

Amerikan Hukuki Realizm Akımı

Ahmet Ulvi Türkbağ

"Sinik asitle yıkadığımız ve araştırmamızın amacından, hukukun işleyişlerinden başka her şeyi attığımız zaman, görev kavramının belirsiz gerçevesinin nasıl daraldığını ve aynı zamanda da daha kesinlikle büyüdüğünü görüyoruz."

O.W. Holmes¹

Neden hukuki realizm? Hemen belirtilmesi gereken, *realist* düşüncenin günümüzde hem güncel hem de önemli olduğudur. Öncelikle, 1960'lı yılların ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlayan ve 80'lerin sonlarında belirginleşen post-modern yaklaşımların hukuktaki yansımaları, özellikle CLS: Critical Legal Studies-Eleştirel Hukuk Araştırmaları, adlı akım gerek onu kabul etmek gerekse eleştirip aşmak anlamında büyük ölçüde hukuki *realizm* kaynaklıdır. İkincisi ülkemiz açısından, özellikle ekonomik yapıdaki sağlıksızlığın dayanılmaz hale geldiği 90'ların ikinci yarısından itibaren, Avrupa Topluluğu'na tam üyelik arzusunun da etkisiyle kurum, kavram, yerleşik değer ve kabuller üzerine *realistlerin* öngördükleri biçimde '*sinik* asit'² dökülmesi oldukça yaygınlaşmıştır. Bu asidin her zaman *sinik* olduğunu söylemek zor olsa da, ülkemizde *realizmin* bu denli hakim olduğu başka bir dönem bulunmadığını söylemek doğrudur. Çünkü, sürekli bir şeylerin üzerinden örtüler kaldırılmakta, daha önce hiç yapılmadığı biçimde temel kurum ve kavramların 'nedeni', 'işlevi' sor-

gulanmakta, dahası eskiden fazlasıyla doyurucu bulunan yanıtlar artık tutucuları bile tatmin edememektedir. Değişimin baş döndürücü bir hızla ulaştığı, çeşitli kriz ve çöküntüler dolayısıyla düzenin en sadık taraftarlarının bile onun kurum ve kavramlarını sorgulamaya yöneldiği günümüz koşulları, hukuki realizmin Amerika'da doğup geliştiği dönemdeki (1895-1930) koşullarla 'garip' bir uyum içindedir. Hukuki realizm daima büyük değişme ve kırılma zamanlarında, çok yaygın deyimlerle kriz ve şok zamanlarında gündeme gelmektedir. Çünkü her şeyin yolunda gittiği dönemlerde, genel kabuller üzerine '*sinik* asit' dökmek de pek taraftar bulacak bir davranış biçimi değildir.

Böylesi vurgulanan ve *realizmin* özünü ifade eden bu asit dökme faaliyetini de tanımlamak gerekir: *Sinik* asit dökmek, her türlü kurum ve kavramı rasyonalize etmeden (makul bir kılıf bulmadan) olduğu gibi görmek, üzerindeki örtüyü kaldırmak ya da maskeyi çıkartmaktır. Bu ise belirtildiği gibi oldukça yüreklilik isteyen bir iştir ve belli koşullarda olmayı gerektirir. Yani kişinin bu denli

¹ The Path of Law'dan alıntı metin, Howard Davies, David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995, s.446.

² Sinizm ya da Kinizim (Köpeksiler): Doğal yaşamı ve mutluluğu her tür uygarlığa yeğ tutan eski Yunan'daki bir felsefe okulu. Halk bunlara sokaklarda yaşadıkları için bu adı vermişti.

güçlü ya da umutsuz olması gerekir. İşte tüm bunlar hukuki realizmi kısaca da olsa incelenmeye ve üzerinde düşünülmeğe değer kılıyor.

Hukuki realizmin genel çerçevesi nedir? Hukuki realizmin³ temel tezlerini irdelemeden ve eleştirisini yapmadan önce temsilcilerine değinmek gerekir. En önde gelenleri Yargıç O.W. Holmes Jr., John Chipman Gray, Karl N. Llewellyn, Herman Oliphant ve Jerome Frank'tir. 'Karşı' bir akım olan *realizmin* niteliği gereği bu şahsiyetler bile her konuda aynı düşüncüyü paylaşmazlar. *Realist* hareket, yandaşlarının da kabul ettikleri gibi aslından yeknesak ve tutarlı bir bütün değildir, bu nedenle de bir 'hareket' olmaktan çok 'hareketler' olarak adlandırılması daha doğrudur. Ama yine de onları aynı ad altında toplamayı haklı kılacak ortak noktaları vardır ve bu birlik akımın simgesi olan Yargıç Holmes'un kişiliğinde, taraftarlarının ona duyduğu saygıda somutlaşır.

Ayrıca *realizmin* dahil edilmesi gereken başlığın saptanması da zordur. Hukukun, toplum üzerinde olumlu etkiler yaratmak için var olduğunu kabul ettiğinden, bu sonuççu (consequentialist) yönüyle 'yararcı akımlar' içinde incelenebilir. Gerçekçi yönüyle yani hukuku, 'hukukçuların söyledikleri değil de yaptıkları' olarak değerlendirmesiyle 'sosyolojik pozitivizm' başlığında incelenebilir. Her iki durumda sosyal gerçekliğe verilen ağırlık ve önem ortadadır. İşte bu gerçekçi vurgu, *realist* akımı hukuk dışındaki birçok bilimle de ilgilenmeye yönelmiş (ekonomi, kriminoloji, psikoloji istatistik ve genel sosyoloji) ve, hukukun saflığı, bağımsızlığı ve kesinliği uğruna gerçekliğe gözlerini kapatan, onun ihmalini hatta inkarını 'bilimsellik ve saflık' için gerekli gören analitik ve normativist poziti-

vimle yollarının ayrılmasına neden olmuştur. Zaten demokratik bir ülkede, hukuku 'egemenliğe sahip akıllı bir varlığın diğer akıllı varlıkları yönetmek için çıkarıldığı emirler' olarak kabul etmek de kolay değildir. Kuşkusuz olana, olguya gerçekliğe duyduğu bu ilgi hukuki realizmi 'olması gereken' hukuktan yani doğal hukuktan, ahlak kaynaklı ve hukuku ahlaka yaklaştıran akımlardan da uzaklaştırmıştır. Çünkü *Realist* anlayışta, yargıçların davranışlarını meşrulaştırmada kullanacakları hukuki-ahlaki gerekçelere değil, doğrudan onların ne yaptıklarına bakılacaktır.

Şimdi, *realizmi* tanımlamada yine onun doğum yerinde yetişmiş bir hukukçudan yardım almak herhalde doğru bir yoldur. R. Dworkin ünlü yapıtı *Taking Right Seriously*'de (-Hakları Ciddiye Almak) hukuki realizm akımını aşağıdaki biçimde özetliyor:

"Bu yüzyılın başında...[Gray ve Holmes] yargıçların yalnızca var olan kuralları uyguladıkları [biçimindeki] genel geçer öğretiyi yıkan, yargı sürecinin kuşkucu açıklamalarını yayınladılar. Bu kuşkucu yaklaşım 1920 ve 1930'larda 'hukuki realizm' olarak adlandırılan güçlü entelektüel harekete doğru genişledi. Hareketin liderleri...yargıçların kararlarında vurguladıkları kurallar üzerinde yoğunlaşıp onların ne yaptığını tanımlamaya çalışarak hukuk bilimine öğretisel bir yaklaşım getirdiği için, genel geçer teorisinin yanlış yola sapmış olduğunu ileri sürdüler. Realistler bunun bir hata olduğunu ileri sürerler, çünkü yargıçlar aslında davaları kendi siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlarlar ve ardından rasyoneleştirmek için uygun bir hukuk kuralı seçerler. Realistler yargıcın ne söylediğine değil daha çok ne yaptığına ve kararlarının geniş bir topluluk üzerindeki fiili etkilerine bağlanacak bilimsel bir açıklama talep ettiler. Amerikan içtihatlarının ana hatları bu realizmin çağrısını izlemiş ve İngiliz metin-

lerinin öğretisel açıklamalarından kaçınımıştır. O daha çok iki mesleki beceri üzerinde durmuştur: Hukukçuların olguları sıralama ve toplumsal değişime için taktikler tasarlama becerileri."⁴

Realizmin kaynakları nelerdir? Yukarıda, realizm gibi bir akım için gerekli olan koşullara genel olarak kısaca değinildi. Ancak özelde, Amerika'daki toplumsal ve düşünsel arka plana da kısaca değinmek gerekir. Amerika 20. yüzyılın başında tarihte daha önce görülmemiş bir hızla değişiyordu. Bu değişime 1914'teki 1. Dünya Savaşı'nın ardından, 1920'lerin sonlarındaki ekonomik bunalımla sonuçlanacak ciddi sosyal ve iktisadi dengesizlikler de eşlik ediyorlardı. Bunlara ek olarak İngiliz hukukunun egemen düşüncesi olan analitik pozitivizm de, erginlik çağına ulaşan Amerika'nın kendi tarzını oluşturmamasını bir ölçüde engelledi. Belirtildiği gibi çok hızlı değişen ve gelişen Amerikan toplumuna mantıksal tutarlılığı esas alan, hukuku normlar sistemi olarak kabul eden görüş, deyim yerindeyse 'dar' geliyordu. Ünlü Anayasa'nın doğal hukuk ilkelerinden oluşan temellerine gelince: Onlar da tüm bu haksızlıklar ve dengesizlikleri önleyemedikleri ve kağıt üstünde kaldıkları için, bir ölçüde gözden düşmüşler, prestij kaybına uğramışlardı. Amerikan düşüncesinin artık kendine has, özgün bir yapısı vardı: *Pragmatist, deneyci, gerçekçi ve demokrattı* ya da en azından kendini böyle niteliyordu. İşte bu özelliklerden ilk ikisi hemen aşağıda irdelenmeye çalışıldı, diğerleri ise metnin çeşitli kısımlarına dağıtıldı.

Hukuki realizmin kurucu özelliklerine yakından bakıldığında, W. James'in olgulara, aksiyonlara ve kuvvetlere dönme arzusu taşıyan pragmatizmi ile J. De-

wey'nin ılımlı deneyciliğinin bu akımın kuramsal kısmının temelini oluşturduğu görülür. James Pragmatizm adlı yapıtına, tıpkı 'ben buraya Sezar'ı övmeye değil, gömmeye geldim!' diye konuşmasına başlayan ve ardından Sezar'ı öldürenlere karşı bir iç savaşın başlamasını sağlayacak ölçüde onu öven Marcus Antonius gibi, "...[B]ir insanı tanımak için bilecek en pratik ve önemli şeyin onun evren hakkındaki görüşü [felsefesi] olduğuna.." inandığını belirten bir alıntıyla başlar, "...[I]nanırsınız ki, evini kiraya veren bir ev sahibi için kiracısının gelirini bilmek önemlidir, ama onun felsefesini bilmek daha önemlidir..." diye de devam eder.⁵ Ancak bunun ardından James yapıtının tümünde, aslında ev sahibi için önemli olanın kiracısının felsefesi, dünya görüşü hakkındaki spekülasyonlar olmadığını; kiracının geliri yani gerçekte, fiilen kirayı düzenli ödeyebilme gücü olduğu düşüncesini vurgular. Bu anlayış hukuka uygulandığında, hukuk da artık James'in istediği gibi, yöneldiği yüce amaçlarından [felsefesinden] değil sonuçlarından, meyvelerinden yani uygulanmasıyla ortaya çıkaracağı toplumsal değişimden tanınacak ve buna göre değerlendirilecektir.⁶

Dewey'in deneyciliğine gelince, öncelikle Pragmatizm ve Dewey çok yakından bağlantılıdır. James kitabında sıkça Dewey'den övgüyle söz eder.⁷ Bunun dışında Dewey'nin asıl önemi bilimsel düşünme ve keşif mantığına yaptığı katkılardandır. Bu yeni mantık anlayışı ile o dönemdeki, hukukun yargı sürecinde izlediği mantık anlayışı oldukça farklıdır. Hukukta mantık yine de vazgeçilmezdir ama bu mantık tasımsal bir mantık değildir. Yani burada tasımda olduğu gibi, ku-

3 Hukuki Realizm konusunda ayrıntılı ve tatminkar bir inceleme için bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, AÜHF Yayını Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

4 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts 1997, s.3.

5 William James, *Pragmacılık*, Çev. M. Aşkın, MEB, İstanbul 1986, s.3.

6 W.Friedmann, *Legal Theory*, Stevensand sons Ltd., London 1953, s.199.

7 James s.49,60.

ramsal ilkelerden tümden gelişimsel [dedüktif] kesin sonuçlara varılmaz. Dewey'nin mantığında ancak olasılıklar tahmin edilebilir. Karar verecek olan yargıç olguların bilgisine ne denli çok sahip olursa kararı da o denli farklı olacaktır. Davaya uygulayacağı kuralları, olgulara ilişkin bilgisine oranla seçecektir. Asıl önemlisi bu anlayışa göre hukuk, mantığın belirli bir sonuca götüren faktörlerden yalnızca biri olduğu deneysel bir süreçtir.⁸ Yani eskiden düşünüldüğü gibi hukukta temel, asıl olanın mantık olduğu kabul edilemez. Mantıktan olgulara, gerçekliğe dönülür.⁹ Tek bir tümce ile yargıç önünde yığılmış hukuk metinlerinden başını kaldırır ve olaya, onun çeşitliliğine yönelir.

Böylece hukuk hem araçsal bir karakter kazanır hem de deneysel bir süreç olur. Bundan dolayı da hukuk, ne pozitivizm ya da normativizmin düşündüğü gibi kendi içine kapalı ve kendine yeterli bir normlar sistemidir ne de doğal hukukun ileri sürdüğü gibi onu meşru kılacak üstün amaç ve değerlere sahiptir. İyi ama, önemli olan, ne olmadığı saptanan bu hukukun, asıl ne olduğunun saptanmasıdır. Ancak daha açık ve anlaşılır olması için bu iş hukuki realizmin temel ilkeleri belirlendikten sonra yapılmalıdır.

Hukuki realizmin ilkeleri ya da kalkış noktaları nelerdir? Bu soru, yukarıdan beri sorulanlar (ve aşındıklar) içinde en açık ve net yanıtı sahip olanıdır. Çünkü akımın en önemli temsilcilerinden biri tarafından açıkça yanıtlandırılmıştır. Dahası bu yanıt Hukuki Realizm'in temsilcileri arasında bulunduğu söylenen ayrılıklar dikkate alınarak 'asgari müşterekler' biçiminde, ortak bir taban olarak saptanmıştır. Karl Llewellyn, Jurisprudence-Hukuk Bilimi adlı yapıtında ortak kalkış noktalarını aşağıdaki biçimde sıralamıştır:¹⁰

1. Akış ya da hareket halindeki hukuk ve yargısal olarak yaratılan hukuk kavramı.

2. Kendinde bir erek olarak değil toplumsal ereğin aracı olarak hukuk kavramı; böylece herhangi bir bölümün sürekli erekleleriyle ve sonuçlarıyla denetlenmesi ve hem her ikisine hem de her ikisinin karşılıklı ilişkilerine göre yargılanması gerekir.

3. Akış halinde ve tipik olarak hukuktan daha hızlı akış halinde toplum kavramı; böylece, hukukun herhangi bir bölümünün hizmet ettiği topluma ne ölçüde uyduğunu saptamak için sürekli yeniden denetlenme gereksiniminin bulunduğu olasılığı tanınır.

4. Olan ve Olması Gerekenin araştırma amaçları için *geçici* olarak ayrılması. Bununla kastettiğim araştırmaya amaçlar kurmak için daima değer yargılarına başvurulmasının gerekli olmasına karşılık araştırma sırasında gözlemler, tanımlar ve tanımlanan şeyler arasında ilişkiler kurulurken, *olabildiğince* gözlemcinin arzuları, olmasını istedikleri ya da (ahlaken) olması gerektiğini düşündükleri işe karıştırılmaması gerektir. Bu özellikle mahkemelerin ne yapıyor oldukları araştırılırken ne yapmaları gerektiği sorusunun hariç tutulması çabasını içerir. Olan ve Olması Gereken arasındaki bu ayrılık tabi ki, nihai değildir... Buradaki argüman basitçe, hukukun herhangi bir bölümüyle ilgili gelecekte ne yapılması gerektiğine ilişkin hiçbir hükmün, bu bölümünün şimdi ne yapıyor olduğunu olabildiğince nesnel olarak bilmeden verilemeyeceği, biçimindedir; ve realistler, Olması Gereken-gözlüklerinin *olguların araştırılması sırasında zorla taktırılmasının* ne yapıyor olduğunun görülmesini çok zorlaştırdığını, deneyimin gösterdiğine inanırlar.

5. Mahkemeler ya da kişilerin gerçekte ne yapıyor olduklarını *tanımladıkları* iddiasında oldukları ölçüde geleneksel hukuk kural ve kavramlarına güvensizlik. Bu nedenle 'mahkemelerin ne yapacaklarının genelleştirilmiş tahminleri' olarak kuralları sürekli vurgulamak... uygulanmak için kurallarla (öncüller) uygulamanın kurallarını (pratikler) dikkatle ayırmak.

6. Geleneksel kurallara (tanım alanında-olgusal alanda) güvensizlikle el ele giden geleneksel emredici kural formüllerinin mahkeme kararı üretmede *ağırlıklı* işleyen faktör olduğuna güvensizlik...Ancak bu ve bir üstteki maddede bulunan 'güvensizlik' verilen tek bir örnekte 'inkar' ile tamamen eş anlamlı değildir.

7. Davaları ve yasal uygulamaları geçmişte yapılandan daha dar biçimde sınıflandırmanın degeceğine inanç. Bu sıklıkla farklı ve karmaşık olgu durumlarını kapsayan basit sözlü kurallarla bağlanır (farklılık kısmen vakaların ortaya çıkış biçimlerine kısmen de gözlemcinin nasıl ortaya çıkmasını gerektiğine ilişkin yargısına göre test edilir, oysa bir realist belli bir örnekte hangi ölçütü uyguladığını açıkça göstermeye çalışır.)

8. Hukukun herhangi bir bölümünü sonuçlarıyla değerlendirmede ısrar ve bu sonuçları bulmaya uğraşmanın değerli olduğunda ısrar.

9. Hukuk sorunlarına bu başlıklar yoluyla *sürekli ve programlı saldırıda* ısrar...

Hukuki realizmin hukuk tanımı nedir?

Genel ilkeleri bu biçimde saptandıktan sonra, şimdi hukuk konusundaki en zor soruna tanım sorununa değinmek gerekir. Diğer sosyal bilim dallarında olduğu gibi, belki de onlardan daha fazla hukuk tanımı, çeşitli anlayışlara göre büyük farklar göstermektedir. Bu nedenle herhangi bir anlayışın düşüncelerini saptama ve değerlendirmenin en kısa yolunun, o anlayışın hukuk tanımına bakmak olduğu söylenebilir. *Realizm* kendi açısından hu-

kuku Yargıç Holmes'un ağzından aşağıdaki biçimde tanımlamaktadır:

"İnsanlar gelecekteki tehlikeye ne derece ve hangi şartlar altında maruz kalacaklarını... bilmek isterler ve bu yüzden de bu tehlikeden ne zaman korkulacağını anlamak bir meşgale haline gelir. Bu yüzden bu konudaki hedef tahmin yürütmedir. Bu mahkemelerin alet olduğu devlet gücünün tesadüfen vuku buluşu hakkında tahmin yürütmedir. Eğer sadece hukuku tanımak isterseniz ona kötü bir adam gözüyle bakmanız lazımdır...[D]ostumuz kötü adamın görüşünü alırsak, onun ne aksiyomlara ne de delillere baktığını görürüz. Aslında Massachusetts yahut İngiliz mahkemelerinin ne yapacağını bilmek istediğini anlarız. Benim hukuktan anladığımda, mahkemelerin hakikatte ne yapacakları hakkında bulunulacak tahminlerdir, bundan daha iddialı bir şey değil..."¹¹

Hukuku, herhangi bir olay karşısında mahkemelerin alacağı tutuma indirgeyen bu tanım oldukça ilginçtir. *Realizme* göre kişilerin hukukla ilgilenmesinin ve hukukçuluğun (avukatlık, danışmanlık vb.) bir meslek olmasının gerçek nedeni, ancak hukuka 'kötü adamın' bakış açısıyla bakıldığında anlaşılabilir. Yani gerçek neden 'yapacağım davranış ya da olacak olay sonucu ne gibi zararlara, kötülüklere maruz kalacağım?' sorusunun yanıtlandırılmasıdır. Örneğin daha az vergi ödeyebilmek için ticari defterlerinde 'küçük(ü)' değişiklikler yapan bir tacirin bilmek istediği, eğer bu değişiklikler fark edilirse ne gibi tatsızlıklarla karşılaşacağıdır. Onun hukuk kuralları, ilkeleri ya da vicdani değerlendirmelerle ilgisi yoktur. Tek ilgilendiği mahkemeden çıkacak ve onu etkileyecek sonuçtur. İşte hukukçuluk da bu sonucu tahminden ibarettir. Neden mi? Eğer hukuk söylendiği gibi var olan kurallardan mantık yoluyla kesin

8 Friedmann, s.185.

9 Burada, realizmin fenomenolojiye yaklaştığını söylemek doğru olur. E. Husserl'in ünlü değişimi anımsamak mümkün değildir. "Araştırma hareket noktasını felsefelerden değil, şeylerden ve problemlerden almıştır", E. Husserl, Kesin Bir Bilim Olarak Felsefe, Çev. Tomris Mengüşoğlu, YKY, İstanbul 1995, s.80.

10 Davies-Holdcroft, ss.451-452.

11 The Path of Law'dan alıntı metin, Ömer Yörükoğlu, Yirminci Yüzyılın ilk Yarısında A. B. D. de Hakim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul 1982, I.Ü.H.F. Yayını, s.106.

sonuçlara varmak olsaydı, kişiler kuralları uygulayıp uyuşmazlıkları çözerlerdi ve dava yoluna gerek kalmazdı, ya da dava yoluna gidildiğinde kurallar mekanik biçimde olaya uygulanıp sonuca varılacağından sonuç baştan belli olurdu.¹² Oysa davaların sonucu önceden tahmin edilememektedir.

Bu savı bir örnekle açıklamak daha uygundur. Diyelim hukuk Futbol gibi bir dizi kurallardan oluşsaydı, tıpkı futbolda olduğu gibi sorunları çözmek çok kolay olurdu. Çünkü futbolda (saatlerce tartışılıp konuşulmakla birlikte) asıl tartışılan bir olayın oluş biçimidir. Bir kez bu saptandıktan sonra kural ona mekanik biçimde uygulanır ve sorun çözülür. Yani topun yarısından fazlasının kale çizgisini geçip geçmediği tartışılabilir (maçtan sonra günler ve saatler bu konuya ayrılabilir(!)) ve hakemler de bu konuda kısa bir süre duraksayabilirler ancak, topun yarısından fazlasının kale çizgisini geçtiği saptandıktan sonra, verilecek karar da tartışılması ya da duraksanması gereken bir yön yoktur, gol kararı verilir. Ama hukukta futboldan farklı olarak¹³ yalnızca olgular değil, kurallar ve bunların kapsamları, aralarındaki ilişkiler uygulama biçimleri de tartışılır.

Tüm bunların sonucu klasik anlamda hukuk kurallarının yasalar, tüzükler ve emsal kararlar, hukuk yaşamında zannedildiği öneme sahip olmadığıdır. Çünkü 'kağıt üstündeki kurallar' ile 'gerçek kurallar' birbirlerinden çok farklıdır. Klasik hukuk anlayışı, her kararın aslında biricik olduğu ve yaratıcılık gerektirdiği gerçeğini hem hukukçulardan hem de halktan gizlemektedir. Hukukçunun yapması gereken kağıt üstündekilerle oyalanmayıp,

gerçek kurallara ulaşmaya çalışmaktır. Bunun içinde kuşkucu olmak gerekir. (Burada hukuki realizmin kullandığı kuşku, kartezyen bir kuşkidir: Amaç değil gerçeğe ulaşmanın aracıdır). Yargılama sürecinin aşamalarına göre kuşkucularda farklı bir kimlik kazanırlar. 'Olgu Kuşkucuları' *realizmin* çok büyük önem verdiği olguların toplanması aşamasında yani olayın ilk derece mahkemesine getirildiği aşamada yapılanlardan kuşkulanırlar. 'Kural kuşkucuları' ise olguların toplanma aşaması sona erdikten ve ilk derece mahkemesi karar verdikten sonra, temyiz sürecinde (eğer gidilirse) devreye girerler.¹⁴ Hukuki realistler bu iki türü de kullanmışlardır. Ancak bazıları ilkinde diğerleri ikincisine ağırlık vermiştir. Her iki tür kuşkuculuğun tanımı ve işlevi farklıdır. 'Olgu kuşkucuları', mahkemelerin olguları değerlendirmelerinin kesinlikten mahrum oluşuna ve bu nedenle de tahmini olanaksızlaştırmalarına odaklanmışlardır. Bu bağlamda, tanıkların güvenilirliği, mahkemelerin delil toplama, sunma ve değerlendirmedeki bilim dışı tutumları, hukuki sorunların aşırı düşmanlık yaratan dava yoluyla çözümü, sorunları üzerinde çalışmışlardır. 'Olgu kuşkucuları'nın en ünlüsü olan J. Frank: "Var olan Amerikan mahkeme türleri içinde, ilk derece mahkemelerinde, tahmin edilebilirliğin muhtemelen olanaksız olduğunu ileri sürmüştür".¹⁵ 'Kural kuşkucuları' ise: Yargıçların kararlarına nasıl vardıkları, kararların kurallar ve emsal kararlardan açık mantıksal değerlendirmeyle tahmin edilebilir olup olmadığı, kuralların yargıçların karar sürecini denetlemedeki rolleri ve ağırlıkları üzerinde durmuşlardır. 'Kural kuşkucuları'nın öncüsü Llewellyn, kuralların en

ralların en iyi durumda yargıçlara rehberlik edebildiklerini onları denetleyemediklerini kabul etmiştir.¹⁶

İşte tüm bu değerlendirme ve güvensizliğin sonunda *realizm* yargı kararlarının, kurallar ya da örnek kararların mantıksal sonucu olmadığını, mantıksal çıkarım ve öğretisel analizlerin kararları belirlemekten çok rasyonalize ettiğini ileri sürmüştür. Kararların asıl belirleyicileri olarak da çevre koşulları, karakter, huy, çeşitli menfaatler, cinsel dürtüler, yaygın ideolojiler ve benzerlerini kabul etmiştir. Bu nedenle *realizm* açısından hukuk bilimi, yargıçların ve diğer resmi görevlilerin verdiği ve hukuk olarak görülen kararlara nasıl ulaşıldığının bilimsel araştırması anlamına gelmektedir.¹⁷ Araştırma sırasında, Psikoloji, genel sosyoloji ve istatistik başta olmak üzere yukarıda sayılan bilimlerden yararlanılacaktır.

Bu tanımlama ne getirir? Hukuk anlayışındaki köklü değişiklik getirdiği kesindir. Kuralların mantıksal analizi ile kesin ve nesnel sonuçlara varılması biçiminde ifade edilen güvenilir sürecin yerine, mahkemelerin ve diğer resmi görevlilerin kişisel özellikler, önyargılar, ideolojiler vb. faktörlerle ulaşacakları kararların muhtemel bilimsel tahmini arasında büyük fark vardır. Realistler için kurallar, hukukçuların kararlarını vermelerinde belirleyici olmayacaklar, yalnızca bu kurallar dikkate alınmaksızın verilen kararlardan sonradan onanmasında kullanılacaklardır.¹⁸ Ancak buradaki asıl önemli nokta, şu ana kadar bilinçli olarak anılmayan ikinci temel özelliğinden gelmektedir. Tüm bu gerçekçilik çabası hukuku 'belli toplumsal amaçların aracı olarak görme' anlayışının sonucudur. İşte bu yönüyle

hukuki realizme, enstrümantalizm yani araççı okul denilmektedir. İşte tüm bu bilimsel süreçler sonucu yapılan tahminlerin kesinliği, hukuk kurallarının sosyal sorunları çözmedeki etkinliğinin ölçümüyle tamamlanacaktır. Yani istatistik, neredeyse yaşamsal bir rol oynamakta, hem kararların verilmesinde hem de verilen kararların amaçlanan sonuçlarına ulaşıp ulaşmadığının denetiminde çok önemli görevler üstlenmektedir. Realizmin bu uygulamasını görmenin en iyi yolu, uygulamadan bir örnek getirmektir.

Federal Yüksek Mahkeme'nin N.Y. vs. U.S.A. (1946)¹⁹ kararındaki olayda New York Eyaleti, kendi topraklarından çıkan maden suyunu işletip sapmaktadır. Buradaki uyuşmazlık Eyalet'in satış dolayısıyla federal vergi ödeyip ödemeyeceğidir. Merkezi yönetimin tezi, eyaletlerin federal vergilerden muaf tutulmalarının federal işlevlere zarar vereceği biçimindeydi. Karşı tarafa, eyalet girişimlerinin federal vergilendirilmesinin eyalet egemenliğine aykırı olduğunu ileri sürüyordu. Burada eğer karar önsezilere, siyasi ya da ahlaki değerlendirmelere göre verilmeyecekse gereken şey sağlam bir araştırma ile edinilmiş istatistik verilerdir. Mahkeme bu konuda bir araştırmanın, eyaletlerin ekonomik ve sosyal aktivitelerinin arttığı taktirde bunun genel refahı ve dolayısıyla federal vergileri de arttıracaklarını gösterdiğini söyleyerek, federal işlere zarar verme tezini reddetmiştir. Bu davada açıkça görülen karara yargısal önseziler ya da ideolojiler yerine somut araştırma verilerine dayanarak (tabi ki, yarıcı anlayış doğrultusunda) ulaşıldığıdır.

Hukuki realizmin yapmaya çalıştığı da bundan ibarettir. Böylece herhangi bir

12 G. Jeffrie Murphy, Jules L. Coleman, Philosophy of Law, Westview Press, San Francisco 1990, s.33.

13 Çok ender olmakla birlikte futbolda da kuralların tartışıldığı görülebiliyor.

14 Roger Cotterrell, The Sociology of Law, 2nd Edition, Butterworths, London 1992, s.217.

15 Cotterell, s.217.

16 Cotterell, s.217-218.

17 Murphy-Coleman, s.33.

18 Frederick Schauer, Playing by The Rules, Clarendon Press, Oxford 1998, s.192.

19 Friedmann, s.205-206.

hukuki sorunla karşılaşıldığında soyut hukuksal kalıplarla düşünülmecek bunlardan beklenenlerle bunların uygulamadaki gerçek sonuçları sürekli dikkate alınacaktır.

Ayrıca hukuki realizm bu yaklaşımıyla tarihsel seyirde davranışçılıkla sıkı ilişki içine girmiştir. Hatta, yeni teori ve yöntemlerin araştırma biçimlerini değiştirmesine rağmen, günümüzde yapılan araştırmalar halen hukuki realizmin etkisindedir; bunlarda, örneğin yüksek mahkeme yargıçlarının verdikleri kararlarla kişilikleri ve bunu etkileyen faktörler arasında bilgisayarla bağlantı kurulmaya çalışılmaktadır.²⁰ Hukuku bir davranış hipotezi olarak gören davranışçı anlayış, hukuk normunun davranışsal içeriğini vurgulamakta ve özellikle genellenmenin olabildiğince düşük düzeyde tutulmasını istemektedir.²¹ Örneğin 'işçi ve işveren' yerine 'hastane yönetimi ve doktorlar' ya da 'seçimde aday olmak için başvuru şarttır' ifadesi yerine 'belirli sayıda imza içeren bir dilekçe ile şu mercie başvurulmalıdır' gibi daha kesin ve somut olarak davranışı tanımlayan ifadeler kullanılmalıdır.

Hukuki realizmin tezlerinin değeri nedir? Öncelikle belirtilmesi gereken hukuki realizmin ilke ya da savlarının özgün olmadıklarıdır. Pek çoğu daha önce çeşitli görüşler tarafından dile getirilmişlerdir.²² Ancak toplu olarak ve bir anlayış biçiminde sunulmaları, bu akıma ait bir özelliktir. İkincisi, her ülke ve her dönemde kağıt üzerindeki hukukla uygulanan hukuk arasında ayrılık bulunmuştur. Örneğin ülkemizde, BK'ya göre vekalet sözleşmesinin basit türü şekil şartına bağlı değildir (BK 388,389). Oysa uygulama-

da yazılı hatta noterce düzenlenmiş vekalet olmadan hiçbir iş yapmak mümkün değildir. Bu ayrılıkların olmaması sağlanabilir mi ya da böyle bir yaklaşım hukukta arzu edilir bir şey midir? Hukukumuzdaki teori ve uygulama arasındaki makasın aşırı açıklığı bir yana bırakılırsa, her hukuk sisteminde kuralla uygulama arasında belirli bir payın, bir aralığın bulunmasının olağan olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun önlenmeye çalışılması yani radikal davranışçı yaklaşımların kabulü, hukuku kazuistik bir yapılanmaya götürecektir ve bu kağıt ve uygulama arasındaki ayrılığı arttıracaktır.

hukuki *realizmin* en çok eleştirildiği nokta, genelde ekstrem, uç örneklerle bakarak bunları sıradan örneklermiş gibi değerlendirmesidir. Yani bazı kararlarda hakimler kişisel ya da ideolojik nedenlere dayanabilirler, cinsel dürtüleri, içinde doğup gelişikleri sosyal sınıflar, menfaatleri rol oynayabilir. Ancak bunlar kural değil istisnadır. Birçok hakim olabildiğince nesnel ve tarafsız olarak hukuku uygulamak için çaba göstermektedir ve asıl olan da budur. Ayrıca klasik hukuk kural ve kavramları yargııcı zannedildiği ölçüde başı boş bırakmazlar. *Realizmin* savları, hukuk lacunae'sı [boşluğu] bulunduğu ya da var olan kuralların anlamı belirsiz, bulanık, çelişik ya da çok genel olduğu durumlarda doğru görünmektedir.²³ Böyle durumlarda karar verenlerin bunu kabul etmeyip kararlarına hukuk kaynaklarından kesin tümdengelimle ulaştıklarını söylemeleri, realistlerin kuşkularını tümüyle doğrular niteliktedir. Ancak bunun dışında hukuk uygulamasının mekanik denecek ölçüde açık olduğu ya da

mantık zincirinin çok açıkça gösterilebildiği örnekler vardır ve çoğunluktadır. Denetim kurumlarının varlığı da, denetimin bir kurgu olmadığını göstermektedir.

Dördüncüsü, hukuki *realizmin* hukuk tanımının aslında gerçek bir tanım olmadığı eleştirisidir. Çünkü hukuk 'mahkemelerin olası kararlarını tahmini' olarak tanımlandığında ilk soru mahkemenin ne olduğudur.²⁴ Mahkeme kavramının kendisi hukukidir. Oysa *realizmin* bu konuda söyleyecek fazla bir şeyi yoktur. Yine *realizm*, bir davada yasayı yorumlayan yargıcın ne yapıyor olduğunu ya da bir kararın hukukten doğru olup olmadığı sorularını yanıtlamaz.²⁵ Aslında, hukuki realizmin belki de en zayıf yönü değer kavramına ilişkindir. Bu akıma göre hukukun hizmet ettiği değerler araçsaldır, açıkçası hukukun işlevi demokratik biçimde ifade edilen tüm gereksinim ve yararların tatminidir.²⁶ Bu anlayışın değere bakışını da Yargıç Holmes'un şöyle ifade etmiştir: "Ben yasaların iyilik ve kötülüklerine ilişkin bilgilerimizden o denli kuşkulanyorum ki, çoğunluğun talep ettiğinden başka eylemsel bir eleştirim olmuyor."²⁷

Son olarak, hukuki realizme ilginç bir eleştiri de Dworkin'den gelmiştir. Ona göre *realistlerin* bizzat kendileri: "...[H]ukukçuların bu karmaşık kurumları sınırlı ve iç gözlemsel bir yoldan başka bir yolla tanımlamaları için gerekli istatistiksel araçlara ve deneyime sahip olmadıklarını bulguladılar", böylece de bu anlayış hukuktan çok sosyolojinin alanına girmiştir.

Hukuki realizmin savlarında ne derece haklı olduğu ya da eleştirilerin geçerlilik

oranı, hukukun kuramsal alanındaki pek çok konu gibi sert tartışmalara açıktır. Ancak her eleştirel kuram gibi, daha doğrusu tüm *sinik* kuramlar gibi hukuki realizm de günümüz insanının içinde yaşadığı kurum ve kavramları sağlıklı biçimde sorgulamasına yardımcı olmaktadır. Özellikle Cumhuriyet'in ilk yıllarından buyana en büyük değişimi yaşayan ülkemizin yapmaya giriştiği hukuk reformlarında, realist yaklaşımın uyarılarına özellikle dikkat etmesi gereklidir. Hukuk sisteminizin çeşitli nedenlerle yazılı kuralarda giderek uzaklaşması, çeşitli yolsuzluklar, kişilerin hukuka olan güvenini sarsmış, herhangi bir yönden güçlü olanın mahkemelerden istediği kararı alabileceği zihinlerde yer etmiştir.

Dahası hukuk ülkemizde sosyal mühendislik aracı olma rolünü yine Cumhuriyet'in kuruluşunda üstlenmiştir. Oysa belirtildiği gibi, eğer hukuk toplumsal yapılanma ve yeniden yapılanma aracı olarak kullanılacaksa, mutlaka amaçlarla sonuçların uygunluğunun sıkı bir denetime gereksinimi vardır. Ama geçmiş dönemde bunun yapıldığını söylemek olanaksızdır. İşte tüm bunlardan dolayı hukuki realizmin uyarıları özellikle ülkemiz açısından daha yaşamsal bir öneme sahiptir ve yargıç Holmes'un yaklaşık yüz yıl önce söyledikleri asla önemini yitirmemiştir:

"Bizim fazla olmaktan ziyade, çok az teorimiz vardır...Bunun tehlikesi yetenekli ve pratik

kafahların kendi işlerine uzak bağlantılı fikirlere kayıtsız ve güvensiz bakabilmeleridir..**En uzak erimli güç para değil düşüncelerin yönetimidir...okuyun...** ve

20 Cotterel, s.218-220.

21 Alfred de Grazia, "Hukuk ve Davranış Araştırmalarına Birleşik Bir Yaklaşım Denemesi", Çev. Ahmet U. Türkbağ, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, S.1-4 1991-1994, ss.453-460, İstanbul 1994, s.459, 460.

22 Schauer, s.196.

23 Junichi Aomi, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions" ARSP vol. LIX 1973, ss.193-196.

24 Murphy-Coleman, s.34.

25 Murphy-Coleman, s.34-35.

26 Yörtükoğlu, s.4.

27 Yörtükoğlu, s.34.

28 The Path of Law'dan alıntı metin, Friedmann, s.198 dn.26, vurgu bana ait.

nasıl ölümünden 100 yıl sonra Descartes'in soyut spekülasyonlarının kişilerin davranışlarını denetleyen pratik bir güce dönüştüğünü görün. **Büyük Alman hukukçularını okuyun ve dünyanın bugün Bonaparte'tan çok Kant tarafından yönetildiğini görün.**"²⁸

Bibliyografya

Aomi, Junichi, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions" ARSP vol. LIX 1973, pp.193-196.

Cotterrell Roger, The Sociology of Law, 2nd Edition, Butterworths, London 1992.

Davies, Howard, David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Massachusetts 1997.

Friedmann, W., Legal Theory, Stevensand

sons Ltd., London 1953.

Gürkan, Ülker: Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Grazia Alfred de., "Hukuk ve Davranış Araştırmalarına Birleşik Bir Yaklaşım Denemesi", Çev. Ahmet U. Türkbağ, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, S.1-4 1991-1994, ss.453-460, İstanbul 1994.

Husserl E., Kesin Bir Bilim Olarak Felsefe, Çev. Tomris Mengüşoğlu, YKY, İstanbul 1995.

James William, Pragmacılık, Çev. M. Aşkın, MEB, İstanbul 1986.

Murphy, G. Jeffrie, Jules L. Coleman, Philosophy of Law, Westview Press, San Francisco 1990.

Schauer, Frederick, Playing by The Rules, Clarendon Press, Oxford 1998.

Yörükoğlu, Ömer, Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD'de Hâkim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul 1982, İÜHF Yayını.

Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi*

Junichi Aomi

Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ

I- Sorunun Klasik ve Kuşkucu Görünümü

Hem Common Law hem de Medeni Hukukun geçerli olduğu ülkelerde "hukuk kaynaklarından" yola çıkan (hukuksal öncüllerden çıkarılan yasal şartlar ya da kurallar biçiminde) katı tümdengelimsel akıl yürütmenin, "yasal kesinliğin" ve "şahısların değil, hukukun üstünlüğünün [rule of law]" temel güvencesi olduğu uzun süre tartışılmadan kabul edildi. Hatta geçen yüzyılın son yarısından beri, bu klasik bakış açısını ağır eleştirilere maruz kalmış olması da [durumu değiştirmede]. Eleştirel hareket, zaten 1840'ların sonlarında *Julius Kirschmann* tarafından önceden gösterilmişti, kusursuz savunmasını *Rudolf von Jhering*'in geç dönem yazılarında buldu, ve ardından, şimdi serbest-hukuk doktrini olarak yaygın biçimde anlaşıldığı gibi olgunlaştı. Diğer yandan Birleşik Devletler'de de benzer bir hareket, öncülleri O. W. Holmes, B. Cardozo ve Roscoe Pound'la yol çıkmıştı. Onların "sosyolojik hukuk bilimi" dedikleri [bu anlayış], bin dokuz yüz otuzların başlarında "Realist-Gerçekçi" okulun doğumuyla birlikte sola keskin bir dönüş yaptı.

Tüm bu hareketler mantığın yasal ve özellikle yargısal süreçteki düzenleyici gücüne yönelik ortak kuşkuyu paylaşmakla birlikte, Realist okulun daha mili-

tan üyelerinden bazılarının klasik bakış açısına karşı seferde diğerlerinden daha ileriye gittikleri açıktır. Onlara göre yasal kesinlikteki geleneksel inanç bir "mit'ten" başka bir şey değildir, bir yargısal kararda gerçekten belirleyici olan ne mantık ne de hukuk kaynaklarıdır, [yalnızca] birey olarak yargıçların kişiliğidir. Bu anlayışa göre tümdengelimsel akıl yürütme yargıçlar yönünden sıkça, sadece önseziyle" varılan sonuçların ex post-facto [sonradan]onlanması ya da "aklıleştirilmesidir." Bu biçimde, ideolojik ya da süsleme rolleri dışında hukukta mantığın çok az net-değer önemine sahip olduğu ileri sürüldü.

Bu makalenin ereği bu savın geçerliliğini gözden geçirmektir.

II- Mantığın Ex Post-Facto [Olay Sonrası] Karakteri ve Düzenleyici İşlevinin İlişkisi

Hukukta ve özellikle yargısal kararlarda mantığın rolünü tartışırken, biri özellikle iki ayrı sorun alanının ayrımını, Jerome Frank'ın Court on Trial'inde [Davada Mahkeme] görünür kıldığı bir ayrımı açıkça kavramalıdır. Güncel felsefi terminolojide bu iki sorun alanı sırasıyla "keşif bağlamı" ve "geçerlilik" bağlamı olarak karakterize edilebilir. Keşif bağlamı genelde bilimin ya da akli araştırma-