



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNDE HAKİMİN ROLÜ VE NİTELİKLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

OSMAN NURİ GÜVEN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANKARA, 2020

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNDE HAKİMİN ROLÜ VE
NİTELİKLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

OSMAN NURİ GÜVEN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

ANKARA,2020

ONAY SAYFASI

Osman Nuri GÜVEN tarafından hazırlanan “Amerikan Hukuki Realizminde Hakimin Rolü ve Nitelikleri” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oybirliği / oy çokluğu ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvan Adı Soyadı	Kurumu	İmza
Danışman		
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		

Tez Savunma Tarihi: 15.06.2020

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Ünvan Ad Soyad

.....

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 15.06.2020

Osman Nuri GÜVEN



TEŞEKKÜR

Öncelikle beni bu günlere getiren ve her zaman yanımda olan çok kıymetli aileme, hayatımın her anını güzelleştirdiği gibi tez yazım sürecinde de en büyük destekçim olan sevgili eşime ve saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. Muharrem KILIÇ’a teşekkürü bir borç bilirim.



ÖZET

Amerikan Hukuki Realizminde Hâkimin Rolü ve Nitelikleri

Çalışmamızda 20. yüzyılın en etkili akımlarından olan Amerikan Hukuki Realizmi akımı çerçevesinde öngörülmüş olan, hâkimin rolü ve nitelikleri konusu ele alınmıştır. İlk olarak akımın ortaya çıkmasında hangi dinamiklerin etkili olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Pragmatizm, realizmin formalizme olan eleştirileri, realizmle benzer tezlere sahip görüşler ve realizm-formalizm gerilimine benzer nitelikteki karşı akımlar incelenmiştir. Akımın ortaya çıkmasına sebep olan siyasi ve kültürel iklim de bu kapsamda açıklanmıştır. Realizm mahkeme ve hâkim merkezli bir hukuk teorisi ortaya koymaktadır. Bu nedenle hâkimin rolü hususu akımın temel önermelerinden bağımsız bir şekilde açıklanamaz. Hukuki realizmin hukuk teorisine ilişkin açıklamaları hâkimin rolüyle ilgili birçok ipucu vermektedir. Özellikle hukuki belirsizlik karşısında kural şüphecisi ve olgu şüphecisi yaklaşım, hukukun araç olarak kullanılması ve yeni hukukun yaratılmasına ilişkin açıklamalar öngörülmüş hâkim figürünü ortaya koymaktadır. Hâkimin niteliklerini belirleyebilmek için öncelikle nasıl bir eğitimden geçmesi gerektiği ortaya koyulmalıdır. Çalışmamızda realistlerin eleştirdikleri ve önerdikleri eğitim sistemi açıklandıktan sonra Amerikan Hukuki Realizminin ortaya koymuş olduğu perspektiften hâkimin hangi niteliklere sahip olması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre hukuki realizm sosyal bilimlere ilgisi olan, ahlaklı ve yenilikçi bir hâkim profili çizmektedir. Çalışmamızın son bölümünde yargı kararları ışığında realizmin öngörmüş olduğu hâkimin rolü ve nitelikleri incelenecektir. Belirlemiş olduğumuz rollerin ve niteliklerin yargı kararlarında nasıl somutlaştığı ve bu somutlaşmanın sonuçları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hâkim, Hukuki Realizm, Mahkeme

ABSTRACT

The Role and Qualifications of the Judge on American Legal Realism

On this thesis, the role and qualifications of the judge on American Legal Realism, which is one of the most influential movements of the 20th century, have been studied. First of all, we tried to determine which dynamics have an impact for occurring this movement. Pragmatism, critiques for formalism, the ideas that have similar arguments with realism and contra movements which have alike tension between formalism and realism have been examined. Political and cultural climate that causes the occurring the movement also have been explained. Realism has put the courts and the judges in the center of its legal theory. Therefore, issue of the role of the judge, can't be explained independent of basic thesis of the movement. Realism legal theory has lots of hints about the role of the judge. Especially statements about rule scepticism and fact scepticism in the scope of legal uncertainty, using law as a tool, and creating new law reveal that presumed judge figure. To determine the qualifications of the judge we need to explain that how kind of legal education should be taken. In our study the education system that realists criticize and the one they proposed have been explained. After that, the qualifications a judge should have have been explained from the perspective of the American Legal Realism. Hereunder, legal realism describe a judge who is interested to social sciences, moral and innovative. In the last part of the thesis, the role and qualifications of the judge have been examined in the light of the judicial decisions. How the roles and qualifications we have determined have concretized in judicial decisions and consequences of this concretizing have been analyzed.

Key Words: Court, Judge, Legal Realism

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR DİZİNİ	vii
1. GİRİŞ	1
2. AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ	5
2.1 Fikri Temeller	5
2.1.1 Pragmatizm	7
2.1.2 Formalizm	12
2.1.2.1 Günümüzde Formalizm-Realizm Gerilimi	14
2.1.3 Akımın Çıktığı Yıllarda ABD’de Siyasi ve Kültürel İklim	18
2.2 Sosyolojik Hukuk Teorisi	20
2.3 İskandinav Hukuki Realizmi	22
2.4 Realizm Benzeri Karşı Akımlar	27
3. AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNDE HÂKİMİN ROLÜ	31
3.1 Genel Olarak Hukuki Realizm	31
3.1.1 Hukukun Tanımı	32
3.1.2 Hukuki Geçerlilik	37
3.1.3 Tahmin Teorisi	39

3.1.4 Değer Teorisi	43
3.2 Hukuki Realizmde Hâkimin Konumu.....	46
3.3 Hukuki Realizmin Temel Önergeleri ve Hâkimin Rolü	49
3.3.1 Hukuki Belirsizlik	50
3.3.1.1 Kural Şüphecisi Hâkim	54
3.3.1.2 Olgu Şüphecisi Hâkim.....	61
3.3.2 Hukuku Araç Olarak Kullanmak	67
3.3.3 Hukuk Yaratıcısı Olarak Hâkim	69
4. AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNDE HÂKİMİN EĞİTİMİ ve NİTELİKLERİ	73
4.1 Hâkimin Eğitimi.....	73
4.1.1 Genel Olarak Hukuk Eğitimi	73
4.1.2 <i>Case Method</i> 'a Göre Eğitim.....	77
4.1.3 <i>Case Method</i> 'un Eleştirisi	78
4.1.4 Realizme Göre Eğitim.....	80
4.1.4.1 Eğitimin İçeriği	80
4.1.4.2 Eğitimin Şekli	85
4.2 Amerikan Hukuki Realizmine Göre Hâkimin Nitelikleri	89
4.2.1 Sosyal Bilimlere Aşinalık.....	90
4.2.1.1 Sosyoloji Bilgisi.....	91
4.2.1.2 Psikoloji Bilgisi.....	92
4.2.1.3 Ekonomi Bilgisi	96

4.2.1.4 İstatistik Bilgisi	98
4.2.2 Ahlaki Tutum	99
4.2.3 Yenilikçilik	100
5. MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA HÂKİMİN ROLÜ ve NİTELİKLERİ	102
5.1 Hukuki Belirsizliğe İlişkin Kararlar.....	105
5.1.1 Kural Şüpheciliğine İlişkin Kararlar	105
5.1.2 Olgı Şüpheciliğine İlişkin Kararlar	109
5.2 Hukukun Araç Olarak Kullanıldığı Kararlar	112
5.3 Hâkimin Hukuk Yaratma Rolünü Üstlendiği Kararlar	115
5.3.1 İfade Özgürlüğü	115
5.3.2 İşçi Hakları	116
5.3.3 Kadın Hakları.....	119
5.3.4 Tüketici Hakları	120
5.4 Sosyal Bilimlerden Faydalanılan Kararlar	122
5.4.1 Sosyoloji Bilgisinden Faydalanılan Kararlar.....	122
5.4.2 Psikoloji Bilgisinden Faydalanılan Kararlar.....	125
5.4.3 Ekonomi Bilgisinden Faydalanılan Kararlar	126
5.4.4 İstatistik Bilgisinden Faydalanılan Kararlar	127
5.5 Yenilikçi Kararlar	131
6. SONUÇ	134
7.KAYNAKLAR	139

8. EKLER.....	153
---------------	-----



KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.C.	: District of Columbia
E	: Esas
Ed.	: Editör
FDA	: Food and Drugs Administration
H	: Hüküm
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
No	: Numara
O	: Olay
PMF	: Population Masculine et Feminine
S	: Sayı
s.	: Sayfa

s.e.t.	: Son Erişim Tarihi
T	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TRH	: Ulusal Mortalite Tablosu
U.S.	: United States
v.	: Versus
vd.	: Ve diğerleri
Vol	: Volume

1. GİRİŞ

Hâkimlik mesleği, bütün hukuk sistemleri açısından merkezi ve önemli bir role sahiptir. Ancak Amerikan Hukuki Realizmi akımı gibi hukukun teorisinden pratiğine bütün yanlarını, mahkemeleri ve hâkimleri merkeze alarak ele almış olan bir hukuk anlayışında bu önem kendini daha net göstermektedir. Gerçekten de hâkimin sadece yasaları uygulayan bir memur olmadığını ya da olguları tespit edip bu olgular için öngörölmüş kuralları uygulayan bir hakem olmadığını -yer yer aşırıya kaçan görüşlerin mevcudiyetiyle birlikte- en iyi realist yazarlar tenkit etmişlerdir.

Adaletin gerçekleşebilmesi için mahkemelerin bazen soyut kurallardan başını kaldırıp somut olayların özelliklerini incelemesi gerekmektedir. Zira hayatın tahmin edilemezliği nazara alınacak olursa, en kifayetli kanun koyucunun dahi bazı durumları gözden kaçırabileceği bir gerçektir. Böyle durumlarda hukukun uygulanması ve adaletin gerçekleşmesi görevlerini üstlenmiş olan hâkimlerin sorumluluk alıp somut olayın özelliklerine göre bir karar vermesi gerekecektir. Realistler kanunların ve hukukun yetersizliği tehlikesinin önüne geçebilmek için hukukun daha tanımından başlayarak bir reform hareketine girişmişlerdir. Hukuku, ne salt kanun koyucunun iradesini aramakla, ne de kütüphaneler dolusu ders kitaplarıyla ne de teorik bilgilerle tanımlamışlardır; onlar bütün dikkatlerini mahkemelere çevirmişlerdir. Hukukun yaratılma, uygulanma ve sonuçlarını gözlemleyebilme safhalarının hepsinin mahkemelerde gerçekleştiği düşüncesinden hareket edilecek olursa hukuk ilminin de mahkemeler temelinde yapılması yanlış bir yaklaşım olmayacaktır.

Realizm akımı toplumun çekirdeğine hukuku, hukukun çekirdeğine de mahkemeleri yani hâkimleri yerleştirmiştir. Buna göre tasavvur edilen hâkim figürü doğrudan toplumun bütünüyle ilgilidir. Çalışmamızda bu akım çerçevesinde öngörölmüş olan hâkimin nasıl bir role sahip olduğu ve bu rolü yerine getirmek için hangi vasıflara

sahip olması gerektiği ele alınacaktır. Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hukuki realizme zemin hazırlayan gelişmeler ve benzer görüşler ele alınacaktır. Bu bölümde akımın fikri temelleri incelenecek, felsefi temellerini oluşturan pragmatizmin temel özellikleri ve pragmatizmin hukuku nasıl etkilediği ele alınacaktır. Realizmin bir karşı akım olarak çıkmış olduğu formalizmin özellikleri ve realizmin bu akımın hangi yönlerine karşı çıktığı açıklanacak, daha sonra formalizm-realizm geriliminin günümüze yansıyan tartışmaları ele alınacaktır. Realizmle aynı zamanlarda ortaya çıkmış olan ve söylemlerinde benzerlikler bulunan Sosyolojik Hukuk Teorisi açıklanacak ve bu görüşün realizmle farkları ortaya konulacaktır. Yine benzer özellikler taşımakla birlikte birçok farkları bulunan İskandinav Hukuki Realizminin temel tezleri incelenecek ve bu akımın Amerikan Hukuki Realizmi ile farkları ortaya konulacaktır. Ayrıca yakın zaman dilimlerinde ortaya çıkmış olan ve öğretilerinde benzerlik bulunan, Almanya’da kavramcı hukuk okuluna karşılık menfaatler içtihadı okulu, Fransa ve Belçika’da etkinlik gösteren yorumcu okula karşı serbest hukuk çalışmaları gibi “karşı” akımlar incelenecek ve formalizm-realizm gerilimine benzer yönleri ortaya konulacaktır. Bu karşılaştırma sonucunda benzer görüşlerin nazarındaki hâkim profili incelenecektir. Akımın çıktığı yıllarda ABD’deki siyasi ve kültürel iklim de bu bölümde açıklanarak birinci bölüme son verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Realizm akımı bağlamında hâkimin nasıl bir role sahip olduğu irdelenecektir. Realizm her yönüyle hâkim merkezli bir akım olduğu için hâkimin rolü belirlenirken aslında akımın genel çerçevesi de ortaya koyulmuş olacaktır. Bunun için öncelikle hukukun tanımından başlayarak akımın temel tezleri incelenecektir. Hukuk teorilerinde önemli bir yeri olan, bir kuralın geçerli olabilmesi için sahip olması gereken kriterler yani hukuki geçerlilik kriteri realizm açısından ele alınacaktır. Akım için odak noktası sayılabilecek tahmin teorisi ve hukuki kavramların değerlerinin ele alındığı değer teorisi de bu bölümde açıklanacaktır. Realizmde hâkimin nasıl bir konuma oturtulduğu açıklandıktan sonra akımın temel önermeleri kapsamında hâkimin rolü incelenmeye başlanacaktır. Belirsiz olan hukuk karşısında hâkimin kural şüphecisi ve olgu şüphecisi rollerini nasıl yerine getireceği incelenecektir. Realizm hukuku belli amaçlara ulaşmanın bir aracı olarak görmektedir. Hukuku bu amaçlar uğruna araç olarak kullanma

rolü de yine hâkime düşmektedir. Ayrıca sürekli değişen bir toplumun sürekli yenilenen bir hukuka da ihtiyacı vardır. Son olarak değişen toplum karşısında hâkimin yeni hukuk yaratma rolü incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise Amerikan Hukuki Realizm akımında hâkimin nitelikleri konusu ele alınacaktır. Bir meslek grubunun sahip olması gereken nitelikler belirlenirken onların almaları gereken eğitim de başat meseleyi oluşturmaktadır. Bu nedenle öncelikle akımın çıktığı yıllarda yaygın olan *case method* eğitimi ve realistlerin bu sisteme eleştirileri incelenip, öngörülen eğitimin içeriği ve şekli açıklanacaktır. Daha sonra realizme göre hâkimin nitelikleri üç başlık halinde incelenecektir. Birinci başlık hâkimin sosyal bilim alanlarına aşina olması gerektiğiyle ilgilidir. Buna göre hâkimin sosyoloji, psikoloji, ekonomi ve istatistik bilimlerine yakın olması gerektiği ortaya koyulacaktır. İkinci başlık hâkimin ahlaklı olması gerektiğini açıklayacaktır. Üçüncü başlıkta da hâkimin teknolojik gelişmeler ve kültürel dönüşümler karşısında yenilikçi bir tutum sergileyerek çağı yakalamasının zarureti belirlenecektir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ise bazı örnek mahkeme kararları ışığında tespit etmiş bulunduğumuz hâkimin rolü ve nitelikleri incelenecektir. Bu örneklendirme ve somutlaştırma girişimi çalışmanın insicamına uygun olarak yapılacaktır. Yani ilk olarak ikinci bölümde belirlenen hâkimin rolüne ilişkin kararlar incelenecektir. Öncelikle hâkimin kural ve olgu şüphecisi rollerinin somutlaştığı kararlar, daha sonra hukukun araç olarak kullanılmasına örnek kararlar ele alınacaktır. Hâkimin yeni hukuk yaratma rolü kapsamında realist çizgi içerisinde ortaya koyulan işçi hakları, kadın hakları, tüketici hakları ve ifade özgürlüğünün kapsamı gibi yeni hukuk kurumlarının oluşturulduğu kararlar incelenecektir. Sahip olması gereken nitelikler kapsamında belirlenen sosyal bilimlere yakın olması gereken hâkimin, bu bilimlerin verilerini nasıl kullanması gerektiğine ilişkin emsal kararlar her bir bilim açısından ayrıca örneklendirilecektir. Yenilikçi niteliğine uygun bir şekilde değişen toplumsal dinamiklere uygun olarak verilmiş kararlar incelenerek çalışmamıza son verilecektir.

Amerikan Hukuki Realizmi yirminci yüzyılın başlarından ortalarına kadar etkilerini yoğun bir şekilde göstermiştir. Günümüze kadar ise başka fikir birliklerinin (yaşayan

anayasa, eleştirel hukuk çalışmaları gibi) içerisinde de olsa etkilerini göstermeye devam etmektedir. Çalışmamızın ana konusu olan hukuki realizmin kavramsal altyapısı yüz yıldan uzun bir geçmişe dayansa da güncelliğini korumayı başarmıştır. Toplumsal değişim ivmesinin arttığı yıllarda bu ivmenin sürekli yakalanması gerektiğini belirten görüşleriyle; ivmenin had safhada olduğu günümüzde realizm güncel kalabilmiştir. Sosyal bilimlerin yeni palazlanmaya başladığı, sosyolojinin felsefeden ayrılarak genç bir disiplin olduğu, psikolojinin popülerleşmeye yeni başladığı, ekonomik yaklaşımların toplumsal etkisinin yeni hissedilmeye başlandığı yıllarda sosyal bilimlere dikkat çekerek; bu saydığımız disiplinlerin hepsinin derinleşip, bilimsel saygınlıklarını tam olarak sağladığı günümüzde realizm güncel kalabilmiştir. Dolayısıyla “güncel” hukuki realizm kapsamında hâkimin rolü ve sahip olması gereken nitelikleri “güncel” hâkimler için yol gösterici olabilecektir.

2. AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ

2.1 Fikri Temeller

Hukuk alanında bir akım genel olarak, ya o dönemde hâkim olan hukuki anlayışın eksikliklerinin fark edilmesi sonucu, ya da toplumun değişen şartlarına uyum sağlayan bir hukuk fikrini ortaya koymak için doğmuştur. Bu durum akımların kimisinin teorik tarafının kimisinin de pratik tarafının daha güçlü olmasına yol açmaktadır. Amerikan Hukuki Realizmi akımı ise hem kendi döneminde hâkim olan anlayışlara teorik eleştiriler getirmiş hem de değişen topluma en uygun olacağı varsayılan pratik çözümler üretmiştir.

Tarih boyunca hukuk felsefesi alanında birçok fikir akımı ortaya çıkmıştır. Bu fikirler farklı kriterler altında ayırma tabi tutulabilir. Ancak bu ayrımların en yerleşmiş olanı, olan hukuk- olması gereken hukuk ayrımıyla ifade edilebilecek olan doğal hukuk-pozitif hukuk ayrımıdır.¹ Bu ayrımın detaylı bir analizini yapmak konumuzu çok fazla aşacağı için yalnızca ilgili hususlara değinilecektir. Başta belirtmek gerekir ki çalışma konumuz olan Amerikan Hukuki Realizmi dahil bazı fikri akımlarının bu ayrım içinde kategorize edilmesi zordur. Ancak genel çerçeveye içerisindeki yerini gösterebilmek namına bu ayrımdaki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Doğal hukuk, kökeni antik çağlara dayanan, önemli olan ve üzerine düşünülmesi gerekenin mevcut uygulamadaki hukuk değil olması gereken hukuk olduğunu iddia eden, pozitif hukuku düzenleyen ve mutlak ve evrensel olan bir hukuk anlayışıdır.² Doğal

1 Detaylı bilgi için bkz. **Kılıç, Muharrem** (2011) Özsellik ile Olgusalılık Arasında Hukuk Kavramı -St. Thomas'ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz -, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları. **Güriz, Adnan** (2018) Hukuk Felsefesi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 141. **Öktem, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi** (2017) Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 7. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.

2 **Kılıç** (2011), s. 71.

hukuk, bir üst kavram olma iddiasında olduğu için hukuku ve adaleti ahlak kavramıyla bağdaştırarak tanımlamaktadır. İleride daha detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere Amerikan Hukuki Realizmi ise hukuku değerlendirirken ahlaki kriterlerden uzak kalınması gerektiğini savunmaktadır. O halde doğal hukuk anlayışıyla tamamen zıt temellere sahip olan Amerikan Hukuki Realizmi doğal hukuk anlayışı içerisinde değerlendirmek mümkün değildir.

Pozitivizmin ortaya çıkışındaki en büyük etkenler on dokuzuncu yüzyılda bilime verilen değerin artması üzerine doğal hukuka yöneltile eleştirilerdir. Bu meyanda yapılan eleştiriler sonucunda Tarihçi hukuk okulu, Marksist hukuk kuramı, Fenomenolojik hukuk gibi ekollerin yanı sıra Jeremy Bentham ve John Austin öncülüğündeki Faydacı hukuk kuramı veya analitik hukuki pozitivizm ve Hans Kelsen'in öncülüğündeki Normativist hukuki pozitivizm ve nihayet Hukuki Realizm gibi birçok ekol ve düşünce ortaya çıkmıştır.³ Pozitivizm, hukuk kuralları için zorunlu ahlaki kuralların bulunması gerektiğini reddetmiştir. Ahlak kavramının hukuk alanının dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴ Bu yönüyle Amerikan Hukuki Realizmi ile benzer iddialara sahiptir. Pozitivist akımlar genel anlamıyla hukukun normlardan oluştuğunu, önemli olanın bu normların temellerinin bilimsel ve akla uygun bir şekilde belirlenmesi olduğunu belirtmişlerdir. Realistler ise normların yani kuralların hukuku oluşturmadığını, ancak hâkimin hukuku oluştururken faydalanacağı yardımcı kaynaklar olabileceğini ortaya koymuştur. Pozitivizm, doğal hukuku eleştirerek bilimsel ve saf bir hukuk arayışına girişmiştir. Gerçekte yaşananlar ile varılan teorik sonuçların toplumda nasıl etkiler doğuracağı gibi hususlarla ilgilenmemiştir. Hukuku deneyimde, mahkeme kararlarında ve gerçek hayatta arayan Amerikan Hukuki Realizmi bu yönüyle de pozitivist akımlardan ayrılmaktadır.⁵

3 Kılıç (2011), s. 97.

4 Güriz (2018), s. 292.

5 Türkbağ, Ahmet Ulvi (2000) 'Amerikan Hukuki Realizm Akımı' İÜHFM, C: LVII, S: 1-2, s. 79-95, s. 81.

Görüldüğü üzere doğal hukuk- pozitif hukuk karşıtlığında belirli bir yeri olmayan Amerikan Hukuki Realizmini nevi şahsına münhasır bir akım olarak ele almak gerekmektedir.⁶ Amerikan Hukuki Realizmi, hukukun ne pozitivizmde olduğu gibi sadece normlardan oluştuğunu, ne de doğal hukukun iddia ettiği gibi üstün amaçlara sahip olduğunu iddia etmiştir.⁷ Psikoloji, ekonomi, istatistik ve özellikle sosyoloji⁸ gibi sosyal bilimlerin gelişmesi Amerikan Hukuki Realizminin fikri temellerinin oluşmasında önemli bir role sahiptir. Öyle ki bu akımın hukukun değil sosyolojinin alanına girdiğine dair eleştiriler bile vardır.⁹ Hâkimler karar verirken bu sosyal bilimlerden faydalanacaktır. Hâkimlerin verdikleri kararlar da hukuku oluşturacağı için sosyal bilimlerdeki her bir ilerleme Amerikan Hukuki Realizmi akımının öngördüğü hukuk sisteminin temellerini atmış olacaktır.

2.1.1 Pragmatizm

Pragmatizmin kurucuları Charles Sanders Peirce (1839-1914), John Dewey (1859-1952) ve William James'dir (1842-1910). Pragmatizm bir anlam teorisi, araştırma teorisi, gerçek ve etik teorisi olma özelliğini haizdir. Anlam kuramı olması açısından, kavramların anlamlarının ancak onun etkileri aracılığıyla saptanabileceği savunulmuştur. Bu durum pragmatizmin somuta yönelik, olgucu bir yönünün olmasını sağlamaktadır. Kavramların bu şekilde anlamlandırılması onlar karşısında vereceğimiz tepkiyi de şekillendirecektir. Pragmatizme göre bilgilerin araştırılması yapılırken “insan” faktörü sürekli bir değişken olacaktır. Bu değişkenin de her zaman göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

6 **Kararmaz, Furkan** (2017) ‘Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları’ (Doktora Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 63.

7 **Türkbağ** (2000), s. 84.

8 **Gürkan, Ülker** (1967) Hukuki Realizm Akımı, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 6.

9 **Türkbağ** (2000), s. 93.

Pragmatizm gerçeklik anlayışını da ortaya koymuştur. Gerçek mutlak bir şekilde bilinemeyecektir. Aynı zamanda sürekli bir şüphecilik de anlamsızdır. Bu nedenle gelecek üzerine vurgu yapılmıştır. Gerçek, doğru araştırma yöntemiyle gelecekte anlaşılabilir. Gerçek bugün için ise sorunlu bir durumu sorunsuz bir duruma getiren her şeydir. Etik anlayışı olarak da pragmatizm çoğulcu bir yaklaşımı kabul etmiştir. Etiksel doğruluğa, her bir bireyin ve her bir toplumun kendi değerlerinin hesaba katılmasıyla ulaşılabilir.¹⁰ Sonuç olarak pragmatizm bilgilerin ancak pratik bir fayda sağladığı ölçüde doğru olacağını, bilgi kaynağının ampirik olması gerektiğini ve bilgilerin değişkenliğini ortaya koymuştur.

Pragmatizm, kavramların netleştirilmesine yönelik çabasıyla araççı tutumunu sergilemektedir. Zira kavramlar amaçlara yönelik olduğu için pragmatizm bu amaçları ortaya çıkarmak için bir araç olarak kullanılacaktır. Pragmatizm deneyimden başka bir temel kabul etmez. Ne ussal ne de metafiziksel düşünceleri, kavramları, davranışları yöneten bir temelin varlığını kabul etmezler. Bu da anti-temelci özelliği ortaya koymaktadır. Sadece deneyimler ve bu deneyimler sonucu ulaşılmış bazı sonuçlar ve yine deneyimler sonucu elde edilmiş bazı amaçlara yönelik davranışlar mevcuttur. Pragmatizmin bir diğer önemli unsuru ise perspektivizmdir. Doğru, deneyimlerin yönlendirmesine göre değişir. Kavramlara, aslında onları ne için kullanacağımıza göre anlam yükleriz. Ayrıca pragmatizm bağlamsaldır. Her olayın kendi bağlamında bir doğruluğu olacaktır.¹¹

James pragmatizmin, İngilizce düşünen dünyanın düşünme biçimini temsil ettiğini belirtir. Pragmatizmin Anglo-Amerikan hukuk dünyasında kabul görmesinin sebeplerinden birisi *Common Law* düşüncesinin geçmişle bağını koparmadan aşama aşama gelişmesidir. Bu durum yeniliklere ve reformlara uygun bir yapıda olmasını sağlar. Bir diğer sebebi, bu hukuk sisteminde akademik teorilerden ve doktrinden ziyade hâkimlerin eliyle ve uygulama temelli gelişimidir. Ayrıca *Common Law* sisteminin kurallardan çok emsal

10 **Doğan, Nejat** (2003) 'Pragmatizmin Felsefi Temelleri' Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S: 20, s. 83-93, s. 84-90.

11 **Kararmaz** (2017), s. 13-24.

kararları esas alması da pragmatizmin bu hukuk sisteminde büyük yankı yapmasına sebep olmuştur.¹²

Dewey, pragmatizmin sosyal bilimlerin alanlarında yorumuna yönelik birçok çalışma yapmıştır. Özellikle hukuk alanında yaptığı çalışmalarla pragmatik bir hukuk anlayışına ışık tutmuştur. Bilgi felsefesindeki görüşüne göre bilginin tek kaynağının deneyim olduğunu kabul eden Dewey'e göre hukuki bilginin de tek kaynağı deneyimdir. Kaynağını deneyimden alan hukukun uygulanması ve sonuçlarının görülmesinde alınacak kıstas ise sadece toplumdur. Toplumsal kriterlere göre uygulanacak bir hukuk, toplumsal kriterlere göre sonuçları değerlendirilen bir hukuk pragmatik anlayışa uygun bir yapıdadır. Toplumsal olguların nedeninden ve sonucundan bağımsız olarak düşünmek bize o olguların gerçek anlamlarını vermeyecektir. Ele alınan olgunun neden gerçekleştiğini, o olguya yüklenen anlamın neden yüklendiği, olgunun neticesinde gerçekleştirilecek eylemlerin neden seçildiği gibi hususların kolektif olarak değerlendirilmesi faydalı bir sonuç sağlayacaktır. Yani olguları ele alırken onları süregiden şeyler olarak ele almak gerekmektedir. Hukuki olguların da süregiden şeyler olarak değerlendirilmesi hukukun uygulamasını bir sonuç olarak değil bizzat olgunun bir parçası olarak değerlendirebilmemizi sağlar. Ayrıca hukukun araçsallığını da vurgulayan Dewey'e göre doğru hukuk istenen sonuçlara götüren hukuktur.¹³ Dewey, hukukun toplumsallığına vurgu yaparak, hukukun kökeninde, amacında ve hatta uygulamasında bile toplumsal bir olgu olduğunu belirtir.¹⁴

Richard Posner pragmatizmi iki dönem halinde ele almıştır. Birincisi Peirce, Dewey gibi ilk dönem pragmatistleridir. Bu görüşten etkilenmiş olan hukukçular ise çalışmamızın konusu olan Holmes, Llewellyn, Frank, Radin gibi realist yazarlardır. İkinci

12 **Dülger, Muzaffer** (2017) 'Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme' Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 7, No: 1, s. 449-478, s. 459.

13 **Kararmaz** (2017), s. 52-57.

14 **Dülger** (2017), s. 461.

dönem ise, İkinci Dünya Savaşı sonrası değişen dünyaya daha uyumlu bir şekilde ortaya çıkmış olan neo-pragmatistlerdir. Richard Rorty'nin (1931-2007) şahsında somutlaşan bu görüş, eleştirel hukuk çalışmaları da dahil olmak üzere birçok farklı ideolojik görüşten hukukçuyu etkilemiştir.¹⁵ Pragmatizm, sosyal faydayı bulabilmek için sosyal bilimlerden faydalanılması gerektiğini savunmaktadır. İlk dönem pragmatizmi için ağırlıklı kullanılan sosyal bilim sosyoloji iken; neo-pragmatistler için bu alan ekonomi olmuştur.¹⁶ Klasik pragmatist anlayışla Rortyci anlayış arasındaki diğer farklar ise şöyledir: klasik pragmatistlerin “davranış” ya da “eylem” odaklı bilişsel kavrayışı yerine “dil” odaklı bir açıklamaya gidilmiştir. Rorty, dile bu merkezi önemi atfetmesine karşın, dilin de doğadaki bütün fenomenleri açıklamaya yeterli olamayacağını savunmuştur. Rorty, klasik pragmatistlerin bilimsel metotların kullanımına yaptığı vurguyu da eleştirmiş ve bu vurguyu yumuşatarak “kültür” kavramını ön plana çıkarmıştır.¹⁷

Pragmatizmin ABD hukuk dünyasında etkisi uzun soluklu olmuştur. Bu etkileri menfi etkiler ve müspet etkiler halinde gruplandırabiliriz. Müspet etkileri; diyaloga açık olmak, gelenekçilik, bağlama özen gösterme ve orta yolculuk olarak sıralanabilir. Diyaloga açık olması ile yeni gelişimlere ayak uydurabilmiştir. Gelenekçi etkiden kasıt da değişimin

15 **Posner, Richard A.** (1990) ‘What Has Pragmatism to Offer Law?’ Southern California Law Review, Vol: 63, s. 1653-1670, s. 1654.

16 **Dülger, Muzaffer** ‘Hukuki Pragmatizm: Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard A. Posner’ : Aktan, Coşkun Can (Ed.) (2020) Hukuk ve İktisat (Hukuk ve İktisat Yaklaşımı, Hukukun İktisadi Analizi ve Ekonomi Hukuku Üzerine İncelemeler), 1. Baskı, İzmir, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları, s. 112.

17 **Dülger** (2020), s. 120. Ayrıca bkz. **Çınar Özkan, Sezal** (2013) ‘Richard Rorty’nin Neopragmatizmde ve Richard Posner’ın Bilimsel Pragmatizmde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar’ (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 41-62.

mevcut kurumların dikkate alınarak yavaşça gerçekleşmesini sağlamasıdır. Menfî etkileri ise haddinden fazla teorileştirmeye ve formalist anlayışa karşı çıkmasıdır.¹⁸

Pragmatizm sadece felsefe düzleminde sonuçlar doğuran bir yapıda olmayıp başta hukuk olmak üzere birçok alanda etkilerini göstermiştir. Pragmatizmin bir felsefî alan olarak kalmayıp hukuk ile iç içe oluşunun sebebi her iki görüşün de kurucularının bir araya gelerek kurdukları Metafizik Kulübüdür. Kulübün üyeleri arasında William James, Charles Sanders Pierce, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Chauncey Wright (1830-1875), Francis Ellingwood Abbot(1836-1903), Joseph B. Warner (1848-?), Nicholas St. John Green(1830-1876) gibi isimler bulunmaktadır. Pierce ve James yukarıda da belirtildiği üzere pragmatizmin kurucularıdır. Holmes, Green ve Warner ise Harvard Hukuk mezunu ve aynı zamanda bu okulda bir müddet ders vermiş olan hukukçulardır.¹⁹ Kulübün üyelerinden kimin kimden etkilendiğinin tespitini yapmak zor olsa da pragmatizm ile Amerikan Hukuki Realizmi düşüncelerinin temellerinin aynı mutfakta atıldığı rahatlıkla ifade edilebilir.

Pragmatizm hukuk namına en temel tezlerinden biri olarak minimum fedakarlıkla maksimum ihtiyacın karşılanabileceği elverişli hukuk kavramını ortaya koymuştur. Pragmatizmin temel ilkeleri olan toplumsallık, çoğulcu yaklaşım, somut olayın şartlarına göre sonuca varma, araçsal tutum realist anlayışla uyum içerisinde.²⁰

18 **Tamanaha, Brian Z.** (1996) 'Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction' American Journal of Jurisprudence, Vol: 41, s. 315-356, s. 329-337.

19 **Frank, Jerome N.** (1954) 'A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism' Rutgers Law Review, Vol: 9, No: 2, s. 425-463, s. 427.

20 Bu uyuşmanın yargıç Holmes örneklemini üzerinden değerlendirilmesi için bkz. **Dülger** (2017), s. 462.

2.1.2 Formalizm

Hukukun formlardan yani belli biçimlerden oluştuğunu iddia eden formalizm, bir dönem Harvard Hukuk Fakültesinin de dekanlığını yapmış olan Chistopher C. Langdell'in (1826-1906) çalışmaları neticesinde ortaya çıkmıştır. Langdell hukukun bir bilim olduğunu, bu bilimi öğrenmenin tek yolunun da temel kaynaklara inmek olduğunu ve bu temel kaynakların da doktrinsel incelemeye tabi tutulan mahkeme kararları olduğunu savunmuştur. Hukuk bir bilim olduğu için onu öğrenmenin tek yolu da üniversitelerce okutulan kitaplardır.

Hukuk öğrencisi avukatlık bürosunda ya da mahkemelerde bulunmamalıdır. *Common Law*'ın emsal esaslı yaklaşımına uygun olarak mahkeme kararlarının bulunduğu 'casebook' kitaplarının yazılması, bu kararların sistematik bir hale getirilmesi ve böylelikle her bir davadaki hukuki ilkenin ortaya çıkarılması formalist anlayışın temel yaklaşımıdır. Formalist anlayışın amacı *Common Law*'ın yetiştirdiği büyük hâkimlerin düşüncelerini izleyerek hukukçuların "hukukçu gibi düşünebilmesini" sağlamaktır. Yirminci yüzyılın başlarında formalist anlayış hemen hemen bütün hukuk fakültelerinde hâkim duruma gelmişti.²¹ Langdell ilk casebook sayılabilecek eseri²² kaleme almıştır. Ortaya koymuş olduğu metotla hukukun belli başlı ilkelere indirgenebileceğini, hukuk biliminin yegane öğrenim adresinin üniversiteler olduğunu, hukukun asıl kaynağının kitaplar olduğunu ve kütüphanelerin hukukçuların laboratuvarı olduğunu savunmuştur.²³

Formalizmin öncülerinden biri olan İngiliz hukukçu William Blackstone (1723-1780) hukuku değerlendirirken gerçek hukukun yalnızca "açıklanmış akıl" olduğuna vurgu

21 **Arat, Tuğrul** (1968) Amerikan Hukuk Öğretiminde "Case Method", 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 18-21.

22 **Langdell, C. Christopher** (1879) A Selection of Cases on the Law of Contracts: with a Summary of the Topics Covered by the Cases, 1. Baskı, Boston, Little, Brown and Company.

23 **Ceylan Şahin, Şule** 'Hukukun Geometrisi:Christopher Columbus Langdell' : Üye, Saim / Atılğan, Eylem Ümit / Akı, Emine İ. / İspir, Zeynep / Kaya, Funda (Ed.) (2016) Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 261.

yapmıştır. Amerikan hukukçularını fazlaca etkilemiş olan Blackstone, hukuku tanrının iradesinin bir yansıması ve tamamlanmış olarak kabul ettiği için mahkemelerin gelişime açık olmamaları gerektiğini savunmuştur.²⁴ Blackstone Oxford’da derslerini sürekli ve sistemli bir şekilde vermesi ve ‘*Commentaries*’ adlı kitabıyla *Common Law* geleneğinin ilk sistemli hukuki eserini yazan kişi olması nedeniyle önemli bir konuma gelmişti. Ancak Blackstone asıl etkisini İngiltere’de değil ABD’de göstermiştir. Kitabı ABD’de her hukukçunun başvurduğu temel eser konumuna gelmiştir. Bu ölçüde kabul gören Blackstone’un hukuk eğitimiyle ilgili görüşleri de doğal olarak kabul görmeye başlamıştı. Blackstone hukuk eğitiminin uygulama kaynaklı değil sistemli bir öğretim süreci ile verilmesi gerektiğini kabul etmiştir.²⁵

Formalizm hukuki sonuçlara mantık ve tümdengelim yöntemiyle ulaşılabilceğini savunmaktadır. Sadece mantık yardımıyla soyut bir hukuk kuralının öngördüğü olguların somut olayda olup olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca uygulamanın düzeltilmesi ancak hukukçuların güçlü bir teorik altyapısının varlığıyla mümkün olacaktır. Formalizme göre, kurallara sıkı bir şekilde bağlı olunması gerekmektedir. Çünkü ancak kuralların varlığı hem hukukta öngörülebilirliği sağlayacak hem de adil sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Hâkim varacağı bütün sonuçlara hukukun kaynakları aracılığıyla varabilir. Realizmin öngördüğü gibi sosyal bilimlerden faydalanmasına gerek yoktur. Hatta hukuk dahil her bir disiplinin kendi paradigmaları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği savunulur.²⁶

24 **Kararmaz** (2017), s. 26.

25 **Arat** (1968), s. 7.

26 Formalizmin temel tezleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Stone, Martin** ‘Formalism’ : Coleman, Jules L. / Himma, Kenneth Einar / Shapiro, Scott J. (Ed.) (2012) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37603620/Stone_Legal_Formalism_copy.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLegal_Formalism_An_Overview_from_Oxford.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200302%2Fus-east-1%2Faws4_request&X-

Formalizme göre hâkimler kendilerinden önce konulmuş kuralların sadece bir sözcüsüdürler. Realizmde ise kurallar gündelik yaşantıda her zaman farklı anlamlara gelebilir ve bu anlamları ortaya çıkarmak da hâkimin işidir. Formalist anlayışta soyut normlarla somut olaylar arasındaki ilişki mantık çıkarımları sayesinde kurulabilir. Hukuki bilgilerin kaynağı işte bu mantıksal çıkarımlardır. Realistler ise buna karşı çıkmış ve mantıksal çıkarımların hâkimlerin karar verirken kullandığı yöntemlerden sadece birisi olduğunu savunmuşlardır. Formalistler hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılması gerektiğini bunların iki ayrı çalışma sahası olduğunu belirtirler. Realist anlayışta ise hukuk diğer sosyal bilimlerden ayrı bir şekilde incelenemez. Siyaseti hukukun çalışma alanından çıkarmak hukukun ideolojik tarafını görmemeye ve hukuku eksik incelenmeye yol açacaktır.²⁷

2.1.2.1 Günümüzde Formalizm-Realizm Gerilimi

Formalizm-Realizm tartışması günümüze kadar uzanan bir tartışma olagelmıştır. Formalizmin yukarıda açıkladığımız anlayışlarına, ilk olarak, çalışmamızda incelemiş olduğumuz yargıç Holmes öncülüğündeki realist anlayıştaki hukukçular karşı çıkmıştır. 1920’li yıllardan itibaren realizm anlayışı ABD’deki en muteber hukuk anlayışı haline gelmiştir. 1950’den itibaren hukukta prosedüre önem veren yeni formalistler realist anlayışa karşı çıkmışlardır. 1980’lerde ortaya çıkan Eleştirel Hukuk Okulu ise realizmin tezlerini biraz daha geliştirerek bu prosedürel yaklaşıma tekrar karşı çıkmışlardır. Eleştirel

Amz-Date=20200302T090436Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=b3337863578928ba6a808660b65f66ca441eeb88aa79c14d3d8fc7ed4a975d39>

s.e.t.

02.03.2020. **Tamanaha, Brian Z.** (2010) Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging, 1. Baskı, Princeton, Princeton University Press.

- 27 **Gürler, Sercan** (2008) ‘Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib’in Yaklaşımı’ İÜHFM, C: LXVI, S: 2, s. 91-128, s. 91.

Hukuk Çalışmaları ve Hukuki Realizm hala bazı eleştirilere maruz kalsa da formalizm-realizm gerilimi içerisinde, hukuk dünyasına hakim anlayış olduğu söylenebilir.²⁸

ABD’de formalist anlayış günümüze kadar çeşitli isimler altında kendini göstermektedir. 1960’larda ortaya çıkan Hukuk ve Gelişme çalışmaları bunlardan birisidir. İkinci dünya savaşından sonra çift kutuplu dünyanın bir tarafının başında olan ABD geliştirmekte olan ülkelere maddi yardımlarda bulunuyor ve bu ülkelerin “modernleşmesine” yardımcı oluyordu. Modernleşme sürecinin evrimsel bir şekilde her toplumda aynı şekilde gerçekleşeceğine olan inanç, yapılan maddi yardımlar yanında bu ülkelerin hukuklarının da gelişmesine yardımcı olmalarına sebep olmuştur. 1965 yılında Washington’da düzenlenen konferans neticesinde; yardım edilen ülkelere hukukçuluk mesleğinin gelişmesini, hukukçuların sanayisi gelişmiş ülkelere eğitim almasını sağlanmasını, hukukçu olmayan devlet yetkililerinin temel hukuk eğitimi almasını ve yeni kurallar yaratılırken teknik desteğin sağlanması yöntemleri belirlenmiştir. Bu çalışmalar kapsamında hukukun bilimsel ve bütün toplumlar için geçerli bir nitelik taşıyabileceği, hukuksal gelişmelerin ahlaksal gelişmeyi de sağlayacağı kabul edilmiştir. Hukukun belirli formlar halinde ihraç edilebilir bir kavram olduğu kabul edilen bu anlayış köklerini formalizmden almaktadır.²⁹

Hukuk ve Gelişme çalışmalarına Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülerinden olan David Trubek karşı çıkmıştır. ABD’nin yardım yaptığını iddia ettiği ülkelerin modernleşmesi için hukuki gelişimine yardım etmediğini, sadece bu ülkelerin politikalarını kendi politikasına uygun bir hale çevirmeye çalıştığını belirtmiştir. Hukuki liberaller olarak adlandırdığı bu grubun ABD’deki hukuk sistemini açıklarken bile yetersizken yardım ettiklerini iddia ettikleri ülkelerin hukukunu açıklamakta yetersiz kalacağını belirtmiştir. Üçüncü dünya ülkelerinin ABD’yi örnek alacak toplumsal yapılara sahip olmadığını,

28 **Gürler** (2008), s. 92.

29 **Akbaş, Kasım** (2015) Hukukun Büyübozumu, 2. Baskı, Ankara, NotaBene, s. 28-38.

ayrıca bu ülkelerin yöneticilerinin hukuki liberallerle aynı temel değerlere sahip olmaması bu çalışmaların başarıya ulaşmasına engel olacaktır.³⁰

Her ne kadar hâkim anlayış realizm olsa da günümüzde formalist anlayış da kendini farklı şekillerde göstermektedir. Neo-formalistler fikirlerini kökencilik (*originalism*), metinselcilik (*textualism*) gibi kavramlar altında beyan etmeye devam etmektedirler.³¹ Kökencilik, anayasal müesseselerin kabul edildiği zamanlarda nasıl anlaşılıyorsa, şimdi de aynı şekilde yorumlanması gerektiğini savunur. Bu anlayışa göre anayasal düzenlemelerin bugünün şartlarına göre değil, kökeninde ne amaçla ortaya koyulduğuna bakılmalıdır. Reagan ve Bush yönetiminde ortaya çıkan bu görüş, Antonin Scalia, Robert Bork, ve Clarence Thomas gibi hâkimler tarafından da kabul edilip uygulanmıştır.³² Metinselcilik ise yasa yorumu yapılırken metinden çıkarılacak anlamın esas alınmasını savunmaktadır. Yasanın koyulurken hangi niyetle koyulduğunun bir önemi yoktur. Önemli olan metinden “objektif” olarak çıkarılabilecek olan manadır.³³

Metinselciliğe ve kökencilığe karşı duran anlayış ise yaşayan anayasa (*living constitution*) anlayışıdır. Yaşayan anayasa anlayışının temelleri pragmatik bakış açısıyla Oliver Wendell Holmes Jr., Louis D. Brandeis gibi hukukçular tarafından atılmıştır. Buna göre anayasal metinler ve hukuki düzenlemeler ne kökencilerin savunduğu gibi düzenleyicilerin amaçlarına uygun olarak yorumlanmalı, ne de metinselcilerin savunduğu

30 Akbaş (2015), s. 39. Ayrıntılı bilgi için bkz. Trubek, David M. / Galanter, Marc (1947) ‘Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States’ Wisconsin Law Review, Vol: 1062, No: 4, s. 1062-1102.

31 Solum, Lawrence B. (2007) ‘Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law’, Draft (working paper) <https://www.researchgate.net/profile/Lawrence_Solum/publication/228459813_Virtue_Jurisprudence_An_Aretaic_Theory_of_Law/links/540a069b0cf2df04e7491f8c/Virtue-Jurisprudence-An-Aretaic-Theory-of-Law.pdf> s.e.t. 24.03.2020, s. 7.

32 Boyce, Bret (1998) ‘Originalism and the Fourteenth Amendment’ Wake Forest Law Review, Vol: 33, No: 4, s. 909-1034, s. 910.

33 Nelson, Caleb (2005) ‘What is Textualism?’ Virginia Law Review, Vol: 91, No: 2, s. 347-418, s. 348.

gibi metinden çıkarılacak anlama göre yorumlanmalıdır. Bu düzenlemeler günümüzdeki sosyal ihtiyaçları karşılamak üzere yorumlanmalıdır.³⁴ Yaşayan anayasa fikri, anayasayı yaşayan bir organizma olarak kabul eder ve toplum değiştikçe onun da değiştiğini kabul eder. Bu ilerlemeci yaklaşım kadınların oy kullanma hakkını elde etmesini, siyahilerin haklarını elde etmesini,³⁵ sosyal güvenlik düzenlemelerini, eşit eğitim hakkı, doğum kontrol yöntemlerinin legalize edilmesi³⁶ gibi birçok ilerlemeci düzenlemeye ön ayak olmuştur.³⁷

Hâkim Scalia anayasanın yaşayan bir organizma olduğu düşüncesini ağır bir şekilde eleştirmiştir. Scalia “*Buna inanmak için aptal olmak gerekir. Anayasa yaşayan bir organizma değil, hukuki bir metindir. O bir şeyleri söylerken, başka bazı şeyleri de söylememektedir.*” Ona göre bu fikirdeki hukukçular, hukuki esnekliği değil, tam aksine, katılığı istemektedirler. Kendi düşünceleri dünyanın her yerinde, değiştirilemez bir şekilde yerleştirmek istediklerini iddia etmektedir.³⁸

Görüldüğü üzere formalizmin bilimsellik ve objektiflik iddiası, yani hukukun her yerde ve her zamanda aynı olduğu iddiası Hukuk ve Gelişim Çalışmaları, kökencilik ve

34 **Winkler, Adam** (2001) ‘A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the “Living Constitution”’ New York University Law Review, Vol: 76, s. 1456-1526, s. 1457.

35 **Winkler** (2001), s. 1473.

36 **Ackerman, Bruce** (2007) ‘Oliver Wendell Holmes Lectures The Living Constitution’ Harvard Law Review, Vol: 120, No: 7, s. 1737-1812, s. 1750.

37 1954 yılında *Brown v. Board of Education* [1954] 347 U.S. 483 kararıyla farklı ırktan öğrencilerin farklı eğitime tabi tutulması anayasaya aykırı bulunmuştur. *Grimswold v. Connecticut* [1965] 381 U.S. 479 kararı da doğum kontrol ilaçlarına ulaşımın kısıtlanmasının anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca kadınlara kürtaj hakkı tanınan karar *Doe v. Bolton* [1973] 410 U.S. 179, homoseksüel ilişkinin suç olmadığına ilişkin karar *Lawrence v. Texas* [2003] 539 U.S. 558, aynı cinsten kişilere evlilik hakkı tanınması kararı *Obergefell v. Hodges* [2015] 576 U.S. ___, yaşayan anayasa anlayışının vücut bulduğu kararlardır.

38 <<https://www.washingtontimes.com/news/2006/feb/14/20060214-110917-5396r/>> s.e.t. 25.03.2020.

metinselcilik gibi çeşitli bakış açılarıyla sürdürülmektedir. Buna karşılık hukukun anlaşılabilmesi için sosyal bilimlerden faydalanılarak toplumu anlamanın ve hukuki düzenlemelerin buna göre yapılmasının gerekliliği de Eleştirel Hukuk Çalışmalarında ve yaşayan anayasa anlayışında kendini göstermektedir.

2.1.3 Akımın Çıktığı Yıllarda ABD’de Siyasi ve Kültürel İklim

Realizm akımı özü itibariyle değişime yönlendirici bir yapısı olduğu için büyük kırılmaların yaşandığı dönemlerde ortaya çıkması normaldir.³⁹ Arnold’un Frank’ın Law and Modern Mind eserini değerlendirirken “şok tedavisi” yakıştırmaları yapması da zaten bu sebeptir. Arnold, şok tedavisi olarak nitelendirdiği realist yaklaşımın sorunlu bir topluma ilaç olabileceğini ancak oturmuş yapıları olan bir toplumda uzun süre hayatta kalamayacağını belirtmektedir.⁴⁰ Nitekim realizmin ortaya çıktığı dönemde de ABD’de bazı kırılmalar ve değişimler yaşanmaktaydı.

19. yüzyılın sonlarına doğru ABD’de etkili olmaya başlayan “progresif hareket” ya da “progresivizm” birçok realist hukukçu üzerinde etkili olmuştur. Progresivizm, siyasi gücün zengin şirketlerin ve güçlü politikacıların eline geçmesi nedeniyle demokrasinin tehlikeye girdiğini, yaşlılar, fakirler, engelliler ve işçiler gibi korunmaya muhtaç toplum kesimlerinin ihtiyaçlarının da karşılanması gerektiğini savunan bir harekettir.⁴¹ Hukukun toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için bir araç olarak görüldüğü realist düşünce, progresif hareketten etkilenmiş ve bu harekete yardımcı olacak hukuki bakış açıları ortaya koymuştur.

39 **Türkbağ** (2000), s. 80.

40 **Arnold, Thurman** (1957) ‘Judge Jerome Frank’ University of Chicago Law Review, Vol: 24, No: 5, s. 633-642, s. 635.

41 **Yörükoğlu, Ömer** (1982) Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkim Olan Hukuk Teorisi, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 13.

Özgürlükçü olan Amerikan toplumunda bireylerin iradesine aykırı karar verebilen tek merci mahkemelerdir. Ayrıca mahkemeler yürütme organının yetkilerini kötüye kullanmasına karşı da bir güvence işlevi görüyordu.⁴² ABD’de bu akımın çıkmasını sağlayan sebeplerden bir diğeri de anayasanın Federal Yüksek Mahkemenin kanunları anayasaya uygunluk açısından inceleme yetkisi vermiş olmasıdır. Bu sayede henüz genç sayılabilecek bir devlet olan ABD hukukçuları için hukuku mahkemelerin davranışları olarak açıklamak uç bir görüş olarak görülmemiştir.⁴³

Realizmin ortaya çıktığı yıllardaki gözle görülür bir diğer toplumsal gelişim ise teknolojik ilerlemelerdir. Toplumun teknolojik gelişmeler karşısındaki hızlı değişimi, var olan hukukun kimi durumlarda bu değişime ayak uyduramamasının realizmin ortaya çıkışında ve yayılmasında önemli bir etkisi olmuştur.⁴⁴

Hukuki realizmin ABD’de ortaya çıkıp sürdürülebilmesinin birçok nedeni vardır. Örneğin ülkenin federal yapısı ve her federe devletin yerelliğini koruyabilmesini sağlayan jüri mahkemelerin varlığı bu nedenlerden birisidir. Avrupa ülkelerinde genellikle tek bir ekonomik, siyasi ve kültürel merkez belirlenir. Ancak ABD’de her bir bölgede, dinamikleri birbirinden çok farklı ekonomik, kültürel ve siyasi merkezler bulunmaktadır. Bu nedenle ABD’nin çok merkezli bir ulusal toplum yapısı mevcuttur. Bu toplum yapısına uyumlu tezlerle ortaya çıkan realizm de etkisini bu topraklarda sürdürebilmiştir.⁴⁵

42 **Yörükoğlu** (1982), s. 168.

43 **Uzun, Ertuğrul** ‘Amerikan Hukuki Realizmi’ : Uzun, Ertuğrul (Ed.) (2015) Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, 2. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları. s. 76.

44 **Yörükoğlu** (1982), s. 15.

45 **Özcan** (2011), s. 47.

2.2 Sosyolojik Hukuk Teorisi

Sosyolojik hukuk teorisinin kurucuları Roscoe Pound (1870-1964) ve Benjamin Nathan Cardozo'dur (1870-1938). Sosyolojik hukuk teorisi, Amerikan sosyologlarının çalışmalarını hukuka yönlendirmesi sonucunda ilk kıvılcımlarını göstermeye başlamıştır. Ayrıca Holmes fikirleriyle realist yazarları etkilediği kadar sosyolojik hukuk teorisinin kurulmasını da sağlamıştır. Evrimci bir anlayışla, toplumda kabul gören kuralların yaşayacağını diğerlerinin etkisini yitireceğini kabul eden Holmes ilgisini böylelikle topluma çevirmiştir. Holmes'un mantıksal yaklaşım karşıtlığı, sosyal bilimlerden faydalanılması gerektiği görüşü ve hukukta asıl olanın uygulama olduğuna ilişkin görüşleri bu teorisinin temellerinin atılmasına sebep olmuştur.⁴⁶

Pound yirminci yüzyıla kadar yaşamış olan hukuk okullarını, doğal hukuk okulunu da içine alan Felsefi Okul, Alman tarihçi okulu ile İngiliz tarihçi okulunu içine alan Tarihçi Okul ve İngiliz analitik okulunu içeren Analitik Okul olmak üzere üçe ayırır.⁴⁷ Pound bu okulların hiçbirinin çağının ihtiyaçlarını karşılayacak hukuki anlayışı ortaya koyamadığı için eleştirir. Bu okulların eski itibarları kalmadığını, her bir okulun yerini yirminci yüzyılda herkesin ortak bir zeminde buluşabileceği “sosyolojik okul”un etkin olacağını ortaya koyar. Sosyolojik okul da gelişimini çeşitli aşamalardan geçerek tamamlayacaktır.⁴⁸

Pound hukuki meselelerin yalnızca akıl ve kavramlar aracılığıyla çözülemeyeceğini, hukukun insan ilişkilerinin dinamiğinin bilincinde olması ve bu bilince göre şekil alması gerektiğini ifade etmiştir. Bunun yapılabilmesi için de hem kanun koyuculara hem de uygulayıcılarına yani hâkimlere rehberlik edecek sosyolog hukukçuların olması gerektiğinin üzerinde durmuştur. Pound hukuku sosyal kontrolün en

46 **Gürkan, Ülker** (1961) Sosyolojik Hukuk İlmi, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 21-36.

47 **Pound, Roscoe** (1910-1911) ‘Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence’ Harvard Law Review, Vol: 24, No: 8, s. 591-619, s. 591.

48 **Pound** (1910-1911), s. 611.

etkili türü ve toplumun çatışan menfaatlerini uzlaştıran kurallar bütünü olarak tanımlamaktadır.⁴⁹

Sosyolojik hukuk teorisinin özellikleri: hukukun hayattaki işleyişine bakması, hukuku ıslah edilebilir bir sosyal kurum kabul ederek hukukçuların bu ıslah için çabalaması, yaptırımdan ziyade sosyal amaçlar üzerinde durması, kanunları sosyal adalete yaklaştıran yardımcıları olarak değerlendirmesi ve çalışmalarında pragmatik felsefeden ilham almasıdır. Pound sosyal mühendislik adını verdiği hukuku sosyal bilimlerle buluşturma çabasını hukuk anlayışının temeline koymuştur.⁵⁰ Pound menfaatleri gruplandırarak her bir menfaatin toplumda neye karşılık geldiğini tespit etmeye çalışmıştır. Bireyi ve toplumun en çok yararına olan sosyal menfaatler de hukuki tanımaya ve korumaya mazhar olurlar. Pound hâkimin hukuk yaratma yetkisinin de olmadığını savunmaktadır. Her ne kadar hâkim olayın şartlarına göre sosyolojinin, ekonominin, etiğin yardımından faydalansa da Pound'a göre hâkimin görevi uygun hukuku bulup ortaya çıkarmaktır. Onu yaratmak değil.⁵¹

Cardozo sosyolojik hukuk teorisine en büyük katkısını, kendisi de bir hâkim olması hasebiyle, mahkeme kararlarının sosyolojik tahlilini yaparak vermiştir. Hâkim karar verirken kuralları ve emsal kararları kullanacaktır. Ancak bu durum, hukukun asıl kaynağını kurallar ve emsal kararlar yapmaz. Her bir emsal kararın ve kuralın arkasında bazı temel hukuki görüşler yatar. Hukukun asıl kaynağı bunlardır. Cardozo'nun bahsettiği temel hukuki görüşlerin de tek kaynağı toplumdur.⁵²

Cardozo yasama faaliyetlerini de inkâr etmeyerek hukukun asıl mahkeme kararlarıyla geliştiğini iddia eder. Ona göre mahkemeler karar verirken çeşitli metotlar

49 **Gürkan** (1967), s. 17.

50 **Gürkan** (1961), s. 48.

51 **Gürkan** (1961), s. 88.

52 **Gürkan** (1961), s. 96.

izlerler. Bunlardan ilki felsefi metottur. Karar verirken hâkimlere felsefi görüşler yardımcı olmaktadır. Ayrıca mantık konusunda Holmes'tan ayrılarak, mantığın hukukta yeknesaklığı sağladığını ve bir ölçüye kadar kullanılması gerektiğini belirtir.⁵³ Bir diğer metot tarihi metottur. Geçmişteki hukuk uygulamaları bugünün hukukuna ışık tutacaktır. Cardozo felsefi veya tarihi metodu uygulayamadığı durumlarda hâkimin örf adet metodunu uygulaması gerektiğini belirtir. Son olarak bütün bu metotların yetersiz kalacağı durumlarda sosyolojik metodun kullanılması gerekir. Hukukun asıl amacı sosyal refahı sağlamaktır. Hâkim bu metotlarla sosyal refahı sağlayacak unsurları tespit edebilecektir. Cardozo bu metotlar arasında bir sıralamaya girişmemiştir. Hâkimin somut olayı inceleyip sosyal faydayı ve adaleti en iyi derecede sağlayan yöntemi uygulaması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴

Cardozo ayrıca hâkimlerin karar verirken bilinçaltı etmenlerinden etkilendiğini de kabul etmektedir. Hâkimin ön yargıları, zaafıları ve arzuları kararını bilinçli bir şekilde olmasa da etkilemektedir.⁵⁵

Sosyolojik hukuk teorisi ve hukuki realizmin beslendikleri kaynaklar benzerdir. Sosyal bilimlerin hukuk alanına alınmasıyla ilgili yapılan vurgu, hâkimin kişisel özelliklerinin kararlarda etkili olması gibi birçok ortak görüşleri bulunmaktadır. Ancak örneğin hâkimin hukuk yaratması hususunda iki görüş arasında farklılık söz konusudur.

2.3 İskandinav Hukuki Realizmi

İskandinav Hukuki Realizminin başlıca temsilcileri Axel Hagerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) ve Alf Ross'tur (1899-

53 **Cardozo, Benjamin N.** (1924) *The Growth of the Law*, 2. Baskı, New Haven, Yale University Press, s. 21-26.

54 **Cardozo** (1924), s. 56.

55 **Gürkan** (1961), s. 110.

1979). Akımın kurucusu olarak kabul edilen Hagerström aslında bir felsefeci olmasına karşın, hukuk ve ahlak alanında çalışmalar yapmıştır. Hagerström hukuku bir bilim dalı olarak ele almış ve bunu gerçekleştirirken de hukuktan teolojik ve metafizik öğelerin çıkarılması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶ Hukuku metafizik kavramlardan ayıklama çalışmaları çerçevesinde doğal hukukun tam karşısında yer alan İskandinav Hukuki Realizmi pozitivist akımlar üzerinden bu çalışmayı yapmışlar ancak pozitivist görüşlerin bile çok fazla metafizik kavram içerdiğinden yakınmışlardır.⁵⁷

Hak, mülkiyet gibi kavramlar dahi belli ölçülerde metafiziksel içerikler barındırmaktadırlar. Taşınmaz satışının resmi memur önünde yapılmasının zorunlu olması ya da nikah memurunun önünde beyan edilen irade ile evliliğin kurulması, kabul edilmiş ritüellere yüklenen anlamlardır. Hukukun adaleti sağladığı inancı, insanların hukuka uyma zorunluluğun bulunduğu düşüncesi aslında dış dünyada var olan olgular değildir; bizim zihnimizin ürünleridir. Bu sebeple hak, mülkiyet, hukuk, tüzel kişilik gibi kavramlar aslında metafiziğin konusuna giren kavramlardır.⁵⁸

İskandinav realistleri dilin hukuki etkinlik anlamında üzerinde durmuşlardır. Kuralların emredici bir dille ifade edilmesi onların insanlar üzerinde baskı yaratmasını sağlamaktadır. Olivecrona'ya göre bir kuralın etkililiği onu ifade eden kaynaktan değil, muhatabının zihninde canlandığı etkiyle ölçülür. Bu emredici dilin yeterli olmadığı durumlarda ise devlet güç kullanma kozuna başvurmaktadır.⁵⁹

İskandinav realistleri de psikolojinin hukuktaki önemini vurgulamışlardır. Ancak onların yaklaşımı Amerikan realistlerinden farklı bir yerden olmuştur. Amerikan realistleri psikoloji aracılığıyla mahkemelerin gerçekte ne yaptığını belirlemeye çalışırken,

56 **Uzun, Ertuğrul** 'İskandinav Hukuki Realizmi' : Uzun, Ertuğrul (Ed.) (2015) Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, 2. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları. s. 92.

57 **Uzun** (2015), s. 97.

58 **Uzun** (2015), s. 104.

59 **Uzun** (2015), s. 105.

İskandinav realistleri hukukun ne olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır. İskandinav realistlerinin amacı hukuku bir sosyal-psikolojik disiplin haline getirmektir.⁶⁰

İskandinav realizminin bir diğer tezi ise hukukun araçsal özelliğidir. Hukuk toplumun refahını sağlamak için kullanılacak bir araçtır. Ayrıca hukukun belirsiz oluşu ve tahmin teorisi de İskandinav realistleri tarafından savunulmuştur.⁶¹

İskandinav hukuk sistemi, Roma hukukunun etkisinin çok az olması, kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı bir yapıya sahip olması yönüyle orijinal bir sistemdir. Kanunlaşma hareketlerinin azlığı ve hâkim merkezli bir uygulamaya sahip olan İskandinav hukuk sistemi,⁶² İngiliz *Common Law* geleneğini sürdüren ABD’de ortaya çıkan Amerikan Hukuki Realizmi ile bu açıdan benzerlik göstermektedir.

Hukukun bağlayıcılığının bir illüzyon olduğu iddiası bu akımda ön plana çıkarılmıştır. Ayrıca hak, ödev gibi kavramların da insan zihninin bir ürünü olup yine bir illüzyon olduğu söylenmiştir. İskandinav realistleri olguların incelenmesine önem vermiştir. Olgu kavramının içine yalnızca görülebilen, duyulabilen şeyler değil insanların zihinsel ürünlerini de dahil etmişlerdir.⁶³ Olguların esas inceleme konusu yapılması ve ampirik yaklaşım Amerikan Hukuki Realizmi ile ortak noktaları olmuştur.

Metafiziksel olan bütün kavramların hukuk literatüründen çıkarılmasını savunan İskandinav Realistleri hak kavramını da metafizik kavramlar arasında kabul etmiştir. Hak kavramı ile tecrübi olaylar arasında gerçek bir bağlantı bulunmamaktadır. Hak kavramının ne anlama geldiğini ancak farazi bir durumda farazi bir hâkimin saptamasıyla bilebiliriz. Bu yapısı itibarıyla hak kavramının hukuk hayatında kullanılmasının bir zorunluluk

60 **Süzgün Şahin, Fatma** (2013) ‘İskandinav Hukuki Realizmi ve Alf Ross’ Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s. 31-41, s. 32.

61 **Uzun** (2015), s. 111.

62 **Uzun** (2015), s. 92.

63 **Süzgün Şahin** (2013), s. 32.

olmadığını ve “hak” kelimesinin bile kullanılmasından kaçınılmasını gerektiği savunulmuştur.⁶⁴ Amerikan Realizminde ise İskandinav Realistlerine benzer şekilde hak kavramının metafizik bir kavram olduğu kabul edilmiştir. Ancak İskandinav Realistleri gibi bu kavramı reddetmek yerine ampirik öğeler ışığında ve mahkeme kararları aracılığıyla yeniden tanımlanması gerektiği ortaya koyulmuştur. Bir diğer farklılık ise her ne kadar her iki görüş de hak kavramının metafiziksel yapısı nedeniyle eleştirmişse de Amerikan Realistleri yine de bu gibi hukuki kavramların kullanılmasının zorunlu olduğunu kabul etmişlerdir.⁶⁵

İskandinav realistlerinin asıl yönelimleri insanların hukuki davranışlarıyla ilgili tahminlerde bulunmaktır. Hukuk düzeniyle ilgili çalışmalar yaparken kronolojik olarak hukukun ilk çıktığı andan bugüne kadar süreci izleyip bugüne anlam vermek ilk akla gelen yöntemdir. Ancak ne kadar geçmişe gidilirse gidilsin bir sosyal organizasyonla karşılaşıldığı için asıl verimli çalışmalar bugünün hukukunu inceleyerek yapılabilecektir.⁶⁶

Olivecrona hukuki bağlayıcılığın dış dünyada bir kanıtı olmadığı için zihinsel bir ilke olabileceğini söylemiştir. Olivecrona kanun çıkarılmasına halkın tepkisinin gün doğumuna verdiği tepki gibi olduğunu söyler. Onu doğal karşılarlar ve kanun çıkar çıkmaz ona uyma eğilimde olurlar. Bu kanunun mistik bir içeriğe sahip olduğunu değil psikolojik bir etkiye sahip olduğunu gösterir. Bu kanunların uygulanabilmesi için de devletin cebir gücünü elinde bulundurması gerekir. Hukukun adalet anlayışına yaslandığı iddiası da batıl bir inançtır. Olivecrona’ya göre de bu ahlak ve adalet gibi kavramların hukuku değil, pozitif hukukun bu kavramları yarattığını belirtir.⁶⁷

64 **Güriz** (2018), s. 133-134.

65 **Güriz** (2018), s. 129.

66 **Güriz** (2018), s. 338.

67 **Güriz** (2018), s. 340.

Lundstedt hukuki kavramların metafizik kavramlardan neşet etmediğini, toplum için zorunlu unsurlar neticesinde ortaya çıktığını belirtmektedir. Lundstedt “yapıcı hukuk” kavramını ortaya koyarak sosyal fonksiyonun en iyi şekilde yerine getirilmesinin tercih edilmesini ve bu tercihi yapacak olan hâkimlerin de bu sosyal fonksiyonu yerine getirecek biçimde yetiştirilmesini savunmuştur.⁶⁸

Ross’a göre hukuk kurallarının asıl işlevi yönetmeyi sağlamaktır.⁶⁹ Alf Ross, hukuk teorisyenlerinin sadece hukuk felsefesi alanıyla ilgilenmesini hukukun uygulama kısmıyla hiç ilgilenmeden teoriler ortaya koymalarını eleştirmiştir. İskandinav realistleri, bilhassa Ross, hukukun bir bilim olduğunu kabul etmektedir. Hukukun bilimsel özelliğinin korunabilmesi için de metafiziksel öğelerden arındırılması şarttır.⁷⁰

İskandinav hukuki realizmi birçok temel konuda Amerikan realizmi ile aynı görüşlere sahip olan bir akımdır. Her iki akım da hukukun belirsiz olduğunu, araç olarak kullanılması gerektiğini ve hukukçuların asıl işinin mahkeme kararlarını tahmin etmek olduğunu savunmaktadır. Hukuk incelemesi yapacak bir kişinin ilk inceleme konusunun mevcut toplumun dinamiklerini ampirik olgular ışığında değerlendirmek olduğu da her iki akımında da benzeştiği yönlerindendir.

İskandinav realizmi ile Amerikan realizmi psikoloji bilimine vurgu yapmıştır. Ancak bu vurgu Amerikan realizminde daha çok olguları değerlendirme aşamasında karşımıza çıkmaktayken; İskandinav realizminde bütün hukuki kavramların psikolojik analizi yapılarak hukuku disiplin olarak psikoloji alanına yaklaştırma çabası mevcuttur. Psikolojiye yaklaşım açısından iki realist düşünce ayrıışmaktadır. Bir diğer ayrıışılan nokta da “hak”, ”mülkiyet” gibi hukuki kavramların konumu ile ilgilidir. İskandinav realistleri bu kavramları ritüelsel ve metafiziksel kavramlar olarak değerlendirip, hukuki araştırmaların bu kavramları dışta bırakacak şekilde yapılmasını öngörürken, Amerikan realistleri bu

68 Güriz (2018), s. 343.

69 Güriz (2018), s. 344.

70 Süzgün Şahin (2013), s. 37.

kavramların metafizik yönünü kabul etmekle birlikte hukuk alanının içinde kaldığını savunmaktadır.

2.4 Realizm Benzeri Karşı Akımlar

Amerikan Hukuki Realizmi akımının ortaya çıktığı tarihlerle paralel olarak farklı hukuk anlayışlarının hâkim olduğu bölgelerde de benzer görüşler ortaya atılmıştır. Almanya’da kavram hukukçuluğuna karşı tarihçi hukuk okulu ve menfaatler içtihadı okulu, Fransa’da yorumcu hukuk okuluna karşı ortaya çıkmış olan serbest hukuk çalışmaları örnek olarak gösterilebilir. Yakın tarihlerde ortaya çıkan bu görüşlerin birbirinden etkilenmiş olabileceği savunulabilir.⁷¹ Ya da modern dünyanın küreselleşmesi sonucunda, farklı kültürlerle sahip olsalar da değişik toplumlarca aynı minvalde görüşler kabul görmüş olabilir. Ancak bu açıklamalar çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bu nedenle çalışmamızda daha bütünlüklü bir anlayışa ulaşılmasını sağlamak amacıyla yalnızca benzer tezlerle sahip olan “karşı akımlar” ve bunların öngördüğü hâkim profili incelenmekle yetinilecektir.

Almanya’da etkinlik gösteren Kavram Hukukçuluğu, hukuku bir mantık sistemi olarak kabul etmektedir. Kavram hukukçuluğu hukuk uygulayıcılarının kendilerine ait adalet duygusunun olamayacağını, onların görevinin sadece ortaya koyulmuş olan hukuku uygulamak olduğunu savunmuşlardır. Bu anlayış sosyal olguların değerlendirilmesine engel olmaktadır. Hukuku bir mantık sistemi olarak kabul etmenin bir sonucu olarak kanunda boşluk olabileceği ancak hukukta boşluk olamayacağı kabul edilmektedir. Bir boşlukla karşılaşılsa bile, lafzi ve mantıki yorumla sınırlı olmak üzere, bu boşluğun

71 Nitekim Ehrlich’in “yaşayan hukuk” çalışmaları Amerika’da Pound ve Llewellyn tarafından İngiliz yazınına kavuşturulmuş ve büyük ilgi görmüştür. **Heper, Altan** (2016) Serbest Hukuk Akımı -Sosyal Bir Olgusu Olarak Hukuk-, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 256.

doldurulabileceği savunulmaktadır.⁷² Bu anlayışa göre hâkim yalnızca mevcut olan hukuku bulup ortaya çıkarmakla görevlidir.

Alman hukukçu Carl von Savigny (1779-1861) kendi dönemde ülkesinde gündemde olan Fransız Medeni Kanununun iktibasına şiddetle karşı çıkmış, toplum içinde kendiliğinden oluşan hukuka dikkat çekmiştir.⁷³ Savigny'nin yolunda giden Rudolph von Jhering (1818-1892) “toplumsal fayda” görüşünden hareketle hukukun asli görevinin toplumun faydasına olacak olanı ortaya çıkarmak olduğunu savunmuştur. Jhering mantığın önemini reddetmiştir. Sosyal ilişkilerin, hukukun kurduğu mantıktan çok daha değerli olduğunu ortaya koymuş ve hukukun devamlı kendini yenilemesi ancak bu sayede ayakta kalabileceğine vurgu yapmıştır. Hukukun da toplumsal olgular gibi yeniden üretildiğini savunmuştur.⁷⁴ Toplumsallık vurgusu ve mantığın hukukta yeri olmadığına dair fikirleriyle Jhering'in Amerikan Hukuki Realizmi ile benzer iddialarda olduğu söylenebilir.

Philipp Heck (1858-17943) ise hukuku toplumda çatışan menfaatlerin bir ürünü olarak tanımlamıştır. Menfaatler içtihadı okulu olarak adlandırılacak bu görüşe göre hukuk, yaşamı etkileme amacına matuf bir metottur, yani araçtır. Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili öncelikle kanunun korumak istediği menfaati tespit eder, şayet somut olayla kuralda öngörülen menfaat arasında bir çelişki mevcutsa hâkim uygun bir yorum yaparak bir sonuca varır. Burada hâkimin yasaya itaati mutlak bir itaat değil “düşünerek itaat” olarak kavramsallaşmaktadır.⁷⁵ Hukukun araçsal özelliğine yapılan vurgu, hâkimin hukuk yaratması gerektiğine ilişkin tezleri, kanunların hâkimin çatışan menfaatleri

72 **Heper** (2016), s. 24.

73 **Can, Cahit** (2011) Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 3. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 189.

74 **Özcan, Mehmet Tefik** (2011) Hukuk Sosyolojisine Giriş, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 44.

75 **Heper, Altan** (2014) ‘Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck’ İÜHFM, C: LXXII, S: 1, s. 333-348.

değerlendirirken bir yardımcı pozisyonunda olduğuna ilişkin fikirler, Amerikan Hukuki Realizminin fikri alt yapısıyla tam bir uyum sağlamaktadır.

Eugen Ehrlich (1862-1922) ise “yaşayan hukuk” terimini ortaya atarak hukuku kurallar toplamı olarak değil, yaşamın her alanında olan hukuk olarak tanımlamıştır. Ehrlich hukuk kurallarını toplumun dinamiklerinin oluşturduğunu iddia eder. Hukuk, ilgisini gözlemlenebilir olana çevirmelidir. Ehrlich, mahkeme kararları ve gözlemin hukukun kaynakları olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararları da bir toplumsal olgu temelli verilmiş ise hukukun kaynağı olacaktır. Ehrlich hukuk bilimini teorik hukuk bilimi ve pratik hukuk bilimi olarak ikiye ayırmaktadır. Pratik hukuk bilimi yetkili merciler tarafından konulmuş kurallar bütünüdür. Bu şekilde tanımladığı hukuk bilimine hiçbir hukuksal metinde yer almasa bile hayatın içinde var olan “yaşayan hukuk” kavramıyla karşı çıkmıştır. Toplumun iç dinamiklerini düzenleyen davranış kuralları bir düzen oluşturur. Bu düzeni sağlayan şey Ehrlich’in yaşayan hukuk olarak tanımladığı kavramdır.⁷⁶ Ehrlich’in tezleri de ilgisini gözlemlenebilir olana çevirmesi ve hukuku anlamak için toplumun dinamiklerinin değerlendirilmesi gerektiğine dair fikirleri de Amerikan Hukuki Realizmi ile benzeşmektedir. Ehrlich de hâkimin adaleti sağlamakla görevli olduğunu ve bunu sağlayabilmek için takdir yetkisini kullanması gerektiğini savunmuştur.⁷⁷

Fransa’da Jean Joseph Demelombe’nin (1804-1887) ortaya koyduğu fikirler etrafında şekillenen yorumcu okul ise hukukun asıl işlevinin kanunun lafzını ve aslında söylemek istediğini anlamaya çalışmak olduğunu ortaya koymuştur. Ona göre kanun düzenlenmeden önce hukuk yoktur. Hukuk kanunun metniyle ortaya çıkar. Şayet kanun metninde bulunmayan veya metinde bulunup da anlaşılamayan hususlar olursa kıyas

76 **Işıқтаç, Yasemin / Koloş, Umut** (2017) Hukuk Sosyolojisi, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 75.

77 **Can** (2011), s. 171.

(analoji), öncelik (evleviyet) ve ters kavram (mefhum-u muhalif) yöntemleriyle doğru sonuca ulaşılabilecektir.⁷⁸

Fransa'da Yorumcu Okula karşı serbest hukuk çalışmalarının öncüsü François Geny, (1861-1959) hâkimin asıl görevinin kanunları uygulamak değil, serbest bir biçimde hukuk yaratmak olduğunu ortaya koymuştur.⁷⁹ Hâkimin önüne gelen tekil olayla ilgili bir hukuk yaratması hukukun karmaşık yapısını keşfi ve soyut kuralların hayata uygulanabilirliği için zaruridir. Hâkimin hukuk yaratmasının kanun koyucunun işleminden en önemli farkı, kanun koyucu soyut ve genel bir hukuk yaratırken hâkim somut ve özel bir hukuk yaratmaya çalışacaktır. Dolayısıyla bu dar alanda yararlanacağı objektif unsurları dikkatli seçmesi gerekmektedir. Bu objektifliği de ancak bilimin ortaya koyduğu objektif unsurlardan faydalanarak serbest bir çalışma neticesinde sağlayacaktır.⁸⁰

Görüldüğü üzere bir kategorizasyon yapmak gerekirse Almaya'daki kavram hukukçuluğu, Fransa'daki yorumcu okul ve yukarıda bahsetmiş olduğumuz ABD'deki formalizm aynı grupta yer alacaktır. Bu grubun ortak özellikleri de kural temelli yaklaşımları, mantığın ön plana koyulması ve toplumsal olanı göz ardı etmek olarak sayılabilir. Buna karşılık tarihçi hukuk okulu, menfaatler içtihadı okulu, Ehrlich'in yaşayan hukuk çalışmaları, serbest hukuk çalışmaları ve realizm de karşı grupta yer alacaktır. Bu grubun ortak özellikleri de mahkemeyi ve hâkimi daha merkezi bir konuma koymak, hukuki değerlendirmelerin objektif kriterlere göre yapılmasını istemek, toplumsallığın önemine vurgu yapmak ve hukukta mantıksal çıkarımlara karşı çıkmak olarak sayılabilecektir.

78 **Öktem / Türkbağ** (2017), s. 440-442.

79 **Işıқтаç / Koloş** (2017), s. 48.

80 **Topçuoğlu, Hamide** (1969) Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) C: 1 (Konu, Problemler, Öncüler), 3. Baskı, İstanbul, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 49.

3. AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNDE HÂKİMİN ROLÜ

3.1 Genel Olarak Hukuki Realizm

Bir düşünce şeklinin teorik anlamda “okul” olarak nitelendirilmesi için bütün hukuki meselelerde tutarlı ve sistematik bir tavır ortaya koyması gerekmektedir. “Akım” ise aralarında bazı farklılıkların bulunmasıyla birlikte belirli bir ortak düşünüş tarzını temsil eden düşünceler bütünüdür. Realizmin, akım olma özelliği doktrinde tartışmalıdır. Bu düşünüş tarzını bir okul olarak kabul edenler olduğu gibi akım olduğunu kabul edenler de mevcuttur.⁸¹ Realist yargıç Jerome New Frank kendilerini reform yanlısı ve şüpheli bir grup hukukçu olarak tanımlamayı uygun bulmuştur. Hatta kendilerine yapıcı şüpheli terimini daha uygun bulmuştur.⁸² Karl Nickerson Llewellyn, önceki eserlerinde realizmin bir düşünce okulu olma özelliğini reddetmiştir. Daha sonraki çalışmalarında ise realizmin, işlerin nasıl yürüdüğünü açık bir şekilde anlamak için kullanılan bir metot olduğunu kabul etmiştir.⁸³ Bu hususta biz de okul olma özelliği açısından tutarlı ve sistematik bir yapıda olmayan bu hukuki görüşün akım statüsünde olduğunu kabul etmekteyiz.

Akım içerisinde hâkimin nasıl bir role sahip olduğunun belirlenmesi için öncelikle akımın genel çerçevesi belirlenmelidir. Bu sebeple hukukun tanımından başlamak üzere, realizme göre hukuki geçerlilik kriteri, daha çok avukatları ve davanın taraflarını ilgilendiren tahmin teorisi ve hukukun etikle ilişkisinin belirlenmeye çalışıldığı değer teorisi incelenecektir.

81 **Gürkan** (1967), s. 2.

82 **Frank, Jerome N.** (1949) *Law and Modern Mind*, 6. Baskı, Stevenson & Sons Limited, London, s. VIII.

83 **Tamanaha, Brian Z.** (2008) ‘Understanding Legal Realism’ St. John’s Legal Studies Research Paper Series, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127178 > s.e.t. 05.02.2020, s. 10.

3.1.1 Hukukun Tanımı

Hâkimin hukuk bilimi içerisinde nasıl bir role sahip olduğunu belirleyebilmek için öncelikle hukukun ne olduğuna karar verilmelidir. Cevabını aradığımız sorunun hangi zemin üzerinde cevaplandırılacağına tespiti, çıkış noktamız olmalıdır. Bu sebeple Amerikan Hukuki Realizmine göre hukukun tanımı belirlenip, bu tanım içerisindeki hâkimin rolü nedir sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Amerikan Hukuki Realizmi etkileri itibariyle çoğu felsefî akımdan daha fazla sonuç doğurmuş olmasına karşın akımın eksiksiz bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bunun sebeplerinden biri bu akımın tarihin bir zamanında doğmuş, etkilerini göstermiş ve sonrasında yerini yeni bir görüşe bırakmış bir yapısının olmamasıdır. Amerikan Hukuki Realizmi günümüzde bile temel alınabilecek görüşler içermesi, hayatı merkeze alarak deneyimi ön plana çıkaran yapısı ile her zaman için önermelerinin hakikatine şahit olunabilecek bir akımdır. Amerikan Hukuki Realizminin tanım zorluğunun ikinci sebebi ise bu konuda çalışma yapıldığında -başta kurucular olmak üzere- müşterek bir kavram ve duruş ortaya konulamamasıdır. Realizmle benzer tezlere, benzer itirazlara ve benzer önermelere sahip birçok görüş bulunmaktadır. Hukuki pragmatizm, enstrümantalizm ve sosyolojik hukuk ilmi bunlara örnek gösterilebilir. Bu görüşler ile hukuki realizm kavramları iç içe geçmiş ve biri diğerlerinden ayrı anlatılamayacak yapıdadırlar. Hatta bu görüşlerin bazı noktalardan sadece isimlendirme farklılığı olduğu bile iddia edilebilir. Nitekim yirminci yüzyıl Amerikan hukukçularından Edwin W. Patterson da hukuk felsefesindeki görüşünü belirtirken birbirinden çok uzak iddiaları olmayan pragmatizmden, sosyolojik hukuk ilminden ve realizmden etkilenmiş ve bu görüşleri tek bir potada eriterek ifade etmeyi başarmıştır.⁸⁴

Holmes hukukun hayatının mantıktan değil tecrübeden oluştuğunu ifade etmektedir.⁸⁵ Bu nedenle hukuku incelerken ve tanımlarken mantıksal çıkarımlardan değil

84 Jones, Harry W. (1957) 'Edwin Wilhite Patterson: Man and Ideas' Columbia Law Review, Vol: 57, No: 5, s. 607-623, s. 614.

85 Holmes, Oliver Wendell Jr. (1881) The Common Law, 1. Baskı, Boston, Little, Brown and Co., s. 1.

hayatın gerçek tecrübelerinden faydalanmaktadır. Hukuk tecrübelerden oluştuğu için de bütün hukuki kavramlar etkileri itibariyle ele alınmalıdır.

*“Temel soru olarak ‘Hukuk neyden oluşur?’ sorusunu ele alalım. Size cevap olarak onun Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinde verilen kararlardan farklı bir şey olup, kararlarla örtüşüp örtüşmediğine bakılmaksızın, onun bir akıl sistemi olduğu, ahlak ilkelerinden ya da kabul edilmiş aksiyomlardan yapılan çıkarımlar olduğu gibi şeyler söyleyen yazarlar bulacaksınız. Ama dostumuz kötü adam gözüyle bakacak olursak, onun çıkarımları ya da aksiyomları hiç umursamadığını, sadece Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin gerçekte ne yapabileceğini bilmek istediğini görürüz. Ben de bu şekilde düşünüyorum. Benim hukuktan anladığım, mahkemelerin gerçekte ne yapacağına dair tahminlerdir, daha havalı bir şey değil.”*⁸⁶ Holmes bu meşhur pasajında hukuku gerçek hayat tecrübeleri nazarından mahkemelerin yaptığı şey olarak tanımlamaktadır.

Holmes bu hususa örnek olarak kamulaştırma ile haksız el atma kurumlarını vermektedir. Malik olduğu arazisi devlet tarafından kamulaştırılan bir kişi ile arazisine özel bir kişinin tecavüzü arasında, hakkı zedelenen kişi açısından, bir fark yoktur. Kamulaştırmada da haksız el atmada da taraflardan biri diğerine arazinin gerçek değerini ödemek zorundadır. Hakkı ihlal edilen malik için asıl önemli olan ve ilgilendiği nokta arazisinin gerçek değerini alıp alamayacak olmasıdır. Yani kötü adam – mahkemenin vereceği karardan etkilenecek olan malik- açısından bu kararların hukuki dayanaklarının farklı olmasının bir önemi yoktur.⁸⁷

Holmes’un dostumuz kötü adam gözüyle bakmak tabirine günümüzden bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz. Ülkemizde şu anda gündemde olan ve infaz kanunlarında değişiklik yapılmasına dair 7242 sayılı kanun değişikliği ile ilgili tartışmalar “Af Yasası”

⁸⁶ Holmes, Oliver Wendell Jr. (1897) ‘The Path of The Law’ Harvard Law Review, Vol: 10, s. 457-478, s. 464.

⁸⁷ Holmes (1897), s. 462.

başlığı altında yapılmaktadır.⁸⁸ Aslında çıkarılan hukuki olarak herhangi bir af yoktur.⁸⁹ Ancak infaz koşullarının hafifletilmesi halkın nezdinde af olarak değerlendirilmektedir.

Frank, hukuk tanımını Holmes'unkine benzer şekilde ortalama insan gözünden yapmaya kalkışmaktadır. Hukuk kavramından bahsedebilmemiz için elimizde mahkeme kararları olması gerekmektedir. Mahkeme henüz olguları değerlendirip bir karar ortaya çıkarmamışsa bir hukukun varlığından da söz edilemeyecektir. Hukukun ortaya çıkmasından önce de ortalama kişinin ulaşabileceği en hukuki kaynak hukukçuların görüşleri olacaktır. Bu görüşler de hukukçuların mahkemenin ne karar vereceği konusundaki tahminlerinden başka bir şey değildir.

Frank hukuku, “gerçek hukuk” ve “potansiyel hukuk” olarak ikiye ayırma yoluna gitmiştir. Gerçek hukuk mahkemenin vermiş olduğu kararlar, potansiyel hukuk ise gelecek davalar hakkında yapılan tahminlerdir. Her hâkimin verdiği karar, kendi olgularının hukukunu yaratmaktadır. Emsal kararlar sonradan verilen kararları etkilemiş olabilir. Hatta emsal kararlarla birlikte birçok etmen de kararın verilmesinde etkili olmuş olabilir. Sonuç olarak kararın verilmesini sağlayan etmenlerin bütünüyle birlikte, yeni kararlar kendi olgularının hukukunu yaratmaktadır.⁹⁰

Frank ayrıca “hukuk” kavramının belirsiz bir kavram olması nedeniyle onu kullanmaktan kaçındığını iddia etmektedir. Onun yerine hukuki haklar ve ödevler ya da

88 <<https://www.cnnturk.com/turkiye/af-yasasi-infaz-kanunu-degisikligi-ile-ilgili-onemli-gelisme-af-cikacak-mi>> s.e.t. 04.03.2020.

89 Hukuki anlamda af kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. **Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem** (2014) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s. 732-739.

90 **Frank, Jerome N.** (1931) ‘Are Judges Human Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings’ University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol: 80, No: 1, s. 17-53, s. 39.

mahkemelerin yaptığı şey demeyi uygun bulmuştur.⁹¹ Ancak bu kaçınmayı ve öngördüğü kavramsal devrimi eserlerine tam anlamıyla yansıtamamıştır.

Llewellyn hukukun tanımının ve sınıflandırılmasının toplumda gördüğü öneme göre yapılmasını öngörmüştür. Örneğin aile hukukundaki düzenlemelerin aile hayatına etkisi ile, ekonomik alandaki düzenlemelerin bu alana etkisi aynı değildir. Hukukun tanımını ise, toplumda meydana gelen ihtilaflar hakkında resmi yetkililerin yaptığı her şey olarak tanımlamıştır. Llewellyn hâkim merkezli değil, toplum merkezli bir tanım tercih etmektedir. Hukukun konusunun toplumdaki bireylerin kendi aralarında çözemediği ihtilaflar olduğunu, bu ihtilaflar hakkında da yapılan her bir işlemin hukukun tanımı olduğunu ortaya koymuştur.⁹²

Bir şeyin tanımlamasını yaparken o şeyin içinde olan her şeyin tanımda belirtilmesi, içinde olmayan hiçbir şeyin de tanımın içinde yer almaması icap etmektedir. Bizim geleneğimizde bu vecibe, veciz bir şekilde, “efradını cami, ağyarını mâni” şeklinde ifade edilmiştir. Llewellyn hukukun efradını cami ağyarını mâni bir tanımlamasını yapmayı uygun görmemiştir. Çünkü tanım yapmak sınır çekmek anlamına gelir. Sınır çekildiğinde ise hukukun ağyarını yani içermediklerini belirlemek gerekecektir. Hukuk içinden bir şey çıkarılamayacak kadar geniş bir alana sahiptir. Bu nedenle hukukun tanımını yapmayı uygun görmemiş sadece hukuka hangi bakış açılarıyla bakılması gerektiğini göstermeye çalıştığını iddia etmiştir.⁹³

91 **Frank, Jerome N.** (1931) ‘Are Judges Humus Part Two: As Through a Glass Darkly’ University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol: 80, No: 2, s. 233-267, s. 262.

92 **Llewellyn, Karl N.** (1996) The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, 10. Baskı, New York, Oceana Publications, s. 11.

93 **Llewellyn, Karl N.** (1930) ‘A Realistic Jurisprudence- The Next Step’ Columbia Law Review, Vol: 30, No: 4, s. 431-465, s. 432.

Llewellyn hukuku diğer realistlerin aksine aklın bir mahsulü sayar. Ona göre hukuk, tarihi ve kültürel bir fenomendir.⁹⁴ Hukuk, kuralları da içine almakla birlikte gözleme dayalı bir bilim, bir değerler toplamı ve bir yaşama sanatıdır.⁹⁵ Llewellyn'e göre hukuk gözleme dayalı olduğu için asıl inceleme konusu davranışlardır. Llewellyn'in davranıştan kastı da resmi yetkililerin yaptığı işlemlerdir. Llewellyn için sadece hâkimler hukukun merkezinde değildir. Herhangi bir resmi yetkilinin herhangi bir resmi işlemi de şayet bir insan üzerinde bir etki doğuruyorsa, o da hukuktur. Sadece meslek tanımı gereği bu görev hâkimlere fazlasıyla düşmektedir.⁹⁶

Llewellyn kuralların ya da hakların önemsiz olduğunu ve hukuk alanından çıkarılması gerektiğini savunmamıştır. Ancak birçok hukuk teorisyeni gibi bunların merkezi bir öneme sahip olmadığını ve merkezi konumdan çıkarılması sonucunda hukukçularla hukukçu olmayan insanların hukuka yaklaşımlarının benzeşeceğini iddia etmiştir. Ayrıca kurallar ve haklar müstakil olarak bir değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır. Yani hem müstakil olarak değerlendirmek hem de merkezi önemdeymiş gibi değerlendirmek doğru sonuçlar vermeyecektir.⁹⁷

Özellikle yirminci yüzyılda bilimin saygınlığı oldukça artmıştır. Öyle ki saygın olabilmek için bilimsel olmak gerekir görüşü yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu görüş hukukçular arasında da kabul görmüş ve hukukun bilimselliği ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır. Hukukçular arasında yükselen bilimsellik ruhu, hukuku bir bilim haline getirmeyecektir. Frank bu yaklaşıma karşı çıkmış ve saygınlığın tek kıstasının bilimsellik özelliği olmadığını, bilimsel olmayan çalışma alanlarının da bir o kadar saygın ihtisas alanları olduğunu ortaya koymuştur. Hukukun bilimsel özelliğinin olmaması Holmes'un

94 **Gürkan** (1967), s. 107.

95 **Gürkan** (1967), s. 113.

96 **Llewellyn** (1930), s. 456.

97 **Llewellyn** (1930), s. 443.

Newton'dan daha az zeki olduğu anlamına kesinlikle gelmemektedir. Sadece bu kişilerin ilgilerini farklı yerlere kaydırđını gösterir.⁹⁸

Hukuk tanımları realist yazarlar arasında ufak farklılıklarla birlikte tek bir ortak noktada buluşmaktadır; *hukuk mahkemelerin yaptığı şeydir*.⁹⁹

3.1.2 Hukuki Geçerlilik

Bir normun hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin üç temel yaklaşım mevcuttur. Bunlar aksiyolojik yaklaşım, biçimsel yaklaşım ve maddi yaklaşımdır. Aksiyolojik geçerlilik anlayışında bir normun geçerliliği, birtakım değere veya ideallere uygun olup olmadığına göre tespit edilir. Bu değere ve idealler ise dini temelli olabileceği gibi seküler bir ahlak temelli de olabilir. Aksiyolojik geçerlilik yaklaşımı daha çok doğal hukukçular tarafından savunulmaktadır. Bu yaklaşımda “olan” ile “olması gereken” arasındaki uyum tespit edilemeye çalışılıp, bu uyum sağlandığı ölçüde hukuki normların geçerli olduğu kabul edilmektedir. Doğal hukuk anlayışındaki hukukçular normların adalet, sosyal dayanışma, kamu yararı gibi değere uygun olmadığı durumlarda geçersiz olduğunu kabul etmektedirler. Her bir doğal hukukçu temel kriter olarak başka bir değere ve ideali seçmiş olsa da hepsinin akıl yürütmesi aynıdır. Pozitif hukuk ancak doğal hukukun belirlediği olması gerekene uyduğu ölçüde geçerlidir.¹⁰⁰

Pozitivist yazarlar tarafından savunulan geçerlilik anlayışı ise biçimsel geçerliliktir. Bir normun geçerli olabilmesi için onun belirli bir hukuk düzenine ait olması gerekir. Hukuk düzeninin sınırlarını belirlemek için Kelsen normları “temel norm” ve diğer tüm normlar olarak ikiye ayırdıktan sonra, tek bir temel norma dayandırılabilen bütün normların

98 Frank (1931b), s. 257.

99 Gürkan (1967), s. 35.

100 Gözler, Kemal (1998) Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, 1. Baskı, Ankara, Us-A Yayıncılık, s. 55-58.

oluşturduğu sistemi normatif sistem yani hukuk sistemi olarak adlandırmıştır. Kelsen'e göre her bir norm geçerliliğini bir "üst norm"dan almaktadır. Bu normlar zinciri takip edilirse de sonuç olarak daha önce başka bir norma dayanmayan bir "ilk norm"a ulaşılabilecektir. Bu ilk normun yani "temel norm"un geçerliliğinin ise kaçınılmaz bir şekilde geçerli olduğu hipotezi varsayılmalıdır. Kelsen pozitivist anlayışa, temel norm gibi pozitivist olmayan bir kavram getirdiği için eleştirilmiştir.¹⁰¹

Bir diğer geçerlilik anlayışı ise hukuki realizm akımları tarafından savunulan maddi geçerlilik anlayışıdır. Buna göre bir normun geçerliliği, onun "etkililiği" ile ölçülür. Etkililikten kasıt bir normun toplumda ne dereceye kadar etki gösterdiğidir. Yani norm ile muhataplarının davranışları arasındaki uyum normun etkililiğini ortaya koyar. Normların etkililiğinin araştırılmasının tek yöntemi toplumu gözlemlemektir. Norm ile ulaşılmak istenen sonucun toplumda ne kadar karşılık bulduğu ortaya konulmalıdır. Böyle bir araştırma da sosyoloji ve psikoloji gibi sosyal bilimleri hukuk alanına sokmaktadır. Çünkü normların doğruluğu veya yanlışlığı ampirik öğelerle denetlenmelidir. Maddi geçerlilik anlayışına göre normların geçerliliği sadece uygulamada görülen "yaşayan hukuk"ta ve "gerçek kurallar"da araştırılabilir. Geçerli hukuk, mahkemelerin uyguladığı hukuktur. Mahkemelerin hangi normu geçerli olarak kabul edeceğini tespit edebilmek için de hâkimlerin geçmişteki davranışları incelenmelidir. İskandinav hukuki realizminde de maddi geçerlilik anlayışı kabul edilmiş ve Amerikan realizminde olduğu gibi davranışçı yaklaşımın yanında, normların toplum için bağlayıcı olduğu inancının da geçerlilik kriteri olduğu kabul edilmiştir. Maddi geçerlilik anlayışında geçerlilik kriteri olarak mahkemeler esas alınacaktır. Ancak bu anlayışta mahkemelerin normu uygulamadan önce hangi kriteri esas alacağı ortaya koyulmamıştır. Bir dış gözlemci olarak mahkeme kararlarını inceledikten sonra hangi normların etkili yani geçerli hangilerinin geçersiz olduğu sonucuna varılabilir. Ancak hâkim bu normu uygulamadan önce henüz bu normun etkili yani geçerli olup olmadığını bilmemektedir.¹⁰²

101 Gözler (1998), s. 73-78.

102 Gözler (1998), s. 64-73.

Realist anlayışa göre asıl olan mahkemelerin verdikleri kararlar olduğu için bu kararlar oluşturulan hukuk, geçerli bir hukuktur. Holmes kaynağın hukuki geçerlilik için önemli olduğunu ifade etmiştir. Gerekli kabul şekliyle kabul edilen kuralların hâkimler tarafından olaya uygulaması sonucu geçerli bir hukuk ortaya çıkmış olur. Hukuk uygulayıcılarının davranışlarının ampirik olarak değerlendirilmesi hukukun geçerliliğini sağlamaktadır.¹⁰³ Kabul edilen hukuk, aksiyon halindeki hukukla farklılaştığı zaman realist anlayış aksiyona daha fazla önem vermektedir. Bu farklılığın tespit edilebilmesi için objektif bir bilim nazarıyla incelemelerde bulunulmalıdır.¹⁰⁴ Frank ise hukuku sadece hâkimlerin kararlarına indirgenebileceğini düşündüğü için geçerlilik kriteri olarak da yine hâkimlerin kararlarını kabul etmiştir.¹⁰⁵

Llewellyn sürekliliği olmayan ve uygulama alanı bulamayan hukukun hukuk olamayacağını belirtmiştir. Bu devamlılığı sağlayabilmek için uygulanacak olan kuvvet de bu hukuku geçerli kılmaz, bu kuvvetin önceki düzene uyması gerekmektedir.¹⁰⁶

3.1.3 Tahmin Teorisi

Realist yazarlara göre hukuki terimlerin hepsi kişilere uygulayacağı etkiyle tanımlanmalıdır. Yani bir kişiye bir hareketinin sonucu olarak uygulanacak olan yaptırımın ne olacağı hukukun esas konusudur. Holmes, insanların başlarına gelme ihtimali olan tehlikelerin neler olduğunu ve bu tehlikelerin ne zaman yaklaşacağını bilmek istediklerini

103 Yörükoğlu (1982), s. 91.

104 Llewellyn, Karl N. (1941) 'The Theory of Legal Science' The North Carolina Law Review, Vol: 20, No: 1, s. 1-23, s. 6.

105 Frank (1949), s. 33.

106 Llewellyn, Karl N. (1940) 'The Normative, The Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method' The Yale Law Journal, Vol: 49, No: 8, s. 1355-1400, s. 1364.

bu yüzden de yapmaları gereken şeyin tahmin yürütme olduğunu söylemiştir.¹⁰⁷ Kendi meşhur ifadesiyle hukuktan anlaşılması gerekenin, ona “dostumuz kötü adam” gözüyle bakılarak ulaşılabileceğini ifade etmiştir. Çünkü dostumuz kötü adam ne olgulara ne delillere ne de diğer hukuk kurallarının anlamına bakacaktır. O sadece mahkemelerin hakkında vereceği muhtemel kararın ne olacağını tahmin etmek istemektedir.

Holmes’a göre, avukatlar için en önemli mesele davalarında hâkimin neye göre hareket edeceğini tahmin etmeleridir. Bu bazen anayasa bazen örf adet bazen de emsal karar olsa bile avukatın yapması gereken, hâkimin karar verirken neyi esas alacağını tahmin etmek ve buna göre müvekkilini yönlendirmektir. Müvekkilinin hikayesinden hukuki değeri olan ve hâkimin lehe karar vermesini sağlayacak parçaları seçmeye çalışır.¹⁰⁸

Holmes’un tahmin teorisi daha genel bir şekildeyken Bingham’a göre ise bu tahmin yürütmeler daha dar anlamda sadece tek bir olay bazında yapılabilir. Bingham’a göre olaylar kendiliğinden hukuki bir hal almaz. Ancak olaylar hukuki bir zemine taşınırsa hukuksal sonuçlar verecektir. Bunun için şöyle bir örnek verir: Jones ve Smith bir iş anlaşmazlığı olan iki arkadaştır. Yolda karşılaşan iki hasımdan Jones Smith’i dürüst olmamakla suçlar. Hakarete uğrayan Smith bir anlık sinirle Jones’a vurur. Bunun üzerine Jones Smith’in bir daha vurmasını engellemek için Smith’in elini tutar. Bu sırada civardakiler iki arkadaş ayırırlar. Olayın sonunda her iki taraf da olayın daha kötüye gitmemesi için orayı terk ederler. Olayın buraya kadar anlatılan kısmında hiçbir hukuki ifade kullanılmamış ve olay hiçbir hukuki sonuca bağlanmamıştır. Smith’e karşı siniri geçmeyen Jones bir avukata danışmaya karar verir. Avukat, Smith’in haksız fiilinin Jones’un kişilik haklarına zarar verdiğini, bunun için uygun bir tazminat alabileceklerini ve diğer dava süreçlerini detaylıca açıklar. Olay bu noktadan itibaren hukuki bir fenomene dönüşmüştür. Avukat artık müvekkilinin lehine olabilecek bütün unsurları mahkeme önüne

107 Holmes (1897), s. 459.

108 Holmes (1897), s. 457.

getirecektir.¹⁰⁹ Somut olay bazında ortaya çıkacak olan hukuku tahmin etmek dar anlamda tahmin teorisini oluşturmaktadır. Bingham'a göre hukuk bu tikel tahminlerden oluşmaktadır.

Holmes için sözleşmelere uyma sorumluluğu dahi tahmin teorisiyle açıklanabilir. Tarafları sözleşmenin hükümlerine uymaya iten şey, eğer uymazlarsa tazminat ödeyeceklerini tahmin etmeleridir.¹¹⁰ Burada, uygulanacak kuralı tahmin etme çabası söz konusudur.

İnsanlar hangi şartlar altında kendilerinden daha güçlü olandan korkmaları gerektiğini tahmin etmek ister. Hukukun görevi de budur. Hukuki düşünce bu tahminleri daha belirgin ve kesin hale getirir. Holmes hukuk için sistematik hale getirilmiş tahmin etme tabirini de kullanır.¹¹¹

Tahmin edilmesi gereken bir diğer husus ise hâkimin hakkında hüküm vereceği olayın kabul biçimidir. Olayların kabul şeklinin belirsizliği verilecek kararın tahminini de zorlaştırmaktadır.

Hukukun temelinde ne akıl ile oluşturulmuş bir sistem ne de ahlak ilkeleri yer alır. Hukukun temelinde yalnızca tahmin yürütme teorisi yer alır. Dolayısıyla tahmin teorisi hâkimin görevini yaparken dikkat edeceği bir kurum değildir. Taraflar tahminlerini hukuki güvenliğin sağlanması ve en doğru kararın verilmesi üzerine yapacaklar ve hâkim de kararını bu tahminleri boşa çıkarmamak için vermeye çalışacaktır.¹¹² Hâkimin vereceği kararı tahminde kurallar yardımcı bir rol oynamaktadır.¹¹³ Çünkü hâkimler karar verirken

109 Bingham, Joseph Walter (1913) 'Science and the Law' Green Bag, Vol: 25, No: 4, s. 162-169, s. 164.

110 Holmes (1897), s. 462.

111 Holmes (1897), s. 461.

112 Yörükoğlu (1982), s. 128.

113 Llewellyn (1996), s. 21.

kuralları takip ederler, ancak kurallar tek takip ettikleri şey değildir. Bu nedenle tahmini yapabilmek için başkaca şeylerden de faydalanmak gerekmektedir.

Llewellyn doğru tahminlere ulaşılabilmesinin yolunu temyiz mahkemelerinde aramıştır. Hâkimler keyfi karar veremezler. Kararlarını verirken tamamen özgür değildirler. Bu keyfiliğin ortaya çıkmaması için mahkemelerin kararlarında bir birlik olmak zorundadır. Temyiz mahkemeleri çok hâkimli yapısı nedeni ile bu keyfiyetin ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Ayrıca verilen kararların gelecekte verilecek olan kararların da dikkate alınarak verilmesi gerekmektedir. Kararları ilk derece mahkemelerine göre daha göz önünde olan temyiz mahkemeleri bu işlevi de yerine getirmektedir.¹¹⁴ Sonuç olarak hukuki birliğin sağlanması ve sonraki kararlara ışık tutma işlevlerini temyiz mahkemeleri görecektir.

Frank tahmin yükünü daha çok avukatlara yüklemiştir. “...*Dolayısıyla avukatın düşündüğü şeyin merkezinde olması gereken, bu eylem, belge veya işlemlerin içinde yer aldığı bir davada mahkemenin ne karar vereceğidir.*’ ‘... *O sözde hukuk kural ve ilkelerini bilmek, mahkemelerin ne yapacağını tahmin etme işinde sanıldığından çok daha az bir öneme sahiptir.*”¹¹⁵ Avukatların her dava için sonucunu tahmin edebilecekleri veriler ellerinde bulunamayabilir. Ancak yine de meslekleri gereği bu tahminleri yapmak zorundadırlar.

Mahkemelerin bir sonraki davranışının tahmin edilmesi oldukça önemli bir konumda olsa da bu tahmin işlemi her zaman yapılamamaktadır. Çeşitli nedenler tahmin edilebilirliği sekteye uğratacaktır. Hâkimlerin farklı kişilikleri bu nedenlerden birisidir. Dürüst- dürüst olmayan, zeki- aptal, duygusal- soğukkanlı ve daha birçok şekilde ayrım yapılacak türde hâkim vardır. Çelişen ifadelerin olduğu bir davada olayın kabul şeklinin

114 Llewellyn, Karl N. (1940) ‘On Reading and Using the Newer Jurisprudence’ Columbia Law Review, Vol: 40, No: 4, s. 581-614, s. 591.

115 Frank, Jerome N. (1931-1932) ‘What Courts Do in Fact - Part One’ Illinois Law Review, Vol: 26, No: 6, s. 645-666’den aktaran Uzun (2015), s. 82.

nasıl olacağı belirlenemez. Böyle davalarda hangi hâkimin hangi kuralların etkisi altında kalacağı da belirlenemez. Kişisel faktörler tahmin edilebilirliği azaltacaktır. İşte bu nedenlerle Frank davaların sonuçlarını tahmin etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir.¹¹⁶

Tahmin edilebilirliği etkileyen faktörlerden birisi de tarihin göreceliliğidir. Geçmişte yaşananlar herkes tarafından ayrı ayrı algılanır ve farklı şekilde yorumlanır. Kimsenin bir olayı nasıl algılayacağı önceden kestirilemez. İnsanlar adalete ihtiyaç duyduğu kadar merhamete de ihtiyaç duyar. Dolayısıyla merhamete duyulan özlem de tahmin edilebilirliği büyük ölçüde etkileyecektir.¹¹⁷

Realistler şüpheli yaklaşımları nedeniyle hukukun genel kabul görmüş yaklaşımlardan farklı bir yapıda olduğunu göstermek istemişlerdir. Ancak bu, yargılamanın bir aldatmaca gibi gösterilmesi demek değildir. Sadece hukuku geniş manasıyla ele alıp, tahmin edilebilirliği artırmak realistlerin asıl amacı olmuştur.¹¹⁸

3.1.4 Değer Teorisi

Değer teorisi ve hukuksal değerler farklı bakış açıları nazarından farklı tanımlanmıştır. Değer teorisinin temeline bazı görüşler ahlak kavramlarını, bazı görüşler politik kavramları yerleştirmiştir. Ancak bu farklı yaklaşımlara rağmen değer kavramını “... toplumsal yaşamda bireyin davranış ve fiillerini belirleyici bir norm ya da ilke” olarak tanımlamak mümkündür.¹¹⁹

¹¹⁶ Frank (1931a), s. 42.

¹¹⁷ Yücel, Mustafa Tören (2009) Hukuk Felsefesi, 3. Baskı, Ankara, Afşar Matbaacılık, s. 192.

¹¹⁸ Tamanaha (2008), s. 6.

¹¹⁹ Kılıç, Muharrem (2018) Hukuksal Aklın Sosyo-Politik Bağlamı Norm-Anlam-Yorum, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 99.

Ahlaki değerlere sahip olmayan bir kişi bile eğer birlikte yaşadığı insanlarca kabul edilmiş bir ahlak kriteri varsa, ahlaki sebeplerle olmasa da yaptırımından kaçmak amacıyla o kritere uygun davranacaktır.¹²⁰ Hukuka kötü adam gözüyle bakmanın gerekliliği de buradan doğar. Kötü adam ahlaki saiklerle olmasa bile hukukun yaptırımlarından kaçmak için doğru davranışlar sergileyecektir.

Hukukla ahlak, bu kavramların birbirinden uzak kavramlar olmasından dolayı değil, hukukun ne olduğunun objektif bir şekilde ortaya koyulabilmesi için ayrılmalıdır. Hukuk ahlakın bir parçası olmasa bile onunla sınırlandırılmıştır. Bir kuralın koyulmasında hukuki bir engel olmasa bile toplumdan göreceği tepkiden çekinilerek kuralın koyulmasından vazgeçilebilir. Holmes'a göre hukuk ve ahlak kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Elbette hukukun gelişmesinde ahlakın etkisi yadsınamaz. Ancak ahlakta kullanılan kast, hile, ihmal gibi terimlerin hukukta hangi manalarda kullanıldığının ayrımı çok iyi yapılmalıdır.¹²¹

Örneğin sözleşmeler hukukuyla ilgili örneğinde Holmes; Roma hukukundan gelen gelenekle sözleşmenin, iki tarafın iradesinin uyuşması şeklinde tanımlanmasına karşı çıkmıştır. İradelerin uyuşması yerine imzaların uyuşması terimini kullanmayı daha uygun görmüştür. Yani aynı iradeyi değil aynı sözlerin taraflarca söylenmiş olması gerekmektedir. Bu şekilde irade gibi objektif testlere tabi tutulamayacak bir kavramı hukukun içerisinden çıkarmak mümkün olabilecektir.¹²²

Amerikan Hukuki Realizmi, pragmatizmden aldığı ilhamla hukuk kurallarının aslı hedefinin sosyal ihtiyaçlar olduğu iddiasındadır. Holmes hukuk kurallarının değerini, bu

¹²⁰ Holmes (1897), s. 461.

¹²¹ Holmes (1897), s. 463. Gürkan (1967), s. 24.

¹²² Holmes (1897), s. 15.

kuralların toplumda gördüğü karşılıkla eş değer tutmuştur. Hukuk kuralları varlığını doğru ya da yanlış oluşuna değil toplumun taleplerine ne kadar uygun olduğuna borçludur.¹²³

Frank, hukukçular tarafından kullanılan iyi niyet, sözleşme özgürlüğü, usuli kazanılmış hak gibi kavramların hukukla ilgilenmeyen insanlar için bir anlam ifade etmeyeceğini belirtir. Hukukçular bu kavramlara akıl yürütme yoluyla ulaşırlar. Ancak bu kavramların gerçek hayatta pek bir karşılığı yoktur. Hukukçuların fakülteden mezun olduktan sonra uygulama safhasında bocalama yaşamasının sebebi de budur. Hukuki kavramlar ancak tecrübeyle uyumlu hale geldiği zaman bir değer ve anlam ifade eder.¹²⁴

Llewellyn de hukukta olan ve olması gereken ayrımının yapılmasını elzem bulmaktadır. İyi, güzel, amaç gibi kavramların hukukun inceleme alanında kaldığını ifade etmektedir.¹²⁵ Ancak bu inceleme gerçekleşen hukuk iyi gözlemlendikten sonra yapılmalıdır. Öncelikle olanın net bir tespiti yapılmalı sonra bu temelden bir olması gereken ayrımına geçilebilir.

Amerikan Hukuki Realizmi açısından asıl önemli olan her bir somut vakıanın değeridir. Realizmin hukukla ilgili olarak bir diğer değer kıstası ise somut ve tikel olayların soyut ve tümel kurallara olan üstünlüğüdür. Realistlere göre genel kurallar somut olayın şartlarına göre daha belirsizdir. Bir olayın sosyal veya psikolojik çözümlemesinin yapılması hem daha kolay hem daha değerlidir. Çünkü bu çözümleme sonucunda daha doğru ve faydalı bir sonuca ulaşılabilecektir. Holmes'in Lochner davasındaki muhalefet serhinde de belirttiği gibi genel önermeler somut olaylar hakkında karar veremez.¹²⁶

123 **Holmes** (1881), s. 40.

124 **Frank** (1949), s. 31.

125 **Llewellyn, Karl N.** (1942) 'On the Good, the True, and the Beautiful, on Law' The University of Chicago Law Review, Vol: 9, No: 2, s. 224-265, s. 227.

126 bkz. s. 116.

Realizmde de bir “olan” ve “olması gereken” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım tamamen işlemekte olan hukuku tespit edebilmek amacıyla yapılır. Bu ayrım yapılmaz ve hukuki kavramların değerleri ahlak kavramlarıyla açıklanırsa hukukun teorisi ile pratiği arasında bir farklılık oluşur.¹²⁷ Bu duruma karşı olan realistler hukuk kavramlarının, toplumda bulunduğu karşılıkla ve tecrübeyle değer kazanacağını savunurlar.

3.2 Hukuki Realizmde Hâkimin Konumu

Realizmde hâkimlik merkezi bir konumda olmuştur. Gerçekten de hukukun tanımından uygulamasına kadar bütün alanlarda hâkim ve mahkeme merkezli açıklamalar bunu göstermektedir. Realist çalışma yapanların bir kısmı hâkimleri incelerken, psikolojik etkiler nazariyesinden bakmış, bir kısmı da sosyal kabullerin üzerinde durmuşlardır.¹²⁸

Hâkim, her şeyden önce yaşadığı toplumun bir unsurudur. Hâkim içinde yaşadığı düzendeki her vatandaş gibi düzene karşı olumlu ya da olumsuz söylemler üretebilir. Ancak bu söylemleri hâkim sıfatıyla değil, vatandaş sıfatıyla üretmelidir.¹²⁹ Hâkimler de insan olarak toplumsal kabullerden nasibini almış kişilerdir. Bu kabuller doğrultusunda bilinçli de olsa bilinçsiz de olsa kararları etkilenmektedir. Felsefî görüşü, estetik algısı, bilinçli ya da bilinçsiz bütün ön kabulleri bu süreci etkileyecektir.¹³⁰ Hâkimin öncelikli olarak yapması gereken kendisiyle, içinde yaşadığı toplumla ve hukukla ilgili gerçekleri kabul etmesidir. Bu kabul zaaf ve eksikliklerin kabulünü içeriyor olsa dahi, kabul neticesinde daha doğru kararlar verilmesi sağlanacaktır.¹³¹

127 **Yörükoğlu** (1982), s. 53.

128 **Gürkan** (1967), s. 109.

129 **Kılıç** (2018), s. 26.

130 **Tamanaha** (2008), s. 32.

131 **Gürkan** (1967), s. 65.

Frank, insanların düşünmeye başlarken belirli yollar izleyip bir sonuca varmadığını, aksine önce sonucu belirleyip düşüncesini ona göre belirlediğini iddia eder. Doğal olarak hâkimler de başta belirledikleri kararı vermeye eğilimlidirler. Yani bazı basit örnekler dışında çalışmasına sonuçtan başlar. Frank’e göre, hâkim başta hangi kararın kendisinin adalet duygusuna hitap ettiğine karar verir ve kararını onun etrafında şekillendirir. Bunu kurallara ve emsallere karşı gelmeden de yapabilir.¹³²

Frank “kadı adaleti”ni kadının her olay için kendi şahsi fikrinin ön planda olduğu bir adalet sistemi olarak tanımladıktan sonra, Amerika’daki sistemin de aslında bir kadı adaleti sistemi olduğunu ancak bunun gizlendiğini ve bu gizlemenin sistemin gerçek doğasını anlaşılmasına engel olduğunu söylemektedir.¹³³ Yani Frank’e göre, her ne kadar hukuk sistematize edilse ve hukukun bu sistematik içinde işlediği düşünülse de asıl olan hâkimlerin görüşleridir.

Kural merkezli hukuk kabulü, yargı sistemindeki bozuklukları sakladığı gibi, dürüst, çalışkan ve dikkatli hâkimlerin de takdir edilmesine engel olurlar. Çünkü bir övgü varsa bu kuralların iyiliğine gidecektir. Onu eldeki davaya en uygun şekilde uygulayan hâkime değil. Frank’e göre hâkim merkezli bir anlayışla hâkimlerin kalitesi yargı sisteminin kalitesini belirler bu yüzden hâkimlerin gelişmesi yargı camiasının gelişmesi demektir.¹³⁴

Llewellyn’e göre asıl mesele hâkimlere ve diğer resmi yetkililere adaleti sağlayabilmesi için gerekli serbestiyetin ve rasyonel tekniklerin sağlanabilmesidir.¹³⁵ Bu özgürlüğün sağlanması durumunda hâkimler toplumun ihtiyaçlarına çözüm getirebilir.

¹³² Frank (1949), s. 101.

¹³³ Frank (1931a), s. 31.

¹³⁴ Frank (1931b), s. 242.

¹³⁵ Llewellyn (1940b), s. 614.

Hukuk ile toplum arasındaki ilişkinin en önemli boyutu davranışlar boyutudur. Bu temel ve herkesçe kabul edilecek olan fikirden aslında önemli sonuçlar çıkmaktadır. Emredici ve tanımlayıcı kabul edilen kurallar, aslında şu durum gerçekleşirse hâkimler şu kararı vermelidir şeklindeki gerçeği ortaya koymaktadır.¹³⁶ Hâkimlerin uygulamak için kabul ettikleri kurallar ile onların gerçek davranışları arasında her zaman fark vardır. Bu farklılığın boyutunun ne derecelere geldiğini saptayabilmek için ise her bir dava için esaslı bir soruşturmaya girişmek gerekmektedir. Bu davranışsal yaklaşım aslında diğer sosyal bilimlerde uzun yıllardır kullanılan bir yaklaşımdır.

Hukuk her ne kadar basitleştirilmeye, sistematik hale getirilmeye çalışılsa da hayatın karmaşıklığı karşısında bu hiçbir zaman mümkün olmamaktadır. Frank'e göre bir hukuk sisteminin toplum tarafından kabul edilebilmesi için, durağan formüller dinamik bir hale getirilmelidir. Bu da hâkimlerin eldeki kuralları eldeki durumlara uygulamasıyla mümkündür. Her bir olay için verilecek karar sosyal olarak en faydalı olacak şekilde verilmelidir.¹³⁷ Yani hâkimler sosyal refahın teminatıdır.

Holmes Yüksek Mahkemedeki görevinden oldukça memnun olduğunu belirtir. Böylelikle kendisinin neyi yasaklayabileceğini fakat bunun anayasal olarak ne ölçüde serbest olduğunu değerlendirme şansına sahip olduğunu ifade etmiştir.¹³⁸ Yani kişisel görüşünün anayasa kurallarıyla çatışmasını bir avantaj olarak görmüştür. Bu karşılaştırma fırsatından yararlanarak devlet tarafından öngörülmüş olan hukuk ile hâkimin kafasındaki hukuk arasındaki farkları tespit edebilmiştir. Hâkim uygulamakla mükellef olduğu hukuk karşısında çaresiz; kararlarında yorumladığı hukuk ile ona yön verirken de bir o kadar yetkindir. Nitekim Holmes bir yargıç olarak verdiği kararlarla hukuka yön vermiştir.

Görüldüğü üzere realizmde hâkim oldukça merkezi bir konumdadır. Toplumda yaşayan her birey toplumun genel kabullerinden etkilenir. Hâkim de toplumda yaşayan

136 Llewellyn (1930), s. 443.

137 Frank (1949), s. 120.

138 Tamanaha (2008), s. 43.

bireylerden biri olduğu için onu toplumun bir unsuru olarak ele almak gerekir. Ayrıca realist anlayışta hâkimler bu kadar merkezi bir öneme sahip oldukları için hukukun gelişmesi de onların gelişmesine bağlıdır. Daha kaliteli, eğitilmiş ve dürüst hâkimler toplumun ihtiyaç duyduğu hukuku ve adaleti sağlayabilir. Son olarak hâkimler hukuka yön vererek toplumun ihtiyacını karşılayacak en önemli mercilerden biri konumundadır.

3.3 Hukuki Realizmin Temel Önergeleri ve Hâkimin Rolü

Bazı realistler ilgilerini hukukun sosyal bilim olma özelliklerine, bazıları hukuk eğitime yöneltmişlerdir. Büyük bir kısmı ise değişen sosyal ve ekonomik yapılar karşısında hukukçuların ve özellikle mahkemelerin nasıl bir tavır takınacağıyla ilgilenmiş ve bu yönde eserler vermişlerdir.

Llewellyn, realistlerin ortak özelliklerini dokuz madde halinde şöyle sıralamıştır: ilk olarak realistlere göre hukuk mahkemeler aracılığıyla oluşturulur ve değişkendir. İkinci ortak özellikleri hukukun kendine has bir amacı olmadığını, araçsal olduğunu ifade etmeleri dolayısıyla bütün değerlendirmelerin işlemin amacı ve doğurduğu etkilerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmalarıdır. Üçüncü olarak, toplum hukuktan daha hızlı bir şekilde değişim halinde olduğu için toplumun ihtiyaçlarının bilincinde olup eldeki hukukun bu ihtiyaçları ne derece karşıladığı incelenmelidir. Realistlerin bir diğer ortak özelliği, mahkemelerin işlemlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için olan ve olması gereken ayrımının geçici olarak yapılması gerektiğine olan inançtır. Beşincisi, kurallara duyulan şüphe ve kuralları mahkemelerin davranışlarını açıklayan değil, mahkemelerin ne yapacağına dair genelleştirilmiş tahminler olarak değerlendirmeleridir. Altıncısı, kural şüpheciliğinin bir sonucu olarak mahkemelerin verdikleri kararların kaynağının yani hukukun asıl kaynağının kurallar olmadığı kabulüdür. Realist yazarların yedinci ortak görüşü, davaların her bir olgusu farklı olduğu için onları daha dar bir şekilde kategorize ederek değerlendirmektir. Sekizincisi, hukuk uygulamalarının sonuçları itibarıyla incelenmesidir. Dokuzuncu ve son belirlenen ortak özellik ise bu hususların sürekli olarak yeniden değerlendirilmesi gerektiğidir.

Bu özellikler elbette ilk defa realistler tarafından ifade edilmemiştir ve yapılan bu listeleme dahil hiçbir sınırlandırma çabası realizm akımını tam olarak yansıtamayacaktır. Llewellyn sadece kendisinin bir kişiyi değerlendirirken asgari düzeyde hangi özelliklerine ve görüşlerine bakarak realist adlandırması yaptığını ifade etmek için bu listeyi oluşturmuştur.¹³⁹ Bu listede belirtilen ya da bunun dışındaki realist görüşlerin birçoğu daha önceden başka hukukçular tarafından ifade edilen görüşlerdir. Realistler sadece odak noktalarını belirli yerlere çevirmişler ve bunu iyi bir toplumsal gözlem sonucu yapmışlardır.¹⁴⁰

Realizmin temel önermelerine çalışmamızın çeşitli bölümlerinde değinilmiştir. Bu başlık altında realist anlayışın hâkime biçmiş olduğu rolle en ilişkili olan önermeleri ayrıca ele alınacaktır. Bu bağlamda hukuki belirsizlik, kural şüpheciliği, olgu şüpheciliği, hukukun araçsal özelliği, yeni hukukun yaratılması ve toplumun değişkenliğine değinilecek ve bu kapsamda hâkimin rolü belirlenmeye çalışılacaktır.

3.3.1 Hukuki Belirsizlik

Hukukun belirsizliği tezi farklı hukuki anlayışlarda farklı boyutlarıyla tartışılmıştır. Ancak bu fikrin somut bir şekilde ortaya atılışı ve tanımlanması hukuki realistler tarafından gerçekleştirilmiştir.¹⁴¹ Hukukta belirlilik arzusu toplumda yerleşmiş haldedir. Çünkü hukukun yapısı itibariyle toplumun en karmaşık ilişkilerini konu edinmesi onu belirsiz ve

139 **Llewellyn, Karl N.** (1931) 'Some Realism About Realism: Responding Dean Pound' Harvard Law Review, Vol: 44, No: 8, s. 1222-1264, s. 1235-38.

140 **Tamanaha** (2008), s. 15.

141 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkök, Gülriz** (2002) 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine' AÜHFD, C: 51, S: 2, s. 1-18.

değişken kılmaktadır.¹⁴² Hatta toplumun fertlerinin belirsiz ve değişken davranışlarıyla ilgilenen hukukun, belirsiz ve değişken olmasında fayda vardır.

Duncan Kennedy hukukta kesinlik özlemini vatandaşlar nezdinde yarattığı olumlu etkiden kaynaklandığını belirtmektedir. Vatandaşlar davranışları neticesinde nasıl bir devlet müdahalesiyle karşılaşacaklarını kestirebilecektir. Bu da bireylerin kendilerini daha güvende hissetmelerini sağlayacaktır. Devlet de bireylerin faaliyetlerini bu şekilde düzenleyebilecektir.¹⁴³

Frank hukukta kesinlik arayışının sebebini psikanalitik olarak ele almıştır. Buna göre temel efsane olarak nitelendirdiği kavram insanların hepsini hukukta kesinlik isteğine yönlendirmiştir. Temel efsane özet olarak şu şekilde açıklanabilir: yeni doğan çocuk her şeyin düzen içerisinde olduğunu düşünür ancak zamanla ne kadar güçsüz bir varlık olduğunu anlar bu güçsüzlük farkındalığından sonra karşısına güven ögesi olarak ilk önce anne ve babası çıktığı için onların himayesine girdiğini, bu şekilde güvende olduğunu düşünür. Zaman geçtikçe çocuk, anne babasının da her şeye kâdir varlıklar olmadığını anladıkça bu güven arayışını başka şeylere yöneltir. İnsan geniş ailesinde, mahallesinde ve devlette güven arayışını sürdürür. En sonunda bu otorite arayışı hukukun kesinliği fikrine evrilir. Hukukun kesin ve belirli olması insanı dış tehlikelere karşı koruyan yegane şeydir. Frank'e göre temel efsane hukukçuları da etkilemekte ve onların aslında açık anlamlara sahip kavramları daha zor ifadelerle ifade etmesine sebep olur.¹⁴⁴

Hukuki belirsizlik Frank için kaçınılmazdır. Bütün hâkimler aynı derecede dikkatli, zeki ve dürüst olsa bile gelecekteki bir zaman diliminde önüne gelecek olan olguları nasıl değerlendireceğini tahmin etmek imkansızdır.¹⁴⁵ Ancak aynı zamanda Frank, hâkimin

142 **Frank** (1949), s. 63.

143 **Kennedy, Duncan** (1976) 'Form and Substance in Private Law Adjudication' *Harvard Law Review*, Vol: 89, s. 1685-1778, s. 1688.

144 **Frank** (1949), s. 13-20.

145 **Frank** (1931b), s. 241.

kendi zaafalarının farkında olmasını ve öz-farkındalığı sayesinde bu belirsizliği tamamen ortadan kaldıramasa bile minimuma indirebileceğini söyler.¹⁴⁶

Realist yazarların ekstremist tarafının en büyük temsilcisi olan Frank tahmin edilebilir bütün belirsizlik doğuracak durumları değerlendirmiştir. Bu işte öyle ileri gitmiştir ki tanıkların ya da avukatların hormonlarının bile hâkimin hormonlarını ve dolayısıyla kararlarını etkileyeceğini, bu hesaplanamaz durumları bile hukuki belirsizlik tezini destekler kanıtlar olarak kullanmıştır.¹⁴⁷

Frank belirsizliğin istisnası olabilecek durumları da belirlemiştir. Bir hukuki birliğin oluşabilmesi ve belirsizliğin ortadan kalkabilmesi için beş şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirtir. Olguları oldukça basit, çelişkili beyanlar barındırmayan, aşık bir şekilde sonucu görülebilen (ters yönden hızlı giden aracın kaza yapması gibi), jürisiz, ve dürüst hâkimlerin verdikleri kararlarda bir belirlilikten bahsedilebilir. Ancak bu tip davaların sayısı oldukça azdır.¹⁴⁸

Frank'in ekstremist realistlerden sayılmasının birçok nedeni vardır. Psikolojiye olan temelsiz atıfları, hâkimin kişiliğine çok fazla vurgu yapmak ve rasyonel hiçbir olgunun hukukta olmadığını iddia gibi görüşleri bunun nedeni sayılabilir. Bu tip görüşlere çoğu realist yazar karşı çıkmıştır. Özellikle Llewellyn Frank'in radikal belirsizlik tezine ve olgu şüpheciliğine karşı çıkmıştır.¹⁴⁹

Llewellyn, önerdiği sistemle hukukta belirsizliğin ortadan kalkabileceğini belirtmiştir. Hukukçular mahkeme kararlarının geleceğe ışık tutmasını da sağlayacaktır.

146 **Tamanaha** (2008), s. 51.

147 **Frank** (1931b), s. 248.

148 **Frank** (1931b), s. 251.

149 **Llewellyn, Karl N. / Adler, Mortimer J. / Cook, Walter Wheeler** (1931) “‘Law and the Modern Mind’: A Symposium’ Columbia Law Review, Vol: 31, No: 1, s. 82-115, s. 83.

Temyiz mahkemelerinin kararlarıyla hukukta belirsizliğin bir nebze azaldığını iddia etmiştir.¹⁵⁰

Hukukta belirsizlik algısını yaratan şey kuralların mantıki yorumlanmaya çalışılmasıdır. Formalist anlayışa göre hâkimler tûmdengelim metodunu kullanarak doğru cevaba ulaşan kişilerdir. Buna göre hâkimler öncelikle uygulanması gereken hukuk kuralını tespit eder. Bu kuralın olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan sonuç her zaman doğru sonuç olacaktır. Halbuki realist anlayışa göre yapılması gereken, pragmatik bir şekilde yaklaşmaktır. Toplumun ihtiyaçları göz önünde bulundurularak verilecek kararlar hukukta belirsizlik anlayışını azaltmaktadır. Zaten hukuktan beklenilmesi gereken mutlak bir kesinlik değil, tahmini kolaylaştıracak bir kararlılık olmalıdır.

Amerikan mahkemeleri Llewellyn'e göre her kararından sonra belirsizliği ve tahmin edilemezliği ortadan kaldırmaya bir adım daha yaklaşmaktadır.¹⁵¹ Temyiz mahkemelerinin kararlılığı sağlamasının sebeplerinin başında tecrübeli hâkimler gelmektedir. Her ne kadar her hâkimin aldığı eğitim, yetiştiği kültür ve zayıflıkları gibi faktörler onların olayları farklı algılamasını sağlayacak olsa da temyiz hâkimleri artık bu durumlarının farkında olup bunlara karşı koyabilecek tecrübeye sahip olduğu için kararlılığı sağlayabilmektedir. Temyiz mahkemelerindeki hâkimlerin tek bir ağızdan gerekçe yazabilmesi, tek bir doğru cevaba ulaşılmaya çalışılması da kendi farklılıklarını minimuma indirebildiklerinin bir göstergesidir. Kararlılığı sağlayan diğer etmenleri sıralamak gerekirse; hukuk doktrini, doktrin tecrübeleri, adalet karşı sorumluluk duygusu, ilk derece mahkemesi tutanakları, önceden belirlenmiş malzeme, avukatların dilekçeleri, grup kararı, temyiz üyelerinin emniyet ve dürüstlüğü, temyiz mahkemesi geleneği ve vaktinin tamamını yargı işlerine ayıran hâkimler bu kararlılığı sağlamaktadır.¹⁵² Bütün bu faktörler sayesinde hukukta belirlilik ve kesinlik güç kazanacaktır.

150 Llewellyn (1940b), s. 591.

151 Llewellyn (1996), s. 126.

152 Gürkan (1967), s. 121-127.

Hukukun belirlenemez yapısı realist yazarlarca ortak olarak kabul edilmiştir. Bu yapı karşısında hâkimlere iki temel görev düşmektedir. Bunlardan birincisi, belirsizliğe sebep olan figürlerin tespitini yapmak ve bu figürleri olabildiğince kararlarından uzak tutmaktır. İkinci görev ise, belirsizliği yaratan figürlerden biri olarak kendisini bu konuda eğitmek ve bireysel faktörlerin kararlarına karışmasını minimuma indirmeye çalışmaktır. Bu da ancak tecrübe ve yüksek bir öz-farkındalıkla mümkün olabilir.

Amerikan Hukuki Realizmi anlayışına göre hukuki belirsizlik; kurallara karşı duyulan şüphe ve olgulara karşı duyulan şüpheyi içine alacak şekilde açıklanmıştır.¹⁵³ Bu nedenle hâkim, kural şüphecisi ve olgu şüphecisi olarak ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

3.3.1.1 Kural Şüphecisi Hâkim

Hukuk kuralları, her bir hukuk bakış açısı tarafından farklı tanımlanmıştır. Ancak bu tanımların hepsinde ortaklaşan iki kavram vardır: “yükümlülük” ve “toplumsal grup” kavramları. İnsanların toplumsal grup içerisinde yapmakla yükümlü oldukları davranış biçimine hukuk kuralı denir.¹⁵⁴ Ancak bu tanımlama bile içerisinde birçok belirsizlik barındırır. Yükümlülüğün karşısına konulan yaptırım, bu yaptırımın toplumdaki bütün bireyler için caydırıcılığı, toplumsal grubun kabulleri, bu kabullerin neye göre belirleneceği gibi öznel veriler tanımın içine girmektedir. İşte bu öznellik realizmin kural şüpheciliği tezinin hareket noktası olmuştur.

Hukuk kurallarının kaynağı kanunlar, emsal kararlar ya da doktrin olabilir. Realistler bu kaynaklardan birini tercih etmemiş, aksine her bir kaynaktan gelen kurala aynı şüpheyle yaklaşılması gerektiğini savunmuşlardır. İster hâkimlerin önceden verdiği emsal kararlardan ister kanunlardan ister doktrinsel kitaplardan olsun, bu kuralların hiçbir

153 **Akı, Emine İ.** (2008) ‘Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik’ (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 33.

154 **Can** (2011), s. 147.

hukuk değildir. Bunlar yalnızca hâkimin önüne gelen davayı çözerken hukuk yaratmak için yararlandığı kaynaklardan bazılarıdır.¹⁵⁵

Llewellyn, bir kuralın ne olduğunu anlayabilmemiz için öncelikle onun nasıl çalıştığını bilmemiz gerektiğini belirtir. Bir hukuk kuralının anlam ve içerik kazanabilmesi ancak davranışla mümkündür. Bu davranıştan kasıt öncelikle hâkimin davranışı, daha sonra da ilgili avukatın davranışdır. Bir de bu kurallardan etkilenen insanların nasıl etkilendiğini saptandığında kuralın kelimelerden oluşmuş bir formül değil, gerçek bir olgu olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁵⁶

Hukuk kuralları, hangi şartlar altında ve kimin mahkemeden başka birine müdahale edilmesini isteyebileceği sorusundan türemiştir. Ancak daha sonraki düşünürler davaları bir şeyleri korumanın yöntemi olarak görmüşler ve buna “hak” adını vermişlerdir. Bir kural bir kişinin lehine bir sonuç ortaya çıkarıyorsa, o kişinin hakkı olduğu söylenir. Yani haklar kuralların sembolleştirilmiş halleridir.¹⁵⁷

Llewellyn, kuralların hayatımızın bir gerçekliği olmadan önce bir kavram olarak değil bir eylem olarak hayatımızda yer aldığını belirtir. Kuralların insanları dava önüne getirmekten alıkoyma özellikleri üzerinde durmuştur. Bugün de kuralları sistematik hale getirmeye, soyut kavramlarmış gibi davranmaya çalışılsa da aslında kurallar hayata etki eder ve gücünü bu etkiden alır.¹⁵⁸

Llewellyn kuralları hukukun merkezine koymasına karşın bu kuralların sistematik hale getirilmesini kuramcılara, bunların somut olaylara uygulanmasını da hâkimlere ve avukatlara görev olarak yüklemiştir. Hukukun uygulayıcıları olarak hâkimler ve avukatlar için toplum ve kurallar verili bir haldedir ve bu meslek grupları somut olay bazında

155 Frank (1931a), s. 40.

156 Yücel (2009), s. 58.

157 Llewellyn (1930), s. 437.

158 Llewellyn (1931a), s. 1222.

kuralları uygulamakla mükelleftirler.¹⁵⁹ Llewellyn kuralların içeriğini incelemiş tanımlayıcı ya da hâkime yol gösterici bir niteliği olduğunu göstermiş ve kuralların kelimelerinin değil bu kuralların toplumda yarattığı etkinin asıl incelenmesi gereken nokta olduğunu belirtmiştir. Yani kitaplardaki hukukla gerçekte olan hukukun ayrıştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Llewellyn'e göre kuralın iyi ve doğru olabilmesi için; önceki davaların olgularına uygunluğu ve uygulanabilirliği kanıtlanmış, adli bir sonuç doğuracak olan ve bu sebeple de avukatlara tahmin kolaylığı sağlayan kurallar olması gerekmektedir.¹⁶⁰ Kural aslında hâkimin söylediği şeydir.¹⁶¹

Realistlerin kurallara karşı duyduğu şüphe, onların belirsiz ya da kesin olmayan ifadelerden oluştuğundan ötürü değildir. Bilakis kuralların daha da kesinleştirilmesi uyuşmazlıkları ancak daha çok artıracaktır. Kurallar ne kadar basit olursa o derecede “kötü adam”ın yararına olacaktır.¹⁶² Çünkü yapması gerekeni daha iyi bilecek ve mahkemeyi daha iyi manipüle edebilecektir. Kuralların çok açık olması kimi zaman olguların değiştirilmesine daha büyük bir motivasyon olmaktadır.¹⁶³ Ayrıca kurallar sadece muğlak

159 Llewellyn (1996), s. 13.

160 Gürkan (1967), s. 118.

161 Llewellyn, Karl N. (1938) ‘The Rule of Law in Our Case-Law of Contract’ Yale Law Journal, Vol: 47, No: 8, s. 1243-1271, s. 1244.

162 Frank (1931b), s. 238.

163 Frank’ın aktardığı bir hukuk fikrasında: şartlı bağışlamayla ilgili baktığı bir davada hâkim: “Eğer müteveffa şöyle demişse: -önümüzdeki Missouri emsal kararlarına göre – ‘Kızım eğer benimle yaşarsan sana bu evi vereceğim’ o zaman davacı lehine hüküm vereceğim.” Daha sonra davacı tarafın tanıklarından biri ifadesinde: “O günü çok net hatırlıyorum soğuk ve fırtınalı bir geceydi. Ateşin başında oturuyorduk ve Mr. Jones kızına ‘önümüzdeki Missouri emsal kararlarına göre, kızım eğer benimle yaşarsan sana bu evi vereceğim.’ dedi.” Bu fıkra da olduğu gibi kuralların daha net bir biçimde ortaya koyulması olguların değiştirilmesine sebep olabilecektir. Frank (1931b), s. 239.

oldukları için farklı yorumlanabilir denemez. Frank muğlak kuralların kesin kurallardan daha az dava çözdüğüne dair hiçbir kanıt olmadığını söylemektedir.¹⁶⁴

Frank emsallere karşı hâkimin üç tutum sergileyebileceğini belirtir. Bunlardan ilki temyiz kararlarının her bir dava için hukuki olarak ele alınmış bir sorunun ele alınması ve cevaplandırılması olarak görülen yaklaşımdır. Buna göre her bir temyiz kararı bir hukuki soruyu cevaplandırmış olacak ve bundan sonra başka bir davada aynı soruyla karşılaşılırsa tekrar bir incelemeye girişmeden aynı cevap verilebilecektir. İkinci yöntem “sözlü stabilite” denilen yaklaşımdır. Bu yaklaşımda temyiz kararlarında kullanılan kelimelerin yeni kararlarda da aynı şekilde kullanılması gerektiğini ifade eder. Kelimenin anlamı artık davanın somut gerçekliklerine uymasa, kelimeler farklı anlamlarda kullanılsa bile kesinlik ve belirliliği sağlamak için temyiz kararları bu şekilde kullanılmalıdır. Üçüncü yöntem ise hükmün gerekçesinden birtakım ilkeler çıkarılarak yeni davalara uygulanma yöntemidir.¹⁶⁵ Emsal kararların hâkimin vereceği karar üzerinde ne derece etkili olması gerektiğiyle ilgili Holmes, kararların mantıksal formunun arkasında kanun koyucuyla yarışma kaygısı ve işi önemseme ile açıklanamayacak bilinçsiz bir hüküm vermenin gizli olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁶ Yani temyiz mahkemeleri bilinçsiz bir şekilde de olsa kuralları kendisinin belirlediğini düşünmektedir.

Emsaller Frank’e göre temyiz mahkemelerinin istikrarlı karar vermesinde de etkin değildir. Temyiz mahkemeleri sadece önlerine gelen dava ile emsal davanın vakıalarının benzerliklerini inceler. Bunları benzer bulursa yine aynı kararın verilmesini sağlar. Bulmazsa da emsalden vazgeçecektir. Hâkimler kararlarının gelecekte emsal olarak alınabileceği çekincesine sahip oldukları için yeni bir kural ortaya koymaktan çekinirler.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Frank (1931b), s. 236.

¹⁶⁵ Frank, Jerome N. (1950) Courts on Trial Myth and Reality in American Justice, 2. Baskı, New Jersey, Princeton University Press, s. 275-280.

¹⁶⁶ Holmes (1897), s. 468.

¹⁶⁷ Gürkan (1967), s. 60.

Geleceğin belirsizliğine rağmen geleceğe etkili olduğu düşünülerek verilen kararlar bugünün meselelerini çözmek için de yetersiz kalacaktır.

Oliphant emsal kararları izlemesinin iki anlama gelebileceğini belirtir. Birincisi emsalleri izleyerek gelecekteki davalarda nasıl karar verilebileceği tahmin edilebilir. Ayrıca bu kararlara bakarak insanların heveslerine göre değil hukuka uygun olarak nasıl karar verebileceğini anlayabiliriz. İkinci olarak emsallere baktığımızda devamızı sonuçlandıracak genel ifadeler ararız. Ancak hızla değişen dünyada önceki emsal kararlardaki genel ifadelerin devamıza yardımcı olup olamayacağı meçhuldür.¹⁶⁸

Cook emsal kararlar ışığında verilen mahkeme kararlarını incelemiştir ve mahkemelerin emsallerde kabul edilen kuralların genelleştirilip yeni davaya uygulandığını tespit etmiştir.¹⁶⁹ Emsal karar ile eldeki davanın maddi vakıalarının farklı olduğunu saptadıktan sonra emsal kararın esas alınmaması daha doğru olacaktır. Hâkimler emsal kararlara başvuracak olsalar dahi o kararın iç mantığını eldeki davayla ayırt edip ona göre başvurabileceği hususlara başvurması gerekmektedir. Önceki kararın olgu kabullerine, beyanlara şüpheyile yaklaşmalı onları dar olarak yorumlamalıdır. Verilen karar sonucunda varılması amaçlanan hedef unutulmadan, bu hedefe ulaşılabilmesi öngörülen bir gerekçe bulunduğu zaman karar genel kabuller dışında verilebilmelidir. Cook'a göre insanın düşünce geliştirme metotlarının ve özel olarak hukuki düşüncenin nasıl geliştiği hakkında emin olamadığımız için, hukuki kuralların ve emsal kararların da nasıl kullanılacağından emin olamayız.¹⁷⁰ Bu da bizi kural şüpheciliğine götürecektir.

Llewellyn'in temyiz mahkemelerine yüklediği bir diğer görev de kurallar üzerinedir. Temyiz mahkemelerinde kuralların toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde

168 **Oliphant, Herman** (1928) 'A Return to Stare Decisis' American Bar Association Journal, Vol: 14, No: 2, s. 71-162, s. 72.

169 **Cook, Walter Wheeler** (1924) 'The Logical and the Legal Basis of the Conflict of Law' The Yale Law Journal, Vol: 33, No: 5, s. 457-488, s. 464.

170 **Cook** (1924), s. 486.

uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷¹ Belirsizlik iddialarında olduğu gibi, kurallara karşı eleştirel yaklaşımın çözümünü Llewellyn yine temyiz mahkemelerinde bulmuştur.

Kuralların yorumu, onların uygulandıkları olaylara tam uygun olabilmesi için önemlidir. Kuralların farklı yorumları ve istisnaları onların farklı olaylar için uygulanabilmelerini ve doğru sonuç doğurabilmelerini sağlamaktadır. Bu sebeple kuralların tek bir anlamı varmış gibi düşünülmesi hukukun gelişimini engelleyecektir. Kurallar insanlara hizmet etmek için vardır. Kurallarla ulaşmak istenen amacı tespit etmek ve kuralın gerçekte ne ifade ettiğini bilmek onu uygulamaktan çok daha önemlidir.¹⁷² Sırf kuralları uygulamış olmak için onların öngördüğü sosyal fayda göz ardı edilmemelidir.¹⁷³

Kuralların anlamları amacından saptırarak yorumlanamaz. ABD’de ticarete tekelleşmeyi önlemek için öngörülmüş bir kanun bu şekilde yorumlamaya bir örnek gösterilebilir. Kuralın amacına bakmadan dar bir şekilde “imalat” ve “ticaret” kelimelerinin ayrı anlama geldiğine kanaat getiren hâkimler, şeker üreticilerinin tekelleşmesine engel olamamışlardır.¹⁷⁴

Frank kural şüpheciliğinin kural inkârı anlamına gelmediği üzerine özellikle birçok yerde vurgu yapmıştır. Hukukun kurallardan meydana gelmediğini iddia etmek hukukun kurallarla hiçbir ilgisi yok demek değildir. Frank hukuk- kural ayrışmasını inek-çimen ayrışmasına benzetir. İneğin çimenden oluştuğunu kabul etmemek, çimenin gerçekliğini ya

171 Llewellyn (1996), s. 20.

172 Llewellyn (1996), s. 37.

173 New York yakınlarında yaşayan Seneca kabilesinin sahip olduğu toprakların kiralınmasıyla ilgili bir davada sosyal faydaya vurgu yapılmıştır. Kiralama ücreti ve azami kiralama sürelerinin kanun hükümleriyle değiştirilmişti. Ancak bu genel değişikliğin somut olaya uygulanması hakkaniyete uymamaktaydı. Frank, kuralın formel yorumunun adaleti sağlayamayacağını, idari despotizmden kurtulmak için kuralların despotizmine girilmesinin sakıncalı olduğunu kararında belirtmiştir. [1942] 125 F.2d 928. Gürkan (1967), s. 56.

174 Uzun (2015), s. 78.

da ineğin onu yediği gerçeğini inkâr etmek demek değildir. Aynı şekilde hukukun kurallardan oluştuğunu inkâr etmek, kuralların varlığını inkâr ya da hukuk yaratılırken kuralların kullanıldığı gerçeğini inkâr anlamına gelmemektedir.¹⁷⁵

Holmes'un ortaya koyduğu "gerçek kural" fikrini benimseyen Llewellyn onu biraz daha geliştirerek "kağıt kuralları" ve "gerçek kurallar" ayırmasına gitmiştir. Kâğıt kuralları o gün için hukuk kitaplarında yazan ya da geçmişte mahkemelerce verilen kararlardan elde edilen kurallarken gerçek kurallar mahkemelerin uygulamaları sonucu ortaya çıkan pratiklerdir. Bir kuralın ya da hakkın ölçütü, mevcut durumla ne kadar alakadar olduğuyula hesaplanır. Kağıt kuralları öncelikle iktidarın söylemlerinde şekillenir ve ortaya konulur. Daha sonra kabul edilmiş doktrin bunu destekler. Llewellyn kuralların karar vermedeki rolünü takdir etmekle birlikte aslolanın kuralların arkasındaki fenomenlerin çözülmesi olduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁶ Llewellyn kuralların hâkimleri kısıtlamasına karşı çıkmıştır. Ona göre kurallar hâkime sadece rehberlik yapmalıdır.¹⁷⁷

Kural şüpheciliği realizmin en temel tezlerinden biridir. Hukuki belirsizliğin kendini en çok gösterdiği, hukukun mantıksal bir süreç olmadığı gibi diğer tezlerini de destekleyen bir tezdır. Kural şüpheciliğinin; hukuk dilinin belirsizliği, sosyal ve ekonomik gelişmelerin toplumu hızlı bir şekilde değiştirmesi ve olguların biricikliği gibi nedenleri mevcuttur. Kurallar hakkında ne kadar eleştiride bulunulsa da bir hâkim karar vermeden önce muhakkak bir kural belirleyecektir. Realizm birçok eleştiri ve görüş ortaya koymasıyla birlikte bu görüşlerinin somut uygulanma şekillerini ortaya koymadığı

175 **Frank** (1931a), s. 43.

176 **Llewellyn** (1930), s. 448.

177 **Demirdal, Mustafa Balkan** (2009) 'Hukuki Belirsizlik İddialarıyla İlgili Hâkimin Konumu' (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32.

eleştirileriyle karşılaşmıştır. Örneğin psikolojik ya da sosyolojik karar verme süreçlerinin nasıl yaşanacağı net olarak ortaya koyulmamıştır.¹⁷⁸

Frank'e göre kuralların mahkemelerin vereceği kararı belirleyebilmesi için bütün hâkimlerin kişiliklerinin aynı olması gerekmektedir. Çünkü bu kuralları yorumlamada hâkimlerin kişilikleri esas etkili olan etkidir.¹⁷⁹ Dürüst hâkim elbette kuralları bilir ve bunlara göre karar verir. Ancak çelişkili beyanlara karşı, kural bilgisi dışında, adalet anlayışı, sosyo-ekonomik bakış açısı yani kısacası "kişiliği" vereceği kararda etkili olur.¹⁸⁰ Realistlerin izinden giden Kennedy, kuralların siyasi yönelim, rüşvet gibi etkilerden arî bir şekilde amacına uygun ve keyfilikten uzak bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸¹

Bütün bu açıklamalar ışığında, kurallar karşısında hâkimin rolünün öncelikle onların gerçek anlamlarını araştırmak olduğu anlaşılmaktadır. Kural şüphecisi olarak bir hâkim, kuralın en baştan hangi amaçla koyulduğunu, bu amacı gerçekleştirmek için yorumlamasını nasıl yapması gerektiğini doğru bir şekilde belirlemelidir. Ayrıca bu yorumlama neticesinde davanın taraflarının ihtiyaçlarının en iyi şekilde karşılanmasını sağlamak da kural şüphecisi hâkimin bir diğer görevidir.

3.3.1.2 Olgü Şüphecisi Hâkim

Hukuk, geçmişte yaşanmış olayların mahkemeye taşınmasıyla ortaya çıkar. Mahkemece olaydaki olguların nasıl yorumlanacağı önceden kestirilemez. Kural

178 **Rumble, Wilfrid E. Jr.** (1966) 'Rule- Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism' Journal of Public Law, Vol: 15, No: 2, s. 251-285, s. 284.

179 **Gürkan** (1967), s. 56.

180 **Frank** (1931a), s. 47.

181 **Kennedy** (1976), s. 1688.

şüphecililiğinden farklı olarak olgu şüphecililiğinde ilk derece mahkemelerinin kararlarının incelenmesine daha fazla önem verilmiştir.

Formalist anlayış bir mahkeme kararını şu şekilde formülize etmiştir: Kural X Olgu = Karar. Yani verilecek olan kararın önceden tahmin edilebilmesi için olguların ve uygulanacak kuralın net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu formüldeki belirlenmesi zor olan şeyin kural olduğuna olan inanç olgularla ilgili şüpheyi engel olmaktadır. Aslında bir kararın verilmesindeki en önemli unsur olayın mahkemece kabul şeklidir. Bu sebeple dava konusu olayın bütün olgularının belirlenmesi kararı tahmin için ilk yapılacak iş olmalıdır. Hâkim davanın olgularını bilirse gerekçesini dahi oluşturmada bir sonuca varacaktır. Hâkim önceden belirlediği karara uygun olguları seçecek ve uygun kuralı da belirledikten sonra önceden belirlenmiş kararı kolayca verecektir.¹⁸²

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

$$Ka \times Oa = Ha$$

Fakat bir sorun var. Fiili bir dava olmaksızın, davanın “görölmüş” olduğunu söylemek imkansızdır. (“Görölmüş” bir dava ile, tartışma konusu olayın ortaya konduğu ve söz konusu olaylarla ilgili çatışan tanık ifadelerinin dinlendiği davayı kastediyorum.) Dolayısıyla, belirli bir “görölmüş” davada, hüküm verilmeden önce O bilinmemektedir.-ve bilinemez niteliktedir. Bizi H’ye götüren O, dava başlamadan önce var olan bir şey değildir. “Görölmüş” bir davanın “olayları”, yargısal amaçlar açısından, taraflar arasında gerçekten meydana gelmiş olan olaylar değil, mahkemenin meydana geldiğini düşündüğü olaylardır. Formülümüzdeki değişken O mahkemenin olduğunu düşündüğü (ya da söylediği) şeydir.

182 Frank (1931-1932a), s. 653.

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

Dolayısıyla, mahkemenin, en basit olayların söz konusu olduğu davada dahi hakikati öğrenmesinin kesin bir aracı yoktur. Bu kesin olmadıkça, dava dinlenmeden önce, kararın ne olacağından emin olamazsınız; kurallar açık, belirli ve kesin olsa bile”¹⁸³

Olayların biricikliği formülü Kural X Sübjektif Olay = Karar şekline getirmektedir. Sübjektif olayın kabul şeklini hâkimin kendisi dahil kimse en baştan bilemez. Bu nedenle uygulanacak olan kural da bilinemeyecektir.¹⁸⁴ Hâkim ancak kendisine tanıklar ve diğer delillerle aktarılan şekliyle olaya vakıf olacaktır. Bu aktarımın dinamikleri ise her olay için farklı olacaktır. Bu sebeple de olguların kabulü de farklı olacaktır. Bu sebeple hâkim önündeki davanın konusu geçmişte gerçekleştiği için tanık ifadelerini ve delilleri değerlendiren bir tarihçi gibi davranmalıdır.¹⁸⁵ Dava görülmeden hâkimin olayı kabul şekli tahmin edilemez. Olayın kabul şekli tahmin edilmeden de kararın ne olacağından emin olunamaz.¹⁸⁶ Klasik anlayıştaki formülü Frank, Hâkimi Etkileyen Uyarılar X Hâkimin Kişiliği = Karar şeklinde de ifade etmiştir.¹⁸⁷

183 Frank (1931-1932a), s. 649-650'den aktaran Uzun (2015), s. 86.

184 Frank, Jerome N. (1948) 'Say It with Music' Harvard Law Review, Vol: 61, No: 6, s. 921-957, s. 925.

185 Gürkan (1967), s. 69.

186 Akı (2008), s. 42.

187 Frank (1931b), s. 242.

Olguların her defasında farklı değerlendirilmesinin bir diğer önemli sebebi de olayı değerlendiren hâkimin kişiliğidir. Hâkimlerin ahlaki değerleri, zaafı, davaya karşı hissiyatları ve peşin hükümleri kararın oluşum sürecine doğrudan etki etmektedir.¹⁸⁸Hâkim cübbesini giydikten sonra insan olmaktan çıkmaz. Her bir hâkimin farklı sosyal, ekonomik geçmişi, siyasi görüşü mevcuttur. Her hâkimin dünyaya aynı pencereden baktığı düşünülemez. Frank'e göre ise hâkimi etkileyen faktörlerin başında psikolojik olanları gelmektedir.¹⁸⁹Tarafların veya tanıkların bir hareketi bir lafı hâkimde kötü bir anıyı ya da çok sevimli bir anıyı canlandırabilir ve olgular hakkında hükmederken bu şekilde hükmetmesine yol açabilir. Hele tek hâkimli mahkemelerde bu görelilik had safhaya çıkmaktadır.¹⁹⁰

Frank, olgularla kuralların her zaman uyuşamayacağını bunun önünde birçok engel olduğunu söylemektedir. Hâkim davanın olgularını değerlendirirken zihninde uygulayacağı kuralı belirlemiş ve bu kuralın unsurlarını olgular içerisinde arıyor olabilir. Örneğin, tanığın ifadelerinde uygulayacağı kuralın şartlarının olup olmadığını arayabilir ancak daha sonra bu kuralı uygulamaktan vazgeçecek olabilir. Hâkim yeni uygulayacağını düşündüğü kuralın öğelerinin tanığın ifadelerinde olup olmadığını hatırlayamaz. Bu durumda dava sonuçlandıktan sonra incelendiğinde olguların gerçek şeklinin bilinmesi imkansızdır. Hâkim gerekçesinde de kendi kabul şeklini anlatacağı için bu yanlışlığın ortaya çıkması imkansızdır.¹⁹¹

Frank kendi ifadesiyle “tanıkların yanılabılır tanığı”¹⁹²olan hâkimin olguları doğru bir şekilde anlamasının imkânsız olduğunu vurgular. En başta tanık olayı yanlış hatırlıyor olabileceği gibi olayı yanlış görmüş veya olayı mahkemeye yanlış aksettiriyor da

188 Frank (1949), s. 142.

189 Frank (1950), s. 150.

190 Frank (1950), s. 155.

191 Frank (1948), s. 947.

192 Frank (1931a), s. 28.

olabilir.¹⁹³ Pek tabii ki tanığın yalancı tanıklık yapma ihtimali vardır. Ancak Frank bunun bu üç seçenekten daha az tehlikeli olduğunu, çünkü yalan söylediği anlaşılan kişinin ifadesine itibar etmemenin daha kolay olduğunu ifade etmektedir. Hâkim gerekçesinde bulgularını da tartışmalıdır. Böylece kararın doğruluğunun incelenmesi daha kolay olacaktır.¹⁹⁴

Hâkimin kişisel özelliklerinin etkililiği hususunda Llewellyn, Frank ve Hutcheson gibi diğer realistlerden farklı düşünüyordu. Hâkimin kişisel özelliklerinin verilen kararlarda etkisinin olduğunu ancak bu etkisinin azaltılabileceğine daha çok inanıyordu.¹⁹⁵

Olgu şüphecisi hâkimin “tarihçi gibi” davranmasına ayrı bir parantez açmakta fayda vardır. Hukukun ne olduğunu anlayabilmek için tarih bilmenin bize büyük yardımı olur. Özellikle *Common Law* sisteminde bir kuralın nasıl ortaya çıktığını yıllıklarda (*year books*) bulmak mümkündür. Bu nedenle hukuk çalışmaları yaparken tarih ilminden faydalanmak ve kuralların temelini öğrenmek atılacak ilk adımdır. Holmes ejderha benzetmesiyle bunun sadece atılacak ilk adım olduğunu söylemektedir. Ejderhayı mağarasından çıkarmak ve onun kaç dişi ve tırnağı olduğunu öğrenmek ilk adımdır ancak sonraki adım onu öldürmenin ya da eğitmenin bir yolunu bulmak olmalıdır. Çünkü geçmişte ortaya çıkmış olan bir kuralın günümüzde hala kullanılıyor olması, hatta ortaya çıktığı şartların ortadan kalkmasına rağmen hala o kuralın geçerli sayılması Holmes’un deyişiyle “iğrenç”tir. Bir kuralın geçerli kabul edilebilmesi için, sadece onun IV. Henry zamanında kullanılmasından başka bir açıklamanın olmaması kabul edilemez.¹⁹⁶

Holmes 1881 yılında *The Common Law* adlı eserini yazana kadar hukuk tarihi, sadece tarihçiler tarafından incelenen bir alan olarak kalmıştır. Hukuk alanından kişilerin

193 **Gürkan** (1967), s. 77.

194 **Frank** (1948), s. 950.

195 **Frank** (1931a), s. 30.

196 **Holmes** (1897), s. 469.

çalışmaları genel itibariyle yüzeysel bir içerikte olmuştur. Holmes'un hukuk alanında bir profesyonel olarak yaptığı bu çalışma, hem hukuki kavramların izini takip ederek bir tarihçi gibi yaklaşımı hem de bu kavramların günümüzdeki karşılığını incelemesiyle çığır açıcı bir çalışmadır.¹⁹⁷ Hukuk tarihi sadece emsal kararları uygulamak için başvurulması gereken bir alan değildir. Hâkimlerin önlerindeki kuralların neden ve ne zaman ortaya çıktığını, zaman içerisinde bu kuralın uygulamasının nasıl farklılaştığını ve nihayet günümüzdeki şartlara ne derece uyum sağladığını tespit edebilmek için hukuk tarihi incelenmelidir. Adil sonuçlara varabilmek için her hâkim bu tarihçi yaklaşımı benimsemelidir.

Duruşmada hâkim olgulara ulaşmaya çalışırken geçmişte yaşanmış olayların bilgisine ulaşmaya çalışır. Bu sebeple tarihçi gibi davranması gerekmektedir. Geçmişte olan şeyler sağlam birer veri halinde hâkimin onu bulmasını beklemez.¹⁹⁸ Bu olgulara hâkim belli başlı yöntemlerle ulaşır. Bu ulaştığı sonuç ise olgunun bilgisi değil, olguyla ilgili hâkimin görüşüdür. Hâkim ancak doğru yöntemleri izleyerek geçmişteki olgular hakkında kendi görüşünü oluşturabilir. Tanık dinlerken tanığın yalan söyleme, yanlış hatırlama gibi gerçeği olduğu gibi açıklayamama ihtimalini göz önünde bulundurmalıdır. Kendisinin hâkim olarak bu ifadelere tanıklık ederken de yanılabilceğini göz önünde bulundurması gerekir. Tanıkların ifadelerini değerlendirirken de hâkim tarihçi gibi davranmalıdır.

Olgu şüphecisi olan hâkim öncelikle olguları doğru bir şekilde belirlemenin kararın bel kemiğini oluşturduğunun farkında olmalıdır. Olgular, karar verilene kadar iki farklı aşamadan geçmektedir. İlk aşama olguların hâkim huzuruna gelene kadarki aşamasıdır. Bu aşamada tanık ifadeleri ve diğer somut bulgular bulunmaktadır. Hâkim, olguların bu aşamada uğradığı değişimi tespit edebilmek için yukarıda belirttiğimiz gibi “tarihçi gibi” davranmalıdır. İkincisi ise mahkeme huzuruna gelmesinden karar verilene kadar olan

197 **Plucknett, Theodore F. T.** (1931) ‘Holmes: The Historian’ Harvard Law Review, Vol: 44, No: 5, s. 712-716, s. 713.

198 **Frank** (1948), s. 923.

aşamadır. Bu aşamada hâkim olgularla baş başadır. Olguların karar formülüne doğru bir şekilde yansıtılmasının önündeki tek engel hâkimin kendisidir. Kişisel özelliklerinden dolayı olguları farklı bir şekilde algılayabilir. Buna engel olabilmek için de yine tecrübe ve yüksek bir öz-farkındalık gerekmektedir. Hâkimin olgu şüphecisi olarak en önemli rolü, olguların bu iki aşamadan da gerçeğe en yakın şekliyle çıkmasını sağlamaktır.

3.3.2 Hukuku Araç Olarak Kullanmak

Hukuk çağlardan beri bütün toplumlarda, toplumsal amaçlara ulaşmak için kullanılagelmiştir. Bu amaçlar da çoğunlukla yöneticilerin, bazen de halkın siyasi yönelimleriyle belirlenmiştir. Belirlenmiş olan bu amaçlara ulaşabilmek için üç farklı yasama stratejisi belirlenebilir. Birinci strateji, hukuk devrimi olarak adlandırılabilen, üstten gelen bir baskı neticesinde hukuk kurumlarında değişikliğe gidilmesidir. Bu yönetime örnek olarak Türk Medeni Kanunu devrimi örnek gösterilebilir. İkinci strateji ise yasamanın dolaysız bir şekilde kurumlara müdahale etmesiyle değil, toplumu değişime yönlendirecek çerçevenin ortaya koyulmasıdır. Ekonominin gelişmesi için girişimciliğin desteklenmesi bu yaklaşıma bir örnektir. Üçüncüsü ise, beklenen değişimi temin etme amacıyla yeni hukuki yükümlülükler veya kolaylıklar yaratılmasıdır.¹⁹⁹ Bu yaklaşıma da örnek olarak; çevre kirliliğini azaltmak isteyen devletin, vatandaşlarını yenilenebilir enerjiye yönlendirmek için, yenilenebilir enerji üreticilerinden daha az vergi alması verilebilir. Böylece yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen enerji daha ucuz olacak ve daha çok kullanılacaktır. Belirli büyüklükteki işletmelerin çalışanlarının bir kısmının engelli olması zorunluluğu da bu yaklaşıma örnek teşkil edebilir.

Her toplumun belli başlı amaçları vardır ve hukuk aslında bu amaçlara ulaşabilmek için kullanılan araçtır. Hukukun araç olarak kullanılmasını şöyle bir örnekle açıklayabiliriz; trafikte arabaların kırmızı ışıkta durması bir hukuk kuralıyla belirlenmiştir. Bu kuralın asıl hedefinin kazaların oluşumunu azaltmak ve güvenli bir sürüşü sağlamak

199 Özcan (2011), s. 218.

olduğu aşıkardır. Bu durumda kırmızı ışıktaki durulması araç, daha az kazanın gerçekleşmesi de amaç olacaktır.

Hukukun araçsal özelliğini Oliphant şu şekilde tanımlar: *“Bundan yüzyıl önce, Jeremy Bentham, hukuku nihai bir hedef olarak değil, sadece ve sırf bir hedefe ulaştıracak bir araç olarak görmüş ve hukuku bu haliyle bilimsel olarak kullanılması gerektiğini iddia etmiştir. Sonradan James’in pragmatizmi ile Dewey’in enstrümantalist mantığı gelmiş ve biz, Bentham’la beraber, bunların getirdiği sonucu anlamağa başlamış oluyoruz. Şimdi liberaller hukuktan nihai bir gayeye erişmek için bir araç olarak bahsetmeye cesaretle girişmiş durumdadır. Birçokları, sadece bahsetmekten ziyade, hukuku halihazır gayeler için bir araç olarak incelemeye de hevesli görünüyorlar”*²⁰⁰ Oliphant bu şekilde realistlerin araçsal bakış açısını özetlemiş bulunmaktadır.

Amerikan Hukuki Realizmine göre hukuk, niteliği itibarıyla araçsal olmasıyla birlikte, olması gereken özelliği de araçsal olmasıdır. Çünkü toplumun sorunlarını ve değişen ihtiyaçlarını izlemek ve bu sorunlara çözüm üretmek hukukun ve hukuk uygulayıcısı olarak hâkimin temel görevidir.²⁰¹

Peki hukukun yöneleceği hedeflerin kaynağı nedir? Yani hukuk bir amaca yönelik kullanılacak; ancak bu amaç neye göre belirlenecektir? Bu sorunun cevabı ise realistlere göre amaç belirlenirken sosyoloji, istatistik ve ekonomi gibi sosyal bilimlerden faydalanılacağıdır. Bu bilimlerin verileri ışığında öncelikle toplumun mevcut durumu tespit edilecektir. Buna göre toplumun ihtiyaç duyduğu değişimler hukukun amacı olarak belirlenecektir.

Hukuku bir araç olarak gören realist anlayış için aslolan amaçlardır ve bu amaçlara ulaşmak için verilen kararların ne derece amaca yakın ve etkili olduğu da oldukça önem arz etmektedir. Ancak belirlenmiş kabul edilen hedefleri tespit etmek her zaman kolay

200 **Oliphant, Herman** (1930) ‘The New Legal Education’ The Nation, No: 131, s. 495’den aktaran **Yörükoğlu** (1982), s. 56.

201 **Llewellyn** (1931a), s. 1223.

olmayabilir. Kural koyucular hedefi açık bir şekilde belirtebileceği gibi bu hususta bir yorumda bulunmamış da olabilirler. Dahası hedefi “ilk hedef” “ara hedef” ve “nihai hedef” olarak bölümlere ayrılmış bir halde de tasarlamış olabilirler. Kuralın lafzından ilk hedef ve ara hedefin tespiti bir nebze daha kolay olsa da nihai hedefin tespiti her zaman kolay olmayacaktır.²⁰² Ancak şunu da belirtmekte fayda vardır ki bir kural ne kadar hedefini düzgün bir şekilde ortaya koysa da bunu anlamayacak bir hâkimin elinde yeterince işlevli olamayacaktır. İyi kanunlar kötü hâkimlerin elinde kötü; kötü kanunlar iyi hâkimlerin elinde iyi sonuç verecektir.

Llewellyn de hukuku bir makine olarak görmüş ve kendine has bir değeri olmadığını ancak hizmet ettiği amaçlar olabileceğini belirtmiştir.²⁰³ Hukuk, toplumda kabul edilen amaçları gerçekleştirdiği ölçüde değerli olacaktır.

Hukukun bu araçsal özelliğini ortaya çıkaracak kişiler de yine hukukun uygulayıcıları olan hâkimler olacaktır. Hâkimin rolü öncelikle hukuk tarafından belirlenmiş amaçları tespit etmektir. Her bir kanun, her bir emsal karar, her bir doktrin bulgusunun hangi bağlamda ve hangi amaçla ortaya çıktığı belirlenmelidir. Bu tespitten sonra her bir somut olaya uygulayacağı hukukun, amaca uygun olmasını sağlamak realist hâkimin en önemli görevlerinden birisidir. Hâkimin rolü, hukuk aracını kullanıp, toplumu belirlenen hedefe ulaştırmaktır.

3.3.3 Hukuk Yaratıcısı Olarak Hâkim

Realist yazarlara göre hâkimin görevi sadece mevcut hukuku uygulamak değil aynı zamanda onu oluşturmaktır. Amerikan Hukuki Realizminin en temel tezlerinden biri; hukukun, uygulayıcıları tarafından yaratılması gerektiği fikridir. Hukuk yaratmanın en önemli motivasyonu toplumun dinamizmidir. Teknolojik gelişmeler, kültürel değişimler ve

202 Yörükoğlu (1982), s. 189.

203 Llewellyn (1930), s. 464.

sosyal ihtiyaçlar sürekli yeni hukuk ihtiyaını doğurur. Önceden konulmuş bir kural doğabilecek bütün durumları öngöremeyeceği için hukuk yaratma yetkisinin, hâkimlerin elinde olması gerekmektedir.

Toplumsal değişim, yeni şartların oluşmasına; yeni şartların oluşması da yeni ihtilafların doğmasına yol açar. Bu yeni ihtilaflar için ise sürekli yeni hukuk yaratmak zorunludur. Holmes, hâkimin çözdüğü her bir davanın aslında farklı yer ve zamanda yaşayan kişilerin ve bu kişilerin yaşadığı olayların bir değerlendirmesi olduğuna vurgu yapmıştır. Hukukun toplumsal değişimle ters düşmemesi için hukukun sürekli yeniden ortaya konulması gerekir.²⁰⁴

Llewellyn bu değişim hususunda muhafazakr bir tutum sergilemiş ve her toplumsal değişime aynı şekilde reaksiyon veren bir hukuk değil öncelikle mevcut düzeni koruma yollarını arayan bunun mümkün olmadığı durumlarda gereken değişimi gerçekleştiren bir hukuk anlayışı ortaya koymuştur.²⁰⁵

Llewellyn emsallerin üç şekilde kullanıldığını tespit etmiştir: emsale tam uyma, emsali hiç kullanmama ve emsalin geliştirilerek yeniden hüküm kurulması.²⁰⁶ Bu üç kullanım tarzından herhangi birini tercih etmemekle birlikte her birinin ayrı sonuçları olduğunu belirtmektedir. Birinci kullanım şekli olan emsale uyma, tahmin edilebilirliği artırmaktayken üçüncü şekil olan emsalin geliştirilmesi yeni hukukun yaratılmasına imkan tanımaktadır. Llewellyn'e göre hâkim emsal kararlardan çıkardığı normun uygulanmasını somut olaya uygun bulmadığı durumlarda hukuk yaratabilmelidir.

204 **Yücel, Mustafa Tren** (2004) Hukuk Sosyoloğisi, 4. Baskı, Ankara, Başkent Klişe Matbaacılık, s. 88.

205 **Llewellyn, Karl N.** (1931) 'Legal Tradition and Social Science Method- A Realist's Critique' : Lyon, Leverett S. / Lubin, Isador / Meriam, Lewis / Wright, Philip G. (Ed.) (1931) Essays on Research in the Social Sciences: Papers Presented in a General Seminar Conducted by the Committee on Training of The Brookings Institution, 1. Baskı, Washington, Brookings Institution, s. 104.

206 **Gürkan** (1967), s. 130.

Realizm akımı kanunlaşmaya da karşı değildir. Sadece hâkimlere hareket alanı tanıyan yumuşak ilkeler olarak düzenlenen kanunların olması gerektiğini savunur. Aksi durumda olayın hal ve şartlarına uygun bir çözüm bulması hâkimden beklenemez.²⁰⁷

Gray hukukun kaynaklarını; yasama yoluyla oluşturulan hukuk, emsal kararlardan yararlanarak oluşturulan hukuk, uzman kişilerin görüşleri, gelenek, ahlak ve hakkaniyet şeklinde sıralamıştır.²⁰⁸ Ona göre hâkimler diğer kaynaklarda davayla ilgili bir hüküm bulamazsa toplumun büyük kısmı tarafından kabul edilmiş olan kuralları uygulayabilecektir. Ahlak ve hakkaniyet de hukukun kaynaklarındandır. Ancak bu kaynak diğerlerinde bir hüküm bulunmadığında uygulanan değil, diğerleriyle birlikte uygulanan bir kaynaktır. Gray'e göre bütün bu kaynakların içinde en önemli rol hâkimindir. Her bir kaynaktan gelen kuralı davanın şartlarına uydurmak hâkimin görevidir. Kaynağı ne olursa olsun bütün hukuk aslında hâkimin yaptığı hukuktur.²⁰⁹

Hâkim her yeni kararında yeni bir hukuk yaratmış olur. Frank kanun koyucuyu bir besteciye benzetmektedir o besteyi icra edecek kişiler hâkimlerdir. Öyle ki hâkim tarafından yapılan yorumlar dahi hukuk yaratmanın konusundadır.²¹⁰ Frank için hukuk yaratmak hâkim için fazladan bir yetki değil görevdir. Hâkim hukuk yaratmaz ve hukuk yarattığını kabul etmezse hukukun belirli ve kesin olduğu efsanesine hizmet etmiş olacaktır.²¹¹ Hâkimin elindeki davaya uygulayacağı norm kanun koyucunun belirlediği kanunlardan kaynaklansa bile, normun uygulanış safhasında esas hukuku yaratan hâkim olmaktadır.

207 **Gürkan** (1967), s. 62.

208 **Gray, John Chipman** (1909) *The Nature and Sources of the Law*, 1. Baskı, New York, The Columbia University Press, s. 145,187,245,266,286.

209 **Gray** (1909), s. 188.

210 **Frank, Jerome N.** (1947) 'Word and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation' *Columbia Law Review*, Vol: 47, No: 8, s. 1259-1278, s. 1260.

211 **Gürkan** (1967), s. 55.

Realizme göre hukuk, tanımı itibariyle mahkemelerin yaptığı şeydir. Buna göre hukukun yaratılmasında hâkimlerin rolünün çok büyük olması kaçınılmazdır. Normun ortaya çıkması, hukukun ortaya çıkmasıyla eş anlamlı değildir. Normun kaynağı yasama organı ya da yargı organı olabilir. Yasama organının ortaya koyduğu normlar kanunlardır. Yargı organının ortaya koyduğu normlar ise emsal kararlardır.

Somut olaya uygulanacak olan norm, olaya uygunluk ve amaca uygunluk denetiminden geçmektedir. Realist bir hâkim bu denetimi yaparken serbestçe hareket edebilmelidir. Kaynağı ne olursa olsun normun olaya uygulanması sonucu yeni hukuk ortaya çıkacaktır. Bu sebeple yeni hukuk yaratma rolü de doğal olarak hâkimde olmaktadır.



4. AMERİKÂN HUKUKİ REALİZMİNDE HÂKİMİN EĞİTİMİ ve NİTELİKLERİ

4.1 Hâkimin Eğitimi

Hâkimin niteliklerini belirlerken onun alacağı eğitimden bahsetmemek mümkün değildir. Meslek icra edilirken, alınan temel eğitimden fakülteye kadar alınan eğitimin ve hatta meslek içerisinde alınan eğitimin hâkimlerin sahip oldukları niteliklerle doğrudan bağlantısı mevcuttur. Fakültede ve meslek içerisinde öğretilenler uygulamayı şekillendirir. Uygulamada verilen kararlar ve ortaya çıkan sonuçlar da tekrar eğitimde kullanılır. Bu nedenle fakültede alınan eğitim esas olmak üzere hâkimin eğitiminin değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

4.1.1 Genel Olarak Hukuk Eğitimi

Toplumların en temel beklentisi olan adaletin gerçekleşmesinin en önemli aktörü hukukçular olacaktır. Bu önemli görevi üstlenecek olan hukukçuların alacağı eğitim de oldukça önem arz etmektedir. Bu nedenle hukuk eğitiminin kapsamı belirlenirken meseleye titizlikle yaklaşılmalıdır. Eğitimin kapsamı belirlenirken bazı hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu hususların başında hukuk öğrencilerinin aldığı eğitimin içeriğinin büyük kısmında kuramsal düşünceler, varsayımlar olması gelmektedir. Bu şekilde eğitim alan bir öğrencinin bakışının bulanması ve somut gerçeklikten kopması işten bile değildir. Günlük olaylara bile hukuk perdesinin arkasından bakılacaktır. Örneğin şahit olunan bir kazaya yardım edilmesi “vekaletsiz iş görme”, birine yumruk atılması “haksız fiilde bulunma” şeklinde dile getirilecektir. Bu soyutlamanın asıl tehlikesi ise baklava çalınması ile mücevher çalınmasının aynı kurala bağlanmasında kendini gösterir.²¹²

212 Serozan, Rona (2013) ‘Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. XI-XVI, s. XIV.

Küreselleşme süreci 20. yüzyılın başından beri hızlı bir şekilde ilerlemektedir. Özellikle 21. yüzyılda son hızına ulaşmış durumdadır. Teknolojinin çok hızlı gelişmesi ve hızlı bir şekilde yayılması bunun başlıca sebeplerindendir. Bu nedenle gelişime ayak uydurmak artık mecburidir. Bu süreç sanayi, ekonomi gibi alanları etkilediği gibi eğitim alanını ve dolayısıyla da hukuk eğitimi alanını da doğrudan ilgilendirmektedir.

Bilginin ulaşılabilirliğinin artması, ona erişmeyi daha zaruri hale getirmektedir. Yani küresel dünyada artık bilgi sahibi olmamak ya da en azından ona ulaşma yöntemlerini bilmemek söz konusu bile değildir. Bu dünyada yer almanın ilk kuralı, “google” kullanmayı bilmektir. Bu bilgi yoğunluğu içerisinde bireyleri öne çıkarabilecek en önemli özellik bilgiye sahip olmak değil; eleştirel düşünme ve yaratıcı olabilme becerisiyle bilgiyi kullanabilmektir.²¹³ Bu durum aynı şekilde hukuk eğitimi için de geçerlidir. Hukuk bilgisine ulaşmak da geçmiş çağlara göre oldukça kolaydır. Ancak hukuk bilgisi epistemolojik anlamda, “bilimsel” özelliğinin yanında “sanatsal” özelliği de haizdir. Bu nedenle hukuk bilgisinin aktarımı, kültür aktarımı şeklinde üniversiteler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²¹⁴ Çağımızın hukukçusu gelişime açık, yeni durumlar için yeni çözümler üretebilen ve eskiyi eleştirebilen hukukçudur. Hukuk eğitimi uygulamaya dönük, öğrencilerin yorum yapmasına olanak tanıyan, değişen dünyayı takip edebilmek için yabancı dil öğrenilen, yabancı hukuk sistemlerinin de takip edildiği bir içeriğe sahip olmalıdır. Teknoloji hukuku, bilişim hukuku gibi teknik gelişmelerin yarattığı hukuk alanlarının yanı sıra ekonomik gelişmelerin de ders programında yer aldığı bir hukuk eğitimi küresel bir niteliğe sahip olabilir.²¹⁵

Avrupa Birliği ülkeleri de küreselleşme süreciyle birlikte hukuk eğitimi sistemlerinde değişikliklere gitmiştir. Buna göre ülkeler arasındaki karşılaştırmalı hukuk

213 **Em, Ali** (2005) ‘Küreselleşen Dünyada Öğretim ve Eğitimin Önemi ve Bu Kapsamda Hukuk Öğretimi ve Eğitimi’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 61, s. 27-34, s. 28.

214 **Kılıç, Muharrem** (2011) ‘Hukuk Öğreniminin Epistemolojik Temellendirimine Dair Dibace – Teknokrasi-den Filozofiyeye-’ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. 11-20, s. 16.

215 **Em** (2005), s. 32.

dersleri artırılmış ve Avrupa Birliği hukuku derslerinin de verilmesi ön görülmüştür. Örneğin Hollanda’da hukuk mezunu olunabilmesi için öğrenciler başka bir Avrupa devleti hukukundan da sınava tabi tutulmaktadır. Yani öğrencilerin, Hollanda şirketler hukuku konularının yanında İngiltere, Almanya ya da Fransa şirketler hukukunu da bilmesi gerekmektedir. ²¹⁶ Avrupa Birliği çatısı altındaki bu gelişmeler hukuk eğitiminin küresel bir hal almaya doğru ilerlediğinin kanıtı niteliğindedir.

Ülkemizde 2003 yılından beri faaliyet gösteren Türkiye Adalet Akademisi²¹⁷ bu anlamda birçok boşluğu doldurmaktadır. Hâkimlerin meslek öncesi ve meslek içi eğitim programlarıyla eğitilmesi, mesleki etik eğitimleri, meslek dışı konularda genel kültür bilgilerinin verilmesi, eğitimlerin uygulamaya yönelik olması gibi hususlar hukuk eğitimimize küresel bir boyut kazandıran meselelerdir.²¹⁸ Hâkim ve savcıların mesleğe başlamadan önce eğitimini tecrübeli meslek büyüklerinden alması, onların bilgi ve tecrübelerinden faydalanması oldukça faydalı olmaktadır.

Kennedy, hukuk eğitiminin ideolojik bir niteliği olduğunu, toplumda var olan hiyerarşinin hukuk öğrencilerine “doğal” olarak yansıtıldığını iddia etmektedir. Verilen eğitimin içeriğindeki mülkiyet, sözleşme, tazminat gibi kavramlar eğitimin içeriğinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu kavramlar aslında farklı ideolojiler kapsamında ele alındığında farklı anlamlara gelebilecekken, okullarda öğretilen anlamların tek ve

216 Arslan, Ramazan / Taşpınar, Sema (2004) ‘Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi’ AÜHFD, C: 53, S: 1, s. 1-25, s. 9.

217 09/07/2018 tarihinde 703 Sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Adalet Akademisi kapatılmış, ancak 02/05/2019 tarihinde 34 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle tekrardan kurulmuştur. Arada geçen on aylık süreçte de Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi adı altında faaliyetlerini sürdürmeye devam etmiştir.

218 Em (2005), s. 33.

değişmez anlamlar olduğu öğretilmektedir.²¹⁹ İdeolojik öğeler eğitimin içeriğinde olduğu gibi şeklinde de mevcuttur. Hukuk fakültelerindeki hocaların davranışları, toplumda var olan hiyerarşik yapılara benzerlik göstermektedir. Deneyimli hocaların karşısındaki daha genç hocaların davranışları ve kurulan patronluk ilişkileri öğrencilere örnek olmaktadır. Kennedy bu örnekle hiyerarşinin daha okullarda öğretildiğini ve özendirildiğini iddia etmektedir.²²⁰

Hukuk fakültelerinde öğretilen hukuk teorileri uygulamada da etkili olmaktadır. Bu etki hâkim açısından kararını oluştururken esas alacağı kriterleri belirlemesine yardımcı olmaktadır. Öte yandan avukatlar için de kendi hukuki perspektiflerini oluşturmanın yanı sıra, karar verecek olan hâkimin hangi teorik temele sahip olduğunu anlamasını ve savunmasını bu yönde geliştirmesini sağlar. Karşısındaki pozitivist bir hâkimse savunmasını kurallar bazında geliştirir. Realist bir hâkimle karşı karşıyaysa savunmasında sosyal olguları ve istatistik verilerini kullanacaktır.²²¹

Hukuk eğitimi hiçbir zaman sadece bir bilgi aktarımı eğitimi olmamıştır. Bu eğitimin her zaman felsefi, ahlaki, siyasi ve hatta ekonomik bir boyutu olmuştur. Hukuk eğitimi, diğer disiplinlerin eğitiminden ayıran nokta işte budur. Sadece öğrencilere verilecek bilgilerin, bir müfredata sokularak aktarılması yeterli olmayacaktır. Bu eğitimin hangi inanış ve değerler temelinde, kimler tarafından, nasıl bir üslupla ve ne amaçlanarak verildiği en az hukuk müfredatı kadar önemlidir. Bu nedenle hukuk eğitimi neticesinde çağını yakalamış, toplumunu tanıyan, temel bazı değer ve inanışlara sahip olan ve çözüm üretebilen hukukçular yetişmesi gerekmektedir.

219 **Kennedy, Duncan** (2004) *Legal Education and Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition with Commentaries* by Paul Carrington, Peter Gabel, Angela Harris and Donna Maeda and Janet Halley, 1. Baskı, New York and London, New York University Press, s. 35.

220 **Kennedy** (2004), s. 62.

221 **Yücel** (2009), s. 56.

4.1.2 Case Method'a Göre Eğitim

Amerikan Hukuki Realizm akımının Langell'in formalist anlayışına bir tepki olarak doğduğunu yukarıda izah etmiştik. Langdell yıllarca Harvard Üniversitesinde dekanlık yapmış bir hukuk profesörü olarak en etkili görüşlerini hukuk eğitimi üzerine inşa etmiştir. Realist anlayışa göre bir hâkimin alması gereken eğitimi yani hukuk fakültelerinde verilmesi gereken eğitimi incelerken de öncelikle '*case method*' anlayışından bahsetmemiz gerekmektedir.

Case methodun ortaya çıkışı Amerikan hukuk öğretiminin üniversiteleşmesiyle mümkün olmuştur. Yukarıda da açıkladığımız üzere Blackstone hukuk eğitiminin uygulamadan çok sistematik bir şekilde okullarda öğretilmesini savunmaktadır. Blackstone'un yarattığı dalga daha sonra ABD'de hukuk eğitiminin uygulamadan tamamen silinerek üniversitelere geçmesine ve öğretimin eyalet hukuk sistemlerinden çıkıp, ulusal bir nitelik kazanmasına yol açmıştır.²²²

Langdell hukuku bir bilim olarak kabul etmiş ve bu bilimin ana malzemelerinin *case methoda* göre yazılmış kitaplar olduğunu iddia etmiştir. Buna göre yazılan kitaplar mahkeme kararlarını incelemekten ibaret olmalıdır. Formalist anlayışa göre her bir mahkeme kararının temelinde bir hukuk ilkesi vardır. Hukuk ilkelerini, inceleyip sistematize ettiği kararlardan çıkaran Langdell hukuk öğretimi anlayışında da hukuksal ilkelere ve doktrine önem vermiştir.²²³ Bu anlayışla da hukuk fakültelerinde uygulamaya yönelik alınan eğitimin önemi oldukça azalmıştır.

Langdell kendisi de kütüphanede sürekli vakit geçiren ve hukuku kitaplardan öğrenmeye çalışan bir hukuk öğrencisiydi. Kitaplara verdiği değerden ötürü, müvekkil-

²²² Arat (1968), s. 14.

²²³ Kılıç, Muharrem (2017) 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 8, S: 31, s. 97-112, s. 102.

avukat ilişkisi, yüz yüze yargılama yapma, tanık dinleme gibi bir hukukçunun hayatının büyük bir kısmını oluşturan tecrübelerle ilgilenmiyordu.²²⁴

Langdell'in *case* sisteminin temel özellikleri şunlardır: hukukun tümevarım yöntemiyle ilerleyen bir bilim olduğu, kütüphanelerin hukukun laboratuvarı olduğu, hukukun soyut ve mutlak ilkelerin bilimi olduğu ve her mahkeme kararının bir hukuk ilkesiyle bağdaştırılabileceği, hukuk eğitiminin yalnızca karar incelemesinden ibaret olduğu, hukuk fakültesinin hukukun uygulamasını değil hukuk bilimini öğretmek için olduğu.²²⁵ Bu özetten de anlaşılacağı gibi *case method* hukuk eğitimiyle alakalı kapsamlı bir sistem ortaya koymuştur.

Langdell etkin bir hukuk öğretimi yapabilmek için üç şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirtir. Bunlardan ilki öğrencilerin, hocalarıyla uyumlu olması için hocalarının dersini esas alarak çalışmasıdır. İkincisi, öğrencilerden beklenen çalışmanın onlara kalıcı bir fayda sağlaması gerekir. Bu nedenle öğrenciler derslerine çok iyi çalışmalıdırlar. Üçüncüsü ise derslerin öğrencilerin de katılımıyla interaktif bir şekilde işlenmesidir. Bu üç şartın sağlanmasından sonra örnek davalar üzerinden dersin içeriği belirlenmelidir.²²⁶

4.1.3 Case Method'un Eleştirisi

Hukuk eğitimine bir dönem hâkim olan *case method* realistler tarafından ağır eleştirilere tabi tutulmuştur. İlk derece mahkemelerindeki süreçlerin öğrenciler tarafından gözlemlenmesi ve hukuk dışı etkenlerin ne dereceye kadar etkili olduklarına bizzat şahit olmaları gerekmektedir. Amerikan Realizmi uygulamayla iç içe bir eğitim öngörmektedir.

224 Frank, Jerome N. (1933) 'Why Not a Clinical Lawyer-School?' University of Pennsylvania Law Review, Vol: 81, No: 8, s. 907-923, s. 908.

225 Kılıç (2017), s. 103.

226 Ceylan Şahin (2016), s. 258.

Frank Langell'in kütüphanelerin hukukçular için laboratuvar hükmünde olduğu fikrini eleştirmiş ve bunun hukuk eğitiminin önünü tıkayan bir görüş olduğunu ifade etmiştir.²²⁷ Hukuk eğitimi dört duvar arasına sıkıştırılamaz. Kütüphanenin içinde sıkışıp kalmış ve gerçek hayatla bağlantısını kesmiş bir hukukçu kendisinden beklenen verimi ortaya koyamayacaktır. Gerçek hayat tecrübelerinin aktarılmadığı bir hukuk eğitimi de verimli olmayacaktır. Bu nedenle Frank, hukuk eğitiminin önünü tıkayan bu düşünceden vazgeçilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bilimsel anlamda yapılan atılımlar neticesinde, bilim olma iddiasında olan alanlar, kendilerine objektif kabullere sahip materyaller seçmiştir. Hukuk ise her zaman bir prosedür çerçevesinde ilerlemektedir ve tahmin edilmesi zor, karmaşık olayları inceleme konusu yapmaktadır. Ynetma hukukun bir bilim olmamasını elindeki materyallerin objektif nitelikte olmamasına bağlamaktadır.²²⁸

Case methodun ortaya koyduğu hukuk anlayışı kesinlik ve istikrar temellidir. Realizmin temel tezlerinden birisi ise hukuki belirsizlik olduğu için *case methoda* karşı çıkmışlardır. Hukukun birçok alanla ilişki halinde olması gerektiğini savunan realistlere göre *case method* bu ilişkileri kurmak yerine hukuku kendi kabuğuna çekme girişiminde bulunmaktadır. Formalist anlayışın öğrencilere belirli toplumsal ve ahlaki kabulleri dayatmaya çalışması, uygulamadan bîhaber olarak yetişen öğrencilerin iletişim becerilerinin zayıflaması, hukuki meseleleri sadece doktrinsel temelde ele alması, sonuç olarak da mezun olan öğrencilerin toplumsal olarak engelli olmalarına neden olması Langdell'in sistemine yöneltilen başlıca eleştirilerdir.²²⁹

227 Frank, Jerome N. (1933) 'What Constitutes a Good Legal Education?' American Bar Association Journal, Vol: 19, No: 12, s. 723-728, s. 725.

228 Ynetma, Hessel E. (1934) 'Legal Science and Reform' Columbia Law Review, Vol: 34, No: 2, s. 207-229, s. 209.

229 Kılıç (2017), s. 105.

4.1.4 Realizme Göre Eğitim

Hatalı ve eksik hukuk eğitimi neticesinde yetişen hâkimler kendilerini sadece kuralları uygulayan bir makine olarak görecektir ve hukukun gelişip değişmesiyle alakalı bir dertleri olmayacaktır. Karar verme süreci nasıl yorumlanırsa yorumlansın, bu sürecin temelinde hâkimin aldığı eğitim olacaktır. Hutcheson karar verme sürecini sezgisel bir süreç olarak yorumlar. Bu sezgisellik, bilinçsiz bir duygusallık değildir. Ona göre hâkim önüne gelen somut olayı çözerken hangi sonucun doğru olduğunu daha en baştan bilir ve kararını da bu doğru sonuca ulaşabilmek için verir. Bu bilinci de eğitiminden, tecrübelerinden ve hayata karşı bakış açısından alır. Bu da her hâkim için farklı sonuçlar oluşmasını sağlar.²³⁰ Bu nedenle adaletin sağlanması ve toplumun refahının artması için doğru eğitim almış hâkimler gerekli niteliklerle donatılmış bir şekilde kürsülerine çıkmalıdır.

Dürüst ve iyi eğitilmiş bir hâkim adaletin en büyük teminatıdır. Bunu sağlayabilmek için hâkime verilecek eğitimin şeklini ve içeriğini doğru bir şekilde belirlemek gerekir.

4.1.4.1 Eğitimin İçeriği

Frank'ın hukuk kelimesini kullanmaktan kaçındığını ve kullanırken de dikkatli olunması gerektiğini belirtmiştik. Hukuki meseleleri açıklarken Frank ayrıca “bilim” kelimesinden de kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü “fizik bilimleri” ya da “doğa bilimleri” gibi kavramlar yeterince açıklayıcı olsa da “sosyal bilimler” konusu, yöntemleri itibarıyla her zaman aynı netlikte olamayabilir. Frank, hukukun içinde bulunduğu sosyal bilimler için sosyal çalışmalar ya da sosyal sanatlar kavramını daha uygun bulmaktadır.²³¹

230 **Hutcheson, Joseph C. Jr.** (1929) ‘Judgement Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision’ Cornell Law Review, Vol: 14, s. 274-288, s. 285.

231 **Frank, Jerome N.** (1947) ‘A Plea for Lawyer-Schools’ The Yale Law Journal, Vol: 56, No: 8, s. 1303-1344, s. 1330-1333.

Sanat kavramı bilim kavramına göre daha öznel bir anlama sahiptir. Frank'ın sanat kavramını tercih etmesinin sebebi hukukçuların üzerinden kesin sonuçlara varma baskısını kaldırmak istemesidir. Hukuk fizik bilimleri gibi kesin sonuçlara varılabilecek ya da varılması gereken bir alan değildir.

Hukuk sanatı, dört farklı sanattan oluşmaktadır: karar verme sanatı, hukukçuluk sanatı, hâkim ve avukatların işlerini değerlendirme sanatı ve bu sanatları öğretme sanatı. Karar verme sanatının sanatçıları hâkimler; hukukçuluk sanatının sanatçıları ise avukatlardır. Avukatların işlerini değerlendirme sanatı başlığında ise doktrinsel çalışmalar yer almaktadır. Görüldüğü üzere Frank doktrin üretmekle hukuk öğretme dallarını birbirinden ayrı olarak değerlendirmektedir. Karar verme ve hukukçuluk sanatı günlük olarak belirsizliklerle ve tahmin edilemezliklerle uğraşır ve bu oldukça zor bir uğraştır. Bu uğraştan daha zor olanı ise bununla baş edebilecek öğrenciler yetiştirmektir. Hukuk öğreticileri, kendilerini ve öğrencilerini kandırmaması için bu zorluğun altından kalkabilmelidirler.²³² Hukukun sanat olarak kabulü bilimsel metotların reddini gerektirmez. Hatta diğer bilimsel verilerin kullanılması realist görüşün teşvik ettiği bir husustur. Hukukta sadece hukuk alanıyla ilgili çalışmalar yaparken bilimsel metotların kullanılmaması gerekmektedir. Hukuk metodu ve bilimsel metot birbirinden ayrıştırılmalıdır.

Hukuk eğitimi zamanla içerisinde sosyoloji, ekonomi gibi sosyal bilimlerin bulunduğu bir eğitim halini almıştır. Hukuk öğrencilerine sosyal bilimlerin öğretilmesi ve öğrencilerin ilgisinin buralara çekilmesi realist bakış açısı için önemli bir gelişmedir. Sosyal bilimlere sosyal sanatlar demeyi tercih eden Frank bu şekilde hukuki düşünciyi mahveden hukuksal süreçlerin matematiksel kesinlikte olması gerektiği fikrinden uzaklaşabileceğini savunmaktadır.²³³

²³² Frank (1931b), s. 260.

²³³ Frank (1931b), s. 256.

Hukuk okulunu Frank; “hukuk”un öğretildiği “hukuk” kitaplarının çalışıldığı, insanların “hukuk”u uygulayan “hukuk”çular ya da “hukuk” mahkemelerinde “hukuk” davalarına karar verecek hâkimlerin yetiştiği yer olarak tanımlamıştır. Bu nedenle hukukun nasıl tanımlandığı hukuk eğitimiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu da geleceğin hukukçuları için büyük önem arz etmektedir. Eğer hukuku kurallar bütünü olarak tanımlarsak; hukuk denilince geleceğin hukukçularının aklına sadece kurallar gelecektir.²³⁴ Hukuk için daha kapsayıcı ifadeler kullanarak hayatla bağlantısı daha sıkı kurulursa, geleceğin hukukçuları hukuku uygularken her zaman toplumsal gerçeklere daha uygun davranır. Hukuk kurallar bütünü değil de hâkimin karar vermesinde etkili olan şeylerin bütünü olarak kabul edilirse hukuk mezunları gerçeklere karşı daha hazırlıklı olurlar.²³⁵ Hukuku mahkemece verilen kararlar olarak tanımlamakla, hukuk öğrencileri davayı etkileyecek bütün elemanları öğrenmeye yönelir. Sadece hukuk kurallarının öğrenilmesi yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda hukukun bağlantılı olduğu hayatın ve toplumun da bütünüyle öğrenilmesi gerekmektedir.²³⁶

Llewellyn hukuk eğitiminde, hukukun diğer sosyal bilimlerle ilişkisi üzerinde durulması gerektiğini savunmaktadır.²³⁷ Realizmin etkisiyle hukukun diğer sosyal bilimlerle bağlantısı kurulmuştur. Bu bağlantıyı güçlendirmek için sosyo-hukuk alanı diyebileceğimiz alanda konferanslar verilmeye, dergiler çıkarılmaya başlanmıştır. Bu durum hukuk eğitiminde de doktrinsel çalışmaların etkisinin azalmasına yol açmıştır.²³⁸

Realizme göre hukuk eğitiminde sadece ideal hukuk sistemi değil, mevcut sistemin bütün öğeleri öğretilmelidir. Sistemi doğru analiz etmek ve bu analizleri aktarmak için

²³⁴ Frank (1931a), s. 17.

²³⁵ Frank (1931a), s. 39.

²³⁶ Frank (1931a), s. 41.

²³⁷ Llewellyn, Karl N. (1949) ‘Law and the Social Sciences: Especially Sociology’ Harvard Law Review, Vol: 62, No: 8, s. 1286-1305, s. 1286.

²³⁸ Tamanaha (1996), s. 317.

sistemin bütün gerçeklikleri bilinmek zorundadır. Nasıl ki bir mühendis hesaplamaları öğrenirken, sürtünmeyi hesaba katmadan işlemlerini yapmayı öğrendikten sonra sürtünme hesabını da öğrenmek zorundaysa, hukuk öğrencileri de öncelikle tamamen dürüst bir sistemde kuralların nasıl işletileceğini öğrenmelidir. Örneğin dürüst olmayan hâkimler hukuk dünyasının bir gerçekliğidir. Tamamen dürüst olan bir adli sistemin mevcut olmadığı da öğrenciler tarafından bilinmelidir.²³⁹ Llewellyn de ideal olanla teknik olarak yapılması gereken arasındaki dengenin nasıl kurulacağını öğretilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁴⁰

Bir hukuk okulunda doğal olarak kurallar öğretilecektir. Bu kuralların birçoğunun muğlak, bazılarının açık olduğu, kuralları bilmenin önemli olduğu ancak bu bilgilerin verilecek kararları tahmin etmede o kadar da etkili olmadığı öğretilmelidir.²⁴¹ Hâkimler kuralları öğrenirken bu kuralların hangi sosyal avantajı sağlamak için oluşturulduğunu da öğrenmek zorundadır.

Frank'e göre, tanıkların ifadelerinin yalan ya da etkilenmiş tanıklardan gelebileceği, bu gibi durumların öncelikle nasıl tespit edileceği sonra da bu durumlar karşısında nasıl davranılması gerektiği de hukuk eğitime dahil edilmelidir.²⁴²

Hukukçunun asıl yapması gereken mahkemenin hangi deliller ışığında, hangi kurallara göre, hangi kararı vereceğini bilmektir. Öyleyse hukuk öğrencisinin de öğrenmesi gereken hangi kararın verileceğini ve bu kararın verilmesini nasıl sağlayacağını

239 Frank (1931a), s. 34.

240 Llewellyn, Karl N. (1942) 'The Crafts of Law Re-Valued' American Bar Association Journal, Vol: 28, No: 12, s. 801-803, 844, s. 844.

241 Frank (1931a), s. 49.

242 Frank (1931b), s. 240.

öğrenmektir.²⁴³ Avukatların dilekçe yazmadaki başarısı araştırılmalı ve bunun tahmin edebilme üzerindeki etkisi tespit edilmelidir.²⁴⁴

Holmes dönemindeki eğitimi hem şekli olarak hem de içerik olarak eleştirmiştir. Ona göre halihazırdaki hukuk eğitimi bir mantık eğitimidir. Analoji, tümdengelim gibi yöntemler kullanılır ve kullanılan dil de mantık dilidir. Ancak mantık diliyle istenilen her sonuca varılabilir. Bir sözleşmede taraflar istememiş olsa bile bir hüküm var diye çıkarılabilir.²⁴⁵

Hukuk eğitimine bilimsel ve objektif bir karakter kazandırmak isteyen formalist anlayıştaki eğitim aslında sübjektifliğe yol açmaktaydı. Hukuki düşünme sürecini mantıksal çıkarım yapma süreciyle bir tutmak doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü Holmes'un da açıkladığı üzere hukuki olguları bu şekilde ele almak gerçekte olmayan sonuçlara götürebilir. Hukuk eğitiminde mantık tek sonuca varma aygıtı olarak gösterilmektedir. Ancak hukukta sadece sosyal amaçları göz önünde bulundurup, o amaçlara ulaşmak için başvurulması gereken bütün yöntemlere açık olunmalıdır.²⁴⁶

Llewellyn mahkemelerinin son kararlarının öğretilmesinin, bu aşamaya nasıl geldiğini öğretmediğini, asıl önemli olan süreçlerin hukuk öğrencilerine öğretilmediğini savunmuştur.²⁴⁷ Mahkeme kararının kesinleşinceye kadar geçtiği süreçlerin ilk derece mahkemesinin kullandığı malzemeleri nasıl kullanılacağını öğretilmesi gerekmektedir. Llewellyn'in malzemedeki kastı kuralların ve davranışların bütünüdür.²⁴⁸

243 Frank (1933a), s. 911.

244 Llewellyn (1931a), s. 1246.

245 Holmes (1897), s. 465.

246 Holmes, Oliver Wendell Jr. (1899) 'Law in Science and Science in Law' Harvard Law Review, Vol: 12, No: 7, s. 443-473, s. 460.

247 Llewellyn (1942b), s. 802. Llewellyn (1996), s. 19.

248 Llewellyn (1940a), s. 1357.

Fakülte eğitiminde ön plana çıkan ve takdir edilen becerilerden biri de “hukukçu gibi düşünmek” becerisidir. Ancak öncelikle hukuk alanının sonra da hâkimin birey olarak kendisini soyutlama girişiminde bulunmasının faydadan çok zararı olacaktır. Hâkimin her şeyden öte önündeki olayı ve olaya uygulanacak normun kişiler üzerindeki etkisini anlayabilmesi ve doğru karara ulaşabilmesi için hukukçu gibi değil “herkes gibi” düşünebilmesi gerekmektedir.²⁴⁹

Patterson Amerikan Hukuki Realizminin psikolojiyi ve sosyal bilimleri ön plana çıkaran görüşlerine tam olarak katılmamıştır. Ancak hukuk öğreniminde, hiçbir zaman bunu yapamayacaklarını bildikleri halde, hukuki süreçleri duygularını katmadan anlamlandırmaya çalışılmasına vurgu yapmıştır.²⁵⁰ Yani hukuk öğrencileri her bir hukuki duruma karşı bir duygusal durum geliştireceklerini bileceklerdir. Ancak buna karşı yapılacak en iyi şey bu duyguları yok etmeye çalışmak ya da yok saymak değil bu duyguların varlığının bilincinde olacak bir şekilde yol izlemektir.

Realizm anlayışında öncelikle hukuk eğitiminde, hukukun bir bilim olmadığı ve hukuk üzerine yapılan çalışmalarda bilimsel metotların kullanılmaması gerektiği öğretilmelidir. Öğrencilerin sosyal bilimlere aşinalığı artırılmalı, müfredata sosyoloji, psikoloji ve ekonomi gibi sosyal bilim dersleri eklenmelidir. Eğitim sadece olması gereken sistemi değil, mevcut sistemin eksiklikleriyle birlikte öğrenilmesini sağlamalıdır. Ayrıca öğrenciler toplumla bağlarını koparmadan toplumsal gerçeklikleri göz ardı etmeden hukuki çözüm üretmeyi bilerek fakültelerden mezun olmalıdırlar.

4.1.4.2 Eğitimin Şekli

Hukuk eğitiminde sadece üst mahkeme kararlarının incelenmesi yetersizdir. Frank, mevcut hukuk öğrenimini eleştirirken ondan tamamen vazgeçilip yepyeni bir sistem

²⁴⁹ Kararmaz (2017), s. 138.

²⁵⁰ Jones (1957), s. 618.

kurulmasını önermemektedir. Örneğin *case method*'da ön plana çıkarılan hukuk kitaplarını okumayı reddetmez. Daha kapsayıcı bir şekilde hem bu kitapların okunmasını hem de fakültelerin birer “genişletilmiş hukuk ofisi” işlevi görmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁵¹

Hukuk öğrencileri, hukuk uygulayıcıları olmak için gittikleri hukuk fakültelerinde, sadece yüksek yargı kararları okumaktaydılar. Yargı kararı okumaları ise sadece son aşamasına gelmiş bir kararın son kararını okumakla yetinilerek yapılıyordu. Metodun adı her ne kadar *case* metodu olsa da bu sistemde “*case*” yani herhangi bir olay çözülmüyordu. Frank bunu eleştirerek hukuk fakültelerinin bir hukuk ofisi gibi çalışması ve öğrencilerin mahkemelere sık sık ziyarete gitmeleri gerektiğini belirtmiştir.²⁵²

Frank, hukuk fakültesinde ders vermeden önce beş ila on yıl arasında hukukun herhangi bir alanında tecrübe kazanılmış olması gerektiğini belirtir. Tıp fakültelerinde hiç gerçek hastayla muhatap olmamış ya da hiç ameliyata girmemiş bir hocaların ders vermesi ne kadar doğruysa hukuk fakülteleri için de tecrübesi olmayan bir hocaların ders vermesi o kadar doğrudur. Hukuk öğretmeyi de hukukun sanat türlerinden biri olarak sayan Frank her tecrübe sahibinin de hukuk profesörü olamayacağını, profesör olabilmek için tecrübeden başka yeteneklere de gerek olduğunu, tecrübeyi sadece bir ön şart olarak gördüğünü ifade etmiştir.²⁵³

Frank'ın hukuk eğitimi önerilerini şu şekilde sıralayabiliriz: hukuk kitapları düzeltilmeli ve uygulamaya uygun hale getirilmelidir. Hukuk öğrencilerinin mahkemelerde gözlem yapmasına fırsat verilmelidir. Hukuk klinikleri kurulmalıdır. Frank hukuk kliniklerini hukuk eğitimi için en önemli önerisi olarak görmektedir. Bu şekilde öğrenciler davaların üst mahkemelere gidene kadar hangi aşamalardan geçtiğini ve yargı sisteminin içindeki insani durumların varlığını öğrenecektir. Jürinin nasıl karar verdiğini, olguların ve tanık ifadelerinin nasıl kabul edildiğini, hâkimin kişisel özelliklerinin davaları nasıl

251 Frank (1933a), s. 913.

252 Frank (1931b), s. 253.

253 Frank (1933b), s. 727.

etkilediğini gözlemleyeceklerdir. Öğrenciler fakültenin ilk yıllarında profesörlerin gözetimi altında özenle seçilmiş hukuk ofislerinde eğitim görmelidir. Hukukun her alanını öğretmek imkansız olduğu için genel hukuki bilgilerin olduğu ders kitapları yazılmalıdır. Langdellci eğitimin başarılı hukukçular yetiştirdiği görülmüştür. Aynı şekilde eski çıraklık usulünde de iyi hukukçuların yetiştiği görülmüştür. Bu durum iki sistemin birbirinden üstün olduğu anlamına gelmez aksine ikisini de kullanarak daha ideal bir eğitime kavuşabileceğimizi gösterir. Hukuk eğitimi sosyal bilimlerle harmanlanarak verilmelidir. Hukukun topluma etkisinin öğrenciler tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple de sosyal bilimler bilgileri şarttır. Hukuk fakültelerinde ekonomist, tarihçi, siyaset bilimci, antropolog ve psikologlar bulunmalıdır. Etik eğitimi yapılmalı, mantık ve psikoloji terimleri müfredata sokulmalıdır. Öğrenciler tarafından mahkemelerin nasıl işlediğine ve nasıl daha iyi bir hale getirilebileceği hakkında çalışmalar yapılmalıdır. Öğrenciler ileride sosyal ve ekonomik değişimleri nazara alarak ilerlemeci bir tutum sergilemek için cesaretlendirilmelidir. Öğrenciler duruşma yönetimi ve karar verme gibi hâkimlerin işlerini de tecrübe edinmelidir.²⁵⁴

Holmes da eski hukuk eğitimi sistemi ile *case methodu* eleştirmiş ve her iki usulün de yanlış yöntemlerinden ayrıştırılarak yeni bir öğretim sistemi oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Ona göre hukuk eğitimi avukatlık bürolarında ya da mahkemelerde çıraklık ederek değil, kuvvetli bir teorik bilgi ile hukukçuyu emsaller içinde boğulmaktan kurtarıp hukukçuya eleştiri yeteneği kazandırmalıdır.²⁵⁵ Hukukçu sadece kitapları karıştırıp bilgilere erişen kişi değil, İlgilendiği olayın hangi detayının önemli olduğunu ayırt edip, araştırmasını kritik noktalar üzerinde yapan kişidir.²⁵⁶

Ynetma hukuk ilminin daha sistemsel bir hale getirilmesi için birkaç nokta üzerinde durmuştur. Öncelikle bireysel bilim araştırmalarının teşviki, tetkik edilecek bilgilerin

254 **Frank** (1933a), s. 914-923.

255 **Holmes** (1899a), s. 462.

256 **Holmes** (1899a), s. 451.

teminini sistematik hale getirmek için bir ilmi araştırma enstitüsü kurulması gerektiğini ifade eder. Hukuki işlerin bir nevi çetelesini tutarak hukuki işlerin istatistiki bilgilerini bir araya getiren bir kurum kurulmalıdır. Ayrıca hukuk klinikleri oluşturularak hukukçuların ve hukuk öğrencilerinin katılabileceği, teorilerin ve hukuki fikirlerin gerçek olaylar üzerinde uygulanabilir olup olmadığının tartışılabileceği ve mevcut hukukun nasıl uygulandığının gözlemlerinin yapılabileceği bir klinik kurulmalıdır. Son olarak da hukuki araştırma enstitüleri kurularak bütün hukuki çalışmaların harmanlanması sağlanmalıdır. Bütün öngörülen kurumların hepsinin işlevini hukuk fakültelerine yüklemek yanlışır. Önerilen bu kurumların bütün görevleri hukuk fakültelerine verilirse amaçlanan hedeflere ulaşamaz.²⁵⁷ Böylece Ynetma realizmin hukuk eğitimi için esas aldığı, sosyal bilimlerden faydalanma, klinik eğitim ve eleştirel yaklaşımla hukukun sürekli gelişmesini sağlama fikirlerini ayrı ayrı kurumlarca uygulanabileceğini savunmaktadır.

Llewellyn hukuk araştırmalarının hayattaki etkileri üzerine yoğunlaşması gerektiğini ifade eder. Araştırmalar öncelikle, kural şüpheciliği bölümünde açıkladığımız üzere, kuralların ne olduğunu saptamak, daha sonra bu saptamaları değerlendirmek ve bu değerlendirmeleri planlamak ve bu değerlendirmeleri de sürekli olarak eleştirip gelişmesini sağlamak şeklinde yapılmalıdır.²⁵⁸

Realist eğitim uygulamayla iç içe bir şekilde verilmelidir. Hukuk klinikleri kurulmalı, bu sayede öğrenciler teorik bilgilerinin pratik hayattaki karşılığını hemen görmelidirler. Öğretim üyelerinin de uygulama tecrübesi olan kişilerden seçilmesi, teorik bilgi aktarımının dahi daha işlevsel bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır. Son olarak, bu anlayışla geliştirilmiş olan hukuk müfredatı da yeniliklere ve gelişmeye açık olmalıdır. Bu nedenle eğitim sisteminin verilerinin tutulması ve gözlemlenen eksiklikler sürekli olarak giderilmeye çalışılmalıdır.

257 Ynetma (1934), s. 222- 227.

258 Yücel (2009), s. 58.

4.2 Amerikan Hukuki Realizmine Göre Hâkimin Nitelikleri

Amerikan Hukuki Realizmi akımı hiçbir konuda en “ideal” olanı ortaya koyma iddiasında değildir. Aksine ideal olarak tanımlanan şeylerin zamanla idealitesini kaybedeceği ve geçmişte kalacağı akımın temel tezlerindendir. Realizm sürekli gelişme, eleştirel yaklaşım ve olanı tespit etme çabası içerisindedir. Bu çaba, akım için “ideal” olan bir hâkimlik anlayışı olmamasını da beraberinde getirir. Bu nedenle çalışmamız kapsamında araştırdığımız hâkimin nitelikleri, ideal, olması gereken hâkimin nitelikleri değildir. Ancak bu, akımın kendi perspektifinden hâkimlik mesleği için bazı önerileri de olmadığı anlamına gelmemektedir. Elbette birçok konuda hukuk dünyasına yeni ufuklar katan, birçok yeniliğe yol açan bu akımın savunucuları hâkimler için de görüşlerini açıklamışlardır. Çalışmamızın bu bölümünde de görüleceği üzere bu öneriler gerçeklikten kopuk bir hâkim tanımlaması yerine, daha çok hâkimlerin gerçeğe yüzünü dönmesini sağlamaya yöneliktir.

Frank’ın ortaya koyduğu temel efsane mitine göre hukuk mükemmel olmalıdır. Dolayısıyla hukuku oluşturan hâkimler ve kararları da mükemmel olacaktır. Frank bütün adliye personelinin temel efsaneye kendilerinin de inandıklarını ve bunu devam ettirmenin faydalı olduğuna inandıklarını ifade etmektedir. Ancak hâkimlerin de insan olması sebebiyle verilen kararlar mükemmel değildir. Her şeyden önce bunun bilincinde olmak gerekmektedir. Mükemmel gibi yansıtılan hâkim portresi ve kararları toplumun ihtiyaç duyduğu kararları vermenin önünde engel olacaktır.²⁵⁹ Frank hâkimlerin insan olduğuna ve ondan insan üstü bazı hasletlerin beklenmesine şiddetle karşı çıkmıştır.²⁶⁰ İnsani özelliklerin kararlara etki etmesi kaçınılmazdır. Öyleyse kaçınılmaz olandan kaçmaya çalışmak yerine onlarla mücadele etmek başka avantajlar sağlayacaktır.

Kelimeler her zaman aynı anlama gelmeyebilir. Kelimeleri öncelikle kullanıldığı bağlama, daha sonra kullanan kişinin verdiği anlama göre anlamlandırırız. Hukuki metinler

²⁵⁹ Frank (1950), s. 1.

²⁶⁰ Frank (1931a), s. 24.

için de bu geçerlidir. Bir kuralı, emsal kararı, sözleşme maddesini de aynı şekilde kullanıldığı bağlamı ve kullanan kişinin özelliklerini göz önünde bulundurarak anlamlandırırız. Holmes hâkimin hukuki metni yorumlarken siyasi iklimden, toplumsal kabullerden etkilenilebileceğini kabul etmekle birlikte asıl önemli olan kriterin pratik amaç olduğunu ifade etmiştir.²⁶¹ Hâkim yorum yaparken lafzi değil amaca yönelik yorum yapmalıdır. Pratik amacın tespit edilebilmesi için de sosyal bilimlerin verilerinden faydalanılmalıdır. Hâkim aynı zamanda en masrafsız ve kısa yollardan sosyal mühendislik yapmalıdır.²⁶²

4.2.1 Sosyal Bilimlere Aşinalık

Amerikan Hukuki Realizmine göre bir kararın hukuka ne derece uygun olduğu değil, onun nasıl sonuçlar doğurduğu asıl önemli olandır. Hâkimin görevlerinden birisi de vereceği kararı belirlerken bunun meydana getireceği sonucu öngörüp ona göre bir karar vermektir. Hâkimin verdiği kararın sonuçlarını öngörebilmesi için de bazı vasıflara sahip olması gerekmektedir. Verdiği kararın taraflarının toplumun hangi kesiminde yer aldığını ve bu taraflar açısından verilen kararın ne anlama geldiğini bilebilmesi için sosyoloji ya da istatistik gibi sosyal bilimlere aşina olması gerekmektedir. Realistler mantığın işleyişini tamamen reddetmezler sadece mantığın yetersiz olduğunu ve eksik kalınan yerlerde diğer sosyal bilimlerden faydalanılarak bir sonuca varılması gerektiğini söylerler.²⁶³ Hâkimler kararlarında sosyal ve ekonomik problemleri göz önüne almalıdır.

261 **Holmes, Oliver Wendell Jr.** (1899) 'The Theory of Legal Interpretation' Harvard Law Review, Vol: 12, No: 6, s. 417-420, s. 420.

262 **Llewellyn** (1930), s. 464.

263 **Gürkan** (1967), s. 34.

4.2.1.1 Sosyoloji Bilgisi

Sosyolojinin ve hukukun ilgi alanları ortaktır; ÷lkede yaşıayan insanların davranışları. Bir araştırma alanı olarak hukuk, sosyolojiden çok daha önce mevcuttu. Hukukun toplumsal ilişkileri incelemesi sosyoloji ilminin ortaya çıkmasına kaynaklık etmiştir. ²⁶⁴ Sosyoloji insanların yaşamış olduğı olayları inceleyip ortaya birtakım standartlar ve idealler koyar. ²⁶⁵ Toplumda yaşanan olayların sistematize edilmesi belirli kurallar çerçevesinde ele alınması olayları daha anlaşılır kılar. Toplum yaşamına müdahale etmek için öncelikle bu anlayışa erişecek bilgi birikiminin olması gerekmektedir. Sosyoloji sayesinde ulaştığımız sonuçlar bizi bu sonuçlar hakkında ne yapmamız gerektiğı sorusuna yönlendirir. Kim bir şeyin yanlış olduğunu düşünürse, akla hemen “bunun hakkında bir hukuk olmalı” düşüncesi gelir. ²⁶⁶

Sosyoloji ilminin hukuk alanına bir diğerkatkısı da doktrin alanında gerçekleşir. Llewellyn bu husus için doktrinsel bir tartışma olan “Hâkimler hukukun sadece uygulayıcıları mıdır yoksa hukuku yaratırlar mı?” sorusunu ele alır. Bu soru doktrinde uzun tartışmalara yol açacaktır – ve açmıştır da. Ancak bu tartışma anlamsızdır. Çünkü hâkim her ikisini de birden yapar. Hâkim önce sorunu tespit eder, o soruna uygulanacak olan kuralın sınırlarını belirler ve kararını hukuk dünyasına açıklar. Hâkim böylece daha önce yaratılmamış olan hukuku yaratmış hem de uygulamış olacaktır. ²⁶⁷ Hâkim bu süreçleri işletirken ve kuralların sınırlarını belirlerken sosyolojik verilerden faydalanmaktadır. Hukukun işi bir toplumun toplumsallığının sürdürülebilmesini sağlamaktır. ²⁶⁸ Toplumsallığın ne anlama geldiğini ve onu sürdürebilmenin yöntemlerini de sosyoloji sayesinde öğreniriz.

264 Özcan (2011), s. 7.

265 Llewellyn (1949), s. 1290.

266 Llewellyn (1949), s. 1291.

267 Llewellyn (1949), s. 1296.

268 Llewellyn (1949), s. 1304.

Hâkimler sosyal avantajları göz önünde bulundurmalıdır. Holmes hâkimlerin bu konuda eksik olduklarına vurgu yaparak, hâkimlerin eğitiminde kuralların üzerine bina edildikleri sosyal avantajları daha kesin ve net bir biçimde değerlendirmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Bu şekilde kuralların izah edenleri olarak hâkimler yeni şartlara daha uyumlu kararlar vermekte başarılı olacaklardır.²⁶⁹ Sosyal avantajları tespit edebilmek için de sosyolojisi bilgisi gerekmektedir.

Sonuç olarak realist hâkim toplumun yapısını doğru analiz edebilmek, toplumsal kabulleri teşhis edebilmek, hukukun toplum içerisindeki konumunu belirleyebilmek ve son olarak da hukuk tarafından belirlenmiş olan sosyal avantajları göz önünde bulundurabilmek ve bu avantajlara göre kararını revize edebilmek için sosyoloji bilmek zorundadır.

4.2.1.2 Psikoloji Bilgisi

Psikoloji ve hukuk alanlarının ortak yönlerinin ortaya konabilmesi için her iki alanın uzmanlarının bu meseleyi kendi bakış açılarından ele almaları gerekir. Nitekim yirminci yüzyılın ortalarından itibaren bu amaca yönelik eserler verilmeye başlanmıştır.²⁷⁰ Psikolojinin en büyük katkısı hukuk alanına yapacağı savunulan bu eserlerde, olguların hukuki bakış açısı ve psikolog bakış açısından karşılaştırmaları yapılmıştır. Örneğin ayırt etme gücü olan bir insanın şiddet eylemi ile akıl hastalığı olan birinin şiddet eylemi arasındaki farklar ele alınmıştır. Her iki durumda da ortaya bir şiddet eylemi çıkmış ve toplumun huzur ve güveni bozulmuştur.²⁷¹ Bu şekliyle eylemlerin bir farkı olmadığı söylenebilir. Burada psikolojinin de yardımıyla failin niyeti, bir daha yapıp yapmama motivasyonu gibi kriterler göz önünde bulundurularak eylemin hukuki sonucu belirlenir.

²⁶⁹ Holmes (1897), s. 467.

²⁷⁰ Hall, Jerome / Menninger, Karl (1953) 'Psychiatry and the Law -- A Dual Review' Articles by Maurer Faculty. Paper 1430, <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1430>> s.e.t. 07.01.2020.

²⁷¹ Hall / Menninger (1953), s. 691.

Bu hukuki sonuçları çıkaracak olan hâkimin de bu değerlendirmeleri yapabilmesi gerekmektedir. Hâkim bu değerlendirmeleri yapamıyor olsa bile, işin uzmanları tarafından hazırlanan raporlarda hangi verilerin kullanıldığını, bunun dava konusu için ne kadar önemli olduğunu tespit edebilmek zorundadır.

Günümüzde psikoloji biliminin gelişmesi ve adli psikoloji alanında interdisipliner çalışmaların sayısını artması ile adli psikoloji alanı da belirli bir derinliğe kavuşmuştur. Adli psikoloji ya da adalet psikolojisi olarak adlandırılabilir bu alanın beş farklı alt bölüme ayrılması mümkündür. Birincisi suçluların her bir suç için suç işleme motivasyonunu, suç işlendikten sonraki durumlarına göre hafifletici ya da ağırlaştırıcı nedenlerin belirlenmesini sağlayan suçlu psikolojisi alanıdır. İkinci alt bölüm suçtan etkilenen mağdurların psikolojilerinin incelendiği mağdur psikolojisi alanıdır. Tanık psikolojisinde olayın aydınlatılmasında büyük önemi olan tanıkların ifadelerini en doğru şekilde alınabilme yöntemleri araştırılmaktadır. Tanığın herhangi bir yönlendirmeye maruz kalıp kalmadığı veya yalan söyleyip söylemediği hususları tanık psikolojisi başlığı altında incelenmektedir. Suçlular ceza aldıktan sonra hükümlü konumuna geçer. Hükümlüler için öngörölmüş olan tedbirlerin ıslaha elverişli olup olmadığı gibi hususlar da hükümlü psikolojisi alanının konusudur. Son adli psikoloji alanı ise usul psikolojisidir. Usul psikolojisinin ilk inceleme konusu hâkimin psikolojisidir. Yargılamada kilit bir role sahip olan hâkimin sağlam bir psikolojiye sahip olması gerekmektedir. Usul psikolojisi ayrıca delillerin toplanması ve suçun hangi durumlarda sübut edeceği gibi hususları da inceleme konusu yapar. Son olarak belge delilleri ve ifade delilleri üzerinde yapılabilecek adli hatalar da usul psikolojisinin konusundadır.²⁷²

Psikolojinin Amerikan Hukuki Realizmi için iki önemli boyutu bulunmaktadır. Biri içsel boyutu diğeri dışsal boyutudur. İçsel boyutu hâkimlere bakan cihetidir. Hâkimler karar verirken içinde bulundukları psikolojik ve bilinç altı etkenlerin etkisinde kalırlar. Bu etkilerin incelenmesi ve kararları analiz ederken bunların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dışsal boyutu ise tanıkları ve tarafları dinlerken ortaya çıkmaktadır. Bu

272 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Işıқтаç, Yasemin** (2020) Adalet Psikolojisi, 3. Baskı, İstanbul, Sümer Kitabevi.

kişilerin beyanlarını bilimsel ve ampirik bir şekilde değerlendirmesi ve buna göre karar verilmesi psikoloji bilimine bağlıdır.

Hukuk basılı kitaplardan çıkarılan sonuçlardan ibaret değildir. Hâkimler, beşer oldukları için ortaya konulan bilgilerin karşısında nasıl davranacağı her zaman tahmin edilemez. Bu davranışların tahmin edilebilmesi için bazıları hâkimin sosyo-ekonomik geçmişine, siyasi görüşüne odağını çevirmiştir. Bazı yazarlar da psikoloji ve psikanalizin yardımına başvurmuştur.²⁷³ Psikolojinin önemini en çok vurgulayan realistler Frank ve Arnold'dur.²⁷⁴

Hâkim psikoloji bilmelidir. Çünkü tanık dinlerken onun beden dilinden bazı çıkarımlar yapabilmelidir.²⁷⁵ Hukuk alanında psikoloji disiplininin faydalanılmalıdır. Özellikle hâkimler kendi peşin hükümlerinin gizli zaaflarının farkına varabilmesi için psikoloji bilmelidir. Hatta dikkatini dağıtacak etmenlerin de farkında olup, duruşma öncesi bu durumlardan kaçınması gerekmektedir.²⁷⁶ Örneğin bir hâkim aç kaldığında dikkatini duruşmaya veremeyecekse, duruşmalara kesinlikle aç çıkmamalıdır.

Frank hâkimin ve hukukçuların psikolog ya da psikiyatr gibi davranmaları gerektiğini belirtir. Zaten müvekkiline ofisinde hizmet eden bir avukat amatör bir psikolog gibi davranır. Ayrıca “saik”, “akıl hastalığı” gibi terimlerin hukuk literatüründe yer alması da psikoloji ve hukuk alanlarının iç içe girmiş olduğunu gösterir. Özellikle tanık ifadelerinin önemli sonuçlar doğuracak davalarda esas alınması, tanıkların psikolojik durumlarının önemini göstermektedir. Tanıkların yalan söylediğini ya da yanlış aktardığını psikoloji sayesinde anlayabiliriz. Bu sebeple olguları doğru tespit edebilmek için psikoloji bilmek şarttır.

273 **Cohen, Felix S.** (1937) ‘The Problems of a Functional Jurisprudence’ *Modern Law Review*, Vol: 1, No: 1, s. 5-26, s. 12.

274 **Gürkan** (1967), s. 41.

275 **Gürkan** (1967), s. 78.

276 **Frank** (1950), s. 250.

Psikolojinin verileri genellikle klinik ortamındaki tecrübelerden elde edilir. Bu verileri mahkemede kullanabilmek için mahkemenin koşullarının da bu tecrübeleri uygulayacak duruma getirilmesi gerekmektedir. Frank, mahkemede “ifade uzmanlarının” yer alması gerektiğini ifade eder. Bu uzmanlar psikologlar ya da psikiyatrlar arasından seçilecektir. Görevleri ise ifadeleri inceleyerek bunların baskı altında verilmiş ya da yalan ifade olup olmadığını mahkemeye rapor etmek olacaktır. Ayrıca Frank o dönem henüz yeterli güvenilirliğe ulaşmamış olan yalan makinası veya doğruluk serumu gibi icatların da geliştirilip mahkemelerde kullanılmaya başlaması gerektiğini söyler.

Tanıkların beden dilinden yalan söylediği anlaşılabilir. Hâkimler de psikolojinin en azından sadece bu kısmıyla ilgili bilgi sahibi olmalıdır. Ayrıca hâkim kendi bilinçaltının etkisiyle bazı kişilerin ifadelerini farklı bir şekilde algılayabilir. Esmer birinin ve kırmızı saçlı birinin ifadeleri kelimesi kelimesine aynı olsa dahi mahkemede hâkim her iki ifadeye de aynı şekilde yaklaşmayabilir. Bu duruma engel olabilecek tek hal hâkimlerin kendi ön kabullerini bilmesi ve kendini bu konuda eğitmeye çalışmasıdır. Hâkimlere bu konuda eğitim verecek kişiler de psikologlar ve psikiyatlardır. Frank psikiyatrlar için “modern kültürün kahramanları” ifadesini kullanır ve onların çalışmaları neticesinde başta hukuk olmak üzere birçok alanda kayda değer ilerlemeler sağlanacağını ifade eder.²⁷⁷

Bir psikolog bakış açısından tanık, hâkim ve avukatın hiçbir farkı yoktur. Ona göre hepsi potansiyel hastadır. Tanı koyduğu şey kimin ne kadar hasta olduğudur. Hâkim de – kendisi dahil- herkes için bu durumu göz önünde bulundurmalıdır. Herkesin bilinçaltı etmenlerinin, zaaflarının ve hatta hastalıklarının olabileceğini bilerek yaklaşmalıdır. Hâkim bu değerlendirmeleri yaparken “kamu yararı”, “sosyal fayda” gibi terimleri göz önünde bulundurması gerekirken doktor bireysel sonucu ortaya koyup ona göre davranışını şekillendirir.²⁷⁸ Aralarındaki bu fark hukukun bilimsel özelliği olmamasından ve

277 **Frank, Jerome N.** (1953) ‘Judicial Fact- Finding and Psychology’ Ohio State Law Journal, Vol: 14, No: 2, s. 183-190.

278 **West, Ranyard** (1953) ‘The Importance of Modern Psychiatry to the Lawyer’ Ohio State Law Journal, Vol: 14, No: 2, s. 138-141, s. 141.

mahkeme kararının doktor tanısından daha büyük sosyal sonuçlar doğurmasından kaynaklanmaktadır. Hâkimin psikolog gibi davranması onun bir hastaya yaklaşır gibi yaklaşması anlamına gelmez. Sadece taraflar ve toplum için varılabilecek en faydalı sonuca varılmaya çalışılırken bu bilimden faydalanılmalıdır.

4.2.1.3 Ekonomi Bilgisi

Ekonomi ile hukuk ilminin bu kadar ayrışması, felsefi ilerlemeye ne kadar ihtiyaç duyulduğuna bir delildir. Holmes, verilen kararların, kuralların ne anlama geldiğini ve neye mal olduğunu anlayabilmemiz için bunu şart olarak görmüştür.²⁷⁹ Holmes geleceğin insanı olarak tanımladığı iki meslek grubundan birisi ekonomistler diğeri de istatistikçilerdir.²⁸⁰

Hukukun ekonomi üzerinde birçok yapıcı ve yıkıcı etkisi bulunmaktadır. Bu etkiye birkaç örnek vermek gerekirse; sözleşmelerde tarafların üzerinde anlaştığı bazı hükümlerin mahkeme tarafından kabul edilmemesi buna verilebilecek bir örnektir. İşçi tarafından imzalanmış olsa da bir iş sözleşmesindeki bazı hükümler hâkim tarafından uygulanmayabilir. Bir başka örnek, kusursuz sorumluluk hallerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin taşınmaz malikin kusursuz sorumluluğu, hukuk sistemi tarafından mülkiyet sahiplerine yüklenmiş bir sosyal maliyet paylaşımıdır. Tekelleşmenin önlenmesine ilişkin hükümler, vergi hukukundaki “işletme amacı” ya da vergiden kaçınma halleri gibi haller hukukun ekonomik alandaki etkilerinden sadece bir kısmıdır.²⁸¹ Bu meselelerin birçoğunda yorum yapma yetkisine sahip olan hâkimler bir nevi ekonomi politikalarını belirleyen aktörlerden biri haline de gelmektedir.

279 Holmes (1897), s. 464.

280 Holmes (1897), s. 469.

281 Stephenson, Matthew C. (2009) ‘Legal Realism for Economists’ Journal of Economic Perspectives, Vol: 23, No: 2, s. 191-211, s. 192.

Hukukçu diğer sosyal bilimlerin verilerinden faydalanmalıdır. Hukukçular hukukun mekanizmasını anlamak için ekonomiye, ekonomistler de ekonomi teorileri ortaya koyabilmek için yüzlerini hukuka dönmeye başlamışlardır. Ekonomistler hukukla savaşmak yerine onu kabul edince hukukun bir engel değil bir alet olduğunu anlayacaktır Llewellyn'e göre.²⁸² Cinayet, soygun ve tecavüzle ilgili kanunların bankacılıkla ilgisi olmayabilir, ancak bu kuralların hukuk tarafından uygulanması güvenli ortamı, güvenli ortam da bankacılığın yapılabilmesini sağlayacaktır.²⁸³

Ekonomi ile hukukun bir diğer ilişkisi de ekonominin değişkenliğinden kaynaklanmaktadır. Ekonomik şartlar sürekli bir değişim ve hareket halindedir. Bu hareketliliğin, hukukun katı kuralları altında ezilmemesi gerekmektedir.

Ayrıca her sektörün dinamikleri o sektörle ilgili düzenlemelerin farklılaşmasını sağlayacaktır. Kültür, sanat, sinema sektöründe yapılan hukuki düzenlemelerle inşaat sektöründe yapılacak düzenlemeler aynı yönelimde olmayacaktır. Hukuk yaratılırken kanun koyucu da hâkim de bu farklılıklara dikkat etmek zorundadır.

Realist anlayışa göre hâkimin ekonomi bilmesi öncelikle hukuk içerisinde var olan ekonomik terimlerin doğru bir şekilde yorumlanması için elzemdir. Hukuk kuralları genel ve soyut bir yapıda oldukları için sektörel farklılıkların avantajları ya da dezavantajlarını her zaman ortaya çıkaramayabilir. Ekonomi bilimine aşinalığı sayesinde sektörel farklılıkları da göz önünde bulundurarak karar veren bir hâkim toplumsal refahı sağlayabilecektir.

282 **Llewellyn, Karl N.** (1925) 'The Effects of Legal Institution Upon Economics' The American Economic Review, Vol: 15, No: 4, s. 665-683, s. 665.

283 **Llewellyn** (1925), s. 668.

4.2.1.4 İstatistik Bilgisi

İstatistik realizm için oldukça önemlidir. Zira hem karar vermeden önce hem karar verdikten sonra bu bilim kullanılacaktır. Karar vermeden önce davanın olgularını değerlendirirken objektif kriter olarak istatistik verilerinden faydalanmalıdır. Karar verdikten sonra da verilen kararın nasıl sonuçlar doğurduğunun tespiti için istatistiki bilgiler gerekmektedir.²⁸⁴ Yukarıda da belirttiğimiz gibi Holmes'un geleceğin insanı olarak tanımladığı diğer meslek grubu istatistikçilerdir.

İstatistik ilminin ihtimal hesabı yapıyor olması ve matematiksel bir kesinlikte olmaması onun hukuksal olarak kesin kabul edilmeyeceği anlamına gelmez. İstatistik hesaplamaları ile önceden yaşanmış olaylardan gelecekte yaşanacak olaylar tespit edilmeye çalışılır. E. Hırş bunu şu şekilde özetlemiştir: bir yılda yüz bin kişi içerisinde yirmi yaşındakilerin içinden dokuz yüz yirmi kişi ölmektedir. Bu istatistiki bilgi, hangi dokuz yüz yirmi kişi öleceği bilinmediği için rastlantısal olabilir ancak yüz bin kişi açısından objektif bir gerçekliktir.²⁸⁵

Realizme göre bir uyuşmazlık çözülürken en çok başvurulması gereken yöntemlerden biri istatistik verileridir. İstatistik hem uyuşmazlık çözülürken hem de çözüldükten sonra hedeflenen amaca ulaşıp ulaşılmadığını tetkik etmek için kullanılmaktadır. Nitekim 1946 yılında ABD Yüksek Mahkemesince verilen bir kararda²⁸⁶; New York eyaletinin kendi toprakları içerisinde yer alan Saratoga Springs maden sularının satışıyla ilgili federal vergiye tabi olup olmayacağına ilişkin açılan davada, eyaletin federal vergi vermemesinin eyalet içerisindeki sosyal ve ekonomik gelişmeye destek olacağını, dolayısıyla federal vergi gelirinin artacağı yönündeki verileri esas alarak New York eyaleti olarak federal vergiye tabi olunmaması gerektiğine karar verilmiştir. Bu emsal karardan da

284 **Türkbağ** (2000), s. 90.

285 **Hırş, Ernest** (2001) *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 251.

286 [1946] 326 U.S. 572.

anlaşılacağı üzere hâkimlerin istatistik verilerini hangi şartlar altında kullanacağını bilmesi hukuken çözülemeyen meselelere ışık tutmaktadır.

Hâkimin istatistik bilmesi onun veri toplayıp analiz yapacağı anlamına gelmemektedir. Çalışmamızın karar incelemeleri bölümünde de görüleceği üzere, hâkim karar verirken bu verilerden faydalanmaktadır. Bu verilerin nasıl elde edildiği, dava konusuna ne derece uygun olduğu, çalışmanın güncel olup olmadığı gibi sonuçlara hâkim ancak istatistik bilimiyle ilgilenirse ulaşabilir.

4.2.2 Ahlaki Tutum²⁸⁷

Hâkimlerin içinde dürüst olmayanları da vardır. Elbette seçilmek için birçok aşamadan geçmiş olan hâkimlerin içerisinde dürüst olanların sayısı daha fazla olacaktır. Dürüst olmak aranan ilk özelliktir. Dürüst olmayan bir hâkim diğer bütün nitelikleri tam karşılıyor olsa bile iyi bir hâkim olamayacaktır.

Frank dürüst ancak “aptal” olan hâkimleri de değerlendirmeye almıştır. Dürüst ve aptal olan hâkim, iyi eğitim almış bir hukukçunun kolaylıkla anlayabileceği bir kuralı yanlış anlayıp, buna göre de hüküm verebilecektir. Bu nedenle hâkimin ayrıca zeki ve çalışkan da olması gerekmektedir.

Hâkimin dürüst ve zeki olması da her zaman yeterli olmayacaktır. Hem dürüst hem zeki olan hâkimler de yorgunluktan ya da başka sebeplerden dikkatleri dağılarak yanlış hükümler verebilir.²⁸⁸ Bu nedenle davaları çözerken gerekli özen gösterilmelidir. Hâkimler her bir davaya büyük bir titizlikle ve dikkatle yaklaşmalıdır. Bu özenin taraflara ve daha önemlisi hukuka olan saygısından kaynaklanmalıdır.

287 Bu başlıkta ahlaklı sıfatı kapsayıcı bir kavram olarak kullanılmıştır. Ahlaklılıkla; dürüstlük, zeka, çalışkanlık, özenli ve itidalli yaklaşım kastedilmektedir.

288 Frank (1931a), s. 35.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz olgu şüphesizliği hâkimin her zaman kafasında soru işareti kalmasına yol açar. Ceza yargılamasında da bu şüpheden dolayı kesin sonuçlara ulaşılamamaktadır. Ancak buna rağmen ağır cezalar verilebilmektedir. Cezai müeyyideler gün geçtikçe hafifletilmekte, ölüm cezası gibi cezalar kaldırılmaktadır.²⁸⁹ Bu sebeple hâkimin sahip olması gereken niteliklerden birisi de itidalli olmasıdır. Geri dönüşü olmayan kararlar verdiğinin farkında olarak bu ağır sonuçları doğuracak kararlarını mümkün olduğunca sakın bir kafayla vermelidir.

4.2.3 Yenilikçilik

Teknolojik ilerleme, çağımızda son sürat devam etmektedir. Bu ilerleme hem sosyal hem kültürel olarak yeni bir toplum yaratmaktadır. Durağan bir hukuk anlayışının bu değişime ayak uydurması oldukça zor olacaktır. Endüstri devriminin ilk safhası olan buharlı makineler zamanındaki işçi haklarıyla, bugün endüstri 4.0²⁹⁰ olarak anılan “karanlık” ya da “akıllı” fabrikalar konsepti içerisindeki işçi sayısının minimumda tutulduğu bir düzendeki işçi haklarının aynı olması absürt olacaktır. Hukuk bu değişime - diğer değişimlere de uydurduğu gibi- zamanla ayak uyduracaktır.

Hukukun değişen toplumu yakalamasının önemi sadece teknoloji örneğinde geçerli değildir. Bu ayrıca toplumun suçlularının yeni yöntemler geliştirmesi karşısında hukukun

289 **Frank** (1954), s. 451.

290 Endüstri devrimi dört safha halinde ilerlemiştir. Birinci safhası 18. yüzyılın başlarında buhar makinelerinin icadı ve üretimin hızlanmasıyla başlayan Endüstri 1.0 safhasıdır. İkincisi 20. yüzyılın başlarında elektrik enerjisinin kullanılmasıyla ve seri üretimle birlikte başlayan Endüstri 2.0’dir. Daha sonra bilgisayar teknolojisiyle birlikte, analog sistemlerin yerini dijital sistemlerin alması Endüstri 3.0 olarak adlandırılmaktadır. İnternet çağıyla birlikte tüm nesnelerin kendi aralarında koordine olabildiği dönem de Endüstri 4.0 olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde makineler üretimin büyük bir kısmını kendiliğinden yapacaklar ve işçilere çok fazla ihtiyaç kalmayacaktır. bkz. **Yıldız, Aytaç** (2018) ‘Endüstri 4.0 ve Akıllı Fabrikalar’ Sakarya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C: 22, S: 2, s. 546-556, s. 547.

eli kolu bağı kalmaması için de gereklidir. Örneğin uyuşturucu suçları kapsamında, TCK'nın 188. maddesinin 4. fıkrasında uyuşturucu madde türünün eroin, kokain, morfin, sentetik kannaboid ve türevleri veya baz morfin olması durumunda cezanın ağırlaştırılacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemenin sebebi bu maddeleri içeren uyuşturucuların kamu sağlığına daha büyük zarar vermesidir. Kanun koyucu bu maddeleri tahdidi olarak belirlemiştir. Ancak günümüzde uyuşturucu tacirlerinin piyasaya her gün yeni bir madde yaydığı ve bunların çoğunun bu sayılan maddelerden daha tehlikeli olduğu bilinmektedir. İşte bu gibi durumlarda hâkimin önüne gelen her maddeyi sağlık açısından değerlendirme imkanına sahip olması gerekmektedir.²⁹¹ Değişen toplumu her anlamda yakalamak ve hukuku ona göre uygulamak realist hâkimin görevlerinden biri olmalıdır.

Hâkimin adaleti sağlayabilmesinin tek yolu, toplumdaki gerek ekonomik gerek kültürel değerlerin arasındaki çatışmayı tespit edip bu değerler arasında hangisinin müreccih olacağına karar vermesidir. Bunu yapabilmesi için de hâkimin bu değerleri bilecek ve değerlendirecek kültür seviyesine sahip olması gerekmektedir.²⁹² Ayrıca hâkimin olayları ve delilleri takdir ederken de bu çeşit bir kültürel birikime sahip olması gerekmektedir. Örneğin hâkimin önüne gelen uyuşmazlık konusunun kripto paralar (bitcoin, ethereum vd.) temelinde yapılan bir sözleşme olması durumunda, hâkim kripto paraların nasıl işlediğini, ekonomik anlamını bilmek zorundadır. Taraflar arasında uyuşmazlık yaratacak kadar toplumda yer edinmiş bir gelişmeyi o ana kadar bilmiyor olsa bile, dava konusu çözümlenene kadar öğrenmek zorundadır.

Sonuç olarak realist hâkim ilk olarak teknolojik gelişmeleri yakından takip etmelidir. Hâkim ayrıca toplumun değişen yapısını ve değişen toplumsal kabulleri de yakından takip etmelidir. Realizm anlayışına göre hâkim, bu değişimler karşısında var olan hukuku muhafaza etmeyi değil; yenilikçi bir yaklaşımla hukukun amacına en uygun olacak olan çözümü bulmayı tercih etmelidir.

291 **Öner, Mehmet Zülfü** (2010) 'Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 88, s. 106-150, s. 114.

292 **Gürkan** (1967), s. 20.

5. MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA HÂKİMİN ROLÜ ve NİTELİKLERİ

Çalışmamızın şimdiye kadarki bölümlerinde bahsedilen Amerikan Hukuki Realizmine göre hâkimin rolü ve nitelikleri hususları, bu bölümde mahkeme kararlarıyla örneklendirip somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Kararlar hem realist hâkimlerin verdikleri kararlardan hem realist anlayışa uygun bir şekilde hukukta kırılma yaratan kararlardan hem de güncel yargı kararlarından seçilmiştir. Ayrıca sadece ABD’de verilmiş olan kararlar değil ülkemiz mahkemelerince verilen kararlar da realist anlayışı yansıttığı ölçüde değerlendirmeye alınmıştır.

Bu örneklendirmeye girişmeden önce bazı realist hâkimlerin hangi niteliklere sahip olduğunu, hukuka karşı nasıl bir tavır takındığını ve nasıl bir hayat yaşadığını “gerçek” bir örnek olması açısından tetkik etmekte fayda vardır. Bu tetkike öncelikle akımın öncüsü olan Oliver Wendell Holmes Jr. ile başlayabiliriz. 1841 yılında Boston’da doğan Holmes 1866 yılında Harvard Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, eğitim de almak için bir Avrupa turu yapmıştır. Boston’a döndüğünde baroya kaydolduktan sonra bir hukuk firmasında çalışmaya başlamıştır. Daha sonra anayasa asistanlığı da yapmıştır. 1870-1873 yılları arasında *American Law Review* adlı derginin editörlüğünü üstlenmiştir. Holmes editörlük görevinin dışında birçok eser de kaleme almıştır. 1882-1889 yılları arasında Massachusetts Temyiz Mahkemesi üyeliği, 1899-1902 yılları arasında Massachusetts Temyiz Mahkemesi Başkanlığı, 1902-1932 yılları arasında da Federal Yüksek Mahkemesinde hâkimlik mesleğini icra etmiştir.²⁹³ Holmes’un fikirlerinin oluşumunda yaşadığı ortamın ve tecrübelerin etkisi çok büyük olmuştur. Holmes’un fikirleri Amerikan hukuk dünyasını derinden etkilemiştir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında fikirlerinin etkisi görülmektedir.

293 **Frankfurter, Felix** (1931) ‘The Early Writings of O. W. Holmes Jr.’ *Harvard Law Review*, Vol: 44, No: 5, s. 717-827, s. 718.

²⁹⁴ 1935 yılında Washington’da vefat eden Holmes sadece hukuk alanında çalışanların dikkatini çekmemiştir. Yaşadığı dönemde de çok sevilen Holmes’un hayatı yakın arkadaşı Francis Biddle tarafından kaleme alınmış daha sonra 1950 yapımı ‘*The Magnificent Yankee*’ adlı sinema filmine de aktarılmıştır.²⁹⁵ Görüldüğü üzere Holmes içinde yaşadığı dünyadan bağını koparmamış ve meslek hayatı boyunca hukukun çeşitli alanlarında faaliyet göstermiştir. Karar incelemeleri kısmında incelediğimiz kararlarından da anladığımız üzere Holmes hâkimlik kariyerini “realist bir hâkim” olarak tamamlamıştır.

Realizm akımının bir diğer önde gelen ismi de Jerome New Frank’tir. Hukukçu bir ailede büyüyen Jerome New Frank (1889- 1957) hukuk eğitimini 1909 yılında Chicago Üniversitesinde bitirdikten sonra yine aynı üniversitede 1912 yılında doktor unvanını almıştır. Illinois barosuna kaydolduktan sonra çalışmalarını ticaret hukuku alanına yönlendirmiştir.

Aynı zamanda avukatlık mesleğini de icra eden Frank psikoloji bilimindeki gelişmelerden etkilenerek ‘*Law and Modern Mind*’ adlı eserini yazmıştır. Çok ses getiren bu eserle birlikte şöhreti de artan Frank 1932 yılında Yale Üniversitesinde doçent olarak çalışmalarına devam etmiştir. Tarım Bakanlığı Genel Müşavirliği ve Menkul Kıymetler Borsasında (*Securities and Exchange Commision*) çeşitli görevlerde çalıştıktan sonra 1941 yılında ABD *Circuit Court of Appeals* ikinci bölgesinde hâkim olarak çalışmaya başlamıştır. Bu tarihten itibaren bir yandan hâkimlik mesleğini yaparken bir taraftan da Yale Üniversitesinde ve New York Sosyal Araştırmalar Fakültesinde misafir hocalık yapmıştır. ²⁹⁶ Görüldüğü üzere çalışkanlığı sayesinde bir hukuk fakültesi mezununun

294 **Cohen, Morris R.** (1931) ‘Justice Holmes and the Nature of Law’ *Columbia Law Review*, Vol: 31, No: 3, s. 352-367, s. 352.

295 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Budiansky, Stephen** (2019) *Oliver Wendell Holmes: A Life in War, Law and Ideas*, 1. Baskı, New York, WW Norton & Company.

296 **Paul, Julius** (1954) ‘The Legal Thinking of Jerome Frank: A Study on Contemporary American Legal Realism’ (Doktora Tezi), The Ohio State University, s. 227-229.

çalışabileceği nerdeyse bütün sahalarda- avukatlık, hâkimlik, akademisyenlik, memurluk- çalışmış olan Frank tecrübelerini yeni nesillere eserleri ve kararları aracılığıyla aktarmıştır.

Realist bakış açısı bizim ülkemiz açısından da bugün dahi günceldir. Akım hâkimlerin daha geniş perspektiflere sahip olmasını, farklı disiplinler hakkında bilgi sahibi olmasını önermektedir. Birçok farklı kültürün iç içe yaşadığı toplumumuzda bu husus önem arz etmektedir. Hâkim önüne gelen tarafların seviyesine ve kültürüne göre davayı değerlendirmelidir. Hukuksal ilkelerin halkın bütün kesimlerinin bilincinde aynı derecede yer etmediği bir gerçektir. Hâkim kararlarında bu farkı göz önünde bulundurmalıdır.²⁹⁷

Her ne kadar bugün için birçok değişiklik yapılmış olsa da kanunlarımız başka ülkelerden iktibas yoluyla alınmıştır. Mevaz kanunların etkileri bugünkü kurallarda da görüldüğü için bu kuralların yorumlanması gerekmektedir. Bunun için de sadece hukuk bilgisi yeterli olmayacaktır. Toplumsal faydayı teşhis edebilecek hâkimlerin yetiştirilmesi gerekmektedir. Bu kuralların yorumlanması ile doktrin, kanun ve uygulama arasındaki fark açılmaktadır. Ancak bu farkı kapatmak ve kendimize has bir hukuk düzeni oluşturmak da yine bu kuralların kendi bakış açımızla yorumlanması ile mümkün olacaktır.²⁹⁸ Realizmin öngördüğü hâkim profili adli sistemimizdeki bazı eksiklikleri kapatmaya namzet olacaktır.

Hâkimin rolü; kural ve olgu şüphecisi olması, hukuku bir araç olarak kullanması ve gerekli gördüğü durumlarda yeni hukuk yaratmasıdır. Karar incelemeleri de bu sistematik üzerinden yapılacaktır. Realizme göre hâkimin nitelikleri olarak; sosyal bilimlere aşinalık, ahlaklı olmak ve yenilikçilik olmak üzere üç temel nitelik belirlenmiş olmasına karşın karar incelemeleri sadece iki niteliği üzerinden yapılacaktır. Çünkü açıktır ki incelenen bütün kararlarda hâkimlerin ahlaklı olduğu ön kabulünden hareket edilmelidir. Hâkimin dürüst, olayın bütün şartlarına iyi çalışmış, tarafsızlığını zedeleyecek herhangi bir eyleme bulaşmamış olduğu ön kabulümüz olmuştur. Bu nedenle ahlaklı olma niteliğine ilişkin ayrı bir başlık açılmamıştır.

297 Yücel (2004), s. 75.

298 Gürkan (1967), s. 152.

5.1 Hukuki Belirsizliğe İlişkin Kararlar

5.1.1 Kural Şüphesizliğine İlişkin Kararlar

- *Torunun Ölüncüye Kadar Bakma Borcu* ²⁹⁹

Davada davacı olan babaanne (A) oğluna (S) ve torununa (B) ölüncüye kadar bakma şartıyla bir taşınmazını bağışlamıştır. Bakma borcunu oğlu (S) yerine getirmekteyken oğlunun ölmesi neticesinde torununun kendisine bakmadığı gerekçesiyle davacı (A) sözleşmenin feshi için mahkemeye başvurmuştur. İlk derece mahkemesince dava reddedilmiştir.

Yargıtay tarafından yapılan inceleme neticesinde hâkimin delilleri değerlendirirken tarafların özelliklerini ve ülke gerçeklerini göz önünde bulundurması gerektiğini, torun (B)'nin asker olması ve sürekli tayin olması nedeniyle davacının onunla yaşamaya mecbur bırakılamayacağı, yılda iki kez ziyaret etmenin bakma borcunun yerine getirildiğini göstermediğini gerekçe göstererek ve “*Hâkim; insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorundadır.*” denilerek kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay bu kararıyla yine toplumsal değerlerin dikkate alınmasını, kuralların soyut ifadelerinin, somut olaylarda her zaman adaletli sonuç doğuramayacağını ortaya koymuştur. Bu adaleti sağlamak hukukun dar kalıplarına sıkışmayan, toplumun sosyo-kültürel değerlerini bilen hâkimlerin görevidir.

- *Hynes v. New York Central Rail Road Co.* ³⁰⁰

1916 yılında Harvey Hynes adlı on altı yaşındaki bir çocuk Harlem nehrinde yüzerken nehrin kenarında bulunan ve New York Demiryollarına ait olan yüksek gerilimli

299 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1976/9370, K: 1976/13138, T: 31.12.1976.

300 [1921] 131 N.E. 898.

kablo ve tellerin üzerine düşmesi sonucu hayatını kaybeder. Hynes nehrin kenarında bulunduğu sırada, dengesini kaybedip düşerken tellere tutunmuş, şirket telleri iyi monte etmediğinden sökülüp Hynes'ın üstüne düşmüştür. Hynes'ın annesi zararını karşılayabilmek için şirkete tazminat davası açmış ancak ilk derece mahkemesi çocuğun eyleminin, kıyas yoluyla arazi mülkiyetini ihlal etmiş gibi şirketin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini, arazisine tecavüz edilen kişinin bu eylem neticesinde doğan zararlardan sorumlu tutulamayacağını belirterek davayı reddetmiştir. Hynes bu karara itiraz etmiştir.

New York Temyiz Mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kıyas yoluyla vardığı sonucu hukuka uygun bulmamıştır. Harlem nehrinde çocukların her zaman yüzdüğünü, kazanın gerçekleştiği gün de Hynes ile birlikte birçok çocuğun nehirde bulunduğunu ifade ederek müteveffanın nehirde yüzmeye hakkı olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca ölüm olayı da şirketin arazisi üzerinde değil çocuğun nehirde olduğu sırada gerçekleşmiştir. Şirket oldukça tehlike arz eden bu elektrik telleriyle ilgili, uyarı levhası, tellerin nehir seviyesinden biraz daha yükseğe yapılması gibi gerekli önlemleri almadığı için gerekli özeni göstermemiştir. Temyiz makamı şirketin özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için tazminat talebini kabul etmiştir.

Davada mantık yöntemlerinden kıyasın uygulanmasının adaletsiz sonuçlara yol açacağı açıkça görülmektedir. Çocukların nehirde bulunması ve nehrin kenarına çıkmasının, kıyas yöntemiyle, başkasının arazisine tecavüz edilmesiyle benzeştirmek doğru bir sonuca varmadır. Ancak bu doğru sonuç, her zaman somut olay bazında uygulanması gereken doğru uygulama değildir.³⁰¹ Çocukların nehirde yüzmesinin hukuki karşılığı, hukuk kitaplarında değil de toplumda aranırsa bu davada olduğu gibi adil sonuçlara varılabilecektir. Realistlerin, hukukta mantık yöntemlerinin kullanılmasını eleştirmesinin sebeplerinden biri, bu dava kendini göstermektedir. Mantık yerine, toplumsal kabullerin ve tarafların özel durumlarının esas alındığı kararlar hukukla ulaşılmak istenen amaca daha kolay erişilmesini sağlayacaktır.

301 **Cardozo** (1924), s. 100.

Ayrıca kural şüpheci hâkim kuralları tek yönlü olarak değerlendirmemelidir. Olaya uygulanacak olan kural, olaya ve toplumsal kabullere uygun olmak zorundadır. Dava konusu olaya karşılık gelen kural her zaman çok kolay belirlenemeyebilir. Bu belirsizlik karşısında realist hâkim bu davada olduğu gibi sosyal faydayı en çok sağlayacak olan ve hukukun amacına en uygun olan uygulamayı seçmek zorundadır.

- *Silah taşıma yasağının bölgeye göre farklılık göstermesi*³⁰²

Dava terör bölgesinde yaşayan bir vatandaşın 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında ceza alması üzerine yaptığı itirazı konu edinmektedir. Sanık yaptığı itirazda yaşadığı bölgede terör olaylarının çok sık yaşandığını, burada yaşayanların teröristlere karşı kendilerini koruma yöntemleri oluşturduklarını ve üzerinde bulunan silahtan bölge kolluk kuvvetlerinin haberinin olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay bu savunmaları kabul ederek 6136 sayılı yasada düzenlenmiş bulunan suçun oluşmayacağına karar vermiştir.

Yargıtay bu kararıyla, karar verirken toplumun yaşam koşullarına göre kuralların yorumlanabileceğine işaret etmiştir. Hâkimin kanun maddesini yorumlarken her zaman amaca yönelik ve toplumun en yararına olacak yorumu yapması realizmin öğretilerindendir. Bu kararla Yargıtay, 6136 sayılı yasanın düzenleniş amacının toplumun huzur ve güvenini sağlanması olduğunu ve güvenini sağlamak için silah bulunduran bir kişinin cezalandırılmasının hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Hâkimin sosyolojik gerçekler ışığında amaca yönelik yorum yapması gerektiğini karara bağlamıştır.

- *Dedenin torunuyla kişisel ilişkisi*³⁰³

Davada, velayeti annesinde olan bir çocuğun dedesi, çocukla kişisel ilişki kurmayı ilk derece mahkemesinden talep etmiştir. İlk derece mahkemesi her ne kadar kanunda böyle bir hüküm bulunmasa bile torunuyla arasında miras ilişkisi kurulacak olan dedenin

302 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K: 2000/4202, T: 03.08.2000.

303 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1944/3144, K: 1944/4361, T: 09.03.1944.

çocuğuyla görüşmeye de hakkı bulunacağına, takdir yetkisini kullanarak haftada bir saat kişisel ilişki kurulmasına hükmetmiştir. Usule ve yasaya aykırı bir husus olmayan hükmü Yargıtay da onamıştır.

İktibas ettiğimiz kanunlar uygulanırken Türk kültürüyle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Bu uyumsuzluk realist anlayışın da salık verdiği gibi toplumun kabullerine göre, psikolojik ve sosyolojik verilerin kullanılmasıyla çözülebilir. Bizim toplumumuzda dede ile torun ilişkisi Avrupa toplumlarına nazaran daha gelişmiş olduğu için bu ilişkinin kurulmasının hukuk ile koruma altına alınması doğru olmuştur. Medeni hukukumuzda çocuğun ana-babası dışında üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurabilmesi düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için çocuğun menfaatinin bu ilişkiyi gerektirmesi dışında olağanüstü hallerin varlığı şarttır.³⁰⁴ Somut olayda ise Yargıtay olağanüstü bir durum aramadan Türk toplum yapısını göz önüne alarak bu kararı vermiştir. Bu emsal kararlar, kuralların toplum yapısına en uygun şekilde uygulanması gerekliliğini Yargıtay bir kez daha vurgulamıştır.

-Hukuki meselelerde avukat ile normal vatandaşın arasındaki farkın gözetilmesi³⁰⁵

Kararda, davasını avukat aracılığıyla takip etmeyen bir kişinin, hâkimin verdiği kesin süreyi kaçırmaması nedeniyle bir hak kaybına uğraması konu edilmiştir. Yargıtay kesin süre açısından avukat ile sade vatandaş arasında bir ayırım yapmıştır. Hayatın gerçekleri ve ülkenin koşullarını göz önüne alarak, davasını kendisi takip eden bir kişi için kesin süre verildiğinde hâkimin bu hususu tarafa açıklayıp anlatmakla mükellef olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu gibi hukuki bilgi gerektiren hususların ilgisine açıklanması, duruşma tutanağına geçirilmesi ve ilgisinin imzasının da alınması gerekir.

Bu kararlar da Yargıtay ülke şartlarına ve hayatın gerçeklerine atıf yaparak, hâkimlerin sosyolojik gerçeklikten uzak kalmaması gerektiğini belirtmiştir. Hukukun

304 **Öztan, Bilge** (2016) Medeni Hukukun Temel Kavramları, 41. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 503.

305 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1974/9950, K: 1974/8418, T: 15.11.1974.

sadece hukuki prosedürleri işletmekten ibaret olmayıp, taraflar arasındaki gerçek adaleti sağlamaya yönelmiş olduğu unutulmamalıdır.

5.1.2 Olgu Şüpheliğine İlişkin Kararlar

- *Repouille v. U.S.* ³⁰⁶

İlk derece mahkemesi, vatandaşlık başvurusu yapan Louis Loftus Repouille'in başvuru sürecinde "ahlaki bir karakter" göstermediği gerekçesiyle başvurusunu reddetmiştir. Repouille, kendi on üç yaşındaki oğlunu, doğuştan beyin hasarı olduğu, yaşasaydı da mental ve fiziki olarak çok zorluk çekeceği, çocuğun zaten kör, sağır ve engelli olduğu çocuğun bütün ömrü boyunca hücrede yaşamaya mahkum olduğu gerekçeleriyle öldürmüştür. Mahkemece hükmedilen hapis cezasını da çekmiştir. Repouille'in bu çocuğundan ayrı dört çocuğu daha bulunmaktadır ve diğer çocuklarına karşı babalık görevlerini yerine tam olarak getirmektedir. Mahkeme bu cezanın vatandaşlık başvurusunun reddedilmesi için yeterli bir gerekçe teşkil etmediğine karar vermiştir.

Frank muhalefet şerhinde üst mahkemece kullanılan "ahlaki bir karakter" kavramının daha sonra bu kararı emsal alacak davalarda yanlış sonuçlar verebileceğini ifade etmiştir. İnsanların hayatlarıyla ilgili kararlar veren hâkimlerin bilgisiz oldukları bir konuda sonuca varması kabul edilemez.

Ayrıca Frank'e göre mahkemece bütün yargı süreçleri kayıt altına alınmalıdır. Üst mahkemelerin de bu kayıtların üzerinden bir karara varması gerekmektedir. Diğer türlü temyiz makamları sadece kendilerine sunulan kısmı kadarıyla sonuca varmaya çalışacaktır.

Frank muhalefet şerhiyle akademik yazılarında savunduğu, karar verirken hâkimin kişiliğinin, ön yargılarının ve ahlaki özelliklerinin etkili bir rol oynadığını kararına da

306 [1947] 165 F.2D 152.

yansıtmıştır. ³⁰⁷ İlk derece mahkemelerinin yetkinliğinin yargılamada kilit bir rol oynadığını ve hâkimlerin sadece hukuki değil, ahlaki kriterleri de değerlendirecek yetkinlikte bir eğitimin verilmesinin gerekli olduğunu Frank bu görüşüyle beyan etmiştir. Davanın olgularını değerlendiren hâkimin kişisel kabullerinin bu olgulara etki edeceği aşıkardır. Verilecek olan kararların, bu etki asgari düzeyde tutularak verilmesi gerekmektedir.

- *U.S. v. Rubenstein*³⁰⁸

Dava sahte belgeler ve yalan beyanlarla Alice Spitz adlı bir Çekoslavya vatandaşı kadının, evlilik yoluyla oturma izni almasıyla ilgilidir. Sanık Rubenstein, Spitz'e bir Amerikan vatandaşıyla evlenirse oturma ve çalışma iznini daha kolay alabileceğini tavsiye eder. Daha sonra Sandler adlı Amerikan vatandaşıyla Spitz evlenmeleri için bir araya getirilir. Bu noktada tanıkların ifadeleri birbirinden ayrışmaktadır. Sandler bu evliliğin normal bir evlilik olduğunu düşündüğünü, karşı tarafın başka amaçlarının olduğunu bilmediğini beyan eder. Buna karşılık Spitz ise sadece altı ay evli kalmak için anlaştıklarını bunun karşılığında da iki yüz dolar vereceğini taahhüt ettiğini ifadesinde belirtir. Sandler evlendikten sonra imzaladığı ve içeriğinde tarafların birbirini uzun süredir tanıdığına ilişkin yalan beyanlar olan belgeleri imzalamak istemediğini ancak bunların formalite icabı imzalanması gereken belgeler olduğu söylendiği için imzaladığını beyan etmiştir. Vize başvurularıyla ilgili işlemler tamamlandıktan kısa bir süre sonra Sandler ve Spitz boşanmışlardır. Bu organizasyonu yapan Rubenstein, ilk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunur. Temyiz mahkemesi de sonucunda boşanma gerçeklemedi bile olsa resmi başvurular esnasında yeminli verilen ifadelerin gerçek olmadığı gerekçesiyle mahkumiyetin onanmasına hükmetmiştir.

Hükme muhalefet eden Frank, tarafların sahte bir evlilik yaptıkları kabul etmekle birlikte, davanın esas konusunun yalan beyan içeren belgelerle ilgili çelişkili beyanlar

307 **Gürkan** (1967), s. 70.

308 [1945] 151 F.2d 915.

olduğunu belirtmiştir. Bu çelişkinin giderilmeden bir sonuca varılmasını doğru bulmamıştır. Şerhinde “karara etki etmeyen hata” kavramının üstünde duran Frank bu kavramın geniş yorumlanmaması gerektiğini aksi halde geri dönülemez sonuçlara yol açacağını belirtmektedir. Somut olayda da tarafların çelişkili ifadelerine karşı hükme etki etmeyecek ufak bir hata gözüyle bakılmasını eleştirmiştir. Mahkeme hükmünde, sadece hükmüne esas aldığı delillerin gerekçelerini değil, esas almadığı delillerin de neden esas alınmadığını ortaya koymak zorundadır. İlk derece mahkemesinin bu konularda yapmış olabileceği hataları düzeltme görevi temyiz mahkemelerine düşmektedir. Ancak Frank, tanıkların ifadelerinin sadece kağıda basılmış halini inceleyebilen onlarla temas etmeyen hâkimlerin sağlıklı bir sonuca varamayacağını belirterek, bütün mahkeme süreçlerinin kayda alınması gerektiğini tavsiye etmektedir. Ayrıca hâkimler jürinin etkisiyle ya da başka sebeplerle kararını belirli bir sonuca götürmek istiyor olabilir. Hâkim de jüri üyeleri de insani özelliklerinden ötürü yanlış sonuca ikna olmuş olabilir. Mahkemelerdeki bu “insan faktörünü” en aza indirmek için karara etki etmeyen hata kavramını en objektif şekilde değerlendirmek gerekmektedir. Bütün bu gerekçelerle Frank mahkemenin mahkumiyeti onama kararının doğru olmadığını, suçun objektif delillerle kanıtlanmadığını ifade etmiştir.

Hâkimin en önemli görevlerinden biri geçmişte yaşanan olayları gerçeğe en yakın şekilde tespit etmektir. Frank’ın muhalefet şerhinde olgulara bir tarihçi edasıyla yaklaşarak, onları en objektif şekilde ortaya koymanın önemine vurgu yapmıştır. Frank eserlerinde sıklıkla hâkimlerin insan olduklarını ve bu sebeple bilinçsiz bir şekilde yanlış sonuçlara yönelebileceğini belirtir. Bu karara koyduğu muhalefet şerhiyle, hâkimlerin insan oldukları için düşebilecekleri hataları en aza indirmenin yönteminin, bütün şüphelerden arî edilmiş deliller olduğunu ortaya koymaktadır. Bu delillerin kayda alınmasıyla onlara direkt olarak ulaşabilecek ve onları tetkik edebilecek temyiz mahkemeleri bunu sağlayacaktır.

- *In Re Fried*³⁰⁹

Davada ilk derece mahkemesinin, sanığın itirafı üzerine diğer bütün delilleri yok sayarak sadece itirafa göre karar vermesi hususu ele alınmıştır. Frank, Jerome Hall'dan alıntı yaparak suçluluğu kanıtlamanın kolay olduğunu asıl zor olanın masum kalabilmek olduğunu ifade eder. Davanın olguları geçmişte kalmış olan olgulardır. Bu olguları araştırırken tarih yazıcısı gibi davranılması gerekmektedir. Ancak her tarih yazıcısının ister istemez öznel görüşlerinin yazınına girmesine rağmen hukuk bu öznelliğe göz yumamaz. Tarihçi gibi ancak daha büyük bir dikkatle bütün şüpheleri izale ederek bir sonuca ulaşılmalıdır. Frank bu davada kendi formülasyonuna atıf yaparak [(Kural) X (Olgu) = (Karar)] olgunun yanlış tespit edilmesinin doğru kararı vermeyi olanaksız kıldığını göstermiştir. Baskı altında alınmış olan bir itiraf, bu nedenle hükme esas alınamaz.

Frank bu kararıyla hâkimin tarihçi gibi davranmasını söylerken ne kastettiğini somut olarak ortaya koymaktadır. Hâkimin geçmişte yaşanmış olayların hepsini göz önünde bulundurarak yeniden inşa etmesi gerekmektedir.³¹⁰ Ayrıca olgu şüphesizinde bahsettiğimiz üzere olguların tespitinin önemini ve her bir dava açısından farklılaşabileceğini de bu emsal kararlarla görebilmekteyiz.

5.2 Hukukun Araç Olarak Kullanıldığı Kararlar

-*Buck v. Bell*³¹¹

“Zekâ geriliği”nden muzdarip olan Carrie Buck isimli kadın devlet akıl hastanesinde yatmaktadır. Buck'ın durumu ailesinde kendisinden önceki üç nesilde de mevcuttur. Virginia eyaletinde o dönemdeki bir yasaya göre akıl hastanesinde yatan bazı

309 [1947] 161 F.2D 453.

310 Frank (1950), s. 37.

311 [1927] 274 U.S. 200.

hastaların “kendi sağığı ve toplumun refahı” için kısırlaştırılabileceğı kabul edilmektedir. Bu prosedürün gerçekleştirilmesinden önce işlemin mahkeme onayından geçmesi mecburiydi. Dava Yüksek Mahkemece, bu yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı yönünde ele alınmıştır.

Yargıç Holmes görüşünde, kısırlaştırma kararının medikal bir karar değil, hukuki bir karar olduğunu, kısırlaştırma işleminin mahkeme onayına tabi olduğunu ve hastanın isterse karara itiraz etme hakkı bulunduğunu, mahkemelerin de kararlarını aylar süren gözlemlmeleri neticesinde verdiğini belirterek düzenlemenin anayasaya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Holmes görüşünde, toplumun refahı için hastalıklı insan sayısının minimumda tutulması gerektiğini, bu hastaların toplumu geriye götürdüğünü, kısırlaştırma yapılmazsa hasta nesillerin ileride suç işleyip başkalarının çocuklarına zarar vereceğini ya da kendi embesillikleri nedeniyle aklıktan ölüp gideceklerini belirtmiş ve “*üç nesil embesil yeterlidir*” diyerek işleme onay vermiştir.

Holmes’un bu kararı realist anlayışa uygun bir karardır. Zira öncelikle karar verilirken kuralların dar kalıplarında kalmamıştır. En çok sosyal faydayı getirecek karara imza attığını düşünmektedir. Ayrıca o dönemde kabul gören bir görüş olan sosyal Darwinizm anlayışına uygun bir karar vererek, sosyal bilimlerin verilerini de kullandığını düşünülmektedir. Sosyal Darwinizm, Charles Darwin’in biyolojik olarak ortaya koyduğu evrim teorisinin sosyal hayata uyarlanmış şeklidir. Buna göre tıpkı bir çiftçinin en güçlü koyunların çiftleşmesini sağlayıp sürüsünü daha güçlü hale getirdiğı gibi, toplumlarda da “güçlü tohumlar” desteklenmeli güçsüz olanlar ise elenmelidir.³¹² Holmes kararda kullandığı sert sözleri bilinçli bir şekilde kullandığını daha sonraları ifade etmiştir. Ona göre böylesine önemli kararlar, rahatsız edici ve dikkat çekici cümlelerle verilmelidir ki beklenen değişim toplumda daha çabuk yer alabilsin.³¹³

312 **Lombardo, Paul A.** (2008) *Three Generations, No Imbeciles : Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell*, 1. Baskı, Baltimore, The John Hopkins University Press., s. 164.

313 **Lombardo** (2008), s. 216.

Hukuki realizme göre hâkimlerin hukuku araç olarak kullanması gerekmektedir. Güncel bilimsel gelişmeler sayesinde sosyal faydayı belirleyip buna göre hukukun amacına uygun bir şekilde karar vermek realizmin temel yaklaşımlarından birisidir. Bu yaklaşım birçok yenilikçi ve ilerlemeci karara imza atılmasına sebep olmuşsa da bu kararda görüldüğü gibi yanlış sonuçlara da yol açabilecektir. Sosyal faydanın ne olduğunun yanlış belirlenmesi ve bilimin sunduğu verilerin zaman içerisinde değişebileceği her zaman için göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kararlar hukuk mahkeme tarafından bir araç olarak kullanılmıştır ancak hizmet ettiği amacın insani olmayan bir temelde belirlenmesi yanlış sonuçlar doğurmuştur.

-Manhattan Properties v. Irving Trust Co. ³¹⁴

Dava kiraya verenin kira alacağının, tüzel kişi kiracının iflası durumunda nasıl tahsil edileceği ile ilgilidir. ABD'deki iflas kanununa göre gelecekte doğacak olan borçlar kanıtlanabilir nitelikte olmadığı için iflas hesabına dahil edilmemektedir. Kiraya veren ise aralarındaki sözleşmenin devam ettiğini bu sebeple doğacak olan borçların da hesaba katılması gerektiğini iddia etmektedir. İflas kanununda 1933 yılında yapılan bir değişiklikle, yalnızca gerçek kişiler için geçerli olmak üzere, gelecekte doğacak olan kira borcundan sorumlu olunacağı hüküm altına alınmıştır. Yasa çıktığından beri yedi kez değişikliğe uğramasına rağmen bu hususun tüzel kişiler için düzenlenmemiş olması yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kabul edilmiştir. Kiraya verenin iflası öğrendiği tarihten itibaren isterse kira sözleşmesini feshedebileceği, isterse de sadece doğmuş olan kira borçları için iflas eden kiracısını takip edebileceğini ancak gelecekte doğacak olan borçlar için böyle bir takip yapamayacağına karar vermiştir.

Max Radin bu kararı eleştirdiği bir makale kaleme almıştır. Bu makaleyle mahkeme kararının gerçek ve adil bir sonuç aramak yerine otoriteleri memnun etme çabasında olduğunu ve sadece hukuki kaynaklar kullanılarak varılan bu sonucun yanlış

314 [1934] 291 U.S. 320.

olduğunu savunmuştur.³¹⁵ Kuralın sadece gerçek kişileri kapsıyor olmasının belirli bir amacı vardır. Bireysel olarak iflas edilse dahi gerçek kişiler kiracı olmaya devam etmek zorundadır. Ancak tüzel kişilerin böyle bir zorunluluğu söz konusu değildir. Bu nedenle kapsama sadece gerçek kişiler alınmıştır. Ancak somut örnekte görüldüğü üzere tüzel kişilerin de aynı durumda bulunabileceği durumlar söz konusu olabilir. Karar verilirken hukukun kendisi bir amaçmış gibi hareket etmek her zaman doğru sonuç veremez. Realist hâkim, hukukun ortaya koyduğu amacı belirleyip bu doğrultuda karar vermek zorundadır. Kararlarındaki amacı, hukuku uygulamak değil; onu bir araç olarak görüp belirlenen amaçların gerçekleşmesini sağlamak olmalıdır.

5.3 Hâkimin Hukuk Yaratma Rolünü Üstlendiği Kararlar

5.3.1 İfade Özgürlüğü

- *Abrams v. U.S.*³¹⁶

Davanın konusu, 1918 yılında ABD'nin çarlık rejimini yeni yıkmış olan Sovyet Rusya'nın topraklarında Almanya aleyhine bir askeri operasyon başlatması üzerine ABD'de yaşayan Rus göçmenlerin bu operasyonlara karşı çıkması ve askeri mühimmat fabrikasında genel grev çağrısında bulunmuş olmalarıdır. Grevin ilk amacı Amerika'nın Rusya'ya askeri birlik göndermeyi durdurması, ikincisi ise Sovyet Rusya'ya karşı kullanılacak olan silahların üretiminin durdurulmasıdır. Muhalifler yirmişer yıl hapse mahkum edilmiştir. Yüksek mahkeme davayı, Casusluk Kanunu'na uygun olarak hükmedilmiş olan bu cezanın, "ifade özgürlüğü"ne aykırılık teşkil edip etmediği hususunda incelemeye almıştır. Mahkeme iki muhalif oyla bu yaptırımın ifade

315 **Radin, Max** (1935) 'Realism in Statutory Interpretation and Elsewhere' California Law Review, Vol: 23, No: 2, s. 156-166.

316 [1919] 250 U.S. 616.

özgürlüğünü kısıtlayıcı bir uygulama olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme savaş zamanlarının hassas zamanlar olduğunu ve ifade özgürlüğünün daha az korunması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu hükme muhalefet eden hâkimlerden birisi de hâkim Holmes'dur. Holmes ifade özgürlüğü korunurken sadece hükümetin bakış açısını değerlendirmenin yanlış olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için halihazırda tehlikeli bir durumun olması ya da sanıkların böyle bir tehlike yaratmaya teşebbüs etmeleri gerekmektedir. Somut olayda sanıkların her iki talebinin de “açık ve aktüel bir tehlike” teşkil etmediğini ifade etmiştir. Holmes bu kararla ilk defa “açık ve aktüel tehlike” kavramını hukuk literatürüne kazandırmıştır. Holmes bu muhalefetiyle hukukun mantıktan değil tecrübeden oluştuğunu göstermiştir. Çünkü daha önce kendisi de ifade özgürlüğüyle ilgili emsal kararların yolunu izleyen ve tamamen formülize edilmiş bir yaklaşımla birkaç karara imza atmıştır. Ancak entelektüel gelişimi ile birlikte bunu hukuka uygulayarak ifade özgürlüğünün teminatını daha da güçlendirecek “açık ve aktüel tehlike” kurumunu hukuka kazandırmıştır.³¹⁷ Bu örnekte görüldüğü gibi realist hâkim gerekli durumlarda hukuk yaratabilmelidir.

5.3.2 İşçi Hakları

- *Lochner v. New York*³¹⁸

New York eyaleti Fırıncılık Kanunu adıyla bir kanun çıkarmış ve bu kanunla fırıncıların haftada 60 saatten ya da günde 10 saatten fazla çalışmasını yasaklamıştır. Joseph Lochner isimli fırın sahibi vatandaş, çalışanının haftada 60 saatten fazla çalışmasına müsaade etmiş bu sebeple önce 25 dolar, birkaç yıl sonra da 50 dolar ceza ödemiştir.

317 **Cameron, Jamie** (2016) ‘The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind- and Changed the History of Free Speech in America by Thomas Healy’ *Osgoode Law Journal*, Vol: 52, No: 3, s. 1171-1177, s. 1172.

318 [1905] 198 U.S. 45.

Lochner ilk cezasına itiraz etmemiş ancak ikinci ceza için mahkemeye başvurmuştur. Davasının ilk derece mahkemesinde reddedilmesi üzerine, bu düzenlemenin Anayasanın on dördüncü maddesinde düzenlenen sözleşme yapma özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla davasını Yüksek Mahkeme önüne getirmiştir. Mahkeme beşe dört çoğunlukla yasanın işçi ile işveren arasındaki sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir. Çoğunluk görüşünde New York eyaletinin bu yasayı düzenlerken hiçbir ussal temele sahip olmadığını çünkü uzun süreli çalışmanın hiçbir işçinin sağlığını etkilemediğini ya da fırıncılık mesleğinin tehlikeli bir meslek olmadığını belirtmiştir.

Muhalefet şerhinde hâkim Harlan yasa çıkarma yetkisi olan New York eyaletinin her çıkardığı yasanın ussal zeminini açıklamak zorunda olmadığını, buna karşı çıkan tarafların ussal olmayan unsurları ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir. Bu muhalefet şerhinde belirtilen husus bugün ABD’de kural haline gelmiştir.

Holmes ise muhalefet şerhinde; davanın ülkenin büyük bir kısmında hoş karşılanmayan bir ekonomik teori temelinde verildiğini ifade etmiştir. ABD anayasası bir ekonomik teori olan “*laissez faire*”yi hayata geçirmeyi amaçlamaz. Holmes genel önermelerin somut olayları çözümleyeceğini belirtir. Hukuk sürekli içtimai hayatı şekillendirici düzenlemeler yapar. Piyangoların yasaklanması da buna örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenlemelerin hepsini sözleşme özgürlüğü temelinde ele alamayız, çünkü bu düzenlemeler de sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliktedir. Saat kısıtlamasının insan sağlığı için çekilmiş bir çizgi olduğu açıktır. Ayrıca sözleşmenin iki tarafının eşit durumlarda olan kişiler olmaması da bu yasanın geçerliliğini doğrulamaktadır.

Holmes bu karardaki görüşüyle hukuki uygulamaların ekonomik temellerinin bilinmesinin önemine vurgu yapmıştır. Ayrıca o gün için hukuki bir temeli olmayan ve bugün hukukumuzda “işçi lehine yorum ilkesi” olarak yer alan ilkenin temellerini atmıştır. Holmes bunu hukukun dar kalıplarına sıkışıp kalmadan toplumun büyük kesiminin faydasına olacak olanı tespit ederek başarmıştır.

- *Adkins v. Children's Hospital of D.C.*³¹⁹

1918 yılında Columbia bölgesinde kadınların ve çocukların asgari bir ücrete tabi olmasını sağlayan bir düzenleme yapılmıştır. Birçok kadın çalıştıran Children's Hospital of D.C. ise bu düzenlemeye itiraz etmiş, itirazı ilk derece mahkemesinde reddedilmiş ancak bir üst mahkemece kabul edilmiştir. Yüksek mahkeme incelemesini asgari ücret uygulamasının anayasanın beşinci maddesi olan usuli güvence teminatına yani usulüne uygun olmaksızın yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkının kısıtlanamayacağı hakkına aykırı olup olmadığı yönünde gerçekleştirmiştir. Mahkeme çoğunluk görüşüyle yukarıda da bahsettiğimiz *Lochner v. New York* kararına da atıf yaparak bu düzenlemenin sözleşme özgürlüğüne ve usuli teminat hakkına aykırı olduğunu, kadınların erkeklerden daha fazla bir korumaya ihtiyaç duymadığını bu sebeple düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Holmes muhalefet şerhinde öngörülebilir bir yanlışlığı düzeltmek için hükümetin böyle bir yetkisinin bulunduğunu, kadın ve erkek arasında hiçbir farkın olmadığı sonucuna anayasa maddeleriyle ulaşılamayacağını belirtmiştir. Holmes'a göre bu gibi sonuçlara ulaşmak için sadece hukuki düzenlemelerin bilinmesi yetmez, toplumun yapısını ve ihtiyaç duyduğu şeylerin bilinmesi ve mahkemenin kararlarını buna göre vermesi gerekmektedir. İşçi haklarının ekseriyeti, belirli hukuksal mücadeleler sonucunda elde edilmiştir. Bu gelişme, diğer hukuki gelişmeler gibi, evrimsel bir şekilde gerçekleşmiştir.³²⁰ Bugün bütün işçiler için geçerli olan asgari ücret uygulaması, ABD'de öncelikle kadınlara ve çocuklara uygulanmıştır.

319 [1923] 261 U.S. 525.

320 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öçal, Mehmet / Karaalp Orhan, Hacer Simay** (2018) 'Asgari Ücret Uygulamasının Tarihsel Gelişimi ve Türkiye-AB Ülkeleri İçin Karşılaştırmalı Bir Analiz' Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 3, s. 645-664.

5.3.3 Kadın Hakları

- *Oppenheim v Kridel*³²¹

1884 yılında evlenen davacı Jennie M. Oppenheim kocasıyla 1917 yılına kadar aynı evin içerisinde yaşamıştır. Ancak 1913 yılından itibaren kocasının hayatına başka bir kadının girmesiyle karı-koca ilişkileri son bulmuştur. Davacı, davalı Martha Kridel'in evli olduğunu bildiği bir erkekle birlikte olduğunu, kocasının hem maddi hem manevi yardımını ailesinden esirgemesine sebep olduğu ve kocasını evliliğinden soğuttuğu gerekçesiyle zina davası açmıştır.

İlk derece mahkemesi davayı diğer yönleriyle ele almış, ancak kocayı evlilikten soğutma fiili açısından reddetmiştir. Mahkeme eski bir emsal karara dayanarak erkeğin kadına karşı bu iddiayı ileri sürebileceğini ancak kadının erkeğe karşı ileri süremeyeceğine hükmetmiştir. Davacı kararı temyiz etmiştir. Temyiz mahkemesince kararın verildiği tarihte toplumsal zihniyetin artık değiştiğini, cinsiyet ayrımının toplumda kabul gören bir husus olmadığını, kadına ve erkeğe sosyal haklar açısından eşit haklar verilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuş ve kadının zina davasını açma hakkı bulunduğu hükmetmiştir.

Temyiz mahkemesi değişen toplum zihniyetine paralel şekilde kadınların da erkeklerle aynı haklara sahip olduğunu kabul etmiştir. Kadın- erkek eşitliği bir günde yapılan bir devrimle değil; bu emsal karar gibi kararlarla, yavaş yavaş değiştirilen kanuni düzenlemelerle, evrimsel bir şekilde sağlanmıştır/sağlanma yolunda ilerlemektedir.

- *Kadının evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanabilmesi*

Toplum sürekli bir değişim halindedir. Bu değişimin karşısında hukukun da sürekli bir değişim halinde olması gerekmektedir. Amerikan Hukuki Realizminin önerisi hukukun yaratılma sürecini toplumun dinamiklerini bilen hâkimler aracılığıyla gerçekleşmesidir. Toplumun kültürel olarak değişimine ve hukukun da zamanla buna uyum sağlamasına

321 [1923] 140 N.E. 227.

örnek olarak kadınlara evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanma hakkının tanınması örnek gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında ³²²kadının evlilikte erkeğin soyadını almasını anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkeme “*Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.*” gerekçesiyle yapılan başvuruyu reddetmiştir.

Ancak daha sonra Sevim AKAT EŞKİ isimli kişinin bireysel başvurusu ³²³ neticesinde Mahkeme tersi yönde bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi kapsamına ad ve soyadın serbestçe seçiminin de dahil olduğu, kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanmasının engellenmesinin Anayasanın 17. maddesi uyarınca “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” hükmüne aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böylece uzun zamandır talep edilen kadınların sadece kendi soyadlarını kullanma hakkı hukuken tanınmıştır. Bu düzenleme, toplumsal değişimi takip eden hâkimlerin sayesinde yapılmıştır.

5.3.4 Tüketici Hakları

- *MacPherson v. Buick Motor Co.*³²⁴

Davacı Donald C. MacPherson bir acenteden, davalı Buick Motor’un ürettiği bir otomobil satın almıştır. Kısa bir süre sonra aracın tekerleğinde bulunan bir arızadan dolayı davacı kaza geçirmiş ve yaralanmıştır. Bunun üzerine otomobilin asıl üreticisi olan şirketin

322 Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, T: 10.03.2011.

323 **Sevim AKAT EŞKİ Başvurusu**, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/2187, K.T.: 19.12.2013.

324 [1916] 217 N.Y. 382.

ihmali bulunduğu ve kazanın da bu ihmal sebebiyle gerçekleştiği gerekçesiyle tazminat davası açılmıştır. Davalı şirket savunmasında; otomobilin tekerleğinin başka bir şirket tarafından üretildiğini, ayrıca davacının otomobili kendisinden değil bir acenteden aldığı için sorumluluğu bulunmadığını iddia etmiştir.

Mahkeme davayı öncelikle bir zen sorumluluğu olup olmadığı yönünde, varsa sorumluluğu kime ait olacağı kapsamında ele almıştır. Arızalı tekerleğin kazaya yol açacağı, satıcının gözden geçirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması halinde ortaya çıkacaktır. Bu yükümlülük ne davalı Buick Motor ne ona tekerleği satan şirket ne de satıcı acente tarafından yerine getirilmediği için ihmalden kaynaklanan bir zen sorumluluğu mevcuttur. Bu sorumluluğu kendisine ait olmadığını ileri süren davalı taraf bir emsal kararı gerekçe göstererek, davacının aracı acenteden aldığını, sözleşmeyi onunla kurduğunu bu nedenle sorumluluğu da acenteye ait olması gerektiğini öne srmştir.

Mahkeme oğunluk görüşüyle davayı kabul etmiştir. oğunluğu görüşünü kaleme alan yargıç Cardozo, at arabalarının kullanıldığı zamanlardan kalma bir emsal kararın modern seyahat araçlarının konu edildiği bu davaya esas alınamayacağını, dava konusu araçların çok daha teknik yapıya sahip olduklarını, alıcıların araç satın alırken satın aldıkları acenteye değil, üretici firmaya güvenerek satın aldıklarını, bu sebeple üretici firmaların sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir.

Bu karar, tüketicisi hukukunun ve zen yükümlülüğü kavramlarının gelişmesinde çokça atıf yapılan bir karar haline gelmiştir. İngiliz hukukunda da üreticilerin, ürünlerin son kullanıcılarına karşı bile sorumlu olduğu kabul edilen Donoghue v. Stevenson³²⁵ kararı buna bir örnektir. Hukukumuzda da yer alan üreticinin sorumluluğu kurumunun temelleri de³²⁶ bu kararla atılmıştır.

325 [1932] UKLH 100.

326 Canpolat, nder (2013) ‘retici ve Sorumluluğu’ Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 370-398, s. 377.

5.4 Sosyal Bilimlerden Faydalanılan Kararlar

5.4.1 Sosyoloji Bilgisinden Faydalanılan Kararlar

-*Muller v. Oregon*³²⁷

Oregon eyaletinde fabrikalarda ve çamaşırhanelerde çalışan kadınların çalışma saatlerini on saatle sınırlayan bir düzenleme yapılmıştır. Bir çamaşırhane sahibi olan Curt Muller bu sınırlamaya uymadığı için 10 dolar ceza ödemeye mahkûm edilmiştir. Yaptığı itiraz ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmeyen Muller yasal düzenlemenin sözleşme yapma özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Buna karşılık eyalet için savunma hazırlayan Louis D. Brandeis kadınların fiziksel olarak erkeklerden farklı bir yapıda olduklarını ve özel bir korumaya ihtiyaç duyduklarını bu nedenle bu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını savunmuştur. Yüz on üç sayfalık savunmasında birçok tıp, sosyoloji ve ekonomi çalışmasına, istatistik bilgilerine atıflarda bulunulmuştur. Kadınlar için özel bir düzenlemenin yapılmasının hem fizyolojik hem sosyolojik hem de ekonomik olarak elzem olduğu ortaya koyulmuştur. Bu savunma (*Brandeis' Brief*) bir mahkeme nezdinde diğer bilimlerden elde edilen kanıtların kabul edilmesi, hukuka formel yaklaşım yerine toplumsal yaklaşımın kabul edilmesi gibi birçok nedenle mahkeme kararları için emsal olarak kabul edilmekte ve günümüze kadar birçok çalışmaya konu edilmektedir.³²⁸

327 [1908] 208 U.S. 412.

328 bkz. **Vose, Clement E.** (1957) 'The National Consumers' League and Brandeis Brief' *Midwest Journal of Political Science*, Vol: 1, No: 3/4, s. 267-290. **Pulliam, Mark S.** (1982) 'Brandeis Brief for Decontrol of Land Use: A Plea for Constitutional Reform' *Southwestern University Law Review*, Vol: 13, s. 435-468. **Levine, Noga-Morag** (2013) 'Facts, Formalism and the Brandeis Brief: The Origins of a Myth' *University of Illinois Law Review*, Vol: 59, s. 59-104.

Mahkeme savunmada gösterilen verilerden yola çıkaran kadınlar için özel düzenleme yapılmasının sözleşme özgürlüğünü ihlal etmeyeceğini, kadınların annelik fonksiyonlarını yerine getirmesi ve dolayısıyla sağlıklı bir ulusa sahip olunabilmesi için kadınları koruyan düzenlemelerin yapılmasını oy birliğiyle anayasaya uygun bulunmuştur. Kadınların sosyal ve fizyolojik rolünün koruma altına alınması en büyük sosyal faydayı sağlayacaktır. Mahkeme bu kararıyla *Lochner v. New York* emsal kararında aldığı işçilerle işveren arasındaki sözleşmenin, sözleşme özgürlüğü kapsamına girdiğine ilişkin emsal karardan ayrılmıştır.

*-People v. Charles Schweinler Press*³²⁹

Dava, kadınların gece vakitlerinde çalışmasının yasaklanmasının anayasaya uygun olup olmadığına ilişkindir. ABD’de o dönemde birkaç eyalette yürürlüğe sokulan, kadınların belli saatlerden sonra çalışmasını yasaklayan kanun düzenlemeleri yapılmıştır. 1915 yılında, New York eyaletindeki bir fabrikada çalışan bir kadın gece vardiyasına kalmış ve bu kuralı ihlal ettiği için cezai işlem uygulanmıştır.

Yüksek mahkemeye yapılan itiraz, ergin bir kadının işvereniyle dilediği gibi sözleşme yapabileceği, bu düzenlemenin yaşama ve çalışma hürriyetlerine ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde yapılmıştır.

Mahkeme gece vakti çalışmanın sağlığa zarar verdiğine, gündüz uykusunun yorgunluk ve tükenmişliğe yol açacağı için gece vakti çalışmanın sağlığa zararlı olduğuna ilişkin raporu ve *Muller v. Oregon* davasında kullanılan kadınların çalışma koşullarının zorlaştırılmasının onların annelik görevlerine halel getireceğine ve toplumun yapısının bozulacağına ilişkin verileri gerekçesinde kullanmıştır. Mahkeme, devletin kamu sağlığını ve toplum refahını sağlamakla yükümlü olduğunu, kadınların gece vakti çalışmalarının onların sağlığına olumsuz etkileri olduğunu, kadınların fiziksel olarak erkeklerden daha güçsüz olduklarını dolayısıyla fiziksel güç gerektiren işlerde devletin korumasının devreye sokulması gerektiğini belirterek kanun düzenlemesinin anayasaya uygun olduğuna karar

329 [1915] 108 N.E. 639.

vermiştir. Mahkeme, 1907 yılında, aynı düzenleme için vermiş olduğu *People v. Williams*³³⁰ kararında bu kararın tam aksi yönde bir karara imza atmıştı. Bu emsalden dönme gerekçesi olarak, o davadaki savunmada gece vakti çalışmanın sağlığa zararlı olduğuna ilişkin delillerin yetersiz oluşu ve işçilerin sosyal durumlarını ortaya koyan sosyolojik araştırmaların, kadınların daha çok korunması gerektiğini ortaya koyması gösterilmiştir.

*-Inez Garcia Davası*³³¹

Dava Küba asıllı Amerikan vatandaşı Inez Garcia'nın tecavüze uğradığı sırada, tecavüzcülerden birini silahla öldürmesiyle ilgilidir. Garcia ilk derece mahkemesinde savunmasını, uğradığı ağır saldırı neticesinde bilincinin yerinde olmadığı, bu nedenle fiilinden sorumlu tutulmaması gerektiği temelinde yapmıştır. Ancak yargılama sırasında heyecanına yenilen Garcia diğer tecavüzcüyü “gebertmediği” için pişman olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme samimi olmayan savunmayı kabul etmemiş ve Garcia'yı hapis cezasına mahkum etmiştir.

Dava bir usul yanlışlığından dolayı tekrar görülmeye başlamıştır. Bu kez savunmayı Susan Jordan isimli radikal feminist bir avukat üstlenmiştir. Savunmayı bu kez, tecavüze sebep olanın kadın olduğu yönündeki erkek egemen anlayışa karşı çıkararak, fiilin bir saldırıya karşı meşru müdafaa statüsünde olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu

330 [1907] 189 N.Y. 131. Bu kararında Yüksek Mahkeme kadınların da erkekler kadar özgür olduklarını, onların yaşama ve çalışma haklarının kanunla kısıtlanamayacağına karar vermiştir Mahkemeye göre, bu kısıtlama eski ataerkil anlayışa çanak tutmaktadır. Kadınların ayrı birer birey olduklarını kabul etmeme anlamına gelmektedir. Bu iki çelişkili karara bugünün penceresinden baktığımızda sosyal bilimlerin verilerinin kullanıldığı, toplumun yapısına uygun ve ilerlemeci bir anlayışla verilen yeni tarihli karar daha ilkel görünmektedir. Fizyolojik farklılıkları inkâr anlamına gelmemekle birlikte, günümüzde yapılan sosyolojik araştırmalar kadınlara getirilen bu gibi kısıtlamaların onları korumaktan çok, onlara zarar verdiğini ortaya koymaktadır. Yüksek Mahkeme'nin cinsiyet ayrımıyla ilgili tarih içinde değişen görüşleri için bkz. *Hibbs v. Department of Human Resources* [2001] 273 F.3d 844, s.862.

331 [1975] 426 U.S. 911.

savunmayı yerinde bulmuş ve beraat kararı vermiştir. Bu karar, hukuki belirsizlik ve hukukun politik olduğu yönündeki iddialarla yapılan savunmanın kabul edilebilir olduğunu göstermektedir.³³² Jordan savunmasında ataerkil anlayışın kadını konumlandığı yerden dolayı kadına karşı şiddetin önünün alınamadığına dair sosyolojik veriler kullanılmıştır.

5.4.2 Psikoloji Bilgisinden Faydalanılan Kararlar

- *Roth v. Goldman*³³³

Bu davada Posta Müdürü tarafından “müstehcen” bulunduğu gerekçesiyle yasaklanan bir kitap konu edilmiştir. Frank konu ile ilgili görüşünde sansür ve müstehcenlik kavramlarını incelemiştir. Sansür sınırlamalarıyla ilgili dikkat edilmesi gerektiği, sınırların doğru bir şekilde çizilmesini, sansürün önü çok fazla açılırsa ilk başta ortalama kitapların yasaklanması daha sonra dahice kitapların da yasaklanmasına yol açabileceği ifade edilmiştir. Düşünce özgürlüğünün, ifade özgürlüğü olmadan hiçbir anlamı yoktur. Çağın ekonomik getirileri de sanatın özgür kalmasını, serbest girişimciliğin ve sınırlandırılmamış rekabet ortamını elzem kılmaktadır. Müstehcenlik kavramını Frank psikolojik açıdan ele almaya çalışmıştır. Psikoloji bilimi sayesinde bir şemsiye veya bir mum imgesinin dahi normal bir insana cinsel çağrışımında bulunabileceği kanıtlanmıştır. Öyleyse müstehcenlik kavramını cinsel çağrışım ile tanımlamak doğru olmayacaktır. Kavramı, normal okuyucuya sosyal olarak uygunsuz etkileri olan eserlerle tanımlarsak da fiilin kanıtlanmasının zorluğu ve “uygunsuzluk” kavramının belirsizliği ve kişiselliği nedeniyle doğru sonuca ulaşamayız. Frank sonuç olarak şahsi psikoloji bilgisiyle net bir müstehcenlik tanımı yapamamış³³⁴ ancak bu tanımın yapılması için öngördüğü yöntemi göstermiştir.

332 Akbaş (2015), s. 127.

333 [1949] 172 F.2D 788.

334 Gürkan (1967), s. 87.

Hukukumuzda da müstehcenlik kavramı tam olarak oturmamıştır. Önceden sübjektif kıstasa göre yani eserin sahibinin saikine göre hüküm verilmekteydi. Yani eser sahibi müstehcen bir eser ortaya koymayı amaçlamışsa ceza verilmekteydi. Ancak bu yaklaşım zamanla terkedilip objektif kıstasa geçilmeye çalışılmıştır. Objektif kıstasa göre de eseri okuyan kişinin bu eseri okuduktan sonra ar ve haya duygusunun incinmesi kıstası aranmıştır.³³⁵ Görüldüğü üzere ister sübjektif kıstas olarak eserin sahibi, ister objektif kıstas olarak eseri okuyan kişiler esas alınsın, müstehcenlik suçunun oluşumunda kişisel kabullerin etkisi yadsınamaz. Bu kişisel kabullerin takdirini de hâkim yapmalıdır.

Psikolojinin objektif verilerinin ve toplumun sosyal kabullerinin hukuki kavramların tanımını yapmamıza yardımcı olacağı aşıkardır. Frank psikoloji bilen bir hâkimin örnek davada olduğu gibi nasıl tetkiklerde bulunacağını ve davayı nasıl daha objektif bir şekilde çözeceğini bu kararıyla göstermiştir. Hâkim olarak yaşadığımız toplumu doğru analiz edebilmek de adaletli sonuçlara varmak için elzemdir.

5.4.3 Ekonomi Bilgisinden Faydalanılan Kararlar

- *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Co.*³³⁶

ABD’de uyuşturucu maddelerle ilgili düzenleyici kurum olan FDA 1996 yılında; tütün içerikli ürünlerin içerisinde nikotin barındırdığını, nikotinin de uyuşturucu etkisi olduğu için tütün satışıyla ilgili düzenlemelerin FDA’nın yetki alanına girdiğini iddia ederek tütün satışlarıyla ilgili bazı kısıtlamalara gitmiştir. FDA en son tütünlerin reklamının yapılmasıyla ilgili bir kısıtlamaya gitmesi üzerine, davacı şirket, FDA’nın böyle bir düzenleme yetkisi olmadığını, mutat olarak satılan tütün ürünleri hakkındaki düzenlemelerin üretici firmaların menfaatlerinin de korunarak yapılması gerektiğini iddia

335 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek, Veli Özer** (2009) Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

³³⁶ [2000] 529 U.S. 120.

etmiştir. İlk derece mahkemesi, FDA'in tütün ürünleri hakkında düzenleme yetkisi olduğunu ancak reklam yasağıyla bu sınırı aştığına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi ise FDA'in uyuşturucu tanımlamasını hatalı bulmuştur. Tütün ürünlerinin vücudu uyuşturma amacına matuf olmadığını bu nedenle FDA'in bu konuda düzenleme yapmasının kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir.

Dava Yüksek Mahkeme tarafından FDA'in böyle bir yetkisi olup olmadığı, şayet varsa yetkisinin sınırlarının ne olduğuna ilişkin olarak ele alınmıştır. Mahkeme çoğunluk görüşüyle kanunda kuruma böyle bir yetki verilmediğini, tütün satışının yerleşmiş bir pazarlama ögesi olduğunu, kanun koyucu böyle bir yetki vermek isteseydi bunu açıkça belirteceğini ifade ederek FDA'in böyle bir yetkiye sahip olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde kanunun düzenlenişinin arkasındaki ekonomik saikler tespit edilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucunun tütün ürünlerini bu kapsama almamasının sebebinin ticareti ve ulusal ekonomiyi korumak olduğuna karar verilmiştir. Zira tütün sektörü gibi çok büyük ekonomileri içinde barındıran bir sektörün hasara uğraması ulusal ekonomiyi güçsüzleştirecektir. Hukukun görevlerinden biri de ulusun zenginliğini korumaktır. Bu görevi yerine getirecek olanlar da verilecek olan kararların neticesinde nasıl bir ekonomik sonuç doğacağını ekonomi bilgisiyle tespit edebilen hâkimler olacaktır.

5.4.4 İstatistik Bilgisinden Faydalanılan Kararlar

- *Guiseppi v. Walling*³³⁷

Dava evden çalışma ile el işi yapan kişilerin asgari ücret ve çalışma saatleri kurallarına tabi olup olmadığıyla ilgilidir. Evden çalışanların bu yasaya tabi olmayıp fabrikada üretim yapan şirketlerin tabi olmaları şirketlerle evde çalışanlar arasında bir adaletsizlik olmasına yol açmaktaydı. 1942 yılında yapılan bir araştırmaya göre fabrikada çalışan işçi sayısı 18500 iken evden çalışanların sayısı – kesin olmamakla birlikte – 8500'den fazladır. Çalışan sayılarının bu derecede yakın olan iki çalışma alanıyla ilgili

337 [1944] 144 F.2D 608.

düzenlemeler kanun metnine göre farklı olmak zorundaydı. İtiraz ilk derece mahkemesince reddedilmiştir.

Frank bu davada, başvurucunun, kanun maddesinin lafzından evden iş yapanların bu yasaya tabi olmadığı anlaşılsa bile yasa koyucunun amacından bu kişilerin de bu yasaya tabi olması gerektiğinin anlaşıldığına ilişkin savunmalarını haklı bulmuştur. Devlet, çocuk işçiliği ve usulsüz koşullarda çalışmak gibi sosyal ve ekonomik olarak adaletsizliğe yol açan kurumlarla mücadele etmektedir. Frank bu davadaki durumu örnek göstererek yargı yoluyla hukuk yaratmanın önemine parmak basmıştır.³³⁸ Kanunların yorumlanması bile hukuk yaratmaya örnektir.

Dava çözümlenirken sektörde işçilerin hangi alanda çalıştıkları, bu işçilerin üretimlerinin sektörün ne kadarını oluşturduğu gibi istatistiki veriler kullanılmıştır. Ayrıca asgari ücret ve çalışma saatleriyle ilgili kuralların genel ve soyut nitelikte olmaları yeni gelişen somut olay bazında adaletsizliğe yol açmıştır. Bu adaletsizlik realizmin temel tezlerinden olan hukuki belirsizliği, kural şüpheciliğini ve hâkimin hukuk yaratmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

- *PMF 1931 ve TRH 2010 tabloları*

Hukukumuzda tazminat hesabı yapılırken çok detaylı hesaplamalar yapılmaktadır. Bu hesaplamalardan birisi de ölen kişinin yaşarken sağladığı destekten yoksun kalan kişiler için düzenlenmiş olan, destekten yoksun kalma tazminatıdır. Bu zarar hesaplanırken; ölenin yaşı ve ölmeseydi yaşayacağı muhtemel süre, muhtemel çalışma süresi ve destekten yoksun kalan kişinin destek alabileceği süre gibi unsurlar dikkate alınır.³³⁹ Destekten yoksun kalma tazminatı çok tafsilatlı bir konu olduğu için yalnızca konumuzla alakalı olan bakiye ömür hesabı tablolarına değinilecektir. Bakiye ömür tablosu istatistik verilerinden faydalanılarak oluşturulmuş, ölen kişinin ortalama kaç yıl daha yaşama ihtimali olduğunu

338 Gürkan (1967), s. 54.

339 Kılıçoğlu, Ahmet M. (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 421.

ortaya koyan tablodur. Bu hesaplama yapılırken 1931 tarihinde Fransa’da yapılmış bir araştırma sonucunda elde edilmiş *Population Masculine Et- Feminine* kısaca (PMF 1931) tablosu kullanılmaktaydı.³⁴⁰ Ancak daha sonra “...Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir.” Hesaplamalarda hem güncel hem de ülkemize özgü hazırlanan bu tablonun esas alınması gerekmektedir.³⁴¹

Ancak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi “...Davacının, kaza sonucu çalışma gücünde oluşan azalma nedeniyle uğradığı zarar, geleceğe ilişkin olduğundan, davacının muhtemel yaşam süresinin usul ve uygulamaya uygun olarak belirlenmesi önem kazanmaktadır. Hal böyle olunca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1989/4-586 esas, 1990/199 sayılı kararı ve Dairemizin yerleşik içtihatları gereği, PMF 1931 yaşam tablosu esas alınarak davacının muhtemel yaşam süresinin belirlendiği seçeneğe göre karar verilmesi gerekirken TRH2010 yaşam tablosu esas alınarak yapılan hesaplama göre hüküm tesisi doğru değildir. Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır.” şeklinde verdiği kararla³⁴² 1990 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına dayanarak 2010 yılına ait ve ulusal nitelikteki verilerimiz yerine, 1931 tarihli ve Fransız kökenli bir tablonun kullanılması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu kararlardan da hukuk için istatistik biliminin önemi anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıkladığımız üzere hâkimin istatistik bilmesi bu gibi durumlarda kendini göstermektedir. Kararlarda esas alınan tabloları hâkimin hazırlamasına elbette gerek yoktur. Ancak tabloların hangi veriler aracılığıyla hazırlandığını, bu verilerin arasındaki farkın davanın konusuyla ne derece ilişkili olduğunu anlamak ve bu bilgilerini kararlarında

340 Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E: 2017/4770, K: 2019/11496, T: 04.12.2019.

341 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/6135, K: 2019/9031, T: 25.11.2019.

342 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2018/1250, K: 2019/5080, T: 06.11.2019.

uygulamak hâkimin görevidir. Ayrıca her ne kadar Yargıtay daireleri arasında uyuşmazlık varsa da değişen toplumun dinamiklerine uyum sağlamak için güncel ve topluma uygun verilerin kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır.

- *Dul kalan eşin evlenme olasılığı hesapları*

İstatistik hesaplarının kullanıldığı bir diğer alan ise dul kalan eşin evlenme olasılığı hesaplarıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı kapsamında eşin evlenme şansına göre hesaplanan tazminattan %10-25 oranında bir indirim yapılmaktadır.³⁴³ Nitekim Yargıtay “Gerçek zararın belirlenmesinde, zarar ve tazminata doğrudan etkili olan sigortalının net geliri, kalan ömür süresi, iş görebilirlik çağı, iş göremezlik derecesi, kusur ve destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı gibi tüm veriler ortaya konulmalıdır.” şeklindeki kararıyla³⁴⁴ bu hususu hüküm altına almıştır. Bakiye ömür tablosunda olduğu gibi dul kalan eşin evlenme olasılığı hesaplarında da farklı kaynaklardan yararlanılmaktadır. Hukuk Genel Kurulu kararıyla³⁴⁵ bu hususu düzenlenmiştir. Kararda “Dul kalan eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, kişiliğine, çocuk sayısına, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına bakılarak bir sonuca varılması gerekir. Bu hususta, gerektiğinde konusunun uzmanı bilirkişilerin görüş ve düşüncesine de başvurulabilir. Uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvurulanan İsviçreli Hans Moser'in tablosu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından kullanılan tablodur. Moser'in tablosu 1940'dan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Gene, İsviçre kaynaklı Stauffer/Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına

343 Kılıçoğlu (2014), s. 422.

344 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2017/1882, K: 2019/10393, T: 26.12.2019.

345 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/2038, K: 2019/979, T: 01.10.2019.

daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir.” açıklaması yer almıştır. Buna göre yine hâkimin istatistik bilgisinin önemi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Hukuk Genel Kurulu mahkemelerin kararlarını ülkenin ve yörenin şartlarına uygun vermesi gerektiğini söyleyerek hâkimlerin sosyoloji ilmiyle de ilgili olması gerektiğini hüküm altına almıştır.

5.5 Yenilikçi Kararlar

- *White – Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*³⁴⁶

Dava iki müzik şirketi arasında cereyan etmektedir. Davacı müzik şirketi “*Little Cotton Dolly*” ve “*Kentucky Babe*” adlı iki şarkıyı notalara geçirerek bastırıp ve telif haklarını almıştır. Davalı şirket de bu şarkıları, o dönemde yeni bir teknoloji olan “*pianolas*” olarak bilinen şarkıların piyanoya adapte edilerek piyanoların otomatik olarak şarkı çalmasını sağlayan teknolojiyi kullanarak şarkıları satışa sunmuştur. Davacı şirket telif haklarının ihlal edildiğı gerekçesiyle önce New York mahkemelerine daha sonra da Temyiz mahkemelerine başvurmuştur. Ancak her iki aşamada da davası reddedilen şirket Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme de temyiz kararını haklı bularak 1831 tarihli telif haklarına ilişkin kanunda böyle bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.

1831 yılında “*pianolas*” teknolojisi henüz mevcut değildir. Bu durumun farkında olan yargıç Holmes muhalefet şerhinde öncelikle telif haklarının korunmasıyla kanunun amacının eseri üreten ve telif hakkını elinde bulunduran kişinin izni olmaksızın eserden semere elde edilmesine engel olmak olduğunu belirlemiştir. Kanun çıkarıldığı zaman henüz üretilmemiş olan bu teknolojiyle ilgili hükümlerin kanunda bulunmaması oldukça doğaldır. Davaya konu edilen husus kanunda düzenlenmemiş olsa da kanunlar zamanın şartlarına ve konuluş amacına göre yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararlar realist hâkimin yeniliklere açık olma özelliğı vurgulanmıştır.

346 [1908] 209 U.S. 1.

- Bitcoin Kararları

Bitcoin 2008 yılında ortaya çıkmış olan bir kripto para birimidir. Blok-zincir teknolojisini kullanarak bir ödeme sistemi ve bir değer aracı olma rolüne sahip olan Bitcoin gün geçtikçe hayatımızda daha çok yer etmeye başlamıştır. Bitcoin ilk yıllarında illegal alışverişlerde ve kara para aklama yöntemi olarak kullanılması sebebiyle kötü bir şöhrete sahipti. Ancak daha sonra finans alanına sunmuş olduğu fırsatların ve yeniliklerin fark edilmesiyle bu kötü şöhretinden sıyrılıp finansal bir değer olarak hayatımızda yer almaya başlamıştır.

Bitcoin bütün dünyadaki hukuk sistemlerinde farklı değerlendirilmiştir. Ülkeler çoğunlukla ilk etapta bu yeniliği inkâr ya da yasaklama yoluna gitmişlerdir. Örneğin Fransız Merkez Bankası Bitcoinin gerçek bir değeri olmadığını ve asla bir ödeme aracı olarak değerlendirilmemesine ilişkin bir rapor hazırlamıştır.³⁴⁷ Ancak daha sonra bu yeniliğin toplumda yer etmeye başlaması ve finansal bir öge haline gelmesiyle Fransa’da Bitcoin bir para birimi olarak kabul edilmiştir.³⁴⁸

Aynı şekilde İngiltere’de de 2014 yılına kadar Bitcoine ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Bitcoinin hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yol gösterici bir kanun ya da mahkeme kararı yoktu.³⁴⁹ Ancak 2019 yılında verilen AA v. *Persons*

³⁴⁷ **Global Legal Research Center** (2014) The Law Library of Congress ‘Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions’, <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>, s.e.t. 25.04.2020, s. 9.

³⁴⁸ **Global Legal Research Center** (2018) The Law Library of Congress ‘Regulations of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions’, <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/regulation-of-cryptocurrency.pdf>>, s.e.t. 25.04.2020, s. 34. Ayrıca bkz. **Benhamou, Eric** ‘La justice française assimile le bitcoin à de la monnaie’, <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/la-justice-francaise-assimile-le-bitcoin-a-de-la-monnaie-1182460>>, s.e.t. 25.04.2020.

³⁴⁹ **Global Legal Research Center** (2014), s. 23.

*Unknown & Ors, Re Bitcoin*³⁵⁰ kararıyla Bitcoin içerisinde bir değer barındıran emtia olarak kabul edilmiştir.

ABD’de verilmiş olan *U.S. v. Jon Barry Thompson*³⁵¹ kararında sanığın Bitcoinin mahiyeti hakkında müşterilerini yanıltıcı beyanlarda bulunması suçlaması karşısında mahkeme Bitcoinin mahiyetini tespit etmek zorunda kalmıştır. Buna göre Bitcoin gerçek bir değeri olan emtia olarak kabul edilmiştir.

Bu örneklerde de görüldüğü üzere yenilikler karşısında hukukun kendini revize etmesi kaçınılmazdır. Bu revizenin mimarı olacak olan hâkimler de bu yenilikleri takip etmeli ve kararlarını bu yenilikler ışığında verebilmelidir.

³⁵⁰ [2019] EWHC 3556.

³⁵¹ [2019] 19 Cr. 698.

6. SONUÇ

Victor Hugo, Notre Dame'in Kamburu adlı eserinde kendisi de bir sağır olan Quasimodo'nun sağır bir yargıç tarafından sorguya çekilmesini alaycı bir şekilde tasvir etmiştir. Sağır yargıç derin hukuk bilgisi ve tecrübesi sayesinde sağır olduğunu belli etmeden yargılamayı bitirmenin yollarının hepsini öğrenmiştir. Yargıç, her şeyin “normal” işlediği bir sistemde kanunların öngördüğü bütün unsurları hiçbir şey duymadan tespit edebilmekteydi. Ancak kanunların öngörmediği “bir sağırın bir sağır tarafından sorguya çekilmesi” durumu karşısında komik görüntüler ortaya çıkmaktadır.³⁵² İşte bu tasvirde olduğu gibi hâkimin biçimci yaklaşımı, “sıradan” olmayan bir durum karşısında işe yaramayacaktır. Bu nedenle hâkimlerin “sağırlığı” bırakıp etraflarında olup biten her şeyi algılamaya çalışması gerekmektedir.

Realizm bütün tezlerini bu sağırlığa karşı oluşturmuştur. Özellikle hâkim figürünün, çift yönlü olarak hem kendi sağırlığını hem de tarafların sağırlıklarını aşmaları gerekmektedir. Hâkim öncelikle kendi zaaflarının farkında olarak bu zaafların hiçbir şekilde karara etki etmesine izin vermemeye çalışmalıdır. Daha sonra tarafların bireysel özelliklerinin, toplumun değişen yapısının ve toplumsal beklentinin de her zaman farkında olmalıdır.

Hukuki realizm, hukuk teorisyenleri arasında yapılagelen tartışmalarda bir kırılma yaratmıştır. Hukuk teorisi tartışmaları ağırlıklı olarak ideal olanı arama, olması gerekeni ortaya koyma (doğal hukuk) ile mevcut olanı (pozitif hukuk) değerlendirme ekseninde yapılmaktaydı. Realizm, metafizik boyutu olmayan bir ideal doğrultusunda mevcut hukukun olgular ışığında değerlendirilmesini öngörmüştür. Realizmde hukukun teleolojik yönü vurgulanmaktadır. Hukukun yöneldiği amaçlar da metafiziksel çıkarımlardan değil bilimin verileri ışığında belirlenir. Ancak bu belirlenen idealler nihai sonuçlar değildir. Bilimin gelişmesi, toplumun değişmesi ve tarafların çok müstesna durumları neticesinde bu ideal sürekli yenilenmelidir. Bu da realistlerin mevcut hukuka sürekli eleştirel

352 **Hugo, Victor** (2013) Notre Dame'in Kamburu (Çev.: Altınova, Nesrin), 1. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, s. 216.

yaklaşmaları sonucunu doğurmaktadır. Eleştirilerin menşei ise ussal çıkarımlar değil, olgusal gerçekler olmalıdır.

Pragmatik felsefi alt yapısıyla hukuki realizmde akıldan çok, olguya önem verilmiştir. Olguya verilen bu önemle, formalizmin biçimci yaklaşımının tam karşısında konumlanmıştır. İnsanların yaşamış olduğu ve daha yaşayacağı bütün olayların hukuk tarafından belirlenmiş olan formlara uyacağına şiddetle karşı çıkmıştır. Formalizm günümüze kadar çeşitli şekillerde kendini göstermiştir. Belirlenmiş formdaki hukukun kültür fark etmeksizin her yere uyacağı ya da toplumun değişen fikri dünyasına uyacağı görüşü realistler tarafından ağır bir şekilde eleştirilmiştir.

Amerikan Hukuki Realizminin görüşlerinin hepsi ilk olarak değilse bile en güçlü şekilde realistler tarafından dile getirilmiştir. Aynı dönemlerde veya daha öncesinde benzer görüşlere sahip olan sosyolojik hukuk teorisi, İskandinav realizmi, serbest hukuk çalışmaları, menfaatler içtihadı okulu ve yaşayan hukuk görüşü gibi görüşler Amerikan Hukuki Realizmi ile benzer tezlere sahiplerdir. Farklı ülkelerde ve farklı kültürlerde olsa da hukuku olgusal olarak ele almak, hukuku toplumun taleplerine göre şekillendirmek ve mahkeme merkezli bir hukuk anlayışı gütmek bu görüşlerin ortak özellikleridir.

Amerikan Hukuki Realizmi, hukuku mahkemelerin yaptığı davranışlarda arayan, hukuk kurallarının geçerlilik kriteri olarak uygulama şansı olan kuralları alan, hukuki araştırmaların mahkemelerin ya da resmi kurumların yapacağı şeyleri tahmin etmek üzerine bina edilmesini öngören, toplumsal olanı tespit etme ve en çok sosyal fayda getiren davranışın seçilme yükünün hâkime yüklendiği bir teorik temele sahiptir. Bu sebeple hukuki realizm kapsamında açıklanan her bir görüş aslında hâkimin nasıl konumlandırıldığının ipucunu vermektedir. Ancak hukuki belirsizlik kapsamında kural şüphecisi ve olgu şüphecisi rolünü üstlenmesi, hukuku araç olarak kullanma rolünü üstlenmesi ve gerekli görülen durumlarda yeni hukukun yaratılması rolünü üstlenmesi hâkimin rolünün önemini daha çok göstermektedir. Bu kapsamda Amerikan Hukuki Realizmine göre hâkimin rolleri olarak bunlar belirlenmiştir.

İnsan davranışının bulunduğu yerde kesinlikten söz etmek imkansız hale gelmektedir. Çünkü insanların davranışlarını etkileyen binlerce etken vardır. Bu

etkenlerden her bir insan binlerce şekilde etkilenebilir. Her bir insan davranışının bir diğer insanın davranışını etkilediği de bu formülasyona katılacak olursa, toplumsal bazda insan davranışının belirlenebilir olmasının imkânsız olduğu anlaşılmaktadır. Bütün işi insan davranışları olan hukukun da kesin ve belirli olduğunu söylemek tam da bu nedenle güçtür. Hukuki realizm bu anlayıştan hareketle hukukun da zaten belirsiz olduğunu ve olması gereken özelliğinin de belirsizlik olduğunu ortaya koymaktadır.

Hukuki belirsizlik de kural şüpheciliği ve olgu şüpheciliği olarak kavramsallaştırılmaktadır. Bu şüphecilik görevini üstlenecek kişi hâkim olmalıdır. Kural şüphecisi hâkim kuralın arkasındaki asıl amacı keşfedecek ve elindeki davanın şartlarına uymasını sağlayacaktır. Kuralın genel ve soyut ifadesine karşılık olarak tarafların bölgesel farklılıklarına, kültürel seviyelerine ve kamu vicdanına göre kuralı somutlaştıracaktır. Yine hayatın öngörülemezliği davanın olgularının da karara nasıl yansıtılacağını tespit etmeyi imkânsız hale getirmektedir. Hâkimler, geçmişte yaşanmış olayların bazı emareler, deliller ve tanık ifadeleri ışığında aydınlatmaya çalışmaktadır. Olgular öncelikle hâkimin kişisel ön kabulleri neticesinde karara yanlış yansıtılabilir. Tanık ifadelerinin ve dava delillerinin hâkime ulaşana kadar değişmiş olma ihtimali de her zaman mevcuttur. Olgu şüphecisi hâkim başta kendi ön kabulleri olmak üzere bütün bu ihtimalleri göz önüne alıp kararını ona göre şekillendirmek zorundadır. Hâkim olguları bir tarihçi titizliğiyle incelemelidir.

Realizmin hâkim için biçtiği rollerden birisi de hukuku araç olarak kullanmasıdır. Hukuk içerisinde amaçlar barındırmaz. Hukuk sadece toplumsal olarak belirlenmiş ya da hâkimin toplum için en doğru olacağına karar verdiği amacı gerçekleştirmek için kullanılacak bir araçtır. Doğal olarak bu aracı arzu edilen şekilde kullanması gereken merci de hâkim olacaktır. Bu amaçlar çoğu zaman hukuk kaynakları tarafından açık bir şekilde ortaya koyulmaz. Bu amaçları belirleme görevi de hâkime düşmektedir. Hâkim bu belirlemeyi sosyal bilimlerin verilerinden faydalanarak yapacaktır. Amerikan Hukuki Realizmi hâkimin geniş bir hareket alanı olması gerektiğini savunur. Hâkimin hareket alanının geniş olması, yeni hukuk yaratma rolünü de destekler niteliktedir. Bu sayede araç olarak kullanılan hukuk daha işlevsel bir hale gelecektir. Ancak bu işlevsellik yanında birtakım tehlikeleri de beraberinde getirmektedir. Toplumun ihtiyacı olanın, sosyal bilimlerin verileri ışığında hâkim tarafından belirlenmesi bazen tehlikeli sonuçlar da doğurmaktadır.

Bütün bilimler gibi sosyal bilimlerin de vardığı sonuçlar gün geçtikçe değişmektedir. Bugün için zalimlik sayılabilecek (sosyal Darwinizm gibi) bazı görüşler geçmişte saygın bilimsel kabuller olarak algılanmıştır. Ayrıca bir hâkimin hatta bir hâkim heyetinin toplum hakkında en doğru sonuca varacağı varsayımı da her zaman doğru olmayabilir. Sonuç olarak toplumsal amaçlara ulaşmak için hukukun araç olarak kullanılması rolünün hâkime geniş bir takdir yetkisi verdiğini kabul etmemekteyiz. Araşsal kullanımın faydalı ve pratik çözümler sunduğu kabul edilse bile bu kullanım sınırlı olmalıdır.

Hukuki realizmin hâkime geniş bir takdir yetkisi verdiği bir diğer alan ise hâkimin hukuk yaratma rolüdür. Zaten hukuku mahkemelerin yaptığı şey olarak tanımlayan bu akımda aslında verilen her bir karar yeni bir hukuk olarak kabul edilmektedir. Ancak bunun dışında da hâkimin sınırlarını zorlayarak yeni hukuk yaratması öngörülmüştür. Klasik anlamda hukuk yaratma süreçleri ister yasama yoluyla olsun ister emsal ya da doktrin yoluyla, genellikle hantal süreçlerdir. Ancak mahkeme önüne gelmiş bir uyuşmazlık sahibi uyuşmazlığının bir an önce çözülmesini talep etmektedir. Bu gibi durumlarda en pratik çözüm hâkimin gerekli hukuku yaratmasına olanak tanımak olmaktadır. Yeni hukukun yaratılması toplumun değişen şartlarını, kültürel değişimleri ve teknolojik ilerlemeleri gözlemleyebilen hâkimler için önemli bir görevdir. Nitekim gerek temel hak ve özgürlüklerde gerek işçi hakları, kadın hakları gibi birçok alanda realist görüşe uygun olarak sınırlarını zorlayıp yeni hukukun yaratıldığı ve hukukun gelişimine katkı sağlanan birçok karar vardır. Ancak yine belirtmekte fayda vardır ki bu katkılar nazara alınarak hâkimin hukuk yaratma yetkisinin sınırsız olduğu düşünülmemelidir.

Hukuk eğitimi yetiştirilen öğrencilerin sahip oldukları nitelikleri doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle realist yazarlar istenen niteliklere sahip olan hukukçuların yetişmesi için öngörülen eğitim sistemini de ortaya koymuştur. Öncelikle o dönemde ABD’de hâkim olan *case method* sistemi eleştiriye tabi tutulmuş ve uygulamanın ön planda tutulduğu bir eğitim sistemi öngörülmüştür. Buna göre verilen hukuk eğitiminde uygulamadaki sistem bütün şeffaflığıyla öğrencilere gösterilmelidir. Kurallar, belli durumlar karşısında yapılması gerekenlerle birlikte sistemin eksiklikleri, yapılan hatalar da gösterilmelidir. Ayrıca eğitimin içeriği sadece hukuk bilgisinden ibaret olmamalıdır. Sosyal bilimler de eğitime dahil edilmelidir. Böylece öğrencilerin olaylara daha geniş bir

perspektiften bakması sağlanabilecektir. Hukuk klinikleri gibi öğrencilerin uygulamadan kopmasına engel olacak eğitim şekilleri seçilmelidir. Bu sayede toplumun yapısını bilen, sosyal bilimlere aşina, sistemin eksikliklerini bilerek ona eleştirel bir şekilde yaklaşabilecek öğrenciler yetiştirilebilecektir.

Verilen bu eğitim neticesinde yetişen hâkimler sosyoloji, psikoloji, ekonomi ve istatistik gibi temel sosyal bilimler konusunda bilgili olacaktırlar. Bu sayede karşılına bu bilim konularını kullanmaları gereken bir dava geldiğinde ne yapmaları gerektiğini bilecektirler. Örneğin istatistik bilimine aşina olan bir hâkim istatistik verilerinin ülkelere ve zamana göre değişiklik gösterebileceğini bilecektir. Bu nedenle kararında mümkün olan en güncel ve ulusal verileri kullanmaya özen gösterecektir. Sosyal bilimlerle ilgilenmek realizme göre bir hâkimde bulunması zorunlu niteliklerdendir.

Hâkimde bulunması gereken diğer nitelikler olarak da ahlaklı olması ve yenilikçi olması belirlenmiştir. Hâkimin ahlaklı olması ise bütün hukuk teorileri açısından hâkimde bulunması gereken niteliklerdendir. Ancak realizm için şöyle bir fark söz konusudur: realizm hukuk sistemini bütün çıplaklığıyla ele aldığı için, sistem içerisindeki ahlaklı olmayan hâkimlerin de hesaba katılması gerektiğini savunur. Bu nedenle ahlaklı olmak sadece hâkimin sahip olması gereken bir nitelik olarak değil, hukuk sistemini değerlendiren teorisyenlerin, davasını kazanmak isteyen avukatın ve davanın taraflarının da göz önünde bulundurduğu bir husus olarak ele alınmıştır.

Ayrıca hâkimin yenilikçi olması ile de onun yenilik taliplisi olması değil, yenilikler karşısında değişime açık olması kastedilmektedir. Hızla değişen toplum ve teknolojik gelişmeler zaten hâkimlerle birlikte bütün dünyayı yenilikçi olmaya zorlamaktadır.

7.KAYNAKLAR

Ackerman, Bruce (2007) ‘Oliver Wendell Holmes Lectures The Living Constitution’ Harvard Law Review, Vol: 120, No: 7, s. 1737-1812.

Akbaş, Kasım (2015) Hukukun Büyübozumu, 2. Baskı, Ankara, NotaBene.

Akı, Emine İ. (2008) ‘Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik’ (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, T: 10.03.2011.

Arat, Tuğrul (1968) Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Arnold, Thurman (1957) ‘Judge Jerome Frank’ University of Chicago Law Review, Vol: 24, No: 5, s. 633-642.

Arslan, Ramazan / Taşpınar, Sema (2004) ‘Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi’ AÜHFD, C: 53, S: 1, s. 1-25.

Benhamou, Eric ‘La justice française assimile le bitcoin à de la monnaie’, <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/la-justice-francaise-assimile-le-bitcoin-a-de-la-monnaie-1182460>>, s.e.t. 25.04.2020.

Bingham, Joseph Walter (1913) ‘Science and the Law’ Green Bag, Vol: 25, No: 4, s. 162-169.

Boyce, Bret (1998) ‘Originalism and the Fourteenth Amendment’ Wake Forest Law Review, Vol: 33, No: 4, s. 909-1034.

Budiansky, Stephen (2019) Oliver Wendell Holmes: A Life in War, Law and Ideas, 1. Baskı, New York, WW Norton & Company.

Cameron, Jamie (2016) ‘The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind- and Changed the History of Free Speech in America by Thomas Healy’ Osgoode Law Journal, Vol: 52, No: 3, s. 1171-1177.

Can, Cahit (2011) Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 3. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Canpolat, Önder (2013) ‘Üretici ve Sorumluluğu’ Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 370-398.

Cardozo, Benjamin N. (1924) The Growth of the Law, 2. Baskı, New Haven, Yale University Press.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem (2014) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul, Beta.

Ceylan Şahin, Şule ‘Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell’ : Üye, Saim / Atılğan, Eylem Ümit / Akı, Emine İ. / İspir, Zeynep / Kaya, Funda (Ed.) (2016) Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları.

Cohen, Felix S. (1937) ‘The Problems of a Functional Jurisprudence’ Modern Law Review, Vol: 1, No: 1, s. 5-26.

Cohen, Morris R. (1931) ‘Justice Holmes and the Nature of Law’ Columbia Law Review, Vol: 31, No: 3, s. 352-367.

Cook, Walter Wheeler (1924) ‘The Logical and the Legal Basis of the Conflict of Law’ The Yale Law Journal, Vol: 33, No: 5, s. 457-488.

Çınar Özkan, Sezal (2013) ‘Richard Rorty’nin Neopragmatizmde ve Richard Posner’in Bilimsel Pragmatizmde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar’ (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Demirdal, Mustafa Balkan (2009) ‘Hukuki Belirsizlik İddialarıyla İlgili Hâkimin Konumu’ (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Doğan, Nejat (2003) ‘Pragmatizmin Felsefi Temelleri’ Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S: 20, s. 83-93.

Dülger, Muzaffer (2017) ‘Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo’nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme’ Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 449-478.

Dülger, Muzaffer ‘Hukuki Pragmatizm: Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard A. Posner’ : Aktan, Coşkun Can (Ed.) (2020) Hukuk ve İktisat (Hukuk ve İktisat Yaklaşımı, Hukukun İktisadi Analizi ve Ekonomi Hukuku Üzerine İncelemeler), 1. Baskı, İzmir, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları.

Em, Ali (2005) ‘Küreselleşen Dünyada Öğretim ve Eğitimin Önemi ve Bu Kapsamda Hukuk Öğretimi ve Eğitimi’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 61, s. 27-34.

Frank, Jerome N. (1931) ‘Are Judges Humas Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings’ University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol: 80, No: 1, s. 17-53.

Frank, Jerome N. (1931) ‘Are Judges Humas Part Two: As Through a Class Darkly’ University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol: 80, No: 2, s. 233-267.

Frank, Jerome N. (1931-1932) ‘What Courts Do in Fact- Part One’ Illinois Law Review, Vol: 26, No: 6, s. 645-666.

Frank, Jerome N. (1933) ‘Why Not a Clinical Lawyer-School?’ University of Pennsylvania Law Review, Vol: 81, No: 8, s. 907-923.

Frank, Jerome N. (1933) ‘What Constitutes a Good Legal Education?’ American Bar Association Journal, Vol: 19, No: 12, s. 723-728.

Frank, Jerome N. (1947) ‘A Plea for Lawyer-Schools’ The Yale Law Journal, Vol: 56, No: 8, s. 1303-1344.

Frank, Jerome N. (1947) 'Word and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation' Columbia Law Review, Vol: 47, No: 8, s. 1259-1278.

Frank, Jerome N. (1948) 'Say It with Music' Harvard Law Review, Vol: 61, No: 6, s. 921-957.

Frank, Jerome N. (1949) Law and Modern Mind, 6. Baskı, Stevenson & Sons Limited, London.

Frank, Jerome N. (1950) Courts on Trial Myth and Reality in American Justice, 2. Baskı, New Jersey, Princeton University Press.

Frank, Jerome N. (1953) 'Judicial Fact- Finding and Psychology' Ohio State Law Journal, Vol: 14, No: 2, s. 183-190.

Frank, Jerome N. (1954) 'A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism' Rutgers Law Review, Vol: 9, No: 2, s. 425-463.

Frankfurter, Felix (1931) 'The Early Writings of O. W. Holmes Jr.' Harvard Law Review, Vol: 44, No: 5, s. 717-827.

Global Legal Research Center (2014) The Law Library of Congress 'Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions', <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>, s.e.t. 25.04.2020.

Global Legal Research Center (2018) The Law Library of Congress 'Regulations of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions', <<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/regulation-of-cryptocurrency.pdf>>, s.e.t. 25.04.2020.

Gözler, Kemal (1998) Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, 1. Baskı, Ankara, Us-A Yayıncılık.

Gray, John Chipman (1909) The Nature and Sources of the Law, 1. Baskı, New York, The Columbia University Press.

Güriz, Adnan (2018) Hukuk Felsefesi, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Gürkan, Ülker (1961) Sosyolojik Hukuk İlmi, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Gürkan, Ülker (1967) Hukuki Realizm Akımı, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Gürler, Sercan (2008) ‘Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib’in Yaklaşımı’ İÜHFM, C: LXVI, S: 2, s. 91-128.

Hall, Jerome / Menninger, Karl (1953) ‘Psychiatry and the Law -- A Dual Review’ Articles by Maurer Faculty. Paper 1430, <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1430>> s.e.t. 07.01.2020.

Heper, Altan (2014) ‘Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck’ İÜHFM, C: LXXII, S: 1, s. 333-348.

Heper, Altan (2016) Serbest Hukuk Akımı -Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk-, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Hırş, Ernest (2001) Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Holmes, Oliver Wendell Jr. (1881) The Common Law, 1. Baskı, Boston, Little, Brown and Co.

Holmes, Oliver Wendell Jr. (1897) ‘The Path of The Law’ Harvard Law Review, Vol: 10, s. 457-478.

Holmes, Oliver Wendell Jr. (1899) ‘Law in Science and Science in Law’ Harvard Law Review, Vol: 12, No: 7, s. 443-473.

Holmes, Oliver Wendell Jr. (1899) ‘The Theory of Legal Interpretation’ Harvard Law Review, Vol: 12, No: 6, s. 417-420.

Hugo, Victor (2013) Notre Dame'in Kamburu (Çev.: Altınova, Nesrin), 1. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi.

Hutcheson, Joseph C. Jr. (1929) 'Judgement Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision' Cornell Law Review, Vol: 14, s. 274-288.

Işıқтаç, Yasemin / Koloş, Umut (2017) Hukuk Sosyolojisi, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Işıқтаç, Yasemin (2020) Adalet Psikolojisi, 3. Baskı, İstanbul, Sümer Kitabevi.

Jones, Harry W. (1957) 'Edwin Wilhite Patterson: Man and Ideas' Columbia Law Review, Vol: 57, No: 5, s. 607-623.

Kararmaz, Furkan (2017) 'Hukuki Pragmatizmin Temel Unsurları' (Doktora Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kennedy, Duncan (1976) 'Form and Substance in Private Law Adjudication' Harvard Law Review, Vol: 89, s. 1685-1778.

Kennedy, Duncan (2004) Legal Education and Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition with Commentaries by Paul Carrington, Peter Gabel, Angela Harris and Donna Maeda and Janet Halley, 1. Baskı, New York and London, New York University Press.

Kılıç, Muharrem (2011) Özsellik ile Olgusallık Arasında Hukuk Kavramı -St. Thomas'ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz-, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Kılıç, Muharrem (2011) 'Hukuk Öğreniminin Epistemolojik Temellendirimine Dair Dibace –Teknokrasi-den Filozofiye-' Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. 11-20.

Kılıç, Muharrem (2017) 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 8, S: 31, s. 97-112.

Kılıç, Muharrem (2018) Hukuksal Aklın Sosyo-Politik Bağlamı Norm-Anlam-Yorum, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Langdell, C. Christopher (1879) A Selection of Cases on the Law of Contracts: with a Summary of the Topics Covered by the Cases, 1. Baskı, Boston, Little, Brown and Company.

Levine, Noga-Morag (2013) 'Facts, Formalism and the Brandeis Brief: The Origins of a Myth' University of Illinois Law Review, Vol: 59, s. 59-104.

Llewellyn, Karl N. (1925) 'The Effects of Legal Institution Upon Economics' The American Economic Review, Vol: 15, No: 4, s. 665-683.

Llewellyn, Karl N. (1930) 'A Realistik Jurisprudence -The Next Step' Columbia Law Review, Vol: 30 No: 4 s. 431-465.

Llewellyn, Karl N. (1931) 'Legal Tradition and Social Science Method- A Realist's Critique' : Lyon, Leverett S. / Lubin, Isador / Meriam, Lewis / Wright, Philip G. (Ed.) (1931) Essays on Research in the Social Sciences: Papers Presented in a General Seminar Conducted by the Committee on Training of The Brookings Institution, 1. Baskı, Washington, Brookings Institution.

Llewellyn, Karl N. (1931) 'Some Realism About Realism: Responding Dean Pound' Harvard Law Review, Vol: 44, No: 8, s. 1222-1264.

Llewellyn, Karl N. (1938) 'The Rule of Law in Our Case-Law of Contract' Yale Law Journal, Vol: 47, No: 8, s. 1243-1271.

Llewellyn, Karl N. (1940) 'On Reading and Using the Newer Jurisprudence' Columbia Law Review, Vol: 40, No: 4, s. 581-614.

Llewellyn, Karl N. (1940) 'The Normative, The Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method' The Yale Law Journal, Vol: 49, No: 8, s. 1355-1400.

Llewellyn, Karl N. (1941) 'The Theory of Legal Science' The North Carolina Law Review, Vol: 20, No: 1, s. 1-23.

Llewellyn, Karl N. (1942) 'The Crafts of Law Re-Valued' American Bar Association Journal, Vol: 28, No: 12, s. 801-803, 844.

Llewellyn, Karl N. (1942) 'On the Good, the True, and the Beautiful, on Law' The University of Chicago Law Review, Vol: 9, No: 2, s. 224-265.

Llewellyn, Karl N. (1949) 'Law and the Social Sciences: Especially Sociology' Harvard Law Review, Vol: 62, No: 8, s. 1286-1305.

Llewellyn, Karl N. (1996) The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, 10. Baskı, New York, Oceana Publications.

Llewellyn, Karl N. / Adler, Mortimer J. / Cook, Walter Wheeler (1931) "Law and the Modern Mind": A Symposium' Columbia Law Review, Vol: 31, No: 1, s. 82-115.

Lombardo, Paul A. (2008) Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell, 1. Baskı, Baltimore, The John Hopkins University Press.

Nelson, Caleb (2005) 'What is Textualism?' Virginia Law Review, Vol: 91, No: 2, s. 347-418.

Oliphant, Herman (1928) 'A Return to Stare Decisis' American Bar Association Journal, Vol: 14, No: 2, s. 71-162.

Öçal, Mehmet / Karaalp Orhan, Hacer Simay (2018) 'Asgari Ücret Uygulamasının Tarihsel Gelişimi ve Türkiye-AB Ülkeleri İçin Karşılaştırmalı Bir Analiz' Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 3, s. 645-664.

Öktem, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi (2017) Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 7. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.

Öner, Mehmet Zülfü (2010) 'Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 88, s. 106-150.

- Özbek, Veli Özer** (2009) Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özcan, Mehmet Tefik** (2011) Hukuk Sosyolojisine Giriş, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Özkök, Gülriz** (2002) 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine' AÜHFD, C: 51, S: 2, s. 1-18.
- Öztan, Bilge** (2016) Medeni Hukukun Temel Kavramları, 41. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Paul, Julius** (1954) 'The Legal Thinking of Jerome Frank: A Study on Contemporary American Legal Realism' (Doktora Tezi), The Ohio State University.
- Plucknett, Theodore F. T.** (1931) 'Holmes: The Historian' Harvard Law Review, Vol: 44, No: 5, s. 712-716.
- Pound, Roscoe** (1910-1911) 'Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence' Harvard Law Review, Vol: 24, No: 8, s. 591-619.
- Posner, Richard A.** (1990) 'What Has Pragmatism to Offer Law?' Southern California Law Review, Vol: 63, s. 1653-1670.
- Pulliam, Mark S.** (1982) 'Brandeis Brief for Decontrol of Land Use: A Plea for Constitutional Reform' Southwestern University Law Review, Vol: 13, s. 435-468.
- Radin, Max** (1935) 'Realism in Statutory Interpretation and Elsewhere' California Law Review, Vol: 23, No: 2, s. 156-166.
- Rumble, Wilfrid E. Jr.** (1966) 'Rule- Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism' Journal of Public Law, Vol: 15, No: 2, s. 251-285.
- Serozan, Rona** (2013) 'Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, s. XI-XVI.
- Sevim AKAT EŞKİ Başvurusu**, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/2187, K.T.: 19.12.2013.

Solum, Lawrence B. (2007) 'Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law', Draft (working paper)

<https://www.researchgate.net/profile/Lawrence_Solum/publication/228459813_Virtue_Jurisprudence_An_Aretaic_Theory_of_Law/links/540a069b0cf2df04e7491f8c/Virtue-Jurisprudence-An-Aretaic-Theory-of-Law.pdf> s.e.t. 24.03.2020.

Stephenson, Matthew C. (2009) 'Legal Realism for Economists' Journal of Economic Perspectives, Vol: 23, No: 2, s. 191-211.

Stone, Martin 'Formalism' : Coleman, Jules L. / Himma, Kenneth Einar / Shapiro, Scott J. (Ed.) (2012) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law

<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37603620/Stone_Legal_Formalism_copy.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLegal_Formalism_An_Overview_from_Oxford.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200302%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200302T090436Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=b3337863578928ba6a808660b65f66ca441eeb88aa79c14d3d8fc7ed4a975d39>
s.e.t. 02.03.2020.

Süzgün Şahin, Fatma (2013) 'İskandinav Hukuki Realizmi ve Alf Ross' Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s. 31-41.

Tamanaha, Brian Z. (1996) 'Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction' American Journal of Jurisprudence, Vol: 41, s. 315-356.

Tamanaha, Brian Z. (2008) 'Understanding Legal Realism'. St. John's Legal Studies Research Paper Series,
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127178> s.e.t. 05.02.2020.

Tamanaha, Brian Z. (2010) Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging, 1. Baskı, Princeton, Princeton University Press.

Topçuoğlu, Hamide (1969) Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) C: 1 (Konu, Problemler, Öncüler), 3. Baskı, İstanbul, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Trubek, David M. / Galanter, Marc (1947) ‘Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States’ Wisconsin Law Review, Vol: 1062, No: 4, s. 1062-1102.

Türkbağ, Ahmet Ulvi (2000) ‘Amerikan Hukuki Realizm Akımı’ İÜHFM, C: LVII S: 1-2, s. 79-95.

Uzun, Ertuğrul ‘Amerikan Hukuki Realizmi’ : Uzun, Ertuğrul (Ed.) (2015) Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, 2. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları.

Uzun, Ertuğrul ‘İskandinav Hukuki Realizmi’ : Uzun, Ertuğrul (Ed.) (2015) Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, 2. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları.

Vose, Clement E. (1957) ‘The National Consumers’ League and Brandeis Brief’ Midwest Journal of Political Science, Vol: 1, No: 3/4, s. 267-290.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/2038, K: 2019/979, T: 01.10.2019.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1974/9950, K: 1974/8418, T: 15.11.1974.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1976/9370, K: 1976/13138, T: 31.12.1976.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1944/3144, K: 1944/4361, T: 09.03.1944.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2018/1250, K: 2019/5080, T: 06.11.2019.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K: 2000/4202, T: 03.08.2000.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/6135, K: 2019/9031, T: 25.11.2019.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2017/1882, K: 2019/10393, T: 26.12.2019.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E: 2017/4770, K: 2019/11496, T: 04.12.2019.

Yıldız, Aytaç (2018) ‘Endüstri 4.0 ve Akıllı Fabrikalar’ Sakarya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C: 22, S: 2, s. 546-556.

Yörükoğlu, Ömer (1982) Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkim Olan Hukuk Teorisi, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Yücel, Mustafa Tören (2004) Hukuk Sosyolojisi, 4. Baskı, Ankara, Başkent Klışe Matbaacılık.

Yücel, Mustafa Tören (2009) Hukuk Felsefesi, 3. Baskı, Ankara, Afşar Matbaacılık.

Ynetma, Hessel E. (1934) ‘Legal Science and Reform’ Columbia Law Review, Vol: 34, No: 2, s. 207-229.

West, Ranyard (1953) ‘The Importance of Modern Psychiatry to the Lawyer’ Ohio State Law Journal, Vol: 14, No: 2, s. 138-141.

Winkler, Adam (2001) ‘A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the “Living Constitution”’ New York University Law Review, Vol: 76, s. 1456,1526.

<<https://www.cnnturk.com/turkiye/af-yasasi-infaz-kanunu-degisikligi-ile-ilgili-onemli-gelisme-af-cikacak-mi>> s.e.t. 04.03.2020.

<<https://www.washingtontimes.com/news/2006/feb/14/20060214-110917-5396r/>> s.e.t. 25.03.2020.

[1905] 198 U.S. 45.

[1907] 189 N.Y. 131.

[1908] 209 U.S. 1.

[1908] 208 U.S. 412.

[1915] 108 N.E. 639.

[1916] 217 N.Y. 382.

[1919] 250 U.S. 616.

[1921] 131 N.E. 898.

[1923] 140 N.E. 227.

[1923] 261 U.S. 525.

[1927] 274 U.S. 200.

[1932] UKLH 100.

[1934] 291 U.S. 320.

[1942] 125 F.2d 928.

[1944] 144 F.2D 608.

[1945] 151 F.2d 915.

[1946] 326 U.S. 572.

[1947] 161 F.2D 453.

[1947] 165 F.2D 152.

[1949] 172 F.2D 788.

[1954] 347 U.S. 483.

[1965] 381 U.S. 479.

[1973] 410 U.S. 179.

[1975] 426 U.S. 911.

[2000] 529 U.S. 120.

[2001] 273 F.3d 844.

[2003] 539 U.S. 558.

[2015] 576 U.S. ____.

[2019] EWHC 3556.

[2019] 19 Cr. 698.



8. EKLER

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER	
Adı Soyadı	: Osman Nuri GÜVEN
Doğum tarihi	: 14.04.1992
Doğum yeri	: Erzurum
Medeni hali	: Evli
Uyruğu	: T.C.
Adres	: Fakülteler Mah. Cemal Gürsel Cad. 83/3 Çankaya/ANKARA
Tel	: 0538 240 6520
Faks	:
E-mail	: osmannurigvn@gmail.com
EĞİTİM	
Lise	: Nevzat Karabağ Anadolu Öğretmen Lisesi / 2010
Lisans	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / 2015
Yüksek lisans	:
Doktora	:
İŞ TECRÜBESİ: Serbest Avukatlık / 2017-2018, Adli Yargı Hâkim Adayı / 2018-Halen	

YABANCI DİLLER: İngilizce
ÖDÜLLER:
YAYINLAR:
ÜYE OLUNAN MESLEKİ KURULUŞLAR:

