



24 Nisan 2014 Perşembe

Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi"

## AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ

Ertuğrul UZUN

### 1. Giriş

Amerikan hukukî realizm akımı, 20. yüzyılın ortalarına kadar, Amerikan hukuk düşüncesinde hakim olan hukuk anlayışını temsil etmektedir. Akım içinde yer alan yazarların en temel özellikleri, (1) yargısal kararların verilmesinde hukuk kurallarının oynadığı rolden duydukları şüphe ve (2) hukuksal araştırmanın konusu olarak yargıyı merkeze almaları, bunun tespit edilmesi için de tek yolun, fiilen uygulanan hukukun ortaya çıkarılması olduğuna inanmalarıdır. Bu açıdan Amerikan realistleri, dönemlerinde geçerli olan, hukukun ne olduğuna ilişkin soyut açıklamalara ve mahkemelerde hüküm verme sürecinde emsal kararlara, mevcut hukuk kurallarına katı bağlılık ile mantıksal çıkarım metoduna karşı çıkmışlardır.<sup>1</sup>

temel özellikleri

karşı çıktıkları noktalar

Realistlere göre toplum devamlı değişmektedir ve hukuk, toplumsal faydaya hizmet eden bir araç olarak, bu değişime mümkün olduğunca ayak uydurmak zorundadır. Bunun durağan karar ve içtihatlarla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yargıçlar, verdikleri kararlarda bu değişimi göz önüne almalıdır.

Amerikan realistlerinin, toplumun gelişmesinde mahkemelere bu kadar büyük bir rol vermesi, hiç kuşkusuz, Amerika'nın siyasal ve

→ ortaya çıkmasını hazırlayan noktalar

<sup>1</sup> Freeman, M.D.A., Lloyd's Introduction to Jurisprudence, London: Sweet&Maxwell, 2001, s. 799.

## ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

Yargısal yapılanmasıyla yakından ilgilidir. Federal bir devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme, federe devletlerin çıkarmış olduğu yasaların anayasa uygunluğunu denetlemeyi de içine alan geniş yetkilere sahiptir. Bunun yanında, Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda anayasaya ve yasalara getirdiği yorumlar nedeniyle, zaman zaman, ikinci bir yasama organı gibi çalışmaktadır. Mahkeme'nin bu konumu, hukukçuların yargısal kararlar ve yargıçlar üzerinde, diğer hukuk sistemlerine oranla daha fazla incelemede bulunmasına yol açmıştır.<sup>2</sup>

mah.  
varılan  
önem

Başlangıçta İngiltere hakimiyetinde olan ve daha sonra Amerika Birleşik Devletleri'ni kuran Amerikan federe devletleri, bağımsızlıklarını ilan etmelerinden sonra da, İngiliz yargı sistemini ve hukuk anlayışını bir süre devam ettirmiştir. Ancak, her açıdan İngiltere'den farklı olan ve kısa süre içerisinde çok büyük değişimler gösteren Amerika'da, John Austin'in analitik hukuk anlayışı büyük eleştirilere uğramıştır.

ing.  
hukuktan  
farklıdır

Yeni bir hukuk anlayışının ortaya çıkmasında, Amerika'daki felsefi hareketlerin de etkisi büyüktür. John Dewey ve Ch. S. Peirce'ün öncülüğünde gelişen pragmatik anlayış<sup>3</sup> eylemlerin nedenlerinden ve bu eylemlerde bulunmak için kararların verilmesi şeklinden çok, eylemlerin sonuçlarına ve etkisine verdiği önemle, farklı bir düşünüş tarzının benimsenmesine yol açmıştır. Bizzat John Dewey, hukuk üzerine yazılar yazmış, Peirce ise, bir düşünce grubunda birlikte olduğu, hukukî realizmin öncüsü O. W. Holmes üzerinde etkili olmuştur.

Pragmatizm

Amerikan realizmini doğuran şartlar içerisinde, R. Pound ve B. N. Cardozo'nun öncülük ettiği Sosyolojik Hukuk Teorisi Okulu'na, Amerikan hukukî realizminin öncüsü olarak, kısa da olsa, değinmemiz gerekiyor. Bu okul, genel olarak, hızla değişen yaşam koşulları içinde, mevcut kanunların eksik kaldığı yönlerin, sosyolojinin de yardımıyla, toplumun ihtiyaçlarının karşılanması yönünde düzeltilmesi gerektiğini savunmuştur. Pound'a göre hukuk,

Sosyolojik  
Hukuk  
Teorisi

<sup>2</sup> McLeod, Ian, *Legal Theory*, Macmillan, London, 1999, s. 114-5.

<sup>3</sup> Bkz. Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, AÜHFY, Ankara, 1996, s. 355-60; Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İÜHFY, İstanbul, 1982, s. 6-26.

insan ihtiyaclarının karşılanmasından sorumlu toplumsal bir kurumdur ve hukuk bilimi de bu amacın sağlanması için gerekli aracları araştıran bir "sosyal mühendislik"tir.<sup>4</sup> Pound'a göre, "endüstriyel ve toplumsal gelişimden önce gerçekleştirilmesi gereken sey, siyasi ve hukuki gelişimdir. Endüstriyel ve toplumsal örgütlenmelerin gelişebileceği huzur, düzen ve istikrar ortamını ancak hkmet ve hukuk yaratabilir. Dolayısıyla, hukuk teorisinin de, günün ihtiyaclarını karşılayabilecek noktada olması gerekmektedir".<sup>5</sup>

Gerek Sosyolojik Hukuk Teorisi Okulu, gerekse onlardan sonra gelecek olan realistler, dönemlerinde geçerli olan ve mekanik veya formalist olarak isimlendirdikleri hukuk anlayışına karşı çıkmışlardır. Bu açıdan her iki okulu da, formalizme tepki olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>6</sup> Amerikan İ Savası'nın ardından, ülke içindeki ticari faaliyet, teknolojik buluşların da etkisiyle hiç görülmemiş bir şekilde canlanmıştı. Bu dönemde bilim vrelerinde paylaşılan inanç, her olayın belirli bir kural çerçevesinde işlediği yönündeydi. Ekonomik açıdan da, devlet gibi yapay varlıklar, pazar gibi doğal bir varlığın üzerindeki baskısını azaltarak pazarın kendi yasalarının işlemesini olanaklı kılmalıydı. Doğanın kendi kurallarına sahip olduğunu ve mutlak, evrensel kuralların varlığını sadece iktisatçılar değil, doğa bilimcileri ve sosyoloğlar da kabul ediyorlardı. Aynı tutumu hukukçularca da benimsemesi, dönemin şartları açısından ilginç sonuçlar doęurmυřtur. Bilimsellik adına hukuki metinlerdeki kelimeler üzerinde fazla hassasiyet gösteren, her kelimenin tanımını dar bir şekilde yapan ve bu tanımları olayların özelliklerini dikkate almaksızın olaylara uygulayan yargıçlar, örneğin, "imalat" ve "ticaret"i ayrı şeyler olduğunu söyleyerek, ticarete tekelleşmeyi yasaklayan bir yasanın, şeker üretimine uygulanmamasına neden

<sup>4</sup> Gürkan, lker, **Hukuki Realizm Akımı**, AHFY, Ankara, 1967, s. 16-8. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yrkoğlu, a.g.e., s. 31-74.

<sup>5</sup> Pound, Roscoe, "The Need of a Socological Jurisprudence", **Green Bag**, Vol. 19, 1907, s. 608.

<sup>6</sup> Freeman, a.g.e., s. 799.

olmuşlardır.<sup>7</sup> Bu yaklaşım, ekonominin gidişatını, salt hukuksal gerekçelerle engellemek istemeyen hukukçuların tepkisini çekmiştir.

## 2. Amerikan Realizminin Temel İlkeleri

Amerikan realizminin temsilcileri arasında hatırı sayılır görüş farklılıkları bulunmakla birlikte, K. Llewellyn'in dile getirdiği hususlar, realistlerin ortak özelliklerini yansıtmaktadır. Buna göre,<sup>8</sup>

- Hukuk toplumsal bir amaca ulaşmanın aracıdır; bizzat kendisi bir amaç değildir ve dolayısıyla da, meydana getirdiği etkiler çerçevesinde değerlendirilmelidir. *a rasal botırma*
- Hukuk da, toplum da, daimi bir değişim içindedir. Bununla birlikte hukukî değişim, toplumsal değişimi hep bir adım arkadan izler. O zaman, hukukun toplumsal değişime ayak uydurabilmesi için sürekli gözden geçirilmesi, yenilenmesi gerekir.
- Değer yargıları hukukun ulaşmaya çalıştığı amaçların belirlenmesinde büyük önem taşır. Ancak hukuku eleştirel bir şekilde incelerken, 'olan', 'olması gereken'den ayrı tutulmalıdır. Böyle yapılmadığı takdirde, şeylerin gerçek hallerine, yani olana ilişkin algımız, onların olması gereken şekillerine duyduğumuz inanç nedeniyle bozulacaktır.
- Hukuk kural ve ilkelerinin, hukuk sistemi içerisinde gerçekten ne olduğunu gösterdiği düşüncesine güvenmemek gerekir. Aynı şekilde, yargının kararlarının hukuk kurallarıyla yönetildiğini söyleyen hukuk teorisine de şüpheyle yaklaşılmalıdır.
- Davalar ve hukukî durumlar, dar kategoriler altında sınıflandırılmalıdır. Bu, özellikle, kural ve kavramların gündelik dile ifade edildiği durumlar için geçerlidir, zira, bu durum, kuralların uygulanacağı karmaşık alanı belirsiz hale getirilmektedir.

<sup>7</sup> White, G. Edward, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America", *Virginia Law Review*, Vol. 58, 1972, s. 1001.

<sup>8</sup> Llewellyn, Karl, "Some Realism About Realism", *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, s. 1235-7.



### 3. Hukuk Nedir?

Amerikan realistleri, mahkemelerin verdiği kararları daha doğrusu kendi tabirleriyle "mahkemelerin davranışlarını" hukuk incelemesinin merkezine almışlardır. Bu açıdan hukukun iki boyutundan söz etmek gerekir: mahkemelerin (ya da resmi görevlilerin) eylemleri ve bu eylemlerin tahmin edilmesi. Örneğin Holmes, şöyle der:

ve bu davranışların tahmini

Hukuku incelerken, bir gizemi değil, çok iyi bilinen bir mesleği inceliyoruz. ...İnsanlar, kendilerinden daha güçlü olana karşı hangi şartlar altında ve ne oranda risk alacaklarını bilmek isterler. O zaman da, bu tehlikeden ne zaman korkulması gerektiğini bulmak, bir meslek haline gelir. Öyleyse, çalışmamızın konusu tahmindir: mahkemeler aracılığıyla kamusal gücün ne zaman ortaya çıkacağını tahmin.<sup>9</sup>

'Hukuk nedir?' sorusunun akla ilk gelen cevabı 'usulüne uygun çıkarılmış yasalar'dır. Buna, hukukun kaynakları olarak isimlendirdiğimiz diğer hukuk metinlerini de ekleriz (ör. tüzük, yönetmelik vs.). Anglo-Sakson hukuk sisteminde, emsal kararlar da hukukun kaynağı olarak "hukuk nedir?" sorusunun cevabına dahil edilir. Ancak realistler bu cevabı yeterli bulmazlar. Hukuk, mahkemelerin yaptığı yargılamada somutlaşmaktadır ve "hukuk nedir?" sorusu, ileriye dönük bir sorudur. Holmes'e göre, hukuka kötü adamın gözleri ile bakmak gerekir:

Hukuku oluşturan nedir? şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyomlardan ... yapılan bir çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz kötü adamın gözleriyle bakarsak, aksiyomlara ya da çıkarsamaya hiç de önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachusetts ya da İngiliz mahkemelerinin gerçekte verebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. Benim hukuaktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminlerdir, daha başka cıfcaflı laflar değil.<sup>10</sup>

Dolayısıyla, belirli bir konuyla ilgili olarak, hukukun ne olduğunu belirlemek, ancak mahkemenin vereceği kararla belli olacaktır. Bu

<sup>9</sup> Holmes, O. W. "The Path of the Law", Harvard Law Review, Vol. 110, 1996-1997, s. 991.

<sup>10</sup> Aynı s. 994.

durumda da, mahkemenin kararından önceki hukuk araştırması, ilgili hukuk kurallarını ele alarak, mantıksal çıkarımlarla belli bir sonuca ulaşmak değil, mahkemenin ne karar verebileceğini tahmin etmektir. Aynı konuda Jerome Frank şöyle der:

...[A]vukatlar "hukuk"un anlamı hakkında tartışırken, birisi tarafların arasına girer ve şöyle sorar onlara: "Neden bunun yerine, mahkemelerin gerçekte ne yaptığını tartışmıyorsunuz?"

Sorunun bu şekilde değiştirilmesi, ziyadesiyle haklı bulunabilir. Çünkü, avukatın yaptığı işin neredeyse tümü, mahkemenin yaptığı şey etrafında dönmektedir. Bir vasiyetname hazırlarken, bir alacağın garantisi olarak ipotek verirken, bir anlaşmazlığı çözmek için taraflarla görüşme yaparken ya da bir polişe hazırlarken, avukat tamamıyla, bunlar bir davanın konusu olduğunda, mahkemenin ne yapacağıyla ilgilidir. Şu soruları cevaplamak için uğraşır avukat: "Bu belgeler ya da hukukî işlemler bir davanın parçası haline gelirse, ne olacak? Mahkeme bunların anlamı ve etkisi hakkında ne karar verecek?" Çünkü bir belgede yer alan ya da bir hukukî işlemle bağlantı olarak ortaya çıkan hukukî hak ve ödevlerin anlamı, ancak şunlardan birisi olabilir:

- (1) Bu belge ya da işlemle ilgili olarak somut bir davada bir mahkemenin karar vermiş olduğu şey; ya da / ~~bu işlemle ilgili~~
- (2) Bir mahkemenin, bu belge ya da işlemle ilgili somut bir davada, gelecekte, herhangi bir yerde vereceği karar.

Hukukçu olmayan kişiler, avukatlara giderler, çünkü, eylemleri bir davanın ortaya çıkmasına neden olabilir ya da zaten açılmış bir dava söz konusudur. Dolayısıyla avukatın düşündüğü şeyin merkezinde olması gereken, bu eylem, belge veya işlemlerin içinde yer aldığı bir davada, mahkemenin ne karar vereceğidir.

Genel bir ifadeyle, avukatın görevi şu şekilde özetlenebilir:

- (1) Avukat, belirli bir davada, mahkemenin vereceği uygulanabilir kararları kestirmeye, tahmin etmeye çalışır.
- (2) Avukat, davayı kazanmaya çalışır; yani, mahkemeyi, müvekkilinin istediği uygulanabilir kararları vermeye ikna edecektir.<sup>11</sup>

...Bu işlevleri en yüksek verimlilikle yerine getirebilmek için avukat, mahkemeyi, "somut bir davada öyle değil de böyle ... karar vermeye ikna edecek şeyin tam olarak ne olduğunu bilmek isteyecektir. Avukatın bu bilgiyi hukuk okullarında ve hukuk kitaplarından edindiği düşünülür. Peki onun bunlardan öğrendiği şey ne?

<sup>11</sup> Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact – Part One", *Illinois Law Review*, Vol. 26, 1931, s. 645-6.

Sözde "hukukun kural ve ilkeleri" ve bu kural ve ilkelerin sözde "olaylara" sözde "uygulanışı".

Bu yeterli gelmedi mi? Kararlar, hukukun genel kural ve ilkelerinin belirli olaylara uygulanmasının sonucunda ortaya çıkmıyor mu? İlgili kural ve ilkeleri bilen bir avukat, kendinden emin bir şekilde, bir dava görülmeden önce, mahkemenin neye karar vereceğini söyleyemez mi?

...[O] sözde hukuk kural ve ilkelerini bilmek, mahkemelerin ne yapacağını tahmin etme işinde, sanıldığından çok daha az bir öneme sahiptir.<sup>12</sup>

Realistlerin önemli bir özelliği de, hukuka ilişkin araştırmayı, diğer bilim dallarının yardımıyla genişletmek olmuştur. Amerikan realizminde, sosyolojik yaklaşımın, hukuk araştırmasının temelini oluşturduğuna değinmiştik. Realistlerin önemle üzerinde durdukları bir başka bilim dalı da psikoloji olmuştur. Hukukî süreçlerde yer alan aktörlerin psikolojik durumları, realistlerin hukuk anlayışlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Frank, hukukun kendisinden beklenen kesinliği hiçbir zaman sağlayamayacağını, yani hukukun hiçbir zaman kesin olarak bilinmeyeceğini belirtirken, insanların hukukun kesinliğine inanmalarını bir efsane olarak nitelendirmekte ve bunu psikanalitik yaklaşımla açıklamaktadır.

Frank'e göre,<sup>13</sup> insanların hukukun kesinliğine inanmalarının temelini, çocukluktan gelen inançlarda aramak gerekir. Doğumdan hemen sonraki dönemde çocuk, az ve basit derecedeki ihtiyaçlarının anne ve babası tarafından kolaylıkla yerine getirildiğini görür. İlk yıllarda, her türlü sorusunun cevabı vardır her şey düzen içerisinde. Ancak büyüdükçe, hayatın gerçekte karmaşık ve zor olaylardan oluştuğunu ve esasında güçsüz bir yaratık olduğunu anlar. Bu zayıflık ve zayıflığının farkına varmasından sonraki korku döneminde çocuk, anne ve babasının korumasına sığınır ve onların kendisini koruyacağına çok kuvvetli bir şekilde inanır. Baba, çocuk için, kesinlik, güven ve vazımsızlık anlamlarına gelmektedir.

Ancak zamanla, çocuk, babasının da başa çıkamayacağı olayların bulunduğunu anlar. Çocuğun bu olayları kesinlikle kontrol edecek ve halledecek birisinin varlığına duyduğu inanç, onu yeni

<sup>12</sup> Aynı, s. 647.

<sup>13</sup> Frank'in *Law and Modern Mind* adlı kitabından özetle nakleden: Gürkan, a.g.e., s. 50-2.

## ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

kudretli kişiler aramaya yöneltilir. Böylece, babasının yerine rahip, öğretmen vs. gibi kişileri koyar. Yaş ne kadar büyürse büyüsün, kişideki bu otorite arayışı kaybolmamakta, ancak kişilere duyulan inanç yerine soyut kavramlar ve kurumlar konmaktadır. En son noktada, baba yerine artık hukuk koyulur. Çocuk için baba nasıl yanılmaz, kudretli ise hukuk da aynı özelliklere sahiptir. Frank'e göre, insanların hukuka duydukları güvenin ve hukuktan kesin kararlar beklemelerinin nedeni budur.

### **4. Kurallar, Olaylar ve Şüphecilik**

Jerome Frank, realistlerin 'kural şüphecileri' ve 'olay şüphecileri' olarak iki grupta değerlendirilmesi gerektiğini söyler.

Kural şüpheciliği, kuralların varlığından değil, onların hukuk sistemi içerisinde sahip olduğu rolden şüphe duyar. Yargıç Holmes, bir eserinde şöyle der:

Bu kitabın amacı, Common Law'a ilişkin genel bir bakış ortaya koymaktır. Bunu yapabilmek için, mantık dışında araçlara ihtiyacımız var. Mantık, bir sistemin tutarlılığının, belirli bir sonucu gerektirdiğini gösterir; fakat mesele bununla bitmiyor. Hukuk yaşamı mantık değil, deneyim olagelmıştır. İster açıkça dile getirilmiş olsun isterse bilinçaltında kalsın zamana göre hissedilen ihtiyaçlar, öne çıkan ahlaki ve siyasi kuramlar, kamusal politikanın öngörüleni, hatta yargıçların önyargıları, insanları yönetecek kuralların belirlenmesinde, kıyattan daha çok iş yapmıştır.<sup>14</sup>

Realistler, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sırasında, mahkemelerin yaptıkları fiili uygulamaları göz ardı ederek, hukukun kendine ait aksiyomları ve çıkarım metotları çerçevesinde, belirli bir davranışın nasıl sonuçlanması gerektiğinin ifade edilmesine karşı çıkmışlardır. Nitekim, hukukçuların, hukuk kitaplarında yaptıkları şey budur. Frank bunu bir oyuna benzetir:

'Biçimsel hukuk' ya da 'doktrinel hukuk' denen, hoş bir entelektüel disiplin var. Bu, bir tür zekâ oyunu ve söz konusu kural ve ilkeleri bilmeden bu oyunu oynayamıyorsunuz.

Oyunun pek çok güzel yanı var. Oynamak için mahkemeye gitmek zorunda değilsiniz. Sonucun pratik hayata herhangi bir etkisi de yok. Mahkemelerin

<sup>14</sup> Holmes, O. W., *The Common Law*, 1881. s. 1 Aktaran: McLeod, a.g.e., s. 116.

gerçekte ne yaptığı, fiili mahkeme kararları sonucunda kimin asıldığı ya da hapse gittiği, kimin boşandığı ya da malını mülkünü yitirdiği, oyunu oynarken hiç önemli değil.<sup>15</sup>

Olay şüpheleri ise, kural şüphelerinin görüşlerine katılmakta, buna ilaveten, mahkemelerin verecekleri kararların önceden kestirilememesinin sebebi olarak, mahkemelerde görülen davalarda tartışma konusu yapılan olayların (vakıaların) vargıclar tarafından gerçeğe uygun bir şekilde değerlendirilememesini göstermektedir.

Frank'e göre klasik bir muhakemede kullanılan formül, "Kural (K) x Olay (O) = Hüküm (H)" şeklindedir.<sup>16</sup> Hükümün verilebilmesi için, hakim öncelikle gerçekleştiği iddia edilen olayların gerçekten yaşanıp yaşanmadığını ve bu olayların nasıl cereyan ettiğini tespit etmek zorundadır. Ne var ki bu formülün mahkeme dışında işletilmesi, böylece davanın sonucuna ilişkin kesin bir tahminde bulunulabilmesi mümkün değildir.

Bir an için şöyle farz edelim –ki bu açık bir hatadır–: açık ve kesin bir hukuk kuralları listemiz var ve her bir olaya karşılık gelen belirli ve tartışmasız bir hukuk kuralı, bu listede bulunmakta. Farz ediyoruz ki, eğer size bir davanın olaylarının Oa olduğunu söylersen, siz de hemen –ya da kitaplara baktıktan sonra– kuralın Ka olduğunu bileceksiniz. Şimdi işlemi yapabilirsiniz:

Ka x Oa = Ha

Fakat bir sorun var. Fiili bir dava olmaksızın, davanın "görölmüş" olduğunu söylemek imkansızdır. ("Görölmüş" bir dava ile, tartışma konusu olayın ortaya konduğu ve söz konusu olaylarla ilgili çatışan tanık ifadelerinin dinlendiği davayı kast ediyorum.) Dolayısıyla, belirli bir "görölmüş" davada, hüküm verilmeden önce O bilinmemektedir –ve bilinemez niteliktedir. Bizi H'ye götüren O, dava başlamadan önce varolan birşey değildir. "Görölmüş" bir davanın "olayları", yargısal amaçlar açısından, taraflar arasında gerçekten meydana gelmiş olan olaylar değil, mahkemenin meydana geldiğini düşündüğü olaylardır. Formülümüzdeki değişken O, mahkemenin olduğunu düşündüğü (ya da söylediği) şeydir. Bazı basit "görölmüş" davalardaki "olaylara" bakalım:

Robinson, White ile, White'ın arabasını 200 dolara alma konusunda anlaşmış mıdır? Eğer anlaşmış ise, 200 doları ödemiş midir? Ve arabada herhangi bir sorun var mıdır?

<sup>15</sup> Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact ", s. 648.

<sup>16</sup> Aynı, s. 649.

## ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

Jones Smith'e vurmuş mudur? Eğer vurduysa, Smith onu nasıl tahrik etmiştir? Ve Smith'in yarası ağır mıdır?

...Bunlar basit anlaşmazlıklar ve olaylar açısından, nisbeten basit sorular söz konusu. Fakat olaylar, yargılama başlamadan çok önce olmuştu. Olaylar kalkıp kendi kendilerine mahkemeye gelmiyor. Mahkeme gerçekten ne olduğunu tahmin etmek zorunda. Bunu yaparken, davanın başlamasından haftalar, aylar, hatta yıllar önce meydana gelen olaylar hakkında, yanılmaları mümkün şahitleri dinlemek ve seyretmek durumunda. Şahitler bazen yalan söyler, çoğunca yanılır ve mahkeme salonunun dışında gerçekten ne olduğu konusunda biri diğeriyle anlaşmazlığa düşer. Mahkemenin tanıklardan edindiği bilgi sonucunda yaptığı çıkarım yanlış olabilir ve mahkeme tahminde bulunurken bu hatalı olabilecek çıkarım hakkındaki tahminine dayanır.

Dolayısıyla, mahkemenin, en basit olayların söz konusu olduğu davada dahi hakikati öğrenmesinin kesin bir aracı yoktur. Bu kesin olmadıkça, dava dinlenmeden önce, kararın ne olacağından emin olamazsınız; kurallar açık, belirli ve kesin olsa bile.<sup>17</sup>

Frank, olayların gerçekten nasıl cereyan ettiğinin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için, psikolojinin verilerinden faydalanılması gerektiğini söyler:

Avukatlar ve yargıçlar, psikologlar ya da psikiyatrlar gibi hareket etmeli. Avukat, bürosunda, müşterilerine karşı amatör bir psikaytr gibi hizmet vermektedir. Hukuk sözlüğümüz, mahkemelerin her gün psikolojik konularla uğraştığını gösteriyor. Örnek olarak şu kefiller bakın: "saik", "niyet", "kötü niyet", "akıl hastalığı" vs.

Özellikle tanıkların psikolojisi bazı nedenlerden ötürü çok önemli: Davalarda verilen hükümler tarafların kaderini etkilemektedir. Bir ceza davasında, hüküm, davalının özgürlüğünü, hatta bazen yaşamını etkileyebiliyor. Bir hukuk davasında, taraflardan birinin iflas etmesine ya da itibarının zedelenmesine neden olabiliyor. Ve pek çok hüküm, tanıkların ifadesi üzerine verilmektedir. Pek çok davada olay, davadan çok önce gerçekleşmiştir; dolayısıyla, mahkeme bir tarihçi gibi çalışmalıdır. Bu olaylara ancak tarihçiler gibi ulaşabilir –ikinci veya üçüncü elden, tanıkların anlattığı hikayeler aracılığıyla. Eğer bir tanık, iradi ya da gayri iradi, hikayesini olaydan önemli derecede farklı bir şekilde anlatırsa ve yargıç ve jüri de ona inanırsa, bir insan hayatını, özgürlüğünü ya da servetini, sırf bu yüzden kaybedebilir.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Aynı, s. 649-50.

<sup>18</sup> Frank, Jerome, "Judicial Fact-Finding and Psychology", *Ohio State Law Journal*, Vol. 14, 1953, s. 183.

#### E. UZUN / Amerikan Realizmi

Bir tanık, yalan söylemese bile, hatalı ifade verebilir. Örneğin, gerçekten gördüğü şeyi söylüyordur ancak olayı yanlış algılamıştır; ya da hafızası zayıflamıştır ve olayı gördüğü gibi hatırlayamıyordu; veyahut da davadaki ifadesini veriş şekli, olayın dinleyenlerce farklı algılanması sonucunu doğurabilir.<sup>19</sup>

Hukuk kararlarının oluşmasında, yargıçların kişiliği de büyük rol oynamaktadır. Hukukun önceden kestirilebilecek kesin sonuçlar vermemesinin nedenlerinden birisi de budur. Yargılamanın her aşamasında, yargıçların kişisel yargıları, verdikleri kararın oluşumunu etkilemektedir.

...[B]ir yargıcın tanığa tepkisi, dolayısıyla vereceği hüküm, bilinçsiz bir önyargının sonucu olabilir. Bu önyargıdan yargıcın kendisi bile haberdar olmayabilir. Örneğin kişinin kızıl ya da siyah saçlı olmasına; bir kadın veya yaşlı bir kadın ya da genç ve güzel bir kadın olmasına; İrlandalı, papaz, Yahudi, Zenci, polis vs. olmasına karşı, olumlu ya da olumsuz peşin hükümlere sahip olabilir. Davalardaki karar verme süreci, işte bu gizli önyargıların merhametine kalmıştır.<sup>20</sup>

#### 5. Sonuç

Burada, Amerikan realizminin hukukun niteliğine ilişkin ileri sürdüğü görüşler üzerinde durmaya çalıştık. Bunun dışında, geniş bir yelpazede işlenebilecek pek çok görüşe yer vermedik.

Amerikan realizmi, yeni oluşan Amerika Birleşik Devletleri'nin ve farklı bir toplumsal yapılanmanın kendi koşulları için yarattığı farklı bir hukuk yaklaşımıdır. Austin'in egemene itaat alışkanlığıyla temellendirilen egemenlik teorisi ve hukuku onun buyruklarına indirgeyen hukuk görüşü, 1900'lerin başında kabul edilemez hale gelmiştir. Ekonomik ve toplumsal gelişmelerin hızı, mevcut hukuk yapım yöntemlerinin kendisine ayak uyduramayacağı bir seviyeye ulaşmıştır. Bu durumda hukuk, toplumsal amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılacak bir araç olarak görülmüş bu

görevini yerine getirebilmesi için de, yargıçların verdikleri kararların önemi üzerinde durulmuştur.

<sup>19</sup> Aynı, s. 184.

<sup>20</sup> Aynı, s. 187.

71

### ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ

Realistler, hukuku kanun metinlerinde, ders kitaplarında, genel kural ve ilkelerde arayan, muhakemeyi de mevcut kural ve ilkeler arasında yapılan mantıksal çıkarımlar olarak gören anlayışa karşı çıkmışlardır. Realistlere göre, hukukun ne olduğu tam olarak bilmek mümkün değildir. Asıl olan, gerçek olan, mahkemelerin verdikleri kararlardır. Belli bir olayla ilgili olarak hukukun ne olduğunu söylemek için, o olayla ilgili olarak mahkemenin ne karar vereceğini tahmin etmek gerekir. Dolayısıyla hukuk tahminden ibarettir. Hukuk kuralları ise, yargıçlara yol gösteren yardımcı araçlardır. Hukuk kurallarına bakarak, davanın sonucunu kestirmek mümkün değildir. Bu yöndeki görüş, kural şüpheciliği olarak adlandırılmakta ve hukuk kurallarının karar verme sürecindeki rolünün sanıldığından çok daha az olduğunu savunmaktadır.

Olay şüpheciliği olarak anılan görüş ise, mahkemede verilecek kararın tahmin edilmesinin güçlüğünü, davada dinlenen tanıkların ve yargıcın psikolojik durumlarının karar verme sürecine zorunlu etkisine bağlamaktadır. Mahkemede tartışma konusu yapılan olayların hiçbir zaman gerçeğe uygun bir şekilde tespit edilebilmesi mümkün değildir. Öncelikle, tanıklar olayları mahkemede anlatırken, ya kasıtlı olarak yalan söylerler, ya gördüklerini yanlış hatırlarlar, ya da öyle ifade ederler ki, mahkeme olayı gerçekten olduğu gibi algılayamaz. Mahkemenin kararı, tanıkların ifadelerine dayandığı için de, hiçbir zaman gerçeğe uygun bir karar verilemeyecektir.

## KAYNAKÇA

- Frank, Jerome, "What Courts Do In Fact – Part One", **Illinois Law Review**, Vol. 26, 1931, ss. 645-66.
- Frank, Jerome, "Judicial Fact-Finding and Psychology", **Ohio State Law Journal**, Vol. 14, 1953, ss. 183-9.
- Freeman, M.D.A., **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, London: Sweet&Maxwell, 2001.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, AÜHFY, Ankara, 1996.
- Gürkan, Ülker, **Hukukî Realizm Akımı**, AÜHFY, Ankara, 1967.
- Holmes, O. W., **The Common Law**, 1881. Aktaran: McLeod, 1999.

72

### E. UZUN / Amerikan Realizmi

- Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", **Harvard Law Review**, Vol. 110, 1996-1997, ss. 991-1009. Makalenin ilk yayımı:
- Llewellyn, Karl, "Some Realism About Realism", **Harvard Law Review**, Vol. 44, 1931, ss.
- McLeod, Ian, **Legal Theory**, Macmillian, London, 1999.
- Pound, Roscoe, "The Need of a Socological Jurisprudence", **Green Bag**, Vol. 19, 1907, ss. 607-15.
- White, G. Edward, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America", **Virginia Law Review**, Vol. 58, 1972, ss. 999-1028.
- Yörükoğlu, Ömer, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İÜHFY, İstanbul, 1982.

73

istanbulhfs zaman: 09:16

Paylaş

Hiç yorum yok:

Yorum Gönder



Ana Sayfa



Web sürümünü görüntüle

Hakkımda



 istanbulhfs

Profilimin tamamını görüntüle

Blogger tarafından desteklenmektedir.