

Pragmatizm Hukuka Ne Önerebilir?

Hakemli Makale

Sezal Çınar ÖZKAN

Dr., Danıştay 12.Daire Tetkik Hakimi

İÇİNDEKİLER

I. Pragmatizm ve Hukuk İlişkisi.	313
1. Posner'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi.	313
2. Grey'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi	316
3. Rorty'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi.	317
4. Luban'a Göre Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki	320
5. Rosenfeld'a Göre Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki	321
II. Pragmatizmler Sorunu	325
III. Posner ve Orta Pragmatizm	326
IV. Değerlendirme	329

ÖZET

Bu çalışma Richard Posner'in sorduğu bir sorudan kaynaklanmıştır: Pragmatizm hukuka ne önerebilir? Bu çerçevede çeşitli düşünürlerin görüşlerinin incelenmesi neticesinde, pragmatizm ve hukuk ilişkisinde *Rosenfeld*'in orta pragmatizm olarak isimlendirdiği bir olanağın araştırılmasına girilmiştir. Bu araştırmanın amacı, pragmatist felsefede hukukun kendisine temel alabileceği pragmatist öze ulaşmaktır. Böylece hukuk, yalnızca pragmatist felsefenin sınırlamalarına tabi olacak, bunun dışında tüm diğer felsefelerden bağımsız olacaktır. Ancak, pragmatizm çatısı altında toplanan görüşler çok çeşitli ve pragmatist olarak addedilebilecek düşünür çok fazladır. Bu sebeple araştırmayı sınırlayabilmek için hem felsefi hem hukuki yöne sahip olması sebebiyle *Posner*'in pragmatizmi tercih edilmiştir. *Posner*'in pragmatizmi bağlamında yapılan pragmatist öz ya da temel arayışında, *Posner*'in pragmatizminin orta pragmatizm imkanı için elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak bu sonuç yalnızca *Posner*'in pragmatizmi için geçerli olmasının yanı sıra, pragmatizm ile hukuk arasında hiçbir **ilişki/bağlantı** kurulamayacağı anlamına da gelmemektedir.

Anahtar Kelimeler

pragmatizm, hukuk, salt hukuki pragmatizm, orta pragmatizm, refah maksimizasyonu.

ABSTRACT

What Does Pragmatism Offer to Law

This study originates from a question posed by Richard Posner: What can pragmatism offer to law? In this regard, in consequence of analyzing various philosophers' remarks, research of the possibility in pragmatism-law relation, so called 'intermediate pragmatism' by Rosenfeld, has been embarked. The purpose of this research is to achieve the pragmatist substance that can law use as basis in pragmatist philosophy. Thereby law would only be subject to the pragmatist philosophy's boundaries, and would be independent from all other philosophies. That being said, the views that fall under pragmatism and the philosophers which are assumed pragmatist are numerous. That's why, in order to limit the research, Posner' pragmatism has been preferred as it has both the philosophical and legal aspects. In course of the quest of the pragmatist substance or basis in the context of Posner's pragmatism, it has been concluded that Posner's pragmatism is not suitable for the intermediate pragmatism possibility. However, this conclusion is only valid for Posner's pragmatism and it does not lead to the meaning that no **relation/connection** between law and pragmatism can be construed.

Keywords

pragmatism, law, mere legal pragmatism, intermediate pragmatism, wealth maximization.

I. Pragmatizm ve Hukuk İlişkisi

Richard Posner "What Does Pragmatism Offer to Law" makalesinde pragmatizmin hukuka önerebilecek bir şeyi olup olmadığını, varsa bunun ne olabileceğini sorgulamaktadır.

Genel hatlarıyla bakıldığında pragmatizm ile hukuk ilişkisi hakkındaki görüşlerin, görüş bildiren filozofun felsefi skalada bulunduğu yere göre farklılık gösterdiği söylenebilir. Buna göre, pragmatist filozoflar olarak *Richard Posner*, *Richard Rorty* ve *Thomas C. Grey* bu ilişki hakkında genel hatlarıyla benzer görüşler taşımakta ve ikisi arasında ilişki kurmanın karşısında yer almaktadırlar. Buna karşılık akademik moralizme ait bir isim olarak *David Luban* ise onlardan farklı olarak felsefeyle (pragmatist felsefe de olsa) hukukun ilişkisinin kesilmesinin mümkün olmadığını düşünmektedir.

Posner, hukuki pragmatizm ile felsefi pragmatizm arasında ilişki kurulabilse de bunun ancak teorik düzeyde ve zayıf bir ilişki olabileceğini savunmaktadır.¹ *Posner*'in felsefi pragmatizm hukuki pragmatizm ilişkisine bakışı, hukukla ahlakın ayrı tutulmasına ilişkin "antitemeldenci" duruşunun bir uzantısıdır. Buna göre *Posner*, hukukun her türlü felsefe ve ahlaki teoride temellenmesi düşüncesine karşıdır. *Posner*'a göre hukuk felsefeye karşı özerk durumda olmalıdır. *Grey*, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmi bütünüyle ayrı tutmaktadır. *Rorty* ise *Grey*'in bu ikisinin tamamen birbirinden bağımsız ve ayrı kurumlar olduğu² yolundaki ve *Posner*'in felsefi pragmatizmle hukuki pragmatizmin pek az şey paylaşmakta olduğu şeklindeki düşüncesine katıldığını belirtmektedir.³

Luban, hukuki pragmatizmin *Grey* ve *Posner*'in düşündüğünün aksine daha karmaşık bir durumda olduğunu, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm arasındaki ilişkinin içinden çıkmanın bu kadar kolay olmadığını, çünkü hukukun felsefeyle bağının kesilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmektedir.⁴

Rosenfeld ise *Posner*, *Grey* ve *Rorty*'nin bir tarafta, *Luban*'ın diğer yanda yer aldığı karşıt perspektifler arasında orta yol arayışıyla dikkat çekicidir. *Rosenfeld*, hukukun özerkliğini savunsa da hukuk ve felsefe arasındaki tamamen ayırmaya ve bağımsızlaştırmaya yönelik bir tutumun yerinde olmadığını düşünmektedir.⁵

1. Posner'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi

Posner, pragmatizm ile hukuk ilişkisine teorik ve pratik olmak üzere iki ayrı perspektiften bakmayı tercih etmektedir. Hukukun pragmatizmden teorik düzeyde etkilendiğini

1 POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s.235-254.

2 GREY, Thomas C., "Freestanding Legal Pragmatism", "**The Revial of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law and Culture**", Edited by: Morris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 254-275.

3 RORTY, Richard, "Pragmatism and Law: A Response to David Luban", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1994, s.104-113.

4 LUBAN, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 275- 304.

5 ROSENFELD, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardoza Law Rev.** vol.18, 1996-1997, s. 105.

kabul etmekte olan *Posner*'a göre, durum hukuk pratiği söz konusu olduğunda farklıdır. *Posner*'a göre pratik yani uygulamadaki hukuk söz konusu olduğunda hukuk, pragmatist felsefe dahi olsa felsefeden tamamiyle bağımsız ve özerk olmalıdır.⁶

Posner'a göre teorik perspektifte pragmatizmin hukuk üzerindeki ilk etkisi onu kapsayıcı doktrinlerden arındırmasıdır. Pragmatist felsefe kişilerin kapsayıcı doktrinlerden kaynaklanan önyargılarını sarsacaktır. Eğer, kişi yargıç ya da avukat olacak ise pragmatist felsefe okuması, önyargıların kendisi ve toplum üzerindeki etkilerini görmesi bakımından faydalı olacaktır. Felsefenin, özellikle de felsefi pragmatizmin şüpheliyi kısırlattığını ve şüphenin de araştırmayı gerektirdiğini bildiren *Posner*'a göre, yargıç daha az dogmatik, daha fazla pragmatik olabilecektir. Böylece pragmatist felsefenin yargıcın genel teorik perspektifini değiştirmek konusunda yardımcı olacaktır. Pragmatizmin katkısı yargıca, "doğruluk", "doğal hukuk" ya da diğer soyut geçerliğe sahip ilkelere bakmayı bırakmasını sağlamak olmuştur. Yargıca görevinin toplumsal problemlerin çözümüne yardımcı olmak olduğunu hatırlatmış ve gözetmesi gerekenin verdiği kararın "etkililiği" olduğu konusunda psikolojik cesaret vermiştir.⁷

Posner'a göre pragmatizmin hukuk üzerindeki teorik düzeydeki ikinci etkisi genel düşünüş şekline yansımadır. Pragmatizmin ortaya çıkması bütün felsefeyi ve diğer kültürel kurumları etkisi altına almış olan Kartezyen felsefeden şüphe duyulmasına sebep olmuştur. Böyle bir felsefi iklimde ise hukuki formalizmden şüpheye düşmek daha kolay hale gelmiştir.⁸ Pragmatizm, hukuki formalizmden gelen düşünce kalıplarını yıkmada gereken cesaret ve desteği sağlamıştır.⁹

Posner sıra pratik perspektife gelince felsefenin pragmatist felsefe dahi olsa hukuka hiçbir katkısının olamayacağı düşüncesini taşır. Çünkü *Posner*'a göre, felsefi pragmatizm olay odaklı olmaktansa düşüncelere dalmakta, bu usulü seçmenin neden akla uygun olduğunu açıklamakla meşgul olmaktadır. Ayrıca pragmatist felsefe, felsefi tartışmaları hukuki pratiğe hiç de uygun olmayan bir tarzda karmaşık, akademik ve teknik kelimelerle yapmaktadır.¹⁰

Pragmatizme tümüyle bağlı olan filozofların dahi yargıcın felsefi pragmatizmle bağlı olmasını istemeyeceğinin altını çizmekte olan *Posner*'a göre zaten felsefi pragmatizmi hukuka uygulayabilmek mümkün olan bir şey de değildir. Pragmatik yargılamanın niteliği itibarıyla felsefi duruş olarak pragmatizmden çıkarılamayacağına dikkat çeken *Posner*'a göre, felsefi pragmatizmi temel almak ya da ön koşul yapmak, pragmatizmin kendi savlarını inkar etmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle hukuki pragmatistin yargılamayla bağlı olması zorunlu olduğundan, felsefi pragmatizm dahi olsa, ön koşul niteliğinde bir felsefeye bağlı olması düşünülemez.¹¹

Posner pratik hukukun ihtiyaçları için felsefi pragmatizmden farklı başka bir tür

6 POSNER, Richard, **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, **2003a**, s. 40-43.

7 POSNER, **2003a**, s. 47.

8 POSNER, **1999**, s. 251.

9 POSNER, **2003a**, s. 47.

10 POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008, s.10.

11 POSNER, **1999**, s. 236.

pragmatizm gerektiği düşüncesindedir. Aradığı özellikleri *Tocqueville*'nin politik pragmatizminde bulan *Posner*, bunu kimi zaman "günlük" pragmatizm kimi zamansa "başvurulan" pragmatizm olarak isimlendirir.¹² *Posner* pragmatizmi günlük anlamıyla soyut teoriye sahip olmayan, ilke olmaksızın politika üreten, hedef merkezli ve insanın çeşitli değerler ve idealler kataloğuna kolaylıkla uyumlandırabileceği bir tarz olarak tanımlamaktadır.¹³

Günlük/başvurulan pragmatizm, soyut felsefi teorilerden uzak durmakla pragmatiklik, işbiriricilik, pratiklik anlamlarına gelmektedir. Ayrıca bireyin herhangi bir branşta geliştirmiş olduğu beceriyi, çabukluğu, sıkı çalışmasını ve yeniliklere açık olmasını ifade etmektedir.¹⁴ Günlük pragmatizm problemleri çözerken günlük dil kullanmaktadır ve yalnızca olay özelindeki probleme en verimli çözümü bulmaya odaklanmıştır.¹⁵ Günlük/başvurulan pragmatizmi *Posner*, yargıçların neyin işe yarar olduğunu anlaması için önermektedir.¹⁶

Posner, *Tocqueville*'nin politik pragmatizmdeki bir politikacının özelliklerini şu şekilde açıklar:

*"1- O net ideolojik hedeflerden yoksundur. 2- Onun davranışları açıkça tanımlanmış, bilinen ve paylaşılan etik ilkelerden yoksun olarak ortaya çıkacaktır. 3-Şimdi ve burada mevcut şartlar uyarınca davranışta bulunacak, ancak davranışları uzun zamanlı hedeflerden ve stratejilerden uzak olacaktır. 4- O, 'oportünist: fırsatçı' olacak ve maksimum faydaya veya ona katkı sağlayacak bir fırsatçılığa sahip olacaktır. 5- Aykırı durumları, anlaşmaya vardırma ve uzlaştırmak becerisinde olacaktır. 6- Esnek ve deneyimden öğrenebilme yeteneğinde olacak ve durumunu değişen gerçekliğe adapte edebilme yeteneğinde olacaktır. 7- Sağduyulu, anlayışlı, aşırı çözümlerden (köktenci) kaçınma eğiliminde ve politikayı 'olasılıkların sanatı' olarak anlayan bir kişi olacaktır"*¹⁷

Posner, yargıca günlük pragmatizmi benimseyen bir politikacı gibi "politik" olması önerisinde bulunmaktadır. Ancak *Posner*, bu politikliğin politik bir ideolojiye bağlılığı ifade eden, partizan anlamda olmadığına dikkat çeker.¹⁸ *Posner*'a göre, bu politiklik düzen, hareket tarzı anlamındadır. Pragmatik yargıç, vereceği kararın kamusal düzen bakımından ortaya çıkacak sonuçlarıyla ilgilidir.¹⁹ *Posner* "politik" olan kararları teoriden arınmış, mevcut düzenin tüm koşullarının gözetildiği, saf teknik araştırmayla ulaşılmış kararlar olarak tanımlamaktadır.²⁰

"Bu politik yargılar sonuç odaklı, en iyi anlama gelecek sonucu doğuracak yargılardır.

12 POSNER, 2003a, s. 49.

13 age, s. 50.

14 age, s. 50.

15 POSNER, 1999, s. 235.

16 POSNER, 2003a, s. 50.

17 age, s. 50-51.

18 POSNER, 2008, s. 10.

19 age, s. 13.

20 age, s. 10.

Bu anlamda düzene ait herhangi bir hükümet meselesi politiktir. Yargıç da bu manada olmak üzere politik olabilir. O, tıpkı bir kanun koyucu gibi, amacına ulaşmak için çeşitli araçları kullanır."²¹

Görüldüğü gibi *Posner*'ın hukuk için önerdiği günlük/başvurulan pragmatizm, felsefi pragmatizmden farklıdır. Teorik perspektifte felsefi pragmatizmin genel etkilerini kabul etmekte olan *Posner*'a göre, hukuki pratik söz konusu olduğunda felsefi pragmatizmin hukuka herhangi bir etkisi ya da katkısı yoktur. Sonuç olarak *Posner*'a göre hukuki pragmatizm felsefi pragmatizm ilişkisinde, pragmatizmin hukuka önerebileceği birşey yoktur.

2. Grey'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi

Grey, "**Freestanding Legal Pragmatism**" isimli makalesinde hukuktaki pragmatizmin felsefedeki pragmatizmden özerk duruşunu ve bağımsız gelişimini konu almakta ve hukuktaki pragmatizmin bağımsızlığını savunmaktadır. Genel olarak hukukun felsefeden özerk olması ve felsefi teorilerden temellenmemesi gerektiği düşüncesinde olan *Grey*'e göre hukuktaki pragmatizm de pragmatist felsefe dahil olmak üzere tüm felsefi görüşlerden bağımsız bir niteliğe sahiptir. Kısacası *Grey*'e göre, hukuktaki pragmatizm özerktir, hiçbir felsefeye dayanmamaktadır ve dayanmamalıdır.²²

Grey'e göre, hukuki pragmatizmin doğuşu, gelişimi ve bugün aldığı biçimle felsefi pragmatizm arasında bağ kurmak doğru değildir. Felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmin arkasında birbirinden bağımsız bir tarihsel süreç mevcuttur. Felsefi pragmatizm *Pierce* ile doğmuş, *James* ve *Dewey* ile gelişerek yaygınlaşmıştır. Bunlardan el alan *Quine*, *Putnam*, *Wittgenstein* ve *Rorty*'nin görüşleriyle çeşitlenmiş ve farklı türleri ortaya çıkmıştır. Bu tarihsel süreç tamamen felsefi güzergahta ilerlemiştir. Hukuki pragmatizmin gelişiminin bu tarihsel süreçle bir ilgisi yoktur. Çünkü hukuki pragmatizm ayrı kendi tarihsel sürecine sahiptir. Her ikisinde ortak gibi görülen yukarıda sözü edilen kavramlar ise izledikleri güzergah uyarınca içeriklerini kazanmış olduklarından aslında farklı anlamlara işaret etmektedir. Felsefi pragmatizmin *Pierce* 'le başlaması gibi, hukuki pragmatizm de *Holmes*'un "*her şey sosyaldir*" sözü ile başlamıştır. Yine felsefi pragmatizmin *James*, *Dewey* vs. ile gelişmesi ve çeşitlenmesi gibi hukuki pragmatizm de kendi içinde bağımsız bir izlek olarak *Cardozo*, *Pound*, *Llewellyn*, *Fuller*, *Posner* tarafından gelişerek, çeşitlenerek devam etmiştir.²³

Makalenin ilk bölümünde felsefi ve hukuki pragmatizmin izlediği tarihsel yolu özetleyerek bunların birbirinden bağımsız ve ayrı bir düşünce olarak geliştiğini anlatan *Grey*, geri kalanında hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden neden bağımsız olması gerektiğine ilişkin düşüncelerine yer verir.

Hukuku sadece pragmatist felsefeden değil, tüm felsefi görüşlerden bağımsız kılmak gerektiği fikrinde olan *Grey*'in esin kaynağı *Rawls*'un "**Siyasal Liberalizm**" isimli

²¹ age, s. 10.

²² GREY, 1999, s. 255.

²³ age, s. 37.

eseriyle getirdiği öneridir. *Rawls* önerisinde, ahlak felsefelerinde ve iyi hayat anlayışlarındaki farklılıklara rağmen vatandaşların hep beraber onaylayabileceği bir siyasal ahlaki kavram fikrini öne sürmektedir. Siyasal liberalizmin bu siyasal ahlaki ideali özerk ve müstakil olarak durmakta, herhangi bir felsefi teorinin desteği olmaksızın yalnızca vatandaşların ortak desteğiyle varlığını sürdürmektedir. *Rawls*'a göre, vatandaşlar arasındaki derin felsefi görüşlerin çözümlenmesine gerek yoktur. Gerekli olan adalet ilkelerinde anlaşabilmektir. *Grey* tıpkı bunun gibi hukuk teorisi olarak pragmatizmin gerek eski pragmatistler *Pierce*, *James*, *Dewey* ve gerekse yeniler olarak *Rorty*, *Putnam*'dan kısaca felsefi pragmatistlerden bağımsız olarak var olması önerisinde bulunmaktadır.²⁴

Grey iki durum üzerinden örnekleme yaparak açıklamasını somutlaştırmayı dener. İlk örnekteki hukukçu felsefi tartışmalarla çok ilgilidir. Hatta felsefi olarak *Rorty*, *Hilary Putnam*, *William James*, *John Dewey* gibi pragmatistlere karşı duruş gösteriyor olabilir. Ama *Grey*'e göre felsefi görüşünün böyle olması onun yargılamada pragmatist davranmasını engellemek zorunda değildir. Felsefi pragmatizme karşı olan bir hukukçunun hukuki pragmatizme taraftar olabilmesi mümkündür.²⁵

Grey ikinci örneğinde inanç ve felsefi olarak birbiriyle tamamen karşıt görüşte olan iki kişinin diyalogunu canlandırır. İlk şahıs, *Descartes*'in Kartezyen düşüncesine sahip epistemolojik temeldencidir, ayrıca mutlaklık ve Tanrı inancına sahiptir. İkinci şahıs ise, ateist ve pragmatisttir. İnsanın doğal seleksiyon yoluyla evrimleşmiş büyük bir beyne ve dile sahip olan bir organizma olduğuna inanmaktadır. Tüm bu konular hakkında bu iki şahsın anlaşabilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Çünkü birinci şahıs herşeyi kader merceğinden bakarak görmekte ve kendi haklılığından emin durmaktadır. İkinci şahıs ise bilime dayandığını düşünmekte ve yine haklılığından emin görünmektedir. Ancak *Grey*'e göre bu durum konuşmanın sonu olmamalıdır. *Grey* bu iki şahsın ilk felsefeleri hakkında aynı fikirde olmadıkları hakkında aynı fikirde olduklarına dikkat çeker. Farklı inançların getirdiği farklı söz dağarlarına sahip bu şahıslar arasında aranan ortak alan hukukta bulunacaktır. Çünkü her iki şahıs da hukukun üstünlüğünün iyi bir toplum için önemli olduğu hususunda birleşmektedir.²⁶

Grey'e göre hukukun üstünlüğü zemininde anlaşarak, pratikte çıkacak uyumsuzlukları çözecek kanunlar ve kurallar bulmaya çalışmak, felsefi zeminde anlaşmaya çalışmaktan çok daha geniş bir uzlaşma imkanı verecektir. *Grey*'in önerisi, hukuki pragmatizmin kendine yeter ve felsefi pragmatizmden bağımsız olan konunun korunması gerektiği yolundadır.²⁷

3. Rorty'e Göre Pragmatizm ile Hukuk İlişkisi

Rorty "**Pragmatism and Law: A Response to David Luban**" isimli makalesinde, *Posner*, *Grey* ve *Luban* arasında geçen pragmatizm hukuk tartışmasında tam olarak *Grey*'in

24 GREY, 1999, s. 21.

25 age, s. 38.

26 age, s. 39.

27 GREY, 1999, s. 40.

yanında yer aldığı ve onun hukukun özerkliği hakkındaki görüşlerini benimsemiş olduğunu ifade etmektedir.²⁸

Grey'in yukarıda yer alan örneği üzerinden yorumda bulunan Rorty'e göre, felsefeyle bağıni koparmış bir hukuki pragmatizm, metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi meselelerde farklı düşünen yargıçları birleştiren yapıdadır. Grey'in Rawls'ın "**Siyasal Liberalizm**"inden esinlenerek yapmış olduğu öneri, tutucu hristiyan, ateist ya da diğer metafizik görüşteki yargıçları birleştirecek ortak alanı sağlayabilecektir. Bu ortak alan Posner stili yargıçlarla beraber çalışmalarını sağlayarak hukuk için bir çözüm olabilecektir.²⁹

Rorty, Posner'ın kanunun doğası ya da kanunun politikayla ilişkisi vs gibi bir sürü gereksiz konuşmayı kesip doğrudan sorulması gerekli asıl soruya geliyor olmasından duyduğu hoşnutluğu bildirmekte, Posner gibi yargıçların daha çok fazla sayıda olmasını dilemektedir. Çünkü Rorty'e göre de hukukun gözetmesi, araştırması gereken temel soru: "Belirli bir ülke ve zamandaki yargıçlar işlerini nasıl yapmalılar?" olmalıdır. Hukukun felsefeyle olan gereksiz bağıni koparması ve bağımsız olması gerektiği düşüncesinde olan Rorty, aynı şeyin felsefi pragmatizm için de geçerli olduğuna dikkat çekmektedir.³⁰

Ayrıca Rorty'e göre, gerek epistemolojiden gerekse felsefi pragmatizmin eleştirilerinden haberdar olmak ya da olmamak zaten yargıçların kararlarını etkilemez. Pragmatizm ya da epistemoloji üzerine bilgi sahibi olup olmamaları fark etmeksizin pratikte yargıçların epistemolojik meselelere verecek cevapları olmayacaktır. Çünkü yargılama konusu somut problemle, felsefi problemler birbirinden son derece farklıdır.³¹

Rorty'e göre, epistemolojik hukuk ile pragmatik hukuk arasındaki farkı şu sorular ortaya çıkarmaktadır:

"- Doğru İnançlar Hakkında

(a) Gerçekliğin isabetli temsilleri midir?

(b) İşe yarar eylem kuralları mıdır?

- Gerçeklik Hakkında

(a) Bizim bulmamız gereken içsel bir doğası var mıdır?

(b) Değişik insan ihtiyaçları ve çıkarlarına göre yapılan bütün tasvirler eşit derecede ilişkisel ve dışsal mıdır?

- Metafiziğin ve Epistemolojinin Problemleri Hakkında

(a) Aklın kaçınılmaz olarak karşılaşıcağı şeyler midir?

(b) Sadece belli sosyo-kültürel durumlarda mı ortaya çıkarlar?

(c) Biz onları çözmeye mi çalışmalıyız?

(d) Bizim onlardan kurtulmak için sosyo-kültürel durumumuzu değiştirmemiz mi gerekir?

28 RORTY, 1994, s. 104.

29 age, s. 105.

30 age, s. 104.

31 RORTY, 1994, s. 104.

- Düşünce Faaliyeti Hakkında

(a) "Sessiz, derin yine de aktif bir şekilde doğrular üzerine düşünmekten, sonucu ne olursa olsun" zevk mi alıyoruz?

(b) Sorunları çözmek için mi düşünüyoruz?"³²

Rorty'nin temel felsefi problemler hakkında sorduğu (a)'daki sorular epistemolojik hukukun, (b)'deki sorular pragmatik hukukun sorularıdır. *Rorty*, pragmatik hukukun, epistemolojik hukuka doğal olarak üstün olduğuna öyle emindir ki, bu gibi felsefi konularda hiçbir fikri olmayan yargıçların bile kendiliğinden pragmatik hukuka uygun yargılama yapacağını söylemektedir.³³ Hatta *Rorty*'e göre felsefi kanaat sahibi ve bu kanaati de yukarıdaki sorulara (a) yanıtı verme yolunda bir yargıç ile (b) yanıtını veren yargıç bakımından bir fark olmayacaktır. Bu yargıçlar arasında doğabilecek tek olası fark, (a) yanıtı veren yargıçların teorik düşüncelerinde, *T.Kuhn*, *J.Derrida* ve *Rorty*'nin kötü etkilerine inanıyor olmalarıdır.³⁴

Rorty, güncel hukuk felsefecilerinden verdiği örneklerle bunların hiçbirinin epistemolojik hukukla ilgisinin kalmadığını, epistemolojik hukuk ile pragmatik hukuk arasındaki savaşın hukuki realistlerin müttefiği *Dewey* ile beraber zaten çoktan kazanılmış olduğunu savunmaktadır. *Rorty*'e göre artık en geniş tanımı içinde bile epistemolojik hukuka taraftar birilerini bulmak zordur.³⁵

"Örneğin *Dworkin* bu noktada iki yönlü yorumlar yapıyor. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Herkül'e faydalı olabileceğini de söylüyor, Hukuki Realizmi yeniden yeşertebileceğini de. *Bence Unger*, *Dworkin* ve *Posner* arasında önemli bir felsefi fark yok. Fark daha çok politiktir. Bu üç adamı da içine alması için pragmatizm tanımının biraz daha genişletilmesi gerekiyor."³⁶

Sonuç olarak *Rorty*, *Grey*'in görüşlerine tamamen katıldığını ifade etmektedir. Yargıcın felsefe bilgisine sahip olup olmaması kararını etkilemeyeceği gibi, benimsemiş olduğu hukuki görüşün de etkisi olmayacaktır. *Rorty*'e göre, felsefeyle bağına koparmış bir hukuki pragmatizm, metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi meselelerde farklı düşünen yargıçları birleştirecektir.³⁷

Luban'ın *Kant*'la aynı dili konuştuğu tespitiyle hukuk ile felsefe arasındaki bağına kırılmayacağına ilişkin görüşlerinin³⁸ karşısında yer alan *Rorty*'e göre, *Luban*'ın makalesinin sonunda sorduğu: "Hukuk nasıl ilk felsefeden, metafizikten, metaetikten ve epistemolojiden bağımsız varolacaktır?" şeklindeki retorik soruya verilebilecek en iyi

32 age, s. 105.

33 RORTY, 1994, s. 104.

34 age, s. 105.

35 RORTY, Richard, "The Banality of Pragmatism and the Poety of Justice", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999, s. 94.

36 age, s. 94.

37 RORTY, 1994, s. 105.

38 age, s. 109.

cevap Grey'in "**Freestanding Legal Pragmatism**" isimli makalesidir.³⁹ Rorty, Grey'in bu makalede güncel ABD'den verdiği örneklerle bunu açık bir şekilde ortaya koymuş olduğu düşüncesindedir:

*"Varsayalım, meslektaş, Posner'la metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi bütün konularda farklı düşündüklerini farketsin. Diyelim ki (kendisi bir katolikken, dininden hiç şüphe etmemiş fakat şu andaki Papanın bir yaşlı bunak olduğunu düşünsün.) Posner'ın bir ateist olduğunu anlatsın. İlk şoku atlattıktan sonra, bunun mesleklerinde beraber hareket etmelerine engel olacağını düşünmüyorum. Jefferson'un çağdaşlarından çok azı bir gün inançlı ve ateist yargıçların bir arada bir masada oturup eşcinsel evlilikleri önündeki yasal bariyerlerden barış içinde ve verimli bir şekilde konuşacaklarını tahmin edebilirdi. Fakat günümüz Amerika'sının en iyi yanlarından biri bunun gibi olayların sürekli olmasıdır. Grey'in makalesinin geri kalanı bunun neden böyle olduğunu bize anlatıyor."*⁴⁰

Rorty'e göre, Grey'in önerdiği, tutucu hristiyan, ateist ya da diğer metafizik görüşteki yargıçları birleştirecek, Posner tarzındaki yargıçlarla beraber çalışmalarını sağlayan ortak alan hukuk için bir çözüm olabilecektir.⁴¹

4. Luban'a Göre Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki

Luban, Posner, Grey ve Rorty'nin aksine hukuktaki pragmatizmin ile felsefi pragmatizmin ilişki içinde olduğu, hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizme dayanmakta olduğu görüşündedir. Felsefi pragmatizmi James, Dewey ve Rorty tarafından paylaşılan geleneksel metafizik felsefenin eleştirisi olarak özetlemekte olan Luban'a göre, hukuki pragmatizm de aynı geleneksel metafizik felsefeye karşı çıktığından felsefi pragmatizm hukuki pragmatizmi de kapsamına almaktadır.⁴²

Luban, "**What's Pragmatic About Legal Pragmatism**" isimli makalesinde, Posner ve Grey'in hukukun ve hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden bağımsız duruşlu olduğu iddialarını değerlendirir. Luban'ın değerlendirmesine göre, Posner ve Grey hukuki pragmatizm tanımlamalarında, hukuki pragmatizmin eklektik, tarihselci, antiformalist ve enstrümental olduğu hakkında görüş birliği içindedirler.⁴³ Luban sadece bunlardan yola çıkarak hukuki pragmatizmin felsefeyle ilişkisinin bulunmadığı düşüncesini pek de şaşırtıcı bulmaz. Çünkü Luban'a göre bu genel özelliklere felsefi perspektifin pek çok çeşitli türleri ile ulaşabilmek de mümkündür. Hukuki pragmatizm yalnızca bu özellikler temelinde tanımlandığında, felsefi pragmatizmle ilişki içinde olmak zorunda değildir. Böyle tanımlanmış olan hukuki pragmatizmin, ayrı bir doktrin olduğunu iddia etmek de pekala mümkündür.⁴⁴

39 RORTY, 1994, s. 108.

40 age, s. 105.

41 age, s. 105.

42 LUBAN, 1999, s. 299-300.

43 age, s. 275.

44 LUBAN, 1999, s. 276.

"Eğer hukuki pragmatizm yalnızca eklektik, sonuç odaklı, tarihselci ve antiformalist olsaydı, kaydadeğer bir şekilde tartışmasız bir doktrine dönüşürdü. O bu şekliyle, felsefi olarak tartışmalı durumdan bağımsız durur. Grey'in sonuçta söylediği gibi, 'çok genel bir söyleyişle hukuki pragmatist teori oldukça basittir.'"⁴⁵

Oysa *Luban*'a göre, hukuki pragmatizm, sadece eklektik, sonuç odaklı, tarihselci ve antiformalist olmaktan çok daha fazla özelliğe sahiptir. Örneğin *Posner* özgür irade hakkında ılımlı determinizmi, epistemolojide ılımlı skeptizmi ve rasyonelliğin ekonomik kavrayışı gibi felsefi tartışmalara bağlı pek çok kavram ileri sürmektedir. Hukuki pragmatistlerin öne sürmekte oldukları felsefi bakımından tartışmalı pek çok kavram *Luban*'a göre, hukuki pragmatist teorinin basit ve bağımsız olabileceği iddiasını geçersiz kılar. Böylece hukuki pragmatizm, istemese de ileri sürdüğü kavram ve önermeler nedeniyle felsefi olma durumundadır.⁴⁶ *Luban*, hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden bağımsız olduğunu savunmak bakımından ortaklık içinde gibi görüneler de *Posner* ile *Grey*'in görüşlerinin iki ayrı kampta değerlendirilmesi görüşündedir. *Luban*, *Grey*'in iddiasına katılmasa da kendi içinde daha tutarlı bulmaktadır. Çünkü *Grey*, pratik otoritelerin felsefi temellere sahip olması gerekmediği şeklindeki yaygın anlayışı savunmaktadır. Buna göre, hukuk da pratik bir otoritedir ve felsefi temellere gerek duymaz. Oysa *Posner*'in hukuk bilimi hakkındaki teorik görüşleri, onun pragmatizminin bir parçası olarak felsefi temellere sahiptir. *Luban*'a göre *Posner*'in "günlük" ya da "başvurulan" pragmatizmi onun hukuk teorisi hakkındaki felsefi görüşlerine dayanmaktadır.⁴⁷

Felsefenin problemlerini ele almada, hukukla ya da toplumsal meselelerle bağ kurmayan, entelektüel hijyene sahip bir disiplin olmadığının altını çizen *Luban*'a göre, ancak hukukun kendi başına ayakta durabilen bağımsız bir yapıya sahip olabilmesi halinde, hukuki pragmatizm için de bunu savunmak mümkündür. Oysa hukukun felsefeden beslenmeyen bağımsız bir disiplin olarak var olabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, hukuk biliminden felsefeye uzanan doğal bir argüman hattı vardır. *Luban*'a göre, hukuk için metafizik ve epistemolojik tartışmalar opsiyonel değil, zorunludur. Çünkü *Luban*, yargıcın doğru olduğu düşüncesiyle verdiği kararı meşrulaştırmaya kalktığında, bu tartışmalarla zorunlu olarak karşıya karşıya geleceğini düşünmektedir.⁴⁸

Yalnızca pratiklik bakımından düşünüldüğünde *Grey*'in haklı olabileceğini ifade eden *Luban*, bunun dışında hiçbir hukuki meselenin etik ve epistemolojik bir tartışmadan uzak kalamayacağını altını çizmektedir.⁴⁹

5. Rosenfeld'a Göre Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki

Posner, *Grey* ve *Rorty* hukukla felsefe arasında pragmatist felsefe de dahil olmak üzere hiçbir ilişki kurulamayacağı inanmakta ve kurulmaması gerektiğini düşünmekte, *Luban*

45 age, s. 277.

46 age, s. 277-280.

47 age, s. 280.

48 LUBAN, 1999, s. 281-282.

49 age, s. 280.

hukukun, ister epistemoloji olsun ister pragmatist felsefe olsun, felsefeyle bağının koparılmasının imkansız olduğunu düşünmekte ve bu bağın görmezden gelinmeyerek, hukukun felsefeden temellenmesinin devam etmesi gerektiğini söylemektedir. *Rosenfeld* ise, bu karşıt iki konumu uzlaştırmaya yönelik olarak, hukukla pragmatist felsefe arasında orta bir yol bulmaya çalışan görüşü nedeniyle dikkat çekicidir.

Rosenfeld, pragmatizm ile hukuk ilişkisinde hem hukukun felsefeden özerkliğini sağlayabilecek hem de felsefeyi tamamen devre dışı bırakmayacak ve ayrıca felsefeyi hukuka ikincil de kılmayacak arayışındadır. **“Posner’s and Rorty’s Justice without Metaphysics Meets Hate Speech”** isimli makalesinde orta pragmatizm olanağını araştırır.⁵⁰

Rosenfeld'a göre, pragmatist felsefenin hukuka etkisi iki şekilde olabilir. Birincisi hukuku felsefenin etkisinden bütünüyle arındırmak, diğeri felsefeyi hukuka göre ikincil hale getirmektir.⁵¹ Bu iki durumu da tercih edilebilir görmeyen *Rosenfeld*, “orta pragmatizm” şeklinde isimlendirdiği bir seçenekle felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm ilişkisinde üçüncü bir seçenek olup olamayacağını araştırmasını yapar.⁵²

Rosenfeld'ın değerlendirmesine göre, *kapsayıcı pragmatizm* diye nitelendirdiği ilk seçenekte, yani hukukun felsefeden tamamen bağımsız olduğunu savunan görüşte, pragmatist filozof hukuku felsefeye ve diğer herhangi bir kapsayıcı teoriye bağlanmaktan kurtarmış olduğundan, hukuk felsefeden özgürleşir. Sadece günlük, pratik, somut durumlara odaklanır.⁵³ Bu türden bir ilişki, hukuki pragmatizmin felsefeye, pragmatist felsefe de olsa, ne ihtiyacı ne de felsefenin ona bir faydasının bulunmadığı bir durumu yaratır. Bu savunu öncelikle, hukukun ampirik dünyada fark yaratacak kullanılabilir çözümlere ulaşmayı amaçlayan pratik bir faaliyet olduğundan kaynaklanır. Söz konusu anlayış gereğince, felsefe ile hukuk arasında kesin bir iş bölümü olmalıdır.⁵⁴

*“Hukukun, ne felsefenin ne de etiğin cevaplayamadığı pragmatik sorunlar ortaya çıkarması şaşırtıcı sayılmaz. Sahiden de pragmatizme indirgenemeyecek bazı kapsayıcı teoriler bile, Habermas’ın iletişimsel teorisi gibi, hukukta pragmatik ispatların meşruluğunu kabul ederler, fakat etikte etmezler. Gerçekten de, Kantçı bir ahlak anlayışını benimsemek ile konu hukuka geldiğinde pragmatik bir yaklaşımı seçmekte mantıklı olarak tutarsız hiç bir şey yoktur.”*⁵⁵

Buna göre *Rosenfeld* için, buradaki tartışma konusu en önemli problem felsefe ile hukuk arasında bir ayırım olup olmadığı değil, hukukun pragmatik faktörler tarafından kuşatılmış olması nedeniyle, felsefeden tamamen bağımsız olup olmadığı hakkındadır. *Rosenfeld* bu sorunu, “eğer kişi tamamen indirgemeci bir anlayışla hukuku basit bir araca indirmeyi savunmuyorsa ve hukukun herhangi bir tür amaç ortaya koymakta

50 ROSENFELD, 1996-1997, s. 109.

51 age, s. 104-107.

52 age, s. 109.

53 ROSENFELD, 1996-1997, s. 104.

54 age, s. 104.

55 age, s. 105.

hiç bir rolü olmadığını düşünmüyorsa, bunu savunamaz" şeklinde yanıtlar. Herhangi bir hukuk sisteminde, hukukun en azından bazı amaçları belirlemesi gerektiğini düşünen *Rosenfeld*'a göre, bu tarz amaç belirlemeleri her zaman sadece politik sürece referansla yapılamazlar.⁵⁶

*"Örnek olarak, genel hatlarıyla belirtilmiş anayasal eşitlik hakkının eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayacak şekilde anlaşılması ya da anayasal özel yaşam hakkının kadınların kürtaj hakkını korunmasını gerektirdiğini söylemek etik normlara ya da diğer genel felsefi noktalara gönderme yapmadan pek inandırıcı olmayacaktır."*⁵⁷

Rosenfeld'a göre, pragmatizm statükonun muhafaza edilmesiyle eş anlamlı olmayacaksa sadece çıkacak sonuçlara odaklanmak anayasal yargıcın önündeki soruyu yanıtlamasına yardımcı olamayacaktır. Sonuç olarak *Rosenfeld*, hukuk ve felsefeyi tamamen ayırmaya ve bağımsızlaştırmaya yönelik bu tutumun savunulamaz olduğunu düşünmektedir.⁵⁸

Hukuki pragmatizm felsefi pragmatizm ilişkisinde *Rosenfeld*'ın incelediği ikinci durum, hukukun felsefeden tamamen bağımsız olmadığı, ama hukuka öncelik tanıdığı, felsefeyi ise daha sonra gözettiği durumdur.⁵⁹ Bu durumda pragmatist felsefenin etkisiyle hukuk felsefeye bağlı ve ikincil konumda olmaktan kurtulmuştur. Hukukun felsefeden temellendiği alışılmış dizgenin aksine, bu kez felsefe hukuktan temelini almakta, hukuk felsefeden önce ve onun üstünde görülmektedir. Pragmatist felsefenin getirdiği antite-meldenci anlayış gereğince hukuki sorunlara getirilen pratik çözümler en önemli şeyler olacaklardır. Bu durumda felsefi kanıtlamalar üstendikleri asli rolü terk etmek zorunda kalarak ikincil bir rol oynayacaklardır. Burada temel görev gerçek ve hukuki sorunlara uygun ve uygulanabilir çözümler bulmaktır. Felsefeye ise ancak bundan sonra getirilen çözümün etik olmadığı ya da keyfi olduğu konusunda yapılabilecek eleştirileri çürütmek için başvurulacaktır.⁶⁰ Bu pragmatist filozofun hukuki tutarlılık ve kapsayıcılığı önemsemeksizin mevcut tüm felsefi görüşlerden işine yarar olanı seçme şansı verdiği anlamına gelmektedir. *Rosenfeld* felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm arasındaki böyle bir ilişkiyi "*salt hukuki pragmatizm*" (mere legal pragmatism) olarak isimlendirir.⁶¹

İkinci durumda ortaya çıkan salt hukuki pragmatizmin ilk durumdaki hukuki pragmatizm gibi felsefeyi tümüyle bertaraf etmediğine işaret eden *Rosenfeld*, yine de felsefenin işlevini göreceleştirdiğine ve önemini azalttığına dikkat çeker. Bu konum onları destekleyen iyi anlayışlarına bakmaksızın bütün etik normları eşitlemektedir. Salt hukuki pragmatizm felsefeyi, pragmatist yöntemlerle varılmış hukuki kararın adaletle ilgili gerekçesine delil olmak üzere asalak bir işleve indirgemektedir. Bu konumda felsefe hiç bir kapsayıcı teoriye dahil edilemeyen, somut bir problemin pratik bir çözümünün çekici

56 age, s. 106.

57 age, s. 105.

58 ROSENFELD, 1996-1997, s. 105.

59 age, s. 107.

60 age, s. 106.

61 age, s. 104.

ambalajı olarak ortaya çıkmaktadır.⁶²

Rosenfeld, felsefeyi hukuka göre ikincil hale getirmenin, felsefeyi hukuktan tamamen ayırmaktan daha iyi bir konum olduğunu düşünse de bu konumu yeterli bulmamaktadır. Çünkü felsefeyi hukuk için araçsal kılmak değerler çoğulculuğuna sahip toplumlarda sorun çıkaracaktır. *Rosenfeld*'a göre, salt hukuki pragmatizm sadece uygun değerler konusunda geniş bir konsensus olduğu zaman işlevseldir. Bu tarz bir konsensusun felsefi olarak tutarlı ya da kapsayıcı olmasına gerek yoktur. Konsensus sürdürdüğü sürece, egemen felsefi tutarsızlıklar hakkında bir farkındalık olmayabilir. Bu nedenle de, teorik boşlukları doldurmaya gerek duyulmayacaktır. Çünkü amaçlar hakkındaki genel mutabakat, onları sorgulama ya da doğrulama ihtiyacını engelleyecektir. Amaçlar hakkında sorgulama olmaması da, araçlara, yani işe yarayan hukuki çözümlere, odaklanmaya yardımcı olur. Ayrıca *Rosenfeld*'a göre, felsefeyi geri plana düşüren bir diğer olasılık ise, pratik hukuki bir çözümün, normalde birbiri ile tutarsız birden fazla felsefi pozisyonla bağdaşmamasıdır.⁶³

Sonuç olarak *Rosenfeld*'a göre, salt hukuki pragmatizmde ilk bakışta, pragmatist felsefenin hukuku belli bir felsefi teoriye bağlı olmanın sınırlayıcılığından özgürleştirmiş olduğu görülür. Ancak bu hukukun bütün felsefeden özgürleşmiş olması ya da bütün felsefi görüşleri seçme ve kullanma özgürlüğü anlamına gelmemektedir. Aksine, bütün felsefi görüşleri eşitlemesiyle, pragmatizm hariç bütün görüşlerden bağımsız hale gelmektedir.⁶⁴

Oysa pragmatist felsefe ve hukuk ilişkisinde gereken bunun tam tersidir. Yani, hukuku tüm diğer felsefelerden bağımsızlaştırarak yalnızca pragmatist felsefenin sınırlarına tabi hale getirmek gerekmektedir. Ne hukukun felsefeyle bağıntı bütünüyle kesen kapsayıcı pragmatizmi ne de salt hukuki pragmatizmin felsefeyi hukuka ikincil hale getiren anlayışını benimsenmez bulan *Rosenfeld* 'e göre, bu imkan için "orta pragmatizm" (intermediate pragmatism) anlayışı geliştirilmelidir. "Orta pragmatizm" in, pragmatist felsefedeki öz tespit edilerek bulunulabilecektir. Böylece hukuk, hem diğer felsefelerden bağımsızlaşabilecek hem de, pragmatist sınırlar nedeniyle değerler çoğulculuğunun dogmatik şüpheliğinde işlevsiz kalmayacaktır.⁶⁵

Rosenfeld'a göre orta pragmatizm, yani pragmatist öz bir takım koşullara bağlıdır:

a- Öncelikle uygunluğu araştırılan düşünce iyi anlayışı bakımından çoğulcu olan bir topluma uygun olmalı, değerler çoğulculuğunu kabul ediyor olmalıdır.⁶⁶ (Hatırlanacak olursa değerlerde konsensus olduğunda salt hukuki pragmatizm de pragmatist felsefe ve hukuk arasında kurulan bağda, felsefeyi hukuka ikincil kılarak, yeterli olabiliyordu.)

b- İyi anlayışlarındaki çoğulculuğun zorunlu sonucu amaçlarda da çoğulculuktur.⁶⁷

62 age, s. 107.

63 ROSENFELD, 1996-1997, s. 108.

64 age, s. 110.

65 age, s. 110.

66 age, s. 109.

67 ROSENFELD, 1996-1997, s. 114.

c- Amaçlardaki çoğulculuk yalnızca birincil seviyedeki amaçlarla sınırlı olmalıdır.⁶⁸

d- Aksi durumda, yani seviye yaratılmaksızın bütün amaçların eşitlenmesi dogmatik şüpheliğe yol açar. Tüm amaçların eşitlenmesi ise çözümsüzlüğe neden olan bir konumdur.⁶⁹

e- Bu konuma düşmemek için ikincil bir seviye yaratılmalı ve ikinci seviyedeki amaç artık çoğulcu değil, belirli bir amaç olmalıdır.⁷⁰

f- İkincil seviyedeki bu belirli amaç “diğer amaçların peşinde koşma şansının mak-simize edilmesi” ne uygun düşmelidir. Bu sadece birincil amaç için bir amaç olmalıdır.⁷¹

II. Pragmatizmler Sorunu

Ancak pragmatist öz aranmaya kalkışıldığında karşımıza çıkan bir sorun çıkar. Pragmatist felsefe çatısı altında yalnızca bir ya da bir kaç değil çok fazla sayıda pragmatizmin bulunmaktadır.⁷² Bu bakımdan pragmatist felsefenin temel sorunu çok fazla gelenek, davranış ve görüşe dayalı olması nedeniyle fazla genişleme ve sınırlarını kaybetme eğilimi göstermesidir.⁷³

C. *Sanders Pierce*'la başlayan pragmatizm tarihini, *Sofistlere Epicurus*'a kadar götürebilmek mümkündür. *Pierce*'den el alan *William James*, sonra *John Dewey*, *George Mead*, *F.S.C.Schiller* gelir. Hukuki pragmatizm alanında paralel etkisi olan *Oliver Wendel Holmes*, *John Grey*, *Benjamin N. Cardozo*, *Jerome Frank*, *Felix Cohen*, *Max Rodin*'dir. Her bir pragmatistin yaptığı çeşitli ve değişen vurgular nedeniyle pragmatizm şemsiyesi altında anılan görüşler gittikçe genişler, hepsi için ortak bir öz çıkarmak gittikçe güçleşir. 2. Dünya Savaşının sonunda, mantıksal pozitivizmin ve analitik felsefenin yükselişiyle gözden düştüğü gözlenen pragmatizmin 1960'larda mantıksal pozitivizmin soluklaşması ile *Putnam*, *Quine*, *Mead*, *Schiller* gibi isimlerle tekrar canlandığı görülür. Bu isimlerin en ünlüsü *Richard Rorty*'dir.⁷⁴ Neo-pragmatistlerin görüşleri de tıpkı klasik pragmatistlerde olduğu gibi çok çeşitli ve değişik noktalara vurgu yapmaktadır. Pragmatizmin değişik savunucuları tarafından benimsenen ideolojilerin oldukça farklı olması nedeniyle eski ile yeni pragmatistler arasındaki “etkililik”e dair anlayış çok değişik olabilmektedir. Eski pragmatistler için, “etkililik” bilimsel olarak temellenmiş tecrübe anlamında anlaşıl-maktayken, *Rorty* gibi yeni-pragmatistler için ise “etkililik”, özellikle estetik cazibesi sayesinde genel bir kabule müsait “dilsel yeniden-tanımlama” olarak anlaşılmaktadır.⁷⁵

Pragmatizmin bu çeşitliliğinin yanı sıra eklektik yapısı nedeniyle de pek çok

68 age, s. 114.

69 age, s. 114.

70 age, s. 114.

71 age, s. 114.

72 POSNER, 2003a, s. 24.

73 age, s. 26.

74 POSNER, Richard “What Has Pragmatism Offer to Law”, *Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, 2003b, s. 180.

75 ROSENFELD, 1996-1997, s. 101.

düşünürün görüşüyle bağ kurarak genişlediği görülür. Dewey aracılığıyla Martin Heidegger ve L.Wittgenstein'le bağ kurulabilir. Thomas Reid ve geç dönem G.E.Moore da pragmatist sayılabilmektedir. Bunların yanı sıra David Hume, Jeremy Bentham hatta J.S.Mill'in görüşlerini de pragmatizmle ilişkilendirebilmek mümkündür. Pierce'dan aldığı doğruluk nosyonu J. Habermas'ı bile pragmatizm ile ilişkilendirebilmektedir. Örneğin faydacılık ve diğer sonuçsalci etik teorilerle ve hatta Kant'ın epistemolojiyle pragmatizm arasında bir bağ kurabilmek mümkündür. Pragmatizmle bağ kuran filozoflar türlü anlamlarla çeşitlendirilebilir.⁷⁶ Bu sebeple pragmatist öz ararken, bu çeşitlilik arasında kaybolmamak için konu bir ya da iki pragmatist düşünürün görüşüyle sınırlandırılmalıdır.

III. Posner ve Orta Pragmatizm

Bu makalede pragmatist öz aramak için hem teorisyen hem yargıç kimliğine sahip olan⁷⁷ ve böylece hem felsefi hem de hukuki perspektifi bulunan⁷⁸ Posner'in pragmatizmi tercih edilmiştir. Posner, daha sonra "**Law, Pragmatism and Democracy**"nin bir parçası haline getirdiği ve ilk olarak **Pragmatism Versus the Rule of Law**⁷⁹ isimli eserinde açıkladığı görüşlerinde, felsefi anlamda Rorty'nin pragmatizmini benimsediğini ve onunla pek çok şeyi paylaştığını ifade etmektedir. Kendi pragmatizmini de tıpkı Rorty'ninki gibi şüpheci ve antitemeldenci oluşuna işaret etmektedir.⁸⁰ Ayrıca Posner'a göre, pragmatizm herhangi bir bilimsel görüşün ya da hipotezin sonuculuğunu kabul etmeyecek kadar şüpheci olsa da, bazı önermelerin diğerlerinden kulağa daha iyi geldiğine dair inancı sorgulayacak kadar şüpheci olmadığından dogmatik şüpheci değildir.⁸¹ Bu özellikleriyle Posner'in pragmatizmi ilk bakışta, Rosenfeld'in orta pragmatizminin yukarıda altı maddede halinde anılan özelliklerinin (a) ve (d) maddelerinde yer verilen çoğulcu düşünceye uygunluk ve dogmatik şüpheciliğe düşmemekle uyumlu olduğu görülmektedir. Ayrıca, Posner'in pragmatizmi diğer koşulları da yerine getirebilirse, pragmatist felsefede hukuka temel olacak öz bulunmuş olacaktır.

Posner'in dogmatik şüpheci olmaması, orta pragmatizm için (e) ve (f)'deki koşulları, yani ikincil seviyedeki amacı ve bu amacın "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize etme" olanağını verip vermediğini araştırma imkanını sağlar.

Orta pragmatizmde ikincil seviyedeki amaç belli olmalıdır.⁸² İkincil seviyedeki amaç "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" olarak sadece birincil

76 POSNER, 2003a, s. 24-26, POSNER, 2003b, s. 180-181, POSNER, Richard, 2008, s. 233.

77 <http://www.answers.com/topic/richard-posner> 31.01.2011.

78 STEVEN J. Burton, "Jurisprudence of Skeptism", *Michigan Law Rev.*, 1988-1989, s. 710; ROSENFELD, 1996-1997, s. 110.

79 POSNER, Richard, "Pragmatism Versus the Rule of Law", *An American Enterprise Institute Presentation of July, 1, 1991*.

80 MACHON Tibor R., *Objectivity: Recovering Determinate Reality in Philosophy, Science and Everyday Life*, Ashgate Publishing Company, 2004, s. 102 dipnot:1.

81 POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard College, London, 1995, s. 6.

82 ROSENFELD, 1996-1997, s. 114.

amaç için bir amaçtır.⁸³ Pragmatik şüpheci, birincil bir amacı belirmeyi kesin olarak reddettiğinden, ikincil amaca pratik sınanabilirlik aracı olarak güvenmektedir.⁸⁴ Buna göre Posner'ın ikincil amacı araştırılmalıdır.

Felsefi perspektifinde Rorty'nin etkisiyle antitemeldenci olan Posner,⁸⁵ hukuki perspektifinde ise formalizm karşıtlığını⁸⁶ ve ekonomik maksimizasyon amacıyla harmanlanmış bir sonuçsalcılığı benimsemiştir.⁸⁷ Posner, "Ekonomik Seçim Teorisi" nin bir üst norm etkisine sahip olduğunu düşünmektedir.⁸⁸ Pragmatist hukuk sistemi "zenginlik-refah maksimizasyonu"nu⁸⁹ yaratacak sonuca odaklıdır. Ekonomik maksimizasyonun işe yaramayacağını düşündüğü hukuki uyumsuzlukların ise liberal bireycilik anlayışına başvuruyla çözülmesi gerektiğini düşünmektedir.⁹⁰

Posner'ın bilinemez ve belirlenemez birincil araçlar için güvendiği pratik sınama araçları "ekonomik analiz"de ortaya çıkmıştır. Bu durumda, ekonomik analize dayalı refah maksimizasyonu ve liberal bireycilik, "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" amacını gerçekleştirmeye yönelik ikincil seviyedeki amaçlardır.⁹¹ Bu durumda Posner'ın pragmatizmi, orta pragmatizmin (e) şikkındaki belirli bir ikincil seviyede amaca sahip olabileme şartını da yerine getirmiştir.

Ancak, Posner'ın pragmatizminin orta pragmatizme uygun olduğunu söyleyebilmek için (f)'deki koşulu da yerine getirebilmesi gerekmektedir. Posner'ın araçları devreye sokulduğunda da amaçlardaki çeşitlilik korunmaya devam edilebilirse, aranan sonuca erişilecektir. Diğer bir ifadeyle, eğer Posner'ın araçlar konusunda ekonomik yaklaşıma ve liberal bireyciliğe bağlılığı ile amaçlar konusunda çeşitlilik birlikte korumaya devam edilebilirse, Posner'da orta pragmatizm imkanını bulabilmek mümkün olabilecektir. Bunun için Posner'daki ekonomik yaklaşımın ve liberal bireyciliğin çoğul amaçlara uygun düşmesi gerekmektedir.⁹²

Posner'da hukuk ve ekonominin perspektifinden adalet, araçsal akla ve zenginliğin arttırılmasının gerçekleştirilmesine bağlıdır.⁹³ Bu durumda zenginliğin arttırılması, amaçların çokluğunun başarılmasının şartı olarak değerlendirildiğinde, bir araç olarak tasarlanmış olsa da, ahlaki amaçların önüne geçebileceği görülecektir. Posner'ın teorisinde zenginliğin arttırılması her ne kadar araç olarak görünüyor olsa da, pratikte diğer

83 age, s. 114.

84 age, s. 114.

85 MACHON, Tibor R., "Posner's Rortyite (Pragmatic) Jurisprudence", *The American Journal of Jurisprudence*, 1995, s. 361-362, 373.

86 POSNER, 2003a, s. 85.

87 LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", *Nebraska Law Rev.*, 1999, s. 623.

88 POSNER, 2003a, s. 10.

89 POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University, USA, 1990, s. 356.

90 POSNER 1995, s. 22-23.

91 POSNER, 1995, s. 112.

92 ROSENFELD, 1996-1997, s. 112.

93 age, s. 115.

bütün amaçları ortadan kaldıracak potansiyeliyle problem yaratacaktır.⁹⁴

Posner'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonunun "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç olduğunu savunmak güçtür. Aksine, zenginliğin arttırılması bir değer sistemine sahip ve bir iyi anlayışı olan belli bir hayat tarzı olarak diğer iyi anlayışlarıyla rekabet içerisinde.⁹⁵ Buna göre, *Posner*'ın ekonomik yaklaşımındaki zenginliğin arttırılması prensibi aslında bir değer sistemine sahip olduğundan, tüm iyi anlayışları karşısında ikincil konumda olmaktan uzaktır. Aksine, bazı iyi anlayışları bu prensibe göre ikincildir. Bu sebeple *Posner*'ın pragmatizmi, *Posner*'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonunun "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç olma konusunda başarısız olduğundan, orta pragmatizm arayışında da başarısız olmuştur.⁹⁶

Posner'ın hukuki pragmatizminin ikinci unsuru olan liberal bireyciliğin ayrıcalıklı statüsüne karşı da benzer bir argüman öne sürülebilecektir. Buna göre, liberal bireycilik orta pragmatizmin ikincil amacı olmak için geçerli bir sebebe sahip değildir. Liberal bireyciliğin ekonomik verimliliği en iyi arttıran sistem olduğunun ispatı, onun bütün diğer politik alternatiflerin üzerine yerleştirmesini meşrulaştırmaya yetmemektedir.⁹⁷

Posner'ın pragmatizmi nihai amaçlar konusunda ucu açıklığını korusa da, araçlar söz konusu olduğunda aynı esnekliği koruyamamaktadır.⁹⁸ Zenginliğin arttırılmasıyla ilgili yanıltıcı olan, onun bazı birincil amaçları gerçekleştirmeye izin vermesi ve bu nedenle kolayca ikincil amacın bir parçasıyla karıştırılabilir nitelikte olmasıdır.⁹⁹ *Posner*'ın araçlar konusundaki kesinliğinin, amaçlardan araçlara geçişle gizlenmiş bir dogmatizmin sonucu olduğuna işaret eden *Rosenfeld*, bu durumda orta pragmatizm gibi gözükken şeyin aslında kılık değiştirmiş bir kapsayıcı pragmatizm olduğunu düşünmektedir.¹⁰⁰

Sonuç olarak, *Posner*'ın hukuki pragmatizmi *Rorty*'nin felsefesini benimsemiş olması sebebiyle şüpheli, ahlaki temellendirme karşıtı, anti dogmatik, sınırsız değer tercihlerine, iyi anlayışlarına açık olarak olmasıyla ve de herhangi bir ahlak anlayışı ve formalist düzenlemeler gibi birincil bir amaca bağlılık gerektirmediğinden orta pragmatizmin (a) ve (b) maddelerinde yer verilen "çoğulcu toplumlara uygunluk" ve "amaçlarda çoğulculuk" koşullarına uygundur. Ayrıca dogmatik şüpheliğe de düşmemektedir. Ancak, sonuç odaklı yaklaşımını refah maksimizasyonuna bağlıyor olması çoğulcu toplum yapısına uygun düşmemiştir.

Ayrıca *Posner*'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonu "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç niteliğini taşımaktan uzak olup, kendisi bir değerler sistemi olarak diğer anlayışlarla rekabet içinde olduğundan

94 age, s. 116.

95 age, s. 124.

96 ROSENFELD, 1996-1997, s. 125.

97 age, s. 124.

98 age, s. 112.

99 age, s. 124.

100 age, s. 112.

buna ayrıcalık tanımak ve hukuk sisteminin merkezine yerleştirmek çoğulcu topluma uygun düşmeyecektir. Bu durumda *Posner*'in hukuki pragmatizmi orta pragmatizme imkan tanımamaktadır.

IV. Değerlendirme

Pragmatizmin hukuka ne önerebileceği sorusundan yola çıkılarak, pragmatizm ve hukuk ilişkisinde *Rosenfeld*'in orta pragmatizm olarak isimlendirdiği bir olanağın araştırılmasına girilmiştir. Araştırmanın amacı, pragmatist felsefede hukukun kendisine temel alabileceği pragmatist öze ulaşmaktır. Böylece hukuk, yalnızca pragmatist felsefenin sınırlamalarına tabi olacak, bunun dışında tüm diğer felsefelerden bağımsızlaşabileceği olanağına kavuşacaktır. Ancak, pragmatizm çatısı altında toplanan görüşler çok çeşitli ve pragmatist olarak addedilebilecek düşünür çok fazladır. Bu sebeple araştırmayı sınırlayabilmek için hem felsefi hem hukuki yöne sahip olarak *Posner*'in pragmatizmi tercih edilmiştir. *Posner*'in pragmatizmi bağlamında yapılan pragmatist öz ya da temel arayışında, *Posner*'in pragmatizminin orta pragmatizm imkanı için elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Posner'in pragmatizminin pragmatist özü "ekonomik maksimizasyon" ilkesidir. Pragmatist görüşün, her türden iyi anlayışına açık olabilmesi için "bilinmeyen amaçların peşinde koşma amacı"ni amaç olarak belirlemesi gerekmektedir. Ama öte taraftan bu amaç nedeniyle dogmatik şüpheciliğe düşmemesi için de, ikincil bir seviye yaratması ve bu seviyeye "belirli bir amaç"ı yerleştirmesi gerekmektedir. Bu belirli ikincil amaç, birincil amaç olan "bilinmeyen amaçların peşinde koşma amacı"ni gerçekleştirmeye hizmet eder nitelikte olmalıdır. Oysa incelemelerimiz göstermiştir ki, *Posner*'daki ikincil seviyede amaç ve pragmatist öz olarak tespit ettiğimiz "ekonomik maksimizasyon"un bilinmeyen birincil seviyedeki amaçların gerçekleşmesine olanak tanımamaktadır. Çünkü "ekonomik maksimizasyon"un kendisi bir değerler sistemi olarak ortaya çıkmakta ve diğerlerini baskılamaktadır.

İlk bakışta felsefi ve ahlaki teorilere tamamen yabancı gibi değerlendirilebilme yanılması yaratmaya müsait ekonomi bilimi dahi değerler alanıyla ilişki halindedir. *Luban*'ın ifade ettiği gibi, hukuktan felsefeye ve değerler alanına uzanan doğal bir argüman hattı vardır.¹⁰¹ İster pragmatist felsefe olsun, ister diğer felsefi teoriler, hukuku felsefi tartışmalardan özerkleştirebilmek mümkün değildir. Hukuk, değerle ilgilenmekten kaçamaz.

Değerlerin insan eylemlerinin oluşturucu unsurları olmaları, hiçbir eylemin değer dışı olamaması¹⁰² hukuku buna zorlar. Yargıç karar verme eyleminde değerlerle ilgilenmek zorundadır. Çünkü eylemin kendisi değerlendirme yapmak demektir. Değerlendirmek ise farklı eylem seçenekleri arasından birisini seçmektir.¹⁰³ Pragmatizmin bu ilişkiyi görmezden gelmesi, bu ilişkiyi ortadan kaldırmaz. Yalnızca, yargıcın kararına esas aldığı

101 LUBAN, 1999, s:280.

102 TEPE, Harun, Değer ve Anlam: Değerler Anamlı mıdır?, s. 6, www.flisdergisi.com/sayi7/1-10.,27.04.2013.

103 age, s. 7.

değerin gizli kalmasına sebep olur. Karara gizli temel teşkil eden değer, tartışılıp rasyonelleşme olanağını kaybeder. Bu sebeple hukukla felsefenin ilişkisini kesmeye yönelik girişimler başarısızlığa mahkumdur.

Pragmatizmde hukuka temel olacak kendi antitemedenciliğe uyumlu bir pragmatist özü tespit edebilmek mümkün olmasa da, *Posner*'in, *Rorty*'nin ve *Grey*'in yargılarının aksine, kanımca yine de pragmatist felsefenin hukuka önerebileceği bazı şeyler vardır. Ancak kuşkusuz ki bu öneriler, hukukun yalnızca pragmatist felsefenin sınırlamalarına tabi olması, bunun dışındaki tüm diğer felsefelerden bağımsızlaşabilmesi olanağı kadar iddialı olamayacaktır. Hukukun felsefi ve ahlaki teorilerle bağıını kesmeksizin pragmatizmin tamamlayıcı bir metod olarak¹⁰⁴ uygulanması hukuka oldukça yararlı olabilecektir. Ayrıca kanımca, adalet idesinin denetiminde olmak kaydıyla *Posner*'in ekonomik analiz de hukukun kimi alanlarında son derece işlevsel bir analiz metodu olarak uygulanabilme olanağına sahiptir.

Ancak şu hususa tekrar dikkat çekmek gerekir ki, yaptığımız araştırma yalnızca *Posner*'in pragmatizmiyle sınırlıdır. Başta da ifade olunduğu gibi, pragmatist felsefe çatısı altında pek çok düşünce barınmaktadır. *Posner*'in ki olmasa bile bunlardan birinin bize pragmatist özü ve orta pragmatizm olanağını sunabilme ihtimali halen mevcuttur. Belki de bu pragmatizmlerden birinde pragmatizmin hukuka düşündüğümüzden çok daha iddialı bir teklifi bulunabilecektir.

KAYNAKÇA

- BURTON, Steven J., "Jurisprudence of Skepticism", *Michigan Law Rev.*, 1988-1989, (s.710-723)
- GREY, Thomas C., "Freestanding Legal Pragmatism", *The Revial of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law and Culture*", Edited by: Morris Dickstein, Duke University Press, 1999,
- LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", *Nebraska. Law. Rev.*, 1999, (s.545-645)
- LUBAN, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", *The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture*, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s. s: 275-304)
- MACHON, Tibor R., "Posner's Rortyite (Pragmatic) Jurisprudence", *The American Journal of Jurisprudence*, 1995, (361-375)
- MACHON, Tibor R., *Objectivity: Recovering Determinate Reality in Philosophy, Science and Everyday Life*, Ashgate Publishing Company, 2004,
- POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University, USA, 1990
- POSNER, Richard, "Pragmatism Versus the Rule of Law", *An American Enterprise Institute Presentation of July, 1, 1991*
- POSNER Richard, *Overcoming Law*, Harvard College, London, 1995
- POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", *The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture*, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s. 235-254)
- POSNER, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard College, USA, 2003a

104 Posner'in önerisi pragmatizmin bir sistem olarak uygulanmasıdır. Posner'in bir sistem olarak hukuki pragmatizmi konu edindiği kitabı "*Law, Pragmatism and Democracy*"dir. Bkz.R.Posner, 2003a, s:59, 63.

- POSNER, Richard "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, **2003b**, (s.180-191)
- POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008
- RORTY, Richard, "Pragmatism and Law: A Response to David Luban", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, **1994**, (104-113)
- RORTY, Richard, "The Banality of Pragmatism and the Poety of Justice", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, **1999**, (93-104)
- ROSENFELD, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justive without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardozo Law Rev.** vol.18, **1996-1997**, (s.97-151)
- TEPE, Harun, Değer ve Anlam: Değerler Anlamlı mıdır?, s:6 www.flisdergisi.com/sayi7/1-10., 28.04.2013
<http://www.answers.com/topic/richard-posner> 31.01.2011

