

Hukuki Pragmatizm

Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard Posner¹

Muzaffer DÜLGER²

Giriş

Pragmatizm, bilindiği üzere ağırlıklı olarak Britanya felsefesinden ve onun pek çok farklı ekolünden beslenerek, 19.yy.'ın ikinci yarısında Amerika'da ortaya çıkmış ve bir şekilde ekol oluşturabilmiş bir felsefedir. Pragmatizm tartışmalarında düşünme ediminin kendisi üzerine düşünceler üretilmiş, özde pratik ve ereksel olduğu savunulan zihnin çalışmasını köreltici metafizik tartışmalara eleştiriler getirilmiştir. Bu yüzden pragmatistlerce rasyonalist, soyutlamacı, kesinlikçi ve tekçi düşünme biçimlerine karşı empirist, somutlamacı, çoğulcu, yanlışlanabilir ve olumsal (*contingent*) düşünme biçimlerinin toplu bir savunması yapılmıştır. Yani pragmatizm son derece eklektik bir felsefedir, niteliği itibarıyla pek çok felsefi anlayışı içinde barındırır. Pragmatizmin kurucularından biri sayılan William James'in, başyapıtı olan kitabının ismini *Pragmatizm: Birtakım Eski Düşünme Yolları İçin Yeni Bir İsim (Pragmatism: A New*

*Name for Some Old Ways of Thinking)*³ olarak koyması bu durumu gözler önüne sermeye yeterlidir. Yani pragmatizmin ilgisi düşünmenin biçimleri ve yolları üzerinedir; düşünmenin ve akıl yürütmenin metodu üzerinedir. Bu yüzden pragmatizmi hukuk teorisi içinde ilk kullanan hukuk düşünürleri onu hukuki akıl yürütme ve yargılama felsefesi (*philosophy of adjudication*) bağlamında önemseyip kullanmışlardır. Yani ilgili oldukları ve bu yüzden pragmatizmle haşır neşir oldukları mesele, metot yani "izlenmesi gereken yol"⁴ üzerinedir, hukuki akıl yürütmede izlenmesi gereken yol ya da yollar üzerinedir. Bakıldığında, hukuki pragmatizmin öncü eserleri olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes Jr.'ın *The Path of Law* (Hukukun Yolu) ve Benjamin N. Cardozo'nun *The Nature of Judicial Process* (Yargı Sürecinin Doğası) isimli eserlerinin hem başlıkları hem de içerikleri, pragmatizmin hukuki metot tartışmalarında kullanıldığını net bir biçimde göstermektedir⁵.

- 1 Bu makale, 17 Mayıs 2017 tarihinde Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VIII Sempozyumu'nda "Hukuki Pragmatizm" başlığı altında sunulmuştur. Sunumda aktarılmaya çalışılan konu ikiye ayrılarak yayınlanmıştır. İlk kısmı, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme" başlığı altında yayınlanmıştır (Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478). İkinci kısmı ise HFSA'nın bu sayısında yayınlanmaktadır.
- 2 Ar. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.
- 3 William James, *Pragmatizm: Kimi Eski Düşünce Biçimleri İçin Yeni Bir İsim*, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim, 2015, İstanbul.
- 4 "Metot" kavramı ve onun "Yol" ile etimolojik irtibatı üzerine bkz. Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, 2010, İstanbul, s.11-12.
- 5 Oliver Wendell Holmes Jr., "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol:10, No:8, 1897, ss.457-478; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 8th.print., New Haven: Yale University Press,

Pragmatizm, hukuk teorisine iki ana noktada tesir etmiştir: İlki, hukukun gelişimi ve evrimi meselesidir. İkincisi ise hukuki akıl yürütmedir. İlki, hukukun şekillenmesinde beşeri ihtiyaçların araştırılmasına ve hukuk-toplum çalışmalarının önem kazanmasına vesile olmuştur. Ayrıca hukuk kurallarının bir hukuk sistemi içerisinde evrilmesi, hatta hukuk sanki doğal bir sistemmişçesine bu kuralların seleksiyonu konularını hukukbilimi literatürü içerisinde tedavüle sokmuştur. İkincisinin, yani hukuki akıl yürütme ve yargılama felsefesinin en önemli konusu ise yargıçların iki durum arasında kalıp yaşadıkları ve bunlardan biri için diğerini çoğu kez feda etmek zorunda kaldıkları bir ikileme alakalıdır; yargıçların bu ikileminin bir tarafı, önlerine gelen vakalarda hukukun belirliliği ve öngörülebilirliğini sürdürmek suretiyle karar vermek, diğer tarafı ise bu öngörülebilirlikten ve geçmişle tutarlılıktan taviz vermek pahasına her bir vakadaki içkin adaleti tesis etmek ve bu suretle daha gelişkin bir adalet sistemine erişme bağlamında hukuka adım attırmaktır⁶.

Dolayısıyla bu iki temel sorunsal doğal olarak birbirlerini etkilemektedir ve hukuk felsefesinin en önemli konularından olan “hukukta gelişim” ile “hukukta istikrar” arasındaki sınır problemlerini gözler önüne sermektedir.

Genel hukuk teorisi ile pragmatizmin düşünsel çıktıları arasındaki ilişkiselliği kurup değerlendiren ilk kişiler, pragmatist felsefenin kendisiyle yaşattır⁷. Fakat “hukuki pragmatizm” (*legal pragmatism*) ifadesi o kadar eski değildir. Hatta pragmatizmin kurucularından John Dewey hukuk üzerine pek çok yazı kaleme almış⁸ ve genel pragmatik felsefesini hukuk felsefesine bir biçimde yansıtmış olsa da, münhasıran bu ifadeyi kullanmamıştır. Bu ifadeyi bugün hukuk felsefesi tartışmalarına en belirgin biçimde kimin dahil ettiği yahut sıklıkla yankılatıldığı hususunda kısa bir araştırma yapıldığında, karşılaşılabilecek isimlerin en göze çarpanı Richard A. Posner’dir. Pragmatizmin hukuk teorisinde bayrak taşıyıcılığını yapmakta olan Posner şöyle der:

London: Humphrey Milford Oxford University Press, 1932. Holmes’ün makalesinin başlığını metot düşüncesiyle ilişkili bir kavram olan “Yol” (“Path”) koyması mânidardır. Cardozo’nun eseri ise, baştan sona, hukukta kullanılabilir metotlar üzerine tartışmadan ibarettir. Söz konusu iki düşünürün pragmatist düşünceleri üzerine bkz. Muzaffer Dülger, “Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo’nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478.

- 6 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London, s.242.
- 7 Pragmatizmin kurucusu addedilen Charles Sanders Peirce ile aynı dönemin insanı olan iki hukukçu dikkat çeker: Oliver Wendell Holmes Jr. ve Nicholas St. John Green. Bu üç düşünür birbiriyle hem arkadaş hem de fikri anlamda etkileşim halinde olmuşlardır. Bkz. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, Cambridge, London, s.462; Max H. Fisch, “Was There A Metaphysical Club in Cambridge: A Postscript”, *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, Vol.17, No.2, Spring-1981, ss.128-130.
- 8 Bu konuda iki yazısı Türkçeye çevrilmiştir: John Dewey, “Hukuk Felsefem”, (Çev. Furkan Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss.30-38; John Dewey, “Antropoloji ve Hukuk”, (Çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, Cilt:4, Sayı:2, Mart-Nisan 2017, ss.35-40. Makalelere açık internet erişimi için: <http://www.hukukkurami.net/>

Pragmatizm, Amerikan yargı *et-hos*'unun en iyi tarifidir ve aynı zamanda yargısal performansı arttırmanın en iyi rehberidir, böylece yargısal rolün olgusal olduğu kadar normatif açıdan da en iyi teorisisidir.⁹

Posner, pragmatizmin tesiri altındaki pek çok Amerikalı hukukçudan söz eder. Hatta bunların arasında Yüksek Mahkeme yargıçlığı yapmış çokça yargıç da vardır¹⁰; bunların bir kısmı açıkça pragmatist olduklarını beyan etmiş kişilerdir, bazılarının ise yazılarından ve verdikleri kararlardan bu felsefeden etkilendikleri, örtük ya da açık, ama bir şekilde görülebilmektedir. Posner hukukçu pragmatistleri iki ana grupta toplar. İlk grup, pragmatizmin kurucuları olan Charles Sanders Peirce, William James ve John Dewey'nin tesiri altında kalmış olan eski pragmatist hukukçular iken¹¹, ikinci grup

Richard Rorty güdümünde bir pragmatizmden etkilenmiş olan neo-pragmatist hukukçulardır¹².

Pragmatizm, tarihsel süreçte kendi içinde çokça dönüşüm yaşamış ve niteliklerindeki ağırlık merkezi sıklıkla yer değiştirmiştir. Çalışmamızın amacı olan hukuki pragmatizmi tanımlayabilmek için, öncelikle pragmatizmin genel niteliklerini olabildiğince kapsayıcı ve bir o kadar öz biçimde göstererek işe başlamamız icap eder. Bunlar: (i) Aydınlanmacı düalizme karşıtlık, (ii) Aydınlanmacı rasyonalizme karşıtlık ve bunlara bağlı metafiziğin reddi, (iii) “nesnellik”, “gerçeklik” ve “hakikat” gibi metafizik kavramlara inançsızlık, (iv) Bu metafizik içeriğe uygun olarak ele alınan *sabit* ve *değişmez* “doğruluk” kavramının kabul edilmemesi ve bu suretle pragmatik bir doğruluk¹³ kavramının kabulüdür¹⁴.

9 Aktaran: Michael Sullivan, Daniel J. Solove, “Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism”, *Yale Law Journal*, Vol.113, 2003, ss.687-741, s.688.

10 Holmes, Brandeis, Cardozo, Frankfurter, Jackson, Douglas, Brennan, Powell, Stevens, White, Breyer gibi. Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.240.

11 Yukarıdaki dipnotta sayılan yargıçlar ve daha sonra hukuki realizm akımı, pragmatizmin Rorty öncesi kaynaklarından etkilenmişlerdir. Bkz. Richard A. Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law”, *Southern California Law Review*, Vol.63, 1990, ss.1653-1670, s.1654.

12 Martha Minow, Daniel Farber, Thomas Grey gibi isimlerin yanında Posner kendini de bir neo-pragmatist hukukçu olarak ifade eder. Bkz. Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law”, s.1654. Bununla beraber, Susan Haack ve Cherly Misak gibi Rorty-karşıtı neo-pragmatistler de bulunmaktadır. Bkz. Michael Bacon, *Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm*, (Çev. Banu Özdemir), Elips Kitap, 2010, Ankara, s.17.

13 Cornforth'un, James'in doğruluk kavramını tahlili dikkat çekicidir. Buna göre, bir fikrin doğruluğu olagebilir (Oluşçuluk, Heraklitçilik), olaylar tarafından doğru kılınır (Deneyimselcilik) ve doğru halini alır. Yani onun kendini gerçekleştirme süreci onun doğrulanmasıdır. Onun geçerliliği, onun geçerli kılınma sürecidir. Teoriler ve fikirlerse sadece pratik yaşamımızda bize araçlar olarak hizmet ettikleri oranda doğru olurlar. Bkz. Maurice Cornforth, “Pragmatizm” (Çev. Tonguç Ok), *Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi- Amerikan Felsefesi*, Doğa Yay., 2005, İstanbul, ss.47-97, s.48. Doğru *değişkendir* tezi için ayrıca bkz. James, *Pragmatizm*, s.72.; Dülger, “Hukuk, Evrim ve Pragma”, s.456-8. Pragmatizmin doğruluk teorisini “mantıksal yararcılık” olarak niteleyerek, onun doğruluk kavramını yumuşattığı ve subjektivizme boğduğu eleştirisi için bkz. Durkheim, *Pragmacılık ve Toplum Bilim*, (Çev. Özer Ozankaya), Cem Yay., 2016, İstanbul, s.122, 124-5, 129.

14 Çalışmanın boyutlarını ve hacmini zorlamamak adına pragmatizmin bu genel görüntüsünden derhal hukuki pragmatizme geçiş yapmamı mazur görünüz. Pragmatizm felsefesi ya da felsefi pragmatizm ile alakalı olarak daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003, Cambridge, London, s.24-56; Dülger, “Hukuk, Evrim ve Pragma”, s.454-458.

David Luban, genel olarak hukuki pragmatizmi “*eklektik, sonuç-yönelimli ve tarihsel kavrayışlı antiformalizm*” olarak tanımlar¹⁵. Eklektik yani seçmeci; kullanılabilir her düşünce aracını kullanır. Sonuç-yönelimlidir, yani hukuki bir doktrine bağlılığı amaç edinmez, topluluğun iyiliğini/refahını amaç edinir ve netice ihtimallerinin değerlendirilmesi bununla test edilir. Bir topluluğun refahını amaçlamak da o topluluğa mahsus tarihin bilinmesini gerektirir, yani tarihsel kavrayışlıdır. Formalizme ise daima karşıttır, zira formalizm hukuki analizin daha önceden mevcut olan bir doktrinle tahdit edilmesi demektir¹⁶. Hukuki pragmatizm, kendisini pragmatist olarak tanımlayan Susan Haack’e göre de, Luban ile benzer şekilde, *metodolojik açıdan* eklektiktir, sonuca-yönelimlidir, tarihsel-kavrayışlıdır ve anti-formalisttir; *felsefi* açıdan ise hukuki gerçekliğe ve adalete dönük olarak göreceli bir bakış açısı vardır¹⁷. Esasında Peirce’den Rorty’e dek pragmatizmin kendi içindeki evrimine bağlı olarak, hukuki pragmatizm ile neo-hukuki pragmatizm birbiriyle bağlantılı ama aynı zamanda bazı yönlerden farklılaşan yaklaşımlar olmuştur¹⁸. Richard Posner bu evrimsel tabiatına rağmen, eski ve yeni farkı götmeksizin, genel olarak hukuki pragmatizmin esaslı

unsurlarını şunlar olarak sıralar; (i) pragmatist felsefenin hakikat ve gerçeklik gibi metafizik kavramlara inançsızlığını benimsemek ve sürdürmek, (ii) sonuçları ile test edilen önermelerin kullanımı (sonuçsalcılık), (iii) katı bir objektivite fikrine bağlı olmaksızın beşeri ihtiyaçlar üzerine kurulu hukuki tasarımlarda ısrarcı olmak. Bu bağlılıklardan ise şu yan-çıktılar ortaya çıkar: İlerlemecilik (*progressivism*), Sekülerizm, Deneyimselcilik (*experimentalism*), ortak duyum ya da başka tabirle sağduyu (*common sense*) fetişizmine varmayan bir ortak duyumculuk¹⁹.

Biz çalışmamızda, bu kısa haritalandırmanın izahını biraz daha ayrıntılandırarak yapmaya çalışacağız. Ancak bu, kendi alt başlıklarımız dahilinde olacak. Alt başlıklarımız iki ana parçaya ayrılmıştır; ilk kısımda hukuki pragmatizmin reddiyeleri, ikinci kısımda savunmaları toplanacak ve bu itibarla hukuki pragmatizme içkin başlıca unsurlar izah edilmeye çalışılacaktır. Söz konusu başlıkların izahı için ise, ilk pragmatistlerden biri olan Yargıç Holmes Jr.’dan Richard Posner’a değin, epeyce geniş bir tarihsel aralığın içinde git-geller yapmak durumunda kalacağız²⁰. Zira pragmatizm Amerikan hukuk teorisinde sosyolojik hukuk ilmi, realist hukuk düşünceleri,

15 David Luban, “What’s Pragmatic About Legal Pragmatism?”, *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, September-1996, ss.43-74, s.49.

16 Luban, “What’s Pragmatic About Legal Pragmatism?”, s.43-44..

17 Susan Haack, “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, ss..8-3, s.9.

18 Posner’in Holmes ve Cardozo’ya övgülerinin yanında eleştirileri de söz konusudur. Bunlara aşağıda toplu olarak bir başlık altında değinilmiştir.

19 Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law”, s.1660-1.

20 Bununla birlikte odaklanacağımız literatür, genellikle Posner merkezli bir literatür olacaktır. Ve onun (yetersizlikleri olsa bile) hukuki pragmatizmin mihenk taşı olarak sunduğu Holmes ve Cardozo’nun yazılarını da başlıca kaynaklarımız olarak ele alacağız.

eleştirel hukuk çalışmaları ve ekonomik hukuk öğretileri gibi çok farklı düşünce ekollerini değişken nispetlerde ve içeriklerle etkilemiştir²¹. Hatta Posner, pragmatizme çok ciddi eleştiriler yönelten hukukçuların dahi (bunlardan en çok üzerinde durduğu da Ronald Dworkin'dir) pragmatizmin epeyce tesiri altında olduğunu defalarca iddia etmiştir²².

Çalışma, özellikle Posner odaklı bir biçimde hukuki pragmatizmin “ne” olduğunu anlamaya dönük bir amaca özgülendiği için onun münhasır eleştirileri detaylı bir biçimde sunulmamıştır; onun eleştirisi olarak sadece Dworkin'in eleştirilerine altbaşlıklar altında parça parça yer verilmiştir.

-I-

1- Aydınlanma Felsefesi Mirasının Reddi

Pragmatizmin başucu kitabı addedilen William James'in *Pragmatizm* kitabı, bütünüyle Aydınlanmanın rasyonalist felsefesinin tenkidi ve reddi amacıyla kaleme alınmıştır. Dolayısıyla kitaptaki pragmatizm, ilkin bir rasyonalizm eleştirisi olarak gözümüze çarpar. Bunun çok sayıda açılımı vardır; pragmatizmin hangi düşünce biçimleriyle uyumlu olup hangileriyle olmadığı kitap boyunca işlenir. Örneğin monizm yerine plüralizm pragmatizme daha uygun görülür²³.

Posner'ın pragmatist felsefeye ithafen vurgu yaptığı bir başka Aydınlanma eleştirisi, beden-akıl, algı-gerçeklik, öz-ne-nesne gibi düalizmler hususundadır; Posner bu düalizmlerin hukuki ve siyasi muhafazakarlıkları beslemiş olduğunun ve pragmatizmde bu tip ikiliklerin birlikte ve karşılıklı evrildiğinin altını çizer. Ayrıca Aydınlanmanın bilimci dünya görüşünü güçlendirmesi ve doğa bilimlerinin yasalarının sosyal bilimlere de aynen teşmil edilebileceği düşüncesinin ortaya çıkışı, mekanik toplum ve insan teorilerini beslemiştir; Posner, pragmatizmin bu anlayışlara uzak olduğunu belirtmiştir²⁴.

2- Metafizik Tartışmaların, Temel ve Töz Arayışlarının Reddi (Anti-Temelselcilik; Anti-Foundationalism)

Hukuki pragmatizm, genel olarak, pragmatist felsefenin “töz” ve “temel” gibi metafizik kavramları eleştirisini takip etmiştir. Pragmatizm bu noktada, yani metafizik içeriklendirmelerin reddi hususunda, hukukta realizm akımlarını da besleyen bir konum almıştır. Gerek hukuku gerekse felsefenin bizzat kendisini toplumsal ihtiyaçlara yönlendiren, işte bu metafizik karşıtı tutumdur²⁵. Anti-temelselciliğin, anti-metafizikçiliğin ve kesinlik nosyonunun reddinin Quine ve ikinci dönem Wittgenstein tarafından işlenişi, neo-hukuki pragmatizm nez-

21 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.462; Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na etkileri hakkında bkz. Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, İmge Kitabevi, 2016, Ankara, s.83,85.

22 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.252-255; Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law”, s.1654.

23 James, *Pragmatizm*, s.107-128. Bunun ileride bahsedecek olduğumuz anti-tözselci ve anti-temelselci bakış açısı ile de bağlantısı vardır.

24 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.463; Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.4.

25 Heikki Pihlajamäki, “Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2 (Spring-2004), ss. 469-487, s.471.

dinde bu takibin sürdürülmesine ayrıca katkı yapmıştır²⁶. Richard Warner, felsefi pragmatizmin pratik sorunlarda temelselci düşünmeye yönelttiği sert eleştiri açısından hukukçularca cazip bulunuyor olabileceğini, çünkü haklılaştırmanın bir temelden yoksun olmasının, bu yönde karşılaşılabilecekleri sorulardan çeşitli kaçış imkanları üretebileceğini belirterek eleştiri oklarını hukuki pragmatizme bu noktadan yollar²⁷.

Anti-temelselciliğin hukuki pragmatizm tarafından, biraz çeşitlilik sergilemekle birlikte en fazla ele alınan çıktılardan biri, *hukukun temeli* sorunsalı ile ilgilidir. Bu husus, pragmatist hukukçular arasında yeknesak bir tutumu değil, farklı farklı düşünceleri tetiklemiştir. Örneğin Holmes açısından da pratik de olsa hukuk-ahlak ayrımı ile ilgili belirgin doneler gözümüze hemen çarpabil-

mektedir²⁸. Posner'dan önceki bir başka önemli hukuki pragmatist, Cardozo tarafından bu hukuk-ahlak bağına yönelik açık bir reddiye görmek mümkün değilken²⁹, o ve Holmes'un takipçileri addedilen realist hukukçular söz konusu bağ ile alakalı yine şüpheli itirazlar gündeme getirmişlerdir³⁰. Posner açısından ise anti-temelselciliğin etkisi, hukukun ahlaki teorilerden ve değerlerden özerkleştirilmesi hususunda olmuştur. Kendi pozisyonunu “pragmatik etik şüphelilik” olarak adlandırır ve bunun metaetik bir bakış açısı olduğunu belirtir. Buna göre, ahlak yereldir, görelidir, oluşumu itibarıyla tarihsel ve kültürel, evrensel değildir, çekişmelidir, hiçbir ahlak görüşü diğerinden hiyerarşik bakımdan üstün değildir, dolayısıyla hukuka temel yapılamaz. Yargı kararlarının ahlaki temellendirilmesi bu yüzden hukukun

26 Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law”, s.1659.

27 Richard Warner, “Legal Pragmatism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd. Edition. (Ed: Dennis Patterson), Wiley-Blackwell, 2010, United Kingdom, ss.406-414, s.406.

28 Holmes'un ayrımı pratik bir ayrımdır. Şöyle der: “Bendeniz hukuk ile ahlak arasındaki farklılığı vurguladığımda, tek bir maksatla bunu yapmaktayım, bu da hukukun öğrenilebilmesi ve anlaşılabilmesidir.” Yoksa “Hukuk, ahlaktan alınan bir deyimler biliminden (*phraseology*) ibarettir ve dilin saf gücü vasıtasıyla mütemadiyen bizi algılayamayacağımız şekilde bir alandan diğerine geçişe davet eder, öyle ki aklımızın önüne koyduğumuz daimi ve sabit bir sınırlarımız olmadığı sürece biz [ne] yaptığımızdan emin olamayız.” Dolayısıyla ele aldığımız meselelerin bir hukuk meselesi mi yoksa bir ahlak sorunu olduğunu da anlayamayız. Bkz. Holmes Jr., “The Path of Law”, s.459-60.

29 Cardozo'da, Holmes gibi hukukbilimi uğruna hukuk ve ahlak ilişkisine dair pratik bir ayrım görülemediği gibi, tersine hukuk ile ahlak ilişkisine dair yargıcın içinde bulunduğu zaman ve mekânın *mores*'ini dikkate alması gerektiğini salık veren çokça açıklama vardır. Örneğin şöyle der: “Hukuk, bir çağdan diğerine sessizce ve bilinçsizce gelişen geleneksel ahlakın bir ifadesi olduğu için, açıklaması tarihsel bir ilerlemedir. Bu, Savigny'nin hukukun kaynağı düşüncesindeki önemli hakikattir. Ancak, hukuk aynı zamanda bilinçli ya da hedeflenmiş bir ilerlemedir; bu nedenle ahlaki amaca erişmeye ve bunun yasal formlarda somutlaşmasına yargıcın zihni yönelmedikçe, salt geleneksel ahlakın ifade edilmesi yanlış olacaktır... Fayda veya ahlak kurallarının standartları veya modelleri, yargıç tarafından toplumsal hayatın içerisinde bulunacaktır.” Bkz. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.103-5.

30 Zaten Cardozo'nun dahil olduğu sosyolojik hukuk ilmi akımı ile onun ardılı sayılabilecek olan hukuki realizm akımı arasındaki en önemli farklılıkların biri, ilkinin hukuka amaçsal ve etik yaklaşımına karşılık, ikincisinin bu hususlara son derece şüpheli yaklaşım sergilemesidir. Bkz. Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.54.

sübjektivizme emanet edilmesinin bizzat kendisidir³¹. Ayrıca Posner hukuk-ahlak özerkliğini, hukukun asgari nesnelliğinin temini amaçlı savunur. Zira modern toplumda ahlaki alan son derece heterojendir, çoğulluk arzeder ve hukukun bu çoğulluk üzerinde temellendirilmesi mümkün değildir. O yüzden Posner hukuka ahlaki bir temel bulma işiyle ilgilenmez ve bu husus onun doğal hukuk eleştirisinin merkezini oluşturur³².

Pragmatizmin anti-temelselciliğinin pragmatik hukuk felsefesine belki de en önemli yansımaları, soy testinin reddidir. Buna göre, hukuki pozitivism ve hukuki formalizmin uzlaştıkları nokta, hukukun belirli kurallar üzerinde belli bir silsilenin gözetilmesi suretiyle temellendirilmesidir; kısaca kuralların soy testidir. Kökeni olmayan bir hak yahut yükümlülükten hem pozitivism hem de formalizm açısından bahsedilemez³³. Oysa pragmatik bir hukuk teorisi bu tip bir soy araştırmasını, ileriye dönük bir fayda sağlamadığı sürece, gereksiz görür. Cardozo şöyle der: “Asıl olan, çıkış noktası yani köken değil, varılmak istenen noktadır. Bizi nereye götüreceğini bilmediğimiz bir yolu seçmekte herhangi bir bilgelik yoktur...” Bu işlevleri haiz bir kural, yani amacı olan ve amacını sağlayan kural kendi tanınma belgesini, yani meşruiyetini üretir³⁴. Yargıçlar için de seçim yapma hususunda nihai ilke, bir

kuralın amacına uygunluğudur. Cardozo, amaca uygunluğu formalist ve pozitivist hukukçuların soy testinin yerine koymak suretiyle, geçmişe bakışlı (*retrospective*) bir hukuk nosyonu yerine ileriye bakışlı (*prospective*) bir hukuk nosyonuna sahip olduğunu bilvesile belirtmiştir³⁵. Bu noktada pragmatizmin anti-temelselciliği ile ilerlemeciliği arasındaki bağlantı da belirgin hale gelmiş olur. Zira düşünce ve düşüncenin ilerlemesine vesile olmadığı sürece, düşüncenin temeli ile ilgili spekülasyon yapmak pragmatizme göre düşünme edimini köreltir.

Pragmatizmin esasında bir metafizik tartışması ve eleştirisi olarak açmış olduğu “temel” meselesi, hukuki pragmatizm nezdinde ortaya çıkmış bir başka pratik tartışma konusu olan hukukta ilkelere bağlılık meselesine de etki eder. Dworkin, hukuki pragmatizme eleştiri yöneltirken ve onu kendi teorisi olan “bütünlük olarak hukuk”un (*law as integrity*) karşısında konumlandırırken, hukuki pragmatizmin iki önemli özelliğine vurgu yapar: (i) hukuki pragmatizm, hukuku şekillendirdiği farz edilen temel ilkelere ve varsayımlara karşı şüpheyle yaklaşır, (ii) hukuka şekil vermiş olan geçmiş siyasaları dikkate almaz³⁶. Dworkin’in hak merkezli hukuk teorisi, kurallar yanında ilkelerin de -özellikle zor davalarda- önemini yadsınamaya çağını vurgular; ancak pragmatizm ilke-

31 Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 2002, s.1x, 7-8.

32 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.457-8; Posner, “Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin”, *Arizona State Law Journal*, Vol:29, 1997, s.377-388, s.383.

33 Posner, “Pragmatic Adjudication”, s.4; Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law?”, s.1663-4.

34 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.98-99.

35 Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law?”, s.1657.

36 Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Cambridge, London, s.151.

lere dayalı biçimde sorun çözmek yerine o anda siyasa üretir ve hukuki çözümleri bu siyasalar doğrultusunda üretmeye çalışır³⁷. Buna karşılık hukuki pragmatizm nazariyesinden bakıldığında, süregelen ilkelere bağlılık ve bunun dedüktif akıl yürütme formunda münhasır durumlara yansır şekilde salt mantıki manipülasyonunun pragmatik olmadığını ve hukukun esasen toplumsal gayelere vasıta olarak değerlendirilmesi gerektiğini, Cardozo ve Holmes yıllar evvel göstermeye çalışmışlardır³⁸.

3- Nesnel Gerçeklik ve Hakikat Kavramlarına İnançsızlık

Pragmatizm hakikat (*truth*) kavramı üzerine kesinlikçi, tekçi ve dışsalıcı savları olan tüm felsefelere muhalefet etmiştir. *Hakikat*, Peirce'ye göre uzun vadede inanılması kaçınılmaz olandır; James'e göre, inanılması iyi olandır, Holmes'a göre ise çatışma ve yarış halindeki düşünceler arasında ayakta kalandır. Dolayısıyla pragmatistler farklı farklı biçimlerde de olsa hakikat için yapılıp tutuşmamış, onu dünyevi biçimde ve toplumsal ihtiyaçlarla gerekçelendirilebilecek inanışlar ile birlikte değerlendirmişlerdir³⁹. Bunların dışında gerek pragmatizmi gerekse hukuki pragmatizmi eleştirenlerin başlıca tutundukları nokta, pragmatist düşüncenin nesnellik, nesnel gerçeklik ve hakikat düşüncelerini red-

dederken, sübjektivizmi cesaretlendirdiği ve savunduğu biçiminde olmuştur⁴⁰; ancak pragmatistler eleştiriye genellikle karşı çıkarlar ve pragmatik bir nesnellik (objektivite) anlayışları olduğunu iddia ederler⁴¹.

Hukuk ve ahlakın müşterek iki büyük kavramı iyi ve kötüdür. Peki bir davranış ya da niyet bize göre mi iyidir, yoksa hakikatte de iyi midir? Ya da bir kusurlu davranışın bir kimseye isnad edilebilirliği göreceli midir, yani bize ya da size göre midir, yoksa isnad edilebilirliğin nesnelliğinden bahsedebilir miyiz? Posner, hem hukukun temellendirilmesi hem de hukuki objektivitenin elde edilmesi ile ilgili olarak doğal hukukçu ve ahlaki yaklaşımları reddetmekle birlikte⁴², ahlak konusunda pragmatist gelenekçe benimsenen *fallibilist* anlayışa da koşut olarak, ahlaki kavramların kişilerden bağımsız gerçeklikleri anlayışını, yani ahlaki realizmi reddeder⁴³. Posner'ın objektivite anlayışını dayandırmış olduğu kavram sağduyudur (*common sense*). Bunda yörüngesi dil felsefesine kaymış Rortyci neo-pragmatizmin ve Wittgenstein'in ikinci dönemindeki dil ve anlamda toplumsallık vurgusunun bağlantıları farkedilebilir vaziyettedir⁴⁴. Bununla beraber, Posner fetişizme varmayan bir ortak duyumculuğa işaret eder. Pragmatik karakteri ifade etmek için kullandığı "gündelik pragmatizm" (*everyday prag-*

37 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, Cambridge, s.96-97.

38 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1670.

39 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

40 Bkz. Dworkin, *Law's Empire*, s.152; Durkheim, *Pragmatizm ve Toplumbilim*, s.139.

41 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.141; Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1656.

42 Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'in Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*, s.11.

43 Ahlaki Realizm için ayrıca bkz. Uğur Dinç, *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Kitabevi, 2014, İstanbul, s.134 vd.

44 Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

matism) ifadesiyle hukuki akıl yürütmede formalizmi reddeden bir anti-temelselcilik (*antifoundationalism*) biçiminin yanı sıra sorunları çözmeye sağduyuya (*common sense*) başvurmayı da ifade etmeye çalışır⁴⁵. Posner'in ortak duyumluluğu yumuşak da olsa bir tür konvansiyonalizme çıkar, ancak yargıca yüklediği ilave sorumluluklar, bilhassa da hukuki etkinlik hususunda analiz yapma görevi, bu konvansiyonların pragmatik gelişimine katkı sunar ve imkân tanır.

Posner'in, hukukta nesnellüğün ahlaki temellendirme ile sağlanamayacağını belirtmekle beraber, hukuk bilimine yeni bir yüksek kriter olarak "ekonomik etkinlik" yahut "verimliliği" (*efficiency*) dahil etmesi hukuki nesnellüğün ekonomi biliminin zeminine kaymasına neden olmuştur. Zira bu bakış açısına göre, hukuki normların etkinliğinin ölçülmesinde ekonomi biliminin araçlarının kullanımı, çıkan sonucun göreceliğe mahkûm olmayan, bilimsel bir nesnellığe kavuşmasına yarayacaktır⁴⁶.

Posner'in nesnellik ile *common sense* arasında -bunun fetişizme kaymayacağı

uyarısıyla- kurduğu bağlantıyı neo-pragmatist felsefe dolayımında anlamının yolları denenebilir. Hatta Posner'in ikinci dönem Wittgenstein'i bilginin toplumsallığı üzerine görüşleri nedeniyle, Habermas'ı da iletişimsel rasyonalite kavramı nedeniyle pragmatist çatının altına alması⁴⁷, ayrıca Rorty'den⁴⁸ etkilenimi, kendi nesnellik anlayışını semantik açıdan sağduyu ve konsensus gibi kavramlara dayandırdığının temellerine işaret eder. Ancak pragmatik akıl yürütmeyi "makuliyet" ve "pratik akıl" bağlamında bu konsensusa dayandırması ve konsensusun belirli bir standart ortaya çıkaramaması, eleştirilere neden olmuştur⁴⁹.

Bu noktada semantik açıdan objektivite problemi bağlamında Posner'in düşüncelerinin köklerini pragmatist öncüsü Cardozo'da da bulabilmek mümkündür. Zira o da yargıcın akıl yürütme sürecinde sübjektivist davranamayacağını, çağının ruhunu koklayıp, çağdaşı erkek ve kadınların anlayışlarıyla uyumlu hareket etmesi gerektiğini savunmuştur⁵⁰.

45. Sullivan/Solove, *a.g.e.*, s.689. Dolayısıyla Posner, hukuki pragmatizmin esasen "gündelik pragmatizmi" kullandığını, bunun felsefi pragmatizmle, ilgili olmakla birlikte, aynı şey olmadığını söyler Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.227-228; Ayrıca bkz. Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizmde ve Richard Posner'in Bilimsel Pragmatizmde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*, s.76.

46. Sezal Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 2013, ss.85-98, s.92.

47. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

48. Rorty'nin *Felsefe ve Doğanın Aynası* kitabındaki bir bölümde nesnellüğün tekabülîyette mi yoksa uzlaşımında mı olduğunu dair soru işareti koyması ve ikincisine dönük fikirleri savunuyor görünmesi bu noktada önemlidir. Soru şudur: Nesnellik (*objectivity*), tekabülîyet (*correspondence*), yani dışsal gerçekliğe tekabül ediş midir? Yoksa uzlaşım (*agreement*) midir? Kapalı anlatımından Rorty'den şunlar çıkmış gibi görünmektedir: Bizim "oluşturduğumuz" ile "orada olan", hermeneutik ile epistemolojik arasındaki çizgiyi oluşturur. Kuhncu düşünceden beslenerek bilgi alanlarında yaptığı ayrım ölçüsünde objektivitenin iyice tartışıldıktan sonra uzlaşımın seçilen teorilerin özelliği olduğundan bahseder. Bkz. ve Karş. Richard Rorty, *Felsefe ve Doğanın Aynası*, (Çev. Funda Günsoy Kaya), Paradigma, 2006, İstanbul, s.345, 349, (340-349).

49. Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.89-90.

50. Cardozo da şöyle der: "Yargıç özgür olduğunda dahi tamamen özgür değildir. O, keyfine göre yenilik yapamaz. Yargıç, kendi ideal iyilik ve güzellik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir gezgin şöval-

4- Kesinliğe İnançsızlık

Felsefi pragmatizmin epistemolojik içeriğindeki *kesinlik* ve *belirlilik* düşüncelerine karşı genel inançsızlık, hukuki pragmatizme hukukun kesinliği ve belirliliği düşüncesine inançsızlık biçiminde aksetmiştir. Pragmatizmin tesiri, ondan etkilenen hukuk teorilerinde, örneğin Holmes'te yanılabilirlik (*fallibilism*) biçiminde, bazıları ise (özellikle hukuki realistlerde) şüphecilik (*scepticism*) biçiminde görülür. Sebebi, pragmatist felsefede bilginin ve buna bağlı olarak önermelerin doğruluğunun daimi evrim halinde oluşudur⁵¹. Bu “sürekli oluş” kavrayışı dolayısıyla zaman ve mekân dışı bir doğruluk anlayışından söz edebilmenin güç olduğundan bahsedilir ve bu tip iddialara karşı şüpheyile yaklaşılır⁵². Ancak Posner, yine de hukuki pragmatizmin esas olarak yanılabilirlik (*fallibilism*) ile uyduğunu, şüphecilik ve görecilik (*relativism*) ile çok daha sınırlı bir uyuma alanına sahip olduğunu vurgular⁵³. Hatta hukuki pragmatizmin, şüpheciliği bir felsefi dogma haline getirmenin karşısında olduğunu altını çizer; zira bu tip bir şüphecilikle hukuk gibi pratik bir alanda bir adım bile ileriye atılamayacağı malumdur. Buna göre, esas olan, sarsılmaz birer doğru olarak

lanse edilen ve yaratıcı düşünce üzerinde baskı oluşturan her türlü kalıplaşmış düşünceye karşı şüpheli tutum alabilmektir; ileriye gitmek üzere atacağımız her adımın doğru adım olup olmadığından şüphe duymak değildir. Ayrıca sarsılmazlık (*certitude*) atfedilen kanaatler de sarsılabilir; zira ahlaki alanda birbiriyle kıyas edilemez değerlerin çoğulluğunun söz konusu olduğu bir toplumda yargıcın sarsılmaz kanıları ile diğer insanların sarsılmaz kanıları hiçbir şekilde uyuyamayabilir. Bu böyle olmakla birlikte, verilen yargı kararlarında onların toplumca benimsenmesinin dikkate alınması açık bir gereklilik olduğu için, bu kararlara temel oluşturan kabullerde katıyetçilik güdülmesi fayda sağlamayacaktır⁵⁴.

Posner, pragmatizmin şüpheci doğasına eserlerinde sıklıkla vurgu yapar⁵⁵. Hukuki pragmatizmde de bunun çeşitli yansımaları vardır. Örneğin yargıcın, yorumladığı bir hukuk metninde açığa çıkardığını zannettiği anlamdan bile şüphe duyması doğaldır. Bu hukuk metninde bize seslenen hakikaten yasama mıdır, yasamanın ardındaki halk iradesi midir? Zira kamu tercihi teorisi, oylama metoduyla tercihlerin toplanmasının zorluğuyla dikkat çekmiştir. Politik çıkar grupları teorisi de yasama sürecinin aslında

ye değildir.” (Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.141) “Yargıç olarak benim görevim, hukukun içerisinde kendi özlemlerimi, kanaatlerimi ve felsefemi değil, ancak çağımın erkek ve kadınlarının özlem, kanaat ve felsefelerini somutlaştırmak olabilir.” (a.g.e., s.173)

51 Ayrıca pragmatizmde Peirce'den süregelen bir yanlışlamacı (*falsificationist*) bilim anlayışının hâkim olduğunu söyler, hatta Peirce'nin yanlışlamacılığı ile Karl Popper'inin benzerliğine dikkat çeker. Bkz. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.464.

52 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.72.

53 Bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.7-8.

54 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.259. Ayrıca Bkz. Dülger, “Hukuk, Evrim ve Pragmatizm”, s.475.

55 Bkz. Posner, “Pragmatic Adjudication”, s.20; Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.3-17, 228.

dar koalisyonların arzularının yeniden dağıtımını olduğunu göstermiştir. Bu durumda yasama iradesinin ne olduğunu yargıçların nasıl takdir edebileceği soru işareti haline gelir⁵⁶. Dolayısıyla sözel ve tarihsel yoruma itimat konusunda, ayrıca bunların o güne ve ileriye yönelik yararlı ve doğru olacakları hususunda şüpheler oluşmaktadır.

5- Formalizmin Reddi (Anti-Formalism)

Esasında, yukarıdaki başlıklar altında, hukukta pragmatist eğilimlerin hemen hemen hepsinin anti-formalist karakterde olduğunu dolaylı da olsa söyledik. Anti-formalizm, Holmes'ten Posner'a dek, pragmatizmle dirsek teması kurmuş tüm Amerikan hukuk teorilerinde bir biçimde göze çarpabilir. Hatta Holmes'ün Yüksek Mahkeme yargıçlığı yaptığı dönemde ünlü bir "muhalefet şerhçisi" olarak anılmasının ardında, Amerikan toplumunun yaşadığı değişim ve fakat bu değişime aldırılmaksızın mekanik ve formalist işleyen bir yargı mantığı yer almıştır⁵⁷. Kendini ilerlemeci olarak isimlendiren (ki genelde ilerleme kavramına sarılanlar pragmatistlerdir) ve yeni koşullara uyarlı yeni çözüm yolları arayan eğilimler, mekanik ve formalist olarak nitelendirdikleri tutumların daima karşısında boy göstermişlerdir. Bir de özlü, toplu ve mukayeseli bir biçimde Posner'in formalizmi tanımlayışı- ni görelim:

Kabaca, hukuki pragmatizm bir şekilde felsefi pragmatizmle nasıl örtüşmekteyse, hukuki formalizm de Platonizm ve ortodoks

felsefi gelenekle öyle örtüşür. Hukuki formalizm mantığa vurgu yaparken hukuki pragmatizm deneyime vurgu yapar. Formalizm hukukun siyasal-ideolojik bileşenlerinin reddetme anlamına gelirken, anti-formalist yaklaşımlar formalizme yönelik iki iddianın arasında birşeyler söylerler; ilki formalizmin hukuki karar vermede etkili olan politik saik-leri örten sahte bir yaklaşım olduğu şeklindedir, diğer iddia ise formalizmin kötü kararlar ürettiği şeklindedir. Yargı kararlarının, belirgin bir hukuki akıl yürütme sürecinin objektif bir biçimde işleyişinin ürünü olarak takdim edilmesi, hukuk mesleğinde derin biçimde hissedilen bir ihtiyaç olmuştur ve formalizm işte bu ihtiyaca cevap verir; buna göre söz konusu süreç yargıcın kişiliğinden bağımsız bir biçimde işler ve bu süreçte davanın toplumsal bağlamına dair çok az bilgi lazımdır, hukuki pragmatizm ise [onlara göre] hukuki akıl yürütme ile herhangi bir pratik akıl yürütme arasındaki bu ayrımı bulanıklaştırır...⁵⁸

Posner hukuki formalizmin hukuki pragmatizme bakış açısını bu şekilde aktarıırken iki yaklaşım arasındaki farklara da ciddi oranda temas etmiştir. Bununla birlikte hukuki pragmatizmin de formalizme karşı cevapları vardır; formalizm makul görülebilecek bir objektivite hassasiyeti nedeniyle hukukun formel özelliklerini ön planda tutarken, öte taraftan hukuku tedricen kısırlaştırmış ve yeni sorunlara cevap veremez hale getirmiş olur. Bunun sebebi, formalizmin kavramlara bağlılık gösteriyor olmasıdır. Oysa hukukta beşeri ihtiyaçlar, kavramlara bağlılıktan daha önceliklidir ve öyle de tutulmalıdır. Formalizm, hukuki yorumu kendi içine kapanık salt dedüktif bir mantık süreci olarak görür; oysa hukuki yorum genellikle genişlemecidir,

56 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1665-6.

57 Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.203.

58 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.19.

genişlemeye eğilimlidir; zira insan yaşamı ve ihtiyaçları söz konusu içe-kapalılığı kaldırmayacak derecede sürekli değişim ve dönüşüm halindedir⁵⁹.

-II-

1- Deneyimselcilik (*Experimentalism*)

İdrak [*intelligence*], çevreye uyarlanmadır, yani ona nihai hakikatlere giden yolu bulabilmek açısından bir araç diyemeyiz; bu sebeple pragmatistler en iyi araştırma metodunun deneyimsel [*experimental*] metot olduğuna inanırlar. Bu da, fiziki ve toplumsal çevremiz hakkında en iyi biçimde öngörü oluşturup onu kontrol edebilme yolunu bulabilmemiz açısından denenebilecek tüm yolları bir şekilde denemek demektir. Deneyimselciliğin söz konusu modeli, bariz bir biçimde doğal seleksiyondur, bir nevi deneme yanılma sürecidir. Doğal seleksiyonun bir teleolojisi yoktur, keza deneyimselciliğin de hakikati keşfetmek konusunda reçete yazdığı söylenemez. [.../...] Pragmatizm de neticeleri önceden salık vermez⁶⁰.

Genel olarak pragmatik hukuk yaklaşımları pür mantığa dayalı bir bakış açısı benimsemez. Bu mantıki bakış açısı genellikle hukuki pozitivizm ve hukuki formalizmin benimsediği bir bakış açısidir. Hukukun kendi yaşamını sürdürmesi ise Holmes'ün dediği üzere, esasen "mantığa değil deneyime bağlıdır."⁶¹ Bu yüzden "bir pozitivist hukukçu hukukun otoriter [kaynaklarına] daha fazla ağırlık verirken, bir pragmatist hukukçu vaka-

lara daha fazla ağırlık verir"; Posner'ın deyimiyle hukuki pragmatizmin en kısa ve öz tarifi budur.⁶²

Pragmatistlere göre hukuk, geçmiş karar birikimini ve belki de uzun yıllar önce yapılmış yasaları, salt takip etmek için takip etmemelidir. Toplumsal ihtiyaçların daima gözlem altında tutulması ve hukukun daima bu ihtiyaçlar doğrultusunda dönüştürülmesi, buna müsaade edilmesi gerekir⁶³. O yüzden bir felsefi bakış açısı olarak pragmatizmden etkilenen hukuk teorileri sosyal ihtiyaçların ele alınması amacıyla diğer sosyal bilimlerden faydalanma yolunu tutmuşlardır; bu yol, sosyolojik hukuk ilmi ve hukuki realizmde sosyoloji disiplini olmuş, günümüzde ise (pragmatizmin bayrağının Posner tarafından taşınmasından da anlaşılacağı üzere) ilgi ekonomi bilimine kaymıştır. Tüm bu pragmatist eğilimli hukuk teorilerinde ortak bir nokta vardır; yargıca, yargılama faaliyeti dahilinde toplumsal ihtiyaçlara uyarlı bir biçimde hukuku uygulama, hatta dönüştürme ve yaratma misyonu yüklenmiştir. Yargıç, Montesquieu yahut Beccaria tarafından savunulduğu gibi yasamanın ağızı değildir, aktif bir analisttir, öyle olmalıdır. Hatta Cardozo yargılama işlevinin basit bir biçimde yasamanın neyi amaçladığını "keşif süreci değil, yaratım süreci"⁶⁴ olduğunu söylemiştir. Yani hukuki prag-

59 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1664.

60 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.9.

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

62 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

63 Cardozo'ya bakıldığında bunun sebebi açıktır; "hukukun amacı, toplumsal refahtır." Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.66. Keza Holmes de yargıçların kararlarını verirken sosyal faydayı gözetmeleri gerektiğini düşünür. Bkz. Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, 1961, Ankara, s.24.

64 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.166-7.

matistler, hukukun yaratılması ve dönüşümü sürecine yargıcı da dahil etme uğraşını sıklıkla sergilemişler, “yasakoyucu yargıç” imajını tasarlamışlardır. Bu da hukuki pragmatizmi emsal kararlar üzerinden şekillenen Anglo-Amerikan hukuk sistemine daha uyumlu bir hukuk teorisi kılmıştır⁶⁵.

Dolayısıyla vaka bazında sürekli dönüşüm halindeki bir hukuk evreni içerisinde düşünen bu hukuki pragmatistler, düşüncelerinin altında yatan epistemolojik altyapıyla da uyumlu bir biçimde deneyimin ulviyetini savunmaktadırlar. Nihayetinde pragmatizmde, pratik açıdan işe yarar ve elverişli olan düşünce, James’in deyimiyle “düşünme sürecinde faydalı olan düşünce” “doğru”dur ve bu doğru da deneyimsel bir sahada devamlı inşa halindedir⁶⁶. Dolayısıyla deneyimselciliğin, ele almış olduğu kavramları, mantıkçı düşünce karşısında tasarladığını söyleyebiliriz. “Doğru” kavramından başka örneğin Posner “yorum” konusunu da benzer biçimde değerlendirir. Şöyle der⁶⁷:

Hukukun yorumla ilgili bir şey olduğunun da çok manalı bir tarafı yoktur. Bu *common law* kadar anayasa hukuku ve yazılı hukuk için de böyledir. Yorum ile yabancı havuçlar yağlanmaz⁶⁸; olsa olsa görünürdeki şeyin bir metin olduğunun hatırlatıcısıdır, yorum. Yoruma dayalı karar vermenin esası, alternatif kararların neticelerinin göz önünde bulundurulmasıdır. Mantıken “doğru” yo-

rum yoktur, ayrıca yorum mantıki bir süreç de değildir.

Deneyimselciliğin bir diğer yansıması olarak belki bir de metodolojik eklektizmden bahsedilebilir. Bu, Cardozo’da net bir şekilde görülebilir. Zira kitabında bahsetmiş olduğu mantıkî (felsefi) metod, geleneğe başvurma (tarihsel araştırma) metodu ve sosyoloji (toplumsal ihtiyaçları somut vaka özelinde analiz eden yasakoyucu yargıç) metodu arasında mutlak bir tercih yahut tercih sıralaması önermez⁶⁹. Önemli olan tecrübe edilmekte olan, önümüze gelen vakaya göre bir seçim yapmaktır ve bu yüzden Cardozo’nun nezdinde tek bir akait geçerlidir: her adımda bizleri bir seçim yapma zahmetinden kurtaracak bir akait olmadığı akaidi⁷⁰.

Posner, *The Problems of Jurisprudence* isimli eserinin son bölümlerinde ise şöyle der: “Hukuk, kutsal bir metin değildir; genellikle belli belirsiz bir biçimde politik ve etik kanımlarla tahdit edilmiş yavan bir toplumsal pratiktir.” Ancak bu vaziyete rağmen, hukuk akademisinin hukuka dönük reveransta bulunan, hatta kutsalına tapınan bir ruhban gibi davranışını eleştirir. Çünkü vaziyet böyleyken, umursamazca kenara itilen şey, hukukun kendi içinde sınılanması, değişimi ve geliştirilmesidir; bu da Posner’a göre, söz konusu ruhbanların hukuktaki kutsal ineklere dokunmak istememesinden kaynaklanır⁷¹.

65 P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens&Sons, London, 1987, s. 6-7.

66 Bkz. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.25; Dülger, “Hukuk, Evrim ve Pragma”, s.456-8.

67 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.460.

68 Bir deyimdir, “Lafla peynir gemisi yürümez” benzeri bir anlamı vardır.

69 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.36. Bununla birlikte formalizme karşı sosyoloji metodunun (belli başlı çekinceler ve kayıtlar sunmakla beraber) üzerinde biraz daha fazla durur.

70 Cardozo, *The Growth of Law*, Yale University Press, Oxford University Press, 1924, New Haven, London, s.65.

71 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.467.

2- İlerlemecilik (Progressivism)

Posner, pragmatist yargıç ile pozitivist yargıç arasındaki en önemli farkı şöyle ifade eder: “pragmatist yargıç geçmişe reverans ile eğilmez.” Geçmiş zaman ve geçmiş kararlar, kendi başına değerli değildir, şimdi ve gelecek ile ilişkileri uyarınca değerlidirler⁷². Bu yüzden Cardozo, Fransız hukukçularından ilhamla, yasaların *le sens evolutif* yani evrimsel anlamda yorumlanması gerekliliğinden bahseder⁷³. Yargıç yasakoyucunun koyduğu sınırlar içinde kuralı somut olaya uygularken sadece amacı takip etmez, bunu sosyal değişime uygun biçimde yürütür; zira amaçlar da evrim halindedir, sabit değildir⁷⁴. Bu anlayış, felsefi pragmatizmin, düşünme ediminin geleceğe yönelikliğini savunup, bunun üzerinde kendini oluşturması ile son derece paraleldir⁷⁵.

Hukuki akıl yürütme ve karar vermede meşruiyetin geçmiş karar birikimine dayandırılması alışkanlığı ve bu konudaki normatif zorunluluklar, bir yarıyla hukuki güvenlik (hukuki istikrar) gerekliliğiyle diğer yandan hukukun gelişimi açısından kimi zaman problem halini alabilmektedir. Pragmatistler genellikle bardağın boş yanına, yani işin problem yaratan boyutuna dikkatlerini yöneltirler. Bu konuda sıklıkla dile getirilen husus, yargıçların, emsalleri

reddettiklerinde hukuku uygulamanın önüne geçtikleri ve bir yaratım faaliyetine girişmiş olduklarıdır⁷⁶. Bu, dogmatik hukukçuluk açısından pek kabule şayan bir durum olmasa da, Posner dogmatizmin el üstünde tuttuğu istikrar ve sürengenlik kavramlarına çok büyük bir değer biçmez, zira istikrar sağlayan karar kötü bir gidişatın devamı da olabilir⁷⁷. İstikrarlı bir biçimde su almanın batan gemiye faydası olmaz. Dolayısıyla yargıç, devamlı surette, ileriye dönük öngörüye dayalı (*forward-looking, ex ante*) bir bakış açısına sahip olmalı ve yargılama işlevini bu bakış açısı doğrultusunda yürütmelidir. Bu yüzden emsale uyup uymama konusunda pragmatist yargıç gözü kapalı davranmaz, ileriye dönük olumlu kazanımlar söz konusuysa emsali reddedebilir, fakat sadece konjonktürel bir kazanım için hukuki belirlilik alt üst edilecekse de emsale uymamazlık etmez, uyar⁷⁸.

Yani mesele, kreatif yargıçlık meselesidir. Realist tezlere göre, Amerikan hukuk felsefesi literatüründe “zor dava” (*hard case*) olarak adlandırılan davalarda yargıç bir nevi yasakoyuculuk yapar; Dworkin bu anlayışı benimsemez ve eleştirirken⁷⁹, Posner genel olarak kabul eder. Şöyle ki; zor davaların nedenleri, çoğu zaman hukuk sistemine henüz duhul etmemiş meselelerin ortaya çıkışlarıdır ve bu durumlarda hukuk

72 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.261.

73 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, s.84-85.

74 Sezal Çınar Özkan, *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'in Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*; (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, Ankara, s.100.

75 James, *Pragmatizm*, s.93.

76 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.244.

77 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.241.

78 Posner, “Pragmatic Adjudication”, s.8.

79 Cotterell, *Politics of Jurisprudence*, s.187.

sessiz kalıyormuş gibi görünmektedir. Bunların çözümünde Posner, doğal hukukçu bakış açısını çok sezgisel bulur; bunun yerine sonuçsalıcı ve ilerlemeci bir pragmatizmi savunur. Zor davalarda pragmatist yargıç, yasakoyucunun zorluk ortaya çıkararak enteresan duruma ilişkin bir norm üretmediğine sığınarak “üzgünüm, uygulanabilir bir yasa yok” diyemez⁸⁰; konuyla bir şekilde alakası kurulabilir normların (anayasal normlar, yasalar yahut emsal kararlar) varlığı durumunda ise bunları sadece birer bilgi kaynağı olarak görür ve karar verme özgürlüğünü bunlarla sınırlamaz⁸¹. Örneğin doğal gaz ve petrol hakkında bunların mülkiyet durumunu doğrudan düzenleyen bir normatif düzenlemenin henüz yapılmamış olduğu bir dönemde, söz konusu emtianın sahipliği ile alakalı ne tip bir yargısal tutum sergilenecektir? İlk ihtimal, yargıcın yargısal sınırları aşmayacağını bildirmesi, dolayısıyla yeni bir kural yaratamayacağını kabul etmesidir. Bu durumda yasakoyucunun olayı çözmekten imtina etmiş olacağı ve bilinmezliğinin giderilmesi bir sosyal ihtiyaç halini almış söz konusu problemin yasakoyucu devreye girene dek bekleyeceği aşikardır. Bu ise pragmatik açıdan kabul edilebilir değildir. İkinci ihtimalse analogidir, yani yeni bir kural yaratamayacağını kabul eden mahkeme bu emtiayı, var olan en yakın hukuk kuralının içeriğine dahil eder (*subsumption*). Gerçekten de zamanında petrol ve doğal gazın mülkiyeti Birleşik Devletler’de

bir sorun olmuş⁸² ve analogiye elverişli iki mevcut kural üzerinden tartışma yapılmıştır. İlk kural, yabancı hayvanların sahipliğini düzenleyen bir hukuk kuralıdır; buna göre “hareketli kaynakların” (*mobile resources*) mülkiyeti zilyetliğe bağlı tutulmaktadır. İkinci kural ise petrol ve doğal gazın gayrimenkul mülkiyeti (*stable property*) olarak kabulüdür, tıpkı toprak mülkiyeti gibi, resmi bir kayıt ile (tapu kaydı gibi) mülkiyet elde tutulmuş olur. İşte bu iki analogik ihtimal üzerinden Posner hem pozitivist bir yargıç ile pragmatist yargıç arasındaki farkı ortaya koyar, hem de pragmatist yargıcın ilerlemeci ve sonuçsalıcı bakış açısını örneklendirmiş olur. Sözgelimi doğal gaz ve petrol, *ferae naturae* nitelikleri⁸³ uyarınca vahşi hayvanlara dair kuralın içine alınmış olsun (Posner sadece bu ihtimal üzerinden bir değerlendirme yapar, tapu kuralının benimsenmesi ihtimalini değerlendirmez). Bu durumda Posner’a göre pozitivist yargıcın kuralı yorumlaması şu şekilde gelişir; eğer zilyetlik bir şart ise o zaman petrol ve gaz pompalanıp yeryüzüne çıkarılmadıkça mülkiyete alınamaz; dolayısıyla o, bunu kuralın mantıksal tasımından çıkararak bir şart sayar, başka bir şeyle ilgilenmez. Ama pragmatist bir yargıç, bu kuralın benimsenme ihtimalini ileriye-bakışlı bir biçimde değerlendirir, ayrıca uzman görüşlerinden ve bilimsel verilerden de yararlanır, zira hukukun içine yeni giren bu emtianın niteliklerinin *bilinmesi* icap eder, keza pragmatizm de *en iyi sonuç*⁸⁴

80 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.258.

81 Posner, “Pragmatic Adjudication”, s.5.

82 Örneğin Bkz. Wm. E. Colby, “The Law of Oil and Gas: A Consideration of Landowners’ Rights, Particularly as Developed in California”, *California Law Review*, Vol.XXXI, No.4, September-1943, ss.357-404.

83 Doğaları gereği, sahibinin iradesi hilafına hareketlilik arz edebilen varlıklar kastedilir. Özellikle doğal gaz ile vahşi hayvan analogisinde bu nitelik kullanılmıştır. Bkz. Colby, “The Law of Oil and Gas”, s.361.

84 Posner “en iyi” kriterini, “pratik akıl”, “makuliyet” ve “etkililik” kriterleriyle birlikte pragmatik yargı-

için her türlü yolun denenebilirliğini savunur. Buna göre, kuralın çıktısı olan pompalanıp çıkarılma şartının suistimallere de davet çıkaracağı görülebilecektir. Zira petrol ve doğalgaz rezervleri yeryüzünde akışkandır, genişlemecidir, yeryüzündeki mülkiyet sınırlarının pek çoğunun birden altında yer alabilir; dolayısıyla zilyetliğe bağlı hareketli kaynakların mülkiyeti kuralı kabul edilirse, bir pompalama yarışı başlayabilir ve kaynakların iktisadi olmayan bir biçimde kullanılmasına, israf edilmesine açık kapı bırakılmış olur⁸⁵. Bu da pragmatizme göre gelecek için en iyi sonucu vermez.

Hukuki pragmatizm ilerlemecilikle bağlantılı olarak aynı zamanda *evrimsel* bir hukuk nosyonuna da sahiptir. Bu, hem hukukun içeriksel evrimi hem de tatbiki meselesi ile ilgilidir. Özellikle hukukun evrimi meselesi Holmes ve Pound gibi hukukçularca gayet pragmatik bir bakış açısıyla işlenmiştir. Bu bakış açısı pragmatist felsefenin sosyal kurumlarda adaptasyon meselesine dönük Darwinist etkilenimleri ile uyumlu bir biçimde gelişmiştir. Dewey, Holmes'un düşüncelerindeki bu evrimselci boyuta "Antropoloji ve Hukuk" başlıklı kısa yazısında dikkat çekmiştir. Keza Cardozo da, işlevini yitirmiş kuralların kullanılabilirlikleriyle birlikte meşruiyetlerini de tedricen yitireceklerini vurgular. Benzer şekilde, genel olarak Holmes'te vurgulanan da kuralların işlevi ile alakalı

biçimde işleyen tedrici bir oluş/yok oluş sürecidir⁸⁶.

3- Sonuçsalcılık (*Consequentialism*)

Pragmatist, örneğin, insanın özgür iradesi vardır önermesinin bir hakikat olup olmadığını sorguturmaz, bu önermeyi kabul etme yahut reddetme durumlarımızda *bizim için* ne neticelerin ortaya çıkacağını sorguturur. Bu nedenle pragmatist ileriye-bakışlıdır ve anti-gelenekselcidir.⁸⁷

Yoruma dayalı karar vermenin esasının, alternatif kararların neticelerinin göz önünde bulundurulmasından ibaret olduğunu ve sonuçsalcı değerlendirmeye ilerlemecilik bahsinde doğal gaz ve petrol mülkiyeti meselesi kapsamında değinmiştik. Buna göre sonuçsalcı bir biçimde önündeki davaya bakan yargıç, uygulayacağı kuralların ve yapacağı yorumların muhtemel sonuçlarını birbiriyle karşılaştırır ve pragmatist bir bakış açısına sahipse, pragmatik açıdan *en iyi* sonuca yönelir. Ancak bu sonuçsalcılık en iyi sonuçlarla ilgilidir, salt yakın sonuçlarla ilgili değildir.

Hukukun gelecekte daha iyi bir noktaya erişmesi için, somut meselede mümkün olan en iyi kararı vermek adına sonuçsalcı değerlendirmeyi salık vermede Posner'ın kendine has bir konumu vardır. Zira kendisinin pragmatist birer öncü kabul ettiği Holmes ve Cardozo'da bu tip açık bir sonuçsalcı bakış açısı görememekteyiz. Söz konusu yazarlar

lama kriterleri olarak belirtir. Kimi yazarlar "en iyi" kriterini sübjektif bir değerlendirmeye açık bulup açık bir standart oluşturmadığı için eleştirmektedirler, kimileri ise Posner'ın bu kriterle refah maksimizasyonu nu ifade ettiğini savunurlar. Tartışma için bkz. Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.89.

85 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.258; Posner, "Pragmatic Adjudication", s.6-7.

86 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.4. Pragmatizm ile Darwinizm arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Bacon, *Richard Rorty*, s.27.

87 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.6.

ilerlemecidir, formalist ve mekanikleşen düşünce kısıtlarının dışına çıkarak somut olaya özgülenen deneysel bir perspektif ortaya koymaya çalışırlar; ancak bunda açık bir sonuçsalcı metot görülmez.

Dworkin'in hukuki pragmatizme yönelttiği eleştirisinde en fazla vurguladığı noktalardan biri bu ilerlemeci ve sonuçsalcı özelliğe dönüktür. Zira bu anlayıştaki pragmatist bir yargıç, olası sonuçları ciddiye alır fakat "hakları ciddiye almaz"⁸⁸. Daha iyi bir toplumsal düzenin nasıl sağlanacağı sorunu, pragmatist yargıcın kişisel değerlendirmelerine teslim edilir ve Dworkin bunu "Haklar Olmaksızın Hukuk" ("Law Without Rights") alt başlığında eleştiriye tutar. Bu pragmatist anlayışa göre haklar sadece iyi bir geleceğin hizmetçisi olabilir⁸⁹. Oysa Dworkin'e göre, hukukun bütünsel bir biçimde ele alınması gerekir; bu bütünsellik içerisinde geçmiş kararlar, yasakoyucunun çıkardığı kurallar ve söz konusu hukuki evrende tedricen gelişmiş ve hukukun temelindeki siyaset felsefesini yansıtmakla beraber artık siyasalardan da farklılaşmış olan hukuk ilkeleri bulunur. Yargıç bu bütünsellik perspektifi içerisinde, hukuki çözümlerin en zor olanlarını dahi gene hukukun sınırları içinde kalarak ve hukukun dahilili kaynaklarını kullanarak bulmalıdır.

Bu, Dworkin'e göre, pragmatizmin hassasiyeti olan "yaratıcı yargıç" sorununa kesinlikle karşı bir tutum değildir; aksine hukukta yaratıcılığa imkan tanır fakat bunu "yasakoyucu yargıç" figürü üzerinden hukuku siyasallaştırmak suretiyle demokratik düzeni sarsıcı yetki gaslarıyla yapmaz, hukukun iç olanakları dahilinde "yorum" üzerinden yapar⁹⁰.

Hakları ciddiye almayan bu pragmatist anlayış nedeniyle Dworkin'e göre hukuk güvenliği alt üst olur. Çünkü yukarıda da altı çizildiği üzere hukuki pragmatizm, hukukun sosyal araç yapılabilme fonksiyonunu ön plana çıkarır⁹¹. Genel pragmatist felsefe ile örtüşür şekilde, geleceğe dönük pratik yararı ve toplumsal iyiyi kurmayı amaç edinir; bu nedenle pragmatist yargıçlar biçimsel adalet ve hakkaniyet için geçmişle uğraşacağına, toplumun iyiliği için en iyisini yapmalıdırlar. Dworkin'e göre bu durum hukukun bütünselliğinin bozulması, yani gerekirse emsallere uyulmaması ve hukuki ilkelerin görmezden gelinebilmesine kapı aralar. Bu açılardan, pragmatizm toplum mühendisliğine yaklaşan hukuki realizm ile yakınlık arz eder. Dworkin'e göre pragmatist yargıçlar, yasa ve emsallerle oluşan haklar *varmış gibi* davranacaklar (*as-if strategy*), toplum için iyi olduğunu düşündükleri kararı sanki bu haklardan çıkarmış gibi gösterecek-

88 Hakları ciddiye almayan bu yargıç güçlü bir takdir yetkisine tutunur ve Dworkin bu anlayışı ciddi şekilde eleştirir. Bkz. Ahmet Ulvi Türkbâğ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yay. 2010, İstanbul, s. 139.

89 Dworkin, *Law's Empire*, s.160.

90 Bu hususta daha detaylı ve doyurucu bir tartışma olarak bkz. ve karşı. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.168-177 (özellikle s.171).

91 Benzer şekilde, Roscoe Pound'ın araçsalcı-pragmatist hukuk yaklaşımına ithafen hukukun sosyal mühendislik aracı yapılmasıyla ilgili olarak bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.152-162.

lerdir⁹². Yani esasen pragmatizm, haklar *varmış gibi* davranırken bu hakları ciddiye almamaktadır. Amaç edindiği toplumsal iyiyi kurmak ise aslında politik bir iştir. Yani pragmatizmle aslında yargıçlar politika yapar veyahut politikacılar yargıç cübbesi giyer⁹³. Posner’in bu eleştiriye cevabı ise kısa ve öz biçimde emsal kararların doğaları üzerinedir; onların mahkemelerdeki kuvvetlerini salt epistemik bir kuvvet olarak görmemek gerekir, aslında bunların kuvvetleri politiktir⁹⁴. Bunlara temel oluşturan geçmiş siyasalara da -eğer ileriye dönük bir fayda üretmiyorlarsa- bağlı kalmanın pragmatik açıdan makuliyetinden bahsedilemez. Bu yüzden gerek emsalleri reddetmek biçiminde olsun, gerekse yeni ve yaratıcı çözümler icat etmek biçiminde olsun, yargıç sadece hukuku bulmakla uğraşmaz aynı zamanda hukuku yaratır. Posner bu “yasakoyucu yargıç” imajını pek çok yazısında tekrar tekrar vurgular⁹⁵.

-III-

Neo-Hukuki Pragmatizm ile Eski Pragmatist Hukuk Görüşleri Arasındaki Birtakım Farklar

Posnerci neo-hukuki pragmatizmin, Peirce, James ve Dewey’nin ağırlık gösterdiği klasik felsefi pragmatizmden ziyade, Rorty güdümündeki neo-pragmatizmden etkilendiğini söylemiştik. Bu

iki felsefi pragmatizm arasındaki temel farklılaşma noktaları şu şekilde gösterilmektedir: Klasik pragmatizm, eleştiri getirdiği kartezyenizmin “bilinç” kavramı yerine “eylem”i getirmiş, Rorty ise eylem yerine “dil”i ikame etmiştir. Rorty’ci pragmatizm, belirli bir özden hareket etmemiş (anti-temelselci), bir hakikat iddiasında olmayıp bunun epistemolojik bir karşılığının da olmadığını savunmuş (anti-epistemolojik), bunların yanında bir de dilin doğanın mutlak bir temsili olmadığı fikri üzerinde kendini yapılandırmıştır (anti-temsiliyetçilik). Bunların yanında Kuhncu paradigmadan etkilenecek klasik pragmatizmin bilimsel metoda yaptığı vurguyu yumuşatıp, “kültür” kavramına ağırlık vermiştir⁹⁶.

Posner kimi eserlerinde pragmatik düşünme tarzının hukuki akıl yürütmeye ne kattığını tartışırken, “felsefi pragmatizm” ve “günlük/tatbiki pragmatizm” (*everyday/applied pragmatism*) gibi ayrımlara başvurur ve hukuki akıl yürütmeye esas olarak günlük pragmatizmin katkı yaptığını savunur. Ona göre “günlük pragmatizm”: soyut teoriye sahip olmayan, hedef merkezli ve insanın çeşitli değerlerine ve ideallerine kolaylıkla adapte olabilen, yeniliklere açık, zıtlıkları uzlaştırabilen, ilke olmaksızın politika üreten ama bu politikliği kamu düzeni içinde düşünerek olasılıklardan en iyiye yönelme biçiminde sergileyen

92 Dworkin, *Law’s Empire*, s.154-155.

93 Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak*, s.138-139.

94 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.455-456.

95 Posner, “What Has Pragmatism Offer to Law?”, s.1657; Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s. 457; Posner, “Pragmatic Adjudication”, s.8.

96 Çınar Özkan, *Richard Rorty’nin Neopragmatizminde ve Richard Posner’in Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*, s.30, 36-7, 43, 54-5; Deniz Kundakçı, *Pragmatizm vs Post-Marksizm: Rorty ve Laclau-Mouffe Örneğinde İki Farklı Demokratik Siyaset Anlayışı*, Hiperlink Yay., 2015, İstanbul, s.47.

düşünme ve eylem tarzıdır⁹⁷ Bu na karşılık felsefi pragmatizm ile hukukun çok alakalı olmadığı gibi açıklamalarda bulunur, ancak bunların çok manalı olduğu da söylenemez; zira pragmatizmin doğuşundan bugüne ilerlemecilik adına dogmatizme karşıt bir felsefe olduğu malumdur. Posner'in bu ayrımının ardında, neo-pragmatizmin ve onu semantik ve dil felsefesi bağlamında yürütüldüğü akademik felsefe tartışmalarının olduğu ve hukukun esasen bunlarla doğrudan alakalı olmadığı ise düşünülebilir.

Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?" başlıklı makalesinde pragmatizmin hukuka ne önerebileceğini sorgular. Bu sorgulamanın akabinde Cardozo'nun ünlü eserinin bu önerilerin ne kadarını karşılayabildiğini değerlendirir. Posner, diğer eserlerinde de, kendisine öncü kabul ettiği Holmes ve Cardozo'yu yer yer eleştirmekte, onların hukuk ve yargılama felsefelerindeki zaafiyetlere temas etmektedir.

Holmes, Posner'a göre, hukuki pragmatizmin önemli ve belki de ilk temsilcisi olmakla birlikte, aynı zamanda pragmatizme pek uymayan bazı düşüncelere de sahiptir. Bunların başlıca ikisi; (i) ekonomik bazı verileri yargılamada çok fazla değerlendirme yanlısı olmaması, bu konudaki ilgisizliği, (ii) geçmiş kararlara uymama konusunda genel isteksizliğidir⁹⁸. Holmes, sosyal bilimle-

rin verilerinin hukukta kullanımına açık kapı bıraksa da, Posner'a göre bu yeterli olmamıştır, hatta öjenizme dair sağlam inancı onu *Buck v. Bell* vakasındaki hatalı karara sürüklemiştir⁹⁹. Ayrıca bu kesin inancın, pragmatizmin şüpheli ve sorgulamacı ruhuyla da pek uyduğu söylenebilir. Bunun dışında Posner'ın Holmes'a yönelttiği bir başka önemli eleştiri ise onun yargıcı boşluk yasakoyucusu (*interstitial legislator*) olarak tarifinin ayrıntılarıyla alakalıdır; ona göre Holmes yargıç ve yasakoyucu arasındaki çok sayıda farkı gözetmeden yaptığı bu yargıç tarifisiyle, çeşitli yanlış ve karışıklıklara sebebiyet vermektedir¹⁰⁰.

Posner, Cardozo'nun pragmatizmine dönük değerlendirmelerini ise somut olarak *The Nature of Judicial Process* kitabı üzerinden yapar. Posner'a göre, Cardozo bu kitabında formalizmin zayıflığına karşı açık ve net bir duruş sergiler; pragmatik yargılama felsefesinin güzel bir örneğini sunmakla beraber, bunun bugünkü başlıca tartışma başlıklarını oluşturan ifade özgürlüğü, niyet ve neden-sonuç ilişkisi gibi konuların pragmatik değerlendirmesine yer vermemiştir; yasama faaliyetine karşı realist bir bakış açısına sahip değildir ve bu mevzuun yorumuna da ilgisizdir; hukuka ekonomik bir metodoloji ile yaklaşımı söz konusu değildir, hatta bu ve bunun gibi bilimsel metodolojilerin hukukta

97 Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, s.50-51.

98 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

99 Posner, "Pragmatic Adjudication", s.9. Amerikan Yüksek Mahkemesince görülen 1927 tarihli bu davada, özellikle zihinsel yetersizlikleri olan insanlara "devletin sağlığını koruma amacıyla" zorunlu kısırlaştırma öngören bir eyalet yasasının prosedürel açıdan Anayasanın 14. Tâdil'ine aykırı olmadığına karar verilmiş ve Holmes bu kararda "Üç nesil embesil kâfidir" biçiminde sansasyonel bir ifade kullanmıştır. Bkz. *Buck v. Bell*, 274 U.S. Supreme Court (1927), s.208.

100 Bkz. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.

kullanımına yaklaşık elli yıl uzaktadır; retoriktir fakat bu hukuki retorik sevimli ve hukukçu olmayanları da kucaklayan bir görüntüde olmakla beraber analitik değildir¹⁰¹.

Posner'in genel olarak Hukuki Realizm ve Sosyolojik Hukuk akımlarına eleştirileri, eski hukuki pragmatizm yaklaşımlarına eleştirileri olarak adedilebilir. Kendi görüşlerini bu akımların devamı olarak görmemekte, sadece bazı genel hususlarda benzeştiklerini dile getirmektedir. Ayrıca kendi pragmatik hukuk teorisinin, realizmin bir türevi olarak değerlendirilen Eleştirel Hukuk Çalışmaları'yla da alakalı olmadığına da vurgu yapar.

Amerikan hukuki realizm akımı, formalizm eleştirisi bağlamında kendi dönemi içinde gayet özgürlükçü bir akım oluşturmuş, bununla birlikte zemini felsefi ve semantik bir zemin değil politik bir zemin olmuştur. Ayrıca realizmin bir metottan yoksun oluşu, hukuk teorisindeki zaafiyetleri ortaya koymanın dışında çözüm konusunda bir fark üretilebilmesine mani olmuştur¹⁰². Hukuki pragmatizm ise, Posner'in iddiasına göre, realizm gibi politik bir zeminde kurgulanmamış, ayrıca gelişkin bir metodolojik içeriğe sahip olmuştur. Posner hukuki pragmatizmin gene realizm gibi politik bir zeminde inşa olunan Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) ile de aynı sebeple yakınlığının kurulamayacağından

bahseder. EHÇ'nin önde gelenlerinden Duncan Kennedy'yi "fareli köyün kavalcısı" olarak tarif eden Posner, onun yargılama felsefesini "postmodern" bir felsefe olarak niteler ve pragmatik yargılama felsefesinden ayrı tutar¹⁰³.

Sonuç

Toparlamak gerekirse, Posner bir eserinde pragmatist felsefecilerin pragmatik düşünme karakterlerini överek, bu tip bir bakış açının aslında hukuku hukuk akademisine sınımış klasik-dogmatik hukukçu bakış açısından daha iyi kavrayıp açıkladığını iddia eder. Buna göre pragmatizm ilgili olduğu sorunlara "somut, tecrübi ve illüzyonsuz bir biçimde, insan aklının kısıtlılıklarının, insan bilgisinin darlığının, kültürler-arası transfer olanaklarının zorluğunun, hakikate erişilemezliğin, bir araştırmada farklı araştırma yollarının açık tutulmasının sonuçsal öneminin ve söz konusu araştırmanın toplumsal ve kültürel bağlılıklarının farkındalığıyla ve herşeyin ötesinde toplumsal düşünce ve eylemlere *kendinde amaçlar* olarak değil de kıymet biçilmiş beşeri amaçların vasıtaları olarak kıymet biçilmesinde ısrarla" yaklaşır¹⁰⁴. Bu çerçevede Posner bir makalesinde, özlü bir biçimde, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmin ilişkiselliğinin, ortodoks ve dogmatik düşüncüyü sarsmaya olanak veren, böylelikle sorgulama ve araştırma güdülerini harekete geçiren bir şüphe

101 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1669-1670.

102 Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1658-9; Hatta Posner ile genel olarak husumetli gözükten Dworkin de hukuki realizmin politikliği hususunda onunla aynı fikirdedir. Bkz. Dworkin, *Law's Empire*, s.162.

103 Detaylı bilgi için Bkz. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.266 vd.

104 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, s.465.

cesaretini ortaya çıkardığını söylemektedir¹⁰⁵.

Yargıcın pozitivist görüşlere nazaran daha aktif bir hukuk süjesi olarak tasarlanmasının gerekçesini ise Posner, Anglo-Amerikan hukuk sistemi özelinde verir. Amerikan yasaması bir yandan tricameralisttir¹⁰⁶, bu yüzden yapısal olarak, çalışması seri ve ivedi değildir; diğer yandan bir hukuki-politik kültür yansımaları olarak Avrupa yasama organlarına nazaran daima daha ağırkanlı olmuştur. O yüzden toplumsal değişime koşut biçimde hukuki değişimin yükü hep yargıçların omuzlarında olmuştur¹⁰⁷. Pek tabii ki Posner'in bahsettiği yapısal özellik ile kültürel özellik birbirlerinin sebebi ve sonucudur, altlarında *laissez-faire* liberalizminin siyasi kültürü olduğunu görmek çok zor değildir. O yüzden, az evvel bahsettiğimiz üzere, Posner'in Hukuki Realizm ve EHÇ'yle kendi pragmatist teorisini ayırmakta kullandığı politik-apolitik kriteri aslında manasız kalmaktadır.

Bunun dışında, Posner'in pragmatik düşünme tarzının hukuki akıl yürütme felsefesi üzerinde etkinliğini vurgulaması dikkate değerdir. Bu yüzden onun pragmatizmin belalısı gibi gözüken Dworkin'in dahi pragmatizmden epey-

ce etkilendiği iddiası da boş bir iddia değildir. Örneğin Dworkin'in yargısal faaliyetin işleyişi sürecini tarif ederken kullandığı zincirleme roman (*chain novel*) benzetmesi pragmatik unsurlarla bezeli bir benzetmedir. Benzetmede yargıç, kendinden önceki yazarlar tarafından başlatılmış bir hikayeyi sürdürmeye çalışan bir yazar gibidir. Yazar bu hikayeyi mümkün olabilecek "en iyi" hale getirmeye çalışmalıdır (en iyi sonuç). Bunun için daha önce yazılmış olanlardan kopuk olmamalı, onlarla tutarlılık sergilemelidir (uyum, tutunum, *adoptive capacity*). Bu yolla, mevcut verileri, yani malzemeyi makul biçimde kullanmalı (*reasonableness*) ve hikayeyi ileriye taşıyacak bir katkıda bulunmalıdır (pratik fark). Yazarın görevi hikayeyi ileri taşımak (*progressivism*) olduğu için kalkıp da kişisel edebi hazzına yönelemez (sübjektivizm-karşıtlığı)¹⁰⁸. Dikkat edilirse açıklamaların ardına koyduğumuz ilişkili parantez içi açıklamalar, yukarıda izah ettiğimiz biçimde pragmatist hukukçuların hukuki pragmatizmi tariflerinde kullanılan anahtar kavramlarla aynıdır. Tek fark, geçmişle tutarlılık noktasında oluşmaktadır. Geçmişle asgari bir tutarlılık dahi arz etmeyen bir kararın sistem içinde tutunumunun mümkün olamaya-

105 Hatta Posner ortodoksi ve dogmatizmin ortaya çıkışı açısından teoloji, felsefe ve hukukun önemli derecede paralel kavramsal yapılanmalar olduğunu iddia eder, öyle ki bunların her biri birbirini etkiler ve bir tanesinde oluşacak şüpheli sarsıntı diğer hepsinde sarsıntıya neden olur. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.20.

106 Yani Başkan, Senato ve Temsilciler Meclisi olmak üzere üçlü bir sisteme dayanır.

107 Bu yüzden Posner, pragmatist olmadığı müddetçe yargıcın bu yükü kaldıramayacağını düşünür. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, s.247.

108 Dworkin'in zincirleme roman benzetmesinin bu tarifi doğrudan Cotterrell'den alınmıştır; ilişkili parantez içleri ise tarafınca eklenmiştir. Bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, s.173. Karşılaştırınız: Dworkin, *Law's Empire*, s.228-238. Ayrıca bkz. ve karşılaştırınız: Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İÜHFİM, C:LXI, S:1-2, 2003, ss.35-83, s.41-44.

çağını Cardozo kabul etmiştir¹⁰⁹; fakat bu hususta Posner daha radikal bir görünümlü vermiş, geçmişe sadece bilgi birikimi olarak değer biçmiştir.

Bu liberal düşünce zemininde, Rorty pragmatizminin siyaset felsefesine yansımaları ile Posner'ın hukuk felsefesi arasında ilişkiler kurulabilir. Zira Rorty'nin ideal liberal toplumunda "doğruluk ve değer soruları, farklı yaşam biçimleri arasında karar vermek için adil prosedürlerin lehine olarak bir kenara bırakılmalıdır"¹¹⁰. Posner'ın ahlaki açıdan çoğul ve heterojen olan modern toplumun hukukunu sabit temellere dayandırmamasının, doğruluk konusunda pragmatik esnekliği muhafaza etmesinin ve zor meseleleri kültürel göreceliğe havale etmesinin ardında da bu türden bir idealin olduğunu görmek zor değildir. Bu esneklikle birlikte, hukukun sosyal refah gibi ekonomik yöntemlerle nesnellik zemininin oluşturulabileceği bir amaca özgülmesi ise onun pragmatizmi ile ekonomik hukuk yaklaşımı arasındaki bağı kurar. İşte bu noktada ortaya attığı ekonomik "etkinlik yahut verimlilik" (*efficiency*) kriteri ise, geçmişten devralıp *benimsemek* biçiminde olmaksızın, ileriye dönük biçimde hukuki değerleri *oluşturmaya* kapı açacağı için, onun hukuki dogmatizm olarak isimlendirdiği cenahtan gelecek eleştirilerden kaçamayacağını açık bir biçimde göstermektedir.

KAYNAKLAR

- AKMAN, Şefik Taylan; *Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, İmge Kitabevi, 2016, Ankara.
- ATİYAH, P.S.; *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens&Sons, London, 1987.
- BACON, Michael; *Richard Rorty: Pragmatizm ve Politik Liberalizm*, (Çev. Banu Özdemir), Elips Kitap, 2010, Ankara.
- CARDOZO, Benjamin N.; *The Nature of Judicial Process*, 8th.print., New Haven: Yale University Press, London: Humphrey Milford Oxford University Press, 1932.
- CARDOZO, Benjamin N.; *The Growth of Law*, Yale University Press, Oxford University Press, 1924, New Haven, London.
- COLBY, Wm. E.; "The Law of Oil and Gas: A Consideration of Landowners' Rights, Particularly as Developed in California", *California Law Review*, Vol.XXXI, No.4, September-1943, ss. 357-404.
- CORNFORTH, Maurice; "Pragmatizm" (Çev. Tonguç Ok), *Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi- Amerikan Felsefesi*, Doğa Yay., 2005, İstanbul, ss.47-97.
- COTTERRELL, Roger; *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworths, 1989, London, Edinburgh.

109 Bkz. Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.468, 473.

110 Bacon, *Richard Rorty*, s.96.

- ÇINAR ÖZKAN, Sezal; *Richard Rorty'nin Neopragmatizminde ve Richard Posner'in Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi - Danışman: Gülriz Uygur), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, Ankara.
- ÇINAR ÖZKAN, Sezal; "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 2013, ss. 85-98.
- DEWEY, John; "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), *Hukuk Kuramı*, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss. 30-38.
- DEWEY, John; "Antropoloji ve Hukuk", (Çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, Cilt:4, Sayı:2, Mart-Nisan 2017, ss. 35-40.
- DİNÇ, Uğur; *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Kitabevi, 2014, İstanbul.
- DURKHEİM, Émile; *Pragmacılık ve Toplum Bilim*, (Çev. Özer Ozankaya), Cem Yay., 2016, İstanbul.
- DÜLGER, Muzaffer; "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss. 449-478.
- DWORKİN, Ronald; *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, Cambridge.
- DWORKİN, Ronald; *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Cambridge, London.
- FİCH, Max H.; "Was There A Metaphysical Club in Cambridge: A Postscript", *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, Vol.17, No.2, Spring-1981, ss. 128-13.
- GÜRKAN, Ülker; *Sosyolojik Hukuk İlimi*, AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, 1961, Ankara.
- 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, ss. 8-31.
- HOLMES Jr., Oliver Wendell; *The Common Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1881.
- HOLMES Jr. Oliver Wendell; "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol 10, No 8, 1897, ss 457-478.
- İŞIKTAÇ, Yasemin; METİN, Sevtap; *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, 2010, İstanbul.
- JAMES, William; *Pragmatizm: Kimi Eski Düşünce Biçimleri İçin Yeni Bir İsim*, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim, 2015, İstanbul.
- KUNDAKÇI, Deniz; *Pragmatizm vs Post-Marksizm: Rorty ve Lac-lau-Mouffe Örneğinde İki Farklı Demokratik Siyaset Anlayışı*, Hiperlink Yay., 2015, İstanbul.
- LUBAN, David; "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, September-1996, s. 43-74.

- METİN, Sevtap; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM), C:LXI, S:1-2, 2003, ss. 35-83.
- PİHLAJAMÄKI, Heikki; “Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2 (Spring-2004), ss. 469-487.
- POSNER, Richard A.; “What Has Pragmatism Offer to Law?”, *Southern California Law Review*, Vol.63, 1990, ss.1653-1670.
- POSNER, Richard A.; “Pragmatic Adjudication”, *Cardozo Law Review*, Vol.18, No.1, 1993, ss. 1-20.
- POSNER, Richard A.; “Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin”, *Arizona State Law Journal*, Vol:29, 1997, ss. 377-388.
- POSNER, Richard A.; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London.
- POSNER, Richard A.; *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, Cambridge, London.
- POSNER, Richard A.; *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003, Cambridge, London.
- RORTY, Richard; *Felsefe ve Doğanın Aynası*, (Çev. Funda Günsoy Kaya), Paradigma, 2006, İstanbul.
- SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel J.; “Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism”, *Yale Law Journal*, Vol.113, 2003, ss. 687-741.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, Derin Yay., 2010, İstanbul.
- WARNER, Richard; “Legal Pragmatism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd. Edition. (Ed: Dennis Patterson), Wiley-Blackwell, 2010, United Kingdom, ss. 406-414.