukuk, toplumsal düzeni sağlamanın bir aracıdır. Hukukun dışında da bu amaca yönelmiş olan araçlar bulunmaktadır.

²⁵² Donoso, 1959: 585-586.

²⁵³ Donoso, 1959: 598-599.

Ayrıca hukukun bu araçlar içerisinde en önemlisi olduğu da söylenemez. “Hukuk, toplumsal düzeni sağlamanın bir aracıdır” önermesi tek başına hukukun amacı ile ilgili önemli ipuçları içermese de hukukun mahiyeti ile ilgili bir fikir verebilir. Bu amaçlar ne olursa olsun bunlara ulaşmak güç kullanımını gerekli kılacağından, hukukun güç kullanımının kurala bağlanması olduğu söylenebilir. Hukuk, gücün kullanımını düzenleyen bir kural ve uygulamalar bütünüdür.²⁵⁴ Başka bir ifadeyle, iktidar gücünün tesadüfiliği hukuk içerisinde engellenir ve güç kullanımı akılcı bir faaliyete dönüşür. Hukukun uygulanması, bir anlamda iktidar gücünün akılcı kullanımı demektir.²⁵⁵ Bu bütünün meşruluk ölçütü de amaca uygunluktur. Ancak amacın da toplumsal düzenin sağlanması olduğu hatırlanacak olursa burada bir kısır döngü içerisine girildiği düşünülebilir. Bu kısır döngü bağlamın hesaba katılması ile kırılmaktadır. Hukukun amacı toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Hedeflenen düzenin nasıl bir düzen olduğu sorusuna ancak belirli bir yerin ve zamanın siyasi bağlamı içerisinde yanıt verilebilir. Pragmatizmde içinde bulunduğumuz çağın siyasi bağlamı demokrasi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla hukukun amacı demokratik düzenin oluşturulması ve geliştirilmesi olarak görülmektedir. Bu bağlamda hukukun, tüm bireylerin kendi olanaklarını geliştirebilecekleri ve çabalarının karşılığını alabilecekleri bir toplumsal ortamı tesis etme ve koruma amacına yönelik bir kurum olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Hukuk, bu amacı gerçekleştirebildiği ölçüde doğru veya meşru olacaktır.²⁵⁶ Hukuk pragmatizmi, hukukun amacını son kertede bireyin mutluluğu olarak ortaya koysa da bu birey somut bir birey olup toplumdan ayrı düşünülemez.²⁵⁷ Bireyler kendi amaçlarına yönelik girişimleri dâhilinde başka bireylere zarar verebilir veya onların kendi amaçlarına ulaşmalarını engelleyebilirler. Demokratik bağlam, hukuku oluşturanların bu tür durumlarda toplumsal birlikteliğin sürdürülmesi bakımından en uygun olacak şekilde bu çatışan amaçlar arasında seçim yapmalarını gerektirir.

Hukuk pragmatizmi hukuki araştırmanın ve hukuka yönelik açıklamaların odağının kuramdan uygulamaya veya diğer bir ifadeyle düşünceden deneyime kaydırılması talebini ortaya koymuştur. Bu talebe koşut olacak şekilde pragmatist hukukçular, hukuki gerçekliği bütünüyle açıkladığını iddia eden kuramlara karşı da şüpheyile yaklaşmışlardır. Onlara göre bu büyük kuramlar hukuki gerçeklikteki zenginliği kavramaya elverişli değildirler.²⁵⁸ Ancak bu duruma rağmen kendilerini dayatmaya eğilimlidirler. Bu nedenle kafa karıştırıcı ve yanıltıcı

²⁵⁴ Dewey, 1916a: 367.

²⁵⁵ Dewey, 1916b: 295.

²⁵⁶ Caspary, 2000: 170.

²⁵⁷ Donoso, 1959: 585.

²⁵⁸ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

olmaktadırlar.²⁵⁹ Pragmatistlere göre düşünce ancak deneyimde bir temeli veya deneyime bir etkisi varsa anlam ifade etmektedir. Pragmatik felsefenin genelinde olduğu gibi hukuk pragmatizminde de kavramlardan gerçekliklere doğru bir kaçış eğilimi gözlenmektedir. Kavramsal akıl yürütmenin incelikli zevkleri pragmatistler için bunaltıcı olabilmektedir. Onlar, bağlamın ve deneyimin somut dünyasında kalmayı yeğlerler. Onlara göre insan aklının belirli sınırlılıkları vardır. Hukuki bilgi belirli bağlam içerisinde geçerlidir. Her bakış açısı farklı bir hukuki amaç ve dolayısıyla farklı bir hukuki gerçeklik ortaya koyar. Bilginin hiçbir alanında olmadığı gibi hukukta da mutlak gerçeklik veya mutlak doğruluk ölçütleri ortaya koymak mümkün değildir.²⁶⁰ Pragmatist hukukçular, kurama şüpheyle yaklaşırlar ancak kuramın hiçbir yararı veya işlevi olmadığını iddia ettikleri söylenemez. Aksine pragmatistlerin hukukun kaynağına, içeriğine, amacına ve ölçütüne ilişkin getirdiği açıklamalar, hukuk pragmatizminin bizi bütünlüklü bir hukuk kuramı olarak adlandırılmasına imkan verir niteliktedir. Bu açıklamalar bir yandan da pragmatist hukuk kuramının esasları için temel teşkil etmektedirler. Örneğin hukukun bir araç olduğunun belirtilmesi, bu hukuku araştırarak kuramın araçsal bir bakış açısına sahip olmasını gerektirir. Hukuk ile ulaşmak istenen amacın bağlama bağlı olduğu kabulü, hukuk kuramının hukuku ancak içinde bulunduğu bağlam içerisinde ele alırsa doğru sonuçlara ulaşabileceğini ifade eder. Bağlamsalcılığın kabulü, kaçınılmaz olarak, hukuka ilişkin mutlak ve temelci açıklamaların reddini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle doğru bir hukuk kuramı antitemelci bir kuram olmalıdır.²⁶¹ Pragmatist hukukçular birey ve grupların kendi bakış açıları dahilinde kendi amaçlarını belirlediklerini ve hukukun yine belirli bir bakış açısı doğrultusunda güç kullanarak bu amaçları düzenlediğini savunurlar. Böylece perspektivizm de hukuk pragmatizminin esaslarından biri olarak karşımıza çıkar. Tüm bu açıklamalara bakarak hukuk pragmatizminin dört temel esasa sahip olduğunu belirtebiliriz. Bunlar, araçsalcılık, bağlamsalcılık, antitemelcilik ve perspektivizmdir. Bu esaslar birbirine bağlı, birbirini gerektiren ve birbirlerini destekleyen temeller olarak hukuk pragmatizmini şekillendirirler. Hukuk pragmatizmini bu temel nitelikleri üzerinden ele almak bu kuramın ayrıntılarını sistemli bir biçimde ortaya koymak bakımından elverişli olacaktır.

²⁵⁹ Smith, 1990: 429.

²⁶⁰ Posner, 1990: 465.

²⁶¹ Cotter, 1996: 2075.

2.1.3. Hukuk Pragmatizminin Esasları

2.1.3.1. Araçsalcılık

Bilginin bir araç olduğu önermesi pragmatist felsefenin temel önermelerinden biridir. Pragmatizmde düşünme, insanın çevresiyle olan uyumunu arttırmak üzere işe koştuğu bir olanağı olarak kabul edilir. Dolayısıyla düşünce veya bilgi, belirli amaçlar çerçevesinde pratik tutum ve davranışların planlanması ve değerlendirilmesi için var olur. Hiç kimse sırf düşünmüş olmak uğruna düşünmez. Her düşünce bir eylem planıdır.²⁶² Hukuk pragmatizminde de bu araçsalci bakış benimsenmiştir. Bu bakımdan hukuk bir eylem planıdır. Hukuk kuralları sırf doğru oldukları için konulmazlar. Kaldı ki bir kural, uygulanmadıkça onun doğru veya yanlış olduğunun takdir edilmesi mümkün değildir. Kurallar, uygulanmak üzere konulurlar. Pragmatistler araçsallığın, hukuk olgusunun farklı boyutlarında gözlemlenen bir özellik olduğunu belirtirler. Örneğin hukuki kavramlar düşünce araçlarıdır ve bu düşünce araçları ile kurallar ifade edilir. Bu kurallar da uygulama araçlarıdır. Hukuk uygulamaları da belirli toplumsal hedeflere ulaşmanın aracıdır. Avukatlık hizmetleri bireylerin hukuki sonuçları öngörmeye veya istedik sonuçlar elde etmeye kullandıkları araçlardır. Kısacası, pragmatist hukukçulara göre hukuk bütünüyle bir araçtır. Hukuk, içinde bulunan bağlamda, toplumdaki birey ve grupların kendi amaçlarına ulaşmak için kullandıkları bir araç olabileceği gibi bu amaçların uzlaştırılması amacına da hizmet etmektedir. Bu bakımdan hukukun nihai amacının belirli bir bağlam içerisinde toplumsal düzenin sağlanması ve korunması olduğu belirtilebilir.²⁶³

Pragmatistlere göre hukuk, sadece düzenin sağlanması ve korunmasına yönelik bir araç olmayıp bir yandan da bu düzenin önemli bir parçasını teşkil eder. Dolayısıyla hukuk sadece araç değil aynı zamanda amacın da bir parçasıdır. Örneğin sağlam bir idari yapı, düzgün işleyen bir kolluk sistemi veya iyi yetişmiş yargıçlar sadece toplumsal düzenin sağlanmasının araçları değildirler. Bunlar bizatihi iyi bir toplumsal düzenin parçaları olmaları nedeniyle aynı zamanda ulaşılmak istenen amaçları da teşkil ederler. Belirli bir dönemin amaçları, zamanla daha ileri amaçlara yönelmede kullanılan araçlara dönüşebilirler. Hukuk kuralları bakımından da durum böyledir. Kuralların araçsal karakteri üç farklı biçimde ortaya konulabilir. İlk kurallar, suçla mücadele etmek, ekonomik verimliliği arttırmak, yaşam kalitesini yükseltmek gibi belirli ve görece somut amaçlara hizmet etmek üzere bir hukuk sistemi içerisinde yer alırlar. Kuralların ikinci araçsal işlevi, belirli toplumsal değerleri ifadeye kavuşturmadır. Bu nedenle kimi kuralların hukuk sisteminde yer alması bizatihi bir amaç da

²⁶² Cotter, 1996: 2078.

²⁶³ Grey, 1996: 42.

olabilmektedir.²⁶⁴ Elbette bu ifadelerin de nihayetinde eylem planları olduğunu akılda tutmak gerekir. Bunun yanı sıra hukuk toplumsal yapının bir parçası olması nedeniyle bu bütünün politika, ekonomi, din ve ahlak gibi diğer unsurları ile birlikte gelişmekte ve değişmektedir. Bunlardan etkilenir ve bunları etkiler. Dolayısıyla hukuk bu diğer unsurlardan soyutlanamaz. Ancak hukuk, iktidar gücü ile desteklenmiş bir araç olması ve aynı zamanda bu gücün dağıtımını düzenlemesi nedeniyle kökenini toplumsal yapının diğer unsurlarından alan güç mücadelelerine de sahne olabilmektedir. Birbirinden bağımsız ve birbiri ile çatışan tarafların güç mücadeleleri, bunların karşılıklı olarak birbirlerini hedeflerine ulaşmak bakımından engellemesine neden olmaktadır. Çatışan taraflar olanca güçleriyle hedeflerine yönelmeye çalışmakta ama çatışma bunların potansiyellerine ulaşabilmelerini imkânsız kılmaktadır. Pragmatist bakışta bu tür çatışmalar toplumsal enerjinin boşa harcanması olarak görülmektedir.²⁶⁵ Bu durum hukuk kurallarının üçüncü türde bir araçsal işleve sahip olmasını gerekli kılar. Bu işlev hukuk kurallarının, toplumdaki güç dengelerini belirleme, dışsallaştırma ve meşrulaştırma işlevidir.²⁶⁶ Bu bakımdan bir araç olarak ele alınmakla birlikte hukukun, toplumdaki bireylerin amaçlarını etkileme, belirleme ve değiştirme olanağına sahip olduğu da hukuk pragmatistlerince kabul edilmektedir.²⁶⁷

Pragmatist hukukçular, hukuka yönelik araçsalcı yaklaşımları çerçevesinde hukuku salt bir araç olarak görüp onu toplumsal yapının diğer boyutlarının dışında veya üzerinde bir konuma yerleştirmemektedirler. Toplumdaki tüm amaçlar ve araçlar arasında bir tür geçişlilik tespit etmek mümkündür. İnsan deneyiminin *süregiden* karakteri araçlar ve amaçlar arasında da sürekli bir geçişlilik ve değişkenlik bulunmasına neden olmaktadır. Bu nedenle hukuk pragmatistleri amaçlar ve araçlar arasında kesin bir ayırım yapmayı reddederler.²⁶⁸ Bu özellik hukuk pragmatizminin, onu diğer araçsalcı yaklaşımlardan ayıran karakteristik bir özelliğidir. Pragmatizmde, Bentham'ın veya Hobbes'un faydacılık yaklaşımlarında yer alan "hazza ulaşmak" veya "hayatta kalmak" gibi belirli ve sabit amaçların varlığı kabul edilmez. Pragmatistlere göre böyle belirli ve değişmez amaçlar ortaya koymak tıpkı *a priori* ahlaki ilkeler önermek kadar yanlıştır. İnsanlar farklı maddi ve kültürel unsurların şekillendirdiği farklı bağlamlar içerisinde yaşamaktadırlar ve bu bağlamlar onların amaçlarının da birbirlerinden farklı olması durumunu yaratır. Belirli bir bağlam içinde yaşayan kişinin amaçları ile başka bir bağlam içinde yaşayan kişinin amaçları birbirinden farklı olacaktır. Bunun yanı sıra, bu bağlamı belirleyen önemli etkenlerden birinin tarihsel koşullar olması

²⁶⁴ Cotter, 1996: 2135.

²⁶⁵ Dewey, 1916b: 297.

²⁶⁶ Kennedy, 1982: 599.

²⁶⁷ Holmes, 1873: 655.

²⁶⁸ Farber, 1987: 1345.

aynı toplumda bir nesilden başka bir nesle geçildiğinde dahi bağlamın kendi içinde değişmesi sonucunu yaratacaktır. Kaldı ki aynı maddi ve kültürel bağlam içerisinde yaşayan bireyler bile farklı bakış açılarına sahip olabilmektedir. Bu durum, bir toplumda peşinden gidilmekte olan amaçların birbirinden farklı ve birbirine indirgenemez nitelikte olmasına neden olmaktadır.²⁶⁹

Araçsalcılığın diğer bir boyutu, hukukun somut hukuki sorunların çözümüne ilişkin bir araç olarak ele alınmasıdır. Hukuk pragmatistlerine göre hukuk, "herkese hakkını ver" ilkesi çerçevesinde işleyemez. Hukukun bir araç olması, hukukun bir hak tevdi aracı olması demek değildir. "Hukuken korunan çıkar" olarak tercüme edilse dahi hak, sabit bir içeriğe sahiptir. Hukuki sorunlar haklarla ilgili sorunlar olarak kabul edildiğinde, çözüm herkese hakkını vermek olarak görünür. Bu yaklaşımda yasa koyucular veya yargıçlar ele aldıkları bir sorunu belirli bir hak kavrayışı üzerinden değerlendirecek, buna göre ilgililerin haklarını tespit edecek ve bu tespit üzerinden bir yasa yaparak veya karar vererek onlara haklarını tevdi etmiş olacaklardır. Böyle bir yaklaşım, hukuki sorunların bir kereliğine ve nihai olarak çözülebileceği yönündeki yanlış bir kabulü yansıtmaktadır. Hukuk pragmatistlerine göre hukukta sorun çözümü çok daha geniş kapsamlı ve zamana yayılan bir araştırmayı gerektirir. Sorun çözümünde soyut, farazi ve salt akademik tartışmalardan olabildiğince kaçınılmalıdır. Sorun çözümünde somut ve pratik yönleri ele alınmalıdır. Böylesi bir yaklaşımın hukuki tartışmaların kapsamını daraltacağı düşünülebilir ama gerçekte bunun tam aksi bir durum ortaya çıkmaktadır. Pragmatist yaklaşımla ele alındığında her problemin kapsamı oldukça genişlemekte ve bunlara çözüm üretme yolunda incelenmesi gereken dolaylı konuların sayısı oldukça artmaktadır. Bu bakışta örneğin bir adi suç, salt diğer bireylerin haklarına yönelmiş bir tehdit veya tecavüz olarak ele alınmaz. Bu konuda yapılacak tartışma pragmatist bir bakışla gerçekleştirildiğinde, kolluk düzenlemelerinin elverişliliğinden suçu besleyen habitusa, fırsat eşitsizliğinden kentin belirli bölgelerindeki gece aydınlatması sorunlarına kadar çok sayıda ve birbirinden çok farklı karakterde dolaylı mesele tartışmaya dâhil olmaktadır.²⁷⁰

Hukuk pragmatizminde somut sorunların çözümünde genellemelerden ve sözlerden ziyade bunların ifade ettiği veya yansıttığı somut gerçekliklerin göz önünde tutulması gerektiği savunulur. Aksi halde bir araç olarak hukukun hedeflenen amaçlara ulaştırma görevini tam olarak yerine getirebilmesi mümkün değildir. Somut sorunlarda gündeme gelen ve sorunun taraflarınca *hak*, *görev*, *ödev* gibi kavramlarla ifade edilen görüşlerin gerçeklikteki karşılıklarına tercüme edilerek düşünülmesi gerekmektedir.²⁷¹ Bu tür kavramlar ahlaki

²⁶⁹ Grey, 1989: 807.

²⁷⁰ Simon, 2004: 184.

²⁷¹ Holmes, 1899: 460.

öğretiler içerisinde geliştiklerinden hukuk alanında kafa karıştırıcı olabilmektedirler. Hukuk bir araçtır ve hukuka nakledilen ahlaki terimler bu araçsallık içerisinde yeniden anlamlandırılır ve farklılaşırlar. Bu nedenle bireyler bu kavramların ahlaki içeriklerine hiç dikkat etmeksizin yaşamlarını hukuka uygun olarak sürdürebilirler. En ahlaksız kişi dahi hukuki sorunlar yaşamaksızın hayatını sürdürebilir ve belirli hukuki şartları sağladığı ölçüde hukuk tarafından korunacaktır.²⁷² Hukuk insanları tanrının gözleriyle göremez, bu nedenle içsel güdülerinden ziyade davranışlarının dışa yansıyan boyutlarıyla ilgilenmektedir.²⁷³ Pragmatistlere göre hukuk bir yaşam öğretisi değil bir uzmanlık alanıdır. Hukukçular da mistik karakterler değildir. Toplumdaki bireyler, avukatlara belirli bir konuda ahlaken yapılması gereken doğru davranışın ne olduğunu öğrenmek üzere başvuramazlar. Esasında hukukçuların bu tür konularda söz söylemek bakımından toplumdaki diğer bireylerden daha üstün bir konumda olduğunu iddia etmenin de bir temeli bulunmamaktadır. Bireyler avukatlara ahlaken değil, hukuken yapılması gereken doğru davranış konusunda tavsiye almak üzere başvururlar. Bizatihi hukuki hizmet de bireylerin somut amaçlarına ulaşmalarında bir araç teşkil etmektedir.²⁷⁴ Bu nedenle gerek yasama alanında gerekse de yargılamada taleplerin değerlendirilmesi aşamasında hak ve ödev gibi genellemelerden ziyade, belirli bir talebin kabul edilmesinin veya başka bir taleptense o talebin kabul edilmesinin gerçeklikte yaratacağı olumlu ve olumsuz sonuçların öngörülmesi ve kararın bu öngörüler temel alınarak verilmesi uygun olacaktır.²⁷⁵ Araççılık tezi kaçınılmaz olarak hukuk pragmatizminin hukuki doğruluğa ilişkin değerlendirmelerde ileri dönüklüğü savunan bir tez olması sonucunu doğurmaktadır. Eğer hukuk bir araçsa, hukukun doğruluğu ancak sonuçlarına bakılarak belirlenebilir. Dolayısıyla hukukun doğruluğunun sınanmasında geçmişle uyumdan ziyade içinde bulunulan bağlamın ihtiyaçlarına uygunluk önem arz etmelidir.

Hukuk pragmatistlerine göre geleneksel hukuki yaklaşım, hukuki doğruluğun geçmişe dönük olarak değerlendirilmesini esas almaktadır. Bu haliyle yargılama etkinlikleri, geçmişte verilmiş olan kararlara ve geçmişte yazılmış olan kurallara sadık kalarak yine geçmişte yapılmış yanlışların hesabını sormak veya kefaretni ödetmeye yönelmektedir. Bireylerin veya diğer hukuk öznelerinin sahip olduğu hukuki değerler de yine geçmişte yaşanmış olan olaylara bakarak belirlenmektedir. Pragmatistler, geçmişin sorunları veya beklentilerinden ziyade bugünün çözümlerine odaklanmanın doğru olacağını savunmuşlardır.²⁷⁶ Belirli bir

²⁷² Gürkan, 1961: 28.

²⁷³ Holmes, 2009: 98.

²⁷⁴ Holmes, 1897: 457.

²⁷⁵ Holmes, 1894: 3.

²⁷⁶ Simon, 2004: 211.

toplumun geçmişi, o toplumun hukukunun içinde olduğu bağlamın bir parçasını oluşturması bakımından kaçınılmaz olarak hukuki tartışmanın bir parçası haline gelmektedir. Yargıçlar da bir anlamda kendi geçmişlerinin bir ürünü olmaları nedeniyle geçmişin etkisinden –isteseler dahi- kaçamazlar. Geçmişin verilecek kararlarda kılavuzluk yapması veya kararların gerekçelendirilmesi aşamasında retorik destek sağlaması mümkündür.²⁷⁷ Ancak geçmiş bugüne ışık tuttuğu ölçüde değerlidir. Dolayısıyla geçmişin bir değeri vardır ancak o değer mutlak olmayıp bugünün ihtiyaçlarına bağlıdır.²⁷⁸ Eğer bugünün şartları geçmişin bir kenara bırakılmasını gerektiriyorsa yargıç, bu ihtiyacın gereğini yerine getirmeye hazır ve istekli olmalıdır.²⁷⁹ Geleneksel bakış açısında geçmişle uyumluluk ve istikrar vurgulanırken, pragmatist hukukçular araçsalcılık tezine de uygun olacak şekilde verilecek bir kararın yaratacağı sonuçların göz önüne alınması gerektiğini savunurlar.²⁸⁰

2.1.3.2. Bağlamsalcılık

"Belirli bir zamanda hissedilen gereklilikler, kabul görmüş ahlaki ve siyasi kuramlar, kamusal siyasete ilişkin düşünceler, hatta yargıçların -açıkça veya farkında olmadan- çevreleriyle paylaştıkları ön yargılar, insanları yönetirken gözetilmesi gereken kuralların belirlenmesinde mantıki kıyastan daha fazla etkiye sahip olmuşlardır."²⁸¹

Pragmatist hukukçular, hukuku toplumsal düzenin sağlanmasının bir aracı olarak görürler. Bu araç ile düzenlenecek olan malzeme ise toplumdaki birey ve grupların çatışabilen amaçlarıdır. Ancak bu amaçlar bir kereliğine nihai olarak belirlenebilecek amaçlar değildir. Bunlar, belirli bir toplumsal bağlam içerisinde oluşur. Yüz yıl önce yaşamış olan insanların hayattaki hedefleri ile bugünün insanların hedefleri farklı olabilir. Bu durum hukukun düzenleyeceği malzemenin bağlamsal bir karaktere sahip olmasına neden olmaktadır. Bunun yanı sıra hukukun bu amaçlar arasında hangi ölçüte göre seçim yapacağı, bu amaçların hangilerine öncelik ve üstünlük tanıyacağı veya hangilerini engellemeye yöneleceği de belirli bir dönemin toplumsal bağlamına göre cevaplandırılabilir sorulardır.²⁸² Hukuk pragmatizmine göre feodal toplumda da demokratik toplumda da hukuk bir araçtır. Ancak bu aracın neye hizmet edeceği veya neye hizmet etmesi gerektiği toplumdan topluma değişiklik gösterir. Bu açıklama hukuk pragmatizminin bağlamsalcı karakterini yansıtır niteliktedir. Pragmatistler hukukun bir araç olduğu kabulünden yola çıkarak bu aracın ancak içinde bulunduğu bağlamla birlikte ele alınabileceği sonucuna varırlar.

²⁷⁷ Smith, 1990: 413.

²⁷⁸ Holmes, 1897: 474.

²⁷⁹ Smith, 1990: 413-414.

²⁸⁰ Butler, Brian E., "Legal Pragmatism", Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

²⁸¹ Holmes, 2009: 3.

²⁸² Minow, 1989: 1610.

Düşünmenin, değerlendirmenin ve gerekçelendirmenin diğer alanlarında olduğu gibi hukukta da her çatışma belirli ve benzersiz bir bağlam içerisinde ortaya çıkmakta ve bunlar hakkında verilen kararlar da yine bu bağlam içerisinde oluşturulmaktadır.²⁸³ Pragmatistler bağlamsalcılık görüşleri çerçevesinde hukuki işlerin bir bağlam içerisinde yapılması gerektiğini savunmazlar. Zira her işlemin, her düşüncenin ve her değerlendirmenin bir bağlamı vardır ancak yine de bir tartışmanın tarafları birbirlerini “meseleyi bağlamdan koparmak”la itham edebilmektedirler. Esasında bu itham bağlamın belirli unsurları ön plana çıkarılırken diğerlerinin göz ardı edildiğini veya bu bağlamda yer almayan unsurların değerlendirmeye temel alındığını ifade etmektedir. Hiçbir mesele bağlamdan koparılamaz, her değerlendirmenin “yanlış” da olsa bir bağlamı vardır.²⁸⁴ Dolayısıyla yargıçlardan bağlam içerisinde karar vermelerini istemek, bir binanın tepesinden atlayan kişiden yere düşmesini istemek kadar anlamsız bir taleptir. Ancak nasıl ki insanları yer çekimi kuvvetinin varlığı ve göz önünde tutulması gerekliliği konusunda uyarmak hala makul ise hukukçuları da bağlamsallık konusunda uyarmak aynı şekilde makuldür. Bu doğrultuda hukuk pragmatistleri öncelikle hukuki düşüncenin her alanında bağlamın belirleyici olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu çaba dâhilinde bağlamsallığa ilişkin betimsel tespitlerin ortaya konulduğu görülür. Bu tespitlerde bağlamsallık yerine aynı anlama gelecek şekilde somutluk (*concreteness*), yerleşiklik (*situatedness*), gömülülük (*embeddedness*) gibi isimlendirmelerin de yapılabildiği görülmektedir.²⁸⁵ Bu tespitlerden hareketle pragmatistler, hukukçuları - özellikle yargıçları- hukuki tartışmaların ve uyuşmazlıkların içinde olduğu bağlamın özelliklerinin farkında olmaya ve kararlarında bu özellikleri göz önünde tutmaya çağırırlar.²⁸⁶ Bu bakımdan hukuk pragmatizminde bağlamsallık, biri betimsel, diğeri normatif olmak üzere iki farklı boyutu olan bir mesele haline gelir.

Hukuk pragmatistlerinin hukukun bağlamsallığına ilişkin betimsel argümanları incelendiğinde meselenin iki farklı boyutta ele alındığı görülmektedir. Birinci boyutta bağlamsallık, hukukun içeriğinin bağlamsallığı olarak ortaya konulur. Bu açıdan hukuk, bir toplumsal ürün olarak ele alınır. Hukukun kökleri bir dönemde ortaya çıkan tekil uygulamalar ve bunların benimsenip tekrarlanmasıyla oluşan geleneklerdedir.²⁸⁷ Dolayısıyla hukukun içeriği de toplumda belirli bir dönemde etkin olan, siyasi, ekonomik ve kültürel etkenler

²⁸³ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

²⁸⁴ Smith, 1990: 435.

²⁸⁵ Tamanaha, 1996: 333-334.

²⁸⁶ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

²⁸⁷ Grey, 1996: 41.

tarafından belirlenir.²⁸⁸ İkinci boyutta ise, bağlamsallık tezi, tekil yargılama etkinliklerinin her birinin kendilerine özgü birer bağlam içerisinde gerçekleştiğini ifade etmek üzere öne sürülür. Hukukun içeriğinin bağlamsallığına ilişkin hukuk pragmatistlerince yapılmış çalışmalar arasında en çok ses getirmiş olanı Holmes'un *The Common Law* isimli eseridir. *The Common Law* hukukta yer alan ve zamandan bağımsız gibi görünen soyut kavramların esasında olumsal ve bağlamsal olduğunu ortaya koymak üzere yazılmış bir tarihsel analiz olarak değerlendirilmektedir.²⁸⁹ Bu eserle Holmes, hukuk kavramlarının akılla keşfedilmiş veya mantıkla türetilmiş tümeller olmadıklarını, aksine belirli dönemlerde ortaya çıkmış belirli türden uyumsuzluk biçimleri için uygulanmış hal suretleri olduklarını ispatlamaya çalışmıştır. Holmes, bir tür sosyal darwinizmi hukuk alanına taşıyarak, bugün kullandığımız kavramların bir evrim süreci içerisinde meydana geldiğini açıklamayı hedeflemiştir. Belirli bir dönemin ihtiyaçlarına karşılık veren uygulamalar, sonraki dönemlerin ihtiyaçlarına karşılık vermeye devam edecek şekilde evrim geçirerek bugüne ulaşırlar veya bu evrimsel süreçte başarısız olarak hukuk alanından silinirler. Dönemin ihtiyaçlarını karşılamada başarılı oldukları ölçüde belirli hal suretleri uygulama alışkanlıklarına, sonra geleneklere ve nihayet dönemin siyasi bağlamı içerisinde hukuk normlarına dönüşürler. Hukuk normları genel uygulamaya yönelik olduklarından buna uygun bir form içerisinde ifade edilirler. Form içeriğe nazaran daha dayanıklı bir unsurdur. Bu nedenle normun ortaya çıkmasına neden olan ihtiyaçlar veya gelenekler ortadan kalksa dahi norm hukuk sistemi içerisindeki yerini koruyabilir. Formun yanı sıra, hukukun kendine özgü bir de dili vardır. Belirli bir bağlam içerisinde oluşan bir kavram, bir hukuk kavramına dönüştüğünde artık hukuk dilinin alanına girer ve o kavramın esas kökenini oluşturan gündelik bağlam ile arasında bir kopukluk meydana gelir. Örneğin *nişanlanma* gündelik dilde farklı hukuk dilinde farklı bir anlama gelebilmektedir. Gündelik dilde nişanlanma, aileler arasında küçük veya büyük bir toplantıyla yapılan, müstakbel eş adaylarına yüzük takılan ve kurdele kesilen bir törendir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde sokaktaki insan için nişanlanma da gerçekleşmiş demektir. Ancak bir hukukçu için bu durum nişanlanmanın gerçekleştiği anlamına gelmez. Hukukta nişanlanma, tarafların birbirlerine hür iradeleri ile evlenme vaadinde bulunmalarıyla gerçekleşir. Hukukun kendine özgü bir dili ve formel yapısı olması, bağlam ile norm arasındaki bağlantının gözden kaybolmasına veya göz ardı edilebilmesine neden olmaktadır.²⁹⁰ Ancak dil ve form da tıpkı içerik gibi yine tarihi süreç içerisinde evrimsel bir değişim ilkesine tabidir. Bu evrimi yönlendiren de tıpkı içeriğin

²⁸⁸ Friedman, 2004: 6.

²⁸⁹ Butler, Brian E., "Legal Pragmatism", Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

²⁹⁰ Holmes, 2009: 7.

evriminde olduğu gibi bir dönemde etkin olan, siyasi, ekonomik ve kültürel etkenlerdir. Ancak bu etki görece dolaylıdır. Bu etkenlerin baskısı kendisini öncelikle içerik üzerinde gösterir. Form, yeni bağlamın gerektirdiği içerik değişikliğine müsaade edecek bir yapıya sahipse normun içeriği değişir ve formu aynı kalır. Ne zaman ki form bu değişiklikleri engellemeye başlar, işte o zaman değişim baskısı forma yönelir ve bu kez formun değişmesi söz konusu olur. Pragmatistlere göre içeriğe göre daha dayanıklı ve daha özerk bir yapıda da olsa hukuk dili ve hukuki form da bağlamsaldır.²⁹¹

Hukukun bağlamsallığı, tekil yargılamalar bakımından da geçerlidir. Hukukun içeriğini belirleyen bağlamın unsurları yargılama etkinliğinin de bağlamında yer alırlar. Zira bunlar hukukun ayaklarının yere bastığı noktayı teşkil eder.²⁹² Ancak bu kez bunların yanında belirli bir davadaki tarafların ve yargıcın bu bağlam içerisindeki konumları ve bu konumlara ilişkin algıları da söz konusu bağlama dâhil olur. Her bir yargılama etkinliği, birbiriyle ilişkili üç gruba ayırabileceğimiz çok sayıda unsurdan oluşan bir bağlamsal zemin içerisinde gerçekleşmektedir. Bu bağlam unsurlarının birinci grubunu o etkinliğin gerçekleştiği dönemin genel toplumsal bağlamını teşkil eden siyasi, tarihi, ekonomik ve kültürel öğeler oluşturur. İkinci grubun unsurları, söz konusu yargılamaya katılan aktörlerin ve tarafların bu genel bağlam içerisinde sahip oldukları konumlardır. Diğer bir ifadeyle bu gruptaki unsurlar, bir tekil yargılama etkinliğinde yer alan yargıçların, savcılarının, avukatların, bilirkişilerin, tarafların, tanıkların ve diğer ilgililerin toplumdaki sınıfsal, kültürel, cinsel vs. konumlarıdır. Yargılama etkinliğinin bağlamını oluşturan üçüncü grupta ise, aktör ve ilgililerin, kendilerinin ve yargılamada yer alan diğer kişilerin bir önceki cümlede açıklanan konumlarına ilişkin algıları yer alır.²⁹³ Özellikle ikinci ve üçüncü gruptaki unsurlar her bir yargılama etkinliğinin benzersiz birer bağlama sahip olmasına neden olmaktadır. Her bir yargı kararı bu unsurların belirlediği benzersiz bir bağlam içerisinde ortaya çıkmaktadır. Gelgelelim birçok davada mesele hiç de bu kadar karmaşık olmamaktadır. Mutat yargısal etkinlikler içinde yargıç, bir emsal veya yazılı kuralın *apaçık* anlamından çıkarttığı normu, somut olaya uygular ve böylece hiç de tartışmalı olmayan *apaçık* doğru bir karar vermiş olur. Toplumsal konumlar, algılar ve benzeri unsurlar meseleye dahil olmamaktadır. Bu tür davalar yargılamanın salt yasal bir çerçeve içerisinde gerçekleştirildiği yönünde bir algıya neden olabilmektedir. Durum böyle görünmekle birlikte, bir yargılama etkinliğinde bağlamı görünür kılacak argümanların gündeme gelmemiş olması o yargılamanın belirli bağlam içerisinde gerçekleştirilmediğini göstermez. Tıpkı bir davada yorum tartışması yapılmamış olmasının o davada yorum

²⁹¹ Donoso, 1959: 605.

²⁹² Tamanaha, 1996: 345.

²⁹³ Bu son grubun ayrıntıları *Perspektivizm* başlığı altında ele alınacaktır.

yapılmadığı anlamına gelmediği gibi... Esasında bir yargılama etkinliğini *apaçık* veya *mutat* kılan da bizzatıhi o yargılama etkinliğinin bağlamıdır.²⁹⁴ Örneğin, cinsiyete dayalı ayrımcılık Türk hukukunda 1961 Anayasası'nda da 1982 Anayasası'nda da *apaçık* bir şekilde yasaklanmıştır. Ancak buna rağmen, erkeğin evin reisi olduğunu belirten, kadının çalışmak için kocasından izin alması gerektiğini belirten veyahut karı ve kocanın ailenin işleri ile ilgili konularda ortak bir karara varamadığı hallerde kocanın sözüne üstünlük verilmesi gerektiğini belirten kanun hükümleri bu ilkeye aykırı görülmemiştir. Böylesi düzenlemelerin bugün *apaçık* bir şekilde kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı görülmesini bekleyebiliriz. Bu durumda etkili olan unsur kültürel bağlamdaki değişikliklerdir.²⁹⁵ Hukuk pragmatizminde her yargılama, her yasal düzenleme hatta her idari işlem belirli bir bağlam içerisinde meydana gelir. Bir sorunun -sorun olarak kabul edilmesi de dâhil olmak üzere- hukuk içinde tanımlanmasını, düzenlenmesini ve şu veya bu yönde çözümlenmesini (veya bir türlü çözümlenememesini) belirleyen de bu bağlam olmaktadır.²⁹⁶

Bağlamsallık tezinin betimsel yönü böylece açıklanabilir. Ancak bu tezin bir de normatif yönü vardır. Pragmatistler bağlamsallık tezini ortaya koymakla, hukukçulara bir yandan hukuk metinlerinin üretildikleri ve uygulandıkları bağlamın dışında salt kendinde bir anlama sahip olmadıklarını hatırlatırken, diğer yandan yaptıkları tüm etkinliklerin belirli bir bağlam içerisinde gerçekleştiğini göstererek onları bu bağlam konusunda bilinçli olmaya çağırmaktadırlar. Pragmatistlere göre hukuk uygulaması, eldeki soruna hangi kuralın uygulanacağını tespit edilmesi ve bu kuralın uygulanmasından ibaret görülemez. Zira eldeki sorun, çok sayıda ayrıntıya ve ayırt edici özelliğe sahiptir. Bu sorunun soyut bir hukuk kuralıyla açıklanması mümkün değildir. Esasında hukuk kuralı da, bir tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkmış tekil sorunların ve bunlara getirilen çözümlerin üst üste konularak bunların bütün ayırt edici özelliklerinin silinmesiyle elde edilmektedir.²⁹⁷ Bu nedenle hukukçunun

²⁹⁴ Friedman, 2002: 273.

²⁹⁵ Bu beklentinin 2004 yılında ilgili anayasa maddesine eklenen "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir." ifadesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. İlgili anayasa maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "Herkes, [...] cinsiyet, [...] ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Dolayısıyla maddeye 2004 yılında eklenen ifade esasında bu hükme yeni bir anlam katmamıştır. Yine de, bu ifadenin hükmü *daha açık* kıldığı iddia edilebilir. Gelgelelim bu ifade de -bugün itibarıyla aşağı yukarı 13 yıldır yürürlükte olmasına rağmen- evlenen erkek kendi soyadını kullanmaya devam ederken evlenen kadının bu haktan mahrum bırakılmasının anayasaya aykırılığı konusunda açık bir kanaate varılmasına imkân verememektedir. Belki birkaç on yıl içerisinde -ilgili hüküm değişirse dahi- kültürel bağlamın değişmesiyle birlikte bu durumun anayasanın eşitlik ilkesine açık bir şekilde aykırı olduğu kanaatinin oluşacağını ummak için yeterli tecrübeye sahibiz. Elbette aksi bir durumun ortaya çıkması da her zaman mümkündür. Başka bir örnek olarak, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameyle ilgili anayasal düzenlemelerde hiçbir değişiklik olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda içtihat değişikliğine gitmesini gösterebiliriz. Bu örnekte ilgili düzenlemelerin aynı kalmasına rağmen, yargılamanın siyasi bağlamında meydana gelen değişiklikler Anayasa Mahkemesinin önceki kararından farklı bir karar vermesine neden olmuştur.

²⁹⁶ Friedman, 2002: 517.

²⁹⁷ Minow, 1989: 1602-1603.

yapması gereken işlerden ilki, kullanılan hukuki kavramların, kurumların ve kuralların kökenleri ve tarihi gelişimleri hakkında bilgi sahibi olmaktır. Belirli bir zamanda kullanılmak üzere hazır bulunan hukuk kuralları, bir toplumun uzun tarihi süreçler içerisinde geçirdiği dönüşümleri bünyesinde toplar. Her kuralın bir kökeni, doğumu, gelişimi, kısacası bir hikâyesi vardır. Dolayısıyla bunlar soyut matematik düsturları gibi düşünülmemelidir. Kuralların ne olduğunun bilinmesi, hukukun bilgisine sahip olunduğu anlamına gelmez. Bunların dün ne olduklarının ve yarın ne olmaya meyilli olduklarının da bilinmesi gerekmektedir.²⁹⁸ Hukuki incelemenin bir başlangıcı veya sonu yoktur. Her hukuk etkinliği toplumun hukuki deneyiminin orta yerinde başlar. Her tekil etkinliğin bağlamı geçmişe ve geleceğe doğru genişlemektedir. Geçmişin mirası ve geleceğe ilişkin istekler, birbirleri kadar güçlü bağlam unsurlarıdır ve bu durum hukukun temel gerilim noktalarından birini teşkil eder.²⁹⁹

Hukuki deneyimin bir geçmişi ve bir de muhtemel geleceğinin bulunması, bunların tam ortasında bulunan bugünün hukukçusunun çift yönlü bir hukuki etkinlik yürütmesini gerekli kılmaktadır. Hukuki etkinliğin birinci yönünde hukukçular, toplumun hukuki deneyiminin geçmişiyle olan devamlılığı sürdürmeyi gözetirler. Pragmatistlere göre hukuki etkinliklerin bu yönü, hukuk kuramlarınca genel olarak kabul edilmektedir. Ancak geçmiş gözetmek, birçok hukuk kuramında hem salt mantıki olarak ele alınması hem de bir zorunluluk olarak kabul edilmesi nedeniyle yanlış bir şekilde kavranmaktadır. Elbette, hukuki etkinliklerde, hukuki deneyimin geçmişinin gözetilmesi bir gerekliliktir. Bir toplumun hukuki deneyiminin geçmişi, o toplumun hukuk kültürünü, hukuk dilini ve ortak hukuki değerlerini oluşturmaktadır. Bunlardan bağımsız olarak değil herhangi bir hukuki etkinliğin gerçekleştirilmesi, hukukla ilgili herhangi bir düşünce ortaya koymak dahi mümkün değildir.³⁰⁰ Ancak bu geçmişin gözetilmesi bir zorunluluk değildir. Zira geçmiş, hukuki bağlamın tamamını değil, sadece bir bölümünü oluşturur. Dolayısıyla bu etkinliğin bir de ikinci yönünün bulunması gerekir. İkinci yönde yargıç toplumun bugün var olan ve gelecekte ortaya çıkabilecek olan ihtiyaçlarını ve değerlerini göz önünde tutarak elindeki meseleyi değerlendirir. Hukuk, köklerini geçmişten alsa da, asıl olarak, bugün nasıl yaşamak istediğimiz ve yarın nasıl yaşayacağımız sorularına yanıt vermektedir. Bu nedenle yargıç, somut bir yargılama etkinliğinde, bu etkinliğin hukuki bağlamının diğer unsurlarını değerlendirdiğinde geçmiş hukuki deneyimden ayrılmanın gerekli olduğuna kanaat getirirse,

²⁹⁸ Holmes, 2009: 3.

²⁹⁹ Wells, 2000: 353.

³⁰⁰ Grey, 1989: 807.

yasanın veya içtihadın mutlak kavranış biçimi ile kendini bağlı görmemelidir. Hatta gerektiği takdirde yargıç, yasayı veya içtihadı bir kenara bırakabilmelidir.³⁰¹

Hukuki etkinliklerin bağlamındaki unsurlardan biri olan ‘toplumun hukuki tarihi’, bir yandan da bu tarih içerisinde hiçbir şeyin sabit kalamadığının ve hukukun sürekli bir değişim hali içerisinde olduğunun görülmesine imkân vermektedir. Bizatihi bu tarih, hukukçuya her şeyin sürekli bir değişim halinde olduğunu gösterirken, hukukçunun bu tarihi bir sabite olarak kabul etmesi doğru değildir.³⁰² Kaldı ki, ‘toplumun hukuki tarihi’ de bir metin olup farklı bağlamlarda ve farklı bakış açılarındaki farklı yorumlanmaya açıktır. Bu nedenle hukuk pragmatistleri bağlamsallık başlığı altında, yargılama etkinliklerinin bağlamında yer alan bütün unsurların eşit derecede göz önünde tutulması taleplerini de dile getirirler. Bağlamı oluşturan unsurlardan hiçbirini *a priori* olarak diğerlerinden üstün veya öncelikli değildir.³⁰³ Görüldüğü üzere, pragmatizm bağlam unsurları arasında bir seçim yapmaya imkan vermemektedir. Pragmatizmin, çeşitli bağlam unsurları arasında hangilerinin önemli olduğu, bu bağlam unsurlarının birbirinden farklı hukuki çözümleri gerekli kılması halinde hangilerine öncelik tanınacağı veyahut genel olarak bu unsurları birbirleri ile karşılıklı tartarken ne gibi bir ölçüt kullanılabileceği gibi sorular karşısında suskun kalmasının eleştirilere neden olduğunu belirtmek gerekir.³⁰⁴

2.1.3.3. Antitemelcilik

Hukuk pragmatizminin ve genel olarak pragmatizmin bağlamsallık tezi, sadece gerçeklik algımızın değil, bu gerçekliği ele alırken kullandığımız ölçütlerin ve değerlerin de belirli bir tarihsel ve kültürel bağlam içerisinde oluştuğunu ifade eder. Dolayısıyla her dönemde kullanılmakla birlikte *doğru*, *yanlış*, *iyi*, *kötü* gibi kavramların içerikleri, diğer bir ifadeyle, neyin iyi neyin kötü neyin doğru neyin yanlış olduğu, bağlama göre belirlenmekte ve değişkenlik göstermektedir. Hukukun doğruları ve yanlışları bakımından da durum böyledir. Eğer bağlamsallık tezi doğru ise, mutlak iyilerin, mutlak doğruların, mutlak adaletin, mutlak ölçütlerin, hülâsa hukukta veya diğer değerlendirme alanlarında mutlak temellerin var olması mümkün değildir.³⁰⁵ Eğer belirli bir dönemin ihtiyaçları ile şekilleniyorsa, hukuk bir insan yapısıdır. Hukuk, içinde olduğu bağlamdaki güç dengelerini yansıtır ve tahkim eder. Bu durumda hukukun tarafsızlığından veya nesnelliğinden söz edilemez. Çünkü tarafsızlık veya nesnellik ancak bağlamdan önce de var olan ve bağlamdan bağımsız olan bir kaynağın

³⁰¹ Holmes, 2009: 114.

³⁰² Gürkan, 1961: 96.

³⁰³ Chow, 1992: 790.

³⁰⁴ Tamanaha, 1996: 335; Smith, 1990: 436.

³⁰⁵ Cotter, 1996: 2081.

varlığını gerektirir. Ancak pragmatistlere göre hukukun kaynağı bizatihi bağlamdır. Bağlamsallık tezinin kabulü, ontolojik açıdan normların veya genel olarak hukukun, bağlamın dışında, bağlamın üzerinde; aşkın veya evrensel bir kaynağa sahip olduğunu iddia eden temelci yaklaşımların reddini de beraberinde getirmektedir. Bağlamsalcılık, hukuk pragmatizminin, belki de kaçınılmaz olarak, antitemelci bir kuram olmasına neden olmuştur.³⁰⁶

Epistemolojik açıdan temelcilik, bilginin varlık imkânını ve bilgilerin doğruluğunu, temel ve şüphe götürmez belirli ilkelere dayandırmayı amaçlayan felsefi kuramların genel tutumu olarak tanımlanabilir.³⁰⁷ Böyle genel bir tanıma sahip olması nedeniyle temelcilik, felsefeleri genel olarak birbiri ile asla bağdaşmayacak filozofların, sözgelimi Platon'un, Descartes'ın, Kant'ın, Hobbes'un veya Locke'un görüşlerini aynı anda niteleyebilecek bir terim haline dönüşür. Pragmatistlere göre, ister rasyonalist ister olgucu olsunlar bu düşünürler ortak bir epistemolojik kabule sahiptir. Buna göre, ancak tüm gündelik ve geleneksel düşünme biçimlerinden sıyrılmak ve şüphe götürmez öncüllerden mantıksal olarak geçerli çıkarımlar yapma suretiyle doğru bilgiye ulaşılabilir. Böylece ulaşılan bilgi, kesin, evrensel ve değişmez bir bilgi olacaktır. Hukuki temelcilikte de hukuk kuralları, ancak belirli şüphe götürmez, dışsal ve evrensel temellere dayanıyor olmaları veya bunlardan çıkarsanmış olmaları halinde meşru kurallar olarak görülür. Salt kuramsal ve tarih dışı olarak değerlendirilebilecek bu tezin, pragmatizmin bağlamsallık tezi ile taban tabana zıt olduğu görülebilir.³⁰⁸ Pragmatistlere göre bilgilerin ve değerlendirmelerin doğruluğu açık uçlu sorunlar olup bu alandaki *doğrular*, değişen koşullar doğrultusunda sürekli yeniden sınanmakta ve değiştirilmektedir.³⁰⁹ Dolayısıyla hiçbir kuram tek başına hayatın bütün amacını, mahiyetini veya nasıl yaşanması gerektiğini açıklayacak güce sahip değildir.³¹⁰ İnsan etkinliğinin diğer alanlarında olduğu gibi hukukta da düşüncelerin veya yargıların doğruluğu belirli bir temel ilke veya ilkeler seti üzerinden yapılacak dedüktif çıkarımlarla belirlenemez. Bir kararın doğruluğunu belirtmek veya bir kararı meşrulaştırmak üzere öne sürülen normun kendisi de tarihi ve kültürel bir bağlam içerisinde oluşmaktadır.³¹¹

Antitemelcilik pragmatist hukuk kuramı bakımından iki sonuç doğurmaktadır. Antitemelci bir hukuk yaklaşımında öncelikle hukukun büyük kuramlarına (*grand theory*) şüpheyle yaklaşılır. İkinci olarak ise, hukuki yargılamanın bir büyük öncülden dedüktif

³⁰⁶ Cotter, 1996: 2072.

³⁰⁷ Grey, 1989: 799.

³⁰⁸ Chow, 1992: 810.

³⁰⁹ Butler, Brian E., "Legal Pragmatism", Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

³¹⁰ Shutkin, 1993: 72.

³¹¹ Cotter, 1996: 2080.

çıkartım yoluyla yapıldığı, yapılması gerektiği veya yapılabileceği düşüncesi reddedilir. Dolayısıyla hukuk pragmatizminde antitemelciliğin hem temelciliğe hem de formalizme karşı getirilmiş bir tez olduğu söylenebilir. Hukuk pragmatistleri, kurama şüpheyile yaklaşmakla birlikte kuramı tümüyle reddetmemektedir. Kurama yönelik şüphe, pragmatistleri herhangi bir hukuki sorunu incelemeye olgulardan başlamaya yöneltmiştir. Onlar, olguları mevcut kuramsal kategorilere uydurmak kaygısı gütmenden veya uymaya zorlamadan soruna ilişkin somut gerçeklikleri tespit etmeye çalışırlar. Kuram, elbette hukuk pragmatistleri için de önemlidir, hatta hukuk pragmatizminin kendisi bir hukuk kuramıdır. Ancak hukuk pragmatizmi, bir sorun ele alınırken herhangi bir kuramsal konumun peşinen kabul edilmesini reddeden bir kuramdır.³¹² Bir kuram, olgular ile açıklanabildiği, olgulardan kaynaklandığı ve olgulara dayandırılabilirdiği ölçüde bir anlam ifade eder.³¹³ Hukuki olguların bu tür kuramlarla açıklanmasının hem kuram alanında hem de uygulamada belirli kolaylıklar sağladığı pragmatistlerce de kabul edilmektedir. Ancak olguları kurama dayandırmak veya hukuki deneyimi kurama uymaya zorlamak pragmatist bakışta bir tür 'hukuki ilahiyat' olarak görülmekte ve reddedilmektedir.³¹⁴ Pragmatistlere göre olgular ve kuram arasında kesin bir ayrım yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla vakalar ile bunların hukuki hal suretleri arasında da bir ayrım yapılamaz. Bunlar arasında dönüşlü ve sürekli bir ilişki vardır.³¹⁵ Hukuki deneyimin tarihi içerisinde belirli benzer deneyimlerin sıklıkla tekrarlanması bunlardan kaynaklanan kuramların ortaya çıkmasına imkân vermektedir. Bu bakımdan belirli bir bağlam içerisinde, örneğin evlilik kuramından, sözleşme kuramından, cezai sorumluluk kuramından söz edilebileceği gibi aynı konularda farklı deneyimlere dayanmaları nedeniyle birbirleriyle yarışan kuramların ortaya çıkması da mümkündür. Bu kuramlar sonradan ortaya çıkacak sorunların çözümünde etkili olmaktadır. Burada akılda tutulması gereken (ve pragmatistlere göre çoğu hukukçunun unutmuş olduğu) husus, bu sürecin deneyim ile başladığı ve kuramın sonradan ortaya çıktığıdır. Pragmatist yaklaşımda insan bilgisi deneyimle başlar, başlangıçta kuram yoktur.³¹⁶ Örneğin insanlar üreme güdülerini çerçevesinde bir araya gelmeye, birliktelikler kurmaya başlarlar ve bu deneyimlerin genelleşmesi neticesinde aile kuramı ortaya çıkar. Her kuram genellemelere ve her genelleme tekil vakalara dayanır ve yeni vakalar bu genellemelerin de değişmesine neden olmaktadır. Aile kuramının bin yıl önceki hali ile bugünkü hali aynı değildir. Dolayısıyla kuramın bugünkü hali ile sonradan alacağı haller de birbirinden çok farklı olacaktır. Kuramlar sabit olmadıkları gibi

³¹² Smith, 1990: 431.

³¹³ Wells, 1988: 563.

³¹⁴ Green, 1937: 125-126; Wells, 1988: 563-564.

³¹⁵ Wells, 1988: 574.

³¹⁶ Holmes, 1899: 448.

dönüşümleri de çizgisel değildir.³¹⁷ Pragmatizmde kurama şüpheyile yaklaşımakla birlikte bu tür kuramların yeni deneyimleri düzene koymak ve anlamak bakımından hukukçulara zaman kazandırdığı da kabul edilmektedir. Sorun, kuramların belirli bir dönemdeki durumunun yeni vakalara dayatılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Örneğin Türk aile hukukunun genel kuramında resmi nikâh, aile kavramının temel unsurlarından biri olarak yer almaktadır.³¹⁸ Keza buna uygun olacak şekilde medeni kanunumuz da fiili birlikteliklere aile hükmü tanımamaktadır. Aileye ilişkin bu soyutlama hukukçuların yeni vakalarla karşılaştıklarında, o vakada hukuken bir ailenin mevcut bulunup bulunmadığını tespit etmelerini kolaylaştırır ve bu belirlemenin meselenin tüm ayrıntılarını incelemeye gerek kalmadan görece kısa bir sürede yapılabilmesini sağlar. Böylece yeni vakanın tüm boyutlarını ele almak gerekmeksizin, kuramda öne çıkan belirli unsurların varlığına bakılarak yeni deneyimler sınıflandırılabilir ve isimlendirilebilir. Dolayısıyla hukukta soyutlama, genelleme ve bunlar üzerine kurulu kuramlar belirli işlevler üstlenebilmektedir. Soyutlama kaçınılmaz ve belirli ölçüde yararlı olmakla birlikte, önemli olabilecek ayrıntıların göz ardı edilmesine neden olabileceğinden belirli bir maliyet de yaratmaktadır. Örneğin uzun bir süre fiilen birlikte yaşamış, çocuk sahibi olmuş ve aile olmanın fiili koşullarını sağlayan bir çiftten birinin ölümü halinde, hayatta kalan eş bu birliktelik kuramsal açıdan bir aile teşkil etmediği için mirastan mahrum kalabilecektir. Bu ölüm iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde gerçekleştiyse Türk sigorta hukukunun da aynı aile kuramını temel alması nedeniyle sağ kalan eş herhangi bir tazminata da hak kazanamayacaktır. Hukukun birçok alanında benzer örneklerle rastlamak mümkündür. Her soyutlama, kaçınılmaz olarak somut gerçekliklerin ayırt edici unsurlarının göz ardı edilmesine ve bazı somut sorunların çözümsüz kalmasına neden olmaktadır. Pragmatistlerin temel kaygısı bu konuyla ilgilidir. Pragmatizmin antitemelcilik tezinin ikinci yönünü teşkil eden formalizm karşıtlığı da bu kaygıdan kaynaklanmaktadır. Pragmatistlere göre yargılama etkinliklerinde soyutlamaların öncül olarak kullanılması bir noktadan sonra faydasından daha büyük maliyetlere neden olabilmektedir. Bu nedenle hukuku, dedüktif akıl yürütmeye indirgeyen formalizmin bir kenara bırakılması gerekmektedir.³¹⁹

Hukuki formalizme göre, hukuki sorunlar birer mantık problemidir. Hukuki akıl yürütme de bir dedüktif mantık tasımı formunda yapılmaktadır. Birinci öncülde hukuk normu yer almaktadır. İkinci öncül ise eldeki sorun üzerinde yapılan yüzeysel bir inceleme sonucunda tespit edilen kavramlar ile oluşturulur. Bu kavramlar arasında yapılacak olan bir kıyas ile hukuki çıktı belirlenecektir. Pragmatistler tıpkı kuram gibi mantığın da hukukta

³¹⁷ Holmes, 2009: 72.

³¹⁸ Dural vd., 2014: 11.

³¹⁹ Smith, 1990: 432-433.

belirli bir role sahip olduğunu kabul ederler. Mantıktan devralınan akıl yürütme yöntemleri, hukuki problemlerin çözümünde elverişli olabilmektedir. Pragmatizmde reddedilen, hukuki akıl yürütmenin hukuki kavramlar arasındaki ilişkilerin tetkikinden ibaret görülmesidir.³²⁰ “Düşünceler, yarattıkları sonuçlar üzerinden değerlendirilmelidir” şeklindeki temel kural, bir yandan da “düşünceler soyut genel ilkelere uygunluklarına göre değerlendirilmemelidir” anlamına gelmektedir.³²¹ Hukuk pragmatizminde de bu maksim benimsenmektedir. Buna uygun olacak şekilde pragmatik yargılamada yanıtlanması hedeflenen soru “hangi sonuç iş görür” sorusu olmaktadır, formalist yargılamada “tartışmasız derecede güvenilir olan hukuki kaynakların, bir mantık silsilesi içerisinde, yargıcı yönlendirdiği kaçınılmaz sonuç nedir” sorusuna yanıt aranmaktadır.³²² Hukuki akıl yürütmenin böyle bir soruya indirgenmesi yargılamanın, kurallar, ilkeler, formüller veya standartlar üzerine yapılan soyut tartışmaların belirleyici olduğu bir kelime oyununa dönüşmesine neden olmaktadır. Pragmatistler bu durumu “kelimelere tapınma” olarak nitelendirirler. Farklı görüşlerden hukukçuların, hak, görev, ilke, ödev, egemenlik ve benzeri kelimelere kutsallık atfetmede belirli düzeyde başarılı olmuş olmaları, bu kelimelerin onları duyanlarda belirli türden duygular uyandırabilmesine imkân vermektedir. Ancak bu duyguların gerçeklikte bir temeli yoktur. Esasında bu kelimelerin “kutsallığı” bunların siyasi veya ideolojik mahiyetinin peçelenmesine hizmet etmektedir.³²³

Pragmatistler hukuka ve hukuktaki kelimelere herhangi bir türden kutsallık atfetmezler. Onlara göre hukuk bir sorun çözme aracıdır. Sorunların belirli türden bir retorik içinde ifade edilmiş olması bu durumu değiştirmez. Örneğin hukuki bir talepte bulunan kişi, kâinatın değişmez düzenince kendisine tanınmış mutlak bir hakkın gereğinin yerine getirilmesini istediğini belirtebilir. Kişi talebini böyle bir üslupla ortaya koyabilir. Esasında bu talep çok daha basit bir içeriğe sahiptir. İnsan toplum içinde yaşamaktadır ve her toplumda farklı bir düzende veya görünümde ortaya çıkabilmekle birlikte bir iktidar vardır. Toplumsal iktidar belirli kurallar aracılığıyla, toplumun içindeki bireyleri belirli davranışları yapmaya zorlayabildiği gibi belirli davranışları yapmaktan da alıkoyabilir. Bireyin hukuki talebi, nasıl bir üslupla dile getirilmiş olursa olsun, esasında o bireyin belirli bir durumdan memnun olmadığını ve toplumdan iktidar fonksiyonunu kullanarak bu sorununu çözmesini istediğini ifade eder. Burada belirtilen sorun gayet somut bir sorundur ve gayet somut bir çözüm talep edilmektedir. *Hak, görev, ödev* gibi kelimelerin kullanılması, bu ifadeye yeni bir şey katmaz,

³²⁰ Posner, 1990: 454-455.

³²¹ Cotter, 1996: 2085.

³²² Posner, 1989: 1663.

³²³ Gürkan, 1967: 57-58.

sadece bu talebi retorik açıdan güçlendirmeye hizmet eder.³²⁴ Bu retorik güç de temelini toplumdaki ahlaki uzlaşından alması nedeniyle yine mutlak olmayıp bağlamsaldır. *Hakkın* ne mutlak bir içeriği ne de mutlak bir kudreti vardır. Bir şeyi hak olarak iddia etmek dahi somut bir sorunun belirli istendik bir çözümle ortadan kaldırılmasını talep etmenin bir aracıdır. Dolayısıyla hukuk, nihayetinde hakları yerine getirmenin değil, sorunları çözmenin aracıdır. Eğer hukuk hakları yerine getirmenin bir aracı olsa idi, formalizm bu aracın işleyiş biçimi olabilirdi. Ancak bir sorun çözme aracı olarak hukukun formalizmden alabileceği yardım epeyce sınırlıdır. Çünkü somut çözümler, büyük öncüller üzerinden yapılacak bir kıyas ile türetilemez. Örneğin, “anayasada yer alan sosyal devlet ilkesi, devletin vatandaşlara konut kredisi desteği vermesini gerekli kılar mı”; “yargı bağımsızlığı ilkesi, yargısal görevlere kabulde mülakat tekniğinin kullanılmasını yasaklamakta mıdır” veya “mülkiyet hakkı, belirli kusursuz sorumluluk durumlarının kabulünü gerektirir mi” gibi sorular, metin üzerinde yapılacak soyut bir akıl yürütme ile yanıtlanamaz. Somut çözümler, esas olarak, herhangi bir yönde karar verildiğinde ortaya çıkması muhtemel olan somut sonuçların göz önünde tutulmasını gerektirir. Bu tür somut konulardaki değerlendirmeler ilkesel olmaktan çok araçsal ve stratejik bir temele sahip olmalıdır. Bu doğrultuda hukuk pragmatistleri, hukukçuları, hukuki çözümlerin geçici, zaman içerisinde yeniden gözden geçirilmeye muhtaç ve değiştirilebilir olduğunu kabul etmeye çağırır. Hukuk, somut sorunlara mutlak çözümler getirebilecek bir araç değildir.³²⁵

Hukuki formalizm lehine getirilebilecek argümanlardan biri, belirli başlangıç noktalarından hareket etmesi nedeniyle dedüktif mantığın hukuki akıl yürütmenin meşruiyetinin ve tarafsızlığının sağlanmasında önemli bir role sahip olduğudur. Hukuk pragmatistleri de hukuki sorunların çözümünün belirli başlangıç noktalarını gerekli kıldığını kabul eder. Ancak bu başlangıç noktaları hukuki akıl yürütmede nesnelliği sağlamaya elverişli değildir. Çünkü bizatihi bu başlangıç noktaları ve bunların anlamı bağlama göre belirlenmektedir.³²⁶ Yargı kararlarının kesinlik hissi uyandıran bir mantık dili içerisinde ifade ediliyor olması veya gerekçelerin bir mantık silsilesi görünümü arz etmesi, bu kararlara mantıki bir yöntem izlenerek ulaşıldığını göstermez. Esasında pragmatistlere göre, belirli bir durumda verilebilecek birbirinden farklı kararların aynı derecede geçerli görünen birer mantık silsilesinin sonuçları olarak ifade edilmesi her zaman mümkündür. Kararların satır aralarına bakıldığında bu mantıki görünümün arkasına saklanmış değer yargılarını, ahlaki kabulleri veya siyasi kaygıları görmek mümkün olmaktadır. Bunların yanında çoğu zaman görünmesi

³²⁴ Holmes, 1918: 41-42.

³²⁵ Simon, 2004: 177.

³²⁶ Simon, 2004: 179.

mümkün olmayan bilinçli veya bilinçsiz önyargılar da mantıki form içerisinde gizlenebilmektedir.³²⁷ Eğer pragmatizmin bağlamsallık tezi doğru ise, geçerli akıl yürütme yönteminin ne olduğu da bağlama göre belirlenmektedir. Tarihte, işkencenin, kadınları el ve ayakları bağlı şekilde göle atmanın veya düello yapmanın hukuki doğruluğa ulaşmanın geçerli yolu olarak kabul edildiği dönemler de olmuştur. Hukuki akıl yürütmenin nasıl yapılması gerektiği belirli bir bağlama göre belirlenmektedir.³²⁸ Dolayısıyla hukuki akıl yürütme de bağlamsaldır. Eğer hukuki akıl yürütme de bağlamsal ise meşruiyet ve tarafsızlık konularını tartışmanın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Zira hem akıl yürütme hem de üzerinde akıl yürütülen malzeme bağlamsal olmaktadır. Bu nedenle kararların meşruiyetini veya tarafsızlığını sağlamaya çalışmaktansa, yargıcın içinde bulunulan bağlamanın gerekliliklerine uygun karar verme olanaklarını arttıracak araçlar üzerinde tartışmak daha verimli olacaktır.³²⁹

Antitemelcilik tezinin, hukuk pragmatizminin bağlamsallık karakteri ile bağlantılı olduğu açıktır. Pragmatistler tüm bilgilerin eşit düzeyde bağlamsal olduğunu savunmaktadırlar. Bu nedenle belirli türden bilgilerin, bilgisel alanın geri kalanına temel teşkil etme imtiyazına sahip olduğunu iddia eden temelciliğin, pragmatistlerce kabul edilmesi mümkün olmamıştır. Genel itibariyle bakıldığında hukuk pragmatizminde antitemelcilik tezi, pragmatist hukukçuların olgucu hukukçular olduklarının ve hukuk alanında idealist veya rasyonalist epistemolojiyi reddettiklerinin bir göstergesidir.³³⁰ Olgular ve kuram arasında dönüşlü ve sürekli bir etkileşim bulunduğunu kabul eden pragmatistler, hukuk alanında da kurallar ve vakalar arasında benzer türden bir ilişki olduğunu savunmuşlardır. Bu doğrultuda, hukuku bir mantık tasımı olarak tasavvur eden formalist yaklaşıma eleştiriler yöneltmişlerdir. Pragmatistlere göre hukukta öncüller ve sonuçlar arasında ayırım yapmak mümkün değildir. Meseleye mantıki olarak bakıldığında, ortada bir küçük öncül bir de sonuç varsa mutlaka bir de büyük öncül bulunmalıdır diye düşünülebilir. Ancak hukuki akıl yürütme, mantıki akıl yürütmedense gündelik akıl yürütmeye daha çok benzer. Çoğu zaman büyük öncül, veya *ratio legis*, veya *ratio decidendi* konusunda açık bir fikre sahip olunmamasına rağmen olayın özelliklerine göre bir karar verilmektedir.³³¹ Bu durum bir yana, pragmatistlere göre hem öncüller hem sonuçlar hem de akıl yürütme belirli bir bağlam içinde gerçekleşmektedir. Bu bağlam ise sürekli değişmektedir. Dolayısıyla toplumu zamanın belirli bir anındaki haliyle sabitlemek ne kadar mümkünse hukukta kesinliğe veya tarafsızlığa ulaşmak da o kadar

³²⁷ Holmes, 1897: 465-466.

³²⁸ Holmes, 1899: 444-445.

³²⁹ Cotter, 1996: 2080.

³³⁰ Wells, 2000: 356.

³³¹ Holmes, 1870: 1.

mümkündür.³³² Bu tespitler üzerinden giderek pragmatistler formalizmin sadece betimsel olarak değil normatif olarak da yanlış olduğu sonucuna varırlar. Zira formalizmin hukuki akıl yürütmeye giydirdiği mantıki form, yargılamayı etkileyen hukuk dışı faktörlerin peçelenmesine hizmet etmektedir. Ayrıca formalizm gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir amaç öne sürerek, somut durumun özelliklerinin göz ardı edilmesine ve bu özelliklerin gerektirdiği çözümlerin engellenmesine neden olmaktadır.

2.1.3.4. Perspektivizm

Pragmatizme göre hiçbir özne, herhangi bir konudaki bilgisini veya anlayışını sıfırdan üretemez. Her bireyin yaşamı, insanlığın yaşamının orta yerinde başlar ve biter. Her tekil bilgi de bireyin ve insanlığın bilgi dünyasının orta yerinde üretilir. Hiçbir şey bilmeyen bir insan düşünmek mümkün değildir, ancak varsayımsal olarak böyle bir insanın hiçbir zaman bir bilgiye sahip olamayacağını da söyleyebiliriz. Yeni bir şey bilmek veya yeni bir şeyi anlamak, bir önbilginin veya ön-inancın varlığını gerekli kılar. Bu ön bilgi veya ön inanç, bireyi bilgisini veya inancını tam kılmaya yönelten bir huzursuzluk kaynağı olması nedeniyle bilmenin ve inanmanın da muharrik etkenini oluşturur. Bu önbilgiler, bireyin ve içinde yaşadığı toplumun geçmişinin, geleneğinin ve kültürünün ürünleridirler. Bu açıklama, pragmatizmin bağlamsalcılık tezinin de bir yansımasını teşkil eder. Buna göre kişinin içinde yaşadığı bağlamdan sıyrılarak bilgi sahibi olması mümkün değildir. Çünkü bilmeye yönelmek için evvela bağlamin kişiye sağladığı ön inançların varlığı gerekmektedir.³³³ Bu durum kaçınılmaz olarak, bireyin dünyayı algılayışında geleneğin ve değerlerin belirleyici olmasına neden olur. Gözlemlenen gerçekler ile gözlemleyen değer yargıları arasında kesin bir ayırım ortaya koymak mümkün değildir. Gerçekler bireyin bakış açısından bağımsız olarak algılanamazlar. Bireyin algıları, onun geçmiş deneyimlerinin ve mizacının ve kültürün şekillendirdiği bir bilişsel şebeke içerisinde oluşmakta ve yorumlanmaktadır.³³⁴ Düşüncenin anlamının deneyime bağlı olduğunu ifade eden pragmatist maksimin de bu duruma uygun olarak kavranılması gerekir. Deneyimlenenin ne olduğu, deneyimin sahibine göre değişmektedir. Dolayısıyla deneyime yüklenecek anlam da, deneyimleyen kim olduğuna ve neyi amaçladığına göre değişir.³³⁵ Böyle bir yaklaşım, felsefenin ne olduğu sorusuna verilecek yanıtı da epeyce değiştirir. Pragmatistlere göre felsefe mutlak hakikate ulaşmanın yolu değil, gözleme dayalı ve büyük oranda açıklayıcı bir düşünce disiplindir. Filozof, gözünün önünde olanları yine kendi gözünden anlatan kişidir. Dolayısıyla felsefi doğrular konusunda

³³² Holmes, 2009: 35.

³³³ Tamanaha, 1996: 345.

³³⁴ Tamanaha, 1996: 346.

³³⁵ Wells, 1990: 1745.

belirleyici olan da bakış açısıdır. Doğruluk, bakış açılarıyla ilgili değer yargılarından bağımsız olamaz.³³⁶

Pragmatizmin bağlamsalcılık ve araçsalcılık tezleri birlikte ele alındığında, bu yaklaşımda bilginin belirli bir bağlamda belirli bir amaca ulaşmanın aracı olarak kabul edildiği görülmektedir. Bir bilgi, bu araçlık görevini yerine getirebildiği ölçüde doğru bir bilgidir. Bilginin doğruluğu amaca ve bağlama göre belirlenmektedir. Bir toplumda aynı anda farklı kültürel veya ekonomik bağlamlar bir arada bulunmakta ve bireyler birbirinden farklı amaçlara yönelmektedirler. Dolayısıyla toplumdaki amaçlar ve bağlamlar ne kadar çeşitli ise doğrular da o kadar çeşitli olmaktadır. Yine bu amaç ve bağlamlar birbiri ile ne kadar çelişiyorsa toplumdaki doğrular da o kadar çelişecektir. Bu bakımdan pragmatizme göre bir olguya ilişkin, belirli bir bağlamda, belirli bir amaca yönelik olarak ve belirli bir bakış açısı çerçevesinde getirilmiş olan en doğru açıklama, başka bir bağlam, amaç ve bakış açısı için aynı derecede iş görür olmayabilir. Bu nedenle doğruluk bakış açısına göre değişmektedir.³³⁷ Antitemelcilik tezi içerisinde belirtildiği üzere doğruluğa ilişkin *a priori* bir ölçüt de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu birbiri ile çelişen doğrular arasında bir hiyerarşi kurmanın bir temeli olmadığı gibi bunlar arasında tercih yapmanın da genel geçer bir yolu yoktur. Bu argüman, pragmatizmin perspektivizm tezini ifade eder.

Perspektivizm tezi hukuk alanına taşındığında bu alanın belirli kabullerine yönelik bazı yıkıcı etkileri olmaktadır. Diğer pragmatist hukuk tezleri gibi bu tez de evvela bir sistem olarak hukukun nesnelliğinin söz konusu olamayacağını iddia eder. Buna benzer şekilde perspektivist tez, yargıçların da yargılama etkinliklerini tarafsız bir tutumla gerçekleştiremeyeceklerini belirtir. Bu argümanlar perspektivizm tezinin betimsel içeriğini teşkil eder. Ancak bu tezin bir de normatif içeriği vardır. Bağlamsallık tezinden hatırlanacağı üzere pragmatistler, hukukun genel amacının içinde bulunan siyasi bağlama göre belirlendiğini ve günümüz toplumunun siyasi bağlamının demokrasi olduğunu belirtmekteydiler. Bu bağlam içerisinde hukukun amacı, toplumsal uzlaşa düzeyini arttırmak ve toplumsal birlikteliği sürdürmek olarak görülmekteydi. Perspektivizm tezinin normatif içeriği de bu kabule dayanmaktadır. Eğer farklı bakış açıları çerçevesinde ortaya çıkan doğrular arasında tercih yaparken kullanılabilecek bir *a priori* ölçüt bulunmuyorsa ve hukukun amacı toplumsal uzlaşayı sağlamaksa, demokratik bir hukuk düzeninin var olabilmesi için toplumdaki tüm farklı doğruların dikkate alınması gerekmektedir. Bu çoğulcu yaklaşım, özneyi kendi doğrularını savunmaktan alıkoymaz. Ancak özne, öteki öznelerin doğrularını da onların *ötekiliklerini* yok saymadan veya bastırmaya çalışmadan dinlemeye

³³⁶ Wells, 1988: 587-588.

³³⁷ Cotter, 1996: 2078.

açık olmalıdır.³³⁸ Bu bakımdan özellikle belirli toplumsal eşitsizlik durumları veyahut toplumsal dışlanma nedeniyle kamusal tartışmaya katılamayan, dolayısıyla hukukta söz sahibi olamamış olan kesimlerin bakış açılarını ortaya koymak ve onların sesini duyurmasına imkân vermek gerekmektedir. Hukuk pragmatizminin perspektivizm tezi böyle ortaya konulduğunda bu tezin iki betimsel tespit ve bir normatif talebi içerdiği görülmektedir.

Perspektivizmin hukuk alanındaki sonuçlarından biri, hukuki genellemelerin orijinal veya otantik bir anlama sahip olabileceğinin reddidir. Bu bakımdan perspektivizm de anti-formalist bir tez olarak karşımıza çıkar. Formalizme göre, metinler zamandan bağımsızdır ve her hukuki sorunun bir mutlak doğru cevabı bulunmaktadır. Çünkü hukuki metinlerin şüphe götürmez bir anlamı vardır ve bu anlam çerçevesinde kurallar yargılama etkinliklerinin çıktılarını kesin olarak belirler. Pragmatistlere göre ise her metin açık uçludur ve bir metne yüklenen anlam başka bakış açılarından gelecek katkılar ile gözden geçirilmeye muhtaçtır.³³⁹ Dolayısıyla bir metnin doğru anlamına ilişkin öne sürülmüş her iddia veya kısaca bir metnin belirli bir anlamının doğruluğu, geçicidir. Her zaman “daha doğru” bir anlam üzerinde uzlaşılması mümkündür.³⁴⁰ Pragmatist hukukçulara göre, en çok göz ardı edilmiş olan ve hukukçuların kabul etmeye en üst düzeyde direnç gösterdikleri pragmatik tez perspektivizmdir. Hukukçular ister kuramcı ister uygulamacı olsunlar, görüşlerini veya kararlarını belirli bir bakış açısı dâhilinde oluşturduklarına inanmak istemezler. Onlar, hukuk öğretiminin, kendilerini nesnel düşünebilme becerisi ile donattığına inanmaktadırlar. Olgular ve kurallar ne kadar karmaşık olursa olsun bu becerisi sayesinde hukukçu, herhangi bir sorunu nesnel bir şekilde ele alabilecektir. Bir somut problemde veyahut inceleme konusunda var olan ahlaki yargılar, kültürel kabuller gibi “hukuk-dışı” unsurları ayıklamak ve salt hukuki bir düzlemde nesnel bir sonuç üretebilmek, -zaten- hukukçunun görevidir. Pragmatist hukukçulara göre bu da bir bakış açısıdır.³⁴¹ Ama bu bakış açısında, yetkinlikleri konusunda şüphe duyulmayan yüksek mahkeme yargıçlarının aynı anayasa maddesini farklı yorumlamaları, aynı meseleye farklı hukuki çözümler önermeleri ve bunlara ilişkin karşı oy yazıları kaleme almaları açıklanamamaktadır. Yargıçlar benzer bir eğitime ve yargısal deneyime sahip olsalar da, kişilik yapılarındaki, kültürel ve ahlaki kabullerindeki farklılıklar ve de farklı toplumsal, sınıfsal ve siyasi çevrelerden geliyor olmaları, onların meseleleri birbirlerinden farklı olarak ele almalarını kaçınılmaz kılmaktadır. Yargıçların bakış açılarının

³³⁸ Garrison ve Neiman, 2003: 22.

³³⁹ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

³⁴⁰ Chow, 1992: 793.

³⁴¹ Butler, Brian E., “Legal Pragmatism”, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)

hukuki sonuçları etkilemesi, salt ilgili düzenlemelere bakarak bir somut olayla ilgili verilebilecek kararların da öngörülememesine neden olmaktadır. Tüm yargıçların aynı kişilik özelliklerine sahip olması ne kadar mümkünse kesin hukuki öngörüler yapmak da o kadar mümkündür.³⁴²

Yargılama da diğer değerlendirme biçimleri gibi perspektifin etkili olduğu bir etkinliktir. Bu bakımdan yargıçların bakış açılarının yargısal etkinliklerin çıktılarını belirleyen etkenlerden biri olduğu belirtilmektedir.³⁴³ Yargıçlar, hayatlarının diğer alanlarında olduğu gibi yargı görevlerini yerine getirirken de kültürel ve sınıfsal konumlarınca belirlenen kendi bakış açıları çerçevesinde sorunları ele alırlar.³⁴⁴ Hukuk metnlerinin -kaçınılmaz olarak- yorumu açık olması da yargıcın bilinçli veya bilinçsiz olarak önündeki meseleyi kendi bakış açısına en uygun olacak şekilde değerlendirmesini ve buna uygun bir çözüm ortaya koymasını kolaylaştıran bir durum olmaktadır.³⁴⁵ Sadece metinler değil, belirli bir somut olayın unsurları da büyük oranda belirsizlik arz eder. Hatta yargıç bakımından somut olay tam bir bilinmezlik arz eder. Yargıç üzerinde karar vereceği olayı bizzat yaşamamıştır. Geçmişte yaşanmış bir olaya ilişkin unsurlar mahkeme salonuna kendiliğinden gelmez; bunlar belirli araçlar vasıtasıyla yargıcın nazarına sunulmaktadır. Yargısal etkinlik içerisinde yargıcın yanında yer alan savcı, kolluk personeli, bilirkişiler, tanıklar, taraflar, taraf vekilleri hepsi nihayetinde insan olup bilincinde oldukları ve olmadıkları hesaplara, arzulara, yatkınlıklara, nefrete veya ön yargılara sahiptirler. Bu kişiler, somut olayın bilgisinin mahkeme nazarına ulaşmasında bir araç rolü oynarlar. Dolayısıyla bunların bakış açılarını şekillendiren tüm bu bilinçli-bilinçsiz etkenler, somut olayın bilgisinin mahkeme önüne çıkışında etkili olurlar.³⁴⁶ Örneğin bu araçlar arasında sıklıkla başvuru alanlardan biri tanık ifadeleridir. Tanık ifadeleri çelişebilir, tanıklar olayı kasten yanlış anlatabilir veya olayı yanlış hatırlıyor olabilirler. Tüm bu ihtimaller bir yana, en iyi niyetli ve en dikkatli tanığın ifadeleri dahi olaya ilişkin bilginin aslı değil bir suretidir. Tanıklar da tıpkı diğer insanlar gibi düşüncelerini belirli bir bağlam içerisinde oluşturur ve ifade ederler. Bu durumda olaya ilişkin bilgi belirli bir bakış açısına göre süzölmüş ve kalıba dökölmüş olarak yargıcın önüne gelir.³⁴⁷ Mesele bununla da bitmemektedir. Yargıç, öne sürölen ifadelerde belirtilen unsurlardan hangilerinin akla yatkın olduğunu ve ifade veren tanıklardan hangilerinin daha güvenilir olduğunu tespit etmek durumundadır. Bu tespit esnasında da yargıcın kendi bakış açısı, önyargıları veya duyguları

³⁴² Gürkan, 1967: 56.

³⁴³ Wells, 1990: 1728.

³⁴⁴ Cotter, 1996: 2080.

³⁴⁵ Chow, 1992: 782.

³⁴⁶ Gürkan, 1967: 20.

³⁴⁷ Green, 1937: 126.

bilinçli veya bilinçsiz olarak devreye girecektir.³⁴⁸ Dolayısıyla en iyi ihtimalde, olay ve yargıcın algısı arasında birbirinden bağımsız iki bakış açısınca şekillenmiş iki filtreleme süreci yer alacaktır.

Metnin yoruma muhtaç olması ve olayın da katmerli bir şekilde yoruma muhtaç olması, hukuki çıktılarının öngörülebilirliğinin veya hukuki kesinliğin imkânsız olduğunun düşünülmesine neden olmaktadır. Tüm bu yorum süreçlerinin, yorumu yapanların bakış açılarına göre sonuçlanacağı da hesaba katılırsa, bir hukuki etkinliğin sonucunu belirlemede devreye giren etkenler arasında en güçlü olanın perspektif etkeni olduğu söylenebilir. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi hukukçular bu etkenin etkisini inkâr etme veya küçümseme eğilimindedirler. Çünkü perspektif kişiseldir ve yargıcın kararının kişisel olmaması gerekir. Kararlar, nesnel ve mantıklı olmalıdır. Pragmatist hukukçular ise kararların bu niteliklere sahip olmasının mümkün olmadığını iddia ederler. Ancak kararlar bu niteliklere sahipmiş gibi gösterilebilirler. Esasında, yargıç önüne gelen olayı karara bağlarken aklındaki birden fazla buyruğun baskısı altındadır. Bu buyruklardan biri yargıca adil bir karar vermesini söyler. Diğer bir buyruk, yargıçtan, söz konusu olaya benzer olaylarla ilgili daha önce verilmiş olan kararlarla uyumlu olacak bir karar vermesini ister. Bir başka buyruk, verilecek kararın toplumsal yarara uygun olmasını emreder. Bir başkası, sonradan meydana gelecek benzer olayları etkileyecek şekilde yargıcın topluma belirli bir hukuki mesaj iletmesini ister. Bunlar kadar açıkça ifade edilmese de yargıcın aklında başka buyruklar bulunabilmektedir. Örneğin yargıca, kendi siyasi görüşüne en uygun düşecek kararı vermeyi, masumlara zarar verenlere merhamet etmemeyi, garibanların bazı kusurlarını görmezden gelmeyi, toplumdaki ahlaksızlıkları önlemek konusunda girişken olmayı veya siyasi iktidarla ters düşmemeyi emreden buyruklar da sürece dâhil olabilir.³⁴⁹ Bu örnekler sınırsız şekilde çoğaltılabilir. Bu dile getirilmeyen buyrukların, dile getirilebilenlere veya diğer bir ifadeyle hukuken meşru sayılan buyruklara üstünlük sağlaması ve onların önüne geçmesi her zaman mümkündür. Ancak bu buyrukların yine de dile getirilmemesi gerekmektedir. Burada form, yargıcın kurtarıcısı olarak devreye girer. Yargıç bilinçli veya bilinçsiz olarak "hukuk-dışı" etkenlerin yönlendirmesiyle vermiş olduğu kararını mantıksal bir akıl yürütme görünümü arz edecek şekilde ifade eder.³⁵⁰ Mantıkta gerekçe karardan önce gelir zira bu alanda öncüller sonuçları belirlemektedir. Ancak hukukta önce karar verilmekte sonra gerekçesi yazılmaktadır.

Hukukçuların mantıksal formun nesnelliğine sığınması, hukuki kesinlik yanılısamasının kuvvetlenmesine ve devam etmesine neden olmaktadır. Bu yanılısama,

³⁴⁸ Frank, 1954: 447-448.

³⁴⁹ Menand, 2001: 339.

³⁵⁰ Dewey, 1924: 24.

hukukun arka planında devam etmekte olan siyasi çekişmeleri bir dereceye kadar peçeleyebilir. Ancak açık ki, hem yasama alanında hem de yargı alanında verilen her karar belirli kesimlerin yararına ve diğerlerinin zararına olmaktadır.³⁵¹ Pragmatistlere göre bu durumda yapılması gereken hukukun perspektivist karakterinin kabulüdür. Bakış açısının etkisi ile mücadele etmek mümkün değildir. O zaman en doğru tutum, bu etkiyi samimiyetle kabul etmek olacaktır. Yargıç, kendi mutlak doğrusunun kendi bakış açısı dahilinde mutlak olduğunu kabul ettiğinde, diğer ilgililerin de kendi bakış açıları dahilinde kendi mutlak doğrularına sahip olabileceğini de görme imkanına kavuşur. Bu hiçbir doğruluk düşüncesinin bir kudretinin olmadığı veya insanın kendi doğruları için mücadele etmesinin bir anlamının olmayacağı anlamına gelmez.³⁵² Aksine mücadeleyi bu kabulle ve kararlılıkla sürdürmek, demokratik siyasi bağlam içerisinde işler gören hukukun, işini bu bağlama daha uygun olarak görmesine imkân verecektir. Her farklı doğruluk düşüncesi hukuk alanında birbiri ile karşılaşmalı, birbiri ile mücadele etmeli ama mutlaka birbirini denk görmelidir. Pragmatistler meseleyi böyle ortaya koyduktan sonra, demokratik bir hukuk düzeni için, hukuki tartışmaya dâhil edilen perspektiflerin sayısını olabildiğince arttırmak gerektiğini öne sürerler. Eğer hukuk, toplumdaki farklı bakış açılarını ve farklı amaçları birbiri ile olabildiğince uyumlu kılmakla görevli ise, hukukçunun daha açık fikirli olması, daha az konuşması ve daha fazla dinlemesi bu görevin yerine getirilmesini kolaylaştıracaktır.³⁵³ Bu talep, perspektivist tezin normatif içeriğini oluşturur.

Pragmatistlerin, hukuku harici bir perspektifle ele almaya yönelik çağrısı ilk kez Holmes tarafından dile getirilmiştir.³⁵⁴ Seçkin bir ailenin çocuğu, bir savaş gazisi ve onlarca yıl yüksek mahkeme yargıcı olması hesaba katıldığında, Holmes'un hukuka ilişkin *dâhili* bakış açısının mümtaz bir taşıyıcısı olduğu görülebilir. Bu bakımdan harici bakış açılarını dikkate alma çağrısının Holmes tarafından öne sürülmüş olması değerlidir. Holmes, hukuka “kötü adamın” gözünden bakmak gerektiğini belirtir.³⁵⁵ Bu önerme, çok popüler olmakla birlikte genellikle dar yorumlanmış ve uzun uzadıya üzerinde durulmamıştır. Holmes'un bu talebi, hukuku benimsemeyen veya hukukça dışlanan kesimlerin perspektiflerinin göz önünde tutulmasına yönelik bir talep olarak yorumlanmaya da müsaittir. En azından, böyle bir yorumun yolunun Holmes tarafından açıldığı söylenebilir. Bireylerin, tekil hukuki etkinliklere, bunların sonuçlarına ve genel olarak hukuka yönelik tutumları, toplumsal konumlarına ve bakış açılarına göre değişmektedir. Örneğin bireyin bir iş sözleşmesine, bu

³⁵¹ Holmes, 1894: 7.

³⁵² Holmes, 1918: 41.

³⁵³ Wells, 2000: 359.

³⁵⁴ Wells, 1988: 587-589.

³⁵⁵ Holmes, 1897: 459.

sözleşmenin yarattığı sonuçlara veya genel olarak iş hukukuna ilişkin tutumu ve bunlara yüklediği anlam, bireyin iş ilişkisindeki konumuna ve bu ilişkinin içeriğine göre değişir. İşveren açısından bu ilişki hür irade ile kurulmuş bir sözleşmedir; işçi de tıpkı kendisi gibi çıkarlarını gözeterek bu ilişkiyi kabul etmiştir. Dolayısıyla sözleşme ve genel olarak iş hukuku, işverenin gözünde karşılıklı çıkarları koruyan ve düzenleyen bir araç olarak görülür. Bir işçinin bakış açısında ise iş ilişkisi bir nimet olarak görülebilir. Çok az emek harcamakta ve iyi de bir ücret almaktadır. Sözleşme ve hukuk da onun bu asimetrik kazancını sürdürmesine hizmet etmektedir. Başka bir işçi sözleşmenin, diğer seçenekler arasında en iyi olana ulaşmasına imkân verdiğini düşünebilir. Bir başkası kölelikten biraz daha iyi koşullarda çalıştığını, sözleşmenin kendisi için bir zorunluluk olduğunu ve hukukun bir sömürü aracı olduğunu düşünebilir. Tüm bu farklı koşullar ve konumlar kişilerin genel olarak hukuka yönelik bakış açılarını belirlemektedir. Hukukun bu bakış açılarından birini dogmatik bir biçimde benimsemesi, diğer bakış açılarının dışlanmasına neden olacaktır. Bu durumda dışlanan kesim üzerinde hukukun otorite kurması beklenemez.³⁵⁶

Genel olarak hukukun ve tekil yargı etkinliklerinin meşruiyetinin kaynağı toplumun ortak değer yargıları ve ahlaki kabulleridir. Bu yargılar ve kabuller, ortak deneyim içerisinde ortaya çıkarlar. Ancak bu ortak deneyimin, belirli çıkar mücadeleleri süreçlerini de kapsadığı göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla değer yargıları, bu mücadelelerin galiplerinin avantajlı bir konumda bulunduğu toplumsal hiyerarşik yapıların tahkim edilmesini sağlar. Hukuk bu değer yargılarını taşıyan ve bu ortak ahlaki kabulleri benimseyen kişilerin gözünde meşrudur. Bu kişi, kendini hukuka bağlı görür veya kendini bir vatandaş olarak görür. Ancak her mücadelenin bir de kaybedeni vardır. Kaybedenlerin çıkarları ve değer yargıları hukukta kendilerine yer bulamaz. Bu nedenle bu kesimler hukuki tartışmanın dışında kalırlar. Hukukun, galipler ve mağluplar arasındaki taraflı tutumu ne kadar bariz olursa, hukuki otoriteye ilişkin uzlaşmazlık da o kadar derinleşmektedir.³⁵⁷ Pragmatistler bu durumun demokratik bir politik bağlamda hukukun görevini yerine getirememesine neden olacağını belirtirler. Durum böyle olduğunda hukukun toplumsal uzlaşmayı arttırması veya toplumsal birlikteliğin sürdürülebilirliğini sağlaması mümkün değildir. Sadece kazananların bakış açısına göre şekillenmiş bir hukuk, bireylerin kendi potansiyellerine ulaşabilmelerini de engellemektedir.³⁵⁸ Yasakoyucunun veya yargıcın kendisinin de belirli türden bir bakış açısı çerçevesinde şekillenmiş ön yargılara ve eğilimlere sahip olması, onun tek başına toplumdaki

³⁵⁶ Wells, 1988: 587-588.

³⁵⁷ Wells, 1988: 585-586.

³⁵⁸ Farber, 1995: 188.

tüm bakış açıları arasında bir denge kurmasını imkânsız kılmaktadır.³⁵⁹ Hiçbir bakış açısı tek başına toplumsal gerçekliğin tamamını kapsayamaz. Her bakış açısı bu gerçekliğin belirli bir yönünü aydınlatır ve vurgular.³⁶⁰ Perspektif sorununun aşılması için *harici* bakış açılarının söylemsel güçlerinin artırılması ve bunların da hukuk alanında etkin kılınması gerekmektedir.³⁶¹ Yargıç, toplumdaki her kesimin durumunu onların bakış açısından görebilmelidir. Gerektiğinde siyasi iktidarı ve toplumun genelini, dışlandıkları toplumun kendileri hakkında bir uzlaşmaya varmasını bekleyen belirli kesimlerin durumları hakkında uyarmak da yargıcın görevidir.³⁶² Pragmatist hukukçular yargıcın bu kesimleri tanımada ona yardımcı olmak için, sınıfsal, cinsel veya ırksal hiyerarşik yapılar nedeniyle hukuki tartışmanın dışında kalan kesimlerin seslerini kuvvetlendirecek akademik çalışmalara yönelmişlerdir. Bu çalışmaların ayrıntıları *Hukuk Pragmatizminin Yansımaları* başlığı altında ortaya konulacaktır.

2.2 Hukuk Pragmatizminin Yansımaları

2.2.1 Hukuki Realizm Akımı

Pragmatizm ve hukuk pragmatizminin kurucularının ilk takipçileri hukuki realistler olmuşlardır. İlk pragmatist hukuk akımı olarak nitelendirebileceğimiz hukuki realizm, 1920’li ve 1930’lu yıllarda ABD hukuk kuramındaki en baskın yaklaşım olarak kendini gösterir. Bu dönemde elbette tüm hukuk kuramcıları realist olmamışlardır, ayrıca realizmin hiçbir itirazla karşılaşmadığını da söyleyemeyiz. Aksine realizm olumlu olduğu kadar olumsuz birçok tepki ile de yüz yüze kalmıştır. Ancak şu söylenebilir ki bu dönemde ABD hukuk kuramcıları arasında en etkinleri realistler olmuştur. Realist olmayan kuramcılar da realizmin önermeleri ve eleştirileri ile hesaplaşmak durumunda kalmışlardır. Bu durum, hukuki realizmin o dönemin baskın tartışma konusu olmasına neden olmuştur.³⁶³ Hukuki realizmin başlıca temsilcilerinin kimler olduğu, bu akım dâhilinde öne sürülen temel önermelerinin neler olduğu Türk hukukçusunun malumudur. Bu konuda Gürkan’ın eseri başta olmak üzere belirli sayıda çalışmanın yapılmış olduğu daha önce de belirtilmişti. Yine hukuki realizm akımının Türkiye’de hukuk felsefesi lisans müfredatında yer verilen bir akım olduğu ve hukuk felsefesi ders kitaplarında bir konu olarak yer aldığı da bilinmektedir. Bu başlık altında tüm bu bilinenleri yeniden ifade etmek yararlı olmayacaktır. Keza, hukuki realizmi yeniden

³⁵⁹ Holmes, 1894: 9.

³⁶⁰ Pragmatizmin diğer hukuk kuramlarını tümüyle reddetmemesinin nedeni de budur. Her kuram belirli bir bakış açıdan toplumsal gerçekliğin bir açıklamasını yapar. Bu nedenle bir kuramın dogmatik kabulü veya reddi yararsız görülmektedir.

³⁶¹ Cotter, 1996: 2141.

³⁶² Rorty, 1989: 1817.

³⁶³ Golding, 1986: 473.

keşfetmek gibi bir iddiada da bulunulmamaktadır. Diğer pragmatist akımlarla ilgili başlıklarda olacağı gibi burada da yapılacak olan bu akımı pragmatist kılan karakteristikleri belirlemek ve bu akım dâhilinde hukuki pragmatizmin hangi ilkelerinin vurgulandığını veyahut geliştirildiğini ortaya koymaktır.

Çalışmanın sonuç kısmında hukuk pragmatizmi ile ilgili olarak belirtilecek bir özellik burada hukuki realizm için de dile getirilebilir. Hukuki realizmin ne olduğu sorusuna tüketici bir yanıt vermek mümkün değildir. Bu akımın üyelerini bir arada tutan şey kabullerdeki ortaklıktan ziyade reddiyelerdeki ortaklık olmuştur. Realistler yeni bir kuram veya ekol oluşturmaktan ziyade var olan kuramsal kabullere ve ekollere saldırmak gayesi ile eserler üretmişlerdir. Dolayısıyla hukuki realizmi tespit etmek için yapılması gereken ilkin bu düşünürlerin nelere karşı çıktığını ortaya koymaktır. Neler önerdiklerini ise sonraki adım olarak belirlemek gerekir. Hukuki realistlerin ortak eleştiri odakları formalizm ve Langdellci ‘hukuk bilimi’ düşüncesi olmuştur. Bu eleştirilerde ilkesel olarak ortaklaşmakla birlikte eleştirinin düzeyi bakımından farklılaşmalar söz konusu olabilmıştır. Hukuk kuralı veya ilkesi diye bir şeyin olamayacağı şeklinde radikal iddialardan, bunların var oldukları ancak kararı belirleyen tek veya en ilginç unsurlar olmadıkları şeklindeki görece ılımlı iddialara kadar çeşitlenen bir yelpazede eleştiriler ortaya konulmuştur.³⁶⁴ Ortaklaştıkları hususlar ise hukuk ve hukuka ilişkin kavrayışın değişmesi gerekliliğine olan inanç, kuşkuculuk ve olgusal sorunların çözümünün olgusal çalışma ile mümkün olduğu düşüncesi olarak belirtilebilir. Holmes’un tarih disiplininin verdiği imkânların hukukun gelişimine katkı sunacağına inanmasına benzer şekilde realistler de dönemin sosyal bilimindeki gelişmelerin hukuk kuramında yeni kapılar açabileceğine inanmışlardır. Dolayısıyla bilimselcilik de hukuki realistlerin bir ortak özelliği olarak belirtilebilir. Ancak bu ortak kabullerin varlığı realistleri bir ekol kılmaya yetmemiştir. Bu kabuller üzerinden kimi realistler olgusal araştırmalara yönelmiş, kimi hukukun ideolojik yönünü keşfe çıkmış, kimisi de yargı kararlarına etki eden hukuk dışı faktörleri vurgulayan çalışmalar üretmişlerdir.³⁶⁵ Bütün realistler sosyal bilimlerin hukuka sunacağı imkânların değerini kabul etmiş ancak kimileri ekonomiye, kimileri istatistiğe, kimileri de psikolojiye özel bir önem vermişlerdir.³⁶⁶ Bu farklılıklar hukuki realistleri tasnife yönelik girişimlerde de bir ortaklığın olmamasına neden olmuştur. Kimi araştırmacılar realistleri ‘kural şüphecileri’ ve ‘olay şüphecileri’ olarak ayırırken kimileri Gürkan’ın da yaptığı üzere mutediller ve radikaller olarak tasnif ederler.³⁶⁷ Ancak bu ayırım ve

³⁶⁴ Golding, 1986: 452.

³⁶⁵ Friedman, 2002: 490.

³⁶⁶ Golding, 1986: 453.

³⁶⁷ Gürkan, 1967: 31.

bu ayrımın nasıl yapıldığında daha doğru olacağı meselesi çalışmamız bakımından bir önem arz etmemektedir.

Hukuki realizm akımı 1920'lerde ve 1930'larda kuram alanına egemen olmakla birlikte bu akıma hâkim olan kuşkucu yaklaşımın ilk ifadesi Joseph Bingham'ın 1912 tarihli *'What is the Law?'*³⁶⁸ isimli makalesi ile olmuştur. Hukuk alanının, siyasi otorite tarafından konulmuş kural ve ilkelerden müteşekkil olduğu yönündeki geleneksel iddianın reddi üzerine kurulmuş olan bu çalışma, on dokuzuncu yüzyıl hukuk pragmatizmi ile hukuki realizm arasındaki köprüyü teşkil eder.³⁶⁹ Bingham, bu çalışmasında herhangi bir kavramın atfı yaptığı tikeller dışında bir varlığa sahip olmadığını ve dolayısıyla tümel diye bir şeyden söz edilemeyeceğini savunur. Bu özelliği nedeniyle Bingham'ın bu eseri, Ortaçağ nominalizminin hukuk alanına taşınması olarak değerlendirilmiştir.³⁷⁰ Böylece Bingham, pragmatizmin ve hukuk pragmatizminin de bir ilkesi olan anti-temelciliğin hukuki realistlerce benimsenmesinde ve geliştirilmesinde önemli bir etkiye sahip olmuştur. Bu etkisi ve Gürkan'ın eserinde uzun uzadıya ele alınmamış olması göz önünde tutulduğunda hukuki realizm üzerine incelemeyi Bingham'ın bu makalesini ele alarak başlatmak uygun görünmektedir.

Bingham çalışmasına, İngilizce yazında kendi dönemine kadar hukuk kuramı alanında ortaya konulmuş birçok eserde gördüğü bir ortak hatayı tespit ederek başlar. Ona göre bu alanda muazzam gayretler ortaya konulmuş ancak çok az bilgi üretilebilmiştir. Gayrı iktisadi olarak değerlendirdiği bu durumun nedeni, Bingham'a göre, tüm bu düşünürlerin hukukun somut görünümлерindense hukuki kavramların soyut ve muhtemel içerikleri üzerine kafa yormuş olmalarıdır. Hukuk kuramcıları, mesailerinin bir bölümünü hukuk, hukuk kuramı, egemenlik, hak, görev, hakkaniyet, yasama, zilyetlik, sözleşme gibi terimler üzerine soyut, bölük pörçük ve gelişigüzel spekülasyonlar üretmeye ayırmışlar; mesailerinin kalan bölümünde ise başkalarının ortaya attığı spekülasyonlardaki mantık hatalarını tespitle vakitlerini harcamışlardır. Oluşan muazzam külliyat ve harcanan kıymetli çabalara rağmen üretilen bilgilerin hukukun somut ihtiyaçlarına çare olma kabiliyeti çok düşük olmuştur.³⁷¹ Bingham'a göre hukuk kuramını iş görür bir alan olarak yeniden inşa etmek gerekmektedir. Bunu yapabilmek için de hukuk bilimini bir uygulamalı bilim olarak kabul etmek gerekir. Ona göre her bilim dalının esas boyutu uygulama boyutudur. Her bilimsel gayret, salt kuramsal dahi olsa, somut olguların düzeni üzerine açıklama yapmayı hedefler. Bilimin

³⁶⁸ Bingham, 1912: 1-25.

³⁶⁹ Golding, 1986: 453.

³⁷⁰ Golding, 1986: 454.

³⁷¹ Bingham, 1912: 3.

araştırma nesnesi somut olgulardır. Gözlem, deney, karşılaştırma, tümevarım, tümdengelim ve tüm diğer öğrenme ve akıl yürütme araçları olgular üzerinde kullanılarak olgusal düzenlilikler keşfedilir ve elde edilen bilgiler diğer bireylere aktarılmasına imkân veren bir ifadelendirmeye kavuşturulur. Soyut terimler, ilkeler veya kurallar ancak bu noktada devreye girerler. Bunların bilimsel incelemenin çıkış noktası veyahut bizatihi nesnesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İlkeler ve kurallar kavramlar aracılığıyla oluşturulur ve kavramların oluşumu zihinsel süreçler içerisinde gerçekleşir. Kavramlar bireylerin zihnindedir ve bu nedenle kurallar da ancak bu zihinlerde var olabilirler. Kuralların, terimlerin, kavramların dışsal bir gerçekliği yoktur. Dolayısıyla bunlar bir bireyden diğerine aktarılamaz, ancak onların bir zihinde uyanmasına neden olmuş olan somut gerçeklikler gösterilerek benzer bir kavramın başka bir zihinde de oluşması sağlanabilir.³⁷² Bingham'a göre hukuk kuramı alanındaki bitmek bilmez olduğu ölçüde faydasız olan akademik tartışmaların nedeni, olgulardan kavramlara giden bu sürecin ve kavramların sadece zihinlerde var olabildiği gerçeğinin göz ardı edilmiş olmasıdır.

Eğer kavramlar sadece zihinlerde var oluyorsa, kurallar ve ilkeler de bu kavramlarla oluşturuluyorsa ve hukuk da kurallardan ve ilkelerden ibaretse, gerçekte hukuk diye bir şey yok demektir.³⁷³ Ancak hukuk vardır. Dolayısıyla hukukun, kurallardan ve ilkelerden başka bir şey olması veyahut en azından bunlardan fazlasını içeriyor olması gerekir. Peki, nedir bu hukuk? Hukuk *bilimcisinin* çabasına nesne edineceği somut hukuk gerçekliği nedir? Bingham'a göre hukuk yargıcın yaptığı (*make*) şeydir. Avukat da hukuki mütalaaları ile yargıca hukuku yapmasında yardımcı olur. Yine yasa koyucu da yaptığı düzenlemeler ile dolaylı olarak bu sürecin sonunda ortaya çıkacak somut hukuki gerçeğin belirlenmesinde etkili olabilmektedir. Yasa koyucunun etkisi dolaylıdır, çünkü bir vaka mahkemeye geldiğinde sonucun belirlenmesindeki esas etken yasa harici unsurlardır. Bu nedenledir ki, bir avukatı zamanla iyi bir avukat yapan onun yasalar hakkındaki bilgisinin derinleşmesi değil hukukun ortaya çıkış sürecinde vakaların meydana getirdiği düzenliliklere ilişkin vukufunun artmasıdır. Bingham'a göre avukatın işi budur. O, hukuk olarak ortaya çıkmış somut gerçekliklerdeki düzenlilikleri keşfederek gelecekte ortaya çıkabilecek sonuçları tahmin eder. Bu tahmin doğrultusunda, eğer muhtemel sonuç istendikse onun ortaya çıkmasını kolaylaştıracak eğer istenmedikse onun ortaya çıkmasını engelleyecek türden mütalaalar oluşturur.³⁷⁴

³⁷² Bingham, 1912: 6-7.

³⁷³ Bingham, 1912: 8.

³⁷⁴ Bingham, 1912: 11.

Biz hukukun var olduğunu bildiğimiz gibi, yasa ve kuralların da var olduğunu ve şu veya bu ölçüde hukuki süreçleri etkilediğini de biliriz. Bingham, ortaya koyduğu önermelerin bu hakikati dışlamadığını söyler. O da kuralların ve ilkelerin varlığını kabul eder. Tıpkı biyolojide, mimaride veyahut bilimin diğer alanlarında olduğu gibi hukukta da kurallar vardır. Bunları kitaplarda görürüz. Bunlar hukuk oluşturma süreçlerinde de görünür olurlar. Ancak bunlar zihinsel şeylerdir. Bunları oluşturmak için yasa koyucu olmaya da gerek yoktur. Biraz bilgi sahibi olan ve zihnini kullanabilen herkes bir hukuk kuralı veya ilkesi oluşturabilir.³⁷⁵ Yine bu durumda olan herkes, evleviyetle, bir hukuk kavramı da oluşturabilir. Bu kavramlar, ilkeler ve kuramlar zihinsel araçlar olarak, hukuki bilginin tasnifinde ve iletiminde kolaylıklar sağlayabilirler. Ancak yasama organınca ifadelendirilmiş dahi olsalar kurallar ve ilkeler, nihayet birer yazılı dilsel iletişim araçları olmaları nedeniyle yazılı dilsel iletişimde ortaya çıkabilecek her tür soruna davetiye çıkarırlar. Yasama organının tekil bir somut olay bakımından ortaya çıkmasını istediği sonucu net olarak ifade etmesi mümkün değildir. Yasanın genel ifadesi belirsiz, kullanışsız veya yanıltıcı olabilir. Birçok durumda yasanın anlamını belirleyecek olan yargıçtır ve yargıçların kimi zaman lâfzî yorumu bir kenara bıraktığı hatta lâfzî yorumun yanıltıcı olabileceği hususunda doktrinde belirli bir düzeyde uzlaşının bulunduğu da bilinmektedir. Bu nedenle yasalar üzerinde dilsel bir çalışma yapmak bir davaya hazırlanmakta olan avukata pek de yardımcı olmayacaktır. Avukat, yasadan ziyade daha önce verilmiş kararlara, diğer bir deyişle somut hukuki gerçekliklere bakmak durumundadır. Çünkü yasaların kendinde hiçbir otoritesi yoktur. Hukuki otoritesi olan, somut hukuki sonuçlar teşkil eden ve bu nedenle hukuki incelemenin nesnesi olabilecek tek şey, yargı kararıdır.³⁷⁶

Meseleyi böylece ortaya koymakla Bingham, hukukçunun da diğer bilimciler gibi odağını soyutlamalardan somut gerçekliklere doğru kaydırmasını talep eder. Ona göre kurallar, ilkeler ve tanımlar üzerine bir bilim kurulamaz, incelenmesi gereken ve bilimsel öngörü sağlayabilecek olan gerçeklikteki düzenliliklerdir. Bingham'a göre bu yaklaşımın benimsenmesi halinde hukuk bilimi alanında muazzam bir ilerleme söz konusu olacaktır. Hukuk tarihi, hukuk dogmatigi, hukuk felsefesi, yasama metodolojisi ve karşılaştırmalı hukuk başta olmak üzere birçok çalışma alanında somut gerçeklikler bilimsel bir bakış açısı ile ele alınmayı beklemektedir. Günden güne ilişkileri ve ihtiyaçları karmaşıklaşan toplumlarda bu tür çalışmalar acil bir ihtiyaç olarak belirmektedir.³⁷⁷

³⁷⁵ Bingham, 1912: 22.

³⁷⁶ Bingham, 1912: 24-25.

³⁷⁷ Bingham, 1912: 3.

Bingham'ın ortaya koyduğu *hukuk bilimi* yaklaşımı basitçe dönemin pozitivist bilim paradigmasının hukuka uygulanması veyahut daha doğru bir ifadeyle hukuka çağırılması olarak değerlendirilebilir. Ancak '*What is the Law?*', bu özelliğinin yanında anti-temelcilik, bağlamsallık ve ileri dönüklük ilkelerine koşut talep ve açıklamalar getirmekle hukuk pragmatizmine de katkı sunmuş ve onu yirminci yüzyıla taşımış bir çalışmadır. Diğer yandan bu makale, kuralların otoritesine yönelik şüpheci bir tutum ortaya koyması, yargısal faaliyete odaklanması, hukuk dışı faktörlerin bu faaliyetlere etkisi üzerinde durması ve geniş bir sosyal bilim perspektifini hukuk alanına çağırması nedeniyle hukuki realizmin kurucu metinlerinden birini teşkil eder. Hukuki realistlerin çalışmalarına bakıldığında bu makalede şu veya bu derecede değinilmemiş olan yeni bir argümana rastlamak neredeyse imkânsızdır. Sadece bazı çalışmalarda belirli argümanlar ön plana çıkarılırken diğerlerinin daha az vurgulandığı veyahut belirli argümanların Bingham'a nazaran daha ılımlı veya daha aşırı bir biçimde ifade edildiği görülebilmektedir. Nitekim hukuki realistleri tasnif girişimleri içerisinde bir realist hukukçuya verilen yer de genellikle bu vurgu ve itidal farklılıklarına göre belirlenmektedir.

Bingham'a benzer şekilde kuralların hukuki kudretini sorgulamaya açan ancak şüpheci tutumu "gerçekte kural diye bir şey yoktur" diyecek kadar ileri götürmeyen Karl Llewellyn (1893-1962) de hukuki realistlerin öne çıkan temsilcilerinden biridir. Llewellyn, Peirce'ın düşüncelerin birer davranış modeli olduğu yönündeki açıklamasına benzer şekilde kuralların hukuki davranış modelleri olduğunu ve bunların ancak davranışlar incelenerek tespit edilebileceğini öne sürer. Cheyenne hukuku üzerine bir hukuk antropolojisi çalışması da bulunan³⁷⁸ Llewellyn'e göre kurallar basit toplumlarda somut problemlere ilişkin hal çareleri olarak görülürken karmaşık toplumlarda hak ve çıkar gibi belirsiz kavramlar meseleye dâhil edilerek kurallar soyut ve işlevsiz hale getirilmiştir.³⁷⁹ Bu durum kurallar ve dolayısıyla soyut sözler üzerine yapılan tartışmaların verimsiz olması sonucunu doğurmaktadır. Hukuki realizmin temel metinlerinden birini teşkil eden ve ilk satırlarından itibaren üst düzey bir zihinsel heyecan ve enerji ile yazıldığı görülen *Some Realism about Realism* makalesi, kutsal metinlerde de geçen bir vecizeyi tekziple başlar. Hayır, der Llewellyn, "önce söz yoktu; önce eylem vardı".³⁸⁰ Bu yaklaşım ile Llewellyn, bir yandan Bingham'ın nominalizmi ile Peirce'ın pragmatizmini buluştururken diğer yandan davranışçı sosyal bilim paradigmasını hukuk alanına taşır.

Llewellyn'e göre yirminci yüzyılın eşiğinde sosyal bilimler alanında önemli gelişmeler yaşanmasına rağmen hukuk bu gelişmelerden gerektiği ölçüde yararlanamamıştır. Hukuk

³⁷⁸ Llewellyn ve Hoebel, 1941.

³⁷⁹ Golding, 1986: 471-472.

³⁸⁰ Llewellyn, 1931: 1222;

alanında geleneksel yaklaşım ve kabuller hiçbir güncel soruna çözüm getirmemekle birlikte varlığını korumuşlardır. Eski hukuk kuramları içi boş, hayattan kopuk ve metruk bir hal alırken, uygun bir kuramsal artalandan yoksun kalan uygulama ise çağın yeni sorunlarına ve yeni ihtiyaçlarına karşılık verecek yeni teknikler üretememekte, uygulayıcılar bu yeni mecralarda el yordamıyla ilerlemeye çalışmakta ve süratle savrulmaktadırlar. Düşünüre göre artık daha geniş ve çağın gerçekliğine daha uygun bir sosyal bilim perspektifi ile "*hukuk nedir ve ne yapar?*" sorularına yanıt aramak gerekmektedir. Geleneksel anlayışta hukuk, kurallar ve dolayısıyla sözler üzerinden açıklanmaktadır. Bu bakımdan "bu bir kuraldır" ifadesi "ben bu sözü otorite sahibi bir kitapta gördüm" anlamına gelir. Bu ifade bir yandan da "mahkemeler ve insanlar gerçekten bu kurala göre davranmaktadır" kabulünü de içermektedir. Ancak meselenin bu boyutu sadece bir kabul düzeyinde kalır ve sorgulanmaz. Yine buna benzer şekilde geleneksel bakışta sıklıkla dile getirilen "bu bir haktır" ifadesi de belirli kuralların sözel içeriklerine aldatıcı bir güçlülük görünümü kazandırırken gerçek durumda hiçbir değişiklik yaratmaz. Hak kavramı ve haklar üzerine yapılan saf doktrinsel çalışma ve tartışmaların sosyal bilimler alanında hukukçular dışında hiç kimsenin ilgisini çekmemesi de bu durumun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.³⁸¹ Dönemin sosyal bilimler eğilimlerine ilişkin bu tespitinden sonra Llewellyn, kural kavramını yeniden düşünmek gerektiğini belirtir. Ona göre, yazılmış bulunan ve yazarının belirli bir durumda yapılması gereken hukuken doğru davranışa ilişkin görüşlerini içeren ve bu doğrultuda emir veya gereklilik kipleriyle ifade edilen kurallar 'kâğıt üzerinde kurallar'dır. Llewellyn'in 'gerçek kurallar' dediği kurallar ise haber kipleri ile ifade edilir.³⁸² Gerçek kurallar yapılmış veya yapılmakta olan davranışları ifade ederler. Bu davranışları hukuki kılan ise bunların hukuk uygulayıcıları tarafından yapılmış olmalarıdır.

Llewellyn'in, belki de grameri fazlaca zorlayarak öne sürdüğü bu argüman basitçe şöyle ifade edilebilir: Hukuk söylenen değil yapılan bir şeydir. Dolayısıyla hukukun kaynağı yazılı olan ifadeler değil, uygulayıcıların davranışlarıdır ve kural veya hak vs. isimler verilen şeyler de gerçekte kendini yazıda değil bu davranışlarda gösterir. Llewellyn kâğıt üzerindeki kurallar ile gerçek kuralların örtüştüğü noktaların olabileceğini kabul eder ancak hukukun mahiyetine ilişkin bilginin nihai kaynağı davranışlardır. Bu nedenle gerek hukuk bilimcisinin gerek avukatın gerekse de ilgililerin odaklanması gereken nokta mevzuat değil uygulamadır. Böylece bu kişiler sonraki davranışlarını düzenleme imkânına kavuşabileceklerdir. Böyle ele

³⁸¹ Llewellyn, 1930: 440.

³⁸² Llewellyn, 1930: 443.

alındığında hukuk veyahut daha doğru bir ifadeyle hukukun bilgisi, davranışlardan çıkarılan ve yine yeni davranışlar için program oluşturmada kullanılan bir araç olarak görülmektedir.³⁸³

Hukukun kendinde bir değeri olmayan bir araç olarak görülmesi ve bu doğrultuda hukuk kuramı alanında yapılan çalışmalarda odağın sözlerden gözlemlenebilir davranışlara diğer bir deyişle bu aracın işleyiş biçimlerine kaydırılması Llewellyn'e göre bu çalışma disiplinin oldukça verimli bir hal almasına imkân verecektir.³⁸⁴ Böylece Llewellyn, Bingham'a benzer şekilde, hukuk bilimcisini uyuşmazlıkların nasıl çözülmesi gerektiğine ilişkin sözler üzerine kafa yormaktansa uygulayıcılar ve ilgililerin somut uyuşmazlıkların çözümünde ortaya koyduğu somut davranışlardaki düzenlilikleri keşfetmeye çağırır.³⁸⁵ Bunları keşfetmek hukukta öngörülebilirlik imkânlarını arttıracaktır. Dolayısıyla Llewellyn'in öngörülebilirliğin hukukta bir ihtiyaç olduğunu ve öngörülebilirliği sağlamanın da mümkün olduğunu ilkesel olarak kabul ettiğini ifade edebiliriz. O sadece, yazılı kuralların öngörülebilirliği sağlayamayacağını ve bunları odağa alan mevcut hukuki araştırma yaklaşımı ile bir yere varılamayacağını belirterek yeni bir yaklaşım önerir.

Hukuki realizmin bir diğer önemli temsilcisi Jerome Frank (1889-1957) ise Llewellyn'in aksine hukukta öngörülebilirliğin mümkün olmadığını savunmaktadır. Öngörülebilirlik ve kesinlik taleplerinin formalist eğilimler olduğunu belirten Frank'e göre bu eğilimlerin temelinde bir güvenlik ihtiyacı bulunmaktadır. O, bu güvenlik ihtiyacına Freudcu bir açıklama getirir. Bu açıklamaya göre çocukluk dönemlerinde tecrübe edilmiş olan bilinmeyene ve değişken olana yönelik korku, bireyin duygusal gelişimini tamamlayamaması halinde yetişkinlik dönemine de yansımaktadır. Bu travma durumu, bireyin tam bir durağanlık ve öngörülebilirlik hali içinde olmadığı durumlarda endişe yaşamasına neden olmaktadır. Hukukta belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenlik arayışının temelinde de bu durum yatmaktadır.³⁸⁶ Frank'in bu *bilimsel* açıklaması, yargıçlar, hukukçular veya genel olarak toplum üzerinde yapılmış herhangi bir psikanaliz incelemesine dayanmamaktadır. Bu nedenle çokça atıf yapılan³⁸⁷ bu açıklamayı bir rasyonalizasyon veya en iyi ihtimalle bir eğretilme olarak kabul etmek gerekir.

Popüler olmakla birlikte bu Freudcu eğretilme Frank'in hukuki realizme en önemli katkısını teşkil etmez. Frank'in esas katkısı emsale bağlılık doktrinine (*stare decisis*) getirdiği eleştirilerdir. Bu eleştirileri ile hukukta kesinliğin bir efsane olduğunu ortaya koymuş olması Frank'i hukuk pragmatizmi bakımından da önemli bir konuma getirir. Ona göre özellikle

³⁸³ Llewellyn, 1930: 431.

³⁸⁴ Llewellyn, 1930: 464.

³⁸⁵ Golding, 1986: 470.

³⁸⁶ Frank, 1949: 272.

³⁸⁷ Friedman, 2002: 491; Golding, 1986: 458; Gürkan, 1967: 50-53.

yargıçlar arasında kesinlik isteği, kesinliğe olan inanç ve emsale sadakat sadece söylem düzeyinde kalan bir öğretilerdir. Yargıçlar, hukuki belirliliğin hakkaniyet adına ihlal edilemeyeceğini, aksi durumda yasa önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olacağını dile getirmektedirler. Yine, hukuki açıdan istikrar ve öngörülebilirliğin en önemli unsurlar olduğunu, bir yasanın belirli ve istikrarlı uygulanmasının her durumda adil sonuçlar doğurmasından daha önemli olduğunu zira kesin yasaların bireylere eylemlerinin hukuki sonuçları ile öngörülebilirlik sağladığını ve dolayısıyla da bunların adaletsizliğinden söz edilemeyeceğini savunurlar.³⁸⁸ Bu önermeler bir tür 'hukuk için hukuk' düşüncesini ifade etmektedirler ve bunlara bakıldığında yargılama faaliyetleri çerçevesinde katlanılamaz haksızlıkların genel uygulama haline gelmiş olduğu düşünülebilir. Buna göre, bir tarihte bir yasayı uygulayarak birine haksızlık yapıldıysa, o yasanın uygulanacağı herkese aynı haksızlığın yapılması gerekmektedir. Bunun böyle yapılması yasa önünde eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Ancak Frank'e göre uygulamada işler böyle yürümektedir. Yargılama tarihi içerisinde yargıçların bu tür katlanılamaz sonuçların önüne geçmek ve bir anlamda emsali dolanmak adına çeşitli araçlara başvurdıkları ve bu araçların bazılarının artık tipiklik kazandıkları görülmektedir. Frank bu tipik araçlardan özellikle üçünün uygulamada yaygın olarak kullanıldığını söyler. Bu araçlardan biri 'ayırt edici sorun' (*distinguishing question*) argümanıdır. Bu argümanı ortaya atarak mahkeme söz konusu emsal kararın o karara konu olan somut olaydaki ayırt edici bir özelliğe uygun olarak verildiğini ve bu özelliğin hâlihazırda çözülmesi gereken olayda mevcut bulunmadığını öne sürmekte ve böylece emsale aykırı bir karar verebilmektedir.³⁸⁹ Frank'e göre emsali dolanma araçlarından bir diğeri de 'lafzi istikrar' (*verbal stability*) argümanıdır. Emsale sadakatin kabul edilemez sonuçlar doğurması halinde mahkeme durumu kurtarmak adına sadakatini emsalde ortaya konulan kuralın lafzı ile sınırlar. Sözleri olduğu gibi kabul eder ancak bu sözlere yeni anlamlar yükleyerek önündeki somut uyumsuzluğu esasında emsale uygun olmayacak bir şekilde çözer. Bir diğer emsalden ayrılma aracı ise '*ratio decidendi*' argümanıdır. Diğer araçlar arasında hukuki belirsizliği en üst düzeye taşıyan argüman da budur. Bu argümanı dile getirmekle mahkeme, emsalde bağlayıcı olanın ne hüküm ne de hükmü belirleyen kural olduğunu dile getirir. Bağlayıcı olan hem hükmün hem de kuralın ötesinde olan bir şeydir. İşte bu '*ratio decidendi*'dir. *Ratio decidendi*, kuralın ve kararın yöneldiği doğru ilkedir. Tüm sürecin doğruluğu da bu ilkenin doğruluğuna bağlıdır. Dolayısıyla yargıç bir somut olayla ilgili

³⁸⁸ Frank, 1949: 267.

³⁸⁹ Frank, 1949: 275.

önceden verilmiş bir emsal karara baktığında mutlaka bu ilkeyi tespit etmeli ve eğer bu ilke önündeki somut olay bakımından doğru bir ilke değilse o emsali bu olaya uygulamamalıdır.³⁹⁰

Frank artık tipikleşmiş bu argümanlara bakarak uygulamada emsale sadakatin söylendiği gibi gerçekleşmediğini veya emsale sadakat böyle yorumlandığında onu meşrulaştırmak için öne sürülen kesinlik ve istikrar özelliklerini hukuka kazandırma kabiliyeti taşımadığını belirtir. Kurallar kararları belirlemez, işin aslı kurallar yargıçların kendi düşüncelerine giydirdikleri resmi kıyafetlerdir.³⁹¹ Frank'e göre kesinlik mitini artık bir kenara bırakmak gerekmektedir. Kaldı ki bir hukuk sisteminin sağlıklı sonuçlar üretebilmesi için belirli düzeyde bir esneklik niteliği taşıması gerekmektedir. Kültürel kabullerin, değer yargıları, ekonomik alışkanlıklar ve diğer ilişki biçimlerinin sürekli değişim geçirdiği dinamik bir yapı olan modern toplumun sorunlarının emsale bağlı bir hukuk anlayışıyla çözümlenmesi mümkün değildir. Esneklik ve bir ölçüye kadar belirsizlik hukukun bir kusuru değil erdemi olarak görülmelidir. Bir nesil kendisinden önceki nesillerin tabi olduğu kurallara körü körüne uyularak yargılanamaz.

Frank, *Courts on Trial*'ı buraya kadar ele alınmış olan görüşlerini bir düzeye kadar anlamsızlaştıracak bir tespitle bitirir. Ona göre hukukta norm olarak işlev gören her şey mevzuatta yer alıyor olsa ve bu mevzuattaki kurallar da tek bir anlamdan başka hiçbir anlama gelmeyecek ve farklı hiçbir yoruma müsaade etmeyecek şekilde yazılmış olsa dahi, yargının işleyişinde bağlam ve perspektif etkenlerini devre dışı bırakmak mümkün değildir.³⁹² Bu halde dahi yargısal alanda kesinlik ve öngörülebilirlik sağlanamaz. Hüküm verme işini basitçe $Norm \times Olay = Hüküm$ ($N \times O = H$) olarak formüle edebiliriz. Frank'e göre bu formülde H 'yi önceden tahmin edebilmemizi engelleyen şey N 'deki belirsizlikten ziyade O 'daki belirsizliktir. Kabul etmek gerekir ki ister emsalden ister yasal düzenlemelerden kaynaklansın norm belirsizdir. Zira norm sözlerden ibarettir ve de sözler birer sembol olmaları nedeniyle sıkıştırılmış ve yoğunlaştırılmış şeylerdir. Yargıç bu sözleri açımlayarak bunların içine sıkıştırılmış anlamlar arasından tercihlerde bulunur. Bu tercihler, perspektifi ve bağlamı kaçınılmaz etkenler olarak yargılama faaliyetine dâhil eder. Nihayet öngörülebilirlik imkânı azalır.³⁹³ Ancak somut olaya ilişkin belirsizlik öyle mutlak ki, norma ilişkin belirsizlik meselesini hiç tartışmadan dahi hukukta kesinliğin ve öngörülebilirliğin bir efsaneden ibaret olduğu ortaya konulabilir. Frank'e göre birçok realist de dâhil olmak üzere dönemindeki

³⁹⁰ Frank, 1949: 278-279.

³⁹¹ Friedman, 2002: 491.

³⁹² Frank, 1949: 326.

³⁹³ Frank, 1949: 294.

hukuk kuramcılarının göz ardı ettiği durum budur. Onlar olayı verili kabul ederek sadece normu odağa almışlardır. Ancak olay verili değildir.³⁹⁴

Karara konu olacak olay belirlenirken üç aşamalı bir başkalaşma süreci söz konusu olmaktadır. İlk tanıklar gerçekten yaşanmış olan olayla ilgili aktaracaklarını seçerler ve bu seçim Frank'e göre sadece tanıkların görme, duyma veya hatırlama kapasitelerinin değil onların duygusal tutumlarının ve ahlaki karakterlerinin de devrede olduğu bir kurgulama süreci neticesinde gerçekleşir. Böylece gerçekten yaşanmış olay bir başkalaşma aşaması geçirmiş olur. İkinci aşamada yargıçlar birbiriyle çelişen ifadeler, raporlar ve deliller arasından inandırıcı olanları seçerler ve olayı yeniden kurgularlar. Böylece olay ikinci kez başkalaşır. Son aşamada mahkeme bu olayı hukuken isimlendirebilmek adına ikinci aşamada belirlediği unsurlar içerisinde herhangi bir normla ilişkilendirilebilecek olanları seçip diğerlerini bir kenara bırakır. Nihayet bu üçüncü başkalaşma aşaması ile hüküm verilmiş olur.³⁹⁵ Bunun yanı sıra Frank'e göre yargıçlar davalara her zaman bir önsezi ile başlarlar ve tüm bu aşamalarda yargıçlar olayı önsezilerini haklı çıkaracak şekilde yeniden kurgulamaya eğilimlidirler.³⁹⁶ Elbette dava, daha önce yaşanmış bazı olaylar nedeniyle başlar ancak bu olaylar mahkemece bizzat müşahade edilmiş değildir. Dava süreci içerisinde ilk olayla rastlantısal benzerlikler arz edebilen yeni bir olay kurgulanmaktadır ve yargıçlar nihayet kararlarını bu kurgusal olaya göre verirler. Bu yüzden hükme esas alınan olayın ne olduğu ancak hüküm verildiği anda tam olarak bilinebilir. Frank'in bu tezi 'olay şüphesizliği' olarak adlandırılmıştır. Olay şüphesizliği, hukuk pragmatizminin perspektivizm ve bağlamsallık ilkeleri ile bağdaşan ve bunlara ilişkin argümanları geliştiren bir tez olma özelliğine sahiptir. Frank'in hukuki realizm ve genel olarak hukuk pragmatizmine yaptığı en büyük katkı ve getirdiği en büyük yenilik de budur.

Buraya kadar Bingham, Llewellyn ve Frank'in görüşleri üzerinden ele alınan hukuki realizm akımı genel olarak değerlendirildiğinde bu akım dâhilinde belirli pragmatist tutumların ön plana çıktığı görülmektedir. Realistler, pragmatik bir hukuk yaklaşımına uygun olacak şekilde, kuralların doğasına ilişkin temelci mantığı reddetmiş ve kuralların deneyimde kullanılmak üzere yine deneyimden türetilen davranış planları olduklarını öne sürmüşlerdir.³⁹⁷ Hukukun uygulanmasında normların otoritesine ve olguların tespit edilebilirliğine yönelik şüpheli yaklaşımları çerçevesinde uygulayıcı perspektifinin ve uygulama bağlamının sonuçları etkileme gücünü vurgulamışlardır. Yine, kavramların pratikte yarattığı etkiler

³⁹⁴ Gürkan, 1967: 47-48.

³⁹⁵ Frank, 1949: 294.

³⁹⁶ Golding, 1986: 459.

³⁹⁷ Aynı yönde bkz. Palmer, 1948: 1154.

ölçüsünde anlamlı olduğunu ifade eden pragmatist ilkeye uygun olacak şekilde, hukukun pratik etkilerini tetkik etmek üzere sosyal bilimler alanındaki farklı disiplinlerin sunduğu araçların kullanılmasını ve ampirik araştırmaların arttırılmasını talep etmişlerdir.

2.2.2 Roscoe Pound ve Sosyolojik Hukuk Bilimi

Yirminci yüzyılın başlarında, ABD hukukundaki formalist eğilim ve uygulamalara karşı eleştiriler ortaya koyan diğer bir düşünür de Roscoe Pound olmuştur. Tıpkı Hukuki Realizm Akımı ile ilgili olduğu gibi Pound ve kurucusu olduğu Sosyolojik Hukuk Bilimi ekolü de Türk hukukçusuna Gürkan tarafından tanıtılmıştır.³⁹⁸ Ancak Pound ve ekolünün hukuki realizm kadar Türk hukukçusunun ilgisine mazhar olduğu söylenemez. Ayrıca Pound ekolünün burada ele alınan akım ve ekoller arasında pragmatist karakteri veya hukuk pragmatizmi içerisindeki yeri tartışmalı olan ekollerden biri olduğunu da belirtmemiz gerekir.³⁹⁹ Bunun nedeni Pound'un bir formalizm karşıtı olduğu kadar aynı zamanda bir hukuki realizm karşıtı olmasıdır.⁴⁰⁰ Özellikle akademik etkinliğinin son dönemlerinde yazdığı eserlerde bu durum kendini daha belirgin olarak gösterir. Pound'a göre hukuki realizm, hukuku hayaller, dilekler veya duygular üzerinden değil hukuki olgunun bizatihi kendisi üzerinden incelemeyi hedeflemesi itibarıyla yararlı bir girişimdir. Gerçekten de realizm kuramsal düzeyde bakıldığında hukuka yönelik bilimsel bir tutumu ifade eder. Ancak bu akımın üyeleri, bu hedeften şaşmışlardır. "Dogmaların dogmatik reddi de bunların dogmatik kabulü kadar dogmatik olabilir"⁴⁰¹ diyen Pound, nasıl ki formalist hukukçular hukukun saf kuramını aramışlarsa realistlerin de hukukun saf gerçekliğini bulmaya çalıştıklarını belirtir. Ancak hukuki araştırma sadece yargıçların gerçekte yaptıklarının incelenmesinden ibaret değildir. Çünkü hukuk salt davranıştan ibaret değildir. Yargıçların yaptıkları, yargıçların yapması gerekenler ve bu yapılması gerekenlerin ne olduğuna ilişkin yargıçların inançları, hukuki araştırma alanının birbirinden ayrılmaz konularını oluştururlar. Bu sözü edilen konularda hukuk kurallarının etkisi göz ardı edilemez. Hukuku mekanik olarak uygulanan bir dogmalar sistemi olarak kabul etmek ne kadar yanlışsa, bu dogmaların varlığını ve üstlendikleri öngörülebilirlik sağlama işlevini tümüyle reddetmek de o kadar yanlıştır.⁴⁰² Bu argümanları ile Pound, hukuki realistler ile önemli ölçüde ayrı düşmektedir. Ancak hukuk pragmatizmi birbiri ile çatışan yaklaşımları bünyesinde barındırabilen bir kuramdır. Bir yaklaşıma pragmatik karakterini veren ortaya konulmuş olan sonuç ve taleplerden öte

³⁹⁸ Gürkan, 1961.

³⁹⁹ Golding, 1986: 469.

⁴⁰⁰ Friedman, 2002: 490.

⁴⁰¹ Pound, 1931: 705.

⁴⁰² Pound, 1931: 707.

bunların üretiminde kullanılan yöntem ve bu yönteme ilişkin önerilerdir. Basitçe ifade edilecek olursa gerek Pound gerekse de realistler bir kavramın ancak pratik etkileri ölçüsünde anlam taşıdığını belirten pragmatik maksimi kabul etmektedirler. Ancak realistlere göre kurallar ve ilkeler bu ölçütü karşılamadığı için anlamsızdır. Pound ise kuralların ve ilkelerin pratik etkilerinin bulunduğunu savunur.

Pound'un, döneminin hukuk kuramı yaklaşımlarına ve hukuk uygulamasına yönelik eleştirilerini ve sosyolojik hukuk biliminin esaslarını ortaya koyduğu çalışmalarını incelemek bu ekolün pragmatik karakterini ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır. Pound'u döneminin hukuk kuramcılarından ayıran en önemli özelliği onun Kıta Avrupası hukuk düşüncesine olan hâkimiyeti olabilir. Pound, kuramını oluştururken elbette Holmes'ün, James'in veya Blackstone'nun eserlerine atıflar yapmıştır. Ancak başta Rudolf von Jhering olmak üzere Kıta Avrupası hukuk kuramcılarının etkisi Pound'un kuramında Anglo-Amerikan meslektaşlarının etkisinin epeyce önüne geçmiştir.⁴⁰³ Pound'un döneminin hukuk yaklaşımında yer alan kusurları sistemli bir biçimde ortaya koyduğu ilk çalışması, ABD Barolar Birliği'nin 1906 yılı toplantısında yaptığı konuşmadır.⁴⁰⁴ Bu konuşma ile Pound, yeni bir hukuk bilimine ve bu yeni bilimle desteklenen bir hukuk uygulamasına olan ihtiyacı ve bu ihtiyacın gerekçelerini ortaya koyar. Ona göre hukuk uygulamasındaki aksaklıklara yönelik toplumdaki rahatsızlığın temel nedenlerinden biri hukuk kurallarının mekanik olarak uygulanmasıdır. Pound, mekanik uygulamayı, hukuki kesinliğin bedeli olarak görür. Bu bakımdan bu kusur hukuk uygulamasının kaçınılmaz bir kusurudur.⁴⁰⁵ Pound'a göre bir toplumda ahlaki, kültürel ve ekonomik alanlarda süratli dönüşümlerin yaşandığı dönemlerde hukuk ve yaşam arasında uyumsuzluk ortaya çıkar. Bu uyumsuzluk da bir ölçüde kaçınılmaz bir şeydir. İşte böylesi dönemlerde mekanik uygulama daha katlanılmaz olumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Hukuku idare edenler, bu kaçınılmaz kusurları ve bunların yarattığı rahatsızlığı en aza indirmek gibi bir görevi üstlenmek durumundadır. Ancak bu görevin yerine getirilebilmesi için hukukçuların elverişli bir hukuk kuramına ihtiyacı vardır ve o döneme kadar geliştirilmiş olan kuramlar çözüm üretmeye elverişli olmak şöyle dursun birçok konuda kafa karışıklığının artmasına neden olmuştur.⁴⁰⁶

Hukukun kuram ve uygulamasındaki sorunu böylece tespit ettikten sonra Pound, 1911 ve 1912 yıllarında *Harvard Law Review*'de *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* başlıklı üç bölümlük bir tefrika yayımlar. Bu tefrika dâhilinde öncelikle

⁴⁰³ Golding, 1986: 448-449.

⁴⁰⁴ Pound, 1906.

⁴⁰⁵ Pound, 1906: 2-3.

⁴⁰⁶ Pound, 1906: 9.

hukukun kuram alanında ortaya konulmuş başlıca yaklaşımları değerlendirir ve eleştirir. Nihayet son bölümde dönemin ihtiyaçlarına karşılık verebileceğini düşündüğü bir kuram olarak Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin esaslarını ortaya koyar. Pound'a göre dönemin mekanik uygulamalarının kökeninde hukuk alanında uzun süre egemen olmuş temelci kuramların etkisi yer almaktadır. Bu kuramların başında yer alan Analitik Hukuk Kuramı, hukuki incelemeyi kaçınılmaz olarak kavramsal kıyasa indirgemıştır. Pound'a göre kuramsal çalışmanın kavramsal kıyasa indirgenmesi, hukukun pratik yönünün bir kenara bırakılmasına neden olmuştur.⁴⁰⁷ Pound, Tarihçi Ekolde de meselenin farklı bir kapıya çıkmadığını öne sürer. Hukuk ve kültür arasındaki bağlantıları odağa almak iddiasıyla ortaya çıkmış olmasına rağmen Tarihçi Ekol'ün nihayetinde ortaya koyduğu kuramın yöntem olarak doğal hukuk kuramlarından bir farkı bulunmamaktadır. Esasında Analitik Hukuk Bilimi de Tarihçi Ekol de Doğal Hukuk Kuramları da yöntem ve form olarak birbirlerinin aynıdır. Bunlar arasındaki farklılık sadece mantık tasımlarındaki *a priori* öncüllerin içeriğine ilişkindir.⁴⁰⁸ Bunun dışında bu üç kuram da hukuku temelci bir tümdengelim mantığı ile açıklamışlardır. Artalanında bu tür kuramların bulunduğu erken modern hukuk sistemlerinde de yargılama işi sadece formel tutarlılığın gözetildiği bir mantık problemine dönüşmüştür.

On dokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren siyaset bilimi ve ekonomi başta olmak üzere sosyal bilimler alanında yaşanan gelişmeler ve gerçekleşen yaklaşım değişiklikleri hukuk kuramı üzerinde de dönüşüm yönünde bir baskının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Pound'a göre bu baskı neticesinde Kıta Avrupası'nda hukuku sosyolojik açıdan ele almaya yönelik çalışmalar ortaya çıkmaya başlamıştır.⁴⁰⁹ O, bu girişimlerin başına Jhering'i ve onun menfaat temelli yaklaşımını koyar. Bu yaklaşımda hukuk bir oluşum olarak kabul edilmektedir ve hukukçuya düşen de bu oluşumun gerçekleşme sürecini incelemektir. Ancak hukukçunun işi burada bitmez. O aynı zamanda bu oluşumun yöneldiği amacı da tespit etmek ve sürekli göz önünde tutmak durumundadır. Pound'a göre Jhering'i özel kılan onun Avrupa hukukçuluğundaki temelci eğilimlere karşı teleolojik bir kuram ortaya koymuş olmasıdır. Jhering'e göre hukuku yaratan hak düşüncesi değildir, bilakis hukuk, hak düşüncesine temel olmuştur. Hukukun ise tek bir kaynağı vardır ve o da pratik amaçlardır. Hukuk, belirli eylem ve etkinliklere izin vererek toplumda belirli pratik menfaatlerin gerçekleşmesini sağlar. Bireyler de bu izin verilenler üzerinden hakları hakkında çıkarımlarda bulunur. Bir hakkın varlığı bu izinler ve bu izinlerin arkasında yatan pratik amaçlara dayanır. Dolayısıyla nihayetinde hak denilen şey hukukun gerçekleştirmeye yöneldiği menfaatlerden çıkarsanmış

⁴⁰⁷ Pound, 1911a: 596.

⁴⁰⁸ Pound, 1911a: 600.

⁴⁰⁹ Pound, 1911a: 614.

olmaktadır.⁴¹⁰ Böyle bir yaklaşım ile Jhering, Kıta Avrupası hukukundaki kavramcı eğilimlere karşı ilk kez hukuku pratik amaçları üzerinden açıklayan ve bu amaçları gerçekleştirebilme olanakları bakımından değerlendirmeyi öneren bir kuram ortaya koymuştur. Pound, Jhering'in kuramının o döneme kadar hukuk kuramına egemen olmuş temelci düşünceyi sarsmış olmakla birlikte belirli sınırlılıklara da sahip olduğunu belirtir. Belirli pratik amaçlara yönelmiş de olsa hukuk, bu yaklaşımda kendisi aracılığıyla belirli türden eylemlere izin verilen, belirli türden menfaatler gözetilen bir yapı olarak ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla hukuk, Analitik Hukuk Kuramı'na benzer şekilde emir temelli bir açıklamaya tabi tutulmaktadır. Hukuk keşfedilen değil yapılan bir şeydir. Bu kabul üzerinden giderek Jhering, hukukça korunan veya gerçekleşmesine imkân verilen menfaatler üzerine odaklanır. Pound'a göre bu durum Menfaat Hukukçuluğu'nun bütünlüklü bir hukuk kuramı olamayıp bir yasama kuramı olarak kalmasına neden olmuştur.⁴¹¹ Ancak Jhering'in girişimi bu haliyle dahi hukuk kuramında filizlenmeye başlamış olan sosyolojik eğilimler için bir ilham kaynağı teşkil etmiştir.

Hukuka yönelik sosyolojik yaklaşımların esasında sosyoloji kadar eski olduğunu belirten Pound, diğer kuramlar arasında sesi pek cılız kalmakla birlikte Comte'tan bu yana hukuk kuramı alanında ortaya çıkmış sosyolojik eğilimleri tetkik eder. Düşünüre göre sosyolojik hukuk bilimi, sosyolojinin kendisi ile koşut dönüşüm süreçleri geçirmiştir. Evvela nedenselliğin ön plana alındığı bir sosyal-fizik aşaması, ardından Darwin'in araştırmalarının etkisiyle ortaya çıkan ve evrimci-organizmacı açıklamaların üretildiği sosyal-biyoloji aşaması ve bunun ardından sosyal-psikoloji aşamasından geçilmiştir. Son aşamada ise sosyoloji eğilimli hukukçular tüm bu yaklaşımların birbirine rakip olmayıp birbirlerini tamamladıklarını keşfederek bütünlüklü bir sosyolojik yaklaşımı hukuka tatbik etmeye yönelmişlerdir. Sosyolojik hukuk bilimcilere göre hukukun içinde iş gördüğü toplumun ihtiyaçlarına karşılık verememesinin, toplumsal hareketliliğe ayak uyduramamasının ve toplumsal reformlara katkı sunamamasının temelinde hukuku kendine yeterli bir disiplin olarak gören ve sosyal bilimlerden soyutlayan mevcut yaklaşımların etkisi büyüktür.⁴¹²

Sosyolojik hukuk bilimi, hukuk ile hayat arasındaki kopukluğu giderecek ve toplumsal dönüşüm süreçleri içerisinde hukukun etkin ve işlevsel kılınmasını sağlayacak yeni bir hukuk kavrayışı önermektedir. Bu kavrayışta hukuki incelemenin nesnesinin soyut kavramlardan ziyade hukukun gerçek işleyiş biçimi ve yarattığı etkiler olduğu kabul edilmektedir. Hukuku hizmet ettiği toplumsal amaçlar ile birlikte ele almayı öneren sosyolojik hukuk bilimcileri

⁴¹⁰ Pound, 1911b: 143.

⁴¹¹ Pound, 1911b: 144.

⁴¹² Pound, 1912: 510.

hukuk kurallarını da sabit kalıplar olarak değil bu toplumsal amaçlara ulaşma yolunda başvuru davranış kılavuzları olarak görmüşlerdir. James'in, düşüncelerin davranış kılavuzları olduğu yönündeki açıklamaları ile birlikte okunduğunda bu yaklaşımın pragmatist karakteri iyice görünür olmaktadır.⁴¹³ Sosyolojik hukuk bilimcilerine göre hukuk insan aklı ile geliştirilebilecek bir toplumsal kurumdur ve hukuk bilimcisinin görevi de bu gelişmeyi sağlayacak ve sürdürecektir araçları keşfetmektir.⁴¹⁴ Bu kavrayış doğrultusunda gerçekleştirilecek sosyolojik hukuk araştırmaları hem yasama etkinliklerinin daha isabetli yapılmasında hem de yapılmış yasal düzenlemelerin etkinlik düzeyinin artırılmasında önemli roller üstlenecektir. Yargıçlar da yasal düzenlemeleri yorumlarken bu araştırmalarla tespit edilmiş olan somut toplumsal amaçları gözetceklerdir. Toplumsal gerçeklikle örtüşen ve etkin düzenlemelerin, yine somut verilerce desteklenen teleolojik bir anlayış ile uygulanması nihayet hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasına da hizmet edecektir.⁴¹⁵ Pound böylece hem mekanik uygulama problemini ortadan kaldıran hem de hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğe de zarar vermeyen bir hukuk kuramı ortaya konulduğunu düşünmektedir. Pound'un bu düşüncesinde ne kadar haklı olduğu çalışmamızın kapsamını aşan bir tartışmanın konusudur. Ancak Gürkan'ın bu konuda Pound'a yönelttiği eleştirilere katıldığımızı belirtmek isteriz. Yargıcın, geleneklerden, ekonomiden ve diğer sosyal bilimlerden yararlanarak gerçekleştireceği amaca yönelik yorum kaçınılmaz olarak toplumun değer yargılarının, bunlara ilişkin yargıcın bakış açısının ve yargılamanın gerçekleştirildiği somut bağlamın etkilerinin yargılama işine dâhil olmasına neden olacaktır. Değer yargılarının, bakış açısının ve bağlamın dâhil olduğu bir yargılama faaliyeti ise salt var olan düzenlemeleri uygulamanın ötesine geçerek yargıcın hukuk yaratması sonucunu doğuracaktır.⁴¹⁶ Bu durum da yine kaçınılmaz olarak hukukta kesinlik ve öngörülebilirlik sorunları yaratacaktır.

Bu haklı eleştiriler, Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin pragmatist bir ekol olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin anti-temelci ve araççı bir karaktere sahip olduğu tartışılmaz görünmektedir. Yine bu ekol dâhilinde amaca yönelik yargı yorumunun savunulması da, bir yandan araçsalcılık tezine uygun düşerken diğer yandan -ister istemez- perspektifi ve bağlamı yargılama alanına davet etmesi nedeniyle sonuçları itibariyle pragmatist bir tutum olarak değerlendirilebilir. Pound'un eseri incelendiğinde James başta olmak üzere pragmatist düşünürlerin etkileri kendisini göstermektedir. Pound da bu etkiyi açıkça kabul eder:

⁴¹³ Golding, 1986: 450.

⁴¹⁴ Pound, 1912: 516.

⁴¹⁵ Pound, 1912: 512-515.

⁴¹⁶ Gürkan, 1961: 34-88-89.

"Kurallar kendileri uğruna değil toplumsal hedeflere yönelmek için buyrulur ve yürütülür. Bunların ne suretle buyrulduğunu ve yürütüldüğünü açıklamak yeterli değildir. Problem yasa-yapma ve yasa-yürütme işlevlerinin nasıl gerçekleştirildiğinden ibaret değildir. Aynı zamanda bu işlevlerin ne suretle gerçekleştirildiğinde amaçlarına en iyi şekilde ulaşabilecekleri ve bu işlevleri gerçekleştirenlerin nasıl bir kavrayışa sahip olduklarında bunlara en iyi şekilde katkı yapacakları da problemin bir parçasını teşkil eder. Bu bakımdan pragmatik ölçüt kesinlikle doğrudur. Hukukun doğru kuramı, hukukun doğru yöntemi, iyi iş gören kuram ve yöntemdir."⁴¹⁷

Yeniden yapılandırma girişimlerinin hukukçuların tutucu yaklaşımları ve kararları ile engellendiği, hukuka yönelik soyutlayıcı ve temelci yaklaşımların kuram ve uygulama alanını büyük ölçüde kapladığı bir dönem içerisinde Pound'un ekolü, yönetici konumundaki politikacılar başta olmak üzere toplum içerisinde mekanik hukuk uygulamalarından rahatsız olan bir çok grup tarafından ilgi görmüş ve yirminci yüzyılın ilk yarısında ABD hukuk kuramındaki pragmatizm egemenliğinin hukuki realizmle beraber en önemli aktörü olmuştur.⁴¹⁸

2.2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi

"Her durumda etkin reformcular felsefi anlamda empiristler idi. Onlar doğuştan fikirler ve zorunlu kavramlarla bağları ya da usun yetkeci açılımında kaynağı olduğu söylenen bir inanç ya da kurumun, gerçekte kaynağının deneyimde olduğunu ve bunun, rastlantısal olarak, ya sınıf çıkarı ya da hırslı yönetim tarafından onaylanıp geliştirildiğini göstermeyi görev edindiler."⁴¹⁹

Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk Bilimi akımlarının altın çağından sonra İkinci Dünya Savaşı'nın ve bir tür müdahaleci sosyal devlet anlayışı teşkil eden *New Deal* siyasetinin de etkisiyle ABD hukuk kuramında bir durgunluk dönemi yaşanmıştır. Yüz yıllık bir süre içerisinde katı formalizmden radikal realizme savrulan kuram sarkacının bu dönemde bir denge noktasına geldiği düşüncesi kuram alanına hâkim olmuştur. Realist talepler çerçevesinde ABD hukukunda ve hukuk düşüncesinde formalizmden uzaklaşıldığı düşünülmüş; bu arada iki aşırı ucun yaratabileceği olumsuzluklar görülerek hukukta merkezi bir siyaset üzerinde belirli bir düzeyde uzlaşmaya varılmıştır. Ancak bu uzlaşma altmışlı ve yetmişli yılların siyasi ve toplumsal gerginlikleri ile birlikte yerini yeni itirazlara ve kopuşlara bırakır.⁴²⁰ Bu dönemden itibaren ABD'de hukuk kuramı alanı yüzyılın ilk yarısına göre daha parçalı bir görünüm arz etmiştir. Bir yanda hukuk kuramına yönelik ilgi ve bu alanda çalışan kişi ve ekollerin sayısında artış gözlenirken diğer yanda genel olarak kuramın ikna ediciliğinde ve uygulamaya etkisinde düşüş yaşanmıştır. İster doğal hukuk, ister pozitivism ister pragmatizm eğilimli olsun bu döneme kadar kuramlardan birbirlerine yöneltilen sistematik eleştiriler, bu kuramları ve türevlerini daha sofistike, daha ayrıntılı ve daha dar

⁴¹⁷ Pound, 1911a: 598.

⁴¹⁸ Palmer, 1948: 1093-1094.

⁴¹⁹ Dewey, 2016b: 156.

⁴²⁰ Unger, 2015: 24.

kapsamlı olmaya itmiştir. Dar alanlara sıkışan ve uygulanabilirliği azalan kuramların salt kavramsal tartışmalar üzerinden kutuplaşmaya varan karşıtlıklar kurabildikleri gözlemlenmiştir.⁴²¹

Geç modern dönemde ABD hukuk kuramında hukuki realizm düzeyinde etki yaratan bir akım ortaya çıkmamıştır. Ancak hukuki realizmin birbirleriyle kavgalı iki varisinden söz edebiliriz. Hukuka yönelik pragmatik yaklaşım da geç modern döneme bu varisler üzerinden taşınmıştır. Bunlar Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi (EHÇ) ve Hukuk ve Ekonomi Hareketi'dir (HEH). Bu başlık altında pragmatik karakterini ortaya koymaya çalışacağımız EHÇ ile ilgili Türk yazınında iki kapsayıcı eser bulunmaktadır. Bunlar Sururi Aktaş'ın *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*⁴²² ve Kasım Akbaş'ın *Hukukun Büyübozumu*⁴²³ isimli kitaplarıdır. Bu kitapların ikisinin de ilk baskısı 2006 yılında yapılmıştır ve bunlar birbirlerine atıf yapmazlar. Ülkemizin hukukçularının EHÇ hareketini birbirinin tesiri altında kalmamış farklı bakış açılarından görebilmesine imkân vermesi bakımından bu durum, eşine az rastlanır bir fırsat olarak değerlendirilmelidir. Bu başlık altında EHÇ'yi yeniden anlatma veyahut EHÇ'ye yönelik üçüncü bir bakış açısı ortaya koyma iddiasında bulunulmadığını belirtmek gerekir. Tıpkı diğer ekol ve akımlarla ilgili olduğu gibi burada da yapılacak olan bu hareketteki pragmatik unsurları ortaya koymaktan ibarettir.

EHÇ'yi besleyen üç kuramsal kaynaktan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki yukarıda da belirtildiği üzere Hukuki Realizm Akımı'dır. Bu kaynaklardan ikincisi ABD hukukunun gelişimini bu sürece etki eden sınıf çıkarları ve çatışmaları üzerinden inceleyen *progresif* hukuk tarihi çalışmaları olarak belirtilebilir.⁴²⁴ Son kaynak ise, harekete adını da vermiş olan Eleştirel Kuram'dır. Bu kaynakların ilk ikisindeki pragmatist unsurları ortaya koymak mümkün görünmektedir.⁴²⁵ Ancak Eleştirel Kuram bakımından aynı imkâna sahip olduğumuz söylenemez. Bu üç kaynak, EHÇ hareketi dâhilinde ortak olarak kabul edildiği öne sürülen üç temel teze de kaynaklık etmektedir.

EHÇ'nin karakteristik tezlerinden biri, hukukun belirsizliğidir.⁴²⁶ Bu tez genel itibarıyla hukuki realistlerce ortaya konulmuş olan şüpheci ve formalizm karşıtı yaklaşımın devamı niteliğindedir. Hukukun belirsizliği tezi ile ifade edilen, hukuk normlarının yargılama etkinliklerinin sonucunu belirleme imkânının olmadığıdır. Eleştirel kuramcılara göre normun belirsizliği nedeniyle aynı norm kullanılarak gerçekleştirilen bir yargılama sonucunda

⁴²¹ Kennedy, 1985: 211-212.

⁴²² Aktaş, 2011.

⁴²³ Akbaş, 2006.

⁴²⁴ Tushnet, 1986: 505.

⁴²⁵ Keza bu altbölümün ilk konusu olan Hukuki Realizm Akımı başlığı altında bu akımın pragmatist karakteri ortaya konulmuştur.

⁴²⁶ Unger, 2015: 26-28.

birbirleriyle çelişen kararlar verilmesi mümkün olmaktadır.⁴²⁷ Normun farklı sonuçlara imkân verecek bir belirsizlik arz etmesi, yargıcın kaçınılmaz olarak kendi değer yargılarını yargılama faaliyetine dâhil ederek bir tercihte bulunması sonucunu doğuracaktır. Bu durum hukuk ile siyaset arasında geçişli bir ilişkinin varlığını imler. Bu tespit üzerinden giderek eleştirel kuramcılar, hukukta tarafsızlığın da söz konusu olamayacağını belirtirler. Hukukun tarafsız olduğu düşüncesi bir yanlış bilinçlilik halidir ve mevcut hukuk siyasetine karşı alternatif siyasetlerin üretilebilmesini engellemeye hizmet eder.⁴²⁸

EHÇ'ye göre hukuki belirsizlik, hukukun mantıksal veyahut aşkın bir temele dayanmadığının da göstergesidir. Peki, hukuk neye dayanmaktadır? Eleştirel kuramcılar, hukuki realistlerin aksine hukuktaki belirsizliği masum bir kusur olarak görmezler. Onlara göre bu belirsizlik hukukun egemen sınıf çıkarlarınca belirlenmiş hukuk politikalarına daha iyi hizmet edebilmesini sağlayan bir tür esneme payıdır. Dolayısıyla hukuk son kertede sınıf çıkarlarına dayanır. Eleştirel kuramcılar, hukuki realizmin belirsizlik tezine sınıfsal bir karakter kazandırmalarına imkân veren ve bu argümanlara temel sağlayan, hukuk tarihi disiplininde 1930'lı ve 1940'lı yıllarla birlikte ortaya çıkmış olan yeni bir bakış açısidir. Bu bakış açısı ile yapılan çalışmalar *progresif* hukuk tarihi çalışmaları olarak anılır ve bu çalışmalarda ABD hukukunun tarihi, hukuku belirleyen somut gerçekliklerin veyahut çıkar gruplarının tarihi ile birlikte incelenmektedir. Bu tarih çalışmaları akımı dâhilinde o döneme kadarki çalışmalarda bir laytmotif olarak yer almış olan liberal bakış açısı ve *gelişme* ideolojisi eleştirilmiştir.⁴²⁹ EHÇ içerisinde bu tarih akımını sürdüren isim Morton Horwitz olmuştur. Horwitz'in, 1977 yılında yayımlanan ve bu çalışmanın ilk bölümü oluşturulurken de çokça yararlanılmış olan *The Transformation of American Law 1780-1860* adlı eseri 1978 yılında ABD'de tarih çalışmalarına verilen en muteber ödüllerden biri olan Bancroft Ödülü'ne layık görülmüştür. Horwitz'e göre ABD'de hukuk tarihi uzun süre muhafazakâr bir ideolojik perspektifle yazılmış ve bu durum hukuka ilişkin profesyonel algının çarpıtılmasına hizmet etmiştir.⁴³⁰ Bu muhafazakâr çalışmalarda, geçmişten devralınmış olan hukuki gelenekler, içinde geliştikleri somut toplumsal gerçeklikler göz ardı edilerek tarih ötesi değerler olarak ele alınmıştır. Örneğin hukuk kuramı yaklaşımlarının tarihine ilişkin Pound'un yaptığı açıklamalar dahi bu muhafazakâr bakış açısını yansıtır niteliktedir. Horwitz, Pound'un felsefi, tarihi ve sosyolojik hukuk kuramları olarak adlandırdığı yaklaşımların tarihini incelerken bunlar arasındaki geçişlere neden olan ekonomik, politik veya kültürel güçleri göz ardı ettiğini

⁴²⁷ Akbaş, 2006: 90.

⁴²⁸ Akbaş, 2006: 98-101; Aktaş, 2011: 74.

⁴²⁹ Tushnet, 1986: 505-506.

⁴³⁰ Horwitz, 1973: 276.

belirtir. Pound'a göre hukuk kuramındaki bu değişim seyri, salt bir *ilerleme* veya *gelişme* olarak gerçekleşmektedir. Horwitz'e göre hukuk tarihi disiplinindeki bu tür *normalleştirici* yaklaşımlar, hukuk ve politika arasında kesin bir ayrım bulunduğuna yönelik bir ideolojik kabulden kaynaklanmakta ve bu kabulün yaygınlaşmasına hizmet etmektedir.⁴³¹ Hukuk ve siyaset arasındaki ilişkiyi ortaya koymakla *progresif* hukuk tarihçiliği, hukukun mantığına, uygulamasına veya kuramına bir tür yalıtılmışlık, objektiflik veya evrensellik atfeden yanlış bilinçlilik biçimlerini de sarsmış olur. Eleştirel hukukçular, böyle bir tarih okuması üzerinden giderek hukukun mantığının da, uygulamasının da, kuramının da siyasi olduğunu söylerler. Böylelikle EHÇ'nin hukukun taraflılığına vurgu yapan ikinci tezi ortaya konulmuş olur: "hukuk, siyasettir".⁴³² Hukuk, toplumda egemen olan seçkinler grubunun siyasi ve ekonomik amaçlarına ulaşmalarını sağlayan ve onların bu egemen konumlarını korumalarına hizmet eden, kısaca onlar için *iş gören* bir araçtır.⁴³³

Bütün unsurlarıyla taraflı olan ve belirli bir haris seçkinler grubunun çıkarlarına hizmet eden bir sömürü aygıtı olarak hukukun, toplumun geneli üzerinde uzun süreli bir otorite kurması beklenemez. Ancak hukukun bu niteliğinin kendisini apaçık gösterdiği zamanlarda ve ülkelerde bile hukuk, toplumun çoğunluğunun gözündeki meşruiyetini korumaktadır. Eleştirel kuramcılara göre bu olgunun temelinde hukuk ideolojisi yatmaktadır. Hukuk ideolojisi tezi, EHÇ'nin üçüncü karakteristik tezini teşkil eder. Akbaş, hukuk ideolojisini, "gerçeklik dünyasının, hukuksal kavramlar etrafında yeniden üretilerek gizlenmesi" olarak ifade eder.⁴³⁴ Ona göre, örneğin gerçeklik dünyasındaki bir çıkar hukuka girerken "hak" adını alır ve böylece ardındaki çıkar ilişkilerini ve mücadeleleri görünmez kılan bir ideolojik peçe bürünmüş olur. Bu peçe sayesinde çıkarlar nesnel bir değer veya *etik* doğruluk algısı yaratan bir görünüme kavuşurlar: Bir çıkara hak denildi mi sanki nesnel değeri olan bir şeyden söz ediliyor gibi olmaktadır. Eleştirel kuramcılara göre bu görünüm bir yanılsama olduğu gibi doğruluk konusunda nesnel bir temelden söz etmek de mümkün değildir.⁴³⁵ Doğruluğa ilişkin düşünceler duyguların ve diyalogun dâhil olduğu toplumsal deneyimlerden kaynaklanır ve bu deneyimler tarihseldirler. Dolayısıyla deneyim süregiden bir şeydir. Nesnel bir değerden söz edebilmek için deneyimi bir noktada durdurmak gerekir fakat insan deneyimini durdurabilmek söz konusu değildir. Deneyim sürdükçe doğruluğa ilişkin düşünceler de değişir.⁴³⁶

⁴³¹ Horwitz, 1973: 279-280.

⁴³² Akbaş, 2006: 100.

⁴³³ Akbaş, 2006: 103.

⁴³⁴ Akbaş, 2006: 127.

⁴³⁵ Chow, 1992: 770.

⁴³⁶ Singer, 1984: 25-26.

Bu noktaya kadar EHÇ, pragmatist bir harekettir. Ancak EHÇ'nin pragmatistliği normatif değil betimseldir. EHÇ, betimsel karakterini hukuk pragmatizminden alır ancak ona normatif karakterini veren Eleştirel Kuram'dır. Onlar, hukuku dayandırabileceğimiz objektif bir temelin olmadığını iddia etmekle pragmatizmin anti-temelcilğine; hukukun içeriği ve uygulaması, belirli bir sınıfın çıkarlarından müteşekkil olan olgusal bağlam içerisinde şekillenir demekle pragmatizmin bağlamsalcılığına; hukuk uygulayıcılarının hukuk ideolojisi ile sınırlanmış bakış açılarının hukuki çıktıları etkilediğini öne sürmekle pragmatizmin perspektivizmine ve nihayet hukukun sömürü düzeninin geleceğini güvence altına alan bir araç olma işlevini yerine getirdiğini savunmakla pragmatizmin araçsalcılığına uygun düşen açıklamalar yaparlar. Gelgelelim EHÇ, hukukun halini böylece tespit etmekle birlikte bunun böylece olması gerektiğini savunmaz. Aksine hukukun bu hali doğru değildir ve bunun değiştirilmesi gerekmektedir ve bu yolda yapılması gereken ilk iş de hukuka ilişkin yanlış bilinçlilikleri ifşa etmek, diğer bir deyişle hukuk üzerindeki büyüğü bozmaktır.⁴³⁷

Bu hedef dâhilinde EHÇ kuramcıları, çağın hukuk düşüncesinin merkezinde yer alan bütün yerleşik kabullere saldırmışlardır.⁴³⁸ EHÇ'nin saldırıları, düzenli ve uzun erimli bir düşünce savaşından ziyade bir gerilla mücadelesi görünümü arz etmiştir. Bu mücadele neticesinde EHÇ, hukuki realizm döneminden sonra ABD hukuk kuramında ortaya çıkan durağan uzlaşmayı bir daha kurulamayacak şekilde dağıtmıştır.⁴³⁹ Eleştirel kuramcılar ABD hukuk kuramı içerisinde yetmişlerin ortalarından seksenlerin ortalarına kadar etkin olmuşlar ancak bu süre boyunca gerek medyada gerekse de akademide sansür ve itibarsızlaştırma ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu durum, bu mütevazı denilebilecek girişimin esasında yerleşik düzeni epeyce tedirgin etmiş olduğunun göstergesi olarak değerlendirilmektedir.⁴⁴⁰ Seksenli yıllarla birlikte sol siyasetin sınıf temelinden kimlik temeline kaymasına koşut olacak şekilde EHÇ'nin de hukuk kuramı alanındaki etkinliği azalmıştır.⁴⁴¹ Bu dönemden sonra sol eğilimli hukukçular ağırlıklı olarak Feminist Hukuk Çalışmaları ve Eleştirel Irk Çalışmaları gibi kimlik temelli eleştirel hukuk akımları bünyesinde çalışmalar yürütmüşlerdir.

2.2.4 Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi

İster formalist ister pragmatist ister doğal hukukçu olsun buraya kadar görüşleri incelenmiş olan düşünürlerin hepsinin ortak bir özelliği bulunmaktadır: Bu düşünürlerin hepsi erkektir. Dünyanın geri kalanında ve diğer çalışma alanlarında olduğu gibi Amerikan hukuk

⁴³⁷ Unger, 2015: 28.

⁴³⁸ Tushnet, 1986: 515.

⁴³⁹ Unger, 2015: 25.

⁴⁴⁰ Friedman, 2002: 493.

⁴⁴¹ Unger, 2015: 26.

camiasında da yirminci yüzyılın ortalarına kadar kadın araştırmacı ve uygulayıcıların genele oranı çok düşük olmuştur. Altmışlı yıllarla birlikte hukukun gerek kuram gerek öğretim gerekse de uygulama alanlarında faaliyet gösteren kadınların sayısı artmaya başlamıştır. Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi'nin temelinde bizatihi bu hakikat bulunur. Hukukta kadın temsil edilmemektedir ve hukuk alanında etkinlik kazanmaya başlayan kadınlar bu durumu değiştirmek istemektedirler.⁴⁴² Hukukta kadın hareketinin sesini duyurmaya başladığı ilk mecralardan biri EHÇ olmuştur. Seksenli yıllarda hukuk kuramı alanında etkin olmuş olan Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi'nde hukukun sınıf tahakkümüne hizmet eden bir aygıt olarak ele alındığı belirtilmişti. Hukukun tarafsızlığına yönelik inancın bir tür yanlış bilinç olduğu ve bu bilinç aracılığıyla hukukun yanlı karakterinin peçelendiği de EHÇ'nin temel tezlerinden biri idi. Eleştirel hukukçular hukuktaki taraflılığı azaltmak için hukukta ve siyasette göz ardı edilmiş kesimleri ve bunların bakış açılarını hukuki tartışmaya dâhil etmek gerektiğini savunmaktaydılar.⁴⁴³ Bu çerçevede EHÇ bünyesinde toplumda dezavantajlı konumda bulunan grupların ve bireylerin hukuki tartışma içerisindeki temsilini arttırmaya yönelik bir hassasiyet ortaya çıkmıştır. Bu süreç içerisinde toplumda sınıfsal ayrımların yanı sıra cinsiyet ayrımının da farklı bir tahakküm biçimine dayandığı ve cinsiyet tahakkümü denilebilecek olan bu tahakküm biçimini beslediği görülmüştür. Hukuki söylemin ve uygulamanın sadece işçi sınıfını değil bilhassa kadınları dışlayan bir karakter arz ettiğini tespit eden eleştirel hukukçular EHÇ'nin genel gündeminden ayrılmış ve EHÇ'nin "hukuk, siyasettir" sloganını "hukuk, cinsiyet siyasetidir" olarak değiştirmişlerdir. Böylece Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi ortaya çıkmış ve bu hareket dâhilinde feminist hukukçular, cinsiyet temelli güç hiyerarşilerinin hukuk tarafından nasıl desteklendiğini ve sürdürüldüğünü ortaya koymak üzere çalışmalar yapmaya başlamışlardır.⁴⁴⁴

EHÇ ve Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi'nin kökenini hukuki realizm geleneği oluşturmaktadır. Bu nedenle bu iki hareketin belirli realist kabullerde ortaklaştıkları görülmektedir. İki harekete göre de hukuku toplumsal ahlak ve siyasetten soyutlayarak incelemek mümkün değildir. Hukuk, içinde var olduğu toplumsal ve siyasi bağlama göre şekillenir. Hukukun uygulaması da bu bağlam içerisinde gerçekleştiğinden uygulamada kesinlik, tarafsızlık veya öngörülebilirlikten söz etmek mümkün değildir.⁴⁴⁵ Hem EHÇ hem de feministler bir yandan formalizm karşıtı bir yaklaşım ortaya koyarken diğer yandan formalizmin hukukun taraflı karakterini peçelemek için kullanıldığını ifşa etmeye

⁴⁴² Friedman, 2002: 496-497.

⁴⁴³ Minda, 1989: 616.

⁴⁴⁴ Minda, 1989: 617.

⁴⁴⁵ Minda, 1989: 637.

çalışmışlardır. Feministlere göre cinsiyet bakımından tarafsız olduğu iddia edilen hukukun içeriği ve resmi hukuki söylem cinsiyet temelli toplumsal hiyerarşileri bir yandan beslerken bir yandan da görünmez kılmaktadır. Bu sorunu çözmek için yapılması gereken ilk iş, mevcut hukuki yapının kadınlarca nasıl deneyimlendiğinin ve kadınların somut sorunlarını çözmede resmi söylemin ne denli elverişsiz olduğunun bizzat kadınlarca dile getirilmesidir. Kısaca evvela kadının görünür kılınması hedeflenmektedir. Bu doğrultuda, kadın perspektifini hukuka dâhil etmek veyahut diğer bir deyişle kadının sesini hukukta duyulur kılmak feminist hukuk çalışmalarının ilk gündem maddesini teşkil etmiştir. Bu gündem dâhilinde feministler, erkekler tarafından erkekler için oluşturulmuş bir düzen içerisinde kadınların yaşadığı sorunları kadınlardan dinlemeye yönelmişler ve kadının sözünü hukuki söylem içerisinde etkin kılmanın mücadelesini vermişlerdir.⁴⁴⁶

Hukuka ilişkin yerleşik yaklaşımların ve bu yaklaşımlarca yönlendirilen hukuk uygulamalarının belirli bir bakış açısına dayandığını iddia eden feministler, bu bakış açısının kadınları görmezden geldiğini belirtmişlerdir. Feminist çalışmalar dâhilinde bakış açısı problemine yapılan bu vurgu, feminist hukukçuların pragmatizme yaklaşması sonucunu doğurmuştur. Pragmatizmin gerçekliği olduğu gibi ortaya koyacak tek bir bakış açısının söz konusu olmadığını belirtmesi, bütün bakış açılarının göz önünde tutulması gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Bu nedenle kadınların bakış açısını etkin kılmaya çalışan feministler için pragmatizmin bu yaklaşımı elverişli olmuştur.⁴⁴⁷ Feminist hukuk çalışmaları hareketinin önde gelen temsilcileri olan Mari Matsuda, Margaret Jane Radin, Martha Minow ve Elizabeth Spelman'ın çalışmalarında pragmatizmin feminist çalışmaların yöntemi olarak kabul edildiği görülmektedir. Feministler, pragmatizmi benimsemekle birlikte, belirli açılardan eleştirerek bu hukuk yaklaşımının gelişimine de katkı yapmışlardır.

Pragmatizmi bir yöntem olarak kabul eden feminist hukukçular, yöntemin dışında olan ve bu yöntem aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılacak bir normatif hedef de ortaya koyarlar. Bu hedef adalettir. Matsuda'ya göre adalet gibi muazzam bir hedef ancak pragmatizm gibi mütevazı bir yöntemle gerçekleştirilebilir.⁴⁴⁸ Matsuda'nın bu ifadesi Radin'in ikili adalet yaklaşımı ile birlikte okunduğunda daha anlaşılır olmaktadır. Radin'e göre kadınların sorunlarının birçoğu bir tür çifte açmaz arz etmektedir. Örneğin seks işçiliğinin yasaklanması yönünde verilecek bir karar da, serbest bırakılması yönünde verilecek bir karar da bir şekilde kadınların aleyhine olmaktadır. Seks işçiliğinin serbest bırakılması, kadınlığın nesneleştirilmesinin ve dolayısıyla kadının ikincilleştirilmesinin hukukça kabul edilmesi

⁴⁴⁶ Minda, 1989: 625.

⁴⁴⁷ Matsuda, 1989: 1764.

⁴⁴⁸ Matsuda, 1989: 1769-1770.

anlamına geldiğinden kadınların aleyhinedir. Seks işçiliğinin yasaklanması durumunda da, içinde bulunduğu koşullar bakımından ayakta kalabilmek için yapabileceğinin en iyisi seks işçiliği olan kadınların durumu oldukça zorlaşacaktır. Radin'e göre bu çifte açmaz pozitif ayrımcılık, doğum izni, kadın kotası ve benzeri birçok sorunda kendisini göstermektedir. Bunlara ek olarak ülkemizdeki imam nikâhlı birliktelikler problemini de sayabiliriz. Bir yönde karar verilirse eşitlik ideali ihlal edilmekte, ideali gözeten bir karar verildiğinde de tarihsel eşitsizliğin hâlihazırdaki mağdurlarının durumu daha da zorlaştırılmaktadır. Bu çifte açmazları göz önünde tutarak Radin adaleti de iki minvalde düşünmeyi önerir. Birinci minvalde adalet bir ideal dünya tasarımıdır. *Hayal edilebileceklerin en iyisidir*. İkinci minvalde ise adalet, ideal olarak düşünülmez. Bu minvalde adalet hayal edilebileceklerin değil içinde bulunulan durum bakımından *yapılabileceklerin en iyisidir*. Adaletin ilk türü bir ideal olarak her zaman akılda tutulmalıdır. Ancak bu ideale giden yolda her sorun ve her çelişki tek tek ele alınmalı ve her sorunda dezavantajlı konumda olanların mevcut durumunu iyileştirecek ve onları güçlendirecek olan seçeneğe yönelinmelidir. Radin' göre pragmatizm ve feminizmin bir araya geldiği nokta da burasıdır. O, mevcut toplumsal yapıyı belirli bir ideale yönelecek şekilde dönüştürmeyi amaçlayan her mücadelenin pragmatist bir tutum içerisinde olması gerektiğini savunur.⁴⁴⁹

Radin'e göre feministler, pragmatizme koşut şekilde, gerçekliğe ilişkin zaman dışı ve durağan açıklamaları reddederek bağlamsal ve tarihsel bir gerçeklik anlayışını benimsemektedirler.⁴⁵⁰ Böylece Radin, feminizm ve pragmatizmin antitemelcilik ilkesi üzerinde de uzlaştıklarını belirtir. Feministler de pragmatistler gibi bilginin deneyime bağlılığını kabul etmişlerdir. İdeal, aşkın ve zamandan bağımsız ve evrensel gerçeklik yaklaşımına karşı tarihsel, somut ve toplumsal olguya gömülü bir gerçeklik yaklaşımını savunmuşlardır. Örneğin Minow'a göre gerçeklik evrensel değildir, kaldı ki evrensel bir gerçeklik olsa dahi bunu ancak tanrı görebilir; zira insanlar böyle bir bakışa sahip değildir. İnsanın gerçekliği insanın deneyimi ile sınırlıdır ve insan da bu gerçekliğe ancak deneyimi ile nüfuz edebilir ve onu ancak deneyimi ölçüsünde tanıyabilir.⁴⁵¹ Hukuki bilginin kaynağında da deneyim vardır. Hukuk doğadan devşirilmez. Hukuk doğru aklın emri değildir. Hukuk inşa edilir ve içinde inşa edildiği toplumsal bağlamın karakteristiklerini yansıtır ve de bu bağlam içerisinde baskın olan bakış açısına göre şekillenir. Hukuki terimler ve tanımlar bu bakış açısına uygun olacak şekilde oluşur. Ancak bu terim ve tanımlar bir kere yerleşik hale

⁴⁴⁹ Radin, 1989: 1700-1701.

⁴⁵⁰ Radin, 1989: 1719.

⁴⁵¹ Minow, 1987: 75.

geldikten sonra da düşüncemizin sınırlarını oluşturma eğilimindedirler.⁴⁵² Eril tahakkümün bulunduğu bir toplumsal bağlamda inşa edilmiş olan hukuk, eril bakış açısını yansıtır nitelikte oluşur. Hukukun öznesi erkektir. Kadının hukuktaki yeri ise görelidir ve kadın, erkek referans alınarak, erkeğe göre değerlendirilir.⁴⁵³ Eril bakış açısı bir kez yerleşik bakış açısı halini aldığı anda, düşünmenin doğal hali gibi görünmeye başlar. Bu bakış açısı ile oluşturulmuş terim, tanım ve kıyaslamalar tarafsız bir gerçekliği ifade ediyormuş gibi algılanabilirler. Ancak bunların hepsi tarihsel ve inşai bir süreç içerisinde ve o sürece egemen olan bakış açısına göre şekillenmişlerdir. Hal böyleyken hukukun objektif veya tarafsız olduğunu iddia etmek, olsa olsa alternatif bakış açılarının susturulmasına yöneliktir. Öyle ya, hukuk tarafsız olduğuna göre başka türlü bir hukuk talep edenler bunu taraflı oldukları için yapıyorlardır.⁴⁵⁴ Feminist harekete göre ise herkes ve her şey taraflıdır. Her şey politiktir. Bundan dolayı, her şeyin daha adil olabilmesi için herkesin bakış açısının bunların inşa süreçlerine dâhil olabilmesinin yolu açılmalıdır.

Böyle bir durumda feministler yapılması gerekenin, hukuka ilişkin yerleşik yaklaşımlardaki ve uygulamadaki eril bakış açılarını ve eril ölçütleri ifşa etmek ve bunların yerine daha eşitlikçi ve kapsayıcı alternatifler önermek olduğunu belirtirler.⁴⁵⁵ Her bakış açısının -egemen bakış açısı dahi olsa- nihayetinde bir bakış açısı olduğunu ortaya koymakla feministler, hukukun ve genel olarak dilin *normallerinin*, *farklılarının* ve dolayısıyla tüm *temel* ve *türetilmiş* kategorilerinin belirli bir bakış açısına göre oluşturulduğu savını ortaya atma imkânına kavuşurlar. Örneğin *anne* bir hukuk normali ve bir temel kategori iken, *çalışan anne* farklılık ifade eder ve türetilmiş bir kategoridir.⁴⁵⁶ İşte bu normaller, farklılar, temel ve türetilmiş kategorilerin hiçbiri mutlak değildir. Çünkü farklılık, içkin bir özellik değil göreceli bir nitelemedir. Bir insan başka bir insana göre kısıdır. Ancak diğerinin uzunluğundan değil de onun kısalığından söz ediliyorsa orada o kişiyi dışlayan veya marjinalleştiren -çoğu zaman açıkça dile getirilmemiş- bir normallik ölçütünün bulunduğunu söylemek mümkün ve gereklidir. Bunun tersi de söz konusu olabilir. Nihayetinde bunların hepsi belirli bakış açılarına dayanırlar. Bir başka bakış açısında başka normaller ve farklılar söz konusu olabilecektir ve bir bakış açısının diğerlerinden daha muteber olmasını sağlayacak herhangi bir mutlak ölçüt de bulunmamaktadır. Bu durumda herhangi bir bakış açısının objektifliğini öne sürmek o bakış açısını dayatmak anlamına gelecektir.⁴⁵⁷

⁴⁵² Finley, 1989: 887.

⁴⁵³ Chow, 1992: 772.

⁴⁵⁴ Finley, 1989: 897.

⁴⁵⁵ Minda, 1989: 631-632.

⁴⁵⁶ Minow, 1987: 13-14.

⁴⁵⁷ Minow, 1987: 33.

Feministler, hukukçuları ve özellikle yargıçları başka bakış açılarının da varlığının mümkün ve geçerli olduğunu görmeye çağırırlar. Eylemler ve durumlar değerlendirilirken bunları ilgili kişilerin bakış açılarından görmeye çalışmak gerekmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bakış açıları da deneyime dayanmaktadır. Deneyimin bireyselliği, bir bireyin diğerinin bakış açısını olduğu gibi alarak meseleye onun gözünden bakmasını engellemektedir. Yargıcın veyahut herhangi birinin bir meseleyi tam olarak başka birinin gözünden görmesi mümkün değildir. Kaldı ki, meseleyi bir başkasının gözünden görmekle, o mesele ile ilgili nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği sorusunun cevabı da hazır bir şekilde yargıcın avucuna düşmeyecektir. Ama bu durum böylesi bir gayretin hiçbir yarar getirmeyeceği anlamına gelmez. Başka bakış açılarını hesaba katmakla yargıç evvela kendi bakış açısını veyahut yerleşik bakış açısını diğerlerine dayatma ihtimalini ortadan kaldıracak ve daha kapsayıcı bir çözüm ortaya koyma olanağını arttırmış olacaktır.⁴⁵⁸

Aynı toplum içerisindeki insanların farklı bakış açılarının olabilmesi bunların farklı dünyaların insanları olduklarını veyahut daha akademik bir ifadeyle farklı bağlamlarda yaşadıklarını gösterir. Bu nedenle yargıcın alternatif bakış açılarını gözetmesi onun bu bakış açılarının içinde ortaya çıktığı bağlamı araştırmasını ve tanımasını gerekli kılmaktadır. Feministler de pragmatistler gibi düşüncenin bağlamsallığını savunurlar. Düşünmek, belirli insanların, belirli durumlarda yaşadıkları belirli sorunları çözmek için yaptıkları bir şeydir.⁴⁵⁹ Dolayısıyla düşünceler değerlendirilirken bu bağlam göz önünde tutulmalıdır. Yargıçlar hem kendi yargılama faaliyetlerinin bağlamını hem de yargıladıkları kişilerin ve hakkında karar verecekleri meselelerin bağlamlarını araştırmak durumundadırlar. Bu talebi yerine getirebilmek için yargıcın, eldeki somut durumun çok ötesine ve öncesine yayılmış olan ve cinsel, etnik veyahut sınıfsal temelli olabilen güç eşitsizliklerini görüp hesaba katması gerekecektir.⁴⁶⁰ Feminist hukuk çalışmalarının bir diğer gündemini de fenomenolojik çalışmalar gerçekleştirerek böylesi büyük bir araştırmanın altından tek başına kalkamayacak olan yargıca bu farklı dünyalar hakkında veriler sunmak oluşturmaktadır.⁴⁶¹

Genel olarak değerlendirildiğinde Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketinin, antitemelci, perspektivist, araççı ve bağlamsalcı tezler ve açıklamalar ortaya koymuş olduğu ve bu bakımdan hukuk pragmatizmi ile büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Feminist Hukuk Çalışmaları Hareketi, içinden çıkmış olduğu Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketine göre pragmatist karakteri daha ağır basan ve bu karakterin daha açık bir şekilde ortaya

⁴⁵⁸ Minow, 1987: 60.

⁴⁵⁹ Minow ve Spelman, 1989: 1600.

⁴⁶⁰ Minow ve Spelman, 1989: 1651.

⁴⁶¹ Minda, 1989: 631.

konulduğu bir hukuk akımı görünümü arz etmektedir. Feminist hukukçular, hukuktaki eril bakış açısının ve eril değerlendirme ölçütlerinin ifşa edilmesinde ve yerleşik hukuki yaklaşımın dönüştürülmesinde pragmatizmi elverişli bir düşünce ve mücadele aracı olarak görmüş, benimsemiş ve geliştirmişlerdir.

2.2.5 Richard Posner ve Hukukun Ekonomik Analizi

“[Y]eni hukuk realistlerinin birçoğu, hukuku, genel toplumsal hedeflere yönelik bir araçlar bütününden ziyade iş dünyasının amaçlarına yönelik bir aygıtlar bütünü olarak tasavvur ediyorlar. Onlar bütün ehemmiyeti ekonomik düzenin belirli bir aşamasının ihtiyaçlarına atfetmektedirler. Onlar için hukukun en önemli özelliği iş ve ticaret dünyasının belirli amaçlara ulaşmasını mümkün kılan bir aygıtlar bütünü olmasıdır. Onlar bize, hukuka yönelik müteşebbis bakışı adını verdiğim tutumun bir örneğini sunuyorlar.”⁴⁶²

Hukuk ve Ekonomi Hareketi, kökleri 1950’li ve 1960’lı yılların Chicago Okulu’na dayanmakla birlikte ABD hukuk kuramında özellikle seksenli yıllarda etkinliği artmış bir akım olarak görünmektedir. Bu hareket içerisinde yer almış olan hukukçuların ve ekonomistlerin tamamının her konuda aynı görüşleri savunduğu söylenemez ancak bu akıma dâhil çalışmalarda genel olarak üzerinde ortaklaşmış iki kabulden söz edilebilir. Hukuk ve Ekonomi Hareketi’nin temel kabullerinden ilki davranışsal bir kabul olup ekonomik kuramların insanların hukuki davranışlarını öngörmede yararlı olacağı yönündedir. “Hukuk verimli olmalıdır” şeklinde ifade edilebilecek ikinci temel kabul ise aynı zamanda bu hareketin normatif taleplerini de özetler niteliktedir.⁴⁶³ Hukuk ve Ekonomi Hareketi en yetkin ve popüler ifadesine Richard Posner’in ‘hukukun ekonomik analizi’ adını verdiği yaklaşımı ile ulaşmıştır. Önceki altbölümlerde de görüşlerine yer verdiğimiz Posner, hukuk ve ekonomi hareketinde olduğu kadar hukuk pragmatizminde de önemli bir role sahip olmuştur. Bu nedenle öncelikle, Posner’in ekonomik analizi bakımından da belirleyici olmuş olan hukuk pragmatizmi yaklaşımının ana hatlarını ortaya koymak yararlı olacaktır.

Posner, kendi yaklaşımı da dâhil olmak üzere yirminci yüzyılın sonlarına doğru ortaya konulmuş olan pragmatist yaklaşımlar ile pragmatizmin yüzyılın başındaki kurucularının görüşleri arasında temelde çok önemli farklılıklar bulunmadığını belirtir. Pragmatizmin kurucularının görüşleri özellikle hukuki realizm akımı içerisinde hukuk ile buluşmuş ve hukuk pragmatizminin ilk ürünleri de bu akım dâhilinde ortaya konmuştur.⁴⁶⁴ Posner’a göre hukuki realizm akımına cazibesini veren, bu akımın "hukukun metafizik balonlarını" patlatmadaki mahareti olmuştur. Ancak realistler bu maharetlerini genellikle sol eğilimli bir hassasiyet ile kullanmışlardır. Örneğin onlar, şirket denilen şeyin nihayetinde bir sözleşmeler

⁴⁶² Pound, 1931: 708.

⁴⁶³ Minda, 1989: 608-609.

⁴⁶⁴ Posner, 1989: 1653.

bütünü olmasından yola çıkarak, şirketlerin herhangi bir doğal hakka sahip olamayacağını isabetle ortaya koymuşlardır; ancak aynı gerekçeyi ileri sürerek şirketlerin vergi mükellefi de olamayacağını savunmak akıllarına gelmemiştir.⁴⁶⁵ Posner, 1970'li yıllarla birlikte ortaya çıkan ve pragmatik olma iddiasında bulunan yeni akımlarda dile getirilen düşüncelerin de aslında hukuki realizm akımı içerisinde önceden dile getirilmiş olan yaklaşım ve itirazların geliştirilmesinden ibaret olduğunu belirtir. Ancak Posner'a göre bu yeni akımların bazılarında bu geliştirme etkinliği fazla ileri gitmiş ve bu akımlar pragmatizmin dışına çıkmışlardır. Posner'ın eleştirilerinin hedefindeki akımlar, Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Feminist Hukuk Çalışmaları hareketlerdir. Pragmatizmin kendinde herhangi bir politik yanlılığının olmadığını belirten Posner, bu sol akımların, sağ siyasetin öğretilerine saldırırken pragmatizme başvurduklarını ama diğer tarafta, 'ırksal eşitlik', 'cinsel eşitlik', 'gelirin ve refahın eşit paylaşımı', 'modern Batı toplumunun adaletsizliği', 'baskının her yerdeliği' gibi sol siyaset öğretilerini pragmatizm süzgecinden geçirmeksizin benimsediklerini belirtir. Bu nedenle Posner'a göre bunlar "pragmatist kılıfına bürünmüş dogmacılardır".⁴⁶⁶

Posner, bu iddialarını desteklemek için pragmatizmin ortaya çıktığı dönemin özelliklerine, ilk itirazlarına ve temel tezlerine kısa bir dönüş yapar. Ona göre, on sekizinci yüzyılda Newton fiziği başta olmak üzere fen bilimlerinde yaşanan ilerlemeler, evrenin insan aklınca ulaşılabilecek bir düzene sahip olduğu yönünde bir genel inanca yol açmıştır. Belirli temel ilkelere indirgenebilecek bir düzenin varlığına yönelik inanç, sadece fen bilimleri alanında kalmamış; toplum bilimlerinde de düzen fikri bir ön kabul olarak yerini almıştır. Bu düzenin hukuk alanına yansması da hukukun belirli sayıda temel ilkedен türediği ve nihayetinde bunlara indirgenebileceği kabulüne dayanan temelci hukuk yaklaşımlarının ortaya çıkması şeklinde olmuştur. Hukuk pragmatizmi de kökeninde bu temelci yaklaşımlara karşı bir itiraz olarak ortaya konulmuştur.⁴⁶⁷ Pragmatizme göre hukukun nihai ilkelerinden söz edilemez, olsa olsa hukuk bir nihai amaca hizmet edebilir ve o amaç da toplumun iyiliğidir. Burada sözü edilen iyiliğin ölçütü, o toplumun genelince iyilik olarak kabul edilmiş olmaktır. Dolayısıyla bu iyiliğin baş harfi küçük yazılır. Böylece pragmatizm, mutlak temellere karşı çıkmakla birlikte mutlak bir öznelliğe de düşmez.⁴⁶⁸ Hukukta kökenin değil, amacın esas alınması, pragmatizmin araççı bir kuram olduğunun göstergesidir. Pragmatist bakışta hukuk ve dolayısıyla hukuk kuralları insan ihtiyaçlarının hizmetindeki araçlar olarak kabul edilirler. Bir araç olmakla hukuk, geçmişe uygunluğuna değil amaca uygunluğuna göre

⁴⁶⁵ Posner, 1989: 1663.

⁴⁶⁶ Posner, 1989: 1659.

⁴⁶⁷ Posner, 1989: 1655.

⁴⁶⁸ Posner, 1989: 1656.

değerlendirilmelidir. Amaca uygunluk ise ancak deneyim ile ölçülebilir. Bu nedenle pragmatizm hukuku ileri dönük bir bakışla ele almayı önerir. Bu öneri, Aristoteles ile anılan denkleştirici adalet anlayışına karşı bir öneridir. Hukuk geçmişte olanların hesabını görmek için, geçmiş haksızlıkları denkleştirmek için değil gelecek hedeflerine yönelmek için kullanılacak bir araçtır.⁴⁶⁹

Posner'a göre hukuk ne ruhumuzla ne aklımızla ilgilenir. Hukukun odağında davranışlar vardır. Hukuk güdülerimizi değil belirli toplumsal amaçlar dâhilinde davranışlarımızı yönlendirmenin aracıdır.⁴⁷⁰ Hukukun bu araçsal ve deneyimsel karakteri, onun kavramcı yaklaşımlardansa davranışçı yaklaşımlarla ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla -Holmes'un da önerdiği üzere- öncelikle incelenmesi gereken davranış, yargıç davranışdır. Yargıç davranışı yargılama etkinlikleri içerisinde gerçekleşmektedir ve bu etkinliklerinde yargıçları sınırlayan unsurlar mesleki yerindelik ve toplumsal ahlaki uzlaşılar. Bu unsurlar, içinde yasaların, içtihatların, ahlaki kabullerin ve politik tercihlerin yer aldığı bir etkenler kümesi tarafından şekillendirilmektedir. Bu küme içerisindeki etkenlerin belirleyicilik dereceleri ise somut yargılama etkinliğinin bağlamına ve yargıcın bakış açısına göre değişiklik gösterir. Bu durum nedeniyle hukukta kesinlikten veya objektiflikten söz edilememektedir. Posner'a göre hukuki belirsizlik, kesin bir çözümü olabilecek bir sorun değildir. Hukuk kuramı tarihi içerisinde, ister epistemolojik ister ontolojik olsun, bu sorunu çözmek üzere göreve çağırılmış kuramların hepsi başarısız olmuşlardır. Özellikle yirminci yüzyılda kuramcıların çokça bel bağladığı hermenötik de hukuki belirsizliklerin aşılmasında elverişli olamamıştır, çünkü yorumun amacı nedir sorusuna hermenötiğin içinde kalarak bir cevap verilememektedir. Dağıtıcı adalet yaklaşımının ise politik temelleri üzerinde bir toplumsal uzlaşısı yoktur. Bir etik yaklaşım olarak doğal hukuk düşüncesi de ahlaken heterojen olan toplumlar da herhangi bir geçerlilik arz etmemektedir. Bu *çaresizlik* içerisinde Posner, sorunun tamamını kapsamamakla birlikte görece elverişli bir çözüm yolunun var olabileceğini belirtir. Bu çözüm yolu, refahın maksimizasyonu ilkesinin gözetilmesidir.⁴⁷¹

Refahın maksimizasyonu yaklaşımı köklerini neoklasik iktisattan alan belirli ön kabullere dayanmaktadır. Bu yaklaşıma göre birey olsun şirket olsun tüm aktörlerin belirli tercihleri bulunmaktadır. Bu tercihler ölçülebilir ve istikrarlı bir karaktere sahiptirler. Bu sayede aktörler tercihleri arasında bir sıralama yapabilmektedirler. Bu sıralamayı belirleyen ölçüt bu tercihlerin fayda işlevidir ve bu işlev matematiksel olarak hesaplanabilir. Belirtmek

⁴⁶⁹ Posner, 1989: 1657.

⁴⁷⁰ Posner, 1990: 460.

⁴⁷¹ Posner, 1990: 458.

gerekir ki bu aktörler her zaman hukuka saygı duyan aktörler veyahut bu tercihler her zaman hukuken meşru tercihler olmayabilirler. Hırsızlar, katiller, dolandırıcılar ve başka türden *suçlular* da (akıl hastası olmadıkları veya iradeyi ortadan kaldıracak başka bir etki altında kalmadıkları takdirde) tüm diğer aktörler gibi ölçülebilir ve istikrarlı tercihlere sahip olup bu tercihler arasında fayda işlevine göre sıralamalar yaparlar.⁴⁷² Tüm bu aktörler sınırlı imkânlarına uygun olacak şekilde kendi faydalarını maksimize edecek tercihlere yönelirler. Bu aktörler rasyonel aktörlerdir, diğer bir deyişle bunlar davranışlarının yaratacağı maliyet ve faydayı göz önünde tutarlar.⁴⁷³ Aktörlerin bunu bilinçli olarak yapması gerekmez, elde edilen sonuçlar bu aktörlerin rasyonel davrandığı yönünde bir görünüm oluşturuyorsa bu aktörlerin gerçekten rasyonel olup olmadıklarını tartışmaya gerek yoktur.⁴⁷⁴ Aktörlerin rasyonel olması nedeniyle, piyasanın rızaya dayalı alışveriş işlemlerine izin vermesi toplumdaki kaynakların en verimli kullanım alanlarına yönelmesi sonucunu doğuracaktır.

Refahın maksimizasyonu ilkesi, Hukuk ve Ekonomi Hareketi'nin genelince paylaşılan hukuku verimli kılma amacını gerçekleştirmeye yönelik bir araç olarak ortaya konulmuştur. Hukuk ve ekonomi hareketi dâhilinde hem refahın maksimizasyonu ilkesi hem de bu ilke çerçevesinde işleyecek olan hukuk, kişilerin hukuki varlıkları diyebileceğimiz haklarının ve yetkilerinin nakden ölçülebilecek olan değerlerini arttırmaya hizmet etmektedir.⁴⁷⁵ Bu bakımdan refahın maksimizasyonu ilkesi makroekonomik bir ilke değildir. Gayrisafi milli hâsılanın veyahut milli gelirin en üst düzeye çıkarılması bu ilke ile doğrudan ulaşılmak istenen hedefler arasında yer almaz. Refahın maksimizasyonu hukuku ilgilendiren veyahut hukukun şu veya bu şekilde bir tutum almasının gerektiği her somut olayda veyahut sorunda, o sorunun ilgilerinin hukuki varlıklarının nakdi değerlerini en üst düzeyde tutacak çözümün tercih edilmesi gerektiğini savunur. Refahın maksimizasyonu ilkesinde geçen refah sözcüğü sadece maddi varlıkları değil maddi olmayan varlıkları da içerir. Bu varlıkların her birinin nakdi karşılığının diğer bir deyişle fiyatının hesaplanabileceği kabul edilmektedir. Ancak somut alışveriş ilişkilerinde iki tür fiyat ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki teklif fiyatıdır. Teklif fiyatı bir aktörün bir varlık için ödemeyi düşündüğü fiyattır. İkinci tür fiyat ise istenen fiyat olup, bir aktörün sahip olduğu bir varlığı satmak için talep etmeyi düşündüğü fiyattır. Refahın maksimizasyonu ilkesi bu iki fiyat arasındaki farkın da göz önünde tutulması gerektiğini belirtir. Örneğin Ahmet bir pul koleksiyonunu 100 liraya satın almayı düşünüyorsa bu koleksiyonun Ahmet için değeri 100 liradır. Koleksiyonun sahibi olan Burak bu

⁴⁷² Özkan, 2013: 91.

⁴⁷³ Minda, 1989: 638.

⁴⁷⁴ Cotter, 1996: 2116.

⁴⁷⁵ Minda, 1989: 605.

koleksiyonu 90 liraya satmayı düşünüyorsa aynı koleksiyonun değeri Burak için 90 liradır. Ahmet bu koleksiyonu Burak'tan 90 liraya satın alırsa bu işlemin sonunda Burak'ın elinde 90 lira Ahmet'in elinde ise 90 liraya alınmış 100 liralık bir koleksiyon bulunacaktır. Burak'ın refahında bir eksilme olmamasına rağmen Ahmet'in refahı 10 lira artmış olacaktır. Dolayısıyla Posner'a göre bu işlem genel refahı 10 lira arttıracak bir işlemdir. Buna karşılık tekeli bir pul koleksiyonu piyasasının varlığı halinde koleksiyonun fiyatı örneğin 120 lira olarak belirlenirse Ahmet 20 lira zarar etmemek için bu alışverişten vazgeçecek dolayısıyla bu refah artışı gerçekleşmeyecektir. Hukukun görevi bu ekonomik işlemlerin refahı en çok arttıracak veya en az zarara neden olacak şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır.⁴⁷⁶ Böyle bir bakış açısında yargılama faaliyeti, işlem maliyetlerinin azaltılmasını, refahın artırılmasını ve risk değerlendirmelerini kapsayan bir fayda-maliyet incelemesinden ibaret görülmektedir. Yargıç ise kaynakların en verimli şekilde dağıtılmasını sağlayacak şekilde hak ve görevleri belirleyen bir "toplum mühendisi" rolünü üstlenmektedir.⁴⁷⁷ Posner'a göre yargıç, verimlilik ölçütünü gözetmediğinde hukukun toplumsal maliyeti artmaktadır. Zira bir ekonomik analize dayanmayan veya hatalı bir ekonomik analiz üzerinden sonuca bağlanmış davalarda kaybeden taraflar, bu durumun kanun yolları veya yasal düzenlemeler aracılığıyla düzeltilmesi için mücadele etmeye görece daha eğilimli olmaktadır. Bu durum da daha fazla zaman ve kaynak kaybına neden olarak bizi hukukun verimliliğinin düşmesine neden olmaktadır.⁴⁷⁸

Posner, ekonomik yaklaşımın, hukuku basit ve uyumlu belirli sayıda ilkenin üzerine yerleştirerek hukuki sonuçların nesnelliğinin ve öngörülebilirliğinin artırılmasına imkân sağladığını öne sürmektedir. Ona göre geleneksel yaklaşımların hiçbirisi bu açıdan ekonomik analizle boy ölçüşebilecek durumda değildir.⁴⁷⁹ Aktörlerin ölçülebilir ve istikrarlı tercihler üzerinden kendi refahlarını en üst düzeye çıkarmaya yönelik rasyonel davranışlar üretmeleri, bu aktörlerin hukuki davranışlarının öngörülebilmesine imkân vermektedir. Hukuk sisteminin, refahın maksimizasyonu ilkesine uygun olacak şekilde, farklı ve yarışan tercihler arasından genel refahı en üst seviyeye çıkaracak olana geçerlilik tanıyacağının bilinmesi de hukuki aktörlerin davranışlarının öngörülebilmesini sağlayacaktır. Dolayısıyla refahın maksimizasyonu ilkesi hukuki açıdan belirleyici olan tüm aktörlerin davranışları hakkında bir öngörülebilirlik sağlar. Refahın maksimizasyonu ilkesi sadece öngörülebilirlik problemini çözmekle de kalmaz, aynı zamanda hukuki çıktıların değerlendirilmesi için objektif bir ölçüt de teşkil eder. Yine bu ölçüt ile hukuki reform önerileri de objektif bir şekilde

⁴⁷⁶ Posner, 1990: 356.

⁴⁷⁷ Minda, 1989: 609.

⁴⁷⁸ Posner, 1990: 360.

⁴⁷⁹ Posner, 1990: 361.

değerlendirilebilecektir. Zira refahın maksimizasyonu ilkesi, şu veya bu çıkar grubunun değil genelin refahının arttırılmasını ve bu refahı en fazla arttıran seçeneklerin uygulamaya geçirilmesini şart koşmaktadır.⁴⁸⁰ Bu sonuca ulaşmakla Posner hukuktaki öngörülemezlik veya öznellik gibi sorunları çözmeye en elverişli çözümün refahın maksimizasyonu ilkesi olduğunu tespit etmiş olur. Ne epistemolojinin ne ontolojinin ne de hermenötiğin çözebildiği hukuki belirsizlik problemi iktisat ile çözülmüş olmaktadır.⁴⁸¹

Posner'a göre *common law* da zaten kökeninde refahın maksimizasyonu ilkesine uygun bir hukuk sistemidir. Sözleşme ve mülkiyet kurumları ve bunların korunması konusundaki hassasiyeti *common law*'un refahı en üst düzeye çıkarmaya yönelik ekonomik kurumları içerdiğini ve gözettiğini göstermektedir. Posner, mülkiyet ve sözleşme hukuku alanlarında *common law* dâhilinde üretilmiş çözüm yollarının da genel olarak bu ilkeye uygun olduğunu belirtmektedir. Ona göre doktrin alanındaki tüm o kalabalığa rağmen *common law*'un işleyişi esasında belirli sayıda ilkeye indirgenebilir niteliktedir. Verilen kararlara bakıldığında tüm kararların ve kuramların, fayda-maliyet analizi, bedavacılığın önlenmesi, riskten kaçınma ve karşılıklı yarar sağlayan işlemlerin teşvik edilmesi ilkelerine indirgenebileceği görülecektir. Posner'a göre yasama işlemlerinde ve yargılama faaliyetlerinde de bu ilkelerin etkin kılınması gerekmektedir.⁴⁸²

Posner, hukuk pragmatizmi ve ekonomik analizin birlikte olumlu sonuçlar verebilecek uyumlu yaklaşımlar olduğunu belirtir. Ancak hukukun ekonomik analizinin hukuki pragmatizmden türediğini veya hukuki pragmatizmin doğrusal sonucu olduğunu iddia etmez.⁴⁸³ Ekonomik analiz köklerini hukuk kuramlarından değil iktisat kuramlarından almaktadır. Dolayısıyla hukuk pragmatizminin ekonomik analizden ibaret olduğunu savunmak Posner'a göre de mümkün değildir. Ekonomik analizin verimli sonuçlar üretebilmesi için toplumda amaçlar konusunda belirli düzeyde bir ortaklaşmanın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Böyle bir ortaklaşmanın mevcut olmadığı konularda ekonomik analiz sınırlı bir işleve sahip olacaktır. Örneğin salt ekonomik analize başvurarak kürtajın yasaklanmasının mı yoksa yasaklanmamasının mı doğru olacağı sorusuna cevap verilemez. Üzerinde uzlaşma olmayan bu tip konularda ekonomik analiz sadece seçeneklerin muhtemel sonuçları veya uygulamaların verimlilik düzeyleri hakkında bilgi verebilir. Bazı tartışmaların salt rasyonel inceleme ile sonuca ulaştırılamayacağını kabul eden Posner'a göre bu gerçeği kabul etmek hukuk pragmatizminin bir erdemidir. Hukuk pragmatizmi bu tür tartışmalı

⁴⁸⁰ Posner, 1990: 361.

⁴⁸¹ Posner, 1990: 353.

⁴⁸² Posner, 1990: 357.

⁴⁸³ Posner, 1989: 1669.

konularda toplumsal diyaloga zaman tanınmasını ve siyasi tartışmaların hukuk aracılığıyla karmaşılaştırılmamasını önerir.⁴⁸⁴ Posner, bazı durumlarda refahın maksimizasyonu ilkesinin kabul edilemez sonuçlar doğurabileceğini de kabul eder. Örneğin kölelik, işkence, azınlıkta kalan dini gruplara yönelik ayrımcılık gibi uygulamalar bazı durumlarda refahın maksimizasyonu ilkesi ile bağdaşabilir niteliktedir. Ancak bu uygulamalar “Amerikalıların sarsılmaz ahlaki sezgileri” ile bağdaşmamaktadır ki bu durum, bunların yaratacakları refaha bakılmaksızın hukukça engellenmesi için yeterli sebep teşkil etmektedir.⁴⁸⁵

Hukukun Ekonomik Analizi ve genel olarak Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı’nın temelinde yer alan refahın maksimizasyonu ilkesi, Posner tarafından bir hukuk sisteminin temeline yerleştirilmeye en uygun ilke olarak öne sürülmüştür. Ancak sonraları Posner bu ilkenin bu yükü kaldırmak bakımından tek başına yeterli olamayacağını kabul etmiş ve son kertede bu ilkenin kimi zaman kabul edilemeyecek bazı uygulamalar ile de uyumlu olabileceğini belirtmiştir. Posner’in en sonunda geldiği nokta, yola çıkış noktasına göre epeyce mütevazı bir kuramsal pozisyon teşkil eder. Yine de tüm bu manevralar, hukuk ve ekonomi yaklaşımına hukuk pragmatizminin içinden ve dışından çok sayıda eleştirinin yöneltilmesine engel olamamıştır. Bu başlık altında ekonomik yaklaşımın pragmatik karakterini incelemeyi hedeflediğimiz için bu yaklaşıma pragmatist paradigma dışından yöneltilen eleştirileri ele alma gereği görmüyoruz. Örneğin hukukun ekonomik analizinin adaletsiz sonuçlar doğurduğu gibi bir olumsuz eleştiri⁴⁸⁶ veyahut ekonomik analizin birçok durumda yasa koyucuya isabetli öngörüler yapmada kolaylık sağladığı⁴⁸⁷ gibi bir olumlu eleştiri, ekonomik yaklaşımın pragmatik niteliğine ilişkin bir değerlendirme içermemesi nedeniyle inceleme kapsamımızın dışında kalmaktadır.

Hukukun ekonomik analizinin pragmatik niteliğine ilişkin en önemli eleştiri bu yaklaşımın hukuk pragmatizminin antitemelcilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönündedir.⁴⁸⁸ Bu görüşe göre Posner, bir yandan hukuka giydirilmeye çalışılan ‘hür irade’, ‘eşitlik’, ‘iyi niyet’ gibi metafizik temellere karşı çıkarken diğer yandan “tercih”, “piyasa”, “genel refah” gibi aynı derecede metafizik olan kavramları kuramına temel almaktan çekinmemiştir.⁴⁸⁹ Posner bu kurgusal temelleri ölçülebilir kılmak adına tüm bu tercihleri ve genel refahı nakdi bir ölçü ile ifade etmeyi önermiştir. Ancak hukukun tüm sonuçlarının nakden ölçülmesi mümkün değildir. Hukuk sadece malların, metaların ve bunlara ilişkin yetkilerin devredilmesine ilişkin

⁴⁸⁴ Posner, 1989: 1668.

⁴⁸⁵ Cotter, 1996: 2093

⁴⁸⁶ Özkan, 2013: 97.

⁴⁸⁷ Cotter, 1996: 2124.

⁴⁸⁸ Minda, 1993: 38-39.

⁴⁸⁹ Smith, 1990: 425-426.

sonuçlar yaratmaz. Hukuk, mutluluk veya üzüntü de yaratır; kimi zaman öfke kimi zaman itaat yaratır. Toplumsal kutuplaşma yaratabildiği gibi uzlaşının da yolunu açabilir. Bunların nakdi değeri, teklif fiyatı veya istenilen fiyatı belirlenemez. Bunlar birbiri ile takas edilemezler. Kaldı ki hukuk, kendisine atfedilen meşruiyet değeri üzerinden topluma neye zlnp neye sevinilmesi gerektiğine ilişkin bir mesaj da iletir. Dolayısıyla hukuk, tercihleri sadece gözetmez veya düzenlemez, aynı zamanda bunları belirleme ve yeni tercihler oluşturma gücünde ve de eğilimindedir. Bununla birlikte hukuk, içinde tercihlerin belirlendiği, değiştirildiği ve yenilendiği bağlamın sadece bir parçasıdır. Hukukun yanında dil veya inanç gibi kültürel unsurlar ve sonsuz çeşitlikte deneyimler, toplumdaki *aktörlerin* tercihlerinin şekillendiği ve sürekli yeniden şekillendiği bağlamı oluşturur ki, bu bağlam dahi bir *dere yatağı* gibi sürekli yeniden şekillenmektedir. Pragmatizmde, faydacılığın aksine, evrensel bir akıl yürütme biçiminin varlığı ve akıl yürütme ile eylem arasında doğrudan bir geçiş olduğu kabul edilmez.⁴⁹⁰ Akıl yürütmenin yolu ve hedefi tarih, kültür, gelenekler gibi unsurlardan oluşan bir toplumsal bağlam içerisinde belirlenir. Tercihler, pragmatizmin bağlamsallık ilkesi çerçevesinde ancak bu şekilde ele alınabilir. Gelgelelim ekonomik yaklaşımda tercihler verili ve istikrarlı tercihler olarak ele alınmaktadır. Böyle bir yaklaşımin bağlamsallık ilkesiyle de uyuşmayacağı açıktır.

Hukuku nihayetinde refahın maksimizasyonu ilkesine indirgenebilecek olan birkaç temel ilke ve kavram üzerinden açıklamanın ve uygulamayı da bu ilkelere uymaya davet etmenin de hukuk pragmatizminin antitemelcilik ilkesi ile bağdaşmadığı düşünülmektedir. Refahın maksimizasyonu ilkesi de dağıtıcı adalet ilkesi gibi bir *ilke*dir. Hukuk pragmatizmi içerisinde kalarak birini a priori kabul ederken diğerini a priori reddetmeyi açıklamak mümkün görünmemektedir.⁴⁹¹ Her şey bir yana, hukuk ve ekonomi yaklaşıminın, hukukun refahı en st düzeye çıkaracak şekilde kullanılmasına yönelik talebi kabul edildiğinde hukuk uygulaması, büyük öncülünü refahın maksimizasyonu ilkesinin oluşturduğu bir formel tasım haline gelecektir. Açıkça formalist olan bu talep de antitemelcilik ilkesi ile bağdaşmadığı gibi belirli bir perspektifin (müteşebbis perspektifinin) hukuka dayatılması anlamına geldiğinden hukuk pragmatizminin perspektivizm ilkesine de aykırıdır. Görünen o ki, ekonomik yaklaşımda hukuk pragmatizminden geriye sadece araçsalcılık kalmıştır. Gerçekten de hukukun ekonomik analizi, hukuku refahın maksimizasyonuna yönelik bir araç olarak kabul eder ve geçmişin hesaplarını görmeyi değil geleceğin refahını gözetmeyi önerir. Ancak arasalcılığın benimsenmiş olması bir kurama pragmatist bir kuram diyebilmek için yeterli

⁴⁹⁰ Roth, 2000: 491.

⁴⁹¹ Cotter, 1996: 2105.

değildir. Bu durum böyle bir kuramın ancak faydacı bir kuram olarak nitelendirilmesine imkân verebilir.

2.3. Uygulamada Hukuk Pragmatizmi

2.3.1. Pragmatik Yargıç

Friedman'a göre, ABD popüler kültüründe yargıcın avukata göre geri planda kaldığı söylenebilir. Bir yargılama etkinliğini odağına alan çok sayıda Hollywood filmi olmakla birlikte bu filmlerde başkarakter çoğunlukla avukat olmuştur. Bu avukat, genellikle sıradışı biridir ve yargılama konusu olayı anti-formalist bir bakışla ele almaktadır. Avukatın savunduğu tarafın haklı çıkması filmin başında pek mümkün görünmemektedir. Ancak o, zekâsı, dikkati, erdemi veya hitabet gücüyle jüriyi etkilemeyi başarır. Filmin sonunda yargıç, bu parlak avukatın istediği kararı vermek durumunda kalacaktır. Hollywood yargıcı, otoriter, edilgen ve tarafsızdır. Bu tür filmlerde yargıçlar birer karakter olarak değil birer tip olarak karşımıza çıkarlar. Bu tip, bir derinliğe sahip olmayıp mahkeme dekorunun bir parçasıdır. Popüler kültüre böyle yansımış olmakla birlikte esasında ABD yargıçları etkin ve aynı zamanda siyasi karakterlerdir. Birkaç eyaletin ve federal devletin yargıçları dışında tüm eyalet yargıçları seçimle işbaşına gelmektedir. Yargıç adayları tıpkı siyasetçiler gibi seçim kampanyaları düzenlemekte ve bu kampanyalar dâhilinde televizyon programlarına katılmak, gazetelere reklam vermek, halkla bir araya gelmek, açılışlara katılmak gibi etkinlikler yapmaktadırlar. Yargıçların bu seçimlerden başarıyla çıkmaları siyasi destek bulmalarını gerekli kılmaktadır. Yargıç ya aktif bir biçimde siyasetle ilgilenmeli ya da aktif siyasetçiler yargıca destek olmalıdır. Her iki halde de yargıç, siyasetle iç içe bir figür olmaktadır. Birçok yargıç, daha seçim aşamasında demokratların veya cumhuriyetçilerin adayı olarak yaftalanmaktadır.⁴⁹² Hollywood yargıcının aksine bu yargıç, *common law* sisteminin de etkisiyle, yetenekleri, görevine ilişkin algısı ve tarzı ile bireyselleşmiş bir yargıç olarak karşımıza çıkar. Özellikle yüksek mahkeme yargıçları, birbirinden çok farklı kişiliklere ve dünya görüşlerine sahiptirler. Bu farklılıklar, görevlerine de yansımaktadır. ABD anayasa hukuku yazınında sadece belirli bir yüksek mahkeme yargıcının yazdığı gerekçeler ve karşı oy yazılarının incelenmesi üzerine yazılmış çok sayıda eserin bulunması da bu durumun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Yargıçların siyasi figürler olması ve *common law* sisteminin yargıca tanıdığı takdir yetkisinin genişliği, yargıcın etkin bir figür olarak yargılama faaliyeti içerisinde yer almasına imkân vermektedir. Yargıçların karar verirken kullanacakları malzemenin belirsizliği ve kimi

⁴⁹² Friedman, 2002: 475-476.

durumlarda çelişikliği, yargıcın karakterinin ve yargısal etkinliklerin bağlamının hukuki çıktıları etkilemesine neden olmaktadır. Yargıç, içinde bulunduğu toplumun bir ürünü ve parçasıdır. Toplumdaki diğer kişilerle benzer aile yapıları içerisinde yetişmiş, benzer okullara gitmiş ve benzer temel eğitimi almıştır. O da toplumdaki diğer insanlar gibi televizyon izler, haberleri okur, kaygılanır, sevinir, bir partiye oy verir, birilerinden nefret eder, birilerini destekler... Yargıç, bir tip değil bir karakterdir ve karakter özellikleri, zaafı, eğilimleri ve ön yargılarıyla yargısal etkinliklerde bulunur. Yargıçlar, yargısal etkinlikler içerisinde kanunları ve emsalleri yorumlayarak bir yandan da yasama etkinliğini devam ettirmektedirler. Hukukun büyük bir bölümü yargıçların eseridir. Zira yorum tamamlayıcı değil yaratıcı bir etkinliktir ve bu nedenle her yorum, yasanın yeniden yapılması anlamına gelmektedir.⁴⁹³ Bulundukları konum, yargıçların sadece hukuku keşfeden değil icat eden aktörler olmalarına imkân vermektedir.⁴⁹⁴ Bu durum, her ne kadar mesleki söylem formalist olsa da ABD yargıçlarının en başından beri pragmatik yargıçlar olduklarının öne sürülmesine neden olmuştur.⁴⁹⁵ Dolayısıyla hukuk pragmatistleri de yargıçların pragmatik olmalarını değil, pragmatik olduklarını samimiyetle kabul etmelerini talep etmektedirler. Hukuk pragmatizminin yargıçlık rolüne ilişkin ilk talebi budur. Yargıçların pragmatik bir role sahip olduklarının kabul edilmesi durumunda, bu rolün gerekleri daha etkin ve daha başarılı bir şekilde yerine getirilebilecektir.⁴⁹⁶

Hukuk pragmatizminde yargıcın rolüne ilişkin diğer talepler, kuramın temel tezlerinin devamı niteliğindedir. Hukukun nesnel bir temeli yoksa yargıç, hukuki formalizm mitini bir kenara bırakmak ve içinde bulunulan bağlamın gerekliliklerini yargısal etkinliğinin temeline yerleştirmek durumundadır. Bu bakımdan yargıcın toplumsal bağlam konusunda bilgili ve duyarlı olması gerekir. Bu bağlam içerisinde birbiriyle çelişen amaçlar ve birbirini engelleyen etkinlikler yer almaktadır. Yargıcın bu çelişen perspektifler arasında bir tercihte bulunurken kullanabileceği nesnel ölçütler de bulunmamaktadır. Yargıç, kararını belirleyecek ölçütü de yine aynı bağlam içerisinde aramak zorundadır. Demokratik toplumsal bağlam içerisinde yargıç, kendi etkinliğini bu bağlamın korunması ve geliştirilmesinin bir aracı olarak görecektir. Dolayısıyla yargıcın değerlendirmesi de ileriye dönük bir değerlendirme olmak durumundadır.⁴⁹⁷

Hukuk pragmatizmi, hukuki akıl yürütmenin doğasına ilişkin geleneksel yaklaşımlara karşı tepki olarak ortaya çıkmış bir hukuk kuramıdır. Dolayısıyla pragmatik yargıcın da kendi

⁴⁹³ Gürkan, 1967: 53-55.

⁴⁹⁴ Posner, 1989: 1658.

⁴⁹⁵ Posner, 1989: 1666.

⁴⁹⁶ Gürkan, 1967: 65.

⁴⁹⁷ Wells, 1988: 591.

akıl yürütme tarzına ilişkin belirli düzeyde eleştirel bir bilince sahip olması gerekir. Hukuk pragmatistlerine göre, kuralları hukukun temeli, istikrarın ve kesinliğin güvencesi olarak gören, bu doğrultuda yargıcın görevinin de basitçe somut olayın unsurlarını değerlendirmek ve bu olaya uyan kuralı tespit edip uygulamak olduğunu savunan bir hukukçu vasat bir hukukçudur. Bu vasat hukukçu, kurala sadık kalmak kaygısı nedeniyle elindeki olayın özelliklerine göre taraflar için en uygun olacak kararı vermektense kuralın gereğini gözü kapalı yerine getirmeye yönelecektir.⁴⁹⁸ Pragmatistlere göre bu tür hukukçuların sayısı genele oranla epey düşüktür. Hukukçuların büyük çoğunluğu sağduyuyu kıyasa tercih etmektedirler.⁴⁹⁹ Ancak bu hukukçular da kararlarını, belirli öncüllerden yola çıkan tündengelimsel bir akıl yürütme ile mekanik bir biçimde ulaşılmış sonuçlar olarak ortaya koyma eğilimindedirler.⁵⁰⁰ Tündengelim ile yeni bir bilgi üretmek mümkün değildir. Bununla birlikte yargıcın kararı yeni bir bilgi teşkil eder. O halde hukuki akıl yürütmenin yolu tündengelim olamaz.⁵⁰¹

Pragmatizm, hukuki akıl yürütmenin öncüllerden başladığı kabulüne karşı çıkar. Akıl yürütme herhangi bir öncülün bulunmadığı veya anlamı bulanık çok sayıda alternatif öncülün bulunduğu karmaşık bir durum içerisinde başlamaktadır. Hâlihazırda bir sorun vardır ve bu sorun birbirinden farklı şekillerde çözülebilir. Akıl yürüten kişi şüphe halindedir. Akıl yürütmenin amacı da söz konusu şüpheyi gidererek bir inançlılık hali ortaya çıkarmaktır. Kişiler bu amaçla düşünürler. Bu çerçevede akıl yürütmede öncelikle alternatifler arasından birine veya birkaçına sezgisel bir yakınlık duyulur. Yargıç, somut olayı ele alır ve bu olayın örneğin bir "karşılıksız yararlanma" olayı olduğundan şüphelenir. Sonraki aşamada olayın unsurları ile başvurulabilecek öncüller karşılıklı olarak ele alınmakta ve bunların sezgisel olarak yakınlık duyulan ihtimali güçlendirip güçlendirmedeği değerlendirilmektedir. Bu inceleme esnasında olayın "hırsızlık" olarak adlandırılmasının daha doğru olacağına yönelik bir şüphe meydana gelirse yargıç bu aşamayı "hırsızlık" şüphesi doğrultusunda yeniden gerçekleştirir. Avukat da böyle akıl yürütmektedir, ancak avukat müvekkilinin çıkarlarını gözetmek durumundadır. Bu nedenle avukatın akıl yürütmesinin başlangıç noktasını, sonuca ilişkin şüphe değil talep belirler.⁵⁰² Her iki durumda da hukuki akıl yürütme öncülden değil sezgiden başlar. Bu sezgi somut olay ile karar arasındaki bağlantıyı sağlayacak ilk kıvılcımdır. Yargıç bu sezgiden yola çıkar, bu sezgiyi eldeki hukuki ve olgusal malzeme ile

⁴⁹⁸ Gürkan, 1967: 60.

⁴⁹⁹ Holmes, 2009: 35.

⁵⁰⁰ Donoso, 1959: 601-602.

⁵⁰¹ Uzun, 2016: 88-89.

⁵⁰² Dewey, 1924: 23.

sınayarak karara ulaşır ve ancak bu aşamadan sonra gerekçesini yazarak kararını haklı kılmaya çalışır.⁵⁰³

Yargıçlar sadece karar vermezler aynı zamanda bu kararlarını gerekçelendirmeleri de gerekmektedir. Gerekçe oluşturmak, karar vermedekten farklı bir akıl yürütme neticesinde gerçekleştirilir. Karar verme aşamasına belirsizlik hâkimdir. Yargıç sezgilerinden yola çıkarak bir araştırma ortaya koyar ve bu araştırması neticesinde sezgilerinin doğru olup olmadığını keşfeder. Bu keşfe göre bir çözüm ortaya konulur. Bu çözüm, ihtimalî bir karakterdedir. Gerekçelendirme aşamasında ise kesinliklerden yola çıkılır. Bulunmuş olan ihtimalî çözümün kesin bir çözüm olduğu ve hukukun gereği olduğu gerekçelendirilmek durumundadır. Kararın keyfi bir karar olmadığı, hukuki geçmişle uyumlu olduğu gibi gelecek için de emsal teşkil etme niteliğine sahip olduğu ortaya konulmaya çalışılır. Karar verme aşamasında yargıç kendisini ikna etmek durumundayken, gerekçe yazımı aşamasında başkalarını ikna etmeye çalışmaktadır. Esasında bu aşamada, yargıç diğer insanları, yeni bir bilgi ortaya koymadığına ikna etmeye çalışmaktadır. Öyle ya, bir somut uyuşmazlığın nasıl çözülmesi gerektiğine ilişkin bilgi daha o somut olay yaşanmadan önce hukuk kuralları ve emsal kararlarla belirlenmiş durumdadır. Yargıcın yapması gereken basit bir kıyas işlemiyle bu bilgiyi söz konusu somut olay bakımından yeniden ifade etmekten ibarettir. Yargıç bunu başardığı takdirde diğer kişileri, kararının keyfi olmadığına ikna edebilir. Bu nedenle yargıç, tümdengelimden kesinlik arz eden mantığını devreye sokar.⁵⁰⁴ Pratik aklın egemen olduğu karar verme aşaması yargıcın zihninde yaşanır ve dışa aktarılmaz. Dışa aktarılan gerekçedir ve belirtilen kaygılar, gerekçe yazmada genellemelerin, soyutlamaların ve kıyasın devreye girmesine neden olmaktadır. Bu durum hukuki akıl yürütmenin mantığının tümdengelim olduğu yönündeki inancı pekiştirebilmektedir. Pragmatistler karar ile gerekçenin birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtirler. Gerekçe karara nasıl varıldığını açıklamak için yazılmaz ve dolayısıyla kararın bir yansıması değildir. Gerekçe, kararın diğer kişileri ikna edecek şekilde yeniden inşa edilmiş halidir.

Hukuki akıl yürütme, tümdengelim mantığının değil sorun odaklı pratik akıl yürütmenin bir türüdür. Dolayısıyla hukuki akıl yürütme araçsal bir mantığa sahiptir.⁵⁰⁵ Bu bakımdan pragmatistlere göre hukuki akıl yürütme ile başka alanlardan insanların kendi alanlarına ilişkin sorunlarıyla ilgili akıl yürütmeleri arasında yöntem olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Her tür akıl yürütme bireyin bir sorunla karşılaşmasıyla başlar. Bir odada kilitli kalmış bir kişinin veya bir eser üzerinde çalışan bir zanaatkârın akıl yürütme biçimi ile

⁵⁰³ Gürkan, 1967: 74.

⁵⁰⁴ Dewey, 1924: 24.

⁵⁰⁵ Golding, 1986: 469.

yargıcın akıl yürütmesi biçimi aynıdır. Tüm bu akıl yürütmelerde hedeflenen, var olan bir öncülden sonuçlar türetmekten ziyade eldeki sorunun çözümü için uygun bir öncül teşkil edecek düşünceye ulaşmaktır. Dolayısıyla sorun çözme mantığında öncülden olguya değil, olgudan öncüle giden bir düşünce yönü söz konusudur. Bu düşünce bir eylem planıdır. Akıl yürüten kişi bu düşünceye eldeki sorunu tüm yönleriyle değerlendirerek ulaşır. Bu düşüncenin doğruluğu da -ilk aşamada- bu düşünceyi uygulamaya geçirmekle ortaya çıkması muhtemel sonuçların değerlendirilmesiyle belirlenir. Bu değerlendirme zamana yayılmış olup bir defa yapılmakla nihai olarak sonlandırılacak bir değerlendirme değildir.⁵⁰⁶ Sıradan insanların gündelik sorunlarına ilişkin yaptığı akıl yürütmeler de böyledir. Gündelik akıl yürütme ile hukuki akıl yürütme arasındaki farklılık kullanılan malzemenin farklılığından kaynaklanmaktadır. Yargıçlar kararlarına ulaşırken sağduyu ve toplumsal bağlamın yanında hukuk kurallarını ve emsal kararları da gözetmek durumundadır. Yargıcın bu üç unsurdan birini *a priori* olarak diğerlerinin önüne koymasını haklı kılabilen herhangi bir temel neden bulunmamaktadır. Bu unsurlar birbirleri ile çelişebileceği gibi her biri kendi içinde de çelişik olabilir. Bu gözetilen unsurlardaki uyumluluğun düzeyi, bir davanın zorluğunu veya kolaylığını belirlemektedir. Ancak zor olsun veya kolay olsun tüm davalar aynı türden bir akıl yürütme ile çözülmektedir.⁵⁰⁷

Formalist mantıkta, bir öncül üzerinden gidilerek eldeki sorunda bu öncülde belirtilen özelliklerin yer alıp almadığı araştırılır. Böylece somut sorunun bu söz konusu öncülün kapsamına girip girmediği belirlenmektedir. Bu belirlemeye göre de söz konusu norma göre ne yapılması gerekiyorsa o yapılacaktır. Bu bakımdan formalist mantıkla gerçekleştirilen bir hüküm verme işlemi aşırı yapılandırılmış bir sürece tekabül etmektedir. Bu süreçte somut olayın unsurlarına yönelik inceleme önceden belirlenmiş kategoriler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yargıcın olgu incelemesine belirli kategorilerden yola çıkarak başlaması, olayın özelliklerini tetkik etmek yerine, olayı elindeki kalıplara sığdırmaya çalışması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda somut olayda yer almakla birlikte bu kategorilerle ilgisi bulunmayan önemli unsurların göz ardı edilmesi kaçınılmaz olmaktadır.⁵⁰⁸ Dahası böyle bir usulde olay, içinde gerçekleştiği bağlamdan kopuk ve tekil bir olay olarak ele alınır. Araşsal mantık çerçevesinde akıl yürüten yargıç ise, somut sorunlara ilişkin uygun çözümler ortaya koyabilmek için eldeki sorunu tüm boyutları ve bağlamsal çerçevesi ile ele almak zorundadır. Bu zorunluluk pragmatik yargıcı bağlamı gözetmeye itmektedir. Pragmatik bakışta hukukun kaynağı ve amacı konularında olduğu gibi hukukun uygulaması konusunda

⁵⁰⁶ Golding, 1986: 467-468.

⁵⁰⁷ Cotter, 1996: 2088.

⁵⁰⁸ Wells, 1990: 1732.

da bağlamsalcılık tezi geçerlidir.⁵⁰⁹ Geleneksel yargılama anlayışlarının bağlama ilişkin duyarsızlıkları, bu anlayışlar çerçevesinde gerçekleştirilen yargılama etkinliklerinde hiçbir şekilde bağlamın rol oynamadığı anlamına gelmemektedir. Zira bir meselenin hiçbir bağlamsal unsur göz önünde tutulmadan ele alınması mümkün değildir. Geleneksel anlayışlar çerçevesinde yapılmış olan da olsa olsa bağlamın belirli unsurlarının diğerlerinin mutlak şekilde göz ardı edilmesine neden olacak şekilde ön plana çıkarılmış olmasıdır. Dolayısıyla pragmatistlerin yargıçlardan talebi, sadece bağlamın gözetilmesi değil, bağlamın bütün unsurları ile gözetilmesidir. Bu talebi yerine getirebilmek için yargıç, herhangi bir somut uyumsuzluğun tüm taraflarına kulağını açmalı, sesini duyuramayan tarafları da dinleyebilmek için etkin bir rol üstlenmelidir. Tüm tarafların hayat hikâyeleri, ekonomik ve siyasi konumları, etnik, cinsel vb. kimlikleri incelenecek bağlamın unsurlarına dâhildir. Bu bakımdan pragmatistler bağlamın tüm boyutlarıyla gözetilmesinin, yargıcın kendi doğruluk görüşlerini, kendi toplum anlayışını veyahut sağduyuya ilişkin kendi kavrayışını, toplumdaki diğer kavrayışların önüne koymasını engelleyeceğini düşünmektedirler.⁵¹⁰

Pragmatik yargıç, somut sorunla ilgili bağlamın karmaşık dünyasına girmekten çekinmeyecektir. Ona göre toplum, farklı deneyimlere sahip toplulukların oluşturduğu çok katmanlı bir yapı arz eder. Haklar, görevler, ilkeler veya diğer soyut hukuk kavramlarının deneyimsel karşılığı, ilgili somut problemin zemininde bu katmanlardan hangisinin veya hangilerinin yer aldığına göre değişmektedir. Pragmatik yargıç, kendi kavrayışını dayatmadan başkalarının durumunu anlamaya yönelecektir. Bu tür bir yargılamada delillere ilişkin önceden yapılandırılmış kategorilerin kullanılması, önemli olabilecek bazı hususların mahkemece nazara alınmasını engelleyebilir. Bu nedenle pragmatik yargıç deliller konusunda daha müsamahakar olacaktır. Hülasa pragmatik yargıç, daha az yapılandırılmış bir yargılama faaliyeti gerçekleştirmek isteyecektir.⁵¹¹ Böyle bir yargılama faaliyetinde her bir dava, kendi çözüm koşullarını da içinde barındıran bir durumlar kümesi olarak ele alınır. Yargıç, somut olayın unsurlarını önceden belirlenmiş kategorilere uydurmaya çalışmak yerine tarafların kendi hikâyelerini ve bu unsurlara ilişkin kendi bakış açılarını anlamaya çalışır. Birbiri ile çelişen anlatılar, tarafların bakış açılarına ilişkin daha derinlemesine soruların sorulmasını gerektirir. Yargılama süreci boyunca yargıç somut olayın unsurlarını sürekli bir biçimde yeniden yapılandırır. Ne zaman ki bu yapı, tarafların çelişik anlatılarının, anlamlı bir bütün arz etmesine imkân verir, o zaman yargıç doğru çözüme ilişkin sezgisel bir öneri oluşturabilecektir. Dolayısıyla pragmatik yargılamanın beş aşamasının bulunduğu

⁵⁰⁹ Donoso, 1959: 606.

⁵¹⁰ Gürkan, 1961: 22.

⁵¹¹ Shutkin, 1993: 77.

söylenbilir. İlk aşama soruşturma aşamasıdır. Bu aşamada yargıç, uyuşmazlığı genel hatlarıyla anlamaya çalışır. Bu kapsamda, tarafları, uzmanları veya söz konusu uyuşmazlıkla ilgili görüş sahibi olabilecek diğer ilgilileri dinleyebilir. Somut sorunun niteliğine göre olay yerinin, belgelerin ve takdiri delillerin incelenmesi bu aşamada gerçekleştirilir. Böylece yargıcın uyuşmazlığın konusu ve bağlamı konusunda olabildiğince geniş bir kavrayışa sahip olması hedeflenmektedir. Pragmatik yargılamanın ikinci aşamasında uyuşmazlığa konu olan olay, farklı tarafların bakış açılarına göre yeniden inşa edilir. Bu aşamada yargıç, kendisini tarafların yerine koyarak, söz konusu olayın gerçekleşme biçimini her bir tarafın gözünden görmeye çalışır. Böylece yargıç, olaya ilişkin farklı algılar ve tarafların muhtemel saikları hakkında da bir kavrayışa sahip olmaktadır. Üçüncü aşamada söz konusu farklı algılar ve saiklar üzerinden olay yeniden inşa edilir. Ancak burada yargıç, tüm bu farklı anlatıları anlamlı kılabilen bir hikâyeye ulaşmaya çalışmaktadır. Tüm tarafların saikleri, hedefleri, ruhsal durumları ve kavrayışlarıyla uyumlu olan ve aynı zamanda inandırıcı olan yeni bir hikâye oluşturulmaya çalışılır. Bu aşama ile yargıç "somut olay nedir" sorusuna verilecek en uygun yanıtı ortaya koymuş olmaktadır. Sonraki aşamada ise bu somut olay bir bütün olarak ele alınır ve olaydaki uyuşmazlığa yönelik sezgisel bir çözüm önerisi ortaya konulur. Bu aşamada yargıç, herhangi bir verili normatif konumu değil, bu aşamaya kadar incelenmiş olan unsurlar arasında belirleyici olanları göz önünde tutarak sorunun gerektirdiği uygun hukuki çözümü belirleyecektir. Bu belirlemede yargıç, benzer sorunlarla ilgili sahip olduğu yargısal deneyimden de yararlanacaktır. Yargıcın önyargıları ve mevcut eğilimleri de bilinçli veya bilinçsiz olarak bu belirlemede etkili olacaktır. Bu durum pragmatik yargılamanın son bir aşamaya daha gerek duymasına neden olur. Bu son aşama özeleştirme aşamasıdır. Esasında pragmatik yargıcı diğer yargıçlardan ayıran aşama bu aşamadır. Pragmatik yargıç, kendi bakış açısının sınırlı olduğunu ve meseleye ilişkin kavrayışının kendi önyargıları ve eğilimleri ile gölgelenebileceğini kabul eder. Bu kabul doğrultusunda yargıç, meseleye önerdiği çözümü şüpheli bir bakış açısıyla yeniden ele alır. Bu konudaki şüphe elbette nihai bir biçimde giderilemez. Ancak bu yolda samimiyetle çaba göstermek, yargıcın elindeki soruna daha uygun bir hukuki çözüm getirme olanağını arttıracaktır.⁵¹²

Hukuk pragmatizminde hukuki akıl yürütme, öncüllerdense sonuçlarla ilgilenen ve kesin çıkarımlardansa olasılıklı tahminlere yönelen bir mantık üzerine kuruludur. Bu nedenle pragmatik yargıcın da kararlarını verirken sonuç odaklı bir değerlendirmeyi benimsemesi beklenmektedir. "Vazgeçilemez ve devredilemez haklar" veya "hukuki sorunların tek bir doğru çözümünün bulunduğu" gibi öğretiler, belirli bir hukuki bakış açısını yansıtmaları

⁵¹² Wells, 1990: 1731-1735.

dışında, pragmatik yargıç için bir önem arz etmez.⁵¹³ Tüm bu bakış açıları, eldeki sorunla ilgili oldukları ölçüde yargıcın incelemesi gereken bağlamın içinde yer alırlar. Ancak yargıcın bunlardan herhangi birine sadakat yükümlülüğü yoktur, o her çözüm önerisini muhtemel sonuçlarına göre değerlendirmek zorundadır. Pragmatistler öncüllere sadakattense sonuçların göz önünde tutulmasını savunurlar. İleriye dönüklük talebi, yargıçtan, bir yandan vereceği her kararın gelecekteki benzer kararlar bakımından örnek teşkil edeceğini göz önünde tutmasını diğer yandan bugün verilecek kararlar bakımından uygun sonuçlar üretme kabiliyetini yitirmiş olmaları halinde geçmişin örneklerinin göz ardı edilmesini ister. Her somut olay kendi zaman bağlamı içerisinde ele alınmalıdır. Sürekli değişim halinde olan bir toplumu durağan bir hukuk anlayışı ile düzenlemeye kalkışmak toplum ve hukuk düzeni arasında gerilime neden olacaktır. Bu halde de hukuk, toplumsal değişimi takip etme ve gerektiğinde yönlendirme kabiliyetini yitirecektir.⁵¹⁴

Pragmatik yargılamada verilmiş olan bir karar nihai bir karar olarak görülmez. Her kararın devam eden bir gözden geçirme sürecine tabi olması gerektiği düşünülmektedir.⁵¹⁵ Verilmiş olan bir karar, o an için bulunmuş en iyi çözüm olarak görülmelidir. Zaman içerisinde daha iyi çözümler olabileceğinin veyahut hükmolunmuş bulunan çözümün sorunu çözmek bakımından elverişliliğini yitirdiğinin tespit edilmesi halinde karar yeniden gözden geçirilebilmeli ve sorunun güncel karakterine göre yeni bir çözüm ortaya konulabilmelidir.⁵¹⁶ Hukuk pragmatizminde, özellikle ceza yargılaması bakımından, mağduru merkeze alan bir yaklaşımın benimsenmediği söylenebilir. Pragmatistlere göre cezalandırma mağdur perspektifi ile gerçekleştirildiğinde salt ödetmeci bir hal almaktadır. Bu durumda sadece acı çektirmek için verilen bir ceza söz konusu olacaktır. Bu ceza ne kadar ağır olursa olsun failin hiçbir iyileşme olmaksızın topluma geri dönme ihtimali yüksektir. Pragmatistler cezalandırmanın masraflı bir işlem olduğunu, failin ıslahının ise hem fail hem de toplum için yararlı olduğunu belirtirler. Bu bakımdan ceza yargılaması da hukuk yargılaması kadar ileri dönük olmak durumundadır. Geçmişte yapılmış olanların kefaretiden ziyade toplumun geleceği bakımından yararlı olacak uygulamaların geliştirilmesi ve gözetilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan pragmatik ceza yargılamasında yargıç, geleneksel cezalandırma araçlarının dışında eğitim, tedavi ve kamu hizmeti vb. ıslah araçlarına da başvurabilme imkanına sahip olmalı ve cezalandırma sistemi bu araçların kullanımına imkan verebilecek şekilde yapılandırılmalıdır.⁵¹⁷ Pragmatist hukukçuların faillere geri dönülemez cezalar

⁵¹³ Shutkin, 1993: 75.

⁵¹⁴ Donoso, 1959: 596.

⁵¹⁵ Simon, 2004: 186.

⁵¹⁶ Simon, 2004: 186.

⁵¹⁷ Simon, 2004: 201.

verilmesini kesinlikle reddettikleri söylenebilir. Bunun bir nedeni pragmatik bakışta cezanın bir kere verilmekle kesinleşmiş bir karar olarak görülmemesi ve cezalandırma kararlarının sürekli gözden geçirilmesi gerekliliği vurgulanmasıdır. Diğer bir neden ise pragmatistlerin *olay şüpheciliği* tezidir. Yargıç, gerçekten yaşanmış olan olayı bilme olanağına sahip değildir. Bu durum verilen kararın olaya ilişkin hatalı bir kurguya dayanma ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Pragmatik yargıç, itidalli (*prudent*) bir yargıç olarak geri dönülemez cezaları vermekten kaçınmalı ve verdiği ceza kararlarını sürekli yeni olgular ışığında gözden geçirmeye hazır olmalıdır.⁵¹⁸ Bunun yanında yargıcın toplumda suç olgularının ortaya çıkmasına neden olan etkenler ve suçun beslendiği kaynaklar hakkında bilgi sahibi olması ve faili bu kaynaklardan soyutlayacak yaptırımlar uygulayabilmesi de pragmatik bir gereklilik olarak görülmektedir. Yargıcın bu görevini gerektiği gibi yerine getirmesi, ancak beşeri bilimlerin araştırma araçlarına sahip olması veyahut beşeri bilimlerin verileri ile sürekli besleniyor olması ile mümkün olacaktır.⁵¹⁹

Antitemelci, bağlamsalci, araçsalci ve perspektivist bir kuram olarak hukuk pragmatizmi, yargısal yorum meselesine yaklaşımı bakımından da geleneksel yorum yaklaşımlarından ayrılır. Pragmatist hukukçulara göre bir kuralın anlamı, istiridyenin içindeki inci gibi o kurala gömülü bir şey değildir. Hukuk kuralının mantıksal olarak doğru tek bir yorumundan söz edilemez. Zira yorum bir mantık işlemi değildir. Dolayısıyla hukukçu, kuralın içeriğine ulaşmaya çalışarak onun anlamını ortaya koyamaz. Her türlü anlam iddiası, metin ve okuyucu arasındaki ilişkiye ve bu ilişkinin bağlamına dayanır. Anlam, keşfedilen değil inşa edilen bir şeydir. İnşa edilen anlam binası da bir kere yapılmakla tamamlanmış olmamaktadır. Bu inşa zamanla farklı yorumcular tarafından farklı şekillerde gerçekleştirilebilir veya binanın yapısı değiştirilebilir. Pragmatistler kuralların otoritesi konusunda tam bir uzlaşmaya varmış değillerdir. Ancak genel olarak kuralların otoriter metinler olduğunu kabul ettiklerini belirtebiliriz. Pragmatik yargıç da kuralları otoriter hukuk kaynakları olarak kabul eder. Ancak birer göstergeler kümesi olan bu kuralların kendilerinde bir anlamları olduğunu düşünmez. Dolayısıyla kuralların sahip olduğu otoritenin yargıcı belirli bir yönde davranmaya zorlayabilme gücünün epeyce zayıf olduğu söylenebilir.⁵²⁰

Hukuk pragmatizminde kuralların yorumunda dinamik bir yaklaşım kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda yorumcunun bir kurala anlam verirken üç etken tarafından yönlendirildiği öne sürülmektedir. Bu etkenlerden ilki metnin kendisidir. Metindeki sözcükler her ne kadar belirli tek bir anlamı ortaya koyma gücünden çoğu zaman yoksun olsalar da

⁵¹⁸ Frank, 1954: 451.

⁵¹⁹ Gürkan, 1961: 94.

⁵²⁰ Rubin, 1988: 1857.

kabul edilebilecek anlam önerilerinin sınırlarını belirlemesi bakımından önemlidir. Yorumlamayı yönlendiren ikinci etken, yasakoyucunun kuralın konulduğu dönemdeki amacıdır. Yasakoyucunun söz konusu kurala yüklemek istediği anlam tarafından temellendirilen bu etkene tarihsel etken de denilebilir. Yorumu etkileyen üçüncü etken ise, söz konusu kuralın uygulanacağı dönemin bağlamıdır. Geleneksel yorum yaklaşımında, eğer hukukun metninin sınırlayıcı gücü belirli tek bir anlama yönelmeyi zorunlu kılacak düzeydeyse sadece birinci etkenin belirleyici olması gerektiği savunulur. Eğer birinci etken birden çok farklı anlama imkân verecek bir belirsizliğe sahipse tarihsel etken devreye sokularak bu alternatif anlamlar arasında bir seçim yapılmalıdır.⁵²¹

Pragmatistler birçok davada hukuk kuralının belirli bir anlama işaret etmesinin mümkün olduğunu kabul ederler. Özellikle yasanın yeni yapılmış bir yasa olması durumunda orijinal anlamda veya bağlamda önemli değişiklikler söz konusu olamayacağından yorum sorunun ortaya çıkması söz konusu olmayabilir. Ancak yasa farklı anlamlandırmalara müsait bir metne sahipse veya yasanın yapımının üzerinden uzun bir zaman geçtiyse, toplumsal bağlamdaki değişiklikler yasanın yorumu ile ilgili sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Pragmatistler bu üç etken arasında bir uyumsuzluk olması durumunda bağlam etkeninin her zaman diğer etkenlere daha göre ön planda tutulması gerektiğini belirtmektedirler. Metnin kendinde bir anlamı bulunmamaktadır ve yasakoyucunun iradesi de kendisinden sonraki bütün dönemleri kapsayacak bir irade olarak görülmemelidir. Dolayısıyla her dönem ve her durum bakımından amaca uygunluk ölçütünün yeniden değerlendirilmesi ve belirlenmesi gerekmektedir.⁵²²

Pragmatik yorum, yargıcın, içinde bulunduğu bağlama ilişkin geliştirdiği kendi bakış açısı çerçevesinde, yasa metnini keyfince anlamlandırması demek değildir. Çünkü bu yorum yaklaşımında yasa metninin ve metnin tarihî anlamının belirli düzeyde de olsa bir etkisi olduğu kabul edilmektedir. Yargıcın yorum faaliyeti evvela bu etkenler ile sınırlanmıştır. Bunun dışında metne yüklenecek herhangi bir anlam, akla uygunluk ölçütü ile de sınırlanmaktadır. Belirli bir hukuk sistemi içerisinde belirli kavramlara yüklenebilecek anlamlar, o hukuk sisteminin uygulama gelenekleri ve doktrini tarafından sınırlanmaktadır. Yargıç her türlü yorum faaliyetinde gerçek veya muhayyel bir okuyucu kitlesinin makul yorum ölçütlerini de göz önünde tutmak durumundadır. Bu makul yorum ölçütleri de sabit değildir. Bu gerçek veya muhayyel kitlenin karakteri de bağlama göre değişmektedir.⁵²³ Yine de bu durum, pragmatik yorumun sınırsız bir takdir alanı içerisinde gerçekleştirildiği

⁵²¹ Eskridge, 1987: 1483.

⁵²² Eskridge, 1987: 1496.

⁵²³ Cotter, 1996: 2087.

anlamına gelmez.⁵²⁴ Esasında bu yorum yaklaşımında yepyeni bir şey önerilmemektedir. Burada sadece, hukuk kurallarının anlamlandırılması süreçlerinde, dedüktif veya formalist bir yaklaşımdan ziyade, güncel toplumsal ve hukuki bağlamı ve de söz konusu anlamlandırmanın yaratacağı somut sonuçları ön plana alan bir tutumun benimsenmesi talep edilmektedir.⁵²⁵ Bu talep bir yandan da bir kuralın anlamının, o kuralın belirli bir somut olayda uygulanmasının yaratacağı sonuçlar göz ardı edilerek belirlenemeyeceğini dile getirir.⁵²⁶ Pragmatistler, bu yorum yaklaşımı ile hukukun ileriye dönük bir bakış açısıyla yorumlanmasının yolunu açmak istemektedirler. Onlara göre farklı yorumlar arasındaki tercihi belirleyecek olan ölçüt en nihayetinde bu farklı yorumlar ile ortaya konulan anlamın yaratacağı sonuçlarda bulunacaktır.⁵²⁷ Pragmatik yargıcın herhangi bir yorum problemi ile karşılaştığında kendisine sorması gereken soru “bu alternatif anlamlardan hangisi bana elimdeki somut sorunun çözümü bakımından en elverişli hukuki araçları sağlıyor” sorusu olmalıdır.⁵²⁸

Genel olarak değerlendirildiğinde pragmatik yargıç, elindeki somut uyuşmazlığı çözüme ulaştırırken hem sorunu hem de sorunla ilgili hukuki kural ve kavrayışları geçmiş, bugünü ve geleceği ile ele almaya yönelen bir yargıç rolünde görünmektedir. Pragmatik yargıç, duruşma salonuna gelirken herhangi bir temel ölçüte, haklar setine veya benzer normatif doktrinlere tabi bir halde değildir. Onun amacı, belirli bir toplumsal bağlam içerisinde hem bireylerin hem de toplumun genel amaçlarının birbiri ile uzlaştırılması, kişilerin hayatını zorlaştıran etkenlerin azaltılması ve birlikte yaşama olanaklarını arttırılması olarak belirtilebilir.⁵²⁹ Pragmatik yargıcın belki de en önemli özelliği, kendisinin belirli türden bir bakış açısına sahip olduğunu ve bu bakış açısının sınırsız bir kapsayıcılıkta veya nesnel olamayacağını kabul etmesidir. Bu kabul doğrultusunda pragmatik yargıç, diğer bireylerin bakış açılarını anlamaya ve onların sorunları bakımından onların bakış açılarını esasa almaya yönelecektir.⁵³⁰ Böylece adliye, sadece egemen olan veya sesini güçlü bir biçimde duyurabilen kesimlerin bakış açılarının değil, toplumsal diyalogdan dışlanmış, dezavantajlı kesimlerin bakış açılarının da tartışmaya katıldığı bir forum haline gelebilecektir. Bu forum, yerleşik hukuki kurumların, kuramların, kuralların ve uygulama araçlarının yarattığı sonuçların daha yakından takip edilmesine ve adliyenin bunlara yönelik doğrudan bir eleştirel bir bakış açısı geliştirebilmesine de imkân verecektir.⁵³¹

⁵²⁴ Chow, 1992: 794-795.

⁵²⁵ Eskridge, 1987: 1479.

⁵²⁶ Gürkan, 1961: 106.

⁵²⁷ Posner, 1990: 460.

⁵²⁸ Posner, 1989: 1664.

⁵²⁹ Shutkin, 1993: 76.

⁵³⁰ Wells, 1990: 1746.

⁵³¹ Shutkin, 1993: 79.

2.3.2. Pragmatik Hukuk Öğretimi

Dünyanın neresinde olursa olsun, hukuk fakülteleri bir toplumun yetiştirdiği en iyi öğrencileri bünyesine kabul etmektedir. Bu parlak öğrenciler, hukuk fakültesine başlarken hukuka ilişkin bir harici bakış açısını da beraberlerinde getirirler. Öğrenci iyi bir hukukçu olma hayaline sahiptir ancak aklının bir köşesinde de hala “baklava çalan çocuklar” meselesi durmaktadır. Bu bakımdan her birinci sınıf, hukuk fakültesinin hukuka ilişkin eleştirel bakış açısını tazeleme potansiyeline sahiptir. Öğrenci, hukuk öğrenimine yeni bilgileri kendi deneyimi ile ilişkilendirmeye çalışarak başlar. Bu durum, öğrenimin temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmektedir. İlk bölümden hatırlanacağı üzere, pragmatist felsefede de ‘önceki doğrular’, gerçekliğin içinde anlam bulduğu bağlamın önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Doğru bir açıklama, yeni olguları, eski bilgilerle en uyumlu olacak şekilde açıklayan ve hatta yeni olguyu eski bilgiler üzerinden giderek açıklayan açıklamadır. Dolayısıyla öğretimin, öğrencinin önceki bilgileri ve doğruları ile bağlantılandırılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁵³² İnsan, hâlihazırdaki bilgileri ve deneyimi ile ilişkilendirebildiği ölçüde yeni bilgileri anlamada, keşfetmede, uygulamada ve sentezlemede başarılı olmaktadır.⁵³³ Bu bakımdan hukukun -öğrencilerin de çeşitli düzeylerde tecrübe etmiş oldukları- toplumsal kaynakları ve görünümleri ile başlayan bir müfredata sahip olunması durumunda öğrencilerin harici bakış açılarını korumaları mümkün olabilecektir. Ancak durum böyle değildir. Hukuk müfredatı hukuki gerçeklikten değil hukuk dogmatikinden başlar ve genellikle yine burada sona erer. Öğrenci bir anda kendisini kurallar ve daha önce hiç duymadığı kavramlarla karşı karşıya bulur. Daha ilk sınav döneminde, meseleyi eleştirel bir bakışla anlamaya çalışmanın nafile olduğunu ve kendisine zaman kaybettirdiğini fark eder. Sınavlarda başarılı olmak için yapılması gereken tüm dogmaları, kavramları ve bunların arasındaki soyut ilişkileri veri olarak kabul etmektir. Öğrenci zihninde yepyeni bir yer açar ve öğrendiği hukuki bilgileri bu alana doldurarak tecrit eder. Öğrencinin hukuk bilgisi ile hayat deneyimi arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Bir zihinsel tecrit alanında oluşturulan hukuk “nosyonu” tümüyle kendi üzerine kurulu bir şebekedir. Bu şebeke, çoğunlukla hiçbir özgünlüğü olmayan, olgulara dayanmayan, geleneksel, dünyadan kopuk, tartışmaya açık ve söylemsel unsurlardan oluşmaktadır.⁵³⁴ Sosyal bilimlerin diğer alanları ile de hiçbir ilişkisi bulunmayan bu şebeke, dışarıdan yönecek etkilere de kuvvetle direnç gösterebilmektedir. Böylece öğrencinin harici eleştirel bakış açısı birkaç ay içerisinde yerini sorgusuz bir kabullenmeye bırakır. Öğrenci her meseleyi bu şebeke üzerinden değerlendirmeye başlar.

⁵³² Noddings, 2007: 31.

⁵³³ Arnold, 1999: 892.

⁵³⁴ Posner, 1990: 469.

Buna “hukukçu gibi düşünmek” denilir ve bu övgüye değer bir beceri olarak kabul edilmektedir. Esasında hukukçu gibi düşünmek, hukukçunun edindiği soyut hukuki bilgiyi pratik gerçekliklerle karşılaştırarak değerlendirmesini imkânsız kılan bir tür zihinsel engellilik halidir. Hukukçu gibi düşünmek hastalığıyla malul olan bir hukuk mezunun bir *pragmatik yargıç* olması beklenemez. Pragmatik yargıcın herkes gibi düşünmesi gerekmektedir.

Hukuk pragmatistleri, uygulamaya ilişkin ortaya koydukları önerilerin gerçekleştirilmesinin hukuk öğretiminin de pragmatik bir bakış açısı ile yeniden yapılandırılmasını gerekli kıldığını düşünmüşlerdir. Bu nedenle hukuk pragmatizmi içerisinde hukuk öğretimine ilişkin çalışmalar görece önemli bir yere sahip olmuştur. ABD’de hukuk öğretiminin gelişimi, ilk bölümde *Pragmatizm Öncesi Amerikan Hukuku Üzerine Kısa Bir Tarihsel Not* başlığı altında ele alındığı için burada bu süreci tekrar anlatmaya gerek görülmemiştir. Ancak kısaca hatırlatmak gerekirse, ABD’de hukuk öğretiminin on sekizinci yüzyılın sonlarına kadar ağırlıklı olarak usta-çırak ilişkisine dayandığı ve 1870’li yıllardan itibaren Harvard Hukuk Okulu’nda, Cristopher C. Langdell’in girişimleri ile hukuk mesleğini okullulaştırma eğilimlerinin kuvvet kazandığı belirtilebilir. Yirminci yüzyılın başlarına gelindiğinde ise Langdell’in dava kitaplarına dayanan ve *Harvard Modeli* olarak anılan öğretim yöntemi ABD’nin seçkin hukuk fakültelerince benimsenmiş ve hukuk öğretiminin genel kabul gören yöntemi olmuştur.⁵³⁵ Hukuk pragmatistlerinin hukuk öğretimine ilişkin çalışmaları büyük ölçüde bu modelin eleştirisi ile başlamaktadır.⁵³⁶ Pragmatist hukukçular yirminci yüzyılın başından bu yana ABD’deki hukuk öğretimi hakkında meseleyi farklı boyutları ile ele alan eleştirel çalışmalar ortaya koymuşlardır. Tüm bu çalışmalarda iki temel eleştirinin ön plana çıktığı belirtilebilir. Birinci eleştiri olarak, Harvard modelinin bir tür seçkin ideoloji ile yüklü olduğu ve bu ideolojik yükleme neticesinde öğrencilerin toplumsal duyarlılıklarını yitirdikleri öne sürülmektedir. İkinci ve üzerinde görece daha çok uzlaşmış olan eleştiri kapsamında ise, bu modelin soyut ve uygulamadan kopuk bir model olması nedeniyle öğrencileri hukuka yabancılaştırdığı dile getirilmektedir. Pragmatistler eleştirdikleri bu iki durum üzerinden giderek, bu olumsuzlukları azaltacak ve hukuk uygulamasının ihtiyaçlarına daha iyi karşılık verebilecek bir hukuk öğretimi yapılanması için kendi önerilerini ortaya koyarlar.

Hukuk pragmatizminde, tıpkı uygulamada olduğu gibi öğretimde de hukukun ideolojik bir yönünün olduğu savunulmaktadır. Öğrencinin hukuku kendi üzerine kurulu bir şebeke olarak kabul etmesi ve veri olarak görmesi, öğrencinin hukuka içkin olan ideolojiyi de sorgulamaksızın benimsemesine neden olmaktadır. Hukuk, hayattan, deneyimden, kişisel

⁵³⁵ Friedman, 2002: 33-35.

⁵³⁶ Wheaton, 1936: 338.

tercihlerden ve sosyal bilimlerin diğer alanlarından ayrı bir disiplin olarak öğrenilmektedir. Dolayısıyla hukuk -evleviyetle- siyasetten de bağımsız bir disiplin olmalıdır. Hukuk ve siyasetin birbirinden bağımsız olduğu veyahut hukukun siyaseten nötr bir alan olduğu öğretisi, dışsallaştırılmış ifadesini hukukta bulan toplumsal hiyerarşik yapıların da doğal ve verili olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Hukuk müfredatı da bu ideolojik karaktere uygun olarak şekillenmiştir. Ders programının büyük bir bölümü sözleşmelere, haksız fiillere, mülkiyete, cezaya ve yargılama usullerine ilişkin derslerle doldurulmuş durumdadır. Tüm bu derslerde on dokuzuncu yüzyılın *laissez-faire* ideolojisi içerisinde gelişmiş olan hukuki kurumlar anlatılmakla birlikte bunların tarihsel ve ideolojik arka planı hakkında hiçbir bilgi verilmez. Bunlar hukuk ağacının doğal meyveleri olarak ele alınmaktadır. Elbette bu kurumların tarihsel, toplumsal veya ideolojik temellerinin ele alınabileceği dersler de programda yer almaktadır. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi ve benzer dersler bunlar arasında sayılabilir. Ancak bunlar hukuk öğretiminin civar konuları olup merkezde yer alan *hakiki, zor, nesnel ve ciddi* dersler arasında değildir. Bunlar kimi öğrenciler için diğer derslerin stresinden kurtulabilecekleri bir tür oyun alanı teşkil ederken kimileri içinse diplomaya ulaşabilmek için aşılması gereken basit engeller olarak görülmektedir.⁵³⁷

Bu haliyle hukuk öğretimi, hukuk sisteminin genel ideolojik işlevi içerisinde kendine düşen payı yerine getirmektedir. Hukuk sistemi toplumdaki hiyerarşik güç dengelerinin korunmasına hizmet ederken hukuk öğretimi de bu hizmeti bizzat gerçekleştirecek olan insan kaynağını hazırlar. Böyle bir öğretim süreci içerisinde öğrenci bir yandan toplumdaki hiyerarşik yapıları gönüllü olarak kabullenirken bir yandan da bu hiyerarşide kendi konumunu yükseltme kaygısı ile baş etmeye çalışmaktadır.⁵³⁸ Hukuk pragmatistleri, bu sorunu çözmek için hukuk öğretiminin deneyimle bağlantısının kurulması gerektiğini belirtirler. Öğrenciler, hukukun gerçek işleyiş biçimini ve hukuki etkinliklerin yarattığı ahlaki ve politik sonuçları gözlemleyebilecekleri araçlara sahip olmalıdırlar. Hukuk öğretimi, öğrencilerin mevcut hukuki ideolojiyi veri olarak kabul etmektense bu ideolojiye karşı alternatifler üretebilmelerine ve güç hiyerarşilerine tabi olmaksızın bu hiyerarşiler içerisinde dezavantajlı konumda olan kesimler konusunda duyarlılık kazanabilmelerine imkân verecek deneyimsel öğelere sahip olmalıdır.⁵³⁹

Hukuk öğretimine bilimsel bir yaklaşım olarak öne sürülen Harvard modelinin pragmatistlerin talep ettiği deneyimsel öğeleri içerdiği söylenemez. Bu model, öğretim için

⁵³⁷ Kennedy, 1982: 597-598.

⁵³⁸ Kennedy, 1982: 591.

⁵³⁹ Minda, 1989: 617.

gerekli malzemenin kitaplarda bulunduğu ve kütüphanenin hukuk fakültelerinin laboratuvarını teşkil ettiği tezine dayanmaktadır. Bu modelde hukukçuların bürolarda, adliyelerde ve diğer uygulama alanlarında karşılaştıkları somut hukuki deneyimler göz ardı edilmekte ve öğretim meselesinin dışında tutulmaktadır.⁵⁴⁰ Hukuk öğretiminin merkezine deneyimden ziyade kitapların yerleştirilmesi hukuk pragmatistlerince eleştirilmektedir. Onlara göre bu durumda hukuk fakültesi ile ilahiyat fakülteleri arasında bir fark kalmamaktadır. Hukuk öğretimi otorite, kesinlik, retorik ve gelenek gibi söylemsel unsurlar çerçevesinde gerçekleştirilmekte, hukukun yarattığı gerçek toplumsal sonuçlar ve bu sonuçların hangi araçlarla tetkik edilebileceği konuları hakkında hiçbir bilgi aktarılmamaktadır. Hukukçu mesleğin kudretinden aşırı derecede emin ve mağrur bir şekilde yetiştirilmekte, şüpheyi yer bırakılmamakta ve hukukun otoritesinin sorgulanması dinsizce bir tutum gibi tepki görmektedir. Bu durum mevcut hukuk öğretimi metodunun bir din öğretimi metodu olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır. Pragmatistlere göre hukuk öğretiminin de kendine özgü rahipleri, kutsal metinleri, cübbeleri, tapınakları ve ayinleri bulunmaktadır.⁵⁴¹

Hukuk öğretiminin kitaplar üzerinden yapılması, öğrencilerin somut olayların unsurlarının değerlendirilmesi konusunda beceri kazanmalarını da engellemektedir. Öğretimde kullanılan kitapların içeriği şerhlerden ve yüksek mahkeme kararlarından oluşmaktadır. Hukuki düzenlemeler ve bunlar üzerine yazılmış şerhler üzerinden ilerleyen bir öğretim dâhilinde öğrencilerin hukukun işleyişine ilişkin bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Hukukun amacı uyuşmazlıkların çözülmesi iken öğrenciler hukuki uyuşmazlıkların ortaya çıkış biçimleri ve mahkeme önündeki görünüşleri hakkında çok az şey öğrenmektedirler.⁵⁴² Yine bunun gibi, yüksek mahkeme kararları da uyuşmazlıkların unsurları hakkında çok az bilgi içermektedir. Çünkü yüksek mahkemelerde olgusal inceleme yapılmamakta kararlar sadece hukuki açıdan değerlendirilmektedir.⁵⁴³ Kaldı ki *Pragmatik Yargıç* başlığı altında da belirtildiği üzere pragmatistlere göre bir kararın gerekçesi o karara nasıl ulaşıldığı hakkında çok az söz söylemektedir. Gerekçe, yargıcın karara ulaşma sürecini içermez. Kararın verilmesi çok farklı türden etkenin belirleyici olduğu deneyimsel ve psikolojik bir süreçtir. Yargıçlar gerekçelerinde, bir şekilde ulaşmış oldukları kararın hukuken meşru olduğunu ispatlamaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla gerekçe *ex post facto* bir metindir. Hukuk fakültelerinde gerekçelerin kararın kendisiymiş gibi ele alınıp incelenmesi, öğrencilerin hukuk uygulamasının soyut, mantıki ve öngörülebilir bir karaktere sahip olduğu

⁵⁴⁰ Frank, 1933a: 723.

⁵⁴¹ Posner, 1990: 465.

⁵⁴² Gürkan, 1961: 22-23.

⁵⁴³ Gürkan, 1967: 134.

yönünde bir yanılısamaya kapılmalarına neden olmaktadır. Bu haliyle hukuk öğretimi, bitkilerin sadece çiçeklerinin ve meyvelerinin incelendiği, bunların köklerinin ve içinde geliştikleri toprağın göz ardı edildiği bir ziraat öğretimi kadar saçma olmaktadır.⁵⁴⁴ Bu öğretimin sonunda öğrenciler, bir tane dahi dava dosyası incelemeden, duruşma izlemeden, hülâsa adliyeden içeri bir adım dahi atmadan mezun olmaktadırlar. Bu durumdaki hukuk mezununun durumu, hiç kadavra görmemiş, hiç ameliyat izlememiş, bir kez olsun eline neşter almamış bir tıp fakültesi mezununa benzemektedir.⁵⁴⁵ Böyle doktorlarca yürütülen sağlık hizmetleri toplumun ihtiyaçlarını ne kadar karşılayabilirse, böyle hukukçularca idare edilen bir hukuk sistemi de o kadar karşılayabilmektedir.

Pragmatizmde düşünce ve eylemin birbirinden ayrılamayacağına yönelik yaklaşım doğrultusunda öğretim ve uygulamanın da bir arada olması gerektiği savunulur. Uygulamayı içermeyen bir eğitim eksik ve yanlış olacaktır.⁵⁴⁶ Hukuk pragmatistlerine göre, hukuk öğretiminin mevcut durumunda öğrenciler, doktrin ve pratik arasında bağ kuramayacak kadar gerçeklikten kopmuş bir halde mezun olmaktadırlar.⁵⁴⁷ Öğrenciler, değil düzenli olarak, çoğunlukla bir kez bile mahkemelerin nasıl işlediğine şahit olmadan, bu işleyiş hakkında öğretim üyeleri ile tartışmadan, bir davanın ortaya çıkış ve çözülüş sürecindeki aşamaları baştan sona incelemeden, “başka ne gibi çözüm yolları denenebilirdi” sorusu ile bir kez dahi muhatap olmadan fakülteden ayrılırlar.⁵⁴⁸ Bu durumun hukukun işleyişi açısından yarattığı sorunların giderilebilmesi için kitapların ve kütüphanenin hukuki malzemenin sınırlarını teşkil ettiği inancının bir kenara bırakılması gerekmektedir. Hukuk, yazılardan değil davranışlardan oluşmaktadır. Bunlar yargıçların davranışları olabileceği gibi, müvekkillerin, tanıkların, yasama komisyonlarının, borsa simsarlarının, sendika başkanlarının, şirket yöneticilerinin, sivil toplum kuruluşlarının da davranışları olabilirler. Öğrenciler yazıların yanında ve yazılardan daha ağırlıklı olarak bu davranışlarla iştigal etmeli ve bunları tetkik etmelidirler.⁵⁴⁹ Bu talep, hukuk öğretimin belirli bir bağlama oturtulması talebini de içermektedir. Mevcut hukuk öğretimi, ideal bir yargılama düzeni, ideal yasal düzenlemeleri ve ideal idari usulleri olan ideal bir toplum için işe yarar nitelikte bir ideal öğretim modeline göre yapılmaktadır. Yüz yıldır aynı usullerin kullanılması da bu durumun bir göstergesidir. Ancak her toplumun farklı zamanlarda farklı kusurları ve ihtiyaçları söz konusu olmaktadır. Bu nedenle hukuk

⁵⁴⁴ Frank, 1933b: 911.

⁵⁴⁵ Gürkan, 1967: 95-96.

⁵⁴⁶ Gutek, 2001: 100.

⁵⁴⁷ Frank, 1933b: 922.

⁵⁴⁸ Frank, 1933a: 725.

⁵⁴⁹ Frank, 1933a: 727.

öğretimi mekâna ve zamana bağlı bir karakter arz etmelidir.⁵⁵⁰ Örneğin bugün Türkiye’de yapılacak olan hukuk öğretimi, yirmi birinci yüzyılın ilk yarısındaki Türkiye’nin ihtiyaçlarına ve sorunlarına duyarlı bir öğretim olmalıdır. Öğretim müfredatı da bu duruma uygun olacak şekilde, hukukçuların güncel olarak sıklıkla karşılaştıkları veya yakın gelecekte karşılaşmaları beklenen hukuki sorunları merkeze alacak şekilde düzenlenmelidir.

Pragmatistlere göre hukuk öğretiminin sorunları ancak mevcut anlayışın tümüyle reddedilmesi ve yeni bir modelin geliştirilmesi ile mümkün olabilecektir. Genel hatlarıyla bu model, öğretimde sözlü anlatım yönteminin istisnai olduğu, öğrencilerin hukuki işleri bizzat gözlemleyerek ve yaparak öğrendikleri bir görünüm arz etmektedir. Öğrencilerin gözlem olanaklarını arttırmak için öğretimin salt fakültede kalmayarak başta adliyeler olmak üzere hukuk etkinliklerin yoğun olarak gerçekleştirildiği kurumlarda katılımlı çalışmaların yapılması gerektiği belirtilmektedir. Öğrenciler böylece fakültenin *steril* öğretim ortamından çıkarak adliyenin karmaşık gerçekliği ile tanışma olanağına kavuşacaklardır. Bu *olanağa* bir gün kaçınılmaz olarak kavuşacakları iddia edilebilir. Ancak bu tanışmanın öğrencilik aşamasındayken ve öğretim üyelerinin nezaretinde gerçekleşmesi, öğrencilerin hukukun gerçeklikleri ile baş etme becerilerini mezun olmadan önce elde etmelerine imkân verecektir. Yargıçların karara varma süreçleri, tarafların kararı etkileyebilme imkânları, somut olayın unsurlarının belirsizliği, verilecek kararları öngörebilmenin imkânsızlığı gibi gerçeklikler salt fakültede gerçekleştirilen bir hukuk öğretimi çerçevesinde karşılaşılabilecek gerçeklikler değildir. Öğrenci adliyelerdeki işleyişi doğrudan gözlemleyerek hukukun insani ve insani olduğu ölçüde müphem olan yönlerini de teşhis etme imkânına kavuşacaktır. Dosya yoğunluğunun, duruşmalardaki aceleciliğin, dikkatin veya dikkatsizliğin, siyasi kaygıların, yolsuzluğun, sabırsızlığın, ön yargıların, açgözlülüğün, açık fikirliliğin, hülasa yargısal süreçlere etki eden tüm *hukuk dışı* etkenlerin öğrencilerce henüz diplomalarını almadan gözlemlenmiş olması öğrencilerin mesleğe daha hazır mezunlar olmalarını sağlayacaktır.⁵⁵¹ Bu gözlem sadece öğrencilerle sınırlı kalmayacak, öğrencilerin sorularına birer yanıt vermek durumunda kalan öğretim üyeleri de adliyenin sorunlarıyla ilgilenme zorunluluğu hissedeceklerdir. Böylece fakülte ile adliye arasındaki uçurumun kapanması da söz konusu olabilecektir.

Adliye başta olmak üzere hukuki etkinliklerin gerçekleştirildiği mekânlarda öğrencilerin düzenli olarak katılımlı gözlemler yapmaları, hukuk pragmatistlerinin önerilerinden birincisini teşkil eder. Bu uygulama, önerilen reformun bir kısmını oluşturmaktadır. Zira pragmatistlere göre öğrenmek için sadece gözlemlemek değil yapmak

⁵⁵⁰ Pound, 1933: 887.

⁵⁵¹ Frank, 1933b: 918.

da gerekmektedir. Bilginin deneyime bağılılığı, hukuk öğretiminin de deneyimsel öğeler içermesini gerekli kılmaktadır. Bu gerekliliğin karşılanması için öne sürülen yöntem hukuk kliniği çalışmaları olmuştur. Günümüzde Türkiye'de⁵⁵² ve dünyada birçok hukuk fakültesi tarafından hayata geçirilmiş olan veya geçirilmesi planlanan hukuk kliniklerinin burada tüm boyutları ile ele alınması mümkün görünmemektedir. Ancak bu uygulamanın hukuk pragmatizmiyle ilişkisinin kurulabileceğini söyleyebiliriz. Pragmatistler, hukuk kliniklerinin öğretim elemanlarına ve öğrencilere hukuk uygulamasına doğrudan katılma imkânı sağlayacağını belirtmişlerdir.⁵⁵³

Pragmatik hukuk öğretimi, çok çeşitli yöntem ve araçların bir arada kullanılmasını gerektirmektedir. Kuramsal derslerin veya sözel anlatıma dayanan öğretim yöntem ve malzemelerinin tümüyle terk edilmesi önerilmemekle birlikte gözlem ve deneyime dayanan öğretim metotlarının ön plana çıkarılması gerektiği vurgulanmaktadır.⁵⁵⁴ Bu unsurların hangilerinin ağırlık kazanacağı veya bunlar arasında nasıl bir denge kurulacağı ise bir temel ölçüte göre belirlenememektedir. Burada belirleyici olan ölçüt, toplumun belirli bir zamanda aciliyet kesbeden ihtiyaçları olarak belirtilmektedir. Yine de, pragmatik bir hukuk öğretiminde, her durumda, kurallardansa hukukun işleyişini ve hazır cevaplar sunmaktansa sorun çözme becerilerini geliştirmeyi odağa alan bir öğretim modelinin benimseneceğini söylemek mümkündür.

2.3.3. Pragmatik Hukuk Çalışmaları

Köklerini bir bilgi kuramı olan pragmatizmden alan hukuk pragmatizmi, hukuki bilginin kaynağı, niteliği ve bu bilgiyi elde etme yolları konusunda da öneriler ortaya koymuştur. Pragmatist hukukçular hukuka yönelik genel araçsalci yaklaşımlarının bir parçası olacak şekilde hukuk alanında yapılacak akademik çalışmayı da bir araç olarak görmüşlerdir. Pragmatistlerin, akademik çalışmalar konusundaki görüşleri de öncelikle geleneksel yaklaşımların eleştirisi ile başlamaktadır. Geleneksel olarak, hukuk akademisyenlerinin başlıca araştırma nesneleri, kurallar ve kararlar olmaktadır. Araştırmacılar, belirli bir kavram veya kural üzerinde çalışmalar yaparlar. Bu çalışmalar neticesinde bir kavramın kapsamının ne olduğu, bir kuralın nasıl yorumlanması gerektiği veya bir mesele ile ilgili kararın nasıl verilmesi gerektiği hakkında öneriler içeren monografiler ve şerhler yayınlanmaktadır. Pragmatik açıdan bakıldığında bu çalışmalardaki temel sorun, araştırmacıların araştırma nesneleri ile bire bir denecek düzeyde örtüşen bir çalışma yöntemine ve söyleme sahip

⁵⁵² "Hukuk Klinikleri Geliyor", TRT Haber, 9 Nisan 2016, <http://www.trthaber.com/haber/turkiye/hukuk-klinikleri-geliyor-243884.html> (erişim tarihi 14.2.2017)

⁵⁵³ Frank, 1933a: 727.

⁵⁵⁴ Holmes, 1897: 469.

olmalarıdır: Hukuk akademisyeni, bir hukuki mesele hakkında makale yazarken, yargıç gibi düşünmekte ve konuşmaktadır. Hukuk dergilerinde yayımlanan makaleler, bir derece daha soyutlaştırılmış yargı kararlarına benzemektedir. Araştırmacı, yargıcın yaptığı işin aynısını daha otoriter bir sıfatla yapmaktadır. Burada yapılan, bir kavramın hangi olguları kapsadığını, başka hangi kavramlarla ilişki içerisinde düşünülmesi gerektiğini, söz konusu ilişkinin hukuk kurallarına yansımalarının ne şekilde olduğunu ve dolayısıyla ilgili durumlarda nasıl karar verilmesi gerektiğini ortaya koymaya çalışmaktır. Hâlbuki bu yargıcın işidir.⁵⁵⁵ Hukuk kuralının içeriğinin ne olduğu, bunların belirli somut durumlarda nasıl yorumlanması gerektiği veya gerekçenin nasıl yazılacağı gibi meseleler, hukuk öğretiminin önemli konuları olabilir. Bu konular ile ilgili öğretim malzemesi olarak kullanılmak üzere makaleler ve monografiler yazılması elbette gereklidir. Ancak bunlar nihayetinde öğretim malzemeleridir. Bu öğretimi tamamlamış olan yargıcın bu konuları zaten biliyor olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Hukuk akademisyeninin, öğretim malzemesinden daha fazlasını ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle yapılması gereken, hukuk araştırmalarının yargı kararlarından farklı yöntem ve söyleme sahip olmasını sağlamaktır. Hukuk akademisi ancak kendine özgü bir bilgi üretimi gerçekleştirmeyi başarabilirse hukuk uygulamasına gerçekten katkıda bulunabilir. Akademisyen, yargıcın yapmakla görevli olmadığı veya görevli olsa dahi fiilen yapamayacağı çalışmalara yönelmelidir. Uygulamada ihtiyaç duyulan bilgiler, doktrin sınırları içerisinde kalan kavramsal ve biçimsel incelemelerden ziyade, hukuk ve toplum arasındaki kesişim ve gerilim noktaları üzerine yapılmış araştırmalarla ortaya konulabilecek türden bilgilerdir. Kürsüdeki yargıca, bir kuralın nasıl anlaşılması gerektiğini söylemek onun işini kolaylaştırabilir. Ancak onun asıl duyması gereken, söz konusu kuralın ne tür bir sosyal politikaya hizmet ettiği, bu kuralın düzenlediği konularla ilgili toplumda ne gibi sorunların yaşandığı ve kuralın şu veya bu şekilde uygulanmasının ne gibi somut sonuçlara neden olduğu veya olabileceğidir. Doktrinsel incelemelerde cevaplanan soruların aksine bu sorular yargıcın cevaplayamayacağı sorulardır. Çünkü bunlar ancak olgusal verilerle yanıtlanabilir ve yargıcın bu verileri kendi başına elde etmesi mümkün değildir. Pragmatistlere göre hukuk akademisi bu tür soruları cevaplamak durumundadır.⁵⁵⁶

Hukukun toplumsal temelleri ve etkileri üzerine olgusal çalışmalar yapmak, akademinin sadece yargı alanında değil yasama alanında da kendine özgü bir sese sahip olmasına imkân verecektir. Pragmatistlere göre çağın yasa koyucusu normatif kuramlar içerisinde ifade edilen büyük doğrulardansa, sosyal politika argümanlarına daha fazla önem

⁵⁵⁵ Rubin, 1988: 1904.

⁵⁵⁶ Rubin, 1988: 1889.

atfetmektedir. Hukuk akademisyeninin yasamaya ilişkin önerilerini, bunların kuramsal bir ilkeye uygunluğunu ortaya koyarak temellendirmesi, yasa koyucu için ikna edici olmamaktadır. Zira yasa koyucu her ne kadar normatif terimlerle konuşsa da siyasi terimlerle düşünmektedir. Bir önerinin yasa koyucular veya karar verici konumunda bulunan diğer yetkililer tarafından dikkate alınması için, bu önerinin hangi toplumsal sorunlara ilişkin olduğunun ve ne gibi somut etkiler yaratacağının ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısıyla burada da hukuk akademisyeninin normatif konumunu olgulara dayanan bir yöntem ve söylemle desteklemesi gerekmektedir.⁵⁵⁷

Hukuk araştırmalarının kütüphanelerde değil toplumsal gerçekliğin içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği hukuk pragmatistlerinin üzerinde ortaklaştığı bir önermedir. Tüm hukuk pragmatistleri hukuki araştırmayı bir araç olarak kabul ederler. Ancak araştırmaların mahiyeti ve amacı konusunda farklı görüşler ortaya konulabilmektedir. Bu konuda belirleyici olan farklı dönemlerde sosyal bilimin içeriği ve amacına ilişkin genel yaklaşımlar olmuştur. İlk dönem hukuk pragmatistleri olarak belirtebileceğimiz Holmes, Pound ve Llewellyn gibi düşünürlerde hukuk alanında yapılacak olan olgusal çalışmalar, toplum mühendisliği çalışmaları olarak görülmüştür.⁵⁵⁸ Bu bakımdan hukuk alanında yapılacak araştırmalar bir yandan toplumun ihtiyaçları çerçevesinde hukuksal reformların gerçekleştirilmesinde ve sonrasında hukuk aracılığıyla toplumun şekillendirilmesinde kullanılacak verileri temin etme amacına hizmet etmek üzere önerilmişlerdir. Bu yaklaşımın hukuk akademisine yeni bir soluk getirdiği söylenebilir. Gerçekten de 1920’li yıllardan itibaren hukuk alanında olgusal çalışmaların sayısının arttığı görülmektedir. Bu durumda hukuki realizm akımının da etkili olduğu belirtilmektedir. Realizmin etkisi ile hukuk dogmaları yerine gözlemlenebilir hukuki olguların bilimsel yöntemlerle ele alınmasına yönelinmiş veya yönelinmesi gerektiği konusunda belirli düzeyde bir fikir birliği sağlanmıştır. Hukuk pragmatizmi, “hukuku var eden mantık değil tecrübedir” sloganıyla hukuk kuramı sahnesine çıkmıştır. Bu nedenle pragmatik hukuk bilimcisi salt bir kitap kurdu olmamalıdır. Sadece kitaplarla, dogmalarla ve spekülasyonla uğraşan bir hukuk akademisyeni işini yarım yapmaktadır. Böyle yapmakla zekâsını kullanabileceği, becerilerini geliştirebileceği ve ürünler ortaya koyabileceği bir hukuki çalışma alanını göz ardı etmiş olmaktadır. Sonuçta hem kendisi hem de hizmet ettiği hukuk bilimi, potansiyelinin gerisinde kalmış olmaktadır.⁵⁵⁹ Hukuk pragmatizminin ilk dönemlerinde egemen olan hukuka yönelik davranışçı yaklaşım, hukukçuları, hukuk öznelinin davranışlarını konu edinen saha araştırmalarının gerekliliğini vurgulamaya

⁵⁵⁷ Rubin, 1988: 1887.

⁵⁵⁸ Gürkan, 1961: 124-125.

⁵⁵⁹ Holmes, 1899: 451-452.

itmiştir.⁵⁶⁰ Böylece hukukun işleyişine ilişkin ilk elden bilgi edinilebileceği düşünülmüştür. Bu dönemin hukuk pragmatistleri, dönemin sosyal bilim anlayışına da uygun olacak şekilde hukuki olguları neden-sonuç ilişkileri çerçevesinde araştırmayı ve değerlendirmeyi ve istatistikler oluşturmayı önermektedir.⁵⁶¹ Hukuk araştırmaları ile tespit edilecek olan, hukuki olgulardaki düzenlilik ve nedensellik ilişkileridir. Dolayısıyla yirminci yüzyılın ilk yarısında hukuk pragmatizminin önerilen hukuki çalışmaların niteliği bakımından pozitivist bir bilimsel tutum ortaya koyduğu söylenebilir.⁵⁶²

Bu eğilimin kurumsallaşmasına yönelik atılan ilk adım 1930 yılında kurulan John Hopkins Hukuk Enstitüsü olmuştur. Sosyolojik çalışmaların hukuk alanındaki sorunların çözümünde elverişli olabileceği düşüncesi İkinci Dünya Savaşı sonrasında da itibarını korumuş ve 1950'li yıllarda Chicago Hukuk Okulu bünyesinde Ford Vakfı tarafından mali destek sağlanan çok sayıda olgusal hukuk araştırması yapılmıştır.⁵⁶³ 1964 yılında Hukuk ve Toplum Derneği'nin kurulması ise ABD hukuk kuramında olgucu eğilimin tepe noktası olarak belirtilebilir. Hukukçuların yanı sıra psikologların, ekonomistlerin, sosyologların ve diğer sosyal bilim alanlarından araştırmacıların üye olduğu dernek, 1966 yılından itibaren *Law and Society Review* dergisini yayınlamaya başlamıştır. Bu dönemden itibaren ABD hukuk fakültelerinde 'sosyo-hukuk çalışmaları' (*sociolegal studies*) adı altında etkinlikler düzenlenmeye ve sosyo-hukuk çalışmalarına özgülenen araştırma merkezleri kurulmaya başlanmıştır.⁵⁶⁴ Hukuki realizm akımının halefi olarak görülen sosyo-hukuk çalışmaları, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın da beslendiği kaynaklardan birini teşkil eder. Bu nedenle sosyo-hukuk çalışmalarının temelinde de hukuk pragmatizminin bulunduğu belirtilmektedir.⁵⁶⁵

Hukuk pragmatizminin ilk dönemlerde benimsediği bilimselci eğilimlerin son taşıyıcısı Hukuk ve Ekonomi Akımı olmuştur. Ekonomik analizciler de hukukun bir bilim gibi ele alınabileceğini ve hukukta objektif çalışmaların yapılabileceğini savunmuşlardır. Ancak bu objektifliğin sağlanabilmesi için yanlışlanabilir hukuki önermeler üzerinde çalışmak gerekmektedir. Bu nedenle hukuki önermeleri ekonomik önermelere tercüme etmek gerekmektedir. Her kural ve karar ekonomik sonuçları göz önünde tutularak değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle ekonomik sonuçlar, her türlü yanlışlıktan arî olmaları nedeniyle, hukuk çalışmaları için objektif bir temel sunabileceklerdir. Ekonomik analizciler

⁵⁶⁰ Llewellyn, 1930: 459.

⁵⁶¹ Holmes, 1899: 462.

⁵⁶² Gürkan, 1967: 38-40.

⁵⁶³ Friedman, 2002: 502-504.

⁵⁶⁴ Tamanaha, 1996: 317.

⁵⁶⁵ Tamanaha, 1996: 318.

böylece, hukuk çalışmaları için evrensel bir ölçüt ortaya koyduklarını iddia ederler.⁵⁶⁶ Ancak bu iddianın pragmatizmle ne ölçüde bağdaştığı hususu tartışmalıdır.⁵⁶⁷

Yetmişli yıllarla birlikte ortaya çıkan Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Feminist Hukuk Çalışmaları gibi yeni pragmatik akımlarda da olgusal çalışmalara yapılan vurgu varlığını korumuştur. Ancak bu dönemde sosyal bilimlerde yaşanan paradigma değişikliği, pragmatistlerin olgusal çalışmaların yöntemine ve amacına ilişkin yaklaşımında da dönüşümüne neden olmuştur. Yirminci yüzyılın ilk yarısında pragmatistlerce benimsenen nedenselci ve nesnelci sosyal bilim anlayışı bu dönemde yerini eleştirel, yorumcu ve pragmatizmin perspektivist yönünü ön plana çıkaran bir anlayışa bırakmıştır. Pragmatistler bu dönemde de “hukuku var eden mantık değil deneyimdir” tezini savunmaya devam etmişlerdir. Ancak bu deneyimi açıklamaya değil anlamaya yönelik bir bilimsel tutum ortaya koymuşlardır. Bu dönemde yapılan çalışmalarda toplumun homojen bir bütün olmadığı, farklı kesimlerin farklı toplumsal gerçeklikler içerisinde yaşadığı ve araştırmacının bakış açısının toplumsal gerçekliğin anlamlandırılmasında etkili olduğu yönünde kabuller ortaya konulmuştur. Bu bakımdan hukuk alanında yapılan olgusal çalışmaların toplumdaki çeşitliliğe duyarlı olması ve araştırmacıların da kendi bakış açılarıyla ilgili açık yürekli olmaları gerektiği dile getirilmiştir.⁵⁶⁸ Yirminci yüzyılın son döneminde hukuk pragmatistleri, hukuk çalışmaları alanını, bir nesnel bilgiler bütünü veya bu tür bilgilere ulaşma disiplini olarak değil, bir diyalog alanı olarak görür. Bu diyalog, akademik topluluk tarafından kabul görmüş ve inşai nitelikte olan argüman formları üzerinden yürütülmektedir.⁵⁶⁹ Feminist Hukuk Çalışmaları ve Eleştirel Irk Çalışmaları gibi pragmatist düşünce hareketleri, hukuk araştırmalarının amacını toplumdaki tüm kesimlerin bu diyaloga katılabilmesinin yolunu açmak belirlemiştir. Eleştirel Hukuk Çalışmalarında ise bu diyaloga egemen olan anlatıların içyapısı ve egemen hukuki söylemin ideolojik karakteri ifşa edilmeye çalışılmıştır.⁵⁷⁰ Araştırma alanının nesnellğine yönelik bu olumsuz tutum, bir tür geri adım olarak nitelendirilebilir. Çünkü nesnellik iddiası yadsınamaz bir otoriteye sahiptir. Nesnellikten feragat edilmesinin hukuk akademisinin otoritesi bakımından sarsıcı olabileceği düşünülebilir. Ancak tam tersine bu durum egemen hukuki söylem karşısında tüm bireylerin güç kazanmasına neden olmaktadır. Hukukun veya doktrinin dışsal ve kişilerden bağımsız bir otoriteye sahip olduğunun reddi ve bunların belirli bağlam içerisinde belirli bir perspektifle inşa edildiğinin kabul edilmesi, insanların içinde yaşadıkları hukuki ve toplumsal gerçekliği

⁵⁶⁶ Minda, 1989: 613.

⁵⁶⁷ Bu tartışma, bir önceki alt bölümde *Richard Posner ve Hukukun Ekonomik Analizi* başlığı altında yapılmıştı.

⁵⁶⁸ Seigel, 1994: 587.

⁵⁶⁹ Rubin, 1988: 1841.

⁵⁷⁰ Minda, 1989: 622.

dönüştürme gücüne ve yetkisine sahip olduklarını görmelerine imkân vermektedir.⁵⁷¹ Bu dönemden itibaren pragmatik hukuk çalışmalarında amaç, toplumdaki tüm kesimlerin, hukukun hedefleri ve bu hedeflere ulaşma stratejileri konusunda söz sahibi olmasını sağlamak olarak ortaya çıkmaktadır. Tüm kesimler eleştirel bir bakışla ele alınacaktır ancak toplumda özellikle dezavantajlı konumda bulunan kesimlerin hukuki diyaloga taraf olabilmeleri için bu kesimlerin durumlarını ve bakış açılarını ortaya koyan çalışmalar gerçekleştirmek gerekmektedir.⁵⁷²

Hukuk pragmatizmi kapsamında hukuk alanında yapılacak akademik çalışmalara ilişkin getirilen taleplerin ne düzeyde kabul gördüğü veya pragmatistlerin kendi önerilerini gerçekleştirme konusunda ne kadar başarılı olabildikleri konusu tartışmaya açık bir konudur. Pragmatizmin bilginin deneyimselliği tezi gereği, pragmatik hukuk çalışmaları, hukukun olgusal temellerini ve somut toplumsal etkilerini odağa alan çalışmalar olmak durumundadır. Ancak hukuk akademisyenleri sosyal bilimciler olmak üzere değil hukuk doktrincileri olarak yetiştirilirler. Hukuk fakülteleri de bu tür araştırmaları gerçekleştirmede kullanılacak araçlara sahip değildir.⁵⁷³ Bunun yanı sıra hukuk fakülteleri bugün hala hukuk doktrincilerinin egemenliği altındadır ve bunlar olgusal çalışmaları değerlendirebilecek veya yönlendirebilecek bir donanıma sahip değildir. Bu durum hukuk fakültelerinde yazılan yeni tezlerin büyük bir bölümünün yine doktrin analizi alanında kalmasına neden olmaktadır.⁵⁷⁴ Yine de pragmatik hukuk çalışmalarına yönelik talebin hiçbir karşılık bulmadığını söylemek de doğru değildir. Bugün, hukuk akademisinde normatif kuramların yanı sıra hukukun ve toplumun somut problemlerine yönelik çalışmaların da yapılması gerektiğine ilişkin bir kabulün oluştuğu belirtilmektedir.⁵⁷⁵ Bu gerekliliğin yerine getirilebilmesi bakımından, hukuk fakültelerinin sadece hukuk akademisyenlerini değil, iktisat, felsefe, sosyoloji, antropoloji ve istatistik gibi sosyal bilimlerin diğer alanlarından akademisyenleri de tam zamanlı olarak bünyesine kabul etmesi; hukuki olguları sosyal bilim perspektifi ile ele alan çalışmaların yayımlandığı fakülte dergilerinin kurulması ve lisansüstü düzeyde disiplinler arası programların açılması kısa vadede atılabilecek gerçekçi adımlar olarak önerilmektedir.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ Rubin, 1988: 1891.

⁵⁷² Rubin, 1988: 1893.

⁵⁷³ Rubin, 1988: 1899.

⁵⁷⁴ Posner, 1981: 1121.

⁵⁷⁵ Seigel, 1994: 585.

⁵⁷⁶ Posner, 1981: 1130.

SONUÇ

Pragmatist olduğunu iddia eden hukukçulara bakıldığında, bunlar arasında Marksistlerin, feministlerin, neo-liberallerin veya nihilistlerin bulunabildiği görülmektedir. Birbirleriyle çatışan hukuk-politik gündemlere ve eğilimlere sahip bu grupların varlığı, iç tutarlılığa sahip ve bütünlüklü bir kuram olarak hukuk pragmatizminden bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu soruya olumlu veya olumsuz bir yanıt verebilmek için, bütünlüklü bir hukuk kuramının hangi özellikleri taşıması gerektiği konusunda da bir kavrayış ortaya konulmalıdır. Doğal hukuk veya hukuki pozitivizm gibi bütünlüklü olduğu genel kabule mazhar olmuş kuramlara baktığımızda bunların üç temel soruya yanıt önerdikleri görülür. Bunlar, “hukukun kaynağı nedir?”, “iyi hukuk nedir?”, “hukukun uygulaması nasıl olmalıdır?” sorularıdır. Bütünlüklü bir kuramdan söz edebilmek için, bir kuram dâhilinde düşünce üreten kişilerin bu sorulara birbirleri ile tutarlı veya en azından birbirleri ile çatışmayan yanıtlar vermesi beklenmektedir. Elbette tüm düşünürlerin tek bir ağızdan konuşması beklenemez. Ancak bu sorulara birbiriyle çatışan yanıtlar verilmiş ise, bu yanıtları aynı kuramın çatısı altında değerlendirmek doğru olmayacaktır.

Farklı uyarlamalara veya yansımalara sahip olmasına rağmen hukuk pragmatizmi içerisinde bu temel sorulara verilen yanıtlar tutarlılık arz etmektedir. Hukuk pragmatistlerinin tamamı, hukukun kaynağı konusunda toplumsal bağlama atıf yaparlar. Bir yandan da bu tutum, normların veya genel olarak hukukun, bağlamın dışında, bağlamın üzerinde, aşkın veya evrensel bir kaynağa sahip olduğunu iddia eden temelci yaklaşımların reddini beraberinde getirmektedir. Pragmatist hukukçulara göre hukuki bilgi de bir tür gündelik bilgidir. Dolayısıyla gündelik ve geleneksel düşünme biçimlerinden sıyrılarak veya şüphe götürmez öncüllerden mantıksal olarak geçerli çıkarımlar yaparak hukukun bilgisine ulaşmak mümkün değildir. Hukuk, belirli bir tarihsel ve kültürel bağlam içerisinde gerçekleşen insan deneyimlerinde kaynağını bulur. Bu deneyimler, belirli bir dönemin ve toplumun ihtiyaçlarıyla şekillenir. İnsanların belirli bir dönemdeki ihtiyaçlarını karşılayan ve insanları yine o dönemin bağlamı içerisinde belirlenmiş olan amaçlarına ulaşmada başarılı kılan etkinlikler benimsenerek tekrarlanmaktadır. İşte bu tür kararlı etkinlikler hukukun kaynak noktasını oluşturur. Hukukun kuralları, kavramları veya kurumları akılla keşfedilmiş veya mantıki kıyasla türetilmiş tümeller değildir. Hukukun hem formu hem de içeriği deneyimden kaynaklanır ve deneyimlere bağlı bir evrim süreci içerisinde yeniden ve yeniden şekillenmektedir. Kaynağa ilişkin bu açıklamanın, hukuk pragmatistlerinin tamamınca

benimsendiği görülmüştür. Bu bakımdan kaynak sorusuna ilişkin olarak hukuk pragmatizmi içerisinde bir tutarlılığın bulunduğu söylenebilir.

Pragmatistlere göre, “iyi hukuk nedir” sorusu da cevabını deneyimde bulmaktadır ve bu nedenle ancak belirli bir bağlam bakımından yanıtlanabilir. Hukuk, belirli bir toplumun belirli bir dönemdeki ihtiyaçları içinde şekillenmektedir. Bu nedenle tüm toplumlar ve tüm zamanlar için geçerli olacak iyi hukuk ölçütleri önermek mümkün değildir. Hukuku bir araç olarak gören pragmatistler bu aracın yöneldiği genel amacın toplumsal düzenin sağlanması ve korunması olduğunu belirtirler. Ulaşılmak veya korunmak istenen toplumsal düzenin karakterini ise belirli bir toplumun siyasi yapısı belirlemektedir. Pragmatistler, içinde bulundukları toplumun siyasi yapısının demokrasiyi temel aldığını belirtirler. Bu bakımdan hukukun amacı demokratik düzenin kurulması ve geliştirilmesi olmalıdır. Hukuk tüm bireylerin kendi olanaklarını geliştirebilecekleri ve gayretlerinin karşılığını alabilecekleri bir toplumsal düzeni oluşturma ve koruma amacına yönelmelidir. Hukuk, bireylerin ve toplumdaki grupların amaçları bakımından da bir araç olarak kullanılabilir. Aynı zamanda hukuk, bu amaçlar arasındaki çatışmaları çözmenin de bir aracıdır. Bu tür çatışmaları çözüme kavuştururken hukuk, toplumun demokratik birliktelik imkânlarını arttıracak çözümler üretmeye yönelmelidir. Bu amaçlar birlikte değerlendirildiğinde hukukun, toplumsal birlikteliği ve uzlaşmayı artırma amacına yöneldiği de belirtilebilir. Dolayısıyla “iyi hukuk” bu amaçlara en iyi hizmet eden hukuktur. Bu yaklaşımın farklı pragmatist akımlarca benimsenmiş olduğu görülmüştür. Bu kabul doğrultusunda kimi pragmatistler hukukun mevcut durumunun antidemokratik yanlarını ifşa edip eleştirmeye yönelmiş, kimileri ise hukukun amacına daha iyi hizmet etmesi için öneriler ortaya koymuşlardır. Bu öneriler hukuk pragmatizmi içerisinde “hukukun uygulaması nasıl olmalıdır” sorusuna verilmiş olan cevapları teşkil eder.

Uygulama önerileri bakımından da hukuk pragmatizmi içerisindeki farklı yaklaşımların büyük oranda ortaklaştığı görülmüştür. Bu ortaklıklardan ilki yargıcın rolüne ilişkindir. Pragmatistler, yargıcın hukukun memuru değil mimarı olduğu görüşünde ortaklaşırlar. Yargıç, toplumsal bağlam içerisinde oluşan hukukun, toplumsal amaçlara en iyi şekilde hizmet etmesi için etkin bir rol üstlenmelidir. Bunun yanında yargıç, kendi görevi de dâhil olmak üzere hukuk sisteminin bir araç olduğunu kabul etmeli ve bu aracın hizmet etmesi beklenen toplumsal amaçların bilgisine sahip olmalıdır. Yargıcın işini yönlendirecek olan geçmişe sadakat değil, bugünün ve geleceğin toplumsal ihtiyaçlarını gözetmek olmalıdır. Pragmatistler toplum içerisinde birbirinden farklı bakış açılarının mevcut bulunduğunu ve bu farklılıkların toplumun çoğul bir gerçeklik durumu arz etmesine neden olduğunu kabul

ederler. Dolayısıyla yargıç da bu çeşitliliğin bilincinde olmalı, kendi bakış açısının da toplumdaki diğer bakış açılarıyla denk olduğunu kabul etmeli ve somut olayları harici bakış açılarından da görerek çözüme ulaşmaya çalışmalıdır. Pragmatistlere göre yargıcın böyle bir rol üstlenebilmesi için hukuk öğretiminde bir dönüşümün gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hukuk öğretimi, öğrencilere hukuki işleri doğrudan gözlemleyebilecekleri bir model çerçevesinde yeniden şekillendirilmelidir. Öğrenciler fakültede veya kütüphanede geçirdiği zamandan çok daha fazlasını adliyelerde ve hukuk bürolarında geçirmelidirler. Pragmatist bakışta her bilgi gibi hukuk bilgisi de bir eylem planı olarak görülmektedir. Dolayısıyla hukukun bilgisine sahip olmanın en iyi yolu yapılan hukuki eylemleri gözlemek ve eylem içerisinde bulunmaktır. Bu nedenle pragmatistler, öğrencilerin okuyarak değil yaparak öğrenmelerine imkân verecek öğretim tekniklerinin uygulanmasını önermişlerdir. Hukuk kliniği çalışmaları, bu kapsamda önerilmiş olan bir uygulamalı öğretim tekniği olarak değerlendirilebilir.

Hukukun toplumsal karakterinin kabulü, hukuk pragmatistlerini sosyal bilimlerin diğer alanlarıyla yakınlaştırmıştır. Bütün pragmatist hukuk akımlarının şu veya bu ölçüde sosyoloji ile ilişkili olduğu görülmektedir. Bunun yanında psikoloji, antropoloji ve iktisat alanlarının hukuka yapabileceği katkıları vurgulayan pragmatist akımların ve düşünürlerin de varlığı görülmüştür. Hukukun kaynağının ve amacının toplumsal olduğunun kabul edilmesi, hukuk pragmatistlerinin hukuk öğretimi alanında toplum bilimlerine daha fazla yer ayrılmasını talep etmelerini de birlikte getirmiştir. Öğrenciler sadece hukuki dogmalar değil, hukukun toplumsal kaynakları ve hizmet edeceği toplumsal amaçlar hakkında da bilgi sahibi olmalıdır. Bu nedenle pragmatistler, hukuk fakültesi müfredatında, hukuku sosyolojik, antropolojik, psikolojik ve ekonomik boyutları ile ele alan derslere verilen ağırlığın arttırılmasını savunmuşlardır. Pragmatist hukukçuların hukuk alanında yapılacak akademik çalışmalara yönelik getirdikleri öneriler de tutarlılık arz eder. Buna göre hukukçu akademisyenler, hem pragmatik bir hukuk öğretimini gerçekleştirebilmek için hem de yargıcın ve yasakoyucunun işlevini pragmatik bir minvalde yapabilmesini kolaylaştırmak için bilimsel çalışmalar yapmak durumundadırlar. Bu çalışmalar kapsamında hukukun toplumsal temelleri ortaya konulmalı, toplumdaki değişim eğilimleri tetkik edilmeli, toplumsal ihtiyaçlar tespit edilmeli, toplumdaki farklı kesimlerin içinde yaşadığı gerçeklikler ve bu gerçekliklerce şekillenen bakış açıları tanıtılmalı ve hukukun toplumsal amaçlara uygunluğu yarattığı toplumsal sonuçlar üzerinden değerlendirilmelidir. Hukuk pragmatistlerinin kaynaklar ve ölçüte ilişkin sorulara verdikleri ortak yanıtların, uygulama önerileri bakımından da pragmatizmin iç tutarlılık arz etmesine neden olduğu söylenebilir.

Hukuk pragmatizmi, doğal hukuk ve hukuksal pozitivizm tartışmaları içinde sıkışmış bulunan hukuk kuramı alanına yeni bir soluk getirmiştir. Bu kuram dâhilinde hukukun kaynağına ve ölçütüne ilişkin karakteristik tezler ortaya konulmuş ve bu tezler doğrultusunda karakteristik uygulama önerileri geliştirilmiştir. Bu tezler ve öneriler, bir yandan hukuk pragmatizmini kendisinden önceki hukuk kuramlarından ayırırken, diğer yandan hukuk pragmatizminin farklı yansımalarının bir başlık altında değerlendirilebilmesine imkân vermektedir. Bu bakımdan hukuk pragmatizminin iç tutarlılığa ve bütünlüğe sahip, müstakil bir hukuk kuramı olduğu tespit edilmiştir.



KAYNAKÇA

- “Declaration and Resolves of the First Continental Congress”, The Avalon Project, Yale Law School, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/resolves.asp (erişim tarihi: 31.10.2016)
- Adkins v. Children Hospital of DC*, 261 US 525 (1923) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/case.html> (erişim tarihi: 29.12.2016)
- Akbaş, K. (2006). *Hukukun Büyübozumu*. 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Akı, E. İ. (2008). *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Akman, Ş. T. (2012). “Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(4): 1271-1306.
- Aktaş, S. (2011). *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*. 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Anderson, E. (2014). "Dewey's Moral Philosophy", E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Bahar 2014 Sürümü). <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/dewey-moral/> (erişim tarihi: 19.01.2017)
- Arat, T. (1968). *Amerikan Hukuk Öğretiminde Case Method*. AÜHF Yayınları, Ankara.
- Arnold, C. A. (1999). “How Do Law Students Really Learn? Problem-Solving, Modern Pragmatism, and Property Law”. *Seattle University Law Review*, 22: 891-920.
- Bingham, J. (1912). "What is the Law?". *Michigan Law Review*, 11(1): 1-25.
- Blackstone, W. (1765). *Commentaries on the Laws of England*. Clarendon Press, Oxford.
- Borchert, D. M. (2006). (ed.). *Encyclopedia of Philosophy*. Thomson Gale, Michigan.
- Butler, B. E. “Legal Pragmatism”. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/leglprag/> (erişim tarihi: 03.03.2016)
- Caspar, W. R. (2000). *Dewey on Democracy*. Cornell University Press, Ithaca.
- Chow, D. C. K. (1992). “A Pragmatic Model of Law”. *Washington Law Review*, 67: 755-825.
- Cotter, T. F. (1996). “Legal Pragmatism and Law and Economics Movement”. *The Georgetown Law Journal*, 84: 2071-2141.
- Çelgin, G. (2011). *Eski Yunanca-Türkçe Sözlük*. 1. Basım, Kabalcı Yayınevi, İstanbul,
- Çelik, S. (2016a). “Charles Sanders Peirce’ın Pragmatik Görüşleri ve Bilimsellik Ögesi”. S. Çelik (Ed.). *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, Doruk Yayınları, İstanbul, s. 21-38.

- Çelik, S. (2016b). “Önsöz”. S. Çelik (Ed.) *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, Doruk Yayınları, İstanbul, s. 9-20.
- Dewey, J. (1894). “Austin’s Theory of Sovereignty”. *Political Science Quarterly*, 9(1): 31-52.
- Dewey, J. (1914). “Nature and Reason in Law”. *International Journal of Ethics*, 25(1): 25-32.
- Dewey, J. (1916a). “Force and Coercion”. *International Journal of Ethics*, 26(3): 359-367.
- Dewey, J. (1916b). “Force, Violence and Law”. *The New Republic*: 295-297.
- Dewey, J. (1924). “Logical Method and Law”. *Cornell Law Review*, 10(17): 17-27.
- Dewey, J. (1926). “The Historic Background of Corporate Legal Personality”. *Yale Law Journal*, 35(6): 655-673.
- Dewey, J. (1929). *Experience and Nature*. George Allen & Unwin Ltd., Londra.
- Dewey, J. (1971). “Anthropology and Law”. *The Early Works, 1882-1898 4: 1893-1894*, Southern Illinois University Press, Londra ve Amsterdam.
- Dewey, J. (2016a). “Deneyim ve Usun Değişen Kavramları”. *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, Çelik S. (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 153-170.
- Dewey, J. (2016b). “Felsefenin Yeniden Yapılanmasında Bilimsel Etken”. *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, Çelik S. (ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 135-152.
- Dewey, J. (2016c). “Hukuk Felsefem”. (Çev. F. Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, 3(4-5): 30-38.
- Donoso, A. (1959). “John Dewey’s Philosophy of Law”. *University of Detroit Law Journal*, 36(5): 579-607.
- Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. (2014). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Eren, F. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, Ankara: 2014.
- Eskridge, W. N. (1987) "Dynamic Statutory Interpretation". *University of Pennsylvania Law Review*, 135: 1479-1555.
- Farber, D. (1987). "Legal Pragmatism and the Constitution". *Minnesota Law Review*, 72: 1331-1378.
- Farber, D. (1995). “Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century”. *University of Illinois Law Review*, 163: 163-190.
- Finley, L. M. (1989). "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning". *Notre Dame Law Review*, 64: 886-910.
- Fisch, M. H. (1981). “Was There a Metaphysical Club in Cambridge?”. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 17(2): 128-130
- Frank, J. (1933a). “What Constitutes a Good Legal Education”. *American Bar Association Journal*, 19: 723-728.

- Frank, J. (1933b). "Why Not a Clinical Lawyer School". *University of Pennsylvania Law Review*, 81(8): 907-1023.
- Frank, J. (1949). *Courts on Trial*. Princeton University Press, New Jersey.
- Frank, J. (1954). "A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism". *Rutgers Law Review*, 9(2): 425-463.
- Friedman, L. (2002). *American Law in the 20th Century*. Yale University Press, New Haven ve Londra.
- Friedman, L. (2004). *The American Legal Experience*. Recorded Books, Maryland.
- Garrison J. ve Neiman A. (2003). "Pragmatism and Education". Blake N., Smeyers P., Smith R. ve Standish P. (Ed.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Education*. Blackwell Publishing, Massachusetts, s. 21-37.
- Goedecke, R. (1969) "Legal Formalism vs. Legal Pragmatism". *The Journal of Value Inquiry*, 3(4): 243-257.
- Golding, M. (1986). "Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America - Major Themes and Developments". *Journal of Legal Education*, 36(4): 441-480.
- Goodenow, J. M. (1819). *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence*. James Wilson, Steubenville.
- Gray, C. B. (1999). (Ed.) *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*. Garland Publishing, New York ve Londra.
- Green, N. S. J. (1937). "Proximate and Remote Cause". *Kansas City Law Review*, 5(2): 114-129.
- Grey, T. (1989). "Holmes and Legal Pragmatism". *Stanford Law Review*, 41: 787-870.
- Grey, T. (1996). "Freestanding Legal Pragmatism". *Cardozo Law Review*, 18: 21-42.
- Gurvitch, G. (1947). *Sociology of Law*. Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londra.
- Gutok, L. G. (2001). *Eğitime Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar*. (Çev. N. Kale), Ütopya Yayınevi, Ankara.
- Gürkan, Ü. (1961). *Sosyolojik Hukuk İlmi*. AÜHF Yayınları, Ankara.
- Gürkan, Ü. (1967). *Hukuki Realizm Akımı*. AÜHF Yayınları, Ankara.
- Gürpınar, B. (2008). "Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri-‘Hukuk ve Ekonomi’ Akımı". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20: 161-180.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Himma, K. E. (2010). *Hukukun Ahlaki Kriterleri*. (çev. S. Üye), BilgeSu Yayıncılık, Ankara.

- Holmes, O. W. Jr. (1870). "Codes and The Arrangement of Law". *American Law Review*. 5(1): 1-13.
- Holmes, O. W. Jr. (1873). "The Theory of Torts". *American Law Review*, 7: 652-660.
- Holmes, O. W. Jr. (1894). "Privilege, Malice and Intent". *Harvard Law Review*, 8(1): 1-14.
- Holmes, O. W. Jr. (1897). "The Path of the Law". *Harvard Law Review*, 10(8): 457-478.
- Holmes, O. W. Jr. (1899). "Law in Science and Science in Law". *Harvard Law Review*, 21(7): 443-463.
- Holmes, O. W. Jr. (1918). "Natural Law". *Harvard Law Review*, 32: 40-44.
- Holmes, O. W. Jr. (1920). *Collected Legal Papers*. Harcourt, Brace & Howe, New York.
- Holmes, O. W. Jr. (2009). *The Common Law*. Harvard University Press, Cambridge MA.
- Horwitz, M. (1973). "The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History". *The American Journal of Legal History*, 17(3): 275-293.
- Horwitz, M. (1997). *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge MA.
- Işıқтаç, Y. (2010). *Hukuk Felsefesi*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- James, W. (2015). *Pragmatizm*. (çev. Tahir Karakaş), İletişim Yayınları, İstanbul.
- Kant, I. (2000). *Critique of Pure Reason*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Karakaş, T. (2015). "Çevirenin Önsözü". James, W. *Pragmatizm*. İletişim Yayınları, İstanbul.
- Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı*. (çev. E. Uzun), Nora Kitap, İstanbul.
- Kennedy, D. (1982). "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy". *Journal of Legal Education*, 32(4): 591-615.
- Kennedy, D. (1985). "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship". *New England Law Review*, 21(2): 209-289.
- Kenny, C. (1916). "The Case-Method of Teaching Law". *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 16(2): 182-194.
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2015). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Langdell, C. C. (1879). *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Little, Brown, and Company, Boston.
- Llewellyn, K. (1930). "A Realistic Jurisprudence". *Columbia Law Review*, 30(4): 431-465.
- Llewellyn, K. (1931). "Some Realism About Realism". *Harvard Law Review*, 44(8): 1222-1264.
- Llewellyn, K. ve Hoebel, E. A. (1941). *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. W. S. Hein & Company, Oklahoma.

- Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (erişim tarihi: 29.12.2016)
- Matsuda, M. (1989). "Pragmatism Modified and the False Consciousness Problem". *Southern California Law Review*, 63: 1763-1782.
- Menand, L. (2001). *The Metaphysical Club*. Farrar, Straus and Giroux, New York.
- Minda, G. (1989). "The Jurisprudential Movements of the 1980s". *Ohio State Law Journal*, 50(3): 599-662.
- Minda, G. (1993). "Jurisprudence at Century's End". *Journal of Legal Education*, 43(1): 27-59.
- Minow, M. (1987). "Justice Engendered". *Harvard Law Review*, 101(1): 10-96.
- Minow, M. ve Spelman, E. (1989). "In Context". *South California Law Review*, 63: 1597-1652.
- Noddings, N. (2007). *The Philosophy of Education*. Westview Press, Colorado.
- Oğuz, A. (2001). "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku". <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/289/2633.pdf> (erişim tarihi: 12.12.2016)
- Oğuz, F. (2002). "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme". *Piyasa*, 2: 3-23.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2006). *Eşya Hukuku*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Özcan, M. T. (2012). *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Özkan, S. Ç. (2013). "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1): 85-98.
- Palmer, B. W. (1948). "Background for Dissensions: Pragmatism and Its Effects on the Law". *American Bar Association Journal*, 48(8): 1092-1095
- Peirce, C. S. (2016a). "İnancın Sabitleştirilmesi". *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, S. Çelik (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 39-62.
- Peirce, C. S. (2016b). "Kavramlarımızda Açıklık Nasıl Sağlanır". *Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe*, S. Çelik (Ed.). Doruk Yayınları, İstanbul, s. 63-92.
- Roth, J. K. (2000). (Ed.). *World Philosophers and Their Works Volume I*. Salem Press, California.
- Patterson, E. W. (1953). *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*. The Foundation Press, Brooklyn.
- Polman, H. L. (2013). *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*. Harvard University Press, Massachusetts.

- Posner, R. (1981). "The Present Situation in Legal Scholarship". *The Yale Law Journal*, 90: 1113-1130.
- Posner, R. (1989). "What Has Pragmatism to Offer Law?". *Southern California Law Review*, 63: 1653-1670.
- Posner, R. (1990). *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, Londra-Massachusetts.
- Pound, R. (1906). *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf> (erişim tarihi: 22.01.2017)
- Pound, R. (1911a). "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence I". *Harvard Law Review*, 24(8): 591-619.
- Pound, R. (1911b). "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence II". *Harvard Law Review*, 25(4): 140-168.
- Pound, R. (1912). "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence III". *Harvard Law Review*, 25(6): 481-516.
- Pound, R. (1931). "The Call for a Realist Jurisprudence". *Harvard Law Review*, 44(5): 697-711.
- Pound, R. (1933). "What Constitutes a Good Legal Education?". *The American Law School Review*, 7(10): 887-909.
- Radin, M. J. (1989). "The Pragmatist and the Feminist". *Southern California Law Review*, 63: 1699-1726.
- Riley, P. ve Welchman, J. (2006). "Rousseau, Dewey and Democracy". Curren R. (ed.). *A Companion to the Philosophy of Education*, Blackwell Publishing, Massachusetts, ss. 94-112.
- Rorty, R. (1989). "The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice". *Southern California Law Review*, 63: 1811- 1819
- Rubin, E. L. (1988). "The Practice and Discourse of Legal Scholarship". *Michigan Law Review*, 86: 1835-1905.
- Seigel, M. L. (1994). "Pragmatism Applied: Imagining a Solution to the Problem of Court Congestion". *Hofstra Law Review*, 22: 567-624.
- Simon, W. (2004). "Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Pragmatism". *William & Mary Law Review*, 46(1): 127-212.
- Singer, J. (1984). "The Player and The Cards: Nihilism in Legal Theory". *The Yale Law Journal*, 94(1): 1-70.
- Sirmen, L. (2013). *Eşya Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Smith, S. (1990). "The Pursuit of Pragmatism". *The Yale Law Journal*, 100(1): 409-449.
- Summers, R. S. (1980) "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use". *Cornell Law Review*, 66: 861-949.
- Tamanaha, B. (1996). "Pragmatism in U.S. Legal Theory". *The American Journal of Jurisprudence*, 41: 315- 355.
- Topçuoğlu, H. (1969). *Hukuk Sosyolojisi*. AÜHF Yayınları, Ankara.
- Tushnet, M. (1986). "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings". *Journal of Legal Education*, 36(4): 505-517.
- Türkbağ, A. U. (2000). "Amerikan Hukuki Realizm Akımı". *İÜHF Mecmuası*, 63(1-2): 79-95;
- Unger, R. M. (2015). *The Critical Legal Studies Movement*. Verso Books, London-New York.
- Uzun, E. (2004). "Amerikan Hukuk Realizmi", Atalay A. H. (Ed.). *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*. İthaki Yayınları, İstanbul.
- Uzun, E. (2016). *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*. Nora Kitap, İstanbul.
- Üye, S. (2013). *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Von Tuhr, A. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı I-II Cilt*. (çev. C. Edege) Yargıtay Yayınları, Ankara.
- Wells, C. (1988). "Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.". *Northwestern University Law Review*, 82(3): 542-595.
- Wells, C. (1990). "Situated Decisionmaking". *Southern California Law Review*, 63: 1727-1746.
- Wells, C. (2000). "Why Pragmatism Works for Me". *Southern California Law Review*, 74: 347-360.
- Wheaton, C. C. (1936). "Law Teaching and Pragmatism". *Georgetown Law Journal*, 25: 338-350.
- White, M. G. (1957) *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*. Beacon Press, Boston.
- Wilson, J. (1804). "Lectures on Law". *The Works of the Honourable James Wilson Vol. 1*, Lorenzo Press, Philadelphia.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : Furkan KARARMAZ

Doğum Tarihi ve Yeri : 20.10.1986 - Düziçi

Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : İskenderun İstiklal Makzûme Anadolu Lisesi, Hatay, 2004.

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010.

Yüksek Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2013.

Tez Konusu : Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri

Doktora Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2017.

Tez Konusu : Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları

Yabancı Dil : İngilizce

İş Denevimi

Çalıştığı Kurumlar : Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi, 2013-Devam Ediyor

E-Posta : kararmazadam@gmail.com