TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

RİCHARD RORTY'NİN NEOPRAGMATİZMİNDE VE RİCHARD POSNER'IN BİLİMSEL PRAGMATİZMİNDE HUKUKİ YORUM İÇİN ORTAK STANDARTLAR

Doktora Tezi

Sezal ÇINAR ÖZKAN

Tez Danısmanı
Doç.Dr. Gülriz UYGUR

Ankara-2013

TC
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

RİCHARD RORTY'NİN NEOPRAGMATİZMİNDE VE RİCHARD POSNER'IN BİLİMSEL PRAGMATİZMİNDE HUKUKİ YORUM İÇİN ORTAK STANDARTLAR

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç.Dr.Gülriz UYGUR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof.Dr. Ülker GÜRKAN.....	.....
Prof.Dr. Harun TEPE.....	.....
Doç.Dr. Gülriz UYGUR.....	.....
Doç. Dr. Alev ÖZKAZANÇ...	.....
Yrd.Doç.Dr. Saim ÜYE.....	.....

Tez Sınavı Tarihi: 21.03.2013

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını göstermediğimi ayrıca beyan ederim. (21.03.2013)

Sezal ÇINAR ÖZKAN

İÇİNDEKİLER

Onay.....i

Doğruluk Beyanı ii

İçindekiler.....iii

Giriş.....1

I- Değerler Çoğulculuğu Problemi 1

II-Pragmatizm Çözüm Olabilir Mi?.....5

III- Konunun İşlenişi.....7

BİRİNCİ BÖLÜM

FELSEFİ PRAGMATİZM

I-Genel Olarak.....14

A- Pragmatizm.....16

B- Klasik Pragmatistler.....21

1- Charles Sanders Pierce.....21

2- William James.....24

3- John Dewey…….....27

II- Richard Rorty ve Eserleri.....30

A- Richard Pragmatizmi'nin Özellikleri…….....41

1- Genel Olarak…….....41

2- Rorty Pragmatizminin Birinci Özelliği……...46

3- Rorty Pragmatizminin İkinci Özelliği……51

4- Rorty Pragmatizminin Üçüncü Özelliği…….54

B- Rorty'nin Ütopyasında Bireyin Rolü……..58

III - Richard A. Posner ve Eserleri…….....62

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ PRAGMATİZM

I-Genel Olarak Hukuki Pragmatizm ……..…….....80

A- Hukuki Pragmatizmin Ortaya Çıkışı... ……....82

B- Posner'in Öncülleriyle İlişkisi……92

II- Posner'in Hukuki Pragmatizminin Özellikleri…….101

A- Genel Olarak…….....101

B- Posner'ın Hukuki Pragmatizminin Başlıca Özellikleri.....112

1- Hukuk Ahlak Ayrımı (Antitemeldencilik)……...112

2- Sonuç Odaklılık……....129

2a- Pragmatist Yargıç Empirist Olmalıdır……..…….....130

2b- En İyi Sonuç / Etkililik / Pratik Akıl / Makuliyet Kriterleri…….....134

3- Formalizm Karşıtlığı…….....147

3-1- Genel Olarak.....147

3-2- İki Örnek Olay.....….....150

3-2a- Birleşik Devletler Shannon'a Karşı…….....151

3-2b- Birleşik Devletler Thomas'a Karşı…….....156

4- Normatif Program Önerisi…….....164

4-1- Bir Sistem Olarak Hukuki Pragmatizm……....164

4-2-Pragmatist Yargıcın Açık Alanda Yargısal Davranışıyla İlgili Normatif Program.....167

4-3- Hukukun Ekonomik Analizi ve Yargısal Davranış.....179

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FELSEFİ PRAGMATİZMLE HUKUKİ PRAGMATİZM İLİŞKİSİNDE

ORTA PRAGMATİZM OLANAĞI

I- Hukuki Pragmatizm ile Felsefi Pragmatizm Arasındaki İlişki …….....199

A-Genel Olarak.....199

B- Hukuki Pragmatizm ile Felsefi Pragmatizm İlişkisine İlişkin Farklı Görüşler....201

1- Posner'a Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki.....201

2- Grey'e Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki.....206

3-Rorty'e Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki.....209

4- Luban'a Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki.....214

5- Rosenfeld'a Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki.....217

II- Orta Pragmatizm 223

A- Tanımı.....223

B- Posner ve Orta Pragmatizm Olanağı …….....225

1- Genel Olarak …….....225

2- İyi Anlayışı ve Amaç Bakımından Çoğulculuğa Uygunluk ……...228

3- Dogmatik Şüpheciliğe Düşmemek …….....231

4- İkincil Seviyede Amaç Koşulunu Gerçekleştirmek……..234

C- Rorty ve Orta Pragmatizm Olanağı…….…….239

1- Genel Olarak …….....239

2- İyi Anlayışı ve Amaç Bakımından Çoğulculuğa Uygunluk ……...240

3- Dogmatik Şüpheciliğe Düşmemek …….....244

4- İkincil Seviyede Amaç Koşulunu Gerçekleştirmek……..249

Sonuç ve Değerlendirme.....260

Kaynakça.....…….....270

Özet.....287

Abstruct.....288

GİRİŞ

I- Değerler Çoğulculuğu Problemi

Her dilsel işaret gibi hukukun da anlaşılmak için yorumlanması gerekir.[1] İyi anlayışı bakımından homojen olan toplumlarda hukuki yorum çözülmesi güç bir problem haline gelmez. Klasik yorum yöntemlerine başvurarak yorum problemini çözebilmek mümkündür. Ancak iyi anlayışı bakımından heterojen toplumlarda hukuki yorum çözülmesi güç bir problemdir. Çünkü bu kez çoğunlukla hukukun kendisi çatışma konusu haline gelmiştir.[2]

Küreselleşme farklı kültürlerin mekansal olarak bir arada yaşaması sonucunu doğurmuş, bu bir aradalık hali ise hukuk çatışmalarını fiilen yaşanmakta olan bir olgu haline getirmiştir. Ayrıca çağdaş batı felsefesinde son yıllarda ortaya çıkan genel olarak postmodern adıyla anılan felsefi akım nesnellik, evrensellik ve genellik kavramlarını savunulamaz bulmakta, kültürel iyi anlayışlarını ve yerelliği öne çıkarmaktadır. [3]

---

[1] Işıktaç, Yasemin , **Hukuk Yazıları**, Yetkin Yay., Ankara, 2004, s:19

[2] Rosenfeld, Michel, **Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics**, University of California, 1998, s:2

[3] Harvey, David, **Postmodernliğin Durumu,** Çev:Sungur Savran, Metis Yay, İstanbul, 1998, s:19-21

Richard Rorty ve *Richard Posner* söz konusu tutumu hukuk evrenine de yansıtan düşünürlerdendir. Diğer postmodern düşünürler gibi *Rorty* [4] ve *Posner*'ın [5] görüşlerini temellendirdikleri ilk ve kurucu mesele *Kant*'ın etik ve adalet anlayışını reddetmek, geçersiz kılmaktır. Görüşlerini *Kant*'ın deontik etiğini reddetmek üzerine kuran ve bunu anti-özcülük, anti-temeldencilik, anti-kartezyenizm, epistemoloji karşıtlığı,[6] gibi çeşitli sözcüklerle ifade eden *Rorty* ve *Posner'*e göre hukuk için evrensellik iddiasında bulunulamaz. Hukuk daima yerel ve göreli olan her türlü felsefeden, etikten, ahlaki teoriden bağımsız tutulmalıdır. [7]

Söz konusu tutum hukukta, hukuki yoruma esas standart problemini ortaya çıkarır. Çünkü *Kant*'ın deontik etiğinden temellenen modern hukukta hukuki yorum problemi ortaya çıktığında bu evrensel bir üst standart olarak adalet idesiyle aşılması mümkün bir problem olarak görünmektedir. Adalet idesi, bütün pozitif hukuk sistemlerinde varlığı hissedilen bir üst kavram olması nedeniyle hukuki yorum konusunun problem haline gelmesini engeller. Adalet idesi, değerler çatışmasını çözmesinin yanı sıra, pozitif hukukun haklılılığını haksızlığını, iyiliğini kötülüğünü,

---

[4] Gander , Eric, **The Last Conceptual Revolution: A Critique of Richard Rorty's Politic's**, State University of New York Press, Albany, 1999, s:20-23

[5] Posner, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard, 2002, s:8

[6] Rorty, Richard, "Pragmatism, Relativism and Irrationalism", **Consequances of Pragmatism (Essays 1972-1980)**, University of Minesota, 1982, s:162

[7] Fortson, Ryan, "The Problemtics of Moral and Ethical Theory", **William Mitchell Law Rev.**, 2000-2001, s:2347

doğruluğunu yanlışlığını değerlendirme olanağı da vermektedir.[8] Ayrıca, adalet ilkeleri üst başlığı altında yapılabilecek hukuki değerlendirme, hukuki pozitivizmler çoğulculuğundaki çatışmaları dahi çözebilmeye olanak sağlar. Böylece deontik etik kapsamında çatışan değerleri ya da iyi anlayışlarını yargısına tabi tutabileceğimiz kapsayıcı bir ölçüt olarak adalet idesi varlığını koruduğu sürece hukuk ve onun yorumu çözülemez bir problem olarak ortaya çıkmaz.

Hukukun en temel işlevi ortak yaşamı devam ettirmenin ölçüt, kriter, standart ya da ilkelerini sunmasıdır. Modern toplumlarda *Kant*'ın kategorik buyruğu hukukun etik temelini teşkil ederek adalet ilkelerini belirlemiş ve bu ortak alana imkan tanımıştır. Adaletin iyiye önceliğinden vazgeçildiğinde ise hukukun adalet ilkeleri temelinde ortak alan yaratarak çatışmaları çözme işlevi, farklı değer ve iyi anlayışları sebebiyle başarısızlığa düşmek tehlikesindedir.

Hukukun genel ve evrensel ilkelerini reddeden postmodern hukuk yaklaşımında hukuki yorum meselesi önemli bir problem olarak ortaya çıkar. Çünkü herşeyin göreceli olması ve değişebilirliği, farklı yorumlara ve değişik anlamlara sebep olmaktadır. Örneğin *Rorty*'e göre, *Kant* etiği "Postmodernist Burjuva Liberalizmi" adını verdiği bir topluluğun yalnızca yerel bir tercihidir.[9] Bu durumda nesnelliğe kuşkuyla bakılmaktadır. Adalete dayalı nesnel hukuk yaklaşımı reddedilmekte, onun yerine toplulukların iyi anlayışları ve kendi değer yargıları

---

[8] Güriz, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, 2001, s:18

[9] Rorty, Richard, "Postmodernist Bourgeois Liberalism", **Objectivity, Relativism and Truth** , Cambridge University Press, USA, 1991, s:197-199

uyarınca yapılan yorum sonucunda elde edilen hukuk ikame edilmektedir.[10] Bu sebeple değerler çoğulculuğuna sahip postmodern toplulukta, hem toplumsal birlik ve bağlılığı korumak, hem de farklı değer ve iyi anlayışlarından doğan farklı hukuki yorumlar çoğulluğu önemli bir problemdir. Çünkü yapılacak olan her yorum, rekabet halinde olduğu kabul edilen bir iyi anlayışıyla bağlantılı olmak zorundadır. Postmodern görüş evrensellik iddiasına karşı olarak ortaya çıktığından, bu iyi anlayışlarından birini diğerine tercih etmenin meşruiyet kriteri artık evrensellik olamayacaktır. [11]

Ayrıca genel kabul görmüş normlar ve değerler kaybolduğu için bireyler arası ilişkileri düzenleyen bütün kurumsal araçlar kaçınılmaz olarak topluluğu bölen iyi anlayışlarından birini diğerlerinden daha fazla öne çıkarıyor olarak görülecektir. Böylece hukuki yorum çabası başarısızlığa uğrayacaktır. Çünkü postmodern toplulukta bütün yorumlar sadece yorumdur. Bunlar arasında tercihte bulunmaya yardım edecek üstün bir kriter, ölçü ya da standart mevcut değildir.[12]

Bu tez, adalet idesinin evrensel bir standart olduğunun reddi savunusundan temellenen görüşte, çoğulcu toplumların hem çoğulculuğunu muhafaza etmesine hem de bir arada yaşamasına imkan tanıyan ortak bir ölçü, kriter ya da standart arayışından doğmuştur. Diğer bir ifadeyle tezin problemi, çatışan değerleri yargısını

---

[10] Güriz, Adnan, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, A.Ü.H.F Yay., Ankara, 1997, s:152

[11] M.Rosenfeld, 1998, s:6

[12] age, s:7

tabi tutabileceğimiz üstün bir değer olmadığında, problemi çözen başka bir ölçüt bulabilmenin mümkün olup olamayacağı hakkındadır.

Postmodern çoğulcu toplumlarda hukuki yorum için ortak bir standart bulmak mümkün müdür?

II- Pragmatizm Çözüm Olabilir Mi?

Değerler çoğulculuğunun ortaya çıkardığı yorum probleminin üstesinden gelebilmek için çağdaş düşünce çeşitli önerilerde bulunmaktadır. Yeni formalist versiyonlar olarak *Stanley Fish* ve *Ernest Weinrid*[13], *Niklas Luhmann*'ın[14] autopoietic sistemi•, *Habermas*'ın diyalog yoluyla üstesinden gelmeyi öneren prosedural adalet anlayışı[15] ve pragmatizm bunlardan bir kaçıdır.

Pragmatizm postmodern toplumla uyumlu görünmekte, postmodern düşünce de kendi amaçları bakımından uygun bir felsefi yaklaşım olarak gördüğü ve elverişli bir araç saydığı için de bu akımı benimsenir bulmaktadır. Pragmatizme göre, fikirlerin, politikaların ve önerilerin kullanışlılığı, işe yararlılığı ve pratikliği onların

[13] M.Rosenfeld, 1998, s:33-34

[14] age, s:91-92

• "İlişkiler ağı ve bu ilişkiler ağı sonucunda ortaya çıkan ürünleri aracılığla kendi kendini devam ettiren sistem", Bkz: M. Rosenfeld, 1998, s:91 dipnot 3

[15] age, s:114-149

değerinin kriteridir. Bu yaklaşıma göre, eylem doktrinden, deneyim ilkeden önceliklidir.[16]

Pragmatizm, her türlü soyutlamanın, a priori nedenin, yerleşmiş ilkenin, belirlenmiş sistemin, mutlak değere sahip sayılan fikrin reddedilmesidir. Temel amaç, somuta, olguya ve gerçekte var olan etkiye yönelmektir.[17]

Hukuki geçerlilik kriteri olarak "etkililiği" öneren, anlamı keşfetmekten çok anlamı belirlemeye yönelik geniş anlamdaki yoruma olanak sağlayan pragmatizm, iyi anlayışı bakımından çoğulcu, değerler çoğulculuğuna sahip, pozitivizm ve doğal hukuka inancını kaybetmiş toplumlar için çekici bir alternatif olarak görünmektedir. Herşeyden önce pragmatizm ahlaki temellere olan gereksinmeyi reddetmesiyle, değerler çatışması problemini ortadan kaldırdığı iddiasıyla ortaya çıkmaktadır. Pragmatizmin karakteristik özellikleri geleceğe yönelik, adaptasyon kuvveti yüksek, eylemsel ve dünyevi olmasıdır. Onun bu özellikleri, somut sorunlara pratik çözümler önerme özelliğiyle birlikte hukuki yorumu somutla sınırlayacaktır. Bu sebeple pragmatizm yalnızca pratik sonuçlara yönelmesiyle yarışan iyi anlayışları arasında bir taraf tutmadan hukuki yorum sorununu çözebilme potansiyeli taşıdığı izlenimi vermektedir.[18]

---

[16] A. Güriz, 1997, s:118

[17] Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, A.Ü.H.F Yay., Ankara, 1987, s: 355-356

[18] Rosenfeld, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysıcs Meets Hate Speech", **Cardozo Law Rev 97**, vol.18, 1996-1997, s:98

Pragmatizmin hukuki yorum konusunda, alternatif yorumlardan hangisinin nihai olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin verebileceği bir cevabı var mıdır? Diğer bir ifadeyle pragmatizm, farklı kanunların ya da aynı kanunun farklı yorumlarının farklı pratik sonuçlara götüreceği varsayımıyla, var olan alternatiflerden hangisini seçmeliyiz sorusuna yanıt olma niteliğine sahip midir?[19] Daha açıkça ifade etmek gerekirse, pragmatizm postmodern çoğulcu toplumlarda görülen hukuki yorum probleminin üstesinde gelmede bize yardımcı olabilecek nitelikte midir? Hukuki yorum bakımından aradığımız ortak standart, ölçü ya da kriter pragmatizmde bulunabilecek midir?

III- Konunun İşlenişi

Pragmatizm değerler ve iyi anlayışlarındaki çeşitliliği problem olmaktan çıkarmasıyla, özellikle çoğulcu toplumlar için çekici görünse de öncelikle pragmatist felsefenin kendisi, ikinci olarak hukuki pragmatizm, üçüncü olarak felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm ilişkisi ve nihai olarak da hukuki pragmatizm kapsamındaki hukuki yorum çeşitli problemlere sahip konulardır.

Çalışmada amaçlanan, bu problemleri irdeleyerek *Rorty'*nin pragmatizminin ve *Posner*'ın hukuki pragmatizminin, çoğulcu toplumlarda ortaya çıkan hukuki yorum probleminde ortak standardı sağlamak bakımından bir çözüm olup olmayacağını ortaya çıkarmaktır.

[19] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:101

Pragmatist felsefe kapsamında karşımıza çıkan ilk sorun, bir tür pragmatizmden bahsetme olanağının olmaması, pragmatizmlerden söz ediliyor olmasıdır.[20] Pragmatist felsefenin temel sorunu çok fazla gelenek, davranış ve görüşe dayalı olması nedeniyle fazla genişleme ve sınırlarını kaybetme eğilimi göstermesidir.[21]

Pragmatist felsefe çatısı altındaki bu çeşitlilikte dağılmamak için çalışma, *Posner* ve *Rorty'*nin pragmatizmleriyle ile sınırlandırılacaktır. Bu iki ismin seçilmesinin öncelikli sebebi, çalışmayı sınırlayabilmektir. Bu isimlerin ilki hukuki pragmatizmin, ikincisi felsefi pragmatizmin en yeni ve en ünlü temsilcisidir. Hukuk felsefesinde hukuki pragmatizm literatüründe bu iki isim sıklıkla birlikte anılmaktadır.[22] Ayrıca *Posner*, daha sonra **"Law, Pragmatism and Democracy"**nin

---

[20]Posner, Richard , **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003, s:24

[21] age, s:26

[22] Örneğin bkz;

*M. Rosenfeld, 1996-1997

*Luban, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Tought, Law and Culture** , Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999

*Grey, Thomas C. "Freestanding Legal Pragmatism", **The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Edited by: Morris Dickstein, Duke University Press, 1999

bir parçası haline getirdiği ve ilk olarak **Pragmatism Versus the Rule of Law**[23] isimli eserinde açıkladığı görüşlerinde, felsefi anlamda *Rorty*'nin pragmatizmini benimsediğini ve onunla pek çok şeyi paylaştığını ifade etmektedir. [24]

Hukuk alanında çok fazla sayıda eser vermiş güncel bir kimlik olan *Posner,* hem teorik eserler sahibi bir düşünür hem de pratik deneyime sahip bir yargıçtır. *Posner* özellikle disiplinlerarası çalışmalarıyla hukuka somut yöntemler öneren bir isim olması nedeniyle önemlidir. Çalışma bakımından *Posner*'ın görüşlerinin önemi, ilk olarak "normatif bir teori olarak" hukuki pragmatizm önerisiyle hukuki nesnelliği sağlayabileceği iddiasında, ikinci olarak felsefi pragmatizm ve hukuki pragmatizm arasında kurulacak bağ konusunda, son olarak da hukuki yorumda ortak standardı verme ihtimaline sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Rorty klasik pragmatistlerin devamı niteliğinde olmakla birlikte, diğer çağdaş felsefi akımlardan da etkilenmiş, onlardan bazı konularda ayrışmış,[25] yeni

---

*Rorty, Richard, "Pragmatism and Law: A Response to David Luban ", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1994

* Posner,Richard , " Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Tought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999

[23] Posner, Richard, "Pragmatism Versus the Rule of Law", **An American Enterprise Institute Presentation of July**, 1, 1991

[24] Machon, Tibor R., **Objectivity: Recovering Determinate Reality in Philosophy, Science and Everyday Life**, Ashgate Publishing Company, 2004, s:102 dipnot:1

pragmatizmin en bilinen temsilcisi olan bir isimdir. [26] *Posner*'ın hukuki pragmatizmine eşlik edecek isim olarak *C. Sanders Peirce, William James* ya da *John Dewey* gibi klasik pragmatistlerden birini seçmek fazla anlamlı olmayacaktır. Klasik pragmatistler, klasik sıfatlarıyla yeni bir şey vaad edemeyeceklerdir. Özellikle *Dewey*'i atası ilan eden *Rorty*, pek çok özellik bakımından da *James*'in pragmatizminin etkisi altında kalmıştır.[27] Tercih edilebilecek diğer alternatifler, *Pierce*'in izinde olan ve çağdaş felsefi esintileri pek de felsefesine dahil etmeyen *Hilary Putnam*, analitik pragmatist *W.V.Quine* ya da bilimsel pragmatist *F.C.S.Schiller* olabilirdi. Bu isimlerden birini tercih etmek, hukuki yorum söz konusu olduğunda, yaptıkları bilimsellik vurgusu[28] ile pragmatist ortak özü bulmak konusunda işimizi çok daha kolaylaştırırdı. *Rorty* ise temellerini klasik pragmatizmde tutar ve pragmatizmi postmodernizm, postyapısalcılık, dil felsefesi vs.

---

[25] Donovan, Rickard, "Rorty's Pragmatism and Linguistic Turn ", **Pragmatism from Progressivism to Postmodernism** , Edited by: Robert Hollinger and David Depew, Praeger Print, USA , 1995, s:208

[26] Posner, Richard, "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, 2003, s:180

[27] Cotkin, George, "William James and Richard Rorty: Contex and Conversation", **Pragmatism from Progressivism to Postmodernism**, Edited by: Robert Hollinger and David Depew, Praeger Print, USA, 1995, s:38

[28] Hollinger, David A.,"The Problem of Pragmatism In American History: A Look Back and a Look Ahead", **Pragmatism From Progressivism to Postmodernism**, Ed: Robert Hollinger - David Depew, Praeger Print, USA, 1995, s:26

gibi diğer çağdaş felsefelerle tamamlar.[29] Bilimsel temel de dahil olmak üzere her türden temeli reddeden ve tüm kültür kurumlarına ayrıcalıksız bir geçerlilik tanıyan görüşleriyle bir standart, ortak bir öz ya da bir temel bulmanın çok daha zor olduğu bir isimdir.[30] Ancak yine aynı sebeple *Rorty'*nin görüşleri her türden çoğulcu düşünceyle uyumludur.[31] Sonuç olarak, *Posner'*ın ahlaki temellere dayanmaksızın nesnelliğin sağlanabileceği iddiası ve de felsefi anlamda *Rorty'*nin pragmatizmini benimsemesi sebebiyle çoğulcu düşünceye uygun olması birlikte değerlendirildiğinde, hukuki yorum için ortak standart arama yolundaki çalışmamızda *Posner* ve *Rorty*'nin görüşleri tercih edilmiştir.

Birinci Bölüm, ilk sorun olarak ifade etmiş olduğumuz "pragmatizmler" meselesine odaklanmıştır. Bölümün ilk başlığında genel olarak pragmatizm ve klasik pragmatistlerin görüşleri incelenecektir. İkinci başlıkta ilk olarak *Rorty*'nin görüşlerine genel bir bakışı, önemli kitapları ve bunlarda ele aldığı konular incelenecektir. Diğer başlıklar sırasıyla *Rorty* pragmatizminin özelliklerini, onun pragmatizminin önemli bir tamamlayıcısı olan "birey anlayışı"nı konu edinmektedir. Son başlıkta ise –İkinci Bölümde ayrıntılı olarak inceleyecek olduğumuz- *Posner*

---

[29] R. Donovan, 1995, s:208,

Ayrıca, Rorty, Richard, "Pragmatism as Anti-Representationalism", Murpy, John P, with an introduction by Richard Rorty, **Pragmatizm From Pierce to Davidson**, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1990, s:5

[30] Rorty, Richard, **Felsefe ve Doğanın Aynası**, Çev: Funda Günsoy Kaya, Paradigma Yay, İstanbul, 2006

[31] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:98

genel olarak tanınarak, kitapları ve önemli kitaplarında ele aldığı konular incelenecektir.

İkinci Bölümün konusu *Posner*'ın hukuki pragmatizmidir. İncelemelerimiz "Genel Olarak Hukuki Pragmatizm" ve *Posner*'ın Hukuki Pragmatizminin Özellikleri olmak üzere iki ana başlık altında olacaktır. İlk başlıktaki incelemeler, *Posner*'ın görüşlerininin tarihsel arka planını teşkil eden görüşlerle, *Posner*'ın bunlarla ilişkisi üzerinedir. İkinci başlıkta Hukuki Pragmatizminin Özellikleri incelenecektir. Bu özellikler; Hukuk Ahlak Ayrımı (Antitemeldencilik), Sonuç Odaklılık, Formalizm Karşıtlığı, Normatif Program Önerisi olarak tespit edilmiştir.

Felsefi pragmatizm ve hukuki pragmatizm tanındıktan sonra üçüncü sorun bu ikisinin ilişkisi hakkındadır. Buradaki problem daha çok felsefi pragmatizmin hukuki pragmatizme nasıl uygulanacağı yolundadır. Çalışmaya konu problemimiz çoğulcu toplumlarda hukuki yorum meselesi, büyük ölçüde bu ilişkinin kurulma biçiminde düğümlenmektedir. Diğer bir ifadeyle felsefi pragmatizmle hukuki pragmatizmin kuracağı ilişkinin tarzı çoğulcu toplumlardaki yorum probleminin üstesinden gelmeyi belirleyen şey olacaktır. Bu amaçla Üçüncü Bölümün ilk başlığında "Hukuki Pragmatizm Felsefi Pragmatizm İlişkisi", ikinci başlığında felsefi pragmatizmle hukuki pragmatizm arasında kurulabilecek ilişkinin bir çeşidi olarak "Orta Pragmatizm" incelenecektir. Bölümün geriye kalan kısmında ise *Posner* ve *Rorty*'de Orta Pragmatizm İmkanını bulabilmenin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

Sonuç olarak acaba *Rorty*'nin pragmatizminin veya *Posner*'ın hukuki pragmatizminin özellikleri, felsefi pragmatizmle hukuki pragmatizmin kurması beklenen ilişki tarzında, çoğulcu toplumlardaki hukuki yorum problemi için gerekli zemini sağlamaya elverişli nitelikte midir?

I.BÖLÜM

FELSEFİ PRAGMATİZM

I- Genel Olarak

C. Sanders Pierce'la başlayan pragmatizm tarihini, *Sofistlere Epicurus*'a kadar götürebilmek mümkündür. *Pierce*'den el alan *William James,* sonra *John Dewey, George Mead, F.S.C.Schiller* gelir. Hukuki pragmatizm alanında paralel etkisi olan *Oliver Wendel Holmes, John Grey, Benjamin N. Cardoza , Jerome Frank, Felix Cohen, Max Rodin*'dir. Her bir pragmatistin yaptığı çeşitli ve değişen vurgular nedeniyle pragmatizm şemsiyesi altında anılan görüşler gittikçe genişler, hepsi için ortak bir öz çıkarmak gittikçe güçleşir. 2. Dünya Savaşının sonunda, mantıksal pozitivizmin ve analitik felsefenin yükselişiyle gözden düştüğü gözlenen pragmatizmin 1960'larda mantıksal pozitivizmin soluklaşması ile *Putnam, Quine, Mead, Schiller* gibi isimlerle tekrar canlandığı görülür. Bu isimlerin en ünlüsü *Rorty*'dir.[32] Neo-pragmatistlerin görüşleri de tıpkı klasik pragmatistlerde olduğu gibi çok çeşitli ve değişik noktalara vurgu yapmaktadır. Pragmatizmin değişik savunucuları tarafından benimsenen ideolojilerin oldukça farklı olması nedeniyle eski ile yeni pragmatistler arasındaki "etkililik"e dair anlayış çok değişik olabilmektedir. Eski pragmatistler için, "etkililik" bilimsel olarak temellenmiş tecrübe anlamında anlaşılmaktayken, *Rorty* gibi yeni-pragmatistler için ise

[32] R. Posner, 2003, s:180

"etkililik", özellikle estetik cazibesi sayesinde genel bir kabule müsait "dilsel yeniden-tanımlama" olarak anlaşılmaktadır. [33]

Pragmatizmin bu çeşitliliğinin yanı sıra eklektik yapısı nedeniyle de pek çok düşünürün görüşüyle bağ kurarak genişlediği görülür. *Dewey* aracılığla *Martin Heidegger* ve *L.Wittgenstein*'le bağ kurulabilir. *Thomas Reid* ve geç dönem *G.E.Moore* da pragmatist sayılabilmektedir. Bunların yanı sıra *David Hume, Jeremy Bentham* hatta *J.S.Mill*'in görüşlerini de pragmatizmle ilişkilendirebilmek mümkündür. *Pierce*'dan aldığı doğruluk nosyonu *J. Habermas*'ı bile pragmatizm ile ilişkilendirebilmektedir. Örneğin faydacılık ve diğer sonuçsalcı etik teorilerle ve hatta *Kant*'ın epistemolojiyle pragmatizm arasında bir bağ kurabilmek mümkündür. Pragmatizmle bağ kuran filozoflar türlü anlamlarla çeşitlendirilebilir.[34] Girişte ifade edildiği gibi, pragmatist felsefe çatısı altındaki bu geniş çeşitlilikten kaynaklanan sorun bu çalışmada, hukuki yorumla ilgili ortak standartlar araştırılırken sınırlama yapılarak *Posner*'ın hukuki pragmatizmiyle *Rorty*'nin yeni-pragmatizmi bağlamında aranarak aşılmaya çalışılacaktır.

Bölüm, üç başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlıkta genel olarak pragmatizm ve pragmatizm türleri incelenecektir. İkinci başlığın ilk konusu genel olarak *Rorty* felsefesi ve *Rorty*'nin kitapları, ikinci konusu *Rorty* pragmatizminin özellikleri ve

---

[33] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:101

[34] R. Posner, 2003a, s:24-26

R.Posner, 2003c, s: 180-181

Posner, Richard , **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008, s:233

Rorty'nin birey tasarımıdır. Son başlıkta ise genel olarak *Posner*'in görüşleriyle kitapları incelenecektir.

A- Pragmatizm

Pragmatizm, 19. yüzyılın sonu ile 20. yüzyılın başlarında Amerika'da ortaya çıkan ve Amerikan toplum yaşamı üzerinde çok etkili olan bir felsefi akımdır. Gerek metafizik ve idealist felsefelerin uğraştığı problemlere karşı gerekse de dönemin Amerika'sının içinde bulunduğu siyasal nedenler sonucunda ortaya çıkmıştır. Felsefenin, sadece insanların karşılaştıkları entellektüel güçlüklere değil, aynı zamanda pratik yaşamda önlerine çıkan her türlü sorunun çözümüne de yol gösterebilecek bir yöntem yapısında olması gerektiği düşüncesinden hareket edilmiştir. Amaç, insanların taşıdıkları fikirlerin, inançların ya da bilgilerin insan yaşamında uygulanması, işe yaraması ve çeşitli alanlarda karşılaşılan sorunların çözümüne katkı sağlayan bir felsefi düşünme metoduna ulaşmaktır.[35] Pragmatizm, akademik düzeydeki felsefe anlayışları üzerinde olduğu kadar, eğitim, din, sanat, toplumsal ve siyasal alanlarda da büyük etkiler doğuran bir felsefi akım olmuştur.[36]

Pragmatizm, Eski Yunan'da "iş, eylem, yapılmış olan şey" anlamlarını taşıyan "pragma" sözcüğünden gelmektedir.[37] Grekçede "pragma" ve onun çoğulu olan "pragmata" sözcüklerinden türeyen pragmatizm "eylem" anlamına gelir. Yunan

[35] Çelik, Sara, **Pragmatizm:Pratik Bir Felsefe**, Doruk Yay, İstanbul, 2008, s:9

[36] Thayer, H.S, **Meaning and Action, Bobbs-Merill Comp**, New York, 1973, s:3

[37] S. Çelik, 1998, s:28

tarihçisi Polybius, tarih çalışmalarını, yaşamı kolaylaştırıcı özelliğinden dolayı "pragmatique historia" olarak tanımlamaktadır.[38] İngilizce'de kullanılan "practice" ve "practical" sözcükleri ile aynı kökten gelirler. Pragmatizm sözcüğünün Türkçedeki karşılığı "iş-görürcülük"tür.[39]

Pragmatizmin felsefi kullanımını "Metafizik" adlı çalışmasını "pragmateia" sözcüğü ile niteleyen *Aristoteles*'ya kadar götürmek mümkündür. *Platon* da "pragma" sözcüğünü bizim bugün kullandığımız anlamda kullanmaktadır.[40] 19. yüzyıl Almanya'sında, pragmatik amaç güden kişi için kullanılan "pragmatik bir kafa" ifadesinden türeyen, "tarihte pragmatik metot" olarak adlandırılan bir anlayış gelişmiştir.[41] **Saf Aklın Eleştirisi**'nde *Kant* da "pragmatik inanç" ifadesini kullanmaktadır. *Pierce* "pragmatik" sıfatını, *Kant* felsefesinden almıştır.[42]

Pragmatizmin kurucuları ve başlıca temsilcileri *Pierce* (1839-1914), *James* (1842-1910), *Dewey* (1859-1952) olarak bilinmektedir. Bölümün girişinde de ifade edildiği gibi eyleme, deneyime, kullanışlılığa, değişime önem atfeden, hakikat

---

[38] Maines, David R.,"Pragmatism", **Encyclopedia of Sociology**, vol.3, Edgar F. Borgatta & Rhonda J. V. Montgomery, New York, 2000, s:2217

[39] Wells, Henry K, "Amerika'da Çağdaş Felsefe Eğilimleri", Çev: Tonguç Ok, **Amerikan Felsefesi, Bilim ve Düşünce Kitap Dizisi-2**, Evrensel Basım Yay, Ekim , 2000, s:47

[40] Aristoteles, **Metafizik**, Çev: Ahmet Arslan, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1996, s: 108-109

[41] H.S.Thayer, 1973, s:7-8

[42] S.Çelik, 1998, s:28

iddialarına kuşku ile bakan pragmatizmin özellikleri düşünürden düşünüre değişmektedir. Bu nedenle belirli bir pragmatizm tanımı yoktur. Ancak, bazı temel ve ortak özellikler uyarınca pragmatist felsefeyi anlamaya çalışabiliriz.

Klasik pragmatizme göre bütün felsefi çıkarımlar, yaşanmış şeyler anlamına gelen "deneyim"den meydana gelmektedir. Bu nedenle insan "deneyim"i pragmatizm için başat bir kavramdır. Kavramların ve düşüncelerin anlamları, sabit ve soyut bir bütünlük olarak değil, o kavramla ya da düşünce ile ilgili olarak meydana gelen, görülebilir etkilerle ve sonuçlarla meydana gelen bir sürece işaret eder. Buna bağlı olarak bilgisel doğruluk da yine sabit ve mutlak bir doğruluk olmaktan çıkar. Olgularda ulaşılan gerçeklik olarak bilimsel doğru, yalnızca yaşamı kolaylaştırması ve uygulamada sorun çözmesi nedeniyle "doğru" niteliğini kazanmaktadır.[43] Buna göre pragmatizmin en dikkat çeken özelliği, onun yarardan bağımsız gerçek arayışı olamayacağını savunuyor olmasıdır. Burada "gerçek" artık bizim dışımızda değil, -istek, arzu ve inançlarımızdan oluşan bir ağ olan- irademize bağlı olarak varlık kazanan, yapılagelen şeydir.[44] Epistemolojide bilginin ve kavramların dış dünyanın bire bir temsilcisi olduğu seklinde özetlenebilecek olan tutum, pragmatizm tarafından eleştirilir ve bunun karşısında pragmatizm "pragmatik dogruluk" anlayışını savunarak bilgi ile eylemi birleştirir.[45]

---

[43] S.Çelik, 1998, s:10

[44] James, William, **Pragmacılık**, Çev: Muzaffer Askın, Milli Egitim Basımevi, İstanbul, 1986, s:ix.

[45] Suckiel, Ellen Kappy, **William James'in Pragmatik Felsefesi**, Çev: Celal Türer, Paradigma Yay, İstanbul, 2003, s: 87-89.

Pragmatizmde her tür düşünme problem çözmeyle ilgilidir. İnançlar gerçekliğe ilişkin tasarımlar olmayıp, sadece eylem alışkanlıklarıdır. Pragmatizm, insanın yaşadığı dünyayı kendi eylemiyle kendinin şekillendirdiğini varsayar. Yani burada insan, geleneksel epistemik varsayımdaki özne-nesne (bilen-bilinen) ilişkisindeki pasif statüde değil, aksine nesneyi (bilineni) de etkileyebilen aktif ve yaratıcı bir statüdedir. Pragmatizmde öznenin toplumsal olan karşısındaki statüsünün de tersine çevrildiği görülür. Kartezyen bilinç felsefesinde özneler toplumsalı oluştururken, pragmatizmde, bilinç yani öznellik, sosyal ve fiziksel süreçlerde diyalektik olarak eylemden oluşmaktadır. Pragmatizmin analitik felsefenin dilsel dönüşümünden sonrasına tekabül eden evresinde, özne dil aracılığla oluşmakta ve toplum dil aracılığıyla varlığını sürdürmektedir. İnsan yaşamı bu diyalektik süreçte, süreklilik ve süreksizlik arasında daima yeni ve öngörülemez gelismelerle karşı karşıyadır. Yeni gelişmeler karşısında ortaya çıkan problemlere zeka ve bilinç hayatın devamını sağlayan çözümler sunarlar. Bilim sadece, düzeltici bir zihin ve eylem tasarımı olması nedeniyle topluma yararlı bir rehberdir. Pragmatizm doğruyu ve değeri, uygulamaya konulan teori ile eylemin sonuçlarında aynı anda bulmaktadır.[46]

Pragmatizm eklektik yapıda bir felsefi öğretidir. Bulunduğu dönemin hakim paradigmasına eklemlenmesi ile tarih içinde farklı biçimlerde ortaya çıkışını görmek mümkündür. Ortaya çıktığı dönemde Amerikan entelektüellerinin ortak eğilimi olan "bilimsel felsefe" arayışları, pragmatizmin aldığı biçimi yönlendirmiştir.[47]

[46] D.R. Maines, 2000, s: 2217-2218

[47] S. Çelik, 2008, s:27

Bilimselliğin ve pozitivizmin merkezi bir öneme sahip olduğu dönemde ortaya çıkan pragmatizm ilk haliyle pozitivist ve bilimcidir. Bilimsel yöntemle yürütülmesi gereken "araştırma", bu araştırmadan elde edilen "bilgi" ve "insanın değiştirme arzusu ile etkilediği sosyal ve fiziki dünya" anlayışı ilk dönem pragmatizmini biçimlendirir.[48] Bu dönemde, yarar düşüncesi ile köktenci emprizmi ve bilimselliği, diğer bir ifadeyle pozitivizmi birleştiren pragmatizm,[49] büyük ölçüde *Darwin*'in bilimsel nitelikli evrim görüşlerinin etkisi altındadır.[50]

Daha sonraları pragmatizm "yarar" temelini ve bilimciliği ile deneyciliğini kaybetmeksizin yeni ortaya çıkan felsefi akımlarla, mantıkçı pozitivizm ve analitik felsefe ile birleşerek yoluna devam etmiştir. Bu döneminde pragmatizm de tıpkı mantıkçı pozitivizmde olduğu gibi soyut, metafizik terimlerin felsefeden ayıklanmasını istemiştir. Ancak mantıkçı pozitivizmden farklı olarak halen uygulama ve eylem kavramlarına merkezi önem atfetmektedir. Pragmatizmin çözümleyici felsefe ile yakınlığı ise, her ikisinin de kavramların anlamlarını aydınlatmaya önem vermeleri ve bu alandaki nominalist tutumlarından ileri gelmektedir.[51]

Güncel pragmatizmin eğilimi, klasik pragmatizmin temel unsurları ile, 20 yüzyılda Analitik felsefi gelenekte baş gösteren dile dönüş eğilimini ve bilimin egemen tek söylem olmasına karşı çıkan felsefi akımı birleştirmektir.[52] *Hilary*

[48] D. Hollinger, 1995, s:20-23

[49] S. Çelik, 2008, s:11

[50] age, s:27

[51] age, s:11

[52] R. Donovan, 1995, s:208

Putnam, W.V. Quine, Donald Davidson, Nelson Goodman, Richard Bernstein güncel pragmatistlerdir. Bu isimler *Rorty*'den farklı olarak analitik geleneği ve bilimselliği devam ettirirler. *Rorty* ise klasik pragmatizmin bilimsellik vurgusundan kurtulmak istemekte, bilimi kültürel alandaki diğer kaynaklarla –sanat, edebiyat, din vs.- birlikte var olacağı ayrıcalıksız bir yere yerleştirmektedir. Yeni pragmatizm içinde *Rorty*'nin bakış açısını paylaşan kişiler de vardır. *Richard Pourier, Stanley Fish, Giles Gunn ve Cornel West* gibi isimler, *Rorty*'nin *James* ve *Dewey*'in düşüncelerini yorumlayarak yeni ve yaratıcı bir okumaya tabi tutmasını yanlış anlama olarak eleştirmekten çok yüceltme eğilimindedirler.[53]

B- Klasik Pragmatistler

1- Charles Sanders Pierce

Pragmatizmin kurucusu[54] olarak bilinen *Pierce*, modern mantık, epistemoloji ve ontoloji hakkındaki çalışmalarda tutarlı bir bütün oluşturacak genel bir bilimsel araştırma yöntemi üzerine odaklanmıştır. *Pierce*'e göre tüm bilimsel araştırmalar için ortak olabilecek bir araştırma yöntemi ile, kavramlarımızın emprik içeriklerine ve böylece kavramların pragmatik anlamı ile genel pragmatik doğruluğa ulaşabilmek mümkündür.[55] Çabalarını tüm bilimler için ortak bir bilimsel araştırma

[53] D. Hollinger, 1995, s:26

[54] Murpy, John P., **Pragmatizm From Pierce to Davidson**, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1990, s:7

[55] S. Çelik, 2008, s:21

yöntemi bulmaya odaklayan[56] *Pierce*'e göre, pragmatizm yepyeni bir düşünme, iletişim, davranış yolu ve ayrıca her türden metafizik görüşle savaşan, onları etkisiz duruma getirmek amacını güden, yeni, çağdaş bir felsefe yöntemidir.[57]

Yeni tip felsefe yapma yoluna "pragmatizm" adını veren *Pierce,* 1878 yılında yayımlanan **"How To Make Our Ideas Clear"** adlı makalesiyle pragmatizmin temel dayanaklarını açıklar.[58] *Pierce*'in yola çıkış noktası, modern felsefenin temellerini oluşturan *Descartes*'ın kartezyen yönteminin bilimin gerektirdiği açık seçikliğe sahip olmaması, belirsiz olduğu yönündeki düşüncesidir.[59] Kartezyen yöntemi eleştirerek bunun yerine açık ve seçik bir bilimsel yöntem koyma çabasında olan *Pierce*'e göre, kartezyen yöntemin aşamaları olan, felsefenin evrensel şüphe ile başlaması, gerçeğin bireysel düşüncede test edilmesi ve deneye başvurulmaksızın yalnızca bilinç düzeyinde sonuç çıkarılması reddolunmalıdır.[60]

Kartezyen felsefenin aksine *Pierce*'e göre önemli olan şüphe değil, inançtır. Çünkü *Pierce*'in düşüncesine göre; "inanç, düşüncenin tek motivasyonudur. İnanç şüphenin rahatsızlığını tatmin etmektedir." Amaç, inanca ulaşmak olduğundan, düşünce inanç haline gelene dek devam eder.[61] Buna göre *Pierce*'in anlayışı uyarınca düşünme edimi, tek amacı inanç üretimi olan bir araştırma edimidir. İnançların

---

[56] S. Çelik, 2008, s:26

[57] age, s:28

[58] age, s:28

[59] J. Murpy, 1990, s:9

[60] age, s:10-12

[61] age, s:25

görevi ise insan eylemleri için gerekli ilkeleri sağlayarak eylem alışkanlıklarını ortaya çıkarmaktır.[62] Düşüncenin inanç haline gelmesine kadar izlenecek yol ise araştırmadır.[63] Bu nedenle *Pierc*e'e göre düşünce, inanç, kavram ya da bilimin anlamlılığı ve başarısı araştırmada kullanılacak deneysel yönteme sıkı sıkıya bağlıdır.[64] Deneysel yöntemin mantık kurallarının özel bir uygulaması olduğunu söyleyen *Pierce*'e göre, burada yapılması gereken şey, anlaşılması güç olan ya da anlamları soyut, belirsiz olan kavramların anlamlarını aydınlatmaktır. Böylece kavramlarımız açık ve seçik hale gelecektir.[65] *Pierce* bunun için, "pragmatik maksim" dediği ilkeyi oluşturur. Anlamları bulanık olan kavramlar, anlamları açık olanlarla, koşullu önerme kalıpları içinde anlamları açık olanlarla adım adım yer değiştirir. Kavramların anlamında tam bir açıklık sağlanıncaya dek bu devam eder. Sonuç olarak kavram *Descartes*'ın soyut bir açık seçikliğiyle değil, nesnel açıklığa, yani pragmatik açıklığa ulaşarak, pragmatik anlam, elde edilmiş olur. Böylece, bu araştırma süreci içinde karmaşık ve anlaşılması zor bilimsel terimlerin açık anlamları ortaya konabilecektir.[66]

---

[62] Pierce,C.S, "Kavramlarımızda Açık Seçiklik Nasıl Sağlanır?", Çev: Sara Çelik , **Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe**, Doruk Yay, İstanbul , 2008, s:71

[63] Murpy, 1990, s:22-23

[64] C.S. Pierce, 2008, s:75-82

[65] age, s:67

[66] S.Çelik, 2008, s:14

2- William James

Pragmatizmi, anlamlı bir felsefenin izlemesi gereken temel kurallar olarak tanıtan *James*, felsefenin hayatla ilgili ve hayat için faydalı olması gerektiğini düşünmektedir. James'e göre felsefe, günlük hayatımızın somut deneyimine uygulanabilir ve insan ihtiyaçlarının imkanlarını zenginleştirmek için bireyin bu dünyadaki yerini açıklayıcı olmalıdır. *James*'in felsefe hakkındaki bu kavrayışı, onun felsefi yöntem ve anlam teorisine ilişkin görüşlerinin temelini oluşturmaktadır. *James*'in anlam teorisi "pragmatik anlam" ve felsefi yöntemi ise, "pragmatik araştırma"dır.[67]

Pierce'in açtığı yoldan ilerleyen James, 1907'de yayınlanan **Pragmatism; A New Name for Some Old Ways of Thinking** isimli kitabı ile pragmatizmi tüm dünyada tanınır hale getiren filozof olmuştur.[68] Bu kitapta *Pierce*'in **"Düşüncelerimizi Nasıl Açıklığa Kavuştururuz"** isimli makalesinin önemini vurgulayan *James, Pierce*'in özellikle şu iki iddiasını devrim niteliğinde görmekte ve benimsemektedir; " 1-inançlar eylem kurallarıdır. 2- bir düşüncenin anlamını ortaya koyabilmek için onun hangi davranışa yol açtığını belirlemek gerekmektedir."[69]

Ancak *James*'in *Pierce*'den farklılaştığı nokta, kavramlarda soyut açık seçikliğe ulaşmak yerine, kavramları açıklığa kavuşturma sorununun kavramların pratik amaçlarını ve bu amaçların sahip olduğu pragmatik kuralları bilmeyi

[67] E.K. Suckiel, 2003, s:7

[68] J. Murpy, 1990 , s:39

[69] H.K. Wells, 2005, s.47

gerektirdiği düşüncesinde ortaya çıkar.[70] Buna göre *James* için bilgi, gerçek verimlilik ve pratiklik ölçüsüyle değerlendirilmelidir. Çünkü önemli olan uygulamadır. Hayata uygulanıp etki yaratabilen şey gerçek olandır. Zihne soyut kavram olarak doğru görünen şey, eğer pratiği olmayan ve hayatta etki doğurmayan bir şey ise *James*'e göre hiçbir değer ifade edemeyeceği gibi, gerçek de sayılmamalıdır.[71] *James* kavramı, pratik bağlamda değerlendirmekte, "pragmatik anlam"a değer atfetmektedir. *James*'e göre, önemli olan şey rasyonel değil, pragmatik anlama ulaşmaktır. Rasyonel anlam soyut kavramlarla ilgiliyken, pragmatik anlam ise pratik sonuçlarla ilgilidir. Felsefe de hayatın somut durumlarından doğduğu gibi, son sözünü de yine somut durum üzerinden söylemelidir. Örneğin; "1- Lütfen kapıyı kapatın. 2- Lanet olsun sana, kapıyı kapa!" *James*'e göre, aynı sonucu doğurmayı hedefleyen bu iki cümlenin pragmatik anlamı farklıdır. Çünkü birincisi uyulma ve ikincisi uyulmama sonucunu doğurduğundan, pragmatik anlamları farklı olarak ortaya çıkmaktadır.[72] Böylece *James*, yaşamı doğrudan doğruya ilgilendiren somut olgulara ve insan hayatını şimdi ya da yakın gelecekte etkileyecek olan güçlere ve eylemlere değer atfetmektedir.[73]

James'in pragmatizminin iki temel unsuru "zihin" ve "deneyim"dir. "Zihin", kurucu unsur niteliğindeyken, "deneyim" unsuru metodolojiktir.[74] *James*'e

---

[70] Hall, David, **Richard Rorty Prophet and Poet of New Pragmatism**, State Unıversity of New York, USA, 1994, s:70

[71] S. Çelik, 2008, s:91

[72] J. Murpy, 1990, s:43

[73] S. Çelik, 2008, s:92

[74] E.K. Suckiel, 2003, s:137

göre, insan bilinci (zihin), teleolojik (gaye güdücü) bir mekanizmadır.[75] Zihne ilişkin görüşünde, 19. yüzyıl Darwinizminin ve insanın niteliğine ilişkin biyolojik modelin etkisinde olduğu görülen *James,*[76] zihnin kişisel eğilimlerden etkilenerek, izlenimler dünyasını kavramlar dünyasına dönüştürdüğünü düşünmektedir.[77] Böylece *James*'e göre, deneyimin zihni etkilemesi, inancı ortaya çıkarmaktadır. Deneyim ilkesiyle sürekli sınanmakta olan[78] bu inançlar *James*'e göre hayatta işlevsel bir role sahip olması ve somut sonuçlara götürmesi ölçüsünde doğrudur:

> *"....Doğru fikirler özümseyebildiğimiz, geçerli kılabildiğimiz, destekleyebildiğimiz fikirlerdir.... Bu bağlamda savunmam gereken tez budur. Bir fikrin doğruluğu onun doğasında bulunan somut özelliği değildir. Doğruluk bir fikirde vuku bulur. Fikir doğru haline gelir, olaylar tarafından doğru yapılır. Onun doğrulanması gerçekte, bir olay, bir süreçtir. Yani onun kendi kendisini doğrulama, doğrulaşma sürecidir. Onun geçerliliği, onun geçerlileşme sürecidir."*[79]

Burada *James*'in düşüncesine göre, kişi için sorun çözen veya iş gören bir düşünce ya da inancın "doğru" olduğu görülmektedir. *James*'e göre, uygulamada işe yarayan bir inanç işe yaradığı için doğru iken, şimdi işe yaramıyor ya da

---

[75] E.K. Suckiel, 2003, s:7

[76] age, s:6

[77] age, s:7

[78] age, s:137

[79] James, William, "Pragmatizmin Doğruluk Kavramı", Çev: Sara Çelik, **Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe**, Doruk Yay, İstanbul , 2008, s:111

problemimizi çözmüyorsa, artık yanlış hale gelmiştir. Böylece *James*'in pragmatik felsefesinde düşünce ve inançlar, koşullara bağlı olarak, doğrulanmakta ya da yanlışlanmaktadır. *James*'in pragmatik doğruluk tanımlamalarından birisi; "Doğruluk fikirlerde vuku bulur" şeklindedir. Buna göre, bir fikir ne zaman işe yararsa ya da işe yaramaya başlarsa doğrudur. İşe yaradığı sürece doğruluğunu korumuş olur. Eğer bir gün gelir de işe yaramaz hale gelirse artık yanlış bir fikir olur. *James*, doğruluk hakkında pratik koşullarla bağlantılı, esnek ve göreli bir anlayışa sahiptir. [80]

3- John Dewey

Dewey (1859-1952), pragmatist ilkelerin yaşama geçirilmesini sağlayan, bu görüşün uygulanabilirliğini ve pratik yaşamda işe yarar bir felsefe olduğunu gösteren bir düşünür olarak bilinmektedir.[81] *Dewey*'in pragmatizmi, mantıksal ve ahlaki bir analiz kuramı olarak gelişmiştir. [82]

Dewey, teorilerin, inançların, bilginin duyuları önceden kestirmek için gerekli kurallar olduğunu söyleyen geleneksel olguculuğu, onların aslında "eylem kuralları" olduğunu söyleyerek düzeltme işinde *Pierce* ve *James*'i izlemektedir.[83] *Peirce* ve *James*'in düşüncelerini birleştirerek, pragmatizmi, mantıksal ve ahlaki bir analiz teorisi haline getirmiştir.[84] *Dewey*'e göre, *Pierce* hayatımıza yeni bir tasarım sunarken, *James* bunu Felsefenin İlkeleri isimli eserinde parlak bir şekilde

[80] S. Çelik, 2008, s:15

[81] age, ,s:15

[82] age, s:133

[83] H.K.Wells, 2005, s:66

[84] Çüçen, A. Kadir, **Bilgi Teorisi**, Asa Yay., Bursa, 2001, s: 240

geliştirmiştir. *James*'in kitabının *Dewey* üzerindeki etkisi büyüktür. Murpy bu etkiyi Dewey'den şu şekilde aktarır:

> *"Şunu önemle not etmek gerekir ki, enstrumanlar anlayışı tarafıma büyük ölçüde James tarafından servis edilmiştir. Bunlardan biri James'in psikolojinin katmanlar halinde olduğuna ilişkin tezidir. James, duyumların, imajların, kavramların bağımsız, ayrık olduğunu inkar ederek bunun yerine "bilinç akışı" kavramını koymuştur….. Felsefenin İlkelerinin diğer önemli bir noktası biyolojik tabiata ilişkindir. James bu aklın oluşumunda biyolojik tabiatın gücünü göstermiştir."*[85]

Dewey'in görüşüne araçsalcılık (instrumentalism) denilmektedir.[86] Buna göre insan deneyimi, insan düşüncesi ve insanın her türlü eylem ve edimi, çevreye uyum sağlamasını ve yaşamda kalmasını ve ardından her türlü durum ve koşulda yararlı sonuçlara ulaşmasını, diğer bir deyişle başarılı olmasını sağlayan biyolojik ve akılsal araçlardır. Ayrıca bilimsel kavramlar ve kuramlar da yararlı araçlardır.[87] Büyük ölçüde *Charles Darwin*'in biyolojik evrime ve doğanın oluş teorisine dair görüşlerinden etkilenmiş olan *Dewey*, **"Amerikan Pragmatizminin Gelişmesi"**[88] isimli kitabında Darwinizmin felsefeye etkisini göstermektedir.[89] *Dewey*'e göre

---

[85] J. Murpy, 1990, s:61

[86] S. Çelik, 2008, s:133

[87] age, s:15

[88] Dewey, John,"Amerikan Pragmatizminin Gelişmesi,"Çev. Celal Türer, **Erciyes Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 1996, c. 7

[89] J. Murpy, 1990, s:63

evrim teorisi, hem geleneksel felsefedeki doğuştan gelen a priori idelerin kaynağı olarak düşünülen 'salt us'a ilişkin kavrayışı[90] hem de geleneksel anlayışa bir yanıt olarak sunulan, zihinsel yaşamı ayrı ve edilgin olarak tasvir eden felsefi psikolojizmi[91] geçersiz hale getirmiştir. Biyolojik yöntemin 19. yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkan en büyük bilimsel buluş olduğu düşüncesinde olan[92] *Dewey,* felsefenin yeniden yapılandırılmasında bu büyük bilimsel buluş kullanılması[93] gerektiği düşüncesinden yola çıkarak **"Reconstruction in Philosophy"**yı yazar. *Dewey*'in pragmatizmi de *James*'de olduğu gibi, genel olarak düşünme, araştırma, eylem ve deneyim kavramları etrafında yapılanmaktadır.[94]

Çevresiyle etkileşim içinde hayatta kalmaya çalışmakta olan insanın sürekli problem çözme hali onu, "düşünme" etkinliğine sokmaktadır.[95] Düşünce, "çevreye egemen olmanın bir aracı"dır. [96] *Dewey* düşünceyi, kartezyen görüşteki dünyanın insan bilincindeki yansıması fikrinin aksine, eylem motiflerinin geliştirilmesi olarak görmektedir. Bu nedenle "düşünce" geçmiş deneyimleri de dikkate alarak girişilen

---

[90] Bal, Hüseyin, **John Dewey'in Eğitim Felsefesi**, Kar Yay, İstanbul, 1991, s:154

[91] age, s:158

[92] Dewey, John, **Demokrasi ve Eğitim**, Çev. Tahsin Yılmaz, Ege Üniv. Edebiyat Fak. Yay, İzmir, 1996, s.241

[93] Dewey, John, "Felsefenin Yeniden Yapılanmasında Bilimsel Etken", Çev: Sara Çelik, Pragmatizm**: Pratik Bir Felsefe**, Doruk Yay, İstanbul, 2008, s:135

[94] D. Hall, 1994, s:81

[95] H.K. Wells, 2005, s:62

[96] age, s:82

bilinçli "araştırma"ların sonucudur. Böylece *Dewey,* kartezyen felsefedeki "bilinç"in yerine "eylem*"i geçirmiştir.[97] "Eylem" ise *Dewey*'in pragmatizminde çift yönlü bir öneme sahiptir; hem insanın problem çözmeye katılımını sağlamakta, hem de gerçeklik ve doğruluk oluşturucu bir işlev görmektedir. "Deneyim" ise bilgi elde edilen somut durumdur. Güvenilirliği sınanmış yöntemlerle ulaşılan, pratik geçerliliğe sahip ürünlere *Dewey* "bilgi" adını vermektedir. [98] Toplumsal bilgi evrim süreci içinde deneyim yolu ile kazanılmaktadır. [99] *Dewey*'e göre ayrıca bilgi elde etmenin tek yolu bir dizi işlem durumuna işaret eden "araştırma" aracılığla deneysel yöntem uygulamaktır. *Dewey*'de araştırma insanın dünya ile etkileşimini ifade etmektedir. Araştırma aynı zamanda bir dizi işlem durumudur. Bu bir dizi işlem sonucunda bilgiye ulaşılır. [100]

II- Genel Olarak Richard Rorty ve Eserleri

Felsefesi büyük ölçüde içine doğduğu ve yetiştiği koşulların etkisi ile şekillenmiş olan *Rorty*'nin düşünceleri değişken bir seyir izlemiştir. *Rorty* kendi

---

* Rorty ise, klasik pragmatizmdeki "eylem", yerine "dil"i geçirmektedir. Bkz: Rorty, Richard, "The Linguistic Turn", **Essays in Philosophical Method**, The University of Chicago Press, 1992a, ayrıca, R. Donovan, 1995, s:208

[97] H.K. Wells, 2005, s:61

[98] age , s:79

[99] age, s:76

[100] age, s:65

düşünsel tarihini kısaca; *Trotsky* sempatizanı ve sosyalist olarak başladığını ve sırasıyla Platonizm, analitik felsefi geleneğin dil felsefesine dahil oluş, sonrasında *Dewey*'in görüşlerinden etkilenerek pragmatizmi benimsemesi son olarak da *Heidegger*'in epistemoloji eleştirisi ile *Wittgeinstein*'ın "dil oyunları" hakkındaki ikinci dönem görüşlerini birleştirdiği, epistemolojik temellendirme karşıtı ve olumsal söz dağarlarını benimseyen bir pragmatizm olarak özetlemektedir.[101]

1931 yılında New York'ta doğan *Richard McKay Rorty*, New York'un seçkin entellektüellerinden ve yazarlarından biri olan *James Rorty*'nin oğludur. *Rorty*'nin babası, *Dewey*'in başkanlığındaki *Trotsky'ye* yöneltilen suçlamaları soruşturmakla görevli komisyonda görev almış olan eski bir *Trotsky* sempatizanıdır. *Rorty*'nin büyüme yıllarında ailesi ve çevresindekiler *Trotsky* sempatizanı ve sosyalisttir. 12 yaşındayken, *Trotsky*'nin kitaplarının ailenin İncil'i niteliğinde olduğunu söyler.[102] Erken yaşlarda tanıştığı *Trotsky* onu "adalet" üzerine genç yaşlarından itibaren düşünmeye itmiştir. Böylece *Rorty*, 12. yaşındaki düşünsel dünyasını, bir yandan kapitalist Amerika'nın adaletsizliğinin bilincine varış, diğer yandan da insan hayatının anlamının ne olduğuna dair bir arayışın farkındalığı şeklinde anlatır.[103] *Rorty*'nin hayatının erken yıllarında bulunduğu Tibet'in dağlarında tanıştığı bir tutkusu daha vardır; vahşi orkideler. Bu tutkusu New York'a geldiği daha ilerki yıllarda da devam etmiş, botanik kütüphanelerinde bu konuda araştırmalar yapmıştır.

---

[101] Rorty, Richard, "Trotsky and the Wild Orchids", **Philosophy and Social Hope** , Penguin Books, 1992b, s:3-20

[102] R. Rorty, 1992b, s:5-6

[103] Kaya, Funda Gürsoy, **Felsefe ve Doğanın Aynasına Önsöz** , 2006, s:xıx

Rorty bu orkidelerin neden bu kadar önemli olduğunu bilmediğini, sadece kendisi için çok önemli olduğunu ifade edebileceğini söylemektedir.[104] Bu onun görüşlerinin temelini oluşturan kamusal alan özel alan ayrımı hakkındaki düşüncelerinin başlangıcıdır.

Chicago Üniversitesi Felsefe Bölümüne girmiş olduğu 1946 yılı Platonizmi benimsemiş olduğu dönemine rastlayan *Rorty*, burada vahşi orkidelerle *Trotsky*'i uzlaştırabilmenin projesini düşünmeye başlamıştır. Hocaları arasında *Rudolph Carnap, Charles Hartshorne, Richard McKeon, Mortimer Adler*, ve *Leo Strauss* gibi ünlü isimler vardır. Chicago Üniversitesi'nden 1949 yılında mezun olur. [105]

"Whitehead's Use of the Concept of Potentiality" başlıklı yüksek lisans tezini verdiği 1952'de Chicago Üniversitesinden ayrılarak, **"The Concept of Potentiality"** isimli doktora tezini sunduğu Yale Üniversitesine gider.[106]

Rorty'nin Yale'deki yıllarında *Hegel*'in **"Phenomenology of Spirit"** (Tinin Fenomolojisi)'ni okuması onun bugünkü felsefesinin ilk uyanışıdır. Platonizm'deki genel olarak, kamusallığın özeli yutmasından duyduğu rahatsızlık nedeniyle girdiği arayışlarda *Hegel*'le tanışmasının *Dewey*'in pragmatizmine evrilecek yolda bir dönüm noktası olduğunu söyler. *Rorty, Platon* ve *Kant* metafiziğinin "ahlaki" alanda yarattığı soyut ve ulaşılmaz "gerçek erdem"e yönelik tutkudan, *Dewey*'in pragmatizmine yönelmiştir. [107] *Hegel*'in uyandırdığı düşüncelerle *Dewey*'i yeniden

---

[104] R. Rorty, 1992, s:5-6

[105] F.G. Kaya, 2006, s:xx

[106] age, s:xxı

[107] Rorty, Richard, **Achieving Our Cuntry: Leftist Thought in Twentieth-Century America**, Harvard University Press, Cambridge, 1997, s:178

okuyarak, yeniden keşfeder. Böylece *Platon*'un felsefesinden kopan *Rorty, Hegel, Dewey, Heidegger* ve *Derrida* okumaya yönelir.[108]

1956'da doktorasını tamamlar, orduya katılır. Orduda iki yıl geçirir. Dönüşte Wellesley Kolej'de hocalık yapar. 1961'de geçtiği Princeton Üniversitesinde *Kuhn*'un **"The Structure of Scientific Revolutions"** (Bilimsel Devrimlerin Yapısı)'nı okuması entellektüel evrimindeki önemli ikinci kırılma noktasını teşkil eder.[109]

Virginia Üniversitesinden Hümaniter Disiplinler prosesörü olarak emekli olan *Rorty* son olarak Stanford Üniversitesinde Karşılaştırmalı Edebiyat Profesörlüğü yapmıştır. [110]

Rorty'nin önemli eserleri **"Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Metod"** (1967), **"Philosophy and the Mirror of Nature" (**1979), **"Consequences of Pragmatism: essays, 1972-1980"** (1982) , **"Contingency, Irony and Solidarity**" (1989), **"Objectivity, Relativism and Truth"** (1991), **"Truth and Progress**" (1998**), "Achieving Our Country"** (1998), **"The Philosophy and Social Hope"** (1999)'dur.

1967'de kaleme aldığı ilk kitabı olan **"Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Metod"** da dil felsefesinin problemleriyle ilgilidir. Analitik felsefenin bir dalı olarak gelişen dil felsefesindeki geleneksel felsefedeki bilinç yerine, ikame edilen dilin fetişleştirilmesi eğiliminden uzak kalmaya çalışır. *Rorty*'e göre, dil felsefesinde önemli olan dile dönüşün kendisi değil, *Platon* ve *Aristoteles*'ten

---

[108] F.G. Kaya, 2006, s:xxıı

[109] age, s:xxıı-xxııı

[110] age, s:xxıv

itibaren devam eden, bazı epistemolojik zorlukların dil felsefi aracılığla yeniden düşünülecek ve ele alınacak olmasıdır.[111]

1979 yılında anti-Platonist, anti-temeldenci, anti-özcü, anti-düalist görüşlerini açıkladığı ve geçmişte etkisinde kalmış olduğu analitik filozoflarla hesaplaşmaya giriştiği ilk büyük ve temel eseri niteliğinde olan **"Philosophy and the Mirror of Nature"** (Felsefe ve Doğa'nın Aynası)'nı yazar:

> *"Şunu düşünmeye başladım; tüm bu Heidegger sonrası hikaye ile Platonizm arasındaki gerilimi uzlaştırabilir miydim? Bu düşüncelerimin, bu hikayemin sonucunda "Felsefe ve Doğanın Aynasını" yazdım. Bu kitap bazı filozoflar tarafından eleştirildi. Aslında bu kitap çok da fazla sadece ergenlik tutkularımın ürünü değildi. Zihin felsefesi, doğruluk ve anlam üzerine dil felsefesi, Kuhn'un bilim felsefesi gibi konularla Trotsky ve orkidelerden uzaklaşan konular hakkındaydı. Dewey'i beğendiğim terimleriyle sahiplendim. Anti-Platonizm üzerinden tarihselciliğimi ortaya koydum. Daha önce okumuş olduğum analitik filozoflarla hesaplaştım. Koleje gittiğim yıllardaki, otuz yıl önceki tek bakış vizyonuna artık sahip değildim."* [112]

Rorty, "filozofun gerçeğin bekçisi" olarak gördüğü modern felsefi geleneğe hakim anlayışı terk etmek istemektedir. **Felsefe ve Doğa'nın Aynası**'nda filozofa teklifi "edifiye edici" veya dünya hakkında "yeni ve daha iyi, daha ilginç ve daha verimli konuşma yolları bulma" görevidir. *Gadamer*'in kullandığı "bildung" kavramını kendine mal ederek, "bizim göreli olarak entelektüel olarak boşaltılmamız" ve daha fazla okuyarak, daha fazla konuşarak kendimizi "yeniden

[111] R. Rorty, 1992a, s:39

[112] R. Rorty, 1992b, s:12

yapılandırmamız" tavsiyesinde bulunur. Bu, şüphe edilmeyen bilgiye ulaşma amacından daha verimli olacak bir hedeftir. Filozoflar bu sosyal fonksiyona yardımcı olacak görevlilerdir. Filozoflar aynı zamanda, deneyimin ve dilin olumsal yanıyla "donmuş kültürün üstüne çıkacak" yorumlayıcı asistanlardır. Bu kapasitedeki filozoflar, tıpkı yazarlar, sanatçılar ve diğer kültürel yaratıcılar gibidirler. *Rorty* kendini bu tavsiyeyi veren ilk filozof olarak görmez. **Felsefe ve Doğanın Aynası**'nı kendisi gibi bu girişimde bulunan *Dewey*, *Heidegger*, geç dönem *Wittgenstein*'a bağlılığını bildiren görüşleriyle açar. Bu üç filozofu *Kant* felsefesiyle bağı kesen filozoflar olarak nitelendirir.[113] *Rorty*'e göre bu filozoflar tarihsel, holist ve edifiye edici patikayı açan yolculardır.[114]

1967'de yazdığı **Linguistic Turn**'ün girişini dikkatli okuyan biri 1979'da yazdığı **Felsefe ve Doğanın Aynası**'nın devam eden bir çizgide olmadığını görür. **Felsefe ve Doğanın Aynası** ile birlikte görüşleri dönüşüme uğramıştır.[115] *Rorty*'nin alternatif anlatısının tarzı, daha az diyalektik, daha çok ve açıkça anlatısaldır. İyi çocuklar, kötü çocuklar sözcükleriyle hikayeler anlatır. Başvuruları felsefi problemler değil, daha çok varlıksal temalar, yalnızlık, dayanışma ihtiyacının varlığı, zalimliğin en kötü şey olması tarzında vurgulardır. *Rorty*'nin kurucu başvuruları olan bu temaların hepsi insan yaşayışının somut hallerine dairdir.[116]

---

[113] Gross, Neil, **The Making of an American Philosopher**, The University of Chicago Press, USA, 2008, s:20

[114] age, s:21

[115] D. Hall, 1994, s:8

[116] age, s:9

Felsefe ve Doğanın Aynası'nda pragmatist projeden pek söz etmeyen *Rorty* 1982'de makalelerini yayımladığı **"Consequences of Pragmatism: Essays, 1972-1980"** da kendi entelektüel projesini tam olarak pragmatizmle tanımlar. Bu makalelerin ortak yanı, modern felsefenin ayrıldığı yolun izini sürmektir. Bir tarafta, bilimselliği merkeze alan *Kant*'ın başını çektiği "aklın gözü" ile değerlendirme yapan taraf vardır. Bunların anlayışında geçerli şeyler "varlığın doğası", "insanın doğası", "özne-nesne ilişkisi", "dil", "düşünce", "doğruluk", "özgür irade" kavramlarıdır. *Rorty*'e göre bu bilimsel filozofların tarihsel alanla pek az ilgileri vardır. Katı metodik kuralları takip ederler. Fizik ve biyoloji bilimlerindeki başarıyı kıskanarak kendi merkezi ilgilerini de onların ilgi alanlarına yönlendirirler. *Rorty* bu ayrımında diğer tarafa tarihin olumsal koşulları ile ilgilenen *Dewey, Heidegger, Wittgenstein, Foucault* ve *Derrida* gibi filozofları yerleştirir.[117]

Rorty pragmatizm içinde de filozofları *Pierce* geleneğinden gelenler ve *Dewey*'in görüşünü benimseyenler olarak sınıflandırır. *Rorty*'e göre, *Pierce* geleneğinden *gelen Quine*, *Carnap* ve *Putnam* "araştırmanın sonu" kavramı ile yaptıkları yanlış bir rehberlikle mutlaklığın başka bir versiyonunu gündeme taşımaktadırlar.[118] Ancak bu filozofları da, klasik 19. yüzyıl pragmatizmi ile bugünkü pragmatizm arasındaki "linguistik turn" dediği "dilsel dönüş"ü sağladıkları için önemli bulur. Analitik felsefenin pragmatizmin tarihine yaptığı katkı olarak gördüğü dile yoğunlaşma, pragmatizmin de artık, klasik pragmatistlerden farklılaşarak

[117] D. Hall, 1994, s:21-22

[118] R. Rorty, 1990, s:4

"tecrübe, akıl, bilinç"e değil, "dil"e önem vermeye başlamışlardır.[119] *Dewey*'i pragmatizmin kahramanı ilan eden *Rorty*, *Wittgenstein*'ın bilim, felsefe, sanat ve inanç arasındaki farkı kaldıran sistematik çalışmalarından dolayı zamanımızın en zengin ve orijinal filozofu olarak nitelendirmektedir.[120] *Rorty* benimseyebileceği pragmatizmi en iyi temsil edeni, *Donald Davidson*'un *Dewey*'in bilginin temsil edilemezliğine ilişkin pragmatizmine, felsefi dilsel dönüşümü eklemiş halinde bulur.[121]

1989'da kaleme aldığı **"Contingency, Irony and Solidarity"** (Olumsallık, İroni ve Dayanışma)'yı ergenlik düşü olan kamusal adalet ile kişisel tutkuları birbirine feda etmeksizin yaşatmanın önerisi olarak sunar:

> *"Böylece entellektül hayat ile Platonik teşebbüsteki gerçeklik ve adaletin sağlanmasına tek bir vizyondan bakılması düşüncesini sona erdirmek istedim. 'Olumsallık, İroni ve Dayanışma'yı bu sebeple yazdım. Bu kitapta, Trotsky'nin eşitlik ve adalet anlayışı ile benim kişisel vahşi orkidelere olan tutkumun arasında bir bağ kurmamak düşüncesinden yola çıktım. Bir tarafta kişinin diğer insanlara karşı olan ahlaki sorumlulukları söz konusu iken, diğer tarafta kişisel olarak kalbiyle ve ruhuyla bağlı olduğu tutkuları söz konusuydu. Bu iki istek, bazı insanlarda örneğin kimi şanslı Hristiyanlarda Tanrı sevgisi ile insani oluşu ayrılabilir durumdaydı. Onlar bunu uzlaştırmak ihtiyacında değildi ve kimse de bunu yapmaya zorlanmamalıydı."*[122]

---

[119] R. Donovan, 1995, s:208

[120] N. Gross, 2008, s:23

[121] R. Rorty, 1990, s:5

[122] R. Rorty, 1992b, s:13

Felsefe ve Doğanın Aynası'nı "Batı filozoflarının moral ilgiyi, geleneksel felsefenin problemlerini tartışmaya devam etmek yerine, sohbeti/söyleşiyi devam ettirmeleri ile sağlayabileceğine inanıyorum" cümlesi ile bitiren *Rorty,* bu sohbetin/söyleşinin nasıl bir pratik ya da kamusal yararı olacağını açıklamadan kitabını bitirmiştir. *Rorty* için "ötekilerle konuşma" etik ilgidir. Diğer bir ifadeyle etik ilgi ancak ötekilerle konuşma, söyleşi, sohbet devam ettirilerek sürdürülebilir. *Rorty*, **Olumsallık, İroni ve Dayanışma**'da, **Felsefe ve Doğanın Aynası**'nda kaldığı yerden devam ettirerek, edifiye edici felsefenin sosyal ve politik önemini burada tartışır.[123] Pragmatik ironizmin, liberal taleplerle yenileneceğini söyler.[124] **Felsefe ve Doğanın Aynası**'nın "kurucu yerine terapik" önerisi için yazılmış olması gibi, **Olumsallık, İroni ve Dayanışma** da zihnin terapisi ile yazılmıştır. Argümantasyon yerine yeniden tanımlamayı önererek bu ikisi arasındaki farkı anlatır.[125]

1991'de yazdığı **"Objectivity, Relativism and Truth"** isimli kitabında pragmatizmin temeldenciliğe yönelik olan suçlamalarını açıklar. *Dewey*'in takipçisi olarak demokrasi ve entnosentrizm hakkındaki düşüncelerini anlatır.[126] Aynı yıl yayımladığı **"Essays on Heidegger and Others"**, taşıdığı ad gibi, *Heidegger, Freud, Habermas, Lyotard, Foucault* gibi kendisine öncül olarak gördüğü filozoflara

---

[123] Gander, Eric, **The Last Conceptual Revolution: A Critique of Richard Rorty's Politic's,** State University of New York Press, Albany, 1999, s:36-37

[124] N. Gross, 2008, s:23

[125] E. Gander, 1999, s:41

[126] Rorty, Richard, **Objectivity, Relativism, and Truth- Philosophical Papers**, 1991a

ilişkin, onları kendi söz dağarının[127] oluşumunda katkı sağlayan kimseler olarak tanımlaması nedeniyle kendi geçmişiyle girdiği "terapik" makalelerinin toplandığı kitabıdır.[128] 1998 tarihli **"Achieving Our Country"**de Amerikan solunun *Deweyci* bir pragmatizm ile, 20 yüzyılın başlarında merkezi rol oynayan "progressivism"e göre daha iyi ve daha kucaklanmaya değer olduğunu anlatır.[129] 1999 yılında **"The Philosophy and Social Hope"**ta pragmatist perspektiften etik, hukuk, eğitim ve inanç arasında bağ kurduğu yazıları yer alır.[130]

Rorty'nin kitaplarındaki ortak noktalar, anti-temeldencilik, kamusal özel ayrımı ve pragmatizmdir. Anti-temeldenciliği ile *Descartes, Locke* ve *Kant* üçlüsünün görüşleri üzerinde yükselen felsefi geleneği reddederken[131], kamusal özel ayrımında kişinin özel alanında ve kamusal alanında farklı ölçütlerle hareket etmesi

---

[127] Rorty, insanların inançlarını, eylemlerini ve yaşamlarını haklılaştırabilmek ve iletebilmek için kullandıkları ve kendilerine ait saydıkları bir dizi sözcük yığınına "söz dağarları" adını vermektedir.

Rorty, Richard, **Olumsallık, İroni ve Dayanışma**, Çev: Alev Türker, Mehmet Küçük , Ayrıntı Yay, İstanbul, 1995, s:113

[128] Rorty, Richard, **Essays on Heidegger and Others Philosophical Papers,** Cambridge University Press, 1991b

[129] Rorty, Richard , **Achieving Our Country-Leftist Thought in Twentieth Centry America**, Harvard University Press, 1998

[130] Rorty, Richard, **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999 Ayrıca N. Gross, 2008, s:25

[131] R. Rorty, 2006, s:9-10

öğüdünde bulunmaktadır.[132] *Rorty*, özel alanda kişiye, nihai söz dağarını sürekli yeniden gözden geçirmesi ve yenilemesi anlamında kullandığı "ironizm"i[133] önermekte, ama yıkıcı etkilerinden korktuğu bu tutumu kamusal için önermemektedir.[134] *Rorty*, kamusal meseleler için olan önerisi "pragmatizm"dir. *Rorty*'de kamusal tüm meselelerin çözüm zemini olarak ortaya çıkan pragmatizm *Rorty*'nin düşüncelerinin zemini ve arka planıdır. *Rorty*, pragmatizmi bir metod olarak sunar, tüm dünya algılayışını kapsamına alan bir metod.[135] Epistemoloji temelli etik anlayışının bilimsellik, belirlilik, kategoriklik, rasyonellik, mutlaklık ve evrensellik ölçütlerini reddeden *Rorty*, pragmatik etik anlayışını tamamlayan, hermeneutik,[136] irrasyonellik, görelilik,[137] bağlamsallık, tarihsellik, olumsallık, söz dağarları[138] gibi kavramlar getirir. Adalet anlayışı ise dayanışma olarak adalettir.[139] Yöntem olarak pragmatizmi öneren *Rorty*, adaleti gerçekleştirecek etik araçlar olarak

---

[132] Rorty, 1995, s:14-20

[133] age, s:16

[134] age, s:17

[135] Rorty,Richard, "Pragmatism, Relativism and Irrationalism", **Consequences of Pragmatism (Essays 1972-1980)** University of Minnesota, 1982, s:160-161

[136] Rorty, Richard**, Dinin Geleceği** , Vattimo,G.,Der:Santiago Zabala, Çev:Rahmi G.Öğdül, Ayrıntı Yay, İstanbul, 2009, s:11

[137] R. Rorty, 1982, s:166-169

[138] R. Rorty, 1995, s: 23-49

[139] Rorty, Richard, "Justice as a Larger Loyalty", Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon edited by, **Richard Rorty-Critical Dialogues,** Polity Press, Blackwell Publishers Inc., 2001, s:225

dayanışma, zalimliği en kötü şey sayan liberal kavramı ile edebileşmiş bir kültürü sunmaktadır.[140] *Rorty*'nin etiği antitemeldenci ve pragmatik, adalet anlayışı dayanışmacı ve hukuku ise formalizm karşıtı ve pragmatist hukuk olarak ortaya çıkmaktadır.[141]

A- Rorty'nin Pragmatizminin Özellikleri

1- Genel Olarak

Rorty kendi pragmatizminin en iyi anlatımını *Putnam*'ın ifadesinde, şeyleri "Tanrı'nın gözüyle" görme arayışından vazgeçişte bulmaktadır. Bunun anlamı nesnelerin insan ihtiyacı ve çıkarlarından bağımsız bir şekilde temsil etme arzusundan vazgeçiştir.[142]

Rorty pragmatizmi dikkatlerden kaçmış ikircikli bir düşünce olarak nitelendirir. Diğer taraftan da Amerikan kültürünün ana entelektüel geleneği olduğunu söyler. *Rorty*'e göre, geleceğimizi şimdimizden daha iyi yapmak için bugüne dek hiçbir yazar *James* ve *Dewey*'in ki kadar radikal öneriler getirmedikleri halde, pragmatizmin önemi yeteri kadar anlaşılamamamıştır.[143] *Rorty*'nin pragmatizmine katkı sağlayan düşünürler klasik öncü pragmatistler olan *James* ve *Dewey*'den başka *Wittgenstein, Heidegger, Kuhn, Davidson ve Gadamer*'dir.

[140] R. Rorty, 1995, s:14-20

[141] R. Rorty, 1994, s:105

[142] R. Rorty, 1990, s:2

[143] R. Rorty, 1982, s:161

Ayrıca, *Sellars, Quine, Putnam*, gibi analitik filozoflardan da faydalanmıştır. *Rorty, James* ve *Dewey*'in görüşlerini kendi ironist yaklaşımıyla yeniden şekillendirmeyi dener. Bunu yaparken, *Heidegger*'in "epistemolojik özcülük" karşıtı görüşlerinden, *Kuhn*'un "paradigma" anlayışından, ikinci dönem *Wittgeistein* ile *Davidson*'un "dil felsefesi"nden, *Gadamer*'in "hermeneutik"inden yararlanır.[144]

Rorty'nin, pragmatizmin bir teorisi olmadığını vurgulamasına karşın, merkezi önemde gördüğü bazı hususlar vardır. *Rorty*, pragmatizmini **"Pragmatism, Relativism and Irrationalism"** isimli makalesinde üç karakteristik başlık altında anlatır. Bunlar, anti-özcülük, bilim ile diğer kültür alanları arasındaki metodolojik farkın iptali, üçüncüsü ise hermeneutik'tir. [145]

Rorty'nin pragmatizme ait olduğunu söylediği ilk özellik, bilgi, dil, ahlak, gerçek gibi benzer felsefi teori objelerine dair duyulan kanılara uygulanan anti-özcülüktür. *Rorty* pragmatizmi birinci karakteristiğinde klasik pragmatizmle -*James* ve *Dewey'in* pragmatizmiyle-*Heidegger, Nietzche* ve ayrıca *Foucault, Derrida* gibi isimlerle de uyumludur. Bu nedenle ilk özellliğe ilişkin yazılarında *James* ve *Dewey*'i yorumlayarak okumaya ihtiyaç duymaz, fikirlerine olduğu gibi katılır.[146]

Pragmatizmin ikinci özelliği "gerçeğin ne olması gerektiği" ile "ne olduğuna dair gerçek" arasında epistemolojik farklılık, "gerçekler" ile "değerler"

[144] R. Rorty, 2006, s:15

[145] R. Rorty, 1982, s:160-166

[146] age, s:162

arasında metafiziksel farklılık, "ahlak" ile "bilim" arasında metodolojik bir farklılık olmamasıdır.[147]

Pragmatizmin ikinci özelliğinde *Rorty* hem klasik pragmatistlerden hem de ikinci özelliğe ilişkin argumanları ödünç aldığı isimlerin görüşlerinden farklılaşır. *Rorty, James, Dewey, Kuhn, Witgenstein, Davidson* ve *Gadamer*'in her birinden farklı kavramları ödünç alır. Ama sonra bu kavramların bir ayağını orjinal bağlamlarında bırakarak, diğer ayaklarını kendi bağlamında yeniden tanımlayarak kendi pragmatist anlatısını kurar.[148]

Rorty, pragmatizminin ikinci özelliğinde daha çok onun klasik pragmatislerden ayrıştığı noktalar ortaya çıkar. Klasik pragmatistlerde bilimin ve bilimsel metodun ayrıcalıklı bir yeri vardır. *Rorty, Kuhn*'un, bilimsel alan için öne sürdüğü "teori seçiminde kullanılabilir algoritma bulunmaması" ve paradigmaların "mukayese edilemezliği" argümanlarını tüm kültür alanına yaygınlaştırarak pragmatizmi bilimselliğe ve bilimsel metoda atfedilen ayrıcalıktan uzaklaştırır. Bu *Rorty* pragmatizmi ile klasik pragmatizmin ayrışmasında büyük bir hamledir. *Rorty* bu hamleyi gerçekleştirebilmek için, *Kuhn*'u tıpkı diğer pragmatistlere yapmış olduğu gibi kendine göre yorumlayarak okumuştur. *Kuhn* "mukayese edilemezlik" argümanını bilime ait eski ve yeni paradigmalar için kullanmışken, *Rorty* aynı argümanı bilim,

[147] R. Rorty, 1982, s:163

[148] G. Gutting, 1999, s:19

ahlak, sanat, edebiyat, din gibi insan üretimi tüm kültür alanlarının kullanıma sunulmuş ayrı paradigmalar olarak mukayese edilemezliği olarak kullanır.[149]

Rorty'nin *Kuhn*'un eski bilim ve yeni bilim için kullandığı "paradigmaların mukayese edilemezliği" argümanını tüm kültür alanına genişletmiş olması onun dil felsefesi alanına dahil oluşuyla ilgilidir. 20. yüzyılda başlayan dil felsefesi akımına göre, "dil" gerek tüm kültür alanları gerek özne gerekse deneyimin oluşum yeridir. Ancak *Rorty*, bir tür metafiziksel yeni bir zemin olarak algılandığı bu tür bir felsefe anlayışını da reddederek, dilin metaforları aracılığla hayatı yeniden yaratmaya yönelik olumsal bir araç olarak görüldüğü *Davidson*'ın ve *Wittgenstein*'ın ikinci dönem görüşlerini esas alır. Böylece *Rorty*'nin klasik pragmatistlerden ayrıldığı bir nokta daha ortaya çıkar. *James* ve *Dewey*'deki dönüştürücü güç olan "deneyim" vurgusu *Rorty*'nin dil felsefesine dahil oluşu ile "dil"e dönüşmüştür. *Rorty*'e göre dilde metaforlar yaratılması ve yeni dil formlarının icadı var olan dil anlayışının doğurduğu problemlerden kurtulmanın bir aracıdır.[150]

Rorty pragmatizmin üçüncü özelliği ilk ikisinin sonucudur; "Kısacası pragmatist görüşe göre önemli olan, bizim hayatı doğru bir şekile dönüştürmeye olan umudumuz değil, diğer insanlarla karanlığa karşı bir olmaktır."[151] *Rorty, Kant* felsefesinden kaynaklanan geleneğe karşı çıkan ve daha popüler olan *Nietzche* ya da *Heidegger* yerine *James* ve *Dewey*'i tercih etmektedir. Çünkü *Nietzche* ya da

---

[149] G. Gutting, 1999, s:19

[150] R. Donovan, 1995, s:208

[151] G. Gutting, 1999, s:166

Heidegger'in aksine *James* ve *Dewey*'in sosyal değişim umuduyla yazarlar. *Rorty*'e göre, *James* ve *Dewey*, uygarlığın özgürleştirilmesi ve sosyal umut amacıyla gerçek, ahlak ve bilgi hakkında söyleyecek sözleri olan, ama teorileri olmayan düşünürlerdir.[152]

Rorty pragmatizminin üçüncü özelliğine *Gadame*r'in hermeneuik anlayışı damgasını vurur. Birinci özellikte, kartezyen geleneğin özcü ayrıcalıklar anlayışını iptal eden *Rorty*, ikincide tüm kültür kurumlarına geçerlik tanımıştır. Postmodern filozoflar *Derrida, Lyotard* ve *Foucault* gibileri eleştirmekte olan *Rorty*'ye göre her şeye geçerlik tanıyıp kritiği burada durdurmak sosyal alan için yıkıcı sonuçlar doğurma riskini taşımaktadır. Sosyal umudu korumak için, bu farklı kültür alanlarının birbiriyle diyaloğu gerektirğini bildiren *Rorty*, bu diyalog imkanını "ufukların kaynaşması" nosyonu ile *Gadamer*'in hermeneutik kavramında bulur.[153]

Rorty'nin pragmatizmininin yanı sıra birey anlayışı felsefesinin en önemli unsurlarındandır. *Rorty*'nin düşündüğü türden bir toplum için o toplumun üyesi olan bireyin bir takım özellikleri olmalıdır. Bu nedenle *Rorty*'nin felsefesini daha iyi anlayabilmek için pragmatizminin özellikleri incelendikten sonra *Rorty*'nin birey tasarımı incelenecektir.

[152] G. Gutting, 1999, s:162

[153] R. Rorty, 2006, s: 366

2- **Rorty Pragmatizminin Birinci Özelliği (Antitemeldencilik)**

Rorty, modern felsefenin diğer tüm kültür alanlarının üzerinde temellendiği kültürüstü bir yapı olduğunu düşünmektedir. Bu temel yapıyı geçersiz kılmak diğer tüm kültür yapılarını gerekçesiz kılacağından, *Rorty*'e göre, ilk yapılması gereken modern felsefi temelleri geçersiz kılmaktır. [154]

Rorty'nin modern felsefi geleneğe eleştirilerinin çıkış noktasını epistemoloji oluşturur. "Epistemoloji merkezli", "kartezyen", "temsilci", "temel arayıcı/özcü" gibi sıfatlarla nitelendirdiği "modern felsefe"nin kökeninde *Rorty*'e göre, temsil epistemolojisi yatmaktadır.[155]

Felsefe ve Doğanın Aynası isimli kitabında bu konuyu - temsil epistemolojisini- ele alır. Buna göre, modern filozoflarca bilgi "dış dünyanın zihin tarafından bir ayna gibi yansıtılması" olarak kavramlaştırılmaktadır.

> *"Geleneksel felsefeyi tutsak alan resim – bazıları tam ve kusursuz bazıları kusurlu- çok çeşitli temsiller ihtiva eden, emprik olmayan saf yöntemlerle araştırılmaya elverişli bir büyük ayna olarak zihin resmidir." [156]*

Rorty **Felsefe ve Doğanın Aynası**'nda felsefenin tüm kültür üzerinde kendine verdiği "kurucu" rolünü elinden almaya çalışmıştır. Bunu ise, 17. ve 18. yüzyıl filozoflarının devraldıkları "metaforlar" etrafında nasıl felsefe yaptıklarını

[154] E. Gander, 1999, s:20-23

[155] R. Rorty, 2006, s:144

[156] age, s:18

gösterme yöntemiyle gerçekleştirmiştir.[157] Bu kitabının amacını, okuyucunun hakkında "felsefi" bir görüşe sahip olunması gereken bir şey olarak "zihin"e, hakkında bir "teori" bulunması gereken ve "temeller"e sahip bir şey olarak "bilgi"ye ve *Kant*'tan bu yana anlaşılmış olduğu şekliyle "felsefe"ye beslediği güvenin altını oymak olarak belirler.[158]

Rorty'e göre bu epistemolojik temellendirme kökenli modern/kartezyen felsefenin yapı taşları, *Decartes*'dan zihin kavramı, *Locke*'dan bilgi teorisi ve son olarak *Kant*'tan da saf akıl kavramıdır.[159]

Rorty epistemoloji olarak felsefenin modern dönemde kendi kesinliğini kazanma sürecini şöyle özetler: [160]

> *"1- Öncelikle Descartes'ın zihni icat etmesi –inançları ve duyumları Lockeçu idelerle birleştirmesi- filozoflara dayanacakları yeni bir temel sağlamıştır. Kadim filozofların kanaat sahibi oldukları konuları 'önceleyen' ve içinde sadece kanaate karşılık olarak kesinliğin mümkün olduğu bir araştırma alanı elde edilmiştir.*
>
> *2- Locke, Descartes'ın yeni bir biçimde icat ettiği zihni, bir 'insan biliminin' –doğa felsefesine karşıt olarak moral felsefenin- inceleme nesnesi haline getirmiştir. Locke bunu, 'iç mekan' ile Newton'un parçacık mekaniği arasında kurulacak analojinin, 'düşüncelerimizi başka şeylerin araştırılmasına yönlendirmede büyük avantaj sağladığını' ve 'anlama yetimizin*

[157] Rorty, Richard, "Philosophy as Science, as Metaphor, and as Politics", **Essays on Heidegger and Others Philosophical Papers** V:2 , Cambridge University Press , 1991f, s:13

[158] R.Rorty, 1991f, s:15

[159] F. G. Kaya, 2006, s:xxvii, xix, xxiii

[160] R. Rorty, 2006, s:144-145

hangi tür nesnelerle ilgilenmeye uygun hangileriyle ilgilenmeye uygun olmadığını görmemize' imkan sağladığını karışık bir şekilde düşünmek suretiyle yapmıştır.

Fakat bu proje kendi-bilincine ulaşmadan önce, onu emprik olmayan bir proje haline getirmenin bir yolu bulunmalıdır. Bu proje fizyolojik keşiflerden bağımsız ve zorunlu hakikatler yaratmaya muktedir bir masa başı refleksiyon sorunu olmak durumundadır. Locke yeni araştırma mekanına –yeni icat edilen Kartezyen zihnin işleyiş düzenine- sahip olmasına rağmen, Kartezyen kesinliği elinde tutmaya muktedir değildir. Locke'un 'sensualizmi' henüz bilimlerin 'bilimlerin kraliçesinden' boşalan yeri dolduracak uygun namzet değildir.

3- Kant, önce dış mekanı iç mekan içinde bir yere yerleştirerek, sonra da iç mekana ait Kartezyen kesinliğin daha evvel dışta olduğu düşünülen mekanın yasaları için de geçerli olduğunu iddia ederek, felsefeyi bilimin emin yoluna sokar. Böylece yalnızca kendi düşüncelerimiz hakkında kesinliğe sahip olabileceğimiz şeklindeki Kartezyen iddiayı, düşünce gibi görünmeyen şey hakkında zaten önceden kesinliğe –a priori bilgi- sahip olduğumuz olgusuyla uzlaştırır. Bu Kopernikçi devrim, objeler hakkında yalnızca, eğer onları bizatihi biz 'kuruyorsak', a priori bilgiye sahip olabileceğimiz nosyonuna dayanmaktadır ve Kant hiçbir zaman bu 'kurucu aktivitelerin' apodiktik bilgisine nasıl sahip olduğumuz sorusundan dolayı sıkıntıya düşmemiştir; çünkü Kartezyen ayrıcalıklı nüfuz hakkının bunu garanti altına aldığı varsayılmıştır. Kant 'Locke'un insanın anlama yetisinin fizyolojisi'nin yerine 'transcendental psikolojinin mitik öznesi'ni ikame eder etmez, bir disiplin olarak epistemoloji rüştünü ispat etmiştir." [161]

Rorty'nin epistemoloji olarak felsefenin kurulmasında bu adımları analitik olarak incelemesindeki amacı bu adımların, modern felsefi iddianın aksine "gerçekliğe ait bir bilgisel temel/öz", niteliğinde olmaktan çok, ait oldukları tarihsel ve düşünsel aşamadaki söz dağarlarının eseri olarak ortaya çıktıklarını göstermektir.[162] *Rorty* için epistemolojinin, yani geçen yüzyıldan bu yana anlaşıldığı

[161] R. Rorty, 2006, s:145

[162] E. Gander, 1999, s:27-28

şekliyle, felsefenin tercihe bağlı olarak ortaya çıkışını[163] **Felsefe ve Doğanın Aynası'**nın çevirmeni *Funda Kaya*, kitaba yazdığı giriş bölümünde şöyle özetler:

> *"Rorty'ye göre, bilginin temellere sahip olması gereken bir şey olduğu anlayışı atalarımızın algı metaforlarının tercihlerinin sonucudur.... Bu ayrıcalıklı temeller bilginin temelleri olacaktır ve bizi bu temellere götüren disiplin -bilgi teorisi- kültürün temeli olacaktır..... Epistemoloji –olarak- felsefe içinde bilgi, hayat ve kültürü ihtiva etmesi gereken değişmez yapılar –incelediği ayrıcalıklı temsiller tarafından yerleştirilen yapılar- arayışı olacaktır.*[164]

Geleneksel felsefe, tıpkı doğa bilimlerindeki temsil anlayışını, yani doğanın kendine ait bir dili olduğu ve bilimin kendine özgü problem çözücü araçlarla (akıl ve mantık) bu dili anladığı varsayımını örnek alarak matematik gibi analitik bir forma girmiştir. Oysa *Rorty*'e göre doğanın dili yoktur, yalnızca insanlar dil sahibidir ve kullanılacak dile karar verenler de insanlar ve insan ihtiyaçlarıdır.[165]

Nietzsche, *Heidegger*, *James* ve *Dewey*'le, birlikte epistemolojinin artık terkedilebileceğinin müjdesinin verildiğini düşünmekte[166] olan *Rorty*'e göre, insan ihtiyaçlarıyla ilgilenmeyen biri epistemolojiye ya da bir gerçek "teorisi"ne ihtiyaç dahi duymayacaktır. Ancak insan ihtiyaçları için epistemolojiye bakmak ve bir gerçek teorisi aramak yanlış bir tercihtir. Çünkü insanın gerçek hakkında işe yarar bir

---

[163] R. Rorty, 1991f, s:12

[164] F.G. Kaya, "Giriş", s:xxvı

[165] R. Rorty, 1995, s:27

[166] R. Rorty, 1982, s:165

şeyler bulabilmesi için teorinin ve düşüncenin değil, pratiğin ve eylemin söz dağarıyla ilgilenmesi gerektiği düşüncesinde olan *Rorty* için "gerçek" dışarıda epistemolojik olarak keşfolunmayı bekleyen değil, insanın oluşumuna katkı sağladığı bir şeydir. [167]

İlk iş olarak, modern felsefenin *Descartes, Locke* ve *Kant* üçlüsünün mimarı olduğu[168] "dış dünyanın zihin tarafından bir ayna gibi yansıtılmasıyla" yani temsil epistemolojisi ile gerçek hakkında bilgiye ulaşılabileceği ve bu bilginin de diğer kültür alanları için temel olarak kullanılabileceği düşüncesini geçersiz kılan *Rorty*[169], pragmatist anlayıştaki gerçeğin bizzat insan eliyle yaratıldığı iddiasını benimsemiştir.[170] İnsan eliyle yaratılan gerçeğin ise temel olabilecek objektif bilgisine sahip olunabilmesi mümkün değildir. *Rorty*'e göre, pragmatizm basitçe "gerçek, dil, bilgi, ahlak ve bunlar gibi felsefi teorileştirmenin nesnelerine" uygulanmış anti-özcülüktür. Bu nedenle *Rorty* pragmatizmin ilk özelliği, kendisinin ifade ettiği çeşitli türde sözcüklerle anti-özcülük, anti-temeldencilik, anti-kartezyenizm, epistemoloji karşıtlığıdır. [171]

---

[167] R. Rorty, 1982 , s:162

[168] R. Rorty, 2006 , s:145

[169] age, s:18

[170]Rorty, Richard, "Relativism: Finding and Making", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999a, s: xvii

[171] R. Rorty, 1982, s:162

3- Rorty Pragmatizminin İkinci Özelliği (Kültür Alanları Arasındaki Metodolojik Farkın İptali)

Rorty pragmatizminin ikinci özelliği "gerçeğin ne olması gerektiği" ile "gerçeğin neye dair olduğu" arasında epistemolojik farklılık, "gerçekler" ile "değerler" arasında metafiziksel farklılık, "ahlak" ile "bilim" arasında metodolojik bir farklılık olmamasıdır.[172]

Rorty, pragmatistler için, bilim olsun ahlak olsun her tür alandaki araştırmanın amacının ve alanının çeşitli alternatiflerin çekicilikleri arasında bir kafa yorma olduğunu düşünür.[173] Bu düşüncesini örneklendirerek şöyle açıklar:

> *"Biz daha çok şunu bilmek isteriz; Pasteur'un hastalıklar hakkındaki görüşleri dünyayı nasıl iyi resmetti de, Paracelsus'unkiler edemedi. Ya da Marx neyi Machiavelli'den iyi resmetti bunu bilmek isteriz. Tekil cümlelerden, söz dağarlarından ve teorilerden bahsetmeye başladığımızda ise kritik terminoloji istediğimize yararlı uyumlu ve benzerliğe doğru kayar. 'Gerektiği gibi analiz edilmiş cümlelerin parçaları öyle bir şekilde düzenlenmiştir ki, onlarla eşleşen dünyanın parçaları ile eşbiçimdedirler.' ifadesi ancak şöyle inandırıcı olabilir: mesela 'Jupiter'in uydusu vardır' 'Dünya Güneşin etrafında döner' daha az inandırıcıdır. 'Doğal hareket diye bir şey yoktur' biraz daha az. Ve 'evren sonsuzdur' ise hiç inandırıcı değildir. Biz -son söylediğim tarzdaki- iddiaları övmek ya da suçlamak istediğimizde, onu öne sürme kararının bütün bir hangi terminolojinin kullanılması konusundaki kararlar kümesinin içinde nasıl durduğunu, hangi kitapların okunması gerektiğini, nasıl bir hayat yaşanması gerektiğini göstereriz. Bu açıdan bunlar 'Aşk tek kuraldır' ya da 'Tarih sınıf savaşının hikayesidir' gibi bir önermeyi andırırlar. Bunda da bütün eşbiçimlilik söz dağarları, resimleme ve*

[172] R. Rorty, 1982 , s:163

[173] age, s:164

haritalama manasızlaşır, nesnelerin doğrusu fikrinde olduğu gibi."[174]

Rorty, Kuhn'un, bilimsel alan için öne sürdüğü "teori seçiminde kullanılabilir algoritma bulunmaması" ve paradigmaların "mukayese edilemezliği" argümanlarını tüm kültür alanına yaygınlaştırarak pragmatizmi bilimselliğe ve bilimsel metoda atfedilen ayrıcalıktan uzaklaştırmaya çalışır. *Kuhn*'un görüşü *Rorty*'nin amacıyla iki açıdan uyumludur. Birincisi, *Kuhn* bilimsel anlaşmaların çözümü için paylaşılan bir epistemolojik çerçevenin gerekli olduğuna karşı çıkar. Bu *Kuhn*'un mukayese edilemezliğe ilişkin doktrinidir. İkincisi *Kuhn* bilimsel toplulukta kabul edilmiş nihai bilimsel anlaşma üzerinde durur. Bu görüşler *Rorty*'e sosyal pratikte (iletişim) konuşmanın birincil önemini verir. *Rorty*'nin görüşü *Kuhn*'un doğal bilimler için söylediklerini insan bilgisinin tüm alanlarına genişletmektir. Bu *Rorty* pragmatizmi ile klasik pragmatizmin ayrışmasındaki en büyük hamledir. *Rorty* söz konusu hamleyi gerçekleştirebilmek için, *Kuhn*'u da tıpkı diğer pragmatistlere yapmış olduğu gibi kendine göre yorumlayarak okumuştur. *Kuhn* "mukayese edilemezlik" argümanını bilime ait eski ve yeni paradigmalar için kullanmışken, *Rorty* aynı argümanı bilim, ahlak, sanat, edebiyat, din gibi insan üretimi tüm kültür alanlarının kullanıma sunulmuş ayrı paradigmalar olarak mukayese edilemezliği olarak kullanır.[175]

---

[174] R. Rorty, 1982, s:163

[175] G. Gutting, 1999, s:19

> *"Biz, bilim ile din, bilim ile politika, bilim ile sanat, bilim ile felsefe ve benzeri şeyler arasında keskin ayrımlar yapmanın önemiyle ilgili üç yüzyıllık bir retoriğin varisleriyiz. Avrupa kültürünü bu retorik şekillendirdi. O bizi bugün neysek o yaptı. Epistemoloji ya da bilim tarihi yazımı içinde bu retoriği savunmak konusunda pek az zihni karışıklık olduğu için şanslıyız. Fakat bu ayrımlara bağlılığımızı ilan etmek, onları benimsemek için 'objektif' ve 'rasyonel' standartların bulunduğunu söylemek anlamına gelmez. Deyim yerindeyse, tartışmayı, Galileo kazandı ve biz tümüyle 'modern felsefenin' bu zaferin sonucu olarak geliştirdiği ortak bir alakalı-alakasız 'şebeke' temeli üzerinde duruyoruz."*[176]

Rorty'e göre, geleneksel felsefeciler bilimi paradigmatik insan faaliyeti olarak kabul etmekte ve doğa biliminin hakikatı yaratmaktan ziyade keşfettiğini düşünmektedirler. Politika ve sanatı ise "hakikat" kavramının yerinin olmadığı alanlar olarak görmektedirler.[177] *Rorty Kuhn*'un bizlere "normal" ve "normal olmayan" söylemler içinde vuku bulan şey arasında, olduğundan daha derin bir farklılığın bulunmadığını söylemek için nedenler sağladığını düşünmektedir. Bilim ve bilim olmayan arasındaki ayrım artık aşılmalıdır.[178]

Bundan sonraki hamlede *Rorty*, çeşitli kültürel enstrümanların mukayese edilemezliği iddiasını dilsel alana taşır. Sosyal bilimlerde 20 yüzyılda gerçekleşen dilsel dönüşümün *Davidson* kanadını benimseyen *Rorty* için kültürün ve insan edimlerinin zemini olan dilde metaforlar aracılığla yapılacak yeni keşif, icat ve yaratımlar aracılığla kültürü ve insan yaşamını yenilemek ve böylece eski dilin neden olduğu problemlerden kurtulmak

[176] R. Rorty, 2006, s:337

[177] R. Rorty, 1995, s:24

[178] R. Rorty, 2006, s:339

mümkündür. *Rorty* bunu "dilin olumsallığı" olarak nitelendirmiştir. Böylece *Rorty*, klasik pragmatizmi *Kuhn*'un ve *Davidson*'nun argümanlarıyla yeniden düzenler. Bu düzenleme uyarınca *Rorty*'e göre bilim, din, sanat, edebiyat vb. insanlığın dil üzerinden ürettiği çeşitli kültürel varlık alanlarıdır. Bunlar birbiriyle mukayese edilemez, hiçbirinin bir diğerine üstünlüğü iddia edilemez. Mevcut problemlerden kurtulmanın yolu bu kültürel varlık alanını yenilemektir. Bu yenilenme ise ancak dilde olabilir. Dildeki yeni yaratımlarla bu kültürel varlık alanları da yenilenebilecektir. Böylece *Kuhn'*un ve *Davison*'nun argümanlarıyla klasik pragmatizmi yeniden düzenleyen *Rorty*'e göre, problemleri aşmak ancak, dilde yapılacak yaratımlarla çeşitli kültür alanlarının yenilenmesiyle mümkündür.[179]

4- Rorty Pragmatizminin Üçüncü Özelliği (Hermeneutik)

Rorty Pragmatizmin üçüncü özelliği ilk ikisinin sonucu olarak ortaya çıkar.[180] *Rorty*, pragmatizminin birinci özelliğinde, epistemolojik temellendirme anlayışından kurtulmamız gereğinden bahsetmiş, ikinci özelliğinde bilim ile diğer kültür edimleri arasındaki farkı iptal ederek, dilde yeni metaforlar yaratarak ve farklı dil oyunları oynanarak faydalılık bakımından birbiriyle yarış halinde olan yeni kültürel paradigmalar üretilmesi görüşünü öne sürmüştür.[181]

---

[179] R. Rorty, 1995, s:23-49

[180] R. Rorty, 1982, s:166

[181] age, s:160-166

Rorty pragmatizminin üçüncü özelliğini ise *Gadamer*'in bildung kavramı ve hermeneutik anlayışından yararlanarak geliştirir. *Gadamer*'in bildung kavramı *Rorty*'de epistemolojideki bilginin yerine geçen "ironist"in gerçekleştireceği "edifiye" edici eylem olarak ortaya çıkar.[182] Bildung, *Gadamer*'in "önyargı", "anlam" ve "tarihsel ufuk" anlayışının bir sonucudur. *Rorty*'nin *Hegel*'in tarihsellik anlayışını ve *Heidegger*'in epistemoloji geleneğine olan eleştirisini benimsemektedir.[183] *Gadamer*'in bu anılan kavramları ise zaten, *Hegel*'in tarihsellik anlayışıyla *Heidegger*'in ontolojisinin bazı unsurlarının birleşmesiyle ortaya çıkmıştır.[184] *Gadamer*'den devraldığı Bildung *Rorty*'de gelenekten, tarihsel ufuktan

---

[182] R. Rorty, 2006, s:366

[183] R. Rorty, 1995, s:321; "Hegel, eski yavan sözleri korumak ve onların tutarlı olmalarına yardımcı olacak ayrımlar yapmak yerine sürekli olarak eski yavan sözlerin içerisinde ifade edildikleri sözcük dağarını değiştirdi. Felsefi teoriler inşa etmek ve onları savunmak yerine sözcük dağarlarını ve böylece konuyu sürekli değiştirerek argümandan kaçındı. Hegel, teoride olmasa bile pratikte, şeyleri yeni kılma düşüncesinin lehine hakikate ulaşma düşüncesinden vazgeçti. Hegel'in öncellerine yönelik eleştirisi onların önermelerinin yanlış olduğu değil, dillerinin eskimiş olduğu yönündeydi. Genç Hegel bu türden eleştiriyi icat ederek Platon-Kant ardışıklığından koptu ve Nietzsche, Heidegger ve Derrida'da devam ettirilen bir ironist felsefe geleneği başlattı. Bu insanlar başarılarını hakikatle olan ilişkilerinden ziyade öncelleriyle olan ilişkilerinden hareketle tanımlayan felsefecilerdir".

[184] Yücel, Dursun, "Gadamer'in Hakikat Anlayışının İki Kaynağı ve Hermeneutik'in Görevi", **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21 / Sayı: 1,

gelen söz dağarlarının gözden geçirilerek üzerinde düşünülmesinde, irdelenmesinde ve ayrıca farklı toplumların söz dağarlarının karşılaşmasıyla benliğin oluşumunu ya da insanın zihni ve ahlaki gelişimini sağlayan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır.[185]

Rorty'nin pragmatizminin ilk iki özelliği kamusal alanda *Rorty*'nin de istemeyeceği bir takım sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Birinci özellikteki anti-temeldencilik, kararverilemezlik, nihilizm gibi sonuçlar doğurabilecektir. Aynı şekilde -*Rorty*'nin ikinci özellikte önerdiği üzere- birbiriyle *Kuhn*'un "mukayese edilemezlik"le yarışan kültürel paradigmalar çoğaldığında, artık elimizde epistemolojik ölçüt de bulunmayacağından bu paradigmalar arasında çatışma doğabilecektir. Ancak *Rorty*'nin önerdiği *Gadamer*'in hermeneutik yaklaşımı, hem çağdaş sosyal bilimlerin büyük bölümünde var olan objektivizminden kaçmayı başarabilmekte hem de, postmodernlerin eserlerinde yer alan ve nihilizm olarak tanımlanabilecek problemle yüklü olmaktan da kendisini kurtarabilmektedir[186] *Rorty*, birinci ve ikinci özelliğinden doğabilecek sakıncaları üçüncü özelliğinde önerdiği *Gadamer*'in hermeneutiğiyle aşmaya çalışır.[187] *Rorty* için *Gadamer*, farklı kültürler

---

2004, s:219-230 , "Ancak, Rorty'nin Gadamer'de Heidegger'den geçen anti-epistemolojik duruşu benimsediği söylenebilse de aynı şey ontolojisi için söylenemez. Rorty, Gadamer'de de diğer filozoflarda olduğu gibi genel stratejisine uygun olarak kendi anlatısına uygun düşen bazı düşünce ve kavramları benimsemiştir."

[185] R. Rorty, G.Vattimo, 2009, s:15

[186] Hekman, Suzan, **Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik**, Paradigma Yay, İstanbul, 1999, s:121

[187] age, s:171

ve farklı zamanlar arası iletişimin bir Arşimedvari objektiflik noktası olmaksızın da mümkün olabileceğini göstermesi nedeniyle önemlidir. *Gadamer* Aydınlanmanın-pozitivist doğruluk ve bilgi anlayışına meydan okuyan, ama aynı zamanda da objektivist olmayan bir yöntem önerisinde bulunmaktadır.[188]

Kültürül alanda yeniden ve yeniden yapılacak tanımlamalarla birbiriyle yarış halindeki çok sayıdaki seçimlik söz dağarları arasında *Rorty*, felsefeye "kurucu" rolünü bırakıp, başka bir rol önerisinde bulunur; hermeneutik konuşma olarak edifiye edici felsefe.[189] Felsefe kurucu olmaktan çok terapik bir görev üstlenmelidir. "Terapi" *Rorty*'e göre, kurulmuş argümantasyon sürecinin gözden geçirilmesi, farklı söz dağarları ile yeniden tanımlanması girişimidir. Söz dağarlarının metaforların seçimlik olduğu açığa çıkarıldıktan sonra, kültürün ihtiyacı olan şey terapik bir felsefe anlayışıdır.[190] Felsefe, çok sayıdaki bu söz dağarlarının, sohbet formunda konuşma, söyleşi yoluyla, birbiriyle –uzlaşmasının değil- temas halinde olmasının zemini olmalıdır. *Rorty*, gerçekliğin bilim ya da matematikte olduğu gibi yalnızca, bir takım kategorik terimlerle önceden belirlenmiş zihin bakışı ile anlaşılabilecek bir şey olduğu yolundaki düşünüşü durdurmak istemektedir. Felsefeyi kurucu değil de, terapik bir uğraş olarak gördüğümüzde yalnızca bilimin değil, sanat, politika, etik, inanç gibi diğer insan kurumlarının da bize dünyayla başa çıkmada alternatif araçlar sunduğu daha iyi görülebilecektir. *Rorty*'nin felsefesinin en çok yoğunlaştığı husus,

[188] S.Hekman, 1999, s:121

[189] E. Gander, 1999, s:25

[190] age, s:26-27

dünya ile başa çıkmanın en iyi yolu ötekilerle konuşma halinde olma halinde olmasıdır.[191]

B- Rorty'nin Ütopyasında Bireyin Rolü

Rorty'nin ütopyası, zalimliği en kötü şey sayan liberal ironistlerden oluşan bir toplumda dayanışmanın artması ve böylece liberal toplumun evrenselleşmesidir.[192] *Rorty*'e göre dayanışma da tıpkı diğer kültür ürünleri gibi keşfedilen bir şey değil, tam aksine yaratılan bir şeydir. Dayanışma doğada ya da insanın özünde var olup da açığa çıkarılan bir şey değildir. Dayanışma insan üretimi, insan yaratımı, insanın tarihsel kültürünün bir parçasıdır.[193] *Rorty*'e göre dayanışmanın artacağı kamusal düzenin ilk koşulu bireylerinin ironist olmasıdır:

> *"...benim liberal ütopyamın yurttaşları kendi ahlâki tartışmalarının dilinin ve böylece vicdanlarının ve cemaatlerinin olumsallığı duygusuna sahip insanlar olacaktır. Bu insanlar liberal ironistler olacaktır."*[194]

Rorty, "ironist" terimini kendisinin en merkezi inançlarının ve arzularının olumsallığıyla yüzyüze gelebilen kişiyi –bu merkezi inançların ve arzuların zamanın

---

[191] E. Gander, 1999, s:29

[192] Critchley, Simon,"Yapıbozum ve Pragmatizm;Derrida Özel İronist mi?, Yoksa Kamusal Liberal mi?", Çev:Birkan, Tuncay, **Yapıbozum ve Pragmatizm** , Sarmal Yay, İstanbul, 1998, s:43

[193] R.Rorty, 1995, s:270

[194] age, s:100

ve tesadüfün ötesinde yer alan bir şeylere gönderme yaptığı düşüncesinden vazgeçmeye yetecek denli tarihselliği benimsemiş ve nominalist olan bir kişiyi-adlandırmak için kullanır.[195] İronist, diğer sözcük dağarlarından, karşılaştığı insanların nihai kabul ettiği sözcük dağarlarından etkilenmiş olmasından ötürü kendisinin halihazırda kullanmakta olduğu nihai sözcük dağarından kuşku duyar.[196] *Rorty*, insanların inançlarını, eylemlerini ve yaşamlarını haklılaştırabilmek ve iletebilmek için kullandıkları ve kendilerine ait saydıkları bir dizi sözcük yığınına "söz dağarları" adını vermektedir.[197]Ayrıca ironist kendisinin şimdiki sözcük dağarı içerisinde ifade edilen argümanın kuşkularını ne garantileyeceğinin ne de dağıtacağının farkındadır. Kendi sözcük dağarının gerçekliğe başkalarınınkinden daha yakın olduğunu ve kendisine ait olmayan bir güçle ilişki içinde olduğunu düşünemez. Yani bir "mutlak"a ya da "hakikat"e ulaşma iddiasında değildir. Hiçbir şeyin gerçek bir özü olmadığını düşünen ironist hem başkalarının hem de kendi sözcük dağarına şüpheci yaklaşır. Belli bir dönemdeki sözcük dağarında "bilimsel", "rasyonel", "adil" vb kavramları anlamaya yönelik çalışmaların kendisini bir dil oyununun ötesine götürmeyeceğinin farkındadır. İronist kendi sözcük dağarını sorgulama yoluyla tüm genel tanımlamalardan arındırarak kendine has bir sözcük dağarı bulmaya çalışır.[198] Bunu yaparken kendisine ve topluma bir metod, bir platform ya da bir rasyonel sağlama uğraşısında değildir, amacı sadece özerkliktir. İronistin başarısını ölçmek için başvurabileceği tek ölçüt geçmişi

---

[195] R.Rorty, 1995, s:17

[196] age, s:114

[197] age, s:113

[198] age, s:114

ona sadık kalmaksızın kendi terimleriyle ne ölçüde yeniden tanımlamış olduğudur.[199]

Rorty'nin toplumu, geçmişten ödünç aldığı söz dağarlarını sorgulayarak, kendi olumsal söz dağarlarını kendisi üreten, ama bu söz dağarlarının kamusalda mutlaklık talebinde bulunulamayacak kadar değişime ve yenilenmeye mahkum olduğunu bilen, bunu bildiği halde bu girişiminden vazgeçemeyen "liberal ironist"lerden oluşan bir toplumdur.[200]

Bireyden dayanışma için ikinci koşul olarak "zalimliği en kötü şey sayan liberal" olmasını istemekte olan *Rorty* bu ifadeyi *Judith Shklar*'dan duymuş, beğenmiş ve benimsemiştir.[201] *Rorty*, zalimlikten ne anladığını **"Priority of Democracy to Philosophy"** isimli makalesinde anlatır.[202] Zalimliği fiziksel ve fiziksel olmayan acılar için kullanmakta olan *Rorty*, kavramı mümkün olan en geniş anlamıyla almakta, yalnızca fiziksel değil, fiziksel olmayan, diğer insanlar üzerinde baskı, zulüm hissine neden olabilecek her türlü insan edimi olarak tanımlamaktadır.[203] Böylece *Rorty*'nin *Shklar'*dan alarak geliştirmiş olduğu zalimlikten kaçınma tanımı, yalnızca fiziksel acı, endişe ve korku vermekten değil,

---

[199] R.Rorty, 1995, s:146

[200] age, s:146

[201] age, s:17

[202] Rorty, Richard, "Priority of Democracy to Philosophy", **Objectivity, Relativism and Truth** , Cambridge University Press, USA, 1991d, s:175-196

[203] E. Gander, 1999, s:64

aynı zamanda psikolojik, epistemolojik vb. her türlü baskı uygulamaktan da kaçınma anlamını durumlarını da kapsamına almaktadır.[204]

Rorty'e göre, zalimlikten kaçınmak toplumda her bireye saygı göstermek, diğer bir deyişle, her kişinin nihai söz dağarına iyi ya da kötü olarak kabul etmemekle, diğerinin arzularının, inançlarının bir ifadesi olan söz dağarını küçümsememekle mümkün olur.[205] Bu durumda eğer birinin nihai söz dağarı "özcü" ve "metafizik" yüklü ise ötekini küçümsememek anlamıyla zalimlikten nadiren kaçınıyor demektir. Bu durumda zalimlikten kaçınmak, kişinin ironist olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, temelci bir söz dağarı daha başlangıçta kendi dışındakini yadsıdığından zalimliğe adaydır. *Rorty* için nihai söz dağarı yalıtılmış bir bütünlüğe ait olmamalı, sadece konuşma başlatıcı ve geliştirici olmalıdır.[206] Bu tür bir zalimlikten kaçınma, hem ötekinin söz dağarını hermeneutik sohbet içinde aktarmasına izin vermek hem de kendinin tüm benliğini ifşaya hazır olmayı gerektirmektedir.[207]

Böylece *Rorty*'e göre, liberal ütopyasına ulaştıracak olan dayanışmanın öncelikli koşulu, kendinin ve diğer bireylerin ironisini kabul etmektir. Toplumdaki biz anlayışının gelişimi ancak, üyelerinin metafizikçiden ironiste dönüşerek kendi olumsallıklarının farkına varması ve diğer bireylerin olumsallığından hoşnutluk duyarak saygı gösterdikleri bir kamusal düzende mümkündür. İnsanlığın dayanışma

---

[204] E. Gander, 1999, s:69

[205] age, s:83

[206] age, s:78

[207] age, s:79

duygusunu üretmenin ve artırmanın ikinci adımında ise başka insanların acılarını ve yoksunluklarını hissedilerek geliştirilecek bir duyarlılıkla "biz" evrenin genişletilmesi vardır.[208]

III- Richard A. Posner ve Eserleri

11 Ocak 1939 tarihinde New York'ta doğmuş olan *Richard A. Posner,* 1959 yılında Yale'den 1962 yılında Harvard Hukuk Fakültesinden mezun olarak, Law Review Başkanı olmuştur. Washington'da önemli idari görevlerde yer aldıktan sonra, 1968 yılında Stanford Üniversitesi'nde doçent, 1969 yılında Chicago Hukuk Fakültesi Üniversitesi'nde hukuk profesörü olmuştur. Bu süreçte, "Hukuk Araştırmaları Dergisi"ni kurmak ya da "Ekonomik Araştırmalar Ulusal Bürosu"nda görev almak gibi pek çok faaliyette bulunan *Posner*, 1981 yılında ABD Yedinci Temyiz Mahkemesi Hakimi, 1993-2000 yılları arasında baş hakemlik yapmıştır. 30 kitap, 300'den fazla makale ve kitap eleştirileri yazmış olan *Posner,* halen Chicago Hukuk Fakültesi'nde, yarı zamanlı öğretim üyesi olarak çalışmakta, akademik makale ve kitaplar yazmaya devam etmektedir.[209]

Posner, 1980'ler ve 1990'lar boyunca hukuki düşünce üzerinde güçlü bir etki yaratmıştır. Yazar, hukuk bilgini ve federal yargıç olan *Posner* çağdaş Amerikan hukukunun en etkili ve tartışmalı figürlerinden biri olarak bilinmektedir.[210]

---

[208] R. Rorty, 1995, s:263-268

[209] Home.uchicago.edu/**posner/biography, 31.01.2011

[210] http://www.answers.com/topic/richard -posner 31.01.2011

Posner'ın pragmatik hukuk sistemi, hukuk akademisyeni ve yargıç kimliklerinin birlikteliğiyle ortaya çıkmıştır. *Posner*, Hukuk ve Ekonomi okulunun önde gelenlerinden temsilcilerinden olmasının yanı sıra Birleşik Devletler yargıçlarından biridir.[211] *Posner*'ın geniş teorik ilgisi ve yargıçlıktan gelen pratik bilgisinin sıra dışı karışımı, ekonomik yaklaşımın hukuk üzerindeki sınırlarını fark etmesini sağlamış ve felsefi pragmatizmi inşa etmesine yardımcı olmuştur. *Posner* kendi felsefi pragmatizmini hukuka ekonomik bakış açısına ve liberal bireyciliğe bağlılığı ile harmanlamıştır.[212]

Başlıca eserleri, **"The Economics of Justice"** (1981), **"Law and Literature"** (1988), **"The Problems of Jurisprudence"** (1990), **"Cardozo: A Study of Reputation"** (1990), "**The Essential Holmes"** (1992), **"Sex and Reason"** (1992), **"Overcoming Law"** (1995), **"The Problematics of Moral and Legal Theory"** (1999), **"Antitrust Law"** (2001), **"Law, Pragmatism and Democracy"** (2003), **"Catastrophe: Risk and Response"** (2004), **"Preventing Surprise Attacks"** (2005), **"Economic Analysis of Law"** (2007) **"How Judges Think"** (2008), **"A Failure of Capitalism"** (2009) olarak sıralanabilir.[213]

Genel hukuk teorisi alanında bildirdiği görüşlerinin yanı sıra, sözleşme hukuku, haksız fiil ve antitröst gibi - **"Catastrophe: Risk and Response"** (2004),

---

[211] Cole, D.H,Grossman, P.Z. **Principles of Law and Economics,** New Jersey, Pearson-Prentice, 2004, ayrıca D. Hall, 1994, s:58

[212] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:110

[213] http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner,-r,31.01.2011, en.wikipedia.org/wiki/Richard_Posner, 17.03.2011

"Preventing Surprise Attacks" (2005), **"Antitrust Law"** (2001) vb.- hukukun özel alanlarında da pek çok eser ve yayını mevcut olan *Posner*'ın tezimiz bakımından önemi hukuka, genel bir ifadeyle "pragmatist" olarak nitelenen yaklaşımında ortaya çıkar. *Holmes*'un ve *Cardozo*'nun -**"Cardozo: A Study of Reputation"** (1990), **"The Essential Holmes"** (1992)- takipçisi olarak pragmatist yaklaşımı savunmakta olan *Posner*, özellikle hukukun ekonomik analizine ilişkin çalışmaları ile ün kazanmış -**"The Economics of Justice"** (1981), "**The Economic Structure of Law"** (2000), **"Law and Economics"** (2001) , **"Economic Analysis of Law"** (2007) - ve diğer pragmatist hukukçulardan farkını hukuk ve ekonomi ilişkisi hakkındaki görüşleri ile ortaya koymuştur.

Hukuk ve ekonomi ilişkisinin çeşitli boyutlarıyla ilgili yazdığı pek çok makalenin yanı sıra pek çok kitap da yazmış olan *Posner*'ın bu konudaki görüşlerini bir araya getirerek yayınladığı ilk kitap **"The Economics of Justice"** (1981) dır. Kitap esas olarak ekonomiyle değil, adalet kavramıyla ilgilenmektedir. *Posner*, genellikle ekonomik anlamda ya da ekonomiyle ilişkilendirilerek düşünülme alışkanlığı edinilmemiş "adaletin anlamı", "devletin kökeni", "özel hukuk", "ödül ve ceza sistemi", "etkili eylem" vs. gibi hukuk bilimi içinde yer bulan kimi ifadelerin ekonomi kavramlarıyla düşünülmesi önerisinde bulunmaktadır. *Posner*'a göre hukuk kavramlarını, ekonomi biliminin kavramları olan verimlilik, maksimizasyon, pazar, endüstriyel davranış gibi ifadelerle düşünmek ve ele almak, hukukun mantığını anlamak ve böylece hukukun yargı ve yasama alanlarındaki etkinliğini artırmak için büyük önem taşımaktadır.[214]

[214] Posner, Richard , **The Economics of Justice**, Harvard College, USA, 1981, s: 1

Posner adaletin ekonomisini şöyle açıklar: Görevi insanın hayatındaki amaçlarının, doyumlarının rasyonel maksimizatörü olarak görmenin etkilerini ortaya çıkarmak olan ekonomi, insanların isteklerine oranla sınırlı sayıda kaynağın olduğu bir dünyada rasyonel tercihler bilimidir. Öyleyse, ekonomik faaliyetlerinde rasyonel olduğu düşünülen bireyin hayatının, hukukun düzenlemesine konu diğer alanlarda da örneğin evlilik, sözleşme ya da haksız fiil gibi durumlarda rasyonel davrandığını varsaymamak için bir neden yoktur. Eğer rasyonalite, pazardaki alış verişlerde üyelerinin tartışmasız açıklıkta bir davranışı olarak kabul ediliyorsa, bunun bir sosyal davranış modeli olarak kabulünde herhangi bir sakınca yoktur.[215] *Posner*'ın hukuk ve ekonomi arasında kurduğu diğer bir ilişki de her ikisinin de risk, kaza ya da öngörülememezlikten doğmaları ve ortak olarak paylaştıkları "belirsizlik" kavramıdır. Toplumlar ekonomik belirsizlikle mücadele için formel ya da informel pek çok değişik türde sigorta anlayışları, adaletle ilgili belirsizlikleri bertaraf etmek içinse hukuki düzenlemeler geliştirmişlerdir.[216]

Kitabın Birinci Bölümde pozitif hukukun ekonomik analizini rehber edinmiş olan refah maksimizasyonunun etkililiği kavramı ile mevcut olan hukuk kavramı arasındaki ilişkiyle uğraşmakta olan **"The Economics of Justice"** bunu, verimliliği hukuk kavramı için bağımsız hale getirmeye çalışarak yapar. *Posner*'ın bu bölümde uğraştığı diğer bir mesele, ekonomi ile yasaya ve politikaya rehber olan klasik faydacılık arasındaki farklılıkları ortaya çıkarmaktır. İkinci Bölümde, sosyal ve hukuki kuralların ilk temelleri, kökeni ile uğraşan *Posner*, pek çok hukuk kuralının

[215] R.Posner, 1981, s: 1-2

[216] age, s: 8

eski geleneksel temellerin, eski toplulukların geleneklerinin yasalaşmış hali olduğuna işaret ederek ilk toplulukların hukukunun common law'ın genel teorisinde pek çok şeyi açıklayabileceği, bunun da ötesinde, ilk hukuk üzerinde çalışmanın adaletin ekonomisi hakkında pek çok şeyi aydınlatabileceği düşüncesini taşımaktadır. [217]

On Bölümden oluşan **"The Economics of Justice"** Üçüncü Bölümünde mahremiyet, Dördüncü Bölümünde konuyu açığa kavuşturmaya yönelik yüksek mahkeme kararlarını konu edinmekte, diğer bölümlerde ise, hukukta ün, ödül ve ceza, hakaret ve iftira suçları gibi çeşitli meseleleri ekonomik analize tabi tutarak, belirsizlik kavramı temelinde birbirleri ile bağlantılı olarak tartışma konusu yapmaktadır. [218]

İlk baskısı 1988, ikincisi birincisinin gözden geçirilmiş hali olarak 1998 ve üçüncüsü 2009'da yayımlanmış olan **"Law and Literature"** in ilk baskısı pek ilgi uyandırmamış, ancak hukuk ve edebiyat akımının yaygınlaşmasını takip eden yıllarda ikinci ve üçüncü baskıları ilgi görmüştür.[219] 2004-2005 yıllarına dek bir alan olarak dahi kabul görülmeyen hukuk ve edebiyat akımı, bu yıllardan sonra özellikle Avrupa'da yaygınlaşmıştır.[220] *Posner* kitabını, bilimsel nitelikte olmayan ancak

---

[217] R.Posner, 1981, s: 6

[218] Örneğin ün kavramı Posner'e göre, bir sermaye bilgisi formudur ve sekizinci bölümde ödül ve ceza sistemini, ayrıca, yine ün kavramı, onuncu bölümde hakaretin ve iftiranın suç olmasını açıklamada kullanılmıştır.

Bkz: age, s: 9

[219] Posner, Richard , **Law and Literature**, 2009, s: xii

[220] age, s: xiii

hukuk ve edebiyat hareketini üretenlerden biri olarak bilimsel araştırma metinlerine yakın bir konum sergileyen karşılaştırmalı kitap olarak nitelendirmektedir. **"Law and Literature"**de hukuk ve edebiyat eğitimi kapsamındaki tüm konu başlıklarıyla ilgilenmiştir. Bu sebeple kitabı hakkında, taze bir perspektifle hukuk ve edebiyattaki özel kelimelerle çeşitlenmiş bir analiz değerlendirmesinde bulunmaktadır.[221]

"Law and Literature"ün Birinci Bölümünde edebiyat ve pozitif hukuk ilişkisini, somut olarak bazı edebi eserleri ele alarak bunların pozitif hukuka etkisini incelemiştir. İkinci Bölümde çeşitli metin incelemeleri yapmaktadır. İlk incelemesi pozitif hukuktaki etkili bir biçimde uygulanma gücüne sahip her tür metin (anayasa, kararname, anlaşma vb) üzerinedir. İkinci incelemesi, tartışmalı çeşitli hukuki metinler üzerinde olmuştur. [222] *Posner* Üçüncü Bölümde, hukuk ve edebiyat hareketinin biyografi ve otobiyografiye odaklanan bir dışavurum haline geçişini, Dördüncü Bölümde, hukuki açıdan bazı edebi uygulamaları incelemektedir.[223]

Hukuk ve Edebiyat arasındaki ilişkinin ilk kez *Irving Browne*'un **"Law and Lawyers in Literature"** (1883) ile ortaya atıldığına işaret eden *Posner*, hukuk ve edebiyatı birbiriyle pek çok bakımdan ilgili bulmaktadır. Sayısız edebi çalışma arada büyük farklılık olmasına rağmen, hukuki meseleleri konu edinmekte bunun da ötesinde hukuk retorik bir disiplin niteliğini taşımaktadır. Edebi metinler ve edebi analizler *Holmes* gibi yargıçların yargısal kararlarında yer almıştır. Dilekçelerin ve

[221] R.Posner, 2009, s: xv

[222] age, s: 5

[223] age, s: 6

hukuki görüşlerin tıpkı hikayeler gibi güçlü yapıları olmalıdır. Edebi hassasiyet yargıçların görüşlerini daha iyi yazmalarını sağlarken, avukatlar davalarını daha etkili olarak savunabilmektedirler. Ayrıca, eleştirmenlerin metinlere yönelik yakın dikkati yargıçların ve avukatların emredici nitelikteki –sözleşme, statü ve Anayasa gibi- hukuk metinlerine paralel niteliktedir.[224] Genel olarak edebiyat üzerinde çalışmak, hukuki pratiği ve yargılamaya bakışı insancıllaştıran bir yöne sahiptir. *Posner* tüm bunları ve daha fazlasını **"Law and Literature"**e konu yaptığını söylemektedir. [225]

"The Problems of Jurisprudence" (1990) *Posner*'ın genel hukuk teorisine epistemolojik, ontolojik, hermeneutik ve gelenekçilik olmak üzere mevcut tüm açılardan baktığı, sonuç olarak ise ahlak ve siyaset felsefesinin kavramları rehberliğinde pragmatik yaklaşımın üstünlüğünü bildirdiği temel eserlerindendir. Bu kitabın temel sorunu, "hukukun öznel ve politik olmaktan ziyade hangi anlamda nesnel ve kesin cevapların kaynağı olduğunu" araştırmaktır. *Posner*'ın epistemolojik, ontolojik ve hermeneutik nesnellik bakımından görüşü "birincinin yasal yargılama bakımından çoğu kez konu dışı olduğu, ikincinin bazen erişilebilir olmakla birlikte bunun her zaman mümkün olmadığı ve üçüncünün ise erişilebilir olmakla birlikte, çok fazla şey söylemiyor" olduğu yolundadır.[226] Bunu açığa çıkarmak amacıyla beş bölüm halinde kaleme aldığı kitabın ilk dört bölümünde

[224] R.Posner, 2009, s: xi

[225] age, s: xii

[226] R. Posner, 1990, s:31

hukuka yeterli bir felsefi zemin kurmak için bulunulan temel girişimlere, sonuncu bölümde ise anti-temelci yaklaşımlara yer vermiştir.

Hukuk epistemolojisi hakkında olan Birinci Bölümün ana soruları; "hukuki muhakemenin ne demek olduğu, bunun ne ölçüde bilgi üretebileceği ve de sadece bir fikir ya da inanç olup olmadığıdır."[227] Mantıksal/bilimsel kesin sorgulamanın rolünü ve sınırlarını incelediği bu bölümde *Posner*, pratik muhakemenin bir dalı olarak muhakeme metodlarının farklı otorite gruplarının tasarımları olduğu ve metodların genellikle hukukta kesin sonuçları oluştursa da, oluşturmadığı durumların da bulunduğuna işaret etmektedir. Böylece *Posner*'a göre yargısal karar zorla politikaya, siyasete, sosyal vizyona, "değerlere" ve hatta "önyargıya" -*Gadamer*'in terimi olarak önyargı- dayandırılmıştır. Bu şekilde temellendirilmiş kararların kolayca "doğru" ya da "yanlış" olarak sınıflandırılamayacağını düşünen *Posner*, yargının en yüksek hedefinin yalnızca hüküm vermedeki kabul edilebilirlik olduğunu vurgulamaktadır.[228]

"Hukuki soruşturmanın nesneleri nelerdir?", "Hukuk ve hatta olgu hangi anlamda vardır"?" soruları temelinde yapılanan İkinci Bölümde aynı sorulara bir de ontolojik açıdan bakmakta olan *Posner*, hukuki düşüncenin "gerçek" dünyayla tekabül ettirilerek nesnelleştirilemeyeceği ve sahip olduğu nesnelliği metafizik gerçeklik ya da metodolojik kesinliğe değil, kültürel benzerliğe ya da aynılığa borçlu olduğu sonucuna ulaşmaktadır.[229]

---

[227] R. Posner, 1990, s:29

[228] age, s:30

[229] age, s:30

Birinci Bölümde yorumlaması yapılan açık bir biçimde yargıçlar tarafından oluşturulmuş hukuk üzerine daha ayrıntılı bilgi vermekte olan Üçüncü Bölümde *Posner*, "yorumlama" teriminin esnekliğine işaret eder. *Posner*'a göre, yorumlama kavram ve eylem olarak birçok farklı fonksiyona hizmet eden bir niteliğe sahip olsa da, bu tüm hukuki metinlerin anlaşılmaz olduğu anlamına gelmemektedir. Yapılacak en iyi şey, bu terimden kurtulmak ve onun yerine anlamının açık olmama ihtimaline karşı yasal bir metnin önerilmiş uygulamalarının pratik sonuçları üzerine yoğunlaşmaktır. [230]

Birinci ve İkinci Bölümlerde metafizik, Üçüncü Bölümde hermeneutik temelinde baktığı hukuka, Dördüncü Bölümde ahlak ve siyaset felsefesi üzerinden bakarak, yargının çeşitli kapsayıcı kavramlarına işaret eden *Posner'*a göre, düzeltici adalet ve refah maksimizasyonundan feminist etik ve radikal toplulukçuların romantik özlemlerine kadar yayılabilmekte olan bu kavramlar, hukuki soruşturmayı yönlendirmede kullanılabilir çözümleri içlerinde barındırmaktadırlar. *Posner* bunlardan özellikle -**"Economic Analysis of Law"**da konu edinmiş olduğu "düzeltici adalet" ve "refah maksimizasyonu" kavramlarına ayrıcalıklı bir yer vermekte, ancak diğer siyaset felsefesi kavramlarından yararlanabilirliği de yadsımamaktadır.[231]

Posner, hukuk sistemine başka alternatifler bulmak için verilmiş çabaları da göz ardı etmeyerek, kitabın son bölümünde bunlara da yer verir. Düşünsel temelini *Aristoteles* ve *Burke*'dan alarak ilk prensiplerden çıkarım yapma yerine sağduyu ve

[230] R. Posner, 1990, s:31

[231] age, s:31

profesyonel geleneği vurgulayan, "esas olana dönüş" ya da kendi isimlendirdiği şekliyle neotraditionalizm (yeni-gelenekçilik) hareketi de *Posner*'a göre, alternatif olarak sunulan diğer disiplinlerarası yöntemlerden daha yol gösterici değildir.[232]

Sonuç olarak "pragmatist manifesto"[233] olarak ilan ettiği bu kitapta *Posner*, hem hukukun özerk ve apolitik olduğu düşüncesini, hem de salt hukuk eşittir politika düşüncesini de doğru bulmadığını bildirmekte, hukuki formalizme karşı durmasının hukuki nesnelliğin, isteğe ve keyfe bağlı olarak yanıtlanmış şeyler olarak düşünülmesi anlamına gelmediğini, nesnelliğe, "düzeltici adalet" ve "refah maksimizasyonu" gibi siyaset felsefesi kavramları yardımıyla ulaşılabileceğini, gerekenin daha fazla pragmatizm olduğunu anlatmaktadır.[234]

"Overcoming Law" (1995), daha önce yayınlamış olduğu kitap yorumu ve makalelerinden oluşmakta olan bir derlemedir. Yalnızca kitaba yazdığı giriş ve altı makalesi yenidir. Burada hukuk teorisi hakkındaki görüşlerini kaleme almıştır. [235]

"Overcoming Law"da okuyucunun karşısına, yargılama, hukuk eğitimi, bilim olarak hukuk ve meslek olarak hukuk, Anayasal hukuk, iş sözleşmesi düzenlemesi, cinsiyetçilik gibi meseleler, sosyal yapısalcılık, feminizm, retorik, kurumsal ekonomi, politik teori, edebiyatta hukukun tasviri gibi çok geniş bir alanda kaleme alınmış yazılarla çıkarak, bu durumu hukuki teori anlayışının sınırlarının genişliğiyle açıklar. Disiplinlerarası çalışmanın güncel bir eğilim olduğuna işaret

---

[232] R. Posner, 1990, s:423

[233] age, s:454

[234] age, s:32

[235] Posner, Richard , **Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995, s: ix

eden *Posner*'a göre, politik ya da sosyal teori alanındaki tüm meseleler hukuki teori alanına girmekte olduğundan, hukuk teorisinin nasıl olması ve nasıl olmaması gerektiğine işaret eden bu çalışmada belirtilen geniş perspektif de zaruri olarak ortaya çıkmıştır.[236]

Posner'ın yargıç olarak mesleki perspektifiyle ve hukuk akademisyeni olarak kuramsal ilgilerinin birlikteliğiyle ortaya çıkmış olan kitap, hukuk kuramının yapısal ve eleştirel hususlarının her ikisiyle birden ilgilidir. Giriş, 1. ve 6. Bölümlerde *Posner* yargıçların davranışları, hukuk mesleğinin yapısının hukuki düşünce üzerindeki etkisi, hukuk ile edebiyat ve ekonomi arasındaki ilişki, özel hayatın korunması, homoseksüel davranışın sosyal yansımaları gibi konuları inceleyerek bir hukuk teorisinin nasıl oluşturulması gerektiğine ilişkin düşüncelerini ortaya koymaya çalışmıştır.[237]

Kitabın aralarda kalan bölümleri eleştirel yönüyle dikkati çekmektedir. Bu bölümlerde *Posner, Ronald H.Coase, Rorty, John Rawls, Patricia Williams, James FitzGerald, James F.Stephen, Robert Bork, John Hart Ely, Morton J.Horwitz, Catharine MacKimon,Walter Berns, Matthew C. Minow* gibi isimlerin temsil ettikleri fikirleri sınayarak kendi fikirlerinin ideolojik ve metodolojik sınırlarını çizmeye yönelir. Bu bölümler pragmatik formları da dahil olmak üzere, hukuk teorisinin nasıl olmaması gerektiği yolundaki düşüncesine işaret eder niteliktedir. Hukuk kuramı alanında eksik olduğuna işaret ettiği eleştirel yaklaşım *Posner*'a göre, kişinin dayanıklı bir yapı inşa etmesindense diğer insanların çalışmalarında boşluklar

[236] R.Posner, 1995, s: vii

[237] age, s: vii

bulması daha kolay olduğundan kritik düşünce nadiren eksiklik içermekte ve dolayısıyla büyük önem taşımaktadır.[238]

Kendi eleştirilerinin gücünü, sadece yıkıcı olmayıp, alternatif bir yaklaşım sunabilmesinde bulmakta olan *Posner*, bu kitapta, hukuk kuramının anahtarının ekonomi bilimi, pragmatizm ve *Mill*'deki anlamıyla liberalizm birlikteliğinde olduğuna işaret etmektedir. Liberalizmin *Mill*'in formüle ettiği şekliyle ekonomi bilimiyle son derece uyumlu olduğunu bildiren *Posner*'a göre, hukuka ekonomik, pragmatik ve liberal yaklaşımların katılımlarıyla hukukun teorik meseleleri güçlenebilecektir. *Posner*, gerçeğin tadına varmayı, sosyal bilime saygıyı, eklektik bir merakı, pratik olma arzusunu, bireyselliğe inancı, yeni perspektiflere açıklığı savunmaktadır. Bu unsurlarla ilişkili olarak, pragmatizm, ekonomi ve liberalizm arasında kurulabilecek bu türden bir bağlantı, hukuk kuramını, hukuku anlamak ve geliştirmek için etkili bir araç haline sokabileceği gibi sosyal kurumları da genellikle mevcut hukuk düşüncesinin yetersizliklerini göstermek ve onun yerine daha iyisini koymak için etkin bir araç haline getirebilmeye muktedir olabilecektir.[239]

Hukuk ve ahlakın ayrılması gerekliliği üzerine kaleme aldığı **"The Problematics of Moral and Legal Theory"** (1999)'de kendi pozisyonunu "pragmatik etik skeptizim" olarak adlandırmaktadır.[240] *Posner*, "pragmatik etik skeptizim" ile metaetik bir duruş önerisinde bulunmaktadır.[241]

---

[238] R.Posner, 1995, s: viii

[239] age, s: viii

[240] Posner, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard University, 2002, s:ıx

Kitap iki parçadan oluşmaktadır. Birinci Bölümü ilk olarak eleştirel, sonra kurucudur. Burada normatif etik teoriyi kendi terimleriyle ele alarak, felsefi argumanlar öne süren hukukçuların hiçbir şeyi değiştirmeyi sağlamayacak olduklarından boş yere vakit harcadıklarını öne sürmektedir.[242] Çünkü *Posner*'a göre, ahlaki kurumlar ne yapı kurmaya ne de onlara dayanmaya müsait olan zayıf argümanlardır. Posner'ın iddiası nettir, etik teori ve etik akıl yürütme hukuk için hiçbir şeydir.[243]

Posner'ın bu kitaptaki varsayımları şöyle sıralanabilir:

-Hukuk ve ahlak ayrılmalıdır.

- Hukuk yalnızca yargıçların güncel kararlarında ortaya çıkan bir şeydir.

-Olması gereken hukuk, felsefenin ve inancın alanındadır ve yargıca kararını vermede yardım edebilme yeterliliğinde değildir.

-Ahlak felsefesi ahlaki terimleri değerlendirmede yardımcı olamaz. Çünkü bu değerlendirme kültürel yapı içindeki doğruluğu içinde barındırmaktadır.[244]

İkinci Bölümde hukukun alanını tartışan *Posner*, yargılama hukukundaki meseleleri anayasa hukuku, genel hukuk, statü hukukunu ele alarak bu referanslarla *Dworkin, Habermas* gibi bazı filozofları değerlendirmektedir.[245]

---

[241] R.Posner, 2002, s:8

[242] age, s:vıı

[243] age, s:141

[244] W. Ellis, 2002**,** s:18

Pragmatik Liberalizm Teorisini konu edindiği **"Law, Pragmatism and Democracy"** (2003) 'de konuyu, teorinin diğer önemli meseleleri olan devletin görev alanı ve sınırları gibi meseleleri kapsayacak genişlikte değil, yalnızca demokrasi ve hukukilik kavramı temelinde ele alır.[246]

Hukuk ve demokrasinin, temsili demokrasinin kurumlarına sahip olması anlamındaki liberal devletin üzerinde yükseldiği iki ana blok olduğu düşüncesinde olan *Posner*, bu kitapta pragmatik liberalizm teorisinin pragmatik demokrasi teorisi ve pragmatik hukuk teorisi olmak üzere iki parçadan oluştuğu iddiasındadır. Bu iddia uyarınca kitap, pragmatik liberalizm ile hukuki pragmatizmi konu edinmiş olan iki temel mesele etrafında yapılanır.[247]

Pragmatik liberalizmi müzakereci demokrasi modeline karşı teste tabi tutan *Posner*'a göre, müzakereci modelde kamu görevlilerinin seçiminde menfaati gözetmek yerine, oylama ve akıl esas alınmaktayken, tıpkı bunun gibi yargılamada da kural ya da etik odaklı felsefi versiyonun ya da diğer bir ifadeyle formalizmin daha az şekilci olanı anlamındaki ilkeyi esas edinmiştir. Pragmatik liberalizm ise, insan doğasını anlamayı esas edinmeyen kavrayışı ve şüpheci yaklaşımı ile kamu görevlililerinin seçiminden, hukuki, etik ve politik teorilerin inşasına kadar ilgili her alanda, etkililik ve verimlilik unsurlarını esas edinmiştir. *Posner*'a göre kitabının üzerinde durduğu iki meseleden biri olan liberal demokratik teoriye katkısı, genellikle pragmatist olarak görülmeyen, ama *Posner*'ın demokrasi teorisini

---

[245] R. Posner, 2002, s:x

[246] R. Posner, 2003, s: x

[247] age, s: ix

pragmatik bulduğu *Joseph Schumpeter*'ın "elitist" demokrasi teorisine başvurması, gözden geçirmesi ve olgunlaştırması konusunda göstermiş olduğu çabadır.[248]

Posner kitabın hukuki pragmatizme olan katkısını ise, felsefi pragmatizm ile gündelik pragmatizm arasındaki farkı ortaya koymasında bulur. "Pragmatizm" kavramını felsefi pragmatizm ve gündelik pragmatizm şeklinde yaptığı ayrım uyarınca incelediği kitabın ilk bölümünde, bu ikisinin birbirinden farklı şeyler olduğuna işaret eder. Günlük pragmatizm ile felsefi pragmatizmin farklı olmasının anlamı, özel dava bazında olan sonuç odaklı yargısal karar ile felsefi anlamdaki pragmatizm ve sonuçsalcılıkla arasında ciddi bir mesafe olduğudur.[249] *Posner*'a göre, yargılamada ya da çeşitli hükümet etme biçimlerinde pragmatizme başvurmak, yani pragmatist olmak felsefi pragmatizmden oldukça farklıdır. Bu ikisinin belli ölçüde birbiri ile ilişkili olduğunu kabul etse de aralarındaki fark *Posner* için önemlidir. *Posner*'ın hukuk için önermekte olduğu felsefi pragmatizm değil, gündelik anlamdaki pragmatizmdir. Hatta *Posner,* felsefi anlamdaki pragmatistlerin dahi, hukuk yargılaması söz konusu olduğunda, gündelik pragmatizmi önerecek oldukları kanaatindedir.[250]

İkinci Bölümde yasal pragmatizmin ne olduğuna, özelliklerine yer veren *Posner*, Üçüncü bölümde *Schumpeter*'ın araçsalcı demokrasi anlayışını önererek, bunun hukukla bağını incelemeye alır. *Posner* her ne kadar *Dewey*'in pragmatik felsefe ile politik demokrasi arasında kurmuş olduğu bağı kırmayı amaçlasa da, 10.

[248] R. Posner, 2003, s: ix

[249] age, s: x

[250] age, s: 4

bölümde incelediği ifade özgürlüğüyle ilgili "pragmatik doğruluk teorisi"ni hukuk bakımından faydalı bulmaktadır.[251]

"Economic Analysis of Law" (2007)'da yayınlanan makaleler grubu hukukun ekonomik analizine okuyucuyu ikna eden başlangıç niteliğindeki ilkeler rehberidir. Pek çoğu daha önce de yayınlanmış makalelerdir. Teknik niteliklerine ve matematik formulasyonu şeklindeki tarzına işaret eden *Posner,* bu makalelerin daha çok alandaki takipçi akademisyenler için kaleme alınmış olduğunu bildirmektedir.[252]

"How Judges Think" (2008)'de *Posner,* yargıcın müdahale alanının ne kadar olduğunu ve bu özgürlüğünü nasıl kullanacağına ilişkin ilkeleri konu edinir. Bu hususları ise özellikle yüksek mahkeme yargıçlarını esas alarak inceler. Daha önceki eserlerinde formalizme karşı çıkışıyla göze çarpan *Posner*, bu kitabı kanundansa yargılamayı politik ya da kişisel unsurların yönetmesinin, yargıcın bağlı olması gereken hususlar problemini gündeme getireceğinin farkındalığıyla, yargıçtan yargıca, hukukun da değişmesi ve böylece hukukun ne olduğunun açıklığını yitirmesi, sonuç olarak ortaya çıkabilecek hukuki belirsizlik probleminin sınırlarını görebilmek ve bu belirsizliği aşmada yargıcın bağlı olduğu kriterleri saptayabilmek amacıyla kaleme almıştır.[253]

Posner'a göre, pragmatist yargıç düşünülenin aksine keyfi ve belirsiz bir alanda karar vermemekte, bağlılık gösterdiği kriterler formalist yargıçtan farklı olsa bile onun da sınırları bulunmaktadır. Pragmatist yargıç da tıpkı formalist yargıç gibi

[251] R. Posner, 2003, s: 11

[252] R. Posner, Richard, **Economic Analysis of Law** , 2007, s: viii

[253] R. Posner, 2008, s: 1

bir kurallar evreninde yer almaktadır. Pragmatist yargıcın farkı, sonuç odaklı olarak bu kurallarla bağlı olmadığını düşünmesidir. Ama bu keyfi bir bağlı olmama durumu değildir. Pragmatist yargıç kuraldan ayrılmak istediğinde, bunu neden yaptığını davanın özelliği ve ortaya çıkacak sonuçlar temelinde çok iyi açıklayabilmelidir. Bu ise, kuralın kendi menşei, hangi amaçla konulduğu gibi kurala ilişkin unsurları çok iyi bilmesini gerektirmesinin yanı sıra, somut davayı ve mevcut hak çatışmalarına da derinlemesine nufüz edebilmesini gerektirmektedir. *Posner*, bu şekilde hareket eden yargıcı, belirli bir politika gereğince hareket eden yargıç olarak tanımlamaktadır. Ama yargılamadaki bu "politik" davranışın, herhangi bir parti ya da ideolojik görüşe bağlılık anlamına gelmeyecek bir politiklik şeklinde anlaşılmaması gerektiğinin de altını çizer. Yargıç belirli bir düzen, işleyiş, somut yargılamanın gereği gibi anlamlara yakın duran manada bir politikliği benimsemelidir.[254]

Kitabının, yargıçların kuralları uygularken ya da bir kanun koyucusu ya da hükümet gibi kural koyarken ne yapacakları hakkında olmadığına işaret eden *Posner*, "**How Judges Think"** in daha çok "açık alan" olarak adlandırdığı yargıcın kanun koyucu gibi davrandığı alanla ilgili olduğunu bildirmektedir.[255]

Bu amaçla Birinci bölümde, yargısal davranışa etki eden dokuz teoriyi inceleyerek, yargıcın her birinden yararlanmasının önemine işaret eden *Posner* aynı bölümde, yargıcı geçici yasa koyucu ve bir serbest piyasa aktörü gibi ele alarak değerlendirir. İkinci Bölümde, yargıcın içsel ve dışsal sınırlandırmaları, pragmatik

[254] R. Posner, 2008 , s:9-10

[255] age, s: 14-15

yargılamanın kaçınılmaz olduğu gibi konularla yargılama modelini irdeleyen *Posner*, Üçüncü Bölümde, bazı yüksek mahkeme kararlarını incelemeye almıştır.

Posner, Türkçeye çevrilmiş tek eseri olan **"A Failure of Capitalism"**[256] (2009) (Kapitalizmin Çöküşü) başlıklı eserinde 2008 yılında ABD'de başlayarak dünyayı etkisi altına almış olan ekonomik krizin nedenlerini ve sonuçlarını incelemektedir.

[256] Posner, Richard, **Kapitalizmin Çöküşü**, Çev:Nuran İnce Ateş, Bizim Kitaplar, İstanbul, 2009

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ PRAGMATİZM

I- Genel Olarak Hukuki Pragmatizm

Hukuki pragmatizm, hukuk kuralına kuralla ilgili davranışın anlam ve içerik kazandırabileceğinin üzerinde durmakta olan hukuk akımıdır. Buna göre hukuk bilimi ancak, fiili hukuk olaylarının bilinmesi ve olaylar arasındaki karşılıklı ilişkilerin anlaşılmasıyla oluşturulabilir bir niteliğe sahiptir. Hukuki pragmatizme göre somut bir talep olmadan, hukuki anlamda bir "sorumluluk"tan söz edilememektedir. Ayrıca kimi somut taleplerin çatışması sonucu doğan hukuk hayatında, çatışan talepleri çözmek konusunda mutlak bir ilke bulabilmek mümkün değildir. Çünkü hukuki pragmatizme göre, bu ilkeler hem her çatışmaya göre hem de zamana göre değişecek ve farklılaşacaktır. Doğal hukukçuların "bireysel haklara" öncelik verdiği görülürken, pragmatist hukukun "sosyal gereksinimlere" öncelik verdiği göze çarpmaktadır. Ayrıca hukuki pragmatizmin, "adalete uygun hukuk" kavramı yerine "elverişli hukuk" kavramı getirmekte olduğu görülür. Pragmatist hukuk yaklaşımı uygulama sonuçlarına öncelik tanımayan değer kriterinin geçerliliği hakkında şüpheye düşmekte, insan unsuruna hukukta önemli bir yer verse de, "mantık"ı yalnızca bir araç olarak nitelendirmektedir. Hukuk hayatında esas alınması gereken, soyut "değer" değil, sosyal ve insani ihtiyaçların yarattığı değer olarak "ihtiyaç"tır. Sonuç olarak belirlenmesi ve karşılaştırılması gereken değerler değil,

ihtiyaçlardır. Böylece, adaletin ölçüsü "etkililik" olduğunda yargıç önemli bir araç elde etmiş olacaktır.[257]

Adnan Güriz hukuki pragmatizmin genel özelliklerini şu şekilde özetlemektedir.

- Somut durumun hukuk realitesini belirlemesi: Pragmatik yaklaşıma göre somut durum sayesinde sosyal gerçeklikle karşılaşılır. Hukuk kuralından hareket ederek somut olaya çözüm araştırmak veya yerleşik hukuk doktrinine göre karar vermek yerine somut duruma ve onun özelliklerine uygun hukuksal çözümün araştırılması gereklidir.
- Çoğulculuk (plüralizm): Pragmatizmde gerçek kavramı tek değil, çoğulcudur. Hukuk uyuşmazlıklarının çözümü de bu çoğulcu gerçek anlayışından beslenerek bulunmalıdır.
- Olasılıkçı yaklaşım: Fizik biliminde olasılıkların geçerli olması gibi, hukuk kuralları da kesinliğe değil, olasılığa işaret eder.
- Rölatiflik: Hukukta kesinliğe karşı güvence sağlarken hukukun amaçsal niteliğine de hizmet eder. Böylece sosyal içerikli bir formül, sonuçları ve pratik anlamı bakımından değişik zamanlarda farklı şeyleri ifade edebilecektir.
- Hukuki kavramın anlamını uygulamaya göre saptamak: Bir kavramı belirlemek için onun hukuk uygulaması bakımından sahip olduğu nitelikler ve uygulamadaki fonksiyonu değerlendirilmelidir.[258]

[257] A.Güriz, 1987, s:358-359

A- Hukuki Pragmatizmin Ortaya Çıkışı

Rönesans ve Aydınlanma Çağıyla birlikte doğal hukuk akımı yeniden canlanmıştır. Özellikle 17.yüzyılda Dekartçılık olarak ifade edilen kartezyenizm, bilimsel gelişim için matematiğin geniş bir etki alanına sahip olması gerektiği düşüncesini öne sürmüş ve bu katkı sayesinde, hem bilim hem de hukuk alanında teolojik çağ kapanmıştır. Kartezyenizm rasyonalist doğal hukuk anlayışına eşlik etmiştir. Kartezyen düşünce, çeşitli kavramların zihindeki bağımsız varlığına ve bu kavramlarla yapılacak mantıksal işlemlerin doğurduğu zorunlu sonuçların gerçek hayatta karşılık bulacağı inancına dayanmaktadır. Kartezyenizmin hukuka yansıması sonucunda hukuk, şekli ve kavramlar üzerinden yapılacak mantıki bir faaliyetler alanı olarak değerlendirilmiştir. Rasyonalist doğal hukukun kaynağı, *Descartes*'da olduğu gibi, insan aklıdır. Ancak oluşum sürecinde doğa bilimlerinin en etkin yöntemi olan 'gözlem' yoluna gidilmesi gereği dikkate alınmaksızın, sadece 'analiz' yönteminin kullanılmış olması rasyonalist doğal hukuku toplumsal gerçeklik bilgisinden yoksun bırakarak yalnızca metafizik kavramlara başvuran, formel ve soyut bir hukuk düşüncesiyle sınırlamıştır. [259]

Özellikle Fransız İhtilâlini takip eden ve ulus devletlerin kurulmaya başladığı dönemde yapılan kanunlaştırma işlemlerine fazla güvenilmiş, yapılan kanunların tüm ihtiyaçları karşılayacağına inanılarak, hukukun dışardan katkı

---

[258] A.Güriz, 1987, s:359-360

[259] Türközer, Bahir Güneş, "Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşumu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi,** yı1:1, sayı:3, Kasım, 2006, s:69-79, 70-71

olmaksızın kendi kendine yeterli bir sistem oluşturacağı düşünülmüştür.[260] 20. yüzyıl başlarında Fransa'da Tefsirci Okul, Almanya'da Mefhumlar İçtihadı Okulu ve Anglo-Amerikan ülkelerindeki Tahlilci Okul taraftarları muhafazakar bir görüşle hukuk normlarını değişmeyen düzen kalıpları olarak kabul etmiş, hukukun yaradılış ve gelişmesinde şekli kaynakların dışında kalan sosyal etkenlerin rolüne gözlerini kapamış ve böylece hukuki düşünce alanında bir "tecerrüd" devresi yaratmışlardır.[261]

Bu, *Hamide Topçuoğlu*'nun deyimi ile "hukuk ilminde tecerrüt hali" ni meydana getirmiştir. Bunun anlamı hukuk dünyasının hukuk-dışı problemlerden temizlenerek hukukun mantıki ve metodolojik faaliyet haline getirilmesidir.[262] Hukukun bu şekilde yaratılmış sistemleri, kendi kendine yeterli bir mantıki bütünlük gösterecek ve bu sistemlerin yabancı bir bilim dalı tarafından ya da ayrı bir görüş açısından alınabilmesi mümkün olmayacaktır. Böylece hukuk, hukuk dışı unsurlardan temizlendiğinde tıpkı tabiat bilimleri gibi güvenilir olabilecektir.[263]

19. yüzyılın sonlarına doğru hukukun bu kendinden emin tutumuna karşı şüphe ortaya çıkmaya başlamıştır. Hem felsefi hem de sosyolojik yöne sahip bu anlayış, hukuk düşüncesindeki tecerrüde yani soyutluğa son vermeyi, kavramların egemenliğini yıkmayı amaçlamıştır. Yetersiz mantıki yorum yönteminin yerine sosyal gerçekliği ve sosyal hayatın

---

[260] Topçuoğlu, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi**, cilt:I, A.Ü.H.F. Yay, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, s:12

[261] Ülker, Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı** , A.Ü.H.F. Yay, Sevinç Matbaası, 1967, s:11

[262] H. Topçuoğlu, 1969, s:14

[263] age, s:3-4

gereksinimlerini gözetecek değişik yöntemler arayışı başlamıştır.[264] Gerek kamu gerekse özel hukuk alanında baş gösteren[265] bu eleştirel harekete *Holmes "Hukuk İlminde Sosyolojik İsyan" adını vermiştir.* [266]

Ayrıca bu dönem, felsefede pragmatist akımların ortaya çıktığı ve yayılmaya başladığı dönemdir. Felsefe ile hukuku tamamıyla ayrı tutan görüşte bile, felsefe alanındaki gelişim ve dönüşümlerden hukukun en azından genel yargı ve tutumlar bakımından etkilendiği kabul edilmektedir.[267] İlk pragmatist *Pierce* kartezyen mantığın temelinde bulunan *Descartes*'ın düşüncesini böyle bir bilginin varlığından ve kesinliğinden şüphe duyarak bireyin içe bakışla ürettiği bilgidense, toplumun ürettiği bilgiye, yine toplumsal koşullar çerçevesinde geçerlik tanınması gereğini ileri sürmüştür.[268] Böylece hukuktaki kavramların anlamı, *Descartes*'ın soyut açık seçikliği uyarınca değil, nesnel açıklık, yani pragmatik açıklıkla bulunulacaktır. Kavramların pragmatik anlamı elde edilecektir.[269] Bu şekilde yargıç *Holmes*, "Benim hukuktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminleridir." derken, *Pierce*'in "her bir önermenin rasyonel anlamı, gelecekte bulunur" şeklinde ifade ettiği pragmatik araştırma için belirlediği geleceğe dönük programla uyum içindedir.[270]

---

[264] Ü. Gürkan, 1967, s:14

[265] H. Topçuoğlu, 1969, s: 6

[266] age, s: 25

[267] R. Posner, 2003a, s:42

[268] Uzun, Ertuğrul, **Hukuk Göstergebilimi** , Devlet ve Hukuk Kuramı Kitaplığı 2, Legal yayıncılık, 2007, s:122

[269] S. Çelik, 2008, s:14

[270] E. Uzun, 2007, s:123

Birinci Bölümdeki incelememiz hatırlanacak olursa *James*, daha analitik ve *Kant*'ı takip ederek ilerleyen *Pierce*'in pragmatizmindense, pragmatizme deneyim ve eylem unsurlarını katarak, sürekli gelişen ve toplumun bütün üyelerince üretilen bilgi ve doğruluk anlayışını ileri sürmüştür.[271] Ahlak alanında nihai gerçekleri saptayabilen dogmatik bir ahlaki felsefenin karşısında yer alan *James*, ahlaki inançların psikolojik kökeni üzerinde dururken, bu inançların insanın vicdanında doğduğu fikrini reddettiği gibi, ahlaki inançların sosyal çevrenin ürünü olduğu biçimindeki evrimci dogmaya da karşı durmuştur.[272] Bu anlayış yargıç *Holmes* gibi hukukçuları etkileyerek, *''Hukuk, bir ulusun yüzyıllar boyunca devam eden gelişim öyküsünü vücuda getirir ve bir matematik kitabının aksiyomlarını içeriyormuş gibi ele alınamaz.''*[273] şeklinde ifadesini bulan hukuki pragmatizme neden olmuştur.

Yine Birinci Bölümden hatırlanacağı gibi pragmatist ilkelerin yaşama geçirilmesini sağlayan, bu görüşün uygulanabilirliğini ve pratik yaşamda işe yarar bir felsefe olduğunu gösteren bir düşünür olarak bilinmekte[274] olan *Dewey*, pragmatizmin doğruluk, adalet iyi ve hak gibi kavramların sosyal pratikler içinde düşünülmesine neden olmuştur.[275] "Enstrümentalizm" adını taşıyan, öncüllerle değil, sonuçlarla ilgilenen bir mantık anlayışı olan *Dewey*'in mantığı -tıpkı yukarda *Pierce* için ifade olunduğu gibi- dönemin hukukundaki mantığın konusunu öncüller arasındaki şekli ilişkiler olarak anlayan mantık anlayışına getirilen

[271] E. K. Suckiel, 2003, s:6

[272] A. Güriz, 1987, s:355

[273] E. Uzun, 2007, s:122

[274] S. Çelik, 2008, s: 15

[275] Rorty, Richard, "Dewey Between Hegel and Darwin", **Rorty and Pragmatism**, ed:Hermamn J.Saatkamp, JR.Vanderbilt University Press, Nashville, 1995, s:14

köklü bir değişimdir. *Dewey* için kıyas esasına dayanan mantık, düşünme işlemini açıklayamaz. Çünkü ona göre, insan belirli bir karara ulaşmak için önce gerekli araştırma ve toplamalara başvurmakta, bulup topladığı malzemeyi çeşitli yollarla kontrol etmekte ve böylece mantıki düşüncenin hammaddelerini toplamış olmaktadır. Bu arada bazı araştırma yöntemlerinin daha iyi işlediğini görmekte ve ayırmakta, aykırılık ve karışıklık yaratan araştırma yöntemlerini bir kenara bırakmaktadır. Böylece doğal olarak gelişen bu seçim sonucu daha iyi sonuç veren, kullanılmaya daha elverişli olan yöntemler yaşama şansına ulaşır. Başanlı olan yöntem sadece seçilmekle kalmayıp, etkili işleyişinin sebepleri de zamanla keşfedilerek, başlangıçtaki basit yöntem bilimsel bir nitelik kazanır. *Dewey*'e göre bu durum hukuk düşüncesi için de geçerlidir. Gerçek yaşamda insanlar öncüllerle düşünmeye başlamazlar. Hukukçu da uyuşmazlık hakkındaki çeşitli sonuçları düşünmekle işe başlar. Öncüller ve bütün hukuki durumun tümünün analizi sonucu yavaş yavaş belirler. Hukukçu için ilk sorun öncül görevi görecek bir beyan, genel bir ilke veya belirli bir olay bulmaktır. *Dewey*'e göre, insanlar genellikle, belirsiz bir önyargı ile düşünmeye başlar. Daha sonra bu hükmü haklı kılacak veya çatışmakta olan hükümlerden doğru gözükenine götürecek ilkeleri araştırmaktadır.[276]

Böylece pragmatizm, mantık ve kavram üzerinden ilerleyen hukuk anlayışını etkileyerek hukukun sosyal yaratım eseri olduğu ve aynı zamanda faydacı ve amaçsal bir yüzünün bulunması gerektiğine ilişkin düşüncelerin doğmasına sebep olmuştur. Gerek felsefi pragmatizm, gerek sosyolojiden gelen etkiler gerekse de 19. yüzyıl sonlarında Fransa ve Belçika'da başlayan serbest ilmi araştırmalar akımı Almanya'da "Serbest Hukuk Mektebi"ni, Fransa'da "Serbest İlmi Araştırmalar"ı, Amerika'da "Sosyolojik Hukuk İlmi" adıyla anılan

[276] Ü. Gürkan, 1967, s:13-14

pragmatist hukuk akımlarını ortaya çıkarmıştır.[277] Bu akımlar, klasik hukuk mantığını, mantıki yorum yöntemlerini yetersiz bularak yeni yöntem ve düşünüş tarzları yaratmak istemiştir. Bu yeniliğin ortak noktası "değişen sosyal hayat problemlerini halledebilecek bir hukuk yaratmak" endişesini ifade etmesidir.[278]

Söz konusu eğilim çok geçmeden Amerika'ya da ulaşmış, burada Avrupa'da olduğundan çok daha fazla ilgi ile karşılanması *"Sosyolojik Hukuk Okulu"* ve *"Amerikan Hukuksal Realizmi"*nin doğumuna yol açmıştır. Böylece anılan okullar, zaten daha çok bir Amerikan felsefesi olarak bilinen pragmatizmin hukuk alanındaki öncüleri olmuşlardır.[279]

*Sosyolojik Hukuk Okulu'*nun en önde gelen temsilcisi olan yargıç *Holmes* hukuki pragmatizmin babası olarak kabul edilmektedir.[280] *Holmes* kendi döneminin hukukunun bulunduğu durumdan memnun değildir. Mantık ve ilhamla karışık bir metod takip edilmesine, yani değerlerin tartışma kabul etmeyen postulalar olarak kabul edilerek ve mantığa dayalı bir metod izlenerek sonuçların bunlardan çıkarılmasına karşıdır. *Holmes*'a göre hukukun sosyal amacı gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, hukuk alanında sadece mantıkla yetinmek mümkün değildir. Hukukun sosyal amacı gerçekleştirebilmesi için diğer alanlardan da yardım alması gerekmektedir.[281]

---

[277] H.Topçuoğlu, 1969, s: 25

[278] age, s: 83

[279] Gürkan, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlmi**, AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s:12

[280] Yücel, Tören Mustafa, **Hukuk Felsefesi**, Avşar Matbaacılık, Ankara 2009, s:186

[281] Ü. Gürkan, 1961, s:1-24

Holmes, genel fikirleri bakımından *James*'in pragmatizmine bağlıdır. *James*'in görüşünün etkisiyle, hukukun sürekli gelişmekte olan medeniyetin ürünü olduğunu düşünmektedir. *James*'in pragmatizmini hukuka adapte etmeye çalışan *Holmes*, yargıçların değerlendirmelerini yaparken sosyal faydayı gözetmeleri gerektiğini düşünmektedir.[282] *Holmes*'un hukuk düşüncesine en büyük hizmeti, başlangıçtaki amaç ve gereksinim ortadan kalktığı halde sırf alışkanlık ve muhafazakarlık sonucu olarak uygulanmalarında ısrar edilen kural ve emsallerin terki gereğini ortaya koyması olmuştur. Diğer taraftan ise hukukun insanlar tarafından yapılan ve geliştirilen bir müessese olduğunu, uygulandığı ve uygulanabildiği oranda etkili kılınabileceğini göstermiştir. [283]

Sosyolojik Hukuk Okulu'nun diğer bir temsilcisi *Roscoe Pound*'a göre, hukuk, çatışan insani arzu ve taleplerini değerlendiren, uzlaştırıcı kural veya ilkeler olarak düşünülmelidir. Buna göre hukuk özel bir sosyal kontrol türü ve aracıdır.[284] *Gürkan*'a göre *Pound*'un düşünceleri, bir taraftan hukukun sosyolojik yönünü vurgulayarak sosyal faydayı işaret etmesi diğer taraftan spiritüel değerlere taşıyıcılık yaptığına dikkat çekmesi nedeniyle "idealist" ve "pragmatist" bir sentezden oluşmaktadır.[285]

Sosyolojik Hukuk Okulu'nun üçüncü temsilcisi *Benjamin Natham Cardozo*'dur. Hukukun nihai neden ve amacının sosyal refah olduğunu söyleyen

---

[282] Ü. Gürkan, 1961, s:24

[283] Ü. Gürkan, 1967, s:27

[284] Ü. Gürkan, 1961, s:48

[285] age, s:86

Cardozo, sosyal ihtiyaçların kuvvetle kendilerini hissettirdikleri zamanlarda felsefi, tarihi ve teamüli metodların yetersiz kalacaklarını, bu nedenle, bunların yerine, sosyolojik metodun tercih edilmesini önermektedir. *Cardozo*'ya göre, modern yargısal faaliyette, sosyal adalet önkoşuldur. Bunun için yargıç, toplumdaki değer yargılarını ve menfaatleri araştırarak hükmü kuracak, menfaatleri uzlaştırırken tıpkı kanun koyucu gibi, hayattan ve deneyimden yararlanacaktır.[286] *Cardozo,* hukukta, gelişme ve ilerlemenin belirlilikten daha önemli olduğunu düşünmektedir. Hukukun daima olmakta olan bir şey olduğunu düşünen *Cardozo*'ya göre hukuk asla bir yerde ve aynı kalabilir değildir.[287]

Ülker Gürkan, Sosyolojik Hukuk Okulu üyelerinin görüşlerini şu şekilde özetlemektedir: [288]

- Hukukun soyut içeriğinden çok, hayattaki karşılığına ve işleyişine bakmak.
- Hukuku, insanın akli çabasıyla düzeltilebilecek, sosyal bir kurum olarak düşünerek, bu çabaları destekleyecek ve yönetecek en etkili araçların keşfini hukukçular için görev saymak.
- Hukukun yaptırımından çok, hizmet ettiği sosyal amaçlar üzerinde durmak.
- Kanun hükümlerini, sabit kalıplar olarak değil, sosyal bakımdan adalete götürecek rehberler olarak değerlendirmek.
- Hukuk çalışmalarında pragmatik felsefeden ilham almak.

---

[286] Ü. Gürkan, 1961, s:104

[287] age, s:119

[288] age, s:45

Pratik amaçlar peşinde koşmuş ve uygulamalı bir sosyolojik hukuk bilimi kurmaya çaba harcamış olan Sosyolojik Hukuk Okulunun kimliği genel olarak faydacı, fonksiyonel ve pragmatiktir. Okul temsilcileri hukuku, soyut ilkeler üzerinde temellendirmekten kaçınarak dikkatlerini, tıpkı pragmatizmde olduğu gibi, hukukun amacına ve fonksiyonuna, uygulamada ortaya çıkacak pratik sonuçlarına çevirmişlerdir.[289]

Hukuki Realizm esin kaynağını *Holmes*, *Gray* ve *Cardozo*'nun eserlerinden alarak[290] 1930'lu yıllarda ortaya çıkan, Sosyolojik Hukuk Okulu'nun getirdiği yenilikle yetinmeyen düşünce akımıdır.[291] Başlıca temsilcilerinden olan *Jerome New Frank* daha radikal ve psikolojik düşünüş eğilimli, *Karl N. Llewellyn* ise daha ılımlı ve sosyolojik eğilimlidir.[292]

Pragmatizmin kurucularından *Dewey*, kıyasa dayanan mantığın düşünme süreçlerini açıklamada yetersiz kaldığını düşünmektedir. *Dewey*'e göre, akıl yürütmede ağırlık büyük ve küçük önermeye değil, sonuca verilmelidir. Hangi yöntem en elverişli sonucu doğuruyorsa, o yöntem tercih edilmelidir. Böylece hukukçu da, karar vermek zorunda olduğu bir uyuşmazlıkta sonuçları tahmin ederek karara ulaşmaya çalışmalıdır.[293] Realistler de pragmatist felsefenin etkisiyle hukuk hayatının mantığa değil, sonuca ve deneyime dayanması zorunluluğu üzerinde

---

[289] Ü. Gürkan, 1961, s:123

[290] M.T. Yücel, 2009, s:186

[291] Ü. Gürkan, 1967, s:12

[292] age, s:12-13

[293] Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, AÜHF. Yay, Ankara, 2007, s:327

durmuştur. Buna göre, mahkemelerin hukuki uyuşmazlığı nasıl çözümleyeceği konusundaki tahminler, hukukun empirik ve pragmatik yönüne ağırlık vermek durumundadır.[294] *Frank* ve *Llewellyn* hukuku yargıçların ve çeşitli yargı memurlarının yaptıkları şey olarak tanımlamaktadırlar. Genel olarak Realistler hukuku yargısal faaliyet yoluyla yaratılan dinamik bir sosyal fenomen olarak anlamaktadırlar.[295]

Gürkan'ın belirttiği üzere *Llewellyn*'e göre radikal ve ılımlı olmak üzere realistleri genel olarak birleştiren özellikler şunlardır :[296]

-Realistler akıcı ve hareketli bir hukuk anlayışına sahip olup, hukukun yargısal yoldan yaratıldığına inanırlar.

-Hukuku sosyal amaçlar için bir araç olarak kabul ederler.

-Hukuktan daha çabuk değişen hareketli bir toplum hayatı anlayışına sahiptirler. Bunun sonucu olarak topluma hizmetle yükümlü mevcut hukukun toplumun gereksinim ve gerçeklikleriyle ne derece uyuşma halinde bulunduğunun devamlı kontrolünde ısrarlıdırlar.

-Hukukta inceleme kolaylığını sağlamak üzere, olan ve olması gereken hukuk arasında geçici bir ayrımın yapılmasını kabul ederler. Mahkemelerin ne yaptığını iyice bilmek suretiyle ne yapmaları gerekeceğinin tayin edilebileceğine inanırlar.

---

[294] A.Güriz, 2007, s:324

[295] Ü. Gürkan, 1967, s:35

[296] Ü. Gürkan, 1967, s:31-32

-Hukukta eskiden beri yerleşip kalan kural ve kavramlara karşı şüpheci bir tutuma sahiptirler.

-Bu güvensizliğin sonucu olarak, hukukun yargısal yoldan yaratılmasında kural, emsal ve kavramların tek kaynak olduğunu belirten teoriyi reddederler.

-İnceleme kolaylığı için dava ve hukuk gruplarını daha dar kategoriler içerisinde toplamak isterler.

-Hukukun herhangi bir kısmının daima sonuçları bakımından değerlendirilmesinde ısrar ederler.

-Yukarıda belirtilen bütün hususların yeniden düzenli ve programlı bir şekilde incelenmesi gereğine inanırlar.

Gürkan Hukuki Realizmin aynı zamanda pozitivist ve amprist bir yapıya da sahip olduğuna işaret eder. Hukukun pragmatist yönü hukuk kurallarının işleyişleri bakımından ele alınması ve fonksiyonelliğindedir. Realistlerin hukuki realizm ile amaçladıkları, hukuku insanlar ve davranışları ile ilgili bir metod veya teknoloji olarak ortaya koymaktır.[297]

B- Posner'ın Hukuki Pragmatizminin Öncülleriyle İlişkisi

Genel hukuk teorisi hakkındaki hukuk felsefesine hakim epistemolojik, ontolojik, hermeneutik ve gelenekçi yaklaşımların problemli olduğunu düşünmekte olan *Posner*, kendinden önceki hukuki pragmatist yaklaşımlarda düzeltilmesi

[297] Ü. Gürkan, 1967, s:147

gereken şeyler bulmaktadır. *Posner*'a göre ne epistemoloji ne ontolojik başvurular ne hermeneutik, ne de gelenekçilik hukukun nesnelliğini ve özerkliğini kurtaramayacağı gibi ona yeterli olanı da sağlayamayacaktır. [298] Ayrıca *Cardozo*'nun hukuk anlayışı ve *Holmes*'un " tahmin teorisi" de, hukuki gereksinimleri karşılamada yetersizdir..[299]

Epistemolojik, ontolojik, hermeneutik ve gelenekçi yaklaşımları reddederek hukuka pragmatik yaklaşımı benimseyen *Holmes* ve *Cardozo*'nun hukuki pragmatizmini düzelterek kabul eden Posner'a göre hukuk, yargıçların yargılama faaliyetiyle bizzat yarattılmaktadır. [300]

Posner önce epistemolojik yaklaşımı eleştirmekle başlar. *Posner*'a göre, epistemolojik nesnellik, kavramsal terimler üzerinden yargıda bulunması, soyut ve mantıksal analiz üzerinden ilerlemesi sebebiyle hukukun somut ve yaşayan boyutuna temas etme yeteneğinden yoksundur. Pozitif düzenlemeler, belirli politik tercihlerin sonuçlarıdır. Bunlara dayanarak temellendirilmiş kararların epistemolojik anlamda "doğru" ya da "yanlış" olduğu söylenemeyeceğinden epistemolojik nesnellik sadece bir kurgu olmaktan öteye gidemez.[301]

Posner ikinci olarak, ontolojik nesnellik yaklaşımını ele alır. Hukuki soruşturmanın nesneleri olarak hukuku ve olguyu inceler. Hukuki düşüncenin "gerçek" dünyaya tekabül ettirilerek nesnelleştirilebilme vasfına sahip olmadığı

[298] R. Posner, 1990, s:457

[299] age, s:221-223

[300] age, s:355

[301] age, s:31

kanaatine varır. Ayrıca hayatın olağan akışı içinde, somut olayın her türlü ayrıntısına ulaşabilmek ise her zaman mümkün olan birşey değildir. Bu sebeple *Posner*'a göre, ontolojik nesnelliğe ulaşmak son derece güçtür. [302]

Üçüncü olarak ele aldığı hukuka hermeneutik yaklaşımı, *Posner* ne kolayca reddetmekte ne de tamamen yeterli görmektedir. *Posner* "yorumlama" teriminin esnekliğine işaret eder. Yorumlama kavram ve eylem olarak birçok farklı fonksiyona sahiptir. Ancak bu tüm hukuki metinlerin anlaşılmaz olduğu anlamına gelmez. *Posner*'a göre, hermeneutik bazen işe yarasa da çoğunlukla gereksiz olarak işleri zorlaştırmaktadır.[303]

Posner son olarak, düşünsel temelini *Aristoteles* ve *Burke*'dan alan "esas olana dönüş" akımını inceler. Bunu "neotranditionalist" (yeni-gelenekçilik) olarak isimlendirir. Yeni gelenekçik hareketi, ilk prensiplerden çıkarım yapma yerine, sağduyu ve profesyonel geleneği öne çıkarmaktadır. *Posner*'a göre, bu hareket de hukuki nesnellik konusunda birşey sağlayabilir konumda değildir. [304]

Hukuk felsefesindeki genel hukuk teorisi yaklaşımlarının hepsini incelemeye alarak hiçbirini hukuki nesnellik için yeterli bulmayan *Posner*'ın çözüm için getirdiği öneri kendi "pragmatist manifesto" ilanıdır. [305]

"Pragmatist Manifesto" ilanında bulunsa da orijinal bir filozof ya da hukuka pragmatik dokunuşu getiren kişi olmadığının farkında olan *Posner*, kendisini

---

[302] R. Posner, 1990, s:30

[303] age, s:31

[304] age, s:423

[305] age, s:454

daha çok *Holmes* ve *Cardozo*'nun manevi mirasçısı olarak görmekte ve pek çok görüşünde sıklıkla bu ikisinin yazılarını kullanmaktadır. [306] Ayrıca, *Pierce, James, Dewey, Mead, Schiller, Grey, Frank, Cohen ve Max Rodin*'in isimlerini de anmaktadır.[307]

Posner kendi görüşlerinin Sosyolojik Hukuk Okulunun ya da Hukuki Realizmin devamı niteliğinde olmadığını düşünmektedir. Ayrıca Eleştirel Hukuk Okulu çalışmalarından da farklı olduğunun altını çizer. Hukuki Pragmatizm, bu hukuk okullarıyla yalnızca bazı genel düşünceleri paylaşmaktadır.[308]

Posner Sosyolojik Hukuk Okulunun ve Hukuki Realizmin içeriğini pragmatik hareket sebebiyle kazanmış olduğunu ifade eder. Ancak *Posner*'a göre, bu akımlar yapılması gerekli olan şeyin ne olduğunu tespit etmiş olsalar da, aynı başarıyı metod bakımından gösterememişlerdir. Çünkü bunların ortaya çıktığı dönemde ekonomi, istatistik, diğer bilim dalları henüz yeterince gelişmemiştir.[309] Ayrıca, II. Dünya Savaşının sonunda mantıksal pozitivizmin ve analitik felsefenin sürpriz bir şekilde ortaya çıkışı ile pragmatizm ve hukuki realizm gözden düşmüştür. Hukuki Pozitivizm II. Dünya Savaşında yaşananların yanı sıra Hukuki Realizme de tepki olarak ortaya çıkmıştır. *Posner*'a göre bu yoldaki en keskin dönüş, 1958'de *H.L.A. Hart* ve *Albert M. Sack*'ın kaleme aldığı **"The Legal Process"**dir. 1960'larda

---

[306] Haugh, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Irish Student Law Rev.** , 2001 , s:33

[307] R.Posner, 2003c, s:180

[308] A.J.Haugh, 2001, s:33

[309] R. Posner, 2003c, s:183

mantıksal pozitivizmin soluklaşması ile pragmatizmi tekrar geri getiren isim *Rorty*'dir.[310] 1970 yıllarında ortaya çıkmış olan Eleştirel Hukuk Okulunu ise, Hukuki Realizmin radikal oğlu olarak nitelendirmekte[311] olan *Posner*, politik analiz bakımından zayıf bulduğundan Eleştirel Hukuk Okulunu da eleştirmektedir.[312]

Posner esas olarak, hukuki pragmatizmin slogan cümlesi olarak addettiği "hukuk mantık kaynaklı değil, deneyim kaynaklı olmalıdır" demiş olan *Holmes*'un[313] pragmatizmi ile "hukukun nihai amacı toplumun refahıdır" diyen *Cardozo*'nun hukuki pragmatizmini benimsemiştir. *Cardozo'*nun 1921'de *Holmes*'un takipçisi olarak kaleme aldığı **"The Nature of Judicial Process"**i hukuki pragmatizmin manfestosu olarak görmekte ve oradaki hukuki pragmatizm formulasyonuna dönülmesi gerektiğini düşünmektedir. [314]

Ancak *Posner*'ın görüşüne göre sıkıntı *Holmes*'un yargıç için düşündüğü -**"The Nature of Judicial Process"**de *Cardozo* tarafından da benimsenen- görev tanımına ilişkindir. Bu tanımlamada kullanılan terminolojiye göre, yargıçlar ve yasa yapıcılar aynı hedeflerin, değerlerin, teşviklerin, sınırlayıcıların rehberliği ve kontrolündeki aynı tür resmi görevlilerdir.[315]

---

[310] R. Posner, 2003c, s:180

[311] age, s:181

[312] R. Posner, 2003a, s:84

[313] age, s:57

[314] R. Posner, 2003c, s:182

[315] A.J.Haugh, 2001, s:42

Holmes'a göre hukuk, yargıcın özellikli bir durumla karşılaştığı zaman ne yapacağını tahmin etmesidir. *Posner* bu tanımlamada *Holmes*'a katıldığını söylese de geniş kapsamlı düşünüldüğü zaman bu durumun hukuk kavramının kendi varlığı ile çeliştiğini ifade etmektedir. *Posner*'a göre, *Holmes*'un tahmin teorisi nesnelliği inkar etmekte ve şüpheci bir hukuk ortaya atmaktadır.[316] Tahmin teorisi, hukuku nesnel bir yapıdan çok bir eğilim olarak algılamaktadır. *Posner*, bunu bir nesnenin ağır olduğunu söylediğimiz zaman onun fırlatıldığı ya da düştüğü zaman doğuracağı sonuçları tahmin etmeye benzetmektedir. Böylece davranışın hukuksuz olduğunu söylemek, davranış sergilendiği zaman doğuracağı sonuçları tahmin etmekten öte bir şey olmayacaktır.[317] *Posner*'a göre *Holmes*'un tahmin teorisi, hukukun ne olduğunu açıklıyor olsa da, derin hukuksal çatışmalarda kullanışsızdır. Çünkü bu teori, özellikle zor davalarda ilk derece yargıçlarının ve avukatların, yüksek mahkeme yargıçlarının dava hakkında nasıl bir karar vereceklerini tahmin etmekten daha iyisini yapabilme yeterliliğinden yoksundur.[318]

Yargının sağlam politika oluşturmak için yasamaya yardımcı nitelikte olduğu böyle bir yaklaşım *Posner*'a göre, yargıyı yalnızca yasamaya yardımcı olmak gibi basit bir konuma indirgemektedir. Kaldı ki yasama organı yasayı genellikle çıkar gruplarının çatışması sonucu oy kaygısıyla yapmaktadır.[319] Çıkar grubu politikaları ise daha çok dar grupların koalisyonlarına yönelik olmalarıyla hiç

---

[316] R. Posner, 1990, s:221

[317] age, s:223

[318] age, s:224

[319] age, s:355

de kamusal faydaya hizmet etme niteliğinde değildir.[320] *Posner*, pozitif hukuku ekonomik baskı gruplarının pazarlık sürecinde oluşan "sözleşme" olarak değerlendirmektedir. Söz konusu değerlendirmesi hukuka ekonomik yaklaşımının sonucudur. Ekonomik kuram çerçevesinde parlamentolar, çıkar gruplarına verdikleri destekten dolayı olan borçlarını yasama işlemleriyle öderler. Yargısal yorumda kanun koyucunun iradesine uygunluk arandığı sürece yargı aslında çıkar gruplarıyla parlamento arasındaki uzlaşmayı koruyan bir organdan başka bir şey olmayacaktır. Bu yaklaşımıyla *Posner*, yargıyı yasamanın bir memuru gibi görme yoluyla çıkar grupları lehine gelişebilecek yoruma dikkat çekmektedir. *Posner*'a

[320] R. Posner, 1990, s:458, Posner'a göre, "Şunu farzediyorum; yasa koyucular da diğer herkes gibi kendi tatminlerini en yüksek noktaya çıkaran rasyonel kişilerdir. Bu yüzden aslında yaptıkları hiçbir şey kamu yararınca motive edilmemiştir. Fakat onlar seçilmek isterler ve etkileyici bir seçim yarışını başlatmak için paraya ihtiyaçları vardır. Bu para organize olmamış bireyler ile değil de iyi organize olmuş gruplarca sağlanır. Rasyonel bir birey bilir ki, yapacağı katkı pek de fark yaratacak gibi değildir. Bu sebeple, bu bireyin yatırım yapmak için çok az bir dürtüsü vardır ve kime oy vereceğine dair karar alırken çok çaba sarfetmez. Bir çıkar grubunun temel taktiği üyelerinin oylarını ve adaylara olan finansal desteğini uygun (lehte) yasama vaadine karşılık takas etmesidir. Böyle bir yasal düzenleme normal olarak refahı organize olmamış vergi mükelleflerinden çıkar gruplarına transfer eden bir yasanın formunu alacaktır. Eğer amaç diğer çıkar grupları olsaydı, yasal düzenleme transferi tam tersi olabilirdi. Organize olmamış olanların etkin muhalefetin üzerine çıkması olası değildir. Bu yüzden genellikle çıkar gruplarına transfer edilen onların refahıdır." s:354

göre bu durumda kanun koyucunun amacını anlayan yargıç yaklaşımı problemli bir yaklaşımdır. Buna karşı yargıçların etkin olması gerektiğini savunur. [321]

Posner, Holmes'un hukuk anlayışını kurtarmanın olanağını ancak "hukukun neliğine dair varlık bilimsel soru"nun tekrar düşünülmesinde bulur. Bu düşünceyle hukuku tarihsel süreç içinde olagelmekte olan bir yapı olarak tanımlar. [322] Yargıç da bu sürecin bir parçasıdır. *Posner, Holmes*'un hukukun yargıcın özellikli bir durumla karşılaştığı zaman ne yapacağını tahmin etmesi olduğuna dair tanımını, hukukun yargıcın aynı zamanda yargılama faaliyeti aracılığla bizzat yarattığı şey olduğuna dair bir anlayışla genişletmiştir**.** *Posner* için hukuk, belli bir süreç sonucunda oluşmuş olan düzenlemelerin, yargıcın geniş anlamda ve pragmatist yorumunu katarak verdiği kararda ortaya çıkmış olan şeydir.[323]

Posner'a göre, yargıçlar kanun koyucular ile aynı şekilde, aynı yollarla karar vermektedirler. Politikacılar da tıpkı yargıçlar gibi savunma ya da karşı çıkma yolları ile politikalarını belirlemektedirler. Yargısal kararın ve politikaların oluşma şekli aynıdır.[324] Hukuki pragmatizmde ise yargılama faaliyetinin politik bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak *Posner*, yargılamadaki bu politikliğin belirli bir ideolojik ve politik görüşe ya da bir partiye bağlılık anlamındaki politiklik

---

[321] Oder, Emrah Bertil, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri,** Beta Yay, İstanbul, 2010, s:231

[322] R. Posner, 1990, s:220-225

[323] age, s:355

[324] R. Posner, 2003a, s:73

olarak anlaşılmaması gerektiğine önemle işaret etmektedir.[325] *Posner*'ın yargıca önerisi kamusal politika yapıcı olarak aktif bir rol üstlenmesidir.[326] Yargıç, zor davalarda geleneksel bir hukukçu gibi davranmaktan daha çok (policy maker) politika yapan olarak davranmalıdır.[327] *Posner*'a göre yargıç, herhangi bir yerde verilmiş politik kararlarının taşıyıcı kanalı olmaktansa, kararın oluşumundan sorumludur.[328] *Posner*'da yargıcın rolünün büyük ölçüde "devletin karar verici sistemi olması" vurgusuna döndüğü görülür.[329]

Posner'a göre, yargıçlar, –kanun koyucular ve Anayasayı yapanların koyduğu geniş sınırlar içinde- sürekli değişen bir sosyal ortama uyarlama motivasyonu içinde hukuk yaratmalıdırlar. Yargıçların sadece kanunların amaçladığı sosyal hedefleri gözetmeleri yeterli değildir. Bunun yanı sıra, sosyal değişimi de izlemeleri gerekmektedir. Sosyal değişimin kanunla etkileşimi ve bunun sosyal hedefler üzerindeki etkileri gibi pek çok sosyolojik faktörü gözetmelidirler. Yargılama faaliyetinde bulunurken bilimsel araştırmaya daha fazla ağırlık vermeleri gerekmektedir. Sonuç olarak *Posner*'a göre açık fikirli, ileri görüşlü, gerçeğe saygısı olan, tecrübe etmeye istekli, tabulara uymayan, metafizik-karşıtı bir duruşa sahip olması gereken yargıçların, hukukun yaratımında bizzat görev almaları

[325] R. Posner, 2008, s:9-10

[326] A.J.Haugh, 2001, s:39

[327] R. Posner, 1990, s:131

[328] age, s:134

[329] A.J.Haugh, 2001, s:38

gerekmektedir.[330] Hukuk ise, yasama faaliyeti olduğu kadar yargıçların vermiş oldukları kararlarda ortaya çıkan değerlendirmeleri olarak düşünülmelidir. [331]

II- Richard A.Posner'ın Hukuki Pragmatizminin Özellikleri

A- Genel Olarak

Posner pragmatizmi -en azından görünüşte- bir felsefe olarak tanımlamamaktadır. *Posner*'a göre pragmatizm düşünmenin temellere dayanmayan (antitemeldenci) bir yoludur. Bu şekilde temellere dayanmayan bir düşünce tarzı ileriye bakmayı, aktivist, pratik, emprik, anti dogmatik, anti idealistik, anti rasyonel, şüpheci ve sonuçsalcı olmayı gerektirmektedir. [332] Ayrıca bunlara ilave olarak deneysel, kültürel görececi, sınırsız değer tercihlerine ve iyi anlayışlarına açık gibi sıfatlar kullanmaktadır. [333]

Posner **"Law, Pragmatism and Democracy**"de, "Pragmatik Yargılamanın Bazı İlkeleri" başlığı altında hukuki pragmatizmin ilkelerini şu şekilde belirtmiştir:[334]

1-Hukuki pragmatizmin yalnızca tek tek yargılama faaliyetlerinde pragmatik davranılmasını öğütlemekle yetindiği düşünülmemelidir. Hukuki

[330] A.J.Haugh, 2001, s:40

[331] R. Posner, 1990, s:355

[332] age, s:28

[333] R.Posner, 1995, s: 6

[334] R.Posner, 2003a, s:59-84

pragmatizm aynı zamanda pragmatist ilkere yaslanan bir hukuk sistemini ifade etmektedir. [335]

2- Pragmatik yargılamada da yargıç hukuki formalizmde olduğu gibi, istisnai durumlarda ve kontrollü bir şekilde sistemik sonuçlara yer verilebilir. Böylesi durumda hukuki formalizm, pragmatik bir stratejiye benzer ve faydacı bir kural haline gelmiştir.[336]

3- Pragmatik yargılamanın nihai kriteri (reasonable) makulluktur. *Posner* buradaki makulluğun, formalizmdeki soyut, şekilsel ve genel nitelikte formule edilmiş kurallardan gelen aklı değil, somut olaydaki, empirik aklı esas almayı gerektirdiğine işaret etmektedir.[337]

4-*Posner*, hukuki pragmatizmin sonuca vurgu yapmasına rağmen, yalnızca bu özelliği ile düşünülerek, sonuçsallığın herhangi bir şekli olarak değerlendirilmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. "En iyi eylem en iyi sonuçla birlikte olmalıdır" düşüncesiyle hareket eden hukuki pragmatizmin önerisi, sonuçlarının değeri aracılığıyla olayı değerlendirmektir.[338]

5-*Posner* hukuki pragmatizmde yargıcın, geçmişteki kararlara etik bir zorunluluk olmaktan çok gereklilik nedeniyle baktığını söyler. Çünkü *Posner*'a göre pragmatist yargıç aynı zamanda tarihselci olmalıdır. Yargıç tarihselciliği

---

[335] R.Posner, 2003a, s:59, 63,

[336] age, s:59, 64

[337] age, s:59, 65

[338] age, s:59

nedeniyle hukuk doktrinine de bakacaktır. Pragmatist yargıç tarihselciliği nedeniyle zamandışı "doğruluk"tan şüphe duyarak tarihe eleştirel bir şekilde yaklaşacaktır. *Posner*'a göre, hukuki pragmatistin tarihselcilik anlayışı, kelimelerin, kavramların geçmişten getirdikleri yükle, bugünkü anlamlarını bağdaştıran araştırmayı yapmayı gerektirmektedir.[339]

6-*Posner*'a göre, yargıçlar kanun koyucularla aynı şekilde, aynı yollarla karar vermektedirler. Yargıç da bir (policy maker) politika belirleyicidir. Politikacılar da tıpkı yargılama faaliyetinde olduğu gibi, savunma ya da karşı durma yolları ile politikalarını belirlemektedirler. Buna göre *Posner* için, yargısal karar ile politikaların oluşma şekli arasında bir fark yoktur.[340]

7-Pragmatist yargıç empirist olmalıdır. Yargıç karara kapalı bir mantıkla değil, olayın ve hayatın empirik araştırmasına dayalı verilerle varmalıdır.[341]

8- *Posner*'a göre teori empirik araştırmaya yalnızca eşlik etmelidir. Empirizm ve pratik aklı savunmak, teoriler konusunda skeptik olmak anlamına gelmemektedir. Hukuki pragmatizm yargısal karara öncül ya da temel niteliğinde olan etik ve politik teori fikrine karşıdır. *Posner*'a göre teoriler temel alınmadıkları sürece, onların empirik araştırmaya rehberlik etmesinde sakınca yoktur.[342]

---

[339] R.Posner, 2003a, s:59, 72

[340] age, s:59, 73

[341] age, s:59, 75

[342] age, s:59, 75

9-Pragmatik yargıç hukuk doktrinindeki formalist sınırlamaları genişletmek eğilimindedir. Pragmatik yargılama sisteminde formalizmle de bağlantılı olunmak zorunluluğuna işaret eden *Posner*'a göre hukuki karar kurallardan çok, bir takım standartlarla bağlı olmalıdır. Yargıç kararı pratik ve yargısal nedenlerin her ikisini ve olası tüm sonuçları da gözeterek vermelidir.[343]

10-Hukuki pragmatizm, hukuki formalizmin tamamlayıcısı değildir. Bu bakımdan *Hart*'ın pozitivizminden farklıdır. Hukuki pozitiviste göre hukuk, yasama faaliyeti sonucu gerçekleşmektedir. *Hart*'a göre bir davada yargıç yasama faaliyeti sonucu yapılmış olan bir kural bulamıyorsa, tıpkı kanun koyucu gibi hareket ederek, olay için uygulanacak kuralı belirlemelidir. Yargılamadaki bu yasama faaliyeti hukuki pragmatizmi andırır gibi görünse de yargıcın pragmatik faaliyetini yalnızca, hukuki boşluk durumu ile sınırlayan *Hart*, pragmatizmle yalnızca yarım bir mesafede anlaşabilmektedir. *Hart*'ın yargıcı, yalnızca hukuki boşluk durumunda *Dewey*'in terminolojisini ödünç almaktadır.[344]

11-Pragmatik yargılama, yasal doktrinin gelişiminin erken dönemlerine yakın durma eğilimi gösterir. Empirizme ve duruma odaklanma aynı zamanda hukukun pratik akıldan çıkan orjinine yönelmeyi de beraberinde getirmektedir.[345] *Posner* ayrıca hukuki pragmatizmin *Aristoteles*'nun retorik ispat yöntemine ve

[343] R.Posner, 2003a, s:59, 66

[344] age, s:59, 81

[345] age, s:59, 80

sofist felsefeye sempatiyle baktığını ve bunlara yakın bir duruşa sahip olduğunu ifade etmektedir.[346]

12-Hukuki Pragmatizm, Hukuki Realizm, Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve postmodern yasal teoriden farklıdır. Bu akımlar da formalizme şüpheci yaklaştığından hukuki pragmatizmle karıştırılmaktadır. *Posner*'a göre, hukuki pragmatizmin üstünlüğü ve farkı bu hareketlerin politik analiz bakımından zayıfken, hukuki pragmatizmin ise güçlü olmasından ileri gelir.[347]

Posner, bu özellikler doğrultusunda hukuki pragmatizmi kısaca şu şekilde özetlemektedir: Hukuki pragmatizm sonuçsalcıdır, ancak sonuçsallığın bir türü olan yakın sonuçlarla ilgili değildir. Hukukta bilimsel yaklaşıma karşı değildir. Hartçı Pozitivizm ya da Hukuki Realizm değildir. Eleştirel Hukuk Okulundan farklıdır. Çeşitli değer anlayışlarına açık olması, ilkesiz olduğu anlamına gelmez. Antiformalisttir. Ancak, formalizmi reddetmesi yasayı ve hukuk devletini reddediyor olması anlamına gelmez. Hukuki pragmatizm, yasal gerekçelendirmenin pratik gerekçelendirmeden farklı olduğunu reddetmektedir. Retoriğe yakın durmaktadır. Temel nitelikteki etik teorileri reddetmekte, bunları yargılama araçları olarak değerlendirmek istemektedir. Empriktir, tarihselcidir, fakat tarihselciliği geçmişe karşı görev olarak düşünmemektedir.[348]

Ayrıca *Posner*, "Pragmatist Manifesto" isimli makalesinde ise pragmatist hukuk kavramını şu şekilde özetlemektedir:

---

[346] R.Posner, 2003a, s:59, 83

[347] age, s:59, 84

[348] age, s:85

Birincisi hukuki akıl yürütme sadece bir kurgudur, gerçek değildir. Hukukun kesinlik konusunda yaptığı vurgu sebebiyle, bilimsel tutum ve metodoloji, hukukta bilimde olduğu gibi sonuç vermez. Avukatlar ve yargıçların esas olarak yaptıkları, yasal soruları basit bir mantık kullanarak cevaplamak ya da gündelik hayatta kullanılan pratik akıl metotlarını kullanmaktır.[349]

İkincisi pratik aklın bir çok metodunun anlaşılmaz olması –örneğin örtük bilme- ve diğer başka sebepler nedeniyle de hukuki kararların bilimsel doğrulamaya benzer şekilde gerekçelendirilmesi genellikle imkansızdır.[350]

Üçüncüsü nesnelliğin mantıklılıktan daha çok şey ifade ettiği düşünüldüğünde, zor davalarda nesnel karar nadiren verilebilir.[351]

Dördüncüsü hukuktaki geniş değişiklikler konvansiyona benzeyen rasyonel olmayan bir sürecin sonucu olarak oluşmaktadır. Hukukun değişimde ikna retoriği önemlidir.[352]

Beşincisi hukuk kavramlar grubu olmaktan çok bir aktivitedir.[353]

Altıncısı hukukun bir mantık faaliyeti olarak yorumlayıcı olması kullanışlı değildir. Yorumlayıcı karar vermek gerçekte alternatif kararların da sonucunu göz

---

[349] R. Posner, 1990, s:459

[350] age, s:459

[351] age, s:459

[352] age, s:459

[353] age, s:459

önünde bulundurmaktır. Yorumlama mantıksal bir süreç olmadığı gibi, "mantıksal" olarak doğru yorumların varlığından söz etmek de mümkün değildir.[354]

Yedincisi adalet kapsayıcı nitelikte olamaz. Bu ahlaki doğruların olduğu varsayımına dayanır. Düzeltici adalet ve refah maksimizasyonunu önemli olsa da uygulanabilirlik alanı sınırlıdır. [355]

Sekizincisi hukuk sembolik olmaktan çok fonksiyoneldir. Bu sebeple hukuk sosyal fonksiyonu gözeterek kaynakların etkin dağıtımında işlevsel olan ekonomiden ipuçları almalıdır. "[356]

Posner'ın kendisi hukuki pragmatizminin özelliklerini yukarda yer verildiği şekilde açıklamaktadır. *Posner'*ın hukuki pragmatizminin genel hatlarını saptamak amacıyla, Onun hukuki pragmatizminin özellikleri hakkındaki diğer görüşlere bakmak yararlı olacaktır. Aşağıda *Thomas Grey, Peter A. Lake, David Luban, Steven J. Burton, Linda E. Fisher'*in görüşleri yer almaktadır.

Thomas Grey, *Posner*'ın hukuki pragmatizmini "bağlamsallık" ve "araçsallık" (instrumentally) kavramları ile karakterize etmektedir. *Grey*'e göre, hukuki pragmatizmde inançlar, yargılar, etik ve hukuki kurallar bağlamsal ve göreli, ayrıca düşünce ise araçsaldır.[357]

---

[354] R. Posner, 1990, s:460

[355] age, s:460

[356] age, s: 460

[357] Grey, Thomas C., "What Good is Legal Pragmatism?", **Pragmatism in Law and Society** , Editörler: Brint, Micheal – Weaver William, 1991, s:15

*Peter A. Lake, Grey'*in ifade ettiği bu özelliklere katılmakta olduğunu bildirmekle birlikte, "bağlamsallık" ve "araçsallık"ın *Posner*'ın görüşlerinin tüm içeriğini ortaya koymaktan yoksun olduğunu düşünmektedir. Çünkü "bağlamsallık" ve "araçsallık" özelliklerine pragmatizmlerin tümünde rastlamak mümkündür. Oysa *Posner*'ın düşünceleri bağlamsal ve araçsal bir hukuki yargılamadan çok daha fazlasını içermektedir.[358]

Lake'e göre, *Posner*'ın pragmatizminin çoğu araçsal ve bağlamsal olsa da, *Posner*'ın son dönem çalışmalarındaki baskın özellikleri birbiri ile ilişkili üç nokta ile açıklanmalıdır. Bunlardan birincisi, pragmatizmin bir metod olarak formalizm karşıtı ve kısmi anlamda teori karşıtı olmasıdır. Bunun anlamını *Lake* şu şekilde açıklar: *Posner* yargıca yargılama esnasında felsefi teorilerle ilgilenmeksizin indirgemeci, olay odaklı ve metodik olmasını öğütlemektedir.[359] İkincisi *Posner*'ın pragmatizminin temelde etik rölativist olan metaetik yaklaşıma yakın olmasıdır. Son nokta ise *Posner*'ın tüm çalışmalarından oluşan örgü dikkate alındığında aslında onun sürpriz bir normatif eylem programı öneriyor oluşudur.[360]

---

[358] Lake, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska. Law. Rev**., 1999, s:557

[359] age, s:557

[360] age, s:558

David Luban, Posner'ın hukuki pragmatizminin özelliklerini *Lake'*in tespitlerine oldukça benzeyen üç temel kategori altında özetlemektedir. Bunlar, "eklektiklik", "sonuç odaklılık" ve "hukuki formalizm karşıtlığı"dır. [361]

Luban'a göre *Posner*'ın hukuki pragmatizminin ilk özelliği olan "eklektiklik", *Posner*'ın hukukta felsefi teorilerin önemini reddeden ve felsefi temellere dayanmayan duruşu sebebiyledir. *Luban*'ın ikinci özellik olarak bildirdiği "sonuç odaklılık" hukuki pragmatizmin hukuk doktrinin güvenilirliğine değil, toplumun iyi oluşuna odaklanmış olmasını ifade etmektedir. Hukuki pragmatizmde mevzuatla uyumluluk ancak sonuçsalcı niteliğin gerektirdiği kadar mümkün olabilecektir. Yani mevzuatla uyumluluk esas değil, yalnızca sonuçsalcı niteliğe hizmeti ölçüsünde araçsaldır.[362] *Luban*'ın üçüncü özelliği ise *Posner*'ın hukuki pragmatizminin formalizm karşıtı oluşudur.[363]

Steven J. Burton, *Posner*'ın hukuki pragmatizmini iki perspektif yoluyla karakterize etmektedir. *Burton*'a göre, bunlardan biri "şüpheci" (skeptist) perspektif, diğeri ise "pratik" perspektiftir. Şüpheci perspektifin delilleri, *Posner*'ın epistemolojik şüpheciliği, hukukun varlığından, hukukun yargıçları yönlendirdiğinden ve hukuki mantık yürütmenin tutarlı bir aktivite olduğundan şüphe duymakta oluşudur. *Burton*'a göre *Posner* epistemolojik şüpheciliğinin aksine, pratik

[361] D. Luban, 1999, s:275-277

[362] age, s:275

[363] age, s:276

perspektife ve emprik araştırmaya güvenmekte, hukuki kararda pratik mantığı benimsemektedir. [364]

Linda E. Fisher, Posner'ın hukuki pragmatizminin üç temel özelliğine odaklanmıştır. Bunlardan ilki, "emprizm"dir. *Posner*'ın hukuki pragmatizmi öncelikle karar vermede kullanışlı olabilecek empirik bilgiye dair kapsamlı bir araştırma gerektirmektedir. İkinci özelliği *Posner'*ın "tarafsızlık"a ve "açıklık"a yaptığı vurgudur.[365] *Posner*'a göre, yargılamayı etkileyen içsel ve dışsal kısıtlar görmezden gelinmeyip, yargılamanın açık uçluluğu meydana çıktığında yargıçlar, kararlarını zorlayan asıl endişelerini açıklayabileceklerdir.[366] Böylece öznel endişelerin açıklanması ile bunlardan kurtulma imkanının bulunduğunu düşünen *Posner*'ın yargılamada tarafsızlık ve açıklık konusunda en büyük güvencesi kararın bilimsel veriler uyarınca oluşturulmasıdır.[367] *Fisher*'e göre, *Posner*'ın hukuki pragmatizminin üçüncü özelliği ise, formalizm karşısına çıkarılmış olan "pratik akıl"dır.[368]

Gerek *Posner*'ın hukuki pragmatizme yönelik kendi tanımlamalarında, gerekse *Grey, Lake, Luban, Burton* ve *Fisher*'ın tanımlamaları neticesinde *Posner*'ın

---

[364] Burton, Steven J., "Jurisprudence of Skeptism", **Michigan Law Rev**., 1988-1989, s:711

[365] Fisher, Linda E., "Pragmatism is as Pragmatism does: Of Posner Public Policy and Empirical Reality", **New Mexico Law Rev**., 2001, s:465

[366] age, s:471

[367] age, s:472

[368] age, s:466

hukuki pragmatizminde dikkati çeken özellikler ana başlıklar altında toplanacak olursa, *Posner*'ın "hukuk ve felsefeyi ayırması", "sonuç odaklılık", "formalizm karşıtlığı" ve "normatif program önerisi" olarak belirtilebilir.

Aşağıda yer alan *Posner*'ın hukuki pragmatizmini tanıma yolundaki araştırma derinleştirilirken bu dört özellik rehber alınacaktır. *Grey*'in tanımlamasının iki unsuru olan "bağlamsallık" ve "araçsallık", *Lake*'in de ifade ettiği gibi, genel olarak tüm pragmatizmler için geçerli iki tez olduğundan ve dolayısıyla *Posner*'a özgü nitelik taşımadığından daha önce incelendiği için tekrar ele alınmamıştır.• *Posner*'ın hukuki pragmatizmine *Luban*'ın atfetmiş olduğu özellik olan "eklektiklik" *Posner*'ın hukuk ve felsefi teoriler arasında yapmış olduğu ayrımın bir sonucu olduğundan "Hukuk Ahlak Ayrımı (Antitemeldencilik)" başlığı altında incelenmiştir. Benzer şekilde *Burton*'un "şüphecilik" perspektifi hukuk ve felsefi teori ayrımı kapsamında ve de "pratiklik" perspektifi ise sonuçsalcılık kapsamındadır. *Fisher*'in ilk vurgusu "emprizm", "sonuç odaklılık" başlığında ve ikinci vurgusu "tarafsızlık ve açıklık" özellikleri ise "normatif program" başlığında konu edilecektir. *Posner*'ın oniki madde halinde sıraladığı özellikler ise incelenecek olunan dört kriterin kapsamı içinde değerlendirmek mümkündür.

• Birinci bölümdeki felsefi pragmatizm incelemesinde "bağlamsallık" William James'te ve "araçsallık" ise John Dewey'de inceleme konusu yapılmıştır. Posner de diğer sonraki dönem pragmatistler gibi öncü pragmatistlerden kavramsal literatürü ödünç almıştır.Bkz; R.Posner, 2003c, s:180-182

B- Posner'ın Hukuki Pragmatizminin Başlıca Özellikleri

1- Hukuk ve Ahlak Ayrımı (Antitemeldencilik)

Çoğulcu toplumlar tanımı gereği ahlaki meselelere dair konsensustan yoksundur. *Posner* bu sebeple hukuki kararda, özel bir ahlak ya da dünya görüşüne bağlı olmayan cevaplar sunan bir sistem gerektiğine inanmaktadır. Bu türden bir sistem, tartışmaları engellemesi nedeniyle objektif ve herkesin memnun kalacağı çözümü getirecektir.[369] **"The Problematics of Moral and Legal Theory"**• isimli eserinde hukukun kaynağı olarak ahlaka güvenmediğini, hukukun ahlaki teorilerden ayrılması gerektiğini ifade etmekte olan *Posner* "pragmatik etik skeptizim"yle metaetik bir duruş önerisinde bulunmaktadır.[370]

---

[369] Acorn, Annalise, E., "Valueing Virtue:Morality and Productivity in Posner's Theory of WealthMaxsimization", **Valparaiso University Law Rev.**, 1993-1994, s:171

• İlk kez Harvard Law Review'de yayınlanan "The Problematics of Moral and Legal Theory" aslında, Posner'in konuşmacı olarak yer aldığı Holmes'un ünlü makalesi "The Path of Law" un 100. Yıldönümü dolayısıyla düzenlenen toplantılardaki bildirilerinin bir araya getirilmiş halidir. Bkz; E.Washington, 2002, s:3, Ayrıca Posner "The Problematics of Moral and Legal Theory"nin "The Problems of Jurisprudence" ve "Overcoming Law" isimli kitaplarını tamamlayan üçüncü bir kitap olduğunu belirtmektedir. bkz: s:2349

[370] Posner, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard, 2002, s:8

Posner hukukun her tür felsefi ahlaki teoriden ayrılması gerekliliğine ilişkin tezini **"The Problematics of Moral and Legal Theory"** başlıklı eserini iki bölüm halinde yazarak açıklar. İlk Bölüm, hukukun kaynağı olarak ahlakın doğru bir kaynak olmadığını ortaya çıkarmak için bu türden hukuk teorilerini olumsuzlamak üzerine kurulmuşken, İkinci Bölüm çıkış yolu üzerinedir.

> *"Bu kitap iki parçadan oluşmaktadır. Birinci Bölümü eleştirel, İkinci Bölümü kurucudur. Birinci Bölüm normatif etik teoriyi kendi terimleriyle ele alır, felsefi argumanlar öne süren insanların bu inançların hiçbir şeyi değiştirmeyeceği halde, bunlarla boş yere vakit harcadıklarını öne sürer..."*[371]

Posner, ahlaki ilkeleri kullanarak hukuki çözüme ulaşabileceği iddiasını taşıyan ahlaki realizme olan karşı duruşunu[372] anlattığı ilk bölümde ayrıca, akademik ahlakçılığa olan eleştirilerine de yer verir. *Posner*'a göre akademik ahlakçılık değiştirmek istediği şeyi değiştirme gücüne sahip olamaması, yani empirik olarak yetersizliği nedeniyle etkisizdir.[373] Ahlaki realizm ise ahlakın yerel ve rölatifliği nedeniyle savunucularının aksine hukuki kararda haklı cevabı (right answers) verebilme özelliğine sahip değildir. [374] *Posner*'ın kitabın İkinci Bölümünü ayırdığı çıkış yolu etkisiz, rölatif ve yerel ahlaktan kurtulmuş, metaetik duruşa sahip hukukun objektifliğini sağlayacak olan şeyin pragmatizm olduğudur. [375] Ayrıca

---

[371] R.Posner, 2002, s:vıı

[372] E.Washington, 2002, s:3

[373] R.Posner, 2002, s: 38-39

[374] age, s:12-13

[375] age, s:227

Posner bu bölümde hukuk akademisyenlerinin sosyolojik araştırmalara yönelmelerini istemektedir.[376]

Posner **"The Problematics of Moral and Legal Theory"**e ahlaki realizme itirazla başlar. Ahlaki uyuşmazlıkların ahlaki akıl yürütme yolu ile çözülebileceğine ilişkin projesiyle ahlaki realizmin kurucusu olarak gördüğü *Kant*'ı ölümcül zararlı olarak nitelendirdiği ahlaki temellere olan inancı nedeniyle eleştirmektedir. *Posner*'a göre *Kant*'ın dayandığı argümanlardan yalnızca aşkın ahlak ilkeleri çıkarmak mümkün olmadığı gibi, bu ahlaki ilkelerin sonuçlarına yargıçlar tekil davanın koşullarında güvenemezler. [377] *Posner, Kant*'ı takip eden ahlaki realistleri *Elizabeth Anderson, Ronald Dworkin, John M. Finnes, Alan Gewith, Thomas Nagel, John Rawls, Joseph Raz* vs.-liste uzatılabilir- olarak bildirir. Bunları akademik ahlakçılar olarak isimlendiren *Posner*, ahlaki teoriler üzerinden çeşitli başvurularla hukuki tartışmayı davet ve hukukta ahlak teorisi öğretimini talep etmekte olan akademik ahlakçılığın her türüne itiraz etmektedir.[378] *Posner* ahlak kurumlarının kamusal etkililiğini kabul etmekle birlikte, akademik ahlakçıların benzer bir etkisinin olduğunu kabul etmemektedir. Çünkü *Posner*'a göre yalnızca ahlak filozoflarının ilgilendiği ve onlar için anlam ifade eden ahlaki muhakeme, hukuk için "hiçbirşey"dir.[379] Genellikle ne yasama organını ne de yargıcı

---

[376] R.Posner, 2002, s:185

[377] Fortson, Ryan, "The Problemtics of Moral and Ethical Theory", **William Mitchell Law Rev.**, 2000-2001, s:2347

[378] R. Posner, 2002, s:5

[379] age, s:141

bilgilendirmeksizin verimlilikleri akademik alanla sınırlı olacak bir şekilde[380] çeşitli ahlaki tartışmaları değerlendirip yorumlayan akademik ahlakçılar, bir kişinin belli bir ahlak görüşünü benimsemesine ilişkin kesin sebepler verebilme yeterliliğine sahip olmamaları sebebiyle amaçlarından çok uzaktadırlar. [381] Akademik ahlakçıların etki alanı yalnızca kendi uzmanlık alanlarında beliren, ancak halkın ahlak değerlerine temas etme yeterliliğine sahip olamayan bir etkidir. Empirik olarak, ahlak felsefesi en fazla ihtiyaç duyulduğunda en az etkiye sahip durumdadır.[382] *Posner*'a göre felsefi argümanlar öne sürenler bunların hiçbir şeyi değiştirebilmeye gücü olmadığı halde, bunlarla boş yere vakit harcamaktadırlar.[383] Çünkü ahlaki kurumlar ne yapı kurmaya ne de onlara dayanmaya müsait zayıf argümanlardır.[384]

Posner'a göre, akademik ahlakçılar insan davranışını geliştirme amacında pek çok sebeple başarılı olamamıştır. Bunların ilki ahlaki ilkeleri bilmenin bunları yerine getirmek konusunda motivasyon sağlamanın koşulu olmamasıdır. Ahlaki davranışın motivasyonu felsefeden değil, ahlaki alan dışından gelmektedir. İkinci olarak akademik ahlakçılar analitik araçlar kullanırlar ve bu araçlar ne kişisel

---

[380] Noonan, John T, Jr.,"Posner's Problematics", **Harvard. Law. Rev**., 1997-1998, s:1768

[381]R. Fortson, 2000-2001, s: 2353

[382] age, s: 2354

[383] R. Posner, 2002, s:ııv, "Eğer akademik moralizm insan davranışları üzerinde etki yaratıyorsa merak ediyorum bunu nasıl yaratıyor, akademisyenler bunu araştırarak göstermeliler." s:7

[384] age, s:ıx

çıkarların üstesinden gelmede ne de ahlaki kurumlara yakın durmada başarılı değildir. *Posner* üçüncü sebep olarak akademik ahlakçıların arasında çok fazla anlaşmazlık olmasını ve inandırıcı rasyonelleştirmenin kurucu imtiyazlı tercih olmasını gösterir. Dördüncü sebep felsefedeki modern akademik gelişimin karakterinin ahlaki yenilik veya anlayışa yol açar tarzda olmamasıdır. Son olarak *Posner*'a göre, ahlak felsefesine maruz kalmak aslında, insanları rasyonel davranmakta daha başarılı kılarak daha az ahlaki davranmaya yol açmaktadır.[385] *Posner* bu görüşlerini şu şekilde açıklar: Et yiyen bir kişiyi vejetaryen yapmak için yemek için yetiştirilen hayvanların ona sevdirilmesi gerekmektedir. Ya da bir kişinin bebeklere yapılan işkenceyi onaylamamasını sağlamak için ona işkence edilmiş bir bebeğin fotoğrafını gösterilmelidir. Bunlar ahlak kuramı üzerine olan teorik tartışmalarla karşılaştırılamayacak kadar etkili olacaktır. Akademik ahlakçıların tartışmaları, bilinci harekete geçirmede - özellikle de suç, sevgi, acıma gibi duyguları kışkırtmada- yetersizdir.[386]

Posner'ın ahlaki realizme itirazında ve hukuk ahlak ayrımında özellikle üzerinde durduğu mesele ahlakın hukuki karar için uygun bir temel olmaması hakkındadır. *Posner*'a göre ahlak meseleleri yalnızca çözümsüz olduklarında var olurlar. *Posner*'ın "ahlak meseleleri" ile kasdettiği şey, bir takım çekişmeli ahlaki sorunlardır. İtiraz olmadığı ve ahlaki doğru konusunda uzlaşma olduğu zaman ortada zaten bir sorun yok demektir. Evrensel olduğu söylenen ahlak kuralları yalnızca basit oldukları için sorgulanmaya gerek duyulmayan ahlak kurallarıdır. Öte taraftan, ahlaki

[385] E.Washington, 2002, s:34

[386] R. Fortson, 2000-2001, s: 2352

bir çekişme mevcut olduğunda ise yapısı gereği çekişmenin çözülmesi mümkün değildir. [387]

> *"Holmes'a göre liberaller genellikle üç tür çatışma halindedirler. Bunlar, menfaat çatışması, fikir çatışması ve nihai değer çatışmasıdır. Çıkar çatışmasını uzlaşma ve görüşmeyle çözmek mümkündür. Fikir çatışması rasyonel tartışmayla nihai değer çatışması ise, inancın özelleştirilmesi ile çözülür. Oysa fikir çatışmasının rasyonel tartışmayla çözülmesi pek mümkün değildir. Çünkü bu tür çatışmaların kaynağında genellikle nihai inanç sorunu vardır. Aksine bu ne uzlaşma ne de bir tarafın zaferi ile sonuçlanır... Her iki tarafın da öne sürdüğü argümanlar birbirini tatmin etmeyecektir... Çünkü burada akıl ya da entelektüel bir faaliyetle çözülebilecek bir durum yoktur."*[388]

Öyleyse kendisi zaten çekişmeli olan ahlak, hukuki problemlerin çözümünde temel yapılamaz. Ayrıca *Posner*'a göre ahlak yereldir, görelidir ve evrensel ahlaki değerler yoktur.[389] Hiçbir ahlaki görüşü bir diğerinden daha üstün kılacak bir hiyerarşi de mevcut değildir.[390] Ahlak değerleri tarihsel duruma ve kültüre bağlı olarak ortaya çıkmakta ve soyut kelimelerle ifade edilmektedirler. Örneğin "hırsızlık" soyut bir kavram olarak her toplumda yanlış kabul edilse bile, hırsızlık kavramı somut bir içeriğe kavuşturulmaya kalkıldığında, bunun içeriğinin toplumdan topluma ya da bir tarihsel noktadaki durumdan diğer tarihsel noktadaki duruma göre değiştiği görülmektedir. Öyleyse gerçekte, evrensel ve değişmez bir

[387] R. Fortson, 2000-2001, s:2350

[388] R. Posner, 2003a, s:166

[389] R. Posner, 2002, s:6, 8-9

[390] age, s:10-11, ayrıca J.T. Noonan , 2000-2001, s:1771

hırsızlık içeriği yoktur.[391] *Posner* iki farklı kültürel bakışı ve bu bakışa bağlı olarak ortaya çıkan ahlaki değerlendirme farklılığını bir de kürtaj üzerinden örneklendirir. Kürtaja taraftar olan bir bakış retoriğini kadının kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi üzerinden kurar. Oysa kürtaj karşıtı bir değerler sistemi, ultrason yardımıyla görülen fetusun aslında bebek olduğu retoriği üzerinden bir savunma geliştirecektir. "Nasıl görüyorsan öyle yorumlar, ve ona ilişkin etiğe sahip olursun" demekte olan *Posner*'a göre, kürtajı meşru kılan ya da yasaklayan ait olunan kültürün terminolojisi ve retoriğidir.[392] Bu türden cevabı bulunamaz, belirlenemez olan ahlaki soruların "zor ahlaki sorular" olduğununa dikkat çeken *Posner*, kürtaj konusunda farklı düşünen bu iki kültürden hangisinin doğru olduğu sorusunun cevabını ahlaki teorik çerçeve içersinde kalarak bulabilmenin mümkün olmadığını belirtir.[393]

> *"Genellikle dava zordur. Çünkü tarafların menfaatleri arasında denge kurmak gereklidir. İki sosyal değer, bireysel özgürlükle ilgili ilkenin gerekliliği, kadının refahı ile ceninin yaşam hakkı, özel hayatın gizliliği ile bilgilenme hakkı.Yarışan menfaatleri dengelemekle ilgili nesnel bir metod bulunmayabilir. Fakat analiz yapılabilir. Hangi değeri kabul ettiğimizde hangi sonucun ortaya çıkabileceği araştırılır. Supreme Court'da bir davada annenin menfaatiyle ülkenin menfaati hakkındaki denge araştırılarak fetusun hayatı ve kadının kürtaj hakkı konu tartışılmıştır."*[394]

---

[391] R. Posner, 2002, s:6

[392] J.T. Noonan, 2000-2001, s:1774

[393] age, s:1772

[394] R. Posner, 2008, s:242

Henüz yasal düzenleme mevcut değilken Supreme Court kürtajı özgürlük kapsamında değerlendirerek, hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Oysa mevcut düzenlemeler içinde bu konuyla alakalı tek ahlaki unsur, ceza hukukundaki suç işlemeye yardıma ilişkin düzenlemedir. *Posner* ahlaki değerlendirmeyi esas alan bir kararın, suç işlemeye yardımın ahlaki ayrımı uyarınca verilmesi gereğine dikkat çekmektedir. Oysa Supreme Court ortaya çıkacak sonuçlar uyarınca değerlendirme yaparak karar vermiştir. Böylece gerçekleştirdiği pragmatik yargılamayla istenilen sonucu vereceği için, hukuk sisteminde henüz ahlaki değer olarak mevcut olmayan bir değerlendirmeyle kürtajı özgürlük kapsamında sayarak hukuka aykırı olmadığı yolunda karar vermiştir.[395]

Görüldüğü gibi *Posner*, tamamen ahlaki teori karşıtı bir tutum içinde değildir. Ahlaki teori karşıtlığı yalnızca bunların hukuka ve karara temel alınmasıyla sınırlıdır. Ahlak teorilerinin yargılama sırasında emprik araştırmaya eşlik eder tarzda değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.[396] *Posner*'a göre, yargılamada ahlaki teoriler sonuca etkileri bakımından tartışılması ve incelenmesi gereken deliller gibi değerlendirilmelidir.[397] Supreme Court'un kürtaj konusunda yapmış olduğu değerlendirme de ahlakı temel alan değil, pragmatik bir değerlendirme olmuştur.[398]

Posner **"The Problematics of Moral and Legal Theory"**de Ahlaki Realizm ve akademik ahlakçıların iddialarını geçersiz kılmaya yönelik olarak kaleme

---

[395] J.T. Noonan, 2000-2001, s:1772

[396] R. Posner, 1990, s:242

[397] R. Posner, 2008, s:7

[398] age, s:242-243

aldığı Birinci Bölümün sonunda, bilinen bir kaç ahlaki çekişmeyi ve bunlara ilişkin bazı davaları tartışır. Yukarda bahsi geçen kürtaj konusu bunlardan birisidir. Ayrıca ötenazi, eşcinsel evlilik ve ayrımcılık konuları *Posner*'ın tartıştığı çekişmeli ahlak konusu ve aynı zamanda dava konusu olan diğer meselelerdendir.[399]

Posner'ın bu kısımda ele aldığı bir diğer mesele de *Cardozo*'nun **"The Nature of Judicial Process"** adlı eserde kısaca tartışmış olduğu[400] ve ahlaki realist *Dworkin*'nin de tartışmaktan hoşlandığı (*Riggs ve Poker Davası*)[401], "Katil evladın miras hakkı var olmalı mıdır?" sorunudur.

> *"Miras kanunu bazı formaliteleri yerine getiren herkesin istediğine miras bırakabileceğini söylüyor. Mirastan faydalanacak olanın miras bırakanı öldürmesi durumu için bir istisna yapılmış değil. Bu istisna mahkeme tarafından metne eklenmeli mi?"*[402]

Pragmatiste göre cevap şartlara bağlıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse, katil varisin mirastan mahrum edilmesi ya da edilmemesi, durumunun doğuracağı sonuçların analiz edilerek değerlendirilmesiyle ilgilidir. Mahkemenin böyle bir istisnayı kararına yansıtmasına yönelik ilk itiraz, mahkemelerin böyle bir ekleme yapmasının yasa koyucuların üzerindeki baskıyı azaltıp onların işlerini özensiz yapmalarına neden olacağı yolundadır. İkinci itiraz ise, mirastan yoksun bırakmak bir ceza olacağından, suç ve cezanın yasallığı ilkesinin ihlal edilmiş olduğu hakkında

[399] R. Posner, 2002, s:129-144

[400] R. Posner, 2003c, s:186

[401] R.Posner, 2002, s:140

[402] R. Posner, 2003c, s:186

olacaktır. Bu istisnanın karara yansımasına taraftar olanların gösterdikleri argümanlardan ilki katil varisin mirası almasına izin vermenin cinayeti arttıracağına yönelik endişe olacaktır. İkinci olarak zaten çok işi olan yasama organına daha fazla iş çıkarmama arzusu öne sürülecektir. Son olarak ise, katil varisin mirası almamasının miras bırakanın iradesiyle çelişmediği, hatta onu yansıttığı söylenecektir. *Posner*'a göre murisin iradesi, miras kanununun ana amacıdır. Cinayeti önceden tahmin eden bir muris mirasında katile yer vermez. Hatta öngörülü bir muris mirasının katil varise verilmemesi için bir hüküm ekler. *Posner*'a göre, mahkemeler ancak bütün bu olası sonuçları analiz edip karşılaştırdıklarında ve çıkan sonuçlar uyarınca miras kanununu pragmatik yorumladıklarında doğru sonuca ulaşabileceklerdir. [403]

Posner Dworkin'nin bu davaya etik mesele perspektifinden yaklaşmasına karşı çıkmaktadır. Çünkü *Posner*'a göre, burada etik bir problem mevcut değildir. Herkes torunun ahlakdışı davrandığı hakkında zaten hemfikirdir. Burada açıklığa kavuşturulacak bir etik ilke problemi yoktur. *Posner*'a göre sorun yalnızca, torunun ahlak dışı davranışının cinayetten habersiz olarak yapılan vasiyet düzenlemesi karşısında, hukuki bir savunma olup olmadığı hakkındadır. Bu davadaki tek mesele, vasiyetnamenin durumunu yorumlamaktır ve burada meseleyi çözümlemeye yarayacak tek yöntem, ortaya çıkacak sonuçları karşılaştırmaktır. [404]

[403] R. Posner, 2003c, s:187

[404] R. Posner, 2002, s:140

Posner, Holmes'un hukuk ile ahlakı ayırmasının son derece yerinde olduğu düşüncesindedir.[405] Hiçbir ahlaki görüşün diğerinden üstün olduğunun iddia edilemezliği karşısında, hiçbir ahlaki görüşün zor davada karar verebilmek için yargıca sağlayabileceği bir temel yoktur.[406] Ahlaki görelilik hukuka değişkenliği davet etmektedir. Yargılamanın yönetimi ahlaka bırakıldığında, objektiflikten ziyade nihai en yüksek iyi tarafından belirlenen perspektivizme yenik düşülerek kararın objektif değil, tersine sübjektif olması garantilenmektedir.[407] Hukuk terimi, hukuk terimi olarak korunmalıdır. Ahlaki terimin hukuk terimiyle karıştırılması ciddi tehlikelidir. *Posner*, hukuk ve ahlak arasında örtüşme olabileceğini kabul eder. *Posner*'a göre, bunlar "paralel sosyal kontrol metodları"dır. Ancak hukuki terimin ahlaki kullanımı ile düşünmek göreli ahlak anlayışını hukuka davet etmek anlamına gelmektedir. Ahlaki akıl yürütme hukuki problemlerin çözümünde kullanılamaz. *Posner* için hukukun saflığı (Purity of Law) ile tarafsızlık arasında gizli bir mantık bağı vardır.[408]

Birinci Bölümde, ahlaki teorilerin terkini isteyen *Posner*, İkinci Bölümde çıkış yolunu gösterir. *Posner*'a göre, yargıçlar belli bir davaya karar vermede

---

[405]R. Posner, 2002, s:12

[406] J.T. Noonan, 2000-2001, s:1771 Ayrıca Posner, Hitler, Nazi ve Stalin etiğinin ya da köleliğin kötülüğünü onların sona erişleri ile açıklar. Bunlar etik olarak aşağıda olduğu için değil, yaşama gücüne sahip olmadıkları için tercih edilmeyerek yok olmuşlardır.

[407] R. Posner, 2002, s:6

[408] J.T. Noonan, 2000-2001, s:1771

gereken yardımı hukukun dışında aradıklarında bir taraftan ahlak, diğer yandan ise pragmatizmle yüz yüze gelirler. *Posne*r'a göre ahlak bireyler arasındaki ilişkileri düzene sokan ahlaki görevler bütünüyken, pragmatizm yargıcın karar verirken "tutum, sağduyu, kişisel ve mesleki değerler, sezgiler"in kombinasyonuna başvurusunu ifade etmektedir. [409] *Posner*'a göre, pragmatizmin yöntemleri başarısız olduğunda ise yargıç ahlak yerine bilime başvurmalıdır.[410] Açık hukuki içtihadın olmadığı zor davalarda, yargıç bilime dönmeli ve kararında bunun verilerini rehber almalıdır. Sosyal bilimler ve özellikle ekonomi yargıca kararını verirken rehber alabileceği doğru ve nesnel bilimsel veriyi sunabilecektir.[411] *Posner*'da pragmatik yargılama kavramlara ve genellemelere dayanmaktansa, olgulara ve sonuçlara dayanan bir yargılama tutumudur. Bilimin becerisi ise pragmatik yargılamaya pragmatik bilgiyi getirerek tahmin etmeyi, anlamayı ve fiziksel ve sosyal çevreyi kontrol etmeyi sağlayabilir olmasındandır.[412]

Posner bu nedenle akademisyenlerin yargılamaya yarar sağlamak istiyorlarsa ahlak teorileri üzerine değil, sosyolojik çalışmalar yapmalarını ister. Akademisyenler hukuku bağımsız bir disiplin olarak görmemeli, daha çok "sosyal kontrol sisteminin evriminde yalnızca geçici bir aşama" olarak görmelidir. *Posner*'a göre ancak böyle bir perspektif hukuk çalışmalarının önemini ve onların etkisinin tarafsız bilimsel duruştan temelini oluşturabilecektir. *Posner* bu pozisyonu

[409] R. Fortson, 2000-2001, s: 2349

[410] age, ,s: 2349

[411] age, s: 2360

[412] age, s: 2361

Holmes'dan almıştır. *Holmes*'un zamanında, yani neredeyse yüzyıl önce, sosyal bilimler henüz gelişmemiş olması söz konusuyken, günümüzün sosyolojik araştırmalarıyla, son derece güvenilir ve detaylı çalışmalar yapılmaktadır. Sonuç olarak, eğer hukuk akademisyenleri daha fazla bilimsel çalışmalar yaparlarsa, yargıçlar kararlarının kamusal etkisi konusunda daha fazla bilgi sahibi olabileceklerdir.[413] *Posner* yargısal kararın kaynağı olarak ahlaki argümanı tamamiyle terk etmek istediğinden, bu rolü bilime vermiştir. Buna göre, bilimsel verilerin yargıca yardımcı olmadaki uygunluğu *Posner*'ın ahlaki koşullar için gördüğü güçlüğe düşmeksizin sınanabilir olmalıdır.[414]

Posner'ın hukuk ahlak ayrımı çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. Örneğin *Luban*'a göre, *Posner*'ın iddiasının aksine, felsefe problemleri ele almada, hukukla ya da toplumsal meselelerle bağ kurmayan, entelektüel hijyene sahip bir disiplin değildir. Ayrıca *Luban*'a göre hukuk, kendi başına ayakta durabilen bağımsız bir yapıya sahip olabilirse, felsefi teoriyle bağını koparabilmesi mümkündür. Ancak hukukun felsefeden beslenmeyen bağımsız bir disiplin olarak var olabilmesi mümkün değildir. Hukuk biliminden ahlaki teoriye uzanan doğal bir argüman hattı vardır.[415] *Luban*'a göre hukuk için metafizik ve epistemolojik tartışmalar tercihe bağlı değil, zorunludur. Çünkü yargıç doğru olduğu düşüncesiyle verdiği kararı meşrulaştırmaya kalktığında, bu tartışmalarla zorunlu olarak karşıya karşıya

[413] R. Fortson, 2000-2001, s: 2362

[414] age, s: 2363

[415] D. Luban, 1999, s:281

gelecektir.[416] Ayrıca *Luban*'a göre, *Posner* epistemolojide ılımlı skeptizmle, bilim ve ekonomi odaklı yaklaşımıyla, pragmatizmden uzaklaşarak felsefi tartışmaların içine girmiştir.[417] Yani *Posner*'in kendisi de felsefeyi temel almış, teorik görüşleri felsefi pragmatizmden temellendirmiştir. *Posner* da, savunduğu görüşün aksine hukuku felsefeden özerk tutma konusunda başarılı olabilmiş değildir. [418]

Meseleyi *Luban*'la benzer şekilde ele alan *Dworkin*'e göre, pragmatizmin "adil olan-olmayan" ayrımının bırakılması yolundaki önerisi, pragmatik açıdan kendi kendini çürüten bir öneridir. Çünkü bu önerinin kabulü, kendi söz dağarlarımızı daha az kullanışlı hale getirecektir. *Dworkin*'e göre pragmatizm, tutulmamasını tembih ettiği bir nasihatte bulunmaktadır.[419] Pragmatistlerin yaptıklarının kullandıkları metaforlar aracılığla sanal bir ikilik yaratmaktan öte bir şey olmadığı iddiasında olan[420] *Dworkin*'e göre, pragmatizme kullandığı kavramların aslında ne anlama geldiklerini sorduğumuzda, pragmatizm ya skeptik paradoksa düşecek, ya da bir açıklamada bulunduğunda, tavsiye ettiği şüpheciliği bir noktada sonlandırmış olacaktır. [421]

---

[416] D. Luban, 1999, s: 282

[417] age, s:277

[418] age, s:278

[419] Dworkin, Ronald, **Justice in Robes,** The Belknep Press of Harvard University Press, Cambridge, 2006, s: 37-38

[420] age, s:41

[421] age, s:40

Rosenfeld da, tıpkı *Luban* ve *Dworkin* gibi, hukukla ahlakın bağının koparılabileceği konusunda şüphelidir. *Rosenfeld* düşüncesini eşcinsel yaşam tarzının korunması üzerinden örnekler. *Rosenfeld*'a göre, genel hatlarıyla belirtilmiş anayasal eşitlik hakkının eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayacak şekilde anlaşılması ya da anayasal mahremiyet hakkının korunmasını gerektirdiğini söylemek, etik normlara ya da diğer genel felsefi kavramlara gönderme yapmadan pek inandırıcı olmayacaktır. [422] Eşcinsel yaşam tarzlarını korumak ve korumamak farklı pratik sonuçlar doğuracaktır. *Rosenfeld* bir yargıcın eşcinseller için anayasal eşitlik hakkı sorununa etikten ve felsefeden tamamen ayrılmış bir hukuki pragmatizmle ikna edici bir çözüm getirebilmesini mümkün görmemektedir.[423]

Ayrıca *Rosenfeld*'ın diğer bir itirazı, hukuku ahlaki teorilerden arındırdığı iddiasında olan Posner'ın aslında "refah maksimizasyonu"nda temellenen gizlenmiş bir hukuk teorisini savunmakta olduğudur.[424] Aynı görüşte olan *Annalise E Accorn* bu durumu *Rosenfeld*'dan biraz daha farklı bir şekilde ifade ederek, *Posner*'ın etik bir prensip olarak refah maksimizasyonunu savunduğunu ve sisteminin temeline bunu yerleştirmiş olduğunu söylemektedir. [425] Bu durumda *Posner, Rosenfeld* ve *Accorn*'un görüşleri uyarınca hukuk ile ahlaki teori arasındaki bağı kaldırmada ve hukuku özerkleştirmede başarılı olamamıştır.

Ryan Fortson'a göre de hukukta ahlaki seçimden kaçmak mümkün değildir. Fortson'ın eleştirisi Posner'ın ahlakın yerine koymaya çalıştığı "bilimsellik "

---

[422] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:105

[423] age, s:106

[424] age, s:124-125

[425] A.E.Acorn, 1993-1994, s:171

argümanına yöneliktir. Çünkü *Fortson*'un değerlendirmesine göre, hangi bilimsel araştırmanın benimseneceğine dair olan seçim de ahlaki bir seçimdir.[426]

Fortson, Posner'ın bilimsellik argümanını üç noktada eleştirmektedir. Bunlardan ilki *Posner*'ın önermekte olduğu sosyolojik araştırmaların aslında kendi başlarına ve kaçınılmaz olarak nesnel olmayan tahminlere dayanıyor oluşudur. *Posner*'ın ahlaktan sosyal bilimlere dönüşü açıkça şu fikre dayanmaktadır: Sosyal bilimler ahlakın sağlayamadığı nesnelliği sağlayabilir. *Fortson*'a göre *Posner*'in bu dönüşü ilk başta geçerli gözükebilir, sonuçta bilimin amacı nesnellik sağlamaktır. Ancak *Fortson*'a göre daha derin bir çözümlemeyle bu nesnelliğin çok da doğru olmadığı anlaşılacaktır.[427]

> *"Her bilimsel araştırma neyin geçerli olup olmadığı hakkında tahminlerde bulunur. Bunun çeşitli aşamaları vardır. En geniş aşamada bilimsel araştırmanın farklı bilimsel paradigmalar aracılığıyla zamanla değişmiş olduğunu görürüz. Bu iddianın en ünlü savunucusu Thomas Kuhn'dur. Daha spesifik ve disipliner bir aşamada ise, paradigma değişimi konusu daha fazla önem kazanır. Akademisyenler içerisinde, ekonomi uzmanı tarafından yürütülen bir araştırma tipi siyaset bilimi, tarih veya sosyoloji uzmanı tarafından yürütülenden çok daha farklıdır. Bu türden araştırmalar arasındaki farklılık, paradigma ve tahminlerin farklı biçimlerde kurulmasıyla ilişkilidir. Bu tahminler çalışılacak konunun öznesini belirlemekle kalmaz, ayrıca sorulacak soruların da şekillenmesinde rol oynar. "* [428]

Fortson'a göre *Posner*, sosyoloji, evrim biyolojisi, bilişsel psikoloji gibi çeşitli alanların katkılarını araştırmıştır; fakat bu tür alanların çok farklı sonuçlara

---

[426] R.Fortson, 2000-2001, s:2371

[427] age, s:2363

[428] age, s:2363

ulaşabileceğini belirtmemiştir. Her araştırma projesi bir yerden başlamalıdır. Genellikle de ait olunan disiplinin varsayımlarından başlanmaktadır. Ön varsayımlar disiplinden disipline farklılık göstereceği için *Posner* tarafsız bakış açısına sahip olmaya dair amacını gerçekleştirememektedir. İkincisi sosyolojik araştırmalar nadiren kesin ve katidir. Farklı disiplinlere olan farklı yaklaşımları bir kenara koyarsak, aynı disiplin içindeki bulguları toplamak ve yorumlamak konusunda bile her zaman ortak bir paydada buluşulamamaktadır. Gerek seçilecek metodoloji gerekse verilerin nasıl yorumlanacağına dair anlaşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir.[429]

Fortson'un yönelttiği üçüncü eleştiri sosyal bilimlerin her şeye rağmen yargıçlara yardımda bulunduğu konusunun pek net olmayışı hakkındadır. Çoğu sosyolojik araştırmanın yargıçlara çok az yardımı dokunmaktadır**.**[430]

Fortson'a göre *Posner* "zor dava" meselesini de yanlış yorumlamaktadır**.** Bu davaların zor olmalarının sebebi bunların toplumun amacını ve yönünü belirleme özelliklerindendir. Bu amaçların ise, bilimsel araştırma yapmadan önce belirlenmesine ihtiyaç vardır.[431]

> *"Örneğin Posner şundan bahseder: Tekelcilik karşıtı yasalar ilk yürürlüğe girdiğinde amacın 'ekonomik verimi geliştirmek mi yoksa büyük işletmelerin gücünü azaltmak mı' olduğu net değildi. Yine de Posner şu gerçeği görmezden gelir: yargıçlar tekelcilik karşıtı*

[429] R.Fortson, 2000-2001, s:2365

[430] age, s:2366

[431] age, s:2368

davalarla yüzleştiklerinde, geliştirilmeye çalışılan amaca uygun bir karar vermeye zorlandılar." [432]

Sonuç olarak *Fortson*'a göre, benimsenmek üzere hangi sosyal bilim araştırmasının seçileceği konusunda bilimsel temellerle değil, ahlak kurallarına dayanan durumlarla karar verilebilir. Diğer bir deyişle, bilim özel durumlarda yargı için işe yarar olsa bile, onun ahlak kuramının yerine geçebileceğine olan inanç anlamsızdır. [433]

Steven J Burton da bilimsellik ve ahlaki seçim hakkındaki eleştirisinde *Fortson*'la benzer görüştedir:

"Posner'ın hukuki şüpheciliği, yanlış noktadan başlamış olması ve hukuk felsefesinin temel literatürünü görmezden gelmesinden kaynaklanıyor. Bu literatüre göre, hukuku ve kanunun doğasını anlamak için bilimsel dil uygunsuzdur. Kanun bilim değildir ve o sosyal veya kurumsal davranışı tahmin ya da tasvir etmez. Kanun istenen bir sosyal dünyaya ulaşmak için davranışı yönlendirir. Yani kanun pratik bakış açısından ve pratik dille anlaşılmalıdır. Posner'ın argümanları bu noktayı kaçırıyor." [434]

2- Sonuç Odaklılık

En iyi eylem en iyi sonuçla birlikte olmalı görüşünü taşıyan *Posner*'ın hukuki pragmatizmi, ortaya çıkacak sonuçlar bakımından olayı değerlendiren felsefi

[432] R.Fortson, 2000-2001, s:2368

[433] age, s:2369

[434] S.J. Burton, 1988-1989, s:723

bir doktrindir. Somut olay bazındaki değerlendirmeler, hukuki ilkeler veya normlar üzerinden değil, doğacak sonuçlar arasındaki karşılaştırmalarla yapılır. Hukuk, doğacak sonuçlara bağlı olarak araçsal konumdadır. [435] *Posner*'a göre pragmatik yargılamanın nihai kriteri akılcılıktır. Bu akılcılığın anlamı, soyut, şekilsel ve genel nitelikte formule edilmiş kurallardan gelen aklı değil, somut olaydaki sonuca yönelik emprik aklı esas almaktır.[436]

Posner'ın sonuç odaklı yaklaşımı pratik akıl ve emprizme dayanmaktadır. Aşağıdaki alt başlıklarda önce pragmatist yargıcın empirist oluşu, sonra ise yargıcın kararı verirken gözeteceği pratik akıl ve makulluk kavramları incelenecektir.

2a- Pragmatist Yargıç Empirist Olmalıdır

Posner'a göre, bilgiyi gözlemden ayırma çabası kalıcı ve bir yere kadar da verimli olmuştur. Pragmatist yargıç yalnızca somut olay araştırmasında değil, başlangıcından itibaren yargılamanın tümünde empirik olmalıdır.[437] Yargıç, karara kapalı bir mantıkla değil, olayın ve hayatın empirik araştırmasına dayalı verilerle varmalıdır.[438]

Posner'ın sonuç odaklı empirik araştırmaya dayalı yaklaşımı kullanışlı bilgilerin tümünü bulmaya odaklanır. Ayrıca bu bilgileri kullanmaya engel olan

[435] R.Posner, 2003a, s:59

[436] age, s:65

[437] R. Posner, 2003c, s:186

[438] R. Posner, 2003a, s:59, 75

yapay şeyleri de eler. Empirik bilgi, karara öngörü gücü ve pozitif açıklama sağlamak için kullanılır. Muhafazakar bir formalist paradigmanın, sonuçlarla ilgilenen empirik soruları cevaplayabilme yeterliğinden yoksun olduğu düşüncesinden hareket etmektedir.[439] Örneğin formalist nedensellik anlayışına göre, suç planları birileri tarafından bölündüğünden ya da başka bir nedenle başarıya ulaşmamış ve kimseye zarar vermemiş insanlar genellikle teşebbüs ve komplodan cezalandırılırlar. İnsanların hareketleri dava açılmasına neden olan zararın ne şartı ne de o zararı yaratmaya yetecek düzeyde olsa bile ceza alacaklardır. Oysa sonuçsalcı yaklaşımda cezalandırılmayacaklardır. Çünkü sonuçsalcı yaklaşımda sorumluluk, felsefi ya da formalist değil, empirik verilere göre düzenlenmektedir. [440]

Posner'a göre akıl, amaç, özgür irade, haksız fiil ve nedensellik gibi soyut kavramlar pragmatik sonuç kriterine göre emprik olarak sınandıklarında anlaşılmaz görünmektedirler. Bu kavramlar, cinayetin kasıtlı olup olmadığını anlamak için yargıcın işine yaramaz. Davalının düşüncesinin içine giremeyen yargıç, sadece eldeki delillere göre davalının ne yaptığına bakmaktadır. Yargıç delillere göre eylemin önceden planlanıp planlanmadığını, delillerin saklanıp saklanmadığını ya da failin başka bir şekilde sıyrılmaya çalışıp çalışmadığını ve suçun tekrar etme ihtimalinin

[439] L. Fisher, 2001, s:467

[440] R. Posner, 2003c, s:184, "Mesela iki kişi birbirinden habersiz aynı anda ikisi de zarar veriyorlar. Fakat içlerinden sadece birisine dava açılıyor. Ya da mesela sıradan olmayan görülmedik bir biçimde zarara neden olan kişiler bazen hareketlerinden sorumlu tutulmuyorlar. Çünkü zararın eylemin tahmin edilemez bir sonucu olduğuna kanaat getiriliyor."

olup olmadığını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Özgür irade, amaç, kasıt gibi kavramlarla uğraşmak zorunda olmayan pragmatist yargıç, eylemin doğurduğu tehlikeyi anlamaya yönelik bir emprik araştırma gerçekleştirir. Çünkü suçlunun cezalandırılmasının arkasındaki sosyal endişe, kapalı mantık üzerinden işleyen soyut kavramlarla değil, tehlikelerle ilgilidir. [441]

Diğer yandan, *Posner*'ın sonuç odaklı hukuki pragmatizminin empirik vurgusu bazı yönlerden eleştirilmektedir. *Linda E Fisher'*a göre empirist yöntem hem yasal hem de bilimsel kısıtlamalarca disiplinsiz olma eğilimi göstermektedir. *Posner*'ın hukuki pragmatizmi, yargıcı hukuku tesis eden organlardan biri olarak tayin etmesiyle, formalizmin karşısında yasal olarak zaten disiplinsizdir. *Fisher'*a göre ayrıca bilimsel kısıtlamalar bakımından da disiplinsizdir. Pragmatik yargıçlar yasal sonuçlara ulaşmak ve onları doğrulamak için bilimsel çalışmaları kullandıklarında ortaya bir takım problemler çıkacaktır.[442]

Posner delillerin birçok farklı disiplinden aranmasını tavsiye eder. Diğer disiplinlerden uzmanların verdiği ifadelerin niteliğini *Posner* genelde, bağımsız olarak değerlendirir. Bazen de kendisi uzmanmış gibi davranır. Onun yapmış olduğu değerlendirmeler genellikle doğru görünse de, gelecekte aynı pratiği takip edecek diğer yargıçların uzman olmadıkları alanlarda yapacakları değerlendirmelerin doğru olmasının garantisi yoktur.[443] Kaldı ki, bilimsel kanıtın kullanılış tarzını belirli bir tarzda sınırlandırmak mümkün değildir. Emprik bilginin niteliğini ya da nasıl

---

[441] R. Posner, 2003c, s:184

[442] L. Fisher, 2001, s:470

[443] age, s:469

kullanılması gerektiğini değerlendirecek ortak bir standart yoktur. Sonuç olarak bilimsel dilin ulaşılmak istenen -ama belki de daha adaletsiz ya da üzerinde fikir birliğine varılmayan- sonuçları doğrulamak için de kullanılabilmesi mümkündür.[444]

Fisher, Posner'ın empirik yaklaşımını delil tespiti konusunda da eleştirir. *Posner* bazen haksız yere kendine delil bulma güçleri atfetmektedir. Oysa bu görev normalde yüksek mahkeme yargıçlarına (*Posner* yüksek mahkeme yargıcıdır) ait değildir. *Posner*'ın toplumsal sonuçlara yaptığı vurgu ile pratiği görmezden geldiği zamanlar vardır. Basit bir ifadeyle ortaya koymak gerekirse, *Posner* delil bulma işinde, her zaman oyunu kurallarına göre oynamaz.[445] O delil tespit işine tarafların istemi olmaksızın kendiliğinden özgürce kalkışır. *Fisher* davanın ilk derece mahkemesindeki yargılaması aşamasında sunulmamış olup, temyiz aşamasında araştırılan delilin pek fazla güvenilir olmayacağına dikkat çeker. Tarafların temyiz aşamasında gözönüne alınan karşı tarafın lehine olan delillere itirazı olacağı gibi, yargıcın bir tarafın lehine olan delili kendiliğinden gözetmesi onun tarafsızlığının sorgulanmasına neden olacaktır.[446]

David F. Levi'ye göre yargıca emprist olması önerisinde bulunan *Posner*'ın kendisi aslında empirist değildir. Çünkü *Posner*, empirik bir çalışmaya dayanarak yapılması gereken birçok genelleme hakkında fikirlerini bildirmekte, ancak bunları ne kendi empirik çalışmasına ne de başka çalışmalara dayandırmaktadır. *Levi, Posner*'ın iddialarıyla ilgili probleminin bu iddiaların doğru

---

[444] L. Fisher, 2001, s:470

[445] age, s:468

[446] age, s:469

olup olmadığı hakkında olmaktan öte, empirik çalışma ve veri eksikliğinden dolayı bunların doğru olup olmadığını bile söylemenin imkansız oluşuyla ilgili olduğuna işaret ederek, *Posner*'ın savları bir veriye dayansaydı bunları sınamanın ve dikkate alabilmenin ancak o zaman mümkün olabileceğini söylemektedir.[447]

2b- En İyi Sonuç / Etkililik / Pratik Akıl / Makuliyet Kriterleri

Yargıcın kararını verirken sonuç odaklı olması gerektiği inancını taşıyan *Posner*'ın yazılarında bu amaca yönelik olarak yargıca önerdiği -zaman zaman değişen ve birbirlerinin yerine geçecek tarzda kullanılan- birkaç kriter göze çarpmaktadır. Bunlar; "en iyi sonuç" (the best)[448],"etkililik"(efficiency)[449], "pratik akıl" (pratic reason)[450] ve "makuliyet" (reasonable)[451] kriterleridir.

Posner'a göre yargıç, farklı prensipler getiren iki hukuki kuralı karşılaştırmak yoluyla en iyi sonuca ulaşır. Buna göre yargıç mevcut olayda, amacı destekleyen ya da onunla uzlaşan en iyi yasal yoruma destek veren kuralı bulmak

---

[447] Levi, David F., **Autocrat of the Armchair (Reviewing Richard A. Posner, How Judges Think)** Duke Law School Faculty, Scholarship Series. Paper 173, 2009, s:1797

[448] R. Posner, 2003a, s:60

[449] R. Posner, 2003b, s:252

[450] R. Posner, 2003a, s:60

[451] age, s:59

yükümlülüğündedir.[452] *Posner*'ın yargıcı üç kat meydan okumayla yüzleşmek zorundadır. Bunlardan ilki yargıcın yeterli öğrenme, bilgi sahibi olma ve etkili yasal kuralı belirlemeye yönelik bilme zorunluluğudur. İkincisi yargıç etkili kuralı belirlerken hukuk evreni içinde konuyla ilgili diğer düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Nihayet yargıç, belirlemesi ve kararı ile ilgili olarak seçtiği kuralın neden etkili sonucu verecek olduğunu ve diğer kuralların neden daha etkisiz sonuç verecek olduklarını da açıklamak zorundadır.[453]

Posner'a göre hukuki pragmatizm, "zenginlik-refah maksimizasyonu"nu[454] yaratacak "en iyi" sonuca odaklı olmalıdır. Yargıca sonuçlara bakmayı önermekte, kararını koşullar dahilinde her iki taraf için en iyi sonucu verecek şekilde üretmesi gerektiğini söylemekte olan[455] *Posner*, onun karar verirken ekonominin ilkelerini kullanmasını istemektedir. Çünkü her ikisinin de amacı verimliliği artırmaktır. Olası kuralın seçiminde "efficiency/ etkililik, verimlilik " en üstün ilke olmalıdır. Etkili olması gereken değer, refahın en çoğaltıcı şekilde yeniden dağılımıdır. Böylece *Posner*'a göre yargıçlar, gelecek odaklı kural koyuculuklarıyla, taraflar arasında en fazla etkili çıktıya sahip olacak kuralı seçerek kararlarını vereceklerdir. *Posner*, alışık

---

[452] R. Posner, 1999, s:238

[453] Sanders, Anthony B.- Todd.J, Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Rev**., 2008, s: 575

[454] R. Posner, 1990, s:356

[455] Jacobson, Arthur J.- McCormick, John P., "The Business of Democracy is Democracy", **John M.Olin&Economics Working Paper**, The Law School the University of Chicago, no:261, 2D series, 2005, s:23

olunan dışında "adil", "adalete uygun" ya da "doğru" gibi terimler yerine "en iyi", "etkili", "verimli" ifadelerini tercih etmektedir. [456]

Posner'ın görüşünde yargıç, hukuk kuralını telaffuz ettiğinde bu kuralın somut olaya uygulanmasının gelecekteki etkilerini dikkate almalıdır. Bu en fazla verimli çıktı meselesi durumun özelliğine göre değişmektedir. Örneğin bir haksız fiil davasında yargıç alternatif kuralları uygulamanın davanın gelecekte doğuracağı sonuçlara etkisini gözetmelidir. *Posner*'a göre yargıçlar, gelecek odaklı kural koyuculuklarıyla, taraflar arasında en fazla etkili çıktıya sahip olacak kuralı seçerek kararlarını verirler. Böylece etkililiği, verimliliği arttırmaya konsantre olan yargıçlar alternatif değerlendirmeleri yürürlüğe sokarak ve refahın yeniden dağılımını temin ederek, hukuku tamamlarlar.[457]

Posner'ın kriterleri çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. *Arthur J.Jacobson ve John P.McCormick* göre, *Posner*'ın "en iyi" sonuç kriteri standart bakımından yetersizdir. *Posner*'ın kararının delillerinde "en iyi" ye işaret eden değişmeyen öz bir değer standardının açıkta kalmış olduğuna işaret eden *Jacobson ve McCormick*'e göre *Posner*, reddettiği doğal hukuk çizgisine düşmek kaygısıyla, toplumsal yararı maksimize eden faydacılığın evrensel kuralına benzer bir karar tavsiyesinden ve bu tarz gerekçelendirme çizgisinden özellikle kaçındığından "en iyi"nin standardını vermekten geri durmaktadır. Çünkü *Posner*'a göre hem hukuk, hem de politik üretim, değere işaret eden tartışmaların üstünde tutulmalıdır. Böylece *Posner*, "en iyi" sonucun ne olacağına dair hiçbir şey söylemeksizin bunu yargıçlara

[456] A.B. Sanders, s: 563

[457] age, s:563

bırakmaktadır. En iyi sonuç, "farklı sonuçların ağırlığına bağlı" olup, aynı zamanda "yargıcın kendi idealindeki toplumun ihtiyaçları ve çıkarlarına" kalmıştır. *Posner*'ın yargıcın vereceği en iyi sonucun ne olacağını aydınlatmaksızın yargıcın kararını sakat bırakmakta olduğunu düşünen *Jacobson ve McCormick*'e göre, *Posner*'ın tüm felsefi enkazından kurtarılabilen tek kelime "en iyi" dir. *Jacobson ve McCormick* pragmatik yargılama teorisinin boş bir bağlam olan "en iyi" kelimesi temelinde yapılandırmanın mümkün olmadığı eleştirisinde bulunmaktadırlar.[458]

İlk dönemlerde "en iyi" sonuca işaret eden *Posner*'ın daha sonraki dönemlerde ilave olarak "makuliyet" (reasonable) ve pratik akıl (pratic reason) kriterlerinden sözetmektedir. Buna göre, pragmatik karar pratik akla uygun olarak akılcı/makul olarak ortaya çıkmalıdır.[459] **"Law, Pragmatism and Democracy"** isimli kitabında "Pragmatik Yargılamanın İlkeleri" arasında makuliyete işaret etmektedir. Pragmatik yargıç kararını makul vermelidir.[460]

Pratik aklı "saf olmayan, yani kolayca kandırılamayan insanların mantık ya da gözlem tarafından doğrulanamayan olaylar hakkındaki inançlarını biçimlendirme yöntemleri" olarak tanımlayan *Posner* bu metodları sağduyu, sezgi, yorumlama, deneyim, analoji yoluyla akıl yürütme ve örtülü bilginin karmaşası olarak bildirmektedir. *Posner*'da pratik akıl hedefi belirleme ve bu hedefe ulaşmak için

[458] A. Jacobson, - J.P. McCormick, 2005, s:23

[459] age, s:23

[460] R. Posner, 2003a, s:59

gerekli olan en uygun araçları seçme şeklinde ortaya çıkan araç-amaç rasyonelliğini içermektedir.[461]

Posner'ın "pratik akıl" kavramı da çeşitli bakımlardan eleştirilmektedir. Bunlardan ilki tıpkı "en iyi" sonuç kriterinde olduğu gibi, *Posner*'ın pratik akıl ya da makuliyet kavramına da açıklık getirmemiş olduğu yolundadır.[462]

Posner'ın makuliyet kavramını içerik bakımından anlaşılmaz bulan *Jacobson* ve *McCormick* kavramı kullanmış olan kişilere dikkat çekerek, *Posner*'ın hangi anlamıyla kullanmış olabileceğini bulmaya çalışır. Kavramı ilk kullanan *John Rawls*'dır;

> *"Posner'ın kitabında yüzeysel olarak bahsettiği bu terimi John Rawls 'Siyasal Liberalizm' isimli kitabında tanımlamaya girişmiştir. Makulliyetin birinci vurgusu, toplumun politik liberalizm ortaklığında tesis edildiği bir değişmeyen öz değerler yapısı olduğudur. Siyasal liberalizm politik kararların geçici değerlerden çıkarıldığını farz eder. Fakat liberalizm aynı zamanda diğer dışsal değerleri de kamusal evrenin parçası sayar. Böylece her vatandaş bir 'kamusal akla' sahip olmalıdır. Bunun anlamı, kamusal aklı kendi değerleriyle bağdaştırabilme yetisidir. "*[463]

[461] Levit, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", **Northwestern University Law Review,** Vol. 85, Northwestern University Press, USA, No. 2, 1991, s:498

[462] A. Jacobson, - J.P. McCormick, 2005, s:24

[463] age, s:24

Ayrıca *Habermas* ve *Rosenfeld* da makuliyet kavramını kullanmaktadır. *Jacobson* ve *McCormick*'e göre, kavramın tüm kullanımlarına bakıldığında bunu müzakereci bir yapı dışında düşünmek pek mümkün değildir. Makuliyet kavramı politik yapılanmanın herhangi bir versiyonuna yer vermeksizin kullanıldığında -mutlaka *Rawls*'ınki olması gerekmez- boşlukta kalmaktadır. *Jacobson* ve *McCormick*'e göre, makuliyet kavramının sistematik sonuçlarına pragmatik yargılama teorisinde önemli bir yer vermiş olması nedeniyle *Posner*, başarısızlığa mahkumdur.[464]

Alan J. Haugh'a göre de *Posner*'ın, önündeki açık seçeneklerden herbirinin sonuçları üzerindeki değerlendirmelerine dayanarak alternatif dava sonuçları arasında kararını veren pragmatik yargıç tanımlaması, *Posner*'ın bizi inandırmaya çalıştığı kadar problemsiz değildir. Bu karar verme sürecinde "pratik mantık" a başvurulduğunda anlaşılır. ***Haugh, Posner***'ın "pratik mantık" deyiminin standart bir anlamı olmadığını kabul ederek *Aristoteles*'daki, "herşeye çabuk inanmayan (saf olmayan) insanların mantık veya gözlemle ispatlanamayan durumlar hakkında inançlar oluşturmaya yönelik metodlar" tanımını tercih etmekte olduğunu söyler. *Haugh*'a göre bu tercih karar vermek ve karar için ikna edici gerekçeler sunmak için hiç de uygun bir terim değildir.[465]

Haugh Posner'ın "pratik mantıktan", kanıtlanabilir olmayan gerçek inançların iknası için değerlendirme ve metodların bileşimini anlamakta olduğuna dikkat çeker. Bu bileşim "anekdot, içgözlem, yetki, benzetme (metaphor-mecaz), benzetme (mukayese),

---

[464] A. Jacobson, - J.P. McCormick, 2005, s:24

[465] A.J.Haugh, 2001, s:49

örnek (emsal), gelenek, hafıza, 'tecrübe' (deneyim), sezgi, ve diğer araçları içermektedir. O halde yargısal mantık (gerekçelendirme), standartları seçmek (ayırdetmek), onları değerlendirmek, standardı ilgili davadaki olaylara uygulamak ve bir karara varmak için bu metodların birleşiminin uygulanmasıdır. *Haugh*'a göre *Posner'*ın listesindeki araçlar kuşkusuz ki yargıcın, önündeki konularda nasıl karar vermesi gerektiği konusunda inançlar formüle etmede yardımcı olacaktır. Ancak, bunlar ancak uyuşmazlığın yarısını çözebilecektir. Çünkü bu araçlar kendi başlarına bu inançları haklı çıkarmayacak veya değerlendirilmeleri için bir kriter sağlamayacaklardır. Başka bir ifadeyle, yargıca "ikna edici gerekçeler" sunmayacaklardır. Zaten *Posner*'ın kendisi de bu metodlardan bazılarının "haklı çıkarmadan ziyade keşfetme mantığına ait" olduğunu kabul etmektedir.[466]

*Haugh'*un diğer bir itirazı *Posner*'ın pratik mantığının unsurlarının metodolojik olarak problem taşımasına yöneliktir. Örneğin, sezgi , gelenek veya emsal bir çift karşıt inanç yaratabilir. Zor olan, pratik mantığın kendisinin bu potansiyel olarak çatışan (çelişkili) inançlar arasından seçim yapma kriterini sunabilmesidir. *Posner*'ın tartışması kendi başına, öncelikler oluşturmak için böyle bir kriteri sunmamaktadır.[467]

Bir kriterin başarısının onun açıklayıcı ve keşifçi davranışa önderlik edebilme yeteneklerine bağlı olduğu düşüncesinde olan *Nancy Levit*'e göre, pratik akıl ve makuliyet kriterleri kısır ve başarısızdır.[468] Öncelikle pratik akıl kavramının

---

[466] A.J.Haugh, 2001, s:49

[467] age, s:49

[468] N. Levit, 1991, s:507

çoğunlukla olumsuzlama üzerine inşa edilmiş olmasından dolayı güvenilmez olduğunu düşünmekte olan *Levit*, negatif tanımlara net olmamaları nedeniyle güvenmemektedir. Çünkü negatif tanımlamadaki bir şeyin ne olmadığını söylemek, nadiren o şeyin ne olduğunu söylemek anlamına gelecektir. Tanımlama anlamın sınırları çizmek ve o şeyin neler içerdiğini söylemektir. *Levit* negatif tanımlarla taslak çizilebileceğini ve netliğe ulaşılamayacağını söylemektedir.[469] *Posner,* pratik aklın diğer teorilerden daha iyi olduğuna ilişkin iddiasında bunu ispatlamaya çalışmamıştır. *Levit*'e göre *Posner*'ın teorisinin olumsuzlama üzerinden sunumu yapısal bir hataya sahiptir. Çünkü A, B ve C teorilerinin iyi olmaması, D teorisinin iyi ve geçerli olacağı anlamına gelmez.[470]

Ayrıca *Levit*'in *Haugh*'un getirdiği metodolojik eleştiriyi de paylaştığı görülmektedir. Rasyonellik kriteri olarak bilinen bilimsel metod, hem metodolojik hem de kuram değerlendirme şeklinde çift yönlü işlev görmektedir. Böylece bilimsel metod ile hukuk sisteminin hangi kuramlarının mantıklı ve sınanabilir olduğu ortaya çıkmaktadır.[471] Bilimsel metoda taraftar olan *Levit* sağduyu kavramı ve akıl yürütmeyi analitik metodların entellektüel açıdan en zayıf metodlar olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Çünkü *Levit*'e göre sağduyu kültürel inşa, sosyal, etnik ve coğrafi değişikliklere ve de tarihsel geleneklere bağlıdır. Ayrıca sağduyunun kültür tarafından derinden etkilendiği düşünülse de sağduyu kültürel koşullar hakkındaki eleştirel düşünmeyi desteklememektedir. Sağduyu kültürel aktarım ve

[469] N. Levit, 1991, s:509

[470] age, s:508

[471] age, s:501

çoğalmayla birlikte düşünüldüğü için tutucu bir metottur.[472] Ayrıca *Levit*'e göre eylemle daha fazla, düşünceyle ise daha az ilişkili olan sağduyu, açıklayıcı bir inceleme geliştirebilme yeterliliğinden de yoksundur. *Posner*'ın sağduyu metodları olarak sunduğu sezgi ve örtük bilme, genel ve net olan ifade metodlarından değildir. Eğer karar verme metodolojisi sezgisel düşünme olursa *Levit*'e göre, kararlara dair sebeplerin açıklığı bile daha iyi bir anlamayı sağlamayacaktır. Çünkü pratik akıl, fikirleri şekillendiren sezgilerin nasıl bilgilendirilmesi gerektiğine dair bir standart sunmamaktadır.[473]

Bunlara ilave olarak *Levit,* sezgisel ve sağduyusal düşünmenin mantıksızlaştırıcı, anlamsız eğilimlerine değinir. Sezgisel düşüncede bağlantılar ve benzerlikler nedensellik ilişkilerine benzetilebilmektedir. Sağduyu bilim öncesi ve mantıksız olmaya eğilimlidir. Sonuç olarak *Levit*'e göre, sezgisel kısımlara akıldan daha fazla değer vermek ve de onları akıldan ayrı bir yere koymak aklın develüasyonuna yol açacaktır.[474] *Levit* tüm bu açıklamalarının, *Posner*'ın pragmatizminin sistematik düşünme için gerekli unsurlardan yoksun olduğunu gösterdiğini düşünmektedir.[475] *Levit*'e göre, *Posner*'ın pragmatizmindeki akıl yürütmenin sezgisel ve sağduyusal formları sistematik ve kapsamlı bilgiye yönelik bilim felsefesinin modern trendlerine ayak uydurabilme yeterliğine sahip değildir.[476]

---

[472] N. Levit, 1991, s:502

[473] age, s:503

[474] age, s:504

[475] age, s:505

[476] age, s:506

Levit'in *Posner*'ın metodolojisine getirdiği bir diğer eleştiri *Posner*'ın tanımlayıcı hukuktan emredici hukuka geçmiş olmasına yöneliktir. *Levit*'e göre, eğer *Posner* basitçe pratik aklı, yargıçların zor davalarda kullandığı analiz metodu olarak açıklasaydı "**The Problems of Jurisprudence"** uzlaşmacı bir görünümde olurdu. Ancak, *Posner* pozitif teoriden normatif olana kaymıştır.[477] *Levit* yargıçların yaptıkları şeyin doğru olduğunu düşündüklerinde bir şeyleri değiştirmek için dürtüleri olmayacağını düşünmektedir. *Posner*'ın teorisinin bu halinde, yargılama statükoya yenik düşeceğinden sistemin daha iyiye gidebileceğine dair olan umutlar kaybolacaktır.[478]

Levit Posner'ın teorisinin merkez noktasına göre, pratik aklın konsensus hukuku olduğu kanaatini taşımaktadır. Buna göre, *Posner*'da pratik aklın meşruluğu evrensel olarak paylaşılan değerler varsayımından çıkmaktadır. *Posner*'ın sezgi, örtük bilme ve sağduyuyu güvenilir nitelikler olarak sunması, bunların paylaşılan nitelikler olduğu varsayımına dayanmaktadır. Çünkü aynı kollektif sezgi paylaşılmadığında, o zaman pratik akıl, kişisel değer yüküyle karar vermeyi geçerli kılmak durumundadır.[479]

Levit'e göre *Posner,* hukuki topluluğun hem politik hem de kültürel olarak çeşitli olduğunun hakkını teslim etse de, önemli pasajlarda, pratik aklın yargısal metodoloji olarak başarısının toplumsal konsensuslara dayandığını ifade etmektedir. *Posner*'a göre, "hukuki akıl yürütme, konsensus politik ve sosyal değerlerle ilişkili

[477] N. Levit, 1991, s:510

[478] age, s:510

[479] age, s:510

olduğu zaman daha ikna edicidir." Bu durumda *Posner*'ın getirdiği çözümün sadece "yargıda çeşitlilik olsa da, birçok paylaşılan (ortak) sezgi de olacaktır" noktasında toplanmıştır. *Levit*'e göre, *Posner*'daki sezgisel düşünce, yargısal çeşitlilik varsayımına karşı bir tuzaktır. Çünkü *Posner* ayrıca, çoğulculuk karşısında meşruiyet tesisi için müzakereci modeli değil, halkı önemli olmaktan çıkaran yargıçların, pozisyonları sayesinde, adalet dağıttıklarına inanılan modeli tercih etmektedir.[480]

Mevcut yargının politik, ekonomik ve de etnik olarak dikkat çekici bir biçimde homojen olduğunu ve kişisel niteliklerin çeşitliliğinin yokluğundan daha önemli olan şeyin 'ideolojik aynılık' olduğuna işaret eden *Levit*'e göre buradaki temel zorluk *Posner*'ın yargısal çeşitliliğe dair olan varsayımıdır.[481] Çünkü tersine fiilen var olan durum, yargıda çeşitlilik değil, homojenliktir. Ama bunun aksine hukuki homojenliğe zıt olarak toplumsal yapıda heterojenlik ve sessiz kültürel gruplar vardır. *Levit*'e göre sağduyuya dayanan, çoğunlukçu ve farklılık karşıtı pratik akıl hukuk sisteminin sıra dışı ve azınlık gruplarına karşı neden duyarsız kaldığının altını çizer yapıdadır. *Levit*'e göre bu durum baskın olan sesi meşrulaştırma işlevi görecek ve sağduyu dışlanmış grupları marjinalize edecektir. Bu yöntemle mantıklı kararlara ulaşılsa bile, yöntem zarar vericidir. Çünkü birkaç alternatif içinde her seçim (karar seçimi) neyin normal ve uygun olduğunu göstermenin bir yolu olduğu gibi, öbür yandan diğer alternatifleri anormal ya da 'uygun değildir' olarak tanımlamasıyla güç gösterisi olarak ortaya çıkmaktadır. *Levit Posner*'ın pratik akıl

[480] N. Levit, 1991, s:511

[481] age, s:512

kavramını, gücün, alt tabaka grupları üzerindeki iddia ettiği hakkın onaylanması olarak görmektedir.[482]

Levit'in değerlendirmesi uyarınca *Posner*'ın pragmatizmi elit ve seçilmemiş bir grubun, bireysel sosyal tercihlerini değerlendiren karar verme metodunun uygulamasını mümkün kılmaktadır. *Posner*'ın hukuki pragmatizminin bu yönleri niteliksiz yetkiyle birleştiği zaman hukuk içinde oluşan tehlikeli bir güç yoğunlaşması ortaya çıkmaktadır. Çünkü takdir yetkisini kontrol eden bir şey olmadığı için, yargıçlar yasa koyucuların niyetlerini gölgede bırakmada özgür olacaklar.[483]

Levit'in yargıç elitizmine ilişkin benzer bir eleştiri *Arthur J. Jacobson ve John P. McCormick*'den de gelir. Pragmatik yargıcın yasaları değil de sonuçları gözetmesi, yargıçları Posner'ın pragmatik demokrasisinde bir başka kural koyucu sınıf haline getirmektedir.[484] Fakat kamu görevlilerinin aksine, yargıçlar çıkar sahibi oy kullanan kimselerin temsilcileri değildirler.[485]

Peter A. Lake'e göre, *Posner* yargısal karar alma metodu olarak en iyi sonuca odaklanmış ve basite indirgenmiş bir araçsallık politikası önermektedir. Bulanık idealizm ve adalet ve dürüstlük gibi soyut (manevi) değerlerin takip edilmesine gerek yoktur. Buna göre, hukukun uygulaması, özellikle yargılama, eğer hukuk kendisine "basit bir işlevselciliği veya sonuççuluğu" görev edinirse

[482] N. Levit, 1991, s:513

[483] age, s:514

[484] A. Jacobson, - J.P. McCormick, 2005, s:24

[485] age, s:25

ilerleyebilir. *Lake*, hukuka araçsal tarzda yaklaşan "sonuçsalcılık" argümanının ilk anda hukukun bağımsızlığını sağladığını düşünmeye yol açtığı ve *Posne*r'ın da zaten bunu bu amaçla devreye soktuğu kanaatindedir.[486] Ancak *Lake*'in bu konuda iki itirazı vardır. İlk olarak, sonuçlara odaklanmış araçsallık politikası, yalnızca amaçlar konusunda görüş birliği içinde olan toplumlar için geçerli olabilecektir. *Posner*, hem kendi hem de diğer toplumlarla ilgili olarak amaçlarla ilgili büyük bir görüş birliği olduğu inancını taşımaktadır. *Posner*'a göre, toplumdaki anlaşmazlık yalnızca anlamlar üzerindedir.[487] İkincisi, bu argüman bir bağımsızlık hissine sahip gibi görünse de, refah maksimizasyonunu ve hukukun ekonomik analizini savunan diğer bir argümanla dolambaçlı bir şekilde bağlantılıdır.[488]

Rosenfeld da, *Lake* ile paralel bir itiraza sahiptir. *Posner* amaçlar konusunda toplumsal konsensus olduğu varsayımındadır. Sonuçlara odaklanmak, ekonomik analiz ve refah maksimizasyonuyla harmanlanmış haliyle, refah maksimizasyonunu en yüksek iyi haline getirmektedir.[489]

---

[486] P. Lake, 1999, s:623

[487] age, s:624

[488] age, s:623

[489] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:116

3-Formalizm Karşıtlığı

3-1- Genel Olarak

Posner'a göre formalizm sorunların kavramlar arasındaki ilişkileri soruşturması, yani olgular dünyasına yüzeysel bir bakışla uyuşmazlıkların çözülebileceğini savunması nedeniyle anti-pragmatik ve anti-empiriktir.[490] Formalizmi neyin işe yaradığını değil de, bir dizi mantık zinciri sonunda ulaşılan kuralların neler olduğunu araştırmasından dolayı eleştiren *Posner* için kavramlar insan ihtiyaçlarına göre ikincildir.[491]

Posner formalizmle kastettiği şeyi, mantıksal yasal analiz ve varolan doktrin öncesi kıyas yoluyla spekülasyon olarak açıklamaktadır.[492] *Posner*'a göre formalizm, hükmedici gücünü pozitif düzenlemelerden çok, yorum faaliyetinden almaktadır. Hukukun pozitif düzenlemelerin içine hapsolması, bunların varlıklarından ya da açık uyuşmazlıklarda uygulanmalarından değil, zor davalarda ya da kanuni boşluk durumlarında da formalist yorum yöntemleri ile uygulanarak tüm hukuk sistemine yayılmalarından kaynaklanmaktadır. *Posner* tümdengelime benzeyen yorum yöntemleri ile hukuki sonuçlara varılmaya çalışıldığına işaret eder. Ancak *Posner*'ın görüşüne göre, metinlerin yorumlanması mantıki bir iş olmadığından ve yorumun sınırları çok geniş olduğundan bu denemelerin başarı şansı azdır.[493]

---

[490] R. Posner, 2008, s:239

[491] R. Posner, 2003c, s:185

[492] D. Luban, 1999, s:276

[493] R. Posner, 2003c , s:186

Posner formalist yöntemlerde, mantığın kurucu rolünün önemli olmasına rağmen sınırları olduğunu düşünmektedir. Özellikle kıyas ile akıl yürütmenin ikna edici metodlar olarak fazla önemsenmiş oldukları kanaatindedir. *Posner*'a göre kıyas ve akıl yürütme yeterli değildir. Kıyas, gerekçelendirme metodu olarak kullanıldığında, geçmişte alınan kararlar yeni kararlar için belirleyici olacaktır.[494]

Posner pragmatist yargıcın şimdinin ve geleceğin ihtiyaçlarını en iyi karşılayacak hükme varmak arzusunda olduğundan, soruna en iyi çözümü getirmedikçe, geçmişteki kararlarla bağlı olmak durumunda olmadığına işaret eder. Ancak pragmatist yargıç, geçmiş kararlar ya da durumla hiç ilgilenmemek durumunda da değildir. Otorite olarak bunlardan bağımsızdır. Ama bilgi birikimi olarak ve bilgelik bakımından faydalanmalıdır. *Posner,* pragmatist yargıcın kararını verirken teamülden fazla ayrıldığı bir durumda hukuku istikrarsızlaştırabileceği tehlikesine dikkat çeker. Bu sebeple pragmatist yargıç hukuki istikrar bakımından kötü sonuçlar doğabilme olasılığını da göz öününde bulundurarak karar vermek zorundadır. Olan hukukla olmakta ve gelecekte olacak hukuk arasında daima bir alışveriş olmuştur. Bu alışveriş bazı davalarda mevcut durumun sınırlarını genişletir tarzda açıkça görülür. *Posner*'a göre, bu tür davalarda toplumsal dinamiği gerektiği gibi yönetebilmek için iyi temellendirilmiş ve iyi kurulmuş tatmin edici açıklamalar, sıradan davalarda olduğundan çok daha fazla gereklidir. Bunun diğer bir sebebi ise geçmişi ihmal etmemektir. Geçmiş ihmal edildiğinde, bu kuralın kaynaklandığı ve yönettiği köken gözden kaçırılacaktır. Böylece amacı belirlemek zorlaşacaktır. Pragmatist yargıç, bu bakımlardan teamül, durum, yasal düzenlemeler ve anayasayla

[494] R. Posner, 1990, s:455

iki bakımdan bağlıdır. İlki bunları, potansiyel danışma rehberleri olarak değerlendirmek zorunluluğudur. İkincisi ise toplumsal bağlılıktır. Bu nedenle pragmatist yargıç, yasal doktrine hem dayanacağı kaynaklar olarak kuralın bilgeliğini olaya adapte etme bakımından, hem de toplumsal bağlılığı hangi oranda gözetmesi gerektiğini anlamak için bakacaktır.[495] Hukuki pragmatizmin probleminin daha çok geçmişe "görev" anlayışı ile bağlı olmayı sonlandırmak olduğuna işaret eden *Posner*'a göre, pragmatizm bağlı olunması gereken kural ya da standart sorunuyla ilgili olarak tamamen tarafsızdır. Hukuki pragmatizm, kurallardan ibaret bir hukuk fikrini reddetmektedir. Çünkü bu tarz bir kavramsal analiz pragmatik değildir. Fakat, aynı zamanda kuraldan gelen pragmatik argümana da açıktır. Yasallığı bazen ihtiyaç duyacağımız bazen duymayacağımız pragmatik bir taktik[496] olarak niteleyen *Posner*'a göre yargıç, kuralları rehber almaksızın akıllıca bir karar aldığı düşüncesinde olamıyorsa bunları kullanmak durumundadır.[497]

Sonuç olarak *Posner*'a göre önemli olan hukukun gelişimi için geçmişin gücünü geleceğe taşımaya hizmet eden kıyas ya da gerekçelendirme şeklindeki formalist yöntemler kullanmak değil, pragmatist keşfe yönelik yaratıcı mantık geliştirmektir.[498] Yorum, formalizmdeki gibi, mantık vasıtasıyla akıl yürütme değil, durumdan anlam çıkarma çabasıdır. Çünkü metinlerin yorumlanması mantıklı bir

[495] R. Posner, 1999, s:238

[496] R. Posner, 2008, s:230

[497] R.Posner, 1999, s:247

[498] R. Posner, 1990, s:456

uygulamadan çok yaratıcı bir faaliyettir.[499] *Posner*'a göre, yorumlama yaratıcı bir iş olduğundan "tepeden aşağıya teoriler" sadece yargısal aktivizmi gizleyen "incir yaprakları" dır. İncir yaprağını kaldırmak hem eylemci (activist) hem de ihtiyatlı bir yargıcı kararlarının sorumluluğuyla yüzleştirecektir.[500]

Posner hukuki pragmatizmin formalizme karşı üstünlüğünü *Holmes*'un aktivist bir yargıç olarak yeniden yorumladığı sözleşme teorisiyle örneklendirir. Hukuki formalizmde bir sözleşme imzaladığımız zaman sizin sözleşmeyle üstlendiğiniz sorumluluğa hukuken zorlanabileceğiniz farzedilir. Fakat burada sorumluluk soyut bir kelimedir. Holmes ise şuna işaret etmiştir; *"müeyyideler sistemi, ihlal edilen sözleşmeler içindir."* Bu müeyyideler, sözleşme yerine getirilmediğinde, zarar gören kişinin zararını tazmin edici niteliktedir. Böylece sözleşme imzalayan bir kimse ona uymak ya da ihlal etmek seçeneklerine sahiptir. Kişinin ödediği tazminat ise basitçe, sözleşmeye uymamasının bedelidir. *Posner*'a göre, burada *Holmes*, pratik sonuçlarından hareket ederek sözleşme sorumluluğu nosyonunu yeniden yorumlamaktadır.[501]

3-2-İki Örnek Olay

Linda E Fisher yargılamada *Posner*'ın hukuki pragmatizmin pratikte nasıl işlediğini ve aynı durumda formalist yargıçların tutumlarını açık bir biçimde

[499] A.J. Haugh, 2001, s:45

[500] age, s:45, ayrıca R. Posner, 1990, s:300

[501] R. Posner, 2003a, s:57-58

göstermek için örnek olay çalışması yapar. Bu çalışma *Posner* tarafından yazılmış bir çift karar hakkındadır. Söz konusu kararlar, Amerika Birleşik Devletleri ceza kanunları kapsamında çocuğa tecavüzün cezayı arttırıcı özelliğe sahip şiddet suçu kapsamında olup olmadığı hakkındadır. [502] *Posner*, ilk örnek olayda, onüç yaştaki çocuğa tecavüzün şiddet suçu olduğu değerlendirmesi yaparken, ikinci örnek olayda ise onaltı yaştaki çocuğa tecavüzün şiddet suçu olmadığı sonucuna varmıştır. [503]

3-2a- Birleşik Devletler Shannon'a Karşı

"Birleşik Devletler Shannon'a Karşı" davası'nda sanık onyedi yaşındadır. Onüç yaşında olan bir küçükle cinsel ilişkiye girmiştir. Yapılan yargılama sonucunda sanık, ikinci derece cinsel saldırı suçundan mahkum edilmiştir.[504] Karara formalist yöntemlerle ulaşılmıştır.

Posner davayı, mahkemeden farklı olarak, pragmatist bir yargıca tavsiye etmiş olduğu bir takım inceleme aşamalarından geçirerek inceler. Öncelikle Birleşmiş Devletlerdeki cinsel suçlar hakkındaki yasal mevzuatı gözden geçirir. Çeşitli tecavüz yasalarının ardında yatan amaçları anlamaya çalışır. Sonra da mevcut yasa ve prensibe bağlı kalmak yerine sağduyu, tıbbi ve sosyolojik kanıtlara başvurarak karara varır. [505]

Posner'ın gerçekleştirdiği inceleme aşamaları şunlardır:

---

[502] L.Fisher, 2001, s:474

[503] age, s:475

[504] age, s:476

[505] age, s:479

a- *Posner*'ın sanığın işlediği suçun ceza yasası gereğince tecavüz suçu sayılması gerektiği hakkında bir problemi yoktur. Ancak *Posner*'a göre davaya konu tecavüz suçunun, yasal mevzuat gereğince *"şiddet suçu"* sayılıp sayılamayacağının incelenmesi gereklidir. Çünkü suçun şiddet suçu sayılmasının yalnız mevcut davaya değil, ileriye yönelik etkisi de vardır. Ceza yasasına göre suç, şiddet suçu ise sanığın ilerde suç işlemesi durumunda alacağı ceza artacaktır. [506]

b- Bu sebeple *Posner "şiddet suçu"* nun ne olduğunu araştırmaya girişir. Ceza yasasının ilgili bölümü şiddet suçunu; *"birinin diğeri üzerinde ciddi fiziksel zarara yol açması"* olarak tanımlamaktadır.[507]

c- *Posner*'a göre araştırılması gereken şimdiki problem ise, "çocuğa tecavüz suçunun her durumda şiddet suçu sayılıp sayılamayacağı"dır. Yani koşulları ne olursa olsun, çocuğa tecavüz, bu suçun unsurları gereğince her zaman için şiddet suçu kapsamında sayılmalı mıdır? [508]

d- *Posner* ABD'de bu konuda formalist tartışmalar sonucu geliştirilmiş olan soyut bir prensibi tespit ederek bunu incelemeye alır: *"Çocukla gerçekleşmesi yasaca suç sayılan her cinsel birleşme, çocuğun yasal olarak rıza göstermesi mümkün olmadığından, ya zorlama ya da ciddi bir fiziksel hasara yol açma unsurlarından birini taşımaktadır."* Bu prensip, iki varsayımı doğru kabul etmektedir. Bunlardan birincisi çocuğun, küçüklük nedeniyle hiçbir durumda cinsel birleşmeye rıza göstermesinin mümkün olmadığıdır. İkincisi ise, -birinci varsayım sebebiyle- çocuğa

---

[506] L.Fisher, 2001, s:474-475

[507] age, s:476

[508] age, s:476

karşı işlenen her tecavüz suçunun kendiliğinden zorlama ya da fiziksel zarar unsurlarına sahip olduğudur. [509]

Posner doğru kabul edilen bu varsayımlar uyarınca ulaşılmış olan bu prensibi kabul etmez. İlk olarak, *Posner*'a göre yasal rızanın yokluğu (yani küçüklük nedeniyle cinsel birleşmeye rıza göstermenin mümkün olmaması) kendi içinde şiddete işaret etmez. Yani ikinci varsayımın yalnızca birinciye bağlanarak otomatik doğru kabul edilmiş olması hatalıdır. İkinci olarak çocuğa karşı olan tüm tecavüz fiillerinin fiziksel zarar riski içerdiği söylenemez. *Posner*'a göre öncelikle doğru kabul edilen bu varsayımların araştırılması gerekmektedir.[510]

e- Böylece *Posner*, yasanın gerçek amacını anlamaya dair olan ilgili tüm kaynaklara bakılması gerektiğini düşünür. *Posner* ilk olarak mevcut yasal düzenlemenin altında yatan düşünceyi araştırır. Yasanın ilk haline ve gerekçesine erişerek yasama meclisinin ne düşündüğünü keşfetmeye çalışır. Şu sonuca varır: Fiziksel yaralanmayı cezalandıran bir yasa, (özellikle çocukların cinsel eylemleriyle ilgili olanlarda) suçun içerdiği şiddetle bağlantılıdır.[511] Cezalandırmada kriter şiddet ve şiddetin oranıdır. Bu durumda *Posner*'a göre, fiziksel zararla ilgili otomatik olarak endişe taşıyan ikinci varsayım yerinde değildir.[512]

f- *Posner*, daha sonra, tecavüze dair birçok yasayı daha gözden geçirir. Çocuğun, küçüklük nedeniyle hiçbir durumda cinsel birleşmeye rıza göstermesinin

---

[509] L.Fisher, 2001, s:476

[510] age, s: 476-477

[511] age, s:476

[512] age, s:477

mümkün olmadığı yolundaki varsayımı araştırmaktadır. Acaba rıza hangi yaştan itibaren var sayılmakta, hangi yaşın altında otomatikman rıza olamayacağı kabul edilmektedir. Yaptığı araştırmanın sonuçlarına göre, çocuklara karşı cinsel suçlarla ilgili yasalardaki rıza yaşının eyaletden eyalete değişkenlik gösterdiğini tespit eder. Yasalar rıza yaşı konusunda tek ve ortak bir sonuca varamamışlardır. Örneğin Pensilvanya'da bu yaşın onüç olduğunu gözlemlemiştir. Bu olayda Wisconsin ceza yasası uygulanmıştır. Wisconsin ceza yasasında rıza yaşı onaltı olarak kabul edilmiştir.[513]

g- *Posner*, bir sonraki aşamada, çocuğun içgüdüsel olarak rıza göstermiş olduğu bir cinsel birleşmeyle, çocuğun karşı koymasına rağmen failin şiddet uygulaması ile gerçekleşmiş olan bir cinsel birleşmeyi karşılaştırır. [514]

ı- Daha sonra da tecavüz yasalarının tarihsel geçmişlerini araştırarak devam etmiştir. Yasa eleştirilerine dair başlıkları alıntılayan *Posner* şunu not etmektedir: *"Bu tür yasaların temel amacı küçük kızların bakireliklerini ve onların evlenebilirliklerini korumaktır"*. [515]

Yukarıdaki araştırmaları neticesinde *Posner*, aşağıdaki sonuçlara varır:

[513] L.Fisher, 2001, s:477

[514] age, s:478

[515] age, s: 478

-Tecavüz yasalarında rıza yaşı bakımından görülen inanılmaz değişiklik, bunlara tek bir amaç atfetmeyi zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla yasanın amacından hareketle sonuca ulaşmak olanağı yoktur.[516]

- Ancak tecavüz yasalarına dair genel bir sonuca varılamasa da, onüç yaşında biriyle cinsel ilişkiye girmek fiziksel hasar riski taşımaktadır. "Çocuklar cinsel birleşmenin risklerinin (hamilelik, hastalık gibi) tam idrakına ve evlilik öncesi ilişkinin zarar ve yararlarını mantıklı bir biçimde karşılaştırma yetisine sahip değildirler". *Posner* bu kanısını desteklemek için çeşitli sosyolojik ve tıbbi makaleleri alıntılar.[517]

- Son olarak, *Posner* ceza yasasının diline geri döner. Yasaların hırsızlık ve gaspı fiziksel zarar riski içeren suçlardan saymış olması, ceza yasasının liberal gereklerle "fiziksel zarar riski" terimi ifadesini benimsemiş olmasındandır. [518]

- Böylece *Posner* şu sonuca varır: Onüç yaşındaki biriyle cinsel ilişkiye girmek, ceza amaçları bakımından bir şiddet suçudur.[519]

Bu konuda formalist yaklaşımı benimseyen mahkemeler *Posner*'ın pragmatist yaklaşımından keskin bir farkla ayırt edilirler. Bunlar, tecavüzle ilgili olarak yalnızca fiziksel zarara işaret etmekle yetinmişlerdir. *Fisher*'in de işaret ettiği gibi *Posner, Shannon* mütalaasında hukuki pragmatizmin birçok karakteristik

---

[516]L.Fisher, 2001, s:478

[517] age, s:478

[518] age, s:478

[519] age, s:479

eğilimini birden sergilemiştir. Mevcut yasaya ve prensibe bağlı kalmamıştır. Hem uygulanması gereken ceza yasasının hem de çeşitli tecavüz yasalarının ardında yatan amaçları anlamaya çalışmıştır. Çocuğa tecavüzü şiddet suçu sayan prensibi doğrudan kabullenmemiş, bunu tıbbi ve sosyolojik kanıtlarla analiz etmiştir. [520]

2b- Birleşik Devletler Thomas'a Karşı

Shannon davasında *Posner* on üç yaşında biriyle cinsel ilişkiye girmeyi şiddet suçu olarak görmüştür. Ertesi sene *Shannon* davasındakine benzer bir problemle karşılaşmıştır. [521]

Bu kez sanık *Thomas* hırsızlık suçundan dolayı yargılanmaktadır. Ancak sanığın daha önce onaltı yaşında olan bir küçükle girmiş olduğu cinsel ilişki nedeniyle sabıkası vardır. *Thomas*, ağırlaştırılmış cinsel istismar suçundan mahkum edilmiştir. Bu yargılamada bölge yargıcı, on altı yaştaki birine tecavüzü "şiddet suçu" olarak niteleyerek hüküm vermiştir. Bu sebeple, daha öncesinde şiddet suçu işlemiş olan *Thomas*'ın hırsızlık suçundan olan cezası, on beş yıla kadar arttırılmıştır.[522] .

---

[520]L.Fisher,2001,s:479

Shannon davasında yapılan açıklamalar hatırlanırsa, Birleşmiş Devletler Ceza Yasasına göre, daha öncesinde şiddet suçundan hümüm giymiş olmak, yeniden bir suç işlendiğinde cezayı artırıcı sebeptir.

[521] age, s:481

[522] age, s:481

Ancak *Posner*'a göre, *Shannon* davası ile *Thomas*'ın onaltı yaşındaki bir kıza tecavüzü farklıdır. *Shannon* davasında onüç yaşındaki çocuğa tecavüzü "şiddet suçu" kapsamında bulan *Posner*, *Thomas* davasında, onaltı yaşındaki çocuğa tecavüzü "şiddet suçu" kapsamında bulmamıştır. [523]

a- *Posner*, *Thomas* ile *Shannon* davalarının birbirinden farklı olduklarını göstermek için iki tıbbi makaleyi alıntılar. Bu makalelere göre, onüç yaşındaki birinin seks sonucu fiziksel hasar alma ihtimali, onaltı yaşındaki birine göre daha fazladır. Ayrıca onüç yaşındaki küçükle onaltı yaşında küçüğün durumunu toplumsal gerçeklikler bakımından inceler. [524]

b- Daha sonraki aşamada fiziksel problemleri ve cinsel birleşme sırasında uygulanan güç meseleleriyle ilgili sosyolojik ve tıbbi yazıları inceleyerek bunlardan alıntılar yapar. Tüm bu incelemelerinin ardından "*seks, ister istemez, onaltı yaşındaki kızlara fiziksel olarak tehlikelidir"* çıkarımını reddeder.[525]

c- *Posner*, onaltı yaşındaki bir kızın cinsel ilişki yaşamasının fiziksel hasar doğurmasına ilişkin saptamanın oldukça zor ve karışık olduğunu düşünmektedir. Üstelik, bu saptama bu kadar zor olmasına rağmen, ciddi pratik sonuçlar doğuracaktır. *Posner*'a göre suçu ciddi derecede artıracak olan bu sebebe kanaat getirmeden önce, yani bir suça on beş yıl eklemeden önce ciddi desteklere ihtiyaç

[523] L.Fisher, 2001, s:475,

[524] age, s:482

[525] age, s:482

vardır. Bu sebeple *Posner, Thomas*'ın tecavüz suçunu "şiddet suçu" olarak değerlendirmez. [526]

Fisher, Shannon ve *Thomas* davasındaki *Posner'*ın yaklaşımı ile formalist yaklaşım arasındaki farkı şu şekilde açıklar:

- *Posner, Shannon* davasında formalist yargılamadaki gibi, yasa ve prensibi doğrudan uygulayarak karar vermemiş, bunları irdelemiş, yasanın amacı, bilimsel, sosyolojik delillere de başvurmuş [527] olsa da, sonuç olarak mahkemenin verdiği karardan farklı olmayan bir karara varmıştır.

- Ancak *Thomas* davasında, onun pragmatist yaklaşımı kararda fark yaratır. Formalist yöntemler uygulandığında buradaki mesele *Shannon* davasındakiyle aynıdır. Kanun onaltı yaş altını rızanın olamayacağı küçüklük durumu olarak belirlemiş ve şiddettin varlığını da küçüklüğe kendiliğinden bağlamıştır. Şiddet suçu sayılma bakımından onüç yaşında ya da onaltı yaşında olmak yasaya göre fark yaratmadığından, formalist mantığa göre karar vermek için, yalnız ispat külfeti esaslarına başvuru yeterli olacaktır.[528]

Oysa *Posner*'a göre, kanunun eşitlediği onüç yaş ile onaltı yaş arasındaki farklılık, tıbbi ve sosyolojik verilerle ortaya konulmalıdır. *Posner* şuna işaret eder: *Shannon* davasında mahkeme tıbbi kaynaklara başvurmuş ve bunlara güvenmiş olmasına rağmen *Thomas*'ta, (onaltı yaşın fiziksel zarar riskine dair) hiçbir tıbbi

[526] L.Fisher, 2001, s:482

[527] age, s:479

[528] age, s:481

veriye başvurmamıştır. *Posner*, bu kanıtın yokluğunda cezanın on beş yıl arttırılmasının doğru olmadığını düşünmektedir. Posner kararı, yalnızca ispat külfeti meselesine indirgemeye karşı durmuştur. Mevcut yasal düzenlemeleri incelemiş, bir gencin fiziksel ve psikolojik gelişimine ilişkin bilimsel makaleleri kanıt olarak değerlendirmiş ve tüm bunların birbiriyle ilişkisini açıklayarak karara varmak istemiştir. [529]

- *Fisher, Posner*'ın *Shannon* mütalaasıyla birlikte ele aldığı *Thomas* davasında çocuk ve gençler arasında ayrım yapmak için bir çok gerekçe veriyor olmasını olumlu karşılar. Ancak *Fisher'a* göre *Posner*, onüç ile on altıyaş arasındaki farkı tıbbi kanıtlarca güçlü bir biçimde destekleyemediği için temeli sağlam bir dayanak yaratamamıştır.[530]

Fisher Posner'ın formalizme karşı pragmatist yaklaşımını, *Thomas* olan eleştirisi dışında başka hususlarda da eleştirir:

- Öncelikle pragmatik bir tutum benimseyen yargıçlar, yasadan ayrılıp yeni bir rota planlarken dikkatli olmalıdır. Çünkü rotadaki beklenmedik değişiklikler sadece yasada değil, delil bulmada da tahmin edilemezliğe yol açar. Bir yargıç -daha önce önemsiz olarak görülmüş- olguların önemli olduğunu ilan ettiğinde sınırların pragmatizm adına aşılması tehlikesi ortaya çıkar.[531] *Fisher, Posner*'ın çalışmalarında sınırların aşırı genişletildiği zamanların olduğunu düşünmektedir. Bu "aktivizm" ya

[529] L.Fisher, 2001, s:481

[530] age, s:483

[531] age, 2001, s:476

da aşırı takdir yetkisinin yaygınlaşması, hukuki pragmatizmi sorunlu hale getirecektir. [532]

- Ayrıca, *Posner*'ın güvendiği yöntemler kanıt sunumunda tarafların rollerinde karmaşa yaratacaktır. Yargıcın tarafsızlığını ve saygınlığını baltalayabilecektir. Yargıç, kimi zaman bir taraf adına aşırı çaba gösteriyor gibi görünebilecektir.[533]

- *Fisher*'a göre hukuki pragmatizmde sorunlu diğer bir pozisyon, *Posner*'ın hakkaniyet konusunda baş yargıç gibi davrandığı, mer'i yasaları görmezden geldiği ve yargısal delil ve gerçeklerden bağımsız hareket ettiği durumlardır. *Posner* davayı geniş bir şekilde alması konunun dışına dağılan meselelere yönelik gereksiz dikkati nedeniyle dava sistemini aksatabilme ve gerçek koşullar tarafından test edilemeyen emprik tahminlerle fazlasıyla meşgul olabilme riski altındadır. *Fisher*'a göre *Posner* bu yönüyle empirik formalizm olarak karakterize edilecek şeyi sert bir şekilde eleştirdiği yasal formalizmin yerine koymaktadır.[534]

- *Fisher*'a göre pragmatik yargıçlar hukuki sonuçlara ulaşmak ve onları doğrulamak için bilimsel çalışmaları kullandıklarında da bir takım problemler ortaya çıkabilir. Farklı bilim dallarında yapılan çalışmalar her zaman birbirini teyit eder nitelikte olmayabilir. Aynı bilim dalında dahi birbiri ile çelişik çalışmalara rastlamak mümkündür. Bu durumda birini diğerine üstün tutarak bir tercihte bulunmak epistemolojik hile yaratmaktır. Ayrıca bilimsel verilerin yasal sonuçlar doğurması

[532] L.Fisher, 2001, s:457

[533] age, s: 458

[534] age, s: 458

zorunluluğu yoktur. Bu etik ve politik bir tercihtir. *Fisher*'ın düşüncesine göre *Posner*'ın bulunmakta olduğu öneri, kendini pragmatik analiz gibi gösteren bir ampirik formalizmdir. [535] *Fisher Posner*'ın bilim ile yasa arasındaki temel farkların bilincinde olduğuna işaret ettikten sonra, onun yine de bilimsel çalışmalarca desteklenen delil bulmaya dair olan haksız meşruluğun problemlerinden bahsetmemiş olduğunu önemle vurgulamaktadır.[536]

Posner'ın hukuki formalizme karşı çıkarak anlam yaratıcı ve keşfedici olarak yargıca yüklediği misyon başka açılardan da eleştirilmiştir. Örneğin: *Summers,* bir hukuk sisteminin en genel tanımlanışıyla şekil ve özden oluşmakta olduğuna dikkat çekerek, *Posner*'ın formalizme karşı çıkışıyla aslında hukukun zorunlu bir parçasına karşı çıktığını ifade etmektedir. *Summers*'ın düşüncesine göre, öncelikle hukukun biçimiyle değil, özüyle ilgilenen ve önkabulü yalnızca hukuki formalist olmadığı olan *Posner,*[537] hukuki formalizm içinde yer alan maddi hukuku yorumlamaya yönelik faydalı pek çok alternatifi görmezden gelmektedir. Oysa *Summers*'a göre ben formalist değilim diyen bir ön kabul yerine, karmaşık terimlerin birleşmesi ve somut durumla alakalı bir şekilciliğin (formalizmin) değişik şekilleri analiz edilmelidir. *Posner,* öncelikle, formalizmin hukuktaki önemini tanımalı ve vurgulamalıdır. [538] *Summers Posner*'dan "maddiliği" kabul ettiği oranda formalist

---

[535] L.Fisher, 2001, s: 471

[536] age, s: 472

[537] Summers, Robert S., "Judge Richard Posner's Jurisprudence", **Michigan. Law. Rev**., 1990-1991, s:1306

[538] age**,** s:1307

olduğunu kabul etmesini beklemektedir. Bunun sebebi olarak da, *Posner*'ın yargıcın analizi sırasında, ilgili somut normla bağ kurmasını isteğini gösterir. *Posner* bu isteği oranında formalist olduğunu kabul etmelidir. *Summers*'a göre *Posner* yalnızca hukukun özüyle ilgilenmektedir. Önce hukuki özün açıklanmaya girişilmesi ve "hukukun içermesi gereken minimum öz nedir?" sorusu sorulmalıdır. Ancak hukukun genel analizinin, ona formalist bir kimlik vermek zorunda olduğunu söyleyen *Summers*, hukukun minimum öz ve diğer pek çok şey kadar, kurallara ve hükümlere de ihtiyaç duymakta olduğunun altını çizer. Kurallar ve emirler bu minimum özün evidir. Emir ihtiva eden yasal düzenlemeler de, içtihat ve yorum yoluyla her somut davanın özelliğine göre uygulama bulurlar. Tüm bu prosedüral süreç ve şekiller içerikten bağımsızdır. Ancak sonuç olarak öz ve şekil birlikteği olmaksızın hukuk sistemi yaşama gücüne sahip değildir. [539]

Summers'ın getirdiği bir diğer eleştiri, bu bakışın yargıçları davranışlarının hukuka uygun olmadığı eleştirisinden muaf tutmak olduğu yolundadır. *Summer*s'a göre *Posner*'ın görüşünün aksine, bir hukuk sisteminin geçerli hukuku tanımlamak için hukuki standartları olmalıdır. Yargıçların hatalı kararlarını eleştirebilmek için standartlar, ölçüler olmalıdır. Bu eleştiri olanağı, toplumda hukukun üstünlüğünün sürdürülebilirliğinin başlıca yoludur. [540] *Summers*'a göre *Posner*'ın teorisindeki temel eksiklik, geçerli hukukun hatalı tanımlanması olasılığı karşısında eleştiri için elverişli bir zemin sağlayamamasıdır. [541]

---

[539] R.S. Summers, 1990-1991, s:1308

[540] age, s:1304

[541] age, s:1305

Cass R. Sunstein ve *Adrian Vermeule*'e göre, yorumlayıcı teorilerin çoğu bir kurumu (genellikle yasama) gerçekçi olarak görürken diğerlerini (genellikle mahkeme) ütopik bir açıdan görme eğilimindedirler. [542] *Sunstein* ve *Vermeule*'e göre üç türden kurumsal körlük vardır. Bunlardan ilki, yorumları kurumsal olmayan önkabullerden hareketle yaparak öncelikle bazı sorunları yanıtlamaya çalışan, geri kalanları da hukukçulara bırakan *Dworkin* gibi düşünürlerdir.[543] İkincisi *Hart* ve *Sacks*'da olduğu gibi yasama kurumunu öne çıkarma davranışıdır.[544] *Sunstein* ve *Vermeule*'e göre *Posner* ise üçüncü türden kurumsal körlüğe sahiptir. Çünkü *Posner,* yasama ve yürütme kurumlarını kötü resmederken, yargıyı ve yargıçların önemini abartmaktadır. Örneğin temyiz mahkemesi yargıçlarından bilgeler heyeti olarak söz ederek, onları yaş, eğitim, zeka, tarafsızlık ve ağırbaşlılık konularında üstün bir merciiye yerleştirmektedir. Yasama üyelerinin de ülkenin tarihi ve durumu, politik ve ahlakı normları hakkında yargıçlardan daha az sezgiye sahip olmaları konusunda bir sebep yoktur. Ayrıca bir grubun diğerlerinden daha fazla "sezgiye" sahip olduğu iddiası boş bir iddiadır. *Posner* bu tutumuyla her kurumu aynı şekilde değerlendirmemektedir.[545]

---

[542] Sunstein, Cass R. and Vermeule, Adrian, "Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner" , **Michigan. Law. Rev**, 2002-2003, s:973

[543] age, s:974

[544] age, s:975

[545] age, s:976

4- Normatif Program Önerisi

4-1- Bir Sistem Olarak Hukuki Pragmatizm

Posner'ın bir sistem olarak hukuki pragmatizmi konu edindiği kitabı "**Law, Pragmatism and Democracy"**dir. Bu kitapta *Posner,* liberal devletin sahip olması gerektiğini düşündüğü özelliklere yer vermektedir. Pragmatik liberalizm teorisinin tümünü sunma düşüncesinde olmadığını, liberal teorinin diğer önemli meseleleri olan devletin görev alanı ve sınırlarını konu edinmeyeceğini söyleyen *Posner,* özellikle iki ana odak olarak gördüğü demokrasi ve hukuk üzerine yoğunlaşmaktadır.[546] Pragmatik liberalizm teorisinin, pragmatik demokrasi teorisi ve pragmatik hukuk teorisi olmak üzere iki parçadan oluştuğunu düşünmektedir. *Posner*'a göre liberal devlet, hukuki pragmatizm ile, Schumpeterian• tarzı minimalist ve araçsal [547] demokrasi modeli üzerinde yükselmelidir. [548]

---

[546] R.Posner, 2003a, s:x

• Posner, Dewey'inkindense, Schumpeter'in demokrasi anlayışının pragmatik karakterini vurgulamanın paradoksal görünebileceğini söyleyerek buna şu açıklamayı getirir: "Dewey'in demokrasi anlayışı klasik müzakereci anlayıştır. Schumpeter ise temsili demokrasi anlayışını takip eden bir düşünürdür.Dewey tipik bir pragmatistken, Schumpeter genellikle pragmatist olarak kabul edilmez. Schumpeter'in felsefesi pragmatik felsefe içindeki hiçbir şeyi barındırmaz. Dewey ise hepsine sahiptir. Ama aslında bu iki adamın her ikisi de pragmatisttir. Onların meselelere dokunuşlarındaki

Posner hukukta olduğu gibi demokrasiye de pragmatist yaklaşılmasından yanadır. Demokrasinin araçsalcı, minimalist, prosedürel, empirik ve realist tanımından yanadır. [549] *Posner, Schumpeter*'ın *"demokrasi basitçe yasal ve seçim kurumlarının varlığına dayanır"* tanımlamasını benimsemiştir. Çünkü *Posner*'a göre bu tanımlama hem demokrasiyi durağan terimlere ve kavramlara bağlamamaktadır hem de dönüşümcü bir demokrasi teorisine yakın durmaktadır.[550] Temsili demokrasi ile müzakereci demokrasi arasında yaptığı karşılaştırmada, temsili demokrasi modelini yücelten *Posner* bu demokrasi kavrayışını *Joseph Schumpeter*'ın 1942'de yazdığı **"Capitalism, Sosyalism and Democracy"**deki çizgisi üzerinden takip edilmesi önerisinde bulunmaktadır.• *Posner*'a göre en ünlü temsilcisi *Habermas*

---

fark, politik yönetimin günlük pragmatizm olması ve dolayısıyla bunun da felsefi pragmatizmle farklı olmasına dairdir." Bkz: age, s:186

[547] A.J.Jacobson, - J.P.McCormick, 2005, s:2

[548] R. Posner, 2003a, s: ıx

[549] A.J.Jacobson, - J.P.McCormick, 2005, s:1-2

[550] R. Posner, 2003a, s:179

• Ancak Posner, Schumpeter'in politik görüşlerinin iki kısma ayrılarak, onun "demokrasinin dolaylı olarak dünya tarihsel hareketinde sosyalizmi getireceği için iyi olduğu" düşüncesinin bir kenara konulmasını, diğer görüşlerini kabul etmenin bunun kabul edilmesi anlamına gelmediğinin altını önemle çizer. bkz: age, s: 165 "…Sosyalizme ilişkin görüşlerini kabul etmeksizin evrensel oy hakkına ilişkin görüşü kabul edilebilir."

olan müzakereci demokrasi modeli ütopiktir. Kendi kendini yönetme özlemine dayanarak Atina demokrasilerinden esinlenen bu model modern koşullarda işlevsel değildir.[551] *Posner* ayrıca müzakereci modeli, nihai iyiler konusunda uzlaşmanın mümkün olamayacağı düşüncesiyle tartışmayı ve çatışmayı destekliyor olması - müzakerenin uzlaşmayla sonuçlanamayacağını dil profesörleri göstermiştir- bunun ise, refah maksimizasyonu fikrini tehdit etmesi nedeniyle eleştirmektedir. [552] Politikacılar, politika teorisyeni gibi davranmaktan ve kamusal konulardaki çözüm için entelektüel zemindeki tartışmalardan kaçınmalıdır.[553]

Posner'ın demokrasi ve hukuk hakkındaki görüşleri önceliği pragmatizmde olmak üzere liberalizm ve ekonomik modelle birbiriyle bağlantı içindedir. Hukuki pragmatizmin ve demokrasi anlayışının en önemli bileşenini, -pragmatizmle olan birlikteliğinin tesadüfi [554] olduğunu düşündüğü- hem ekonomik hem de siyasal anlamda liberal bireycilik anlayışı oluşturmaktadır.[555] *Posner*'ın liberalizm

---

Yine ayrıca Posner, Schumpeter'in "Capitalism, Sosyalism and Democrasy"deki aristokrasiye ilişkin ifadelerinin dönemindeki İngiltere'nin siyasal yapısı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Posner'e göre Schumpeter'in yapmaya çalıştığı yalnızca Britanya hükümetinin demokratik ve aristokratik elementlerini harmanlamaya çalışmaktır. Bkz: age, s:178

[551] age, s: 163-164

[552] A.J.Jacobson, - J.P.McCormick, 2005, s:19

[553] R. Posner, 2003a, s: 165-166

[554] age, s:78

[555] R. Posner, 1995, s: 15-24

savunusunun gerekçesi de liberalizmin pragmatik oluşudur. *Posner'*a göre, liberalizm pragmatiktir, çünkü teknolojik, bilimsel ve kültürel gelişme için gerekli bilgi dolaşımını sağlayabilmektedir. Liberalizm aynı zamanda rızaya dayanan vatandaş desteği ve de karar almanın aşırı merkezileşmesiyle cemaat ve aile bağlarını zayıflatacak, çatışmaları engelleyecektir.[556]

Ayrıca "Ekonomik Seçim Teorisi" nin bir üst norm etkisine sahip olduğu düşüncesinde olan [557] *Posner*'ın pragmatist hukuk sistemi de –demokrasi anlayışında olduğu gibi- "zenginlik-refah maksimizasyonu"nu [558] yaratacak sonuca odaklıdır. Yargıcı da hukukun oluşma sürecine dahil eden[559] *Posner,* ekonomik analize gerek yargısal aşamada gerekse yasama tasarrufunda doğrudan kurucu unsur olarak da başvurulması gerektiğini düşünmektedir.[560] *Posner*'a göre ekonominin kavramları, hem yasama hem de yargılama hukuku için pragmatist araçlar olarak kullanılmalıdır.[561] Çünkü *Posner*, ekonomik analizin normatif değerler konusuna girilmeksizin objektif kriter olarak uygulanabileceği görüşünü taşımaktadır.[562] Ekonomik analiz, dünyayı hipotezlerle anlamaya çalışmaktansa bilimsel olarak

---

[556] R. Posner, 1995, s:25

[557] R. Posner, 2003a, s:x

[558] R.Posner, 1990, s:356

[559] age, s:355

[560] Minow, Martha, "Religion and the Burden of Prof: Posner's Economics and Pragmatism", **Harvard Law Rev.,** 2007, s:1183

[561] R.Posner, 1981, s: 1

[562] M. Minow, 2007, s:1183

anlamaya çalışır. Ayrıca ekonomi, herhangi bir kişiye, gruba veya değere ya da herhangi diğer bir şeye ayrıcalık tanımayı reddeder. Son olarak ekonomi, tarih bilgisizliğine ve gelenekten kaynaklanan sosyal kısıtlara karşı dayanıklıdır.[563]

Posner'a göre özerk bir hukukun ilerlemesi ancak disiplinlerarası katkıyla mümkündür.[564] Hukuk teorisi hukukun pratik problemleriyle ilgili olmalıdır. Bu pratik problemlere ise ancak dışardan diğer disipilinlerarası araçları kullanarak dokunmak mümkündür. Hukuktaki pratik problemleri, hukukun kendi kendine yeten bir disiplin olarak kendi içinde çözemeyeceği kanaatindedir. "Hukuk teorisi" ifadesini hukukun dışardan analizini ifade etmek için olarak kullanmaktadır. *Posner*'ın takipçisi olduğu düşünürlerden farkı ve özgünlüğü olarak görünen ekonomik yaklaşıma diğer disiplinlerarası çalışmalarından daha farklı bir yer verdiği görülmektedir. *Posner*'ın ekonominin yanı sıra başta edebiyat, tarih, psikoloji, epistemoloji ve istatistik olmak üzere diğer disiplinlerin hukukla bağını ele alan çalışmaları da olmuştur.[565]

---

[563] A.J.Haugh, 2001, s:34

[564] Posner, Richard, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004, s:1

[565] R. Posner, 2004, s:2

4-2-Pragmatist Yargıcın Açık Alanda Yargısal Davranışıyla İlgili Normatif Program

"*Posner*'ın Öncüllerle İlişkisi" başlığındaki açıklamalarımız hatırlanacak olursa, *Posner* yargıca kamusal politika yapıcı olarak aktif bir rol vermiştir.[566] *Posner*'a göre, yargıç zor davalarda daha çok (policy maker) politika yapıcı olarak rol almalıdır.[567] Daha önce de ifade edildiği gibi, *Posner*'ın kasttetmekte olduğu politiklik, partizan olmayan anlamıyla, düzen, hareket tarzı, tutum anlamında politikliktir. [568] Yargıca hukukun bir parçası olarak atfedilen bu aktif rol, yargıcın bağlı olması gereken kriterler problemini gündeme getirir. *Posner, Ivan Karamozof*'un şu sözlerini hatırlatır; *"Tanrı olmasaydı, her şey serbest olurdu."* Hukuki formalizmde de tıpkı bunun gibi yasal olarak izin verilenler dışında yargıç için başka hiçbir şey yoktur. Yargıca yasallık dışında başka bir serbesti tanınmamıştır. Ancak hukuki pragmatizmde, formalist bağlılık terk edilince, yargıca geniş bir müdahale alanı açılır. Yargıç kritersiz ve açık bir alanda kalmış izlenimi doğar. Bu açık alan, yargıcın kararını verirken hangi kriterlerle bağlı olacağı problemini ortaya çıkarır. [569] Ayrıca *Posner*'ın pragmatist yargıcını açık alanda bırakan diğer bir durum, yasaya uyma zorunluluğunu terk etmiş olmasının yanı sıra,

---

[566] A.J.Haugh, 2001, s:39

[567] R. Posner, 1990, s:131

[568] R. Posner, 2008, s:13

[569] age, s:1, Posner'in hukuki pragmatizmi ağırlıklı olarak bu konuda yani, hukuki belirsizlik ve yargıca tanınmış olan geniş takdir yetkisi hakkında eleştirilmektedir. Bkz: Bu bölümün "Formalizm Karşıtlığı" başlığı altındaki açıklamalar

"Hukuk Ahlak Ayrımı" başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar hatırlanırsa, etik ve felsefi teorilerle de bağını koparmış olmasıdır. Pragmatist yargıç yasallık ile bağlı olmadığı gibi, ölçüt olarak kullanabileceği etik ilkelere de sahip değildir.[570] Çünkü *Posner'*a göre, yargıyla ilgili anlayışlar (formalizm, orjinalizm, metincilik vs.) kararı teorik temele dayanarak rasyonelleştiren silahlardır ve hiçbiri yargıca yol gösterirken tarafsız değildir.[571]

Böylece yargıç hukuku yaratan bir mekanizma olarak rol aldığında, kararını verirken alternatif seçeneklerden hangisini seçmesi gerektiği ve bu seçeneği tercih etmedeki ölçüsünün ne olacağı, pragmatist yargılamanın en büyük sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü yargıç için ne yasallık ne de etik ilkeler yargılamada asıl olmayıp, araçsal nitelik taşımaktadır. Yargıç değiştiğinde hukuk da değişebileceğinden hukuki belirsizlik problemi gündeme gelecek ve kararın adalet ilkeleri yerine yargıcın kişisel ya da politik görüşüyle ortaya çıkmasının nasıl önleneceği problemi ortaya çıkacaktır.[572] Buna karşılık *Posner*'ın kendi ifadesine göre, en çok önemsediği şey adaletin kapsayıcı anlayışlarını detaylandırmak ve böylece hem hukuki kararda hem de, yasama faaliyeti olarak hukukta nesnel bir zemin elde etmektir. [573]

---

[570] R. Posner, 2002, s:ııv

[571] R. Posner, 2008, s:13

[572] age, s:1

[573] R. Posner, 1990, s:353

Yargıcın kanun koyucu gibi davrandığı alanla• ilgili yargısal davranışının çerçevesini göstermek amacıyla **"How Judges Think"**•i kaleme alan *Posner,*[574] **"The Problems of Jurisprudence"**de pragmatik bir normatif program çizer ve bunu liberalizm, pragmatizm ve ekonomiyi bağdaştırmaya giriştiği **"Overcoming Law"** ile tamamlar.[575] *Posner*'ın tüm bu çalışmalarından oluşan ağ değerlendirildiğinde bir normatif eylem programı önerisi göze çarpmaktadır.[576]

• Posner, bunu "açık alan" olarak isimlendirir. R. Posner, 2008, s:15, Ancak Posner'deki "açık alan" hukuki pozitivizmdeki, yasal düzenlemenin bulunmadığı ve yargıcın yasa koyucu gibi davrandığı durumla karıştırılmamalıdır. Posner bunu hukuki pragmatizm, hukuki pozitivizmin tamamlayıcısı değildir diyerek açıklar. Posner'e göre yasal düzenleme bulunsa dahi yargıç kanun koyucu gibi davranabilecektir. Bkz: R. Posner, 2003a , s:60

• Posner, "How Judges Think"i, daha çok yargıcın zor davalarda vereceği kararlar için yazmıştır. Çünkü Posner, yargıçların günlük davalarda tamamen aynı şekilde karar vereceklerini kabul etmektedir. Bu durumlarda yasa net ve davanın maddi unsurları tartışmasızdır. Posner'e göre bu tarz davalarda formalist tekniklerle karar vermekte sakınca yoktur. Bkz: D.Levi, 2009, s:1800

[574] R. Posner, 2008 ,s:15

[575] P.A.Lake, 1999, s:623

[576] age, s:558, Ayrıca; Bkz: M.Rosenfeld, 1996-1997, s:115 ; "Posner araçsal ancak merkezi nitelikte bir önem taşıyan ekonomi ile hukuku bağdaştıran bir teori inşa etme çabasındadır."

Normatif eylem programının merkezinde "bilimsellik" vurgusu yer almakta olan *Posner*, bilginin değer çatışmalarını azaltacağı düşüncesindedir.[577] Hukuki formalist yasallık, hukuki moralist etik ilkelerle sınırlandırılmışken, *Posner*'ın pragmatist yargıcının sınırları bilim ve bilimsel veridir. Çeşitli disiplinlerden özellikle bilim dallarından gelecek veriler hukuka bilimsel nitelik kazandıracaktır. *Posner*, hukuka diğer disiplinlerden katkı yapılması gerektiği düşüncesindedir. Çünkü hukukun özerk olduğu düşünülemez.[578] Hukuka çeşitli disiplin ve bilim dallarından gelecek olan veriler, gerek yasa koyucu gerekse yargıç tarafından, epistemolojik rasyonalite değil, *Pierce* ve *Dewey*'in bilimsel pragmatizm geleneğinden gelen bir rasyonaliteyle değerlendirilerek hukuk tesis edilmelidir. *Posner*'a göre *Pierce* ve *Dewey* tarzı bilimsel pragmatist yaklaşım, hukukun en çok ihtiyaç duyduğu şeydir. Çünkü kanunun bu tarz yorumu açık fikirli, ileriye dönük, olguya sadık, deneye yatkın ve anti-metafizik özelliği ile bilimsel araştırma etiğinin genelleştirilmesi anlamına gelmektedir.[579] *Posner*, yasa koyucuya ve yargıca bir araştırma programı olarak hukuk önerisinde bulunmaktadır.[580]

Yargıcın hukuk düzeninin parçası olarak hukuku tesis eden merci olarak açık alandaki davranışıyla ilgili olarak kaleme aldığı **"How Judges Think"**de *Posner* öncelikle Amerikan yargıçlarının kararlarını verirken hangi faktörlerin etkisinde kalabileceğini konu alır. *Posner* da tıpkı formalistler gibi yargıcın kararını

---

[577] P.A.Lake, 1999, s:593

[578] R. Posner, 2004, s:1

[579] R.Posner, 2003c, s:188

[580] R. Posner, 2004, s:4

verirken içsel ve dışsal bazı sınırlandırmalarla kısıtlanmış olduğu düşüncesindedir. İçsel kısıt, yargıcın duyguları, kişiselliği, ideolojisi, politik düşüncesi, kişisel arka plan yaşantıları ve deneyim gibi pek çok belirleyene açık olmasıdır.[581] Ancak formalistler bu sınırlılıkların yalnızca yargıç açık metin durumunda, yani yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda etkisinde olduğuna inanmaktayken, *Posner* yargıcın her zaman bu etkiye açık olduğu inancını taşımaktadır.[582] *Posner*'a göre yargıç, politik ve kişisel unsurların her zaman etkisindedir. "Irk, cinsiyet, otoriter olmak, kargaşalı bir dönemde büyümüş olmak gibi" bir yargıcın yaşadığı deneyimler ve edindiği kişisel özellikler yargılamada ön koşul oluşturarak, onun yargılama sürecini etkilemektedir. Çünkü *Posner*'a göre, bunlar yargıcın davaya bilinçli olarak getirdiği şeyler değildir. Politik ve kişisel faktörler genellikle bilinç dışı olarak etkisini gösteren önyargıları meydana getirdiğinden önlenmesi mümkün değildir.[583]

Posner'a göre yargılamadaki dışsal sınırlamanın ise maaş, terfi, nakil, ün, politik karşılık ve buna benzer etkenlerdir. Ancak bunlar zayıf etkiye sahip dışsal kısıtlardır.[584] *Posner* yargılamadaki en büyük dışsal kısıtın paradoksal olarak yargısal bağımsızlık fikrinin kendisi olduğu düşüncesindedir. *Posner*'a göre, formalistler kıyas ve kanunun sınırlı yorumunu kullanarak belirsizlikle mücadele edilemeyeceğini ve objektif karara ulaşabileceklerini sanmışlardır.[585] Oysa yargısal

---

[581] R. Posner, 2008, s:10

[582] age, s:11

[583] D.F. Levi, 2009, s:1794

[584] R. Posner, 2008, s:11

[585] age, s:12

bağımsızlıktan ve objektiflikten söz etmenin çekiciliği, yargılamada her zaman varolan bu sınırlamaların görmezden gelinmesine sebep olmaktadır.[586] *Posner*'a göre, formalizmdeki kesinlik ve nesnellik görünümü yanıltıcıdır. Çünkü *Posner*, normların değer, sonuçların birer olgu olduğuna işaret eder. Olgudan kesinlik ve nesnellik gibi normatif değerlerin çıkarılması mümkün olmadığı gibi, normatif değerde de olgusal sonuca ilişkin fazla bir şey bulmak mümkün değildir. Olandan olması gereken çıkartılamaz diye ilave eden *Posner*, değerin her sonuçta ayrı ayrı yer alması gerektiğine işaret etmektedir.[587]

Posner'a göre yargıcın kanun koyucu gibi davrandığı açık alanda iki ana sınırlayıcı işgörmelidir. Bunlardan ilki yargıcın karar kriterini beyan ederken "dürüst" olmasıdır. Dürüstlük *Posner* için önemli bir sınırlayıcıdır çünkü "bilimsel" ile "değer" yargıları arasındaki sınırın açığa çıkmasını sağlar. Yargıç, kararını bilimsel veriye göre mi yoksa değer yargısına göre mi almıştır? *Posner*'a göre ancak, bilimsel veriye göre verilen karar, yargıcın kararına yansıyacak içsel sınırlamaları aşmaya muktedir olacaktır. Çünkü *Posner*'ın epistemolojisine göre, bir kişinin hangi değerleri benimsediğini ya da amaç edindiğini aksettirmesi ve tartışması anlamlı değildir. *Posner,* yargıcın kişisel ya da sınıfsal tercihlerini hesaba katmaması gerektiğinde herkesin hemfikir olacağına dikkat çeker. *Posner*'ın devreye soktuğu ikinci sınırlayıcı, yargıcın "tutarlı" olması gerektiğidir. Örnek davadaki kararın gerekçeleri yargıcın diğer davalarda karar verirken kullandığı gerekçelerle

[586] Mirza, Ahsan, "How Judges Think, by Richard A. Posner", **Osgoode Hall Law Journal**, 2009, s:2

[587] R. Posner, 2008, s:240

tutarlı olmalıdır.[588] *Posner* pragmatist yargılama ile yargıçlara, formalizmdeki yapay nesnellik düşüncesinin aksine, içsel ve dışsal sınırlamalarından kurtulmuş geniş (tamamen değil) bir özgürlük verebileceği düşüncesindedir.[589]

Posner **"How Judges Think"**de daha sonra, pragmatist yargıca eşlik edecek araştırma önerisi olarak yargısal davranışın "temel modelini" yapılandırır.[590] *Posner*'a göre pragmatist yargıcın kararına yargısal davranışın dokuz ana teorisi eşlik etmelidir. Bunlar, davranışsal, stratejik, sosyolojik, psikolojik, ekonomik, örgütsel, pragmatik, fenomenolojik (olay odaklı) ve hukuki teorilerdir. *Posner*, pragmatist bir yargıcın kararını verirken bunların yalnızca birinden değil, yerine göre tümünden faydalanmasını tavsiye eder. [591] Örneğin davranışsal teori, yargıcın kararının en iyi olarak, onun davaya getirdiği politik referansla açıklanabileceğini iddia ederken,[592] stratejik teori de davranışsal teoriyle uyumlu olarak, yargısal davranışı politikayı model alarak güçlü çıkar gruplarının menfaatlerinin dengelenmesi olarak görür. Stratejik teori aynı zamanda hedef odaklı olan diğer yargısal davranış teorileriyle de uyumludur.[593] Yargısal davranışın sosyolojik teorisi, yargılamanın yapıldığı toplumsal dinamiklere odaklanmıştır. Sosyal grupların politik dinamikleri de sosyal teorinin alanı içinde olacağından, bu başvurunun genişletilerek davranışsal teori ve

[588] A.J. Haugh, 2001, s:41

[589] R. Posner, 2008, s:12

[590] A. Mirza, 2009, s:1

[591] R. Posner, 2008, s:19

[592] age, s:20

[593] age, s:29-30

stratejik teoriyle bağlantılı hale getirilmesi mümkündür.[594] Sosyolojik teori, toplumsal yapının psikolojik ve ekonomik dinamikleri nedeniyle aynı zamanda yargısal davranışın psikolojik ve ekonomik teorisiyle de ilişki halindedir. *Posner* ekonomik teori ile insan davranışının psikolojik açıklanışı arasında çok önemli bulduğu, amaçların ve sonuçların uyuştuğunu düşündüğü paralellik görmektedir.[595] Böylece yargısal davranışın ekonomik teorisinde yargıç, rasyonel çıkar ve faydayı en yüksek düzeye ulaştıran biri olarak hareket edecektir. Yargıç ekonomideki terimsel anlamıyla rasyonel düşünen bir aktör gibi, eylemine rehber olarak fayda fonksiyonunu arttırmayı alacaktır. [596]

Sözünü ettiği dokuz teori içinde en çok yargılamanın ekonomik teorisini önemseyerek bunu ayrıcalıklı bir yere yerleştiren *Posner,*[597] ekonomik teorinin yalnızca davranışsal, sosyolojik ve psikolojik teoriyle değil, aynı zamanda örgütsel ve pragmatik teoriyle de uyumlu olduğunu düşünmektedir. Yargılamanın örgütsel teorisinde yargıcı hükümetin tasarrufları ve toplumsal yapı arasında bağ kuran bir işçi gibi olduğunu düşünen *Posner*'a göre, bu yargının bağımsızlığı fikriyle paradoks içinde gibi görünse de, rasyonel ekonomik analiz bunu engelleyecektir. [598] Yargılamanın fenomenolojik (olay odaklı) teorisi ise *Posner*'a göre, pragmatist teori

[594] R. Posner, 2008, s:31-33

[595] age, s:34

[596] age, s:35-36

[597] R. Posner, 2004, s:6

[598] R. Posner, 2008, s:39

ile hukuki teori arasındaki köprü olması nedeniyle önemlidir.[599] Ve son olarak da yargılamanın hukuki teorisi, yargısal davranışın pozitif teorisi olarak kabul edilmektedir. Hukuki slogan "rule of law" (hukukun yönetimi) dir. [600]

Posner **"How Judges Think"**de yargıcı bir "işçi pazarı elemanı"[601] olarak nitelendirir. Yargıç, yargısal davranış teorilerinden gelen bilimsel verileri gözetir ve aynı zamanda pazarda rasyonel seçimleri gözeten biri gibi davranır. Böylece onun hukukunun öncelikli olarak ekonomi temelinde yükseldiği görülür.[602] *Posner*'a göre, hukukun ekonomik analizi tanımlayıcı, deneysel ve normatiftir. Deneyseldir, çünkü kurumlar ve yasal doktrin arasında altta yatan birlikleri sergileme arayışındadır. Tanımlayıcıdır, çünkü ekonomik aklın (mantığın) tanımlamalarıyla doktrini ve kurumsal yapıyı etkiler ve yasal değişime neden olur. Normatiftir, çünkü yargıca ve diğer politik güçlere düzenlemeler hakkında çok etkili metotlar sunar.[603]

Kanun koyuculuk ve gerçek yargıçlık olarak iki şapka taşımakta olan yargıç [604] için ekonomik analizin önemli olan özelliği normatifliğidir. *Posner*, "**The Problems of Jurisprudence"**de refah maksimizasyonu ve hukukun ekonomik

[599] R. Posner, 2008, s:40

[600] age, s:41

[601] age, s: 57

[602] A. Mirza, 2009, s:1

[603] R. Posner, 2004, s:4

[604] R. Posner, 2008, s:86

analizini savunan argumanını yargıcın basit araçsalcılık• politikası izlemesi gerektiği argümanıyla birleştirir. Son olarak **"Overcoming Law"**da pragmatizm, liberalizm, hukuk ve ekonomi arasında kurduğu ilişkiyle Posner'ın normatif program ağı ortaya çıkar. [605]

Normatif olarak *Posner*'ın pragmatizmi hukuktaki teorik hususları göstermek için güçlü bir aydınlatıcı olmak üzere birleşen bu üç yaklaşımı kapsar. *Posner*'ın **"Overcoming Law"**da başlıca amacı pragmatizm, ekonomi ve liberalizmin içeriğini uzlaştırmaktır.[606] Ona göre, pragmatizm özel bir ekonomi biçimidir. Klasik bireyselci liberalizmle ilgili belirli kurucu nitelikteki değerlere bağlılık gösterir. Pragmatizm belirli bir hukuk ve ekonomi türüdür. Bunlarla uyuştuğundan liberalizmle birliktedir.[607]

Posner **"Overcoming Law"**da ayrıca ahlakı ve politik felsefeyi savunması gerektiğini kabul eder. *Mill*'in klasik liberalizme olan atıfını benimser. Göze çarpan bir kabullenmeyle, *"bizim liberal kurumlarımızın faydacı kurumlarımız kadar derin olduğunu ve bizi bunlardan vazgeçirecek veya vazgeçirmesi gereken entellektüel bir yöntem olmadığını"* itiraf eder. [608] Kısaca, **"Overcoming Law"**da normatif

---

• "Hukukun uygulaması, özellikle yargılama, eğer hukuk kendisine 'basit bir işlevselciliği veya sonuççuluğu' görev edinirse ilerleyebilir." Bkz: R.Posner, 1990, s:122

[605] P. Lake, 1999, s: 623

[606] age, s:640

[607] age, s:641

[608] age, s:642

tutumunun daha net bir açıklamasını verir. Savunduğu hukukun ekonomik analizi tamamen kavramsal veya şekilsel olmasa da, ağırlıklı olarak hukuk ve ekonomiyi temel alan bir tutumdur. Buna ek olarak, pragmatizm ile hukukun ekonomik analizi arasındaki bağlantılar ne olursa olsun, görüşünde belli bireyselci liberal duyguların yoğun olduğunu kabul etmektedir. [609]

4-3- Hukukun Ekonomik Analizi ve Yargısal Davranış

Posner'ın en iddialı ve etkili eseri **"Economic Analysis of Law"**, hukuku ekonomik analizle ele alarak disiplinler arası alanda objektif bir temele oturtmak için kapsayıcı sistem oluşturmaya yönelik bir çalışmadır. *Posner* araçsal, ancak merkezi nitelikte önem taşıyan ekonomi ile hukuku bağdaştıran bir teori inşa etme çabasındadır.[610]

Posner ekonomik analizin üç ana ilkesi olduğunu bildirir. Talep kanunu olarak ifade ettiği birinci ilke, konulan fiyat ile talep edilen miktarın ters orantılı oluşudur. İkinci ilke tüketicilerin ve suçluların kendi çıkarlarını, mutluluklarını zevk ve doyumlarını en üst düzeye çıkarmaya çalışmalarıdır. Üçüncü ilke ise, piyasa

---

[609] P. Lake, 1999, s:642

[610] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:115, Ayrıca bkz: P.Lake, 1999, s: 625; "Posner, Yargılama Hukukunun Problemleri'nde refah maksimizasyonunu, pragmatizmi ve araçsalcılığı birleştirir."

rızaen yapılan değiş-tokuşa izin verdiğinde kaynaklar, en verimli kullanım alanlarına yöneleceklerdir.[611]

Hukukun ekonomik analizi için, temel argüman olarak, ekonominin insanların isteklerine oranla sınırlı sayıda kaynağın olduğu bir dünyada rasyonel tercihler bilimi olmasına işaret eden *Posner*'a göre, ekonominin, hukukun ekonomik analizine yol gösterecek olan en temel varsayımı, insanların kendi tatminlerini en yüksek noktaya taşıyan (maximizer) rasyonel varlıklar• olmasıdır.[612] Ekonomik analiz uyarınca, kişiler özgür bırakıldıklarında yapacakları seçimlerin "rasyonel" en yüksek tatmini sağlayacak seçimler olacağı varsayılır. Buna göre kişiler rasyonel

---

[611] R.Posner, 2003b, s:3-4

• Posner, insanların rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini sahip oluşunu evrim kuramı ile açıklar. Posner'e göre, evrim kuramı insanın bilinçsizde olsa, rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini açıklamıştır. Maksimizasyon, rekabet, bilinçsiz rasyonellik, bedel, yatırım, kişisel çıkar, hayatta kalma yetisi ve eşitlik kavramı her iki teoride de çok önemli rol oynamaktadır. Evrim teorisi ırkların bilinçsiz maksimizasyon sağlamalarıyla uğraşmaktayken ekonomi kişilerin bilinçsiz maksimizasyon güdüleri ile ilgilenmektedir. Sonuç olarak ekonomi, evrimleşen canlıların bilinçsiz maksimizasyon sağlamaya çalışmalarıyla aynı yönelime sahiptir, ekonomik hayatta işler karışsa da, çeşitli zorluklarla karşılaşılsa da tıpkı evrimleşen canlıda olduğu gibi bir şekilde bunun üstesinden gelmek başarılabilmektedir. Ekonomik maksimizasyon anlayışı pragmatik bilgiye ulaşmada çok önemli bir araç haline gelmektedir. Bkz: R.Posner, 2002, s:14

[612] R.Posner, 2003b ,s:3

olmalıdır, ama tamamen bilinçli olmak zorunda değillerdir. "Rasyonel" sözcüğü burada araçlar ile amaçlar arasında genel bir uyumluluğu ifade etmek için kullanılmaktadır.[613] Böylece *Posner*'a göre bütün sosyal aktörlerin akılcı araçsalcılar olduklarını varsayan ekonomik model aracılığıyla bütün insan aktiviteleri işleyen bir şekilde anlaşılabilecektir.[614]

Hukuk ve ekonomi modelinde yargıç da, diğer akılcı araçsalcılar gibi, refah maksimizasyonu ya da diğer bir ifadeyle zenginliğin artırılmasını gözetmek durumundadır. *Posner*, sıradan bir yargıç ile refah maksimizasyonunu gözetecek yargıcın vereceği kararlarının farklılığını, kaybolan kedisi için ödül vereceğini ilan eden kedi sahibi ile ilanları görmeksizin kediyi bulan kişi arasındaki hukuki durumun çözümlemesi üzerinden açıklar. Sıradan yargıcın yapacağı formalist yorum üzerinden vereceği kararda, kedinin sahibinin ödül parasını ödemesine gerek yoktur. Çünkü tarafların iradeleri buluşmamıştır. Ancak refah maksimizasyonunu gözeten bir yargıcın vereceği karar, bulanı ödüllendirmenin ancak hukuki kurala göre ödül

---

[613] R. Posner, 1990, s:354

[614] R. Posner, 1995, s:15-16. Posner'e göre, bu bilgi oldukça kapsayıcıdır. Sözleşme hukukundan, sigortaya, haksız fiil hukukuna ya da başka bir suç işlenip işlenmediğine dair kriminal bir kararı ya da dava açıp açmayacağına dair davacının rasyonalizasyonunu da kapsayabilmektedir. Bkz: age, s:353, Ayrıca Posner'e göre, Hukuk "refah maksimizasyonu" işlemlerini çeşitli yollarla kolaylaştırmaktadır. Örneğin mülkiyet hakkını onaylaması ve bunu haksız fiil hem de ceza hukuku yoluyla koruması, alışverişi kolaylaştırmaktadır.

Bkz: R.Posner, 1990, s:357

verme uygulanmasının her benzer durumda zenginliği artırıcı olmasına göre değişecektir.[615]

Posner "refah maksimizasyonu" teriminin çoğu zaman anlaşıldığının aksine yalnızca parasal zenginlik olarak anlaşılmaması gerektiğine dikkat çekerek açıklamalarına devam eder. *Posner* için "refah maksimizasyonu"ndaki "refah" kelimesi tüm maddi ve manevi mallarla hizmetlere karşılık gelmektedir. [616] Ayrıca *Posner*, maddi ve manevi tatmindeki artışa ilave olarak özgür zamana da refah bedeli atfetmektedir.[617] Ekonomik anlamda "refah" basitçe sadece parasal bir konu olmasa

---

[615] R. Posner, 1995, s:423

[616] R.Posner, 1990, s:356 ; Örneğin: "Eğer A, B'nin pul koleksiyonu için 100 dolar ödemeye gönüllüyse, bu A için 100 dolar değerinde demektir. Eğer B pullarını 90 dolar üzerinde olmak üzere herhangi bir fiyata satmaya gönüllüyse, bu B için 90 dolar değerindedir. Bu yüzden, eğer B pullarını A'ya satarsa, toplumun zenginliği 10 dolar ile artacak. Bu ticari alışverişten önce A'nın nakit 100 doları vardı ve B'nin 90 dolar değerinde pul koleksiyonu vardı. Alışverişten sonra A'nın 100 dolar değerinde pulları oldu ve B'ninse nakit 100 doları. Bu alışveriş ölçüt zenginliği 10 dolar ile artırmayacak. Hatta hiçbir biçimde artıramayacak tabi eğer bu alışveriş kayıt edilmezse ve eğer kaydedilirse, muhtemelen satış fiyatıyla (100 dolar) ile bu zenginliği yükseltecektir. Ancak toplumsal refaha asıl katkı A'nın satıştan elde ettiği bedeli para olmayan tatmindeki 10 dolarlık artışı içeren bir katkıdır."

[617] age, s:357, Örneğin; "Eğer haftada 40 saatlik çalışmaya 1,000 dolar aldığım bir işte çalışmaya devam etme ile haftada 30 saatliğine 500 dolara çalışacağım başka bir işe geçme arasında seçim yapmam isteniyorsa, ve ben de işi değiştirmeye karar

da refah parayla yakın ilişki içindedir. Çünkü ödeme gücüyle desteklenmemiş bir arzu ayakta duramaz.[618]

Posner'a göre hukuk, refah maksimizasyonuna yönelik olan ekonomi ilkelerini uygularsa, adil hukuki yorum sorunu büyük oranda ortadan kalkacaktır. Ekonomik analizle işleyen hukuki yorum sınırlı, ideolojik ve bencil yorumcu öznelerin elinden alınıp, ekonomi biliminin objektif ve empirik olarak sınanabilen kuralları ve araçlarına emanet edileceklerdir. Özetle, araçsal akıl[619] varsayımına dayanarak ekonomi her iki yönüyle de, hem araçsal akıllı menfaatçi bireylerin hareketlerini tahmin ettiğini iddia eden bir pozitif bilim olarak, hem de zenginliğin maksimizasyonuna (zenginliğin arttırılmasına) yönelik taahhütte bulunan bir bilim olarak, kanunların yorumlanması ve değerlendirilmesi için objektif kriteri sağlayacaktır. Buna göre, farklı türden yorumlara açık bir kanunun yorumunda,

---

verdiysem, ekstra 10 saat olacak (boş zaman için olan) bunun bana değeri en azından 500 dolardır. Farzedelim ki ekstra boş zamanlar 600 dolar değerinde, böylece çalışma saatlerimi azalttığımda tüm gelirim 1,000 dolardan 1,100 dolara çıkacak. İlk patronumun, büyük ihtimalle, benim işten ayrılmamla maddi durumu kötüye gidecek fakat 100 dolardan daha fazla bir zarar olmayacak. Çünkü eğer o olsaydı bana haftalık 1,100 dolardan çok az daha yüksek bir fiyat önerecekti ve ben de kabul edecektim."

[618] R.Posner, 1990, s:357 Örneğin kişi mutsuz bir şekilde BMW arzuluyor olsa da, fakat eğer onun satış fiyatını ödemeye gönülsüzse ya da gücü yetmiyorsa BMW'nin şimdiki sahibinden diğer kişiye transfer olmasıyla toplumun refahı artmayacaktır.

[619] age, s:367 "ekonomi insanların rasyonel davranacaklarını varsayar."

alternatif yorumların arasından hukuk ve ekonomiye göre zenginliğin arttırılmasına en uygun yorumun seçilmesi gerekmektedir. Böylece yargıç karar verirken hem formalizmden gelen kısıtlamaları aşmış, hem de öznelliğe düşmeden ekonomi biliminin verileri uyarınca gereken objektifliği sağlamış olacaktır. Sonuç olarak hukuk ve ekonominin perspektifinden adalet, araçsal akla ve zenginliğin arttırılmasının gerçekleştirilmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. [620]

Posner, ilk döneminde hukukun ekonomik analizine daha çok güvenmiş ve sisteminde daha keskin ve merkezi bir yer vermişse de son dönem yazılarında bu tavrını esnetmiştir.[621] Hukukun ekonomik analizle bir takım matematik formüllerine indirgeme projesine çeşitli itirazlar yükselebileceğinin farkında olan *Posner*, ekonomik analizin bir makine gibi işleyen bir kesinliğe sahip olmasa da yine de çoğu doktrini ve kararı açıklayabilme yeterliliğine sahip olduğu düşüncesindedir.[622] **"The Problems of Jurisprudence"**nin Onikinci Bölümünde *Posner*, farklı bağımsız yargılama teorilerini değerlendirme ve reddetme bağlamında, hukukun ekonomik analizini, son yıllarda kapsayıcı bir adalet kavramını ayrıntılarıyla ele alan "en hevesli ve belki de en etkileyici olanı" olarak tanımlar.[623] Ancak hukukun ekonomik analizine karşı pozitif savlarla ilgili değerlendirmeleri boyunca, yapıcı ve refah maksimizasyonunu savunan yarı-şüpheci duruşunu da korur.[624] Pragmatist

[620] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:115

[621] age, s:117

[622] R. Posner, 1990, s:361

[623] P. Lake, 1999, s:627

[624] age, s:630

yaklaşımını yansıtan mesajı, -ona göre gerçekte zayıf olmayan- zayıflığına rağmen hukukun ekonomik analizi biçimindeki refah maksimizasyonu elimizdeki en iyi alternatiftir.[625]

Posner, hukukun ekonomik analizine yönelik iki itirazı oldukça ciddiye almakta, yalnızca bu itirazların ekonomik analizin gücünü zayıflatabileceğini düşünmektedir. Bunlardan ilki, hukuk ve ekonominin düzmece bilim olduğu ve diğeri ise ekonominin, piyasa-dışı eylemlere değil, piyasaya ait olduğudur.[626]

Posner birinci itiraza yönelik savunmasında öncelikle, ekonomi bilimini doğa bilimleriyle karşılaştırıldığında zayıf olduğunu kabul eder. Ancak ekonominin sahte bir bilim olmadığına ve bir ideoloji olmadığına dikkat çeker. *Posner,* ekonominin, insani bilimlerin en güçlüsü olduğunu düşünmektedir. Buna karşılık *Posner*'a göre ekonomi bir bilim olarak, birbiriyle ilişkili iki başlıca zayıflığa sahiptir. İlki büyük ölçüde deneysel olmayan bir bilim olmasıdır. Ekonomik alanın, kontrollü deneylerin uygulanmasının çok elverişsiz olduğu bir alan olması doğrulama ya da yanlışlamayı zorlaştırmaktadır. İkincisi, çürütülebilirliğin olmamasının kendisi *Posner*'a göre küçük bir problem değildir. Etkili bir şekilde çürütülemeyen fakat sadece doğrulanabilen bir teori zayıftır, sağlam bir temele sahip değildir. *Posner*'ın problemi şudur ki, bir teoriyi destekleyen veriler, eğer biz rekabet eden teorileri çürütemezsek, diğer teorileri de destekler. Ancak *Posner* için bu zayıflıklar yine de hukuk ve ekonomi eylemini gözden düşürmemelidir. Öncelikle, bir çok rasyonel bilim ekonomik analizin zayıflıklarını paylaşır niteliktedir.

[625] P. Lake, 1999, s:631

[626] age, s:628

Ekonomistler ve diğer sosyal bilimciler zaman zaman kontrollü deneyler yapmaktadırlar. Ayrıca, betimleyici hukuk araştırması için rekabet çok zayıftır.[627] Çeşitli disiplinlerarası hukuk araştırmaları alanları hukukun ekonomik analizinden çok daha eski olmalarına rağmen, pozitif bir hukuk teorisi biçimlendirmede önder bir rol alabilme yeterliliğine sahip olamamışlardır. Sonuç olarak *Posner,* ekonomik analizin mükemmel olmasa da en güçlü aday olduğunu düşünmektedir.

Posner'ın dikkate aldığı ikinci eleştiri hukuk ve ekonominin yanlış yerlere konulduğu yönündeki "özcü" **(**essentialist**)** iddiadır. Çünkü piyasa araştırmalarıyla klasik bir şekilde ilişkili bilimsel bir bakış açısıyla piyasa-dışı aktiviteleri yanlış değerlendirir. *Posner* ekonominin açık piyasa çevreleri dışında insan bilgisine çok şey katıp katmadığının deneysel bir soru olduğunu ve bu deneysel sorunun cevabının olumlu göründüğünü anlatmaktadır. *Posner* hukukun ekonomik analizi alanında kapsamlı ve etkili bir literatür oluştuğunu ve diğer birçok piyasa-dışı alanların teorinin "kendi değerleri üzerinde gelişmesi gerektiği"ni savunmaktadır. Bir çok kişinin piyasa analizi modellerini uygulama girişiminde bulunması, bazılarının bunu kazançlı bulduğunu ve eninde sonunda kazançlı olması olasılığıyla tutarlı olduğunu kanıtlamaktadır. [628]

Posner'ın ekonomik analiz konusunda kabul ettiği tek eleştiri, refah maksimizasyonunun Amerikan hukukunda da önemli bir uygulama alanına sahip olduğu, hatta "common law"ın mantığının refah maksimizasyonu ile refahı

---

627 P. Lake, 1999, s:628

628 age, s:629

yeniden dağıtmak olduğunu düşünse de, bir sosyal norm olarak evrenselliğinin tatmin edici olmadığı yönündedir.[629]

Ancak ekonomik analize kayda değer başka itirazlar da yükselmektedir. Bu itirazlardan ilki, bu denli merkezi konuma ve önemli hale getirilmiş olan ekonomik analizin tüm hukuk alanını kaplayarak hukuku işlevsiz hale getirip yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olduğu bir hukuk sistemine yol açacağı yönündedir. Bu sakıncayı dile getiren *Levit*'e göre, ekonomik analiz, bir yargıcın seçmesi için gerekli olan en doğru yargısal paradigma olarak pratik akla bağlanmıştır. Pratik akıl kavramı da, toplumda mevcut ortak yargılara dayandığından, hukuk mevcut ekonomik çerçevenin bir kez daha teyit edilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır.[630] Benzer görüşte olan *Rosenfeld*'a göre, hukuk ve ekonomi bütün alanı kapladıkça, hukuk tamamen ekonominin altında kalacaktır. Bu olduğunda ise kanuna göre adalet, ekonomik adalete boyun eğecektir. Hukuk ve politika, ekonomi tarafından olgusal ve normatif olarak yönlendirilen bir sosyal dünyada daha da ikincil plana itilecektir. Zenginliğin arttırılmasının bütün ahlaki amaçların önüne geçmesi tehlikesi vardır. Buna göre teoride zenginliğin arttırılması ne kadar araç gibi gözükse de, pratikte o bütün diğer amaçları altta bırakabilecektir.[631]

Diğer bir eleştiri, *Posner*'ın idealize ettiği türden serbest ve rekabet içinde işleyen ve rasyonel seçimlerle en doğru seçimleri yapan bir ekonomi modelinin işleyebilmesi de bir hukuk sistemi içinde mümkün olacağı yönündedir. Hukuki bir

---

[629] P. Lake, 1999, s:630

[630] N. Levit, 1991, s:499

[631] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:116

rejim olmadan –her ne kadar sadece özel mülkün ve sözleşme hakkının korunmasıyla sınırlı olsa da– işleyen bir pazar toplumunu sürdürebilmek imkânsızdır. Bu sebeple *Rosenfeld*'a göre, en iyimser senaryoda bile ayrı bir pratik olarak hukuk asla pozitif ve normatif ekonomiyle birleşmeyecektir.[632]

> *"Günümüz toplumlarında hukuk ile ekonomi arasındaki ilişki karmaşık ve birden fazla görünüme sahiptir. İyi çalışan pazarlara göre, hukuki düzenleme kısıtlamasız pazar işlemlerine müdahale edilmesini önleyecek minimum seviyede olmalı. Fakat pazarların işlevsel olmadığı konularda, var olan pazarların kusurlarını düzeltmek için pozitif düzenlemeler kaçınılmaz hale geliyor. Diğer bir deyişle, işlevsel pazarlar bağlamında, hukuk kolaylaştırıcı bir rol oynuyor. İşlevsiz pazarlarda ise, hukuk pazarın eksiklerini düzeltici bir rol oynamak zorundadır. Teoride hukukun kolaylaştırıcı ya da düzenleyici bir rol oynaması arasında fark yoktur. Her iki durumda da kanunun ya da tekil bir hukuki yorumun meşruluğu aynı testten geçecektir. O test söz konusu kanun ya da yorumun sonucunun zenginlik artışını sağlayıp sağlamadığıdır. Pratikte ise kişi hukukun sadece kolaylaştırıcı olduğu ve sonuçların otomatikman zenginlik artırıcı olduğu mükemmel pazarların sürtünmesiz dünyasında kalamaz. Tersine zenginlik artışının önüne engeller çıkaran sürtünmeler kaçınılmazdırlar. Bunlar düzenlemeci kanuna davet çıkarırlar ve dağılımcı adaletle ilgili ilk önemli soruları ortaya atarlar."*[633]

Posner'ın zenginliğin artırılması odaklı hukuki sistemi ayrıca, açıkça eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. *Posner*, **"The Problems of Jurisprudence"**nin Onikinci bölümünün sonunda refah maksimizasyonunun "bir üretkenlik ve sosyal dayanışma etiği" olduğunu ifade etmektedir. *Posner*'a göre,

---

632 M.Rosenfeld, 1996-1997, s:117

633 age, s:118

toplumun eşya ve hizmetleri üzerinde bir iddiada bulunmak için diğer kişilerin değer verdiği birşey sunabilmek gerekmektedir.[634]

Annalise E. Acorn Posner'ın refah maksimizasyonu ile üretkenlik etiğini savunusunu eleştirmektedir. *Posner*'ın düşüncesine göre, refah maksimizasyonu diğer avantajlarının yanı sıra aynı zamanda üretkenlik erdemini teşvik ettiğinden dolayı etik olarak da savunulabilir durumdadır.[635] *Acorn*'a göre, *Posner*'ın kuramı şu varsayıma dayanır: Yetkilerin paylaştırılmasında, üretkenin talepleri üretken olmayanlarınkinden daha çok dikkat çeker ve üretken bireyler piyasadaki başarıları ile tanınırlar. Oysa *Acorn*'a göre bu varsayım eşitlik ilkesine aykırı olduğundan etik olarak savunulması mümkün değildir.[636]

Acorn'a göre, *Posner* üretkenliği etik bir erdem olarak formule ettiğinde ilk olarak üretkenlik nosyonu ile özgecilik (altruism) nosyonu birleştirmiş ve üretkenliğe etik bir önem atfetmiştir. *Posner*'a göre üretim aracılığıyla bireyler birbirlerine fayda sağlamaktadırlar.[637] İkinci olarak *Posner*, refah maksimizasyonunu etik bir norm olarak savunduğunda yarı-dini retoriğe, Kalvenizme başvurmuştur. Kalvinist ahlak ise üretkenlik konusunda son derece inkarcı ve kişiyi olumsuzlama konumundadır. Üretkenlik, Kalvinizme göre, birey için dinsel kurtuluş aracıdır. [638] *Posner*'a göre

---

[634] R. Posner, 1990, s:391

[635] A.E. Acorn, 1993-1994, s:168

[636] age, s:205

[637] age, s:177

[638] age, s:169

refah maksimizasyonu Kalvinist erdemleri teşvik ettiğinden dolayı ahlaki olarak daha üstün durumdadır.[639]

Acorn, Posner'ın refah maksimizasyonunu ahlaki bir kuram olarak yorumladığı **"The Economics of Justice"**ı irdeler. *Acorn*'a göre bu kitap önemlidir. Çünkü *Posner* bu kitapta, hukuk ve ekonomi için, eşitlik ilkesini reddetmenin hoşgörülebilir (ahlaki olarak) olduğunu dürüstçe ifade etmiştir.[640] Refah maksimizasyonunu etik olarak savunurken bile *Posner* yönünü değiştirmemektedir. Kuramının eşitlikçi olmadığını ve avantajlının lehine olması gerektiğini kabul etmekte, refah maksimizasyonu ile *Rawls*'ın eşitlikçi kuramını açıkca reddetmektedir. *Acorn Posner*'ın sorunların çözülmesi için bir prosedür yaratma konusunda görünürde bile, -*Rawls*'un aksine- bireylere eşit davranmaya çalışmadığına işaret eder. *Posner* yalnızca ekonomik araçlara eşit davranmaktadır. *Posner* bunu şu şekilde açıklar: *"Birisi bir doların her bireye ne kadar değer ifade ettiğini sorduğunda yine tartışmalı meselelere saplanır ve ekonomik yaklaşımın netliği kaybolur.*" Çünkü soru eşitlik tartışmasına döndüğünde problem yine tartışmalı olan etik alan içine çekildiğinden *Posner* bunu tercih etmemektedir. [641]

Acorn'a göre materyal üretkenliği tek başına alarak en önemli şey olarak gören bir etik kuram elitisttir. İnsanlar aynı fırsatlara ya da üretkenlik kapasitesine sahip olmayabilirler. Ayrıca piyasa da her zaman üretkenliği ödüllendirmede başarılı olmayabilir. Bu kuram, erdemi amaçlamada başarısız, fakat erdemliler için materyal

[639]A.E. Acorn, 1993-1994, s:177

[640] age, s:171

[641] age, s:172

ihtiyacı sağlayabilen alt tabakanın yaratımı ve dışlanmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak *Acorn*'a göre üretkenlik etiği ahlaken yeterince savunulabilir durumda değildir. [642]

Lake de tıpkı *Acorn* gibi refah maksimizasyonunun eşitliğe aykırı olduğu düşüncesini taşımaktadır. *Posner*, refah maksimizasyonunu savunurken, rekabet halindeki diğer sosyal adalet kavramlarının başarısız olduğunu bildirmektedir. [643] Sosyal adaletin eşitlik ve dağıtımsal adalet nosyonlarının başarılı olmadığı düşüncesinde olan *Posner,* sosyal pastanın toplam büyüklüğünü arttırmaya odaklanmıştır.[644] *Posner* savını öne sürerken, *Rorty*'ninki de dahil, bütün sol görüşlere saldırır ve refah maksimizasyonu ilkelerine karşı koyan sosyal deneyleri kınar. *Posner*'a göre ekonomiye teşvik ya da kısıtlamalarla müdahale etmek özellikle Üçüncü Dünya ülkelerinde denenmiş ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.[645] *Posner*'a göre haklar gerek başlangıçta ve gerekse sonra düzgün dağılma eğilimindedir. Tesadüf ve kötü şanstan kaynaklı haksız durumların olduğunu *Posner* da kabul eder. Ancak kötü şanstan kaynaklı eşitsiz hak dağılımı sosyal adalet ilkeleriyle giderilmeye çalışılsa bile doğal durum yine de sosyal değişime dirençli olacak, kısa

---

[642] A.E. Acorn, 1993-1994, s:204-205

[643] P. Lake, 1999, s:636 ;Posner'den aktaran Lake: "Bizim, piyasaların çalıştığına –kapitalizmin malları dağıttığına- inanmak için nedenimiz var ve felsefenin bizi çıkarımlardan saptırmasına izin vermek bir hata olur..."

[644] age, s:631

[645] age, s:636

sürede eski hale geri dönecektir.[646] Bir toplumdaki sosyal dağıtım etkili bir dağıtım olmadığında bunun sonuçları kısa sürede ortadan kaybolacağından yapılmış değerlendirmelerin ve bu değerlendirmeler gereğince yapılan uygulamaların da bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle *Posner*'a göre, sosyal adaletin başarısız eşitlik ve dağıtımsal adalet uygulamalarındansa, refah maksimizasyonu modeli uygulanmalıdır. [647]

Posner dağılım sorunlarını verimlilik sorunlarından uzak tutacak bir iş bölümü önermekte, dağılımsal problemlerin üzerinden gelebilecek en iyi kurumun yasama kurumu olduğunu söylemektedir.[648] Ancak *Rosenfeld*'a göre *Posner*, ileri sürdüğü yasama ve yargı işlevleri, politika ve hukuk ayrımlarıyla bile, eşitliği ve dağılımsal adalet sorununu tatmin edici bir şekilde ele almış olmaktan uzaktır. *Posner*'ın savunması yalnızca, artan zenginliğin dağıtımında en iyi aracın pragmatik argüman olduğu ve bunun ise elde edebileceğimizin en iyisi olduğu şeklindedir. [649] *Rosenfeld*, hem statükonun kaçınılmazlığını hem de ondan bir kopuşun imkansızlığını varsaymakta olan bu argümanın totolojik oluşuna dikkat çeker. Çünkü aynı zamanda *Posner*, yasama organını en çok etkileyenlerin güçlü çıkar grupları olduğunu belirtmektedir. *Rosenfeld* bunun kaçınılmaz bir şekilde zenginlik konusunda gittikçe artacak bir fark yaratacağına işaret etmektedir. [650]

---

[646] P. Lake, 1999, s:635

[647] age, s:634

[648] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:121

[649] age, s:121

[650] age, s:122

Posner'a yöneltilen diğer bir eleştiri temel hak ve özgürlükler bakımındandır. Temel hak ve özgürlükleri bedel-fayda analizine tabi tutarak ekonomik yaklaşımla savunması eleştirilmektedir. *Posner*'a göre, daha geniş açıdan bakıldığında mevcut haklar sistemi aslında gerçekçi bir faydacılık anlayışının da gereksinmesidir. Yani, insan doğasının gerçekleri dikkate alındığında, faydacılığı gözeten bir toplum fayda-maksimize edici davranışı kontrol eden kurallar ve kurumları getirecektir.[651] Anayasal düzenlemelerin ekonomi biliminin verileri gereğince insan davranışının sonuçlarına bakarak hazırlanması gerektiği düşüncesinde olan *Posner*'a göre, örneğin anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü araçsal bir dokunuşu içermektedir. İfade özgürlüğüne araçsal dokunuşun anlamı, bu özgürlüğün politik istikrar, ekonomik refah ve bireysel mutluluğu temin etmede araçsal bir role sahip olmasından dolayı tanınmış olmasıdır. *Posner*'a göre, etik dokunuşun tam tersi olan araçsal dokunuşta ifade özgürlüğü, insanların karşılıklı olarak etik anlayış varlığını arttırdığı için değerlidir.[652]

Jed Rubenfeld de bu yaklaşıma itiraz etmektedir. Buna göre, özgürlükler herhangi bir kritere bağlanamaz. Bedel- fayda penceresinden bakıldığında temel haklar kolaylıkla kısıtlanabilecektir. Konu ifade özgürlüğü örneğinde açıklandığında ifadenin toplumda, kazandıracağı artı değerlerden daha fazla korkutucu sonuçlar doğuracağından bahisle yasaklanabilmesi ihtimaline yol açılır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa bedel-fayda analizi uyarınca, "ifadeye ancak yarattığı değer, en fazla zararına eşitse ya da zararını aşıyorsa izin verilebilir." Bu anlamda fayda-bedel

[651] P. Lake, 1999, s:633

[652] R. Posner, 2004, s:62

bakışından pek çok ifade yeterli bulunmayarak yasaklanabilmesi olasılığı vardır. Fayda-bedel analizi bireysel ifade özgürlüğünün bir kriter ile nişanlanması sonucunu doğuracağını ifade eden *Rubenfeld*, bunun anlamının da ifade özgürlüğünün hiç kalmıyor olması olduğunu düşünmektedir. İfade özgürlüğü örneğinde açıklanan durum, diğer özgürlükler için de geçerlidir. *Rubenfeld*'e göre özgürlükleri herhangi bir kritere bağlamak hatalı bir yaklaşımdır. *Rubenfeld* bedel-fayda yaklaşımını özgürlüklerin kısıtlanmasına sebep olmasının yanı sıra, yargıçları kanun koyuculara çevirmesi nedeniyle de eleştirmektedir.[653] *David A. Strauss* da aynı şekilde kısıtlanmalarına neden olacağı gerekçesiyle, temel hak ve özgürlüklerin ekonomik kritere bağlanması düşüncesine karşı çıkmaktadır.[654]

*Posner'*ın ekonomik analiz ve refah maksimizasyonu projesine yönelik kaydadeğer bir değer eleştiri konusu ise hukukun özel bazı alanlarında ekonomik analizle ilgi kurabilmenin mümkün olmadığı yolundadır. *Rosenfeld*'a göre örneğin anayasal özgürlük, eşitlik, gizlilik ve kürtaj gibi konularda ekonomik analizin söyleyebilecek pek fazla bir şeyi yoktur.

> "*Ekonomi kürtaj hakkının zenginliğe katkısını kanıtlasa bile ki Posner kürtajla alınmış bir fetüsün değerini öğrenmemizi sağlayacak hiç bir bilimsel yolun olmadığını ima ediyor. Bunun anayasal kürtaj hakkını kabul etmemizde ya da reddetmemizde hiç bir önemi olmazdı."*[655]

---

[653]Rubenfeld, Jed, "A Reply to Posner", **Stanford Law Rev**., vol.54, no:4, Apr. 2002, s:753

[654] Strauss, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", **Columbia Law Rev**., vol.91, no:2, Mar.1991, s:334

[655] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:117

Posner, ekonomik analizin bu türden meselelerde kullanışsız olduğunun kesinlikle farkındadır. Bu sebeple de ekonomik analizin liberal ilkelerle tamamlanması gerektiği düşüncesindedir.

Posner, ekonomik yaklaşımı çok önemsemekle birlikte hukuki pragmatizmin bütün içeriği olamayacağı düşüncesini taşımaktadır. Çünkü ekonomik yaklaşım en çok, amaçlar konusunda en azından orta derecede bir uzlaşı olduğu zaman işe yaramaktadır. Ancak, öyle meseleler vardır ki, ekonomik yaklaşımın bunlarda söyleyebilecek bir sözü yoktur.[656]

Hukuktaki bazı sorunlar, kolayca ekonomik sorunlar olarak sınıflanamaz. Ekonomik analiz, örneğin, kürtajın yasaklanıp yasaklanmaması konusunda bir şey söyleyememektedir. Özellikle cinsellik ve üreme ile ilgili sorunlar, ekonomik analizle çözümlenemeyecek sorunların başında gelmektedir. Ekonomik analiz bu sorularda "doğru oranı" saptamakta zorluk çeker. Bir kadına istemediği bir çocuğu taşıtmanın ya da bir fetusu almanın ekonomik bedelini saptamak mümkün değildir. Fetusların alınmasının zararı, ancak fetusların o topluluğun bir üyesi sayılıp sayılmayacağına karar verildikten sonra bilinebilir. *Posner*'a göre bu ve bu türde soruların ekonomiyle cevaplanabilmesi mümkün değildir.[657]

Posner'a göre, bu tür konularda ekonomik analiz aracılığla çözüm üretmeye çalışmak ekonomiyi temel haklara potansiyel bir düşman haline getirebilmektedir. Örneğin pek çok muhafazakar insan, insanların özel yaşamlarında eşcinsel ilişkilerde

[656] R. Posner, 2003c, s:188

[657] R. Posner, 1995, s:22

bulunuyor olmasından rahatsız olmaktadır. Bu rahatsızlığa ekonomik analiz kapsamında yaklaşılırsa, homoseksüelliğin dış bir maliyeti şeklinde bir değerlendirmeye gidilmesi mümkündür. Böylece, homoseksüellerin diğer insanlar üzerinde oluşturdukları bu maliyet, homoseksüelliği yasaklamak için bir zemin olarak sunulabilir. Bu nedenle *Posner*'a göre her türlü azınlığa karşı kullanılabilir durumda olan tamamen zihinsel konular, ekonomik analize sokulmamalıdır.[658]

Posner'ın **"Overcoming Law"**da ifade ettiği gibi başlıca kaygısı, refah maksimizasyonunun Amerikan toplumundaki bireysel duyguları açıklamayabildiği ve bunun sınırlayıcı bir hukuk düzenine yol açabileceği yolundadır. *Posner*, gerçekçi bir refah maksimizasyonu sisteminin onu sınırlayabilecek kurallar ve kurumlar gerektirdiğini düşünmekte, refah maksimizasyonunun belli tip hak ve özgürlüklere gerek duyduğunu bildirmektedir. Bunlar özellikle bireysel özgürlük ve özerklikle, bireyselcilik kavramlarıyla bağlantılı olan düzeltici adalet fikirleriyle ilgilidir. Böylece *Posner* bir refah maksimizasyonu sisteminin veya faydacılığın bireysel hakları ihmal ederek yalnızca toplumsal faydaya odaklanmasından kaygı duyar.[659]

Faydacı ve ekonomik düşüncenin liberal olmayan yansımalarının (işkence, bütün sosyal ve ekonomik güvencelerin kaybolması, kölelik sözleşmesi vb) özgürlükten önce verimliliğe önem vermeyle meşrulaştırılamayacağının altını çizen[660] *Posner*, özgürlüğe yalnızca sosyal refah aracı olarak bakan yaklaşımı tercih etmediğini ve özgürlük ihlalinin sosyal refaha yapacağı katkı üzerinden bir

[658] R. Posner, 1995, s:23

[659] P. Lake, 1999, s:631

[660] R. Posner, 1995, s:23

değerlendirme yaparak bireysel özerkliğe müdahale edilmesine taraftar olmadığını bildirmektedir.[661] •

Posner bu tehlike karşısında toplumun liberal güdülerine güvenmektedir. Pragmatizmin bir faydasının da söylemde ortak amaçların olmadığı alanların rasyonel çözümü engellediğini hatırlatması [662] olduğuna işaret ederek, ekonominin işgöremez olduğu noktada, hukuki pragmatizm için diğer araçsal argümanını "liberalizm" olarak devreye sokar. *Posner*'a göre liberalizm, dokunulmaz geniş bir kişisel alan yaratarak ve özgür pazarların çalışmasını sağlayarak, kişisel özgürlük ve ekonomik zenginlik için gerekli şartları temin etmektedir. [663]

Posner, refah maksimizasyonunun bu tarz tehlikelerinden korkmanın gereksiz olduğunu çünkü Amerikan toplumunun liberal güdülerinin en az faydacı güdüleri kadar eski olduğunu bildirerek toplumdaki liberal sağduyuya güvenini ifade etmektedir. Ekonomik refah maksimizasyonu kadar liberal güdülere de güvenmekte olan *Posner* klasik bir liberalizm metni olarak değerlendirdiği, *John Stuart Mill*'in **"On Liberty"** isimli eserindeki görüşlerini önermektedir. Çünkü **"On Liberty"**de,

---

[661] R. Posner, 1990, s:379

• Ancak Posner aynı zamanda, toplumun belli özgürlükler ve temel haklar algısını büyük ölçüde şimdiki rahat koşullarına borçlu olduğu düşüncesindedir. Bu yüzden, bir çok hak ve özgürlük refahı azaltıcı değil, artırıcıdır. Posner'e gore daha geniş açıdan bakıldığında aslında haklar sistemi aynı zamanda faydacılık anlayışının da bir gereksinmesidir.bkz: age, s:379

[662] R. Posner, 2003c, s:188

[663] R.Posner, 1995, s:24

herkesin hem kişisel hem ekonomik maksimum özgürlüğe hakkı vardır.[664] *Posner, Mill*'in klasik öz-saygı davranışının dokunulmazlığı fikrinden yararlanarak, *Mill*'in liberalizm tarzıyla hukuk, ekonomi ve pragmatizm tarzı arasında çok yakın bir bağ görmektedir.[665] *Posner* bunun bilimsel -*Mill*'in ki değilse- ve uzmanların yönetimine güvenmeyen ve geniş kapsamlı bir doktrin olan liberalizm olduğunu savunmaktadır.[666]

[664] R.Posner, 1995, s:23

[665] P. Lake, 1999, s:642

[666] age, s:642

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FELSEFİ VE HUKUKİ PRAGMATİZM İLİŞKİSİNDE ORTA PRAGMATİZM OLANAĞI

I- Hukuki Pragmatizm ile Felsefi Pragmatizm Arasındaki İlişki

A-Genel Olarak

Birinci Bölümde "Felsefi Pragmatizm" başlığı altında, öncü pragmatistler ile yeni pragmatist *Rorty*'nin pragmatizmi ve İkinci Bölümde ise "Hukuki Pragmatizm" başlığı altında, öncü hukuki pragmatistlerle *Posner*'ın hukuki pragmatizmi incelendi. Çalışmanın bu bölüme kadar olan kısmında, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm ayrı olarak incelenmiş, aralarında bir bağ kurulmamıştır. Bu bölümdeki amaç ise bu ikisi arasındaki ilişkiyi incelemek ve böylece *Posner*'ın **"What Does Pragmatism Offer to Law"** makalesinde sorduğu ve genel olarak ele aldığı pragmatizmin hukuka ne önerebileceği hakkındaki soruyu, biraz daha özelleştirerek pragmatizmin çoğulcu hukuki yorum meselesine önerebileceği ortak bir standart olup olmadığını ortaya çıkarmak olacaktır.

İlk meselemiz hukuki pragmatizm ile felsefi pragmatizm arasında nasıl bir ilişki olduğudur. Ya da diğer bir bakışla ikisi arasında bir ilişki mevcut mudur? Böyle bir bağ ya da ilişkiyi arama çabası baştan hatalı bir çaba mıdır?

Genel hatlarıyla bakıldığında hukuki pragmatizm ile felsefi pragmatizm ilişkisi hakkındaki görüşlerin, görüş bildiren filozofun felsefi skalada bulunduğu yere göre farklılık gösterdiği söylenebilir. Buna göre, pragmatist filozoflar olarak *Posner, Rorty* ve *Grey* bu ilişki hakkında genel hatlarıyla benzer görüşler taşımakta ve ikisi arasında ilişki kurmanın karşısında yer almaktadırlar. Buna karşılık akademik moralizme ait bir isim olarak *Luban* ise onlardan farklı olarak felsefeyle hukukun ilişkisinin kesilmesinin mümkün olmadığını düşünmektedir.

Posner, hukuki pragmatizm ile felsefi pragmatizm arasında ilişki kurulabilse de bunun ancak teorik düzeyde ve zayıf bir ilişki olabileceğini savunmaktadır.[667] *Posner*'ın felsefi pragmatizm hukuki pragmatizm ilişkisine bakışı, "Hukuk Ahlak Ayrımı: Antitemeldencilik" başlığı altında incelediğimiz duruşunun bir parçasıdır. Bu başlık altında sözü edilenler hatırlanacak olursa, *Posner*, hukukun her türlü felsefe ve ahlaki teoride temellenmesi düşüncesine karşıdır. *Posner*'a göre hukuk felsefeye karşı özerk durumda olmalıdır. *Grey*, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmi bütünüyle ayrı tutmaktadır. *Rorty* ise *Grey*'in bu ikisinin tamamen birbirinden bağımsız ve ayrı kurumlar olduğu[668] yolundaki ve *Posner*'ın felsefi pragmatizmle hukuki pragmatizmin pek az şey paylaşmakta olduğu şeklindeki düşüncesine katıldığını belirtmektedir.[669]

Luban, hukuki pragmatizmin *Grey* ve *Posner*'ın düşündüğünün aksine daha karmaşık bir durumda olduğunu, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm

[667] R.Posner, 1999, s:235-254

[668] T. C. Grey, 1999, s: 254-275

[669] R. Rorty, 1994, s:104-113

arasındaki ilişkinin içinden çıkmanın bu kadar kolay olmadığını, çünkü hukukun felsefeyle bağının kesilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmektedir.[670]

Rosenfeld ise *Posner*, *Grey* ve *Rorty*'nin bir tarafta, *Luban*'ın diğer yanda yer aldığı karşıt perspektifler arasında orta yol arayışıyla dikkat çekicidir. *Rosenfeld*, hukukun özerkliğini savunsa da hukuk ve felsefe arasındaki tamamen ayırmaya ve bağımsızlaştırmaya yönelik bir tutumun yerinde olmadığını düşünmektedir.[671]

B- Hukuki Pragmatizm ile Felsefi Pragmatizm İlişkisine İlişkin Farklı Görüşler

1- Posner'e Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki

Posner, felsefi pragmatizm ile hukuk ilişkisine teorik ve pratik olmak üzere iki ayrı perspektiften bakmayı tercih etmektedir. Hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden teorik düzeyde etkilendiğini kabul etmekte olan *Posner*'a göre, durum hukuk pratiği söz konusu olduğunda farklıdır. *Posner*'a göre pratik yani uygulamadaki hukuk söz konusu olduğunda hukuk, pragmatist felsefe dahi olsa felsefeden tamamiyle bağımsız ve özerk olmalıdır.[672]

Posner'a göre teorik perspektifte pragmatizmin hukuk üzerindeki ilk etkisi onu kapsayıcı doktrinlerden arındırmasıdır. Pragmatist felsefe kişilerin kapsayıcı

[670] D. Luban, 1999, s:275- 304

[671] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:105

[672] R. Posner, 2003a, s:40-43

doktrinlerden kaynaklanan önyargılarını sarsacaktır. Eğer, kişi yargıç ya da avukat olacak ise pragmatist felsefe okuması, önyargıların kendisi ve toplum üzerindeki etkilerini görmesi bakımından faydalı olacaktır. Felsefenin, özellikle de felsefi pragmatizmin şüpheyi kışkırttığını ve şüphenin de araştırmayı gerektirdiğini bildiren *Posner*'a göre, yargıç daha az dogmatik, daha fazla pragmatik olabilecektir. Böylece felsefi pragmatizm yargıcın genel teorik perspektifini değiştirmek konusunda yardımcı olacaktır. Felsefi pragmatizmin katkısı yargıca, "doğruluk", "doğal hukuk" ya da diğer soyut geçerliğe sahip ilkelere bakmayı bırakmasını sağlamak olmuştur. Yargıca görevinin toplumsal problemlerin çözümüne yardımcı olmak olduğunu hatırlatmış ve gözetmesi gerekenin verdiği kararın "etkililiği" olduğu konusunda psikolojik cesaret vermiştir.[673]

Posner'a göre pragmatizmin hukuk üzerindeki teorik düzeydeki ikinci etkisi genel düşünüş şekline yansımasıdır. Pragmatizmin ortaya çıkması bütün felsefeyi ve diğer kültürel kurumları etkisi altına almış olan Kartezyen felsefeden şüphe duyulmasına sebep olmuştur. Böyle bir felsefi iklimde ise hukuki formalizmden şüpheye düşmek daha kolay hale gelmiştir.[674] Pragmatizm, hukuki formalizmden gelen düşünce kalıplarını yıkmada gereken cesaret ve desteği sağlamıştır. [675]

Posner sıra pratik perspektife gelince felsefenin pragmatist felsefe dahi olsa hukuka hiçbir katkısının olamayacağı düşüncesini taşır. Çünkü *Posner*'a göre,

---

[673] R. Posner, 2003a, s:47

[674] R.Posner, 1999, s:251

[675] R.Posner, 2003a, s:47

felsefi pragmatizm olay odaklı olmaktansa düşüncelere dalmakta, bu usulü seçmenin neden akla uygun olduğunu açıklamakla meşgul olmaktadır. Ayrıca felsefi pragmatizm, felsefi tartışmaları hukuki pratiğe hiç de uygun olmayan bir tarzda karmaşık, akademik ve teknik kelimelerle yapmaktadır. [676]

Pragmatizme tümüyle bağlı olan filozofların dahi yargıcın felsefi pragmatizmle bağlı olmasını istemeyeceğinin altını çizmekte olan *Posner*'a göre zaten felsefi pragmatizmi hukuka uygulayabilmek mümkün olan birşey de değildir. Pragmatik yargılamanın niteliği itibariyla felsefi duruş olarak pragmatizmden çıkarılamayacağına dikkat çeken *Posner*'a göre, felsefi pragmatizmi temel almak ya da ön koşul yapmak, pragmatizmin kendi savlarını inkar etmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle hukuki pragmatistin yargılamayla bağlı olması zorunlu olduğundan, felsefi pragmatizm dahi olsa, ön koşul niteliğinde bir felsefeye bağlı olması düşünülemez.[677]

Posner pratik hukukun ihtiyaçları için felsefi pragmatizmden farklı başka bir tür pragmatizm gerektiği düşüncesindedir. Aradığı özellikleri *Tocqueville*'nin politik pragmatizminde bulan *Posner,* bunu kimi zaman "günlük" pragmatizm kimi zamansa "başvurulan" pragmatizm olarak isimlendirir. [678] *Posner* pragmatizmi günlük anlamıyla soyut teoriye sahip olmayan, ilke olmaksızın politika üreten, hedef

[676] R.Posner, 2008, s:10

[677] R.Posner, 1999 , s:236

[678] R.Posner, 2003a, s:49

merkezli ve insanın çeşitli değerler ve idealler kataloğuna kolaylıkla uyumlandırabileceği bir tarz olarak tanımlamaktadır.[679]

Günlük/başvurulan pragmatizm, soyut felsefi teorilerden uzak durmakla pragmatiklik, işbitiricilik, pratiklik anlamlarına gelmektedir. Ayrıca bireyin herhangi bir branşta geliştirmiş olduğu beceriyi, çabukluğu, sıkı çalışmasını ve yeniliklere açık olmasını ifade etmektedir. [680] Günlük pragmatizm problemleri çözerken günlük dil kullanmaktadır ve yalnızca olay özelindeki probleme en verimli çözümü bulmaya odaklanmıştır.[681] Günlük/başvurulan pragmatizmi *Posner*, yargıçların neyin işe yarar olduğunu anlaması için önermektedir. [682]

Posner, Tocqueville'nin politik pragmatizmdeki bir politikacının özelliklerini şu şekilde açıklar:

> *"1- O net ideolojik hedeflerden yoksundur. 2- Onun davranışları açıkça tanımlanmış, bilinen ve paylaşılan etik ilkelerden yoksun olarak ortaya çıkacaktır. 3-Şimdi ve burada mevcut şartlar uyarınca davranışta bulunacak, ancak davranışları uzun zamanlı hedeflerden ve stratejilerden uzak olacaktır. 4- O, 'oportünist: fırsatçı' olacak ve maksimum faydaya veya ona katkı sağlayacak bir fırsatçılığa sahip olacaktır. 5- Aykırı durumları, anlaşmaya vardırmak ve uzlaştırmak becerisinde olacaktır. 6- Esnek ve deneyimden öğrenebilme yeteneğinde olacak ve durumunu değişen gerçekliğe adapte edebilme yeteneğinde olacaktır. 7- Sağduyulu,*

---

679 R.Posner, 2003a, s:50

680 age, s:50

681 R.Posner, 1999, s:235

682 R.Posner, 2003a, s:50

anlayışlı, aşırı çözümlerden (köktenci) kaçınma eğiliminde ve politikayı 'olasılıkların sanatı' olarak anlayan bir kişi olacaktır"[683]

Posner, yargıca günlük pragmatizmi benimseyen bir politikacı gibi "politik" olması önerisinde bulunmaktadır. Ancak *Posner*, bu politikliğin politik bir ideolojiye bağlılığı ifade eden, partizan anlamda olmadığına dikkat çeker.[684] *Posner*'a göre, bu politiklik düzen, hareket tarzı anlamındadır. Pragmatik yargıç, vereceği kararın kamusal düzen bakımından ortaya çıkacak sonuçlarıyla ilgilidir.[685] *Posner* "politik" olan kararları teoriden arınmış, mevcut düzenin tüm koşullarının gözetildiği, saf teknik araştırmayla ulaşılmış kararlar olarak tanımlamaktadır.[686]

"Bu politik yargılar sonuç odaklı, en iyi anlama gelecek sonucu doğuracak yargılardır. Bu anlamda düzene ait herhangi bir hükümet meselesi politiktir. Yargıç da bu manada olmak üzere politik olabilir.O, tıpkı bir kanun koyucu gibi, amacına ulaşmak için çeşitli araçları kullanır. "[687]

Görüldüğü gibi *Posner*'ın hukuk için önerdiği günlük/başvurulan pragmatizm, felsefi pragmatizmden farklıdır. Teorik perspektifte felsefi pragmatizmin genel etkilerini kabul etmekte olan *Posner*'a göre, hukuki pratik söz konusu olduğu felsefi pragmatizmin hukuka herhangi bir etkisi ya da katkısı yoktur.

683 R.Posner, 2003a, s:50-51

684 R.Posner, 2008, s:10

685 age, s:13

686 age, s:10

687 age, s:10

Sonuç olarak *Posner*'a göre hukuki pragmatizm felsefi pragmatizm ilişkisinde, pragmatizmin hukuka önerebileceği birşey yoktur.[688]

2- Grey'e Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki

Grey, **"Freestanding Legal Pragmatism"** isimli makalesinde hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden özerk duruşunu ve bağımsız gelişimini konu almakta ve hukuki pragmatizmin bağımsızlığını savunmaktadır. Genel olarak hukukun felsefeden özerk olması ve felsefi teorilerden temellenmemesi gerektiği düşüncesinde olan *Grey*'e göre hukuki pragmatizm de pragmatist felsefe dahil olmak üzere tüm felsefi görüşlerden bağımsız bir niteliğe sahiptir. Kısacası *Grey*'e göre, hukuki pragmatizm özerktir, hiçbir felsefeye dayanmamaktadır ve dayanmamalıdır.[689]

Grey'e göre, hukuki pragmatizmin doğuşu, gelişimi ve bugün aldığı biçimle felsefi pragmatizm arasında bağ kurmak doğru değildir. Felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmin arkasında birbirinden bağımsız bir tarihsel süreç mevcuttur. Felsefi pragmatizm *Pierce* ile doğmuş, *James* ve *Dewey* ile gelişerek yaygınlamıştır. Bunlardan el alan *Quine, Putnam, Wittgeinstein* ve *Rorty*'nin görüşleriyle çeşitlenmiş ve farklı türleri ortaya çıkmıştır. Bu tarihsel süreç tamamen felsefi güzergahta ilerlemiştir. Hukuki pragmatizmin gelişiminin bu tarihsel süreçle bir ilgisi yoktur. Çünkü hukuki pragmatizm ayrı kendi tarihsel sürecine sahiptir. Her ikisinde ortak

---

[688] R. Posner, 2003a

[689] T.C.Grey, 1999, s: 255

gibi görülen yukarıda sözü edilen kavramlar ise izledikleri güzergah uyarınca içeriklerini kazanmış olduklarından aslında farklı anlamlara işaret etmektedir. Felsefi pragmatizmin *Pierce* 'le başlaması gibi, hukuki pragmatizm de *Holmes*'un *"her şey sosyaldir"* sözü ile başlamıştır. Yine felsefi pragmatizmin *James, Dewey* vs. ile gelişmesi ve çeşitlenmesi gibi hukuki pragmatizm de kendi içinde bağımsız bir izlek olarak *Cardozo, Pound, Llewllyn, Fuller, Posner* tarafından gelişerek, çeşitlenerek devam etmiştir.[690]

Makalenin ilk bölümünde felsefi ve hukuki pragmatizmin izlediği tarihsel yolu özetleyerek bunların birbirinden bağımsız ve ayrı bir düşünce olarak geliştiğini anlatan *Grey*, geri kalanında hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden neden bağımsız olması gerektiğine ilişkin düşüncelerine yer verir.

Hukuku sadece pragmatist felsefeden değil, tüm felsefi görüşlerden bağımsız kılmak gerektiği fikrinde olan *Grey*'in esin kaynağı *Rawls*'un **"Siyasal Liberalizm"** isimli eseriyle getirdiği öneridir. *Rawls* önerisinde, ahlak felsefelerinde ve iyi hayat anlayışlarındaki farklılıklara rağmen vatandaşların hep beraber onaylayabileceği bir siyasal ahlaki kavram fikrini öne sürmektedir. Siyasal liberalizmin bu siyasal ahlaki ideali özerk ve müstakil olarak durmakta, herhangi bir felsefi teorinin desteği olmaksızın yalnızca vatandaşların ortak desteğiyle varlığını sürdürmektedir. *Rawls*'a göre, vatandaşlar arasındaki derin felsefi görüşlerin çözümlenmesine gerek yoktur. Gerekli olan adalet ilkelerinde anlaşabilmektir. *Grey* tıpkı bunun gibi hukuk teorisi olarak pragmatizmin gerek eski pragmatistler *Pierce,*

[690] T.C.Grey, 1999, s:37

James, Dewey ve gerekse yeniler olarak *Rorty, Putnam*'dan kısaca felsefi pragmatistlerden bağımsız olarak var olması önerisinde bulunmaktadır.[691]

Grey iki durum üzerinden örnekleme yaparak açıklamasını somutlaştırmayı dener. İlk örnekteki hukukçu felsefi tartışmalarla çok ilgilidir. Hatta felsefi olarak *Rorty, Putnam, James, Dewey* gibi pragmatistlere karşı duruş gösteriyor olabilir. Ama *Grey*'e göre felsefi görüşünün böyle olması onun yargılamada pragmatist davranmasını engellemek zorunda değildir. Felsefi pragmatizme karşı olan bir hukukçunun hukuki pragmatizme taraftar olabilmesi mümkündür.[692]

Grey ikinci örneğinde inanç ve felsefi olarak birbiriyle tamamen karşıt görüşte olan iki kişinin diyaloğunu canlandırır. İlk şahıs, *Descartes*'ın Kartezyen düşüncesine sahip epistemolojik temeldencidir, ayrıca mutlaklık ve Tanrı inancına sahiptir. İkinci şahıs ise, ateist ve pragmatisttir. İnsanın doğal seleksiyon yoluyla evrimleşmiş büyük bir beyne ve dile sahip olan bir organizma olduğuna inanmaktadır. Tüm bu konular hakkında bu iki şahsın anlaşabilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Çünkü birinci şahıs herşeyi kader merceğinden bakarak görmekte ve kendi haklılığından emin durmaktadır. İkinci şahıs ise bilime dayandığını düşünmekte ve yine haklılığından emin görünmektedir. Ancak *Grey*'e göre bu durum konuşmanın sonu olmamalıdır. *Grey* bu iki şahsın ilk felsefeleri hakkında aynı fikirde olmadıkları hakkında aynı fikirde olduklarına dikkat çeker. Farklı inançların getirdiği farklı söz dağarlarına sahip bu şahıslar arasında aranan

[691] T.C.Grey, 1999, s:21

[692] age, s:38

ortak alan hukukta bulunacaktır. Çünkü her iki şahıs da hukukun üstünlüğünün iyi bir toplum için önemli olduğu hususunda birleşmektedir. [693]

Grey'e göre hukukun üstünlüğü zemininde anlaşarak, pratikte çıkacak uyuşmazlıkları çözecek kanunlar ve kurallar bulmaya çalışmak, felsefi zeminde anlaşmaya çalışmaktan çok daha geniş bir uzlaşma imkanı verecektir. *Grey*'in önerisi, hukuki pragmatizmin kendine yeter ve felsefi pragmatizmden bağımsız olan konumunun korunması gerektiği yolundadır. [694]

3- Rorty'e Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuki Pragmatizm Arasındaki İlişki

Rorty **"Pragmatism and Law: A Response to David Luban"** isimli makalesinde, *Posner, Grey* ve *Luban* arasında geçen felsefi pragmatizm hukuki pragmatizm tartışmasında tam olarak *Grey*'in yanında yer aldığını ve onun hukukun özerkliği hakkındaki görüşlerini benimsemiş olduğunu ifade etmektedir. [695]

Grey'in yukarıda yer alan örneği üzerinden yorumda bulunan *Rorty*'e göre, felsefeyle bağını koparmış bir hukuki pragmatizm, metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi meselelerde farklı düşünen yargıçları birleştiren yapıdadır. *Grey*'in *Rawls*'ın **"Siyasal Liberalizm"**inden esinlenerek yapmış olduğu öneri, tutucu hristiyan, ateist ya da diğer metafizik görüşteki yargıçları birleştirecek ortak alanı

---

[693] T.C.Grey, 1999, s:39

[694] age, s:40

[695] R.Rorty, 1994, s:104

sağlayabilecektir. Bu ortak alan *Posner* stili yargıçlarla beraber çalışmalarını sağlayarak hukuk için bir çözüm olabilecektir.[696]

Rorty, Posner'ın kanunun doğası ya da kanunun politikayla ilişkisi vs gibi bir sürü gereksiz konuşmayı kesip doğrudan sorulması gerekli asıl soruya geliyor olmasından duyduğu hoşnutluğu bildirmekte, *Posner* gibi yargıçların daha çok fazla sayıda olmasını dilemektedir. Çünkü *Rorty*'e göre de hukukun gözetmesi, araştırması gereken temel soru: "Belirli bir ülke ve zamandaki yargıçlar işlerini nasıl yapmalılar?" olmalıdır. Hukukun felsefeyle olan gereksiz bağını koparması ve bağımsız olması gerektiği düşüncesinde olan *Rorty*, aynı şeyin felsefi pragmatizm için de geçerli olduğuna dikkat çekmektedir. [697]

Ayrıca *Rorty*'e göre, gerek epistemolojiden gerekse felsefi pragmatizmin eleştirilerinden haberdar olmak ya da olmamak zaten yargıçların kararlarını etkilemez. Pragmatizm ya da epistemoloji üzerine bilgi sahibi olup olmamaları fark etmeksizin pratikte yargıçların epistemolojik meselelere verecek cevapları olmayacaktır. Çünkü yargılama konusu somut problemle, felsefi problemler birbirinden son derece farklıdır.[698]

Rorty'e göre, epistemolojik hukuk ile pragmatik hukuk arasındaki farkı şu sorular ortaya çıkarmaktadır:

"- Doğru İnançlar Hakkında

---

[696] R.Rorty, 1994, s:105

[697] age, s:104

[698] age, s:104

(a) Gerçekliğin isabetli temsilleri midir?

(b) İşe yarar eylem kuralları mıdır?

- Gerçeklik Hakkında

(a) Bizim bulmamız gereken içsel bir doğası var mıdır?

(b) Değişik insan ihtiyaçları ve çıkarlarına göre yapılan bütün tasvirler eşit derecede ilişkisel ve dışsal mıdır?

- Metafiziğin ve Epistemolojinin Problemleri Hakkında

(a) Aklın kaçınılmaz olarak karşılaşacağı şeyler midir?

(b) Sadece belli sosyo-kültürel durumlarda mı ortaya çıkarlar?

(c) Biz onları çözmeye mi çalışmalıyız?

(d) Bizim onlardan kurtulmak için sosyo-kültürel durumumuzu değiştirmemiz mi gerekir?

- Düşünce Faaliyeti Hakkında

(a) "Sessiz, derin yine de aktif bir şekilde doğrular üzerine düşünmekten, sonucu ne olursa olsun" zevk mi alıyoruz?

(b) Sorunları çözmek için mi düşünüyoruz?" [699]

Rorty'nin temel felsefi problemler hakkında sorduğu (a)'daki sorular epistemolojik hukukun, (b)'deki sorular pragmatik hukukun sorularıdır. *Rorty*,

[699] R.Rorty, 1994, s:105

pragmatik hukukun, epistemolojik hukuka doğal olarak üstün olduğuna öyle emindir ki, bu gibi felsefi konularda hiçbir fikri olmayan yargıçların bile kendiliğinden pragmatik hukuka uygun yargılama yapacağını söylemektedir.[700] Hatta *Rorty*'e göre felsefi kanaat sahibi ve bu kanaati de yukarıdaki sorulara (a) yanıtı verme yolunda bir yargıç ile (b) yanıtını veren yargıç bakımından bir fark olmayacaktır. Bu yargıçlar arasında doğabilecek tek olası fark, (a) yanıtı veren yargıçların teorik düşüncelerinde, *Kuhn, Derrida* ve *Rorty*'nin kötü etkilerine inanıyor olmalarıdır.[701]

Rorty, güncel hukuk felsefecilerinden verdiği örneklerle bunların hiçbirinin epistemolojik hukukla ilgisinin kalmadığını, epistemolojik hukuk ile pragmatik hukuk arasındaki savaşın hukuki realistlerin müttefiği *Dewey* ile beraber zaten çoktan kazanılmış olduğunu savunmaktadır. *Rorty*'e göre artık en geniş tanımı içinde bile epistemolojik hukuka taraftar birilerini bulmak zordur.[702]

> *"Örneğin Dworkin bu noktada iki yönlü yorumlar yapıyor. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Herkül'e faydalı olabileceğini de söylüyor, Hukuki Realizmi yeniden yeşertebileceğini de. Bence Unger, Dworkin ve Posner arasında önemli bir felsefi fark yok. Fark daha çok politiktir. Bu üç adamı da içine alması için pragmatizm tanımının biraz daha genişletilmesi gerekiyor."* [703]

---

[700] R.Rorty, 1994, s:104

[701] age, s:105

[702] Rorty, Richard, "The Banality of Pragmatism and the Poety of Justice", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999, s:94

[703] R.Rorty, 1999, s:94

Sonuç olarak *Rorty, Grey*'in görüşlerine tamamen katıldığını ifade etmektedir. Yargıcın felsefe bilgisine sahip olup olmaması kararını etkilemeyeceği gibi, benimsemiş olduğu hukuki görüşün de etkisi olmayacaktır. *Rorty*'e göre, felsefeyle bağını koparmış bir hukuki pragmatizm, metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi meselelerde farklı düşünen yargıçları birleştirecektir.[704]

Luban'ın *Kant*'la aynı dili konuştuğu tespitiyle hukuk ile felsefe arasındaki bağın kırılamayacağına ilişkin görüşlerinin[705] karşısında yer alan *Rorty*'e göre, *Luban*'ın makalesinin sonunda sorduğu: "Hukuki pragmatizm nasıl ilk felsefeden, metafizikten, metaetikten ve epistemolojiden bağımsız varolacaktır?" şeklindeki retorik soruya verilebilecek en iyi cevap *Grey*'in **"Freestanding Legal Pragmatism"** isimli makalesidir.[706] *Rorty*, *Grey*'in bu makalede güncel ABD'den verdiği örneklerle bunu açık bir şekilde ortaya koymuş olduğu düşüncesindedir:

> *"Varsayalım, meslektaşı, Posner'la metafizik, epistemolojik, metaetik ve metafelsefi bütün konularda farklı düşündüklerini farketsin. Diyelim ki (kendisi bir katolikken, dininden hiç şüphe etmemiş fakat şu andaki Papanın bir yaşlı bunak olduğunu düşünsün.) Posner'ın bir ateist olduğunu anlasın. İlk şoku atlattıktan sonra, bunun mesleklerinde beraber hareket etmelerine engel olacağını düşünmüyorum. Jefferson'un çağdaşlarından çok azı bir gün inançlı ve ateist yargıçların bir arada bir masada oturup eşcinsel evlilikleri önündeki yasal bariyerlerden barış içinde ve verimli bir şekilde konuşacaklarını tahmin edebilirdi. Fakat günümüz Amerika'sının en iyi yanlarından biri bunun gibi*

[704] R.Rorty, 1994, s:105

[705] age, s:109

[706] age, s:108

olayların sürekli olmasıdır. Grey'in makalesinin geri kalanı bunun neden böyle olduğunu bize anlatıyor."[707]

Rorty'e göre, *Grey*'in önerdiği, tutucu hristiyan, ateist ya da diğer metafizik görüşteki yargıçları birleştirecek, *Posner* tarzındaki yargıçlarla beraber çalışmalarını sağlayan ortak alan hukuk için bir çözüm olabilecektir.[708]

4- Luban'a Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki

Luban, Posner, Grey ve *Rorty*'nin aksine hukuki pragmatizm ile felsefi pragmatizmin ilişki içinde olduğu, hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizme dayanmakta olduğu görüşündedir. Felsefi pragmatizmi *James, Dewey* ve *Rorty* tarafından paylaşılan geleneksel metafizik felsefenin eleştirisi olarak özetlemekte olan *Luban*'a göre, hukuki pragmatizm de aynı geleneksel metafizik felsefeye karşı çıktığından felsefi pragmatizm hukuki pragmatizmi de kapsamına almaktadır.[709]

Luban, **"What's Pragmatic About Legal Pragmatism"** isimli makalesinde, *Posner* ve *Grey*'in hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden bağımsız duruşlu olduğu iddialarını değerlendirir. *Luban*'ın değerlendirmesine göre, *Posner* ve *Grey* hukuki pragmatizm tanımlamalarında, hukuki pragmatizmin eklektik, tarihselci, antiformalist ve enstrümental olduğu hakkında görüş birliği

---

[707] R.Rorty, 1994, s:105

[708] age, s:105

[709] D.Luban, 1999, s: 299-300

içindedirler. [710] *Luban* sadece bunlardan yola çıkarak hukuki pragmatizmin felsefeyle ilişkisinin bulunmadığı düşüncesini pek de şaşırtıcı bulmaz. Çünkü *Luban*'a göre bu genel özelliklere felsefi perspektifin pek çok çeşitli türleri ile ulaşabilmek de mümkündür. Hukuki pragmatizm yalnızca bu özellikler temelinde tanımlandığında, felsefi pragmatizmle ilişki içinde olmak zorunda değildir. Böyle tanımlanmış olan hukuki pragmatizmin, ayrı bir doktrin olduğunu iddia etmek de pekala mümkündür.[711]

> *"Eğer hukuki pragmatizm yalnızca eklektik, sonuç odaklı, tarihselci ve antiformalist olsaydı, kaydadeğer bir şekilde tartışmasız bir doktrine dönüşürdü. O bu şekliyle, felsefi olarak tartışmalı durumdan bağımsız durur. Grey'in sonuçta söylediği gibi , 'çok genel bir söyleyişle hukuki pragmatist teori oldukça basittir.' "*[712]

Oysa *Luban*'a göre, hukuki pragmatizm, sadece eklektik, sonuç odaklı, tarihselci ve antiformalist olmaktan çok daha fazla özelliğe sahiptir. Örneğin *Posner* özgür irade hakkında ılımlı determinizmi, epistemolojide ılımlı skeptizmi ve rasyonelliğin ekonomik kavrayışı gibi felsefi tartışmalara bağlı pek çok kavram ileri sürmektedir. Hukuki pragmatistlerin öne sürmekte oldukları felsefi bakımından tartışmalı pek çok kavram *Luban*'a göre, hukuki pragmatist teorinin basit ve bağımsız olabileceği iddiasını geçersiz kılar. Böylece hukuki pragmatizm, istemese de ileri sürdüğü kavram ve önermeler nedeniyle felsefi olma durumundadır.[713]

---

[710] D.Luban, 1999, s:275

[711] age, s:276

[712] age, s:277

[713] age, s:277-280

Luban, hukuki pragmatizmin felsefi pragmatizmden bağımsız olduğunu savunmak bakımından ortaklık içinde gibi görünseler de *Posner* ile *Grey*'in görüşlerinin iki ayrı kampta değerlendirilmesi görüşündedir. *Luban, Grey*'in iddiasına katılmasa da kendi içinde daha tutarlı bulmaktadır. Çünkü *Grey,* pratik otoritelerin felsefi temellere sahip olması gerekmediği şeklindeki yaygın anlayışı savunmaktadır. Buna göre, hukuk da pratik bir otoritedir ve felsefi temellere gerek duymaz. Oysa *Posner*'ın hukuk bilimi hakkındaki teorik görüşleri, onun pragmatizminin bir parçası olarak felsefi temellere sahiptir. *Luban*'a göre *Posner*'ın "günlük" ya da "başvurulan" pragmatizmi onun hukuk teorisi hakkındaki felsefi görüşlerine dayanmaktadır.[714]

Felsefenin problemlerini ele almada, hukukla ya da toplumsal meselelerle bağ kurmayan, entelektüel hijyene sahip bir disiplin olmadığının altını çizen *Luban*'a göre, ancak hukukun kendi başına ayakta durabilen bağımsız bir yapıya sahip olabilmesi halinde, hukuki pragmatizm için de bunu savunmak mümkündür. Oysa hukukun felsefeden beslenmeyen bağımsız bir disiplin olarak var olabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, hukuk biliminden felsefeye uzanan doğal bir argüman hattı vardır. *Luban*'a göre, hukuk için metafizik ve epistemolojik tartışmalar opsiyonel değil, zorunludur. Çünkü *Luban*, yargıcın doğru olduğu düşüncesiyle verdiği kararı meşrulaştırmaya kalktığında, bu tartışmalarla zorunlu olarak karşıya karşıya geleceğini düşünmektedir.[715]

[714] D.Luban, 1999, s:280

[715] age, s: 281-282

Yalnızca pratiklik bakımından düşünüldüğünde *Grey*'in haklı olabileceğini ifade eden *Luban*, bunun dışında hiçbir hukuki meselenin etik ve epistemolojik bir tartışmadan uzak kalamayacağının altını çizmektedir.[716]

5- Rosenfeld'a Göre Felsefi Pragmatizm ile Hukuk Arasındaki İlişki

Rosenfeld, felsefi pragmatizm hukuki pragmatizm ilişkisinde hem hukukun felsefeden özerkliğini sağlayabilecek hem de felsefeyi tamamen devre dışı bırakmayacak ve ayrıca felsefeyi hukuka ikincil de kılmayacak bir orta yol arayışı nedeniyle dikkat çekicidir. **"Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech"** isimli makalesinde orta pragmatizm olanağını araştırır. Çünkü *Rosenfeld*'a göre, orta pragmatizm olanağı hukuki yorum için gereken ortak standartı da verebilecektir. [717]

Rosenfeld'a göre, felsefi pragmatizmin hukuka etkisi iki şekilde olabilir. Birincisi hukuku felsefenin etkisinden bütünüyle arındırmak, diğeri felsefeyi hukuka göre ikincil hale getirmektir.[718] Bu iki durumu da tercih edilebilir görmeyen *Rosenfeld*, "orta pragmatizm" şeklinde isimlendirdiği bir seçenekle felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm ilişkisinde üçüncü bir seçenek olup olamayacağının araştırmasını yapar.[719]

---

[716] D.Luban, 1999, s**:**280

[717] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:109

[718] age, s:104-107

[719] age, s:109

Rosenfeld'ın değerlendirmesine göre, *kapsayıcı pragmatizm* diye nitelendirdiği ilk seçenekte, yani hukukun felsefeden tamamen bağımsız olduğunu savunan görüşte, pragmatist filozof hukuku felsefeye ve diğer herhangi bir kapsayıcı teoriye bağlanmaktan kurtarmış olduğundan, hukuk felsefeden özgürleşir. Sadece günlük, pratik, somut durumlara odaklanır.[720] Bu türden bir ilişki, hukuki pragmatizmin felsefeye, pragmatist felsefe de olsa, ne ihtiyacı ne de felsefenin ona bir faydasının bulunmadığı bir durumu yaratır. Bu savunu öncelikle, hukukun ampirik dünyada fark yaratacak kullanılabilir çözümlere ulaşmayı amaçlayan pratik bir faaliyet oluşundan kaynaklanır. Söz konusu anlayış gereğince, felsefe ile hukuk arasında kesin bir iş bölümü olmalıdır.[721]

> *"Hukukun, ne felsefenin ne de etiğin cevaplayamadığı pragmatik sorunlar ortaya çıkarması şaşırtıcı sayılmaz. Sahiden de pragmatizme indirgenemeyecek bazı kapsayıcı teoriler bile, Habermas'ın iletişimsel teorisi gibi, hukukta pragmatik ispatların meşruluğunu kabul ederler, fakat etikte etmezler. Gerçekten de, Kantçı bir ahlak anlayışını benimsemek ile konu hukuka geldiğinde pragmatik bir yaklaşımı seçmekte mantıki olarak tutarsız hiç bir şey yoktur."*[722]

Buna göre *Rosenfeld* için, buradaki tartışma konusu en önemli problem felsefe ile hukuk arasında bir ayrım olup olmadığı değil, hukukun pragmatik faktörler tarafından kuşatılmış olması nedeniyle, felsefeden tamamen bağımsız olup olmadığı hakkındadır. *Rosenfeld* bu sorunu, "eğer kişi tamamen indirgemeci bir anlayışla hukuku basit bir araca indirmeyi savunmuyorsa ve onun herhangi bir tür

---

[720] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:104

[721] age, s:104

[722] age, s:105

amaç ortaya koymakta hiç bir rolü olmadığını düşünmüyorsa, bunu savunamaz" şeklinde yanıtlar. Herhangi bir karmaşık hukuki sistemde, hukukun en azından bazı amaçları belirlemesi gerektiğini düşünen *Rosenfeld*'e göre, bu tarz belirlemeler her zaman sadece politik sürece referansla yapılamazlar.[723]

> *"Örnek olarak, genel hatlarıyla belirtilmiş anayasal eşitlik hakkının eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayacak şekilde anlaşılması ya da anayasal özel yaşam hakkının kadınların kürtaj hakkını korunmasını gerektirdiğini söylemek etik normlara ya da diğer genel felsefi noktalara gönderme yapmadan pek inandırıcı olmayacaktır."*[724]

Rosenfeld'a göre, pragmatizm statükonun muhafaza edilmesiyle eşanlamlı olmayacaksa sadece çıkacak sonuçlara odaklanmak anayasal yargıcın önündeki soruyu yanıtlamasına yardımcı olamayacaktır. Sonuç olarak *Rosenfeld*, hukuk ve felsefe arasındaki tamamen ayırmaya ve bağımsızlaştırmaya yönelik bu tutumun savunulamaz olduğunu düşünmektedir.[725]

Hukuki pragmatizm felsefi pragmatizm ilişkisinde *Rosenfeld*'ın incelediği ikinci durum, hukukun felsefeden tamamen bağımsız olmadığı, ama hukuka öncelik tanıdığı, felsefeyi ise daha sonra gözettiği durumdur. [726] Bu durumda pragmatist felsefenin etkisiyle hukuk felseye bağlı ve ikincil konumda olmaktan kurtulmuştur.

---

[723] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:106

[724] age, s:105

[725] age, s:105

[726] age, s:107

Hukukun felsefeden temellendiği alışılmış dizgenin aksine, bu kez felsefe hukuktan temelini almakta, hukuk felsefeden önce ve onun üstünde görülmektedir. Pragmatist felsefenin getirdiği antitemeldenci anlayış gereğince hukuki sorunlara getirilen pratik çözümler en önemli şeyler olacaklardır. Bu durumda felsefi kanıtlamalar üstendikleri asli rolü terk etmek zorunda kalarak ikincil bir rol oynayacaklardır. Burada temel görev gerçek ve hukuki sorunlara uygun ve uygulanabilir çözümler bulmaktır. Felsefeye ise ancak bundan sonra getirilen çözümün etik olmadığı ya da keyfi olduğu konusunda yapılabilecek eleştirileri çürütmek için başvurulacaktır.[727] Bu pragmatist filozofun hukuki tutarlılık ve kapsayıcılığı önemsemeksizin mevcut tüm felsefi görüşlerden işine yarar olanı seçme şansı verdiği anlamına gelmektedir. *Rosenfeld* felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm arasındaki böyle bir ilişkiyi *"salt hukuki pragmatizm"* (mere legal pragmatism) olarak isimlendirir.[728]

İkinci durumda ortaya çıkan salt hukuki pragmatizmin ilk durumdaki hukuki pragmatizm gibi felsefeyi bertaraf etmediğine işaret eden *Rosenfeld*, yine de felsefenin işlevini göreceleştirdiğine ve önemini azalttığına dikkat çeker. Bu konum onları destekleyen iyi anlayışlarına bakmaksızın bütün etik normları eşitlemektedir. Salt hukuki pragmatizm felsefeyi, pragmatist yöntemlerle varılmış hukuki kararın adaletle ilgili gerekçesine delil olmak üzere asalak bir işleve indirgemektedir. Bu konumda felsefe hiç bir kapsayıcı teoriye dahil edilemeyen, somut bir problemin pratik bir çözümünün çekici ambalajı olarak ortaya çıkmaktadır. [729]

---

[727] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:106

[728] age, s:104

[729] age, s:107

Rosenfeld, felsefeyi hukuka göre ikincil hale getirmenin, felsefeyi hukuktan tamamen ayırmaktan daha iyi bir konum olduğunu düşünse de bu konumu yeterli bulmamaktadır. Çünkü felsefeyi kanunun asalağı yapmak "adil yorumlara ulaşmada nihai çözümünü sağlar mı?" sorusunu ortadan kaldırmaya yeterli olmaktan uzak bir konumdur. *Rosenfeld*'a göre, salt hukuki pragmatizm sadece uygun değerler konusunda geniş bir konsensus olduğu zaman işlevseldir. Bu tarz bir konsensusun felsefi olarak tutarlı ya da kapsayıcı olmasına gerek yoktur. Konsensus sürdüğü sürece, egemen felsefi tutarsızlıklar hakkında bir farkındalık olmayabilir. Bu nedenle de, teorik boşlukları doldurmaya gerek duyulmayacaktır. Çünkü amaçlar hakkındaki genel mutabakat, onları sorgulama ya da doğrulama ihtiyacını engelleyecektir. Amaçlar hakkında sorgulama olmaması da, araçlara, yani işe yarayan hukuki çözümlere, odaklanmaya yardımcı olur. Ayrıca *Rosenfeld*'a göre, felsefeyi geri plana düşüren bir diğer olasılık ise, pratik hukuki bir çözümün, normalde birbiri ile tutarsız birden fazla felsefi pozisyonla bağdaşmamasıdır.[730]

Sonuç olarak *Rosenfeld*'a göre, salt hukuki pragmatizmde ilk bakışta, pragmatist felsefenin hukuku belli bir felsefi teoriye bağlı olmanın sınırlayıcılığından özgürleştirmiş olduğu görülür. Ancak bu hukukun bütün felsefeden özgürleşmiş olması ya da bütün felsefi görüşleri seçme ve kullanma özgürlüğü anlamına gelmemektedir. Aksine, bütün felsefi görüşleri eşitlemesiyle, pragmatizm hariç bütün görüşlerden bağımsız hale gelmektedir. [731]

[730] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:108

[731] age, s:110

Ne hukukun felsefeyle bağını bütünüyle kesen kapsayıcı pragmatizmi ne de salt hukuki pragmatizmin felsefeyi hukuka ikincil hale getiren anlayışını benimsenmez bulan *Rosenfield* bir *"orta pragmatizm"* (intermediate pragmatism) imkanı arayışı içindedir. *Rosenfield* "orta pragmatizm"i, pragmatizmlerdeki ortak özü tespit ederek ve bunu hukuki pragmatizmde ortak bir standart olarak uygulamaya koymak olarak tanımlamaktadır. [732] Değerler çokluğunda hangi hukuki yorumun kabul edilmesi gerektiği yolunda ortak bir standart bulmanın ancak orta pragmatizmle mümkün olacağı düşüncesindedir. [733]

Rosenfeld, *Rorty* ve *Posner*'ın pragmatizmlerinin "orta pragmatizm" için en azından ilk bakışta uygun koşulları taşıyabileceğini düşünmektedir.[734] Böylece hukuki yorum için kullanılabilecek ortak standarda ulaşmak mümkün olacaktır. Aşağıda "orta pragmatizm"in *Rosenfeld* için ne ifade ettiği daha iyi incelendikten sonra, İkinci Bölümde incelenen *Posner*'ın hukuki pragmatizminin özellikleri uyarınca "orta pragmatizm"le uyumlu olup olmadığı ve daha sonra da Birinci bölümde incelenen *Rorty*'nin felsefi pragmatizminin "orta pragmatizm"le uyumu incelenecektir.

[732] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:110

[733] age, s:109

[734] age, s:109-110

II- Orta Pragmatizm

A- Tanımı

"Orta pragmatizm", pragmatizmlerdeki ortak özü bulup, ortaya çıkarma ve bunu hukuki pragmatizmde ortak bir standart olarak uygulama çabasıdır.[735] *Rosenfeld*'a göre, hangi hukuki yorumun kabul edilmesi gerektiği yolundaki ortak standardı bize verecek olan orta pragmatizm imkanıdır.[736] "Orta pragmatizm", ne kapsayıcı pragmatizmdeki gibi, hukuku felsefeden tümüyle bağımsızlaştıracak ne de salt pragmatizmdeki gibi felsefenin hukuka ikincil kılınmasının getirdiği problemleri taşıyacaktır. *Rosenfeld*'ın düşüncesine göre, çoğulcu düşünce içinde gerçekten görüş ayrılığı yaratan farklı pratik çözümlerle ilgili meselelerde, hukuki pragmatizmin ne tamamen felsefeyi boşlaması ne de felsefeden beslenen bir ilişkiyle kendini sınırlandırması gerekmektedir. Bu şekildeki bir "orta pragmatizm"in mümkün olabilmesi, çoğulcu toplumlardaki yorum probleminin üstesinden gelebilmeyi de sağlayan şey olacaktır.[737]

Girişte bahsettiğimiz gibi, çoğulcu toplumlarda yorum problemi, iyi anlayışlarının çoğulculuğundan kaynaklanmaktadır. İyi anlayışlarındaki çoğulculuk her iyi anlayışına göre ortaya çıkacak amacı da değişikliğe uğratacağından, amaçlarda da bilinemezliği ortaya çıkarmaktadır. Ancak amaçlardaki bilinemezlik bakımından pragmatik şüphecilik, dogmatik şüphecilikten farklıdır. Çünkü dogmatik şüphecilikte, bütün amaçlar tamamen eşittirler. Bu bütün hepsinin aynı düzlemde

---

[735] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:110

[736] age, s:109

[737] age, s:109

olduğu ve herhangi birinin seçiminin –olabildiğince fazla farklı amacın bir arada huzurla var olabilmesi için oluşturulan bir şemada- diğerlerine göre daha iyi ya da kötü olmadığı anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle dogmatik şüphecilik, bütün amaçları eşit derecede olumsal ve keyfi düzeye indirgemesi nedeniyle, pragmatizmi de pratikte işe yaramaz hale getirmektedir.[738]

Pragmatik şüphecilikte ise amaçlara dair bilinemezliğin çok daha farklı bir anlama geldiğine işaret eden *Rosenfeld,* amaçlar hakkındaki bilinemezliğin, sadece birincil amaçlarla sınırlı olarak anlaşılması gerektiğini ilave etmektedir. Pragmatizmde ikincil seviyedeki amaç belirlidir: "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi". Çünkü pragmatizmdeki temellendirme karşıtlığı dogmatik şüphecilikten farklı olarak bütün amaçların eşit olmasından değil, hiç bir iyi anlayışının diğerlerine üstünlüğünün nihai olarak temellendirilemeyeceği inancından ileri gelmektedir. Böylece, bu özel amaç bilinemeyen amaçları birincil seviyeye çıkarır ve kendisi ikincil düzeydeki amaç olur. Bir anlamda ikincil amaç sadece birincil amaç için bir amaç olarak görünür. Ya da diğer bir ifadeyle olabilecek en geniş nihai amaç, seçimini korumak için ulaşılması gereken bir orta (ara) amaçtır. Pragmatik şüpheci, birincil bir amacın bilinebilirliğini kesin olarak reddetmekte olduğundan, ikincil amaca bütün var olan araçların pratikte sınanabilecekleri hedef olarak güvenmektedir.[739]

Kendilerini pragmatik şüpheci olarak addetmekte olan[740] *Rorty* ve *Posner*'ın antitemeldenci yaklaşımlarında, uyum içinde olduğu görülmektedir.[741] *Rosenfeld,*

[738] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[739] age, s:114

[740] F.G.Kaya, 2006, s:ı, R.Posner, 2002, s:ıx

*Rorty'*deki eleştirel kısmın, onu *Posner*'la aynı sonuca götürdüğü düşüncesindedir. Buna göre, *Posner* ve *Rorty*'deki iyi anlayışları bakımından var olan "agnostisizm" ifade özgürlüğünü maksimize etmek sonucunu doğurmaktadır.[742] Diğer konulardaki önemli farklarına rağmen, *Posner* ve *Rorty*'nin pragmatist felsefenin ifade özgürlüğünü desteklemesi gerektiği konusunda aynı fikirde olduklarına[743] dikkat çeken *Rosenfeld*'a göre, böylece birincil amaçlardaki bilinemezlik ikincil bir amaca bağlanmayı gerektirmektedir. Aşağıda yapacak olduğumuz incelemede *Rorty* ve *Posner*'ın bağlı oldukları ikincil amaç tespit olunabilirse, onların pragmatizminin "orta pragmatizm"e olanak tanıdığını söylemek mümkün olabilecektir.[744]

B- Posner ve Orta Pragmatizm Olanağı

1- Genel Olarak

Posner'ın hukuki pragmatizm hakkındaki düşünceleri İkinci Bölümde "Hukuk Ahlak Ayrımı", "Formalizm Karşıtlığı", "Sonuç Odaklılık" ve "Normatif Program" başlıkları altında incelenmişti. Orta pragmatizm için bunların elverişli olup olmadığını incelemeye geçmeden önce, ilerleyeceğimiz güzergahı tespit etmeye rehber olması bakımından neden bir orta pragmatizm arayışında olduğumuzu hatırlayalım. Çalışmaya konu problem, iyi anlayışları bakımından çoğulcu olan toplumlarda ortaya çıkan hukuki yorum problemidir. Pragmatizmin çözüm

---

[741] R.Rorty, 1994, s:106 ve R.Posner, 2002, s:vıı-x

[742] M.Rosenfeld, 1996-1997 ,s:129

[743] age, s:133

[744] age, s:114

olabileceği düşüncesinden hareket edildiğinde felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizm ve de bu ikisinin kuracağı ilişki tarzı problemiyle karşılaşılmıştır. Kapsayıcı pragmatizm ve salt hukuki pragmatizm olmak üzere felsefi pragmatizm - hukuki pragmatizm ilişkisindeki olasılıkları gözden geçirmiş ve her ikisini de problemli bulmuş olan *Rosenfeld,* orta pragmatizm olanağını çoğulcu toplumlardaki iyi anlayışlarının çoğulluğu nedeniyle ortaya çıkan hukuki yorum probleminin üstesinden gelebilmek için araştırmaktadır.

Bu olanak için orta pragmatizm bir takım koşulları yerine getirmelidir. Yukarıdaki başlıktaki *Rosenfeld*'ın orta pragmatizm için aradığı koşulları ayrıştırarak bir kez daha gözden geçirmek gerekirse, şu şekilde belirtilebilirler:

a - Öncelikle uygunluğu araştırılan düşünce, iyi anlayışı bakımından çoğulcu olan bir topluma uygun olmalı, değerler çoğulculuğunu kabul ediyor olmalıdır.[745]

b - İyi anlayışlarındaki çoğulculuğun zorunlu sonucu amaçlarda da çoğulculuktur.[746]

c - Amaçlardaki çoğulculuk, yalnızca birincil seviyedeki amaçlarla sınırlı olmalıdır.[747]

[745] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:109

[746] age, s:114

[747] age, s:114

d -Aksi durumda yani seviye yaratılmaksızın bütün amaçların eşitlenmesi dogmatik şüpheciliğe yol açar. Tüm amaçların eşitlenmesi ise çözümsüzlüğe neden olan bir konumdur.[748]

e- Bu konuma düşmemek için ikincil bir seviye yaratılmalı ve ikinci seviyedeki amaç artık çoğulcu değil, belirli bir amaç olmalıdır[749].

f - İkincil seviyedeki bu belirli amaç, "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" ne uygun düşmelidir. Bu sadece birincil amaç için bir amaç olmalıdır.[750]

Yukarıda sayılan koşullar rehberliğinde *Posner*'ın hukuki pragmatizminin orta pragmatizme uygunluğunu ortaya çıkarabilmek için ilk olarak, onun düşüncelerinin iyi anlayışları bakımından çoğulcu toplumlara ve bu tür toplumlarda ortaya çıkan amaçlardaki çoğulculuğa uygun düştüğü ve de ayrıca bunu temin ederken dogmatik şüpheciliğe düşmekten kurtulabilme özelliğine sahip olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.

Bu koşulları ilave olarak olarak da, *Posner*'ın bağlı olduğu ikincil amaç tespit olunabilirse ve bu amacın "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi"ne olanak sağladığı tespit edilirse, *Posner*'ın hukuki pragmatizminin orta pragmatizme uygun olduğu söylenebilecektir.

---

[748] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[749] age, s:114

[750] age, s:114

2- İyi Anlayışı ve Amaç Bakımından Çoğulculuğa Uygunluk

Posner'ın hukuki pragmatizminin ilk iki özelliği olan "hukuk ahlak ayrımı" ile "formalizm karşıtlığı"nın onun temellere inanmayan şüpheci bakışının sonucu olarak olumsuzlama[751] şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. *Posner* "hukuk ahlak ayrımı" ile felsefi teorik ahlaki temel düşüncesini yadsımakta,[752] "formalizm karşıtlığı" ile pozitif yasal düzenlemelere bağlılığı reddetmektedir.[753]

Daha sonra **"Law, Pragmatism and Democracy"** başlıklı eserinin bir parçası haline getirdiği ve ilk olarak **"Pragmatism Versus the Rule of Law"** da açıkladığı görüşlerinde *Posner*, felsefi anlamda *Rorty*'nin pragmatizmini benimsediğini ve onunla pek çok şeyi paylaştığını ifade etmektedir.[754] Bu sebeple *Posner*'in hukuki pragmatizminin yukarda anılan özellikleri, onun şüpheci felsefi perspektifinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle "hukuk ahlak ayrımı" hakkındaki görüşlerinde *Rorty*'den ödünç aldığı felsefi teori karşıtlığı, diğer bir ifadeyle antitemeldenciliği belirleyici olmuştur. *Rorty*'nin izinde olan *Posner*, ahlaki yargıları temellendirme çalışmalarının hepsine karşı şüpheyle yaklaşmaktadır. [755] Pragmatizmini ahlaki temellendirme karşıtı, deneysel, etnosentrik, sınırsız değer tercihlerine ve iyi anlayışlarına açık, radikal, anti dogmatik ve şüpheci olarak

[751] N. Levit, 1991, s:497

[752] R.Posner, 2002, s:8

[753] R.Posner, 1999, s:243

[754]T. Machon, 1995, s:102 dipnot:1

[755] age, s:373

nitelendirmektedir. *Posner*'a göre pragmatizm herhangi bir bilimsel görüşün ya da hipotezin doğruluğunu kabul etmeyecek kadar şüphecidir.[756]

Şüpheci konumu *Posner*'ı da tıpkı *Rorty* gibi, sınırsız değer tercihlerine ve iyi anlayışlarına açık bir konuma[757] getirmiştir. Sonuç olarak *Rorty*'nin pragmatizmini benimsemiş olmasının sonucu olarak ortaya çıkan ilk iki özelliği sebebiyle *Posner*'ın hukuki pragmatizmi, şüpheci ve iyi anlayışları karşısında çoğulcu olduğundan, ayrıca herhangi bir ahlak anlayışı ve formalist düzenlemeler gibi birincil bir amaca bağlılık gerektirmediğinden orta pragmatizmin (a) ve (b) maddelerinde yer verilen "çoğulcu toplumlara uygunluk" ve "amaçlarda çoğulculuk"[758] koşullarına uygunluk göstermektedir.

Posner'ın hukuki pragmatizmin diğer iki özelliği, "sonuç odaklılık" ve "normatif program" dır. *Posner* "sonuç odaklı" yaklaşımda, "en iyi", "makulliyet", "etkililik" ve "pratik akıl" gibi kriterlerin rehberliğindeki empirik bilimsel araştırmayı salık vermektedir. Sonuç odaklı yaklaşımında *Posner*, empirik bilimsel araştırmaya yargıcın sağduyusunun, sezgisinin eşlik etmesini istemekte, "en iyi" sonuca ulaşması için yargıca "makulliyet" gereğince düşünmesini önermektedir. *Posner*'ın önermiş olduğu bu kavramlara getirilmiş olan pek çok eleştiriden konumuz bakımından önem taşıyanı, bunların çoğulcu düşünceye alan bırakmayacağı tehlikesidir. *Levit*'e göre işaret ettikleri anlamların boş ve kapsamsız oluşu[759]

---

[756] R.Posner, 1995, s:6

[757] R.Posner, 2002, s:3-10

[758] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:111

[759] A.J.Jacobson, - J.P.McCormick, 2005, s:23-24

nedeniyle yargıcın sağduyusu, sezgisi vs gibi bir takım sübjektif kavramlara atıf yapmak,[760] bu kavramlar hakkında bir uzlaşmanın olduğu varsayıma dayanmaktadır. Oysa böyle bir uzlaşmayı varsaymak, ortak yaygın inançların hukuk sistemini tamamen kaplamasına izin vermek olacaktır.[761] Ahlaki teorilerin ve formalist yasal düzenlemelerin önemini yitirmiş olmasının da etkisiyle, hukuk sistemindeki boşluk, tamamen toplumsal uzlaşma ile dolacaktır. Böylece uzlaşma hukukunun kendisi *Posner*'ın amaçladığının aksine çoğulcu düşünceyi ve birincil amaçlardaki çoğulculuğun önüne geçen şey olacaktır. [762]

Posner'ın sonuç odaklı yaklaşımına yönelik diğer bir eleştiri, "en iyi" ve "makulliyet" kriterlerinin içinin boş bırakılmış olduğunu düşünenlerin aksine, bu kriterlerin işaret ettikleri kapsamın fazlaca belirlenmiş olduğu yönündedir. *Lake, Posner*'ı "en iyi" ya da "en makul" sonucu etkililik ve verimlilik kavramları ile ekonomik analize ve refah maksizasyonuna bağlamış olması nedeniyle eleştirmektedir. Çünkü, böyle bir bağlılık, amaçlar konusunda toplumu tam bir uzlaşma halinde, yani homojen olarak değerlendirmek anlamına gelmektedir. [763]

Her iki yorum tarzında da *Posner*'ın görüşü toplumu homojen bir algıyla değerlendirmesi noktasında eleştirilmektedir. Gerek "en iyi", "makulliyet", "etkililik" ve "pratik akıl" kriterlerini yargıcın sezgisiyle toplumsal uzlaşmadan edinmesi,

---

[760] A.J.Haugh, 2001, s:49, N.Levit, 1991, s:506

[761] N.Levit, 1991, s:510-513

[762] age, s:510-512

[763] P. Lake, 1999, s:623-624,

gerekse bu kriterlerin ekonomik analize ve refah maksizasyonuna bağlanması, toplumu amaçlar konusunda homojenleştirmektir. "Sonuç odaklı" yaklaşımdaki eleştiriler uyarınca değerlendirildiğinde, -*Posner*'daki ikincil amacın dahi tespitine gidilmeksizin- *Posner*'ın görüşleri çoğulcu düşünce ve birincil amaçlardaki çoğulculuğu gerçekleştirememektedir.

Felsefi pragmatizmin şüpheciliğini hukuka taşıyan *Posner*, hukukta sınırsız iyi anlayışına kapı açarak çoğulculuğu sağlayabilmiş, ancak sonuç odaklı yaklaşımı ile bu çoğulcu konumu terk etme tehlikesi içine düşmüştür. Ancak yine de, "sonuç odaklılık" bakımından *Levit* ve *Lake'*in getirmiş olduğu eleştiriler göz ardı edilerek, orta pragmatizme uygunluk araştırmasına devam edilecektir.

3- Dogmatik Şüpheciliğe Düşmemek

Antitemeldenci ve şüpheci perspektifiyle "çoğulcu toplumlara uygunluk" ve "amaçlarda çoğulculuk" koşullarına uyum sağladığı, ancak "sonuç odaklılık" özelliğinde baş rolü vermiş olduğu bazı kavramlar sebebiyle bu başarısının gölgelendiği görülen Posner'ın görüşleri acaba (c) ve (d) maddelerinde sözü edilen koşulları yerine getirebilmekte midir? Yani amaçlardaki çoğulculuğu yalnızca birincil seviyedeki amaçlarla sınırlandırarak, dogmatik şüpheciliğe düşmekten kurtulabilmekte midir?

Tibor R. Machon'a göre, felsefi pragmatizm hakkındaki görüşleri konusunda *Rorty*'nin düşüncelerini benimseyen *Posner*, onun bütün fikirlerlerini kabullenmemiştir. *Machon*'a göre, zaten *Posner*'ın *Rorty*'nin şüpheciliğinin ne

kadarını kavradığı şüphelidir.[764] Çünkü şüpheciliğini ahlaki ve politik alanla sınırlı kalmayarak, emprik iddialara kadar vardıran *Rorty*'den farklı olarak *Posner,* empirik konularda gerçeğe ulaşılabileceğini düşünmektedir. Oysa *Rorty*'e göre bütün iddialar teorilere bağımlı olduğundan, bir iddianın doğru ya da yanlış olduğundan söz edilebilmesi yalnızca topluluk içinde mümkündür. Bunun dışında empirik ya da normatif olduğu fark etmeksizin bir iddianın sınanabileceği objektif bir gerçeklik yoktur. [765] Ayrıca *Rorty* bu düşüncesinin sosyal bilimler için olduğu kadar doğa bilimleri için de geçerli olduğunu iddia etmektedir. Yani doğa bilimlerinde elde edilen bilgi de yalnızca topluluk içinde doğrulanma ya da yanlışlanma imkanına sahiptir. Doğa bilimlerine ait bir bilgi için bile sınanabilir objektif bir gerçeklik yoktur. *Rorty* bilimsel bilginin dahi nesnel olduğunu kabul etmemektedir.[766] *Machon*'a göre, *Rorty*'nin pragmatizmini benimseyen *Posner,* bu sonucun tam olarak farkında değildir.[767] Çünkü hukukta nesnel bir zemin elde etmek *Posner*'ın en fazla önemsediği şeylerin başında yer almaktadır.[768] *Machon,* bu aşırı şüpheci duruşla *Posner*'ın hukuki karar için önermekte olduğu emprik araştırmanın, bilimsel araştırma ve ekonomik analizin kararın objektifliğini temin edecek sağlam temeller olduğunu savunmanın mümkün olmadığına dikkat çekmektedir.[769]

---

[764] T.R. Machon, 1995, s:362

[765] age, s:362

[766] age, s:363

[767] age, s:367

[768] T. Posner, 1990, s:353

[769] T.R. Machon, 1995, s:368

Ancak, *Rorty*'le olan bazı ayrılıklarının farkında olan *Posner* da, *Rorty*'nin aşırı şüpheci tavrını eleştirmektedir. *Posner*'a göre *Rorty*'deki problem empirizmin deneme yanılma metodunu kabul etmesine rağmen, onun bundan bir sonuca varmayı reddediyor oluşudur. *Posner*'a göre *Rorty* ve diğer radikal pragmatistlerle kendi görüşleri arasındaki en önemli fark bu hususdur. Onlar bilim, tarih ve ekonominin verilerini değerlendirmeksizin ütopik önerilerde bulundukları halde, *Posner* bunların sonuçlarını önemsemektedir. *Posner*, hukuki tanımlamalarda bilimselliğe daha fazla yer verildiğinde bilginin derin değer çatışmalarını azaltabileceğini, etik yakınlaşmayı sağlayabileceğini düşünmektedir. [770]

Steven J. Burton'a göre ise, *Posner'*ın şüpheci duruşu ile nesnel zemin elde etmek isteği arasındaki çelişkinin sebebi, *Posner*'ın bilim adamı olarak felsefi ve yargıç olarak pratik olmak üzere iki ayrı perspektife sahip olmasıdır. [771] *Burton*'un yorumuna göre, *Posner* felsefi perspektifinde şüpheci bir tavır içinde olsa da, pratik perspektifinde empirik ve bilimsel tavır sergilemektedir.[772] *Posner*'ın pratik perspektifinde gösterdiği emprik ve bilimsel tavır onun dogmatik şüpheci olmadığını göstermektedir. *Posner*'ın kendisi de hukuki pragmatizminin şüpheci olsa da dogmatik şüpheci olmadığını ifade etmektedir. [773]

---

[770] P.Lake, 1999, s:593

[771] S. J.Burton, 1988-1989, s:710

[772] age, s:711

[773] R. Posner, 1995, s:6

4- İkincil Seviyede Amaç Koşulunu Gerçekleştirmek

Posner'ın dogmatik şüpheci olmaması, orta pragmatizm için (e) ve (f)'deki koşulları, yani ikincil seviyedeki amacı ve bu amacın "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize etme" olanağını verip vermediğini araştırma imkanını sağlar.

Orta pragmatizmde ikincil seviyedeki amaç belli olmalıdır.[774] İkincil seviyedeki amaç "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" olarak sadece birincil amaç için bir amaçtır.[775] Pragmatik şüpheci, birincil bir amacı belirmeyi kesin olarak reddettiğinden, ikincil amaca pratik sınanabilirlik aracı olarak güvenmektedir.[776] *Posner*'ın bilinemez ve belirlenemez birincil araçlar için güvendiği pratik sınama araçlarının "normatif program"da ortaya çıktığı görülür. Bu durumda, ekonomik analize dayalı refah maksimizasyonu ve liberal bireycilik, "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" amacını gerçekleştirmeye yönelik ikincil seviyedeki amaçlardır.[777]

Rosenfeld'a göre, *Posner*'ın normatif araçları devreye sokulduğunda da amaçlardaki çeşitlilik korunmaya devam edilebilirse, aranan sonuca erişilecektir. Diğer bir ifadeyle, eğer *Posner*'ın araçlar konusunda ekonomik yaklaşıma ve liberal bireyciliğe bağlılığı ile amaçlar konusunda çeşitlilik birlikte korumaya devam edilebilirse, *Posner*'da orta pragmatizm imkanını ve böylece hukuki yorum için ortak

[774] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[775] age, s:114

[776] age, s:114

[777] age, s:112

standardı bulabilmek mümkün olabilecektir. Bunun için *Posner*'daki ekonomik yaklaşımın ve liberal bireyciliğin çoğul amaçlara uygun düşmesi gerekmektedir.[778]

Posner'ın hukuki pragmatizminde hukuk ve ekonomi birlikte hareket ettiğinde, hukuki yorum subjektif öznelerin elinden alınıp, ekonomi biliminin objektif ve empirik olarak sınanabilen kuralları ve araçlarına emanet edileceğinden adil hukuki yorum sorunu büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.Araçsal akıl varsayımına dayanarak ekonomi, hem araçsal akıllı ve menfaatlerini gözeten bireylerin hareketlerini tahmin ettiğini iddia eden bir pozitif bilim olarak, hem de zenginliğin maksimizasyonuna yönelik bir bilim olarak kanunların yorumlanması ve değerlendirilmesi için objektif kriteri sağlayacaktır. Bu kriter uyarınca, farklı türdeki yorumlara açık kanunun zenginliğin arttırılmasına en uygun olan yorumunun seçilmesi gerekmektedir. Hukuk ve ekonominin perspektifinden adalet, araçsal akla ve zenginliğin arttırılmasının gerçekleştirilmesine bağlı olacaktır. [779]

İkinci Bölümde "Hukukun Ekonomik Analizi" başlığı altında yer verilen ekonomik analize yönelik eleştirilerden *Levit* ve *Rosenfeld*'ın eleştirileri, orta pragmatizm olanağı araştırmamızla yakından ilgilidir. Buna göre, bu denli merkezi konuma ve önemli hale getirilmiş olan bir ekonomik analiz düşüncesinin yol açacağı şey, hukukun işlevsizleşmesi ve yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olacağı bir sistem olacaktır. *Levit*'in yorumuna göre ekonomik analiz, bir yargıcın seçmesi gereken en doğru yargısal sistem olarak tasarlanması nedeniyle, pratik aklın bütün kapsamı haline gelmektedir. Pratik akıl kavramı da, toplumda mevcut ortak yargılara

---

[778] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:112

[779] age, s:115

dayandığından, hukuk mevcut ekonomik çerçevenin bir kez daha onaylanmasından başka bir anlam taşımayacaktır.[780]

Rosenfeld ise -liberal bireycilikle çözümlenen bazı sınırlamalara sahip olsa da- ekonominin hukukun bu denli belirleyeni olmasının, hukukun tamamen ekonominin altında kalması tehlikesine işaret eder. Bu konumdaki bir adalet, ekonomiye boyun eğecektir. Böylece, hukuk ve politika, ekonomi tarafından olgusal ve normatif olarak yönlendirilen bir sosyal dünyada daha da ikincil plana itilecektir. Zenginliğin arttırılması, amaçların çokluğunun başarılmasının şartı olarak değerlendirildiğinde, bir araç olarak tasarlanmış olsa da, ahlaki amaçların önüne geçebilecektir. *Posner*'ın teorisinde zenginliğin arttırılması her ne kadar araç olarak görünüyor olsa da, pratikte diğer bütün amaçları ortadan kaldırabilme potansiyeliyle problem yaratacaktır. [781]

Rosenfeld, bu durumda *Posner*'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonunun "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç olduğunu savunmanın güç olduğuna dikkat çeker. Aksine, zenginliğin arttırılması bir değer sistemine sahip ve bir iyi anlayışı olan belli bir hayat tarzı olarak diğer iyi anlayışlarıyla rekabet içerisindedir.[782] Esasında *Posner*'ın kendisinin de **"The Problems of Jurisprudence"** başlıklı eserinin Onikinci Bölümünün sonunda refah maksimizasyonunun ruhunun "bir üretkenlik ve sosyal

[780] N. Levit, 1991, s:499

[781] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:116

[782] age, s:124

dayanışma etiği" olduğu ifadesine yer vermiş olduğu görülür. [783] Benzer şekilde *Annalise E. Acorn* da, *Posner*'ın üretkenlik erdemini teşvik eden refah maksimizasyonuyla bir üretkenlik etiğini savunduğunu iddia etmektedir.[784]

Buna göre, *Posner*'ın ekonomik yaklaşımındaki zenginliğin arttırılması prensibi aslında bir değer sistemine sahip olduğundan, tüm iyi anlayışları karşısında ikincil konumda olmaktan uzaktır. Aksine, bazı iyi anlayışları bu prensibe göre ikincildir. Bu sebeple *Posner*'ın pragmatizmi, *Posner*'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonunun "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç olma konusunda başarısız olduğundan, orta pragmatizm arayışında da başarısız olmuştur.[785]

Rosenfeld, Posner'ın hukuki pragmatizminin ikinci unsuru olan liberal bireyciliğin ayrıcalıklı statüsüne karşı da benzer bir argüman öne sürülebileceği değerlendirmesinde bulunur. Buna göre, liberal bireycilik orta pragmatizmin ikincil amacı olmak için geçerli bir sebebe sahip değildir. Liberal bireyciliğin ekonomik verimliliği en iyi arttıran sistem olduğunun ispatı, onun bütün diğer politik alternatiflerin üzerine yerleştirmesini meşrulaştırmaya yetmemektedir.[786]

Rosenfeld'a göre *Posner*'ın pragmatizmi nihai amaçlar konusunda ucu açıklığını korusa da, araçlar söz konusu olduğunda aynı esnekliği

---

[783] T. Posner, 1990, s:391

[784] A.Acorn, 1993-1994, s:168

[785] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:125

[786] age, s:124

koruyamamaktadır.[787] Zenginliğin arttırılmasıyla ilgili yanıltıcı olan, onun bazı birincil amaçları gerçekleştirmeye izin vermesi ve bu nedenle kolayca ikincil amacın bir parçasıyla karıştırılabilir nitelikte olmasıdır.[788] *Posner*'ın araçlar konusundaki kesinliğinin, amaçlardan araçlara geçişle gizlenmiş bir dogmatizmin sonucu olduğuna işaret eden *Rosenfeld*, bu durumda orta pragmatizm gibi gözüken şeyin aslında kılık değiştirmiş bir kapsayıcı pragmatizm olduğunu düşünmektedir.[789]

Rosenfeld görüşlerini daha da ileri götürerek *Posner*'ın hukuki pragmatizminin yalnızca orta pragmatizm için uygun bir aday olmamasının ötesinde temel amacının zenginliğin arttırılması olan bir dogmatik teorinin maskelenmiş hali olduğunu iddia eder. *Rosenfeld*'a göre zenginliğin arttırılmasının meşrulaştırılması olarak *Posner*'ın pragmatizmi en iyi ihtimalle ikincil konumda ve en kötü ihtimalle de tehlikelidir. [790]

Sonuç olarak, *Posner*'ın hukuki pragmatizmi *Rorty*'nin felsefesini benimsemiş olması sebebiyle şüpheci, ahlaki temellendirme karşıtı, anti dogmatik, sınırsız değer tercihlerine, iyi anlayışlarına açık olarak olmasıyla ve de herhangi bir ahlak anlayışı ve formalist düzenlemeler gibi birincil bir amaca bağlılık gerektirmediğinden orta pragmatizmin (a) ve (b) maddelerinde yer verilen "çoğulcu toplumlara uygunluk" ve "amaçlarda çoğulculuk" koşullarına uygundur. Ayrıca dogmatik şüpheciliğe de düşmemektedir Ancak, sonuç odaklı yaklaşımında ileri

[787] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:112

[788] age, s:124

[789] age, s:112

[790] age, s:125

sürdüğü "en iyi" ve "makulliyet" gibi kriterlerin içeriğini refah maksizasyonuna ya da dolaylı olarak toplumsal uzlaşmaya bağlıyor olması çoğulcu toplum yapısına uygun düşmemiştir.

Ayrıca *Posner*'ın ikincil nitelikteki amacı olan refah maksimizasyonu "diğer amaçların peşinde koşma şansını maksimize eden" tarafsız bir araç niteliğini taşımaktan uzak olup, kendisi bir değerler sistemi olarak diğer anlayışlarla rekabet içinde olduğundan buna ayrıcalık tanımak ve hukuk sisteminin merkezine yerleştirmek çoğulcu topluma uygun düşmeyecektir. Bu durumda *Posner*'ın hukuki pragmatizminin orta pragmatizme ve dolayısıyla hukuki yorum için ortak standardı verme konusunda imkan tanımadığı gibi, çoğulcu toplum yapısı için dahi uygun olmadığı belirtilebilir.

C- Rorty ve Orta Pragmatizm Olanağı

1- Genel Olarak

Birinci Bölümden hatırlanacağı gibi *Rorty* pragmatizminin üç özelliği, "Antitemeldencilik", "Kültür Alanları Arasındaki Metodolojik Farkın İptali" ve "Hermeneutik"tir. Ayrıca toplumsal dayanışmayı artırmaya yönelik ironist birey tasarımı, onun pragmatizminin en önemli tamamlayıcısıdır.

Rorty'nin pragmatizminin orta pragmatizme uygunluğunu ortaya çıkarabilmek için ilk olarak, onun düşüncelerinin iyi anlayışları bakımından çoğulcu toplumlara ve bu tür toplumlarda ortaya çıkan amaçlardaki çoğulculuğa uygun düştüğü ve ayrıca bunu temin ederken dogmatik şüpheciliğe düşmekten kurtulabilme özelliğine sahip olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.

Bu koşullara ilave olarak olarak da *Rorty*'nin bağlı olduğu ikincil amaç tespit olunabilirse ve bu amacın "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi"ne olanak sağladığı ortaya konabilirse, *Rorty*'nin pragmatizminin orta pragmatizme uygun olduğu ileri sürülebilecektir.

2- İyi Anlayışı ve Amaç Bakımından Çoğulculuğa Uygunluk

Epistemoloji "gerçekliğe ait bir bilgisel temel/öz" olduğu savına dayanmaktadır. Oysa *Rorty*'e göre, gerçekliğin böyle bir bilgisel temeli/özü bulunmayıp, gerçeklik yalnızca ait olduğu tarihsel ve düşünsel dönemdeki söz dağarının eseri olarak ortaya çıkmaktadır. [791] *Hegel* herşeyin tarih ve kültür içinde birbiriyle ilişki içinde olduğuna işaretle tarihselliği,[792] *James* ve *Dewey* epistemoloji eleştirileriyle gerçekliğin bağlam içinde ortaya çıktığını göstermiştir. *Heidegger* ise epistemolojiyi geçersiz kılarak, gerçeklik ve doğruluğun tarihsel bağlam içinde oluştuğunu göstemek konusunda, *Hegel, James* ve *Dewey*'in görüşlerini destekleyici argümanları vermiştir.[793] *Rorty, Heidegger, Hegel, James* ve *Dewey*'in etkisiyle genel olarak pragmatizm tanımını şu şekilde yapmaktadır; "pragmatizm basitçe, gerçek, dil, bilgi, ahlak ve bunlar gibi felsefi teorileştimenin nesnelerine" uygulanmış anti-özcülüktür.[794]

---

[791] E. Gander, 1999, s:27-28

[792] R.Rorty, 1995, s:25-29

[793] R.Rorty,1982, s:161

[794] age, s:162

Rorty de tıpkı *Posner* gibi yine antitemeldenciliği nedeniyle, formalizme ve hukukun ahlaki teorilerle temellenmesi gerektiğini savunan epistemolojik hukuk anlayışına karşı çıkmaktadır. *Rorty* de, *Posner* gibi, hukuk ile ahlakın ayrılmasını savunmakta, hukuki formalizmi yararlı bulmamakta ve hukukun kendine temel olarak ahlaki teoriyi görmesine ve formalizme karşı çıkmaktadır. [795]

Rorty rasyonel kararı ve kararda objektivite noktası bulunabileceğini reddetmektedir. Temellendirme, gerekçelendirme, karar verme ve yargıda bulunmada yerel standartları, yerel değerleri belirleyici olarak kabul etmektedir.[796] *Rorty*'nin antitemeldenciliği iyi anlayışı bakımından çoğulcu olmasına neden olmuştur. Bir kültürün diğerinden üstün ya da iyi olmadığı iddiasında bulunmakta olan bir rölativist olmasa da, kendisinin de ifade ettiği gibi etnosentristtir.[797] Ona göre amaçlardaki çoğulluk ile amaçları sürekli yeniden tanımlamak, çoğulcu toplumların en önemli özelliğidir.[798] Bu nedenle *Rorty* antitemeldenciliği nedeniyle orta pragmatizmin (a) ve (b) maddelerinde yer verilen "çoğulcu toplumlara uygunluk" ve "amaçlarda çoğulculuk" [799] koşullarına uygunluk göstermektedir.

---

[795] R. Rorty, 1994, s:106

[796] Thomson, Simon, "Richard Rorty on Truth, Justification and Justice", Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon edited by, **Richard Rorty-Critical Dialogues**, Polity Press, Blackwell Publishers Inc, 2001, s:33

[797] Rorty, Richard, "Science or Objectivity", **Objectivity, Relativism and Truth** , Cambridge, 1991, s: 38

[798] age, s:37

[799] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:111

Posner her ne kadar *Rorty* pragmatizmini benimsemiş olduğunu söylemişse de[800], yalnızca antitemeldencilik ve şüphecilik bakımından *Rorty* pragmatizmini benimsemiş,[801] bilim ve bilimsel metod hakkında ise klasik pragmatistlerin izinden gitmiştir.[802] Hatırlanacak olursa, "Posner ve Orta Pragmatizm" isimli bir önceki başlıkta *Posner*'ın *Rorty*'le arasında olan bu ayrımın farkında olduğundan bahsedilmişti. Ayrıca *Posner*'ın *Rorty*'nin felsefi görüşlerini (özellikle şüphecilik ve antitemeldencilik hakkındaki) benimsemiş olsa bile, *Rorty*'i bilimin ve ekonominin verilerini yeterince değerlendirmediği yolundaki eleştirilerine değinilmişti. Ekonomi ve bilim *Posner*'ın normatif hukuki teorisinde hukuki kararın nesnelliğini sağlayacak araçlardır. [803] Pragmatizmin en önemli avantajının teorik sorumluluğunun olmaması ve bilimsellik endişesi taşımaması olduğu görüşünde olan *Rorty* ise normatif teori alanına girmekten kaçınmaktadır. [804]

Posner'ın normatif teorisinde bilim ve ekonomiyi öne çıkarması *Fortson, Rosenfeld, Levit, Acorn, Lake* tarafından değişik bakımlardan eleştirilmişti. Bir önceki başlıkta (Posner ve Orta Pragmatizm) bu eleştiriler nedeniyle özellikle *Rosenfeld*'ın görüşü doğrultusunda, *Posner*'ın antitemeldenciliği sayesinde birincil seviye hiçbir inanca bağlı olmamayı başarmasına rağmen, ekonomi biliminin verilerini merkeze koyması sebebiyle, araçlar ve amaçlar arasında yer değişimi

[800] T.R.Machon, 1995, s:102 dipnot:1

[801] S.Burton, 1988-1989, s:711

[802] R. Posner, 2003c, s:188

[803] P. Lake, 1999, s:593

[804] R.Rorty, 1999b, s:96

yaparak ekonomiyi birincil amaç seviyesine çıkardığı ve bunun ise aslında ekonomiyi öne çıkaran bir değer sistemi olmasıyla, diğer değer sistemlerini dışlayarak, çoğulculuğu önlediği kanaatine varılmıştı.[805] *Posner*'ın "normatif teori" inşasından farklı bir yaklaşımla pragmatizmden, antitemeldenciliği sağlaması dışında başka bir beklentisi olmayan *Rorty*, bilimi ya da ekonomiyi birincil amaç seviyesine çıkarmamakta, bilim, din, gelenek, anlatı, edebiyat, resim, şiir gibi her türlü insan ediminin somut olayda ortaya çıkacak amaca uygun olarak kullanılabilir araçlar olduğunu düşünmektedir. Bu, "gerçeğin ne olması gerektiği" ile "gerçeğin neye dair olduğu" arasında epistemolojik farklılık, "gerçekler" ile "değerler" arasında metafiziksel farklılık, "ahlak" ile "bilim" arasında metodolojik bir farklılık olmaması şeklinde ortaya çıkan *Rorty* pragmatizminin ikinci özelliğinin sonucudur. [806]

Rorty pragmatizminin ikinci özelliğini Kuhn'un bilim ve bilimsel metod hakkındaki görüşlerini benimsemiş olması ortaya çıkarır. *Rorty Kuhn'*un **"Bilimsel Devrimlerin Yapısı"** isimli eserinde doğal bilimler için yapmış olduğu tespitleri insan bilgisinin tüm alanlarına genişletmiştir. *Kuhn* "**Bilimsel Devrimlerin Yapısı"**nda bilime ait eski ve yeni paradigmaların "mukayese edilemez" olduğunu, ancak yine de bunların gerçekliğin değişik parçalarına ışık tutmak için kullanılabilir olduğunu savunmuştur. *Rorty* ise aynı argumanı sosyal bilimler için kullanır. Bilim, ahlak, sanat, edebiyat, din gibi insan üretimi tüm kültür alanları birbirleri ile "mukayese edilemez" şekilde geçerlidir.[807]

---

[805] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:112

[806] R.Rorty, 1982, s:163

[807] G. Gutting, 1999, s:19

Sosyal bilimcilerin, yazarların, şairlerin her birinin ürünlerinde yargıçların kullanabileceği iyi fikirler bulunabilecektir.[808]

Posner gibi normatif teori inşası alanına girmeyen *Rorty*, pragmatizminin ikinci özelliği gereği çoğulcu birincil amaçlar için güvendiği araçları da çoğulcu tutar. Bu sebeple *Posner*'da ortaya çıkan amaç araç yer değiştirmesi *Rorty*'de görülmediğinden, ilk iki özelliği bakımından orta pragmatizmle uyumludur.[809]

3- Dogmatik Şüpheciliğe Düşmemek

Önceki başlıkta *Posner*'ın dogmatik şüpheciliğe düşmekten kurtulması *Machon, Burton* ve *Posner'*ın kendisinin de ifade etmiş olduğu gibi, felsefi perspektifte antemeldenciliği benimseyerek *Rorty*'i takip etmiş olsa da, pratik perspektifte onunla yollarını ayırmış olmasına ve pratik perspektifinde ikincil bir seviye yaratarak bilim ve ekonomiyi hukuki kararın nesnelliğini sağlayacak araçlar olarak önermiş olmasına bağlanmıştı. Bu durumda şu sorun ortaya çıkmaktadır. *Rorty*, *Machon* ya da diğer eleştirenlerin iddia ettiği gibi dogmatik şüphecilik içinde midir?

Örneğin *Dworkin*, *Rorty*'e şöyle bir eleştiri yöneltir. *Dworkin*'e göre, pragmatistlerin yaptıkları yalnızca kullandıkları metaforlar aracılığıyla sanal bir ikilik yaratmaktır. Pragmatistler alıntı işaretleri ya da italikler kullanarak önce "şeylerin" gerçekten var olduğu sanal düzeyle başka bir gerçek düzeyi yaratırlar.

[808] R. Rorty, 1999b, s:96

[809]M. Rosenfeld, 1996-1997, s: 130, 132, 133

Sonra da kullanmayı çok sevdikleri metaforlar olan, "gerçekliğin dışarda oluşu", "hukukun gökteki bir varlık olduğu" gibi kavramsallaştırmalar aracılığıyla bu sanal düzeyi eleştirirler. Oysa *Dworkin*'e göre bu türden ifadeler, yalnızca pragmatistlerin eleştirel bir dil kullanabilmek için ürettikleri metaforlardır ve bunların anlamlarını açıklamaya hiç yanaşmazlar. Çünkü bunları açıklamaya kalkıştıklarında eleştirdikleri teoriler alanından farklı bir yerde durmadıkları görülecektir.[810]

> *"Reddettikleri felsefi veya teorik iddialar ile kabul ettikleri aynı paraleldeki sıradan iddialar arasında ne fark vardır?Bu nasıl olabiliyor? Nasıl tanımlamadıkları pozisyonları çürüttüklerini iddia edebiliyorlar?"*[811]

Dworkin'e göre, her çeşit şüpheci iddia da dahil olmak üzere felsefi iddialar, bütün diğer önermelerden farksızdır. Her türden önerme kabullenilmeden önce anlaşılmayı gerektirir. Tıpkı diğer önermelerde olduğu gibi pragmatist önermelerin de kavranmaları, kavramları ne şekilde kullandıklarının anlaşılmasına bağlıdır. Ancak radikal ve özgürleştirici bakışıyla çekici gözüken pragmatist öneriye bu şekilde yaklaşıldığında o kendi sonunu kendi getirmiş olacaktır. Çünkü pragmatizm kullanmakta olduğu metaforları açıklamaya giriştiğinde ya skeptik bir paradoksa düşecek, ya da önermekte olduğu şüpheciliği bir noktada sonlandırmış olacaktır. [812]

---

[810]R.Dworkin, 2006, s:41

[811] age, s:41

[812] age, s:40

Rorty sıklıkla şüpheciliği ve rölativist olduğu gerekçesiyle görüşlerinin ciddiye alınmaması gerektiği yolunda eleştirilir. Çünkü rölativizm ve şüphecilik kendine ayrıcalıklı bir meşruiyet sağlama araçlarından yoksundur. Ayrıca rölativizm kendine karşıt görüşleri de eşit derecede doğru (ya da en azından meşru) kabul ederek kendini önemsizleştirir. Bu sebeple, kendi kendini geçersiz kılan ve dogmatik şüpheciliğe yol açan bir görüştür.[813]

Ancak *Rorty* kendini rölativist olarak tanımlamaz. *Rorty* kendi görüşlerinin rölativizm ile ithamının, kendisini reddetmekte olduğu metaanlatıların içine yerleştirmekten başka bir şey olmadığı düşüncesindedir.[814]Çünkü antitemeldencilerin eleştirisi zaten mutlak ve rölatif arasındaki ayrıma ilişkindir. Antitemeldenciler, nesnelliği reddettiklerinden bu tür ayrımları da reddetmektedirler. *Rorty*'e göre rölativist olarak isimlendirilmek tam da reddetmekte olduğu sorunu içinde barındırmaktadır.[815]

Pragmatistlerin rölativist teori bir tarafa herhangi bir teoriye dahi sahip olmadığı iddiasında[816] olan *Rorty*, rölativizmin kendisinin önermekte olduğu tür etnosentrizmi tanımlamak için uygun bir terim olmadığını ileri sürer. Çünkü onun savunmakta olduğu, bir şeyin başka herhangi bir şeye görece olduğunu söyleyen bir

---

[813] G. Gutting, 1999, s::51

[814] R.Rorty,"Postmodernist Bourgeois Liberalism", **Objectivity, Relativism and Truth** , Cambridge University Press, USA , 1991, s:202

[815] R.Rorty, 1999a, s: xvıii

[816] R.Rorty, 1982, s:167

pozitif teori değildir.[817] *Rorty*'e göre, bir topluluğun bir diğer topluluk kadar iyi olduğunu söylemek ile özdeşleşilen toplulukdan hareket etmek zorunda olunduğunu söylemek farklı şeylerdir.[818] Rölativist olmadığını iddia eden, nesnelliğe de inanmayan *Rorty* bunların yerine pragmatizminin üçüncü özelliği olarak *Gadamer*'in hermeneutik anlayışını koyar. [819] *Rorty*'e göre hermeneutik sohbet farklı toplumların farklı iyi anlayışlarının ve amaçlarının karşılaşması, birbirlerine karşı üstünlük iddiasında bulunmaksızın anlamaya çalışmasıdır.[820]

Rorty'nin tüm iyi anlayışlarını ve amaçları eşitlemeksizin yalnızca herhangi bir topluluğun kendi iyi anlayışından hareket etme zorunluluğunun altını çizmiş olması ve böylece kendi şüpheciliğini ve etnosentrizmini rölativizmden ayrı bir yere koyması, onu dogmatik şüphecilikten kurtarabilir. Çünkü dogmatik şüphecilikte, bütün iyi anlayışları ve amaçlar tamamen eşittir. Bu, bütün hepsinin aynı düzlemde olduğu ve herhangi birinin seçiminin diğerlerine göre daha iyi ya da kötü olmadığı anlamına gelmektedir. [821] Oysa *Rorty*, bazı amaç ve iyi anlayışlarının onların pragmatik işe yararlıklarına göre diğerlerine üstünlüğünün iddia edilebilmesi gerektiğini düşünmektedir.[822] *Rorty*'e göre, kendinin ait olduğu Batı Avrupa medeniyetinin üstünlüğü ve diğer toplumların bunu kabul etmesi bunun pragmatik

[817] R.Rorty, 1991e, s:38

[818] R.Rorty, 1991c, s:202

[819] R.Rorty, 2006, s:366

[820] age, s:402

[821] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[822] R.Rorty, 1991e, s:38, 39

olarak işe yarar olmasındandır.[823] Diğer toplumların bunu kabullenmesi epistemolojik değil, pragmatik bir meseledir. [824]

Sonuç olarak *Rorty'*nin şüpheciliğinin, bütün iyi anlayışlarının ve amaçların eşit olmasından değil,[825] hiç bir iyi anlayışının diğerlerine üstünlüğünün nihai olarak temellendirilemeyeceği düşüncesinden kaynaklanmış olması,[826] ve onu dogmatik şüphecilikten kurtarmıştır.[827]

Rorty pragmatizminin ilk üç özelliğinin orta pragmatizmle olan uyumunu tekrar gözden geçirecek olursak: birinci özelliği olan antitemeldenciliği ile şüpheci ve iyi anlayışları karşısında çoğulcu olduğundan, ayrıca herhangi bir ahlak anlayışı ve formalist düzenlemeler gibi birincil bir amaca bağlılık gerektirmediğinden orta pragmatizm için oldukça elverişli olduğu söylenebilir. [828] İkinci özelliğinde *Posner* gibi normatif bir teori inşasına kalkışmadığından ve *Posner*'in aksine araçları da çoğulcu kıldığından, *Posner*'daki gibi araç amaç yer değiştirmesi tuzağına düşmekten uzak durarak orta pragmatizmle olan elverişli konumunu korumuştur. Ayrıca hermeneutik ile dogmatik şüpheciliğe düşmekten de kurtulmuştur.

---

[823] Farrell, Frank B., **Subjectivity, Realism and Postmodernism the Recovery of the World**, State University of New York at Purchase Cambridge University Press,1994, s:145

[824] R.Rorty,1991c, s:198-200

[825] R.Rorty, 1991e, s:42,

[826] R.Rorty, 1991c, s:200

[827] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[828] age, s:111

4- İkincil Seviyede Amaç Koşulunu Gerçekleştirmek

Rorty pragmatizminin tüm özellikleri gereğince çoğulculuk ve dogmatik şüphecilik aşamalarından başarılı çıkabilmişse de, orta pragmatizm için gerekli olan ikinci koşulun da yerine gelmesi için *Rorty*'nin ikincil sevideki amaçlarını araştırmaya ihtiyaç vardır. Orta pragmatizm için birincil seviye hiçbir inanca bağlı olmamanın yanı sıra ikincil seviyede "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" amacı da gerçekleşmelidir. Bu özel ve belirli amaç, çoğulcu ve bilinemeyen amaçları birincil seviyeye çıkarabilmek için gerek ve şart koşuldur. Pragmatik şüpheci, birincil bir amacı belirlemeyi kesin olarak reddettiğinden ikincil amaca pratik sınanabilirlik aracı olarak güvenmektedir.[829]

Rorty'nin pragmatizmininin özelliklerinin yanı sıra, toplumsal dayanışmayı arttırmaya yönelik birey tasarımı, onun pragmatizminin en önemli tamamlayıcısıdır. *Rorty*'nin ütopyası, zalimliği en kötü şey sayan liberal ironistlerden oluşan bir toplumda dayanışmanın artması ve böylece liberal toplumun evrenselleşmesidir.[830] *Rorty*'nin tasarladığı birey, özel alanında "liberal ironist", kamusal alanda "zalimliği en kötü şey sayan liberal" olmalıdır.[831]

Kendisi gibi yeni pragmatistlerin klasik pragmatist görüşlere getirebildikleri yeniliğin pek az olduğunu düşünen *Rorty*'e göre bu yeniliklerden en önemlisi; klasik pragmatistler "tecrübe", "akıl" ve "bilinç"i önemserken yenilerin

---

[829] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[830] S. Critchley, 1998, s:43

[831] R.Rorty, 1995, s:17

"dil"i, "söz dağarları"nı ve dildeki yaratımı önemsemesidir.[832] *Rorty*, klasik pragmatistlerden *Dewey*'de, onun çağında "dil felsefesi" henüz doğmamış olsa da, bunun izlerinin bulunduğunu düşünmektedir. Bu sebeple *Dewey*'in bilimsellik dışındaki farklı bir yönüne "dilin olumsallığı"na işaret eder.[833] *Rorty*'e göre gerekli olan şey bilim, felsefe ya da sağlam bir temel arayışı değil, *Dewey*'in lirik ve romantik yönüyle vurgu yaptığı edebileşmiş kültürün yenilenmiş söz dağarlarının getireceği vizyondur.[834]

> *"Onun gerçeğe bakışı için, felsefe dergisinde çıkan yazılarını değil, Emerson'un hayalini anlatan yazılarını okumalıyız. Bu Dewey'in Cornel West'in deyişiyle bizi 'Emerson'un radikal demokrasi kültürüne çağıran yanı'. Yine West'e göre 'peygambervari pragmatizm' ve 'protestanlığın sol bir romantizmle evlenmiş hali'. Gerçeğe uygunluk ya da temsiliyet karşıtı bilgi ya da formalizm karşıtı hukuk ve ahlak görüşlerinin hiçbiri bizi Dewey'in sol kehanetlerine götürmez. Heidegger bu konularda Dewey'e katılıyordu. Ama bambaşka bir dünya hayal ediyordu. Eşitlikçi olmayan nostaljik ve sağcı düşlerdi bunlar. Dewey'in bu romantik yanı hiç de basit değildir. Dewey'in bu türden görüşlerini anlattığı pasajları pragmatizmin nasıl birşey olduğunu değil, mantık ile hayal gücü ve kurgu ile gerçek arasındaki ayrımın nasıl kıralacağını gösterir."*[835]

---

[832] R. Rorty, 1999b, s:95 Rorty'e göre diğer fark ise eskilerin bilim ve bilimsel metodu önemserken yenilerin bunlara şüphe ile yaklaşmalarıdır. Bkz.age, s:95

[833] age, s:96-97

[834] age, s:96-97

[835] age, s:96-97

Dewey'in sol kehanetlerinde açıkladığı romantik yanını önermekte olan *Rorty*, "**Olumsallık, İroni ve Dayanışma"**da hayal edilen toplumsal yenilenmenin edebileşmiş kültürle gerçekleşeceğini anlatmaktadır. Edebileşmiş kültürde yenilenmeyi meydana getirecek olan figür ise "liberal ironist"tir.[836] *Rorty'*e göre "liberal ironist" geçmişten ödünç aldığı söz dağarlarını sorgulayarak, kendi olumsal söz dağarlarını kendisi üreten, ama bu söz dağarlarının kamusalda mutlaklık talebinde bulunulamayacak kadar değişime ve yenilenmeye mahkum olduğunu bilen, bunu bildiği halde bu girişiminden yine de vazgeçemeyen, çünkü özerkliğinin buna bağlı olduğuna inanan kişidir.[837] Liberal ironist yeniden tanımlamalarıyla toplumsal yaşam alanını da yenileyerek geliştirecektir.[838] *Rorty*'nin liberal ironistten diğer beklentisi kamusal alanda dayanışmayı artırmasıdır.[839] Liberal ironist dayanışmayı artırmak için aynı zamanda kamusal alanda "zalimliği en kötü şey sayan liberal" olmalıdır.[840]

Rosenfeld, Rorty'nin liberal ironistinin iki ayrı amacın peşinde olması ve dahası bu iki amacın da -*herhangi bir iyi anlayışının güçle kabul ettirilmesine karşı savaşma ve zalimliği yok etme*- orta pragmatizm kavramıyla uyumlu olduğu

---

[836] R. Rorty, 1995, s: 36-37

[837] age, s:146

[838] age, s: 36-37,

Haber, Honi Fern, **Beyond Postmodern Politics / Lyotard, Rorty, Foucault**, Routledge New York, 1994, s:51, E. Gander, 1999, s:54

[839] R.Rorty, 1995, s:100

[840] age, s: 17

düşüncesindedir. Çünkü Rosenfeld'a göre bu iki amaç, ikincil amaca - birincil amaçları gerçekleştirebilmek için eşit imkânların maksimizasyonuna– uygun niteliktedir.[841] Böylece, *Rorty*'nin perspektifi uyarınca, bireyselliği ve kamusal dayanışmanın birliğini sağlayan şey (*Posner*'daki gibi ekonomi,bilimsel akılcılık, makulliyet değil,) olumsallığın sonuçlarıdır.[842]

> *"Özetle Rorty'nin tarifine göre, bireysellik ile dayanışma arasındaki bağ olumsallığın engellenmesinin imkânsızlığı üzerine kurulmuş pragmatik bir bağdır. Benzer şekilde şiirsel bir metinle dayanışma bir hayal olarak desteklenebilir. Fakat bireyi dayanışmaya asıl yaklaştıran şey kendisinin de önemsizleştirilebileceği ya da küçük düşürülebileceği korkusu ve şu anki yetersizlikleri yok etmekte işe yarayacak gelecek umutları geliştirebilme isteğidir."*[843]

Rosenfeld'a göre, *Rorty* bireysel amacı kollektif amaçla – yani kendini yaratım ile dayanışmayı – birleştirmektedir. *Rorty* aynı zamanda bireysel ile kollektif endişeleri çakıştıran bir politik kurtuluş önerisinde bulunmaktadır. Bu sebeple *Rorty*'nin önerisi ikincil kollektif amaç olarak bireyden temellenen birincil seçimleri gerçekleştirebilmek için gerekli olanakları maksimize etmeye çalışan bir yapıda olmaya son derece uygundur.[844]

---

[841] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:130

[842] age, s:131

[843] age, s:132

[844] age, s:132

Rosenfeld, Rorty'nin politik amaçların gerçekleşmesi için gerekli olduğunu düşündüğü politik araçların aslında çok basit ve tanıdık olduğuna dikkat çeker. [845] Batı sosyal ve siyasi düşüncesinin ihtiyacı olan kavramsal devrimi geçirmiş olduğu inancında olan *Rorty, Mill*'in liberalizm anlayışına atıfta bulunmaktadır. [846]

Ancak *Rorty*'nin postmodern liberal fikri ile *Mill*'in anlayışı arasında temel bir fark vardır. Bu *Rorty*'nin dilin rolünü dilin dışında ve ötesindeki her şeyi dışlayacak kadar öne çıkarıyor olmasıdır. *Rorty*'nin ideal liberal toplumunda değişim, güç ya da devrime değil, iknaya bağlıdır. Ayrıca, liberal toplumun en büyük umudu işe yarar yeniden tanımlamalar olduğundan, kısıtlamasız ifade özgürlüğü *Rorty*'nin en önemli amacıdır. *Mill*'in bakışında da ifade özgürlüğü önemlidir. Ancak, *Mill* bunu kısıtlamasız tartışmanın gerçeği ortaya çıkarmak için en iyi yol olduğunu düşündüğü için istemektedir. *Rorty* ise *Mill*'in aksine tartışmayı sadece tartışma için değerli bulmakta ve ifade özgürlüğünü sadece daha çok konuşma için en iyi yol olarak görmektedir. *Rosenfeld*'a göre *Rorty*'nin görüşünde üstünlüğü çifte ispatlanmış olan ifade özgürlüğü bir taraftan yeniden tanımlama için ufku genişletmekte diğer taraftan ise çatışmaları güç yerine tartışma yöntemiyle çözmeye yönlendirmektedir. Bu "daha işe yarar bir yeniden tanımlama umudu" olarak ifade edilebilecek bir kalıcı amaç tarafından yönlendirilmekte olduğundan *Rorty*'nin görüşlerinin orta pragmatizm için elverişli olduğu görünmektedir. *Rosenfeld Rorty*'nin projesinin götürdüğü orta pragmatizmin bir amaçlar pragmatizmi olduğunu ifade eder. *Rosenfeld*'a göre bu *(ikincil) amaç "hayali yeniden-tanımlama*

[845] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:130

[846] R.Rorty, 1995, s: 103, R.Rorty, 2001, s:231

olanaklarının maksimizasyonu" dur. Bu amaç ise mümkün olan en büyük ifade özgürlüğünü, yani en azından bir adet hukuki normu, gerektirmektedir. [847]

> *"Rorty'nin umudu ifade özgürlüğüne bağlı liberal toplumda, şairin ve mucidin galip gelecek olduğu yönündedir. Ve eğer bu durum hayatı diğerlerine zorlaştırırsa, Rorty bize telaşlanmamamızı telkin eder. Çünkü bu 'fiili değil, sadece kelimelerle' bir zorluk olacaktır."* [848]

Rosenfeld'a göre, *Rorty*'nin "dilin olumsalığı"nda temellenen projesi orta pragmatizme imkan tanısa da, başka problemleri vardır. Öncelikle, *Rorty*'nin görüşünde, dil oyunlarının kapladığı yerle paralel olarak, adaletin şairin hayal gücünden ortaya çıkma ihtimali, filozofun normatif tutarlılık arayışından çıkması ihtimaline göre çok daha fazladır. Rorty'nin yaptığı vurgu adalete kehanetvari bir nitelik vermektedir.[849] Oysa pragmatizm ile kehanetçilik arasında hiçbir içsel bağ olamaz. Böyle bir varsayım, hukuki yorumların yalnızca estetik çekiciliklerine göre değerlendirilmesi anlamını taşır. Yargıçların yapabilecekleri tek şey, fikirlerinin olumlu ve canlandırıcı bir tepki çekeceğini umarak hayal güçlerine güvenmek olacaktır.[850] Bu tarz bir projenin, pragmatizmdeki araçların kullanışlılığı, elverişliliği özellikleri ile bağdaşmadığı açıktır.[851] *Rosenfeld, Rorty*'nin projesini orta

---

[847] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:133

[848] age, s:133

[849] age, s:126

[850] age, s:127

[851] age, s:134

pragmatizmin ikincil amaçlar taşıması gereği ile uyumlu olsa bile, pragmatist sayılma bakımından problemli bulmaktadır.[852]

Dworkin de *Rorty*'nin düşüncelerini pragmatik olma bakımından problemli bulmaktadır.[853]

> *"Rorty bize, hukuki, ahlaki hatta bilimsel sorgulamayı bırakmamızı söylüyor. Hukukun gerçekte ne olduğu, hangi kurumların gerçekten adil olduğu ya da evrenin nasıl olduğu gibi sorgulamaları bırakmamızı istemektedir .... Bizim sahip olduğumuz söz dağarlarını tam da sahip olmamız nedeniyle kabullenmemizi, bize uygun olanı ya da işimize yarayanı sahiplenmemizi söylemektedir."*[854]

Dworkin'e göre, *Rorty*'nin pragmatik olduğunu iddia ettiği bu öneri hiç pragmatik değildir. *Dworkin* bunu sıradan bir insanın düşünce biçimi üzerinden açıklar. Sıradan biri, örneğin körfez savaşı üzerine düşündüğünde, bunun eğlenceli, ilginç, işe yarar ya da faydalı olup olmadığıyla ilgilenmeyecektir. Aksine sıradan biri körfez savaşında savaşmanın adil olup olmadığını ve de suçsuz sivilleri öldüren bir ordu yollamanın asla adil olmadığını düşünecektir. *Dworkin*'e göre pragmatizm adil olan-olmayan ayrımının bırakılmasını söylediğinde, pragmatik olmayan bir öneride bulunmaktadır.[855] Çünkü *Rorty*'nin önerisi, kendi söz dağarımızı bizim için daha az kullanışlı hale getirmektedir.[856]

---

[852] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:131

[853] R.Dworkin, 1996, s: 37

[854] age, s: 37

[855] age, s:37

[856] age, s:38

Öte yandan, kehanetvari adalet yaklaşımı çok önemli bir başka kusurla daha sakattır. Estetik değer odaklı bu yaklaşım, "nefret söylemi"ni durdurmak konusunda herhangi elverişli bir araca sahip değildir. *Rosenfeld'*a göre, bu da projenin pragmatist niteliğini sakatlamaktadır.[857]

Rorty'nin belirli bir kriter ya da ilke sunmaktan kaçınmasının umut ettiği gibi her zaman olumlu sonuç veremeyeceğine dikkat çeken *Eric M. Gander*, nefret söylemi ya da faşist ideoloji gibi durumlara savunmasızlığı nedeniyle *Rorty*'nin görüşlerini eleştirmektedir.[858] *John Horton*'a göre de ironinin, etik ve politik sorumluluk doğurması kaçınılmazdır. [859] İronistin hiçbir kritere bağlı olmaksızın değer yaratacak olmasını problemli bulmakta olan[860] *Horton*'a göre, herhangi bir kriterin olmaması, doğruyu ve yanlışı birbirinden ayırmayı güçleştirmektedir.[861]

Rorty'nin kendisi de aslında bu gibi eleştirileri haklı bulmaktadır. *Ernesto Laclau Rorty*'ye "Auschwitz'le karşılaşmış birinin ahlaki cesaretini tanımlamak için 'ironi' acaba yeterli bir terim midir?" diye sormuştur. *Rorty*'nin cevabı; "Hayır, yeterli değil" olmuştur. [862] *Rorty*'e göre, ahlaki değerleri Auschwitz ve bunun gibi

---

[857] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:134

[858] E.Gander, 1999, s:44

[859] Horton, John "Irony and Commitment; An Irreconciable Dualism of Modernity", Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon Edited by, **"Richard Rorty-Critical Dialogues"**, Polity Press, Blackwell Publishers Inc, 2001, s:17

[860] age, s:18

[861] age, s:19

[862] Laclau, Ernesto, "Yapıbozum, Pragmatizm, Hegemonya", **Yapıbozum ve Pragmatizm** Sarmal Yay, Çev: Birkan, Tuncay , İstanbul, 1998, s:106

eylemlere yol açan topluluklarla yalnızca bizim ahlaki değerlerimizle herhangi çakışma bulunması halinde diyaloğa girmek mümkündür . Bunun dışında, eğer onların temel ahlaki formasyonları bizimkinden çok farklı ise onlarla girdiğimiz diyalogda ikna imkanımız yoktur. [863]

Rorty'nin projesine karşı, yukardakilere benzer bir eleştiri de *Posner*'dan gelmektedir. Pragmatizme karşı her zaman çok dikkatli olunması gereğini, *Carl Smitt* örneğinden yola çıkarak açıklayan *Posner,* pragmatizmin Nasyonel Sosyalist ideolojiyi doğurmaya oldukça müsait olan tarafına dikkat çekmektedir.[864] *Posner, Rorty*'nin liberalizm ve pragmatizm arasındaki ilişkinin doğal bir ilişki gibi varsaymasını eleştirir. Çünkü bu ilişki, *Carl Smitt*'in de açıklamış olduğu gibi, tesadüfidir. Böylece *Rorty*'nin estetik vizyon sahibi ironik ve olumsal yargıcının kararlarına güvenmek, yargıcın liberal ya da nasyonel sosyalist eğilimlere sahip bir yargıç olmasına göre değişebilecektir.

> *" Rorty 'hayali' (visionary) bir yargılama önerisinde bulunur. Ona göre, paradigma değişmelidir. Rorty'e göre, 'ihtiyaç olan şey konuyu değiştirmektir.' Böyle bir değişim vizyon sahibi hakime adaleti sağlamak için yeni araçlar verecektir. Rorty'nin paradigmasında vizyon sahibi yargıç, romansı anlatım yoluyla hamlesini yapacaktır. Rorty bunu 'adaletin şiirselliği' diye örneklendirir. Böylece Rorty, 'tamamlayıcı, pragmatik yargıç' teriminden haberdar olduğunu ortaya koyar. O şuna karşı uyarmaktadır: eşit olarak romantik ve vizyon sahibi olma olasılığı etik olarak korkutucudur. Kararlar yargıçların düşlerinde Emerson ve Keat'ı veya Heidegger'ı görmelerine göre değişebilir. Çünkü*

[863] G.Gutting, 1999, s:54

[864] R.Posner, 2003a, s:44

liberal görüş ile pragmatizm arasındaki ilişki tarihsel ve arızidir."[865]

Böylece *Posner*'a göre, *Rorty*'nin tavsiyelerindeki hiçbir şey, yargılama teorisine ilişkin spesifik bir öneri olarak belirmemektedir. Yasal kararda "geleceği gören/vizyoner" olma mesleğe ait bir tanımlama değildir.[866] *Posner*'a göre, *Rorty* vizyon sahibi yargıcı, Don Kişot olarak ilan etmektense, formalizm ve antiformalizm arasında retorik bir tartışma ile konumunu daha belirli olarak ortaya koymalıdır. İronist yargıcın olumsal olarak yaratacağı yeni söz dağarları ve adalet anlayışı, *Rorty*'nin istediği gibi paradigmayı yenileyecek olsalar da, *Rorty*'nin "sosyal umut"nu gerçekleştirmekten uzak olabilecektir. [867]

Sonuç olarak, *Rorty* pragmatizmi, antitemeldenciliği, kültür alanları arasındaki metodojik farkın iptali ve hermeneutikle çoğulcu düşünceyle uyumlu olması nedeniyle orta pragmatizmin ilk şartını sağlamıştır. Ayrıca, ikincil bir amaca -birincil amaçları gerçekleştirebilmek için eşit imkânların maksimizasyonuna- sahip olmasıyla orta pragmatizmin ikinci şartını da sağlamıştır. Ancak, *Rorty*'nin "dilin olumsallığı"nda temellenen projesi, adalete verdiği kehanetvari nitelikle hiç de kullanışlı olmadığından öncelikle pragmatizmin asli nitelikleriyle uyumsuzdur. Diğer bir sakıncası ise olumsal yeniden tanımlamaların hiçbir kritere bağlı olmaması, ortaya çıkacak ürünlerin nefret söylemi ve ırkçı söylemle malül olma konusunda hiçbir garantisinin olmamasıdır. *Rorty*'nin estetik değer odaklı yaklaşımı "nefret

[865] R.Posner, 2003, s:46

[866] age, s:47

[867] R.Posner, 2003a, s:47

söylemi"ni durdurmak konusunda herhangi elverişli bir araca sahip olmamasıyla projenin pragmatist niteliğini sakatlamaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Normatif bir bilim olarak hukuk kendine özgü bir dil üzerinden, hukuk dili üzerinden çalışır.[868] Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normunun da taşıyıcısıdır. Böylece her dilsel işaret gibi hukuk da anlaşılmak için yorumlanmalıdır. Bu ise, hukuki yorum meselesini gündeme getirir. Hukuki yorum, geniş anlamıyla *"anlamı anlama, dilde kullanılan bir ifadenin kavranması"*, dar anlamıyla *"hukuktaki bazı ifade ve terminolojik söylemlerin anlaşılabilir hale getirilmesi"* dir.[869]

Girişte hukuki yorum meselesinin, evrensel bir üst norm olarak adalet idesine başvurulduğu sürece çözülemez bir problem olmadığına işaret edilmiş, ancak hukukta evrensellik ve nesnellik iddialarının inkarı üzerinden biçimlenen postmodern görüş ve hukuk anlayışında hukuki yorumun çözümü çok güç bir mesele olarak belirdiğinden söz edilmiştir. Çünkü değerlerin çoğulluğu, göreceliliği, değişebilirliği, farklı yorumlara ve değişik anlamlara sebep olabilmekte[870] ve bunların aralarındaki çatışmaları çözebilecek üst bir değerlendirme aracı kalmadığından hukuki yorum konusu ciddi bir problem olarak ortaya çıkmaktadır. [871]

---

[868] Işıktaç, Yasemin, **Hukuk Yazıları**, Yetkin Yay., Ankara, 2004, s:19

[869] age, s:20

[870] A.Güriz, 1997, s:152

[871] M.Rosenfeld, 1998, s:7

Böylece tezin konusu, çoğulcu toplumlarda çatışan değerleri yargısına tabi tutabileceğimiz ortak bir ölçüt ya da standart arayışından doğmuştur. Pragmatizm hukukta "etkililiği" savunmasıyla, anlamı keşfetmekten çok anlamı belirlemeye yönelik geniş anlamdaki yoruma olanak sağlamasıyla değerler çoğulcuna sahip, pozitivizm ve doğal hukuka inancını kaybetmiş toplumlar için çekici bir alternatif olarak görünmüştür. Pragmatizm ahlaki temellere olan gereksinmeyi reddetmekte, böylece değerler çatışması problemini ortadan kaldırdığını iddia etmektedir. Böylece çalışmada pragmatizmin çoğulcu toplumlardaki hukuki yorum probleminde aradığımız ölçütü, standardı verebilir nitelikte olup olmadığı araştırılmıştır. Bu araştırma felsefi pragmatizm ve hukuki pragmatizm bağlamında yapılmıştır. Pragmatizmin çerçevesi çok geniş olduğundan hem çalışmayı sınırlandırmak hem de girişte ifade etmiş olduğumuz sebepler gözetilerek, felsefi pragmatizm incelemesi için *Rorty*, hukuki pragmatizm incelemesi için *Posner* seçilmiştir.

Rorty'nin ya da *Posner*'ın görüşlerinin hukuki yorum probleminde aradığımız ölçüyü, kriteri ya da standardı bize verir nitelikte olup olmadığının tespitinin düğüm noktasını, felsefi pragmatizm ile hukuki pragmatizmin kurduğu ilişki ve bu ilişki için *Rosenfeld*'ın önerdiği *"orta pragmatizm"* kavramı oluşturmuştur.

Rosenfeld'a göre, felsefi pragmatizmin hukuki pragmatizme etkisi ya "*kapsayıcı pragmatizm"* adını verdiği, hukuku felsefenin etkisinden bütünüyle arındırmak ya da "*salt pragmatizm*" diye adlandırdığı felsefenin hukuka göre ikincil kılındığı bir durumla söz konusu olabilecektir.[872] Felsefi pragmatizm ile hukuki

[872] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:104-107

pragmatizm arasındaki ilişkideki üçüncü bir olasılık ise, "*orta pragmatizm*" olasılığıdır. *Rosenfeld*'a göre, *"orta pragmatizm"* pragmatist özü ifade eder. *Posner*'ın ya da *Rorty*'nin pragmatizmlerinde felsefi pragmatizm ve hukuki pragmatizm için ortak bir pragmatist öz tespit edilebilirse, hukuki yorum için aranmakta olan ölçü ya da standarta ulaşabilmek mümkün olabilecektir. [873]

Orta pragmatizm, yani pragmatist öz bir takım koşullara bağlıdır:

a - Öncelikle uygunluğu araştırılan düşünce iyi anlayışı bakımından çoğulcu olan bir topluma uygun olmalı, değerler çoğulculuğunu kabul ediyor olmalıdır.[874]

b - İyi anlayışlarındaki çoğulculuğun zorunlu sonucu amaçlarda da çoğulculuktur.[875]

c - Amaçlardaki çoğulculuk yalnızca birincil seviyedeki amaçlarla sınırlı olmalıdır.[876]

d -Aksi durumda, yani seviye yaratılmaksızın bütün amaçların eşitlenmesi dogmatik şüpheciliğe yol açar. Tüm amaçların eşitlenmesi ise çözümsüzlüğe neden olan bir konumdur.[877]

e- Bu konuma düşmemek için ikincil bir seviye yaratılmalı ve ikinci seviyedeki amaç artık çoğulcu değil, belirli bir amaç olmalıdır. [878]

---

[873] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:109 -110

[874] age, s:109

[875] age, s:114

[876] age, s:114

[877] age, s:114

f - İkincil seviyedeki bu belirli amaç "diğer amaçların peşinde koşma şansının maksimize edilmesi" ne uygun düşmelidir. Bu sadece birincil amaç için bir amaç olmalıdır.[879]

Hukuki pragmatizmi, temellendirme karşıtı, sınırsız değer tercihlerine ve iyi anlayışlarına açık olarak betimleyen *Posner,* pragmatizmin bu özellikleriyle şüpheci ve antitemeldenci oluşuna işaret etmektedir. Ayrıca *Posne*r'a göre, pragmatizm herhangi bir bilimsel görüşün ya da hipotezin sonunculuğunu kabul etmeyecek kadar şüpheci olsa da, bazı önermelerin diğerlerinden kulağa daha iyi geldiğine dair inancı sorgulayacak kadar şüpheci olmadığından dogmatik şüpheci değildir. [880]

Posner'ın pragmatizmi, nihai amaçlar konusunda ucu açıklığını korusa da, söz araçlara geldiğinde aynı şüpheciliği ve açıklığı burada koruduğu şüphelidir.[881] *Posner*'ın hukuka bakışına damgasını vuran husus, pragmatizm olduğu kadar, ekonomik yaklaşımı ve liberal bireyciliğidir.[882] *Posner*'ın görüşlerinde pragmatist özü bulup, orta pragmatizm olanağından bahsedebilmek için araçlar, yani ekonomik yaklaşım ve liberal bireycilik devreye sokulduğunda da amaçlardaki çeşitlilik korunmaya devam edilebilmelidir. Diğer bir ifadeyle, eğer *Posner*'ın araçlar konusunda ekonomik yaklaşıma ve liberal bireyciliğe bağlılığıyla aynı zamanda

---

[878]M.Rosenfeld, 1996-1997, s:114

[879] age, s:114

[880] R.Posner, 1995, s: 6

[881] age, s:112

[882] age, s:22-23

amaçlar konusunda çeşitlilik korumaya devam edilebilirse, pragmatist öz bulunmuş demektir. O zaman *Posner*'ın araçları pragmatist öz olarak nitelendirilmeye uygun olacak, hukuki yorum için uygun ölçü ya da standart olarak kabul edilebileceklerdir.[883]

Oysa, incelememiz göstermiştir ki, *Posner*'ın ekonomik yaklaşımındaki zenginliğin arttırılması prensibi tarafsız değildir. Zenginliğin arttırılması prensibi tüm iyi anlayışları karşısında ikincil konumda da değildir. Aksine, bazı iyi anlayışları bu prensibe göre ikincil durumdadır. Çünkü *Posner*'da zenginliğin artırılması prensibi ayrı bir değer sistemi haline gelmekte ve diğer değer sistemlerini baskılamaktadır. [884] Aynı itiraz liberal bireycilik için de geçerlidir. *Posner*, liberal bireyciliği ikincil amaç olarak göstermiş olmasına meşru bir gerekçe sunmamaktadır. *Posner*'ın liberal bireyciliğin katılımcı demokrasiye, kamusal cumhuriyetçiliğe veya sosyal liberalizme neden tercih edilmesi gerektiğine ilişkin meşru bir gerekçesi yoktur. *Posner*'ın tek tezi liberal bireyciliğin ekonomik verimliliği en çok artıran sistem olduğudur ki, [885] bu bizi yeniden zenginliğin artırılması prensibine karşı yapmış olduğumuz eleştirilere geri döndürmektedir. Buna göre, *Posner*'ın pragmatizmi zenginliğin arttırılması birincil amacına sahiptir. Birincil amaca sahip olmasıyla da bir dogmatik teori niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple, orta pragmatizme yani pragmatist öze içerik sunabilme olanağına sahip değildir.[886]

---

[883] R.Posner, 1995, s:112

[884] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:125

[885] age, s:124

[886] age, s:125

Rorty ise pragmatizminin üç özelliğinin hem amaçlar hem de araçlarda çoğulculuğa olanak tanıması, *Posner*'ın aksine araç-amaç yer değiştirmesi gibi yanıltmaya başvurmamış olması nedeniyle orta pragmatizm olanağı için *Posner*'dan daha uygun durumdadır. Ayrıca *Rorty*'nin felsefi pragmatizminde ikincil seviyedeki amaç da bulunulabilmektedir. *Rorty* pragmatizminin en önemli figürü olan liberal ironistin biri bireysel, diğeri kamusal iki ayrı amacı vardır; herhangi bir iyi anlayışının güçle dayatılmasına karşı çıkmak ve zalimliği yok etmek.[887] *Rorty*'e göre, liberal ironistteki bireysel alan ve kamusal dayanışma birliğini olumsallığın sonuçları sağlayacaktır.[888] Liberal ironistin iki amacı birincil amacı gerçekleştirebilmek için eşit olanakların en çoklaştırılması ile uyumlu olduğundan orta pragmatizmle uyumludur. [889] Ayrıca *Rorty* bireysel amacı kolektif amaçla – yani kendini yaratım ile dayanışmayı – birleştirmiştir. Bu bireysel ile kolektif endişeleri çakıştıran bir politik kurtuluş önerisidir. *Rorty*'nin önerisi ikincil kolektif amaç olarak, bireyden temellenen birincil seçimleri gerçekleştirebilmek için gerekli olanakları maksimize etmeye çalıştığından orta pragmatizmle uyumludur.[890]*Rorty*'nin (ikincil) amacı, "hayali yeniden-tanımlama olanaklarının maksimizasyonu"dur. Diğer bir ifadeyle *Rorty*'de pragmatist öz ifade özgürlüğüne

[887] R.Rorty, 1995, s:16

[888] R.Rorty, 1995, s:17-18, M. Rosenfeld, 1996-1997, s:131

[889] age, s:130

[890] age, s:132

bağlı liberal toplumda, şairin ve mucidin olumsal yeniden tanımlamaları olarak ortaya çıkmaktadır. [891]

Ancak, *Rorty*'nin "dilin olumsalığı"na, yani şairin, edebiyatçının ve mucidin yeniden tanımlamalarına dayanan pragmatizmi, pragmatist özü vererek orta pragmatizme olanak sağlasa da, somutlaşma konusunda ciddi problemlerle karşı karşıyadır.

- adaletin şairin hayal gücüne bırakılmış olması adaleti kehanete bağlı hale getirmektedir. [892]
- Adaletin kehanetvari görünümü ile pragmatizm arasında bir bağ kurmak mümkün değildir. Hukuki yorumların yalnızca estetik çekiciliklerine göre değerlendirilmesi ve yargıçların yapabilecekleri tek şeyin fikirlerinin olumlu ve canlandırıcı bir tepki çekeceğini umarak hayal güçlerine güvenmek [893] böyle bir projenin pragmatizmdeki araçların kullanışlılığı, elverişliliği özellikleri ile bağdaşmamaktadır.[894]
- *Rorty*'nin önerisi pragmatik değildir. Çünkü *Rorty*'nin önerisi, kendi söz dağarımızı bizim için daha az kullanışlı hale getirmektedir.[895]
- Estetik değer odaklı bu yaklaşım, "nefret söylemi"ni durdurmak konusunda herhangi elverişli bir araca sahip değildir. [896] İronist yargıcın olumsal olarak

[891] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:133

[892] age, s:126

[893] age, s:127

[894] age, s:134

[895] R.Dworkin, 1996, s:38

yaratacağı yeni söz dağarları ve adalet anlayışı, *Rorty*'nin istediği gibi paradigmayı yenileyecek olsalar da, *Rorty*'nin "sosyal umut"unu gerçekleştirmekten uzak olabilecektir. Çünkü istenilmeyen durumlara yol açmayı önleyici belirli bir kriter ya da ilke sunmaktan kaçınmaktadır.[897]

- *Rorty'*nin tavsiyelerindeki hiçbir şey, yargılama teorisine ilişkin spesifik bir öneri olarak belirmemektedir. Hukuki kararda "geleceği gören/vizyoner" olma mesleğe ait bir tanımlama değildir.[898]

Sonuç olarak, *Posner*'ın hukuki pragmatizmi, ilk anda göründüğünün ve *Posner*'ın iddiasının aksine, yalnızca ikincil amaçlar sunmayıp, birincil bir amaca (ekonomik maksimizasyon ve liberal bireycilik) bağlılığı gerektirdiğinden orta pragmatizme elverişli ve çoğulcu toplumlardaki hukuki yorum probleminin üstesinden gelebilme yeterliliğine sahip değildir. İkincil amacı "hayali yeniden tanımlama olanaklarının maksimizasyonu" olan *Rorty*'nin pragmatizmi ise, birincil bir amaca bağlılığın olmaması bakımından pragmatist özü verebilse de, adaletin somutlaşması bakımından elverişsizdir. Dahası adalet umarken paradoksal olarak nefret söylemi içine düşme konusunda herhangi önleyici bir mekanizmaya sahip değildir. Bu açıdan *Rorty*'nin görüşlerinin pragmatik olduğu dahi şüphelidir.

Bu sebeplerle çalışmaya konu, "*Richard Rorty'*nin neo-pragmatizmi ve *Richard Posner'*ın hukuki pragmatizmi ışığında hukuki yorum için ortak standart bulunabilir mi" sorusuna verdiğimiz yanıt olumsuzdur. Bu çalışmayla çoğulcu

---

[896] M.Rosenfeld, 1996-1997, s:144

[897] E.Gander, 1999, s:44

[898] R. Posner,2003a, s:47

toplumlardaki hukuki yorum probleminin *Rorty* ve *Posner*'ın pragmatizmleri pragmatizm bağlamında çözülemeyeceği sonucuna varılmıştır. Hukuki yoruma esas olacak bir standart arayışımız pragmatizm bakımından başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Ekonomik analiz ya da dilin olumsallığı, çoğulculuğu koruyabilme özelliğine sahip olmamanın yanı sıra, pozitif hukukun haklılılığının haksızlığının, iyiliğinin kötülüğünün, doğruluğunun yanlışlığının ölçüsünü verebilme yeterliliğine de sahip değildir.

Ancak, pragmatizmden öğrenilecek dersler olduğu da unutulmamalıdır. Pragmatizmin eleştirileri adalete uygun yorum yapabilmek için gerekli olan temellerin, Aydınlanmanın bilim anlayışında ya da *Kant* ahlakında bulunamayacağını göstermiştir.[899] Ancak bu temellerin *Kant*'ın deontik etiğinde mi, bu etikten yola çıkan *Rawls*'ın adalet kuramında mı ya da *Rawls*'ın daha sonra fikir değiştirerek inşa ettiği siyasal ahlak [900] kavramında mı, *Stanley Fish* ve *Ernest Weinrid,* [901] ya da *Niklas Luhmann*'ın [902] autopoietic sisteminde mi, *Habermas*'ın diyalog yoluyla üstesinden gelmeyi öneren prosedural adalet nosyonunda [903] mı ya da başka bir kuramda mı olduğu bu çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir.

---

[899] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:151

[900] J.Rawls, John, **Siyasal Liberalizm**, Çev:Mehmet Fevzi Bilgin, Bilgi Üni.Yay., İstanbul,s: xi-xii

[901] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:33-34

[902] age, s:91-92

[903] age, s:114-149

Pragmatizmin entelektüel yolculuğundan çıkan sonuç, olumsallıkla uyumlu ve iyi anlayışlarının çokluğuyla baş edebilen, aynı zamanda da kanuna göre adalet ile kanunun ötesindeki adaleti birleştirip hukuki yorum sorununa tatmin edici çözüm olabilecek adil temeller bulunması gerekliliğidir. [904]

[904] M. Rosenfeld, 1996-1997, s:151

KAYNAKLAR

Acorn, Annalise, E., "Valueing Virtue:Morality and Productivity in Posner's Theory of WealthMaxsimization", **Valparaiso University Law Rev.**, 1993-1994

Aristoteles, **Metafizik**, Çev: Ahmet Arslan Sosyal Yay, İstanbul, 1996

Bal, Hüseyin, **John Dewey'in Eğitim Felsefesi**, Kar Yay, İstanbul, 1991

Burton, Steven J., "Jurisprudence of Skeptism", **Michigan Law Rev**., 1988-1989

Cole, D.H,Grossman, P.Z., **Principles of Law and Economics**, New Jersey, Pearson-Prentice Hall, 2004

Cotkin, George, "William James and Richard Rorty: Contex and Conversation", **Pragmatism from Progressivism to Postmodernism**, Edited by: Robert Hollinger and David Depew, Praeger Print, USA, 1995

Critchley, Simon, "Yapıbozum ve Pragmatizm; Derrida Özel İronist mi?, Yoksa Kamusal Liberal mi?", **Yapıbozum ve Pragmatizm**, Çev:Birkan, Tuncay, Sarmal Yay, İstanbul, 1998

Çelik, Sara, **"Pragmatizm:Pratik Bir Felsefe"**, Doruk Yay, İstanbul, 2008

Çüçen, A. Kadir, **"Bilgi Teorisi"**, Asa Yay, Bursa, 2001

Dewey, John, **"Demokrasi ve Eğitim"**, Çev:Tahsin Yılmaz, Ege Ün. Ed.Fak. Yay, İzmir, 1996

Dewey, John, "Amerikan Pragmatizminin Gelişmesi,", Çev: Celal Türer, **Erciyes Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, c: 7, 1996

Dewey, John, "Felsefenin Yeniden Yapılanmasında Bilimsel Etken", **Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe**, Çev: Sara Çelik, Doruk Yay, İstanbul, 2008

Donovan, Rickard,"Rorty's Pragmatism and Linguistic Turn", **Pragmatism from Progressivism to Postmodernism,** Edited by: Robert Hollinger and David Depew, Praeger Print, USA, 1995

Dworkin, Ronald, **Justice in Robes**, The Belknep Press of Harvard University Press, Cambridge, 2006

en.wikipedia.org/wiki/Richard_Posner, 17.03.2011

Farrell, Frank B., **Subjectivity, Realism and Postmodernism the Recovery of the World**, Cambridge University Press, 1994

Fisher, Linda E., "Pragmatism is as Pragmatism does: Of Posner Public Policy and Empirical Reality", **New Mexico Law Rev**., 2001

Fortson, Ryan, "The Problemtics of Moral and Ethical Theory", **William Mitchell Law Rev.**, 2000-2001

Gander, Eric M., **The Last Conceptual Revolution: A Critique of Richard Rorty's Politic's**, State University of New York Press, Albany, 1999

Gutting, Gary, **Pragmatic Liberalism and the Critique of Modernity**, Cambridge University Press, 1999

Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi,** AÜHF Yay, Ankara, 1987

----------, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, A.Ü.H.F Yay., Ankara, 1997

----------, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2001

---------- , **Hukuk Felsefesi,** AÜHF Yay, Ankara, 2007

Gürkan, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlmi,** AÜHF Yay, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961

---------- **Hukuki Realizm Akımı,** AÜHF Yay, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

Grey, Thomas C., "What Good is Legal Pragmatism?", **Pragmatism in Law and Society**, Editörler: Brint, Micheal – Weaver William, 1991

Grey, Thomas C., "Freestanding Legal Pragmatism", **"The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law and Culture"**, Edited by: Morris Dickstein, Duke University Press, 1999

Gross, Neil, **The Making of an American Philosopher,** The University of Chicago Press, USA, 2008

Haber, Honi Fern, Beyond **Postmodern Politics / Lyotard, Rorty, Foucault**, Routledge New, 1994

Hall, David L., **Richard Rorty Prophet and Poet of New Pragmatism**, State Unıversity of New York, USA, 1994

Haugh, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Irish Student Law Rev.** , 2001

Harvey, David, **"Postmodernliğin Durumu"**, Çev: Sungur Savran, Metis Yay, İstanbul, 1998

Hekman, Susan, **Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik**, Paradigma Yay, İstanbul, 1999

Hollinger, David A., "The Problem of Pragmatism In American History: A look Back and a Look Ahead", **Pragmatism from Progressivism to Postmodernism**, Ed: RobertHollinger, David Depew, Praeger Print, USA, 1995

Home.uchicago.edu/**posner/biography, 31.01.2011

Horton, John, "Irony and Commitment; An Irreconciable Dualism of Modernity", **Richard Rorty-Critical Dialogues,** Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon Edited by, Polity Press, Blackwell Publishers Inc., 2001

http://www.answers.com/topic/richard -posner , 31.01.2011

http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner,-r 31.01.2011

Jacobson, Arthur J.- McCormick, John P., "The Business of Democracy is Democracy", **John M.Olin&Economics Working Paper**, The Law School the University of Chicago, no:261, 2D series, 2005

James, William, "Pragmatizmin Doğruluk Kavramı" **Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe**, Çev: Sara Çelik, Doruk Yay, İstanbul, 2008

Kaya, Funda Günsoy, "Giriş", **Felsefe ve Doğanın Aynası**, Paradigma Yay, İstanbul, 2006

Laclau, Ernesto, "Yapıbozum, Pragmatizm, Hegemonya", **Yapıbozum ve Pragmatizm**, Çev: Tuncay Birkan, Sarmal Yay, İstanbul, 1998

Lake, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska. Law. Rev**., 1999

Levi, David F., "Autocrat of the Armchair", **Reviewing Richard A. Posner, How Judges Think**, Duke Law School Faculty, Scholarship Series. Paper 173, 2009

Levit, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", **Northwestern University Law Rev.,** Vol. 85, Northwestern University Press, USA, No. 2, 1991

Luban, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Tought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999

Machon, Tibor R., "Posner's Rortyite (Pragmatic) Jurisprudence", **The American Journal of Jurisprudence**, 1995

Machon, Tibor R., **Objectivity: Recovering Determinate Reality in Philosophy, Science and Everyday Life**, Ashgate Publishing Company, 2004

Maclntyre, Alastair, **Erdem Peşinde: Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma**, Çev: Muttalip Özcan, Ayrıntı Yay, İstanbul, 2001

Maines, David R., "Pragmatism", **Encyclopedia of Sociology**, Vol 3, New York, 2000

Minow, Martha, "Religion and the Burden of Prof: Posner's Economics and Pragmatism", **Harvard Law Rev.,** 2007

Mirza, Ahsan, "How Judges Think, by Richard A. Posner", **Osgoode Hall Law Journal**, 2009

Murpy, John P, **"Pragmatizm From Pierce to Davidson With an Introduction by Richard Rorty"**, Westview Press, 1990

Noonan, John T, Jr.,"Posner's Problematics", **Harvard. Law. Rev**., 1997-1998

Işıktaç, Yasemin, **Hukuk Yazıları**, Yetkin Yay., Ankara, 2004

Oder, Emrah Bertil, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yay, İstanbul, 2010

Pierce,C.S., "Kavramlarımızda Açık Seçiklik Nasıl Sağlanır", **Pragmatizm: Pratik Bir Felsefe**, Çev: Sara Çelik Doruk Yay, İstanbul, 2008

Posner, Richard, **The Economics of Justice**, Harvard College, USA, 1981

---------- ----**The Problems of Jurisprudence**, Harvard University, USA, 1990

----------**Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995

----------"Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Tought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999

----------**The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard University, 2002

----------**Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003a

---------- **Economic Analysis of Law**., Aspen Publishers, New York, 2003b

---------- "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, 2003c

----------**Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004

----------**How Judges Think**, Harvard College, London, 2008

----------**Law and Literature**, Harvard University, USA, 2009

----------**Kapitalizmin Çöküşü**, Çev:Nuran İnce Ateş, Bizim Kitaplar, İstanbul, 2009

Rawls, John, **Siyasal Liberalizm**, Çev:Mehmet Fevzi Bilgin, Bilgi Üni.Yay., İstanbul, 2007

Rorty, Richard, "Pragmatism, Relativism and Irrationalism", **Consequences of Pragmatism (Essays 1972-1980)**, University of Minnesota, 1982

----------"Pragmatism as Anti-Representationalism", **Pragmatizm from Pierce to Davidson**, Westview Press, 1990

Rorty, Richard, **Objectivity, Relativism, and Truth - Philosophical Papers**, Cambridge University Press, USA, 1991a

---------- **Essays on Heidegger and Others Philosophical Papers**, Cambridge University Press, USA, 1991b

----------"Postmodernist Bourgeois Liberalism", **Objectivity, Relativism and Truth**, Cambridge University Press, USA, 1991c

----------"Priority of Democracy to Philosophy", **Objectivity, Relativism and Truth**, Cambridge University Press, USA, 1991d

Rorty, Richard, "Science or Objectivity", **Objectivity, Relativism and Truth**, Cambridge University Press, USA, 1991e

----------"Philosophy as Science, as Metaphor, and as Politics", **Essays on Heidegger and Others Philosophical Papers V:2**, Cambridge University Press, 1991f

----------"The Linguistic Turn", **Essays in Philosophical Method**, The University of Chicago Press, 1992a

----------"Trotsky and the Wild Orchids", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1992b

----------"Pragmatism and Law: A Response to David Luban", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1994

----------**Olumsallık, İroni ve Dayanışma**, Çev: Alev Türker, Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay, İstanbul, 1995

----------"Dewey Between Hegel and Darwin", **Rorty and Pragmatism**, Ed:Hermamn J.Saatkamp, JR.Vanderbilt University Press, Nashville, 1995

----------**Achieving Our Cuntry:Leftist Thought in Twentieth-Century America**, Harvard University Press, Cambridge, 1997

---------- ---**Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1998

----------"Relativism: Finding and Making", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999a

----------"The Banality of Pragmatism and the Poety of Justice", **Philosophy and Social Hope**, Penguin Books, 1999b

----------"Justice as a Larger Loyalty", **Richard Rorty-Critical Dialogues** Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon Edited by Polity Press, Blackwell Publishers Inc., 2001

----------**Felsefe ve Doğanın Aynası**, Çev: Funda Günsoy Kaya, Paradigma Yay, İstanbul, 2006

----------Vattimo,G.,**"Dinin Geleceği"**, Der:Santiago Zabala, Çev:Rahmi G.Öğdül Ayrıntı Yay, İstanbul, 2009

Rosenfeld, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysıcs Meets Hate Speech", **Cardoza Law Rev**. vol.18, 1996-1997

----------**Just Interpretations: Law between Ethics and Politics**, University of California, 1998

Rubenfeld, Jed, "A Reply to Posner", **Stanford Law Rev**., vol.54, no:4, Apr. 2002

Sanders, Anthony B.- Todd.J, Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Rev**., 2008

Suckiel, Ellen Kappy, **William James'in Pragmatik Felsefesi**, Çev: Celal Türer, Paradigma Yay, İstanbul, 2003

Strauss, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", **Columbia Law Rev**., vol.91, no:2, Mar.1991

Summers, Robert S., "Judge Richard Posner's Jurisprudence", **Michigan. Law. Rev**., 1990-1991

Sunstein, Cass R. and Vermeule, Adrian, "Interpretive Theory in Its Infancy: A Reply to Posner" , **Michigan. Law. Rev**, 2002-2003

tdkterim.gov.tr/bts/, 16.06.11

Thayer, H.S, **Meaning and Action**, Bobbs-Merill Comp, New York, 1973

Thomson, Simon, "Richard Rorty on Truth, Justification and Justice", **Richard Rorty-Critical Dialogues**, Ferstenstein, Matthew; Thomson, Simon Edited by, Polity Press, Blackwell Publishers Inc, 2001

Topçuoğlu, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi**, cilt:I, A.Ü.H.F.Yay., no:174, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969

Türközer, Bahir Güneş, "Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşumu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, yı1:1, sayı:3, Kasım, 2006

Uzun, Ertuğrul, **Hukuk Göstergebilimi**, Devlet ve Hukuk Kuramı Kitaplığı 2, Legal Yay., 2007

Yücel, Dursun, "Gadamer'in Hakikat Anlayışının İki Kaynağı ve Hermeneutik'in Görevi", **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi** / Cilt: 21 / Sayı: 1, 2004

Yücel, Tören Mustafa, **Hukuk Felsefesi**, Avşar Matbaacılık, Ankara, 2009

Washington, Ellis, "The Reply To Judge Richard A. Posner on The Inseparability of Law and Morality", **The Constitution, Natural Law and The Rule of Law**, DePauw University, 2002

Wells, Henry K, "Amerika'da Çağdaş Felsefe Eğilimleri", **Amerikan Felsefesi, Bilim ve Düşünce Kitap Dizisi-2**, Çev: Tonguç Ok, Evrensel Basım Yay., Ekim, 2005

Özet : Adaletin önceliği anlayışını kabul eden modern topluluktan farklı olarak postmodern toplulukta hukuki yorum, çözülmesi çok daha güç bir problem olarak ortaya çıkar. Pragmatizmin çoğulcu düşünceyle bağdaşması sebebiyle bu problemin çözümü olabileceği düşünülmüştür. *Richard Rorty*'nin pragmatizmi ile *Richard Posner*'ın hukuki pragmatizmi incelenmiştir. *Rorty*'nin pragmatizminin özellikleri antitemeldencilik, kültür alanları arasındaki metodolojik farkın iptali, hermeneutiktir. Rorty ayrıca liberal ironist birey tasarımıyla görüşlerini tamamlar. Yapılan inceleme sonucunda Rorty'nin görüşlerinin hukuk için fazla ütopik ve elverişsiz, hatta "pragmatik" olmadığı kanaatine varılmıştır. *Posner*'ın hukuki pragmatizminin özellikleri hukuk-ahlak ayrımı, sonuç odaklılık, formalizm karşıtlığı ve normatif program önerisidir. Yapılan incelemelerde, *Posner*'ın "zenginliğin artırılması" prensibine dayanan bir teori önermekte olduğu anlaşılmıştır. Bu sebeple *Rorty* ve *Posner*'ın pragmatizmlerinin hukuki yorum için aradığımız standardı sağlayabilir nitelikte olmadıkları sonucuna varılmıştır. Postmodern çoğulcu toplum da, tıpkı modern toplum gibi, çoğulculuğunu koruyabilmek için iyi anlayışlarını önceleyen bir adalet kavramına muhtaçtır.

Abstruct: Unlike a modern society accepting the notion of priority of justice, in a postmodern society the question of legal interpretation comes to the fore as very difficult to answer. It has been regarded as a problem that can be solved because pragmatism is compatible with the pluralistic thought. The pragmatism of Richard Rotry and that of Richard Posner have been examined. The characteristics of Rotry's pragmatism are; anti-foundationalism, the cancellation of methodological distinction between cultural areas, and hermeneutic. Also, Rotry completes his views with his idea of liberal ironist individual. As a result of the research, it has been tought that Rotry's opinions are too utopic and unfavourable and even, "non-pragmatical" for law. Posner's justice pragmatism's characteristics are; the distinction between law and morals, result oriented, anti-formalism and normative program. According to the examinations, it can be seen that Posner suggests a theory based on "wealth maximization" principle. For this reason, it has been concluded that neither Rotry's pragmatism nor Posner's pragmatism offers the standard for legal interpretation which we sought. Just as the modern society, the post-modern pluralistic society is also in need of the notion of justice giving priority to good understanding in order to maintain their pluralism.