

Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme

Hakemli Makale

Muzaffer DÜLGER

Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

İÇİNDEKİLER

Giriş	451
I. Pragmatizm ve Amerikan Hukukbiliminin İlişkisel Geçmişi	451
I.I. Felsefi Pragmatizmin Dört Temel Unsuru	454
I.II. Pratik Fark ve Pragmatik Doğruluk Üzerine	456
I.III.Common Law'a İzafe Edilen Pragmatik Karakter.	458
I.IV. John Dewey'nin Hukuk Felsefesi	460
II. Oliver Wendell Holmes'te Hukukun İzleği	462
III. Benjamin Cardozo: Hukukun Tutarlılığı, Objektivitesi ve İlerlemesi Arasında Yargısal Sürecin Doğası	466
Sonuç	475

ÖZET

Bu makalede ondokuzuncu yüzyılın sonu ve yirminci yüzyılın başındaki Amerikan hukuk felsefesinin pragmatist tabiatını göstermeye çalışacağız. Amerikan hukuk felsefesi tarihinin bu evresi, tekelci kapitalizmce ve Birleşik Devletler'deki yeni sosyo-ekonomik koşullar için yeni bir sosyal felsefe bulma hususundaki entelektüel ihtiyaçlarca şekillenmiştir. Bu da Birleşik Devletler'in doğal hukukçu kurucu siyaset felsefesinden farklı ve Blackstone-karşıtı bir karakterde olmuştur. İşte bu noktada ilk olarak karşımıza Oliver Wendell Holmes'un Common Law'un genel teorisi biçimindeki Benthamcı, yanılabilir, emprisist ve pragmatik hukuk felsefesi çıkar; ve hemen ardından da Benjamin Nathan Cardozo'nun "The Nature of Judicial Process" kitabındaki pragmatik ve sosyolojik karar verme felsefesi ile karşılaşırız.

Anahtar Kelimeler

Benjamin N. Cardozo, Evrimci Hukuk Teorisi, Hukuki Pragmatizm, Oliver Wendell Holmes Jr., Yargısal Aktivizm

ABSTRACT

Law, Evolution and Pragma: A Consideration on Pragmatical Thoughts of Holmes and Cardozo

In this article we will try to illustrate the pragmatist nature of American jurisprudence in the the last period of nineteenth century and the early period of twentieth century. This historical stage in American jurisprudential history was shaped by monopolist capitalism and entellectual neccencies for a new social philosophy for the new social and economical circumstances in the United States. This was different from natural law philosophy compatible with the founder political philosophy of United States, and had anti-Blackstonian character. At this point, firstly, we encounter with Oliver Wendell Holmes Jr.'s Benthamite, predictive, fallibilist, empricist and pragmatical philosophy of law in the context of general theory of Common Law; and soon after with Benjamin Nathan Cardozo's pragmatical and sociological philosophy of adjudication in his book, "The Nature of Judicial Process".

Keywords

Benjamin N. Cardozo, Evolutionary Theory of Law, Legal Pragmatism, Oliver Wendell Holmes Jr., Philosophical Pragmatism, Judicial Activism

GİRİŞ

Pragmatizm, 1870'ler Amerika'sında Charles Sanders Peirce (1839-1914) ile başlayan, William James'in (1842-1910) çalışmaları ile gelişen felsefi bir akımdır. Bu akımın diğer öncüleri John Dewey (1859-1952), Clarence Irving Lewis (1883-1964) ve Ferdinand Canning Scott Schiller'dir (1864-1937). William James ve C. S. Peirce'ye göre pragmatizm, yeni bir teoriden ziyade bir felsefi metot, geleneksel akademik felsefeye karşı zuhur etmiş bir eleştiridir. James ve Peirce'nin Anglo-Sakson felsefe geleneğinden mevcut olan düşünce yapısını görünür kılarak ortaya çıkardıklarını düşündükleri bu akım, geçtiğimiz yüzyılda yukarıda sayılan diğer isimlerce geliştirilmeye ve farklı açılımlar üretmeye devam etmiştir.

Hukuk Felsefesi açısından konunun önemi, pragmatist felsefenin henüz doğumuyla beraber, yani 19.yy.'ın sonlarından itibaren, İngiliz ve Amerikan hukukçularınca çokça benimsenmiş ve hukuk teorisine adapte edilmiş olmasıdır. Bugün Amerikan hukuk felsefesi doktrinel olarak dünyanın pek çok hukuk sisteminde etkindir; Türkiye'de de hukuk felsefesi Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin tesirine neredeyse tam olarak girmiştir. Dolayısıyla Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin çeşitli ekollerine farklı kanallardan ve farklı yoğunluklarla sinen pragmatizmin bu yayılım alanı keşfedilmeye değerdir. Söz konusu pragmatist yayılım alanı, Oliver Wendell Holmes Jr.'dan başarak bugün Richard Posner'a değin pek çok Amerikan hukukçusunu içine almıştır. Bunların öne çıkanlarının akademiden hukukçular olmayıp yüksek mahkemelerde yargıçlık yapmış kişiler olması ayrıca ilgi çekicidir ve yargıcın yargısal karar verme süreci (*adjudication*) ile pragmatik düşünce arasındaki ilişkiyi daha da ilgi çekici hale getirmektedir. Pragmatik izler Amerikan hukukbilimindeki farklı ekollerden yazarların çalışmalarında görünse de, biz bu çalışmamızda üç yazarı, özellikle de ikisini inceleyeceğiz; bunlardan biri meslekten filozof ve pragmatizmin önde gelen temsilcilerinden John Dewey'dir. Daha yoğunlukla incelenecek diğer iki yazar ise iki büyük Amerikan yargıcı Oliver Wendell Holmes Jr. ve Benjamin Nathan Cardozo'dur. Bu üç yazar üzerinden pragmatik bir bakışla hukukun felsefesinin yapılmış olmasının bir takım ortak öğeleri öne çıkarmış olduğu görülecektir. Bu öğeler aynı zamanda "hukuki pragmatizm" olarak isimlendirebilecek bir bakış açısı mümkün olacaksa, onun öğeleri de olacaktır.

I

Pragmatizm ve Amerikan Hukukbiliminin İlişkisel Geçmişi

Öncelikle düzeltilememiş yaygın bir yanlışta temas ederek konuya başlayabiliriz. Ülkemizde halen faydacılık (*utilitarianism*) ile pragmatizm terimleri aynı çağrışım alanında ve hatta aynı manada kullanılmaktadır. Oysa ilki bir ahlak teorisi iken ikincisi epistemolojik bir doğruluk teorisidir ve sosyal bilimler metodolojisine ciddi manada etki etmiştir. William James'in John Stuart Mill'e methiyeleri¹, genel olarak faydacılığı pragmatizmin

1 James Pragmatizm'i aynı başlıklı kitabıyla felsefi literatürde sirkülasyona sokarken, kitabı Mill'e ithaf eder ve şöyle yazar: "Pragmatik açık fikirliliği ilk kendisinden öğrendiğim, bugün hayatta olsaydı liderimiz olacağını düşünmekten keyif aldığım John Stuart Mill'in hatırasına" JAMES, William; **Pragmatizm**, (çev. Tahir Karakaş),

atası kılmaz. Ancak pragmatizme dönük etkileri pek tabii ki sorgulanabilir. Hatta Mill'in iki kavram arasında yapmış olduğu ayırım bu minvalde önemlidir ve faydacılığın pragmatizmle arasındaki boşluğu belirtmesi açısından dikkate değerdir. Bu ayırım "utility" ve "expediency" terimleri arasındaki ayırımdır. Ona göre faydacılığın fayda ilkesine (*principle of utility*) karşı yapılan saldırılar, tarihten bu yana ahlaki bir içeriği olan *utility* ile ahlaki bir içeriği olmayan ve salt sonuç elde etmeye dönük bir kavram olan *expediency*'nin bir ve aynı manada düşünülmesinden kaynaklanır².

Nitekim Susan Haack de felsefi pragmatizmin ilkedeki (*principle*) ziyade *expediency* ile bağdaşıklığı tasarladığını ifade eder³. Hatta faydacılık ile pragmatizmin bu noktada önemli derecede ayrıldığını da belirtmemiz gerekir, zira faydacılar metaetik antipragmatisttirler, yani objektif bir ahlaki akideleri vardır (fayda ilkesi/*principle of utility*⁴), pragmatizm ise hem ilkeselliğe karşı durur hem de eklektik bir düşünce yapısını tasarlar⁵.

Pragmatizmin kurucuları Peirce ve James, pragmatizmi bir öğreti olarak değil bir *metot* olarak görmüşlerdir; felsefi sorulara yaklaşım metodu olarak...⁶ *Bir kavramın diğer bir kavram karşısında doğru kabul edilmesi, kişi açısından ne gibi bir pratik fark oluşturur? Ortaya bir pratik fark konulabildiği koşullarda düşünme edimini sürdürme anlamlıdır, yoksa zaman kaybindan başka bir şey değildir.*

Bu noktada felsefi bir metot olarak pragmatizm, *haklılaştırma/ doğrulama (justification)* ve *doğruluk* hatta *hakikat (truth)* hakkında kendine has iddialarda bulunur. Pragmatizmin haklılaştırma/doğrulama yaklaşımı herhangi bir temellendirmeye dayanmaz, hakikat hakkındaki meta-teorik iddiaları da felsefi açıdan savunulamaz adeder⁷. Dolayısıyla temel karakteri üzerinden düşündüğümüzde *Felsefi Pragmatizm*, pratik etkinliklere felsefi bir *temel* bulunmasını reddeden (*antifoundationalist*) bir felsefedir, öyle ki buna felsefe denirse, zira birçok kimse sırf bu nedenle pragmatizmi felsefe addetmezler ve banal bulurlar. Bu özün açılımı olarak Felsefi Pragmatizm, doğruluğu gerçeğe birebir tekabülîyet (*correspondance*) ve bağdaşım (*coherence*) ile ilişkili tutmaktan ziyade bir araştırmancının düşünsel neticesi olarak görür; bilgiyi (*knowledge*) ise gerçeklik açısından değerlendirmez, garantili bir biçimde ileri sürülebilen

İletişim, İstanbul, 2015.

2 Bkz. MILL, John Stuart, "Utilitarianism (1861)", **Collected Works**, Vol.X, (ed. J. M. Robson), University of Toronto Press, Routledge&Kegan Paul, 1969, Canada, ss. 203-260, s. 223; DÜLGER, Muzaffer; **John Stuart Mill'de Bireysel ve Toplumsal Fayda**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 60, dn. 20-21; Karşılaştırınız: COPLESTON, Frederick, **Yararcılık ve Pragmatizm**, (çev. Deniz Canefe), İdea Yay., İstanbul, 1991, s. 32.

3 HAACK, Susan, "On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?", **Pragmatism Today: The Journal of The Central-European Pragmatist Forum**, Vol.III, Issue:I, Summer-2012, s.8-31, s. 10.

4 Buna göre "en fazla sayıda insanın en büyük mutluluğu", ahlakın temel ilkesidir.

5 LUBAN, David; "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No.1, September-1996, s. 43-74, s. 44

6 HAACK, 2012, s. 11.

7 PATTERSON, Dennis, "Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative", **Virginia Law Review**, Vol.76, 1990, s. 996.

önerme olarak addeder; etiği de doğallaştırır⁸. Bilim anlayışı açısından James'in açığa çıkan rasyonalizm eleştirisi, pragmatizmi Platon karşıtı ve Humecü felsefeye yakın bir konuma oturtur⁹. Newtonculuktan ziyade Darwinci bir bilim algısı da pragmatizm bahsinde açıklıkla ifade edilebilir¹⁰. Öznelliliğe (sübjektivizm) vurgu yapması dolayısıyla, Berkeleyci öznel idealizmin ardılı olarak görülür, yani insan için bilinebilir biricik şey, öznel bilinçlerinde var olan düşüncelerdir, bu da *nesnel gerçekliğin reddi* manasına gelir¹¹. Nesnellik olmadığı için nesnel bilgi ya da bilgide güvenilirlik diye bir kavram da yoktur. Kant, *Salt Akılın Kritiği*'nde *pragmatische* inancı bir eyleme gitmede bilgisizlik sonucu olarak ortaya çıkan ama eyleme gene de yön veren bir rastlantı inancı olarak tanımlar:

*Doktor tehlikedeki hasta için bir şey yapmalıdır, ama hastalığı tanımamaktadır. Belirtilere bakmakta ve daha iyisini bilmediği için hastalığın verem olduğu yargısında bulunmaktadır. İnancı, kendi yargısında bile yalnızca olumsaldır [zufällig/ contingent/ rastlantısal] ve bir başkası belki daha iyi bir tanıya varabilecektir. Bu tür olumsal inançları, ki gene de belli eylemlerin araçlarının edimsel kullanımları için temeldirler, pragmatik inançlar olarak adlandırıyorum.*¹²

İşte Kant'taki bu istisnai ve kural-dışı düşünme yolu, pragmatizmin ana yolu olmuş ve bu yol emprisizm ile desteklenmiştir¹³.

Peirce'ye göre, insanın pratik hayatı için somut ve pratik farka yol açmayan düşünce yahut kavram anlamdan yoksundur. James de bu noktada onunla hemfikirdir; soyut düşünceler düzeyindeki her fark, kendisini somut olgular dünyasına taşımak mecburiyetindedir, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise söz konusu fark reel değil sadece sözeldir¹⁴. Peirce, insan bilgisi ve inancının aktüel sorunları için faydasız mahiyetteki gerçeklik/hakikat tartışmalarına dönük eleştirilerde bulunmuştur. James de "Görelili

8 LUBAN, 1996, s.45-46.

9 İnsan arzu ve duygularına göre zihin süreçlerini yönlendirir, dolayısıyla Platon'un Phaidros diyalogundaki duygu ve arzuyu idare edici bir akıl tasavvuru pragmatizmde benimsenmez. SUCKIEL, Ellen Kappy; **William James'in Pragmatik Felsefesi**, (çev. Celal Türer), Paradigma Yay., İstanbul, 2003, s. 5-6.

10 Newton fiziğinin evrensel olması, ezeli ve ebedi prensipler içermesi, teorik matematiğin kişisel olmayan dili dahilinde olması, soyutluk içinde ifade edilmesi karşısında pragmatizmin yakın olduğu Darwinci biyoloji somuttur, rastlantısallığın anlatısıdır, belirli varlıkların ve habitatların değişken karşılıklı uyumlarını konu alır. Bkz. BACON, Michael, **Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm**, (çev. Banu Özdemir), Elips yay., Ankara, 2010, s. 27.

11 JAMES, 2015, s. 85-86; WELLS, Harry K.; **Emperyalizmin Felsefesi Pragmatizm: Hukukta, Tarihte, Psikolojide, Eğitimde, Ahlakta, Din ve Dış Politikada İşbitiricilik Felsefesi**, (çev. Tahsin Yılmaz), Sorun Yay., İstanbul, 1986, s. 18, 28-29.

12 KANT, Immanuel; **Arı Usun Eleştirisi**, (çev. Aziz Yardımlı), İdea Yay., İstanbul, 1993, II, kesim iii, s. 374.

13 Bkz. JAMES, 2015, s. 64; WELLS, 1986, s.30.

14 SUCKIEL, 2003, s.7; KARAKAŞ, Tahir; "Çevirmen Önsözü", William James, **Pragmatizm**, (çev. Tahir Karakaş), İletişim, İstanbul, 2015 içinde, ss. 9-32, s.16-17.

Olmayan'ı, yani Mutlak'ı" varsayan rasyonalizme karşı durmuştur¹⁵. "Anlamlılık" ve "hakikat" ya da "mutlak olan" meselelerinde Peirce ve James birlikteliği söz konusudur. James'in bu noktada Peirce'de olmayan şekilde ilave bir farklılığı, aşağıda izah edileceği üzere "pragmatik doğruluk" anlayışını devreye sokmuş olmasıdır, buna göre basitçe doğruluk "işe yararlık" (*expediency*) nosyonuyla ilişkilendirilerek tanımlanmaya çalışılır, öyle ki James'in pragmatizmin sorunsal alanına bu katkısı, Dewey ve Schiller tarafından da takip edilmiştir¹⁶. James'in pragmatik düşünesini şu şekilde tarifi, bizim için toparlayıcı addedilebilir:

*[Pragmatist düşünür], soyutlama ve yetersizlikten, sözlü çözümlerden, niteliksiz a priori sebeplerden, sabit kılınmış ilkelerden, kapalı sistemlerden, sözde mutlaklardan ve başlangıçlardan kaçınır. Yüzünü somut ve yeterli olana, olgulara, eyleme ve güce döner. Bu durum, ampirist mizacın hakim kılındığı, rasyonalist mizaçtansa samimi olarak vazgeçildiği anlamına gelir; dogmaya, yapaylığa ve nihai doğru olma iddiasına karşı, açık havayı ve doğanın olasılıklarını işaret eder.*¹⁷

I.1. Felsefi Pragmatizmin Dört Temel Unsuru

Felsefi pragmatizmin birbirleriyle bağlantılı (ve ileriki süreçte hukukçularca benimsenmesi aşamasında evrimci görüşlerle de yoğun biçimde desteklenecek olan) dört temel argümanı şunlardır:

- (i) *Yanılabilircilik (Fallibilism) ve Bilginin Evrimsel Gelişimi*: Yanılabilircilik, bilginin kesinliğine ulaşmanın mümkün olmadığını ifade eder. Bu, bilginin bir evrim içinde daimi bir dönüşümde olmasıyla da ilgilidir¹⁸. Peirce, bir önermenin empirik olarak doğrulandığı takdirde değil, deneysel olarak yanlışlanmadığı süreçte doğru olduğunu söyler¹⁹. Buna rağmen, insan bilgisi olarak geçen her şey, son çözümlenmede kesinlikten yoksundur ve *yanılabilirlik* durumunu ihtiva eder. Yani Peirce, bilginin deneysel olarak kesin doğruluğunun elde edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürer. Ona göre, her kavramsal şema bir hata ihtimalini -daha ileri deneyimlerle çürütülmeye bağlı olarak- içinde barındırır²⁰. Fakat bu nesnel hakikatın tümünden reddiyesi anlamına gelmemektedir, insan varlıkları ona sadece yaklaşabilirler²¹. James de, kesin doğrunun imkansızlığı dolayısıyla bilginin yanlışlanabilirliği üzerine pragmatizmin bu bakış açısının sıhhatine vurgu yapar. Böylece bir bilginin daima bir diğerine yerini bırakması ve evrimsel

15 LIND, Douglas, "Pragmatist Philosophy of Law", **The Philosophy Of Law: An Encyclopedia**, Vol.I, (ed. Christopher Berry Gray), Garland Publishing Inc., 1999, New York, ss.678-681, s. 678

16 KARAKAŞ, 2015, s.20.

17 JAMES, 2015, s.64.

18 TÜNER, Celal, **Charles S. Peirce'ün Pragmatik Felsefesi**, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 2003, s.70.

19 CEVİZCİ, Ahmet, **Felsefe Tarihi**, Say yay. İstanbul, 2010, s. 1002

20 LIND, 1999, s. 678

21 CEVİZCİ, 2010, s. 1002

- doğası, gerçeğin hep daha iyi anlaşılması açısından pozitif bir gelişim ortaya çıkaracaktır²².
- (ii) *Bağlamcılık (Contextualism)*: Pragmatistler dünyayı, James'in tikellerin "algısal akışı" olarak değerlendirmesi gibi kaotik ve kesitli olarak değerlendirir. Böylece etkisel çokluk nedeniyle bir nesnenin bir düşünceye kavramsal çevrimi süreci göreceli bir süreçte ilerler. Kavram, içinde bulunduğu bağlama göre anlam alır. Peirce inançlarımızın gerçekte eylem kuralları olduğuna işaret ettikten sonra, bir düşüncenin anlamını ortaya koyabilmek için onun hangi davranışa yol açtığını belirlememizin yeterli olduğunu söyler: "...-ister yakın olsunlar ister uzak- etkiler hakkında görüşümüz neyse, nesnelere hakkındaki görüşümüz odur." ²³ Bu aynı zamanda nesnenin bağlam içinde kavranışıyla ilgilidir.
- (iii) *Araçsalcılık (Instrumentalism)*: Peirce, epistemolojik açıdan açıklık arz eden bir kavramın, pratik sonuçlar ihtiva etmesi gerektiğini belirtir²⁴. Schiller ve James de benzer bir perspektiften konuya yaklaşır. Schiller'e göre insan aklının en temel ilkeleri, insanın yaşamında karşılaştığı pratik sorunları çözme amacıyla hemhal olmasından dolayı, onun içinde yaşamakta olduğu koşullarca bir belirle- nim altında olmasından öte gelir. İnsanın tüm düşünceleri belirli bir ereğe yöne- liktir. Düşünsel aktiviteyi anlamlı kılan da bu ereğin kendisidir²⁵. Pragmatizmin bu araççı (*instrumentalist*) bakış açısı Dewey felsefesinin de tanımlayıcı unsur- larından biri olmuştur. İnsan bilinci pragmatistlere göre karakteristik biçimde araçsaldır²⁶. James tarafından açıklandığı şekilde teoriler taraftarlığa elverişli addedilemez, sadece araçtırlar ve bizler "ilerler ve fırsat doğduğunda, onların yardımıyla doğayı yeniden oluştururuz²⁷; keza pragmatik doğruluk kavramı da düşünceyi ilerletmesi noktasında araçsal bir doğruluğu imlemektedir²⁸.
- (iv) *İşlenebilirlik (Workability)*: James, doğruyu "düşünme yolumuza elverişli olma" olarak niteler. Bunun anlamı, bir fikir veya kavramın doğruluğunun onun "tat- min edici şekilde çalıştırılmasının" doğru olduğuna inanıp inanmamaya bağlı olduğudur. James, pragmatizm kelimesini henüz felsefi alana sürmeden önce- ki bir eseri olan 1897 tarihli *The Will to Believe*'de "En doğru hipotez, en iyi 'işleyen'dir", der²⁹.

22 LIND, 1999, s. 678

23 PEİRCE, Charles Sanders, "How To Make Our Ideas Clear", *Illustrations of the Logic of Science II*, **Popular Science Monthly**, Vol.12, January-1878, ss. 286-302, <https://goo.gl/w0lJs> (Çevrimiçi: 01/02/2017) Ayrıca bkz. CORNFORTH, Maurice, "Pragmatizm", (çev. Tonguç Ok), **Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırğanlığın Teo- risi- Amerikan "Felsefesi"**, Doğa Yay., İstanbul, 2005, ss. 47-97, s.47

24 LIND, 1999, s. 679

25 KARAKAŞ, 2015, s. 18.

26 KARAKAŞ, 2015, s. 19.

27 JAMES, 2015, s. 65.

28 JAMES, 2015, s. 68.

29 Aktaran: KARAKAŞ, 2015, s. 11.

I.II. Pratik Fark ve Pragmatik Doğruluk Üzerine

Pragmatizmin James ile birlikte ortaya konan “doğruluk” ve “pratik fark” kavramları, gerek hukukun klasik tümdengelsel pratiğinde, yani metodik olarak hukuk kurulumunun bulunması ve tatbikinde, gerekse hukukun gelişimi noktasında önemli oldukları görülecektir.

James, doğruluğu, deneysel olarak inşa olunan, düşünceler arasında bağlantı kuran ve eski ile yeni düşünceleri uzlaştıran düşünceyi ilerleten araçsal ve işlevsel bir kavram olarak görür:

[D]üşünceler (ki deneyimlerimizin parçalarından başka bir şey değildirler), yalnızca deneyimlerimizin diğer parçalarıyla tatminkâr ilişkilere girmemi-ze, onları toparlamamıza ve tikel görüngülerin sonu gelmez peşisıralıklarını izlemek yerine deneyimlerimizin parçalarının birinden diğerine kavramsal kestirmeler kullanarak geçmemize yardım ettikleri ölçüde DOĞRU olurlar.³⁰ (v.e.)

Tabir caizse üzerine binebileceğimiz bir düşünce, deneyimlerimizin bir parçasından bir başka parçasına bizi başarılı bir şekilde taşıyan, şeyleri tatminkâr biçimde birbirine bağlayan, sağlamca çalışan, basitleştiren, iş tasarrufu sağlayan düşünce, bu oranda ve derecede, ARAÇSAL OLARAK DOĞRUDUR. Bu, .../... düşüncelerimiz açısından düşüncelerin “çalışma” gücü olduğunu ifade eden, “araçsal” doğruluk görüşüdür.³¹ (v.e.)

Yeni bir fikir, yalnızca deneysel açıdan yeni olanı kişinin stokunda bulunan inançlarla benzer kılma arzusunu tatmin ettiği ölçüde “doğru” sayılır. .../... Bütünüyle nesnel, oluşumunda eski deneyim parçalarını yenileriyle uzlaştıran insanı tatmin etme işlevinin hiçbir rol oynamadığı bir doğruluk hiçbir yerde yoktur. Birşeyleri doğru diye adlandırmamızın nedeni, onların ne dolayısıyla doğru olduğudur, çünkü “doğru olmak” bu uzlaştırma işlevini yerine getirmek demektir.³²

Dewey ve Schiller’i savunurken, felsefede “rasyonalist mizacı” ister istemez pragmatist mizacın karşısında konumlandığını belirterek, pragmatik doğru kavramının karşıtı olarak addettiği rasyonalizmin nesnel doğrusunu şöyle izah eder:

[N]esnel doğru, araçsal olmayan, kibirli, zarif, uzak, heybetli, ulvi bir şeye tekabül etmelidir. Nesnel doğru, fikirlerimizin mutlak bir gerçekliğe mutlak olarak uygunluğu olmalıdır. O, koşullardan bağımsız olarak düşünmemiz gereken bir şey olmalıdır. Düşüncemizin koşullarca belirlenmiş biçimleri

30 JAMES, 2015, s. 68.

31 JAMES, 2015, s. 68.

32 JAMES, 2015, s. 71-72.

*uygunluktan yoksun olup psikolojinin alanına girerler. Tüm bu meselede, kahrolsun psikoloji, yaşasın mantık!*³³

Buna karşılık pragmatist, “olgulara ve somutluğa bağlı kalır, doğruyu tikel örnekler üzerinden iş görürken gözlemler ve genelleştirir. Ona göre doğru, deneyimde çalışan belli değerleri ifade eden bir cins isimdir.”³⁴ James, pragmatizmin bir metot olmak hüviyetiyle, (özellikle “eski/kadim” ile “yeni” arasında) uzlaştırıcı, teorilerimizi esnekleştirici, inatçı olmayan, dogmasız, önyargısız ve ılımlı karakterinden bahsettikten sonra doğruluk bahsine şu şekilde nokta koyar:

*Pragmatizmin doğruluğua ilişkin yegâne testi şudur: Doğru bize en iyi şekilde yol gösteren, yaşamın her parçasına en iyi şekilde uygunluk gösteren ve hiçbir şeyi dışarıda tutmaksızın deneyimlerin gereklerinin bir aradallığını mümkün kılandır.*³⁵

Rasyonalizmin doğrusu sabittir, ona varıldığında mutlak düşünsel dengeye ulaşılmış olunur. Pragmatizm ve rasyonalizm, doğrunun düşünce ve gerçeklik arasındaki uyum niteliği olduğu hususunda uzlaşırlar. Aralarındaki kavga “gerçeklik” konusunda çıkar³⁶.

Doğruluğun anlamını teşhis eden husus ise pratik farktır. Doğruluk kendisini ancak bu fark dolayısıyla bilinir kılar.³⁷

*Kabul edelim ki bir inanç ya da düşünce doğru olsun, bu durum kişinin fiili yaşamında nasıl bir somut farka yol açacaktır? Doğruluk nasıl fark edilecektir? İnançın yanlış olması durumunda ortaya çıkacak olanlara göre hangi deneyimler farklı olacaktır? Kısacası deneysel anlamda doğruluğun nakdi değeri (cash-value) nedir?*³⁸

Pratik fark, James’in açıklaması doğrultusunda, pragmatizmin felsefedeki amacı ve konumunu da teşhiste sihili kavram olarak işlev görür;

*Felsefenin bütün işlevi, dünyaya ilişkin şu veya bu açıklamanın doğru olmasının, yaşamımızın belirli anlarında siz veya benim için ne türden bir sarıh fark yaratacağını bulmak olmalıdır.*³⁹

33 JAMES, 2015, s. 74.

34 JAMES, 2015, s. 74.

35 JAMES, 2015, s. 81.

36 JAMES, 2015, s. 150-1.

37 JAMES, 2015, s. 152.

38 JAMES, 2015, s.1 51.

39 JAMES, 2015, s. 63.

Aşağıdaki bölümlerde ele alacağımız mesele de, özü itibariyle, Amerikan hukukçularının karar verme teorilerindeki doğruluk kıstasının özü itibariyle pragmatik olduğunun aydınlatılması olacaktır. Bu doğruluk, hem içtihadi birikimin (yani eskinin) hukukta ilerleme (yeni toplumsal sorunlara cevap üretebilme) doğrultusunda ne derece kullanılabileceği, hem de bunun empirik olarak ne derece işlevsel olabileceğiyle ilgili olacaktır.

I.III. Common Law'a İzafe Edilen Pragmatik Karakter

William James'e göre pragmatizm, İngilizce düşünen dünyanın düşünme biçimini temsil etmektedir⁴⁰. *Pragmatizm* eserinin, kıta felsefesi ve rasyonalist geleneğine karşıt bir tonda yazıldığı hemen ilk sayfalarından sezilir. Bu izlekte, pragmatizmin temsilen atfedildiği İngiliz düşünce tarzı ile Ango-Sakson hukuk düşüncesinin altında yatan temel düşünce öğelerinin de bazı noktalar üzerinden paralellığı sorgulanabilir. Örneğin Tigar, *Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk* başlıklı çalışmasında, 17 ve 18'nci yüzyıl İngiliz ve Fransız devrimlerinin toplumsal değişim talepleri ve hukuk ideolojisini biçimlendiren çıktıkları üzerinde dururken şöyle yazar:

Diderot'nun "parçalanmış putlar" imgesi ile Coke'un "eski topraklar yeni ürünler vermeli" benzetmesi köklü biçimde farklıdır. İngiltere ve Amerika'daki Ortak Hukuk yargıçları ve yazarları Coke'un yaklaşımına sahiptirler. Yargıç Holmes geçen yüzyılda şöyle yazıyordu: "Hukukun ne olduğunu bilmek için, eskiden ne olduğunu ve ne olabileceğini bilmek gerekir." Holmes yasakoyucunun değişmesiyle, yeni kurallar konulmasını değil, yargıçların ve hukukçuların yeni gereksinimleri karşılamak için eski uygulamalardan yeni kurumlar yaratmasını anlar.⁴¹

Geçmişle yani içtihatla kopmayan bağ, güven gereksinimi kaynaklıdır. Bu da sonuç itibariyle, uzlaşma, uyum ve reforma kapı açar⁴². Böylece "Devrim" yerine "Evrim" terimi öne çıkar. Zira bizim yeni bir merhale olarak bir fikri ortaya atmamız ve onun atılmış olduğu alandaki tutunumu (adaptif özelliği), onun işlerliği ve pratik kabiliyeti gibi etmenlere bağlı olarak şekillenir. Aksi durumda, yeni bir merhale olarak atılan söz konusu adım, eskinin düşünce birikimi tarafından sökülüp atılır.

Pragmatizm geleceği geçmişten farklı kılmak arzusu ve birini diğerinin üzerine devirme korkusuyla canlandırılmıştır.⁴³

Dolayısıyla yukarıda izah ettiğimiz unsurlar, hukuki pragmatizm açısından da işlerlik

40 KARAKAŞ, 2015, s. 22; Karşılaştırınız: JAMES, 2015, s. 65.

41 TIGAR, Michael E./ Levy, Madeleine R.; *Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk*, (çev. Onur Karahanoğulları), Epos, Ankara, 2016, s. 276.

42 TIGAR / LEVY, 2016, s. 277.

43 BACON, 2010, s. 14.

arz edecek ve farklılaşmış formlarda da olsa değerlendirme kıstasları teşkil edecektir. Hukuki bir pragmatizmin Anglo-Amerikan hukuk sistemi açısından benimsenebilir olmasının diğer boyutu, bu sistemin Kıta Avrupası Hukuku sistemlerine nazaran üniversite çevreli teoriden ve doktrinden ziyade yargıçla yani uygulamayla bağlantılı gelişiminden kaynaklıdır. Bir fark da, kurallar yönletimli bir hukuk yerine emsal kararlar yönletimli bir hukukun yapısal koşullarda mevcudiyetinden öte gelir. İlk durumda yasama aktivitesi, soyut, düzenli, bilimsel ve kurala göre işleyen bir hukuk sistemi söz konusu olurken, ikincisinde vakıa bazlı işleyen, düzensiz, deneyimsel, somut ve gerektiğinde hakkaniyete göre işleyen bir hukuk sistemi söz konusu olur⁴⁴.

Gelişim süreci izlendiğindeyse, yine pragmatizmin en başından beri hukuk ile bağlantılı bir seyir içinde olduğu görülür. Pragmatik metodun formüle edildiği süreçte Peirce, Massachusetts ve Cambridge'de "*Metaphysical Club*" olarak adlandırılan bir grup entelektüel ile dirsek teması içerisinde olmuştur ve bu klübün birçok üyesi hukuk üzerine çalışmalar yürütmüştür. Bunların arasında Oliver Wendell Holmes ve Nicholas St. John Green gibi tanınmış hukukçular da yer almıştır.

Metafizik Klübü'nden Jeremy Bentham'ın ateşli bir takipçisi olan Nicholas St. John Green, haksız fiil hukukuna ilişkin çalışmalar yapmıştır. Pragmatizmin, Bentham'ın faydacı teorisi ile örtüşebilir şekilde, kavramların (concepts), pratik sonuçlarına göre bir mukayeseye dayandığı araçsal bir özelliği olduğunu tespit etmiştir. Bunun doğrultusunda, Green yargısal kararlara eleştiri getirir ve *emsal kararlara uyma (stare decisis)* doktrinine karşı durur. Oturmuş belirli *Common Law* kurallarının kurgusal karakterini ortaya koymaya girer. Örneğin, haksız fiil sorumluluğu için "yakın" (*proximate*) ve "uzak" (*remote*) illiyet bağı tespiti gibi belirli hukuki prensipleri sanki -değerlendirme kıstasları değil de, bir emin olma derecesini tanımlayan- bilimsel aksiyomlar mışçasına uygulayan kesinlikçi yargıçları alaya alır⁴⁵. Fakat Green'in söylemindeki bu sert, yıkıcı ve devrimci ton, daha sonraki pragmatist hukukçularca yumuşatılmış, evrimci boyuta boyuta yaklaştırılmıştır.

Pragmatizmin Amerikan hukukunda Holmes ve Green'den başlayarak, bugün Richard Posner'a varan şekilde, pek çok yargıç ve hukukçu akademisyende açıkça görülebilir izleri olmuştur. Örneğin Amerikan Hukuku'na en büyük katkısı *sosyolojik hukukbilimi*'nde hukuki kurum ve öğretilerin toplumsal etkileri üzerine yoğunlaşan Roscoe Pound hukukun evrimsel gelişimini pragmatik biçimde şematize etmiştir. Hukukun gelişimini beş bölüme ayırmıştır ve her safha pratik bir amaç veya netice ile karakterize edilmiştir⁴⁶. Biz

44 ATIYAH, P. S.; **Pragmatism and Theory in English Law**, Stevens & Sons, London, 1987, s.2, 6-7.

45 LIND, 1999, s. 679

46 Birinci safhada "ilkel hukuk" ("primitive law") temel bir hukuk düzeni ile neticelenmiştir; ikinci safhada "katı hukuk" ("strict law") yeknesak ve kesin hukuki düzenin teminine odaklı gelişmiştir; Üçüncü safha "hakkaniyet ve doğal hukuk" ("equity and natural law") katı hukukun temel ahlaki düşüncelere göre yumuşatılması çerçevesinde gelişmiştir; Dördüncü sıradaki "hukukun olgunluğu" ("maturity of law") safhasında ise kesinlik tekrar en ağır basan yönelim olmuş ve "hukukun kendi başına yeterliliği" olan (self-sufficient) canlı bir yapı olabilmesi temel mesele haline gelmiştir. Bu açıdan temel tartışma, hukukbilimsel olmaktan ziyade siyasaldır. Sistematik ve formal ilerlemeleri hariç tutarsak, yaratıcı yasa yapımı (creative lawmaking) açısından negatif bir eğilim söz konusudur; "nasıl yasa yapmamalıyız ve hangi konular üzerinde yasa yapımızı frenlemeliyiz". Be-

bu makalede, örneklerini John Chipman Gray'den Felix Cohen'e kadar verebileceğimiz⁴⁷, izlerini Ronald Dworkin'in zincirleme roman ("chain novel") olarak hukukun yargıçlarca tatbikine kadar sorgulayabileceğimiz pragmatik tesiri, sadece Holmes ve Cardozo öze- linde inceleyeceğiz. Ancak pragmatizmin etkisindeki bu iki hukuçudan evvel, hukuku pragmatik olarak düşünüp yazmış bir felsefeci olan Dewey'nin öz biçimde ele alınması hukuki pragmatizmin unsurlarının keşfi açısından işimize yarayacaktır.

I.IV. John Dewey'nin Hukuk Felsefesi

Felsefi pramatizmin önde gelen temsilcilerinden John Dewey, pragmatist felsefe içinde hukuka dair çalışmalar yürütmesi itibarıyla kendini diğer pragmatist filozoflara göre farklı kılar⁴⁸. Bu bakımdan pragmatik bir bakış açısının hukuka dair çıktılarının serim- lenmesi açısından Dewey önemlidir. Ayrıca onun Holmes'u takibinin ve ortak paydası- nın görülmesi ve devamında Cardozo ile pragmatik ortak paydanın anlaşılır kılınması, hukuki pragmatizm olarak izah edilebilecek bir içeriğin doldurulması açısından faydalı olacaktır.

Genellikle göze çarpmayan ve akademik hayatının ilk yıllarında kaleme aldığı "Anthropology and Law" başlıklı kısa denemesinde Dewey'nin açık biçimde Holmesçu bir bakış açısına sahip olduğu ve hukuku pragmatik bir kurum olarak gördüğü söylene- bilir. Ona göre, hukuki prensipler keşfedilmesi beklenen soyut bir alanda öncel olarak var olmazlar. Tersine, somut problemlere pratik karşılıklar olarak vücuda gelirler. Yine, kanunlar pratik kullanırlıklarına göre modifiye edilir ve devamlılıkları değişir⁴⁹.

[K]urallar eski geleneklerin tarihsel çocuklarıdır, doğal seleksiyonun etkin- liği neticesinde muhafaza edilir ya da dönüşüm geçirirler. .../... Bir hayvan organı gibi her yeni kurum eskinin bir dönüşümüdür. Devamlılık hiçbir za- man kesintiye uğramaz, eski olan hiçbir zaman tek bir hamlede yok olmaz

şinci sayfayı ise "hukukun toplumsallaştırılması" ("socialization of law") olarak görmüştür ve burada normatif toplumsal amaçlar güçlü duruma gelmiştir. Pound'a göre bu sayfaları, dolayısıyla hukuku anlamak, tüm bu - sosyal düzeni idame ettirmek amacındaki potansiyel çatışmacı iradelerin uyumlaştırılmasına yönelik- somut süreçte pragmatik yaklaşımı gerektirir. Hukuki kurallar evrensel ve soyut prensipler olarak düşünülemez. Onlar, "deneyimi temsil eder, deneyimin bilimsel formülasyonları ve formülasyonların mantıksal gelişimidirler". Bkz. POUND, Roscoe, **An Introduction to The Philosophy of Law**, 4th print., Yale University Press, USA, **1930**, s. 59-60; LIND, **1999**, s. 680

47 Yörükoğlu, "pragmatik enstümantalist" hukukçular olarak nitelendirdiği pek çok Amerikan hukukçusunu 1982 tarihli çalışmasının inceleme kapsamına almıştır. Bu hususta bkz. YÖRÜKOĞLU, Ömer, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakül- tesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

48 Dewey'nin bu yönü Türkçe literatürde özellikle iki eserde detaylı bir biçimde işlenmiştir. Bkz. YÖRÜKOĞLU, **1982** ve FURTUN, Ayşen, **John Dewey'nin Pragmatist Felsefesinin Hukuk Teorisine Yansımaları**, Yayımlan- mamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992.

49 DEWEY, John, "Anthropology and Law", **The Inlander**, vol.3, no.7, University of Michigan, **1893**, s.305- 308 (Açık Erişim: <https://goo.gl/Rdz7Q1>), s.305-308 (Türkçesi için bkz. DEWEY, John; "Antropoloji ve Hukuk", Çev. Muzaffer Dülger, **Hukuk Kuramı**, C. 4, S. 2, Mart-Nisan **2017**, ss. 35-40, <http://www.hukukkurami.net/ antropoloji-ve-hukuk>); LIND, **1999**, s. 680

ve yeni olan da hiçbir zaman ab initio [başlangıçtan bu yana aynen var olan] bir varlık olmaz. Bu temel bir morfoloji sorunudur. Bununla birlikte tarihsel süreğenlikteki modifikasyon sürecini kontrol eden, o kurum yahut organın pratikte kullanılabilirliğidir. Bu öyle bir psikolojik yasadır ki tüm tarihin altında yattığı söylenebilir. Buna göre zihin sadece eylem içine alınmış ve kullanım alanı içine dahil edilmiş bir şeyle meşgul olabilir.⁵⁰

Dewey'nin gene benzer fikirler ekseninde daha sonra kaleme almış olduğu diğer yazısı "Hukuk Felsefem"deki temel görüşlerini de şöyle sıralayabiliriz. Daha önce zikrettiğimiz pragmatizmin pratik fark kavramı ile hukuk tarihi araştırmasının önemli bir bağlantısı vardır. Pragmatik hukuk tarihi anlayışı ve bu minvalde kök duruma yöneliş, hukukun evrimindeki pratik fark atlamalarını teşhise yarar⁵¹. Hukuk felsefeleri, tarihsel olarak ortaya çıktıkları dönemin toplumsal hareketlerini ve bakış açılarını yansıtır; ve "her bir felsefe, yansıttığı toplumsal hareket ne kadar değerliyse o kadar değerlidir ve felsefeler arasındaki uyumsuzluklar da bunların yaşamsal gerçekliklerinin göstergesidir."⁵² Eylem için geliştirilmiş bir sistem olarak hukuk, ancak eylem içinde ve eylemle ilgili biçimde sınanabilir; "Hukuk tepeden tırnağa toplumsal bir olgudur. Kökeninde de toplumsaldır, amacında ve hedefinde de toplumsaldır, uygulamada da toplumsaldır."⁵³ Hukuki uygulama, hukuk kuralının sonrası değil, parçasıdır; aynı anda doğar ve dönüşürler. Örneğin bir kuralın üretilmesiyle birlikte statüler değişir ve dönüşür, bu da uygulama kavramına dahildir.⁵⁴ Hukuk toplumsal süreçler içinde şekillenirken, aynı zamanda o süreçlerin yapısını da oluşturur, bir dere kenarının akan suya yön vermesi gibi onlara yön verir⁵⁵. Hukukun toplumsal dönüşüm ile karşılıklı fonksiyonu bahsinden sonra kaynağına dair önemli bir yorum getiren Dewey, egemenliğin hukukun kaynağı olarak görülmesine zemin hazırlayan analitik/pozitivist görüşün eleştirisine girişir. Egemenlik, dışsal bir kaynağa atıfla temellendirme gereksiniminden dolayı hukukun kaynağı olarak görülmüştür; oysa ki hukuk, toplumsal etkinliklerin bizihi içinden kaynaklanır ve bu noktada egemenlik gibi dışsal bir fiksiyon üretilmesine gerek yoktur. Egemenlik, kaynak çokluğu içinde sadece bir unsur teşkil eder. Egemenliği hukukun kaynağı olarak gören Austinci kuram, temeli itibariyle siyasi olan yasama aktivitesini ön planda tutar ancak Dewey siyasi etkinliklerin ekonomik faktörlerle bağlantılı yorumlanması eğiliminin artmaya başlamasıyla birlikte bu kuramın da gücünü yitirmiş olduğunu belirtir⁵⁶.

50 DEWEY, 1893, s. 308.

51 Bkz. DEWEY, John, "Hukuk Felsefem", (çev. Furkan Kararmaz), **Hukuk Kuramı**, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, s.30-38, s. 31. (Açık Erişim: <https://qoo.gl/57EXXv>)

52 DEWEY, 2016, s. 31.

53 DEWEY, 2016, s. 32.

54 DEWEY, 2016, s. 33

55 DEWEY, 2016, s. 34.

56 DEWEY, 2016, s. 35, FURTUN, 1992, s. 83.

*Hukukun kaynağına ilişkin Austinci kuramın, hukuki kural ve düzenlemele-
ri, geleneklerin yargı kararları içerisinde yorumlanışının görece öngörül-
memiş sonuçlarındansa amaca yönelik bilinçli eylemlerin alanına çekmeye
yönelen bir hareketin ussallaştırılmış bir onaması olduğu söylenebilir.⁵⁷*

II

Oliver Wendell Holmes'te Hukukun İzleği

Hukuk ile kastetmiş olduğum şey, mahkemelerin
fiiliyatta ne yapacağı hakkındaki kehanetlerdir...⁵⁸

O. W. Holmes Jr. - *The Path of Law*

Hukukun yaşamı idamesi mantık değil deneyimdir.⁵⁹

O. W. Holmes Jr. - *The Common Law*

1902'den 1932 yılına kadar, tam otuz yıl Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi yar-
gıcı olarak görev yapmış ve Amerikan hukuk teorisini çokça etkilemiş bir hukukçu olan
Oliver Wendell Holmes Jr.'ın (1841-1935) hukuk teorisinde onu "pragmatist" olarak
nitelendirebileceğimiz derecede pragmatik öğeler bulunmakla birlikte, bunun açıklığı
sorgulanabilir; bu biraz da pragmatist terminolojiyi yapıtlarında çok fazla kullanmama-
sından öte gelir. Zira William James aynı başlıklı eseriyle (1907) "pragmatizm" sözcü-
ğünü felsefi literatürde sirkülasyona sokmadan önce Holmes hem *Common Law* (1881)
isimli devasa eserini, hem de "*The Path of Law*" (1897) başlıklı ünlü makalesini çoktan
yayınlamıştır⁶⁰.

Holmes'un pragmatist düşüncesi, onun genel hukuk teorisine de şekil vermektedir.
Dolayısıyla onun genel hukuk teorisi bahsinde hukuk kavramının içini ve özneliklerini
belirlerken, bir yandan da pragmatik bir pratik hukukçu olarak onun hukuka yaklaşımına
(ki özde çoğu pragmatik karakterdedir) da temas etmiş olacağız.

Öncelikle Holmes'un bir hukuk teorisyeni olarak vasıflarının, genel olarak, aksiyolo-
jik açıdan Benthamcı⁶¹, metodolojik açıdan tarihselci-evrimci⁶², emprisist (deneyimci)⁶³

57 DEWEY, 2016, s. 35.

58 HOLMES Jr, Oliver Wendell, "The Path of Law", **Harvard Law Review**, Vol. 10, No. 8, 1897, ss. 457-478, s.461

59 HOLMES Jr., Oliver Wendell, **The Common Law**, Little, Brown and Co., Boston, 1881, s. 1.

60 HAACK, 2012, s. 13.

61 Buna göre, "iyi", toplumun çoğunluğunun talebinde kendini gösterir. Bkz. HOLMES, 1897, s. 457; Karşılaş-
tırınız: YÖRÜKOĞLU, 1982, s. 34, 36.

62 Bkz. DEWEY, 1893, s. 305-308; HOLMES, 1881, s. 26-29.

63 Holmes, pragmatizmin teoriden tiksinen tavrını kendi metinlerinde de sergiler: "Teori, at arabasını atın
önüne almaya eğilimlidir..." HOLMES, 1897, s. 458. Karşılaştırınız: ATIYIAH, 1987, s. 5.

ve yanılabilirci (fallibilist) olduğu söylenebilir. Bu nitelikler Holmes tarafından uyumluluk içinde biraraya getirilmiştir. Epistemolojik açıdan onun genel düşünce yapısına şekil veren unsurlardan biri olan *yanılabilircilik* (*fallibilism*) hakkında Holmes şunu der;

*Chauncey Wright, hemen hemen unutulmuş olan bu filozof, gençliğimde bana evren üzerinde zorunlulukla konuşulamayacağını, çünkü onun zorunlu olup olmadığının bilinmeyeceğini öğretti.*⁶⁴

Zira Holmes'a göre her hukuk sistemi yere ve zamana göre karakter kazanır ve sürekli evrimsel bir değişim ve dönüşüm içindedir⁶⁵. Kurumların bu evrim içinde iyiye yahut kötüye evrileceği hususunda kesin bir yargıda ise bulunulamaz⁶⁶. Holmes hukukun tarihselci bir bakış açısıyla kökensel nüvelerine gidilebileceğini inkar etmez⁶⁷, bunlar hukukun a priori'leri olarak da telakki edilebilir, ancak bunların ahlaki niteliği değerlendirilemez. Bu noktada Holmes, kendisine çok fazla yakıştırılan şekilde bir moral şüpheci değildir, moral fallibilisttir, yani ahlaki bilginin kesinliğine ulaşmanın imkansız olduğunu düşünür, bu onun *evrimselci* düşüncesiyle de uyumludur, ayrıca ahlakın *deneyimsel* olduğu teziyle de.⁶⁸ Yani biz bu noktada yanılabilirciliği, evrimciliği ve deneyimciliği tutarlı bir biçimde biraraya getirmiş bir Holmes ile karşı karşıya oluruz. Bu onun ahlak-hukuk ilişkisine dair görüşlerini de biçimlendirir. Holmes'a göre hukuk ahlaki kavrayışlar üzerinden tanımlanamaz, tanımlanma noktasında çeşitli hukuk sistemlerindeki o sistemlere özgü hukuki pratikleri aşamaz ve tümdengelimde başvurulacak bazı aksiyom ve birincil ilkelerin yekunu olan bir yapıya çok az derecede benzerlik gösterir, dolayısıyla tanım içeriği genel kavramlardan ziyade partiküler öğelerden oluşur⁶⁹. Hukuk ile ahlakın ilişkiseliliğini, fakat bilimsel bir noktadan yaklaştığımızda ayrılmaları gerekliliğini şu şekilde izah etmiştir:

Hukuk, ahlaki yaşamımızın ortaya koyduğu delili ve haricen bıraktığı tortusudur. Onun tarihi, ırkın ahlaki gelişiminin tarihidir. Onun pratiği, popüler küçük görme eğilimlerine rağmen, iyi insan ve iyi yurttaş yapmaya dönüktür. Bendeniz hukuk ile ahlak arasındaki farklılığı vurguladığımda, tek bir maksatla bunu yapmaktayım, bu da hukukun öğrenilebilmesi ve anlaşılabilmesidir. Bu amaç için onun kendine has izlerini kesinlikle iyi bilmemiz gerekir.../... Söylediğim şey, söz konusu ayrımın, ilgili olduğumuz nesne konusunda öncelikle önemli olduğudur. .../... Hukuk, ahlaktan alınan bir deyimler biliminden (phraseology) ibarettir ve dilin saf gücü vasıtasıyla mütemediyen bizi algılayamayacağımız şekilde bir alandan diğerine geçişe

64 Aktaran: WELLS, **1986**, s. 27

65 HAACK, **2012**, s. 16.

66 HAACK, **2012**, s. 23.

67 Örneğin Common Law kitabının gerek sorumluluk gerekse ceza hukuku ile ilgili bölümünde (ki bu bölümler genel hukuk teorisini kurucu nitelikte olup kitabın ilk iki bölümünü oluşturur) bunların kökensel unsurunun "İntikam" olduğundan bahseder. Bkz. HOLMES, **1881**, s. 39.

68 HAACK, **2012**, s. 23.

69 HAACK, **2012**, s. 14-15.

davet eder, öyle ki aklımızın önüne koyduğumuz daimi ve sabit bir sınırimız olmadığı sürece biz [ne] yaptığımızdan emin olamayız.⁷⁰

Holmes'un hukuki formalizm eleştirisi, pragmatistlerin felsefi mutlakçılığa reddiyelerine paraleldir. Hipotezlerin, "beklenen" sonuçlarına göre test edilmesi hakkında pragmatizmin araçsalcı, işlerlikçi ve öngörüye dayalı sonuçsalcı vurgusu ile benzerlik gösteren "The Path of the Law" adlı denemesi, hukukun öngörüsül teorisini (*The Prediction Theory / Predictivism*) ortaya koyar⁷¹.

Eğer hukukun ... ne olduğunu bilmek istiyorsanız, ona kötü adamın gözünden bakmanız gerekir; öyle ki o kötü adam sadece kendi bilgisi doğrultusunda hukukun öngörülebilir mahiyetteki maddi neticeleri ile ilgilidir. Hukuka iyi adamın gözünden ise bakmamak gerekir, keza o bilincin belli belirsiz ve muğlak izni dahilinde yer alan davranış nedenlerini bulgular; öyle ki bunlar hukukun içeriğine dahil de olabilir, tersi de.⁷²

"Kötü adam" hukukun soyut kısmıyla değil somut ve icraat içindeki kısmıyla ilgilidir. Dahası, hukukun kaynakları olarak kurallar, ilkeler ve emsal kararlar birden fazla yoldan gidilerek yorumlanmaya müsaittir, yani açık-yapılıdır (open-texture). Dolayısıyla kötü adam bunların yargıç tarafından nasıl yorumlanacağını bilmek ister, özde ne olduklarıyla ilgilenmez⁷³. Yani kötü adam pragmatik açıdan hukukun özü ile değil, kendisinin işiyle ne derece alakalı (faydalı yahut zararlı) işleyeceğiyle ilgilidir.

Hukuk üzerine çalıştığımızda bir gizem üzerine çalışmamaktayız, gayet bilinir bir uzmanlık üzerine çalışmaktayız. Yargıçlardan evvel bize görünür olmasını arzu edeceğimiz şey üzerinde çalışmaktayız, ya da insanlara onları mahkemeden uzak tutmaya yarayacak tavsiyeler üzerinde. .../... O halde bizim uğraşımızın amacı, mahkemenin aracılığıyla işleyecek kamu gücünün isabeti ile ilgili öngörü (prediction) [elde edebilmektir].⁷⁴

Öngörü teorisi, Holmes'i hukuki realizm akımının önemli bir öncüsü kılmakla birlikte⁷⁵, bu yaklaşımın pragmatist bir içeriği de söz konusudur. Örneğin Haack, Holmes'in ve Peirce'nin aşağıda yer alan kıssalarını birbiriyle paralel görür⁷⁶:

Hukuki ödev, kişinin belli şeyleri yerine getirmesi yahut savsaklaması durumunda bir mahkemenin yahut hukuki bir hakkın hükmü doğrultusunda

70 HOLMES, 1897, s. 59-60

71 LIND, 1999, s. 679

72 HOLMES, 1897, s. 459

73 HAACK, 2012, s. 15

74 HOLMES, 1897, s. 457

75 HAACK, 2012, s. 14 ve 15

76 HAACK, 2012, s. 13.

bu veya şu şekilde yaptırma maruz kalacağına dair bir öngöründen başka bir şekilde dile getirilemez. [Holmes]⁷⁷

Bizim kavrayışımıza dahil olan nesneyi tasavvur etmek, onun makul biçimde pratik yönlerini oluşturabilecek etkilerinin ne olduğunu düşünmektir. Böylece bizim nesneyi kavrayışımız, tamtamına onun etkilerini kavrayışımızdır. [Peirce]⁷⁸

Türkçe literatürde öngörü teorisi, normativist pozitivizmin hukukta kaynak teorisi-ne muadiliyet arz eder biçimde, bir "hukuki geçerlik" meselesi bağlamında değerlendirilmiştir⁷⁹. İlişkili olmakla birlikte, öngörü teorisinin yöneliminin daha farklı alanlara açıldığı Cardozo'da yargıcın karar verme teorisi bağlamında daha belirgin hale gelecektir: Bir yargı kararının hukuk alanındaki tutunumu (*adaptive capacity*), emsal oluşturabilme niteliği, bir hukuki boşluğu doldurabilme yahut bireysel veya sosyal bir gereksinimi karşılayabilme kapasitesi vs hususlar bir hukukçunun (yargıcın) öngörüsüyle ve buna bağlı olarak uygun kuralı ve yöntemi bulup tatbikiyle alakalıdır.⁸⁰

Öngörünün özü itibarıyla bir kabiliyet olması nedeniyle Holmes'un tarihselci bakış açısının, hukuk genel teorisini tutarlı kıldığını ifade etmemiz gerekir. Öngörü ile tarihsel bilgi arasında sıkı bir ilişki vardır⁸¹. Holmes, bu noktada gerek empirist, gerekse tarihselci-evrimci bakış açısını yansıtır şekilde ve özellikle de pragmatizmin dün ile yarın arasındaki bağa odaklanımını örnekler biçimde şunları der:

Hukuk, bir ulusun yüzyıllar süren ilerleme öyküsünü somutlaştırır ve onunla sanki aksiyomlar ve bunların neticelerini içeren bir matematik kitabıymişçasına alakadar olunamaz. Onun ne olduğunu bilebilmek için, onun ne olageldiğini ve ne olma eğiliminde olduğunu bilmek mecburiyetindeyiz⁸².

Dolayısıyla hukuk, toplumsal değişime karşı bir tepki-gelişimdir, mukabeledir⁸³ ve bu da doğaldır. Bu mukabele sürecini de çatışmacı bir içerikte temalar Holmes. Ona göre hukuk, toplumsal grupların çıkarlarını canavarca olmayacak biçimde, yani medeni

77 HOLMES, **1897**, s. 458.

78 Peirce'nin "How To Make Our Ideas Clear" isimli ünlü yazısından aktaran: HAACK, **2012**, s. 13

79 YÖRÜKOĞLU, **1982**, s. 105-129.

80 Zira bir hukuk kaidesinin iyi işleyip işlemediği de onun muhtevasının iyi bilinmesi ile mümkün değildir, kaidenin tatbiki ile hasil olacak uzak ya da yakın sosyo-ekonomik neticelerin de araştırılması Cardozo'da özellikle vurgulanacaktır. GÜRKAN, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Anlara, **1961**, s. 106.

81 YÖRÜKOĞLU, **1982**, s. 112-113. Bunun ehemmiyet kazanmasında Amerikan hukukunun içtihadı birikimle şekillenen yapısal özelliği de etkilidir. Bkz. YÖRÜKOĞLU, **1982**, s. 114.

82 HOLMES, **1881**, s. 1

83 HOLMES, **1897**, s. 464.

toplumlara özgü şekilde, yarıştırdıkları bir arenadır⁸⁴. Bu yüzden yargıca biçtiği rol, daha sonra Cardozo'nun da özel olarak ele alıp işleyeceği üzere, uyumsuzluk konusu çıkarlar arasında, bir ölçüye göre seçim yapmaktır. Bu noktada yargıcın aksiyolojik olarak yöneleceği "iyi" Holmes'e göre toplumun çoğunluğunun düşüncesinde bulgulanabilir⁸⁵. Bu noktada çoğunlukçuluğunu da "fikirlerin serbest piyasası" fikriyle besler; yani toplum içinde tartışılması gereken değerler vardır ve bunlar yarış halindedir, güçlü olan çoğunluğu alır⁸⁶.

Nominalizmin İngiliz felsefesine karakter kazandırdığı çokça zikredilmiş bir husustur. Yine bunun izleri pragmatizmin tikellere verdiği önemde de görülebilir⁸⁷. Holmes de "genel kaziyelerin somut hususlar hakkında karar vermeye yeterli olmadığı" yönündeki görüşü de bu bakış açısını yansıtır⁸⁸. Dolayısıyla partikülarizm, hukuk-ahlak ayrılığı (dolayısıyla Amerikan kurucu siyasal felsefesindeki doğal hukukçu ve Blackstonecu egemenliği yeni sosyal şartlara adaptasyon amacıyla yıkıp yeni bir teori geliştirme ihtiyacı), Benthamcılık, emprisizm ve yanılabilirlik (yani mantıklılık ve formalizm karşıtlığı), tarihsel-evrimcilik ve hukuki belirliliğin olamayacağına kâni olma yani öngörü teorisi Holmesçuluğun önemli öğelerini oluşturmaktadır ve bunların pek çoğu pragmatik bir karakterde şekillenmiştir. Holmes bunun atılımını yapmış, Cardozo söz konusu teorinin önemli nispette temsilciliğini sürdürmüş fakat bunu özel olarak yargıcın karar verme (*adjudicaiton*) teorisi açısından ve sosyolojik boyutta (sosyolojik hukuk okullarının etkinimi altında) ele almıştır.

III

Benjamin Cardozo: Hukukun Tutarlılığı, Objektivitesi ve İlerlemesi Arasında Yargısal Sürecin Doğası

Çalışmalarında hukukta pragmatist yönelimler ile ilgili verilerin bulunabileceği diğer önemli hukukçu, Holmes'ten 1932 yılında Birleşik Devletler Yüksek Mahkeme üyeliğini devralan Benjamin Nathan Cardozo'dur. Bu noktada bazı çalışmalar, onu kendine has pozisyonu nedeniyle her ne kadar pragmatizmden ayrı bir noktaya koymuş olsa da⁸⁹, gerek açık şekilde belirttiği Holmesçuluğu,⁹⁰ gerek doğrudan James gibi pragmatist düşünülere atıfları, gerekse dolaylı olarak eserinin karakterini pragmatik kılacak

84 HOLMES, 1897, s. 466.

85 HOLMES, 1897, s. 457..

86 Holmes'un Abrams v. United States (1919) kararındaki muhalefet şerhinden aktaran: YÖRÜKOĞLU, 1982, s. 34.

87 Bkz. YÖRÜKOĞLU, 1982, s. 46-51.

88 Holmes'un Lochner v. New York (1905) kararındaki muhalefet şerhinden aktaran: YÖRÜKOĞLU, 1982, s.47.

89 YÖRÜKOĞLU, 1982, s. 6.

90 CARDOZO, Benjamin N.; *The Nature of Judicial Process*, 8th.print., Yale University Press, Humphrey Milford Oxford University Press, New Haven, 1932, s. 138. (Kitaptan alıntı yaptığım pasajların tercümesinde kısmen yardımını görmüş olduğum değerli arkadaşım Sedat Erçin'e teşekkürlerimi sunarım.)

söylemi ve düşünceleri onu bu bakış açısı ekseninde değerlendirmeyi makul kılar. Cardozo da Pound'a benzer şekilde, somut ve sosyolojik bir hukukbilimi kurmaya girişmiştir ve bu onu *Sosyolojik Hukukbilimi* akımının önde gelen temsilcilerinden biri kılmıştır. Hukuk teorisine başlıca katkısı olan "*The Nature of the Judicial Process*" (1921) isimli eserinde önerdiği karar verme metotlarından sosyoloji metodunu öne çıkarıyor-muş gibi bir görüntü yaratması ve hatta Pound'un yanında Avrupa'dan Serbest Hukuk Akımı (*Freirechtsschule*) ve François Geny'i sosyolojik hukuk içeriğinde kendine destek alması, söz konusu kitabının pragmatik içeriğini örselemez, aksine hukukun empirik testi bağlamında pragmasını da güçlendirir.

Cardozo'nun toplumun ruhu ve isteklerinin bir sezicisi olarak yasakoyucu olabilme potansiyelindeki yargıcının bilinçaltı faktörlerle çevrili olan yargı yetisine dair düşüncesi, Holmes'un *Path of Law*'da yazdığı şu kıssanın bir devamı gibidir:

Yargısal karar vermenin dili, temelde, mantık dilidir... [Fakat] bu mantıksal formun altında yatan ve yarışan yasakoyucu temellerin göreceli değer ve önemlerine [göre değişen] yargı, çok sıklıkla belirsiz ve bilinçdışıdır...⁹¹

Cardozo da mantık dilini felsefe metodu başlığı altında izah etmekle birlikte, bunun ardından ve esas itibarıyla hukuki ve yargısal belirsizliği ilgi edinen diğer yargısal metotlara yoğunlaşır. Hukuki belirsizlik hakkında şöyle konuşur:

Yargıçlık kürsüsünde geçirdiğim ilk yıllarda bundan, yani atıldığım bu deryadaki belli olmayan yolu nasıl bulacağımdan, ruhen çok fazla sıkıntı duydum. Kesinlik bulmak için çabaladım. Onu aramanın nafiye olduğunu gördüğümde çaresiz kaldım ve bunaldım. Karaya varmaya çalışıyordum, yerleşik ve sabit kuralların sağlam karasına, kararsız zihnimin ve vicdanımın solgunluğu ve zayıf ışığına kıyasla kendisini daha sade ve daha emredici işaretlerle bildirecek bir adalet cennetine. 'Gerçek cennetin hep daha ötede olduğu Browning'in Paracelsus'undaki seyyahlarla' buldum kendimi. Yıllar geçtikçe kendimi hukuki muhakeme sürecini anlamaya daha çok verdim, hukuktaki belirsizlik ile daha bir uzlaşırdım, çünkü bunun kaçınılmaz bir şey olduğunu görme yönünde olgunlaştım. Hukukî muhakeme sürecinde en yüksek noktalara erişimin bir keşif değil yaratım meselesi olduğunu, kuşku ve kuruntuların, umut ve endişelerin, doğum sancısı ve ölüm sızısı gibi nihayetleri gelene dek hizmet veren ve bu nihayetle beraber yenileri husule gelen prensiplerin bir takım zihin sancıları olduğunu görme yönünde olgunlaştım.⁹²

91 HOLMES, 1897, s. 465-466.

92 CARDOZO, 1932, s. 166-7.

Gerçekliğin “hep daha ötede” olduğunu bildiren pragmatist ve fallibilist süreciliğe uygun biçimde ifade etmiş olduğu hukuki belirsizlikle ve buna bağlı olarak hukukun çıktılarının yani mahkeme kararlarının ancak tahmine elverişli olduğu yönünde Holmesçu bakış açısıyla tutarlı olan Cardozo, bu nitelikleri haiz yargısal sürece bir “olan” bir de “olması gereken” yönünden yoğunlaşır⁹³. İlk boyuttan yoğunlaşması, onun yargısal sürece etki eden bilinç ve bilinçaltı faktörlerinin açığa çıkarılması girişimi olacaktır. Yazılı kurallar, emsal kararlar, örf ve adet hukuku, yargıcın zihin yapısını belirleyen felsefi tutumları ya da içgüdüleri veyahut hukuki kural ve kurumların tarihsel gelişimi gibi faktörler, yargıcın karar verme sürecinde yürütür olduğu metodları da belirleyecektir. Olması gereken yönünden konuyu ele alması ise yargıca bir yargıç olarak ne zaman ne metodu uygulaması gerektiğine dair tavsiyesidir; bunu hukukun toplumsal anlamı, işlevi ve amacı zaviyesinden kurgular ve temellendirmeye çalışır. Cardozo sözü geçen faktörlerin çokluğu neticesinde yargıcın karar alış sürecinde öznelliğe sürüldüğünü bir realite olarak resmeder. Bunu resmederken kitaptaki ilk atfını da William James’in “herkesin kendine münhasır bir felsefesi vardır” sözüne yapar⁹⁴. Bu yüzden yargıcın bu öznellik içerisinde işine yarayacak metodları serbestçe seçebilmesinin de realitede bir payı vardır. Bunu reddetmez Cardozo, ancak bu konuda hukukbiliminin en büyük tartışmalarından birinin kopduğunun da altını çizerek. Yargıca bu öznelliği tanıyalım mı yoksa tanımayalım mı diye büyük bir tartışma vardır. Cardozo bu noktada kendine “orta-yol”cu bir pozisyon edinmeye çalışır⁹⁵. Bunu yaparken, *objektiviteyi ve tutarlılığı kaybettirmeyecek derecede yargıcı sınırlar, hukuku geliştirme misyonunu zedelemeyecek ölçüde ise özgürleştirir*. Yargısal süreçte kullanılacak metodların seçiminde de ölçü aldığı temel pragmatik kaidenin bu olduğu söylenebilir. Yargıcın bu izleği takibi de kendi elindedir, yargıcın eline verilmek durumunda kalan yorum ve boşluk doldurma, bu açıdan önemlidir. Emsal karar, yazılı kural ve tarihsel araştırmayı konu alan metodlar objektiviteyi ve tutarlılığı gözetirken, sosyo-ekonomik ihtiyaç ve taleplerin gözlemlenmesi hem objektiviteyi hem de hukuki boşluk ve anlam problemlerini aşacak ölçüde çalışmayla birlikte ilerlemeciliği besler.

[E]msal kararların ardında, yargısal akıl yürütmeye postula teşkil eden temel yargısal kavrayışlar, daha da gerideyse bu kavrayışların köklerinin

93 CARDOZO, 1932, s. 43.

94 CARDOZO, 1932, s. 12-3.

95 Bu noktada Montesquieu ve Beccaria gibi isimlerce yorumun dahi yargıcın elinden alındığı ve yasamaya ait kılındığı bir objektivist uç vardır. Bunun tam karşıt kutbu ise sübjektivizmin aşırılığı olan ve tüm hukuku neticede yargıcın ağzından çıkacak söze bağlayan bir uçtur. Cardozo açıkça kendisini orta-yolcu bir noktaya yerleştirmeye çalışır. Yine yorumdan başka yargıcın hukuk yaratması bahsinde de Cardozo kendini ortada konumlandırmaya çalışır. (Bir uçta, hukukun yargıçça yaratılmazlığını ileri süren Blackstonecu görüşler, diğer uçta ise aslında konunun tamamen yaratım olduğunu dile getiren Gray ve Jethro-Brown vardır.) Bkz. CARDOZO, 1932, s. 124; GÜRKAN, 1961, s. 108-111. Cardozo'nun yorum ve hukuk yaratma konusunda orta yolun İsviçre Medeni Kanunu'nun 1. Maddesinde resmedildiğini belirtmesi bizim için önemlidir, zira bu önemli formülasyon Türk Medeni Kanunu'nun da ilk maddesi olarak hukuk sistemimizin asli kaidelerinden birini teşkil eder.

bulunduğu ve etkileşmeleri neticesinde kendilerini evriltmelerine vesile olan yaşam alışkanlıkları ve toplum kurumları yer alır. .../... Stare decisis, hukukumuzda asgariyetle her gün işletilen kuraldır. İstisnai koşullarda kuralı esnetmenin doğruluğu hakkında daha sonra söyleyeceğim bir şey daha var. Fakat eğer bu istisnai koşullar mevcut değilse, vakıalar hakkında onlara yalın bir biçimde uyan emsallere uygun olarak karar verme işi, bir usul olarak doğası itibariyle, vakıaları bir yazılı yasaya [statue] göre karara bağlama ile benzeşir. .../... Bazı yargıçlar herhangi bir durumda bu usulün ötesine çok nadiren geçerler. Onların kendi vazifeleri üzerine düşünceleri, eldeki vakıanın renklerini uyuşturmaktır ve bunu masalarına serilen çoğu örnek vakıanın renkleri ile karşılaştırarak yapmaktır. .../... Fakat tabii ki, hiçbir yaşayan hukuk sistemi böyle bir yolla geliştirilemez ve makamına layık hiçbir yüksek mahkeme yargıcı bulunduğu konunun işlevini bu derece dar göremez. .../... Renkler eşleşmediğinde, indeksteki referanslar başarısız olduğunda, kesinlik arz edici bir emsal karar olmadığında, yargıcın ağır işi başlamış olur. Bu durumda onun önündeki dava tarafları için hukuku oluşturması gerekir. .../... Onlar için hukuku oluşturmakla, başkaları için de hukuku oluşturmuş olacaktır. Bacon'ın klasik ifadesiyle: "Alakalı sebep ve sonucun varlık noktasına hendek açma ihtimali halinde, yargı olarak çıkarılacak şeyler çoğu zaman benim ve senin [meum et tuum] olabilir." Bugünün cümlesi, yarının doğrusu ya da yanlışını meydana getirecektir. Eğer yargıç onu bilgece telaffuz ederse, oradan çıkan bir takım seleksiyon ilkeleri muhakkak ki tanınma yarışına girmiş tüm potansiyel yargılar arasında yol gösterici olacaktır.⁹⁶

[M]odifikasyon işi tedricidir. Yavaş yavaş ilerler. Etkilerinin on yıllar, hatta yüzyıllar sürecinde ele alınması gerekir. .../... 'Sarsılmaz bir akide, sorgulanamaz görüldüğü onaylanan bir dogma [ya da] tasfiye tehlikesi olmayacak şekilde teslim alınmış bir gelenek yoktur.' .../... Ben, bu kelimeleri hukukun tarihine uygulamaya kısıktırılmış durumdayım.⁹⁷

Her eğilim için bir karşı-eğilim gözlemlenir ve yine her kural için de bir karşıt-kural [antinomy]... Durağan hiçbir şey yoktur. Mutlak olan da bir şey de... Her şey akışkandır ve değişebilir. Sonsuz bir "oluş" söz konusudur. Yani bu noktada Herakleitos'a dönüş yapmaktayız.⁹⁸

Bu genel bakış açısı altında yargıç, Cardozo'ya göre, uğraş halinde olduğu hukuk alanına (anayasa hukuku yahut ticaret hukuku gibi) ve vakıaya göre, çeşitli metodlar arasında seçim yaparak faaliyetini yürütür. Yani felsefi (mantıki), tarihsel, geleneksel (örf-adete özgü) ve sosyolojik olarak izah ettiği bu metodlar, ona göre tabiri caizse alet

96 CARDOZO, 1932, 19-21.

97 CARDOZO, 1932, s. 25-26.

98 CARDOZO, 1932, s. 28

kutusundaki aletlerdir ve aletlerin seçimi de işe yararlılıkları konusunu takdir edecek olan yargıçtır, kategorik olarak aralarında bir hiyerarşi bulunmamaktadır⁹⁹.

Bir ilkenin yönlendirici gücü, mantıksal dizi çizgisinde çalıştırılabilir ve bunu analogi kuralı ya da felsefe metodu olarak adlandıracağım; aynı güç tarihsel gelişim süreci çerçevesinde kullanıldığında bunu evrim metodu olarak isimlendireceğim; eğer topluluğun örfleri doğrultusunda çalıştırılırsa ismi gelenek metodu olacak; ve son olarak bu çizgi dönemin mores'i, adalet, ahlak ve toplumsal refah düşünceleri çerçevesinde belirlenmişse, metodun ismi sosyoloji metodu olacaktır.¹⁰⁰

[Kitabı] bitirmeden evvel, umut ediyorum ki, çok geniş bir özet biçiminde de olsa, bu metotların seçimlerini yönetecek temel düşüncelerin bir taslağını çıkarabilirim. Ancak bunların, doğaları gereği, kesinlik dâhilinde bir kataloğunun çıkarılabilmesi mümkün değildir. Çoğu, bir sanatın icrasıyla birlikte gelişen araçların kullanımı maharetine havale edilmelidirler. Birazcık ipucu ve öneri [dışında], gerisi için sanatçının duygularına bel bağlamak durumundayız.¹⁰¹

Bununla birlikte yargıcın realitede sübjektif mahiyette olan tüm bağlarına rağmen Cardozo'nun netice itibarıyla hukukta objektiviteyi bir şekilde sağlamayı vurguladığı gözlerden kaçmaz. Ancak bu, münferit vakıalar ekseninde hukuku ilerleten yargıcın özgürlüğüne ket vurur biçimde olmaz, yasakoyma bahsinde olur:

Bir anayasa gelip geçen zaman için değil büyüyen bir gelecek için prensipleri belirtir ya da belirtmelidir. .../... İşlevine sadık olmakla beraber, adaptasyon gücünü, esnekliğini ve oyununu devam ettirir. Her şekilde, yurt dışında, en sıradan yasaların yorumunda dahi bugün var olan anlamın her zaman için yarının da anlamı olmadığı fikrini muhafaza eden yargıçların olduğunu not etmek kanaatimce ilgi çekicidir. En üst Fransız mahkemesinin başkanı M. Ballot-Beaupré, birkaç yıl önce, Napolyon mevzuatının hükümlerinin 'le sens évolutif'^{102} bir yargısal yorum yoluyla modern koşullara ayarlandığını izah etmiştir. Ballot-Beaupré der ki: "Yasa koyucunun yüzyıl önce neyi amaçlamış olduğunu değil, günümüz koşullarının nasıl olacağını bilseydi neyi amaçlayacak olduğunu soruşturuyoruz" Kohler: "Bütün bunlardan anlaşılıyor ki bir yasanın yorumlanması, bir zaruret söz konusu olmadığı sürece, her zaman aynı kalmalıdır. [Ancak] Tek bir doğru yorumlamadan bahsetmek, ki bunlardan birisi bir yasanın başlangıçtan son güne kadarki doğru anlamı olabilir,*

99 CARDOZO, 1932, s. 57-58.

100 CARDOZO, 1932, s. 30-31

101 Burada Cardozo'nun sanatçı olarak kastettiği, açıkça anlaşılabilceği üzere, yargıçtır. CARDOZO, 1932, s. 36.

102 * Evrimsel anlamda.

büsbütün hatalıdır." der. .../... Kanaatimce, İngiliz ya da Amerikan hukukunda alelade mevzuata bu yorum metodunun uygulanmasına dair örnekler, eğer bulunabilirse, ender olmalıdır. Bu metodun, ulusal anayasalarda ve eyalet anayasalarındaki geniş ilke ve bağımsızlıkların anlamını ve kapsamını tespit etmek için geçmişte uygulanmış olduğuna ve gelecekte de artan bir sıklıkta uygulanacağına dair şüphem yoktur. Bu metodun, benzer şekilde genel bir çerçeveye sahip yasalara, eğer böyle yasalar varsa, uygulanmaması için hiçbir sebep göremiyorum. Sonuç daralma da olsa genişleme de olsa, onları 'le sens évolutif' olarak yorumlamalıyız. .../... O halde mahkemeler, kararlarını akıl ve adalete uygun olarak şekillendirmek için birey bağımsızlıklarının sınırlarını göstermek konusunda özgürdür. Ancak bu, mahkemelerin, yasaların geçerliliği konusunda karar verirken, hizmet ettikleri kadınların ve erkeklerin görüşlerinin yerine kendi akıl ve adalet görüşlerini koymak konusunda özgür oldukları anlamına gelmez. .../... Mahkemelerin standartları objektif olmalıdır. Bu gibi meselelerde göz önünde tutulan, benim haklı olduğuna inandığım şey değildir. Normal bir zekaya ve bilince sahip birisinin makul bir şekilde haklı göreceğine makul olarak inanabileceğim şeydir.¹⁰³

İşte bu noktada Cardozo pragmatist düşünceden kopar gibi görünür çünkü pragmatist öznelliliğe (sübjektivizme) nazaran objektif standarda vurgu yapar; bu aynı zamanda bir yargıcın pragmatist sınırlarını da göstermesi açısından önemlidir. Bununla beraber onun bu objektivist söyleminin, yargıcın kendini yasakoyucu pozisyona soktuğu münferit durumlar bahsinde olduğunu da ifade etmek gerekir:

Hukukun içerisinde gerçekten de sübjektif bakışın daha serbest olacağı alanlar mevcuttur. Bunlarla ilgili ileride daha fazla şey söyleyeceğiz. Şahsi unsurun, diğer katmanlarda kapsamı her ne ise, yasa koyma gücünün sınırlarını belirlemedeki tesiri, eğer var ise de, çok az olmalıdır.¹⁰⁴

Ayrıca hukukta objektivitenin yargıçça yakalanabilmesini de şu şekilde izah eder:

Hukukbilimimizdeki gelenekler bizi objektif standartlara tevdi etmektedir. Elbette ki, bu objektif bakış idealine mükemmel bir şekilde ulaşılmış olduğunu kast etmiyorum. Ego'nun çizdiği sınırların ötesine geçemediğimiz için hiçbir şeyi olduğu gibi göremeyiz. .../... Yargıcın hukuku akıl ve adalet ile uyumlu bir şekilde açıklama görevi, onun hukuku gelenek ile uyumlu açıklama görevinin bir aşaması olarak görülmektedir. Yargıcın kararında uygulaması gereken, dürüst kadın ve erkeklerin geleneksel ahlakıdır. Sürekli olarak objektif veya dışsal standartları getirmeyen bir hukuk bilimi,

103 CARDOZO, 1932, s. 83-89.

104 CARDOZO, 1932, s. 90.

Almanların “Die Gefühljurisprudenz”, yani sadece duyarlılık veya duygunun hukukbilimi, olarak adlandırdıkları bir yozlaşma riskine maruz kalır. Stammler, “hukuki hükmün sübjektif ve özgür düşüncenin değil, objektif bir hakkın hükmü; sadece kişisel bir buyruk değil, bir mahkeme kararı olması gerektiğini” söyler.¹⁰⁵

Zira daha evvel de söylediğimiz üzere, yargıcın bilinci her ne kadar sübjektif faktörlerce etkilense de kararının objektif hiçbir standarda uymaması durumunda, o kararın söz konusu hukuk sistemi içinde tutunum kabiliyeti olmayacaktır. Bu da pragmatik değildir. Dolayısıyla Cardozo bugün yargısal aktivizm olarak değerlendirebileceğimiz bir tutumu benimsemez ve bunun ilk örneklerinden biri olan Magnaud Olayı'nı -Geny ile paralel bir biçimde- “adli anarşi” olduğu gerekçesiyle eleştiriye tutar¹⁰⁶.

Yargıç özgür olduğunda dahi tamamen özgür değildir. O, keyfine göre [yasalarda] yenilik yapamaz. Yargıç, kendi ideal iyilik ve güzellik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir gezgin şövalye değildir. .../... Gelenekten haberdar, mukayese ile düzenlenmiş, sistem tarafından disipline edilmiş ve “toplumsal yaşamdaki iptidai düzen gerekliliğinin” hakimiyetinde olan bir takdir yetkisi kullanır¹⁰⁷.

Emsal karara bağlılık ilkesini de bu açıdan ne tümüyle kenara atar ne de ona körükörüne bağlılığı önerir. Ayrıca yargıcın (özellikle anayasa yargısında¹⁰⁸) sosyoloji yöntemiyle toplumsal gidişatı ve talepleri süzmesi, böylece de politikalar arasında tercihte bulunma kabiliyetiyle birlikte yargısal karar vermesini hukukun ilerlemesi ve hukukun amacı olan toplumsal iyiliğin temini için önerir¹⁰⁹. Bu iki durum yargıcı geçmiş ile gelecek arasında pragmatik bir geçişi temin etmeye götürür ve kararda subjektivite ihtimalini ortadan kaldırır. Cardozo'daki emsale bağlılığın pragmatik tasarımı ile William James'in “bilginin lekeli gelişimi” açıklamaları arasında bir paralellik kurulabilir:

105 CARDOZO, 1932, s. 106.

106 Magnaud Olayı, Fransa'da cereyan etmiş bir (bugünün tabiriyle) yargısal aktivizm örneğidir. Magnaud öncülüğünde bir grup yargıç, gerektiğinde kanunu görmezden gelerek, iyi bir insan o durumda nasıl bir yargıda bulunursa o şekilde yargıda bulunarak hareket etmeyi seçmişlerdir. Bu hiç şüphesiz evrimci değil devrimci ve mevcut hukuki yapıyı yıkıcı bir hareket olup, pragmatist bir tutum sayılmaz. Bkz. CARDOZO, 1932, s. 138-141.

107 CARDOZO, 1932, s.141.

108 CARDOZO, 1932, s.16-17. Bununla birlikte sosyolojik metodun hukukun pek çok alanında çalıştırılmaya müsait olduğunu da belirtir: “Doğrusunu söylemek gerekirse, bu metodun verimli olmadığı bir alan da mevcut değildir. Metod, hakim durumda görünmediği hallerde bile her zaman ihtiyat olarak saklanmaktadır. Bu metod, yarışan taleplerin ölçülmesinde, hak iddialarının sınırlanmasında, dengelenmesinde, makul hale getirilmesi ve uyumlaştırılmasında diğer metodlar arasında bunların her birinin son tahlilde seçilmesi ile alakalı olarak söz sahibi [arbitre] konumdadır.” Bkz. CARDOZO, 1932, s. 98. Özellikle hukukun her alanında olası olan hukuki boşluk doldurma faaliyeti açısından bu metod ve toplumsal refah kıstası yargıç için caridir. Bkz. CARDOZO, 1932, s. 71

109 Bkz. GÜRKAN, 1961, s. 112-113.

Eski inançlarla deneyimlerin beraberinde getirdiği yenilikler arasında kalan zihnimiz gerilir ve bazen bu durum acılı bir hal alır. Böylelikle, zihinlerimiz lekeler halinde gelişir ve bunlar yağ lekeleri gibi yayılır. Ancak onların mümkün olduğu kadar az yayılmalarına müsaade ederiz: Eski bilgilerimizi, önyargılarımızı ve inançlarımızı mümkün mertebe değişimden uzak tutmaya gayret ederiz. Yenilediklerimizden daha fazlasını yamalar ve onarırız. Yenilik, eski kütle üzerinde gözle görülür şekilde iz bırakır; eski kütleyle lekeler ama aynı anda da kendisini emen kütlelerin renginden etkilenir. Bu esnada geçmişimiz sürecin bilincindedir ve işbirliği sergiler. Bilginin ileriye doğru attığı her adım neticesinde ortaya çıkan yeni denge durumunda, yeni bir olgunun ham olarak eklenmesi görece nadirdir. Daha sıklıkla, pişirilmiş halde veya deyim yerindeyse, eskinin sosunda kısık ateşte pişirildikten sonra dahil edilir.¹¹⁰

Makale dışı bir açılım oluşturabilir ama James'in yukarıdaki sözlerinin peşinden gelen şu ifadeler, emsal karara bağlılığın hukuki bir objektivite oluşturabilme boyutu ile pragmatik sağduyu kavramı arasında da bir bağı düşünülebilir kılar:

En ilkel düşünme biçimleri hala tamamen kaybolmamış olabilir. .../... Evinizde istediğiniz kadar değişiklikler yapabilirsiniz ama ilk mimarın hazırladığı ana plan değişmeden kalır. .../... Benim tezim şu: Şeylere dair temel düşünme biçimlerimiz, sonraki tüm zamanların oluşturduğu deneyim süresince varlıkların koruyabilmiş, son derece uzak atalarımıza ait keşiflerdir. Bu biçimler, insan zihninin gelişiminde büyük bir denge aşaması olan sağduyu aşamasını teşkil ederler.¹¹¹

Cardozo da tıpkı James'in yeni bilginin zihinde eskiyle tedrici bir ayrılış süreci üzerinden pragmatik ilerleyişi görüşüne benzer olarak emsal karara bağlılığı dile getirir. Cardozo, emsale bağlılığın oluşturduğu geçmişle tutarlılığın ileriye götürücülük açısından tek başına sıkıntılar yarattığını belirtir¹¹². Yargıcın bir görev olarak emsallerden o emsallerin altında yatan öz ilkeyi, yani *ratio decidendi*'yi çekip çıkarması icap etmektedir. Bundan sonrası, onun bu ilkenin seyri ve gelişimi doğrultusunda öngörüyle kendi kararına bir yol ve yön belirlemesi gerekmektedir; ve bu süreçte o ilkenin çürüyüp ölmeye gidip gitmediğini de toplumsal yansımaları ve karşılığı üzerinden gözlemleyebilmesi gerekir¹¹³.

Hukukun nihai amacı toplumun refahıdır. Hedefini kaçırmanın bir kural, varlığını kalıcı olarak meşrulaştıramaz. "Bir kimse hayati önemdeki havayı

110 JAMES, 2015, s. 131.

111 JAMES, 2015, s. 132.

112 CARDOZO, 1932, s. 65.

113 CARDOZO, 1932, s. 28.

odasının ve yaşamının dışında bırakamayacağına göre, bütün medeni yasaların amacı ve gayesi olan adaletin tahakkuku bağlamında etik düşünceler de daha fazla dışarıda bırakılamaz.” Bu noktada örf ve adet, mantık ve tarihin yerleri vardır. Yapabildiğimizde, bunlara uymak için yasayı biçimlendiririz, ancak bunu sadece belli sınırlar dahilinde yapabiliriz. Hukukun hizmet ettiği amaç ise nihayetinde hepsine egemen olacaktır. .../... Yargıçların, mevcut kuralların ne kadar genişletileceğini ya da sınırlanacağını söylemeleri istendiğinde, onlar toplum refahının bunun yolunu, yönünü ve mesafesini belirlemesine izin vermelidir.¹¹⁴

Kendi işlevinin teleolojik [amaçbilimsel] anlamı her zaman yargıcın zihninde bulunmalıdır. Bu, elbette, Common Law felsefesinin esasında pragmatizm felsefesi olduğu anlamına gelmektedir. Bunun sunduğu gerçeklik, kesin değil görecelidir. İyi işleyen kural, [kendi] onaylanma belgesini üretir. Ne var ki nasıl işlediğini anlamak için kurala çok dar bir şekilde bakmamalıyız. Genel, özele kurban etmemeliyiz. Somut olayda adaleti sağlamak için tutarlılık ve yeknesaklığın avantajlarını bir kenara atmamalıyız. Yargıç-yapımı yeniliklerde, emsal kararlar ve örfün yanı sıra Common Law’da yüzyıllar boyu diğer yargıçların uzun, sessiz ve neredeyse tanımlanamaz uygulamalarını içeren ara-bölgenin/boşluğun [interstice¹¹⁵] sınırları dahilinde kalmalıyız. Ancak bu şekilde belirlenmiş olan sınırlar dahilinde, hangi tercihten hareket edileceği hususunda, yasa-koyucularda olduğu gibi yargıçların da seçme işlemlerindeki nihai ilke amaca uygunluktur. “Le but est la vie interne, l’âme cachée, mais génératrice de tous les droits.” [“Amaç, içkin yaşamdır, onun gizli ruhudur, aynı zamanda tüm hakların da üretici gücüdür”] Hukuk kurallarını ağaçtan meyve toplar gibi elde etmemekteyiz. Kendi tecrübesine dayanan her yargıç, kaynağını mevcut yaratıcı bir yasadan alan kuralın şekil ve eğilimini belirleyen, ortak yararının artırılması amacını içeren, özgür bir irade çağının bilincinde olmalıdır.¹¹⁶

Hukuk, doğrusu, bir çağdan diğerine sessizce ve bilinçsizce gelişen geleneksel ahlakın bir ifadesi olduğu için tarihsel bir ilerlemedir. Bu, Savigny’nin hukukun kaynağı düşüncesindeki önemli hakikattir. Ancak, hukuk aynı zamanda bilinçli ya da hedeflenmiş bir ilerlemedir, bu nedenle geleneksel ahlakın ifade edilmesi, yargıcın zihni ahlaki amaca erişme ve bunun yasal formlarda somutlaşmasına yönelmedikçe yanlış olacaktır. Görünürdeki amacın başarı elde etme olması durumunda bilinçli çabalardan daha az olan hiçbir şey yeterli olmayacaktır. Fayda veya ahlak

114 CARDOZO, 1932, s. 66-67.

115 Cardozo’nun hukuki boşluğu ve hukuki boşluk halinde yargıcın çalışabileceği alanı “interstice” olarak isimlendirilmesinin altındaki Holmes’e bağlılığı ve Holmes’un bu kavramı kullanmasının nedeni hususunda ayrıca bkz. GREY, Thomas C.; “Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory an Practice”, **William & Mary Law Review**, Vol. 37, Issue:1, 1995, s. 19-45.

116 CARDOZO, 1932, s. 102-104.

kurallarının standartları veya modelleri, yargıç tarafından toplumsal hayatın içerisinde bulunacaktır.¹¹⁷

Sonuç

Cardozo, görüldüğü üzere pragmatizminin yanına sosyolojik hukukçuluğu koyarak pragmatist tonunu biraz azaltmış görünür ama bu pragmatizmin emprisizm ile birliktelik iddiası açısından bu hiç de yadırganacak bir tutum değildir. Ancak sosyolojik metodun belirleyicisi olan ve hukukun *telos'unu* teşkil ettiğini söylediği "toplumsal refah" kavramının ayrıntısına girmez. Bu noktada Benthamcı bir tutuculukta da olsa Holmes çok daha açıktır. Fakat her şekilde gerek Cardozo'nun gerekse Holmes'un tekeli aşamasında yüksek kapitalizmin siyaset felsefesi ile uyumlu pragmatik hukuk felsefeleri geliştirdikleri veya sürdürdükleri muhakkaktır¹¹⁸. Bir yandan mevcut düzeni sarsmayacak şekilde tutarlı ve dengeli, bir yandan da hızla değişen toplumun ihtiyaç ve taleplerini besleyen bir hukuku tasarlamayı ve yargıcı bu tip bir düzenin etkin bir unsuru olarak biçimlendirmeyi ve sevketmeyi tasarlamışlardır. Bu noktada konuyu daha geniş biçimde işleyen Cardozo'nun objektivizm ile subjektivizm arasında kalışı ve konumlanışı ilgi çekicidir. Holmes çıkarların değer tartımında açıkça aksiyolojik ilkesini çoğunlukçu ve basit bir perspektiften oluştururken, Cardozo bu noktada özellikle yorum ve boşluk doldurma ihtimalleri üzerinden yargıçça hukukun geliştirilmesi mevzuunu işler. Yargıç bu ihtimallerde, objektivite için, toplumun kabul edilmiş kurallarına ve zamanın geleneklerine (*mores*) riayet etmek yükümlülüğü altındadır ve zamanın ruhu (*zeitgeist*) da liberalizmdir¹¹⁹. Bununla birlikte Cardozo'nun dikkat çektiği husus, işaret etmiş olduğu bilinçaltı unsurlardan yargıcın kaçamayacağıdır. Bu yüzden bunların farkında olmadan birine yahut birkaçına esir olmaksızın, çokluğun farkında olması kararda doğruya götürür. Çünkü Cardozo bize bağlı hakikat ile bizden bağımsız (ancak tam olarak vakıf olamayacağımız) hakikat arasında birçok bağın olduğunu düşünmektedir ve bizim kendimizi bilme sahamızı genişletmemiz bu bağlardan yakaladıklarımızın sayısını arttırır. Her yargıcın çağın ruhunu okuması gerektiğini düşünmekte fakat bunun subjektiviteye teslimiyete varacak derecede yapılmaması gerektiğini salık vermektedir, zira bir mahkeme kürsüsünde oturan kişi kadar *zeitgeist* değerlendirmesi olması mümkündür ama bu somut problemin çözümünde bir işe yaramayabilir. Bitirirken onun Vander Eycken'den överek alıntılıdığı şu kısım fikrini daha da aydınlatacaktır:

Eskiden, insanlar hukuka yasakoyucunun bilinçli iradesinin bir ürünü olarak bakarlardı. Bugünse bunu doğal bir güç olarak görmekteyler. Yine de, hukuka 'doğal' sıfatını atfedebilsek dahi, söylemiş olduğumuz gibi o,

117 CARDOZO, 1932, s. 104-105.

118 Bkz. CARDOZO, 1932, s. 101; DEWEY, John, "Justice Holmes and The Liberal Mind", **The Later Works (1925-1953)**, Vol.III (1927-28), (Ed. Jo Ann Boydston & Patricia Baysinger), Southern Illinois University Press, Carbondale, 2008, ss.177-183, s.178; WELLS, 1986, s. 64-77; DOUGLAS, William O.; "Mr. Justice Cordozo", **Michigan Law Review**, Vol. 58, 1959-1960, ss. 549-556, s. 551-2.

119 Karşılaştırınız: CARDOZO, 1932, s. 101, 108, 174.

eskiden 'doğal hukuk' kavramına verilen anlamdan daha farklıdır. O zamanlar bu kavram, doğanın, aklın belirli öğelerinden birisi, bütün madde-lerin uygulmaya dair olduğu bir yasanın kimi ilkeleri olarak bizi içten etkilediği anlamına gelmekteydi. Bugün, aynı kavram yasanın nesnelere arasında bulunan olgusal ilişkilerden doğduğu anlamına gelmelidir. Doğal hukuk, bu ilişkilerin kendisi gibi sürekli bir sancı içerisinde. O, artık hukukun kaynağı olarak bakmamız gereken metinlerde veya akıldan türeyen sistemlerde değildir; bazı sonuçların verili varsayımlara bağlı olması gerektiği yönündeki gereksinimde, toplumsal faydanın içindedir. Yasakoyucu bu yasanın yalnızca parça parça farkındadır; yasağı kendi buyurduğu kurallara göre okumaktadır. Öyleyse sorunlardan birisi bu kuralların anlamını düzeltmek olduğunda, nereyi araştırmamız gerekir? Açıkça bu kuralların kaynağını, bir başka deyişle, toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını araştırmalıyız. Yasa hissini bulmak bakımından en güçlü olasılık buradadır. Aynı şekilde, sorun yasadaki boşlukları doldurmak olduğunda, çözüm için bakmamız gereken mantıksal çıkarımlar değil, daha ziyade toplumsal ihtiyaçlardır.¹²⁰

Bu doğrultuda tüm sübjektif etkilenim realitesinin yanında pragmatizmin hukuki pragmatizmi kurmada yargıca şartlı bir yasakoyucu görev biçtiğini görmekteyiz. Ancak-yargısal çıktılarının yargısal alanda tutunum kabiliyetini gözetir biçimde- bunu yapmakta olan hukuki pragmatizm, dolayısıyla hukuk-politika arasında kaygan bir kendisine seçmiş ve bunu bir realite olarak addetmiştir. Böylece hukuki objektiviteyi, politikanın duruma bağlı ve rastlantısal (*contingent*) doğasına zorunlu olarak teslim etmiştir. Bunun anayasa yargısı bahsinde ve anayasa yargıçlarınınca dillendirilmesi de, hukuki pragmatizmin tüm ve her dereceden yargıya ne derece izafe edilebileceğini tartışılır kılmaktadır.

120 CARDOZO, 1932, s. 122-123.

KAYNAKÇA

- BACON, Michael; **Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm**, (Çev. Banu Özdemir), Elips yay., Ankara, 2010.
- ATIYAH, P. S.; **Pragmatism and Theory in English Law**, Stevens & Sons, London, 1987.
- CEVİZCİ, Ahmet; **Felsefe Tarihi**, Say yay., İstanbul, 2010
- CARDOZO, Benjamin N.; **The Nature of Judicial Process**, 8th.print., Yale University Press, Humphrey Milford Oxford University Press, New Haven, 1932.
- COPLESTON, Frederick, **Yararcılık ve Pragmatizm**, (çev. Deniz Canefe), İdea Yay., İstanbul, 1991
- CORNFORTH, Maurice, "Pragmatizm", (çev. Tonguç Ok), **Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırancılığın Teorisi- Amerikan "Felsefesi"**, Doğa Yay., İstanbul, 2005, ss.47-97.
- DEWEY, John; "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), **Hukuk Kuramı**, Cilt: 3, Sayı: 4-5, Temmuz-Ekim 2016, s. 30-38. (Açık Erişim: <https://goo.gl/57EXXv>)
- "Anthropology and Law", **The Inlander**, vol. 3, no. 7, University of Michigan, 1893, s. 305-308 (Açık Erişim: <https://goo.gl/Rdz7Q1>). (Türkçesi: DEWEY, John; "Antropoloji ve Hukuk", Çev. Muzaffer Dülger, **Hukuk Kuramı**, C. 4, S. 2, Mart-Nisan 2017, ss. 35-40, <http://www.hukukkurami.net/antropoloji-ve-hukuk>)
 - "Justice Holmes and The Liberal Mind", **The Later Works (1925-1953)**, Vol.III (1927-28), (Ed. Jo Ann Boydston & Patricia Baysinger), Southern Illinois University Press, Carbondale, 2008, s.177-183.
- DOUGLAS, William O.; "Mr. Justice Cordozo", **Michigan Law Review**, Vol. 58, 1959-1960, ss. 549-556.
- DÜLGER, Muzaffer; **John Stuart Mill'de Bireysel ve Toplumsal Fayda**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (dnş. Prof. Dr. Mehmet Tefrik Özcan), İstanbul, 2014
- FURTUN, Ayşen; **John Dewey'nin Pragmatist Felsefesinin Hukuk Teorisine Yansıması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992.
- GREY, Thomas C.; "Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory an Practice", **William & Mary Law Review**, Vol. 37, Issue: 1, 1995, s.19-45.
- GÜRKAN, Ülker; **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1961
- HAACK, Susan; "On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?", **Pragmatism Today: The Journal of The Central-European Pragmatist Forum**, Vol.III, Issue: 1, Summer-2012, p. 8-31.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell; **The Common Law**, Little, Brown and Co., Boston, 1881
- "The Path of Law", **Harvard Law Review**, Vol. 10, No. 8, 1897, ss. 457-478
- JAMES, William; **Pragmatizm**, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim, İstanbul, 2015.
- KANT, Immanuel; **Arı Usun Eleştirisi**, (çev. Aziz Yardımlı), İdea Yay., İstanbul, 1993
- KARAKAŞ, Tahir; "Çevirmen Önsözü", William James, **Pragmatizm**, (Çev. Tahir Karakaş), İstanbul: İletişim, 2015 içinde, s. 9-32.
- LIND, Douglas; "Pragmatist Philosophy of Law", **The Philosophy Of Law: An Encyclopedia**, Vol.I, (ed. Christopher Berry Gray), Garland Publishing Inc., 1999, New York, ss. 678-681

- LUBAN, David; "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No. 1, September-1996, s. 43-74.
- MILL, John Stuart, "Utilitarianism (1861)", **Collected Works**, Vol.X, (ed. J. M. Robson), University of Toronto Press, Routledge&Kegan Paul, 1969, Canada, ss. 203-260
- PATTERSON, Dennis; "Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative", **Virginia Law Review**, Vol.76, 1990, ss. 937-996.
- PEIRCE, Charles Sanders, "How To Make Our Ideas Clear", Illustrations of the Logic of Science II, **Popular Science Monthly**, Vol.12, January-1878, ss. 286-302, <https://goo.gl/w0lJs> (Çevrimiçi: 01/02/2017)
- POUND, Roscoe; **An Introduction to The Philosophy of Law**, (4th Print.), Yale University Press, USA, 1930.
- SUCKIEL, Ellen Kappy; **William James'in Pragmatik Felsefesi**, (Çev. Celal Türer), Paradigma, İstanbul, 2003
- TIGAR, Michael E. / Levy, Madeleine R.; **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Epos yay., Ankara, 2016.
- TÜRER, Celal; **Charles S. Peirce'ün Pragmatik Felsefesi**, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 2003..
- WELLS, Harry K.; **Emperyalizmin Felsefesi Pragmatizm: Hukukta, Tarihte, Psikolojide, Eğitimde, Ahlakta, Din ve Dış Politikada İşbiricilik Felsefesi**, (Çev. Tahsin Yılmaz), Sorun Yay., İstanbul, 1986.
- YÖRÜKOĞLU, Ömer; **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.