

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI**

**AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ
ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ BELİRSİZLİK**

Emine İrem AKI

Ankara-2008

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI**

**AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ
ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ BELİRSİZLİK**

Yüksek Lisans Tezi

Emine İrem AKI

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Gülriz Uygur

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

**AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ
ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ BELİRSİZLİK**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Gülriz Uygur

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Doç. Dr. Gülriz Uygur

.....

Prof.Dr.Adnan Güriz

.....

Prof. Dr. Ülker Gürkan

.....

Tez Sınavı Tarihi 21.07.2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	iii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİ

I. AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİ'NİN ARKA PLANI	5
A. Hukukta Silkelenme Çabaları.....	5
B. Formalizm ve Eleştirisi	7
C . Temel Akımlar	12
a. Almanya'da Serbest Hukuk Okulu	12
b. Fransa ve Belçika'da Serbest Hukuk Araştırma Hareketleri	13
c.Amerika'da Sosyolojik Hukuk Bilimi	15
II. HUKUKİ REALİZM.....	20
A. Hukuki Realizmi Doğuran Şartlar	20
B. Amerikan Hukuki Realistleri'nin Temel Özellikleri ve Hukuk Tanımları.....	22
C. İskandinav Hukuki Realizmi ve Amerikan Hukuki Realizmi'nden Farkı	27

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİNİN TEMEL İDDİASI: HUKUKİ

BELİRSİZLİK

I.HUKUKİ BELİRSİZLİK TARTIŞMASININ ORTAYA ÇIKIŞI	31
--	----

II.AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ VE HUKUKİ BELİRSİZLİK	33
A.Genel Olarak.....	33
B. Kural Şüpheçileri	34
C.Olay Şüpheçileri	37

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ'NİN HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİALARININ GÜNÜMÜZDEKİ TARTIŞMALAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK.....	44
II. HUKUK TEORİSİNDE HUKUKİ REALİZMİN YENİDEN KEŞFİ.....	46
A.Hukuki Realistlere Yanıt Olarak Kurala İlişkin Belirsizlik Tezi.....	47
B.Eleştirel Hukuk Çalışmaları Açısından Amerikan Hukuki Realistleri.....	50
a.Genel Olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları	50
b.Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Birleştiği ve Ayrıldığı Noktalar	52
c.Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukuki Belirsizlik	54
SONUÇ.....	65
KAYNAKÇA	70
ÖZET.....	76
ABSTRACT	77

KISALTMALAR

A.Ü.H.F.D.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.H.F.Y.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
A.Ü.S.B.F.D.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz	Bakınız
Col. L. Rev.	Colombia Law Review
Çev.	Çeviren
Ed.	Editör
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Ill. L.Rev	Illinois Law Review
İ.Ü.H.F.M	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
no.	Numara
s.	Sayfa
Vol.	Volume
Yale L.J	Yale Law Journal
YKY	Yapı Kredi Yayınları

GİRİŞ

“Allah cellatları ruzi mahşerde yanına çağıracağı zaman, herhalde onlara, bu herifi neden astın diye sormayacaktır. Onun günahı cemiyetin, vebali hepimizin boynunadır. Haksız yere asılmışsa hakimindir.”¹

Yukarıda Sait Faik Abasıyanık'ın bir hikayesinden alınmış bu cümle okunduğunda ilk akla gelen *haksız yere* ifadesi olmaktadır. Bir insanın haksız yere idam edilmesi durumunda sorumlunun hakim olarak algılanması bizi farklı sorular sormaya yöneltebilir: Öncelikle bir insanın *haksız yere* idam edilmesi ne ifade etmektedir? Hakimler kendi siyasi, ahlaki görüşlerine göre mi karar- bu karar bir insanın en temel hakkı diyebileceğimiz yaşam hakkına ilişkindir- vermektedir? Hukuk kuralları hakimlerin karar verirken başvurdukları kaynaklar değil midir veya başvurdukları kaynaklarsa her hukuki girdi hukuki çıktıya ulaşmamızı sağlayamıyor mu? Eğer sağlayamıyorsa, yargı kararlarının dayanak noktası nedir?

Liberal hukuk devleti idealine göre yargı kararlarının dayanak noktası hukuk kurallarıdır. Ancak hukuk kuralları belli başlı problemler içermektedir. Bunlardan başlıcası da bu çalışmanın konusunu oluşturan *hukuki belirsizliktir*. Bu çalışmada Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik argümanları üzerinde durulacaktır. Amerikan hukuki realistleri, hukuki kesinliğin bulunmadığı iddiasında bulunmuşlardır.

Diğer yandan hukuki belirsizlik probleminin hukuk teorisinde sadece Amerikan hukuki realistleri tarafından tartışma konusu yapılmamış olduğu söylenebilir. Örneğin günümüzde Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın da ilgilendiği

¹ Sait Faik Abasıyanık, *Alemdağ'da Var Bir Yılan- Az Şekerli*, Fındık, Bilgi Yayınevi, Ankara 1998, s. 129.

temel meselelerden bir tanesi hukuki belirsizliktir. Bu iki hareketin iddiaları neticesinde hukuki belirsizlik meselesi hukuk teorisinde kabul görür ve hatta ateşli bir tartışma konusu haline gelmiştir.

Hukuki belirsizlik karşısında yukarıda alıntılanan cümleyle ilgili hakimlerin kim olduklarının büyük önem taşıdığı belirtilebilir. Hakimlerin kim olduklarından kasıt hakimlerin hukuk dünyasında ne ifade ettikleriyle ilgilidir. Hakimlerin sadece hukuk kurallarının uygulayıcısı oldukları düşüncesi, günümüzde artık iddia edilmemektedir. Günümüzdeki problem hakimlerin karar verme sürecinde hukuk kurallarından daha etkili oldukları, kendi kişisel, siyasi düşüncelerine göre karar verdikleri iddiasıyla ilgilidir.

Bu iddiaya yol açan başlıca sebep de hukuki belirsizliktir. Hukuki düzen insanlar sokağa adım attıkları anda veya evlerinde buldukları hatta uykuya daldıkları zaman da dahi işlemektedir. Toplum hayatını bu derece hakimiyeti altına alan hukuk düzeninin tamamıyla belirsiz olduğu iddiası ise ciddi sorunlara yol açabilir. Hukuki belirsizlik meselesi insanların günlük hayatlarında önem taşımasının yanında, demokratik hukuk sisteminin ve hukuk devletinin gereklilikleriyle de yakından ilgilidir. Bu nedenle hukuki belirsizlik tartışmalarının hukuk teorisi alanında büyük önem taşıdığı düşünülmektedir.

Hukuki belirsizlik tartışmalarını ise Amerikan hukuki realistlerine götürmek mümkündür. Esasen onlardan önce, formalist mantığa ilk eleştirileri yükselten hukuk hareketleri söz konusu olup bu çalışmada “Hukukta Silkelenme Çabaları” başlığı altında incelenecektir. “Silkelenme” kelimesi genel hukuk kuramından yavaş yavaş ayrılışı ifade etmek amacıyla kullanılacaktır. Bu başlığın ardından hukukta silkelenme çabalarının hedefi olan ve o tarihe kadar egemen olan formalist mantık

incelenecek ve bu yöntemi reddeden hukuk okulları üç ayrı başlık altında belirtilecektir. Bu hukuk okulları sırasıyla Almanya’da Serbest Hukuk Okulu, Fransa ve Belçika’da Serbest Hukuk Araştırmaları ve en nihayetinde Amerika’da Sosyolojik Hukuk Bilimi’dir. Bu okulların hukuku kurallardan ibaret gören yaklaşım karşısında hukuk ve toplum ilişkisini kurmuş olmaları ve toplumda yaşayan hukuka vurgu yapmaları üzerinde durulacaktır. Bu okullar üzerinde sadece formalizme karşı oluşlarından dolayı değil, hukuki belirsizlik tartışmalarının uzak öncüleri olmalarından dolayı da durulacaktır. Zira bu okulların hukuk dünyasında başlatmış olduğu isyan hareketleri, hukuki belirsizlik tartışmalarının başlamasında tetikleyici unsur olmuştur. Ayrıca bu bölümde, hukuki realizmin doğumunda Amerika’da etkili olan diğer unsurlar ele alınacak ve Amerikan hukuki realistlerinin kalkış noktaları Karl Llewellyn’in görüşlerinden hareketle sıralanacaktır. En son başlıkta da İskandinav Hukuki Realizmi ve İskandinav Hukuki Realizmi’nin Amerikan Hukuki Realizmi’nden farkı belirtilmeye çalışılacaktır.

Hukuk dünyasında bu okullar tarafından dile getirilen aykırı sesler hukuki realistler tarafından daha da şiddetli bir şekilde ortaya konmuştur. Hukuki realistlerle birlikte hukuki kavramlara karşı duyulan şüphe, hukukun tamamıyla belirsiz olduğu anlayışına kadar uzanmıştır. Amerikan hukuki realistlerinin temel iddiasının hukuki belirsizlik olduğundan hareketle ikinci bölümde bu tez irdelenecek ve genel çerçevesi oluşturulmaya çalışılacaktır. İlk olarak hukuki belirsizlik tartışmalarının tarihsel gelişimi, ardından hukuki belirsizliğin birden fazla anlamının olabileceği ortaya konulacaktır.

Hukuki belirsizlik tartışmalarının gelişimindeki bir sonraki aşama 1940’larda Amerikan Hukuki Realizmi’nin etkisini kaybetmesiyle şekillenmiştir. Hukuki

belirsizlik tezinin, günümüzde yeniden güncel bir tartışma konusu haline gelmesi eleştirel hukuk teorisyenlerinin çalışmalarıyla olmuştur. Ayrıca Herbert Hart da hukuki realistlerin belirsizlik argümanlarına karşı eleştiriler yöneltmiştir. Bu bağlamda üçüncü bölümde Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik argümanları günümüzdeki yaklaşımlar çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın bazı noktalarda hukuki realistlerin devamı olarak görülebileceği düşüncesinden yola çıkarak bu hareket üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİ

I. AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİ'NİN ARKA PLANI

A. Hukukta Silkelenme Çabaları

Amerikan hukuki realistleri üzerine söylenebilecek ilk şey sorgulayan bir hukuk inşası çabasında olduklarıdır; fakat hukuku anlamlandırma çabası adına ilk sorgulayıcı düşünceler onlardan gelmemiştir. Bu sorgulayan ve belki de isyankar diyebileceğimiz düşünüşün kökleri Kıta Avrupası'na dayanmaktadır. Kıta Avrupası'nda başlayan sosyolojik isyan bir süre sonra okyanusun öte yakasına geçerek Amerika'da Sosyolojik Hukuk Bilimi okulunda varlık bulmuştur.

19. yüzyılın sonlarında baş gösteren ve 20.yüzyıl'da doruk noktasına ulaşan bu sosyolojik isyan, kanun koyucunun mutlak üstünlüğü anlayışına karşı doğmuştur. Kanun koyucunun mutlak üstünlüğünden, hakimın hukuk yaratma faaliyetine giden yolun ilk durağında 19. yüzyılın muhafazakar hukuk anlayışı yer almaktadır. Bu muhafazakar hukuk anlayışının temelinde, 1789 Fransız Devrimi sonrasında doğal hukukçuların görüşleri doğrultusunda hazırlanan kanunların, siyasal iktidarların aşırılıklarına karşılık güvence olarak görülmesi düşüncesi yatmaktadır; artık “kanun, genel iradenin” ifadesidir.² 19.yüzyıl'da modern devletlerin³ oluşmaya ve yerleşmeye başlamasıyla, sınırları belirli bir alanda vatandaşlara “eşit” olarak uygulanan modern hukuk sistemleri ortaya çıkmış ve kanuna, kanun koyucuya

² Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002,s.173.

³ Modern Devletlerin oluşum süreci için bkz. Christopher Pierson, **Modern Devlet**,Çev.Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000,s.63-104,Mehmet Yüksel, **Modernite Postmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004,s.207, s.282-285, Gianfranco Poggi, **Çağdaş Devletin Gelişimi**,Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul 1991. Server Tanilli, **Uygurluk Tarihi**, Say Kitap Pazarlama, İstanbul 1981,s.66-68.

duyulan güven daha da artmıştır. Bu hukuk sisteminin en temel özelliği ise kanun koyucunun yapmış olduğu hukukun objektif ve tarafsız olduğunu iddia etmesidir. Bu nedenle de *kanuna* büyük bir önem atfedildiği ve hakimin yargılama sürecinde devre dışı bırakılarak sadece bir uygulayıcıya dönüştürülmüş olduğu ileri sürülebilir. Bu anlamda hukukun üstünlüğü retoriği sadece “kanun” a biçilen önemle örtüşmüş ve Hamide Topçuoğlu’nun ifadesiyle hukuk ilminde *tecerrüt* hali baş göstermiştir. Bu dönem hukukun kanunlardan ibaret sayıldığı, kanunun lafzının hüküm sürdüğü, hukuk eşittir kanun, kanun eşittir devlet yaklaşımının var olduğu ve kanunların hukuk biliminin ta kendisi olduğu veya halkın ruhunun hukuk olduğu ya da dikkatini tamamıyla madde ve emsaller üzerine yoğunlaştırmış bir hukuk anlayışına sahip hukuk okullarının hakim olduğu dönemdir.⁴ Bu hukuk anlayışları gelişmekte olan hukuki pozitivismle⁵ beraber klasik formalizm düşüncesinin bir ürünüdür. Hukuki düşüncede silkelene çabalarının hedefi de bu anlamda klasik formalist düşüncedir. Amerika’da 19. ve 20.yüzyıl’da bu hukuk okullarının görüşlerini ve onlara karşı yapılan eleştirileri tam olarak kavrayabilmek bu doğrultuda hukuki belirsizlik kavramı ile bağlantısını kurmak, klasik formalizmin özelliklerini ortaya koymakla mümkün olabilir.

⁴ Yukarıdaki hukuk tanımlamaları, Fransa’da Tefsirci Okul, Almanya’da Mefhumlar İctihadı Cereyanı ve Anglo-Sakson Hukuku’nda Tahlilci Mektep’in görüşleri doğrultusunda varlık bulmuştur. Bu üç okul üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Cilt I, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s.16-29, Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s.172-179.

⁵ Hukuki pozitivism akımı için bkz.Selahattin Keyman, Hukuki Pozitivism, **A.Ü.H.F.D.**,1978, C.35,S.1-4, s.57-90.

B. Formalizm ve Eleştirisi

“20.yüzyıl’ın başlarında, geçerli hukukun yorumlanması ve uygulanması hakkında kabul edilmiş metodolojide formalizm kendini göstermiştir”.⁶ Klasik formalizmin merkezinde hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediği görüşü vardır.⁷ Hukuk kurallarının, hukuki sonuçları belirlediği iddiası epeyce güçlü bir iddiadır. Bu iddianın arkasında yatan temel düşünce hukuk kurallarının sadece biçimsel olarak ele alınmasıdır; yani “*formalizm (şekilcilik-biçimcilik) deyimiyle, geniş anlamda hukuk olgusunun dış özelliklerinin gözlenmesi anlaşılmaktadır.*”⁸ *Biçim ya da form öncelikle belirsizlik durumunda, düzensiz ve belirlenmemiş olana karşılık sınırlanmış, düzenlenmiş olan anlamındadır.*⁹

Hukukun fonksiyonlarından birisinin düzeni sağlamak¹⁰ olmasından bahisle formalizme göre, “*hukuk kesin ve açık kavramlara dayanmalı, hakime geniş takdir yetkisi bırakılmamalı, kuşku ve duraksamaya yer vermemeli, hile ile anlamı değiştirmeye elverişli olmamalı ve keza meydana gelebilecek her olay için açık bir çözüm ihtiva etmelidir.*”¹¹ Hukuk kurallarının yorumu da bu anlayışa paralel olarak yapılmaktadır. Yetki ve usul öğeleri araştırıldıktan sonra, yasamanın irade bildirimi; dilbilgisi kurallarına, sözcüklerin anlamına göre ortaya çıkarılır; yani metne bağlı yorum esas olup, amaçsal ve sosyolojik yorumlara gidilmemektedir.¹²

⁶Ömer Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri’nde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.131.

⁷ Özkök Gülriz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine,” **A.Ü.H.F.D**, 2002, C.5, S.2, s.2.

⁸ Öktem, “Hukuksal Pozitivizm...,” s.281.

⁹ Yasemin Işıktaç Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitapevi, İstanbul 2003, s.47.

¹⁰ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000, s.24.

¹¹ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi...**, s.24.

¹² Orhan Münir Çağlı, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İÜHF Yayını, İstanbul 1971, s.182. Yorum türleri için bkz. Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s.64-70.

Yorum meselesinin ardından boşluk konusunda da benzer bir yöntem benimsenmiştir. Buna göre hukuk kuralları tüm sorunların çözümlenmesi için yeterlidir; yani hukukta boşluk olamaz.¹³ Bu mantıksallığın, yetkinliğin, eksizliğin sağlanmak istenmesinin doğal sonucudur.¹⁴ “*Mantık sistemi içinde tüm sorunlar çözümlenebilir; doğal hukuk yahut başka ilkelere başvurmak hukuk ötesi bir tutumdur.*”¹⁵

Bu görüşlerin sonucu olarak hukuk yalnız mantıksal biçim ve kavramlara dönüştürülmüş, kanuna indirgenmiştir¹⁶; yani “*kanun hukuktur, yasamanın iradesi hak ve ahlakın ta kendisidir ...*”.¹⁷ Ömer Yörükoğlu’nun belirtmiş olduğu aşağıdaki karar, muhakeme anlayışının formalist görünümünü ortaya koymasından bakımdan oldukça önemlidir.

“*Olayda, davalının, hamilelik sırasındaki ihmeline atfedilen bir sebeple, ömür boyu sakat kalacak şekilde doğmuş olan bir çocuğun tazminat talebi bahis konusudur. Dava, davacı çocuğun yetkili temsilcisi tarafından ikame edilmiştir. Tazminat talebinde bulunacak kişinin zarara uğradığı anda böyle bir hakkı talep edebilme imkanına sahip olması gerektiğinden, oysa, olayda davacının zarara uğradığı sırada da henüz hakkını kullanmaya ne yetkisi, ne de imkanı bulunduğu sabittir. Çünkü hamilelik sırasında hukuki mükellefiyetlerine, doğmamış çocuk sahip değildir. Genellikle hukuki mükellefiyetlerle haklar arasında bir karşılıklılık ve simetri kabul edilmiş olduğundan, bir şahıs henüz, şahsiyeti olmadığı(doğmadan*

¹³ Niyazi Öktem,” Hukuksal Pozitivizm...,”İ.Ü.H.F.M, 1977 ,C.43, Özel Sayı 1-4, s.282.

¹⁴ Guido Fasso, **Histoire de la Philosophie du Droit (XIX e et Xxe siecles) Traduit par Catherine Rouffet**, LGJD, Paris 1976,s.143-144 ‘ten aktaran: Öktem, ” Hukuksal Pozitivizm...,”s.287.

¹⁵ Guido Fasso, **Histoire de la Philosophie du Droit (XIX e et Xxe siecles) Traduit par Catherine Rouffet**, LGJD, Paris 1976,s.143-144 ‘ten aktaran: Öktem, ” Hukuksal Pozitivizm...,”s.287.

¹⁶ Çağıl, **Hukuka ve Hukuk İlmine...**, s.448.

¹⁷ Çağıl, **Hukuka ve Hukuk İlmine...**, s.448 dipnot.

evvelki durumu) bir zamana ait geçmişteki zarardan dolayı hakkından bahsedemez. Bunun için davacı, zarara uğradığı zamanın tazminatını talep edemez. Çünkü zararın doğduğu zamanda davalının ihlal ettiği hukuki haklar yoktu. Onun için davalıyı haklı görüyoruz.”¹⁸

Kararda temel alınan hukuki kavramlar hukuki kişilik, hak ve mükellefiyettir. Bu kavramlar arasındaki bağlantılar tamamıyla formalist mantık çerçevesinde kurulmuş olup, olayın içinde bulunduğu durumlara yönelik olarak herhangi bir yorum yapılmamıştır. Buna göre hak, hukuki mükellefiyetle paralel olup zarar doğduğu anda talep edilebilir. Zararı talep edebilmenin ön koşulu hukuki kişiliğe sahip olmaktır. Bu ilişki ağı ise mutlak bir şekilde kurulmuştur.¹⁹

Yörükoğlu'na göre muhalefet şerhi şu şekildedir:

“Eğer henüz doğmamış çocuğun hukuki mükellefiyetleri yoksa, hukuki hakları olabilir. Ve biz hakimler, yararlı hedefler için, bu kavramlarda değişiklik yapabiliriz. Eğer yukarıdaki çoğunluk kanaati hak-mükellefiyet ilişkisinde bir karışıklık ve simetri üzerinde ısrar ederse, o halde çocuğun da, sahip olduğu hak nisbi bir haktır. Çoğunluk kanaatinin dayandığı, bu davayı kazanmak için başvurulmuş bir mantık şeklidir ve mantığın kötüye kullanılmasıdır. Gerçekten bu, katı konseptualizm ve en kötü halinde, mekanik bir genel hukuk teorisidir. Asıl hakiki mesele hareket noktalarının seçilmesindedir. Mantık bunu emretmez. Mahkeme yeni tip bir haksız fiil iddiasının kabul edilmesi için maddi muhteva ile ilgili düşüncelerle

¹⁸ Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında...*, s.133.

¹⁹ Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyıl'ın İlk Yarısında...*, s.133.

bilgi edinmelidir. İhmal yüzünden, husule gelmiş bu zarar karşısında, zararın giderilmemesi için bir sebep göremiyoruz.”²⁰

Muhalefet şerhi, yola çıkılan noktanın mantık hatta mantığın kötü kullanılması olmasından bahisle, mekanik bir hukuk teorisi doğrultusunda karara ulaşılmaya çalışılmış olmasını eleştirmektedir. Kavramlar mantıkla değil, maddi içerikleri ile okudukları takdirde mahkeme yeni tip bir haksız fiil iddiasını kabul edebilecektir.²¹

Kanun koyucuyu yücelten formalist mantık hakimin yargılama içindeki faaliyetini düşürmekte, sosyal düzenin kanunlarını görmeyerek, hukuk bilimini bir tür hesap, aritmetik sanatına dönüşmesine yol açmaktadır.²² Bu aritmetik hesap sonucu “hukuk kuralları eşittir hukuki sonuç” anlayışı hakim olmuştur;²³ fakat bu aritmetik hesap, değişken ve çeşitli yaşam pratiği ve hukuk metinlerinin kendi içindeki problemleri karşısında her zaman sorgulanmaya açık yönler içermektedir. Bu nedenle de aksi yönde düşünce akımlarıyla karşılaşmak şaşırtıcı görünmemektedir.

Manzaraya 19.yüzyıl’ın düşünsel hareketlerinin penceresinden bakıldığı takdirde hukuk teorilerinde oluşmaya başlayan değişimler anlamlandırılabilir. Bu yüzyıl adeta bir patlamayı içermektedir. Bilimlerin gelişimi, felsefi düşüncedeki hareketlilik bu yüzyıla-yüzyıllara- denk düşmektedir.²⁴ Bütün bu gelişmeler hukuk algısında soyutlama halinin aşılmasını gerektirmektedir. Llewellyn’in de belirttiği

²⁰ Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyıl’ın İlk Yarısında...*, s.134.

²¹ Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyıl’ın İlk Yarısında...*, s.134.

²² Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine...*, s.452.

²³ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine...* , s.448.dipnot.

²⁴ Tanilli, *Uygarlık Tarihi*, s.99.

gibi artık bir karmaşa hali söz konusudur.²⁵ Kanun koyucuyu yücelten, hakimi adeta bir otomata dönüştüren anlayış artık 19.yüzyıl'un hızla gelişen dünyası içinde belirli bir değişim geçirmek durumundadır. Bu değişim anlayışıyla beraber bir kısım hukukçular tabii hukuka başvurarak “*Çağdaş Tabii Hukuku*²⁶ (veya *Tabii Hukuk Rönesans'ı*) hazırlamışlar, bir kısmı da önceleri sosyal bilimler, daha sonra ise davranış bilimleri adını alan etnografya, antropoloji, ekonomi, kriminoloji, sosyoloji ve psikolojiye başvurmuşlardır. Düsturcu ve içine kapanık eski hukuk anlayışına reaksiyonu ifade eden bu akıma “*Hukuk Biliminde Sosyolojik İsyân*” veya “*Hukuk Biliminde Sosyolojik Reaksiyon*” adları verilmektedir.”²⁷ “*Toplumun ihtiyaçlarına gözlerini kapayarak kendi kabuğuna çekilen hukuk düşüncesinde devrim yapmak gereğine inanan bu genel akım, belirli ülkelerde az çok farklı istikametlerde gelişmişse de genel hedefleri şu şekilde özetlenebilir: Hukuk düşüncesinde soyutlamaya son vermek, kavramlar despotluğunu yıkmak, yetersiz mantıki yorum metodu yerine veya ona yardımcı olmak üzere yeni metotlar bulmak, her gün değişen sosyal hayatın mesele ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir hukuk yaratmak ve bu hususta yasa koyucuya, hakimlere ikazda bulunmak, 19.yüzyıl'ın ekonomik ve sosyal ilişkilerinin ortaya koyduğu yeni hukuk türlerini karşılamayan hususi hukuk kavramlarının baskısından hakimi kurtararak ona, hukuki gerçekliği doğrudan doğruya incelemek ve değerlendirmek görevini yüklemek*”.²⁸ Bu yeni yaklaşımın ürünleri olarak Kıta Avrupası'nda Serbest Hukuk Okulu(Almanya) ve Serbest Hukuk

²⁵ Karl Llewellyn, “Some Realism About Realism- To Responding Dean Pound,”**Harvard Law Review**, 1930-1931,Vol. 44, s.1222.

²⁶ Tabii hukuk rönesansı ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Topçuoğlu, **Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı**, İstiklal Matbaacılık, İzmir 1953.

²⁷ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s.2.

²⁸ Ülker Gürkan, **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961, s.5-6.

Araştırma Hareketleri (Fransa ve Belçika) ve en nihayetinde de Amerika'da Sosyolojik Hukuk Bilimi'ni görebiliriz.

C . Temel Akımlar

a. Almanya'da Serbest Hukuk Okulu

*“19.yüzyılın siyasi ve iktisadi badireleri karşısında hukuki düşüncedeki işlemezlilik veya aciz “Hukuk Bilimi” bir alay konusu haline getirilmiş ve hakim fonksiyonunun küçümsenmesi sona ermişti. Değişen toplum şartları yeni düzenleme şekillerine ihtiyaç göstermiş; fakat hukukçular geleneksel kavramlardan medet ummakta ısrar etmişlerdi.”*²⁹ Bu anlamda Avrupa'da hukuki düşüncede devrim yapma zorunluluğu 1848 yılında Julius Hermann von Kirchman'ın acı ve alaycı eleştirisi ile başlamıştır: *“Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkalık kağıt haline dönmesine yeter.”*³⁰

Bu akımın diğer öncülleri arasında Rodolf von Jhering, Eugen Ehrlich, Gnaeus Flavius Kantorowicz ve L.Spigel'i görebiliriz.

Bu okul dikkatini spontane hukuk –kanun koyucunun iradesinin öncesinde toplumda yaşayan hukuk- üzerine yöneltmiştir. Kantorowicz'e göre, mevzuattan önce hukukunun özü, serbest hukuk kurallarıyla toplumda mevcut bulunmaktadır.³¹ Bu düşünceden hareketle Kantorowicz'in dileği, geçmişte “şekli deliller sistemi”nin yerini, “delillerin serbest takdiri'nin alması gibi, kanun metinlerine bağlı kalma

²⁹ Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...** , s.30-31

³⁰ J. Von Kirchmann, “İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği,”Çev. Coşkun Üçok, **A.Ü.H.F.Y.**,Ankara 1949, s.18.

³¹ Gnaeus Flavius Kantorowicz, **Der Kampf um Die Rechtswissenschaft**,1906, s.14'ten aktaran:Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s. 39.

sisteminin yerini de, hukukun serbest yaratılma usulünün almasıdır.³² Bu okulun üyelerinin çeşitli fikirlerinin birleştikleri nokta “*dogmatik hukuk kaynaklarının iktisadi ve ticari hayatın dinamizmine ayak uydurmaması karşısında yeni hukuki uyumsuzlukların uygun bir çözüme bağlanabilmesi için hakimin çözümleri başka yollarla bulmasıdır.*”³³

Bu tespitten sonra, hakimin hangi yollarla hukuk yaratacağı önemli bir sorun haline gelmektedir. Hukukun objektif ve yeknesak olması gerektiği düşüncesi karşısında, hakim tarafından serbest hukuka dayanarak yeni durumlara çözüm bulma fonksiyonu arasındaki denge nasıl gerçekleştirilecektir? Bu sorunun cevabı ise bize hukuk sosyolojisinin yolunu açmaktadır.³⁴ Artık serbest hukuk yaratılması hususunda sosyolojinin de yardımıyla çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır; fakat sosyolojinin yardımından ne derece ve ne şekilde faydalanılacağı da uzun bir süre hukukçuların gündemini meşgul etmiş ve bugünkü *hukuk sosyolojisi* anlayışına gelinmiştir. Bu tartışmalar çalışmanın konusunu aşacağı için sadece konunun anlaşılması bakımından aşağıdaki tartışmalardan bahsetmekle yetinilecektir.

b. Fransa ve Belçika’da Serbest Hukuk Araştırma Hareketleri

Serbest hukuk hareketini başlatanlar olarak, Fr. Geny, Raymond Saleilles, J. Cruet görülebilir. Bu hareketin merkezinde de toplum içinde meydana gelen spontane hukuk yer almaktadır. Hukukçu, meşgul olduğu normların nasıl ve ne şekilde meydana geldiğini bütün gerçekliği içinde öğrenmelidir; yani hukukun toplum içinde spontane bir şekilde nasıl meydana geldiği araştırılmalıdır.³⁵ J.Cruet’ e

³²Kantorowicz, *Der Kampf um Die Rechtswissenschaft*, s.48-49’den aktaran: Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi...*, s.41.

³³ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi...*, s.41.

³⁴ Topçuoğlu’ndan özetle, *Hukuk Sosyolojisi...*, s.43.

³⁵ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi...*, s.57.

göre, hukuk kurallarının hangi gerçek sosyal ilişkiyi düzenlemeye yönelmiş olduğu, bu ilişkinin zaman içindeki değişimleri takipte başarılı olup olmadığı tayin edilmelidir.³⁶ Böyle bir hukuk anlayışı hakimin hukuk yaratma faaliyetinin önemini de beraberinde getirmiştir. Burada Geny'nin hakimin hukuk yaratma faaliyeti açısından, isabetli bir şekilde, kanun koyucu ve hakim arasındaki farkı açıklaması üzerinde durulabilir. Ona göre *“kanun koyucu genel ve soyut kurallar yaratmaktadır. Bu kuralların, haklarında uygulanacağı fert ve zümreler somut olarak belirli değildir. Kanun koyucu kendi ilham kaynağını dilediği gibi seçip, şu veya bu doğrultuyu daha serbestçe tayin edebilir. Halbuki hakim somut bir mesele hakkında doğrudan doğruya olayın ilgililerine karşı hukuk yaratacaktır. Bu nedenle son derece tarafsız ve objektif hareket etmeye mecburdur. O, şu veya bu prensibi gelişi güzel seçmekte serbest değildir. Kararını tamamen “objektif unsurlara” dayandıracaktır.*³⁷ Olay hakkında bir kanun veya bir örf kuralı yoksa, bu objektifliği ancak bilimsel ve serbest bir araştırmanın sonuçlarına dayandıracaktır. Geny, bu objektif unsurların bulunacağı yeri *eşyanın doğası*³⁸ olarak gösterir.³⁹

*“Fransa ve Belçika’da bu akımı izleyen diğer hareketler, hukuk uygulamasında kanun maddelerinin yumuşatılması ve bunun için de hukukun çeşitli gerçek kaynaklarının, fiili hukuk tiplerinin keşfedilmesi doğrultusunda gelişmiştir.”*⁴⁰

³⁶ Jean Cruet, **La Vie du Droit et l’Impuissance des Lois**, 1908, s.141’den aktaran: Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi ...**, s. 60.

³⁷Fr Geny, **Methode d’Interpretation**, Tome II 157, s.78-79,81-82’den aktaran: Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s.50

³⁸ Eşyanın doğası için bkz.Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s.184-186.

³⁹Fr Geny, **Methode d’Interpretation**, Tome II 157, s.78-79,81-82’den aktaran: Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s.50.

⁴⁰ Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s.62

c.Amerika’da Sosyolojik Hukuk Bilimi

“20.yüzyıl başlarında gerek Avrupa’nın serbest hukuk anlayışı gerek L.Ward, W.G.Sumner, E.A Ross gibi sosyologların hukukla ilgili fikirleri A.B.D’de hukukun soyut içeriğinden çok işleyişine bakan **sosyolojik, pragmatik ve fonksiyonel** karakterde iki yeni görüşe yol açmıştır”.⁴¹ Avrupa’da hukuku kavramlardan ibaret gören, hakimin görevini küçümseyen yaklaşıma karşı dile getirilen eleştirilerin ABD’de de var olması, benzer gereksinimlerin benzer çözümleri gerekli kılabilceğini göstermesi bakımından önemlidir.⁴²

Yukarıda belirtilen görüşlerden birincisi hakim Oliver Wendell Holmes’in öncülük ettiği, Roscoe Pound ve hakim Benjamin Nathan Cardozo’nun kurduğu Sosyolojik Hukuk Bilimi Okulu’nun görüşüdür. İkinci görüş ise gene hakim Holmes’in öncülük ettiği davranışçı (behaviorist) psikologların etkilediği Amerikan Realistleri’nin görüşüdür.⁴³

Bu çalışmanın konusu doğrultusunda Amerikan Sosyolojik Bilimi’nden Amerikan hukuki realistleri’ne giden yolda ilk olarak bu hareketin önemli düşünürlerinden Holmes ve Pound’un görüşleri üzerinde durulacaktır.

Avrupada’ki serbest hukukun gelişimi, ABD’de Pound tarafından yeniden ele alınarak canlandırılmıştır. ⁴⁴ “Pound, Amerikan hukuk düşüncesinde hukuku insan üstü bir aklın eseri veya kendi kendine yeterli ahlaki birimler toplamı olarak değil, insani ilişkilerle ilgili ve insan tarafından belirli bir amaca yöneltilen, zaman ve yere

⁴¹ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.12.

⁴² Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s. 196.

⁴³ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.12.

⁴⁴ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**,s.196.

göre değişiklik gösteren bir husus olarak kabul edilmesi gereğine inanan yeni eğilimin ilk önemli öncülerinden birisi olmuştur."⁴⁵

Pound'a göre bir sosyal kontrol formu olarak hukuk, sosyal ilişkiler içinde gelişmeli ve istekleri tatmin etmek üzere kullanılmalıdır.⁴⁶ Ona göre, bu nedenle hukukun çalışma alanı söz konusu olduğunda sosyal bilimlerle ilişkiden kaçınılmamalıdır.⁴⁷

Pound hukukun gerçeklikle ilgisini kurmuş sosyal olaylara önem vermiş ve hukukun amacına da yönelmiştir.⁴⁸ Pound, hukukun amacıyla ilgili olarak hukuk tarihinde emniyetin sağlanması, mevcut sosyal düzenin korunması ve iradeler ahenginin sağlanması olmak üzere üç görüşün yer kapladığını belirtmektedir. Bunların yanında bir dördüncüsü kendini kabul ettirmeye başlamıştır ki bu da menfaatler ahenginin sağlanmasıdır.⁴⁹ Pound'a göre hukuksal gelişme menfaatler arasındaki dengenin sağlanmasına bağlıdır.⁵⁰ Ona göre, hukuk sosyal düzenin ihtiyaçlarına göre menfaatleri kontrol eden ve menfaatleri uzlaştıran bir araçtır.⁵¹ Ona göre, buna uygun olarak hukuk bilimi de insani menfaatlerin uzlaştırılması konusunda gerekli araçları araştıran ve ortaya koyan bir "sosyal mühendislik"

⁴⁵ Yntema, H, "Law and Learning Theory, Through the Looking Glass of Legal Theory,"**Yale L.J**, 1943-1944, Vol. 53, s.338'den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.16.

⁴⁶ M.D.A Freeman, **Llyod's Introduction...**, Sweet&Maxwell, London 1994,s. 525.

⁴⁷ Freeman, **Llyod's Introduction...**, s.525.

⁴⁸ Gürkan, **Hukuki Realizm ...**, s.17

⁴⁹ Gürkan, **Sosyolojik Hukuk ...**, s.63.

⁵⁰ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s.196.

⁵¹ Freeman, **Llyod's Introduction...**, s.529. Burada Pound'un hukuku toplumun vicdanı olarak gördüğüne şüphe yoktur. Eninde sonunda hukuk, tüm toplum için kabul edilen menfaatlere hizmet eder.

niteliği kazanmalıdır;⁵² fakat buradaki mühendislik bir teknoloji olarak ele alınmaktan ziyade, sosyal problemleri çözmede bir araç olarak görülmelidir.⁵³

Pound altı tip sosyal menfaat sayar.⁵⁴ Bütün mesele bu sosyal menfaatlardan birini diğerine tercih etme ve bu menfaatler arasındaki gerilimi gidermeyle ilgilidir.⁵⁵ *“Hukuk yaratan makam, bu çeşitli sosyal menfaatler kompleksini daima göz önünde bulunduracak, bunlar arasındaki değerler hiyerarşisine göre bir tercih ve denkleştirme yapacak, sosyal şartların ve taleplerin en uygun, en elverişli teklifini hukuk normunda aksettirecektir.”*⁵⁶

Pound’un görüşleri çerçevesinde yargıca düşen görev de şu şekildedir: *“Yargıca düşen, hukukun teknik yorumunu yapmak değildir, yargıç, hukukçularla birlikte dengeli bir çözüme ulaşabilmek için hangi sosyal çıkarların söz konusu olduğunu bulmaya çalışacaktır.”*⁵⁷

Pound, hukukun kendine yeterli bir kavramlar bütünü olarak görülmesini değil, hukuk ve toplum arasındaki ilişkinin göz önünde bulundurularak ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Pound bu tespiti yaparken hem sosyal verilerden faydalanmış hem de hukuku kavramlar bütünü olarak gören okulların görüşlerini incelemiştir.⁵⁸ *Kısaca Pound “ hukuk biliminin, gelişen sosyolojinin yardımıyla, kendini yenileyebileceğini ve giderek toplum içerisinde çatışan çıkarlara gerçek çözümler getirebileceğini öngörmüştür.”*⁵⁹

⁵² Roscoe Pound, **An Introduction to the Philosophy of Law**, New Haven 1950, Yale Üniv. Press, 3rd ed, s.97-99’dan aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.18.

⁵³ Freeman, **Llyod’s Introduction...**, s.525.

⁵⁴ Pound’un menfaatler teorisi için bkz.Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**,s.86 dipnot.

⁵⁵ Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s.86-87.

⁵⁶ Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, s.87.

⁵⁷ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s. 196.

⁵⁸ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s. 197.

⁵⁹ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s. 197.

“*Hakim Holmes ise hukukun hayatla ilgisine dikkat çekmiş, Austin’den gelen Tahlilci Hukuk Okulu’nu eleştirerek, meslektaşlarının emsal kararların teferruatı içinde boğulmalarından, hukukun ana meseleleriyle uğraşmamalarından, özetle hukuk kuramına nüfuz edememelerinden acı acı yakınmıştır.*”⁶⁰ Holmes’a göre genel önermeler somut davaları karara bağlamamaktadır. Somut davaları karara bağlayan hakimlerdir ve hakimler her zaman yarışan menfaatler arasından seçim yapabilirler. Holmes’a göre hukukta genellik ideali yanılıcıdır.⁶¹ Bu eleştiriler sonrasında ise Holmes, hukuku, mahkemelerin yaptığı şey olarak tanımlamıştır. Ona göre, hukuk bilimi bir kehanet ve mahkemelerin yapacakları şeylerin önceden kestirilmesidir.⁶²

Holmes’un hukuku mahkemelerin gelecekte yapacağı şey olarak tanımlaması,⁶³ yani hukuk hayatının mantığa değil, tecrübeye dayandığını ileri sürmesi⁶⁴ hukuka ampirik ve pragmatik yaklaşımın girmesine yol açmıştır.⁶⁵ Holmes’u etkileyen düşünürlerden bir tanesi de pragmatizmin önemli düşünürlerinden William James’tir.⁶⁶ Holmes, sosyal uyumsuzluklarla ilişki kurmayan, gelenek ve kurumların pratik amaçlarını tahlil etmeyen, sırf soyut sembollere ve mantığa dayanan hukuk anlayışına karşı çıkmıştır. Ona göre, hukuktaki mantiki hipotezlerin hukuk pratiğinde olanlarla uygunluğu devamlı olarak kontrol edilmelidir.⁶⁷ Yargıç Holmes hukuk ve pragmatizm ilişkisini kurması sonucunda hukuk üzerinde çalışmanın amacının, insanları mahkemelerden uzak

⁶⁰ Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi...**, 81.

⁶¹ Julius Paul, “Jerome Frank’s Attack on the “Myth” of Legal Certainty,” **Nebraska Law Review**, 1957, Vol.36, s.552.

⁶² Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law,” **Boston Law Review**, 1998, Vol.78, s.702.

⁶³ Freeman, **Llyod’s Introduction...**, s.656.

⁶⁴ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.23.

⁶⁵ Freeman, **Llyod’s Introduction...**, s.656.

⁶⁶ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.21.

⁶⁷ Oliver Wendell Holmes, **The Common Law**, Little Brown and Comp, Boston 1881, s.2’den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.23-24.

tutacak bilgilerin sağlanması olduğunu belirtir. Hukukçular açısından ise hukuk üzerinde çalışmak, tarihi altı yüz yıl geriye uzanan kanunları, anlaşmaları ve mahkeme kararlarını incelemek demektir.⁶⁸

Holmes'un bu yaklaşımı sonucunda, *“hukuk biliminde bir yöntem değişikliği yapılarak, tündengelimden tümevarıma geçildiği görülmektedir. Böylece yargıca, yalnızca metinleri yorumlaması konusunda bir özgürlük alanı bırakmanın ötesinde, hukukun yaratılması olanağı da verilmiş bulunmaktadır.”*⁶⁹

Holmes'un pragmatik görüşleri hukuk hayatına sokması, kavramcılığa ve hukukta mantığın aşırı kullanımına itirazı, formalizme ve hukukun temel efsanesine karşı mücadele edecek olan hukukçuları etkilemesi⁷⁰ Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin kuruluşunu hazırlamış olmakla kalmayıp, hukuki realizmin doğuşuna da önemli etkilerde bulunmuştur.⁷¹

Böylece hukukun yaşayan hayatla ilgisinin kurulması ve temel ilginin mahkemelere ve yargıcın hukuk yaratma faaliyeti üzerine kaydırılması, Amerikan Hukuki Realizmi'nin öncüsü ve belki de habercisi olmuştur. Bu tespitin ardından, Amerikan hukuki realistlerinin temel özellikleri, hukuku ele alış biçimleri irdelenecektir.

⁶⁸ Oliver Wendell Holmes ,The Path of Law,”**Harvard Law Review**, 1897,Vol.10,s.457-458'ten aktaran Gürkan, **Sosyolojik Hukuk...**,s.21.

⁶⁹ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s.197.

⁷⁰ John Cohen, “Towards Realizm in Legisprudence,”**Yale L. J.**,1959, Vol.59,s.886-87'den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.22.

⁷¹ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.22.

II. HUKUKİ REALİZM

A. Hukuki Realizmi Doğuran Şartlar

Hukuki Realizm akımının Amerika’da doğuşunun belirli toplumsal ve düşünsel bir zemini vardır. İlk olarak düşünsel zemin açısından bakacak olursak, 1930’lu yılların başında hukuki realizmi doğuran şartlar açısından, yukarıda ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, Sosyolojik Hukuk Bilimi ve yargıç Holmes’un açtığı yoldan şüpheli düşüncelerin var oluşu görülebilir. Formalist hukuk anlayışına yöneltilen bu şüphe, hukuk alanını hukuk dogmatizminin ötesine taşımayı hedeflemektedir.⁷² Bu şüphe ve sorgulama neticesinde amaç, hukuk hakkında tam bir bilgiye ulaşmak ve Amerikan Hukuku’nda gerekli reformları gerçekleştirmektir.⁷³

Hukuki realizmin doğuşunda rol oynayan etkenlerden bir diğeri ise Amerika’nın o dönemde içerisinde bulunduğu koşullardır.”*Amerika 20.yüzyılın başında tarihte görülmemiş bir hızla değişiyor ve bu değişmeye 1914’teki I.Dünya Savaşı’nın ardından, 1920’lerin sonlarındaki ekonomik bunalımla sonuçlanan ciddi sosyal ve iktisadi değişiklikler eşlik ediyordu.*”⁷⁴ Ayrıca Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin geniş yetkilerinin oluşu, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemesi ve bir tür ikinci yasama organı gibi faaliyet gösterişi, hukukçuların yargısal kararlar ve yargıçlar üzerinde, diğer sistemlere oranla daha fazla incelemede bulunmasına yol açan bir diğer etken olmuştur.⁷⁵

⁷²Karl Llewellyn, “Some Realism...,” s.1222.

⁷³ Gürkan, **Hukuk Realizm...**, s.27.

⁷⁴ Ahmet Ulvi Türkbağ, ” Amerikan Hukuki Realizm Akımı,”**HFS**, 2002,Sayı 4, s.107.

⁷⁵Ian McLeod,Legal Theory,Macmillan,London 1999,s.114-115’ten aktaran: Ertuğrul Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi,”**Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.62.

20.yüzyıl'da Amerika'da ampirik bilimler ve teknolojinin gelişimiyle paralel bir şekilde felsefe ve sosyal bilimlerde entelektüel bir hareket yayılmaya başlamıştır. Bu hareketin felsefe ve mantık alanındaki temsilcisi John Dewey'dir. John Dewey'in öncülüğünde Amerika'da ortaya çıkan bu felsefi hareket hukuki realistler üzerinde de etkili olmuştur.⁷⁶ Bu nedenle etkileri bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da hukuki realizmin hukuku metot olarak ele almasıyla ilgili olarak *pragmatik* düşüncüdür. “*Pragmatik yöntem, bir kavramın uygulamadaki sonuçları göz önünde tutularak yorumlanmasını öngörür...“Pragmatizm her çeşit soyutlamanın, sözel çözümün, a priori nedenin, yerleşmiş ilkenin, belirlenmiş sistemin, mutlak değere sahip sayılan fikrin reddedilmesidir.*⁷⁷”

Pragmatizmle ilişkisi bakımından hukuki realizmi belirtmek uygun görünmektedir; çünkü literatürde hukuki realizm teriminin yanında pragmatik enstrümantalizm terimi de görülebilir. Realistlerin realizmle vurgulamak istedikleri, hukuki inceleme ve hukuk araştırmalarının konusu olarak özellikle yargı organı ve memurlarının davranışlarının kabul edilmesidir⁷⁸; bu nedenle mahkemeler ve fiilen uygulanmakta olan hukuk üzerinde önemle durmuşlar, sosyal gerçekliğe önem vermişlerdir. Tüm bu gerçeklik çabası ve hukuku “belli toplumsal amaçların aracı olarak görme” anlayışı, hukuki realizmin, enstrümantalizm yani araççı okul terimi ile anılmasına neden olur;⁷⁹ fakat genel olarak aynı şeyi ifade etmelerine rağmen – özellikle hukuku araç olarak ele almak bakımından-aralarında bazı farklar olduğu söylenebilir. Var olan farklılıklar içinde bu çalışma için en önemli olanı, hukuki realizm ile yakından

⁷⁶ Freeman, *Lloyd's Introduction...*, s.655.

⁷⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara 2003, s.355.

⁷⁸ Gürkan, *Hukuki Realizm...*, s.30.

⁷⁹ Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s. 111.

ilişkide bulunan (kural şüpheciliği-rule skepticism) gibi çok ekstremist görüşlerden bazılarının pragmatik enstrümantalizmin prensipleri arasında olmamasıdır.⁸⁰ Bu çalışmanın odağı, Amerikan Hukuki Realizmi'nin hukuki belirsizlik iddiaları olduğu için hukuki realizm terimi tercih edilecektir.

B. Amerikan Hukuki Realistleri'nin Temel Özellikleri ve Hukuk Tanımları

Hukuki realistlerin önemli temsilcileri olarak Joseph Walter Bingham, W. Underhill Moore, J. Clark, H. E. Yntema, Jerome Frank ve Llewellyn sayılabilir. Bu çalışmada özellikle Llewellyn ve Frank'ın belirsizlik görüşleri üzerinde durulacaktır.

Hukuki realizm akımının bütünlük gösteren bir akım olup olmadığı tartışmalı olmasına rağmen, bu akımın ortak kalkış noktaları akımın önemli temsilcilerinden Llewellyn tarafından ortaya konmuştur. Bu noktalar şu şekilde sıralanabilir:

1. Hukuk kavramı akıcı ve hareketlidir. Hukuk yargısal olarak yaratılır.⁸¹
2. Hukuk sosyal amaçlara hizmet eder.⁸²
3. Toplum kavramı hareket halinde olup, hukuktan daha hızlı değişir. Böylece hukukun hizmet ettiği topluma ne kadar uyduğunun belirlenmesinin tekrar gözden geçirilmesi olasılığı mevcuttur.⁸³
4. Hukukta inceleme kolaylığını sağlamak üzere “olan” ve “olması gereken” arasında geçici bir ayırım yapılması. Mahkemelerin ne yaptığını iyice bilmek suretiyle, ne yapmaları gerekeceğinin tayin edilebileceği.⁸⁴

⁸⁰ Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyıl'ın İlk Yarısında...*, s.27-28.

⁸¹ Llewellyn, “Some Realism...,” s.1235.

⁸² Llewellyn, “Some Realism...,” s.1235.

⁸³ Llewellyn, “Some Realism...,” s.1235.

5. Mahkemelerin ya da insanların gerçekte ne yaptığını tanımlama isteği ve geleneksel hukuk kavramlarına ve kurallarına güvensizlik; bu nedenle çalışmaların mahkemelerin ne yapacağını tahmini üzerine çıkarımlara ve genelleştirilmiş kurallara yöneltmesi. Kurallar ve pratik arasındaki farka işaret edilmesi.⁸⁵

6. Geleneksel kurallara duyulan güvensizlikle paralel bir şekilde, geleneksel kuralların mahkeme kararlarının oluşumunda önemli bir rol oynadığına güvensizlik.⁸⁶

7. Davaları gruplamanın ve hukuki durumları geçmişte yapılarına göre daha dar kategorileştirmenin değerine duyulan inanç.

8. Hukukun herhangi bir kısmının sonuçları açısından değerlendirilmesinde ve bu sonuçları bulmanın değeri üzerinde ısrar.

9. Bu maddeler doğrultusunda hukuk sorunlarına sürekli ve programlı hücumlarda ısrar.⁸⁷

Hukuki realistlerin hareket noktaları yukarıda dokuz madde olarak sıralanmış olmakla birlikte, buna eklenmesi gereken bir husus daha vardır ki bu da akımın temsilcileri tarafından Holmes'a duyulan bağlılıktır.⁸⁸ Holmes'un hukuk tanımı da şu şekildedir:

“Hukuku oluşturan şey nedir? Bazı yazarlar onun Massachsetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şey olduğunu söyleyebilirler.

Etik prensiplerden çıkarılmış tümdengelim olduğunu veya kararların uyum içinde

⁸⁴ Llewellyn, “Some Realism...,”s.1235.

⁸⁵ Llewellyn, “Some Realism...,”s.1236.

⁸⁶ Llewellyn, “Some Realism...,”s.1236.

⁸⁷ Llewellyn, “Some Realism...,”s.1236.

⁸⁸ Wilfrid E. Rumble,Jr, “Rule-Scepticism and the Role Of the Judge: A Study of American Realism,”**Journal of Public Law**, 1966, Vol.15, s.256, Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm ...,”s.106.

aksiyomlar olup olmadığını veya aksiyom olmadığını iddia ederler. Dostumuz kötü insanın gözünden bakarsak aksiyomla veya tündengelimle ilgilenmediğini görürüz. O, Massachsetts ya da İngiltere mahkemelerinin gerçekte ne yapacağını bilmek isteyecektir. Ben de o adamın düşüncesindeyim. Hukuktan anladığım da mahkemelerin fiiliyatta ne yapacakları hakkında bulunulacak tahminlerdir, bundan daha iddialı bir şey değil.”⁸⁹

Holmes, hukuku kötü adamın gözünden bakarak açıklamış ve hukukçunun faaliyetini mahkemelerin fiilen ne yapacağına ilişkin tahminler olarak belirtmiştir. Bu kötü adamın “*hukuk kuralları, ilkeler ya da vicdani değerlendirmelerle ilgisi yoktur. Tek ilgilendiği mahkemedен çıkacak ve onu etkileyecek sonuçtur. İşte hukukçuluk da bu sonucu tahminden ibarettir*”.⁹⁰ Bu hukuk tanımı kitaplardaki hukuk yerine, işlemekte olan hukuka yani yargılama faaliyetine odaklanmayı öngörür.⁹¹ Buna göre, hukukçu kanunlarda veya emsallerde formüle edilmiş beyanlar yerine, yargılama faaliyetinin temel öğeleri olan memurların ve özellikle hakimlerin davranışlarına ve yaptıklarına önem vermelidir;⁹² “*çünkü hukuki materyaller sınıfı pek çok davada mantıksal olarak tek bir sonucu gerektirmek bakımından yetersizdir*.”⁹³ Hukuki materyaller sınıfının davaların sonucunu belirlemek bakımından yetersiz oluşunun bir diğer sonucu da hakimin hukuk yaratma faaliyetinin gerekliliğidir. Realistlere göre, hakimlerin görevleri, mevcut hukuku sadece yorumlamak ve uygulamak değildir; aynı zamanda hukuku yaratmaktır da.⁹⁴

⁸⁹ Holmes, “The Path of Law,” s. 701-702.

⁹⁰ Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s.109.

⁹¹ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.28.

⁹² Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.34.

⁹³ Kenneth Einar Himma, “Philosophy of Law”, The Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/l/law-phil.htm>(Erişim Tarihi: 20.05.2008 aktaran: Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Kazancı Kitap, İstanbul 2006, s.65.

⁹⁴ Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyıl’ın İlk Yarısında...**, s.75

Hukuki realistlere göre hakimlerin hukuk yaratma faaliyetinin nedenleri şu şekildedir:

a.”Yeni hukuk yaratmak için fırsatlar, toplumun kendi dinamizminden çıkar. Yeni sosyal olaylar, yeni bilimsel buluşlar ve yeni teknolojiler geçmişe nazaran bir hayli farklı olan yeni hukuk ihtiyaçları yaratmayı gerektirirler. Bunlar şahsi ve sosyal değerleri de değiştirirler. Toplum ve hukuk devamlı olarak bir akış halindedir. Gerçekten, hukukun esas geçerliğini tayin edecek olan anayasal kriter bile zamanla değişebilir; eski olan artık geçerli görünmediğinden, yeni hukuka ihtiyaç duyulabilir.”⁹⁵

b. Mevcut bir çok kural kendi içlerinde eksiksiz şekillendirilmiş ve tam hale getirilmiş değildir. ⁹⁶Kuralların öngöremedikleri durumlar ortaya çıkabilir. Bunun yanında mevcut kurallar genel veya muğlak ifadeler içerebilir.

c. Düşünülecek bütün durumları idare edebilmeye yeterli, önceden hazır bir hukuk bütününü tasarlamak, insan görüşünü aşan bir şeydir.⁹⁷ Bu nedenlerle, hukuki realistlere göre hakimlerin hukuk yaratması kaçınılmazdır.

Hukuk realizmin yargılama faaliyeti ve hakimler üzerine kurulmuş hukuk tanımı, hukuki realizmin belirsizlik ve kesinliğin varlığını reddetme iddialarıyla birlikte düşünülmelidir. Aslında realistler Sosyolojik Hukuk Bilimi üyeleri gibi hukukta sosyal kuvvet ve faktörlere önem vermekle beraber, hukukta belirlilik ve kesinliğin varlığını reddetmekle onlardan ayrılırlar.⁹⁸ Hukuki realistler, belirlilik ve kesinliğin varlığını reddetmeleri doğrultusunda, yargısal kararların verilmesinde

⁹⁵ Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyıl'ın İlk Yarısında...**, s.77.

⁹⁶ Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyıl'ın İlk Yarısında...**, s.78

⁹⁷ Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyıl'ın İlk Yarısında...**, s.78.

⁹⁸ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.31.

hukuk kurallarının oynadığı role şüphe ile yaklaşmışlar ve hukuksal araştırmanın konusu olarak yargıyı merkez almış, bunu tespit edilebilmek için de tek yolun, fiilen uygulanan hukukun ortaya çıkarılması gerektiğini düşünmüşlerdir.⁹⁹ Bu şüphe ve yargıya verilen önem, hukukun ne olduğuna ilişkin soyut açıklamalara, mahkemelerin emsal kararlarına, mevcut hukuk kurallarına ve mantıksal çıkarım metoduna karşı çıkışı da beraberinde getirmiştir.¹⁰⁰ Formalist mantık anlayışına karşı çıkış sonucunda mantıksal çıkarım ve öğretisel analizlerin kararları belirlemekten çok rasyonalize ettiğini ileri sürmüşler ve *“kararların asıl belirleyicileri olarak da çevre koşulları, karakter, huy, çeşitli menfaatler, cinsel dürtüler, yaygın ideolojiler ve benzerlerini kabul etmişlerdir.”*¹⁰¹

Son olarak, hukuki realizmin ortaya koymuş olduğu kitaplarda yaşayan hukuktan ziyade *gerçekliğe* vurgu yapan hukuk tanımı iki açıdan daha ele alınabilir. Birincisi bu hukuk tanımı hukuki realizmin, *hukukun saflığı, bağımsızlığı ve kesinliği uğruna gerçekliğe gözlerini kapatan, gerçekliğin ihmalini hatta inkarını “bilimsellik ve saflık” için gerekli gören analitik ve normativist pozitivizmle yollarını ayırmasına neden olmuştur.*¹⁰² Bunun yanında *olana, gerçekliğe duyduğu bu ilgi hukuki realizmi olması gereken hukuktan yani doğal hukuktan, ahlak kaynaklı ve hukuku ahlaka yaklaştıran akımlardan uzaklaştırmıştır.*¹⁰³ İkincisi, bu gerçekçi vurgu realist akımı ekonomi, kriminoloji, psikoloji, istatistik ve genel sosyoloji gibi birçok bilimle ilgilenmeye yönelmiştir.¹⁰⁴

⁹⁹ Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi,” s.61.

¹⁰⁰ Freeman, **Llyod’s Introduction...**, s. 799’ dan aktaran: Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi,” s.61.

¹⁰¹ Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s.111

¹⁰² Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s.106.

¹⁰³ Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s.106.

¹⁰⁴ Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s.106.

C. İskandinav Hukuki Realizmi ve Amerikan Hukuki Realizmi'nden Farkı

İskandinav Hukuki Realizimi'nin ortaya koymadan önce İskandinav Hukuk düzeninin özelliklerini belirtmek gerekmektedir. Her şeyden önce bu hukuk düzeni Kıta Avrupası ve Common Law geleneğinden ayrı bir özellik gösterir; çünkü Common Law, tarihsel gelişim süreci içerisinde, orta çağ İngiltere'si hukuku'ndan doğmuştur. Bu tarihsel gelişim süreciyle ilgi halinde olan hukuk düzenleri Common Law sistemini benimsemiştir. Kuzey Avrupa ülkelerinin tarihsel süreçleri İngiltere'dekinden tamamen bağımsız gelişmiştir; ancak Kuzey Avrupa ülkelerini Kıta Avrupası hukuk sisteminin içine de almak mümkün değildir. Kıta Avrupası hukuk sistemi büyük ölçüde Roma Hukuku'dan etkilenmiş olup, geleneksel olarak kodifikasyonlara dayanır.¹⁰⁵

İlk olarak, İskandinav hukuki realistleri, hukuku üstün ahlaki veya dini ilkelerle açıklayan doğal hukuk yaklaşımlarını reddetmişlerdir.¹⁰⁶ Hukuku bilim olarak ele almaları ve bilimsel araştırmayı olanla sınırlamaları, bunun sonucu olarak, olması gerekeni dışlamaları moral değerleri de hukuktan çıkarmalarına neden olmuştur; çünkü moral değerlerin fiili bir var oluşu olmayıp, bilimsel kanıtlara dayanmayan kişisel değer yargıları olduğu söylenebilir.¹⁰⁷

İskandinav hukuki realistleri, hukuki pozitivismeye de eleştiriler yöneltmişlerdir. Hukuku egemenin iradesine bağlayan veya hukuk kurallarına normatif bir evren tasarımı içerisinde yer veren pozitif hukuk yaklaşımlarını

¹⁰⁵ Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.303.

¹⁰⁶ Ertuğrul Uzun, "İskandinav Hukuki Realizmi," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.77.

¹⁰⁷ D.J. Sherbaniuk, "Scandinavian Realism," **Alberta Law Review**, 1962, Vol.2, s.58.

reddetmişlerdir.¹⁰⁸ Hukuki pozitivizm ve doğal hukuk karşıtlığında ise doğal hukuk kuramlarının dayandığı ilkelerin kendi ilkeleriyle açık bir şekilde karşıt olması nedeniyle, hukuki pozitivizme ağırlık vermişlerdir. Ahlaktan ve metafizik unsurlardan arınmaya çalışan pozitivist anlayışın aslında bu unsurlardan kendini arındıramadığını öne sürmüşlerdir.¹⁰⁹

İskandinav hukuki realistlerine göre hukuk metafizik kavramlardan arındırılmalı ve bu doğrultuda hukukta deneye ve gözleme dayanan, realist ve ampirik bir yöntem benimsenmelidir.¹¹⁰

Akımın kurucusu Axel Hagerstrom hak, ödev, hakkın devri, geçerlilik gibi hukuksal yapının önemli parçalarının, boş inançtan ibaret mit, kurgu, sihir ya da kafa karışıklığı olduğunu belirtir.¹¹¹ Hagerstrom devlet tarafından desteklenen mülkiyet hakkının, fiili durumla olan ilgisi üzerinden hak ve ödev kavramlarının analizini yapar. Ona göre, hak kavramını açıklayan fiiliyat yoktur. Hak, şey üzerindeki hakimiyet olarak tasarlanır; ama bu gerçek bir hakimiyet değildir. Doğanın dışında var olan bir hakimiyet, yalnızca hukukun verdiği bir hakimiyettir. Bu doğrultuda, modern hukuk biliminin hakların ve yükümlülüklerin doğası hakkındaki fikirleri eskiye, derin kökleri olan büyüsel inançlara dayanır. Eski Roma'ya ilişkin araştırmaları bu kavramların anlamının açıklamasını sağlamıştır. Buna göre, Eski Roma'da belirli bir seremoni ve belirli kelimelerin kullanımıyla mülkiyet devri

¹⁰⁸ Ertuğrul Uzun, "İskandinav Hukuki Realizmi," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.77.

¹⁰⁹ Uzun, "İskandinav Hukuki Realizmi," s.79.

¹¹⁰ Sherbaniuk, "Scandinavian Realism," s.58.

¹¹¹ H.L.A Hart, "Scandinavian Realism," **The Cambridge Law Journal**, 1959, s.233.

gerçekleşir. İşte buradan yola çıkılırsa, modern hukuki kurumların kökleri doğa üstü hukuki haklar ve yükümlülükler dünyasında bulunabilir.¹¹²

Karl Olivercona hukukun bağlayıcılığı üzerinde durmuştur. Hukuku bağlayıcı kılan şey, gerçeklikten bağımsız olarak, insan zihninin kendisidir. Hukukun bağlayıcılığının geçerliliği, doğal hukuk olup olmadığına veya bir sistemin normları olup olmadığına ya da insanların veya devletin niyetinin ne olup olmadığına bakılmaksızın illüzyondur.¹¹³

Bu akımla ilgili söylenebilecek son şey, İskandinav Realizmini adcılık (nominalizm) ile ilişkilendiren görüşlere de rastlanabileceğidir. Buna göre bu akımın “realizm”ini Ortaçağ’da adcılıkla (idealist) gerçekçilik (realizm) arasında yaşanan tartışmadaki anlamıyla, realizme değil de adcılığa benzetmek mümkündür.¹¹⁴ Adcılık, genel kavramları gerçek saymayıp bunların birer addan ibaret olduğunu öne sürmüştür. Genel kavramlar bir takım seslerden başka bir şey değildirler. Bunlar, insanların düşünce biçimlerine yakıştırdıkları birer ad olup, hiçbir gerçeklikleri yoktur. Bu tartışma Ortaçağı kasıp kavuran ve skolastik düşüncenin temellerini sarsan bir tartışma olmuştur; çünkü dinler tümeller(genellemeler) üzerine kurulmuşken, adcılar ise bunun aksi bir iddia ile ortaya çıkmıştı.¹¹⁵ Bu benzetme, İskandinav Realizmi’nin skolastik düşüncenin yerini alan aydınlanma, rasyonalizm ve onunla birlikte liberal hukuk kuramının temellerini sarsmasıyla bir adım daha ileriye götürüldüğünde, Ortaçağda olduğu gibi bugün de adcılığın egemen kurama karşı bir eleştiri sunduğu söylenebilir.

¹¹² Sherbaniuk, “Scandinavian Realism,” s.60.

¹¹³ Sherbaniuk, “Scandinavian Realism,” s.67-68.

¹¹⁴ Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s.160.

¹¹⁵ Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Sözlüğü**, Remzi Kitapevi, İstanbul 2006, s.8,421.

Sonuç olarak bu iki yaklaşımı karşılaştırdığımızda, İskandinav Hukuki Realizmi ile Amerikan Hukuki Realizmi'nin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir; zira İskandinav Hukuki Realizmi, gerek toplumsal gerekse düşünsel temeller bakımından Amerikan Hukuki Realizmi'nden çok farklı bir noktada ortaya çıkmıştır.¹¹⁶ İskandinav hukuk okulu da, hukuku olgusal boyutlarıyla ele alması nedeniyle realist bir nitelik taşımaktadır; ancak ampirik perspektif, şüpheci yaklaşım ve hukuku sosyal fenomen olarak görmek dışında başka ortak noktaları yoktur. Amerikan Hukuki Realistleri hukukun pratik yönüyle- yargılama faaliyetiyle- ilgilenirken İskandinav Realistleri düşünsel ve felsefi yönleriyle ilgilenmişler, hukuki teori ve kavramların üzerinde durmuşlardır.¹¹⁷

¹¹⁶ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**,s.159.

¹¹⁷ Sherbaniuk, "Scandinavian Realism,"s.58.

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİSTLERİNİN TEMEL İDDİASI:

HUKUKİ BELİRSİZLİK

I. HUKUKİ BELİRSİZLİK TARTIŞMASININ ORTAYA ÇIKIŞI

Hukuki belirsizlik probleminin hukuk teorisi alanında yeni bir problem olmadığı söylenebilir.¹¹⁸Hukuk kuramında hukuki kesinliğin bulunmadığı iddiasında bulunanlar hukuki realistler olmuştur.¹¹⁹Hukuki realistler, 19.yüzyıl ve 20.yüzyıl başlarında hukuki belirsizlik argümanını hukuki formalizmin eleştirisi olarak sunmuşlardır.¹²⁰ Yukarıda klasik formalist anlayış ayrıntıları ile açıklanmış olmakla birlikte, realistlerin hukuki belirsizlik argümanlarını aktarabilmek amacıyla, bu bölümde formalist yönteme kısaca değinilecektir. Klasik formalist anlayış hukuki karar verme sürecini belirli hukuki durumları içine alan, önceden oluşturulmuş hukuki materyallerin kullanıldığı bilimsel ve tümdengelimsel bir yöntem olarak görmüştür. Böylece bu anlayış, hakimlere önceden var olan doğru cevabı açıklaması için izin vermiştir. Formalist yaklaşıma göre, hakimler, objektif ve kişisel tercihlerinden bağımsız olarak davaları karara bağlayan kişilerdir. Bu yaklaşıma göre, hakimler belirli ve tutarlı hukuk kuralları bütününden tümdengelim yoluyla doğru cevaba ulaşan kişilerdir. Böylece hakimin hukuk yapmayacağı; ancak kanun koyucu tarafından yapılmış olan veya Common Law'ın doğasında bulunan hukuku uyguladığı görüşü kabul görmüştür.¹²¹ Realistlerin belirsizlik argümanı ise tümdengelimsel usa vurmanın prensiplerinin uygulaması ve hukuki materyaller

¹¹⁸ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s.2.

¹¹⁹ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s.2.

¹²⁰ John Hasnas, "Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument," **Duke Law Journal**, 1995, Vol.45, No.1, s.85.

¹²¹ Hasnas, "Back to the Future...", s.87.

setinin tek başına davaların sonucunu belirlemediğini/belirleyemediğini göstermek amacını taşımaktadır.¹²²Bu nedenle de hukuki materyaller setine-kurallara ve kavramlara- şüpheyile yaklaşmışlardır. Realistlerin hukuki kurallara ve kavramlara karşı bu şüphecî yaklaşımları da hukukun tamamıyla belirsiz olduğu anlayışına kadar uzanmıştır. Holmes'un hukuka karşı şüphecî tutumunun realistlerde had safhaya yükseldiği söylenebilir.¹²³

Hukukî belirsizlik ile“ *hukuk kurallarının, yargılamanın belli bir şekilde sonuçlanmasında tek etken oldukları; aynı hukuk kuralının, aynı nitelikteki somut uyuşmazlıklarda, aynı hükmün verilmesini sağlayacağı ve hukuk kuralını uygulayan kişiler(yani kolluk kuvvetleri, yargıçlar vs.) değışse dahi, kuralın aynen uygulanmaya devam edileceği iddialarının reddi kastedilmektedir.*”¹²⁴ Bu durumlar hukuk kurallarındaki belli başlı problemlerle açıklanabileceği gibi, bir hukuk sisteminin bütünü belirsiz oluşuyla da açıklanabilir. Diğer bir ifadeyle, “*hukukun belirsizliği ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir*”;¹²⁵yani ilk olarak kuralların kendisi belirsizlik içerebilir veya kurallar belirsizlik içermese bile norma verilecek anlam doğrultusunda yine belirsizlik durumu oluşabilir. Bu nedenle hukukî belirsizliğin iki anlamı olduğu ortaya konulabilir. Buna göre ilk olarak, hukuk kuralına ilişkin hukukî belirsizlik argümanı; ikinci olarak, hukuk sisteminin bütüne ilişkin hukukî belirsizlik argümanlarının var olduğu söylenebilir. Kurala ilişkin belirsizlik tezlerinde Hart'ın argümanları önem taşımaktadır; ancak Hart'ın kurala ilişkin belirsizlik tezine,

¹²² Hasnas, “Back to the Future...,”s.88

¹²³ Gürkan, **Hukukî Realizm...**, s.32.

¹²⁴ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s.188.

¹²⁵ Michael J. Perry, “**Normative Indeterminacy and Problem of Judicial Role,**” 1996 aktaran: Özkök ,” Hukukî Belirsizlik ...,” s.1.

Amerikan hukuki realistlerinin hukuki belirsizlik iddialarını günümüzdeki yaklaşımlar çerçevesinde değerlendiren üçünde bölümde yer verilmiştir.

Hukuki belirsizlik iddiasının hukuk sisteminin bütününe yönelik olması ise, bir hukuk sisteminde hukuki kesinliğin var olmadığı iddiasında bulunmaktır. Bu iddia Amerikan hukuki realistleri tarafından ileri sürülmüştür. Ardından gelen Eleştirel Hukuk Çalışmaları ise hukukun bütününe ilişkin belirsizlik iddiasını liberal hukuk kuramına yönelttiği keskin bir eleştiriyle ortaya koymuştur.¹²⁶

II.AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ VE HUKUKİ BELİRSİZLİK

A.Genel Olarak

Bu bölümde akımın önemli temsilcilerinden Frank'ın yaptığı ayrımla bu hukuku belirsizlik argümanı iki başlıkta ele alınacak ve daha ayrıntılı bir şekilde sunulmaya çalışılacaktır. Buna göre:

a. İlk grup Llewellyn'in başta temsilcisi olduğu "kural şüpheçileri"dir. Amaçları daha fazla hukuki kesinliktir. Avukatların dava sonuçlanmadan önce müvekkilleri için davanın sonucunu tahmin etmelerinde sosyal fayda görürler. Onlara göre, kurallar sonuçların önceden tahmin edilmesinde güvenilir kaynaklar değildirler.

Kural şüpheçileri, şekli kuralların arkasındaki gerçekleri keşfedilebileceklerine inanırlar. Kural şüpheçilerine göre şekli kuralların arkasındaki gerçekler davanın sonucunu tahmin edebilmek için şekli kurallardan daha güvenilir kaynaklardır.

¹²⁶ Kress, "Legal Interminacy,"s.283.

Kural şüpheçileri çalışmalarını yüksek mahkemeler üzerine yoğunlaştırmışlardır. İlk derece mahkemelerinin kararlarının dava görülmeden önce tahmin edilip edilmeyeceği ise çalışma alanlarının dışındadır.¹²⁷

b. İkinci grup şüpheçiler “olay şüpheçileri”dir. Onlar da kural şüpheçileri gibi şekli kuralların arkasındaki gerçeği aramaya çalışırlar; fakat bunun daha da ötesine gitmek isterler. Esas olarak ilgileri ilk derece mahkemesine yoğunlaşmıştır. Onlara göre, formel hukuk kurallarının nasıl belirli veya kesin olacağıın ya da bu kuralların arkasında yatan keşfedilebilirliğin ne olduğunun önemi yoktur. Olay şüpheçilerine göre, kararları dava başlamadan veya görülmeden önce tahmin etmek imkansızdır ve bunun nedeni de olayların anlaşılmasıdır. Olay şüpheçileri hukuki kesinliğe ulaşma çabasıydansa, adalete ulaşmayı temel amaç olarak görmüşlerdir.¹²⁸

B. Kural Şüpheçileri

Kural şüpheçileri, kuralların hukuk sistemi içerisinde ve yargılama süreci içerisinde sahip olduğu rolden şüphe duymaktadırlar.¹²⁹ Kural şüpheçilerinin en önemli temsilcilerinden bir tanesi Llewellyn’dir. Kural şüpheçileri Llewellyn’in görüşleri doğrultusunda ele alınacaktır. Bu nedenle ilk olarak Llewellyn’in hukuk tanımını belirtilmelidir. Llewellyn, hukuku toplumda gelişmiş olan kültürel ve tarihi bir fenomen olarak ele alır.¹³⁰ Llewellyn’e göre, toplumsal düzen hukuktan önce oluşmuştur ve hukuku yaratan toplumdur.¹³¹ Bu düzen çerçevesinde, hukuk, uyumsuzluğun başka türlü bir şekilde çözülemediği durumlarda devreye girer; yani

¹²⁷ Jerome Frank, **Law and The Modern Mind**, Stevens and Sons, London 1949, s. 8-9.

¹²⁸ Frank, **Law and The Modern...**, s.9.

¹²⁹ Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi”, s.68.

¹³⁰ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.111.

¹³¹ Karl Llewellyn, **My Philosophy of Law**, Boston 1941, s.183’ten aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 112.

hukukun fonksiyonu açık olarak bu durumlarda görülmektedir.¹³² Llewellyn'in bu argümanı hukukun devletten önce var olduğu sonucuna varır. Llewellyn'in hukuk sosyolojisi açısından en ilginç yanı da hukukun devletten önce var olduğunu belirtmesidir.¹³³ “Ona göre, en ilkel toplumlar dahi ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi zorunluluğunu hissetmiştir ve hukuk böylece meydana gelmiştir.”¹³⁴ Onun görüşüne göre devletin ortaya çıkmasının ardından, belirli memurlar uyuşmazlıkları çözümlmek için görevlendirilmişlerdir.¹³⁵

Realist bir hukukçu olarak Llewellyn hukuktan ne anladığını şöyle ifade eder: “Hukuk, bir taraftan gözlem bilimi, diğer taraftan yaşama sanatı ve nihayet bir felsefe ve değer hükümleri veyahut da sosyal objektifler toplamıdır. Hukuk bu üç sahayı kapsamakla kalmayıp kuralları da içersine alır; ancak, hukuk bir sosyal bilim veya gözlem bilimi olarak ele alınınca, üzerinde durulması gereken “davranış” olmalıdır.”¹³⁶ Davranışı odağına almasıyla hukuku oluşturan faktörler olarak memurlara ve memurların yaptıklarına dikkatini yöneltmiştir. Hakimlerin faaliyetinin sorgulanmaksızın kabul edilmiş olmasını eleştirmiştir. Ona göre, hakime nasıl karar vermesi konusunda yol gösteren kurallar ile hakimin gerçek davranışı arasındaki farkı görmek gerekmektedir. Llewellyn'e göre hakimlerin kitaplarda yazılan hukuku uyguladıkları varsayılmaktadır; ancak kitaplarda yer alan kuralların arkasındaki gerçek kuralların farkına varılmalıdır.¹³⁷ Ona göre, bu ikisi arasındaki ayrımın farkına varıldığı takdirde kitap kuralları(paper rule) ve gerçek kurallar(real rule)

¹³²Karl Llewellyn, What Price Contract. An Essay in Perspective, **Yale Law J.**, 1930-1931, Vol. 40, s. 719.

¹³³ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.112.

¹³⁴Karl Llewellyn, **The Bramble Bush**, Oceana Publication, New York 1951, s.107'den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.112.

¹³⁵ Llewellyn, **The Bramble Bush**, s.107'den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.112.

¹³⁶ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.113.

¹³⁷ Karl Llewellyn, "Realistic Jurisprudence-The Next Step," **Col. L. Rev.**, 1930, Vol.30, s.443-444.

arasındaki fark ortaya çıkar. Gerçek kurallar(real rule), mahkemelerin gerçekte ne yaptığı ile ilgilidir, sadece kurallarla açıklanamaz. Kağıt kuralları(paper rule) ise kanun koyucu tarafından, kanun olarak kabul edilmiş olanlardır; belirli bir yerde belirli bir zamanda kabul edilmiş doktrindir; yani hukuk kitaplarının söylemiş olduğu şeydir. Ona göre, kuralların gerçek yaşamla uygunluğu göz önünde bulundurulmalıdır. Llewellyn, kuralların yetkililerin karar verme sürecinde kullanacağı materyaller olabileceği gibi, bazen de tamamıyla ölü, modası geçmiş metinler olmalarından dolayı yetkililer tarafından uygulanamayacaklarını belirtmektedir. Ona göre, bu unsurlar göz önünde bulundurulduktan sonra kurallar hakime yardımcı kaynaklar olabilirler¹³⁸; fakat Llewellyn'e göre bu ayrımı yapmış olmak kuralların önemini yadsımak anlamına gelmemektedir.¹³⁹ Tersine böyle bir ayrım yapmış olmak, Llewellyn'i Common Law üzerinde derin bir araştırma yapmaya yöneltmiştir. Bu araştırmanın neticesinde klasik formalizmin ilgisini yalnızca kurallara yöneltmiş olmasının kimi sakıncalarını belirtmiş; geleneksel hukuk kuramının temel materyali olan hukuk kurallarının belirli özelliklerini case law ve kanun hukuku arasındaki farkları da ortaya koyarak açıklamıştır.¹⁴⁰

Kural şüphecileri, hukuki süreçte geleneksel kuramınkine nazaran farklı yöntemler kullanarak hukuki belirsizliğin üstesinden gelinebileceğini düşünürler. Llewellyn, Common Law adlı kitabında, istatistiklerin kararların önceden kestirilebilmesinde nispi bir kesinliğin varlığını ortaya koyduklarını belirtir.¹⁴¹ Bu nedenle araştırmalarını yargılama faaliyetinin titiz bir incelemesine yöneltir; fakat ona göre buradaki belirlilik de mutlak bir belirlilik ve kesinlik değildir. Ona göre,

¹³⁸Llewellyn,"Realistic Jurisprudence...", s.448.

¹³⁹Llewellyn,"Realistic Jurisprudence...", s.448.

¹⁴⁰Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 117-119.

¹⁴¹Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.119.

hukukta mutlak ve kalıcı bir doğru cevaptan söz edilemez. “Hiç kimse hukukun seyrinde mutlak bir belirlilik arayamaz;”¹⁴² fakat hukuk Frank’ın iddia ettiği gibi tahmin edilemez değildir. Frank’ın iddia ettiğinin aksine hukuk daha tahmin edilebilir ve kesindir.¹⁴³ “Llewellyn’e göre hukuki faaliyetten beklenen kesinliğe ise, yetersiz formel mantık ve dedüksiyonlarla ulaşılamaz. Burada pragmatik davranış ve dinamizm gereklidir; yani yeni durumların ortaya çıkardığı gerginliği azaltmak için beşeri ihtiyaçlar, kültürün ve hukukun tarihi gelişimi göz önüne alınmalı ve böylece herkesi tatmin edici kararlara ulaşma yolları aranmalıdır.”¹⁴⁴ Bu noktada Llewellyn, Frank’ın kuralların, kararların sonuçlarını öngörmemize yarayan araçlar olmadığı iddiasını kısmen kabul eder.¹⁴⁵ Ona göre kural açık ve akılselim ise sonuç öngörülebilir; fakat bu tek başına yeterli değildir. Bu nedenle, Llewellyn’e göre temyiz mahkemelerinde kurallar yönünden yapılması gereken, şekilcilikten vazgeçilerek, kuralların durumu ve akla uygunluğu da göz önünde bulundurularak, kuralları çarpışan sosyal değerleri karşılayacak, sosyal ihtiyaçları cevaplandıracak şekilde değiştirmek ve uygulamaktır.¹⁴⁶

C.Olay Şüphecileri

Kural şüphecileri hukukta kesinliğe ulaşma çabasına daha yakın görünürken, olay şüphecileri hukukta belirliliği bir efsane olarak görüp bunun olanaksızlığı üzerinde dururlar. Olay şüphecileri içinde, kendisi bu ayrımı yapmış olan Frank’a göre hukuki belirlilik ve kesinlik bir efsaneden ibarettir. Frank, yazıldığı dönemde

¹⁴² Karl Llewellyn, **The Common Law Tradition: Deciding Appeals**, Little Brown and Co., Boston, 1960. s.3-4 ‘ten aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.120.

¹⁴³ Karl Llewellyn, “Law and Modern Mind A.Symposium, ”1931, **Col. L. Rev.**, Vol.31 ,s.87.

¹⁴⁴ Llewellyn, **The Common Law...**, s.186-216’den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm ...**, s.121.

¹⁴⁵ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.128.

¹⁴⁶ Llewellyn, **The Common Law...**, s.180-181,183,292’den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.128.

hukuk dünyasında büyük yankı yaratmış olan kitabı *Law and Modern Mind*'da, temel efsane dediği hukukta veya hukuk kurallarında kesinlik ve istikrar arama arzusunu tanımlamış ve eleştirmiştir.¹⁴⁷ Frank'ı hukukun tamamıyla belirsiz olduğuna götüren düşünce hukukun değişkenliği karşısında sabit kurallar ve kavramlarla bu değişkenliğe ulaşamayacağıdır. Frank, bu durumu şu şekilde açıklar: Durağan toplumlarda bile gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları öngören kurallar yaratılamamıştır. Modern toplumlar açısından bakıldığında durum daha net anlaşılabilir. Ona göre, toplum her an değişmektedir; yeni alışkanlıklar, yeni yaşam biçimleri meydana gelmektedir. Bu değişimleri önceden karşılayabilecek kesin kurallardan oluşan donmuş bir hukuk sistemi oluşturma umudu boşunadır. Frank'a göre, bir hukuk sisteminden beklenen esneklik ve akıcılıktır. Hukuki kesinliğin olmayışı, zannedildiğinin aksine, hukuk sistemi açısından bir kusur değildir, böyle bir hukuk sistemi insanlara daha faydalı olacaktır.¹⁴⁸

Frank kurallara karşı aşırı güvenin hem hukukçular hem de hukukçu olmayanlar kişiler tarafından yaratıldığını belirtmektedir. Ona göre, hukukçuların kendileri bile, mahkemelerin doğru kararlara, daha önceden oluşturulmuş kesin kurallarla vardığına inanmaktadır. Frank'a göre hem hukukçular hem de halk tarafından kabul gören yaygın inanç davaların büyük bir bölümünde hukuki problemlerin çözümünün matematikteki problemlerin çözümü kadar belirli ve tam olduğudur; fakat yukarıda belirtildiği gibi toplumsal hayat, alışkanlıklar sürekli değişmektedir. Buna göre, hukuktaki eğilim de durağanlıktan uzaklaşmak ve dinamik bir hukuk sistemi oluşturmaya çalışmaktır. Frank, insanların pratik ihtiyaçları hukuki değişkenliği gerektirdiği halde, neden belirli ve kesin bir hukuk sistemi arzu etmekte

¹⁴⁷ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.49.

¹⁴⁸ Frank, **Law and Modern...**, s.6-7.

ısrarlı oldukları sorusunu sorar. Ona göre bu sorunun cevabı psikanalizin yardımıyla açıklanabilir.¹⁴⁹

Frank'ın yargılama kuramı açısından eleştirdiği bir diğer husus da hakimi sadece hukuk uygulayıcısı olarak kabul eden anlayıştır. Ona göre, geleneksel kuram, sadece kanun koyucuya açık bir şekilde kanunları değiştirme gücü ve yetkisi tanımıştır. Bu kurama göre, hakimler yalnızca kanunu somut uyuşmazlığa uygularlar. Frank'a göre hakimlerin-geleneksel kuram açısından- yargılama faaliyeti içindeki konumu pasif bir konumdur: Hakimler sadece hukuku telaffuz eden ağızlardır.¹⁵⁰ Bu nedenle, bu kurama göre, eğer hakim yeni kural oluşturursa, kural yapma yetkisi kendisine ait olan kanun koyucunun yetkisini gasp etmiş olacaktır. Hakimlerin hukuk yaratma faaliyetinde geleneksel kuramın muhafazakar görüşlerine karşılık, Frank'ın öne sürmüş olduğu bir azınlık görüşü vardır. Bu görüşe göre hakim hukuk yaratır ve hukuku değiştirir. Frank'a göre doğru olan görüş budur.¹⁵¹ Bu nedenle, Frank da diğer realistler gibi ilgisini yargılama faaliyetine yöneltmiştir. Frank'a göre yargılama faaliyetinin de baş aktörü kurallar ve kavramların aksine olaylardır. Ona göre, geleneksel hukuk kuramının ilgisini kurallara yöneltmesi bir hatadır. Kurallar hukuk hakkında bir şeyler söyler; fakat hukukun sadece kurallardan

¹⁴⁹ Frank'a göre hukuk hakkındaki temel efsaneye; yani hukuki kesinlik mitine bağlı kalmanın nedeni çocukluk ve büyüme çağında bulunabilir. Ona göre, her çocuk doğumdan önceki sükunete hasret çekmektedir ve bu sükuneti sağlayacak bazı şeyleri ailesinde bulur. Frank'a göre çocukluk çağında taparcasına sevilen ve güvenilen baba gücün ve durağanlığın şeklini alır; fakat çocuklar yıllar geçtikçe babalarının gücünün sınırını keşfetmeye başlar ve bu noktadan itibaren hukuk babanın yerini alır. Llewellyn, "Law and Modern Mind: A Symposium," s.85. Ayrıntılı bilgi için bkz. Frank, **Law and Modern...**, s. 18-21., Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.50-53.

¹⁵⁰ Frank, **Law and Modern...**, s.32.

¹⁵¹ Frank, **Law and Modern...**, s.33. Frank'a göre, hakimlerin hukuk yaratma yetkisinin olmadığına dair mit, insanların hukuki işlemlerini yaparken kendilerini güvende hissetme ihtiyacına dayanmaktadır. İnsanlar hukuki tahmin edilebilirlik gibi güçlü bir şeye inanmak isterler: bu nedenle hakimin hukuk yaratma faaliyetini reddederler. Frank, **Law and Modern...**, s.33. Frank, hukuki kesinlik mitine duyulan ihtiyacı psikanizle açıkladığı gibi, hakimlerin hukuk yaratma faaliyetine ilişkin görüşlerini de psikaniz yardımıyla açıklamaktadır.

ibaret olduğu söylenemez.¹⁵² Frank, kuralların rolünü tamamıyla inkar etmez; ama kurallar ikinci derece önem taşır.¹⁵³ “*Kurallar kararların tahmininde hukukçuya rehber ve yardımcıdır; fakat bunun ötesinde ne her mesele için tek araç ne de inanıldığı gibi kesinlik kriteridir.*”¹⁵⁴ Frank kurallara güvenilmemesinin sebeplerini ise şu şekilde belirtir:

- Kuralların pek çoğu iyice yerleşmemiş olup belirsizdir.
- Bazı kurallar açık ve kesin olduğu halde, olayların değerlendirilmesindeki çeşitli faktörler sebebi ile bu kurallar güven sağlayamazlar.
- Hakim veya jürinin muhakeme sırasında olaylar hakkındaki sübjektif tahminleri önceden kestirilemeyeceğinden hangi hukuki kuralların kullanacağı da bilinemez.¹⁵⁵

Frank’a göre” “*hukuk*” eskiden verilmiş mahkeme kararları ile geleceğe ait karar tahminlerinden ibaret olup hukukun “kurallar” olarak tarifinden tamamen farklıdır.”¹⁵⁶ “*Hukuk, somut davalarda olan veya olacak olan şeydir.*”¹⁵⁷ Bu nedenle, ona göre, belirsiz kelimelerle uğraşmak boşunadır. Hatta böyle belirsiz kelimeleri kullanmaktan kaçınabilseydik, yanlış anlaşılmalara daha aza indirgenebilirdi. Frank, avukatların da tamamıyla mahkemelerin ne yaptığını

¹⁵² Frank, **Law and The Modern...**, s.276. Frank’ın kurallara olan güvensizliğinin yanında emsallere olan güvensizliğinin de belirtilmesinde fayda vardır. Frank’a göre, yargılama faaliyeti açısından eleştirilmesi gereken bir diğer nokta da gerekçedir. Frank’ın vermiş olduğu bir örnekle açıklanacak olursa: hakimin hükmü olayların Q, R, S olduğu yönündeysen, bu sadece o öyle düşündüğü içindir; fakat olayların ne olduğu hakkında düşüncesini doğru olarak aktarıp aktarmadığını nasıl bilenebilir? Onun kararının doğruluğunu ancak kafasından geçenleri bilerek saptayabiliriz; fakat herhangi bir insanın kafasından neyin geçtiğini saptamak çok zordur. Formal hukuk genel olarak hakimlerin gerçekte ne yaptığını gizlemektedir. Frank, “What Courts do in Fact?...”s.661.

¹⁵³ Frank, **Law and The Modern...**, s.276’den aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.56.

¹⁵⁴ Frank, **Law and The Modern...**, s.276’den aktaran Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.56.

¹⁵⁵ Jerome Frank, “What Courts do in Fact? Part I,” s.645,650, **III. L.Rev.**, 1931-1932, Vol.26.

Frank’tan özetle aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.67.

¹⁵⁶ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.56.

¹⁵⁷ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.57.

tartıştıklarını belirtir. Ona göre, avukatın amacı, belirli davalarda mahkeme kararını tahmin etmek ve müvekkilinin arzu ettiği şekilde aynı kararın verilmesini sağlamaktır. Sonuç olarak, Frank'a göre, mahkemelerin ne yapacağını tahmin mesleğinde kurallar tahmin edilenden daha az önemli rol oynamaktadır.¹⁵⁸ Frank bu argümanlarını şu şekilde açıklar: Formal hukuka göre K: Kural O: Olay H: Hüküm şeklinde ele alınırsa formül $K \times O = H$ (Kuralla Olayın çarpımı Hükümdür.)¹⁵⁹ Frank, formalist kurama göre açık ve kesin bir hukuk kuralları listesinde, her bir olaya karşılık gelen belirli ve tartışmasız bir hukuk kuralı bulunduğunu iddia etmektedir. Buna göre, bir davanın olaylarının Oa ise, kitaplara bakıldıktan sonra- kuralın Ka olduğunu bilinebilir; yani kural ve olay tespit edildiği takdirde hükme ulaşılabilecektir.

160

Frank'a göre, formalist kuram yargılama faaliyetini ve kararlara nasıl ulaşıldığını bu şekilde formüle etmiş olsa da olayların mahkeme tarafından değerlendirilme süreci davaların sonucunun öngörülmesine engel olmaktadır. Bunu şu şekilde açıklar: Görülmekte olan bir davada, mahkemenin olaya ilişkin değerlendirmesi, mahkeme kararını vermeden önce bilinemeyecektir; çünkü görülmüş bir davanın olayları, taraflar arasında gerçekte olan biten değil; mahkemenin ne olmuş olduğuna dair düşüncesidir.¹⁶¹ Mahkeme ne olmuş olduğunu tayin ederken belirli güçlüklerle karşılaşır. Bu güçlükler ise kararın önceden tahmin edilmesini engellemektedir. Frank bu hususları şu şekilde açıklar: Öncelikle, olaylar, davadan çok daha önce meydana gelebilmektedir. Buna ek olarak, olaylar gerçekleşmiş olduğu şekilde davaya gelmez; mahkeme gerçekte ne olduğunu tahmin

¹⁵⁸ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.645-647.

¹⁵⁹ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.649.

¹⁶⁰ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.649.

¹⁶¹ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.649.

etmek zorundadır. Frank'a göre, mahkeme yanlış sonuç çıkarımlarına dayanarak yanlış tahminlerde bulunabilir. Ona göre, mahkemenin dava ile ilgili en basit gerçekleri öğreneceği hiç de kesin değildir. Bu kesin olmadıkça, mahkeme davayı görmeden ne karar vereceğinden emin olunamaz.¹⁶²

Frank yargılama sürecinin bir parçası olan tanıklar açısından da mahkemenin kararını tahmin etmenin güçlüğüne göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtir. Ona göre, hakim tanıkların söylediklerinin yanılabilir tanığıdır. O gerçeği tanıklardan tahmin etmek zorundadır.¹⁶³

Böylece, Frank'a göre bütün kuralların açık ve uygun olduğu kabul edilse bile, pek çok davada kararlar tahmin edilemez; çünkü olaylar, mahkeme davanın olaylarının ne olduğunu tahmin edene kadar bilinemez. Mahkemenin yaptığı tahmin, aslında, olanla özdeş olmak bakımından hiç de kesin değildir. Formal hukukun tanımlaması doğru olsaydı; yani kararlar KxO çarpımı olsaydı, kuralların tamamı uygulanabilir olsaydı, pek çok davada O tahmin edilemeyeceği için, H'yi tahmin etmek çok zor olacaktı.¹⁶⁴

Frank'ın argümanı açısından, yargılama konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise hakimdir. Frank'a göre hakim sık sık davayı görmeden önce onu karara bağlar. Hakim hukuki kurallara veya belirli bir olaylar durumuna hiç ya da az dikkatle görüşünü oluşturur.¹⁶⁵ Frank, kararın asıl belirleyicisinin kural ve belirli bir olaydan çok yargıçların kişiliği olduğunu belirtir.¹⁶⁶ Ona göre, hakim karar

¹⁶² Frank, "What Courts do in Fact?...", s. 650.

¹⁶³ Frank, "What Courts do in Fact?...", s. 650.

¹⁶⁴ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.651.

¹⁶⁵ Frank, "What Courts do in Fact?...", s.653.

¹⁶⁶ Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi," s.71.

verdikten sonra, kendi “düşüncesini” yazar ve böylece H oluşur. H’yi oluşturduktan sonra buna uygun K ve O bulur.¹⁶⁷

Frank yargılama faaliyeti esnasında olayların değerlendirilmesinin objektif olamayacağına ısrar eder; çünkü yargılama faaliyetini yürüten hakimlerin insan olmaları sebebiyle belirli zaafı vardır.¹⁶⁸ Ona göre, “*belirli bir davada hakimin şahsiyeti, peşin hükümleri, alışkanlıkları, taraflara karşı sempati ve antipatileri kararı etkilemektedir... Şu halde hakim hukukun gelişiminde esaslı faktör olduğundan, hukuk hakimin kişiliğine göre farklılık gösterecektir.*¹⁶⁹ Frank’ göre de *bu farklılık, hakimlerin farklı sosyal, ekonomik ve siyasi çevrelerden gelmeleri kadar ve daha çok farklı psikolojilere sahip olmalarından doğar.*¹⁷⁰

¹⁶⁷ Frank, “What Courts do in Fact?...” s.653.

¹⁶⁸ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.67.

¹⁶⁹ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.75.

¹⁷⁰ Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.71.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİ'NİN HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİALARININ GÜNÜMÜZDEKİ TARTIŞMALAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Hukuki realizm akımı Amerikan hukuk düşüncesinde görülmemiş bir etki yaratmıştır. Bu akım çerçevesinde, genel hukuk kuramına ve onun yöntemlerine karşı şüpheli sorular sorulmuş, hukuk sisteminde reformlar yapabilmek için projeleri sürülmüş ve geliştirmiş, kısacası hiçbir şey Amerikan hukuk bilimini böyle etkilememiştir. Hukuki realistler hukukun otonom, kesin prensiplerden oluştuğu iddiasını çürütmüşler, hukuku hukuk bilimsel bir haritada sosyal bilimlerin parçası olarak gören bir anlayış geliştirmişler, hukuki kavramlara dayalı formalist mantığı eleştirmişler ve hukuk eğitiminde reform amaçlamışlardır.¹⁷¹ Bununla birlikte, büyük eleştirilere de maruz kalmışlardır. O dönemde hukuki realistlerin kurallara şüpheyle yaklaşmaları, kuralların rolünün ikinci derecede olduğunu iddia etmeleri ve formalist mantığı neredeyse hastalıklı bir şey olarak görmeleri şiddetle bazen kızgınlıkla eleştirilmiştir.¹⁷² Diğer yandan hukuki realistlerin hukuki kesinliğin karşısına hukukta değişkenliği ve esnekliği yerleştirmiş olmaları da eleştirilen bir diğer husus olmuştur. Şüphe ve değişkenliğe tapınan realistlerin önemli temsilcilerinden bir tanesi de ikinci bölümde görüşleri incelenmiş olan Frank'tır. Frank dahil pek çok realist hukuki sistemde olumlu reformlar teklif ederken, hukuk kuralları olmaksızın hukuki düzenin olamayacağına inanan anti realistlere ve realist olmayan düşünürlere saldırmışlardır. Frank'ın hukuki kesinlik mitini psikoloji ve psikanalizle açıklamaya

¹⁷¹ Neil Duxbury, "The Reinvention of American Legal Realism," *Legal Studies*, 1992, Vol.12, s.175.

¹⁷² Paul, "Jerome Frank's Attack ...," s.548 dipnot.

çalışması da eleştirisi konusu olmuştur.¹⁷³ Julius Paul'e göre Frank sabitliği, duranlığı ve bunu savunan düşünürleri bu kadar eleştirirken titiz bir araştırma ortaya koyamamış, dahası psikoloji ve psikanalize dayanan kendi kuramının da ampirik metotlarını geliştirememiştir.¹⁷⁴ Ona göre Frank'ın psikolojik teknikleri hukuki teoride kullanmış olması incelikle, zekice yapılmış bir çalışmadır ve belki de tektir; fakat hukuki kesinlik mitine karşı geliştirmiş olduğu argümanlar yeterli değildir.¹⁷⁵ Paul'e göre belki de psikoloji, psikiyatri ve hukuk bilimindeki yeni kanıtlar ve araştırmalar bu tekniklerin kullanımına yol gösterecektir; fakat güvenilir ve ampirik kanıtlar bulunana kadar da şüphe duyulan ama ilginç bir yaklaşım olacaktır.¹⁷⁶

Özetle hukuki realistler Amerikan hukuk biliminin genel kabullerini değiştirip, varolana ilişkin ciddi eleştiriler ortaya koymuştur. Amerikan hukuk bilimi dünyasında yaratılan bu şokun etkisi Amerikan hukuki realistlerine yöneltilmiş negatif bir etkiyle geri döndü. Bir hukuk okulunun durağanlığın karşısında olması ve hukuki kesinliğe savaş açması bir bakıma kendi sonunu kendisinin hazırlamış olması sonucunu doğurabilir.¹⁷⁷ Sonuç da bu olmuştur. Bununla birlikte, Amerikan Hukuki Realizmi'nin etkisi sona ermesine rağmen, hukuki realizmin günümüzdeki akımlar tarafından tekrar ele alınmasıyla, hukuki realistlerin belirsizlik iddiaları da hukuk teorisinde tekrar vücut bulmuştur. Bu nedenle hukuki realistlerin belirsizlik argümanlarını günümüzdeki yaklaşımlar çerçevesinde değerlendirme imkanı doğmuştur.

¹⁷³ Paul, "Jerome Frank's Attack...",s.557, 562. dipnot.

¹⁷⁴ Paul, "Jerome Frank's Attack...",s.559.

¹⁷⁵ Paul, "Jerome Frank's Attack...",s.562.

¹⁷⁶ Paul, "Jerome Frank's Attack...",s.562.

¹⁷⁷ Paul, "Jerome Frank's Attack...",s.561.

II. HUKUK TEORİSİNDE HUKUKİ REALİZM'İN YENİDEN KEŞFİ

Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik iddiaları bugün de hukuk teorisi alanında tartışılan bir konudur ve bu yolla aslında Amerikan Hukuki Realizmi'ne yönelik eleştiriler günümüzde de devam etmektedir. Hukuki belirsizlik tartışmaları hem hukuki pozitivistler hem de hukuki pozitivist olmayan düşünürler tarafından yürütülmektedir. Tartışmaların konusu hukuki belirsizliğin *boyutu* ve *doğası* üzerinedir.¹⁷⁸ Hukuki belirsizliğin hukuk kuramında etkin olan kuramlar tarafından tartışma konusu haline getirilmesi hukuki belirsizliğin birden fazla anlamının olduğunu göz önünde bulundurmayı da gerektirir.

Hukuki realistlerin belirsizlik argümanları en çok eleştirel hukuk teorisyenleri tarafından inceleme konusu yapılmıştır. 1940'ların sonlarına doğru artık hukuki realizm Amerika'da etkisini yavaş yavaş kaybederken,¹⁷⁹ 1970'lerde Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Amerika'da etki göstermeye başlamasıyla hukuki realizm ve hukuki belirsizlik tartışmaları da yeniden ilgi görmeye başlamıştır.¹⁸⁰ 1920'ler ve 1930'larda Amerikan Hukuki Realizmi tarafından geliştirilen hukuki belirsizlik argümanı, 1980'lerde Eleştirel Hukuk Çalışmaları tarafından hukuki realizme karşı ateşli bir hücumla geçişle yeniden canlandırılmış ve güncel bir tartışma haline getirilmiştir.¹⁸¹ Bu tartışmaların en önemli neticesi de klasik formalizmin; yani hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediği tezinin günümüzde artık daha az kabul görür bir görüş haline gelmiş olmasıdır.¹⁸²

Burada iki hareket arasındaki bağlantının öneminden hareketle Eleştirel Hukuk Çalışmaları üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır; fakat Eleştirel Hukuk

¹⁷⁸ John Hasnas, "Back to the Future...", s.85.

¹⁷⁹ Duxbury, "The Reinvention ...", s.173.

¹⁸⁰ Duxbury, "The Reinvention...", s.176.

¹⁸¹ Hasnas, "Back to the Future...", s.84.

¹⁸² Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s.2.

Çalışmaları'ndan önce, Amerikan hukuki realistlerine karşı eleştiriler yönelmiş olan Hart'ın argümanın üzerinde durulmasında fayda görülmüştür. Bunun nedeni belirsizlik tartışmalarında-hem eleştireller açısından hem de Amerikan hukuki realistleri açısından- Hart'ın ileri sürmüş olduğu kolay davaların büyük önem taşımasıdır.

A. Hukuki Realistlere Yanıt Olarak Kurala İlişkin Belirsizlik Tezi

Hukuki realizmin en çok eleştirildiği nokta genelde uç örneklere bakarak bunları sıradan örnekler gibi değerlendirmesi olmuştur; bu eleştiriye göre bazı kararlarda hakimler kişisel ya da ideolojik nedenlere dayanabilirler, cinsel dürtüleri, içinde doğup geliştikleri sosyal sınıflar, menfaatleri kararları etkileyebilir; ancak bunlar kural değil istisnadır.¹⁸³ Buna göre “*realizmin savları hukuk lacunae'sı(boşluğu) bulunduğu ya da var olan kuralların anlamı belirsiz, bulanık, çelişik ya da çok genel olduğu durumlarda doğru görünmektedir.*”¹⁸⁴ Böyle bir argüman, günümüzde kurala ilişkin belirsizlik tezi ile ilişkilendirilebilir. Kurala ilişkin belirsizlik hukuk metni ile yargıç arasındaki ilişkiye dayanır. Kurala ilişkin belirsizlik tartışmasında Hart'ın düşünceleri önemlidir. Hart argümanını hukukun tamamıyla belirsiz olduğu argümanına karşı ileri sürmüştür. Ona göre, hukuki realistler hukuki belirsizliğin miktarını çok abartmışlardır. Hart, hukuki realistlerin hukuki kesinliğin olmadığı yönündeki belirsizlik tezlerine karşılık, belirli sonuçlara ulaşamayan *hukuk kurallarını* içeren gölgeli alanların (penumbra of uncertainty) var olduğunu kabul eder.¹⁸⁵

¹⁸³ Junichi Aomi, “The Regulative Function of Logic in Legal Decisions,” ARSP, 1973, Vol. 59, s. 193-196'dan aktaran: Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s. 112.

¹⁸⁴ Junichi Aomi, “The Regulative Function of Logic in Legal Decisions,” ARSP, 1973, Vol. 59, s. 193-196'dan aktaran: Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm...,” s. 112.

¹⁸⁵ Hasnas, “Back to the Future...,” s. 94.

Hart'ın argümanının ortaya koyulabilmesi için öncelikle kolay dava zor dava ayrımının belirtilmesi gerekmektedir. Hart'a göre bir davaya uygulanacak hukuk kuralı belirsiz terimler içermiyorsa, o dava kolay dava şeklinde tanımlanabilir.¹⁸⁶ Diğer bir anlatımla hukukun en iyi ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin her hangi bir şüphenin bulunmadığı dava kolay davadır.¹⁸⁷ "*Hart, standart(veya kolay davalar) söz konusu olduğunda hukuki formalistlere katılmakta ve bu tür davalarda hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediğini ileri sürmektedir. Hart'a göre, hukuk kurallarıyla doğrudan ilgili olan bu tür davalarda, yargıçlar takdir yetkisini de kullanamayacaklardır.*"¹⁸⁸ Hart'ın yapmış olduğu kolay dava zor dava ayrımında, kolay davanın önemi hukukun tamamen belirsiz olduğu iddialarına karşılık bir argüman olarak ileri sürülmesidir.¹⁸⁹

Zor dava ise o davaya uygulanacak hukuk kuralının belirsiz olduğu; hukuki materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği dava şeklinde tanımlanabilir.¹⁹⁰ Hart'a göre hukuk kurallarının belirsiz oluşunun üç nedeni vardır: Birinci neden kullanılan dilin belirsiz olmasıdır. İkinci neden hukuk kurallarında yer verilen *makullük, hakkaniyet* gibi *genel standartlardır*. Üçüncü neden Common Law sisteminin kendisinden kaynaklanmaktadır.¹⁹¹

Hart'a göre belirsizliğin gölgeli alanı (penumbra of uncertainty) yasamanın dilinin müphemliğinden ve açık uçluluğundan(open texture) kaynaklanır.¹⁹² Yasama

¹⁸⁶ Özkök,"Hukuki Belirsizlik...",s. 4.

¹⁸⁷ Freeman, M.D.A, **Lyod's Introduction...**, Sweet- Maxwell, London 1994,s.1271'den aktaran Özkök,"Hukuki Belirsizlik...",s.5.

¹⁸⁸Fletcher, George P, **Basic Concept...**, s.56'dan aktaran: Özkök, ,"Hukuki Belirsizlik...", s.3.

¹⁸⁹ Özkök,"Hukuki Belirsizlik...",s.5.

¹⁹⁰ Özkök,"Hukuki Belirsizlik...",s.4 .

¹⁹¹ Freeman,**Lyod's Introduction...**, s.1269-1270.

¹⁹²Kress,"Legal Interminacy," s.287'den aktaran Aktaş, **Eleştirel Hukuk ...**, s.109. Burada Hart ile Fuller arasındaki tartışmaya da değinmekte fayda vardır. Buna göre: Hart'ın kelimelerin çekirdek anlamından yola çıkarak çekirdek anlamın dışında kalan gölgeli alanlarda hukuki belirsizliğin durumun oluştuğunu söylemesine karşılık Fuller'a göre önemli olan tek tek kelimelerin ne anlama

dilinin belirsizliği, insan olan kanun koyucuların geleceğin ortaya çıkarabileceği durumlara dair olasılıkların kombinasyonunun tümünün bilgisine sahip olmayışından kaynaklanmaktadır.¹⁹³

Hart'a göre bu tür gölgeli alanlarda formalist tümdengelimci akıl yürütme artık geçerli olamayacaktır,¹⁹⁴ hakimler meşru olarak hukuk yaratabileceklerdir.¹⁹⁵ *Hart'ın teorisi bakımından zor davalarda takdir yetkisini kullanarak bir sonuca ulaşmaya çalışan yargıç, mevcut hukuku uygulamaktan daha ziyade yeni bir hukuk yaratacaktır.*¹⁹⁶

Hart belirsizliğin gölgeli alanını kabul etmesine rağmen; kesin sonuçlara ulaşmaya yarayan belirlilik çekirdeğinin (core of certainty) daha yaygın olduğunu belirtir. Büyük bir kitleyi oluşturan kolay davaların var olması nedeniyle kurallar ve Common Law'ın kesin sonuçlara ulaşacak kadar belirli olduğunu ileri sürer. Hart'a göre, hukuki realistlerin aksine, belirsizlik ikinci derecededir ve kurallar genellikle belirli sonuçlar sağlayan araçlardır.¹⁹⁷ *Başka bir anlatımla, Hart'ın analizi bakımından belirsizlik, hukukun büyük alanını teşkil eden belirlilik merkezinin dışında kalan çevresel ya da periferik bir durumdur.*¹⁹⁸

geldiği değil, kuralların hangi amaçla konduğudur. Bkz. Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart." **Harvard Law Review**, Vol. 71, 1958, s. 80-82.

¹⁹³ Hart H.L.A, **The Concept of Law**, (with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Pres- Oxford,1994,s.128'den aktaran: Aktaş,**Eleştirel Hukuk ...**, s.109.

¹⁹⁴ Özkök,"Hukuki Belirsizlik...", s.2.

¹⁹⁵ Kress,"Legal Interminacy," s.287.

¹⁹⁶ Hart H.L.A, **The Concept of Law** (with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Pres- Oxford,1994.,s.272'den aktaran: Aktaş,**Eleştirel Hukuk ...**, s.109.

¹⁹⁷ Hasnas, "Back to the Future...",s.94.

¹⁹⁸ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.110.

B.Eleştirel Hukuk Çalışmaları Açısından Amerikan Hukuki Realistleri

a. Genel Olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Öncelikle Eleştirel Hukuk Çalışmaları bir grup teorisyene verilen isimdir.¹⁹⁹

Bu teorisyenler ya sol siyasetle ilişkili olarak hukuki teorisi hakkında yazan ya da hukuku, hukuk eğitimini ve hukuk yazılarını kullanarak sol dünya görüşüne ilişkin düşünceler üretmeye çalışan yazarlardır.²⁰⁰

Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, resmen, Hukuk ve Toplum Derneği'nin²⁰¹ faaliyetlerinden memnun olmayan bir grup hukukçu tarafından 1977 yılında Madison'daki Wisconsin Üniversitesi'nde gerçekleşen konferansla kurulmuştur.²⁰² Bir grup hukukçu, akademisyen, öğrenci ve hukuk pratiğinde yer alan kişilerin katıldığı bu konferansta, hukuk teorisi ile pratiği arasındaki ilişkiler ve sorunlar tartışılmıştır;²⁰³ ayrıca, genel hukuk kuramından duyulan hoşnutsuzluk ve siyasal ve sosyal açıdan eşit (egalitarian) bir toplum yaratma isteği de dile getirilmiştir.²⁰⁴ Bu konferansta dile getirilen iki husustan hareketle, eleştirel hukuk hareketini tanımlayan iki unsur ortaya konulabilir; modern hukuki düşüncüyü zayıflatmak ve onu yerine bir diğer hukuk kavramını koymak.²⁰⁵ Eleştirel hukuk hareketinin başarılı olup olmadığı tartışılmalı olmakla birlikte, bu tanımın, eleştirel

¹⁹⁹ Allan C. Hutchinson, Patrick J. Monohan , "Law Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," **Stanford Law Review**, 1984,Vol.36, s.200.

²⁰⁰ Brian Bix, **Jurisprudence: Theory and Context**, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina 2004,s. 217.

²⁰¹ Hukuk ve Toplum Derneği için bkz. Kasım Akbaş, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi,"**HfSA**, 2007,Sayı 16,s.356-358.

²⁰² Hutchinson, Monohan , "Law Politics...", s. 200.

²⁰³ Sharyn L. Roach Anleu, **Law and Social Change**, Sage Publication,London 2000 aktaran: Mehmet Yüksel, **Modernite Postmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004,s.207.

²⁰⁴ Jason E. Whitehead, "From Criticism to Cri ing the Radical Potential of Critical Legal Studies Through A Reexamination of Francft itical Theory," **Florida State University Law Review**, s.705.

²⁰⁵ Roberta Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement," **Harvard Law Review**, 1983,Vol. 96, s.563.

hukuk teorisyenlerinin önem verdiği iki noktayı göstermiş olması açısından önem taşıdığı söylenebilir.²⁰⁶

Eleştirel hukuk teorisyenlerinin pek çoğu Amerika Birleşik Devletleri'nden olmakla birlikte, diğer ülkelerde de taraftarları mevcuttur.²⁰⁷ Amerika'da yapılan konferansın benzerleri daha sonradan Fransa (Critique de Droit) ve İngiltere'de (Critical Legas Studies) yapılmıştır.²⁰⁸ ABD'de Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın, temsilcileri olarak, başta Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Mark Kelman, Gary Peller, Robert W. Gordon, Peter Gabel, Joseph W. Singer, Morton Horwitz, Karl Klere ve Roberto M. Unger gibi yazarlar sıralanabilir.²⁰⁹

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın esin kaynağı olarak üç faktör ortaya konulabilir.²¹⁰ Bunlardan birincisi, yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olan Amerikan Hukuki Realizmi'dir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Amerikan Hukuki Realizmi'nin devamı veya onun yeniden canlandırılması olduğu söylenebilir.²¹¹ Özellikle hukuki belirsizlik konusunda, eleştirel hukuk teorisyenleri Amerikan Hukuki Realizmi'den etkilenmişlerdir. Amerikan Hukuki Realizmi'nin hukuki belirsizlik iddiaları hukuk dünyasında büyük yankı bulmakla birlikte yetersizliği de sorgulanmıştır. Wisconsin'de yapılan konferans da bu yetersizliği sorgulamanın bir ürünüdür.²¹² Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın esin kaynağı olarak bir diğer etken ise Marksizm²¹³ ve Frankfurt Okulu'dur. Bu hareket ağırlıklı olarak

²⁰⁶ David Andrew Price, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies," **Cambridge Law Journal**, 1989, Vol 48, ,s. 271.

²⁰⁷ Bix, **Jurisprudence...**, s.217.

²⁰⁸ Yüksel, **Modernite Postmodernite...**, s.207.

²⁰⁹ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**,s.16.

²¹⁰ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**,s.13.

²¹¹ Anleu, **Law and Social Change**, aktaran Yüksel, **Modernite Postmodernite...**, s.205

²¹² Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s.12.

²¹³ Hukuk ve Marksizm ilişkisi için bkz. Onur Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuk," **A.Ü.S.B.F.D.**, 2003,Cilt 57, Sayı 2, s.61-91.Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuk Yazın

Marksist gelenekten gelen hukukçulardan oluşmaktadır. Marksist yaklaşıma göre hukuk belirli bir tarihsel dönemde geçerli olan ekonomik ve sınıfsal ilişkilerin üzerine kuruludur.²¹⁴ “Marksist bir gelenekten gelmekle beraber eleştirel hukuk teorisyenleri, sadece hukuk ile ekonomik ve sınıfsal yapı ilişkisi üzerinde değil; aynı zamanda sosyal değişimin önemli bir kaynağı olarak hukuk eğitimi ve hukuk bilimi üzerinde de yoğunlaşırlar. Bu eğilimleriyle; hukukun biçim ve prosedürlerinin, egemen sınıfın çıkarlarıyla ve egemen ideolojiyle yakın ilişkisi olduğunu ileri sürerek hukukun özerkliği iddialarını reddeden Marksist eleştirilerin kapsamını zenginleştirip çeşitlendirirler.”²¹⁵ Son olarak yapısalcılık ve post yapısalcılığın Eleştirel Hukuk Çalışmaları üzerindeki etkisi sıralanabilir.²¹⁶

b. Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Birleştiği ve Ayrıldığı Noktalar

Eleştirel Hukuk Çalışmaları, yukarıdaki bölümlerde açıklanmış olan Serbest Hukuk Okulu(Almanya), Serbest Hukuk Araştırma Hareketleri(Fransa ve Belçika) Sosyolojik Hukuk Bilimi (Amerika) ve Amerikan Hukuki Realizmi'nin oluşturmuş olduğu zincirin son halkasıdır. Bu hareketler ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ortak özelliği hukuku kural ve kavramlardan ibaret gören geleneksel kurama karşı çıkmış olmaları²¹⁷ ve hukukla toplum arasında ilişki kurmayı gündemlerine almış olmalarıdır. Hukuki realizm ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları arasındaki en önemli

İncelemesi,” **A.Ü.S.B.F.D.**, 2003,Cilt 58, Sayı 3, s.198-232.Kasım Akbaş, “Hukuka Marksist Yaklaşım ya da Marksist Hukuk Kuramı,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay,Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004,s.42-60.Murat Cem Demir-Yusuf Ziya Özcan, “Hukuk Felsefesinde Anarşist Bir Figür: E.B. Pasukanis,”**HFSA**,2005, Sayı 12,s.41-48,Evgeny B. Pasukanis, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, Çev.Onur Karhanoğulları, Birikim Yayınları, İstanbul 2002.Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.256-272.

²¹⁴ Yüksel, **Modernite Postmodernite...**, s.207.

²¹⁵ Yüksel, **Modernite Postmodernite...**, s.207.

²¹⁶ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**,s.13.

²¹⁷ Akbaş, “Hukuk Eleştirisi ...,”s.352.

ortak payda ise hukuki belirsizlik iddiasıdır. Bu konu bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bu hareketlerin kendi aralarında farkları olmakla birlikte Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın adı geçen akımlardan önemli ölçüde farklı bir yerde bulunduğu belirtilmelidir. Eleştirel hukuk teorisyenleri modern hukuk bilimine bir saldırı başlatmış²¹⁸ ve politik dialoğa zıt olan, ayrı bir hukuk modelinin olmadığını iddia etmişlerdir.²¹⁹ Onlara göre hukuk farklı kıyafetlere bürünmüş politikadır ve toplumdaki ideolojik mücadeleden bağımsız olarak düşünülemez.²²⁰ Bu doğrultuda eleştirel hukuk teorisyenlerinin ilgilendiği meseleler şu şekildedir: *“Eleştirel kuramcılar, hukukun belirsizliğini göstermeye çalışmışlar; belirli çıkar gruplarının, toplumsal sınıfların ya da diğer köklü ekonomik oluşumların, hukukun belirsizliğine rağmen, hukuksal kararlardan nasıl istifade ettiklerini belirleyebilmek için tarihsel ve sosyo-ekonomik analizlerle ilgilenmişler; hukuk analizlerinin ya da hukuk kültürünün, hukuk alanını, hukukçular dışında kalanlar için nasıl mistifize ettiğini ve hukuksal sonuçları, değişmez yasalar haline getirdiğini göstermeye çalışmışlardır.”*²²¹

Eleştirel hukuk teorisyenleri ve hukuki realistler arasındaki bir diğer ortak nokta da bu hareketlerin yandaşlarının da fikir birliği içinde olmamalarıdır. Eleştirel hukuk teorisyenleri de hukuki realistler gibi bir bütünlük oluşturmazlar. Yukarıda belirtildiği gibi *“hareketin yandaşlarının çoğunun Marksist gelenekten gelmesine rağmen, bu hareketin homojen bir karaktere sahip olduğu veya bu yaklaşımın yek*

²¹⁸ Hutchinson, Monohan , “Law Politics....,” s.206.

²¹⁹ Hutchinson, Monohan , “Law Politics....,”s.206.

²²⁰ Hutchinson, Monohan , “Law Politics....,”s.206.

²²¹ Gary Minda, **Postmodern Legal Movements**, New York University Press, New York 1995, s.106'dan aktaran: Akbaş, “Hukuk Eleştirisi ...,”s.359-360.

vücut bir teori oluşturduğu söylenemez."²²² Bu nedenle eleştirel hukuk teorisyenlerinin nerede durduğunu tanımlamak çok zordur. Kendini bu hareketin içinde tanımlayan teorisyenler-veya diğerleri tarafından bu hareketin içinde tanımlananlar- bu hareketin ilgilendiği meseleler üzerinde fikir birliği içinde değildirler. Sadece farklı teorisyenler farklı meselelerle ilgileniyor değildir, herhangi bir mesele eleştirel hukuk teorisyenleri için farklı açılardan ele alınabilmektedir²²³; fakat tüm eleştirel teorisyenler, hukuki muhakemenin rasyonel belirliliğini inkar etmede birleşmektedirler.²²⁴

c. Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukuki Belirsizlik

Eleştirel hukuk teorisyenleri de hukuki realistler gibi hukukun formalist karakterini eleştirmişler, formalist mantığın ve hukuki materyallerin uyumsuzlukların çözümünde yetersiz olduğunu ileri sürmüşlerdir; fakat Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın hukuki belirsizlik argümanı, Amerikan hukuki realistlerinin argümanlarına nazaran daha radikaldir.²²⁵ Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın vardığı sonuç hukukun radikal olarak belirsiz, tutarsız ve çelişkili olduğudur. Onlara göre, hüküm verirken hukuk o kadar belirsizdir ki hukuki materyaller ve metotlar davalar için çeşitli sonuçlar vermektedir.²²⁶ Eleştirel teorisyenlerin, hukuki belirsizlik argümanının başlangıç noktası da burasıdır. Buna göre, hukuki muhakeme belirli hukuki ve sosyal problemlere somut, gerçek cevapları sağlamaz. Hukuki muhakeme insanlara belirli davalarda belirli sonuçlara ulaşmaya yol gösteren bir metot veya

²²² Yüksel, **Modernite Postmodernite...**, s. 208.

²²³ Bix, **Jurisprudence...**, s.219.

²²⁴ Hutchinson, Monohan, "Law Politics...", s. 200

²²⁵ Hasnas, "Back to the Future...",s.97

²²⁶ Kress, "Legal Indeterminacy," s. 283.

süreç değildir²²⁷; ancak formalizm eleştirisinin, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ayırıcı bir özelliği olmadığına hemen belirtilmesi gerekmektedir²²⁸; zira formalizm eleştirisi, yukarıda belirtildiği gibi, Amerikan hukuki realistleri tarafından da ortaya konulmuştur; fakat hukuki realistlerin, mevcut hukuk anlayışıyla ya da geleneksel hukuk kuramıyla bir meseleleri yoktu.²²⁹ Hukuki realistler, hukuki belirsizlik tartışmasında, sadece formalist yöntemin yetersizliğini vurgulamaya çalışmıştır. Bu nedenle hükme ulaşılmasını sağlayacak yöntemin ne olması gerektiğini ve hükümlerin nasıl gerekçelendirilebileceğinin ortaya çıkarılmasını temel mesele olarak görmüşlerdir.²³⁰ Böylece realistler, eleştirel teorisyenlerden farklı olarak hukuki muhakemenin belirsizliğini kabul etmelerine karşılık, liberalizme bağlılıklarını sürdürmüşlerdir.²³¹ Diğer yandan bugün formalist mantık geleneksel kuramın kendisi tarafından dahi eleştirilmektedir.²³²

Eleştirel hukuk teorisyenleri, hukuki realistlerden farklı olarak, hukuki belirsizlik iddialarını, hukuki sisteminin anlaşılmasını güçleştiren tezler (mystification thesis) üzerine kurdular. Onlara göre liberal hukuk devleti kavramı, hukuk sisteminin anlaşılmasını güçleştirmeye ve meşrulaştırmaya hizmet etmekte ve hukuki sistemin gerçek yüzünü gizlemektedir.²³³ Diğer bir anlatımla, hakimlerin kişilik dışı ve objektif olarak davaları kararı bağladığı iddiası, bütün toplum üzerinde bir grubun ideolojik tercihlerini dayatması gerçeğini gizlemeye hizmet etmektedir.

²²⁷David Kairys, "Law and Politics," **The George Washington Law Review**, 1983-1984, Vol. 52, No. 2, s. 244.

²²⁸ Hutchinson, Monohan, "Law Politics...", s. 207.

²²⁹ Akbaş, **Eleştirel Hukuk...**, s. 95.

²³⁰ Wilfrid E. Rumble, Jr, "Rule-Scepticism and the Role Of the Judge: A Study of American Realism," **Journal of Public Law**, 1966, Vol. 15, s. 270'ten aktaran: Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 157.

²³¹ Hutchinson, Monohan, "Law Politics, and the Critical Legal Scholars...", s. 204.

²³² Hutchinson, Monohan, "Law Politics...", s. 207.

²³³ Lawrence B. Solum, "On Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma," **University of Chicago Law Review**, 1987, Vol. 54, No. 2, s. 462.

Eleştirel hukuk teorisyenleri için, hukuk devleti var olan sosyal yapılara meşruiyet kazandıran, kaçınılmazlık sağlayan, erkek ve beyaz olanın kazanılmış haklarını koruyan bir maskedir.²³⁴ Böylece, eleştirel hukuk teorisyenleri, hukuki belirsizliği adil olmayan, gayri meşru bir hiyerarşi olan hukuk sistemini açıklamak için kullanmışlardır.²³⁵

Eleştirel hukuk teorisyenleri göre, liberal teorisyenler açık uçlu(open texture) ifadeler alanlarının varlığının geniş bir alana yayıldığını görememişlerdir. Eleştirel hukuk teorisyenlerine göre, kullanılan dil o kadar kolayca biçimlendirilebilir ki hakimler her zaman diledikleri ideolojik muhtevayı ekleyebilirler. Eleştirel hukuk teorisyenleri hukuki belirsizliğin giderilmesinin olanaksız olduğunu göstermekle, hukuki gerekçelendirme ve sıradan politik tartışmalar arasında fark olmadığını göstermeye çalışmışlardır.²³⁶ Onlara göre bu tespitler sloganlaşmış bir şekilde şu sonuca varır:²³⁷ *hukuk politikadır* (law is politics).²³⁸ Buna göre, eleştirel hukuk teorisyenleri yargısal kararların çoğu zaman politik kararlar olduğunu ve yargıçların salt hukukla bağlı olduğunu kabul etmenin bir yanılgı olduğunu iddia etmişlerdir. Onlara göre aynı nitelikte uyuşmazlıklar için farklı kararlar vermek olanaklıdır. Birbirinden farklı ve birbiriyle çelişen kararlar hukuku belirsiz kılmakta ve bu belirsizlik bazı egemen gruplara kendi yararlarına hukuksal karar alma olanağını

²³⁴ Hasnas, “Back to the Future...,”s.97.

²³⁵ Hasnas, “Back to the Future...,”s.98.

²³⁶ Hasnas, “Back to the Future...,”s.97.

²³⁷ Mark Tushnet, **The Blackwell Guide to The Philosophy...**,s. 80.

²³⁸David Kairys, **The Politics of Law**, Pantheon, New York 1982, aktaran: Tushnet, **The Blackwell Guide to The Philosophy...**,s.80.Mark Tushnet’e göre,bu ifade pek çok anlama gelebilir. İlk olarak hukuki usa vurmanın metotlarının politikanın metotlarından ayrılamaz olduğu anlamına gelmektedir. Bu ifadeden çıkarılabilecek ikinci anlam, hukuki uyuşmazlıkların politikadaki uyuşmazlıklarla aynı şekilde çözüldüğüdür. Üçüncüsü, belki de en açığı, politkada bir kere bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman, bu uyuşmazlığın yok olması beklenemez; yani hukukta da uyuşmazlığın yok olması beklenemez.,Tushnet, **The Blackwell Guide to The Philosophy...**, s. 81.

vermektedir.²³⁹ “*Dolayısıyla eleştirel hukuk çalışmaları bakımından modern hukuk kültürü, her türlü kararın meşru gösterilebileceği bir ortam sunmaktadır.*”²⁴⁰

Eleştirel hukuk teorisyenlerinin belirsizlik argümanlarının genel görünümü bu olmakla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere eleştirel hareket içerisinde ele alınan konular bakımından bir birlik olduğunun söylenebilmesi zor görünmektedir. Bu nedenle hareket içerisinde farklı görünümlere de değinilecektir. Öncelikle, Lawrence Solum’a göre eleştirel hukuk teorisyenleri içerisinde iki farklı belirsizlik tezi görülebilir. Bunlar güçlü belirsizlik tezi ve zayıf belirsizlik tezidir.²⁴¹ Solum’un yaptığı ayrımaya göre, güçlü belirsizlik tezi tüm davaların zor dava olduğunu iddia eder. Diğer bir ifadeyle, bu gruba giren eleştireller her davada hakimin herhangi bir karara varmasının önceden oluşturulmuş hukuk kuralları bütününden çıkarılmasının mümkün olduğunu iddia ederler.²⁴² Güçlü belirsizlik tezlerinin savunulmazlığından dolayı pek çok eleştirel bu tezi terk etmiştir. Bunun yerine zayıf belirsizlik tezini ileri sürmüşlerdir. Zayıf belirsizlik tezlerinin de iki versiyonu vardır.²⁴³ Birinci versiyona göre, hukuki belirsizlik tüm davalarda değil önemli davalarda söz konusudur. Solum’a göre bu tezin geçerlilik kazanabilmesi için önemli davaları tanımlayan kriterlerin gösterilmesi gerekmektedir; fakat ona göre bu tezi destekleyen kriterler eleştirel hukuk teorisyenleri tarafından tam olarak ortaya konamamıştır. Solum bu durumu eleştirel hukuk teorisyenlerin argümanlarını örnek vererek açıklar ve eleştirel teorisyenlerden David Kairys’in argümanlarını örnek gösterir. Buna göre Kairys hukuki normların mantıksal olarak belirli sonuçların ulaşılmasına el vermediğini iddia ettikten sonra, hukukta tahmin edilebilir bazı alanların olduğunu belirtir.

²³⁹ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.80-81.

²⁴⁰ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.81.

²⁴¹ Solum, “On Indeterminacy Crisis...,”s.470.

²⁴² Solum, “On Indeterminacy Crisis...,”s.470.

²⁴³ Solum, “On Indeterminacy Crisis...,”s.488.

Solum'a göre, bu yolla Kairys belirsizlik iddialarını önemli davalarla sınırlar; fakat Solum' göre bu bir totolojidir. Zira zor davalar zordur; çünkü belirli bir sonuca ulaşamaz. Solum'a göre, Kairys önemli davaların ne olduğunu açıklayamamaktadır.²⁴⁴Solum, zayıf belirsizlik tezlerinin ikinci versiyonunu açıklamak için de Robert Gordon'ın argümanlarını örnek gösterir: Gordon'a göre eleştirellerin belirsizlikten ne anladığı yanlış anlaşılmıştır.Onlar hukuki formlar arasında tahmin edilmez nedensel ilişki olmadığını iddia etmemişlerdir. Eleştirellerin iddiası hukukta var olan düzenliliklerin kuralların zorunlu sonucu olmadığıdır; yani onlara göre, hukuk kuralları zorunlu olarak belirli davalarda belirli sonuçlar doğurmamaktadır.²⁴⁵

Andrew Altman da eleştirel teorisyenler arasında ılımlı ve radikal cephe olmak üzere, iki farklı cephe olduğunu ileri sürer. Radikal cepheye göre hukuk kuralları bireylerin içeriklerini istediği gibi doldurabileceği boş bir kase gibidir.²⁴⁶ Daha da ötesi “*Bir kararın nihai temeli politik ve sosyal bir yargıdır. Dolayısıyla, yargısal kararın temeli mevcut hukuk kuralları ve doktrinleri tarafından sınırlandırılmayan değer tercihleridir.*”²⁴⁷ Altman ılımlı cepheyi Roberto Mangabira Unger'in görüşlerinden hareketle tanımlar. “*Unger'e göre ise, yargısal karar verme süreci, değer tercihleri ışığında yorumlanan hukuk kuralları temelinde ilerler.*”²⁴⁸ Diğer bir anlatımla, karar verme sürecinde hem hukuk kuralları hem değer yargıları rol oynamaktadır; ancak Unger'e göre hukuki yorumlama faaliyeti değer

²⁴⁴ Solum, “On Indeterminacy Crisis...,” s.489.

²⁴⁵ Solum, “On Indeterminacy Crisis...,” s.489.

²⁴⁶ Andrew Altman, **Critical Legal Studies (A liberal Critique)**, Princeton University Press, 1990, s.90'dan aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.101.

²⁴⁷ Altman, **Critical Legal Studies...**, s. 91 'den aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**,s.101.

²⁴⁸ Altman, **Critical Legal Studies...**, s. 91'den aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**,s.101.

yargılarından arındırılrsa bile hukuk kurallarının yalnızca kısmi anlamı ortaya konulabilir.²⁴⁹

Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinde hukuki belirsizlik tartışmaları açısından üzerinde durulması gereken bir diğer ayırım da modern ve postmodern okul ayırımıdır. Modern okul belirsizlik tezlerini ekonomi ve toplumun liberal formunun başarısızlığını göstermek için araştırır.²⁵⁰ Onlara göre bu başarısızlığın gösterilmesi daha sosyal ve siyasal eşitliğe dayalı ve demokratik hukuk sistemi yaratmak için gereklidir; çünkü hukuki belirsizlik tezi kanunun gerçekte ne olduğunu görmemize izin verir. Bu tespiti yaptıktan sonra hukuki sistemin hiyerarşiye dayanmayan, insanlık, demokrasi, toplum ve kişi değerlerine dayanan bir sistem olarak yeniden yapılandırılmasını savunurlar.²⁵¹ Post modern gelenek ise ana akım eleştirellerden farklı olarak bir hukuki reform programı sunmaz.²⁵² Belirsizlik tezlerini tüm rasyonel düşüncenin başarısızlığını ve objektif olarak doğru hukuki ve politik sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını göstermek amacıyla araştırırlar.²⁵³ Onlara göre objektif bilgiye ulaşmak imkansızdır.²⁵⁴

Solum, Altman ve Whitehead tarafından yapılan sınıflandırmaların önemi, eleştirellerin hukuki belirsizlik argümanlarının bir bütün oluşturmadığını ortaya koymuş olmasıdır.

Radikal hukuki belirsizlik argümanları meşruiyet, keyfi olmayan hukuki sistemler ve karar verici prosedürler gibi bir dizi meselenin tartışılmasına yol

²⁴⁹ Altman, **Critical Legal Studies...**, s. 91'den aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.101.

²⁵⁰ Whitehead, "From Criticism to Critique...",s.707-708.

²⁵¹ Hasnas, "Back to the Future...",s100.

²⁵² Hasnas, "Back to the Future...",s.103.

²⁵³ Whitehead, "From Criticism to Critique...",s. 708

²⁵⁴ Hasnas, "Back to the Future...",s.103.

açmıştır.²⁵⁵ Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve hukuk kuralına ilişkin belirsizlik tezlerinin ayrıştığı en önemli nokta da meşruiyet tartışmasıdır. Bir hukuk sisteminin meşruiyeti hakkında farklı teoriler bulunabilir.²⁵⁶ Bu teoriler bu çalışmanın konusunu aşacağı için sadece problemin hangi noktada oluştuğu belirtilecektir. Buradaki problem hukuki uyumsuzlukların sonuçlarının öngörülüp öngörülemeyeceğinin bir hukuk sistemi için ne derece kabul edilebilir olduğudur. İlmli bir formalist olan Hart'a göre hukuk kurallarında görülen belirsiz alanlar olağandır, bundan kaçınılamaz ve bu bir hukuk sisteminin meşruiyetini de zedelemes.²⁵⁷

Eleştirel hukuk teorisyenleri hukukun radikal olarak belirsiz ve tutarsız olduğunu öne sürmüş oldukları için, hukuki belirsizliğin hukuk sisteminin meşruiyetini zedelediğini iddia ederler. Eleştirel hukuk teorisyenleri hukuki belirsizlik ve meşruiyet arasında ilişki kurarken, liberal hukuk devleti kavramının rızaya dayandığı iddiasını ileri sürmektedirler.²⁵⁸ Eleştirel hukuk teorisyenlerinden Tushnet bu ilişkiyi şu şekilde açıklar: Kanun koyucunun çıkarmış olduğu kuralları meşru kılan unsur vatandaşların buna rıza göstermiş olmasıdır. Yargıların yarattıkları kurallar ise bu tür meşruluğa sahip değildir.²⁵⁹

Hukuk teorisinde eleştirel hukuk teorisyenlerinin hukuki belirsizlik iddiasının yaratmış olduğu bir tartışma konusu da hukuk devletinin²⁶⁰ gereklilikleridir.

²⁵⁵ Kress, "Legal Indeterminacy,"s. 283.

²⁵⁶ Meşruiyet tartışması için bkz. Kress, "Legal Indeterminacy,"285-295. Özkök, "Hukuki Belirsizlik..." s. 8, dipnot.

²⁵⁷ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s. 95.

²⁵⁸ Özkök, "Hukuki Belirsizlik..." s. 8, dipnot.

²⁵⁹ Mark Tushnet, "Defending Indeterminacy Thesis,"**Analyzing Law: New Essays in Legal Theory**, (Ed. Brian Bix) Clarendon Press, Oxford 1998, s. 236'dan aktaran: Özkök, "Hukuki Belirsizlik..."s.9, dipnot.

²⁶⁰ Hukuk devleti kavramı için bkz. Mithat Sancar,"Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve,"**Devlet Aklı Kışkırtıcı Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000,29-46,.Sancar,"Devlet Aklı', Hukuk Devleti ve Devlet Çetesi', **Devlet Aklı...**, s.47-68.Farklı hukuk devleti tanımları için bkz. Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti," **A.Ü.H.F.D.**, 2004, C.53,S.3, s.29-38.

Hukukun radikal olarak belirsiz, tutarsız olması ve yargıçların hukuki materyalleri kullanarak istedikleri her kararı haklı gösterebilecekleri iddiası liberal hukuk devleti idealinin bir kısım gereklilikleri ile çelişmektedir. Hukuk devleti ideali, keyfi kararların verilmesini yasaklamakta ve benzer durumlarda benzer davranılmasını gerektirmektedir.²⁶¹ Eleştirellerin, hakimlerin istedikleri her kararı haklılaştırabilecekleri iddiası keyfiyeti yasaklayan hukuk devleti idealine ters düşmektedir. Diğer yandan bu iddia öngörülebilirlik ilkesi ile çelişmektedir. Hukuki öngörülebilirlik, bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmesi ve buna göre davranışlarını düzenleyebilmesi anlamına gelmektedir.²⁶² *“Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukuki öngörülebilirlikten söz edilemeyeceği açıktır. Zira hukuk kuralları belirsizse, bu durumda toplumda yaşayan insanların davranış standartları olarak hukuk kurallarını önceden bilemeyecekleri öne sürülebilir.”*²⁶³

Eleştirellerin radikal belirsizlik iddialarının, hukuk devleti ideali karşısında ciddi problem oluşturmasına karşılık, Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik argümanları, hukuk devleti idealini eleştirellerin argümanları kadar zedelemeyebilir; çünkü realistlerin argümanları eleştirellerinki kadar radikal değildir. Buna karşılık hukuki realistler de eleştireller gibi birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Hukuki realistlerin hukuki sistemin etkinliğine yani işleyen hukuka önem vermeleri, onların kuramı açısından değerler, adalet ve sosyal refah gibi kavramların etkisinin azalmasına yol açtı. Bu durum ise Amerikan demokrasisine tehdit olarak görüldü.²⁶⁴ Hukuki realistlerin yanında yargıç Holmes da şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir. II.

²⁶¹ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...,”s.7.

²⁶² Özkök, “Hukuki Belirsizlik...,”s.7.

²⁶³ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...,”s.7.

²⁶⁴ Duxbury, “The Reinvention...,”s.147-148.

Dünya savaşı sonrasında Amerikan hukuk felsefecilerini meşgul eden konulardan bir tanesi ahlakın hukuka entegre edilmesi idi.²⁶⁵ Nazi deneyimin ardından, hukukçular hukukun ahlaki içerip içeremeyeceğini tartışmışlardır. Holmes, hukuk ve ahlak arasında ayırım yapmış olduğu için-Holmes, bu ayırımın geçici bir ayırım olduğunu belirtir- bu yıllar boyunca yoğun bir şekilde eleştirildi;²⁶⁶ özellikle doğal hukukçu hukukçular tarafından Amerikan demokrasisine karşı bir tehdit olarak görüldü.²⁶⁷

Amerikan hukuki realistlerinin günümüzdeki uzantısı olarak nitelendirilebilecek eleştirel hukuk teorisyenlerinin belirsizlik tezlerine karşı liberal kuram tarafından eleştiriler yöneltmemesi kaçınılmazdı. Yukarıda belirtildiği gibi hukuki realistlerin belirsizlik argümanlarına karşı Hart kolay davaların varlığını ileri sürmüştür. Aynı şekilde eleştirellerin belirsizlik iddialarına karşı liberal teorisyenlerden gelen cevap kolay davaların varlığı olmuştur.²⁶⁸ Liberal teorisyenler açısından kolay davaların hukuk teorisi alanındaki önemi de hukukun tamamıyla

²⁶⁵ Duxbury, "The Reinvention...", s.158.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Duxbury, "The Reinvention..." s.159-164.

²⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Duxbury, "The Reinvention..." s.164-173.

²⁶⁸ Hukuki belirsizlik argümanlarına karşı üzerinde durulması gereken bir kuram daha vardır ki bu da Ronald Dworkin'in kuramıdır. Dworkin'e göre, hukuk ilkeler, politikalar ve diğer standart türlerinden oluşmaktadır. Hukuk sadece kurallardan ibaret değildir. İlkeler ve politikalar hukuku dışardan değerlendirmeye yönelik standartlar olmayıp, bizatihi hukuk düşüncesinde yer almaktadırlar. Ronald Dworkin, "Is Law a System of Rules", **The Philosophy of Law**, (ed. R.M Dworkin), Oxford University Press, Oxford 1977, s.43'ten aktaran: Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizm'in Değişen Yüzü Mü?", **A.Ü.H.F.D.**, 2003, C.52, S.3, s. 9. Dworkin'in hukuk tanımı için bkz. Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara 2007, s.46-56. Kasım Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir "Yargılama Kuramı"na," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.125-139. Bu kurama göre, mahkemeler yorum yaparken hukuk kurallarına olduğu kadar ilkelere de başvururlar. Kuralların açıkça sonucu öngörmeye izin vermediği davalarda, ilkeler hakimlere rehber olmaktadır. Hakimlerin görevi yetkili ilkeler ve kurallar setine uygun olarak karar vermektir. Dworkin'in kuramına göre bu materyallerin doğru yorumuyla, yalnızca kuralları uygulayarak belirsiz sonuçlara ulaşılmış davalarda bile, hakimler belirli çıktılara ulaşabilecektir. Hasnas, "Back to the Future..." s.94-95. Eleştirel teorisyenler ise Dworkin'in kuramını da eleştirmektedir. Onlara göre ilkeler dünyasının kendisi birbiriyle çelişen ilkelerle doludur. Eleştirellere göre, ilkelerin kendisi hukuki belirsizliğin yer aldığı ve hukuki seçim yapmanın söz konusu olduğu durumları başka bir aşamaya taşımaktan başka bir işe yaramamaktadır. Hasnas, "Back to the Future....," s.96.

belirsiz olduğu iddialarına karşı bir cevap olarak ileri sürülebilmesidir.²⁶⁹ Solum'a göre bir tane kolay örneği eleştirel hukuk teorisyenlerinin hukuki belirsizlik iddiasını çürütebilmektedir.²⁷⁰ Yine David Andrew Price göre, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik iddiası kolayca çürütülebilir. Price göre, eğer devlet beyaz erkeklerin oy kullanmasına ayrıcalık tanıyan bir kanun çıkartırsa bunun Birleşik Devletler Anayasası'nın 15. ve 19. eklerine aykırı olduğuna şüphe yoktur veya bir adam eğer birini silahıyla ve para istemek için tehdit ederse silahlı soygun yapmakla suçlanacağına şüphe yoktur.²⁷¹ Ken Kress de eleştirel hukuk teorisyenlerinin belirsizlik argümanlarını reddeder ve ılımlı belirsizlik iddiaları ile hukuki belirsizliği yumuşatmaya çalışır. İlimli belirsizlik argümanlarını ortaya koyarken de kolay davalara başvurur. Ona göre kolay davalar, belirsizlik tezleriyle mücadele etmektedir.²⁷²

Hart'ın argümanı açısından realistlerin hukuki belirsizlik iddialarının çok abartılı olmasına karşılık, eleştireller açısından, hukuki realistlerin belirsizlik argümanı tamamlanmamıştır/eksik kalmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın öncülerinin Amerikan hukuki realistlerinin mirasçıları olduğu ileri sürülmekle birlikte²⁷³, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın hukuki realizmin bir olgunlaşması olarak görülmesi de bu savı destekler niteliktedir.²⁷⁴ Eleştirellere göre, hukuk sisteminin bütününe ilişkin belirsizlik tezleri liberal kuramın kendisine yöneltilen eleştirilerle

²⁶⁹ George P. Fletcher, **Basic Concept...**, Oxford University Pres, New York 1996, s.56'dan aktaran: Özkök,"Hukuki Belirsizlik..." s.3.

²⁷⁰ Solum, "On Indeterminacy Crisis..." s.471.

²⁷¹ Price, "Taking Rights Cynically..." s.284.

²⁷² Kress,"Legal Indeterminacy,"s.283.

²⁷³ Mark Tushnet,Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," Journal of Legal Education, 1986, Vol.36,s.505-517'den aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.66.

²⁷⁴ Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.66.

birlikte düşünölmelidir.²⁷⁵ Realistlerin hukuki belirsizlik argümanları ise hukuka pragmatik yaklaşımla birlikte düşünölmelidir. Realistler kitap kuralları ve gerçek kurallar arasındaki farka dikkat çekmişler ve pratikte olmuş olanlara dikkatlerini yöneltmişlerdir. Eleştireller ise hukukun fiili etkileriyle ilgilenmemişler, demokrasi, özgürlük, hiyerarşi, liberalizm gibi kavramlarla birlikte hukuki belirsizlik argümanlarını ileri sürmüşlerdir.²⁷⁶

²⁷⁵ Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**,s.103.

²⁷⁶ Hasnas, “Back to the Future...,”s.107-108.

SONUÇ

Bu çalışmada *hukuki belirsizlik* meselesinin incelenmesi amaçlanmıştır. Hukuki belirsizlik meselesini önemli kılan nokta demokratik hukuk devletinin gereklilikleriyle yakından ilişkili olmasının yanı sıra; aslında gündelik hayatımızın da ta kendisine ait bir mesele olmasıdır. Hukuki belirsizlik tartışmalarının başlangıç noktasının irdelenmesi amacıyla da bu iddianın ilk sahipleri olan Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik tezleri ele alınmıştır.

Amerikan hukuki realistleri ve onların belirsizlik iddiaları incelenmeye başlanırken üzerinde durulan ilk nokta hukuki realizmi doğuran şartlar olmuştur. Bu çerçevede öncelikli olarak hukuki realizmin nasıl bir zaman aralığında ortaya çıktığı ve hukuki realizmin doğuşunu hazırlayan şartların neler olduğu araştırılmıştır. Bu araştırmanın sonucunda Almanya’da Serbest Hukuk Okulu, Fransa ve Belçika’da Serbest Hukuk Araştırma Hareketleri ve en nihayetinde Amerika’da Sosyolojik Hukuk Bilimi’nin hukuki realizmin esin kaynağını oluşturan hukuk hareketleri oldukları sonucuna varılmıştır. Sosyolojik Hukuk Bilimi akımının, özellikle yargıç Holmes’un Amerikan hukuki realistleri üzerindeki etkisi önemlidir.

Hukuki realizmin doğuşunu etkileyen bir diğer faktör de Amerika’nın o dönem içinde bulunduğu koşullardır. O dönemde Amerika, 20.yüzyılın değişen dünyasının şartları ve 1929’larda baş gösteren ekonomik buhranın etkileri ile karşı karşıyaydı. Bununla birlikte gene 20.yüzyılda ortaya çıkan pragmatik düşünce de Amerikan hukuki realistleri üzerinde etkili olmuştur.

Kısaca 19. yüzyıl ve 20. yüzyıl sonunda toplumda var olan hızlı değişimler ve buna paralel bir şekilde düşünsel zemindeki hareketlilik hukuki realizmin doğuşunu hazırlamıştır.

Amerikan hukuki realistleri, hukuka ve hukuki kavramlara şüpheyile yaklaşmışlardır. Hukuki kavramlara ve hukuk kurallarına aşırı güven de eleştirdikleri bir diğer husus olmuştur. Hukuki realistler, formalist mantığı eleştirmişlerdir. Bu eleştiriler karşısında hukuk ve toplum ilişkisini kurup, ilgilerini yargılama faaliyetine yöneltmişlerdir. Hukuk kurallarına şüpheyile yaklaşmaları neticesinde tümdengelimsel usavurmanın prensiplerinin uygulaması ve hukuki materyaller setinin tek başına davaların sonucunu belirlediği iddiasını eleştirmişler ve hukuki belirsizlik argümanlarını ileri sürmüşlerdir. Bu doğrultuda ikinci bölümde Amerikan hukuki realistlerinin temel iddiası olan hukuki belirsizlik problemi incelenmiştir.

Genel olarak hukuki belirsizlik tartışmasının ortaya çıkışına bakıldığında zaman hukuk teorisinde yeni bir problem olmadığını söylenebilir. Hukuki belirsizlik problemi, hukuk kurallarındaki belli başlı problemlerle açıklanabileceği gibi hukuk sisteminin bütününe belirsiz oluşuyla da açıklanabilir; yani hukuki belirsizlik tartışmaları yapılırken ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Bu ayrım da kurala ilişkin belirsizlik ve hukuk sisteminin bütününe ilişkin belirsizlik ayrımıdır.

Kurala ilişkin belirsizlik argümanı, Hart'ın düşüncelerinden hareketle açıklanmıştır. Hukuk sisteminin bütününe yönelik belirsizlik argümanları hukuki realistlerin ve eleştirellerin belirsizlik argümanlarıdır. Hart'ın ve eleştirellerin belirsizlik argümanları üçüncü bölümde hukuki realistlerin görüşlerinin değerlendirilmesi çerçevesinde ele alınmıştır.

Amerikan hukuki realistlerinin belirsizlik argümanlarına baktığımız zaman ilk dikkati çeken şey bu argümanları tek başlık altında toplanmasının güçlüğüdür; çünkü realistlerin hukuki belirsizlik argümanları bir bütünlük göstermemektedir. Jerome Frank'ın yaptığı ayrımla realistlerin hukuki belirsizlik argümanları iki başlık

altında incelenmiştir. Bunlar kural şüpheçileri ve olay şüpheçileridir. Bu iki belirsizlik argümanı da kuralların hukuki yargılama faaliyeti içindeki rolüne şüpheyile yaklaşmıştır. Ancak kural şüpheçileri geleneksel kuramın metotlarından daha farklı yöntemler kullanarak hukuki belirsizliğin üstesinden gelinebileceğini ileri sürmüşlerdir. Olay şüpheçileri ise hukukun tahmin edilemez olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Hukuki realistlerin belirsizlik argümanları hukuk teorisinde büyük bir etki yaratmış ve eleştirilere maruz kalmıştır; fakat özellikle 1940'lardan itibaren hukuki realizm akımı etkisini kaybetmiştir. Ancak 1970'lerde Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Amerika'da etki göstermeye başlamasıyla hukuki realizm ve hukuki belirsizlik tartışmaları da yeniden ilgi görmeye başlamış ve güncel bir tartışma konusu haline gelmiştir. Bu nedenle üçüncü bölümde hukuki realistlerin belirsizlik argümanı değerlendirilirken günümüzdeki yaklaşımlarla beraber değerlendirme imkanı doğmuştur. Bu değerlendirmelerden ilki Hart'ın görüşleri çerçevesinde olmuştur; çünkü Hart'ın argümanı hukuki realistlere olduğu kadar eleştirel hukuk teorisyenlerine karşı da bir cevap niteliğindedir.

Hart'a göre, hukuki realistler hukuki belirsizliğin miktarını çok abartmışlardır. Ona göre, kolay davalarda hukuk belirlidir. Kolay davalar hukukun en iyi ne şekilde anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir şüphenin bulunmadığı davalardır.

Zor davalar ise o davaya uygulanacak hukuk kuralının belirsiz olduğu; hukuki materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalardır. Hart, zor davaların varlığını kabul etmesine rağmen kolay davaların daha yaygın olduğunu ileri sürer. Ona göre, realistlerin aksine belirsizlik ikinci derecededir.

Eleştireller açısından realistlere bakıldığında ise, eleştirellere göre realistlerin belirsizlik argümanı eksiktir, tamamlanmamıştır. Eleştireller, realistler gibi hukuki kesinliğin olmadığını ileri sürüp, formalist mantığı eleştirmişlerdir; fakat eleştirellerin belirsizlik argümanı realistlerin belirsizlik argümanına nazaran daha radikaldir. Eleştirel hukuk teorisyenleri, hukuki realistlerden farklı olarak, hukuki belirsizlik iddialarını, hukuk ve politika ilişkisi üzerine kurmuşlar ve hukukun politka olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Sonuç olarak bu çalışmada hukuki realistlerin belirsizlik argümanı incelenmeye ve günümüzdeki yaklaşımlar çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. Hukuki realizm genel hukuk kuramından ayrılışı ifade etmektedir. Hukuki realistlerin hukuki kuralları ve kavramları sorgulamaya açmış olmaları hukuk teorisi için çok önemlidir; çünkü mutlak ve değişmez olana şüpheyle yaklaşabilmek sorunların çözümünde her zaman olumlu gelişmelerin öncüsüdür. Düşüncelerin ve eleştirilerin zenginliği toplumda bitmek bilmeyen sorunlara çözümler bulmak açısından önem taşımaktadır.

Bununla beraber elbette ki realistlerin eleştirilebilecek yönleri mevcuttur. İlk olarak, hukuku sadece yargılama faaliyetine indirgemeleri ve mahkemelerin yaptığı şey olarak tanımlamaları eleştirilebilecek bir noktadır. Uygulamanın önemi tartışılmaz olmakla birlikte, uygulama ve teorinin birlikteliği daha verimli sonuçlar doğuracaktır.²⁷⁷

Hukuki belirsizlik argümanlarına baktığımızda ise olay şüphecilerinin belirsizlik argümanlarının tehlikeli sonuçlara yol açabileceği düşünülmektedir; çünkü olay şüphecileri hukuki kesinliğin olmadığını iddia ettikten sonra, hukuki kesinliğin

²⁷⁷ Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s.157.

imkansız olduğunu ileri sürmüşler; adeta bunu bir veri olarak kabul etmişler, hukuki belirsizlik meselesine hiçbir katkıda bulunmamışlardır.

Eleştireller ise realistlerin argümanlarını bir adım öteye taşımışlar ve liberal hukuk devletinin *öngörülebilirlik* ve *kanun önünde eşitlik* gibi kavramlarının sorgulanmasını sağlamışlardır. Ancak eleştirellerin belirsizlik argümanları da soruna bir çözüm bulmaktan uzaktır.

Hart'ın argümanları açısından baktığımızda ise kolay davaların önemi tartışılmaz olmakla birlikte bütün mesele kolay davaların hukuk sisteminin büyük bir alanını oluşturup oluşturmadığı ile ilgilidir. Bu meselenin temeli de, aslında, ileri sürülen hukuk tanımına dayanmaktadır. Hem hukuki realistlerin, hem Hart'ın hem de eleştirellerin hukuk tanımları birbirinden büyük ölçüde farklıdır.

Bu nedenle hukuki belirsizlik meselesinde, hukuki belirsizliğin anlamı ve boyutu her görüş açısından farklılık göstermektedir. Buradaki önemli nokta bu farklı görüşlerin hukuki belirsizlik tartışmalarını alevlendirmekle birlikte aslında zaman içinde hukuki belirsizlik meselesine çözümler sunuyor olmasıdır. Bu konudaki kuramsal gelişmeler uygulama alanındaki gelişmelerin öncülü olduğu düşünülmektedir. Hukuki realistlerin ve onların günümüzdeki uzantısı eleştirellerin hukuki belirsizlik tartışması açısından önemi hukuki belirsizlik meselesini tartışılmaz bir tabu olmaktan çıkarıp hukuk teorisinde tartışılabilen bir konu haline getirmiş olmalarıdır.

KAYNAKÇA

Abasıyanık, Sait Faik, **Alemdağ'da Var Bir Yılan- Az Şekerli,**"Fındık," Bilgi Yayınevi, Ankara 1998.

Akbaş, Kasım, "Hukuka Marksist Yaklaşım ya da Marksist Hukuk Kuramı," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004,s.42-60.

Akbaş, Kasım, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir "Yargılama Kuramı"na," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık,İstanbul 2004,s.125-139.

Akbaş, Kasım, **Hukukun Büyübozumu**, Legal Yayınları, İstanbul 2006.

Akbaş, Kasım, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi,"**Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 2007,Sayı 16,s.356-358.

Aktaş, Sururi, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Kazancı Kitap, İstanbul 2006.

Aral, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitapevi, İstanbul 2001.

Bix, Brian, **Jurisprudence: Theory and Context**, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina 2004.

Can, Cahit, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, Seçkin Yayınları,Ankara 2002.

Çağıl, Orhan Münir, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1971.

Çağlar, İrem, "Feminist Hukuk Teorisine Kısa Bir Giriş," **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** ,2002, Sayı 4,s.82-104.

Demir, Murat Cem, Özcan, Yusuf Ziya, “Hukuk Felsefesinde Anarşist Bir Figür: E.B. Pasukanis,” **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** , 2005, Sayı 12, s.41-48,

Duxbury, Neil, “The Reinvention of American Legal Realism,” **Legal Studies**, 1992, Vol.12, s.137-177.

Dworkin, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara 2007.

Frank, Jerome, “What Courts do in Fact-Part One,” **Illinois Law Review**, 1931, Vol 26, s.645-666.

Frank, Jerome, **Law and Modern Mind**, Stevens and Sons, London 1949.

Freeman, M.D.A., **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, Sweet& Maxwell, London 2001.

Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart” **Harvard Law Review**, Vol. 71, 1958, s.630-672.

Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitapevi, Ankara 2003.

Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitapevi, Ankara 2006.

Gürkan, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961.

Gürkan, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Hançerlioğlu, Orhan, **Felsefe Sözlüğü**, Remzi Kitapevi, İstanbul 2006.

Hart, H.L.A., “Scandinavian Realism,” **The Cambridge Law Journal**, 1959, s.233-240.

Hasnas, John,” Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument,”**Duke Law Journal**, 1995,Vol.45, No.1, s.84-132.

Holmes,Oliver Wendell, “The Path of Law,” **Boston Law Review**,1998,Vol.78, s.699-716.

Hutchinson ,Allan C., Monohan,Patrick J. , “Law Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought,” **Stanford Law Review**, 1984,Vol.36, ,s.199-245.

Işıқтаç,Yasemin, Metin,Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitapevi, İstanbul 2003.

Işıқтаç,Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

Kairys,David, “Law and Politics,”**The George Washington Law Review**, 1983-1984. Vol 52,No.2,S.243-262.

Karahanogulları, Onur,” Marksizm ve Hukuk,” **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2003,C.57, S.2,s.61-91.

Karahanogulları, Onur, “Marksizm ve Hukuk Yazın İncelemesi, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi** , 2003,C.58, S. 3,s.198-232.

Keyman, Selahattin, “Hukuki Pozitivizm,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,1978, C.35,S.1-4,s.57-90.

Kirchmann ,J. Von, **İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği**,Çev. Coşkun Üçok, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,1949.

Kress, Ken,”Legal Interminacy,” **California Law Review**, 1989,Vol.77,s.283-337.

Llewellyn, Karl,”Realistic Jurisprudence-The Next Step,” **Colombia Law Review** ,1930, Vol.30,No.4,s.431-465.

Llewellyn,Karl, What Price Contract. An Essay in Perspective, **Yale Law Journal** , 1931,Vol. 40,s.704-751.

Llewellyn, Karl ,“Some Realism About Realism,Reply to Pound” **Harvard Law Review**, 1931, Vol.44,s.122-1264.

Llewellyn, Karl,“Law and Modern Mind A.Symposium,” **Colombia Law Review**, 1931,Vol. 31, s.82-115.

Oğuz, Arzu, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Öktem, Niyazi,” Hukuksal Pozitivizm Akımı,”**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**,1977,C.43,Özel Sayı 1-4,s.271-299.

Özkök, Gülriz,” **Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine**,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C.51, S.2, s.1-18.

Pasukanis, Evgeny B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, Çev.Onur Karhanogulları, Birikim Yayınları, İstanbul 2002.

Paul, Julius, “Jerome Frank’s Attack on the “Myth” of Legal Certainty,”**Nebraska Law Review**,1957, Vol.36,s.547-563.

Pierson, Christopher, **Modern Devlet**, Çev.Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000.

Poggi, Gianfranco, **Çağdaş Devletin Gelişimi**,Çev. Şule Kut-Binnaz , Toprak,Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul 1991.

Price, David Andrew, “Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies,” **Cambridge Law Journal**, 1989,Vol 48, 271-301.

Rumble, Wilfrid E.,Jr, “Rule-Scepticism and the Role Of the Judge: A Study of American Realism,”**Journal of Public Law**, 1966,Vol.15, s.251-285.

Sancar, Mithat, "Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve," **'Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.29-46.

Sancar, Mithat "Devlet Aklı", Hukuk Devleti ve 'Devlet Çetesi'," **Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.47-68.

Tanilli, Server, **Uygarlık Tarihi**, Say Kitap Pazarlama, İstanbul 1981.

Sherbaniuk, D.J. "Scandinavian Realism," **Alberta Law Review**, 1962, Vol.58, s.58-75.

Solum, Lawrence B., "On Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma," **University of Chicago Law Review**, 1987, Vol.54, No.2, s.462-503.

Şenel, Alaeddin, **Siyasi Düşünceler Tarihi**, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1996.

Topçuoğlu, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Cilt I, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.

Topçuoğlu, Hamide, **Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı**, İstiklal Matbaacılık, İzmir 1953.

Tusnet, Mark, **The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory**, Ed. M.P.Golding, W.A Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford 2006, s.80-89.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı," **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 2002, Sayı 4, s.105-117.

Unger, Roberta Mangabeira, "The Critical Legal Studies Movement," **Harvard Law Review**, 1983, Vol. 96, 561-675.

Uyur, Gülriz, "Hukuki Pozitivizm'in Değişen Yüzü Mü?," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C.52, S.3, s.145-176.

Uyur, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, C.53, S.3, s.29-38.

Uzun, Ertuğrul, “Amerikan Hukuki Realizmi,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004,s.61-73.

Uzun, Ertuğrul, “İskandinav Hukuki Realizmi,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004,s.75-91.

Whitehead,Jason E., “From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through A Reexamination of Francfurt School Critical Theory,” **Florida State University Law Review**, 1998-1999, Vol. 26,s.701-742.

Yörükoğlu, Ömer, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri’nde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Yüksel, Mehmet, **Modernite Postmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.

Yüksel, Murat, Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 2005,S.14,s.57-64.

ÖZET

Liberal hukuk devleti idealine göre yargı kararlarının temel dayanak noktası hukuk kuralları olmakla birlikte; hukuk kuralları belli başlı problemler içermektedir. Bunlardan başlıcası da bu çalışmanın konusunu oluşturmuş olan *hukuki belirsizliktir*. Bu çalışmada hukuki belirsizlik bu iddianın ilk sahipleri olan Amerikan Hukuki Realistleri'nin ışığında ele alınmıştır. Amerikan Hukuki Realistleri hukuki kesinliğin bulunmadığı iddiasında bulunmuşlardır. Daha sonra, bu iddiaya karşı, liberal kuram tarafından, hukuki realistlerin hukuki belirsizliği çok abarttığı yönünde fikirler ileri sürülmüştür. Ayrıca 1980'ler boyunca Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın da ilgilendiği temel meselelerden bir tanesi yine hukuki belirsizlik olmuştur. Günümüzde, hukuki belirsizlik problemi hukuk teorisinde önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir.

ABSTRACT

Although the liberal concept of rule of law, argues that judicial decisions base were based on the rules of law, there exist certain problems. At the core of these problems is *the legal indeterminacy* which is the subject matter of this thesis. In this study, legal indeterminacy was argued in the light of American legal realists. American legal realists claimed that there was no legal indeterminacy at all. Then, however, against this argument, it was claimed by Herbert Hart that legal realists exaggerated the amount of legal indeterminacy. Also, throughout 1980s, the one of main issues of Critical Legal Studies was also the legal indeterminacy. Today, the problem of legal indeterminacy have become important issue in legal theory.