

338551

**ELEŖTİREL HUKUK ÇALIŖMALARİ HAREKETİ**  
**Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler**

**Kasım AKBAŖ**  
**Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı**  
**Yüksek Lisans Tezi**

**EskiŖehir 2005**

ELEŖTİREL HUKUK ÇALIŖMALARI HAREKETİ  
Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler

Kasım AKBAŖ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Yard. Doç. Dr. Ahmet Halûk ATALAY

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Şubat 2005

## YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ

### **ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI HAREKETİ**

#### **Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler**

**Kasım AKBAŞ**

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2005**

**Danışman: Yard. Doç. Dr. Ahmet Halûk ATALAY**

Teknik hukukçuların olduğu kadar, hukuk felsefecilerinin de, araştırma konuları olan “hukuk” hakkında, “eleştirel” bir tutuma sahip oldukları söylenemez. Bu durum, hukukun bir “bilinç formu” haline gelmesinden de kaynaklanmaktadır. Hukuka ilişkin böylesine bir saptamayı yapmamıza da yardımcı olacak hukuk çalışmaları, son yirmi beş yıldır, ilk olarak ABD’de toplanan bir konferansın, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı’nın adıyla anılır olmuştur. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, hukuksal belirsizlik, hukukun tarafsızlığı ve bir ideoloji olarak hukuk argümanları üzerinden hukuksal liberalizm eleştirisine yönelmektedir. ABD kaynaklı bu “hareket” Avrupa’da tevecüh görmüş, çeşitli ülkelerde hemen hemen aynı başlıklar altında çalışmalar yürütülmüştür ve yürütülmektedir. Türkiye’nin ve Türkçe hukuk felsefesi yapanların Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi ile aşına olduğunu söylemek ise mümkün değildir. Dolayısıyla, çeşitli önermeleri, özellikle uluslararası arenada yaşanan gelişmelerle de doğrulandığı kabul edilebilecek bu hareketin, Türkçe’de, öncelikle betimleyici bir çalışma kapsamında ele alınması zorunlu hale gelmiştir. Bu aynı zamanda, hukuka ilişkin eleştirel bir yaklaşımın gündeme getirilmesi açısından da gerekli görülmektedir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi/ Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler başlıklı bu yüksek lisans tezinin yöneldiği öncelikli amaç ve taşımaya aday olduğu önem bundan ibarettir.

**ABSTRACT****CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT****Leading Theoreticians and Basic Problems****Kasım AKBAŞ****Department of Public Law****Anadolu University Social Sciences Institute, February 2005****Advisor: Assistant Professor Ahmet Halûk ATALAY**

Not only the technical lawyers, but also the legal theorists do not always have a critical perspective on law. Because law becomes a form of conscious. The studies which see law as a form of conscious, now have the same name with a conference, Conference on Critical Legal Studies, which took place in USA. Critical Legal Studies Movement is a critic of legal liberalism by the arguments of legal indeterminism, the partiality of law and legal ideology. This movement, originates from USA, found proponents in Europe and there are still some studies in Europe which have almost the same name with Critical Legal Studies. But unfortunately, Critical Legal Studies are not so well-known in Turkey by Turkish legal philosophers. So, it was an absolute necessity to study on Critical Legal Studies in a descriptive manner. It is also necessary to render critical approaches current nowadays. It is the primarily aim and importance of this work, named Critical Legal Studies Movement/ Leading Theoreticians and Basic Problems.


## JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

**Kasım AKBAŞ**'ın "Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler" başlıklı tezi **25 Haziran 2005** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

### İmza

Üye (Tez Danışmanı) : **Yard.Doç.Dr.Ahmet Haluk ATALAY**  
Üye : **Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK**  
Üye : **Doç.Dr.Mehmet Tevfik ÖZCAN**

**Prof. Dr. Nurihan AYDIN**  
**Anadolu Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü**



## İÇİNDEKİLER

ÖZ .....	ii
ABSTRACT .....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI .....	iv
ÖZGEÇMİŞ .....	v
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**ÜÇ KİŞİ:**  
**ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARINI**  
**TEMEL BİLEŞENLERİ**  
**Kişisel ve Kuramsal Öncüler**

1. Genel .....	6
2. Konferansın Toplanması.....	8
3. Trubek, Kennedy ve Tushnet'in EHÇ Öncesi Hukuk Felsefeleri.....	11
3.1. David Trubek.....	11
3.1.1. Hukuk ve Gelişme.....	13
3.1.2. Hukuksal Liberalizmin Hukuksal Gelişme Çalışmalarındaki Yeri .....	21
3.2. Duncan Kennedy .....	25
3.3. Mark Tushnet .....	38

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÜÇ KONU:

#### EHÇ'NİN TEMEL (YÖNELİMLERİ) MESELELERİ

1. Genel; Hukukun “İşlev”ini Saptamanın Önemi.....	45
2. Bilgi Kuramsal Anlamda EHÇ.....	49
2.1. Hukuk Alanında Yeni Bir Bilgi Kuramı .....	49
2.2. EHÇ'nin Epistemolojik Öncülü Olarak Eleştirel Toplum Kuramı.....	51
3. Bilgi Sosyolojisi Anlamında EHÇ .....	54
4. Pozitivizmin Reddinden Liberal Toplum Eleştirisine.....	55
5. Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Gündemi .....	57
5.1. Hukukun Belirsizliği Meselesi .....	62
5.2. Hukukun Tarafınlığı; Saf Hukukun Olanaksızlığı ve Liberal Hukukun Eleştirisi.....	66
5.3. Hukukun İdeolojisi ve Hukuk İdeolojisi .....	73
5.3.1. Genel Olarak İdeoloji.....	73
5.3.2. Hukuksal Bilinç .....	78
5.3.3. EHÇ İçinden Hukuksal Bilince İlişkin Aykırı Sesler .....	87
5.3.4. Hukuk Eğitimi .....	90

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**İKİ AKIM, BİR ELEŞTİRİ:**  
**EHÇ'NİN HUKUKSAL REALİZM(LER)DEN FARKI**

<b>1. Amerikan Hukuksal Realizm Akımı: Temeller; EHÇ ile Benzerlikler ve Farklılıklar.....</b>	<b>95</b>
<b>2. İskandinav Hukuksal Realizm Akımı ile EHÇ'nin Benzerlik ve Farklılıkları .....</b>	<b>103</b>
<b>3. Eleştireller'i Eleştirmek .....</b>	<b>107</b>
<b>3.1. EHÇ ve Hak Kuramı .....</b>	<b>107</b>
<b>3.2. EHÇ'nin Toplum, Hukuk ya da Yargı Projesinin Varlığını Sorgulamak.....</b>	<b>110</b>
<b>3.2.1. Unger'in Kavramlarıyla Toplum ve Hukuk .....</b>	<b>113</b>
<b>3.2.2. Unger'in Sunduğu Alternatif.....</b>	<b>115</b>
<b>3.3. EHÇ'ye "Liberal Bir Eleştiri": Andrew Altman.....</b>	<b>118</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>122</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>126</b>

**KISALTMALAR**

<b>ABD</b>	Amerika Birleşik Devletleri
<b>AHR</b>	Amerikan Hukuksal Realizmi
<b>AID</b>	Agency for International Development
<b>AÜHF</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>b.t.</b>	Bakılma tarihi
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>CCLS</b>	Conference on Critical Legal Studies
<b>CEPED</b>	Center For Study and Research in Legal Education
<b>CLS</b>	Critical Legal Studies
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>DİA</b>	Devletin İdeolojik Aygıtları
<b>dn.</b>	Dipnot
<b>Ed.</b>	Editör ya da editörler
<b>EHÇ</b>	Eleştirel Hukuk Çalışmaları
<b>EHÇK</b>	Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı

<b>ETK</b>	Eleştirel Toplum Kuramı
<b>HEH</b>	Hukuk ve Ekonomi Hareketi
<b>Ibid.</b>	Aynı
<b>ILC</b>	The International Legal Center
<b>IMF</b>	International Monetary Fund
<b>İHR</b>	İskandinav Hukuksal Realizmi
<b>İÜHF</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>no.</b>	Numara
<b>Op.cit.</b>	Atıf yapılan eser
<b>s.</b>	sayfa
<b>SAILER</b>	Staffing of African Institutions For Legal Education and Research
<b>SBRD</b>	Society's Board of Review and Development
<b>ss.</b>	Sayfalar
<b>USA</b>	United States of America
<b>vd.</b>	ve devamı

## GİRİŞ

Her hukuk kuramı, *neye* hukuk denileceği konusundaki açık ya da örtülü bir varsayımı olduğu kadar, hukuka duyulan bir inancı da ifade etmektedir. Zira bir hukuk kuramı oluşturma çabası, hukukun baştan bir zorunluluk olarak kabul edildiğine işaret etmektedir.

Ancak hukuk kuramları her zaman, *kurucu* nitelikte olmak zorunda değildir. Mevcut bir hukuk kuramını *değerlendirme* amacını taşıyan çalışmalar da, kendileri bir kuram olarak *değer* kazanabilirler.

1977 yılında toplanan bir konferansın adını taşıyan Eleştirel Hukuk Çalışmaları/ EHÇ (Critical Legal Studies/ CLS) da, bu ikinci türden kuramlardan biri olarak görülebilir. Zira ender birkaç çalışma dışında, EHÇ'nin bağımsız bir hukuk kuramı oluşturma iddiasında olduğunu gösteren bir iz bulunmamaktadır. EHÇ'ye katılanların niyeti daha çok, adına hukuk denilen toplumsal aygıtı anlamaya ve çözümlenmeye yönelik gibidir. Bu anlamda EHÇ, derli toplu, tek bir ana düşünce etrafında toplanan bir grup hukukçunun sabit nitelikteki görüşlerinden ziyade, hukuka ilişkin değerlendirme yapma ihtiyacını hisseden, ama çalışmalarını tek bir alana da özgülememiş, çok sayıda düşünürün bir araya gelmesiyle ortaya çıkan bir *hareket* olarak görülmelidir.

EHÇ'nin anılan niteliği aynı zamanda, bu çalışmanın en büyük açmazlarından da birini oluşturmaktadır. Zira elle tutulur, gözle görülür bir EHÇ kuramıyla değil de, onlarca farklı hukukçunun, yüzlerce farklı çalışmasında, meselenin bir ucundan tutmalarıyla ortaya çıkan bir manzarayla karşı karşıya oluşumuz, bu *hareketi* tanıtmayı hedefleyen betimleyici nitelikteki bu çalışmanın, hangi *ana malzeme* üzerine inşa edileceği sorununu, tezin temel meselesi haline getirmektedir. EHÇ hareketi içerisinde de yer alan bir hukukçunun dile getirdiği gibi, hareketin içerisinde yer alanların dahi EHÇ'yi tam

olarak anlayamadıkları iddiası da ciddiye alınacak olursa, bunun ne denli büyük bir açmaz olduğu anlaşılacaktır.

Bu handikabı aşmaya yönelik çabamız, çalışmamızın neden bir *tez* olma iddiasını taşıdığı sorusuna verilen yanıt olarak okunabilir.

Bu gerekçeyle giriş kısmında, âdet olduğu üzere, her bölümde neyin, neden ele alınmak zorunda hissedildiğine kısaca değinilecek, ancak tezle amaçlanan bir hedefler listesi oluşturmak mümkün olamayacaktır. Zira, tez olarak ileri sürülen, EHÇ’yi ele alış şeklinin kendisidir.

EHÇ’yi betimlemeye yönelik bu çalışma, öncelikle Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı’nın/ EHÇK (Conference on Critical Legal Studies/ CCLS) toplanma aşamasına yön veren bireysel ilişkilere dikkat çekecektir. Zira hareketin ortaya çıkışının temelinde, en basit ilişki şekillerinden biri –üç kişinin dostluğu- yatmaktadır. Bu vesile ile, kimlerin EHÇ kapsamında değerlendirilebileceği de sayılmış olacaktır.

Konferansın toplanmasına ön ayak olan üç kişiyi, en azından kuramsal anlamda, EHÇ’nin “gerçek” kurucuları olarak kabul etmek tamamen doğru değildir. Yine de, gerek yapmış oldukları çalışmaların hukukun farklı alanlarına özgülenmesi, gerek metodolojik ve teorik kabullerinin farklılığı nedeniyle EHÇ’nin farklı teorik öncülleri hakkında fikir vermeleri, gerekse de daha sonraki çalışmalarda EHÇ ile ilgili olarak kendilerine –görece- en çok atıfta bulunulan isimler olmaları hasebiyle, David Trubek, Duncan Kennedy ve Mark Tushnet’in konferans öncesi çalışmaları, EHÇ’nin *temeli* olarak sunulacaktır. Ne ki, hem dışarıda bırakılan isimler; hem de bu üç ismin, özellikle tezin sonraki bölümlerinde de izi sürülebilecek meseleler dışında yapmış oldukları çalışmaların layıkıyla ele alınamayacak olması dolayısıyla, bu yaklaşımın eksikliği baştan kabul edilmelidir. Bu eksiklik, tezin sonraki bölümlerinde Unger, Fitzpatrick gibi diğer isimlerin ve EHÇ’nin insan haklarına bakışı ya da Kennedy’nin çalışmaları içerisinde önemli bir yer tutan hukuk eğitimi meselelerinin de, çeşitli vesileler yaratılarak ele alınmasıyla tamamlanmaya çalışılacaktır.

İhtiyaç duyulduğunda, EHÇ'nin -belki de kuramcılarının *hepsince* kabul edilen bir-iki temel ilkedden biri olarak- "hukuk siyasettir" önermesi de düşünülerek, *hukuksal* inceleme alanının dışına, siyaset bilimi alanına taşmak *tehlikesi* de göze alınacaktır. Özellikle Trubek'in konferans öncesi çalışmaları incelenirken gündeme gelen Gelişme Kuramları ile ikinci bölüm altındaki, Frankfurt Okulu ve ideoloji meselelerindeki haddini aşan uzunluktaki alıntı ve değiniler, bu çerçevede *göze alınmıştır*.

Bir konferansa neden gerek duyulduğu sorusunun yanıtı, EHÇ'ye *yön veren* bir meselede saklıdır: Liberal hukuk anlayışının eleştirisi...

Böylece, ilk bölümde *üç isim* belirlendikten sonra, ikinci bölümde, EHÇ'nin de üzerinde yoğun olarak durduğu, liberal hukuk anlayışının eleştirisine yönelen *üç mesele* belirlenmeye çalışılacaktır. EHÇ'nin ele aldığı üç temel mesele olduğu ileri sürülmektedir: Hukukun belirsiz olduğu iddiası, hukukun taraflı olduğu iddiası ve nihayet hukukun bir ideoloji olduğu iddiası... Bu üç iddia bir arada, hukuksal liberalizm eleştirisini oluşturmaktadır. Daha doğru bir deyişle, EHÇ, bu üç iddiayı ileri sürerek hukuksal liberalizmi eleştirmektedir. Ancak EHÇ'nin bu iddiaları, çeşitli meselelerle de birleşebilmektedir. Sözelimi, hukuku ele almak için, geleneksel kuramlardan farklı, yeni bir epistemolojik ve metodolojik anlayışa ihtiyaç olduğu saptaması da, EHÇ'nin liberalizm eleştirisinin bir parçasını oluşturmaktadır. Öyleyse, *yerleşik* epistemolojinin ve metodolojinin, liberalizmle ne gibi bir ilgisi olabileceği sosyolojik, felsefi ve siyasal alanlardan ödünç alınacak kavramlarla açıklanmalıdır. Bu aynı zamanda, hukukun siyaset, sosyoloji gibi sosyal bilim alanlarından ayrı düşünülemediği şeklindeki Eleştirel savunu ile de bağdaşmaktadır.

EHÇ'nin ele aldığı meseleler, *sadece* bu hareket içerisinde yer alan hukukçulara, *kendiliğinden* malum olmuş değildir. Amerikan Hukuksal Realizmi'nin/ AHR (American Legal Realism), EHÇ için önemli bir öncül olduğu kabul edilmektedir. EHÇ, AHR'nin bir liberalizm eleştirisi içermemesini de eleştiri konusu yapmıştır. Ancak hukuksal belirsizlik gibi pek çok kavramın AHR'den EHÇ'ye geçtiğine şüphe yoktur. Bu nedenle, AHR-EHÇ farkının, kısa da olsa irdelenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, EHÇ incelemelerini, yalnızca bu noktaya odaklamış çeşitli çalışmalara rastlamak mümkündür. EHÇ'nin AHR'den farklı bir iddia geliştirip

geliştirememesi, EHÇ'ye yönelik bir eleştirinin de başlığı olarak kabul edilebilir. Bu veriden yola çıkılarak, İskandinav Hukuksal Realizmi'nin (İHR) çeşitli kavramları, EHÇ içerisinde tarafımızdan araştırılacaktır. Bu husus, EHÇ'nin bize, diğer hukuk kuramlarından farklı ne önerdiği sorunu etrafında düşünüldüğünden, son bölümde değerlendirilmiştir. Zira, EHÇ'nin farklı, kurucu bir tasarısı olmaması, bu çevreye yönelen önemli bir eleştiridir.

EHÇ'nin *yıkıcılığı*, "haklar" meselesi gündeme geldiğinde daha çarpıcı bir nitelik kazanmaktadır. EHÇ, liberal hakları da eleştirmektedir. Ancak, alternatif bir hak dizgesine sahip olmaması dolayısıyla, EHÇ'nin, örnek olsun, yaşam hakkını da reddettiği söylenebilir mi? Bu durum EHÇ içinde, soruya yanıt verme gayesini taşıyan bir isim olarak Unger'i karşımıza çıkarmaktadır. EHÇ ile ilgili olarak kendisine en çok atıfta bulunulan bir diğer isim olarak Unger, bu bağlamda ele alınmaya çalışılacaktır.

Nihayet, son olarak, EHÇ eleştirisine yönelen ve ciddiye alınan bir çalışma olarak Andrew Altman'ın "Liberal Eleştirisi"ne temas edilmeye çalışılacaktır.

Yaklaşık yirmi beş yıllık geçmişi olan hareket, ABD'deki hukuk okullarında ortaya çıkmış olsa da, Avrupa'da da etkinlik göstermiştir. Sözgelimi son olarak, EHÇK ismi ile olmasa da, 2004 yılında İngiltere'de Westminster Üniversitesi'nde Eleştirel Hukuk Konferansı (Critical Legal Conference) toplanmıştır. Aynı isimli konferans 2005'te Kent Üniversitesi'nde toplanacaktır. Yine İngiltere'de Ulusal Eleştirel Hukukçular Grubu (The National Critical Lawyers Group), etkinliğini sürdürmektedir. Ancak bu çalışmada, EHÇ'nin özellikle ilk on beş yılındaki belli başlı isimleri ve meseleleri sunulmaya çalışılmıştır.

EHÇ, Türkiye'de ismi sıkça duyulmayan bir hareket olması dolayısıyla, betimleyici bir tarzda ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmanın öncelikli hedefi, EHÇ ve EHÇ'nin son yirmi beş yılda gündeme taşıdığı hukuksal kavram ve meseleler ile bir tanışıklık yaratılmasıdır. Bu nedenle, EHÇK toplanmadan önce, daha sonra EHÇ'nin kuramsal temelini oluşturacak çalışmaların neler olduğu gözden geçirilmiştir. Bu bağlamda, Trubek, Kennedy ve Tushnet'in 1977 öncesi çalışmaları, kaynaklara ulaşma sorunu çözülebildiği oranda irdelenmeye çalışılmıştır. Trubek'in Hukuksal Gelişme

çalışmalarıyla flörtü, Kennedy'nin "Özel Hukuk Yargılamasında Biçim ve Öz" isimli, EHÇ içerisinde kendisine en çok atıfta bulunulan makale olma niteliğini de taşıyan çalışması ve Tushnet'in Yüksek Mahkeme kararları içinde, hukukun sınıfsal bakışını bulmayı amaçlayan çabası birinci bölümü oluşturmuştur. Bu üç çalışma alanı ve tarzına yapılan vurgunun aynı zamanda, EHÇ'nin metodolojik anlamdaki çoğulculuğunu da yeterince yansıtabildiği umut edilmektedir.

Çalışmanın içerisinde, herhangi bir postmodernizm atfına rastlanamaması, şaşırtıcı olmamalıdır. Zira her ne kadar EHÇ, postmodern hukuk kuramları listesinin başında ele alınan bir hareket ise de, meseleleri, doğrudan modernitenin meseleleridir. Üstelik, Marx, Weber ya da Realistler gibi EHÇ'nin kuramsal öncülleri postmodernizm kapsamında ele alınmazken EHÇ'nin postmodern sayılması pek doğru görünmemektedir. Modern hukukun kavram ve kurumlarını sorgulamaya açan her çalışmanın postmodern olarak yaftalanamayacağı kabul edilmelidir.

EHÇ, hukuka duyulan inancı sorgulamış olması nedeniyle, son otuz yıl içerisinde gerek ABD'de, gerekse Avrupa'da ciddiye alınmıştır. EHÇ'yi oluşturan isimler de, ABD'deki tartışmalarda görmezden gelinemeyecek kişilerdir. ABD'nin en gözde hukuk fakültelerinde, dekanlık da dahil, çok önemli pozisyonlarda bulunan kişiler de EHÇ içerisinde yer alabilmişlerdir. Bu nedenle, EHÇ hareketi, bir yüksek lisans çalışmasının konusu olmayı evleviyetle hak etmektedir. Ama bunun ötesinde, yirmi birinci yüzyılın hemen başında uluslararası alanda yaşanmakta olan gelişmeler, hukukun sorgulanabileceği gerçeğini bir kez daha gündeme getirmektedir.

Ülkemizde, bir hukuk kuramı olarak pek tanınmayan eleştirel yaklaşımın, hukukun sorgulanmasında kullanılacak bir yöntem olabilmesi için, öncelikle betimleyici bir şekilde ele alınmasının zorunlu olduğu ortadadır. Bu çalışma, bu zorunluluğu giderme çabasıdır.

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**ÜÇ KİŞİ:**  
**EHC'NİN TEMEL BİLEŞENLERİ**  
**Kişisel ve Kuramsal Öncüler**

**1. Genel**

Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) ismi, 1976 yılında bir grup akademisyenin Wisconsin Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde toplanmasıyla ortaya çıktı<sup>1</sup>. Hukuk ve ekonomi ilişkisi üzerine çalışmalar hukukçuların ilgisini çekmeye başlamışken EHÇ kuramcıları, hem geleneksel hukuk kuramlarını hem de hukuk ve ekonomi kuramlarını eleştiriyorlardı<sup>2</sup>. EHÇ'nin amacı, toplumun her düzeyine yayılmış baskıcı ve gayri adil ilişkiler sistemini destekleyen hukuk öğretisinin, hukuk eğitiminin ve hukuk kurumları pratiğinin nasıl işlediğini göstermekti<sup>3</sup>. Bu anlamda EHÇ, bir hukuk kuramı önermiyor;

---

<sup>1</sup> 1977 yılında toplanan bir konferansın ismi olarak ortaya çıkan EHÇ, ABD'deki hukuk okulları menşeli ise de, yirmi beş yılı aşan tarihi içerisinde, farklı yerlerde de meselelerinin ele alınmış olmasıyla, pek çok ülkeye yayılmıştır. Bu anlamda Amerikan toplumundaki hukuk anlayışından kaynaklanan bir gereksinimin sonucu gibi görünüyorsa da, aslında Kıta Avrupası hukuk sistemleri için de eleştirel bir nitelik taşımaktadır. Bu çalışma içerisinde, doğrudan tarihsel bir bakış açısı tercih edilmediği için, yoğun olarak ABD kaynaklı ve özellikle ilk on-on beş yıldaki çalışmalara atıfta bulunulacaktır. Çok ender olarak da, İngiliz kaynaklı çalışmalardan yararlanılabilir. Yine de, Kıta Avrupası hukuk geleneği açısından Fransa'da ve Almanya'da, Anglo-Sakson hukuk geleneği açısından ise İngiltere'nin yanında Kanada'da farklı isimler altında EHÇ benzeri ve belki de devamcısı hareketler bulunmaktadır. İngiltere için, yukarıda "Giriş" kısmında ismi zikredilen Eleştirel Hukuk Konferansı ve Ulusal Eleştirel Avukatlar Grubu örnek verilebilir. Bkz. Allan C. Hutchinson ve Patrick J. Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," *Stanford Law Review*, 36: 199-245 (1984), s. 242-243 ve Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002), s. 207. Ulusal Eleştirel Avukatlar Grubu hakkında bkz. <http://www.nclg.org.uk/>, b.t. 28.01.2005.

<sup>2</sup> Gary Minda, *Postmodern Legal Movements* (New York: New York University Press, 1995), s. 106.

<sup>3</sup> Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı Kararları'ndan aktaran *Ibid.*

siyasal etkinliği de olan, toplumsal sorumluluk çağrısında bulunuyordu<sup>4</sup>. EHÇ'nin düşünsel içeriğinin tam olarak karakterize edilmesinin zor olduğu, zira bu çalışmalar çerçevesinde bir araya gelenlerin sadece hukuka ilişkin geleneksel yaklaşımlara *antipati* beslemeleri dolayısıyla ortaklaştıkları, bunun dışında ortak bir yöntem ya da kuram önermedikleri söylenmektedir<sup>5</sup>. O kadar ki, EHÇ içerisindeki temel eğilimlerden birini temsil eden Tushnet dahi, EHÇ üzerine yazanların, EHÇ'de olduğuna dikkat çektikleri farklı noktaların fazlalığından bahsettikten sonra, EHÇ içinde yer alan yazarların bile EHÇ'yi anlamadıklarını söylemektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle EHÇ, yapıcı bir program ya da yargılama için bir standartlar dizisi önermeyen, “olumsuz” ve “yıkıcı” bir kuram olarak nitelendirilmektedir<sup>7</sup>. Tushnet de, EHÇ'nin *düşünsel bir hareketten ziyade siyasal bir duruş* olduğunu ileri sürmektedir<sup>8</sup>.

Feminist hukukçulardan Martha Minow'a göre ise, EHÇ siyasal bir duruşun ötesinde anlamlar içermektedir. Ona göre, EHÇ hareketi, hem hukuksal ilkelerin hem de hukuk öğretilerinin açık-yapıda olduğunu söylemesi, hukukun birbirine zıt sonuçlar verebilme yetkinliğine dikkat çekmiş olması ve hukuksal kararların tarihsel tercihlere bağlı hukuk kültürünün içsel dinamiğini yansıttığı iddiası ile diğer hukuk okullarından ayrıştırılabilmektedir<sup>9</sup>.

1977 yılında bir Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı toplanması ile sonuçlanan gelişmeler aslında, Birinci Dünya Savaşı'ndan başlatılabilir. Zira EHÇ, siyasal anlamda olmasa da, kuramsal bazı öncüllerini Amerikan Hukuksal Realizm akımında bulmaktadır.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, s. 107.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Mark Tushnet, “Critical Legal Studies: A Political History,” *The Yale Law Journal*, 100:1515-1544 (1990-1991), s. 1516.

<sup>7</sup> Minda, *Op.cit.*, s. 107.

<sup>8</sup> Tushnet, *Op.cit.*, s. 1515, dn. 2. İtalik vurgu benim.

<sup>9</sup> Minow'dan aktaran Minda, *Op.cit.*, s. 108.

Sosyal bilimlerdeki “gelişmecilik” fikrinin Birinci Dünya Savaşı sonucu çökmesi, muhafazakar ulusal hükümetlere doğru bir eğilimin baş göstermesi ve 1920’lerin sonunda bunalım olarak ortaya çıkacak ekonomik hastalık durumunun etkili olmaya başlaması ile birlikte, yenilenmiş bir siyasal “sol”u da daha etkin hale getirmekteydi. Akademik hukuk dünyasında bu sol hareketliliğin –yirminci yüzyılda, ampirik araştırmaya eş kılınmış bilim kavramı ile de birleştiği düşünüldüğünde- karşılığı, Amerikan Hukuksal Realizm akımı olmuştur<sup>10</sup>.

Amerikan Hukuksal Realizm akımı, Amerikan hukuk dünyasında, olağandışı bir hareketlilik yaratmıştır. Ancak realist iddiaların –yanlışlığı değil fakat- yetersizliği de sorgulanagelmiştir. 1977’de toplanan EHÇK bu sorgulamanın bir ürünüdür.

## 2. Konferansın Toplanması

Akademik ve siyasal bir hareket olarak nitelenebilecek EHÇK’nın temelinde çok daha basit bir ilişki şekli yatmaktadır: İki akademisyenin dostluğu. Bu çalışmada, EHÇ öncesi ile ilgili olarak Trubek ve Kennedy’nin (ve Tushnet’in) tercih edilip, diğer pek çok ismin ilk bölümde inceleme konusu yapılmamasının nedeni de, “Duncan Kennedy ile David Trubek arasındaki dostluğa odaklanmadan EHÇK örgütlenmesinin anlaşılamayacağı”nın<sup>11</sup> ifade edilmiş olmasıdır.

Aslında Trubek ile Kennedy hoca ve öğrencisi olarak tanışmışlardı. Trubek, Yale Üniversitesi’ndeki Hukuk ve Modernleşme Programı kapsamında Kennedy’nin grubunda öğretim elemanı olarak bulunmuş ve ikisi kısa sürede hoca-öğrenci ilişkisinin

---

<sup>10</sup> John Henry Schlegel, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies,” *Stanford Law Review*, 36: 391-411 (1984), s. 404. Amerikan Hukuksal Realizm akımı, III. bölümde incelenecek, EHÇ ile farkları saptanmaya çalışılacaktır. Kimilerince hukuksal realizm varken ayrıca EHÇ’ye gerek duyulmuş olması abestir; zira EHÇ’nin realistlerin dile getirdikleri dışında bir önerisi bulunmamaktadır.

<sup>11</sup> *Ibid.*, s. 392.

ötesine geçmişlerdi. Ancak bu mekansal bir aradalık, siyasal denilebilecek nedenlerle sona ermek durumunda kalmıştı<sup>12</sup>.

Bu ayrılık sürecinde Trubek, modern toplumlarda hukukun yeri üzerine çalıştı ve hukuksal liberalizm çözümlerini sürdürdü<sup>13</sup>. Bu çalışmaları sırasında Trubek, gelişmekte olan ülkelerde, hukukun olumlu ve ilerlemeci rolüne olan inancını iyice yitirmişti. Ama sosyal bilimlere olan inancını hiç yitirmedi. Trubek, “Ortodoks ya da bilimsel” Marksizm diye bilinen düşünce şeklinden hoşlanmadığı için Weberci çalışmalara yönelmişti. Bu süreçte, Marksizm’in anılan algılanmasından hoşlanmayan Kennedy de, -Hart ya da klasik hukuk düşüncesi üzerine “Eleştirel ya da Revizyonist” Marksizm diye adlandırılabilir tarzda yazılar yazıyordu<sup>14</sup>.

Gerek Trubek gerekse Kennedy sol siyaseti temel alıyorduysalar da, entelektüel anlamda aralarındaki fark gitgide açılmaktaydı. Şöyle ki; Trubek, hukuksal biçimin ve hukukun içeriğinin ortaya çıkışında maddî kültürel koşulların önemine dikkat çekerken, Kennedy, radikal şekilde, hukuksal bir indeterminizme (belirsizcilik) kaymakta idi. Kennedy’ye göre, hukukun biçimi ve içeriği açıklanırken, hukuka ilişkin siyasal kuramların ya da hukuk öğretilerinin içsel dinamiği önem kazanmaktaydı. Böylece Trubek ile Kennedy arasındaki bu düşünsel çelişki daha ilk konferanstan itibaren EHC’ye belli bir dinamik kazandırmıştı<sup>15</sup>.

Schlegel’in Kennedy’nin anlatımına dayanarak aktardığına göre, Trubek Boston’da, Kennedy’ye yaptığı bir ziyaret sırasında, Harvard Hukuk Fakültesi’nde sol görüşlü yeni bir kuşağın varlığının önemine değinmiş ve bu yeni kuşak ile daha eski ‘hukuk ve sosyal bilimler savunucuları grubu’nun bir toplantıda buluşturulmasını önermişti.

<sup>12</sup> Kennedy’nin Yale’e yaptığı iş başvurusu, daha önce yazmış olduğu bir makale nedeniyle geri çevrilmiş ve Kennedy Cambridge’e dönmek zorunda kalmış; Trubek ise Madison’a dönmüştür. Trubek ve Kennedy’nin kişisel ilişkilerinin seyri için bkz. Schlegel, *Op.cit.*, s. 392 vd.

<sup>13</sup> bkz. David M. Trubek and Marc Galanter, “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in United States”, *Wisconsin Law Review*, 1974: 1062-1102 (1974).

<sup>14</sup> Schlegel, *Op.cit.*, s. 393.

<sup>15</sup> *Ibid.*, s. 394.

Tushnet de, 1976 yılında, Trubek'in çıktığı seyahat esnasında Kennedy'ye farklı akademisyenleri toplama fikrini açtığını kendisine aktardığını ifade etmektedir<sup>16</sup>. 'Eski' grubun üyeleri arasında Lawrence Friedman, Philip Selznick, Philippe Nonet gibi isimler bulunmaktaydı. Çeyrek asırlık hukuk öğretimi deneyimine sahip bu isimler, Hukuk ve Toplum Derneği (Association of Law and Society) çevresinde bir araya gelmişlerdi –ki bu dernek, zaten yeterince az sayıda olan hukuk ve toplum bilimleri araştırmasını yapan tek birlik olarak nitelenmekteydi. Grup akademik alanda da siyasal alanda olduğu gibi sol bir tavır içerisinde idi<sup>17</sup>.

Trubek ve Kennedy sadece, EHÇ'deki düşünsel şekillenmenin mimarları değillerdi. Onlar aynı zamanda ilk konferansın toplanmasında oynadıkları rol itibariyle, bir başka açıdan daha topluluğun kaderini belirlemekteydiler. Gerçekten, 1977'de toplanan ilk konferansın düzenleme komitesi, şu ya da bu şekilde Trubek ya da Kennedy ya da her ikisi ile bir ilişkisi olan isimlerden oluşmaktaydı. Richard Abel Yale Üniversitesi'nde Trubek'in çalışma arkadaşıydı. Keza Tom Heller da Yale'den ve Hukuk ve Gelişme Çalışma Grubu'ndan arkadaşlarıydı. Rand Rosenblatt ve Mark Tushnet, Kennedy ile öğrencilik yapmışlardı. Tushnet daha sonra Heller ve Stewart Macaulay ile birlikte Wisconsin Üniversitesi'nde Trubek'le çalışma arkadaşı olmuştu. Morty Horwitz ile Roberto Unger ise Harvard Üniversitesi'nde Kennedy'nin çalışma arkadaşlarıydılar<sup>18</sup>.

Yeni katılan isimlerle birlikte EHÇK'nin düşünsel kaynakları da üçe çıkmış oldu. Zira özellikle Tushnet'le birlikte Ortodoks Marksizm de konferansta yer almıştı. Böylece, Trubek'in Weberci sosyolojisi, Kennedy'nin Eleştirel Marksizm'i ve Tushnet'in Ortodoks Marksizm'i EHÇ'nin düşünsel temelini oluşturdu. Her üç ismin de birleştiği nokta, hukuksal liberalizm eleştirisi idi. Zaten Trubek'in her fırsatta "Eleştirel" kavramının "(her türlü) yakınmacıdan Marksistlere varana kadar çeşitli memnuniyetsizlikleri kapsadığını" belirttiği söylenmektedir<sup>19</sup>. Keza Tushnet'e göre de,

---

<sup>16</sup> Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History", *Op.cit.*, s. 1523.

<sup>17</sup> Schlegel, *Op.cit.*, s. 395.

<sup>18</sup> *Ibid.*, s. 396.

<sup>19</sup> *Ibid.*, s. 403, dn. 3.

EHC, akademik hukuk dünyasında solun hegemonyasının artırılması ve desteklenmesi projesine sahip çıkan bir grup sol akademisyenin siyasal tavır alışını<sup>20</sup>. Tushnet 1986'da yayımladığı bir makalesinde, mevcut düzenin eleştirine yönelen her çalışmanın EHC içerisindeymiş gibi görüldüğünü, bunun EHC hegemonyasının önemli bir özelliği olduğunu belirtmektedir<sup>21</sup>. EHC dahilinde kabul edilemeyecekleri halde, eleştiri içerdikleri için öyle oldukları sanılan istatistiksel çalışmaların, olgusal gözlemciliğin, klasik toplum kuramının ya da eski usul öğretisi çözümlemelerinin eleştirel hukuk çalışması sayılabilmesi için ona göre üç şartı yerine getirmeleri gerekmektedir: İlk olarak, gerçekleştirilen çalışma, sonsuz sayıda eleştiriden daha dayanıklı ya da sürekli bir temele dayanmamalıdır. İkincisi, çalışma mevcut bir düzeni savunmaktan ya da modifiye edilmesini önermekten ziyade bir eleştiri unsuru içermelidir. Üçüncüsü, gerçekten bir eleştiri gibi de işlemelidir<sup>22</sup>.

Bu isimlerin üzerinde –belki de haddinden fazla- durulması, EHC'nin çizgisinin belirlenmesi noktasında önem kazanmaktadır. Zira Tushnet'in de ifade ettiği üzere, bu isimlerin hepsini bir araya getiren entelektüel çalışma konuları daha sonra, EHC'nin standart çizgisini de oluşturacaktır<sup>23</sup>.

### 3. Trubek, Kennedy ve Tushnet'in EHC Öncesi Hukuk Felsefeleri

#### 3.1. David Trubek

Trubek'in -asında EHC üyelerinin hepsinin- hukuka ilişkin temel varsayımı, hukukun toplumdan, siyasetten, ekonomiden bağımsız, özerk bir çalışma alanı, bir

---

<sup>20</sup> Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History," *Op.cit.*, s. 1516.

<sup>21</sup> Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *Journal of Legal Education*, 36: 505- 517 (1986), s. 516.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History," *Op.cit.*, s. 1523.

disiplin ya da bir bilim olmadığıdır. Farklı isimleri EHÇK’de bir araya getiren asgari müşterek noktalarından biri de budur.

Trubek daha 1972’de yayımladığı bir makalesinde, geleneksel kuramlar açısından hukukun “uygulamalı” ya da “uygulamaya yönelik” bir bilim olarak görüldüğünü; genel olarak, hukuk düzeninin toplumsal, siyasal ve ekonomik işlevlerine ilişkin temel sorunları ile ilgilenilmediğini ifade etmektedir<sup>24</sup>. Bu durum, hukuk, toplumsal sorunlara çözüm getirmede tatmin edici olduğu sürece geçerlidir. Ne zaman ki hukukun çözümleri yetersiz kalmaya başlar, sorunların temeline ilişkin çalışmalar yapmak zorunlu hale gelir<sup>25</sup>.

Trubek’in 1970’lerin başında saptadığı durum işte budur. Ona göre, söz konusu dönem, hukuksal çözümlerin yetersiz kaldığı ve sorunların temeline yönelik soruların sorulduğu bir dönemdir. Hukuksal bir krizden söz ediliyorsa ve “hukuk öldü mü”<sup>26</sup> sorusu soruluyorsa aslında, hukukun toplumda oynadığı rolün kendisi bir sorun haline gelmiş demektir. Böyle bir çağ ise toplumsal bir hukuk kuramını gerekli kılmaktadır<sup>27</sup>. Trubek’in “Hukuk ve Gelişme” başlıklı çalışmalara atfettiği önemin gerekçesi budur. Zira bu başlık altında yürütülecek çalışmalar, hukuksal, toplumsal, ekonomik ve siyasal düzenler arasındaki ilişkiyi ortaya koyabilecek, karşılaştırmalı bir araştırma yöntemine imkan tanıyabilecektir.

---

<sup>24</sup> David M. Trubek, “Toward a Social Theory of Law: An Essay on The Study of Law and Development.” *The Yale Law Journal*, 28: 1-50 (1972-1973), s. 1.

<sup>25</sup> Trubek, mevcut hukuksal paradigmanın yetersiz kalmaya başlaması ile sorunların kökenine ilişkin çalışmaların yapılacağı önermesini, Kuhn’un, yeni bilimsel kuramların ortaya çıkışında mevcut paradigmanın krize girmesinin önemine dikkat çektiği, bilimlerin devrimler yoluyla ilerlemesi kuramına dayandırmakta, referans olarak Kuhn’un ünlü kitabını göstermektedir. Özellikle doğa bilimlerinden örneklerle dolu olmasına karşın, Kuhn’un bilim felsefesi alanında –isminde olduğu gibi- devrim yaratan kitabı besbelli ki, Eleştirel Hukuk kuramcılarının mevcut paradigma eleştirilerinde önemli yol göstericilerinden olmuştur. Bkz. Thomas Kuhn, **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**. Çeviren: Nilüfer Kuyaş (Dördüncü baskı. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1995).

<sup>26</sup> Trubek burada, Eugene Rostow editörlüğünde 1971 yılında çıkarılan “Hukuk Öldü mü?” isimli kitaba göndermede bulunmaktadır. Hem kitabın içeriğine hem de hukuksal liberalizmin krizine ilişkin değerlendirme için bkz. Lester Mazor, “The Crisis of Liberal Legalism,” *Yale Law Review*, 81: 1032-1053 (1971-1972).

<sup>27</sup> Trubek, *Op.cit.*, s. 1.

### 3.1.1. Hukuk ve Gelişme

Hukuk ve gelişme araştırmaları, Üçüncü Dünya ülkelerinde hukukun işlevini anlamaya yönelik çalışmalardır<sup>28</sup>. “Hukuk ve gelişme kuramları, gelişmekte olan ülkelerde hukuk ile gelişme arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmaya çalışmaktadırlar.”<sup>29</sup> Bu çalışmalar, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından gündeme gelen siyasal gelişme (modernleşme) hareketlerine dayanmaktadırlar. Buna göre, gelişme, nihayetinde Batı benzeri ekonomik, siyasal ve toplumsal kurumlar yaratacak, yükselen bir toplumsal değişim sürecidir; bu süreç kaçınılmaz ve evrimseldir<sup>30</sup>. Bu sürecin sonunda, sözgelimi serbest pazar sistemi, liberal demokratik siyasal kurumlar ya da hukuk devleti ortaya çıkacaktır. Modernleşme kuramlarına göre siyasal gelişmenin, kilit önemde dört unsuru bulunmaktadır: Rasyonalizasyon (aklıleşme), uluslaşma, demokratikleşme ve siyasal katılım<sup>31</sup>. Gelgelelim 1960'ların sonlarına doğru modernleşme kuramcıları büyük bir karamsarlığa kapılmışlardı. Zira, “gelişmekte olan” şeklinde nitelenen ülkeler, ekonomik anlamda çöküş yaşıyor olmalarının yanında, siyasal anlamda da askerî rejimlerle boğuşuyorlardı. Kuramın iflasının faturası, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapısına çıkarıldı. Yani bu kuramcılara göre, Üçüncü Dünya ülkelerinin Batı tarzı siyasal-toplumsal kurumlara –örnek olsun, ulusal bütünlüğe, demokrasiye, meşru yasalara ve bu yasalara saygılı yurttaşlara- sahip olamamalarının nedeni, Batı kültürüne sahip olmamalarıydı<sup>32</sup>. Modernleşme kuramları daha sonra, içeriden ve dışarıdan

---

<sup>28</sup> Ashında bu çalışmalara katkıda bulunan kimi yazarlar, hukuk ve gelişme araştırmalarının hepsinin gelişmekte olan ülkelere özgülmediğini iddia etmektedirler. Kimilerine göre hukuk ve gelişme çalışmaları, hukuk ve toplum çalışmalarının özel bir türü iken; kimilerine göre ise bu çalışmalar, gelişme süreci içerisinde hukukun yerini belirlemeye yöneliktir. Bu çalışmalara ilişkin farklı bakış açıları için bkz. Elliot M. Burg, “Law and Development: A Review of The Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement,” *The American Journal of Comparative Law*, 25: 492-530 (1977), s. 494.

<sup>29</sup> *Ibid.*, s. 492.

<sup>30</sup> Brian Z. Tamanaha, “The Lessons of Law and Development Studies”, *The American Journal of International Law*, 89:470-486 (1995), s. 471.

<sup>31</sup> *Ibid.*, s. 471-472.

<sup>32</sup> “1940'lı yıllarla birlikte Amerikan sosyal bilimlerinde oldukça ayrıcalıklı bir konum elde eden Max Weberci toplumsal kuram, kalkınma probleminin ele alınışında da kendisini göstermiş ve Weberci tezlerden hareketle, kültür az gelişmiş toplumların gelişmemişliğinin temelini yerleştirilmiştir. Bu düşünsel zemin üzerinde çözüme ilişkin olarak söylenecek her söz doğal olarak az gelişmiş toplumların

eleştirilere konu oldu. Modernleşme kuramcıları, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapılarına ilişkin kendi yaklaşımlarını sorgularlarken, yapısal-işlevselci yaklaşım modernleşme kuramlarını muhafazakar, statükocu olmakla itham ediyordu<sup>33</sup>.

Hukuk ve gelişme hareketi, 1960'larda<sup>34</sup>, modernleşme kuramları gerilemeye başladığında ortaya çıkmıştı. Hukuk ve gelişmeye ilişkin pek çok makale 1965 ile 1975 arasındaki on yıllık süreçte yazılmıştı<sup>35</sup>. Bu çalışmaların başlangıcı olarak 16-17 Temmuz 1965'te Washington'da düzenlenen konferans kabul edilebilir. Society's Board of Review and Development (SBRD) tarafından desteklenen konferansın amacı "az gelişmiş ülkelerin durumlarını iyileştirirken karşılaştıkları farklı hukuksal sorunları saptamak ve gelecekte yapılacak araştırma ve diğer etkinlikler için olası doğrultular önermek"<sup>36</sup> olarak açıklanmaktadır. Bu ilk konferansta tartışmalar üç başlıkta yoğunlaşmıştı: Uluslararası hukukun gelişmedeki rolü, gelişmekte olan ülkelerin uluslararası etkinliklerinde hukukun rolü ve nihayet, hukuku ve hukukçuları gelişme çalışmaları etkinliklerinde daha etkin kılabilmek için hazırlanacak hukuksal eğitim ve araştırma programları<sup>37</sup>. Konferansta öncelikli olarak hukukçuların gelişme programlarının hazırlanmasında ve uygulanmasında göze çarpan bir etkinliklerinin olmadığı saptanmıştı. Latin Amerika, Afrika ve Asya'daki gelişmenin ana mimarları ekonomistler, mühendisler, kamu yöneticileri, ziraatçılar, doktorlar, eğitimciler ve

---

kültürünü hedef alacak ve gelişmenin sağlanmasının ön koşulu olarak bu toplumların sahip oldukları kültürel bağlardan kurtulmak gösterilecektir." Bkz. Fahrettin Altun, "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu," *Dîvân İlmi Araştırmalar*, 8: 123-186, 2000/1, s. 150.

<sup>33</sup> Tamanaha, *Op.cit.*, s. 472.

<sup>34</sup> John Henry Merryman, "Comparative Law and Social Change: On The Origins, Style, Decline and Revival of The Law and Development Movement," *The American Journal of Comparative Law*, 25: 457-491 (1977), s. 457.

<sup>35</sup> Tamanaha, *Op.cit.*, s. 473. Bu konudaki literatür için bkz. Burg, *Op.cit.*

<sup>36</sup> H. C. L. Merillat, "Law and Developing Countries," *The American Journal of International Law*, 60: 71-79 (1966), s. 71. İlk dönem hukuk ve gelişme çalışmalarının niteliklerini belirleme noktasında, anılan konferans için bir rapor niteliğinde olan bu yazıdan yararlanılacaktır.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 71-72.

hukuk dışı diğer alanlardaki uzmanlardı<sup>38</sup>. Gelişme sürecinde hukuka ve hukukçulara bakışın ne olduğunu göstermek açısından İngiliz sömürgelerinin bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından hukukçuların oynadığı rolü gözlemlemek son derece öğreticiydi. Bu ülkelerdeki bağımsızlık hareketlerinde hukukçular önemli rol oynamışlar; hükümetin prestijinin ve gücünün artmasını sağlamışlardı. Ancak, bu ülkelerde hukukçunun “teknik” bir işlevinin olduğuna, yoksa politikaların belirlenmesi sürecinde dikkate alınmadığına kuşku yoktur<sup>39</sup>. Konferansı düzenleyenlerin iddiası şuydu ki, hukukçuların bu süreçlere daha fazla dahil olmaları gerekmektedir. Ne ki, aslında onların da hukukçulara biçtikleri rol teknik olmanın ötesine geçmiş değildi. Raporda, hukuk hizmetlerine ne zaman gereksinim duyulacağına öngörülemeyeceğinden hareketle verilen örnek bu anlamda ilgi çekicidir. Buna göre, bir baraj ya da sulama sistemi yapılması için dış destek sağlanması söz konusu olduğunda, genel bir su hukuku ve bu hukuk alanına özgü kurumların varlığı, hem desteğin sağlanması hem de yapılacak yatırımdan maksimum faydanın elde edilmesi için önemlidir<sup>40</sup>. Oysa besbelli ki bu bakış açısı, bir baraj yapılmasını gerektirecek politikaların belirlenmesinde ve böyle bir proje için dış yardım alınmasına karar verilmesinde hukuka ve hukukçuya bir rol biçmiş değildir. Kaldı ki, böyle bir “hukukçu dünya görüşü”ne gerçekten gereksinim duyulup duyulmadığı da ayrıca tartışma konusu yapılabilecektir.

Gelişme sürecinin özel hukuksal gereksinimleri, konferansta şu başlıklar altında belirlenmişti: Ticarî işlere ilişkin (mahkemeleri de kapsayan) hukuksal süreçlerin yeterliliğinin sağlanması, toprak reformu, su hukuku, ticaret formlarının belirlenmesi, kalkınma bankaları, tasarruf kurumları, borsa gibi çeşitli kurumlar, vergi politikaları ve vergi yönetimi, yabancı yatırım koşullarını da hazırlayan endüstriyel gelişmeye ilişkin yasalar<sup>41</sup>. Ancak tüm bunlardan daha dikkat çekici olan, gelişmekte olan ülkelerde

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, s. 72.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, s. 73.

<sup>41</sup> *Ibid.*, s. 74.

“ticaret hukukçusu eksikliği”ne önem verilmiş olmasıdır<sup>42</sup>. Nihayet tüm bu konuların ardından, gelişmenin yalnızca ekonomik göstergelere indirgenemeyeceği, insan hakları, nüfus kontrolü gibi konularında da etkinlik gösterilmesi gerektiği tartışılmıştır<sup>43</sup>.

Konferanstan çıkan sonuca göre, hukuksal yeterliliği artırmaya ilişkin olarak dört yöntem belirlenmiştir<sup>44</sup>: Gelişmekte olan ülkelerde hukukçuluk mesleğine ilişkin temel eğitimin geliştirilmesi, bu ülke hukukçularının sanayileşmiş ülkelerdeki kurumlarda eğitime tabi tutulması, hukukçu olmayan memurlar ve yöneticiler için özel hukuk öğretim programlarının hazırlanması ve yeni hukuk kuralları ve kurumları oluşturulurken hukukçuların teknik desteğinin alınmasının sağlanması. 1965 tarihli bu ilk toplantının ardından 1966 Nisan’ında aynı kuruluş tarafından, yeni bazı katılımcılarla, ikinci bir konferans daha düzenlendi<sup>45</sup>.

Siyasal gelişme (modernleşme) kuramlarıyla hemen hemen aynı nedenlerle, hukuk ve gelişme kuramları da geçerliliğini yitirmişti. Nitekim hukuk ve gelişmeye ilişkin ilk çalışmanın yayımlanmasının üzerinden daha on yıl geçmemişken Trubek hukuk ve gelişme çalışmalarının “krizi”nden söz ediyordu<sup>46</sup>.

Hukuk ve gelişme hareketi, modernleşme kuramının temel önermelerini kabul ediyor; evrimsel değişim sürecinin eninde sonunda Batı benzeri bir hukuk düşüncesi ve hukuk kurumu ile sonuçlanacağı fikrini benimsiyordu<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> **Ibid.**

<sup>43</sup> **Ibid.**, s. 75.

<sup>44</sup> **Ibid.**, s. 76.

<sup>45</sup> James N. Hyde, “Law and Developing Countries,” **The American Journal of International Law**, 61: 571-577 (1967), s. 571. Konferansların her ikisine de çeşitli üniversitelerin ilgili bölümlerinden akademisyenlerin yanı sıra, bakanlık temsilcileri, Ford Vakfı temsilcileri, Inter-American Development Bank, International Bank for Reconstruction and Development ve International Monetary Fund (IMF) gibi bazı finans kuruluşları katılmıştı.

<sup>46</sup> David M. Trubek and Marc Galanter, “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States,” **Op.cit.**, s. 1063.

<sup>47</sup> Tamanaha, **Op.cit.**, s. 473.

Trubek'e göre de hukuk ve gelişme çalışmaları siyasal ve ekonomik gelişme kuramlarına dayanmaktaydı. Ancak hukukçuların bu "oyun"a dahil olmaları biraz gecikmişti. Bunun nedenlerinden biri, geleneksel hukuk kuramlarının, hukuk fakültelerini bu tür çalışmalar için gerekli ekipmanlardan yoksun kılmış olmasıydı. Hukuk fakülteleri daha yerel konularla ilgilenmekteydiler. Dolayısıyla üniversitelerin diğer toplumlardaki hukuka ilişkin araştırma yapma yeterliliği bulunmuyordu. Üstelik, "hukuk ve toplum" konulu çalışmalar ya marjinal olarak nitelendiriliyordu (dolayısıyla belli bir sistematiğinden ve kurumsallaşmadan uzak çalışmalardı) ya da yine yerel topluma özgülendi. Üçüncü Dünya ülkelerinde hukuksal gelişme konusuna ilgi gösteren kurum ve kuruluşlar ise üniversitelere bu tür çalışmalar yapmaları için bir baskı yapmıyorlardı. Hukuk ve gelişme konusundaki bu olumsuz manzaraya rağmen daha 1950'lerde bazı hukukçular gelişme konusu ile ilgilenmeye başlamışlar; bazı "gelişmeciler" ise hukuku fark etmişlerdi. Bu anlamdaki ilk ilgi, Üçüncü Dünya ülkelerinde hukuk öğretimi reformuna ilişkindi<sup>48</sup>. İlginin hukuk öğretiminde reforma yönelik olması, hukuk ve gelişme arasındaki ilişkinin "araçsal" bir bakış açısıyla açıklanmaya çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Bu araçsal yaklaşım, hukuk ve gelişme çalışmalarının tümünde hissedilmiyorsa bile, büyük çoğunluğunda etkin olan yaklaşımdır<sup>49</sup>. Sistematiğe bir düşünce okulu olarak kabul edilemeyecekse de araçsal yaklaşım, hukuku, insan davranışlarını değiştirip gelişmeye ulaşılmasını sağlayacak şekilde kullanılabilir bir güç olarak gören yaklaşımdır<sup>50</sup>. Bu bakışın hukuku bir "sosyal mühendislik"<sup>51</sup> olarak gören yaklaşımla dirsek teması olduğu açıktır.

Trubek'e göre hukuk ve gelişme çalışmaları, Amerika Birleşik Devletleri'nin, uluslararası kuruluşların ve hükümetlerle çalışan özel bazı vakıfların Üçüncü Dünya ülkelerine "kalkınma yardımı" yapma etkinliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştı. 1960'lar pek çok ülkenin sömürge statüsünden kurtularak uluslararası siyaset sahnesine

---

<sup>48</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1066.

<sup>49</sup> Burg, *Op.cit.*, s. 505.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Hukukun "sosyal mühendislik" niteliğini kazanması bağlamında Pound için bkz. Ülker Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967), s. 18.

çıktıkları bir dönemdi<sup>52</sup>. Bu “yeni” ülkeler, Batı standartlarına göre “az gelişmiş”lerdi. Diğer pek çok şeyin yanında hukuk sistemlerinde modern kurumlardan ve bütünlükten de yoksundular<sup>53</sup>. Üstelik hukuksal gelişme yardımları Soğuk Savaş söyleminin ve politikalarının tırmanışa geçtiği bir dönemde başlatılmıştı<sup>54</sup>. Amerikalı hukukçular, dünya siyaset sahnesindeki bu gelişmelere kayıtsız kalmamışlardı. Sözgelimi Harvard Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Çalışmaları Programı’nın 1961 yılı raporunda, “Değişen Latin Amerika, Asya ve Afrika’da tüm dünyayı ilgilendiren hızlı ve önemli ekonomik gelişmeler yaşandığı” vurgulanmaktaydı<sup>55</sup>. Amerikan hukuk eliti ve Amerikan politikasını belirleyenler, “hukuk devleti” olgusunu Birleşik Devletleri komünist rejimlerden ayıran temel kavram olarak görüyorlardı<sup>56</sup>. Dolayısıyla, hukuksal gelişme yardımlarında sıkça geçen kavramlardan birinin “hukuk devleti” olması şaşırtıcı değildi. Yani Trubek’in perspektifinden düşünüldüğünde “gelişme”nin, “evrimsel bir değişim süreci”nden ziyade, Üçüncü Dünya ülkelerine bir “müdahale” biçimi ya da “reel politika” kavramı<sup>57</sup> olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>58</sup>. Nitekim Trubek, ilk hukuk ve

---

<sup>52</sup> “Sömürgeleştirme ve yeni ulusların ortaya çıkış sürecini, gerek bu ülkelerin gerekse de tüm Batılı olmayan toplumların komünizmin tuzağına düşmelerini engellemek üzere yürürlüğe konan dış yardımlar konusunun gündeme gelişi izlemiştir. Dış yardımlar konusu savaş sonrası Amerikan dış politikasının önemli öğelerindedir. Truman Doktrini ve Marshall Planı ile çerçevesi çizilen anlayışa göre Amerika dünyayı komünizm tehdidinden arındırmak için çeşitli yardım paketleri hazırlamış ve biçimlendirmek istediği toplumlararası siyasete paralel olarak dış yardım sağlama konusunu gündeme getirmiştir. Tam da bu nedenle *azgelişmiş* ülkelerin bir yandan dillendirdikleri diğer yandan muhatapı oldukları kalkınma politikaları, ‘dış yardımlar’la ciddi anlamda desteklenmiştir.” Bkz. Altun, *Op.cit.*, s. 129.

<sup>53</sup> Burg, *Op.cit.*, s. 495.

<sup>54</sup> Bu noktaya dikkat çeken çokça yazar olmasına karşın, örnek olması bakımından bkz. *Ibid.* ve Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1085.

<sup>55</sup> İlgili rapordan aktaran Burg, *Op.cit.*, s. 495.

<sup>56</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1086. “1945 sonrasında dünyanın gelişmekte olan uluslarından bahsedilmesinin ve bu çerçevede dünyanın azgelişmiş uluslarını kalkındırma amacıyla sosyal bilimlerin yoğun bir biçimde kalkınma konusunu tartışmaya başlamasının temelinde açık bir siyasî kaygı yatmaktadır. Savaş sonrasında dünyasında ekonomik ve toplumsal gelişme, Batılı olmayan dünyada istikrarsızlık ve komünizme karşı uzun dönemli bir çözüm olarak görülmeye başlamıştır.” Bkz., Altun, *Op.cit.*, s. 124.

<sup>57</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1092.

<sup>58</sup> *Ibid.*, s. 1063. Hukuk eğitiminde reform amaçlayan çalışmaların teşvik ve finans kaynakları alt alta konulduğunda bu çarpıcı gerçeğe burun buruna gelmektedir. 1960’larda farklı coğrafyalardan çeşitli

gelişme çalışmalarının doğrudan bu yardım etkinlikleri ile bağlantılı olduğunu, ancak zamanla bu düşüncenin akademik dünyada da bir karşılık bulduğunu ve bağımsız çalışmalar yürütüldüğünü dile getirmekte<sup>59</sup>; ne ki bu “yardım etkinlikleri”nden bağımsız gelişme odaklı akademik çalışmaların kendilerini yardım etkinlikleri merkezli çalışmalardan ayırmak üzere eleştirel bir tutum takındıklarını söylemektedir<sup>60</sup>. Hukuk ve gelişme çalışmalarının Trubek’in deyişiyle “krize girmesi” ile sonuçlanan bu eleştirel tutumun temelinde, bireysel özgürlüklerin korunmasını, yönetsel kararların alınmasında yurttaşların etkinliğinin genişletilmesini, toplumsal eşitliğin artırılmasını ve yurttaşların kendi yaşamlarını şekillendirmedeki yeterliklerinin geliştirilmesini sağlayacağı iddia

---

ülkelerde –ki tek ortak yanları “gelişmekte olan ülkeler” olarak nitelendirilmeleridir- hukuk öğretiminde reformu öngören çalışmalar Amerika Birleşik Devletleri hükümeti ve vakıfları tarafından finanse edilmekteydi. Hukuksal Eğitim ve Araştırmalarda Afrika Kurumlarını Destekleme Programı [Staffing of African Institutions For Legal Education and Research (SAILER)], 1962’de Ford Vakfı’nın desteği ile kurulmuştu ve Amerikalı hukukçuları Afrika üniversitelerinde öğretim ve araştırmalara yardım etme amacıyla göndererek, Afrika’daki hukuk eğitiminin kalitesini artırmayı öngörüyordu. Program Rockefeller Vakfı ve Barış Ordusu [Peace Corps] tarafından da finansal destek görmekteydi. 1966’da Brezilya’da hukuk öğretiminin reformunu amaçlayan Hukuk Eğitimi Çalışmaları ve Araştırmaları Merkezi [Center For Study and Research in Legal Education (CEPED)]’nin arkasında Uluslararası Gelişme Ajansı [Agency for International Development (AID)] ve yine Ford Vakfı bulunmaktaydı. Merkez, Brezilyalı hukukçuların Birleşik Devletler öğretim tekniklerine uygun olarak eğitilmelerini amaçlıyordu. Hukuk eğitimi reformu çalışmaları, Kosta Rika’da 1965’de AID tarafından, Şili’de 1967’de Ford Vakfı tarafından, Kolombiya’da 1969’da Ford Vakfı tarafından finanse edilmişti. Uluslararası Hukuk Merkezi [The International Legal Center (ILC)] 1966’da benzer gerekçelerle kurulmuştu. AID, 1969’da Yale Üniversitesi’ndeki Hukuk ve Modernleşme Programı’na [Program in Law and Modernization] 1.000.000 \$’lık bir kaynak sağlıyordu. Aynı Ajans’ın 1971 yılında Stanford Üniversitesi’ndeki Latin Amerika Kalkınmasında Hukuk çalışması için ayırdığı kaynak 750.000 \$’dı.

Kuşkusuz 1960 öncesinde de benzer ama çok daha doğrudan ilişkiler söz konusuydu. Söz gelimi 1956’da Hindistan Hukuk Enstitüsü [The Indian Law Institute] Ford Vakfı’nın yardımı ile kurulmuştu. 1954’te ise New York Üniversitesi Türkiye Hukuk Projesi [Turkey Law Project] çerçevesinde Türkiye’deki hukuk fakültelerine yardım etmekteydi. Bkz. *Ibid.*, s. 1066-1067, dn. 12-13-14.

<sup>59</sup> Modernleşme kuramının ortaya çıkışındaki ideolojik gerçeği açıkladıktan sonra, Altun da, “iyi niyetli” düşünürlerin varlığına şu şekilde dikkat çekmektedir: “Tüm bu siyasal süreçlere karşın, modernleşme kuramının üretilmesinde rol alan düşünürlerin entelektüel ya da duygusal kaygıları ile bir bütün olarak bu kuramın denk geldiği siyasal anlamın birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Düşünürlerin politik bir gerekçe ile hareket edip etmemesi ile onun ürettiklerinin politik bir anlama ya da pratiğe dönüşüp dönüşmemesi birbirinden farklı şeylerdir. Gelişme kuramlarının gündeme gelmesinde, dünya çapında yoksulluğun ortadan kaldırılmasını, dünya yüzeyindeki eşitsizliklerin çözümlenip yaşanan sefaletlerin tasfiyesini kendilerine kalkış noktası olarak alan kuramcılar olabilir.” Altun, *Op.cit.*, s. 134.

<sup>60</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1063.

edilerek meşrulaştırılan hukuksal gelişme yardımlarının amaçlarından duyulan kuşku yatmaktaydı. Daha açık ifadesiyle;

hukuk ve gelişme çalışmalarının krize girmesinin nedeni kimi akademisyenlerin, hukuksal gelişmenin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukuk kurumlarının ihraç edilerek sağlanabileceği ya da Üçüncü Dünya'daki hukuk mekanizmalarında meydana gelecek her türlü gelişimin hayırlı olacağı şeklindeki varsayıma artık kuşkuyla bakıyor<sup>61</sup>

olmalarıydı. Bu kuşkuyu doğrulayan ve dönemin hukuk ve gelişme çalışmalarının amacını özetleyen Yargıç William O. Douglas'ın ifadeleri dikkat çekicidir:

Yeni gelişmekte olan ülkelerin bizim yardımlarımıza gereksinimleri vardır. Bu ülkelerin yalnızca bizim paramıza, makinelerimize ya da yiyeceklerimize değil, hocalarımız tarafından biriktirilmiş büyük bilgi birikimimize de gereksinimleri vardır.... Buzdolapları ya da radyolar belki kolayca ihraç edilebilir; ancak demokratik düzen kolayca ihraç edilemez. Özgürlük ve serbestlik fikirleri hızlı ve çabuk yayılırlar, bulaşıcıdırlar. Ama bu fikirlerin belli toplumlara adapte edilmesi eğitilmiş, disiplinli ve kendini işine adanmış insanların, yani hukukçuların varlığını gerektirmektedir<sup>62</sup>.

Bu genç ulusların Batı'dan gelecek yüzlerce, binlerce öğretmene –hukuk eğitmenlerine, kamu yönetimi hocalarına, araştırma görevlilerine- gereksinimleri vardır. Dünyanın yarısındaki bu uzun ve yaratıcı sürece katılıp hizmet etme fırsatını kaçırmamalıyız<sup>63</sup>.

Bu derin kuşku, hukuk ve gelişme çalışmaları yapan akademisyenlerde –ve elbette Trubek'te de- ahlâkî bir kırılma ve bir keyifsizlik ya da –yine Trubek'in deyişiyle- “kendinden soğuma (self-estrangement)” duygusu yaratmıştı<sup>64</sup>. Zira hukuk ve gelişme kuramcıları, yardım programlarını eleştirmekle, kendi varlıklarını borçlu oldukları desteği de eleştirmiş oluyorlardı. Ve uluslararası kuruluşların, Birleşik Devletler'in ve özel kurumların desteği olmadan, bu kuramcıların kendi çalışmalarını yapabilmeleri mümkün değildi. Çünkü, kendi üniversitelerinin ve araştırma enstitülerinin gözünde

<sup>61</sup> *Ibid.*, s. 1080.

<sup>62</sup> Aktaran, *Ibid.*, s. 1067-1068, dn. 16.

<sup>63</sup> Aktaran, Burg, *Op.cit.*, s. 496.

<sup>64</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1063-1064.

“egzotik” ve “periferik” olmanın ötesine geçemeyen bu çalışmalarını anlayan ve bunlara değer atfedenler geleneksel akademik çevreler değil, söz konusu kurum ve kuruluşlardı<sup>65</sup>. Çalışmalara katkı verenlerin bazılarında bir hayal kırıklığı yaratmış olsa da, hukukun sadece hukuktan ibaret olmadığını göstermesi açısından bu olumlu ya da olumsuz deneyim, son derece öğretici olmuştur.

### 3.1.2. Hukuksal Liberalizmin Hukuksal Gelişme Çalışmalarındaki Yeri

Trubek’e göre Amerika Birleşik Devletleri’ndeki hukuk ve gelişme çalışmalarının temel paradigması hukuksal liberalizmdir<sup>66</sup>. Hukuksal liberalizme ilişkin değerlendirmelerden evvel Trubek, hukuksal liberalizmi bir “kuram” değil de bir “paradigma” şeklinde nitelendirmesinin gerekçesi olarak, kuramsal nitelik taşımayan pek çok hukuk çalışmasında da hukuksal liberalizmin sözlü ya da üstü kapalı şekilde kabul edilmesini göstermektedir<sup>67</sup>. Trubek’in “paradigma”dan kastı, bir toplum kuramının altında yatan temel varsayımlardır. Trubek’e göre bu temel varsayımlar, toplumsal olguların ilişkilerine dair bilişsel bir harita içermektedirler ve toplumsal olguların kavranmasını sağlayan bir mercek vazifesi görürler. Üstelik kavranılan olguların değerlendirilmesine yarayacak kıstaslar da sunmaktadırlar. Bu nedenle her hangi bir toplum kuramının temelinde yatan bu varsayımlar toplumsal yaşamı bir değerler sistemi çerçevesinde açıklarlar. Böylece aynı zamanda toplumsal ilişkilerin desteklenmesine ya da eleştirilmesine de yararlar<sup>68</sup>.

Hukuk ve gelişme hareketinin ilk yıllarında pek çok kuramcı tarafından kabul edilen, hukuk ve gelişme ilişkisine dair bir dizi yazılı olmayan varsayımı Trubek, hukuksal liberalizm paradigması diye adlandırmaktadır. Hukuksal liberalizmi bir kuram değil de bir paradigma olarak ortaya koymakla Trubek aslında, karşı karşıya kalabileceği bir çok

<sup>65</sup> *Ibid.*, s. 1064, dn. 4.

<sup>66</sup> *Ibid.*, s. 1070. Trubek’in hukuksal liberalizm analizine özgülenmiş çalışması olarak bkz. Trubek, *Op.cit.*

<sup>67</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1069, dn. 21.

<sup>68</sup> Bu paradigma açıklaması için bkz. *Ibid.*, s. 1069.

eleştiriyi de baştan göğüslemiştir. Hukuksal liberalizm bir paradigma olarak kabul edildiği için, belli belirsiz bir dizi varsayımdan ibarettir. Dolayısıyla Trubek'in hukuksal liberal diye nitelediği bazı kuramcılar bu varsayımları kabul etmediklerini, bazıları ise bu varsayımların yetersiz kaldığını söyleyebileceklerdir. Nitekim Trubek, hukuksal liberalizme atfedeceği varsayım ve kabullerin, bu durum göz önüne alınarak değerlendirilmesini önermektedir<sup>69</sup>.

Trubek'in hukuksal liberalizm paradigmasına ait olduğunu ileri sürdüğü varsayımları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Toplum, kendi refahları için devlete rıza gösteren bireylerden oluşmaktadır; 2) Devlet bireyler üzerindeki kontrolünü hukuk aracılığıyla gerçekleştirmektedir ancak devletin bu kontrolü de hukukla sınırlıdır; 3) Hukuk toplumsal hedeflere varmak üzere ortaya çıkmıştır ve toplumdaki her hangi bir bireye ya da bireyler grubuna özel bir avantaj sağlıyor değildir; 4) Hukuk yurttaşların hepsine eşit şekilde uygulanmaktadır; 5) Mahkemeler hukukun ne olduğunun açıklanmasından ve uygulanmasından birinci derecede sorumlu kurumlardır; 6) Yargılama kapsamlı bir emredici kurallar bütününe dayanmaktadır ve yargısal kararlar dışsal bazı faktörlerin etkisinden bağımsızdırlar; 7) Hukuksal aktörler kendilerini sınırlandıran kuralları izlerler ve nüfusun büyük çoğunluğu yasaları içselleştirmiştir. Hukuk kurallarının ihlali söz konusu olduğunda zorlayıcı eylemlerle kurallara uyulması sağlanmaktadır<sup>70</sup>.

Öyleyse bu paradigmanın bakış açısına göre bir hukuksal sistem “devlet gücüne dayalı, ancak bu devlet gücünü de kendi otonom ve içsel kurallarıyla disiplin altına alan, bütünleşmiş ve belli bir amaca yönelmiş varlık” olarak tanımlanabilecektir<sup>71</sup>. Hukuksal liberaller açısından hukuk, “gelişme”nin hem unsurlarından hem de araçlarından biridir<sup>72</sup>. Dolayısıyla hukukun hem “etkin” hem de “hayırlı” olduğu savunulmaktadır<sup>73</sup>. “Gelişme”nin nasıl tanımlandığı da dikkate değerdir:

<sup>69</sup> *Ibid.*, s. 1070.

<sup>70</sup> *Ibid.*, s. 1071-1072'den yukarıdaki özeti çıkarıp aktaran Tamanaha, *Op.cit.*, s. 473.

<sup>71</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1072.

<sup>72</sup> *Ibid.*, s. 1073.

Gelişme, insanoglunun dünyayı kontrol altına almasını sağlayan rasyonel kapasitenin ve böylece maddi refahını geliştirme yeteneğinin artırılması olarak kabul ediliyordu. Ama “gelişme” rasyonalite ve maddi tatminin artırılmasından daha fazlasını ifade ediyordu. Gelişme kavramı ile, daha geniş eşitlik, daha fazla özgürlük, daha fazla katılım da vaad ediliyordu. Dolayısıyla, bir ideal olarak “gelişme” Üçüncü Dünya halkları için her bakımdan daha zengin bir yaşam vaadiydi<sup>74</sup>.

Hukukla birlikte, evrensel kuralların uygulandığı kişisel olmayan bir yönetim söz konusu olmakta, böylece, yurttaşların hepsine daha kapsayıcı ve daha eşit bir uygulama yapma olanağı doğmaktaydı. Bu nedenle, hukuksal kurumların gelişimi, eşitliğin artırılıp, katılımın genişletilmesi ile eşdeğer görülmekteydi. Hukuk, keyfi yönetimi engelleyici bir teknik olarak anlaşılmaktaydı<sup>75</sup>. Yani hukuksal liberalizme yön veren temel motif, yönetsel işlemlerin standardizasyonu idi.

Hukuksal liberalizm öncelikle, hukuksal gelişme yardımlarını savunmaya ve meşrulaştırmaya çalışmıştır. Zira, hukuksal liberalizm, dış yardımları yegane gelişme aracı olarak sunmaktadır. Bu anlamda hukuk öğretiminin yapıldığı kurumlar kilit önemdedir. Zira hukuksal liberallere göre, hukukçuların geliştirilmesi toplumsal gelişmeyi de hızlandıracaktır<sup>76</sup>. Bu nedenle, hukuksal liberaller tarafından Üçüncü Dünya ülkelerindeki hukuk fakültelerinde, bir yandan hukuksal kurallar, öğretiler,

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, s. 1074.

<sup>74</sup> Farklı hukuksal liberal görüşleri özetleyerek aktaran *Ibid.*, s. 1073. Gelişmenin nasıl tanımlanacağı gerçekten ciddi bir meseledir. Gelişmeyi tanımlamak için hangi göstergelerin kullanılacağı, gelişmenin nasıl tanımlandığına bağlıdır. Benzerleri arasında ilk olma niteliğine sahip SBRD'nin düzenlediği Hukuk ve Gelişmekte olan Ülkeler Konferansı'nda ekonomik büyümeye odaklanılmıştı. Yine de uluslaşmanın diğer göstergeleri de kavrama içkindi. Nitekim ilk konferanstaki tartışmalar ekonomik gelişme için gereksinim duyulan siyasal ve hukuksal çalışmalar etrafında toplanmıştı. Bkz. Merillat, *Op.cit.*, s 72. “Gelişme” kavramıyla farklı yazarların ne kastettiklerine ilişkin olarak bkz. Burg, *Op.cit.*, s. 502-503-504. Trubek-Galanter'in “her anlamda daha zengin/müreffeh bir yaşam” tanımlamasının yeterince açık olmasa da, kapsayıcı ve tanımlayıcı olduğu kanısındayım. Son olarak, “gelişme” ve “kalkınma” kavramları arasında, en azından çağrışımları açısından bir nüansa dikkat çekilebilir. Kalkınma iktisadi bir terim gibi de düşünülebileceğinden, çevirilerde “gelişme” kavramının kullanılmasına özen gösterilmiştir.

<sup>75</sup> Trubek ve Galanter, *Op.cit.*, s. 1074.

<sup>76</sup> *Ibid.*, s. 1075.

usuller ve bunlar arasındaki ilişkiler öğretilirken, diğer yandan da ulusal gelişme hedefleri doğrultusunda çalışmalar yapılması önerilmektedir.

Hukuksal gelişmenin bir başka aracı ve göstergesi de, hukukun uygulanma, daha doğrusu ortaya çıkan uyuşmazlıkların hukuk kuralları doğrultusunda çözülmesi aşamasıdır. Hukuksal liberalizm, hukuk hizmetlerinden eşit yararlanma ve yargısal karar verme aşamasında etkin taraf olma olanağını da öngörmektedir<sup>77</sup>.

Ancak hukuksal liberalizmin işi hiç de kolay değildir. Zira bir yandan ABD'nin ve vakıfların desteğini kazanmaya çalışıp, öte yandan da gelişmekte olan ülkeleri hukuksal yardıma gereksinimleri olduğu konusunda ikna etmeleri gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu anlamda hukuksal liberalizm, bilim, siyaset ve ahlâkî eylem konusunda farklı düşünceleri, beş temel varsayım etrafında bir araya getirmektedir<sup>79</sup>:

Birincisi, hukuk içsel olarak "iyi" ya da "hayırlı"dır ve hukuksal liberalist model çerçevesinde değişiklikler öngören hukuksal gelişme projeleri gelişmeye ilişkin göstergeleri kuvvetlendirecektir. İkincisi, hukuk, toplumsal ilişkilerde arzu edilen değişikliği gerçekleştirme "etkinliği"ne sahiptir. Üçüncüsü, hukuksal gelişme çalışmaları "bilimsel" yani sistematik ve nötr nitelik taşıyabilir. Böylece hukuksal gelişme çalışmaları Üçüncü Dünya ülkelerindeki hukuk yaşamı hakkında farklı kültürler için de geçerli olabilecek hipotezler üretebilecektir. Dördüncüsü, hukuk ve gelişme çalışmaları ahlâk alanı için de bir değer taşımaktadır. Son olarak, ABD, Üçüncü Dünya uluslarının gelişimi için anlamlı yardımlar yapabilecektir.

Dolayısıyla hukuksal liberalizm, her şeyden önce hukuk ve gelişme arasındaki ilişkiyi, ardından da bu gelişmenin sağlanabilmesi için dışsal desteğin gerekliliğini kanıtlayabilmelidir. Hukuksal liberalizmin kısa süreliğine de olsa başarı kazanmış olmasının altında, bu iki işlevi de layıkıyla yerine getirebilmiş olması yatmaktadır. Gelgelelim hukuk ve gelişme hareketleri ile hukuksal liberalizmin krizinin temelinde de bu iki işlevin sorgulanmaya başlaması yatmaktadır.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, s. 1076-1077.

<sup>78</sup> *Ibid.*, s. 1087.

<sup>79</sup> *Ibid.*, s. 1096.

Trubek'e göre hukuk ve gelişme çalışmalarına yönelen eleştiriler dört temel ilkesel kaynaktan türemektedir<sup>80</sup>: Üçüncü Dünya ülkelerindeki hukuksal gerçekliğe ilişkin ampirik bilgilerin artması, hukuksal liberalizmin hukukun rolüne ilişkin varsayımlarının ABD'deki gerçeği bile açıklamadaki yeterliliğine duyulan inancın azalması, ABD'nin Üçüncü Dünya ülkeleri için geçerli bir model olabileceğinden duyulan kuşku ve nihayet ABD'de ve Üçüncü Dünya'da etkin olan siyaset adamlarının hukuksal liberallerin temel değerlerine sahip olmadıklarının farkına varılması.

### 3.2. Duncan Kennedy

Yukarıda da belirtildiği üzere konferans öncesinde Duncan Kennedy, Hart ya da klasik hukuk düşüncesi üzerine yazılar yazmakta ve hukukun biçiminin ve içeriğinin açıklanmasında hukuka ilişkin siyasal kuramların ya da hukuk öğretilerinin içsel dinamiğine dayanılabileceğini ortaya koymaktaydı. EHÇK'nın toplanmasına öncülük eden birkaç kişiden biri olan Kennedy'nin, daha sonra EHÇ'ye de yön verecek olan konferans öncesi çalışmalarını, konferansın toplanmasından hemen önce yayımladığı bir makale indinde incelemek mümkündür<sup>81</sup>.

Özel hukukta biçime ve öze ilişkin farklı yaklaşımların değerlendirildiği bu çalışma, söz konusu yaklaşımları "bireyci/ özgeci (individualist/ altruistic)" dikotomisi çerçevesinde incelemektedir<sup>82</sup>. Hukuka ilişkin yaklaşımlarda gözlenen bireyci-özgeci dikotomisi, tarihsel bir perspektifle, ahlâkî, ekonomik ve siyasal anlamlarıyla da birlikte ele alınmaktadır<sup>83</sup>. Böylece, bireyciliği liberalizmle ilişkilendirmek ve bu dikotomi

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, s. 1089.

<sup>81</sup> Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review*, 89: 1685-1778 (1975-76). Kennedy'nin anılan makalesi, EHÇ literatürünün temel metinlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Massachusetts: Harvard University Press, 1987), s. 15. Bu anlamda, Kennedy'nin EHÇ öncesi dönemdeki çalışmalarında bu makalenin esas alınması, yalnızca Kennedy'ye ilişkin değil, EHÇ'ye ilişkin olarak da yol gösterici olacaktır.

<sup>82</sup> Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Op.cit.*, s. 1685.

<sup>83</sup> *Ibid.*, s. 1767.

çerçevesinde bir hukuksal liberalizm eleştirisine girişmek mümkün olabilmektedir. Üstelik Kennedy'ye göre son birkaç yüzyıldır, bireycilik ve özgecilik birbirlerinden farklı noktalarda bulunmuşlarsa da, şu anda dikkat çekici bir paralellik arz etmektedirler<sup>84</sup>. Buna göre, özgeciliğin liberal siyasal argümanlara yanıt olarak ileri sürdüğü öncüller, aslında aynı argümanın bir başka düzeyde ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla özgecilik, alternatif program olarak önümüze kolektivizmi koyuyormuş<sup>85</sup> gibi görünse de, liberal argümanların bir başka düzeyde dile getirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>86</sup>.

Kennedy makalesinin başında, konusunun Amerikan özel hukukuna ilişkin görüş ve yaklaşımların niteliklerinin ve bu yaklaşım ve nitelikler arasındaki ilişkilerin belirlenmesi olduğunu ifade eder. Ardından Amerikan özel hukukunun özüne ilişkin yaklaşımların bireyci ve özgeci retorikler çerçevesinde dile getirildiğini ileri sürer. Hukukun biçimine ilişkin yaklaşımlar da keza, kuralcı ve standartçı diye adlandırılacak iki retorik çerçevesinde incelenebilecektir<sup>87</sup>. Hukukun özü ve biçimine ilişkin, söz konusu ikişer yaklaşımı saptamasının ardından Kennedy, meselesini iki iddia olarak ortaya koyar:

Amacım söz konusu uslamalara ilişkin iki ortak sezgiyi, rasyonel olarak kanıtlayabilmektir. Birincisi, özgecilerin özel hukukun özüne ilişkin yaklaşımlarının yönetimde standartlara başvurulması gerektiği sonucunu yaratırken, bireyselciliğin katı kurallara sıkı sıkıya bağlı kalınmasını öneriyor olmasıdır. İkincisi ise, özel hukuktaki öz-biçim çatışmasından, beşerî taleplerin tatmininin maksimize edilmesinin nasıl sağlanabileceğine ilişkin bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığıdır<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> *Ibid.*, s. 1766.

<sup>85</sup> *Ibid.*, s. 1771.

<sup>86</sup> *Ibid.*, s. 1767.

<sup>87</sup> Kennedy ayrıca atıfta bulunmasa da, Amerikan hukukunun kuralcı ve standartçı yaklaşımlar çerçevesinde düşünülebileceği iddiası, Hart'ı ve Dworkin'i akla getirmektedir. Liberal hukuk anlayışının çağdaş temsilcileri olarak kabul edilen bu iki isimden ilki, hukuku bir kurallar sistemi olarak ele alırken, ikincisi, hukukun kurallar ve ilkeler içeren bir davranış standartları bütünü olduğunu ileri sürmektedir.

<sup>88</sup> Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Op.cit.*, s. 1685.

Zira Kennedy'ye göre, hukukçuların kullandıkları farklı retorikler aslında, insanlığa, topluma ve geleceğe bakışlarının farklılığından kaynaklanan daha derin bir çatışmayı yansıtmaktadır<sup>89</sup>.

Kennedy, hukuksal biçime ilişkin meselelerle ilgilenen hukuk kuramlarını “kuralların hukukbilimi” (jurisprudence of rules) olarak adlandırır. Hukuksal biçim üzerinde ayrıca duran kuramlara göre, hukuksal düzen içerisinde standartların mı kuralların mı tercih edilmesi gerektiğine ilişkin mesele mühimdir ve öze ilişkin konulardan bağımsız bir şekilde ele alınmayı gerektirmektedir<sup>90</sup>.

Kennedy hukuksal biçim konusunu üç boyutuyla ele alır: (a) Biçimsel fark edilebilirlik, (b) genellik ve (c) formalitelere karşı kurallar.

**(a) Hukuksal kuralın ilk özelliği, biçimsel olarak fark edilebilir olmasıdır.** Bu boyutuyla ele alındığında kuralın karşısında “standart”, “ilke” ya da “politika” yer alacaktır. Standart, doğrudan hukuksal buyruğun özsel amacına göndermede bulunan bir düzenleme aracıdır. “Hakkaniyete uygunluk”, “fahiş” ya da “haksız” kazanç gibi kıstaslar, standartlara örnek olarak verilebilir. Kennedy'ye göre, standartların uygulanabilmesi için yargıç, hem mevcut uyumsuzluktaki olguları saptamalı hem de bunları kendilerine uygulanacak standartların kıstasları ve amaçları uyarınca değerlendirmelidir<sup>91</sup>.

Kennedy, en azından Jhering'ten beri, fark edilebilir kurallar konusunda, standartlar ve ilkelerden farklı olarak iki olumlu özelliği barındırdıklarına ilişkin ortak bir kanunun bulunduğunu belirtir. Bu iki özellik, keyfiliğin önlenmesi ve kesinliktir<sup>92</sup>. Keyfiliğin önlenmesi, Kennedy tarafından kısaca, karar verme aşamasında, kurallarla belirlenmiş

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Ibid., s. 1687.

<sup>91</sup> Ibid., s. 1688.

<sup>92</sup> Ibid.

amaçlar dışındaki –rüşvetten siyasal eğilimlere kadar uzanabilen- *sub rosa*<sup>93</sup> kıstasların etkinliğinin kaldırılması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>94</sup>. Zira *sub rosa* kıstasların kullanımının, –özel olarak verili durumdaki etkisinden bağımsız olarak- hayra alamet olmadığı kabul edilmektedir. Öte yandan kesinlik, yurttaşlar lehine yarattığı etki nedeniyle kıymetlidir. Zira eğer bireysel aktörler, kamu görevlilerinin hangi davranışlarına ve ne derece karışacaklarını önceden tam olarak bilebilirlerse, kendilerini buna göre ayarlayabileceklerdir<sup>95</sup>. Bunun yurttaş açısından avantajı, kazanımlarının güvence altına alınması iken; devlet açısından bu durum, yurttaşların bireysel faaliyetlerinin olasılıkla arzulan şekilde gerçekleşeceği anlamına gelmektedir<sup>96</sup>.

Biçimsel fark edilirliliğin bu avantajlarının yanında, yine en azından Jhering'ten beri ortak bir kanıyla, bir bedelinin olduğu da kabul edilmektedir. Zira hukuk düzeninde kuralların tercih edilmesi, kuralların ardında yatan diğer kıstasların tümünün kurban edilmesi anlamına da gelmektedir<sup>97</sup>. Kennedy örnek olarak, rüşt olarak 21 yaşın belirlenmiş olmasını vermektedir. Rüşt yaşının bir kuralla 21 olarak tespit edilmiş olmasının ardında, kişinin ancak bu yaşta tam bir yeterliliğe kavuşabileceğinin düşünülmesi gibi çeşitli nedenler bulunmaktadır. Oysa sadece böyle bir kurala dayanıldığında, 21 yaşından evvel tam yeterliliğine kavuşmuş kişilerin yetersiz kabul edilmesi gerekeceği bir tarafa, 21 yaşını doldurduğu halde halen yetersiz olan kişiler, yeterliymiş gibi işlemler yapabileceklerdir.

**(b) Kural ile ilgili ikinci boyut genellik-özellik meselesidir.** Genellik, Kennedy'nin ifadesi ile, “hukuksal buyruğun çerçevesini çizen kişinin tek taşla çok kuş vurmaya çalışmasıdır”<sup>98</sup>. Sözelimi, genel rüşt olarak 21 yaşı esas kabul eden bir kural, sözleşme

---

<sup>93</sup> “Gülün altında yer alan” şeklinde çevrilebilecek bu terim, mitolojide gülün giz ya da sır imgesine denk düşmesi nedeniyle “sırla kaplı” ya da “gizli” anlamına gelmektedir. Kennedy terimi, nereden, hangi saiklerle türetildiği belli olmayan kıstasları belirtmek üzere kullanmıştır.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*, s. 1689.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

yapma rüştü olarak 21 yaşı esas kabul eden bir kuraldan daha geneldir. Keza, ateşli silahların kullanımında makul derecede dikkatli olunması gerektiğine ilişkin bir standart, tehlikeli her hangi bir alet kullanırken dikkatli olunması gerektiğine ilişkin standarttan daha özeldir. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, biçimsel fark edilirlilik ile genellik boyutları birbirinden farklıdır. Genel ya da özel standartlar söz konusu olabileceği gibi, genel ya da özel kurallar da söz konusu olabilecektir<sup>99</sup>. Bir başka ifade ile genellik tek başına, standardı ya da kuralı belirleyen bir özellik değildir.

Yine de, uygulamada bu boyutların arasında belli bir ilişki bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Her şeyden önce genel bir kural, özel kurallara kıyasla daha kapsayıcı ancak yüzeysel olacaktır. Her kural amacı doğrultusunda belli bir kesinlik içerir; ancak kuralın düzenlediği alan genişledikçe bu kesinlik azalacaktır. İkincisi, özel kuralların sayısının artması, biçimsel fark edilirliliğin altını oyacaktır. Zira bu kez de, yargılama esnasında yeni sorunlar ortaya çıkacaktır. Örnek olsun, seçim, araba kullanma, içki içme, sözleşme ya da evlenme gibi farklı edimler için farklı rüşt yaşının belirlenmiş olması aslında, biçimsel fark edilirliliği zayıflatmaktadır. Bu edimlerin hepsinin ya da bir kaçının söz konusu olduğu bir yargılamada, rüşt yaşının nasıl tespit edileceği bir sorun yaratacaktır. Dolayısıyla, rüşt yaşını 18 olarak belirlemiş tek bir genel kuralın bulunması, biçimsel olarak daha fark edilebilirdir. Üçüncüsü, genel kuralların tercih edildiği bir rejim, yargısal hukuk yaratımını azaltır. Zira genelde genel kurallar, düzenlemelerinde birkaç olasılığı içermektedirler. Yargılama esnasında yargıç, genel kuraldaki bu olasılıklardan birini seçmek durumunda kalacaktır. Son olarak, özel bir uyumsuzlukta bir standardın uygulanması, bu standarttan daha özel bir kuralın ortaya çıkmasına neden olacaktır<sup>100</sup>.

**(c) Hukuk kuralının üçüncü ve son boyutu, kural-formalite karşıtlığıdır.** Kennedy'nin üçüncü bir boyut olarak ortaya koyduğu bu karşıtlığın bir ucunda, insanları, ahlâken yanlış olduğu kabul edilen davranışlarda bulunmaktan alıkoyan hukuksal kurumlar, diğer ucunda ise, özel düzenleme yapmayı kolaylaştıran hukuksal

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Ibid., s. 1689-1690.

kurumlar bulunmaktadır. İlk türden hukuksal kurumlara örnek olarak ceza yasaları verilebilir. İkinci türden hukuksal kurumlar ise “formalitelere” olarak adlandırılmaktadır. Formalitelere iki amaç taşımaktadırlar: Birincisi, sözleşmenin taraflarının ne yaptıklarından emin olmalarını sağlamaya çalışmaktadırlar. İkincisi, yargıcın da tarafların ne yaptıklarını anlamasını sağlamaktır<sup>101</sup>. Formalitelere, Türk hukukundaki şekli şartları örnek gösterebiliriz. Bilindiği üzere, şekli şartlarda, sözleşmenin içeriğinden bağımsız olarak, yalnızca sözleşmenin hukukça geçerli kabul edilebilecek şekilde nasıl kurulacağı düzenlenmektedir. Türk Özel Hukuku’nda şekil şartının üç nedenden kaynaklanabileceği ifade edilmektedir. Buna göre,

- a) Şekil, taraflardan birini veya her ikisini korumak için öngörülmüş olabilir. (Zira) şekle uyma zorunluluğu akit yapacak olan kimseyi düşünmeye sevk eder. b) Şekil, taraflar ve üçüncü şahıslar bakımından hukuksal emniyet sağlamak için öngörülmüş olabilir. c) Şekil, resmî sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak için öngörülmüş olabilir<sup>102</sup>.

Formalitelere ya da şekil şartına uyulmamasına bağlanan yegane yaptırım, sözleşmenin bir hüküm ifade edip etmemesine yönelik olacaktır ve hükümsüzlük yaptırımı, tarafların sözleşmeyi gerçekleştirirken bilinçli davranmalarını ve kendilerini net ifade etmelerini sağlamak üzere söz konusu edilmiştir. Yoksa, sözleşmenin özüne ilişkin bir düzenleme değildir<sup>103</sup>.

Buna karşılık, yanlış kabul edilen davranışlarda bulunulmasını önlemek amacıyla taşıyan hukuksal kurumlar, belli bir davranışta bulunulmasını, “cesaret kırıcı nitelikte bir yaptırım” ile engellemeye çalışmaktadırlar<sup>104</sup>. Cezaî düzenlemelerin bu türden hukuksal kurumlara örnek gösterilmesinin nedeni de budur. Kennedy’ye göre, teorik olarak bu

<sup>101</sup> *Ibid.*, s. 1691.

<sup>102</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 113.

<sup>103</sup> Kennedy, *Op.cit.*, s. 1692. Türk hukukunda şekle uyulmamasının sonuçları için bkz. Oğuzman-Öz, *Op.cit.*, s. 119-122.

<sup>104</sup> Kennedy, *Op.cit.*, s. 1692.

ayırım net bir şekilde ortaya konabiliyorsa da, uygulamada karşılaşılan herhangi bir hukuksal kurumun, formalite olup olmadığı o kadar da kolay ayırt edilememektedir<sup>105</sup>.

Nasıl biçimsel fark edilirlilik ile genellik boyutları birbirinden farklı ise, bir kuralın formalite olarak kategorize edilmiş olması, biçimsel fark edilirlilik ve genellik boyutlarından mantıksal olarak bağımsızdır<sup>106</sup>. Yani bir formalite, biçimsel olarak fark edilebilir ve genel olabileceği gibi pekâlâ, özel nitelik taşıyabilir ya da biçimsel anlamda fark edilir olmaya da bilir.

Kennedy, hukuksal biçim konusunda buraya kadar dile getirdiği düşüncelerin, kendisinden önce bu meseleyle ilgilenen düşünürler tarafından ele alındığını belirttikten sonra, söz konusu düşünürlerin, bir hukuksal sistemde kuralların ya da standartların tercih edilmiş olmasını, diğer hukuksal kurumların anlaşılmasında bir temel olarak görmediklerini ifade etmektedir. Oysa Kennedy'ye göre, kural ya da standarttan birinin tercih edilmesi, başka noktalara taşınabilir<sup>107</sup>.

Kuralların ya da standartların tercih edilmesi noktasında, özel bir amaca sahip olmadığı düşünülen varsayımsal yasa koyucu, kuralları ya da standartları tercih ederken yalnızca, kuralları ya da standartları kullanmanın avantajlarını ve dezavantajlarını göz önüne almaktadır. Kennedy, bu “değer yargısız” yasa koyucu fikrinden hareketle, iki farklı çözümlemenin söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir: İlk alternatif, başlangıçtaki düzeni bağlamsallaştırıp zenginleştirme yaklaşımıdır. İkinci alternatif ise, kuralların ya da standartların gerçekte nasıl işlediğini göz ardı eden bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın amacı, kural ya da standart taraftarı görüşleri, toplumun düzenlenmesine dair farklı düzeylerdeki –özellikle hukuk kurallarının içeriğine ilişkin- görüşlerle ilişkilendirmektir<sup>108</sup>. Kennedy'nin önemseydiği ve incelemeyi tercih ettiği yaklaşım ikinci yaklaşımdır.

---

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*, s. 1695.

<sup>107</sup> *Ibid.*, s. 1701.

<sup>108</sup> *Ibid.*, s. 1702.

İlk yaklaşımın, yani bağlamsallaştırmanın da, sosyal mühendislik ve sosyal bilim olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Sosyal mühendislik, yargıcın ne zaman kuralları ne zaman standartları kullanması gerektiğine karar vermesini sağlayacak ilkeler bulmayı amaçlamaktadır. Sosyal bilim ise, biçim tercihinin ne gibi etkiler yaratacağını tespit ederek normatif yargılardan kaçınmaktadır<sup>109</sup>.

Bilindiği üzere sosyal mühendislik yaklaşımı, Pound'a atfedilmektedir. Pound'un Bergson'a atıfta bulunarak ileri sürdüğüne göre, kurallar inorganik durumlara uygulanırken, yaşam söz konusu olduğunda sezgi öne çıkmaktadır. Ya da bir başka deyişle, hukuk kuralları ve hukuksal kurallar, mülkiyet ya da ticari iş gibi konularda mekanik olarak uygulanırlar. Oysa, insanların idaresinde, uygulanması sezgisel bir sürece dayanan standartlar işleyecektir<sup>110</sup>.

Pound'unkine benzer yaklaşımlar, kuralların etkisi meselesi ile, "sosyal çıkarlar" ya da "işlevler" gibi temellere dayanarak ilgilenmektedir. Dolayısıyla söz konusu yaklaşımlar, belli grupların "partizanca" ya da "siyasal" kıstasları ile sınırlı kalmak zorundadır. Sosyal bilim yaklaşımı, böylesi bir kısıtlamadan uzak durmaktadır. "Bilimci", "mühendis"ten farklı olarak biçim tercihinin, nasıl tarafların lehine ya da aleyhine sonuçlar yaratabileceğini sorgulayabilecektir<sup>111</sup>.

Kennedy'ye göre, bağlamsallaştırma yaklaşımıyla ilgili temel sorun, biçim tercihinin sadece araçsal ya da taktiksel olabileceği ihtimalini unutturmasıdır. Oysa Kennedy'ye göre, hukuksal biçim tercihi belli bir amaca yönelik olduğundan, biçim tercihinde bulunulduğunda aslında bir amaç ya da hedef de ifade edilmiş olmakta, yani biçim içeriğin ya da özün belirlenmesinde de etkili olabilmektedir<sup>112</sup>. Üstelik

---

<sup>109</sup> **Ibid.**

<sup>110</sup> Roscoe Pound, "The Theory of Judicial Decision", **Harvard Law Review**, 36: 940-959 (1922-1923), s. 951.

<sup>111</sup> Kennedy, **Op.cit.**, s. 1705.

<sup>112</sup> **Ibid.**, s. 1710. Aynı yerde Kennedy, öze ilişkin çeşitli niteliklerin biçimle ilişkilendirildiği bir liste örneği verir:

bağlamsallaştırma yaklaşımı, yapılan tercihin neye denk düştüğünü anlamamızı da engellemektedir<sup>113</sup>. Bu nedenle, Kennedy'nin üzerinde durmayı tercih ettiği yaklaşım, bağlamsallaştırmanın dışında kalan, ikinci alternatif olarak nitelendirdiği bu yaklaşımdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere Kennedy makalesinde, bireycilik ve özgecilik dikotomisini belirledikten sonra, biçim sorununu bu çerçevede değerlendirir.

Bireyciliğin özü, bireyin kendi çıkarlarını diğerlerinin çıkarlarına üstün tutması ve bireyin her halükârda kendi çıkarını yeğlemesinin meşru kabul edilmesidir. Ancak bu birey aynı zamanda, kendisi dışındakilerin benzer çıkarlarının varlığını mümkün kılan

KURALLAR		STANDARTLAR	
<i>İyi</i>	<i>Kötü</i>	<i>Kötü</i>	<i>İyi</i>
Tarafsızlık	Katılık	Önyargı	Esneklik
Aynılık	Uymacılık	Kayırcılık	Bireyselleştirme
Kesinlik	Benzeşimcilik	Baştan savmacılık	Yaratıcılık
Belirlilik	Zorgululuk	Belirsizlik	Anındalık
Özerklik	Yabancılaşma	Totalitarizm	Katılım
Haklar	Menfaatler	Tiranlık	Topluluk
Mahremiyet	Yalıtma	Fütursuzluk	Alaka
Etkililik	Aldırmazlık	Duygusalılık	Adalet
Düzen	Gericilik	Kaos	Evrim
Titizlik	Cezalandırmacılık	Müsamahakârlık	Hoşgörü
Güvenilirlik	Cimrilik	Romantiklik	Cömertlik
Sınırlılık	Duvarlar	İstila	Empati
İstikrar	Sertleşme	Parçalanma	İlerleme
Güvenlik	Gözdağı	Bağımlılık	Güven

<sup>113</sup> *Ibid.*, s. 1712.

kurallara da saygı gösterebilmelidir<sup>114</sup>. Bu noktada Kennedy, bireycilik ile benlikçilik (egotism) arasındaki nüansa dikkat çekmektedir. Benlikçilik, menfaatlere ulaşılmasında her hangi bir sınırlamanın kabul edilmemesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuk söz konusu olduğunda bireycilik, ceza, mülkiyet, tazminat ve sözleşme gibi temel bazı hukuk kurumları için gerekçelendirme sağlamaktadır. Bireycilik için hukukun işlevi, benlikçilikten farklı olarak, hakların neler olduğunun ve kişisel çıkarları korumanın sınırlarının belirlenmesidir<sup>115</sup>. Benlikçi, güce dayalılık karşısında yasaları, sadece bir iç savaşı engellemek için gerekli kurallar olarak savunur. Bireyci için ise, güç kullanımı karşısındaki kuralların kendilerine özgü bir haklılıkları bulunmaktadır. Zira bireyci için kurallar sadece, kaos karşısında kullanılan bir siper değil; özgür irade, özerklik ve doğal hakları da kapsayan bir program niteliğindedirler<sup>116</sup>.

Özgeciliğin özünde ise, kişinin kendi çıkarlarını diğerlerinininkine üstün tutmaması yatmaktadır. Özgecilik bizden özveride bulunmamızı, paylaşmamızı ve merhametli olmamızı beklemektedir<sup>117</sup>. Bireycilikle benlikçilik arasındaki nüans, özgecilikle ermişlik arasında da söz konusudur. Özgeciliğin, herkesin, diğer herkesin refahından sorumlu olduğu bir düzen yaratma iddiası yoktur<sup>118</sup>.

Kennedy'ye göre, hukuk sistemini özgeci olarak tanımlamaya çalışmak bir sorunsaldır. Zira özellikle özel hukuk adaleti, özgeci görev bilincine değil, haklara saygı temeline dayanmaktadır. Özel hukuk uygulamasında devlet, ahlâkîliği zorlamaya çalışmaz; hakları korumaya çalışır<sup>119</sup>. Yine de, artan oranlı gelir vergisi, asgarî ücret, sosyal güvenlik gibi bazı hukuksal düzenlemeler kimilerince devletin özgeci hukuk uygulamaları olarak görülebilmektedir. Üstelik, güçlü olanın bazı avantajlarından

---

<sup>114</sup> *Ibid.*, s. 1713.

<sup>115</sup> *Ibid.*, s. 1715.

<sup>116</sup> *Ibid.* Meselenin daha iyi anlaşılabilmesi için, Kennedy'nin makalesinde, yasaları ya da kuralları benlikçinin hangi anlamda savunduğunu anlatırken Hobbes'a, bireycinin hangi anlamda ve nasıl savunduğunu anlatırken Locke'a atıf verdiğini eklemek yerinde olacaktır.

<sup>117</sup> *Ibid.*, s. 1717.

<sup>118</sup> *Ibid.*, s. 1718.

<sup>119</sup> *Ibid.*, s. 1719.

zayıfın hakları lehine vazgeçmesini gerektirdiğinden, devlet düzeni tümüyle özgeci olarak da görülebilecektir<sup>120</sup>.

Kennedy, bireycilik-özgecilik çatışmasının on sekizinci yüzyılda henüz söz konusu olmadığını belirttikten sonra, hukuka ilişkin düşünce sistemleri arasındaki çatışmanın 1800-1870, 1850-1940 ve 1900'ler olmak üzere üç dönemde incelenebileceğini söyler<sup>121</sup>. Buna göre 1800-1870 arasındaki savaş öncesi döneme karakterini veren ahlâkîlik siyasa çatışması olmuştur. En başlarda bireycilik, özgeci ahlâk karşısında ahlâkî bir tutum olarak değil, bir dizi pragmatik uslamlama (argümantasyon) olarak görülmekteydi. Böylece, “siyasa (policy)” olarak adlandırılan bu uslamlama dizisi, ahlâkîliğin karşısına yerleştirilmişti<sup>122</sup>.

Klasik bireyciliğin ortaya çıkışı, 1850-1940 arasını kapsayan yüz yıllık döneme denk düşmektedir ki, Kennedy bu dönemin alt başlığını “özgür irade” olarak belirlemiştir<sup>123</sup>. Klasik bireycilik üç önermeye dayanmaktadır: Birincisi, her türlü etkiden bağımsız bir bireysel özerlik ve özgürlük alanı bulunmaktadır. Birinci önermeye dayanarak, ikincisi, böyleyse, sorumluluğun kusur ve sözleşme olmak üzere iki kaynağı vardır. Üçüncüsü, kusur ve sözleşme serbestisi kavramlarına dayanılarak, tazminatın ve sözleşmesel yükümlülüklerin sınırlarını ve kapsamını belirleyen hukuk kurallarına ulaşabilmek mümkündür<sup>124</sup>. Kennedy'ye göre, klasik anlayıştaki en önemli nokta, bireycilikle özgecilik arasında yapılacak tercih, bir hukuk siteminin tümüyle değerlendirilmesine ilişkin bir yorum içermesini gerektirmesidir<sup>125</sup>. Gerçekten, kişi, özgürlük, özel mülkiyet gibi konulardaki görüşlerine dayanarak bireyciliği ya da özgeciliği tercih edebilecektir. Ancak bu kavramlar konusundaki görüşünü netleştirdikten sonra, bunun gerektirdiği bir hukuksal düzeni kaçınılmaz olarak kabul etmek durumundadır.

---

<sup>120</sup> **Ibid.**

<sup>121</sup> **Ibid.**, s. 1725.

<sup>122</sup> **Ibid.**

<sup>123</sup> **Ibid.**, s. 1728.

<sup>124</sup> **Ibid.**, s. 1728-29.

<sup>125</sup> **Ibid.**, s. 1729.

1900'den makalenin yazıldığı 1970'lere kadarki dönem Kennedy tarafından modern hukuk düşüncesi dönemi olarak adlandırılmıştır. Bu dönemdeki hâkim konu, çelişki duygusudur<sup>126</sup>. Modern hukuk düşüncesi, klasik bireyciliğin eleştirisiyle başlar. Buna göre, klasik kuram, başlıca önermelerinin geçerliliğini göstermekte yetersiz kalmıştır. Sözgelimi özgürlük, mülkiyet gibi kavramlardan hukuksal kurallar çıkarabileceğimize ilişkin önerme tam olarak anlatılabilmiş ve gösterilebilmiş değildir. Bu nedenle modern dönemde, ahlâkîlik ve siyasa konuları yeniden ön plana çıkmıştır. Ancak bir farkla: Klasik öncesi dönemde, ahlâkîlik özgecilikle, siyasa ise bireycilikle bir tutulurken, modern dönemde, özgeciliğin ve bireyciliğin çatışan ahlâkları ve siyasaları tartışma konusu yapılır olmuştur<sup>127</sup>.

Bireycilik ve özgecilik karşıtlığının son yüzyıllardaki görünümleri konusunda verdiği örneklerden sonra Kennedy'nin ulaştığı nokta, günümüzde (ya da makaleyi yayımladığı 1970'lerde), bu ikisinin paralel olduklarıdır<sup>128</sup>. Kennedy'ye göre, bireyciliğin kapsamlı bir rasyonel biçim kuramı ve özel hukuk içeriği oluşturma girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Gelgelelim özgecilik de rakibi karşısında bir üstünlük elde edebilmiş değildir<sup>129</sup>. Buna rağmen her iki yaklaşım da varlıklarını sürdürmektedirler. Kennedy'ye göre, hukuksal söyleme ilişkin her iki eğilimin de geçerliliğini koruyor olmasının nedeni, sadece pratik ya da ahlâkî değil, aynı zamanda insanın doğasına, ekonomiye ve topluma da ilişkin bir çatışmayı yansıtıyor olmalarıdır<sup>130</sup>.

Bireycilik, kimi zaman çok genel olarak liberalizm şeklinde ifade edilen insana ve topluma dair düşünce ile ilişkilendirilmektedir. Bireyci için liberal kurama tutunmak (kelimenin her anlamıyla) bir gereklilik değildir. Menfaatin ahlâkî doğruluğuna ve hukuktaki bireyciliğin pratik usa vurmalarına tutkuyla bağlı kalarak, liberal öncülleri reddetmek mümkündür. Yine de siyasal kültürümüzde, en azından Hobbes'tan beri, liberal kuram bireyciliğin çok önemli bir unsuru olagelmıştır. Klasik bireycilik girişiminin tüm çabası, bireyci ahlâk ve

---

<sup>126</sup> *Ibid.*, s. 131.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Ibid.*, s. 1766.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*, s. 1767.

pratikten olduğu gibi, liberal önermelerden belli bir hukuksal rejime ulaşılabilceğini göstermektedir.

Aynı şeyler özgeci taraf için de geçerlidir. Özgecinin liberal siyasal iddialara yanıt verirken kullandığı organizmacı (organicist) önermeler, bir başka düzeyde, şimdiye kadar üzerinde durduğumuz ahlâkî ve pratik varsayımların ürünüdür.<sup>131</sup>

Kennedy'ye göre, bireyci toplumsal düzen tasarımı iki kısımdan oluşmaktadır. Birincisi, öznelerin tümüyle keyfi takdir yetkisine sahip oldukları alanlardır. Bu alanlarda ya da bu gibi konularda bireyler, kendi kişisel hedeflerine ulaşabilmek için, başka hiç kimseye olan etkilerini düşünmeden diledikleri gibi hareket edebileceklerdir. İkincisi ise kurallardır ki, bunlar da, özgürlük ya da keyfilik alanlarının sınırlarını belirleyen ve bireylerin müşterek faaliyetlerini düzenleyen kurallar olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar<sup>132</sup>.

Özgeci adalet fikrinin karşı programı, karşımıza kolektivizm olarak çıkmaktadır. Buna göre, adalet, paylaşılan neticelerin sağladığı düzenle ortaya çıkmaktadır. İnsanlar kendilerini, devlet ve yargıçlar ile aynı kardeşlik birliğine bağlı hissederler. Dolayısıyla, ahlâkî normların yargısal standartlar aracılığıyla doğrudan uygulanması, ahlâkî belirsizliğe dayalı kurallar rejimine tercih edilmiştir<sup>133</sup>. Bireyciliğin aksine özgecilik, değerlerin keyfi olduğunu reddetmekte; hem kendi hem insanların evrensel kardeşlik fikri dahilindeki başkalarının hedef ve amaçlarını doğru ve net olarak anlayabildiğimizi varsaymaktadır<sup>134</sup>. Keza özgecilik, yine bireyciliğin aksine, değerlerin öznel olduğunu da reddetmektedir<sup>135</sup>. Özgeciye göre, devleti, yurttaşların daha önceden var olan hedeflerin gerçekleştirilmesinde bir araç olarak görmek yanlıştır. Zira, hedefler kolektiftir ve zamanla gelişmektedir. Adalet de hedeflere ulaşmak için kullanılacak araçlardan bir tanesi değil, bizatihi kendisi o hedeflerin bir parçasıdır. Dolayısıyla iyi bir

---

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*, s. 1767-1768.

<sup>133</sup> *Ibid.*, s. 1771.

<sup>134</sup> *Ibid.*, s. 1771-1772.

<sup>135</sup> *Ibid.*, s. 1772.

yargılama, daha önceden arzu edilen amaçlara ulaşılmasını sağlayan bir yargılama değil, kendisi değer yaratan ya da var olan değerleri geliştiren yargılamadır<sup>136</sup>.

Kennedy makalesini özel hukuk söyleminde, bireycilik ile kuralların tercih edilmesi arasında ve özgecilik ile standartların tercih edilmesi arasında bir bağlantı olduğuna vurgu yaparak bitirir. Kennedy'ye göre, öz ve biçim arasındaki bu bağlantısallık ahlâkî, iktisadî ve siyasî temellidir<sup>137</sup>.

Bu kısa makale değerlendirmesinden de anlaşılacağı üzere, EHÇK'nın toplanmasından hemen önce Kennedy'nin çalışmasında yer alan temel motif, hukukun ahlâkî, siyasî, iktisadî ve toplumsal perspektiflerden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğidir. Yalnızca hukuksal düzenlemenin içeriği değil, hukuksal biçim dahi, belli bir iktisadî, siyasî ve ahlâkî düşünce ile ilişkilidir.

### 3.3. Mark Tushnet

EHÇ içerisinde bir başka çizginin temsilcisi olarak kabul edilen Mark Tushnet, konferans toplandığında Wisconsin Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekan yardımcılığı görevini yürütmektedir. Kendi ifadesi ile “fazladan enerjiye ve bürokrat bir ruha sahip olduğu” için organizasyona ilişkin sorumluluklar yüklenebilecek durumdadır<sup>138</sup>. Konferansın ilk olarak Wisconsin'de toplanmasında, bunun payı olduğu düşünülebilir.

EHÇK'nın toplanmasından hemen önce yayımladığı makalelerinde Tushnet, ileride EHÇ'nin temel ayaklarından biri olacak düşünsel kaynaklarını da yavaş yavaş ortaya koymaktadır. Ancak Tushnet'te özellikle dikkat çeken bir nokta, söz konusu makalelerinin genelde, uygulamaya yönelik sorunlar hakkında yazılmış olmasıdır. Tushnet'in bu dönemde kaleme aldığı makaleler, yüksek mahkeme kararlarının

---

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid., s. 1776.

<sup>138</sup> Tushnet, “Critical Legal Studies”, *Op.cit.*, s. 1523.

değerlendirilmelerinden ibarettir<sup>139</sup>. Aynı dönemde, yani konferansın toplanmasından hemen önce, Tushnet'in tarihsel değerlendirmeler de içeren iki makalesi daha dikkat çekmektedir<sup>140</sup>. Ancak Yargıç Holmes'ü konu edinen makalesi de aslında, yüksek mahkeme kararlarını değerlendirdiği makaleler grubuna dahil edilebilir. Zira Tushnet bu makalesinde, Holmes'ün yüksek mahkeme kararlarında azınlık ya da çoğunluk tarafta kalarak dile getirdiği görüşlerini incelemiş ve buradan yola çıkarak bir değerlendirme geliştirmeye çalışmıştır. Bu bağlamda Tushnet, Holmes'ün düşüncesini dile getirme olanağı bulduğu 1291 davanın kararlarını incelemiştir<sup>141</sup>. Tushnet'in hukuka ilişkin kuramları, böylesine inançla, yargı kararları arasında arıyor olması dahi, tek başına anlamlıdır. Nitekim sonraki tarihli bir makalesinde, hukuku Marksist açıdan analiz ederken, hukuk öğretisinin formülasyonlarının yargısal kararlarda var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>142</sup>.

Tushnet'in, yüksek mahkeme kararlarına ilişkin makalelerinin temel ekseni, muhafazakar mahkeme kararların eleştirisidir. Çeşitli güncel meseleler hakkında yüksek mahkemenin muhafazakar yorumlarını ortaya koyan Tushnet, bu tutumu eleştirmektedir. Burada muhafazakarlıktan kastın ne olduğunu da açmak gerekebilir. Her şeyden önce, Tushnet'in muhafazakarlık tanımlamasının sınıfsal bir içerik

---

<sup>139</sup> Bkz. Mark Tushnet, " '...And Only Wealth Will Buy You Justice'- Some Notes On The Supreme Court. 1972 Term," *Wisconsin Law Review*, 1974: 177-197 (1974); Mark Tushnet, "Judicial Revision of The Habeas Corpus Statutes: A Note On Schneckloth v. Bustamonte," *Wisconsin Law Review*, 1975: 484-502 (1975); Mark Tushnet, "Constitutional Limitation of Substantive Criminal Law: An Examination of The Meaning of Mullaney v. Wilbur," *Boston University Law Review*, 55: 775-802 (1975); Mark Tushnet, "The Newer Property: Suggestion For The Revival of Substantive Due Process," *The Supreme Court Review*, 1975: 261-288 (1975); Mark Tushnet, "The Constitutional Right to One's Good Name: An Examination of The Scholarship of Mr. Justice Rehnquit," *Kentucky Law Review*, 64: 753-766 (1975-1976); Mark Tushnet, "The New Law of Standing: A Plea For Abandonment," *Cornell Law Review*, 62: 663-700 (1976-1977); Mark Tushnet, "The Mandatory Jurisdiction of The Supreme Court-Some Recent Developments," *Cincinnati Law Review*, 46: 347-371 (1977).

<sup>140</sup> Bkz. Mark Tushnet, "The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes On The Supreme Judicial Court," *Virginia Law Review*, 63: 975-982 (1977); Mark Tushnet, "Perspectives on The Development of American Law: A Critical Review of Friedman's 'A History of American Law'," *Wisconsin Law Review*, 1977: 81-109 (1977).

<sup>141</sup> Tushnet, "The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes On The Supreme Judicial Court," *Op.cit.*, s. 980, dn. 14.

<sup>142</sup> Mark Tushnet, "A Marxist Analysis of American Law," *Marxist Perspectives*, 1: 96-116 (1978), s. 97.

taşıdığına kuşku yoktur. Sözelimi, yüksek mahkemenin 1972 yılı kararlarına ilişkin değerlendirmelerinin yer aldığı makalesi, yüksek mahkeme kararlarının orta sınıf çıkarlarını koruduğu iddiasındadır<sup>143</sup>. Tushnet'in muhafazakarlıktan ikinci kastı, özellikle temel haklar konusundaki değerlendirmeleri ile ilişkilidir. Bu dönemde yayımlanmış bir makalesinde, *Habeas Corpus*'un sınırlandırılabilirliğini savunan yüksek mahkeme kararını eleştirmekte ve Yargıç Powell'ın bu konudaki görüşlerini esas alan muhafazakarlara, esas aldıkları görüşün güvenilirliğini sorgulamayı amaçlamaktadır<sup>144</sup>. Anayasal bir hak olarak kabul edilen kişilik hakkının ihlaline ilişkin bir başka davada, muhafazakar yönelimin, nasıl bir hükme varılmasına ve bunun önceki benzer davalardaki görüşlerle çatıştığı halde nasıl gerekçelendirildiğini göstermektedir<sup>145</sup>.

Salt hukukun, toplumsal sorunların hepsini çözmeye yetecek bir araç olarak görülmesi, Tushnet'in eleştirdiği muhafazakarlık anlayışının içeriğini dolduran bir üçüncü yönelim olarak anlaşılabilir. J. Willard Hurst'ın *Law and Economic Growth* [Hukuk ve Ekonomik Büyüme] adlı kitabının eleştirisi olarak kaleme aldığı 1972 tarihli makalesinde Tushnet, Hurst'ın "tam olarak işleyen bir hukuk sisteminin toplumsal çatışma sorununu çözebileceği ve adil bir toplum yaratabileceği" görüşünü "naif" olarak nitelendirmekte, en hafif ifadesiyle fazla iyimser bulmaktadır<sup>146</sup>. Keza, Friedman'ın *A History of American Law* [Amerikan Hukukunun Tarihi]'unu incelediği makalesinde de ulaştığı sonuç, hukukun iktisadi ve toplumsal bir maddî temelde ele alınması

---

<sup>143</sup> Tushnet, " '...And Only Wealth Will Buy You Justice'- Some Notes On The Supreme Court. 1972 Term," *Op.cit.*, s. 184.

<sup>144</sup> Tushnet, "Judicial Revision of The Habeas Corpus Statutes: A Note On *Schnecko v. Bustamonte*," *Op.cit.*, s. 502.

<sup>145</sup> Tushnet, "The Constitutional Right to One's Good Name: An Examination of The Scholarship of Mr. Justice Rehnquit," *Op.cit.*, s. 766.

<sup>146</sup> Mark Tushnet, "Lumber and The Legal Process," *Wisconsin Law Review*, 1972: 114-132 (1972), s. 115.

gerekliliğidir. Bunun yanında Tushnet, hukukun –görece- özerkliği ve ideolojikliği konularını da gündeme getirmektedir<sup>147</sup>.

Nihayet, EHÇ toplandıktan sonra yayımladığı bir makalesinde Tushnet, mevcut mahkeme kararlarının yetersizliğine, Marksist düşünceye de dayanarak yanıt vermeye çalışır<sup>148</sup>. Tushnet'in makaledeki temel sorunsalı, hukukun neyi temsil ettiği. Ona göre, yanıt çok uzun zaman önce Thrasymakhos tarafından “güçlünün çıkarlarını” denilerek verilmiştir<sup>149</sup>. Zira hukuk doktrini, sınıflı toplumun karmaşık bir ifade şeklinden başka bir şey değildir<sup>150</sup>.

Amerikan anayasa hukuku kuramları geleneğini özetledikten sonra<sup>151</sup> Tushnet, çağdaş yaklaşımlar arasında dikkat çeken “Nihilist” akıma da yer verir<sup>152</sup>. Tushnet Amerikan anayasa hukuku kuramlarını, Holmes'den yola çıkarak bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır<sup>153</sup>. Dolayısıyla, farklı kuramlar, Holmes'ün hukuk anlayışı ile olan ilişkileri bağlamında ortaya konulmaktadır. Tartışmasının özünü de hukukun nesnelliği/ özneliği ve bütünselliği/ parçalılığı meselesi oluşturmaktadır. Tushnet, çağdaş kuramların hukuku açıklamakta zorluklar yaşıyor olmalarının nedenini, Holmes'ün yaklaşımını, sadece, “değerlerin özneliği” noktasında ele alıyor olmalarıyla açıklamaktadır. Oysa Tushnet'e göre, Holmes'ün yaklaşımının bir diğer bileşeni de,

<sup>147</sup> Tushnet, “Perspectives on The Development of American Law: A Critical Review of Friedman's ‘A History of American Law’,” *Op.cit.*, s. 109.

<sup>148</sup> Mark Tushnet, “Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies,” *Texas Law Review*, 57: 1307-1359 (1978-1979), s. 1307. İlk dipnotundan anladığımızı göre makale, 1978 Kasım'ında toplanan İkinci Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'nda sunulmuştur.

<sup>149</sup> *Ibid.*, s. 1308.

<sup>150</sup> *Ibid.*, s. 1309.

<sup>151</sup> Bkz. *Ibid.*, s. 1309-1334.

<sup>152</sup> *Ibid.*, s. 1340.

<sup>153</sup> Zira Holmes, “bir liberal değil, sadece liberallerin kahramanıdır”. Bkz. Duncan Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies,” [edisyon bir kitap olarak *Left Legalism/Left Critique* içinde ss. 178-227; kitaba ulaşamadım ancak, kitabın bu bölümünün internete aktarılmış hali mevcuttur. Makaleye atıf yapıldığında verilen sayfa numaraları, kitaptaki sayfa numaralarıdır.] <http://www.duncankennedy.net/docs/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf> b.t. 22.12.2004, s. 201. İtalik vurgu benim.

hukuksal parçalılığı, entelektüel ve sosyal olarak açıklamasıdır. Hukukun parçalılığını, toplumsal olarak çatışan düşünceler ve gruplarla açıklaması nedeniyle, fikrî düzeyde, Holmes'ün tavrı adeta, neden hukukçu olduğunu sorguluyor gibi görünmektedir. Fiilî alanda ise bu tavır, hukukla adalet ya da hukukla erdemli siyasa arasında zorunlu olarak bulunduğu varsayılan bağlantıyı reddetmeye varmaktadır. Nitekim, Londra'daki kazan dairesi işçilerinin grevi üzerine yaptığı yorumda Holmes, yasa koyuculara öngörülü ve biraz da Makyavelist olmalarını önermektedir<sup>154</sup>.

Farklı değerlerin varlığı ve hukukun parçalılığına ilişkin bu yaklaşımın mirasçısı olarak Tushnet, Nihilistler'i görmektedir<sup>155</sup>. Bu akımın temsilcisi olarak kabul ettiği Arthur Leff'in ve Jan Deutsch'un çalışmalarından çıkan sonuç, hukuku tam olarak anlamamızın imkansız olduğu ve bu yönde atılacak her adımın, zorunlu olarak eksik kalacağıdır<sup>156</sup>.

Nihayet Tushnet, kamu hukukunun, Marksist kavramlarla nasıl anlaşılabileceğini ortaya koymaya çalışır. Bunun için de, hukuk gücünün çıkarlarını korur diyerek, egemenliğin sınıfsallığını akla getiren Thrasymakhos'a dönmesi gerekmektedir. Ancak Tushnet, hukuk ile sınıf egemenliği arasındaki ilişkinin dolaylı ve karmaşık olduğu saptamasını da eklemeyi unutmaz<sup>157</sup>. Tushnet'in iddiası, sınıflı toplumda hukukun, egemen sınıfın

---

<sup>154</sup> Tushnet, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies," *Op.cit.*, s. 1339. Holmes'ün bu konudaki kendi ifadeleri için bkz. Comment, "The Gas-Stokers' Strike," *American Law Review*, 7: 582-584 (1872-1873). Dergide, yazarın ismi belirtilmeden yapılan bu yorumların, editör tarafından yapıldığını; dolayısıyla söz konu yorumu da editör olarak Holmes'ün yaptığını, Tushnet'in, söz konusu yorumu kapsamlı olarak incelediği bir makalesinden öğreniyoruz. Bkz. Tushnet, "The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes On The Supreme Judicial Court," s. 1029.

<sup>155</sup> Tushnet, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies," *Op.cit.*, s. 1340.

<sup>156</sup> *Ibid.*, s. 1342. Nihilizmin hiçbir zaman temel bir akım haline gelemediğini belirten Tushnet, yine de, Nihilist akım sonrası bir post-Nihilist dönemden söz edilebileceğini ileri sürmektedir. Post-Nihilist akım içerisinde ele alınabileceğini belirttiği çalışmalardan biri de, yukarıda içeriğini özetlemeye çalıştığımız, Kennedy'nin "Form and Substance in Private Law Adjudication" adlı makalesidir.

<sup>157</sup> *Ibid.*, s. 1346.

eksik hegemonyasının formlarından biri olduğudur<sup>158</sup>. Tushnet'e göre, hukuku bir eksik hegemonya formu olarak ele alan Marksist çözümlemede iki unsur bulunmaktadır: İdeolojinin sosyal psikolojisi ve politik ekonomisi.

İdeolojinin sosyal psikolojisi unsuru, insanların, var oluşlarının maddî koşullarını kendi deneyimlerini tutarlı kılacak şekilde anlamlandırdıkları düşüncesine dayanmaktadır. Bu anlamlandırmayı şekillendiren maddî koşullar ise toplumsal üretim ilişkileridir. Marksistler'e göre, kapitalist toplum, emek gücünün ücret karşılığı mübadele edildiği toplumdur. Para, bu mübadele esnasında, farklı biçim ve nitelikteki bireysel emeğin karşılığını homojen olarak belirleyen bir ölçüdür. Böylece, kapitalist toplumsal ilişkiler bireysel üretimi yok ederek; insanları, sadece kişinin üretim sürecinde nicel olarak farksızlaştırılmış emek gücüne dayalı, kısmî ilişkilerden oluşan bir deneyimi anlamlandırmaya zorlamaktadır. Bu ilişkilerin belirlediği anlamlandırma ise, tarihsel olarak, bireyci ideoloji biçimini almaktadır<sup>159</sup>.

Marksist sosyal psikoloji aynı zamanda, kapitalizmin içsel çelişkilerinin de farkındadır. Kapitalist toplumu betimleyen şey, piyasa ilişkileri ise de, piyasa ilişkileri toplumsal alanı tümüyle işgal edebilmiş değildir. Zira gelişmiş toplumlarda kapitalist üretim, toplumsaldır. Yani, emek güçlerini işveren bireysel olarak satıyor gibi görünen işçiler, bu durumun aslında emek gücünün kolektif istihdamını gizlediğini fark edebilirler. Böylece, kapitalist üretimin toplumsal görünümü, piyasa toplumunun kısmî ve parçalı görünümü karşısında, bütünsellik ve dayanışma düşüncesini de ortaya çıkarır. Dahası, piyasa ilişkileri baskın hale geldikten sonra dahi, geleneksel aile bağları, dinsel cemaatler ya da komşuluk ilişkileri de, zayıf da olsa etkisini sürdürmektedir. Dolayısıyla, kapitalizmin parçalı yapısı bireyseliği desteklerken, kapitalist üretimin toplumsal karakteri ve geleneksel grup bağlarının varlığı, özgeciliği güçlendirmektedir. Egemen sınıfın hegemonyası bu nedenle eksiktir<sup>160</sup>.

Böylece, üretim tarzının içsel çelişkileri ve sınıf mücadelesinin siyasal koşulları, kapitalist üretim ilişkilerinden kaynaklanmayan meseleleri ve düşünceleri ortaya çıkarabilecektir. Dolayısıyla Tushnet'e göre, belli bir meseleyi ya da öğretiyi

<sup>158</sup> *Ibid.*, s. 1346.

<sup>159</sup> *Ibid.*, s. 1347.

<sup>160</sup> *Ibid.*, s. 1348.

çözümlemekte olan bir Marksist, bu öğretiyi egemen ideolojinin yapısal belirleyiciliği ortaya çıkarmıştır iddiasını ortaya atmamalıdır<sup>161</sup>.

Hukukun Marksist analizinin ikinci unsuru politik ekonomi ya da, ideolojik alanda devletin rolünün açıklanmasıdır. Marksist kurama göre devlet, mevcut kapitalist üretim ilişkilerinin yeniden üretiminin güvencesidir. Devletin bu şekilde algılanışı, devletin yalnızca, her bireyin yetkili kılındığı toplumun bozulmasının engellenmesi için müdahalede bulunması gerektiği şeklindeki liberal iddianın çevirisinden başka bir şey değildir. Kapitalist devlet, kapitalizmin yeniden üretimini iki araçla sağlamaktadır: İdeolojik düzeyde, kendisini, dar çıkarlardan bağımsız ve uyumsuzlukların çözümünde tarafsız bir arabulucu kurum olarak sunarak; maddî refah düzeyinde ise, kabul edilebilir asgari miktarda maddî ürüne hepimiz tarafından ulaşılabileceğini garanti edip, sınıfsal baskıyı barındırarak. Tushnet'e göre, politik ekonominin bu ideolojik ve maddî düzeyleri, kapitalist devletin işleyişinde çakışmaktadır<sup>162</sup>.

Devletin dar sınıf çıkarlarından bağımsızmış gibi sunulması aslında, kapitalist sınıfların çıkarıdır. Ve tarihsel olarak, bu çıkara hizmet edecek yapı, hukuk devleti kuramının içerdiği, kişilik dışı ve tarafsız (neutral) devlet bürokrasisidir<sup>163</sup>. Böylece, hukuk devleti kuramı, bir eşitlik ve bireyselcilik görünüşü sunmaktadır. Tarafsız bir arabulucu olarak devlet, her hangi bir adaletsizlik söz konusu olduğunda, dayanışma düşüncesine dayanan alternatif kurumlara gerek kalmadan kendisi, bu adaletsizliği ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla, Tushnet'e göre aslında, hukuk devleti kuramı, hukuksal bir mesele olarak adaleti, siyasetten ayırmaktadır<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid., s. 1349.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ibid., s. 1350.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÜÇ KONU:

### EHC'NİN TEMEL YÖNELİMLERİ ve MESELELERİ

#### 1. Genel; Hukukun “İşlev”ini Saptamanın Önemi

Hukukun ne olduğu bir tarafa, neden “hukuk” gibi bir kuruma gereksinim duyulduğu tartışılmalıdır. Sosyolojik hukuk yaklaşımı açısından bu soru, hukukun işlevi ya da işlevleri nelerdir şeklinde de sorulabilir. Bu şekilde dile getirilen sorunun, hukukun belli amaçlara ulaşmakta kullanılan bir araç olduğu varsayımına dayandığına kuşku yoktur. Dolayısıyla hukukun amacı nedir sorusu da aynı minvalde kabul edilebilir. Hukukun hangi işlevi ya da işlevleri yerine getirdiğinin saptanması, hukuka ilişkin pek çok saptamayı, dolayısıyla hukuka farklı yaklaşımları da ortaya koyabilecektir. Dolayısıyla burada, ayrı bir “işlev” tartışmasından ziyade, EHC'nin hukuk perspektifi hakkında bilgi sahibi olabilmek açısından hukukun işlevini saptamanın önemine değinilecektir.

Hukukun işlevlerinin neler olduğu konusunda, yoğun bir literatür bulunduğu dikkat çekilmektedir<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Bkz. Steven Vago, *Law and Society* (Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003), s. 18. Benzer durumu, Türkçe literatürde de saptamak mümkündür. Söz gelimi Ernest Hırş'e göre, hukukun amacı en yüksek değer olan toplumsal barıştır. Bkz. Ernest Hırş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Güncel dile uyarlayan: Selçuk (Baran) Veziroğlu (İkinci baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996), s. 223. Öyleyse hukuk, barış içinde bir toplumsal düzen sağlama işlevini yerine getirecektir. Adnan Güriz, normatif bir bilim olarak hukukun amaçtan bağımsız

Hukuka neden gereksinim duyduğumuz ya da bir toplumda hukukun ne işe yaradığı sorusuna yanıt arayan literatür hakkında bilgi veren Vago, sonuç olarak bu literatürde

---

olamayacağını belirtmekte, çeşitli hukuk kurallarının yönelebilecekleri farklı amaçlar doğrultusunda işlevler yerine getirdiklerini dikkat çekmekte ve her halükarda her hukuk kuralının öncelikle uygulanma amacına yöneldiğini söylemektedir. Bkz. Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi** (Dördüncü baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996), s. 60-68. Vecdi Aral, hukuk düzeninin toplumda barış, güvenlik, eşitlik ve özgürlük sağladığını belirttikten sonra, hukukun, düzenlemeleri aracılığıyla biyolojik, psikolojik ve ekonomik ihtiyaçları karşıladığını ileri sürmektedir. Bkz. Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları** (İkinci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 173-179 ve Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine** (Altıncı baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), s. 21-29. Hukukun işlevlerinin tek tek sıralandığı çalışmalara rastlamak da mümkündür. Söz gelimi, hukukun işlevleri; grubun üyelerinin tanımını yapmak ve karşılıklı ilişkileri saptamak, uyumsuzlukları çözmek, davranışları düzenlemek, toplumsal gücü örgütlemek ve meşruluğunu sağlamak, yaşam koşullarını geliştirmek, dış tehlikelere karşı korumak, hukukun örgütlenmesini gerçekleştirmek şeklinde sayılabilmektedir. Bkz. Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet** (İkinci baskı. İstanbul: Der yayınları, 2001), s. 263-264. Bu anlamda, Rahmi Çobanoğlu'nun eseri, hukukun amacına yönelik çeşitli görüşlerin özetlendiği bir çalışma olarak dikkat çekmektedir. Rahmi Çobanoğlu, **Hukukta Gaye Problemi** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964). "Toplumda üstlendiği rollerin sayısının artması"ndan hareketle, "hukukun, insanların toplum içindeki ihtiyaçlarını karşılamadaki işlevlerini toplum yaşamındaki ihtiyaçların çeşitliliğine bağlı şekilde, bütün toplumsal ilişkilere sirayet ediciliğine dayanarak, sınırsızca genişletebileceğimiz"e dikkat çeken Mehmet Tevfik Özcan, "bunun yerine hukukun çoğul 'işlevleri' yerine işlevini 'toplumsal düzeni sağlamak' şeklinde asgari bir işlevle teşhis etmemiz"i daha isabetli görmektedir. Zira "bu yaklaşım, hukukun dışındaki kurumlarca temin edilemeyen bir işlevin hukuk tarafından yürütüldüğünü düşünmemize olanak verecektir". Bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş** (İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003), s. 119-120. Benzer içerikte ve kestirmelikte bir değerlendirmeyi, eski tarihli bir başka metinde de görebilmek mümkündür. Honig'e göre de, "hukukun *gayesi*, söz manasına göre, *ancak hukukla erişilmesi icap eden şey*, yani cemiyet hayatının tanzimi olabilir". Bkz. Richard Honig, **Hukuk Felsefesi**. Çeviren: M. Yavuz (İkinci baskı. İstanbul: Burhaneddin Matbaası, 1935), s. 8. Orhan Münir Çağal'ın "hukukun, adalete hâdim bir beşerî hayat nizamı oluşundan onun üç fonksiyonu: Hukuksal emniyet fonksiyonu ile birlikte nizam fonksiyonu, beşerî hayatla rabıta ve münasebet fonksiyonu ve nihayet adalet fonksiyonu sudür eder" saptamasına benzer şekilde, Yasemin Işıktaç da, "hukuk, adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir" tanımından, etik, sosyal olgu ve normatiflik olmak üzere, hukukun üç temel işlevini çıkarmaktadır. Bkz. Orhan Münir Çağal, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş** (Dördüncü baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971), s. 24 ve Yasemin Işıktaç, **Hukuk Yazıları** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), s. 52. Selâhattin Keyman, sosyolojik hukuk anlayışı bakımından hukukun işlevinin, menfaatlerin gerçekleştirilmesi olduğunu saptamaktadır. Bkz. Selâhattin Keyman, **Hukuka Giriş ve Metodoloji** (Ankara: Doruk Yayınevi, 1981), s. 142. Türkçe literatürde "işlev" kavramının kullanımı, -Özcan'ın çalışması dışında- antropolojik-biyolojik çağrışımlar yaratmaktan uzaktır. Dolayısıyla aslında, Vago'nun saptadığı ve nihayetinde EHÇ'ye bağladığı "işlev" kavramsallaştırması, Türkçe'deki literatürde doğrudan bir paralellik taşımaz.

yinelenen üç ana temayı ön plana çıkarmaktadır: Toplumsal kontrol, uyumsuzluk çözümü ve toplumsal değişim<sup>166</sup>.

Burada, “işlev” kavramının problemlili olduğuna da kısaca işaret etmeliyim; zira sosyolojide Durkheim’dan beri doğa bilimlerinden (yani biyolojiden) ödünç alınarak kullanılan bu kavram, morfoloji/fizyoloji ayırımına tekabül eder. Bunun temelinde canlı organizmadaki her dirimsel faaliyetin organizmanın yaşamının devamı açısından bir işlev sayılması düşüncesi yatar. Oysa, toplum söz konusu olduğunda, Radcliffe-Brown’un da işaret ettiği gibi, her olguyu amaca dönük yorumlamak suretiyle işlevsel saymak yerine, toplumun varlığını sürdürmesi yönünden rol oynayıp oynamadığını düşünmek gerçekliğe daha uygun düşer.<sup>167</sup>

Hukukun işlevlerine dikkat çeken Vago, aynı zamanda, hukukun “işlev bozuklukları”na (dysfunctions of law) da değinir. Hukukun sınırsız sayıdaki işlev bozukluklarından söz eden Vago, bunlardan ancak bir kaçına değinmektedir. Kuşkusuz bu işlev bozukluklarından ilk akla gelen, hukukun statükocu olmasıdır<sup>168</sup>. Hukuk verili toplumsal koşulları korumak üzere konulmuştur ve bu amaçla uygulanmaktadır. Dolayısıyla hukuk, toplumsal değişim karşısındaki muhafazakâr yapısıyla dikkat çekmektedir. Bununla ilişkili ikinci bir işlev bozukluğu, “hukukun normatif yapısına özgü katılık”<sup>169</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk normu, hırsızlığı bir suç olarak belirledikten sonra, açlık nedeniyle hırsızlık da cezalandırılmak zorundadır. Üçüncü işlev bozukluğu da, bu normatif kontrol özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira normlar, belli bir grubun üyeleri tarafından uygun görülen ya da görülmeyen davranışları belirlemekte ve anomi ya da toplumsal çözülme ile mücadele etmektedirler. Düzen sağlama iddiasındaki hukuk, bu niteliği nedeniyle, bir baskı aracı haline gelebilmektedir<sup>170</sup>. Vago, Donald Black’in hukuka içkin olduğunu saptadığı bazı imtiyazları, dördüncü işlev bozukluğu olarak nitelendirebileceğimizi ileri sürmektedir.

<sup>166</sup> Vago, *Op.cit.*, s. 18.

<sup>167</sup> Özcan, *Op.cit.*, s. 120.

<sup>168</sup> Vago, *Op.cit.*, s. 21.

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> *Ibid.*, s. 22.

Black, hukuk kuralları, köprü altında yatmayı, ekmek çalmayı hem zenginlere, hem de yoksullara eşit olarak yasakladığı<sup>171</sup> halde; sosyal statü, yakınlık derecesi, örgütlenme düzeyi gibi bazı etkenlerin de, hukukun uygulanması ve kullanılmasında etkin olmasını bu duruma örnek olarak vermektedir. Sözgelimi, bir zenci bir beyazı öldürdüğünde, ölüm cezası ile cezalandırılma olasılığı, bir zenciyi öldürdüğünde ölüm cezası ile cezalandırılma olasılığından; Ohio'da on beş kat, Georgia'da otuz kat, Florida'da kırk kat, Teksas'ta ise doksan kat daha fazladır<sup>172</sup>.

Böylece, hukukun toplumda yerine getirdiği işlevler ve neden olduğu işlev bozuklukları, toplum içerisinde hukuk kurumunun konumlandırılmasına ilişkin kuramsal bir bakışı da zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede Vago, topluma ilişkin tasarımları, *uzlaşma* ve *çatışma* perspektifleri olarak sınıflandırmaktadır. Uzlaşma perspektifinden bakıldığında toplum, ortak değerler çevresinde işlevsel olarak uyumlu, görece sabit bir sistem olarak tanımlanmaktadır. Bu perspektif doğrultusunda, toplumsal düzen kalıcı olarak görülmekte, bireysel çıkarlara ulaşmanın en iyi yolunun dayanışma olduğu kabul edilmektedir. Çatışma perspektifinden bakıldığında ise, toplum manzarası çok farklıdır. Buna göre, toplum, birbirleriyle çatışan birey ve gruplardan oluşmaktadır ve bir arada bulunmalarını sağlayan şey de “zor”dur. Düzen, geçicidir; zira, sınırlı kaynakların bulunduğu bir dünyada, bireyler ve gruplar kendi çıkarlarını maksimize etmeye çalışmaktadırlar<sup>173</sup>.

Topluma ilişkin söz konusu perspektiflerden yola çıkarak, hukuku anlamlandırmaya çalışan düşünürler, ya Pound ve benzerleri gibi uzlaşma perspektifini izleyerek, hukukun, topluluğun uyumunu sağlayacak tarafsız bir yapı olduğunu; ya da, Marx ve benzerlerinden etkilenenler gibi, çatışma perspektifini izleyerek, hukukun, egemen sınıfın, egemenliğini ve denetimi sağlamak üzere kullandığı bir araç olduğunu ileri süreceklerdir<sup>174</sup>. Böylece, Vago'ya göre, uzlaşma perspektifi, hukuk içerisindeki çağdaş

<sup>171</sup> Burada Anatole France'in ünlü “Seine nehriindeki köprülerin altında yatmayı hem zenginlere hem de fakirlere yasaklayan heybetli Fransız yasaları” ifadesine atıfta bulunmaktadır.

<sup>172</sup> Black'in *Sociological Justice* kitabından aktaran Vago, *Op.cit.*, s. 22.

<sup>173</sup> *Ibid.*, s. 22-23.

<sup>174</sup> Örnekler, düşünür isimleri ve benzer düşüncenin dile getirildiği yer olarak bkz. *Ibid.*, s. 23-24.

entelektüel akımlardan işlevselci yaklaşıma vücut verirken; çatışma perspektifi, Marksist yaklaşımın olduğu kadar, EHÇ hareketinin, Feminist Hukuk Kuramı'nın ve Eleştirel Irk Kuramı'nın da temelini oluşturmaktadır<sup>175</sup>.

Bu yaklaşım farklılıklarının ortaya konması, EHÇ'nin, hukuk kuramları arasında bulunduğu yeri saptayabilmek açısından önem taşımaktadır. EHÇ katılımcıları, hukuka ilişkin yaklaşımlarını oluştururlarken, farklı sosyal bilimler alanlarında sahip oldukları birikimden ve toplumsal yapıya ilişkin siyasal değerlendirmelerinden âzâde kalmış değillerdir. Dolayısıyla, eleştirel hukuk kuramcılarının hukukun tarafsız olmadığı, görelî bir nitelik taşıdığı vb. şeklindeki iddiaları, söz konusu birikim ve siyasal değerlendirmelerin ışığı altında düşünülmelidir.

## 2. Bilgi Kuramsal Anlamda EHÇ

### 2.1. Hukuk Alanında Yeni Bir Bilgi Kuramı

Evrensel, genel geçer, *herkesin menfaatine* olan bir hukuk sisteminden söz edebilmek mümkün müdür? Çatışmacı toplum perspektifinden bakıldığında, kuşkusuz değildir. Aynı hukuk kuralları ve ilkeleri, farklı toplumsal çıkar grupları tarafından kendi menfaatleri için farklı yorumlanıp değerlendirilebilecektir. Öyleyse hukukun içinde kalarak, hukuksal sorunlara yanıt bulabilmek mümkün değildir. Geleneksel kuramların üzerinde en çok durdukları hukuksal sorunlardan biri olan “yorum meselesi” dahi, sosyal bilimlerin diğer alanlarının müdahalesine muhtaçtır.

Hukukun başlı başına değerlendirilemeyeceği iddiasını salt, diğer sosyal bilim alanlarının sadece içerik itibarıyla hukuka ilişkin değerlendirmelerde rol oynayacağı iddiası olarak algılamamak gerekir. Sözelimi hukuksal bir soruna yanıt aranırken sosyolojiden de yararlanılması gerektiğini ileri sürmek sadece, sosyoloji aracılığıyla elde edilmiş bilgilerin de kullanılması gerektiği anlamına gelmeyecektir. Bunun

---

<sup>175</sup> Bkz. *Ibid.*, s. 59-72.

ötesinde, sosyolojinin metodolojisinin de kullanılması gerektiği düşünülmelidir. Nitekim EHÇ kuramcıları da, hukuk değerlendirilirken, siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi, tarih gibi bazı sosyal bilim alanları ve disiplinlerinden yararlanırken aynı zamanda, onların metodolojilerinden de yararlanması gerektiği iddiasındadırlar. Belki de bu yüzden, EHÇ’de ortak bir metodolojiden söz edilemeyeceği vurgulanmaktadır<sup>176</sup>.

Ortak bir EHÇ metodolojisinden söz edilemeyecekse de, en azından epistemolojik anlamda, EHÇ’nin ortak kabulleri olduğundan söz edilebilir. EHÇ’nin, hukuku, sosyal bilimlerin her alanından elde edilen *bilgilerle* değerlendirdiği ileri sürülürken, sosyal bilimlere ilişkin olarak bir bilimsel bilgi tartışması da yapılmalıdır. Zira EHÇ, yeni bir epistemoloji ihtiyacının farkına varan ilk hukuk kuramı olarak da nitelendirilebilmektedir<sup>177</sup>.

Yeni epistemoloji ihtiyacı mevcut epistemolojik kabullerin reddine dayanmalıdır. EHÇ’nin eleştirilerini yönelttiği mevcut epistemolojik kabul, *mantıksal pozitivizm* olarak adlandırılmaktaydı.

Mantıksal Pozitivizmin temsilcileri akılcı konumlardan çıkarak Fenomenolojinin, Bergsonculuğun, Alman Varoluşçuluğunun metafizik niteliğini eleştirmişlerdir. Bu okullara karşılık, Yeni-Pozitivizmciler deneyime dayalı, temel bir bilim saydıkları bir felsefe kurma düşüncesini geliştirmişlerdir. Felsefenin bu Yeni-Pozitivist biçimi, mantıksal açıdan kesin olarak formüle edilmiş bir sorunu içeriyordu: Bilimsel ilkeleri ve sorunları hiçbir anlam taşımayanlarından ayırmak. Böylece felsefe, kuramsal bilgilerin dünya-görüşsel bakımdan tarafsız, ideoloji dışı bir biçimi durumuna getirilmiştir. Felsefenin nesnesinin de bilim dilinin mantıksal çözümlenişi olduğu açıklanmıştır. “Felsefe yapmak, bilimdeki kavramlarla önermeleri mantıksal çözümlemenin yardımıyla açıklamaktan başka bir şey değildir” (Rudolf Carnap)<sup>178</sup>

Özetle, bilgi kuramsal anlamda EHÇ, *mantıksal pozitivist epistemolojinin reddine* dayanmaktadır.

<sup>176</sup> Minda, *Op.cit.*, s. 107.

<sup>177</sup> Nunan, *Op.cit.*, s. 35.

<sup>178</sup> Oğuz Özügül, *Pozitivizm ya da Mantık Olarak Felsefe* (İstanbul: Us Yayınevi, 1991), s. 41-42.

## 2.2. EHC'nin Epistemolojik Öncülü Olarak Eleştirel Toplum Kuramı

EHC, mantıksal pozitivist çizgiden ziyade, Frankfurt Okulu'nun "eleştirel" çizgisinden beslenmekteydi. Nitekim, Frankfurt Okulu, aslen "Eleştirel Toplum Kuramı" (ETK) ismini taşıması<sup>179</sup> hasebiyle, EHC'nin isim babası ve adaşı sayılabilir.

<sup>179</sup> Bkz. Max Horkheimer, "Traditional and Critical Theory," *Critical Theory/ Selected Essays* (New York: The Continuum Publishing Company, 1982), ss. 188-243. "Eleştirel" sıfatının kullanımında Horkheimer ve Marcuse'nin ısrarı için bkz. Phil Slater, *Frankfurt Okulu*. Çeviren: Ahmet Özden (İstanbul: Kabalcı Yayınevi, 1998), s. 62. Bir düşünce okulu olarak Frankfurt Okulu olarak da anılan okul aslında, Alman Eğitim Bakanlığı'nın 3 Şubat 1923 tarihli kararname ile Frankfurt Üniversitesi'ne bağlı olarak kurulan Toplumsal Araştırma Enstitüsü idi. Enstitü, Marksist çalışmalar için kalıcı bir merkez oluşturulabilmesi için, zengin bir tüccar olan Felix Weil tarafından finanse edilmekte idi. 22 Haziran 1924'te Frankfurt Üniversitesi'nin binasında, Carl Grünberg'in yaptığı açılış konuşması ile Enstitü fiilen açılmış oldu. Rolf Wiggershaus, *The Frankfurt School* (Cambridge. Polity Press, 1995), s. 24-25. Frankfurt Okulu hakkında, oldukça kapsamlı bir çalışma olarak Wiggershaus'un anılan kitabı referans alınabilir. Bottomore, Frankfurt Okulu'nun tarihinin dört döneme ayrılabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre, "[i]lk dönem 1923 ve 1933 arasında Enstitü'deki araştırmanın değiştiği ve sonraları eleştirel teoride beçimlendiği gibi tekil bir Marksist düşünce kavramı tarafından yönlendirilmediği dönemdir." Enstitü kapsamında bu dönemde yapılan çalışmalar, ampirik bir karaktere sahiptirler. "İkinci dönem, Enstitü'nün etkinliklerini yöneten bir ilke olarak yeni-Hegelci eleştirel teorinin ayırdedici fikirlerinin açıkça ortaya konulduğu Kuzey Amerika'daki 1933 ve 1950 arasındaki sürgün dönemiydi. Fikir ve araştırma istemlerinin bu yeniden yönlendirimi, gerçekte birkaç yıl önceden Haziran 1930'da Horkheimer'ın Enstitü yöneticisi olarak atanmasından özellikle etkilenecek başlamıştı.... Tarih ve ekonomiden çok, şimdi, felsefe Enstitü'nün çalışmasında önde gelen bir yer işgal etmekteydi ve bu eğilim Marcuse'nin 1932'de, Adorno'nun da (1931'den itibaren Enstitü ile gevşek bir birliktelikten sonra) 1938'de üye olmalarıyla pekiştirildi. Enstitü aynı zamanda psikanalize karşı güçlü bir ilgi duymaya başladı ve bu sonraki çalışmalarında başat bir öge olarak kaldı." Enstitünün ayrı bir düşünce okulu halini almaya başlaması bu döneme rastlamaktadır. "1950'de Enstitü'nün Frankfurt'a dönmesiyle birlikte 'eleştirel teori'nin esas fikirleri açıkça birçok temel metinde ortaya konuldu ve 'Frankfurt Okulu' Alman Toplumsal Düşüncesi üzerinde önemli bir etki yaratmaya başladı. Sonraları, özellikle 1956'dan sonra, 'Yeni Sol'un ortaya çıkışıyla Avrupa'nın büyük bir kısmında ve Enstitü'nün birçok üyelerinin (özellikle Marcuse'nin Almanya'ya dönmeyerek) kaldığı Amerika'da Okul'un etkisi yayılmaya başladı. Bu dönem Frankfurt Okulu'nun düşünsel ve siyasal en büyük etkiye sahip olduğu dönemdir." '60'lı yıllara denk düşen bu dönemin, EHC kuramcılarının siyasal ve düşünsel temellerinin oluşmaya başladığı dönemle çakışmasının altını çizmek gerekir. "1970'lerden başlayarak Enstitü'nün dördüncü dönemi olarak kabul edilebilecek bir dönem başlamış, Frankfurt Okulu'nun etkisi yavaşça çökmeye yüz tutmuş ve gerçekte Horkheimer'ın 1973, Adorno'nun 1969'daki ölümleriyle birlikte artık bir okul olarak varılmaktan hükmen uzaklaşmıştır." Yine de, eleştirel kuramın, pek çok sosyal bilimcinin çalışmalarına bu dönemden sonra da etki ettiği bilinmektedir. Nitekim Jürgen Habermas'ın çalışmaları ile birlikte Okul, görece bir gelişme dönemi de yaşamıştır. Bkz. Tom Bottomore, *Frankfurt Okulu*. Çeviren: Ahmet Çiğdem (Ankara: Vadi Yayınları, 1997), 9-11.

ETK'nin ortaya çıkışı, "geleneksel kuram"da göz ardı edildiğini düşündükleri, "bilimsel bilginin toplumsal-tarihsel belirleyicileri olduğu gerçeği"nin ortaya çıkarılmasıdır. Zira ETK'ya göre, "bilimsel etkinlikler endüstri ve hükümet tarafından yönlendirilmekte ve finanse edilmektedir; onlar da büyük ölçüde üretim sürecine ilişkindir ve her şeyden önemlisi, algı nesnesi tarihsel olarak verilir, algı nesnesi de (insan) kendi yöntembilimsel ve kategorik araçlarına bağlı olarak tarihsel ve toplumsal anlamda belirlenmiştir."<sup>180</sup>

[H]orkheimer üç noktada özellikle sosyal bilimlerle ilişkili olarak bir bilim felsefesi ya da bilgi teorisi olarak pozitivism eleştirisi ortaya koydu: (i) Pozitivism etkin insan varlığını mekanik bir belirlenimcilik (determinizm) şeması içerisinde, çıplak olgular ve nesnelere olarak yaklaşır. (ii) Dünyayı yalnızca deneyde dolaysız olarak verilen biçimiyle algılayarak, öz ve görünüş arasında bir ayrım yapmaz. (iii) Olgular ve değer arasında mutlak bir ayrım koyarak bilgiyi insan istemlerinden ayırır.<sup>181</sup>

Pozitivism eleştirisi ve alternatif bir bilgi kuramı arayışı, yalnızca Horkheimer'in değil, başından sonuna dek, ETK'nin temel meselesi olmuştur. ETK, kendi Marksist (ya da Neo-Marksist) siyaset felsefesini, bu bilgi kuramı üzerinden savunmuştur.

Pozitivism ve ampirizm eleştirisi toplumsal teori için alternatif bir epistemoloji ve metodoloji geliştirme girişimi, Horkheimer'in 1937'deki geleneksel ve eleştirel teori üzerine denemesinden, 1969'daki pozitivism tartışmasına kadar, yalnızca bir temel sunmakla kalmayıp, Frankfurt Okulu'nun otuz yıllık toplum(sal) teorisinin geniş bir parçasını oluşturur.... Geniş bir özetlemeyle, Okul'un eleştirisi sırayla belirlemeye çalışacağım üç ayrı boyuta sahipti: İlkini pozitivism toplumsal hayatın doğru bir şekilde kavramsallaştırılması ve anlaşılmasını sağlamayan ve sağlayamayan, yetersiz ve yanlış yönlendirici bir yaklaşımdır. İkincisi, pozitivism yalnızca varolana katılmakla varolan siyasal düzeni kutsallaştırır, radikal herhangi bir değişikliği engeller ve siyasal dinginciliğe (quietism) sürükler. Üçüncüsü pozitivism içsel olarak yeni bir egemenlik biçimini, yani 'teknokratik egemenliği' destekleme ve üretmeye bağımlıdır ve bu süreçlerde temel bir etmen olmaktadır.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Horkheimer'dan aktaran, Slater, *Op.cit.*, s. 63

<sup>181</sup> Horkheimer'dan aktaran Bottomore, *Op.cit.*, s. 14.

<sup>182</sup> *Ibid.*, s. 28-29.

Pozitivist yaklaşım karşısında ETK'nın önerisi “diyalektik”tir. Zira;

Diyalektik düşünce ‘... kendisinin bağlı olduğu tarihsel istemler için önemli olan deney yapıları içerisine ampirik kurucular yerleştirir. Sağduyu sahibi etken bir birey dünyanın iğrenç durumunu kavradığında, bunu değiştirmeye yönelen tutku, bireyin verili olguları örgütlediği ve onları bir teori içerisinde biçimlendirdiği yol gösterici bir ilke olmaktadır... Doğru istemenin doğru düşünmeye bağlı olduğu kadar doğru düşünme de aynı şekilde doğru istemeye bağlıdır.’<sup>183</sup>

Benzer bir değiniyi, bilimsel ilerlemenin, bir “paradigma”<sup>184</sup> değişikliği sonucu ortaya çıkan “devrim”lerden ibaret olduğunu ileri süren Kuhn’un “[o]lguların seçimine, değerlendirilmesine ve eleştirisine olanak veren bilinçli ya da bilinçsiz bir kuramsal ve yöntemsel inanç yapısı olmaksızın hiçbir doğa tarihçisine anlam verilemez” ifadesinde de görebilmek mümkündür<sup>185</sup>.

Özetle, ETK'nın temel önermesi, Horkheimer'in “[b]ilimin krizini anlayabilmek, mevcut toplumsal düzene ilişkin doğru bir kuramla mümkündür. Zira toplumsal bir işlev olarak bilim, mevcut toplumsal çelişkiyi yansıtmaktadır”<sup>186</sup> ifadesi de göz önüne alınarak, “bilgi ve bilim tarihseldir” şeklinde formüle edilebilir.

---

<sup>183</sup> Aktaran *Ibid.*, s. 14-15.

<sup>184</sup> “Birbiriyle yarışan farklı bilimsel yaklaşımlara Kuhn ‘paradigma’ adını vermiştir.” Bkz. Nilüfer Kuyaş, “Çevirmenin Sunuşu,” Kuhn, *Op.cit.*, ss. 7-39, s. 10. Kuhn’un kendisi ise, bir bilimsel yaklaşımın paradigma olarak adlandırılabilmesi için iki özellik taşıması gerektiğini söylemektedir: Birincisi, temsil ettiği başarı ya da ilerleme, rakip bilimsel etkinlik tarzlarına bağlanmış olanları çevrelerinden koparıp kendisine çekecek kadar yeni ve benzersiz olması; ikincisi, çeşitli birçok sorunun çözümünü, yeniden oluşacak bir topluluğun ilerideki çabalarına bırakacak kadar açık uçlu, yani yeni gelişmelere açık olması. Bkz. Kuhn, *Op.cit.*, s. 53. Kuyaş’ın Kuhn’a atfettiği ile Kuhn’un kendi ‘paradigma’ tanımları Trubek’in ‘paradigma’ tanımı ile karşılaştırılmalıdır. Bkz. yukarıda “Hukuksal Liberalizmin Hukuk ve Gelişme Çalışmaları İçerisindeki Yeri” başlığı altında.

<sup>185</sup> Bkz. *Ibid.*, s. 58. Keza yukarıda, “Hukuksal Liberalizmin Hukuk ve Gelişme Çalışmaları İçerisindeki Yeri” başlığı altında yer verilen Trubek’in “toplumsal kuramların bir paradigma etrafında ele alınmaları gerektiği” yollu ifadesi de bundan ayrı düşünülemez.

<sup>186</sup> Max Horkheimer, “Notes on Science and The Crisis,” *Critical Theory/ Selected Essays* (New York: The Continuum Publishing Company, 1982), ss. 3-9, s. 9.

### 3. Bilgi Sosyolojisi Anlamında EHÇ

“Bilgi”nin tarihsel bir ürün olarak ele alınması, bilgi sosyolojisini gündeme getirmektedir. Bilgi sosyolojisi kavramsallaştırması Mannheim’a aittir ve Mannheim bu kavramla, toplum hakkındaki bilgilerimizin, toplumsal kökeninin araştırılmasını ve ne gibi etkilerinin olduğunun anlatımını kastetmektedir<sup>187</sup>. Bu anlamıyla bilgi sosyolojisi, pozitivist bilim anlayışının temellerinden biri olarak değerlendirilebilecekse de, kaynağını Aydınlanma düşünürlerinde bulan *nesnel* ya da *saf* bilimsel bilginin olanaklılığının tartışma konusu yapılabilmesinin de zeminini sunar. Bu tartışmadan da, özellikle sosyal bilimlere uygun bilgi türünün *öznel* ya da *saf olmayan* bilgi; yani “kültürel ve sosyal olarak belirlenmiş bilgi” olduğu sonucuna varılabilir<sup>188</sup>.

Epistemoloji ve bilgi sosyolojisi alanlarında, pozitivist bilgi anlayışının reddine dayanan bu görüş ve düşüncelerin EHÇ’ye katkısı, hukuk kuramsal bilginin niteliğine ilişkin bir tartışmayı olanaklı kılmalarıdır. Yani şu; hukuksal bilgiye, hukuk, toplumdan ve diğer toplum bilim alanlarından bağımsız, “*kendi içinde*” *doğal ve değişmez kuralları* yani, kendi başına bir “*realitesi*” olan bir yapı imişçesine ele alındığında ulaşılabilir mi, yoksa, böylesi hukuksal bilgi anlayışına dayalı bir hukuk bilimi mümkün değil midir?

Sorunun birinci kısmına olumlu yanıt verenlerin en güçlü temsilcisi Kıta Avrupası<sup>189</sup> pozitivist hukuk okulunun önemli isimlerinden Hans Kelsen ve onun kuramı olan Saf Hukuk Kuramı olmuştur. Hukuksal normativizm diye de anılan kuramı ile Kelsen

<sup>187</sup> Şerif Mardin, *İdeoloji* (Altıncı baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s. 72.

<sup>188</sup> Susan Hekman, *Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik*. Çeviren: Hüsamettin Arslan-Bekir Balkız (İstanbul: Paradigma Yayınları, 1999), s. 19-20.

<sup>189</sup> Felsefi pozitivist anlayış ile hukuksal pozitivist anlayış arasındaki ilişki kurulurken, Kıta Avrupası vurgusunun yapılması, özellikle gerekmektedir. Zira Anglo-Sakson hukuksal pozitivistizminin, felsefi bir düşünce akımı olan pozitivistizmle ilgisi olduğuna ilişkin ciddi bir emare olmaması bir tarafa; bu ikisinin aynı başlık altında karıştırılması, analitik hukuksal pozitivistizmin meselelerinin anlaşılmasını da zorlaştırmaktadır. Bu dipnot çerçevesinde dile getirilen yaklaşım, Bentham ve Austin’den başlayarak Hart’a kadar ulaşan analitik pozitivistizm geleneği üzerine çalışma fırsatı bulan meslektaşım Ertuğrul Uzun’un çıkarımlarından elde edilmiştir.

“hukukî bilgi metodunun saflığı iddiasını ortaya atmış”tır<sup>190</sup>. Kelsen, konusu (ya da nesnesi) “norm” olan bir hukuk bilimi yaratma çabası içerisinde<sup>191</sup>. Böylece, psikoloji, sosyoloji, ahlâk ve siyaset biliminden bağımsız bir hukuk anlayışı söz konusu olabilecektir<sup>192</sup>.

EHÇ'nin temel kabullerinin, bu ve benzeri, hukuku, diğer bilim ve disiplinlerden ayrı bir bilim alanı olarak kabul ederek, bilimsellik şemsiyesi altında mutlaklaştırılmasına neden olabilecek yaklaşımla bağdaşmasının mümkün olmadığı ortadadır. Kelsen ve benzerlerinin, diğer bilim alanlarından bağımsız bir hukuk bilimine ihtiyaç duymalarının asıl nedeni, hukukun “değer”den bağımsız karakterine vurgu yapmak içindir. Nitekim, genel olarak pozitivist hareket olgu ile değeri birbirinden ayırma çabası olarak da okunabilir<sup>193</sup>. Ne ki, ETK'nın en önemli iddiasının, böyle bir ayrımın imkansızlığı olması gibi, EHÇ'nin de önemli tezlerinden biri, “değer”den bağımsız hukukun imkansızlığıdır.

#### 4. Pozitivizmin Reddinden Liberal Toplum Eleştirisine

Pozitivist epistemolojinin reddi ile EHÇ'nin genel eğilimi arasında kurulabilecek en güçlü ilişki ise; pozitivist “dünya görüşü”nün, liberal toplum kuramı ile örtüşme içerisinde olduğunun saptanması ile açığa çıkar. Levent Köker, liberal teori-pozitivizm bağlantısını iki düzeyde kurmaktadır. İlk düzey, rasyonalite ve ampirizm; ikincisi ise, olgu-değer ayrımı meseleleridir<sup>194</sup>.

<sup>190</sup> Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1978), s. 1.

<sup>191</sup> Hans Kelsen, “What is the Pure Theory of Law?,” *Tulane Law Review*, 34: 269-276 (1960), s. 269.

<sup>192</sup> Kasım Akbaş, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı,” *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*. Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 23-38, s. 23.

<sup>193</sup> Pozitivizm ve bilimde değer meselesi ile ilgili olarak bkz. Cüneyt Ozansoy, “Bilimde Değer Sorunu ve Pozitivizm İlişkisi Üzerine Bazı Gözlemler,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 47/1-4: 37-48 (1998).

<sup>194</sup> Levent Köker, *İki Farklı Siyaset* (Ankara: Vadi Yayınları, 1998), s. 57 vd.

Buna göre liberal teori, bireylerin serbest hareket alanları olarak belirlediği bazı etkinlik alanlarını güvence altına almanın en etkin yolunu siyasal iktidarın sınırlanmasında görüyordu. Siyasal iktidarın sınırlanmasının yöntemi ise, yasama, yürütme, yargı fonksiyonlarının ayrılması olarak belirlendi. Ancak her halde, esas güç yasama organında idi. Bu da, yasa koyucu otoriteyi kimin kullanacağı sorununu ortaya çıkarmakta idi. Kural olarak, rasyonel ve özünde “iyi” bir varlık olarak kabul edilen tüm insanların yasama faaliyetine katılımlarının kabul edilmesi ile sorun çözüldü. Ancak, Locke daha baştan, rasyonel davranabilme yeteneklerini kendi yaşam pratiklerinde gerçekleştirdiği açıkça görülen insanların yasama faaliyetine katılabileceğini söyleyerek, rasyonel tartışma pratiğinin nasıl ölçülebileceği konusunda da bir kuşku yaratmaktadır. Liberallerin kabul ettiği rasyonel davranma kriteri ekonomiktir ve daha fazla mülk edinme üzerine kuruludur<sup>195</sup>.

Bu çerçevede liberalizm, toplumsal yaşam pratiği alanında daha fazla mülk edinme ölçütü esasına göre tanımladığı “araçsal akıl” kavramına uygun başka değerleri de benimsemiştir. Bunlardan en önemli olanı da insanın, doğal çevrenin sınırlayıcılarını aşarak böyle bir rasyonel davranışı bütünlüklü biçimde gerçekleştirebileceği anlayıştır. Bu bakımdan liberalizm, pozitif metotlarla çalışan ve insanın doğa üzerindeki egemenliğini giderek daha kapsamlı kılan doğa bilimlerinin ve teknolojinin ilerlemesine özel önem atfetmektedir. Rasyonel esaslara uygun yasama faaliyeti, insanı toplum içinde özgür kılarken bilimsel ilerleme de insana doğa karşısında bir üstünlük, dolayısıyla, liberalizm ile pozitivizm arasında, epistemolojik tercihler ve bilim anlayışları bakımından esaslı bir fark olmadığı gibi, gerçekte bir örtüşme söz konusudur<sup>196</sup>.

Liberalizm ile pozitivizm arasında, olgu-değer ayrımı üzerinden kurulan ilişki, toplumsal-siyasal alanın özel alan ve kamusal alan olarak ikiye bölünmüş olmasına dayanmaktadır. Liberalizmin özgürlük anlayışı gereği devlet, bireylere, ekonomik ve kültürel tercihlerini yapabilecekleri bir bireysel özgürlük alanı sağlamalıdır. Ancak bireysel hak ve özgürlükleri güvence altına alması beklenen devletin kendisi ile bireysel özgürlük arasında bir çelişki bulunmaktadır. Devlet kendi müdahale alanını genişlettikçe, bireylerin özel alanları daralır. Bunun için siyasal iktidarın faaliyet alanı

<sup>195</sup> Paragrafın tümü için *Ibid.*, s. 58-60.

<sup>196</sup> *Ibid.*, s. 61.

mümkün olduğunca daraltılmalı; “herkes için ortak bir genel iyi yaşam”ın kamu gücü ile sağlanması yerine, bireylerin kendi “iyi yaşam”larını tercih etme haklarının olduğu özel alanı mümkün olduğunca geniş tutan bir anlayış kabul edilmelidir<sup>197</sup>. Dolayısıyla liberal toplum modelinde kamu, “iyi”ye ilişkin düzenleme getirmez; zira “iyi” özelleştirilmiştir. Bu nedenle kamu gücü, değerden bağımsız ve tarafsız varsayılmaktadır.

Liberal siyaset teorisinin bu siyasal iktidar modeli, birçok yönleriyle pozitivist bilimsellik anlayışıyla ve pozitivist siyaset teorisinin modern toplumdaki demokrasi sorununun yaklaşımıyla ortak özellikler taşımaktadır. Buradaki ilk açık bağlantı noktası, liberalizmin siyasal örgütlenme düzeyinde benimsediği, herkes için ortak bir iyi siyasal toplumun kurulamayacağı, aslolanın her bireye kendi iyisini gerçekleştirme olanağını sağlayacak bir haklar ve özgürlükler düzeni olduğu anlayışdır ki doğrudan doğruya pozitivist siyaset teorisinin “olan”ı incelemeye yönelip “olması gereken”i metafizik olarak dışlamasıyla bağlantılıdır. Bir diğer deyişle pozitivist siyaset teorisine yüklediği işlev, mevcut bir siyasal sistemin işlerliği içinde gelişen siyasal olgu ve süreçlerin açıklanması, buna karşılık bir açıklama yapılırken “siyaset felsefesi”ne, yani “İyi toplumsal-siyasal örgütlenmenin temel ilkeleri ne olmalıdır?” türünden sorularla ilgilenilmemesi biçimindedir<sup>198</sup>.

En azından, Kıta Avrupası hukuksal pozitivistizminin, “iyi hukuk nedir?” sorusunun hukuksal araştırmanın konusu olamayacağı, yalnızca “pozitif” hukukun araştırma konusu yapılması şeklindeki önerisi de Köker’in pozitivist siyaset kuramlarında olduğunu saptadığı sorunu içermektedir.

## 5. Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın Gündemi

Bu kabuller ve öncüller üzerinden, eleştirel hukuk çalışmalarını üç ana başlık altında kategorize etmek mümkündür: Hukuksal belirsizlik çalışmaları; hukukun taraflı olduğuna ilişkin çalışmalar ve nihayet hukukun hem bir ideolojisinin olduğu hem de kendisinin bir ideoloji olduğu anlamına gelen hukuk ideolojisi çalışmaları.

<sup>197</sup> *Ibid.*, s. 62-63.

<sup>198</sup> *Ibid.*, s. 64.

Eleştirel kuramcılara göre, hukuksal muhakeme, hukukçuların kişisel eğilimlerinden ya da içinde buldukları toplumsal bağlamdan bağımsız değildir. Hukuk, aslında, o denli “çelişkili” ya da “tutarsız”dır ki, aynı hukuksal düzenleme, farklı toplumsal bağlamlarda, farklı hükümlerin verilmesine gerekçe olabilmektedir. Hukukun “belirsizliğinin” (indeterminacy) nedeni budur<sup>199</sup>. Zira hukukun belirsizliği, hukuksal çıktılarının<sup>200</sup>, salt hukuk kurallarına dayalı olmadığı düşüncesinin bir ifadesidir. Sorun şu şekilde formüle edilebilir: “Somut hukuksal uyuşmazlıkların sonucunu hukuk mu belirler?”<sup>201</sup> Eleştirel yaklaşımla, sorunun yanıtı ise şu şekilde: Yargısal kararlara, sadece anayasa ve diğer yasalarda belirlenmiş kuralların doğrudan uygulanması ile ulaşılamaz<sup>202</sup>.

Bir başka mesele de, hukukun “değerlerden bağımsız (value-free)” olup olmadığıdır. EHÇ’ye göre hukuk, sadece “görünüşte” nötr/tarafsız ve bağımsızdır. Aslında hukuk, toplumun egemen değerlerini yansıtmakta, hatta bu değerlere ve dolayısıyla statükoya meşruluk kazandırmaktadır. Böylece eleştirel kuramcılar, hukuku, egemen iktidar sisteminin karşısında bir korunma aracı olarak değil, o sistemin bir parçası olarak görmektedirler<sup>203</sup>. Aslında bu nokta, EHÇ’yi Amerikan Hukuksal Realistleri’nden

---

<sup>199</sup> Vago, *Op.cit.*, s. 66.

<sup>200</sup> Hukukun bir girdi-çıkıtı sistemi olarak ele alınıp alınamayacağı bakımından bkz. Özcan, *Op.cit.*, s. 121 vd. İktidar ilişkileri bir soyutlama olarak dışarıda bırakıldığında, hukukun bir girdi-çıkıtı sistemi olarak ele alınabileceğini saptayan Özcan, bu yaklaşımının sonucu olarak, hukukun belirsizliği düşüncesine şu ifadelerle ulaşmaktadır: “Hukuk, iktidar merkezlerinin direnç noktasına kadar kendini topluma uydururken, toplum da beklentilerine veya taleplerine varlık kazandıran ve daha gerisine gidilemez olan bir direnç noktasına kadar kendisini hukuka uyarlar. Hukukun kendini topluma uydurmasına, yasama organının tasarrufları ve mahkemelerin içtihatları yoluyla hukuk kurallarının değiştirilmesi kadar, işlev üstlenemeyen hukuk kurallarının kadük kalması veya yorumlanarak yeni koşullara uyarlaması da dahildir. Retorik ve hermenütik konusundaki yeni yaklaşımlar ‘hukuk kurallarının kesinliği’ düşüncesinin sadece hukuk düzeninin postulatı olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuk kitaplarında yazılı olanlardan çıkarılabilecek olan hukuk düzeni, topluma uygun olup olmadığı tartışması bir yana, sistemik işleyişin ideali olarak karşımıza dikilir.” Bkz. *Ibid.*, s. 125.

<sup>201</sup> Solum’dan hareketle soruyu formüle eden Gülriz Özkök, “Hukukî Belirsizlik Problemi Üzerine,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/2: 1-19 (2002), s. 1.

<sup>202</sup> Lawrence B. Solum, “Indeterminacy and Equity,” *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 44-66, s. 44

<sup>203</sup> Vago, *Op.cit.*, s. 66.

ayırır temel noktadır denilebilir. Zira, hukukun belirsizliği düşüncesi aslında, EHÇ'nin dayandığı Realist gelenekten neredeyse aynen alınmıştır. Realistler, hukuk kurallarının belirsizliğini göstermeye çalışmışlar; söz konusu kuralların hukuksal uyumsuzlukları çözmekte yetersiz kalacaklarını ileri sürmüşlerdir<sup>204</sup>. Yargısal kararlara, hukuk kuralları bütününden tümdengelim yöntemi kullanılarak varıldığına ve mekanik hukuk kuramlarına ilişkin yanlışlarının ortaya çıkarılmasında son derece başarılı olan Realist yaklaşım, siyasal ideolojinin yasama kararlarına ve yargılamaya etkisini görmekte yetersiz kalmıştır<sup>205</sup>. Nitekim Llewellyn'in görüşlerinden yola çıkılarak, Hukuksal Realistler'in, hukuk kurallarına içkin değer yargılarının göreliliğine vurgu yapan bir rölativizme değil, düpedüz kuralların her hangi bir değer yargısı taşımadığına vurgu yapan nihilizme değindikleri ileri sürülmektedir<sup>206</sup>. EHÇ kuramcılarına göre ise, "hukuk, adalete ya da hakkaniyete ilişkin *nesnel* bazı standartların ürünü değildir. Dolayısıyla, hukuksal sınırlamalar [herkes için geçerli] bir ahlâkî yükümlülük doğuramazlar."<sup>207</sup> EHÇ kuramcıları, Realistler'in bu zor soruya yanıt bulmaktan kaçındıkları için hukuk ve siyasal ideoloji meselesine girmediklerini ileri sürmektedirler<sup>208</sup>.

Realistler'in hukukun ideolojik olması meselesini köklü bir şekilde ele almamalarının bir nedeni olarak da, mevcut liberal hukuk anlayışıyla bir meselelerinin olmaması kabul edilebilir. Oysa, EHÇ'nin temel meselelerinden biri, liberal hukuk anlayışının sorgulanmasıdır. EHÇ'nin "hukuk siyasettir" sloganının gerekçesini de burada aramak doğru olacaktır.

EHÇ'nin bir başka kabulü de –ki yine hukukun bağımlılığı ve taraflılığı ile ilişkilidir-, hukukun bir ideolojisinin olduğu; hatta hukukun kendisinin bir ideoloji, hukuk

<sup>204</sup> Richard Numan, "Critical Legal Parricide, or: What's So Bad About Warmed-Over Legal Realism," **Radical Critiques of Law**, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 21-43, s. 22.

<sup>205</sup> *Ibid.*, s. 23.

<sup>206</sup> *Ibid.*, s. 28.

<sup>207</sup> *Ibid.*, s. 23. İtalik vurgu ve parantez içindeki ifade benim.

<sup>208</sup> *Ibid.*

ideolojisi, olduğudur<sup>209</sup>. Buna göre hukuk öncelikle, bir ideolojinin yarattığı koşulları meşrulaştırmak ve bunların sürekliliğini sağlamak üzere işlev kazanmaktadır. Sözelimi mevcut hukuk sistemi özel mülkiyet rejimini ve sınıflı toplum yapısını meşrulaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Bunun ardından hukukun kendisinin bir ideoloji olduğu önermesi tartışılmaya başlanmıştır. EHC'deki, özellikle Frankfurt Okulu menşeli katkılarla, hukukun nasıl bir ideoloji haline geldiği ortaya konulmaya çalışılmıştır<sup>210</sup>. Buna göre, geçmiş tarihsel dönemlerde dinin bir düşünce formu haline gelmesi gibi, modern toplumlarda da hukuk, bilincin içinde şekillendiği formlardan biri haline gelmiştir<sup>211</sup>.

1970'lerin ortalarından sonlarına doğru, bir grup sol eğilimli hukuk kuramcısı, liberal hukuksal ve siyasal düşünceyi eleştirmeye başladılar. Bu kuramcılara göre, geleneksel hukuk kuramları, bir dizi yanlış varsayıma ve köklü çelişkiye dayanmaktaydı. Eleştirel kuramcılar özellikle, hukukun nesnel, belirli ve siyasal anlamda nötr olduğu iddiasına meydan okuyorlardı.

EHC'nin entelektüel programı farklı konular ve projeler çerçevesinde oluşmuştu: Belirsizlik eleştirisi, hukuk ideolojisi çalışmaları ve hukuk pratiği ve öğretiminin yarattığı yabancılaşmanın incelenmesi<sup>212</sup>.

Martha Minow, EHC kuramcılarının 1980'lerin başında meşgul oldukları dört "etkinlik" belirlemiştir<sup>213</sup>: (1) Eleştirel kuramcılar, hukukun belirsizliğini göstermeye çalışmışlardır. Yani onlara göre her hangi bir hukuksal ilke, birbiriyle çelişen ya da çatışan sonuçlara ulaşmak için kullanılabilir. (2) Eleştirel kuramcılar, belirli çıkar

<sup>209</sup> Minda, *Op.cit.*, s. 110.

<sup>210</sup> *Ibid.*, s. 115.

<sup>211</sup> Peter Gabel ve Paul Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," *The New York University Review of Law and Social Change*, 11: 369-412 (1982-1983), s. 374. Geçmiş dönemlerde din bir toplumsal düşünce formu iken, daha sonraları hukukun bir toplumsal düşünce formu olarak ortaya çıktığı iddiası, Gabel-Harris'in makalesinde ayrıca atıfta bulunulmamışsa da, Engels'e aittir. Bkz. Friedrich Engels, "Hukukçular Sosyalizmi", K. Marx-F. Engels, *Din Üzerine*. Çeviren: Kaya Güvenç (Ankara: Sol Yayınları, 2002, ss. 249-252).

<sup>212</sup> Robert L. Hayman Jr., Nancy Levit ve Richard Delgado, *Jurisprudence Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism* (İkinci basım, Minnesota: West Group, 2002), s. 402.

<sup>213</sup> Minow'dan özetleyerek aktaran Minda, *Op.cit.*, s. 108.

gruplarının, toplumsal sınıfların ya da diğer köklü ekonomik oluşumlarının, hukukun belirsizliğine rağmen, hukuksal kararlardan nasıl istifade ettiklerini belirleyebilmek için tarihsel ve sosyo-ekonomik analizlerle ilgilenmişlerdir. (3) Eleştirel kuramcılar, hukuk analizlerinin ya da hukuk kültürünün, bu alanı hukukçular dışında kalanlar için nasıl mistifize ettiğini ve kendi sonuçlarını değişmez yasalar haline getirdiğini göstermeye çalışmışlardır. (4) Eleştirel okul, daha önce terk edilmiş ya da yeni bazı toplumsal görüşleri yeniden ortaya çıkarabilecek ve bunların hukuksal ya da siyasal pratik anlamında gerçekleştirilmesi için bir tartışma başlatabilecektir.

EHÇ kuramcılarının Minow tarafından dile getirilen bu çalışma alanlarını, çok daha kısa olarak şu şekilde özetlemek de mümkündür: Her şeyden önce EHÇ kuramcıları, hukukun bağımsız, tarafsız olmadığını düşünmekte ve bunu kanıtlamaya çalışmaktadırlar. Bağımsız ve tarafsız bir hukuk biliminden söz edilemeyeceğine göre, mevcut hukukun –ve onun meşrulaştırılmasına dayanan “geleneksel” hukuk kuramlarının- hangi tarafta olduğu da belirlenebilir. EHÇ’nin iddiası mevcut hukukun ve kuramlarının “liberal” olduğudur<sup>214</sup>. Dolayısıyla EHÇ’nin eleştirileri hem siyasal liberalizme hem de hukuksal liberalizme yönelmektedir.

Tushnet ise, eleştirel hukuk çalışmaları yaklaşımının kalbinde yattığını düşündüğü meseleleri iki başlık altına toplamıştır. Birincisi EHÇ, her türlü formalizme (biçimselcilik) yöneltmiş bir saldırıdır. İkincisi, bu saldırı aynı zamanda liberal siyasal kurama da yönelmiştir, zira biçimselciliğin bazı türlerini liberal siyaset kuramı içermektedir<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> İşin aslı, EHÇ savunucularına göre, Marksizm ve EHÇ ile çok uzaktan da olsa ilgisi olmayan diğer her türlü hukuk kuramı liberaldi. “Eleştirel kuramcılar her hangi bir ayırım yapmadan, Marksizm ve Eleştirel kuramın geniş çevresi içerisinde yer almayan her türlü düşünceye göndermede bulunurken ‘liberalizm’ kavramını kullanmaktadırlar. Sözelimi, Eleştireller, Rawls, Nozick, Dworkin ve Posner’i bir ayırım yapmadan liberal olarak kabul etmektedirler.” Bkz. Hutchinson, Allan C. ve Patrick J. Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought,” *Stanford Law Review*, 36: 199-245 (1984), s. 209, dn. 43.

<sup>215</sup> Mark Tushnet, “Perspectives on Critical Legal Studies,” *The George Washington Law Review*, 52: 239-242 (1983-1984), s. 239.

EHC'nin içerisinde yer alan Schlegel ise EHC'nin iki "güzel" düşünceden ibaret olduğunu ve bir üçüncüsünü olmadığını söylemektedir. Schlegel'e göre EHC'nin hukuka ilişkin kuramı iki konuda odaklanmaktadır: Belirsizlik tezi ve hak eleştirisi<sup>216</sup>.

İleride, alternatif toplum kuramını da incelemeye çalışacağımız Unger, EHC hareketinin iki temayülünden söz eder. Ona göre ilk temayül, hukuk kuramlarını ya da hukuk öğretisini belli bir toplum vizyonunun ifadesi olarak görmektir. İkinci temayül ise, hukukun ve hukuk öğretisinin, sözgelimi kapitalist bir toplumdaki, toplumsal bölünmeleri ve hiyerarşiyi yeniden ürettiğini ve şekillendirdiğini kabul etmektir<sup>217</sup>.

### 5.1. Hukukun Belirsizliği Meselesi

Hukukun belirsiz olup olmadığı, bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığıyla ilgiliyken, diğer yandan da hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir... [Anılan, ikinci] anlamdaki hukukî belirsizlik, kökenini Gadamer'de bulan bir ayırımı dayanılarak ortaya konulabilir. Bu ayırımında, hukukun belirsizliği ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir<sup>218</sup>.

EHC kuramcılarının hukuksal belirsizlikten kasıtlarının, yargılama süreci içerisinde somut bir hukuk normunun, *belli bir* hukuksal sonuca ulaşılmasını sağlayıp sağlamayacağı ile ilgili olduğu açıktır. Zira, geleneksel hukukçularda olduğu gibi, Eleştireller de, bir toplumdaki hukukun anlaşılabilmesi için yargılama fonksiyonuna özel önem atfetmişlerdir. Eleştirel kuramcılarının hepsi, hukuksal muhakemenin (usa vurmanın), rasyonel nedenselliğinin reddi konusunda ittifak halindedirler<sup>219</sup>. David

<sup>216</sup> John Henry Schlegel, "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," *Cardozo Law Review*, 22: 1061-1072 (2000-2001), s. 1069. Schlegel, Laura Kalman tarafından öne sürülen "hukukun görece özerkliği" iddiasının bir üçüncü düşünce ayağı olarak kabul edilebileceğini de ekler. Bkz. *Ibid.*, dn. 31.

<sup>217</sup> Roberto Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement," *Harvard Law Review*, 96: 561-675 (1982-1983), s. 563, dn. 1.

<sup>218</sup> Özkök, *Op.cit.*, s. 1.

<sup>219</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 206.

Kairys'e göre, eleştirinin başladığı yer burasıdır: "Hukuksal usa vurma herhangi hukuksal ya da toplumsal bir soruna, somut ve gerçek bir çözüm sunmaz. Hukuksal usa vurma, makul, yetkin ve adil insanları, belirli uyuşmazlıklarda belirli sonuçlara götüren bir yöntem ya da süreç değildir"<sup>220</sup>. Hukuk bir kültür, dil ve bilgiler toplamıdır. Böylece yargıca, aralarında tercihte bulunabileceği akılcılaştırılmış seçenekler sunar. Ancak bu akılcılaştırma her hangi bir seçenek için aynı derecede geçerlidir. Yargıcın *belirli bir tercihte* bulunmasını sağlayacak *belirli bir hukuksal unsur* ise söz konusu değildir<sup>221</sup>.

EHC'nin hukukun belirsizliği iddiası, geleneksel sol hukuk kuramlarındaki formalizm eleştirisinin devamı niteliğindedir. Genel olarak formalizm, uyuşmazlıklar karşısında, tümdengelimci yöntem uygulanarak, belirli (değişmez) hukuksal sonuçlara ulaşılabilmesi düşüncesidir<sup>222</sup>.

Hukukun kesinliği konusundaki klasik görüş ile karşılaştırıldığında, Eleştireller'in tutumu daha anlamlı bir hale gelecektir. Blackstone'un cümleleri, hukukun kesinliğine ilişkin klasik görüşü tam olarak ifade etmektedir:

Yargıçlar tarafından dile getirilen ya da ulaşılan hüküm, yargıçların kendi belirlemeleri veya cümleleri değil, yasanın belirlemesi ya da cümlesidir. Hüküm, yasa ve gerçek öncüllerini doğal ve düzenli olarak takip eden bir sonuçtur.... Böylece, hüküm ya da sonuç, yargıcın keyfi kaprislerine bağlı değildir. Yerleşmiş ve değişmez adalet ilkelerine bağlıdır<sup>223</sup>.

Böylece, farklı yargıçların varlığına rağmen, benzer olaylara aynı kuralların uygulanmasıyla, hukukun birörnekliliği ve öngörülebilirliği de sağlanmış, daha doğrusu sağlanabileceği ileri sürülmüş olmaktadır.

<sup>220</sup> David Kairys, "Law and Politics," *The George Washington Law Review*, 52: 243-262 (1983-1984), s. 244.

<sup>221</sup> *Ibid.*, s. 245.

<sup>222</sup> Unger, "The Critical Legal Studies Movement," *Op.cit.*, s. 564.

<sup>223</sup> Blackstone'dan aktaran Wilfrid E. Rumble, Jr., "Rule-Scepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism," *Journal of Public Law (Emory Law School)*, 15: 251- 285 (1966), s. 254.

Hukukun *kesin olmadığı*, belirsiz olduğu iddiası, ilk olarak EHÇ tarafından ortaya atılmış değildir. Aslında, bu iddianın sahibi Hukuksal Realistler'dir<sup>224</sup>. Ancak belirsizlik iddiası, EHÇ kuramcıları tarafından, temel bir mesele haline getirilip, geliştirilmiştir<sup>225</sup>.

EHÇ'nin hukuksal belirsizlik iddiası, çağdaş hukuksal belirsizlik iddialarının, liberal hukuk kuramının köklü eleştirisinin bir parçası olması nedeniyle de önem taşımaktadır<sup>226</sup>.

EHÇ'nin hukuksal belirsizlik iddiasını dile getirirken, iki amaç güttükleri ileri sürülmektedir. Birincisi, kimi EHÇ kuramcıları, hukuksal belirsizlik tezini, siyasal gündemleri için bir araç olarak kullanmaktadırlar. Buna göre, eleştirel kuramcılar, yargısal kararların ya da hukuksal hükümlerin, yasalar o sonucu "gerektirdiği" için öyle verildiği sanısının, toplumsal bir yanlış bilinç yarattığını ileri sürerek, alternatif toplum ve hukuk vizyonlarını ortaya koyabilmenin olanağını yaratmaktadırlar. İkinci olarak ise, belirsizlik tezi, bazen sadece, bir popüler kültür eleştirisi olarak ortaya konmaktadır<sup>227</sup>. Hukuksal belirsizlik tezinin, siyasal gündem için bir araç olarak kullanılabilir olması, "hukuk, siyasettir" önermesi ile birlikte düşünülmelidir. Zira Eleştireller'e göre, "siyasal söyleme zıt bir hukuksal muhakeme tarzı söz konusu olamayacaktır. Hukuk, farklı bir kıyafetle karşımıza çıkan siyasettir; ne tarihsel bir boşlukta işlev görür ne de toplumdaki ideolojik çatışmalardan bağımsızdır. Hukuk öğretisi sadece, belli bir davada *belirli* (determinant) bir sonucu *gerektirmiyor* değildir; aynı zamanda *gerektiremiyor*dur da."<sup>228</sup> Eleştireller'e göre, hukuk normunun kendiliğinden gerektirdiği, nesnel olarak

<sup>224</sup> Amerikan Hukuksal Realistleri'nin hukukun belirsizliği hakkındaki görüşlerine aşağıda "Amerikan Hukuksal Realizm Akımı: Temeller ve EHÇ ile Benzerlikler" başlığı altında yer verilecektir.

<sup>225</sup> Solum, *Op.cit.*, s. 45.

<sup>226</sup> *Ibid.* Ancak yine de, liberal hukuk anlayışının çağdaş temsilcilerinin de, kuramlarında bu belirsizlik iddiasına yer verdikleri eklenmelidir. Sözgelimi HLA Hart'ın hukuk anlayışı, hukuka ilişkin çeşitli belirsizlik alanlarının saptanmasına dayanmaktadır. Ancak, liberallerin hukuksal belirsizlikten anladıkları ile eleştirellerin hukuksal belirsizlikten anladıklarının birbirinden farklı olduğu da unutulmamalıdır. Her halükarda, hukuksal belirsizlik tartışmalarının, son dönem hukuk kuramlarında, ciddiye alındığı sonucuna varılabilir.

<sup>227</sup> Ken Kress, "Legal Indeterminacy," *California Law Review*, 77: 283-337 (1989), s. 284.

<sup>228</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 206. İtalik vurgu benim.

doğru bir sonuç söz konusu değildir. Uygulayıcının farklı değerler arasında bir tercihte bulunması kaçınılmazdır<sup>229</sup>. Dahası, sadece uygulayıcı değil, yasa koyucu da farklı değerler arasında bir tercihte bulunmaktadır. Yasa koyucunun, sözgelimi mülkiyete dayalı bir hukuksal düzeni dayatması, benimsediği bir değer sonucudur ve bu anlamda keyfi ve belirsizdir<sup>230</sup>. Yasa koyucunun, davranışlarının keyfi olmadığını ileri sürebilmenin tek olanağı ise, hukuku, hukuk dışı sosyal bilim alanlarının kavram ve yöntemleriyle de değerlendirebilmektir. EHÇ kuramcıları bunu “hukuk, sosyal teorinin hakimiyetindedir” demek yoluyla dile getirmektedirler<sup>231</sup>. Öyleyse, EHÇ’nin hukuksal belirsizlik iddiasını, diğer önermeleri ile de birlikte düşünmek yerinde olacaktır. Zira, hukuksal belirsizlik iddiasıyla yola çıkan kimi düşünürler ya da akımlar, sonunda kendilerini nihilizme kayan bir noktada bulmuşlarsa da, EHÇ, en azından politik anlamda, nihilist olarak kabul edilemez<sup>232</sup>.

Hukuksal belirsizliğin bir mesele haline gelmesinin temelinde, meşruluk düşüncesi yatmaktadır. Zira, yargısal kararların meşruluğu, yargıçların kendi kurallarını yaratmayıp, toplumda mevcut olan yasaları uygulamalarına bağlıdır<sup>233</sup>. Oysa hukukun belirsiz olduğu iddiası, hukuka ve yargısal kararlara olan güveni de sarsabilecek niteliktedir. Zira hukukun belirsiz olduğu düşüncesi, öyle ise, uygulanan hukukun nesnel, bağımsız ve tarafsız da olmadığı düşüncesine neden olacaktır. Hukuksal

<sup>229</sup> **Ibid.**, s. 208. Liberal hukuk anlayışının çağdaş temsilcilerinden olan Ronald Dworkin’in hukuk kuramının önemli bir kısmının “tek bir doğru yanıt tezi (a right answer thesis)” üzerine kurulmuş olması, Eleştireller’in bu konudaki ısrarlarının, liberal hukuk anlayışının eleştirisinde ne denli isabetli olduğunu da göstermektedir. Dworkin’in “doğru yanıt tezi” için bkz. Ronald Dworkin, “No Right Answer?,” *New York University Law Review*, 53: 1-32 (1978), s. 3.

<sup>230</sup> Gerek yargıçların değerler arasında ideolojik tercihlerde bulunmaları, gerekse yargılama ile yasama arasındaki farka dikkat çekilmesi ile ilgili olarak bkz. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge: Harvard University Press, 1997), s. 24 vd.

<sup>231</sup> Hutchinson ve Monahan, **Op.cit.**, s. 213.

<sup>232</sup> **Ibid.**

<sup>233</sup> Kress, **Op.cit.**, s. 285. Kress, “meşruluk” kavramını, Weberci sosyolojik anlamda değil, klasik siyaset felsefesinde kullandığı anlamıyla kullandığına dikkat çekmektedir. Yani, eğer bir yargısal karar meşru ise, yurttaşlara, kendisine uyulması konusunda ahlâkî bir yükümlülük de yüklemektedir. Sosyolojik anlamda meşruluk ise, hukukun otoritesine ilişkin bir inanç sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, hukuk ideolojisi ile yakından ilgilidir.

düzenlemenin gerektirdiği nesnel olarak doğru bir sonucun bulunmadığını ileri süren Eleştireller, hukuk söz konusu olduğunda, farklı *değerler* arasında bir *tercihte* bulunulmasının kaçınılmaz olduğunu dile getirmektedirler<sup>234</sup>.

Örnek olsun Unger, formalistlerin belirlilik iddiasını, ideolojik ve felsefi ayrımlardan bağımsız bir hukuksal usa vurma metodunun olanaklılığına ilişkin inanç diye nitelendirmektedir<sup>235</sup>. Oysa ona göre, hukuka ilişkin olarak ileri sürülecek her iddia, bir “doğru” toplum varsayımına dayanmak zorundadır<sup>236</sup>. Yani hukuksal belirsizlik iddiası, hukukun siyaset, ideoloji, felsefi görüş ve dinsel inançtan bağımsız olup olamayacağı tartışması ile sürdürülebilir.

## 5.2. Hukukun Tarafılığı; Saf Hukukun Olanaksızlığı ve Liberal Hukukun Eleştirisi

EHC'nin önemli bir motifi, “bağımsız ve tarafsız hukuk”un karşısında, hukukun tarafılığına yaptıkları vurgudur. Hukukun tarafgirliğinin kabulü, onun, özellikle siyasetten ayrı olarak ele alınmasının olanaksızlığının da kabulü anlamına gelecektir.

Hukukun neyin/kimin/kimlerin tarafında olduğu, hukukun amaçları bahsinde bile kolayca ortaya konulabilir. EHC kuramcılarına göre hukukun amacı ya da hedefi aslında, toplumsal elitin hukuktan ne murad ettiği<sup>237</sup>. Toplumsal elitin hukuktan muradının, kendi çıkarlarının devamını sağlayacak bir toplumsal düzenin sağlanması olduğundan ise şüphe etmemek gerekir. Mevcut toplumsal yapıya ismini veren üretim tarzı kapitalizm olmakla, mevcut toplumsal elitin çıkarlarını koruyacak düzen ancak, liberal bir hukuksal, siyasal ve ekonomik düzen olacaktır. Öyleyse, hukuktan beklenen, liberal bir ekonomik sistemin kavramsal ve yasal düzenlemelerini gerçekleştirmesidir:

<sup>234</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 208.

<sup>235</sup> Unger, “The Critical Legal Studies Movement,” *Op.cit.*, s. 564.

<sup>236</sup> *Ibid.*, s. 570.

<sup>237</sup> Nunan, *Op.cit.*, s. 25.

Yani, piyasanın hür müteşebbis ve müşterilerinin, hür iradelerine dayalı sözleşmelerin esas alındığı bir yasal düzenleme. Böylece “adalet”, “hak” gibi kavramlar, burjuva hukuk ve siyaset kuramcılarının ellerinde, ideolojik bir dogmayı desteklemek üzere kullanılmaktadırlar<sup>238</sup>.

Bu yapılırken de, hukukun ancak piyasa mantığına göre işleyerek bağımsız, tarafsız ve nesnel olabileceği iddia edilmektedir<sup>239</sup>. Zira serbest piyasanın kuralları, özerklik, tarafsızlık ve nesnellik niteliklerini taşımaktadır. Sözgelimi Hayek, serbest pazar kapitalizminin, hukuk devleti düşüncesince içerildiğini ifade etmektedir<sup>240</sup>. Bu anlamdaki hukukun tarafsızlığı düşüncesinin temelinde, bireylerin kendi tercihlerini yapmakta serbest bırakılmaları gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Zira eğer bireyler, kişisel tercihlerinde özgür bırakılmazlarsa piyasanın işlemesi de mümkün olmayacaktır. Liberal (ya da klasik) hukuk kuramcıları, hukuku, bireysel tercihlere karşı nötr düzenlemeler getirdiğinde meşru, aksi halde gayri meşru kabul etmektedirler<sup>241</sup>. Böylece, sözgelimi, bir dolandırıcının, mağduru ile yapmış olduğu sözleşme, tarafların özgür iradelerine dayandığı için geçerli kabul edilmekte ve hukukun bunu himaye etmesi beklenmektedir. Zira insanlar arasındaki, zeka ve mülkiyet eşitsizliği de aynı fiziksel güç eşitsizliği gibi doğaldır ve “tarafsız” hukuk, bu doğal eşitsizliği ortadan kaldırmak için müdahale etmemelidir. Bu anlayış, “*bırakınız yapsınlar*” döneminin hukuk görüşünü de ifade etmektedir.

Klasik siyaset bilimi anlayışında hukukun tarafsızlığı ve nesneliği, bağımsız yargı kavramına atıfla kullanılırken, bağımsız yargı ise, yasama ve yürütmeden bağımsız yargıyı vurgulamaktadır. Oysa kuvvetler ayrılığı düşüncesi de, liberal ideolojinin varsayımlarından biridir<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Alan Hunt, *Explorations in Law and Society* (New York: Routledge, 1993), s. 18.

<sup>239</sup> Gary Peller, “The Classical Theory of Law,” *Cornell Law Review*, 73: 300- 309 (1987-1988), s. 300-301.

<sup>240</sup> Aktaran *Ibid.*, s. 301.

<sup>241</sup> *Ibid.*, s. 303.

<sup>242</sup> Bkz. Hunt, *Op.cit.*, s. 18.

Siyasal ve ekonomik liberalizm için kuvvetler ayrılığının temel önemi: Tüm liberal ideoloji, güçleri ve zayıflıklarıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinde toplanabilir. Bu da, liberalizmin zayıflık kaynağının ne olduğunu gösterecektir: Bürokrasi; yani baskı gücünü uygulayan, bazı anlarda da kast haline dönüşen yönetici kişilerin bağdaşık bir tabaka oluşturmalarıdır. İşte, halkın bütün görevlilerin seçimle işbaşına gelmesini istemesi bundan doğmuştur. Bu istek liberalizmin en uç noktası aynı zamanda çözülsüdür (sürekli kurucu meclis ilkesi, vb.; cumhuriyetlerde, devlet başkanının belirli dönemlerde seçilmesi, halkın bu basit isteğini söz de karşılamaktadır).

Kuvvetler ayrımı içinde devletin birliği: Parlamento, “civile” topluma daha çok bağlıdır; yargı organı, yazılı yasanın sürekliliğini temsil eden parlamento ile hükümet arasındadır (aslında hükümete karşıdır) elbette. Üç organ aynı zamanda siyasal egemenlik organlarıdır; ama bu, farklı ölçülerde görülür: 1) Parlamento; 2) Yargı organı; 3) Hükümet. Şuna da işaret etmeliyiz ki, adaletin yürütülmesindeki yolsuzluklar halk üzerinde çok kötü bir izlenim bırakır: Hegemonya aygıtının en duyarlı noktası burasıdır; polis ve siyasal yönetimin keyfe bağlı işleri de ona bağlanır<sup>243</sup>.

Hukukun taraflılığı meselesi, bir başka yaklaşımla, toplumsal yapıya ilişkin olarak çatışma perspektifi kabul edilerek de ele alınabilir. Zira bireyler toplum içerisinde yaşadıklarına göre, liberallerin, bireysel seçişe gösterdikleri ilgi, bireylerin toplumdaki bağımsız tercihleri olamayacağı düşüncesi ile eleştirilebilir. Bu da, bireysel işlemlere müdahil, zorunlu bazı düzenlemeleri gerekli kılabilir. Önemli olan bireysel tercihler konusunda hukuk müdahalesinin asgarileştirmesidir şeklinde bir yaklaşım geliştirilebilir –ki liberallerin bir sonraki savunusu bu olmuştur. Örnek olsun, dolandırıcı örneğimizdeki gibi hallerde, hukukun asgari bazı standartlar geliştirebileceği liberaller tarafından da kabul edilebilir. Ancak, Eleştireller’in, bu anlamda da liberal kuramlarla karşı karşıya geldiği belirtilmelidir.

Eleştirel kuramcılar, yalnızca toplumsal yapıyı değil, hukuksal kavramları da, bu toplumsal yapıdaki çelişki ve çatışmayı yansıtan bir çelişki çerçevesinde açıklamaya meyyaldirler. Eleştirel kuramcılar, bireysel özerklik ile kamusal varlık ve özgürlük ile

---

<sup>243</sup> Antonio Gramsci, *Hapishane Defterleri*. Çeviren: Adnan Cemgil (Üçüncü baskı. İstanbul: Belge Yayıncılık, 1997), s. 311.

güvenlik arasında, her yerde geçerli olan bir çelişki olduğunu ileri sürmektedirler<sup>244</sup>. Sözelimi Duncan Kennedy, “Bireysel özgürlük, aynı zamanda, kendisine ulaşabilmek için gerekli olan kamusal zorlayıcı güçten bağımsız ve onunla bağdaşmaz niteliktedir. Eğer birey olacak isek, diğerleri (aile, arkadaşlar, bürokratlar, kültürel figürler, devlet), kendimiz olmak için gerekli malzemeyi sağlamak ve yıkımlardan bizi korumak için gereklidir. Keza kendimizi en yalnız hissettiğimiz anlarda, diğerleri bizimle birlikte dirler.”<sup>245</sup> demektedir.

Liberalizm ya da genel olarak çağdaş hukuk düşüncesi, bu çelişkiyi, bireysel ve kamusal çıkarların rekabet etmesi olarak görüp, rasyonel bir orta yol bulunabileceğini ileri sürmektedir. Bu çelişkiye ilişkin liberal ya da çağdaş hukuk düşüncesinin öngördüğü çözüm, bazı nesnel ahlâkî zorlamalara sahip olunabileceğidir. Böylece, çağdaş hukuk kuramcılarına göre, mevcut toplumsal düzenlemeler, sadece aklî ve adil değil, aynı zamanda gerekli ve doğaldır<sup>246</sup>. Yani, hukuk düzeni, *nesnel/ ortak değerlerin asgari* korunmasının ifadesi olarak kabul edilmektedir<sup>247</sup>. Oysa, söz konusu değerlerin nesnelliğinin kendisi tartışma konusudur. Aslında mesele daha basit bir sorun etrafında formüle edilmek gerekse, şu şekilde ortaya konabilir: Bir takım değerler, nesnel oldukları için mi hukuk düzeni haline gelmişlerdir, yoksa hukuk düzeni tarafından içerilmekle mi nesnelleşmişlerdir?

Bu sorun nedeniyle, Eleştireller’e göre, çağdaş hukuk kuramları, mevcut çelişkiyi gidermekten ziyade yeniden üretmektedirler. Zira çağdaş kuramcılar, toplumsal yaşamı düzenleme ve bireyleri koruma adına, ayrıntılı “hukuksal haklar ve yetkiler” projeleri hazırlarlarken aslında, toplumsal yaşamın mevcut koşullarını meşrulaştırmakta ve toplumsal değişimin önüne aşılması zor engeller koymaktadırlar. EHC’ye göre, liberaller, çelişik değerlerin hukuk düzeni içerisinde rahatlıkla bir arada

<sup>244</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 208.

<sup>245</sup> Duncan Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries,” *Buffalo Law Review*, 28: 205-382 (1978-1979), s. 211-212.

<sup>246</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 209.

<sup>247</sup> Yukarıda bkz. “Pozitivizmin Reddinden Liberal Toplumun Eleştirisine” başlığı altındaki kısım.

barındırılabilmesine inanıyorlarsa da, aslında liberal toplum egemenlik ve hiyerarşi ile malûldür. Diğerlerinin yaşamlarını yönlendirecek kavramları, sınıfsal ve yönetsel küçük bir elit oluşturmaktadır<sup>248</sup>.

Kairys'in "fabrikaların kapatılması" örneği bu bağlamda düşünülebilir. Ülkedeki fabrikaların kapatılması, toplumsal düzene ilişkin son derece önemli bir konudur. Böylesine önemli bir konuyu liberal hukuk düzeni nasıl ele alır? Bu sorunun yanıtı, Kairys'e göre, hukukun toplumsal rolünün ne olduğunu da açığa çıkaracaktır. Liberal hukuk düzeni, fabrikaların kapatılmasını bir hukuksal mülkiyet meselesi olarak ele alır. Böylece, güya, güncel siyasetten uzak, bağımsız ve tarafsız hukuksal kavramlar, toplumsal bir meseleyi adilâne bir şekilde halletmiş sayılırlar. Ancak mülkiyet de, hukuksal mülkiyetle sınırlandırılmıştır. O fabrikalarda çalışanların, fabrikanın üretiminden yararlananların, kısacası toplumun, fabrika sahibinin hukuksal mülkiyetine karışma hakkı söz konusu değildir<sup>249</sup>. Böylece, tarafsız olduğu iddia edilen hukuk, toplumsal hiyerarşiyi yaratan ve koruyan önemli bir mekanizma haline gelmektedir.

Söz konusu egemenlik ve hiyerarşi, "hukuk devleti" kavramsallaştırması ile gizlenmektedir. Daha doğrusu, liberal yargılama modeli, her hangi bir değer tercih edilmesini, hukuk kuralının uygulanmasının içerisine saklamıştır<sup>250</sup>. Yargıç, keyfiyetten, her türlü öznel değerden bağımsız bir hukuk kuralını uygularken aslında, söz konusu hukuk kuralına içkin olan değeri de tercih etmektedir. Dahası, yargısal atamaların, devlet aygıtının en üst düzeydeki temsilcileri tarafından yapıldığı da not edilmelidir<sup>251</sup>. Bu durumda Unger, en çarpıcı nitelikteki kudretin bile hükümette toplanmasının ve bu

<sup>248</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 209.

<sup>249</sup> Örnek için bkz. Kairys, *Op.cit.*, s. 258. İzmit SEKA fabrikasının kapatılması kararı ve işçilerin haftalar süren kapatılmama direnişlerinin, çalışmamızın son dönemine tesadüf etmesi, Kairys'in örneğini güncel olarak örneklememize de olanak tanımıştır. Bkz.

<http://www.ntvmsnbc.com/news/306672.asp?0m=N11M>, b.t. 27.01.2005.

<sup>250</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 210.

<sup>251</sup> Hunt, *Op.cit.*, s. 19.

kudretin de kurallarla sınırlanmasının ifadesi olan hukuk devleti idealinin, liberal toplum yaşamının gerçekleri ile yanlışlandığını ileri sürmektedir<sup>252</sup>.

Yani aslında, *nesnel* kamu güvenliği ve bireysel özgürlük çelişkisinden, farklı öğretisel sonuçlar çıkartabilmek mümkündür. Bu çelişki ya da çatışmaya ilişkin her çözüm önerisi ise, nesnel değil, ister istemez keyfi bir tercihin ürünü olacaktır. EHÇ'nin yapmaya çalıştığı da, genel olarak hukuksal süreçlerde, özel olarak da sözleşme, tazminat, anayasa, iş, ceza hukuku alanlarında, bu keyfiyetin ya da bazı değerlerin tercihinin nasıl gerçekleştirildiğini göstermektir<sup>253</sup>. Zira Eleştireller'e göre, *gerçekliğin* değerlerden, toplumsal ve tarihsel pozisyonlardan bağımsız olarak ele alınması mümkün değildir.

EHÇ'ye göre, gerek liberalizm, gerekse Marksizm toplumsal göreceliği ve tarihselliği fark etmişler, ancak çeşitli nedenlerle "öldürülmesi gereken bu canavara *kapitülasyonlar* tanımışlardır."<sup>254</sup> Liberal yaklaşım toplumu, pazarın doğasına dayalı, bireysel olmayan teknik buyruklar etrafında resmetmektedir. Oysa EHÇ, insanı doğanın değil, tarihin ürünü olarak görmektedir. Böylece, EHÇ, pazar ilişkilerinin yarattığı doğal toplumsal düzenin nesnel ifadesi olan değişmez, mutlak hukuk anlayışına bir başkaldırı olma niteliği taşımaktadır<sup>255</sup>.

EHÇ Hareketi'nin ayırt edici özelliği, liberal düşüncede gömülü, beşeri birlik ve toplumsal dönüşüm olasılığını sınırlandıran kavramları yerle bir etme arzusudur. EHÇ'nin giriştiği, toplumsal düzenlemelerin doğal ve kaçınılmaz yönündeki görüşe karşı başlatılan modern başkaldırını tamamlama çabasıdır. Yapmaya çalıştıkları, toplumu kesintiye uğrayan çatışmanın ürününe bağlı ve kaba olarak göstermektir. Temel stratejileri, toplumsal düzenin, bireyler arasındaki çatışma *keyfi* bir noktada durduğu ve ateşkes sınırları çizildiği için varolduğudur. Bu ateşkes çizgileri, bir toplumun siyasetinin ve üretiminin yapısını da açıklamaktadır. Bu ateşkes çizgileri, başlangıçta taraflar arasında sağlanması hiç de kolay olmayan bir anlaşmanın ürünüyseler de, artık sabitlenmişler ve onarılmışlardır. Bu

<sup>252</sup> Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society* (New York: The Free Press, 1976), s. 178-181.

<sup>253</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 211.

<sup>254</sup> D'errico'dan aktaran *Ibid.*, s. 216.

<sup>255</sup> *Ibid.*

sabitlenme duygusunu yaratan ise, ateşkes çizgilerinin, çatışmadan arta kalan bir şey olmaktan daha fazlasını ifade etmesidir: Güç, hak; itaat görev haline gelmiş ve toplumdaki hiyerarşik bölünmenin *ad hoc* [tek bir olaya özgü] doğası, artık fark edilmeyecek şekilde gizlenmiştir<sup>256</sup>.

Hukukun yaptığı, bu toplumsal görünümü kaçınılmaz kılacak, “nesnel” standartları belirlemektir.

Yurttaşların hepsinin, hukuk ve yasalar karşısında “eşit”<sup>257</sup> ve yasa koyucunun kendisinin de koyduğu “kurallarla bağlı” olduğu kabulünün ifadesi olan hukuk devleti kavramsallaştırması, nesnel, tarafsız, bağımsız ve güvenilir bir hukuk ideolojisini de gündeme getirmektedir<sup>258</sup>.

Ayrıntılara girmeden ve biraz da basitleştirerek diyebiliriz ki, hukuk devleti fikrinin özünü, devlet iktidarının hukukla bağlanması ve sınırlanması ile bireysel özgürlüklerin korunması teşkil eder. Daha açık bir deyişle, devlet kudretinin hukuka tâbi kılınp keyfilikten arındırılması ve başta yargı olmak üzere çeşitli mekanizmalarla denetim altına alınması, vatandaşların özgürlük ve eşitliğinin hukukun temeli olarak vurgulanması, kuvvetler ayrılığı gibi ilke ve değerle, hukuk devleti konseptinin aslî bileşenleri olarak kabul edilirler.

Egemenliğin kullanım formlarını sıkı şartlara bağlama noktasından hareketle kurulan hukuk devleti modeli, içsel mantığı itibarıyla, egemenliğin sınırlandırılması, rasyonelleştirilmesi ve öngörülebilir kılınması esasına dayanır. Bu mantığın aslî aracı olarak da, egemenliğin şahsi olmaktan çıkarılması; yani egemenin, kendisinin de tabî olacağı gayri şahsî ilkeler ile ikame edilmesi yöntemi gösterilir. Buna göre, bizzat yasa koyucu dahil, hiç kimse yasanın üstünde yer alamaz. Bu nedenle, yasa kavramı ve yasallık ilkesi, hukuk devleti teorisinin inşasında ve gelişiminde merkezî yer işgal eder. Böylece devletsel-bürokratik iktidarın

<sup>256</sup> Unger'den de aktararak özetleyen *Ibid.*, s. 216-217.

<sup>257</sup> Söz konusu “eşit”liğin bazen neye denk düşebileceği konusunda edebiyattan bir örnek için bkz. Kasım Akbaş, “Dava’daki Hukuk Algısı,” <http://www.divan-e.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=21&mode=thread&order=0&thold=0> (b.t. 25.11.2004). Keza Marx’a göre de, burjuva hukukunun sağladığı “eşitlik hakkı”, aslında her hak gibi eşitsizliğe dayanmaktadır. Bkz. Karl Marx ve Friedrich Engels, *Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi*. Çeviren: M. Kabagil (Üçüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1989), s. 30.

<sup>258</sup> “Hukuk devleti” ve “yargı bağımsızlığı” kavramsallaştırmasıyla nesnel, tarafsız, bağımsız ve güvenilir bir hukuka vurgu yapılması hakkında bkz. Kasım Akbaş, “Aklını Başına Devşirme Süreci Olarak Yargılama,” *Günışığı Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı no: 17-18 (Temmuz-Ağustos 2004), ss. 24-25.

yapılanmasının ve sınırlanmasının hukuksal formu olarak yasallık, bir yandan devlet faaliyetlerinde keyfiliğin önlenmesinin vazgeçilmez şartı; diğer yandan toplumun bütün üyelerinin eşit bireyler olarak muamele görmesini sağlamanın temel aracı olmaktadır<sup>259</sup>.

### 5.3. Hukukun İdeolojisi ve Hukuk İdeolojisi

#### 5.3.1. Genel Olarak İdeoloji

Ayrı bir “ideoloji” tartışması, bu çalışmanın -ilgi alanına girse de- kapsamının çok ötesine geçecektir. Yine de, “ideoloji” kavramından kastın ne olduğunu ortaya koyabilmek açısından, alıntı ağırlıklı bir değini gerekli görülebilir.

İdeoloji kavramının ilişkilendirilmesi gereken asıl olgu, *bilinçlilik biçimleridir*. Daha açık bir deyişle, ideoloji, çok çeşitli etmenler altında oluşan bilinçlilik biçimlerinin hepsini kapsayan bir kavramdır. Düşünceler, inançlar, etik yargılar ve dünya görüşleri, ne denli çeşitlilik gösterirlerse gösterebilirler, belirli bilinçlilik biçimlerine karşılık düşerler. O halde, ideoloji kavramının asıl ve doğrudan ilişkisi ne bilimle ne de kuramlardır. Doğrudan doğruya bilinçle ve onun çeşitli düzeyleriyle<sup>260</sup>.

Çulhaoğlu'nun kısaca “bilinçlilik biçimi” ya da “düzeyi” olarak nitelendirdiği ideoloji, köklü tartışma alanlarından. Yeterli nitelikte, kavramsal bir tanımının verilememiş olması bir tarafa, ideolojinin olumlu mu olumsuz mu olduğu konusunda dahi mutlak bir sonuca ulaşılabilmemiş değildir<sup>261</sup>. İdeoloji başlığını taşıyan çalışmasının hemen başında,

<sup>259</sup> Mithat Sancar, “ ‘Devlet aklı’, hukuk devleti ve ‘devlet çetesi’,” *Birikim*, 93-94: 80-90 (1997), s. 83.

<sup>260</sup> Metin Çulhaoğlu, *Binyıl Eşiğinde Marksizm ve Türkiye Solu* (İstanbul: YGS Yayınları, 2002), s. 153.

<sup>261</sup> Nitekim bir yandan Marx'ın “yanlış bilinç” olarak, liberal kapitalist ideolojiyi olumsuzlamak için kullandığı kavram; öte yandan Fukuyama'nın Marksist sistemleri vurgulamak amacıyla kullandığı ve tarihle birlikte sona erdiğini ilan ettiği kavram... Fukuyama için bkz. Francis Fukuyama, “Tarihin Sonu mu?,” Çev.: Yusuf Kaplan, *Tarihin Sonu Mu?*, Derleyenler: Mustafa Aydın ve Ertan Özensel (Üçüncü Baskı, Ankara: Vadi Yayınları, 2002), ss. 22-49. Oysa buna karşılık, söz gelimi Lenin'in “ideoloji” kavramını kullanışı olumsuzlayıcı nitelikte değildir. Özellikle Marksist literatürde, “ideoloji” kavramının kullanımına ilişkin olarak bkz. Çulhaoğlu, *Op.cit.* İdeolojiyi olumlu ya da olumsuz niteleyenlerin yanı sıra, onu nesnel, tarafsız olarak görenler de yok değildir: “Duyumlardan çıkan genel fikirlerin analizini amaçlayan yaklaşımın temsilcileri olan *Destutt de Tracy* ve arkadaşları fikirlerle ilgili belirli doktrinlerin

ideolojinin tek ve yeterli bir tanımının verilemediğini saptayan Terry Eagleton, farklı noktalara vurgu yapan altı ideoloji tanımına dikkat çekmektedir:

İdeolojiyi, kabaca, gittikçe daha belirgin biçimde odaklaşan altı farklı tarzda tanımlamak olanaklıdır. İlk olarak, ideolojinin, toplumsal yaşamdaki fikir, inanç ve değerleri üreten genel maddi süreç olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür bir tanım, hem siyasi, hem de epistemolojik olarak yansız ve terimin geniş anlamında alındığında “kültür”e yakındır. İdeoloji veya kültür, bu anlamda, belirli bir toplumdaki bütün anlamlandırma pratiklerini ve simgesel süreçleri kapsayan bir kompleksin tamamına karşılık gelir; toplumsal pratiklerin kendilerinden çok, ... bireylerin bu pratikleri “yaşama” biçimlerini ima eder. Bu anlamda alındığında ideoloji, değerleri hakkında mutabık kalınan sanatsal ve entelektüel çalışmalarla sınırlanan dar anlamda “kültür”den daha geniş, ama belirli bir hayat biçiminin bütün etkinlik ve kurumlarını kuşatan antropolojik kültür tanımından daha dardır. Bu antropolojik anlamda “kültür”, örneğin, sporun mali altyapı kurumlarını içerirken, ideoloji, daha çok, sportif etkinliklerde kodlanan simge, anlam ve değerlerle ilgili olacaktır.

...

İdeolojinin ilkinde göre biraz daha az genel olan ikinci anlamı, toplumsal açıdan önemli bir grubun veya sınıfın içinde bulunduğu durumu ve hayat deneyimlerini simgeleyen (doğru ya da yanlış) inanç ve fikirlere karşılık gelir. Burada, “toplumsal açıdan önemli” nitelmesine gerek vardır, çünkü her gün düzenli olarak bir araya gelip içki içen bir grup insanın veya Manchester Ortaokulu altıncı sınıf öğrencilerinin inanç ve fikirlerinden kendilerine özgü ideolojiler olarak söz etmek saçma olurdu. Burada ideoloji, bir “dünya görüşü” kavramına oldukça yakın bir anlam taşır; ama tabii ki dünya görüşlerinin genelde, ölümün anlamı, insanlığın evrendeki yeri gibi temel meselelerle meşgul olduğu, buna karşılık ideolojinin,

---

ifade edilmesi için ideoloji kelimesini kullanmışlardı. Onlara göre ideoloji renksiz (nötr) bir terimdi.” Adnan Güriz, **Sosyal Demokrasi İdeolojisi** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1998), s. 1. Ayrıca, çeşitli düşünürlerden farklı ideoloji tanımları ve terimin farklı kullanımları için de bkz. Güriz, **İbid.**, s. 1-22. Kavramın kullanımının tarihsel gelişimi için ise bkz. Şerif Mardin, **Op.cit.**, s. 13- 69. Kavrama içkin olumluluk-olumsuzluk sorunu çerçevesinde düşünüldüğünde, Mannheim’ın *kısmî* ideoloji ve *bütünlükçü* ideoloji kavramsallaştırması bir çıkar yol olarak düşünülebilir. Mannheim, sözcüğün, “karşı tarafın belli başlı fikir ve düşüncelerine inanılmamak gerektiği, karşı tarafın çıkarına uygun olmayan bir gerçeği bilinçli şekilde örtbas ettiği” anlamında kullanılmasını *kısmî ideoloji*; “bir çağın ya da grubun (sınıfın), bütünlükçü bilinç yapılarının özellik ve nitelikleri” anlamında kullanılmasını ise *bütünlükçü ideoloji* olarak tanımlamaktadır. Bkz. Karl Mannheim, **İdeoloji ve Ütopya**. Almanca’dan çeviren: Mehmet Okyayuz (Ankara: Epos Yayınları, 2002), s. 82-83.

posta kutularının hangi renkle boyandığı türünden meselelerle bile ilgili olabileceği söylenebilir.

İdeolojiyi bir tür kolektif, simgesel kendini ifade etme biçimi olarak görmek, onun ilişkisel veya çatışmaya dayanan yönünü henüz fark etmemiş olmak demektir; bu nedenle ideolojinin, çıkar çatışması durumlarında bu tür toplumsal grupların çıkarlarının *meşrulaştırılması* ve *desteklenmesi* anlamına gelen üçüncü bir tanımını daha yapmak gerekir.... Bu anlamıyla ideoloji, kendi çıkarlarını gözeten toplumsal güçlerin, bir bütün olarak toplumsal iktidarın yeniden-üretilmesinde merkezi önem taşıyan meseleler üzerinde çatıştığı ve çarpıştığı söylemsel alan olarak görülebilir....

İdeolojinin dördüncü anlamı, grup çıkarlarının meşrulaştırılması ve desteklenmesi üzerindeki bu vurguyu korur; ama bir farkla; onu bir egemen toplumsal gücün etkinlikleri içine hapsederek. Bu da, bu tür egemen ideolojilerin yöneticilerin isteklerine uygun tarzda bir toplumsal birlik sağlanmasına yardımcı oldukları ve ideolojinin basit bir fikirlerin yukarıdan zorla benimsetilmesi meselesinden çok bağımlı kılınmış sınıf ve grupların vs. suç ortaklığını sağlama alma meselesi olduğu varsayımlarını içerebilir.... [İ]deolojinin bu anlamı da hâlâ epistemolojik olarak tarafsızdır ve nitekim, ideolojinin, bir yönetici grup veya sınıfın çıkarlarını, özellikle ikiyüzlülük ve çarpıtma yoluyla, meşrulaştırmaya yardımcı olan fikir ve inançları simgelediği beşinci tanımıyla daha da sadeleştirilebilir. Bu arada, bu son iki tanımla ilişkili olarak belirtmeliyiz ki, bir yönetici grubun sahip olduğu fikirlerin tamamı ideolojik olmak zorunda değildir ve ayrıca bunlardan bazıları bu çıkarları özel olarak desteklemiyor ya da bunu aldatarak yapmıyor olabilir....

Son olarak, ideolojinin altıncı anlamı olma olasılığı taşıyan bir tanıma gelmiş bulunuyoruz. Bu tanım, yanlış veya aldatıcı inançlar üzerindeki vurguyu korur, ama bu inançların, bir egemen sınıfın çıkarlarını değil, bir bütün olarak toplumun maddi yapısından kaynaklandığına inanır. İdeoloji terimi pesaratif anlamını korur, ama sınıf-kökensel açıklama yapmaktan kaçınır. Bu anlamıyla en ünlü ideoloji örneği, ..., Marx'ın meta fetişizmi kuramıdır<sup>262</sup>.

İdeoloji sorunsalında, hukuka ilişkin bilgiyi de daha yakından ilgilendirecek bir başka düzeye sıçramadan önce, EHÇ'nin en önemli düşünsel temellerinden biri olan Marx'ın, maddî koşullar ve "bilinç"e ilişkin en ünlü bir-iki paragrafını alıntılanmak elzemdir:

<sup>262</sup> Terry Eagleton, *İdeoloji*. Çev.: Muttalip Özcan (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1996), s. 55-57.

Varlıklarının toplumsal üretiminde, insanlar, aralarında, zorunlu, kendi iradelerine bağlı olmayan belirli ilişkiler kurarlar; bu üretim ilişkileri, onların maddi üretici güçlerinin belirli bir gelişme derecesine tekabül eder. Bu üretim ilişkilerinin tümü, toplumun iktisadi yapısını, belirli toplumsal bilinç şekillerine tekabül eden bir hukuki ve siyasal üstyapının üzerinde yükseldiği somut temeli oluşturur. Maddi hayatın üretim tarzı, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel hayat sürecini koşullandırır. İnsanların varlığını belirleyen şey, bilinçleri değildir; tam tersine onların bilinçlerini belirleyen, toplumsal varlıklardır. Gelişmelerinin belli bir aşamasında, toplumun maddi üretici güçleri, o zamana kadar içinde hareket ettikleri mevcut üretim ilişkilerine ya da *bunların hukuki ifadesinden başka bir şey olmayan*, mülkiyet ilişkilerine ters düşerler. Üretici güçlerin gelişmesinin biçimleri olan bu ilişkiler, onların engelleri haline gelirler. O zaman bir toplumsal devrim çağı başlar. İktisadi temeldeki değişme, kocaman bir üstyapıyı, büyük ya da az bir hızla alt üst eder. Bu gibi alt üst oluşların incelenmesinde, daima, *iktisadi üretim koşullarının maddi alt üst oluşu ile -ki, bu, bilimsel bakımdan kesin olarak saptanabilir-, hukuki, siyasal, dinsel, artistik ya da felsefi biçimleri, kısaca insanların çatışmanın bilincine vardıkları ve onu sonuna kadar götürdükleri ideolojik şekilleri ayırdetmek gerekir*<sup>263</sup>.

Fikirlerin, anlayışların ve bilincin üretimi, her şeyden önce doğrudan doğruya insanların maddi faaliyetine ve karşılıklı maddi ilişkilerine, gerçek yaşamın diline bağlıdır. İnsanların anlayışları, düşünceleri, karşılıklı zihinsel ilişkileri, bu noktada onların maddi davranışların dolaysız ürünü olarak ortaya çıkar. Bir halkın siyasal dilinde, yasalarının, ahlakının, dininin, metafiziğinin vb. dilinde ifadesini bulan zihinsel üretim için de aynı şey geçerlidir. Sahip oldukları anlayışları, fikirleri, vb. üretenler insanların kendileridir, ama bu insanlar, sahip oldukları üretici güçlerin belirli düzeydeki gelişmişliğinin ve bu gelişkinlik düzeyine tekabül eden -ve alabilecekleri en geniş biçimlere varıncaya kadar- karşılıklı ilişkilerinin koşullandırdığı gerçek, faal insanlardır. Bilinç hiçbir zaman bilinçli varlıktan başka bir şey olamaz ve insanların varlığı, onların gerçek yaşam süreçleridir. İnsanlar ve sahip oldukları ilişkiler tüm ideolojilerinde sanki *karanlık odada baş aşağı çevrilmiş biçimde* görülüyorsa, nesnelerin gözün ağtabakası üzerinde ters durmalarının onların dolaysız fiziksel yaşam süreçlerinin yansımaları olması gibi, bu olgu da, insanların tarihsel yaşam süreçlerine aynı şeyin olmasından ileri gelmektedir.

...

<sup>263</sup> Karl Marx, "Önsöz," **Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı**. Çeviren: Sevim Belli (Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1993), s. 23. İtalik vurgular benim.

[A]hlâk, din, metafizik ve ideolojinin tüm geri kalan kısmı ve bunlara tekabül eden bilinç biçimleri, artık o özerk görünümünü yitirirler. Bunların tarihi yoktur, gelişmeleri yoktur; tersine, maddi üretimlerini ve karşılıklı maddi ilişkilerini geliştiren insanlar, kendilerine özgü olan bu gerçek ile birlikte hem düşüncelerini, hem de düşüncelerinin ürünlerini değiştirirler. Yaşamı belirleyen bilinç değil, tersine, bilinci belirleyen yaşamdır. Birinci durumda, sanki canlı bir bireymiş gibi bilinçten yola çıkılmaktadır; gerçek yaşama tekabül eden ikinci durumda ise, gerçek yaşayan bireyin kendisinden yola çıkılır ve bilince de o *bireyin* bilinci olarak bakılır.”<sup>264</sup>

Sonuç olarak ideoloji sorunsalının “gerçek hakkındaki bilgi” sorunu ile yakından ilgili olduğu açıktır. Özellikle pozitivist yaklaşım açısından olgusal içeriği olmayan her söz (ya da düşünce) ideolojik kabul edilmektedir. Olgular hakkında nesnel doğruları dile getirmek ise bilimin işidir. Dolayısıyla pozitivist açıdan ideoloji, bilimin karşısında konumlandırılmaktadır<sup>265</sup>. Bu anlamda, sözgelimi “Lerner’e göre, toplumsal bilimler gözleme dayanarak nesnel betimlemeye yönelik oldukları için ‘bütün ideolojilerin doğal düşmanıdır.’”<sup>266</sup> Bu yaklaşım, nesnel bilginin olanaklı olduğu düşüncesine dayanmaktadır<sup>267</sup>.

<sup>264</sup> Karl Marx ve Friedrich Engels, **Alman İdeolojisi**. Çeviren: Sevim Belli (Dördüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1999), s. 44-46.

<sup>265</sup> İlkay Sunar, **Düşün ve Toplum** (Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986), s. 13.

<sup>266</sup> Lerner’den aktaran **Ibid.** Ancak öte yandan, yine EHÇ’nin kuramsal temellerinden olan Frankfurt Okulu kuramcılarınca dile getirilen, “bilimin kendisinin de bir ideoloji” olarak karşımıza çıkabileceği parantezine değinilmelidir. Nitekim, Weber’in rasyonellik kavramının, bilimsel ve teknik ilerlemenin kurumsallaştırılmasına yaptığı atfa dikkat çekildikten sonra “Belki de teknik akıl kavramı bizzat ideolojidir. Tekniğin salt kullanımı değil, bizzat kendisi de (doğa ve insan üzerinde) iktidardır, yöntemli, bilimsel, hesaplanmış ve hesaplayan iktidar. İktidarın belirli amaçları ve ilgileri tekniğe ancak ‘sonradan’ ve dışarıdan empoze edilmiş değerlerdir –onlar bizzat teknik aygıtın yapısına dahildirler; teknik her defasında tarihsel-toplumsal bir tasarımdır; ve onda bir toplumun ve ona hükmeden ilgilerin insanlara ve şeylere yaklaşımları yansıtılmıştır. İktidarın böyle bir amacı ‘maddî’dir ve bu bakımdan bizzat teknik aklın biçimine aittir.” denilmek suretiyle, bu hususun altı kuvvetle çizilmektedir. Bkz. Marcuse’den aktaran Jürgen Habermas, **‘İdeoloji’ Olarak Teknik ve Bilim**. Çeviren: Mustafa Tüzel (Üçüncü baskı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1997), s. 34.

<sup>267</sup> Burada meseleyi, yukarıda II. Bölüm “Genel” başlığı altındaki EHÇ’nin mantıksal pozitivistliği reddeden bir epistemoloji ihtiyacına dikkat çektiği tartışmasına göndermede bulunarak bağlamak yeterli görülmelidir.

### 5.3.2. Hukuksal Bilinç

Hukuk, toplum hakkında karmaşık bir tutumlar, değerler ve kuramlar seti taşıdığı ve yaydığı için ideolojiktir. Onun ideolojik içeriği, egemen ideolojinin bir parçasını oluşturur; zira bu tutum ve değerler, mevcut toplumsal düzeni dayatır ve meşrulaştırırlar<sup>268</sup>.

Hukukun, egemen ideolojiyi yansıttığı dolayısıyla “hukukun bir ideolojisi” olduğu iddiası, özet olarak yukarıdaki alıntıyla ifade edilebilir. Hukukun bir ideolojisi olduğu iddiası, aslında hukukun tarafsız olmadığı iddiasından çok da farklı değildir.

Bu iddianın bir adım sonrası, *hukukun kendisinin bir ideoloji olduğu* –“Genel Olarak İdeoloji” bahsinde gördüğümüz kavramlar çerçevesinde dile getirecek olursak- *bir yanlış bilinç formu olduğunun* ileri sürülmesidir. Örnek olsun, Klare, “hukuksal söylem, insan türünün kapasitesi ve deneyimleri hakkındaki inançlarımızı, adalet, özgürlük ve tatmin tanımlarımızı ve geleceğe ilişkin vizyonumuzu şekillendirir” derken, hukukun bir bilinç formu şekline geldiğini ileri sürmektedir<sup>269</sup>. Sözgelimi, tazminat hukukunun “hata” kavramı, burjuva- bireyci dünya görüşüne dayanmaktadır ve herkesin kendi kaderini kontrol edebileceği bilincini dayatmaktadır<sup>270</sup>.

Balbus ise bu durumu, Marx’ın, yanlış bilinç durumu için kullandığı “meta fetişizmi” kavramını çağrıştıracak şekilde “hukuk fetişizmi” diye adlandırmaktadır<sup>271</sup>.

Marx’ın iktisadi yapının, siyasal, hukuksal, dinsel, ahlâkî, felsefi üst yapıyı belirlediğine ilişkin –yukarıda da alıntılanan- çok bilinen formülasyonu, Engels’in “[d]insel sancak İngiltere’de son kez olarak 17. yüzyılda dalgalandı ve, ancak elli yıl sonra burjuvazinin

<sup>268</sup> Hunt, *Op.cit.*, s. 25.

<sup>269</sup> Karl Klare, “The Public/Private Distinction in Labor Law,” *University of Pennsylvania Law Review*, 130: 1358-1422 (1981-1982), s. 1358.

<sup>270</sup> Tazminat hukukundaki “hata” kavramı örneği için bkz. Richard L. Abel, “A Critique of American Tort Law,” *British Journal of Law and Society*, 8: 199- 231 (1981), s. 206.

<sup>271</sup> Isaac D. Balbus, “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the ‘Relative Autonomy’ of the Law,” *Law and Society Review*, 11: 571-588 (1977), s. 582.

klasik yeni kavramı *hukuksal dünya anlayışı* Fransa’da açıkça sahneye çıktı”<sup>272</sup> belirlemesi ile birlikte okunduğunda, 17. yüzyılın sonu ile 18. yüzyılın başında iktisadi yapıda yaşanan değişikliklerin, yeni bir hukuksal dünya görüşünü gerekli kıldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Kuşku yok ki, 17. yüzyılın sonu ile 18. yüzyılın başının imlediği iktisadi yapı değişikliğinin ismi kapitalizmdir.

Kapitalist toplumdaki hukuk ideolojisi, tekil ülkelerde aksi yönde uygulamalarla karşılaşabilmekle birlikte, yaşam, özgürlük ve mülkiyet ilkeleriyle bireyin özerkliğini temin ederken, bunun güvencesi olarak da hukuk devletini zorunlu kılar. *Hukuk devleti, toplumsal iktidarı rasyonel, objektif ve bireyüstü duruma getirir.* Hukuk düzeninin kendisi de bu sayede, eskiden beri karşılaştırmada kullanılan örneklemeyle, mutlak iktidarın sahibi olan bir çetenin iktidarından farklılaştırılır. Yine, bu sayede –çete örneği bir yana bırakılarak– hukuk devleti, hukuk düzenini siyasal mahiyetteki güç ve egemenlik çatışmasının konjektürel dalgalanmaların ve belirsizliklerin dışında tutar<sup>273</sup>.

Hukuk devleti ideali, siyasal iktidarı, *her hangi bir çetenin iktidarından ayıran temel kıstas* olarak kabul edilmektedir. Böylece hukuk devleti, her türlü ahlâkî önermenin eşit derecede öznel, dolayısıyla eşit derecede otoriteden yoksun kabul edildiği anarşizan bir dünyanın karşısında tek dayanak noktası olarak sunulurken<sup>274</sup>, hukuk da “toplumsal çatışma”nın ürünü olmaktan uzaklaşmaktadır<sup>275</sup>. Tushnet’e göre, liberal siyaset kuramı için hukuk devleti kavramı o kadar önemlidir ki, realistlerden beri, hukuk ve ekonomi, siyasa bilimi ya da sosyolojik determinizm adıyla, hukuk devleti düşüncesinin tutarlılığını sağlamaya yönelik yeni formalizmler yaratma çabası içindedirler<sup>276</sup>.

Üç ayrı hukuk kavramından söz eden Unger de, hukukun bir “düzen” olarak da görülebileceğini belirttikten sonra, “hukuksal düzen” anlamındaki hukukun, genel, özerk, kamusal ve pozitif (konulmuş) olarak düşünüldüğünü dile getirmektedir<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> Engels, *Op.cit.*, s. 250.

<sup>273</sup> Özcan, *Op.cit.*, s. 151-152. İtalik vurgu benim.

<sup>274</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 210.

<sup>275</sup> Hunt, *Op.cit.*, s. 30.

<sup>276</sup> Mark Tushnet, “Perspectives on Critical Legal Studies,” *Op.cit.*, s. 241.

<sup>277</sup> Unger, *Law in Modern Society*, s. 52.

Özerklik, içeriksel, kurumsal, metodolojik ve meslekî bağımsızlığı ifade etmekte kullanılmaktadır<sup>278</sup>.

Unger'e göre, içerik itibariyle özerklik, hukuksal kuralların, ekonomi, siyaset, din gibi hukuk dışı inançlar ya da normlarla açıklanıp çözümlenememesini ifade etmektedir. Kısaca özerk bir hukuk düzeninin belli bir teolojinin kodifikasyonu anlamına geldiği düşüncesi reddedilmektedir<sup>279</sup>. Kurumsal özerklik, hukuk kurallarını uygulayan yargı organlarının bağımsızlığı anlamına gelmektedir. Böylece, toplum ve devletin birbirinden ayrılması, devlet organlarının da yasama, yürütme, yargı şeklinde ayrılmasıyla tamamlanmaktadır<sup>280</sup>. Hukukun metodolojik özerkliği, her bir hukuksal kurumun gerekçesinin, diğer disiplinlerin gerekçelerinden bağımsız, ayrı olmasıdır. Yani hukuksal usavurma, bilimsel açıklamadan, ahlâkî, siyasî ve iktisadî söylemden özerktir<sup>281</sup>. Meslekî özerklik ise, diğer alanlardan ayrı bir etkinlik gösteren, ayrı bir eğitime sahip, hukuk uygulaması içerisinde görev yapan profesyonel bir hukukçuluk mesleğinin ortaya çıkışına göndermede bulunmaktadır<sup>282</sup>.

Böylece, kimsenin, hukuk düzenin öngörmediği araçlar ve kurumlarla cezalandırılmadığı ve herkesin o hukuk düzeninin araç ve kurumları karşısında formal bir eşitliğe sahip olduğu "hukuk devleti" ideali ortaya çıkmaktadır<sup>283</sup>. Ancak bu hukuk devleti ideali aslında, bir yanlış anlama ya da daha doğrusu bir -Fitzpatrick'in de üzerinde durduğu üzere<sup>284</sup>- mistifikasyondan ibarettir. Zira, her ne kadar, yöntemsel ve kurumsal özerklikten söz ediliyorsa da, hukuk düzeni de devletin diğer siyasal ajanları

---

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*, s. 53.

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> *Ibid.*

<sup>283</sup> *Ibid.*, s. 54, dn. 11.

<sup>284</sup> Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law* (London: Routledge, 1992).

gibi işlemekte ve hukuksal usa vurma yöntemiyle ulaşılan sonuçlar, siyasal, ekonomik ve ahlâkî usa vurmanın sonuçlarından çok da farklı olmamaktadır<sup>285</sup>.

Hukuk düzeninin sürekliliğini sağlayan ve muhataplarının sistem içerisinde kalmalarını sağlayan şey bu bilinç şeklidir denilebilir<sup>286</sup>. Böylece hukuksal bilinç, mevcut hukuksal düzenin işleyişine “rıza” gösterme olarak da anlaşılabilir<sup>287</sup>.

Bu *bilinç şeklini ve rızayı yaratan “güç”*, Gramsci’nin “hegemonya” kavramını da akla getirmektedir. Bu noktaya Kennedy de dikkat çeker. Kennedy, Gramsci’nin “hegemonya”nın, ideoloji kavramına çok yakın olduğunu belirtir. Ona göre hegemonya, egemenliğin zor yoluyla değil, siyasal meşruluk sağlanarak kullanılması; yönetilenlerin rızalarının elde edilmesidir<sup>288</sup>.

Bilindiği üzere Gramsci’nin çabası, üstyapının kuramlaştırılması üzerinedir. “Gramsci için tarihsel gelişimdeki etkin ve pozitif etkeni *üstyapı* temsil eder; yapıdan çok, ideolojik ve kültürel ilişkiler bütünlüğü, tinsel ve entelektüel yaşam ve bu ilişkilerin siyasal dışavurumu çözümlemenin odağı durumuna gelir.”<sup>289</sup> Gramsci daha ileri giderek, Buharin’i eleştirirken, Buharin’in “bütün nesnel ekonomik ve sosyolojik fenomenlerin toplumsal ilişkilerden, insanın faaliyeti değerleri, kültürü ve bilincinden

---

<sup>285</sup> Unger, *Law in Modern Society*, s. 56.

<sup>286</sup> Özcan, *Op.cit.*, s. 138.

<sup>287</sup> Bu noktada, “zor” ve “rıza” kavramları arasındaki ilişkiye dikkat çekilebilir. Althusser’in ünlü ayrımıyla “devletin baskı aygıtları” ile “devletin ideolojik aygıtları”nı birbiriyle karıştırmamak gerekir. Devletin baskı aygıtları, devletin zor kullanma gücüyle doğrudan ilişkili olan ordu, polis gibi kurumlardır. Devletin ideolojik aygıtları ise, yurttaşları “rıza”larını sağlamaya yönelik olarak Althusser tarafından dinî, öğretimsel, aile, hukuksal, siyasal, sendikal, haberleşme ve kültürel ideolojik aygıtlar olarak saptanmıştır. Althusser, hukuk’un aynı zamanda hem bir baskı hem de ideolojik aygıt olduğunu ayrıca vurgulamaktadır. Bkz. Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*. Çeviren: Yusuf Alp-Mahmut Özışık (Dördüncü baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s. 33 ve dn. 9.

<sup>288</sup> Duncan Kennedy, “Antonio Gramsci and the Legal System,” *ALSA Forum*, 6: 32-37 (1982), s. 32.

<sup>289</sup> Martin Carnoy, “Gramsci ve Devlet,” Çeviren: Mehmet Yetiş. *Praksis*. 3: 252-277, (Yaz 2001), s. 255. İtalik vurgu Carnoy’un.

çıktığını kavrayamadığını”<sup>290</sup> söyler. Yani bilincin altyapıyı belirlediğini ileri sürmeye kadar gider. Bu kuramlaştırma içerisinde ‘hegemonya’ kavramı kilit konumdur. “Gramsci hegemonya kavramını *Batıdaki burjuva iktidarlarının yapısını ayrıntılı tahlil için kullanmıştır.*”<sup>291</sup> Zira ona göre, “devlet, burjuvazinin baskı aygıtından ibaret değildi; devlet, burjuvazinin hegemonyasını da içeriyordu.”<sup>292</sup> “Gramsci, hegemonyayı, devlet ile ekonomi arasındaki bütün aracı kurumları kastettiği ‘sivil toplum’ alanı ile ilişkilendirir.”<sup>293</sup> Bu ayrımı yapmakla birlikte Gramsci, ekonomi alanını değerlendirmesinin dışında bırakır. Ardından devlet düşüncesini ‘zor araçları’ ile ilişkilendirir ve geriye, ‘bir egemen iktidarın kendi yönetimi için, hakimiyeti altındaki insanların rızalarını kazanmada başvurduğu bütün bir pratik stratejiler alanı olarak hegemonya’<sup>294</sup> kalır. Gramsci için hegemonya, yönetenlerin yönetme yetkilerine gösterilen “spontane rıza”nın yaratıldığı bir süreçtir<sup>295</sup>. Öyleyse hukuksal bilinç, hegemonya mücadelesinin hem aracı hem de sonucudur.

Hukuk devleti kavramsallaştırmasının gösterdiği, hukukun kendisinin bir ideoloji olabileceği gerçeğini vurgulayan bir başka nokta da, gerçeklik dünyasının, hukuksal kavramlar etrafında yeniden üretilerek gizlenmesidir. Bu durumun en tipik örneklerinden biri Hutchinson-Monahan tarafından verilmiştir. Buna göre, gerçek dünyanın “çıkar” kavramı, hukuk dünyasında “hak”ka dönüşmekte<sup>296</sup>, ve bu haliyle doğal ve meşru kabul edilmektedir. Yine bu anlamda, liberal hukuk ideolojisinin, “özgürlük”ü gerçek anlamından uzaklaştırdığı iddia edilebilir. Zira liberal hukuk, özgürlüğü, piyasadaki tercihlerde özgürlüğe indirgemiş durumdadır. Üstelik, bireyler

---

<sup>290</sup> Alan Swingewood, *Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi*. Çeviren: Osman Akınhay (Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1998), s. 257.

<sup>291</sup> Perry Anderson, *Gramsci*. Çeviren: Tarık Günersel (İstanbul: Alan Yayıncılık, 1988), s. 39. Vurgular Anderson’un.

<sup>292</sup> Carnoy, *Op.cit.*, s. 253.

<sup>293</sup> Terry Eagleton, *Op.cit.*, s. 164.

<sup>294</sup> *Ibid*, s. 167.

<sup>295</sup> Gramsci’den de aktararak bu hususu dile getiren Hunt, *Op.cit.*, s. 20.

<sup>296</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 210.

piyasadaki tercihlerinde de özgür olmadıkları halde... Liberal hukuk sisteminde, özgürlük, sözleşme özgürlüğü ile koşut kullanılmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri ise kuşkusuz, sözleşme yapma özgürlüğü olarak kabul edilmek gerekir. Bu noktada, Peller'in verdiği örnek ilgi çekicidir. Her türlü geçim ve yiyecek kaynağının özel mülkiyete tahsis edildiği bir sistemde, aç kalan kişi, en azından karnını doyurabilmek için, bir işverenle iş sözleşmesi yapmak *zorundadır*. Yani, sözleşme yapma iradesi olmadığı halde kişi, toplumsal, siyasal ve hukuksal düzen nedeniyle, sözleşme yapmaya zorlanmıştır<sup>297</sup>. İş sözleşmesi ve evlilik sözleşmesinde “özgürlük”ün ne ifade ettiği (ya da etmediği) ile ilgili olarak Engels'e başvurulabilir:

Hukukçularımıza göre, yasalardaki ilerleme, kadınların bütün yakınma nedenlerini, gitgide artan bir ölçüde, ortadan kaldırıyor. Modern uygarlığın yasama sistemleri, ilk olarak, evliliğin geçerli olabilmesi için, eşlerin özgürce onadıkları bir sözleşme olması gerektiğini, ikinci olarak da, evlilik süresince, eşlerin birbirlerine karşı aynı hak ve görevlere sahip olmaları gerektiğini kabul etmektedirler. Eğer bu iki koşul, mantıksal bir biçimde gerçekleşmiş olaydı, kadınlar bütün istediklerine sahip olabilirdi.

Özgül bir şekilde hukuksal bir nitelik taşıyan bu kanıtlama, cumhuriyetçi burjuvanın proleter hakkını reddetmek ve onun ağzını kapamak için kullanıldığı kanıtlanmanın ta kendisidir. İş sözleşmesi de taraflar arasında özgürce yapılmış sayılır. Ama bu özgürlük, taraflar arasındaki eşitliğin, yasa tarafından *kağıt üzerinde* kurulmasına dayanır. Sınıf durumları arasındaki ayrılığın taraflardan birine verdiği güç, bu güçlü tarafın öbürü üzerindeki baskısı –iki tarafın gerçek iktisadi durumu-, bütün bunlar yasayı hiç ilgilendirmez ve iş sözleşmesi süresi boyunca, biri ya da öbürü açıkça vazgeçmedikçe, iki taraf da aynı haklardan yararlanıyor sayılır. Ama iktisadi koşullar, işçiyi, sözüm ona hak eşitliğinin hatta son kırıntılarından vazgeçmeye zorlamış, bu, yasanın umurunda değildir.

Evlenmeye gelince, eşler, kurallara uygun olarak, nikah tutanağını serbestçe imzalar imzalamaz, yasa, hatta en liberali bile tamamen yerine getirilmiş olur. Gerçek yaşamın

---

<sup>297</sup> Peller, *Op.cit.*, s. 305. Sanırım böylece, Althusser'in hukuku hem baskı hem de ideolojik aygıt olarak belirlemesi daha anlamlı bir hale gelmektedir. Çözümlemeyi bir adım daha ileri götürerek, hukukun, *rızayı, zorla* sağlayan bir aygıt olarak görülebileceğini söylemek de mümkündür.

oynandığı hukuk kulislerinin ardında olup bitenler ve bu özgür onamanın ne biçimde sağlandığı, yasayı da, hukukçuları da, hiç kaygılandırmaz.<sup>298</sup>

Gerçeklik dünyası ile hukuk dünyası arasındaki fark, James Boyle'un da konusudur. Boyle, Cohen'in, hukuku gerçeklik dünyasındaki olgulardan ayırılmış bir semiyolojik sistem olarak kabul etmesinden hareketle, kendi fikirlerini oluşturmaya başladığını ifade etmektedir<sup>299</sup>. Boyle'a göre, neden gerçeklikten ayrı bir hukuksal dünyaya gereksinim duyulduğuyla EHÇ, hukuksal realist Cohen'den de fazla ilgilenmiştir. Buna göre, ayrı bir hukuksal ifade şekline gereksinim duyulmasının nedeni, liberal siyaset kuramının, günlük çatışma ve gerginlikleri, siyaset alanı dışında, nötr/tarafsız semiyotik hukuk diliyle ifade etmek zorunda olmasıdır<sup>300</sup>. Böylece, yalnızca yurttaşlar ya da sınıflar arasındaki çatışmalarda değil, devlet gücü ile bireysel özgürlük arasındaki gerginlikte de hukuk, tarafsız bir arabulucu gibi takdim edilecektir. Bu nedenle Boyle'a göre hukuk, hem gerçeklik dünyasını kendi diline *çevirirken*, hem de somut bir uyuşmazlığın çözümünde *karar verilirken* olmak üzere, iki kere nötr olmalıdır<sup>301</sup>.

Hukuksal bilinç ya da hukuk ideolojisi, aslında, hukuksal kurumlara olan güvenden başka bir şey değildir. İnsan yaşamının, ancak hukuk düzeni aracılığıyla idame ettirilebileceği şeklindeki inanç, hukuk ideolojisinin temelini oluşturmaktadır.

Toplumunu yeniden inşa etmenin ön koşulu olarak, toplumun gerçek işleyişini göstermek, özel çıkarların nasıl evrensel kabullermişçesine tanımlandığını açığa çıkarabilmek, çelişkilerin inkar edildiği ve statükonun –bir olasılık değil- doğal olarak sunulduğu süreçleri keşfedebilmek için EHÇ Hareketi “toplumsal gerçeklik”in yüzeyde görüneninin ötesine geçmeyi amaçlamaktadır. “Tanımlanmamış olası insan ilişkilerinin yerine belli bir tür toplum modelini koyan”, inançlar ve varsayımlar kullanılarak inşa edilen gerçekliktir. İnanç yapıları ya da ideolojilerin potansiyeli, kendi dinamiklerini yaratabilme ve hukuk öğretisine aldatıcı bir doğallık havası verebilme eğilimlerinden kaynaklanmaktadır.

<sup>298</sup> Friedrich Engels, **Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**. Çeviren: Kenan Somer (On birinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1998), s. 85-86.

<sup>299</sup> James Boyle, “The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought,” **University of Pennsylvania Law Review**, 133: 685- 780 (1984-1985), s. 693.

<sup>300</sup> *Ibid.*, s. 696.

<sup>301</sup> *Ibid.*

Eleştirel kuramcılara göre hukuksal bilinç, zamanı durdurmanın entelektüel araçlarından; her şeyin süregelen ve değişken olduğu şeklindeki temel gerçeği gizlemenin ya da reddetmenin aygıtlarındandır<sup>302</sup>.

Fitzpatrick'in modern hukuku bir "mit" olarak tespit ettiği çalışması, bu anlamda değerlendirilebilir. Fitzpatrick, hukukun, modernite miti içerisinde anahtar karakterde olduğunu ileri sürmektedir. Hukukun hem kendisinin bir mit olduğu hem de modernite mitini yaratan unsurlardan biri olduğu düşüncesine ise, hukuka ilişkin gerçekler ile hukukun "yarattığı gerçekler" arasındaki çelişkiye dikkat çekerek ulaşmaktadır. Buna göre, hukuk topluma bağlı olmasına rağmen "özerk"tir; değişmesine ve tarihsel olarak ele alınmasına rağmen "istikrar" ve "düzen" olarak tanımlanır; kaynağını toplumdan almasına rağmen "egemen bir buyruk"tur; mevcut duruma ilişkin olmasına rağmen "ideal"dir<sup>303</sup>. Fitzpatrick "mit" sözcüğünün, gerçekliğin doğru olmayan bilgisi anlamında kullanıldığına, Aydınlanma programının, "mit"leri ortadan kaldırmaya yöneldiğini de alıntılarla aktarmaktadır<sup>304</sup>. Bu anlamda ideoloji ile mit arasındaki ilişkiye dikkat çekilebilir. Fitzpatrick, modernite ve Aydınlanma'nın reddettiği şeyin "aşkınlık" (transcendence) olduğunu ifade etmektedir<sup>305</sup>. Yani aslında modernite ve Aydınlanma, akıl yoluyla bilgisine ulaşamayacak "doğüstü"nü reddetmektedirler. Fakat Aydınlanma, tanrı yasasının yerine doğa yasasını ikame ederken dahi, hukuk, "aşkın" niteliğini yitirmemektedir. Zira değişmez hukuksal birlik düşüncesi, hukuk düzeninin merkezinde yer almayı sürdürmektedir<sup>306</sup>. İlahî de olsa, doğal da olsa, hukuk (ya da yasa) özerk ve "kendiliğinden doğru"dur (self-sustaining); her hangi dışsal bir gerçeklikten bağımsızdır<sup>307</sup>. Böylece, tanrısal nitelikleri haiz bir hukuk imgesi ile karşı

<sup>302</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 217.

<sup>303</sup> Peter Fitzpatrick, "Preface," *Op.cit.*, s. x.

<sup>304</sup> *Ibid.*, s. 27.

<sup>305</sup> *Ibid.*, s. 48.

<sup>306</sup> *Ibid.*, s. 56.

<sup>307</sup> *Ibid.*

karşıyayızdır<sup>308</sup>. Tanrısal niteliklere sahip bu hukuk imgesi, toplumsal değişimi de imkansız kılar.

Klasik hukuk ideolojinin mit yapısı, insanların işlerinde ya da yaşamlarının genelinde yaşadıkları toplumsal yabancılaşma ve zayıflık duygusunu, özgürlük olarak sunup normalleştirerek, özel bir siyasal işlevi yerine getirmektedir. Eğer bu mitolojiye inanacak olursak, öğretmen ve öğrenci, yönetici ve işçi, erkek ve kadın diye toplumsal olarak üstlendiğimiz roller, kamusal, dolayısıyla zorlayıcı ancak aynı zamanda da zorunlu ya da aksine, özel, dolayısıyla, bireysel tercihlerin sonucu gibi anlaşılacak; böylece toplumsal değişime kapalı olarak görüleceklerdir. Kısacası klasik ideoloji, hep birlikte dünyayı değiştirmek ve içinde yaşadığımız bu dünyayı yeniden yaratmak için yeterli gücümüzün olmadığı mesajından ibarettir<sup>309</sup>.

Gerçeklikten ayrı bir hukuksal gerçeklik dünyasının reddi üzerine oturtulmuş kuramın, olgusal bir gerçeği gözden kaçırdığı düşünülmemelidir. EHC'nin, hukukun iktisadi yapıdan toplumsal bazı kurumlardan bağımsız ya da özerk olmadığı şeklindeki iddiasını aslında, hukukun *görece özerkliği* olarak okumak gerekir<sup>310</sup>.

Görece özerklik meselesi, Eleştireller'in Marksist araçsalcılığı tamamen kabul etmemelerinin bir sonucudur. Eleştireller, Marksizm'in yanlıgısının, sınıf çıkarları ile hukuk arasında *doğrudan* bir ilişki kurması olduğunu ileri sürmektedirler<sup>311</sup>. Onlara göre, sınıf çıkarları ile hukuk arasında ancak uzun dönem söz konusu olduğunda bir ilişki kurabilmek mümkündür. Dolayısıyla bu ilişki, daha karmaşık bir sürecin ürünü olarak görülmektedir. Böylece "son tahlilde" sınıfsal çıkar ile hukuk arasında bir

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, s. 62.

<sup>309</sup> Peller, *Op.cit.*, s. 309.

<sup>310</sup> Hutchinson-Monahan, kimilerince EHC'nin hukukun görece özerkliği iddiasında bulunduğu ileri sürülebileceğini not ettikten sonra, bu kavramın pek de bir anlamı olmadığını dile getirmektedirler. Zira, siyasal ve hukuksal kuramların hemen hepsinde görece özerklik nosyonunu arayıp bulmak mümkündür. Dolayısıyla bu kavram ayırt edici bir nitelik taşımamaktadır. Bkz. Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 222.

<sup>311</sup> Hunt, *Op.cit.*, s. 147.

bağlantı olduğu da kabul edilmekte, bu nedenle “görece özerklik” terimi tercih edilebilmektedir<sup>312</sup>.

Sözgelimi, yukarıda hukuk devleti idealinin bir yanlış bilinç yarattığı konusundaki görüşlere yer verirken atıfta bulunulan Unger, hukukun özerkliğini sorgulamanın kendisinin de ideolojik nitelikte olduğuna ve amacı hukukun nasıl işlediğini ortaya çıkarmak olan araştırmacının, bu anlamda da dikkatli olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Hukuk düzenini tam olarak anlayabilmek için, hukuk devleti ideali, toplumsal yaşamın kendine özgü bir formu temelinde düşünülmelidir<sup>313</sup>.

Boyle da, görece özerkliği, EHÇ’yi vulgar Marksizm’in “komplo kuramı”ndan<sup>314</sup> ayıran önemli bir nokta olarak kabul etmektedir<sup>315</sup>.

Fakat bu görece özerklik meselesi de Kennedy’nin “hukuk, toplumsal bütünün görünümlerinden biridir, dış kapının mandalı değil”<sup>316</sup> ifadesi ile anlamlandırılmalıdır. Yani hukuk ve hukuksal bilinç, egemen sisteme ve bilince eklenmiş bir “teferruat” değil, o sistemi ve bilinci aynı zamanda var eden bir “mütemmim cüz” gibi düşünülmelidir.

### 5.3.3. EHÇ İçinden Hukuksal Bilince İlişkin Aykırı Sesler

EHÇ’nin, diğer pek çok konuda olduğu gibi, hukuksal bilinç konusunda da tam bir ortaklık sergilediği sanısını yaratmak doğru olmaz. Bu, hayli “netameli” konuda, EHÇ içi tartışmaların da var olduğu not edilmelidir.

<sup>312</sup> *Ibid.*; Ayrıca aynı yönde bkz. Balbus, *Op.cit.*, s. 571-572.

<sup>313</sup> Unger, *Law in Modern Society*, s. 57.

<sup>314</sup> Boyle, hukukun sadece egemen sınıfın elinde bir baskı aracı olarak görülmesini bir komplo kuramı olarak kabul etmektedir.

<sup>315</sup> Boyle, *Op.cit.*, s. 722.

<sup>316</sup> Duncan Kennedy, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy,” *Journal of Legal Education*, 32: 591-615 (1982), s. 599.

Tartışma, maddî koşullar ile siyaset ve bilinç alanı, özellikle de hukuk öğretisinin yapısı ve özü arasındaki ilişkinin niteliği hakkındadır<sup>317</sup>.

Görülebileceği üzere, EHÇ'nin hukuk ideolojisi hakkındaki görüşlerine yön veren, özellikle, Marx'ın toplumsal, siyasal, entelektüel yaşamı maddî koşullarla açıkladığı tezi olmuştur. Ancak, Marksist kuramın bu iddiası, EHÇ içerisinde, eşit derecede ilgi ve kabul görmüş değildir. Genel olarak EHÇ kuramcıları zaten Marksizm'i tümüyle kabul etmiş değillerdir. Bu anlamda EHÇ'nin Marksist çözümlenmeye eleştirileri üç başlık altında toplanmaktadır: Birincisi, EHÇ yazarlarına göre, Marksist çözümlenme antiformalist eleştirelilikle bağdaşmamaktadır. İkincisi, Marksizm'in ekonomik yapıya dayalı determinist kabulleri inceleme yapılmasını engellemektedir. Üçüncüsü, Marksizm'in hukuku, üretim ilişkilerine atıfla açıklamaya çalışmaları totolojiden başka bir şey değildir<sup>318</sup>. Bu genel eleştirilerin ötesinde kimi kuramcılar, kurama ilişkin özel eleştiriler de getirmişlerdir.

Özellikle Marksist kuramın kendisinin de bir krizde olduğu saptamasından hareketle<sup>319</sup>, ortodoks Marksizm ile modern liberalizm arasında bir tutum alınabileceği görüşünü savunan EHÇ kuramcıları olmuştur<sup>320</sup>. Sözgelimi Klare, hem Marksizm'in hem liberal hukuk kuramlarının krizini saptamakta, yeni bir neo-Marksist hukuk kuramı düşüncesine değinmekte ve somutsallığı, gözlem merkezliliği, uygulamaya olan yönelimi nedeniyle, akıl ve adalet konusundaki ilgisini de dikkate alarak Marksist siyaset kuramının yeniden canlandırılmasını önermektedir. Ancak, klasik Marksist geleneğin, özgür ve demokratik bir toplumun kurulmasını sağlayacak kolektif karar alma, kaynak tahsisi ve uyuşmazlık çözümü meselelerini görmezden geldiğine de dikkat çekerek<sup>321</sup>. Böylece hukuku sınıf egemenliğinin araçlarından biri olarak görmek yerine,

<sup>317</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 219-220.

<sup>318</sup> Stefan Sciaraffa, "Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder," *Legal Theory*, 5: 201-219 (1999), s. 203.

<sup>319</sup> Karl Klare, "Law-Making as Praxis," *Telos*, 40: 123-135 (1979), s. 123.

<sup>320</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 221.

<sup>321</sup> Klare, *Op.cit.*, s. 124.

kapitalist toplumsal düzenin içinde tanımlandığı bir uygulama biçimi olarak görmeyi önermekte, hatta Marksist siyaset kuramının en sorunlu alanının devletın sınıf egemenliğinin aracı olarak görülüyor olmasını vurgulamaktadır<sup>322</sup>. Böylece Klare, E.P. Thompson'a da atıfta bulunarak, hukukun araç olarak görülmesinden, yapıcı bir şekilde ele alınmasını önermektedir. Zira Thompson, toplumsal değişimi hedefleyen aklı başında hiçbir toplumsal hareket tarafından hukukun "yapmacık" olarak ele alınamayacağını, aksine hukukun toplumsal yaşamın ve sınıf çatışmasının muazzam önemli bir görünümü olduğu bilinerek ciddiyetle yaklaşılması gerektiğini; eleştirel bir perspektiften bile, hukuksallığın büyük bir beşeri başarı olarak görülebileceğini ileri sürmektedir<sup>323</sup>.

Klare, kendisinden esinlendiğini söylediği Andrew Fraser da, Marksizm'in krizinden hareketle, hukukun dışsal bir baskı aracı olarak sunulmasının doğru olmadığını iddia etmektedir<sup>324</sup>. Fraser'a göre, mevcut özgürlük krizinin çözümünde, hukukun ortadan kaldırılması bir anlam ifade etmemektedir. Zira, çağdaş refah toplumunun ortaya çıkardığı hukuk düzeni, egemen sınıflar için de bir engel olarak kabul edilmelidir. Hukuk düzenince yaratıldığı söylenen "yanlış bilinç"ın ortadan kaldırılması, adalet, hakkaniyet, meşruluk, otorite ve düzen sorunlarını çözmeyecektir<sup>325</sup>.

Fraser, ne Marx'ta ne de Paşukanis'te<sup>326</sup> hukukun, toplumsal çatışmayı egemen sınıfın çıkarları uyarınca, *ad hoc* [tek bir olaya özgü olarak] çözen kurallar dizisi olarak

---

<sup>322</sup> *Ibid.*, s. 125 ve 127.

<sup>323</sup> *Ibid.*, s. 133.

<sup>324</sup> Andrew Fraser, "The Legal Theory We Need Now," *Socialist Review*, 40-41: 147-187 (1978), s. 147-148.

<sup>325</sup> *Ibid.*, s. 149-150.

<sup>326</sup> Paşukanis, Sovyetler Birliği'nde Stalin döneminde yaşamış ünlü hukuk kuramcılarındandır. Paşukanis'in de üyeleri arasında yer aldığı hukuk okulu Meta Değişimi/Mübadelesi Kuramı adıyla anılmaktadır. Paşukanis'in kuramı iki temel öncüle dayanmaktadır: Birincisi, hukuk ve devlet, devletin temel ekonomik örgütlenmesini yansıtan üstyapısal kurumlardır. İkincisi, geleceğin sosyalist ekonomisinde hukuk ve devlet 'sönümlenecek'tir. Bkz. Lon L. Fuller, "Paşukanis and Vishinsky: A Study In The Development of Marxian Legal Theory," *Michigan Law Review*, vol. 47: 1157-1166 (1948-1949), 1159. Paşukanis'in çalışmasının da kısaca değerlendirildiği bir çalışma olarak bkz. Kasım Akbaş, "Hukuka Marksist Yaklaşım ya da 'Marksist Hukuk Kuramı'," *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*.

görüldüğünü ileri sürmektedir. Ona göre, Marx'ın ve Paşukanis'in çalışmalarında hukuk, meta değişimi süreci ile ortaya çıkan yekpare bir toplumsal ilişki şeklindedir<sup>327</sup>.

Böylece hukuksal bilince ilişkin olarak EHÇ, Marksizm'in, hukuku sosyoekonomik koşullar belirler önermesinin karşısında; hukuk toplumun ürünüdür ve hukukun ideolojik doğasının açığa çıkarılması toplumda ve hukukta bir gelişme sağlayabilir düşüncesini savunmaktadır<sup>328</sup>.

#### 5.3.4. Hukuk Eğitimi

Hukuk eğitimi, hukukun bir ideoloji/si olmasının kavramsal izlerini her yönüyle taşımaktadır<sup>329</sup>. EHÇ kuramcılarının hemen hepsinin hukuk eğitiminin ideolojik işlevi konusunda hemfikir oldukları anlaşılmaktadır. Ancak Duncan Kennedy, bu düşüncüyü bir makale olarak dile de getiren bir EHÇ kuramcısı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk eğitiminde bir sorunun varlığı aslında, yalnızca EHÇ tarafından dile getirilmiş değildir. Böyle bir sorunun varlığı genel olarak kabul edilmekte ve sorunun kaynağı olarak fakülte ve öğrenci sayılarındaki artış, geleneksel öğretim yöntemlerine bağlılık,

---

Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 39-60, s. 55 vd. Paşukanis'in 20. yüzyılın ikinci yarısında tekrar keşfedilen kitabı Türkçe'ye henüz çevrilmiştir. Bkz. Evgeny B. Paşukanis, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**. Fransızcadan çeviren: Onur Karahanoğulları (İstanbul: Birikim Yayınları, 2002). Marx'ın ve az da olsa Paşukanis'in hukuk anlayışları için Türkçe'de ender rastlanan bir çalışma olarak bkz. Onur Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 57/2: 61-92 (2003). Paşukanis'in de bağlı olduğu Mübadele Okulu'nun hukuk anlayışının Stalin'inkiyle bağdaşmadığını ve bu durumun Paşukanis'in sonu olduğunu da aynı yerden öğreniyoruz.

<sup>327</sup> Fraser, **Op.cit.**, s. 157. Fraser, hukukun "burjuva sınıfının egemenliğinin aracı" olarak ele alınmasını Engels'in "tarih dışı" (ahistorical) çözümlemesine dayandığını da iddia etmektedir. Bkz. **Ibid.**, s. 154.

<sup>328</sup> Sciaraffa, **Op.cit.**, s. 206.

<sup>329</sup> Eğitimin ideolojik aygıt olması hakkında bkz. Althusser, **Op.cit.** Özellikle, Althusser'in "Olgun kapitalist formasyonlarda eski egemen DİA'ya karşı şiddetli bir siyasal ve ideolojik sınıf mücadelesinin sonunda egemen duruma getirilmiş DİA'nın, *öğretimsel ideolojik aygıt* olduğu düşüncesindeyiz" ifadesi dikkat çekicidir. **Ibid.**, s. 42.

araştırmaların desteklenmesindeki eksiklik gibi nedenler sayılmaktadır. EHÇ kuramcıları ise, bu nedenleri de göz ardı etmemekle birlikte, hukuk eğitimindeki sorunların hukuk eğitiminin konusunu oluşturan hukuk öğretisi ya da hukuk kuralları ile hukuk öğreticilerinin meslekî kimlikleri arasındaki ilişki ve hukuk devleti ideolojisi hakkındaki klasik yorumlar gibi daha köklü meselelerden kaynaklandığını ileri sürmektedirler<sup>330</sup>.

Kennedy, hukuk eğitiminin ideolojik olduğu iddiasının, hukuk eğitiminde öğrencilere, hukuk şirketleri, bar ve elbette toplum içerisindeki hiyerarşi ve egemenliğin doğal, etkin ve adil olduğunun aktarılması iddiası olarak anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>331</sup>. Hukuk öğrenmeye gelen öğrencilerin “itibarlı bir meslek sahibi olmak” ve “toplumda ilerlemeci bir güç olduğu düşünülen hukukun teknik bir uzmanı olarak rol oynamak”<sup>332</sup> düşünceleri ile birleştiğinde, doğal olduğu anlatılmaya çalışılan hiyerarşinin kabulü zor olmamaktadır.

Hukuk eğitimi, gerek resmi müfredat, gerekse sınıfta yaşanan deneyim açısından hiyerarşiyi yeniden üretmektedir. Zira müfredat da, sınıfta yaşananlar da, genel olarak ekonomi ve topluma, hukuka ve meslek yaşamına ilişkin siyasal bir eğilimi aşlamaktadır<sup>333</sup>. Liberalizmin merkezinde yer alan; düşünce ve kurumların belirsizliği ve maniple edilebilirliği fikri, hukuk eğitimi esnasında öğrenilmekte ve siyasal ya da etik söyleme de yön vermektedir<sup>334</sup>.

Hukuk ideolojisinin entelektüel alanda dile getirilişi, hukuk ve siyasetin birbirinden ayrılığını vurgulamak olduğuna göre, hukuk eğitiminde de, hukuksal usa vurma, siyasal analizden farklı bir şey olarak sunulur<sup>335</sup>. Oysa müfredatta öğretilmesi gerektiği

---

<sup>330</sup> John Henry Schlegel, “Searching For Archimedes- Legal Education, Legal Scholarship, and Liberal Ideology,” *Journal of Legal Education*, 34: 103-110 (1984), s. 103-104.

<sup>331</sup> Kennedy, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy,” s. 591.

<sup>332</sup> *Ibid.*, s. 592.

<sup>333</sup> *Ibid.*, s. 595.

<sup>334</sup> *Ibid.*, s. 596.

<sup>335</sup> *Ibid.*

belirlenmiş olan sözleşme, tazminat, mülkiyet, ceza hukuku, yargılama usulü gibi kavramlar, on dokuzuncu yüzyıl *laissez-faire* [bırakınız yapsınlar] kapitalizminin temelini oluşturan kurallardır. Hukuk fakültelerinde bu konu alanları, sanki, dış etkenlerden bağımsız bir iç mantıkları varmış gibi anlatılmakta, bu alanlara ilişkin hukuksal usa vurma uygulamasında siyasetin görece küçük bir rolünün olduğu öğretilmektedir. Hukuk felsefesi, hukuk tarihi, klinik hukuk eğitimi gibi konu alanları ise “sağlam (hard)”, nesnel, ciddi, analitik değil; bir çeşit oyun ya da mezun olununca bir kişisel pazarlama (self-presentation) niteliğinde kullanılacak meseleler olarak takdim edilmektedir<sup>336</sup>.

Bu durumun yarattığı kavramsal sıkıntılar da söz konusu olabilmektedir. Sözgelimi “hak” kavramı, “biçimsel” olarak ele alınıp, bireyleri keyfiliğe karşı korudukları söylenerek, toplumsal sınıflar, ırklar ya da cinsler arası adalet kesinlikle tartışma konusu yapılmamaktadır. Liberal hak kuramı doğrultusunda, hakları koruyan devletin etkin olduğu “kamusal alan” ile bireylerin kendi kişisel amaçlarına yönelik olarak atomize oldukları sivil toplumun etkin olduğu “özel alan” ayrımı yapılmaktadır. Oysa bu bakış açısıyla, örnek olsun, fabrikalarda işçilerin “adem-i merkeziyetçi (decentralized)” demokratik denetimini açıklamak mümkün olamamaktadır<sup>337</sup>.

Hukuk okulları öğrencilerini, küçük bir hukuk bürosu işletmeye, farklı pek çok failin de katıldığı karmaşık bir sürecin sonuçlarını değerlendirebilmeye ya da kendi amaçları için kendi işlerini yapıyor olmanın verdiği ahlâkî dürüstlük ve bağımsızlık duygusunun tadını çıkarmaya hazırlamazlar. Hukuk okullarının yapmaya çalıştığı, öğrencilerini, daha sınırlı rolleri yerine getirecek uzmanlığa bile güç bela sahip oldukları ve tek başlarına parçalayamayacakları kırbaçı [bükemeyecekleri bileği] öpmelerinin daha tedbirli bir davranış olacağı konusunda ikna edebilmektir<sup>338</sup>.

Hukuk öğretiminin ideolojikliği, anlatılan konunun içeriği ve anlatış tarzıyla sınırlı değildir. Kennedy, hukuk fakültesi hocalarının, öğrenciler için, birer model oluşturarak da, mevcut toplumsal hiyerarşinin yeniden üretimine katkıda bulduklarını ileri

<sup>336</sup> *Ibid.*, s. 597-598.

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> *Ibid.*, s. 602. Parantez içi ekleme benim.

sürmektedir. Buna göre, yardımcı doçentlerin daha deneyimli hocalarının gözüne girebilmek için yaptıkları, hukuk öğrencileri için, bir hukuk şirketinde göze girmek için neler yapılabileceğinin örneği olabilmekte; profesörlerin sekreterleri ile kurdukları “patronluk” ilişkisi, öğrencilere, patronlukla ilgili olarak nelerin kabul edilebilir olduğunu gösterebilmektedir<sup>339</sup>. Hukuk eğitiminde, özellikle Amerika’daki hukuk okulları için geçerli olabilecek bir başka mesaj daha saklıdır. Hukuk öğrencileri, okullarındaki öğretim elemanlarının büyük çoğunluğunun beyaz, erkek ve orta sınıf kökenli olduklarını görecekler, siyah ve kadın olanlarının ise –bir asimilasyonla da birlikte- bu durumlarından duydukları hoşnutsuzluğu gözlemleyeceklerdir. Kadın, siyah ya da çalışan sınıf kökenli öğrenciler, ilk günden itibaren duydukları, erkek, beyaz ve orta sınıf tonlu sesle birlikte, gerçek dünyanın koşullarına da adapte olmaya başlayacaklardır<sup>340</sup>.

Hukuk şirketlerinde olduğu gibi, hukuk fakültelerinde, öğrenciler arasında yaşanan rekabet nedeniyle, işbirliğinin de sınırları vardır ve okul temel olarak bu sınırları da öğrenecekleri yerdir<sup>341</sup>.

<sup>339</sup> Örnekler ve meselenin devamı için bkz. *Ibid.*, s. 603-604.

<sup>340</sup> *Ibid.*, s. 605. Hukuk okullarındaki bu sınıfsal, ırksal ve cinsel farklılaşmanın, Kennedy’nin hukuk eğitiminin ideolojikliği iddiasına ışık tutup tutamayacağı bir çekince yaratıyor ise, M. Tevfik Özcan’ın kitabında “Hukuk Politikası ve Yargıç” kısmına yeniden göz atılabilir. Özcan burada “hukuk ideolojisi, hukukçuların sınıf kökeni ve beklentileri açısından mevcut toplumsal düzenden yana olmaları ile ilişkilendirilir” dedikten sonra 1820-1968 yılları arasında İngiltere Yüksek Mahkemesi’nin sınıfsal kompozisyonu ile verdikleri kararlar arasında, hukuk ideolojisi açısından bir ilişki kurmaktadır. 1991 yılında, yine İngiltere’de 550 yargıçtan sadece birinin siyah ve on dokuzunun kadın olduğuna da dikkat çekilmektedir. 1963 yılı itibarıyla, ABD Yüksek Mahkeme yargıçlarının %86’sının beyaz ve İngiliz kökenli, sadece iki yargıcın İspanyol ve Slav kökenli olduğunu ve bu yargıçların %90’ının Protestan mezhebinden, birer yargıcın ise Musevi dininden ve Katolik mezhebinden olduğunu da aynı yerden öğreniyoruz. Bkz. Özcan, *Op.cit.*, s. 166-170. Türk yargıçlarıyla ilgili olarak böyle genel bir çalışma ise yapılmış değildir. Sadece Artun Ünsal’ın Anayasa Mahkemesi üyelerinin toplumsal özelliklerini de konu edindiği *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi* adlı çalışmasından söz edilebilir. Bkz. Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1980). Fakat Türk adalet teşkilatının Weber’in yasal-ussal otorite ölçütüne uygun olarak kurumsallaşmış olması ve mesleğe giriş kistasının elitlik yerine başarıya dayalı olması nedeniyle diğer ülkelerde görülen özelliklerin Türkiye için geçerli olamayacağına Özcan ayrıca vurgu yapmaktadır. Bkz. Özcan, *Op.cit.*, s. 165-166.

<sup>341</sup> Kennedy, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy,” s. 606.

Hukuk eğitiminin hukuksal hiyerarşiye yol açtığını ileri sürmekteyim. Hukuk eğitimi, hiyerarşiye vurgu yapan kuralları gerekçelendirip genel bir meşrulaştırıcı ideoloji ve hukuksal muhakemeyi mistifike ederek özel bir ideoloji sunar. Böylece hukuk eğitimi, analogi yoluyla hiyerarşiyi destekler. Hukuk eğitimi, muhtemel avukatlar havuzunu yapılandırarak, mesleklerindeki hiyerarşiyi kaçınılmaz olarak görmelerini ve diğer avukatlar gibi görünmelerini, düşünmelerini ve hareket etmelerini sağlamaktadır. Şimdiye kadar bu nedensel ilişkiyi, bir makinenin çıktılarını diğer makinenin girdilerini oluşturması şeklinde ele aldık. Ancak makineler bilinç sahibi değildir; yani eğer aralarında bir işbirliği var ise, bu dışarıdan bir akıl tarafından sağlanmaktadır. Her iki sistemdeki aktörler, kendilerini bilinçli olarak diğerine göre ayarlamaya ve yine bilinçli olarak diğerini etkilemeye çalışıyorlarsa, hukuk eğitimi hukuksal hiyerarşiyi yalnızca yaratan bir şey değil, aynı zamanda onun bir ürünüdür de. Kanımca, bu da, hukuk hocalarının, hukuk eğitimi de kapsayan hukuksal hiyerarşi konusunda kişisel sorumlulukları olması demektir. Zira eğer hiyerarşi diye bir şey varsa, üretildiği ve aynı avukatlar arasında olduğu gibi, kuşaktan kuşağa yeniden üretildiği içindir<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, s. 608.

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**İKİ AKIM, BİR ELEŞTİRİ:**  
**EHÇ'NİN HUKUKSAL REALİZM(LER)DEN FARKI**

**1. Amerikan Hukuksal Realizm Akımı: Temeller; EHÇ ile Benzerlikler ve Farklılıklar**

EHÇ'ye ilişkin önemli bir eleştiri odağı, Amerikan Hukuksal Realizm akımı (AHR) ile aralarındaki ilişki ortaya konularak irdelenmeye çalışılacaktır. Ancak öncesinde, AHR'nin ne olduğuna, ana çizgileri itibariyle göz atmak gerekir.

AHR'nin temelinde, toplumsal yaşamı anlama ve anlamlandırmaya yönelik bir çaba yatmaktadır. Bu nedenle AHR, Comte ve Spencer'la ifadesine bulmaya başlayan Sosyoloji bilimi ile ilişkilendirilebilir. Ancak kuşkusuz, hukuk araştırmasında sosyolojiye önem veren ilk düşünce okulu AHR değildir.

Kıta Avrupası geleneği içerisinde Jhering'in öncülüğünü yaptığı Menfaatler İçtihadı Okulu, "hakimleri sıkı sıkıya kanunlara bağlılıktan kurtarmak, gerektiği yerlerde onlara yardımcı olmak üzere hukuk bulma metodları sağlamak"<sup>343</sup> şeklinde özetlenebilen amacı ile sosyolojiye gönderme yapmaktadır. Nitekim bu okul mensupları, mükemmel ve boşluksuz kanunun olanaksızlığından hareketle, hukuksal pozitivizm akımının sanatkâr olarak niteledikleri yasa koyucuyu, toplumsal yaşamdaki ilişki ve etkinliklerin düzenleyicisi olarak ele almışlardır<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Ülker Gürkan, *Op.cit.*, s. 9.

<sup>344</sup> *Ibid.*

Anglo-Sakson hukuk kültüründe, özellikle de ABD’de, Sosyolojik Hukuk Bilimi<sup>345</sup> denilen akım, hukuksal realizmin hem öncülü hem de aynı dönemlerde ortaya çıkmış olmaları nedeniyle, rakibi olarak kabul edilebilir. Gürkan’ın Radbruch’tan aktardığı ifade ile, “ABD’deki durum, genellikle hukuk alanındaki muhafazakarlığa karşı bir isyanın ifadesi olup reformist bir hüviyet taşımaktadır”<sup>346</sup>. Yargıç Holmes’ün öncülük ettiği bu iki okulun da, hukukun soyut içeriğinden ziyade, işleyişine bakan sosyolojik, pragmatik ve fonksiyonel karakterde olduğu söylenmektedir.

“Realizm” kavramı ile ne kastedilmiş olduğunu Pound’un makalesinden öğreniyoruz<sup>347</sup>. Kendisi AHR akımı içerisinde sayılamayan Pound, kendi kuşağının bilinç düzeyinin, doğal olarak, geçmişin felsefesi, psikolojisi ve hukuk bilimi ile ilgili olduğunu belirttikten sonra, bir grup genç hukukçunun yaptığı hukuksal realizm tartışmalarına dikkat çekmektedir.

<sup>345</sup> “Bu mektep, özetle, pratik gayeler peşinde koşan ve tatbiki bir sosyolojik hukuk ilmi kurmağa gayret eden faydacı, fonksiyonel hüviyetli bir mektep olup, başlıca gayesi de cemiyette çarpışan çeşitli menfaatleri tatmin ve telif hususunda sosyolojik metodu hukuka tatabik etmektir.” *Ibid.*, s. 12, dn. 34.

<sup>346</sup> Radbruch’tan aktaran *Ibid.*, dn. 31.

<sup>347</sup> AHR’ye ilişkin Pound’un aşağıda kendisinden alıntılar da yapılan makalesi, Karl Llewellyn tarafından yanıtlanmıştır. Her ne kadar, aşağıda makaleden alıntılanan hususlar Llewellyn tarafından yalanlanmamışsa da, Pound’un AHR’de olduğunu saptadığı nitelikleri Llewellyn tek tek “realist” oldukları varsayılan kişilerin eserlerinde aramış ve “bulabildikleri”ni ayrıntılı bir liste halinde kendi makalesinde göstermiştir. Llewellyn’in ulaştığı sonuç, Pound’un çıkarımlarının gerçekçi olmadığıdır. Bu nedenle Pound’un makalesi, Llewellyn’inkinden bağımsız değerlendirilmemelidir. Llewellyn’in ayrıntılı listesi için bkz. Karl N. Llewellyn, “Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound,” *Harvard Law Review*, 44: 1228- 1264 (1930-1931), s. 1229-1233. Llewellyn’in Pound’a yanıtı, tek başına yaptığı bir karşı çıkış olarak değerlendirilmemelidir. Zira, makalenin ilk dipnotundan anladığımız kadarıyla, makale Jerome Frank’in görüşlerini de, makalenin yazarı kadar yansıtmakta, ancak makale Llewellyn tarafından kaleme alındığı için tek yazarlı görülmektedir. *Ibid.*, s. 1222, dn. \*. Llewellyn’in AHR diye bir hukuk okulu olmadığını da ısrarla belirtmekte, olsa olsa hukuka ilişkin bir çalışma ve düşünce hareketi olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. *Ibid.*, s. 1233- 1234. Nihayet makalesini, Realistler’in bir grup olmadıklarını tekrar dile getirerek bitirmektedir. *Ibid.*, s. 1256. Llewellyn, hareketin çıkışında dokuz ortak nokta belirlemiştir. Bkz. *Ibid.*, s. 1233-1238. Türkçe’de bu ortak noktaların özetlenerek aktarıldığı bir çalışma olarak bkz. Ertuğrul Uzun, “Amerikan Hukukî Realizmi,” *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*. Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 61-73, s. 64; çalışmanın içerisine yayılarak ele alınmış olması dolayısıyla bkz. Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982); nihayet hemen hemen tam sayılabilecek bir çeviri için bkz. Gürkan, *Op.cit.*, s. 31-32.

[R]ealizm denilerek ne kastedilmektedir? Okuduğum kadarıyla, yeni hukukî realistler, realizm kavramını teknik felsefi anlamıyla kullanmamaktadırlar. Daha ziyade güzel sanatlardaki anlamıyla kullanılmaktadırlar. Realizmle; doğaya sadakati, şeylerin, birisinin onları görmek istediği ya da onların olmasını istediği gibi değil de, oldukları gibi kaydedilmesini kastetmektedirler. Realizmle; hukuk biliminin temeli olarak, hukuksal düzenin gerçekliklerine sadık bağlılığı kastetmektedirler<sup>348</sup>.

Pound, gerçekliğe sadık bağlılık programının, yeni bir iddia olmadığını dile getirdikten sonra, rasyonalistlerden tarihsel hukukçulara, analitiklerden pozitivistlere varana kadar hemen bütün kuramların, bu iddia ile ortaya çıktıklarını söylemektedir<sup>349</sup>.

Yeni realistlerimiz, bu kuramların hukuksal gerçeklik kavramlarını reddetmektedirler. Onlara göre akıl bir illüzyondur. Deneyim, bir düşüncenin açılıp görünür hale gelmesi değildir. Hukuk kurallarının varlığı da bir illüzyon olduğuna göre, “saf hukuk gerçeği” diye bir şey yoktur<sup>350</sup>.

AHR kuramcıları, yargısal kararların oluşumunda hukuk kurallarının rolü konusunda dile getirdikleri şüphe ve hukuksal araştırmanın konusu olarak “yargı”ya odaklanmış olmalarıyla yani, hukukun ne olduğunun ortaya çıkarılabilmesi için fiilen uygulanan hukuka bakılması gerektiğini savunmalarıyla diğer kuramlardan ayrılmaktadırlar<sup>351</sup>. AHR'nin ABD'de ortaya çıkmış olmasının felsefi ve siyasal nedenleri bulunmaktadır. Amerikan yargı ve siyaset sistemi içerisinde, özellikle Yüksek Mahkeme'ye tanınan rolün, toplumu ve hukuku anlamaya yönelen realistlerin, hukuku yargı makamlarının işleyişi ile açıklamaya çalışmalarında etkin olduğu söylenebilir<sup>352</sup>. Pragmatik felsefinin Amerikan toplum yaşamında önemli bir yer işgal etmiş olması da, hukuksal realizmin ABD'de ortaya çıkmasının gerekçelerindedir. Üstelik AHR'nin ete kemiğe büründüğü 1920'li yıllar, Amerikan toplumu açısından sıkıntılı ve mevcut ekonomik, siyasal-hukuksal düzenin eleştirisine imkan tanıyan yıllardır.

<sup>348</sup> Roscoe Pound, “The Call For a Realist Jurisprudence,” *Harvard Law Review*, 44: 697-711 (1930-1931), s. 697.

<sup>349</sup> *Ibid.*, s. 698.

<sup>350</sup> *Ibid.*, s. 698-699.

<sup>351</sup> Uzun, *Op.cit.*, s. 61

<sup>352</sup> *Ibid.*, s. 62.

Ancak AHR'nin eleştirisini, genel olarak siyasal-hukuksal ve toplumsal düzene yöneltmektense, mevcut hukuk kuramlarına yöneltmekle sınırlandırdığı da vurgulanmalıdır<sup>353</sup>.

1970'lerin sonlarında, bir grup hukukçu akademisyenin, liberal siyasal düşünce ve hukuk öğretisi eleştirilerini dillendirmeleri sonucu ortaya çıkan<sup>354</sup> EHÇ'nin tersine, Realist akımı siyasal anlamda liberalizmin karşısına koymak pek doğru değildir. Zira Realistler 'akademik merkez'in standartlarının 'solu'ndaymış gibi görünüyorsa da aslında, siyasal anlamda düpedüz merkezde yer almaktadırlar<sup>355</sup>. Zira, hukuksal realistler, "hukukun otoritesini sarsmadan" hukuku "reform etmeyi" amaçlamaktadırlar<sup>356</sup>. Sözün kısası, "Realist devrim, aslında bir saray devriminden başka bir şey değildi[r]. Amerikan hukuk düşüncesinde önemli ama sadece evrimci bir aşama idi[r]." <sup>357</sup>

EHÇ'nin de kökeni oluşturan, 1920'li-30'lu yılların Amerikan Hukuksal Realistleri, on dokuzuncu yüzyıldan beri süregelen "hukukun üstünlüğü" kavramını tartışmaya açmışlardır. Onlara göre, davanın sonucunu belirleyen temel değişken, yargıcın kişisel tercih ve eğilimleridir. Böylece realistler, hukukun, bilimsel olması bir tarafa, siyaset, kültür ve ekonomiden ayrıştırılamayacağını iddia etmekteydiler. Bu aynı zamanda, hukukun, "siyaset ve ekonomi üstü" oluşunun da yadsınması anlamına gelmekteydi<sup>358</sup>.

Hukukun siyaset ve ekonomi üstü oluşunun yadsınması, EHÇ'nin hukuka ilişkin farklı alanların bilgisine ihtiyaç duyan yaklaşımı ile doğrudan ilgili olduğu açıktır. Nitekim

---

<sup>353</sup> Gürkan, *Op.cit.*, s. 28.

<sup>354</sup> Robert L. Hayman Jr., Nancy Levit ve Richard Delgado, *Jurisprudence Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism* (Second Edition, Minnesota: West Group, 2002), s. 402.

<sup>355</sup> Schlegel, *Op.cit.*, s. 405.

<sup>356</sup> Richard Numan, *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), s. 23.

<sup>357</sup> Hutchinson ve Monahan, *Op.cit.*, s. 205.

<sup>358</sup> Vago, *Op.cit.*, s. 66.

AHR'nin, hukukun toplumsal ilişkileri düzenlemesi ve ancak toplumsal yapı ile birlikte açıklanabilmesi görüşünden hareketle, sosyolojik bilgi ve değerlendirmeden bağımsız bir hukuk anlayışının mümkün olamayacağını dile getirmiş olması da<sup>359</sup>, EHÇ-AHR ilişkisi hakkında bir fikir vermektedir. EHÇ'nin "hukuk siyasettir" sloganı etrafında dile getirdikleri görüşleri, bu anlamda AHR'den ödünç alınmış gibi görünmektedir.

AHR'nin önemli bir özelliği, psikolojik süreçlerin de hukuksal çalışma içerisine dahil edilmiş olmasıdır.

Realistlerin önemli bir özelliği de, hukuka ilişkin araştırmayı, diğer bilim dallarının yardımıyla genişletmek olmuştur. Amerikan realizminde, sosyolojik yaklaşımın, hukuk araştırmasının temelini oluşturduğuna değinmiştik. Realistlerin önemle üzerinde durdukları bir başka bilim dalı da psikoloji olmuştur. Hukukî süreçlerde yer alan aktörlerin psikolojik durumları, realistlerin hukuk anlayışlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Frank, hukukun kendisinden beklenen kesinliği hiçbir zaman sağlanamayacağını, yani hukukun hiçbir zaman kesin olarak bilinmeyeceğini belirtirken, insanların hukukun kesinliğine inanmalarını bir efsane olarak nitelendirmekte ve bunu psikanalitik yaklaşımla açıklamaktadır<sup>360</sup>.

EHÇ'nin hukukun belirsizliği iddiası da ilk olarak AHR tarafından ileri sürülmüştür. AHR terminolojisi açısından belirsizlik, "şüphe" kavramı ile karşılanmaktadır. Şüphe, "kural şüpheciliği" ve "olay şüpheciliği" olarak iki başlık altında incelenmektedir<sup>361</sup>. Kural şüpheciliği ile, yargısal kararları belirleyen karar verdirici faktörün, pek çok durumda konulmuş kurallar olmadığı kastedilmektedir<sup>362</sup>. İnsanların hukukta varolduğunu düşündükleri kesinliğin bir illüzyondan ibaret olmasının gerekçesi budur<sup>363</sup>.

<sup>359</sup> Hukuk için diğer sosyal bilim alanlarının yardımına ihtiyaç duyulması hakkında bkz. Gürkan, *Op.cit.*, s. 33-34.

<sup>360</sup> Uzun, *Op.cit.*, s. 67.

<sup>361</sup> Jerome Frank'ten aktaran *Ibid.*, s. 68.

<sup>362</sup> Wilfrid E Rumble, Jr., "Rule-Scepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism," *Journal of Public Law (Emory Law School)*, 15: 251- 285 (1966), s. 261.

<sup>363</sup> Llewellyn, *Op.cit.*, s. 1242.

Realistler'in yargısal kararı kuralların belirlediğinden kuşku duymaları için beş gerekçeleri vardır. Birincisi, davaya uygulanacak kuralın belirlenmesinde, birbiriyle çatışa da bilen çok fazla teknik kullanılabilir. İkincisi, hiçbir özel önerme (davada verilen hüküm), bir genel önermeyi (genel kural) tam olarak ifade edemez. Üçüncüsü, Hukuk dili birden fazla anlama gelebilen bir yapıya sahiptir; sözleşme hürriyeti, iyi niyet gibi kavramların ne anlamlara geldiği, tam olarak tespit edilemez. Dördüncüsü, toplumsal ve ekonomik değişiklikler, bir hukuk kuralına verilen anlamın da değişmesini gerektirebilir. Son olarak, beşincisi, gerçekleşen olaylar birbirleriyle tam olarak aynı değildir<sup>364</sup>. Realistler'e göre, bir temyiz makamının varlığı dahi, hukuksal sonuçların, sadece önsel hukuk kurallarına dayalı olarak öngörülemeyeceğini kanıtlamaktadır. Üstelik, eğer gerçekten hukuk değişmez ve öngörülebilir ise, davayı kaybeden avukatın ne gibi bir özrü olabilir<sup>365</sup>?

Realistler'in hukuk öğretiminin amacına yönelik radikal karşı çıkışları, akademik dünyada bir dalgalanma, daha doğrusu Realistler'e karşı açık bir düşmanlık yarattı. Zira Realistler'in eleştirileri, belki kendilerinin doğrudan hedeflemedikleri, çok temel bir sorunu da açığa çıkarmıştı: İktidar sorununu; yani hukuk kurallarının kimin çıkarlarını koruduğu sorununu<sup>366</sup>.

Hukuksal gerçeklik ile toplumsal gerçekliğin birbirinden farklı olduğu saptamasını Realistler de yapmışlardı. Şu farkla; Realistler, klasik kuramcıların hukuksal gerçekliğin toplumsal gerçekliği yansıttığına ilişkin iddialarını, ideolojik bir saptırma olarak görmüyorlardı. Realistler'e göre onlar sadece yanılmışlardı. Bu nedenle AHR'nin eleştirilerinin hedefinde, politik-ekonomik bir sistem olarak liberalizm değil, hukuksal bir düşünce okulu olarak biçimselcilik (formalizm) yer almakta idi<sup>367</sup>. Eleştireller'in bu konudaki yaklaşımı açıktır:

---

<sup>364</sup> Rumble, *Op.cit.*, s. 262-266'dan özetlenerek aktarılmıştır.

<sup>365</sup> Jerome Frank'ten de aktararak *Ibid.*, s. 268.

<sup>366</sup> Schlegel, *Op.cit.*, s. 405.

<sup>367</sup> Peller, *Op.cit.*, s. 307 ve 308.

Klasik hukuk düşüncesi ile ilgili sorun biçimselcilik değildir. Çünkü klasik yaklaşımın *hatası* bilgi kuramı anlamında, epistemolojik bir hata değil; maddi oluş kategorilerine ilişkin mantık kategorisindeki bir yanlıdır. Daha doğrusu toplumsal mitoloji ve ideolojinin, insanlar arası ilişkilerde özel toplumsal roller üstlenen parçalarıdır<sup>368</sup>.

Bu nokta Boyle'a göre de, AHR ile EHÇ'nin ayrıştığı ilk noktadır<sup>369</sup>. İkinci ayrışma noktası da yine bununla ilişkilidir. AHR'nin yargıcın tarafsız “sosyal mühendislik” teknokratlığını, EHÇ kabul edemeyecektir<sup>370</sup>. Üçüncü ayrışma noktası ise, yalnızca EHÇ'nin Aydınlanmanın “aklı”nı tartışma konusu yapmış olmasıdır<sup>371</sup>.

AHR'nin bir hukuk ideolojisi tespiti yapamamasının bir nedeni de, kimi AHR kuramcılarının hukuku değerlerden bağımsız olarak görmüş olmalarıdır<sup>372</sup>. Zira Realistler, mahkemelerin ne yapmaları gerektiği konusunda, klasik görüşten farklılaşmış değillerdir. Realistler'in temel meselesi, hükme ulaşılmasını sağlayacak yöntemin ne olması gerektiğinin, hükümlerin nasıl gerekçelendirilebileceğinin ortaya çıkarılmasıdır<sup>373</sup>.

Dolayısıyla AHR'yi, geleneksel kuramlara *köklü* bir karşı çıkış olarak nitelendirmekten ziyade, doğru zamanda, toplumun gereklerine uygun yanıtlar veren bir kuram olarak düşünmek daha doğru gibi görünmektedir. Nitekim Patterson “AHR, Dünya Savaşları arası dönemin (1919-1940) doğru bir ürünü idi. AHR kuramı, geleneksel kuramlara şüphe ile yaklaşıldığı, bilime ve insanoğlunun çalışma ve efor ile dünyasını daha iyi bir

---

<sup>368</sup> **Ibid.**

<sup>369</sup> Boyle, **Op.cit.**, s. 697.

<sup>370</sup> **Ibid.**, s. 697 vd.

<sup>371</sup> **Ibid.**, s. 702 vd. Nitekim Tushnet EHÇ'yi, postmodern değil ama “modernist” olarak nitelendirmektedir. Tushnet'e göre “EHÇ, modernizmin hukuk düşüncesinde kazandığı formdur.” Bkz. Tushnet, “CLS: An Introduction to its Origins...,” **Op.cit.**, s. 517. Bu açıdan düşünüldüğünde AHR “modern” olarak kabul edilmelidir. AHR ile EHÇ arasındaki ayrım konusunda bundan daha köklü bir benzetme yapılamaz sanırım.

<sup>372</sup> Rumble, **Op.cit.**, s. 270.

<sup>373</sup> **Ibid.**

hale getirebileceğine duyulan inanca saygı gösterilen bir dönemin Amerikasının akademik ilkelerinin ifadesidir” demektedir<sup>374</sup>.

AHR'nin, EHÇ ile aynı tarihsel döneme denk düşen “devamcısı” olarak Hukuk ve Ekonomi Hareketi (HEH) görülebilir. Ortak AHR kökenleri nedeniyle, EHÇ ile HEH, hukuka ilişkin birbiriyle neredeyse aynı tezleri gündeme getiriyor gibi görünmektedir. Ancak HEH, politik anlamda da, AHR'nin devamcısıdır. Bu durum, geleneksel kuramlar karşısında HEH'in sağ bir hareket, EHÇ'nin ise sol bir hareket olduğu saptanarak ortaya konmaktadır<sup>375</sup>. Her iki hareket de, hukuku kamusal bir ideal olarak ele alan geleneksel yaklaşımlara tepkinin ifadesidirler. Ancak HEH'in sloganı “hukuk etkindir” iken EHÇ'nin sloganı “hukuk politiktir”dir<sup>376</sup>.

HEH'in önemli isimlerinden Richard Posner, yargıçlar iktisadî bir eğitim almadan, kararlarını ekonomik gerekçelere dayandırmadan, yargısal kararların toplumsal tatmini azamileştirmenin bir aracı olarak görülemeyeceğine dikkat çekmiştir<sup>377</sup>. HEH'in amacı, yargısal kararların nasıl verildiklerini ya da verileceklerini saptamak ya da öngörmek değil, onlara rehberlik etmektir. HEH'in yargısal kararlara rehberlik ederken önerdiği yapı ise piyasa koşullarıdır<sup>378</sup>. Böylece, yargısal süreçlerin ve hukukun kendi meşruluğunun tartışma konusu yapılmadığı açıktır. Aksine mevcut, piyasa ilişkilerine dayalı hukuk düzeni onaylanmaktadır. Sözgelimi, EHÇ'yi andırır şekilde, HEH de, değerlerin göreliliğinden söz etmektedir. HEH'e göre, her hangi bir hukuksal düzenlemenin tercih edilmesinin, şu ya da bu aromalı bir dondurma tercih etmekten hiçbir farkı yoktur. İkisi de aynı derecede keyfidir. Öyleyse hukuk düzeninden

---

<sup>374</sup> Patterson'dan aktaran *Ibid.*, s. 281.

<sup>375</sup> Owen M. Fiss, “The Death of The Law,” *Cornell Law Review*, 72: 1-16 (1986-1987), s. 2.

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> *Ibid.*, s. 3.

<sup>378</sup> *Ibid.*, s. 5

beklenen, kişilerin, tercihte bulunabilmelerini ve bir tercihte bulunduktan sonra bunu gerçekleştirebilmelerini sağlayacak mekanizmaları sağlamasıdır<sup>379</sup>.

Görülmektedir ki, HEH'e göre hukuk, *toplumu* değil, *pazarı* düzenleyen bir araçtır. Öyleyse yargıçlar, yalnızca hukuk kurallarını değil, piyasanın kurallarını da bilmelidirler.

EHÇ'nin bu anlamda yapmaya çalıştığı ise sadece hukukun maskesini indirmektir. EHÇ daha iyi bir kamu politikası ya da eşitlik öneriyor değildir<sup>380</sup>.

## 2. İskandinav Hukuksal Realizm Akımı ile EHÇ'nin Benzerlik ve Farklılıkları

Hukuksal realizm yaklaşımlarından bir diğeri olan İskandinav Hukuksal Realizm (İHR) akımı, AHR'den ayrı olarak ele alınmaktadır. Zira, İHR, gerek toplumsal gerekse düşünsel temeller bakımından AHR'den çok farklı bir noktada ortaya çıkmıştır. Ancak son tahlilde, her iki akım da “realizm” ismiyle anılmakla, hukuk düşüncesi içerisinde benzer noktalara dikkat çekmişlerdir.

Bu çalışmanın konusu EHÇ olmakla, İHR'nin, hukuksal süreçlerin bir “ritüel” ve “sihir”den ibaret olduğu şeklindeki yaklaşımının, hukukun ideolojikliği düşüncesi ile karşılaştırılması yerinde olacaktır.

İHR'nin temsilcileri olarak Hägerstrom, Lundstedt, Olivecrona ve Ross'un isimleri sayılmaktadır<sup>381</sup>. İHR'nin “realizm”ini Ortaçağ'da adcılıkla (nominalizm), [idealist] gerçekçilik (realizm) arasında yaşanan tartışmadaki anlamıyla, realizme değil de, adcılığa benzetmek mümkündür. Bu tartışmada gerçekçiler, *kavramların* gerçek

<sup>379</sup> *Ibid.*, s. 5-6.

<sup>380</sup> *Ibid.*, s. 10.

<sup>381</sup> HLA Hart, “Scandinavian Realism,” *The Cambridge Law Journal*, 1959: 233- 240 (1959), s. 233. Ayrıca Türkçe’de bkz. Güriz, *Op.cit.*, s. 143-147 ve Ertuğrul Uzun, “İskandinav Hukukî Realizmi,” *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*. Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 75-92.

olduklarını ileri sürerlerken, adçılar, genel kavramları gerçek saymayıp, onların birer addan ibaret olduklarını savunmaktadırlar. Buna göre, “genel kavramlar, birtakım seslerden başka bir şey değildirler. Bunlar, insanların düşünce biçimlerine yakıştırdıkları birer addır ve hiçbir gerçeklikleri yoktur”<sup>382</sup>.

Nitekim, İHR’yi ortaya koyan ilk düşünür olduğu söylenen Hägerstrom’un, hak, ödev, hakkın devri, geçerlik gibi hukuksal yapının bazı parçalarını, boş inançtan kaynaklanan mit, kurgu, sihir ya da kafa karışıklığı diye nitelendirdiği<sup>383</sup>, bu kavramların metafizik dünyanın hayal ürünü olduklarını, yani aslında bir gerçekliğe sahip olmadıklarını ileri sürdüğü<sup>384</sup> bilinmektedir. Keza Lundstedt de, “hukukî düşünceler dünyası –objektif yasa, hukukî ödevler, sübjektif haklar, cezanın ve zararın failin suçlanabilmesi ile açıklaması vs.- esasında yaşadığımız dünyanın, dolayısıyla da bilimin ötesinde bulunur” demektedir<sup>385</sup>. Böylece İHR, hukukta yalnızca olgusal olanın incelenebileceğini ve hukuk biliminin konusunun yalnızca bundan ibaret olabileceğini ifade etmişlerdir. Bu da hukuk kurumlarının *fiilen* nasıl işledikleri, hukuksal kavramların *fiilen* nasıl algılandıklarının irdelenmesi anlamına gelmektedir<sup>386</sup>. İHR’nin Amerikalı adaşı AHR ile paylaştığı ortak nokta, işte bu, hukukun gözlemlenebilir olgular bağlamında ele alınması gerekliliği konusundaki iddiadır<sup>387</sup>. Zira İHR ile AHR arasında, ampirik perspektif, şüpheli yaklaşım ve hukukun toplumsal bir olgu olarak görülmesi dışında çok fazla ortak nokta bulunmamaktadır<sup>388</sup>.

Hägerstrom’a göre, hak ya da ödev gibi kavramlar “gerçek” değildirler. Sözgelimi hak, bir şey üzerindeki erk olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu erk, doğada bildiğimiz

---

<sup>382</sup> Orhan Hançerlioğlu, “Adcılık” maddesi, **Felsefe Sözlüğü** (Dokuzuncu baskı. İstanbul: Remzi Kitabevi, 1994), s. 8.

<sup>383</sup> Hart, “Scandinavian Realism,” **Op.cit.**, s. 233.

<sup>384</sup> Uzun, “İskandinav Hukukî Realizmi,” **Op.cit.**, s. 75.

<sup>385</sup> Lundstedt’ten aktaran **Ibid.**, s. 79.

<sup>386</sup> **Ibid.**, s. 76.

<sup>387</sup> Hart, “Scandinavian Realism,” **Op.cit.**, s. 234.

<sup>388</sup> D. J. Sherbaniuk, “Scandinavian Realism,” **Alberta Law Review**, 2: 58-75 (1962), s. 58.

anlamda bir erk değildir. Tümüyle kurgusal, hukuk öyle söylediği için var kabul edilen, doğanın gerçeği dışında bir erktir<sup>389</sup>. Hägerstrom, modern hukukta kabul edilen hak ya da ödev kavramlarının temelinde, antik *inanışlar* olduğunu ileri sürmektedir. Bu düşüncesinin nedeni, Antik Roma hukuku üzerine yaptığı araştırmalardır. Buna göre, antik dönemde, sözgelimi alım-satım sözleşmesi yapılabilmesi için öngörölmüş bazı *ritüeller* ya da *törenler* söz konusudur. Bu ritüeller ya da törenler yerine getirildiğinde artık, ortaya “mülkiyet hakkı” diye bir şeyin çıktığına inanılmaktadır. Öyleyse, modern hukuktaki kavramların kökenini, antik çağdan beri gelen inanışlarda bulabilmek mümkündür<sup>390</sup>. Bu nedenle modern hukukun araştırma konusu, böyle metafizik kavramlar olmamak gerekir.

Buradan yola çıkarak, hukukun meselesinin ne olması gerektiğinin yanıtını Lundstedt’te bulmak mümkündür. Lundstedt’e göre de, gerek hakkı doğal adalet ilkelerinden çıkaran doğal hukukçuların, gerekse gerçeğe ilgisi olmayan ideolojik kavramlara dayalı bir hak anlayışına sahip hukuksal pozitivistlerin yaklaşımı yanlıştır. Aslında “hak, kişinin hukuk mekanizması aracılığı ile diğer insanlar üzerinde psikolojik baskı yapabilmesi”dir<sup>391</sup>. Bu nedenle Lundstedt, hukuksal sorunlara çözüm bulanabilmesi için adli yöntemlerin kullanılmasını yetersiz bulmaktadır. Gerçekten adil bir karar ulaşabilmek için yargıç, her türlü koşulu göz önüne almak zorundadır. Sözgelimi, bir sözleşmeyle ilgili uyuşmazlık ortaya çıktığında, tarafların mali durumları, psikolojik koşulları vb. de karar için gerekçe oluşturmalıdır. Keza ceza hukuku alanında da, çevre, eğitim gibi etkenler de değerlendirilmelidir<sup>392</sup>. Yani hukukun yaratılmasında ve uygulanmasında yasayıcıların ve yargıçların, adli yöntemi kullanmaları yanlıştır. Bunun yerine “toplumsal gönenç (refah) yöntemi” kullanılmalıdır<sup>393</sup>. Lundstedt’in toplumsal gönenç diye nitelendirdiği kavramın arkasında, bir başka adalet anlayışını aramak boşunadır. Zira ona göre, toplumsal gönençin, mutlak değer ile bir ilgisi yoktur.

---

<sup>389</sup> *Ibid.*, s. 59.

<sup>390</sup> *Ibid.*, s. 60.

<sup>391</sup> Güriz, *Op.cit.*, s. 143.

<sup>392</sup> Sherbaniuk, “Scandinavian Realism,” *Op.cit.*, s. 64.

<sup>393</sup> *Ibid.*, s. 65.

Toplumsal gönenç sadece, insanların gerçekten elde etmeye çabaladıkları şeylerle ilgilidir<sup>394</sup>.

Olivecrona ise dikkatleri, dil aracılığıyla ifade edilen hukuksal kuralın/emrin, muhataplarının zihinsel süreçlerindeki etkisine çekmektedir<sup>395</sup>.

Olivecrona'ya göre, insan bilincine baskı yapan ve onu yasal olan davranışı yapmaya iten şey, sadece devletin kontrolündeki örgütlü zorlamanın farkında olmak değil, aynı zamanda örgütlü zorlamanın varlığının bilinçaltında da biliniyor olmasıdır<sup>396</sup>.

Bu yaklaşımın, yukarıda “rıza” ve “zor” kavramları aracılığıyla da tartışmaya çalıştığımız “hukuksal bilinç”le “akraba” olduğu açıktır. Şu noktada, Olivecrona'nın, dil kuramı anlamında da olsa, mantıksal pozitivistlerin dile yaklaşımının reddine dayanan “söz edimi kuramı”ndan etkilendiği de belirtilmelidir. Böylece, İHR ile EHÇ arasında, yukarıda “Bilgi Kuramsal Anlamda EHÇ” başlığı altında ele alınan, mantıksal pozitivismin reddedilmiş olması iddiasına da dayanarak, bir başka akrabalık daha kurmak mümkündür.

EHÇ kuramcıları, hukukun ve hukuksal usa vurmanın, gündelik dilden farklılaşmış bir dil olarak da kabul edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu anlamda Kairys'in örneği dikkat çekicidir: Bir dava sırasında, karşı tarafın avukatı, yazarımızın jüri tarafından duyulmamasını istediği bir soruyu sormak üzeredir; bunu engellemek için “itiraz ediyorum” diyerek araya girer. Karşı tarafın avukatı, “lütfen sorumu tamamlama izin verin” şeklindeki nezakete davet eden çıkışı, yazara göre, aslında avukatın hukuksal dille gündelik dili karıştırdığının göstergesidir. Bir barda oturup sohbet ederken, karşınızdakinin konuşmasını keserek itiraz ediyorum demek saygısızlık olarak kabul edilebilir. Ancak hukukun kullandığı dil, bundan farklı kabul edilmelidir<sup>397</sup>. Böylece

---

<sup>394</sup> **Ibid.**

<sup>395</sup> Uzun, “İskandinav Hukukî Realizmi,” **Op.cit.**, s. 85.

<sup>396</sup> **Ibid.**

<sup>397</sup> Örnek için bkz. Kairys, **Op.cit.**, s. 244-245.

hukuksal dile dikkat çekmiş olmaları nedeniyle de EHÇ ve İHR arasında bir ilişki göze çarpmaktadır.

Olivecrona'nın, evlilik sözleşmesinde, bir ritüelin yerine getirilerek, insanlar arasında, *hukuksal* ama *gerçek olmayan* bir bağ kurulmuş olmasını ve bu salt *hukuksal gerçeğin* artık, gerçek dünyada da sonuç doğurur hale gelmesini örnek vermesini de; gerçekliğin hukuksal kavramlarla açıklanarak, ayrı bir hukuksal bilinç ve hukuksal gerçeklik durumu yaratmasına dikkat çekilmesiyle eşlememiz mümkündür.

Son olarak, EHÇ'nin düşünsel temellerinden biri olarak Marksizm'in kabul edilmiş olmasına ve İHR'nin İsveç'teki sosyalist ya da Sosyal Demokratik Parti ile yaptığı söylenen "gizli evlilik"<sup>398</sup> dayanarak da bir akrabalıktan söz etmek mümkün olabilir.

### 3. Eleştireller'i Eleştirmek

#### 3.1. EHÇ ve Hak kuramı

EHÇ'nin, liberal hukuk sisteminin doğal ve değişmez kabul ettiği liberal nitelikli "insan hakları" kavramına da eleştirel yaklaşmasının beklenmesi kaçınılmazdır. Nitekim, liberal bir hak kavramının eleştirisine yönelik EHÇ literatürü mevcuttur<sup>399</sup>. Kısaca, EHÇ'nin liberal hak kuramı eleştirisi, hareketin kendisine mesele ettiği iki temel konuyla ilişkilendirilebilir. İlk olarak hak eleştirisi, belirsizlik argümanına ve

<sup>398</sup> Jacob W. F. Sundberg, "Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea," *Ohio State Law Journal*, 47: 951-984 (1986), s. 972-974.

<sup>399</sup> Özellikle bkz. Mark Tushnet, "An Essay on Rights," *Texas Law Review*, 62: 1363-1403 (1984); Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries," *Op.cit.*, Duncan Kennedy, "The Critique of Rights in Critical Legal Studies," *Op.cit.*; Peter Gabel, "The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves," *Texas Law Review*, 62: 1563-1599 (1984); Frances Olsen, "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis," *Texas Law Review*, 63: 387-432 (1984). Ayrıca, EHÇ içerisindeki duruşları itibarıyla birbirleriyle zıt düşen Gabel ve Kennedy'nin yaptıkları bir tartışma diyalogundaki "haklar" ile ilgili kısım da ilgi çekicidir. Gabel, tartışmada hakların var olduklarına inanmadığını dile getirmektedir. Bkz. Peter Gabel ve Duncan Kennedy, "Roll Over Beethoven," *Stanford Law Review*, 36: 1- 55 (1984), özellikle de s. 33-36.

liberal toplumun uzlaşmaz çelişkiler üzerinde varolduğu iddiasına dayanmaktadır<sup>400</sup>. Hak kuramıyla ilgili olarak bu uzlaşmaz çelişkiler, bireyi özgürleştirme iddiasındaki liberal kuramın, özgürlüğün ancak güvenlikle sağlanabileceğini fark etmesi ve güvenliği sağlamak adına, bireysel özgürlükleri sınırlandıracak düzenlemeler yapmayı göze alması, ama buna rağmen kendisini liberal olarak adlandırmayı sürdürmesidir. Bireyleri özgür kılacak sınırlamanın sınırı ne olacaktır? Liberal hak kuramı, bu ikilemi çözmeye yönelmiştir. Liberal kuram, neyin ne kadar sınırlandırılabilirine ilişkin bir meşruluk arayışındadır. Ancak her hangi bir uyuşmazlık durumunda, her iki taraf da pekala bu kuramın iddialarını kullanabilir. Yani taraflardan biri yaşam hakkına, bir diğeri mülkiyet hakkına dayanarak kendisini müdafaa edebilir. Bir meta-kuram olmadığı sürece bu ikisinden hangisine üstünlük tanınacağı konusunda belirsizlik olacaktır ve hukuksal liberalizm bu anlamda bir meta-kurama sahip değildir<sup>401</sup>.

EHC'nin "hak" eleştirisi, ikinci olarak bilinç meselesi ile ilişkilendirilebilir. Buna göre, liberal hak kuramı, yanlış bir dünya görünümü yaratmaktadır. Zira liberalizm toplumu, hak sahibi yurttaşların toplamı, "hak"ı ise bireylerden bağımsız bir varlık olarak tasavvur etmektedir. Bu ise, diğer insanlardan ayrı, egoist bir insan doğası varsayımını gerektirmekte, dahası böyle bir bilinç oluşturmaktadır<sup>402</sup>. Tushnet'e göre, liberal hak kuramı, kapitalist kültürün önemli bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>403</sup>

Asıl mesele, EHC'nin "haklar"la ilgili ne önerdiği. Bu eleştirilerden çıkması gereken sonuç, insan hakları reddiyesi midir? Yoksa yalnızca liberal haklar mı reddedilmektedir<sup>404</sup>? İşin gerçeği, EHC'nin net ve yapıcı bir önerisi yoktur. Kennedy'nin "haklar, Akıl adına, Batı Avrupa'nın önce feodal ardından merkantalist

---

<sup>400</sup> Alan C. Hutchinson ve Patrick J. Monahan, "The 'Rights' Stuff: Roberto Unger and Beyond," *Texas Law Review*, 62: 1477-1539 (1983-1984), s. 1483.

<sup>401</sup> *Ibid.*, s. 1483-1484.

<sup>402</sup> *Ibid.*, s. 1485-1486.

<sup>403</sup> Aktaran Damien Miller, "Knowing Your Rights: Implications of the Critical Legal Studies Critique of Rights for Indigenous Australians," <http://www.austlii.edu.au/au/other/ahric/ajhr/V5N1/ajhr512.html> - *fnB\** (b.t. 25.01.2005)

<sup>404</sup> *Ibid.*

düzenini parçalayan ve yeniden kuran bir grubun –beyaz, erkek, burjuva bir grubun- konuştuğu dildir”<sup>405</sup> ifadesi ve “sol’un hakları hedefleyen bir karşı programa ihtiyacı yoktur”<sup>406</sup> saptaması ilgi çekici ve kafa karıştırıcıdır. Kennedy haklara ilişkin bu eleştirel tutumu, hukuksal usa vurmaya ilişkin “inanç yitimi”<sup>407</sup> olarak kavramsallaştırmaktadır. Bu inanç yitimi, aynı tanrı inancının yitirilmesi gibi, kendisi bir kuram ya da bir kuramın sonucu değildir<sup>408</sup>.

Kennedy’nin makalesinin sonraki sayfalarında, Marx’ın liberal hak eleştirisine yer vermiş olması, meseleyi biraz daha anlaşılır kılabilir. Zira Marx, Kennedy’nin de aktardığı gibi, proletaryanın, liberal insan hakları rejimine dahil edilmiş olmasının, burjuvazinin gayri meşru egemenliğini sonlandırmadığına dikkat çekmektedir. Çünkü her türlü özgürlüğe ve medeni ve siyasi haklar konusunda eşitliğe sahip olsanız dahi, bu haklar ile korunan iktisadi mekanizmalar –“serbest pazar”- yüzünden yaşamınızdan olmanız işten bile değildir<sup>409</sup>.

Yine de Kennedy, “biz”, haklara olan inancımızı yitirmişken, “onlar” yitirmedilerse, bunun tehlikeli olduğunu dile getirerek, hakların eleştirisinin ciddiye alınması gerektiğine olan inancı vurgulamaktadır<sup>410</sup>. Haklar özelinde sergilenen bu tutum, EHÇ’nin nihilistlerden ve diğer post-modern kuramlardan ayrılabilmesinin de gerekçesi gibi düşünülebilir.

---

<sup>405</sup> Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies,” *Op.cit.*, s. 214.

<sup>406</sup> Kennedy’den aktaran Hutchinson ve Monahan, “The ‘Rights’ Stuff: Roberto Unger and Beyond,” *Op.cit.*, s. 1486.

<sup>407</sup> Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies,” *Op.cit.*, s. 191.

<sup>408</sup> *Ibid.*, s. 192.

<sup>409</sup> *Ibid.*, s. 215.

<sup>410</sup> *Ibid.*, s. 217.

Aşağıda ayrıca vurgulanacağı üzere, inşaî bir program arayışındaki ender isimlerden biri olarak Unger'in, kendi programı içerisinde birkaç tür hakkı öngördüğünü de dikkat çekilmelidir<sup>411</sup>.

### 3.2. EHÇ'nin Toplum, Hukuk ya da Yargı Projesinin Varlığını Sorgulamak

EHÇ'yle ilgili en önemli eleştiri noktası –hak kuramında da görüldüğü üzere– “gelecekteki toplum” ve bu toplumun hukukuna ilişkin ciddi bir önerilerinin olmamasıdır. Bir kaçı dışında EHÇ kuramcıları, alternatif toplum görüşlerini sunmuş değillerdir<sup>412</sup>.

EHÇ'nin dile getirdiği en ciddi alternatif, insanların kendi yaşamlarını kontrol etmekte serbest olabilecekleri bir toplum; gerçekten demokratik bir toplum modelidir. Liberalizm gerçek demokrasinin düşmanı olduğuna göre de, insanların demokrasi bilinçlerinde bir devrim yaşanması gerekmektedir<sup>413</sup>. Sözelimi Gerald Frug, kentsel yönetimin dönüşümü çerçevesinde ele aldığı meselede, siyasal sistemin adem-i merkezileştirilmesini ve kavga eden güçler yerine işbirliği yapan bünyelerin ortaya çıkarılmasını önermektedir<sup>414</sup>. Bu yerel örneğe benzer şekilde, Karl Klare da, “işyerinde demokratik yönetim”in olanaklılığını tartışmaya açmaktadır<sup>415</sup>.

EHÇ'nin dile getirdiği eleştirilerin ancak iki alternatif doğrultusunda kurucu olabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre ilk olarak, EHÇ'nin eleştirileri, anarşist bir toplum önerisi gibi düşünülebilir. Zira her ne kadar liberal toplum kuramınının eleştirisi üzerine

<sup>411</sup> Aşağıda bkz. “3.2.2. Unger'in Sunduğu Alternatif” başlığı altında.

<sup>412</sup> Hutchinson ve Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought,” *Op.cit.*, s. 230.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> Gerald E. Frug, “The City as a Legal Concept,” *Harvard Law Review*, 93: 1057-1154 (1979-1980), s. 1073.

<sup>415</sup> Klare'dan aktaran Hutchinson ve Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought,” *Op.cit.*, s. 230.

kurulmuş ve düşünsel kaynaklarından birisini Marksizm oluşturmuşsa da EHC, Marksizm'e ilişkin olarak da mesafeli bir tavır alışı sahiptir. Özellikle kamusal otorite ile bireysel özerkliği karşı karşıya koyarak, her türlü dışsal otoritenin despotik olacağını ileri sürmüş olması dolayısıyla EHC'nin anarşizan bir nitelik taşıdığı söylenebilir<sup>416</sup>.

Ancak, EHC'nin önerisinin gerçekten devletsiz ve hukuka gereksinim duyulmayan bir toplum mu olduğu ayrıca tartışılmalıdır. Sözgelimi Frug'un önerisi, devletin yeniden organize edildiği, "merkezsizleştirilmiş bir iktidar"dır<sup>417</sup>. Frug özelinde dile getirilen "devletin yeniden düzenlenmesi" düşüncesi, EHC'nin geneline hakimdir ve anarşist bir iddia olamayacağı açıktır.

EHC içerisinde anarşist niteliğini en çok hak eden kişinin, özellikle hukuk eğitimi ve hiyerarşinin yeniden üretilmesi konusundaki makaleleri ile Duncan Kennedy olduğu ileri sürülmektedir<sup>418</sup>.

EHC'nin ortaya koyduğu düşünülebilecek ikinci öneri ise, değerlerin göreliliğine dayanan bir "savunmacılık kuramı" (advocacy scholarship)dır. Buna göre, ahlâkî söylemin doğasına ilişkin "doğru" bir önerme olamayacağından, "adil" bir toplumsal düzen iddiası da saçmadır. Her türlü toplumsal düzenleme, keyfî ve muhtemeldir. Kuramcının yapabileceği en iyi şey, belli değerler dizisine ilişkin kendi yorumunu ortaya koymak ve bunu "savunmak"tır<sup>419</sup>. Ancak liberal toplumsal adalet anlayışının eleştirisi üzerine kurulan bir kuramın, bir toplumsal adalet anlayışı sunamıyor olması da, sorunlu bir alan olarak kabul edilebilir.

EHC'nin savunmacılık kuramını, hukuk uygulamasında örneklendirebiliriz. Eleştirel (ya da örneğe daha uygun bir isimle, Feminist) yaklaşımın, bir yargılama esnasında, savunma tarafından nasıl kullanılabileceği konusunda Inez Garcia davası örnek

---

<sup>416</sup> *Ibid.*, s. 236-237.

<sup>417</sup> Frug, *Op.cit.*, s. 1149.

<sup>418</sup> Hutchinson ve Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," *Op.cit.*, s. 237, dn. 171.

<sup>419</sup> *Ibid.*, s. 238.

verilmektedir. Inez Garcia, kendisine tecavüz eden iki kişiden birini silahıyla vurarak öldürmüştür. Garcia, erkek avukatının da etkisiyle, ne yaptığını bilemeyecek kadar bilinçsiz olduğu şeklinde bir savunmayı tercih etmiş; ne ki, yargılama sırasında gerçek duyguları su yüzüne çıkararak ikinci saldırganı da “gebertemediği” için üzgün olduğunu ifade etmiş ve yargıca da hakaret ederek, kendisini doğrudan cezaevine yollamak yerine neden uğraşıp durduğunu sormuştur. Gelgelelim, ikinci derece cinayetten suçlu bulunan sanığın, kararın alınması sırasında yapılan usulî bir hatadan dolayı tekrar yargılanması gündeme gelmiş ve bu kez radikal feminist bir avukat, Susan Jordan tarafından savunulmuştur. Jordan, hedef olarak her tecavüz davasında karşılaşılan tecavüze kadının kendi davranışlarının neden olduğu şeklindeki kültürel kabulleri seçmiştir. Böylece, sanığın tecavüzcüsünü, içinde bulunduğu psikolojik koşullar nedeniyle bilinçsiz olarak vurduğu savunması yerine, meşru müdafaa savunması yapmayı tercih etmiştir. Erkek egemen hukuk düzeninden özür dileyerek yapılan ilk savunma sonucunda suçlu bulunan Garcia, hukuktaki güç ilişkilerini de sorgulayarak yapılan ikinci savunmada beraat etmiştir<sup>420</sup>. Aynı olay karşısında; hukukun belirsiz, ideolojik ve politik olduğu iddiasından hareketle yapılan bir savunmanın kazandığı başarı ilginçtir.

Alternatif toplum önerisi anlamında, EHÇ içerisinde en ciddiye alınabilecek isim Roberto Mangabeira Unger'dir. Kabaca Unger'in önerisi, kendisinin “süper-liberalizm” adını verdiği bir toplum ve “yapısız bir yapı” olarak ifade edilebilir<sup>421</sup>. “Eleştireller'i Eleştirmek” başlığı altında, Eleştireller'in alternatif toplum önerileri değerlendirilirken Unger'in önerisi esas alınacaktır.

---

<sup>420</sup> Bkz. M.D.A. Freeman, *Lloyd's Jurisprudence* (Yedinci baskı. London: Sweet and Maxwell Limited, 2001), s. 1049-1050.

<sup>421</sup> Hutchinson ve Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought,” *Op.cit.*, s. 231.

### 3.2.1. Unger'in Kavramlarıyla Toplum ve Hukuk

Unger, Marx'ın “felsefenin varoluş nedeni dünyayı yorumlamak değil, değiştirmektir”<sup>422</sup> sözünü kabul etmekte<sup>423</sup>; bireyi, modern toplumsal yaşamın boyunduruğundan kurtarmayı ve insan doğasının gerçekleştirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır<sup>424</sup>.

Unger'in “sosyal teorinin çözümsüz bulmacaları” diye adlandırdığı modern toplum meseleleri ele alınırken, hukuk, verimli bir inceleme konusunu oluşturmaktadır. Zira Unger'in kitabının ilk bölümünde sosyal teorinin problemleri olarak saptadığı yöntem, toplumsal düzen ve modernite meseleleri, hukukla doğrudan ve yakından ilgilidir<sup>425</sup>. Her şeyden önce, bir yöntem meselesi olarak, betimleyici yasalar/ buyurucu yasalar ayrımı, toplum kuramının merkezinde yer almaktadır. Toplum kuramını özel çıkarların çatışması ya da ortak değerlerde uzlaşılması üzerine kuran yaklaşımlar, birbiriyle çelişen, belli bir kural ya da yasa görüşüne dayanmaktadırlar. Bu da toplumsal düzen anlayışlarını ortaya çıkarmaktadır. Nihayet, “modernite sorununun çözümü, toplumun merkezine kişisel olmayan yasaları koyan egemen ideoloji ile toplumsal yaşamın sınır çizgisini oluşturan günlük hukuk deneyimleri arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılmasını gerekli kılmaktadır”<sup>426</sup>.

Her şeyden önce Unger, hukuk denilince, normatif bir düzenin anlaşılması gerektiğine işaret eder. Ancak normatif bir düzen olarak hukuk, diğer normatif düzenlerden, öncelikle dışarıdan gözlenebilen davranışları düzenlemesiyle ve seküler müeyyideler

---

<sup>422</sup> Marx'ın “Feuerbach Üzerine Tezleri”nin on birincisi olan bu ünlü ifadesi Türkçe'ye “Filozoflar dünyayı yalnızca değişik biçimlerde yorumladılar, sorun onu değiştirmektir.” şeklinde çevrilmiştir. Bkz. Marx ve Engels, **Op.cit.**, s. 24.

<sup>423</sup> Benzetme için bkz. Hutchinson ve Monahan, “The ‘Rights’ Stuff: Roberto Unger and Beyond,” **Op.cit.**, s. 1519.

<sup>424</sup> Hutchinson ve Monahan, “The ‘Rights’ Stuff: Roberto Unger and Beyond,” **Op.cit.**, s.1478.

<sup>425</sup> Unger, **Law in Modern Society**, s. 44.

<sup>426</sup> **Ibid.**

içermesiyle ayrılmaktadır. Bu nedenle Unger, hukuk ve normatif düzen kavramlarının eşanlamlı kullanılabileceğini ileri sürmektedir<sup>427</sup>.

Unger'in gerek toplum gerekse hukuk analizi, Weber'in kuramından izler taşımaktadır. Bu nedenle, Unger'in kullandığı kavramlar, Weberci çağrışımları ile birlikte düşünülse isabet olur. Örnek olsun, üç farklı hukuk kavramının varlığına dikkat çeken Unger, geleneksel ve bürokratik hukuk kavramları arasındaki farka vurgu yapmaktadır. Bu ayrım, Weber'in yasal egemenlik türleri ayrımını akla getirmektedir<sup>428</sup>. Keza, Unger'in kabile toplumları (tribal society) ve liberal toplum<sup>429</sup> ayrımı da, Weberci izler taşımaktadır. Sözelimi, kabile toplumlarında, insanlar, küçük ama yaşamın her alanını kaplayan grupların içerisinde yer almaktalar ve grup içi-dışı ayrımını belirleyen çizgiler çok daha koyu bir şekilde çizilmiş iken, liberal toplumda bireyler, her biri yaşamın farklı alanlarına denk düşen birden fazla sayıda grubun üyesidirler. Birincil türden toplumlarda grup üyeleri arasında "kişisel" ilişkiler kurulurken, ikincil türden gruplarda piyasa ya da bürokrasi gibi araçlar aracılığıyla kişisel olmayan ilişkiler gündeme gelmektedir. Dışarıdan-içeriden ayrımı, liberal toplumlarda, ulus, etnisite ya da yerel hemşehrilik gibi kimlikler ya da *kamusal* iş yaşamı ve *özel* aile ve arkadaşlık yaşamı üzerinden ortaya çıkmaktadır<sup>430</sup>. Daha kısa ifadesi ile modern liberal toplumda, bireyler, her biri içindeki rolleri belirlenmiş birden fazla sayıda grubun üyesidirler; grubun içindekiler ve dışındakiler arasındaki keskin ayrım silinmeye yüz tutmuş, benzerliklere dayalı kıstasların yerini, çıkar birliği almaya başlamıştır; ve nihayet, idealler gerçekliğin karşısında konumlanmışlardır (ideals are opposed to actuality)<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> *Ibid.*, s. 57.

<sup>428</sup> Bkz. Max Weber, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**. Çeviren: Özer Ozankaya (Ankara: İmge Kitabevi, 1995), s. 315 vd.

<sup>429</sup> Unger, çalışmasının bu kısmında "liberal toplum" kavramını "modern toplum"la eşanlamlı kullanmaktadır. Zira ilk kavram, ikincinin özel bir türüdür. İlerleyen bölümlerde, diğer modern toplum türleri de devreye girdiğinde, bu eşanlamlılık da ortadan kalkacaktır. Bkz. Unger, **Law in Modern Society**, s. 166.

<sup>430</sup> *Ibid.*, s. 140-144.

<sup>431</sup> *Ibid.*, s. 167.

Bu nitelikleri nedeniyle liberal toplum, geniş kapsamlı ve tutarlı bir “doğruluk” (rightness) ve “iyilik” (goodness) kabulünü de tehlikeye sokmaktadır. Zira liberal toplum, ahlâkî doğruyu empoze edecek geleneksel otoriter kudretten yoksundur<sup>432</sup>. Öyleyse, liberal toplumda değerler konusunda, otoriteden yoksun bir uzlaşma sağlamak olası mıdır? Unger, araştırmının uzlaşmadan ziyade, hiyerarşiye odaklanması ile soruya bir yanıt bulunabileceği inancındadır<sup>433</sup>.

Unger, hukuk kuramlarının üç düzeyde analizler içerdiğini düşünmektedir. İlk düzey analizde, kendilerine uyulan kural ve âdetler mesele edilmektedir. İkinci düzey analiz, hukuk düzeni ile ortaya konan amaçlar, politikalar, ilkeler daha doğrusu toplum projesi ile ilgilidir. Son düzey analiz ise, bu toplum projesinin nasıl değişmez ve zorunlu hale getirildiği ile ilişkilidir. Bu son analizde, ya seküler ya da kutsal bir doğru ve zorunlu toplum yaşam düzeni varsayımı kabul edilmektedir<sup>434</sup>. Ne ki modern toplumsal yaşam, dönüştürücü çatışmaların yaşandığı bir düzendir. Modern toplum, “verilmiş” (given) yani “doğal” olmaktan çok, “kurgulanmış” ya da “yapılmış” olarak görülmeye müsaittir. Böylece hukuk öğretisi de, doğru ve zorunlu toplumsal yaşam şekli konusunda yürütülen tartışmanın platformlarından biri haline gelebilmektedir. Pek çok modern hukuk kuramı geleneği bundan kaçınmaya çalışırken, EHÇ bunların aksine, bu kaçınmadan kaçınmaya çalışmaktadır<sup>435</sup>.

### 3.2.2. Unger’in Sunduğu Alternatif

Unger’de toplumsal hiyerarşinin kıstası, refah araçlarına, yetkiye ve bilgiye ulaşabilme yetisidir<sup>436</sup>. Bu anlamda liberal toplum, hiyerarşik bir yapı özelliği göstermiyor değildir; ancak bu toplumdaki hiyerarşi, bireylerin katmanlar arasında

---

<sup>432</sup> Ibid.

<sup>433</sup> Ibid., 170.

<sup>434</sup> Unger, “The Critical Legal Studies Movement,” *Op.cit.*, s. 579.

<sup>435</sup> Ibid.

<sup>436</sup> Unger, *Law in Modern Society*, s. 170.

görece de olsa hareket edebildikleri geçişken bir nitelik taşımaktadır. Mevcut hiyerarşinin meşruluğu hissini yaratan da bu niteliktir<sup>437</sup>. Liberal toplumda, toplumsal düzeni de sağlayan “doğru”yu dayatan makam, bu hiyerarşik dizilişte aranabilir. Hukuk, hem bu hiyerarşik dizgenin araçlarından biridir, hem de bu hiyerarşiyi yeniden üretmektedir. Böylece “hukuk devleti”, modern devletin ruhu olarak kabul edilmektedir<sup>438</sup>.

Unger’in rasyonalizm ya da tarihselcilik karşısında, metodolojik anlamdaki önerisi, “*ortak anlamlandırma*” (common meaning) ya da “*yorumcu açıklama*”dır (interpretive explanation)<sup>439</sup>. Bu yaklaşım, eylem-düşünce ilişkisinden yola çıkılarak geliştirilmiştir. Burada eylem, dışarıdan gözlemlenebilen davranışları, düşünce ise, olaylar ya da değerler karşısındaki duyu ve düşünceleri ifade etmektedir. Diğer toplumsal kuramlar, bunlardan birine ağırlık vererek bir toplum modeli ortaya koymuşlardır. Zaman zaman maddî koşullar, zaman zamansa ruhanî nitelikler ön plana çıkarılmıştır. Oysa Unger, insan davranışının, hem bu davranışın içinde gerçekleştirildiği maddî koşullar, hem de duygusal- düşünsel nitelikler göz önüne alınarak anlamlandırılabilceğini ileri sürmektedir.

Metodoloji sorununun ardından, toplumsal düzen sorunu gelmektedir. Düzen sorununu çözecek toplum modeli, bireysel özgürlükler ile topluma bağlılığı uzlaştırmaya yönelmelidir. Bu da “etkileşimli bir hukuk” (interactional law) ile mümkün

---

<sup>437</sup> *Ibid.*, s. 171. Unger’in bu betimlemesi, ister istemez Varna ve Reenkarnasyon öğretilerini akla getirmektedir. Kaynağını antik dönem Hint uygarlığında bulan ve birbirini tamamlayan bu iki öğreti, mevcut Kast sistemini meşrulaştırma amacını gütmektedirler. Varna öğretisine göre, evren Brahma denilen tanrıdır. Din adamları bu tanrının kafasını, askerler kollarını, ve buna uygun olarak diğer her bir kast da tanrının bir uzvunu oluşturmaktadır. Pek adaletli olmadığı düşünülebilecek bu toplumsal şemanın meşruluğu için ileri sürülen reenkarnasyon öğretisine göre ise, yaşamda kaldığı süre içerisinde, için de bulunduğu kastın görevlerini layıkıyla yerine getiren kişi, öldükten sonra yeniden yaşama dönecek, ancak bu kez bir üst kastın üyesi olabilecektir. Böylece, herkesin bir sonraki yaşamı için hiyerarşik olarak bir üst kasta çıkabileceği varsayılmaktadır. Bu kısa bilgilendirme notu için bkz. Alâeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*. (Kısaltılmış altıncı baskı. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1996), s. 99-100.

<sup>438</sup> Unger, *Law in Modern Society*, s. 192.

<sup>439</sup> *Ibid.*, s. 246.

olabilecektir<sup>440</sup>. Zira, ancak etkileşimli hukuksal düzen içerisinde insan doğasının ve zorunlu toplumsal biraradallığın gereksinimleri ortaya koyulabilecek; insanlar toplumsal anlaşmayı değerlendirmenin ve eşitliğin kıstaslarına ulaşabileceklerdir. Bu kıstaslara herkes tarafından ulaşılabilmesi, bir arada ve sabit yaşamayı da mümkün kılar. Zira böyle bir düzen, insan doğası dönüştükçe, birliğin gereksinimlerinin de değişebileceğini göz önüne almayı da sağlar<sup>441</sup>.

Unger, programının, liberalizm, sosyalizm ya da komünizm gibi büyük seküler öğretilerden az ya da çok etkilendiğini ve bu öğretilerden kaynaklanmış olabileceğini itiraf etmektedir. Bu öğretilerle ortak olarak paylaştığı husus, toplumsal bölünme ve hiyerarşiler zayıfladıkça, bireysel ve kolektif kimliklerin açığa çıkacağına ve üretici-yaratıcı güçlerin özgürleşeceğine duyulan inançtır<sup>442</sup>.

Unger, EHÇ'nin toplum ve hukuk ilişkisinden çıkardığı sonuçların, toplumun kurumsal yapısının ve devletin yeniden inşası ile bireyler arasındaki ilişkilerin dönüştürülmesinde alternatif bir program olarak kabul edilebileceği iddiasındadır<sup>443</sup>. Böylece Unger, devletin ve ekonominin (ya da pazarın) yeniden organizasyonu ile hak sistemine ilişkin alternatifini ortaya koyma olanağı bulur<sup>444</sup>. Devlet örgütlenmesi ile ilgili olarak Unger, hükümet dallarının artırılmasını, farklı hükümet kanatları arasında çıkabilecek çatışmaların, hükümetler arası öncelik ve yetkinin yurttaşlara devri ilkeleri ile çözülmesini, son olarak da böyle bir devlet yapılanmasının programatik anlamda merkezinde yer alan hükümetin, kendi programını uygulama şansına sahip olmasını önermektedir<sup>445</sup>.

---

<sup>440</sup> *Ibid.*, s. 264.

<sup>441</sup> *Ibid.*

<sup>442</sup> Unger, "The Critical Legal Studies Movement," *Op.cit.*, s. 584.

<sup>443</sup> *Ibid.*, s. 586.

<sup>444</sup> *Ibid.*, s. 592.

<sup>445</sup> *Ibid.*, s. 592-593.

Ekonomik örgütlenme anlamında Unger, ekonomik adem-i merkeziyetçiliğin, eşitsizlik yaratan bir ilke olarak sunulmasına karşıdır. Ancak mevcut piyasa sisteminin gerçek anlamda merkezsiz olduğu konusunda da kuşkuludur. Önerisi, *gerçekten* merkezsiz bir ekonomik örgütlenme modelinin yaşama geçirilmesidir. Bunun için de, dönüşümlü olarak kullanılabilen bir sermaye fonu oluşturulmasını önermektedir. Bu şekilde oluşturulan fonda toplanan sermaye, hükümet kurumlarının belirleyeceği koşullar altında, işçi ve tekniker grupları tarafından da ulaşılabilir kılınmalıdır<sup>446</sup>.

Unger, hakları dört kategori altında toplamaktadır. Buna göre, birinci kategorideki haklar, dokunulmazlık haklarıdır. Bu haklar, devlete, diğer örgütlenmelere ve bireylere karşı bireyi koruyan haklardır. Unger, bu kategoriye örnek olması açısından örgütlenme, ifade, refah hakları gibi hakları telaffuz etmektedir. İkinci kategori, sabitsizleştirme haklarıdır. Sabit kurumların ve engellenmeye çalışılan toplumsal bölünme ve hiyerarşinin alt üst edilmesini talep hakkı olarak okunabilir. Üçüncü hak kategorisi, pazar haklarıdır. Ancak Unger'e göre burada öngörülen konsolide mülkiyet vs. şeklindeki hakların mevcut mülkiyet hakkıyla farkının anlaşılabilmesi için, alternatif pazar örgütlenme modeli de göz önüne alınmalıdır. Nihayet son kategori, dayanışma haklarını içermektedir<sup>447</sup>.

### 3.3. EHÇ'ye "Liberal Bir Eleştiri": Andrew Altman

Çalışmasını EHÇ ile liberal hukuk kuramı arasındaki tartışmaya odaklayan Altman, bu ayrışma karşısında nötr olmadığını, liberal hukuk felsefesinin temel unsurlarını kabul eden bir perspektife sahip olduğunu öncelikle ortaya koymaktadır<sup>448</sup>.

Altman, EHÇ'nin en önemli eleştirilerini "hukuk devleti" üzerinden geliştirdiğinin farkındadır. Bu nedenle, çalışmasının hatırı sayılır bir kısmı, hukuk devleti tartışmasına,

<sup>446</sup> *Ibid.*, s. 596-597.

<sup>447</sup> Bu kısa paragrafta dile getirilen haklar için bkz. *Ibid.*, s. 599-600.

<sup>448</sup> Andrew Altman, *Critical Legal Studies* (New Jersey: Princeton University Press, 1990), s. 9.

EHC'nin kavramı anlamlandırmasına ve liberal nitelikli bir hukuk devletinin olanaklılığına ayrılmıştır.

Altman, hukuk devleti iddiasının, liberal hukuk anlayışının temellerinden olduğunu kabul etmektedir. Locke'dan başlayıp, Hobshouse'la süren ve yirminci yüzyılda Hayek ve Raz tarafından kuramlaştırılan, nihayet Fuller, Hart, Dworkin tarafından savunulan liberal hukuk geleneğinin, söz konusu kuramcılar tarafından nasıl dile getirildiğini aktardıktan sonra Altman, EHC'nin hukuk devleti ile ileri sürdüğü iddiaları üç başlık altında toplar.

Buna göre, Eleştireller ilk olarak, liberal anlayışın öngördüğü bireysel özgürlük anlayışının hüküm sürdüğü toplumsal koşullar altında, hukuk devletinin imkansızlığına vurgu yapmaktadırlar. Zira, bu koşullar, ahlâkî ve siyasal bir çoğulculuğu gerekli kılmaktadır. Oysa, liberal hukuk anlayışı, hukuk devleti kavramsallaştırması ile siyasal ve ahlâkî değerlerden ayrı, bağımsız bir hukuksal muhakemeyi dayatmaktadır<sup>449</sup>. EHC kuramcılarının böylesi bir hukuk devleti ideali karşısında savundukları, hukuksal muhakemenin aynı zamanda siyasal ve etik nitelikler taşıdığıdır.

EHC'nin ikinci eleştirisi, çağdaş liberal devletlerin hukuk öğretilerinin çelişkiler içeriyor olmasıdır. Söz konusu hukuk öğretileri, -yukarıda da ifade edildiği üzere- yurttaşların haklarını korudukları iddiasındadırlar ancak, aynı öğretiler dahilinde, hakların sınırlandırılmasını haklı kılacak çıkarımlarda bulunmak da mümkündür<sup>450</sup>.

Nihayet, son eleştiri noktası olarak, hukuk devleti ideali aslında, baskı ve egemenliğin aracı olma işlevini yerine getirmektedir<sup>451</sup>. Yani, hukuk devleti ideali (ya da ideolojisi) ile, gayri meşru güce dayalı ilişkiler, yasallaştırılıp meşrulaştırılmaktadır<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> *Ibid.*, s. 14.

<sup>450</sup> *Ibid.*

<sup>451</sup> *Ibid.*, s. 15.

<sup>452</sup> Altman'ın dile getirdiği bu üç husus, yukarıda ikinci bölümde, EHC'nin üç temel meselesi olarak hukukun belirsizliği, hukukun tarafsızlığı ve hukuk ideolojisi başlıkları altında ele alınmaya çalışılmıştır.

Ne ki Altman, liberal hukuk kuramları açısından, hukuk devleti kavramsallaştırmasının farklı yönlerine odaklanarak, önemine dikkat çekmektedir. Buna göre, hukuk devleti, siyasal ahlâksallığın (political morality) iki önemli ilkesine hizmet etmektedir –ki, bunlar adalet duygusu ve hukuksallıktır<sup>453</sup>. Her iki ilke de, Altman’a ve liberallere göre, bireysel özgürlükler ile yakından ilgilidir. Burada dikkat edilmesi gereken ve belki de EHÇ’nin eleştirilerine bir yanıt olarak da kabul edilebilecek olan nokta, hukuk devleti idealinin kendi başına bireysel özgürlükleri garanti etmediğidir. Zira hukuk devleti kapsamı içerisinde, baskıcı yasalar da söz konusu olabilecektir. Ancak her halükârda, bireysel özgürlükleri garanti edebilmek için hukuk devletine ihtiyaç duyulacaktır<sup>454</sup>.

EHÇ’nin, liberallerin en önemli tezi olarak öne çıkararak eleştirdikleri hukuk-siyaset ayrılığı meselesini de Altman farklı değerlendirmektedir. Ona göre, hukukla siyasetin birbirinden farklı olması, aralarında hiçbir ilişki olmadığı anlamına gelmez; sadece, hukukun yorumlanması ya da uygulanması sürecinin, siyasal alandaki çatışmaları aracılığıyla hukuku yaratan rekabet halindeki normatif görüşlerin öze ilişkin değerlendirmelerinden ayrıştırılması gerekliliğinin ifadesidir. Yani, siyasal süreç, farklı toplumsal grupların adalet değerlerine göre, yasal düzenlemeleri vücuda getirdikleri bir alanda yaşanır. Ancak hukuksal süreç, bir kere yasalaşmakla bu düzenlemelerin, hangi grubun toplumsal pozisyonuna nasıl hizmet ettiğine bakmadan uygulanmasıdır<sup>455</sup>. Böylece Altman, hukukun yaratılması ve uygulanması süreçleri arasında öze ilişkin bir farklılığa dikkat çekmektedir. Ancak Hart, Dworkin, Sartorius’un hukuk anlayışlarından yola çıkarak, –özellikle “çetin davalar” (hard cases) söz konusu olduğunda- çeşitli liberal hukuk kuramcılarında, siyasal ya da ahlâkî değer yargılarının, hukuksal muhakeme süreçlerine nasıl sızabileceğine ilişkin örnekler de vermektedir<sup>456</sup>.

Hukukun tarafsız-nötr olmadığı eleştirisi ile ilgili olarak Altman’ın karşı eleştirisi, EHÇ’nin farklı tarafsızlık-nötrlük kavramlarını karıştırdıklarıdır. Altman’a göre, liberal

---

<sup>453</sup> Altman, *Op.cit.*, s. 23.

<sup>454</sup> *Ibid.*, s. 25.

<sup>455</sup> *Ibid.*, s. 27.

<sup>456</sup> *Ibid.*, s. 31-50.

gelenek, dört farklı nötrlük formunun varlığını savunmaktadır. Bunlar, hakların nötrlüğü, epistemolojik nötrlük, siyasal nötrlük ve nihayet yargılama süreçlerindeki hukuksal nötrlüktür<sup>457</sup>. Altman, farklı düzeylerdeki bu nötrlük iddialarının EHÇ tarafından eleştirildiğini, ancak Eleştireller'in her bir düzeyi birbirine karıştırdıklarını ileri sürmektedir<sup>458</sup>.

Hukukun belirsizliği meselesi ile ilgili olarak Altman, tekil cümlelerin bağlamlarından koparılarak ele alındıklarında farklı sonuçları haklı çıkaracak argümanlar haline gelebileceklerini, ancak, hukukun bir sistem olarak ele alınıp her bir tekil düzenlemeye, bu sistem içerisinde taşıdığı anlam açısından yaklaşıldığında, bir sorun kalmayacağı düşüncesindedir<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> *Ibid.*, s. 72.

<sup>458</sup> Sözelimi Unger, hukuksal ve siyasal nötrlüğü birbirine karıştırarak, bir liberal hukuk eleştirisi oluşturmuştur. Bkz. *Ibid.*, s. 82.

<sup>459</sup> *Ibid.*, s. 95.

## SONUÇ

1977 yılında toplanan bir konferansın ismi olarak ortaya çıkan EHÇ, bu çalışma içerisinde isimler ve meseleler üzerinden ele alınmaya çalışılmıştır. Çalışma, EHÇ hareketinin özellikle ilk on beş yılındaki belli başlı isimleri ve meseleleri üzerine odaklanmıştır.

EHÇ, Türkiye’de ismi duyulmayan bir hareket olması dolayısıyla, betimleyici bir tarzda ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmanın öncelikli hedefinin, EHÇ ve EHÇ’nin son yirmi beş yılda gündeme taşıdığı hukuksal kavram ve meseleler ile bir tanışıklık yaratılması olduğu için, EHÇK toplanmadan önce yapılmış ancak daha sonra EHÇ’nin kuramsal temelini de oluşturacak çalışmaların neler olduğu gözden geçirilmiştir. Bu bağlamda, Trubek, Kennedy ve Tushnet’in 1977 öncesi çalışmaları irdelenmeye çalışılmıştır.

EHÇ, çatışmaya dayalı bir toplum analizi kabulünün hukuk çalışmalarına yansımalarıdır. Hukukun “işlev” kazandığı toplumsal yapının niteliklerinin ortaya konması, hukukun toplumda hangi “işlev”i gördüğünün anlaşılması bakımından elzemdir. Hukukun “işlev”inin saptanması ise, hukuk kurallarının *değişmez, evrensel* nitelikte doğa yasaları ile eşdeğer sayılıp sayılmayacağı sorununu ortaya çıkarır. Gerek doğa bilimleri, gerekse sosyal bilimler alanında, bilgi kuramsal anlamıyla pozitivizm tartışmasının müsebbibi kuşkusuz EHÇ değildir. Ne tesadüf ki, ismi sosyal bilimlerde pozitivizmin reddiyle anılan Frankfurt Okulu da “Eleştirel Kuram” olarak bilinmektedir.

Siyaset biliminde pozitivizmin reddi ise, liberal politikaların da reddedildiği özel bir anlam taşımaktadır. Liberal hukuk geleneğinin eleştirisi anlamına gelen EHÇ’nin bilgi kuramsal anlamda durduğu yer, bu bakış açısıyla açık edilmeye çalışılmıştır.

Böylece, liberal hukuk geleneğinin en güçlü argümanı olarak “hukuk devleti” kavramsallaştırması, EHÇ tarafından üç başlıklı bir mesele haline getirilmiştir: Hukukun belirsizliği, hukukun tarafsızlığı ve hukukun ideolojikliği. Çalışmanın gövdesini bu üç meselenin oluşturması amaçlanmıştır. Doğrusu, yirmi beş yıllık EHÇ geleneğinin ilk on beş yılı bu üç tartışma alanı ile özetlenmek istenmiştir.

Hukuksal belirsizlik ile, hukuk kurallarının, yargılamanın *belli bir şekilde sonuçlanmasında tek etken* oldukları; *aynı hukuk kuralının, aynı nitelikteki somut uyuşmazlıklarda, aynı hükmün* verilmesini sağlayacağı ve hukuk kuralını uygulayan kişiler (yani kolluk kuvvetleri, yargıçlar vs.) değişse dahi, kuralın aynen uygulanmaya devam edileceği iddialarının reddi kastedilmektedir. EHÇ aynı zamanda, bu anlamıyla hukukun “belirli”, “kesin” olduğu konusunda derin bir şüphenin ifadesidir.

Eğer hukuk belirli, kesin değil; her olayda değişebiliyor ise, hukukun bağımlılığından ve tarafsızlığından söz edebilmek mümkündür. EHÇ’ye göre hukuk, kendisini ortaya çıkaran otoritenin tarafında, ona bağımlıdır. Böylece, modern toplumda hukuk, toplumsal hiyerarşiyi yaratan ve koruyan kurumlardandır.

Hukukun tarafsız ve bağımsız olduğu şeklindeki köklü inanç ise, EHÇ’ye göre, bir *yanlış bilinç* sonucudur. Zira ancak bu yanlış bilinç sayesinde, eşitsizliğe dayalı toplumsal düzen meşru ve doğal olarak kabul edilebilmektedir. Liberal toplum mevcudiyetini, bu yalanın sürdürülmesine borçludur. Toplumsal eşitsizlik, hukuksal eşitlikle perdelenerek, yeni bir hukuksal ideoloji yaratılmıştır. Oysa, bu hukuksal eşitlik *tevatürden* başka bir şey değildir. Bu tevatür, hukukun kendisi tarafından da yeniden üretilmeye devam etmektedir. Bu bilinci ve hukuk içinde de farklı nitelikte hiyerarşik yapılanmayı yaratan bir başka unsur da hukuk eğitimidir.

EHÇ’nin kendisinin karşılaştığı en büyük eleştirisi, diğer bazı hukuk kuramlarından farklı neyi dile getirdiği ve somut önerisinin ne olduğudur. Üçüncü bölüm, bu eleştirilerin irdelenmesine ayrılmıştır.

AHR, EHÇ’nin hukuka ilişkin görüşlerinin kaynağı olarak kabul edilmektedir. Zira, EHÇ, hukuka ilişkin yaklaşımlarının bazılarını, yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde ortaya

çıkan bu akımdan ödünç almıştır. Ancak EHÇ aynı zamanda, AHR'nin de eleştirisi olarak okunabilir. EHÇ, AHR'yi hukuksal liberalizmi eleştirmemek aksine, desteklemekle eleştirmektedir. Aynı hukuksal argümanları, örnek olsun “hukukun belirsizliği”ni kullanarak, hukuksal liberalizmin hem eleştirilebilmesi hem de savunulabilmesi, önemli bir husus olarak kabul edilmelidir.

İHR ise, gerçeklik ve hukuksallığın birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmiş olması nedeniyle EHÇ ile ilişkilendirilebilir. İHR'nin hukuksal mekanizmaları ritüeller ve “büyü” olarak görmesi, EHÇ'nin gerçekliğin hukuksal yanlış bilinçle çarpıtılması iddiasını andırmaktadır. Üstelik her iki hareket de, mantıksal pozitivist epistemolojiyi reddetmektedir. Yine de, İHR ile EHÇ arasındaki ilişkiye dikkat çeken yoğun bir literatür olmadığı anımsatılmalıdır.

Hukuk kuramları, başka hukuk kuramlarına benzedikleri için değil, ortaya koydukları ile eleştirilirler. EHÇ'nin somut öneri anlamında ortaya bir şeyler koyup koymadığı ise tartışmalıdır. Bu durum EHÇ'nin eleştirildiği en önemli husustur. EHÇ nasıl bir toplum ve nasıl bir hukuksal düzen öngörüyor sorusunun yanıtını EHÇ kuramcılarının bir çoğunda bulmak mümkün değildir. Unger, bu konudaki farklı duruşu ile dikkat çekmektedir. Unger post-liberal bir toplum yapısı öngörmektedir. Bu toplumda hangi hakların var olacağı, siyasal yönetimin nasıl bir anlam kazanacağı sorularını da, Unger kendisine dert edinmiştir.

Hukuku, sadece EHÇ'nin resmettiği şekliyle görmenin sakıncalı ve yanlış olabileceğine dikkat çeken –aynı zamanda EHÇ'yi anlamaya da çalışan- özel bir çalışma olarak Altman'ın çabası ilgi çekicidir. Altman, EHÇ'nin hedef seçtiği, liberal kuramın merkezi kavramlarından biri olan “hukuk devleti” düşüncesini, EHÇ karşısında savunmaya çalışmakta; EHÇ'nin yanlış bazı çıkarımlarının varlığına dikkat çekmektedir.

Bugüne kadar geçerli olduğunu düşündüğümüz “kutsal” hukuksal kavramların, uluslararası alanda son yıllarda yaşanmakta olan gelişmeler karşısında geçerli olmadıklarının yeni yeni fark edildiği söylenebilir. Bu durum, EHÇ'nin öne sürdüğü çeşitli iddiaların haklılığını akla getirmektedir. Hukukun *yalnızca* bir “güç ilişkisi” olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi tartışılabilir. Ancak, söz konusu güç

ilişkileri ile yakından ilgili olduğuna şüphe yoktur. Bu da, EHÇ'nin gündeme taşımaya çalıştığı tartışmanın zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

## KAYNAKÇA

Abel, Richard L. "A Critique of American Tort Law," **British Journal of Law and Society**, 8: 199- 231, 1981.

Akbaş, Kasım. "Aklını Başına Devşirme Süreci Olarak Yargılama," **Günüşiği Aylık Hukuk Dergisi**, 17/18: 24-25, Temmuz/Ağustos 2004.

Akbaş, Kasım. "Dava'daki Hukuk Algısı," <http://www.divan-e.com/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=21&mode=thread&order=0&thold=0>, b.t. 25.11.2004.

Akbaş, Kasım. "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**. Editör: Ahmet Hâluk Atalay. İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004, ss. 23-38.

Althusser, Louis. **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**. Çeviren: Yusuf Alp-Mahmut Özışık. Dördüncü baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Altun, Fahrettin. "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu," **Dîvân İlmî Araştırmalar**, 8: 123-186, 2000/1.

Anderson, Perry. **Gramsci**. Çeviren: Tarık Günersel. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1988.

Aral, Vecdi. **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**. İkinci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

- Aral, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**. Altıncı baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Aral, Vecdi. **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1978.
- Balbus, Isaac D. "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law," **Law and Society Review**, 11: 571-588, 1977.
- Bottomore, Tom. **Frankfurt Okulu**. Çeviren: Ahmet Çiğdem. Ankara: Vadi Yayınları, 1997.
- Boyle, James. "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought," **University of Pennsylvania Law Review**, 133: 685- 780, 1984-1985.
- Burg, Elliot M. "Law and Development: A Review of The Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement," **The American Journal of Comparative Law**, 25: 492-530, 1977.
- Carnoy, Martin. "Gramsci ve Devlet," Çeviren: Mehmet Yetiş. **Praksis**. 3: 252-277, (Yaz 2001).
- Çağıl, Orhan Münir. **Hukuka ve Hukuk İmine Giriş**. Dördüncü baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.
- Çobanoğlu, Rahmi. **Hukukta Gaye Problemi**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Çulhaoğlu, Metin. **Binyıl Eşiğinde Marksizm ve Türkiye Solu**. İstanbul: YGS Yayınları, 2002.

Dworkin, Ronald. "No Right Answer?," **New York University Law Review**, 53: 1-32, 1978.

Eagleton, Terry. **İdeoloji**. Çev.: Muttalip Özcan. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1996.

Engels, Friedrich. "Hukukçular Sosyalizmi", K. Marx-F. Engels, **Din Üzerine**. Çeviren: Kaya Güvenç, Ankara: Sol Yayınları, 2002, ss. 249-252.

Fiss, Owen M. "The Death of The Law," **Cornell Law Review**, 72: 1-16, 1986-1987.

Fitzpatrick, Peter. "Preface," **The Mythology of Modern Law**. London: Routledge, 1992.

Fraser, Andrew. "The Legal Theory We Need Now," **Socialist Review**, 40-41: 147-187, 1978.

Freeman, M.D.A. **Lloyd's Jurisprudence**. Yedinci baskı. London: Sweet and Maxwell Limited, 2001.

Frug, Gerald E. "The City as a Legal Concept," **Harvard Law Review**, 93: 1057-1154, 1979-1980.

Fukuyama, Francis. "Tarihin Sonu mu?," Çev.: Yusuf Kaplan. **Tarihin Sonu Mu?**. Derleyenler: Mustafa Aydın ve Ertan Özensel. Üçüncü Baskı, Ankara: Vadi Yayınları, 2002, ss. 22-49.

Fuller, Lon L. "Pashukanis and Vishinsky: A Study In The Development of Marxian Legal Theory," **Michigan Law Review**, vol. 47: 1157-1166, 1948-1949.

Gabel, Peter ve Duncan Kennedy, "Roll Over Beethoven," **Standford Law Review**, 36: 1- 55, 1984.

- Gabel, Peter ve Paul Harris. "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," **The New York University Review of Law and Social Change**, 11: 369-412, 1982-1983.
- Gabel, Peter. "The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves," **Texas Law Review**, 62: 1563-1599, 1984.
- Gramsci, Antonio. **Hapishane Defterleri**. Çeviren: Adnan Cemgil. Üçüncü baskı. İstanbul: Belge Yayıncılık, 1997.
- Güriz, Adnan. **Hukuk Felsefesi**. Dördüncü baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.
- Güriz, Adnan. **Sosyal Demokrasi İdeolojisi**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1998.
- Gürkan, Ülker. **Hukukî Realizm Akımı**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.
- Habermas, Jürgen. 'İdeoloji' Olarak Teknik ve Bilim. Çeviren: Mustafa Tüzel. Üçüncü baskı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1997.
- Hançerlioğlu, Orhan. "Adcılık" maddesi, **Felsefe Sözlüğü**. Dokuzuncu baskı. İstanbul: Remzi Kitabevi, 1994.
- Hart, HLA. "Scandinavian Realism," **The Cambridge Law Journal**, 1959: 233- 240, 1959.
- Hayman Jr., Robert L., Nancy Levit ve Richard Delgado. **Jurisprudence Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism**. Second Edition, Minnesota: West Group, 2002.

Hekman, Susan. **Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik**. Çeviren: Hüsamettin Arslan-Bekir Balkız. İstanbul: Paradigma Yayınları, 1999.

Hirş, Ernest. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**. Güncel dile uyarlayan: Selçuk (Baran) Veziroğlu. İkinci baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996.

[Holmes, Oliver Wendell]. "Comment: The Gas-Stokers' Strike," **American Law Review**, 7: 582-584, 1872-1873.

Honig, Richard. **Hukuk Felsefesi**. Çeviren: M. Yavuz. İkinci baskı. İstanbul: Burhaneddin Matbaası, 1935.

Horkheimer, Max. "Notes on Science and The Crisis," **Critical Theory/ Selected Essays**. New York: The Continuum Publishing Company, 1982, ss. 3-9.

Horkheimer, Max. "Traditional and Critical Theory," **Critical Theory/ Selected Essays**. New York: The Continuum Publishing Company, 1982, ss. 188-243.

Hunt, Alan. **Explorations in Law and Society**. New York: Routledge, 1993.

Hutchinson, Allan C. ve Patrick J. Monahan, "The 'Rights' Stuff: Roberto Unger and Beyond," **Texas Law Review**, 62: 1477-1539, 1983-1984.

Hutchinson, Allan C. ve Patrick J. Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," **Stanford Law Review**, 36: 199-245, 1984.

Hyde, James N. "Law and Developing Countries," **The American Journal of International Law**, 61: 571-577, 1967.

Işıktaç, Yasemin. **Hukuk Yazıları**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Kairys, David. "Law and Politics," **The George Washington Law Review**, 52: 243-262, 1983-1984.

Karahanogulları, Onur. "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 57/2: 61-92, 2003.

Kelman, Mark. **A Guide to Critical Legal Studies**. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

Kelsen, Hans. "What is the Pure Theory of Law?," **Tulane Law Review**, 34: 269-276, 1960.

Kennedy, Duncan. "Antonio Gramsci and the Legal System," **ALSA Forum**, 6: 32-37, 1982.

Kennedy, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication," **Harvard Law Review**, 89: 1685-1778, 1975-76.

Kennedy, Duncan. "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy," **Journal of Legal Education**, 32: 591-615, 1982.

Kennedy, Duncan. "The Critique of Rights in Critical Legal Studies," [edisyon bir kitap olarak *Left Legalism/Left Critique* içinde ss. 178-227.] <http://www.duncankennedy.net/docs/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>, b.t. 22.12.2004.

Kennedy, Duncan. "The Structure of Blackstone's Commentaries," **Buffalo Law Review**, 28: 205-382, 1978-1979.

Kennedy, Duncan. **A Critique of Adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

Keyman, Selâhattin. **Hukuka Giriş ve Metodoloji**. Ankara: Doruk Yayınevi, 1981.

Klare, Karl. "Law-Making as Praxis," **Telos**, 40: 123-135, 1979.

Klare, Karl. "The Public/Private Distinction in Labor Law," **University of Pennsylvania Law Review**, 130: 1358-1422, 1981-1982.

Köker, Levent. **İki Farklı Siyaset**. Ankara: Vadi Yayınları, 1998.

Kress, Ken. "Legal Indeterminacy," **California Law Review**, 77: 283-337, 1989.

Kuhn, Thomas. **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**. Dördüncü Baskı. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1995.

Kuyaş, Nilüfer. "Çevirmenin Sunuşu," Kuhn, **Bilimsel Devrimlerin Yapısı**. Dördüncü Baskı. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1995, ss. 7-39.

Llewellyn, Karl N. "Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound," **Harvard Law Review**, 44: 1228- 1264, 1930-1931.

Mannheim, Karl. **İdeoloji ve Ütopya**. Almanca'dan çeviren: Mehmet Okyayuz. Ankara: Epos Yayınları, 2002.

Mardin, Şerif. **İdeoloji**. Altıncı baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Marx Karl ve Friedrich Engels. **Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi**. Çeviren: M. Kabagil. Üçüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1989.

Marx, Karl ve Friedrich Engels. **Alman İdeolojisi**. Çeviren: Sevim Belli. Dördüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1999.

Marx, Karl. "Önsöz," **Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı**. Çeviren: Sevim Belli. Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1993.

Mazor, Lester. "The Crisis of Liberal Legalism," **Yale Law Review**, 81: 1032-1053, 1971-1972.

Merillat, H. C. L. "Law and Developing Countries," **The American Journal of International Law**, 60: 71-79, 1966.

Merryman, John Henry. "Comparative Law and Social Change: On The Origins, Style, Decline and Revival of The Law and Development Movement," **The American Journal of Comparative Law**, 25: 457-491, 1977.

Miller, Damien. "Knowing Your Rights: Implications of the Critical Legal Studies Critique of Rights for Indigenous Australians," <http://www.austlii.edu.au/au/other/ahric/ajhr/V5N1/ajhr512.html> - fnB\*, b.t. 25.01.2005

Minda, Gary. **Postmodern Legal Movements**. New York: New York University Press, 1995.

Nunan, Richard. **Radical Critiques of Law**. Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat. USA: University Press of Kansas, 1997, 21-43.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Olsen, Frances. "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis," **Texas Law Review**, 63: 387-432, 1984.

Ozansoy, Cüneyt. "Bilimde Değer Sorunu ve Pozitivizm İlişkisi Üzerine Bazı Gözlemler," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 47/1-4: 37-48, 1998.

Öktem, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ. **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**. İkinci baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2001.

Özcan, Mehmet Tevfik. **Hukuk Sosyolojisine Giriş**. İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003.

Özkök, Gülriz. "Hukukî Belirsizlik Problemi Üzerine," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 51/2: 1-19, 2002.

Özügül, Oğuz. **Pozitivizm ya da Mantık Olarak Felsefe**. İstanbul: Us Yayınevi, 1991.

Paşukanis, Evgeny B. **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**. Fransızcadan çeviren: Onur Karahanoğulları. İstanbul: Birikim Yayınları, 2002.

Peller, Gary. "The Classical Theory of Law," **Cornell Law Review**, 73: 300- 309, 1987-1988.

Pound, Roscoe. "The Call For a Realist Jurisprudence," **Harvard Law Review**, 44: 697-711, 1930-1931.

Pound, Roscoe. "The Theory of Judicial Decision", **Harvard Law Review**, 36: 940-959, 1922-1923.

- Rumble, Wilfrid E., Jr. "Rule-Scepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism," **Journal of Public Law (Emory Law School)**, 15: 251- 285, 1966.
- Sancar, Mithat. " 'Devlet akli', hukuk devleti ve 'devlet çetesi'," **Birikim**, 93-94: 80-90, 1997.
- Schlegel, John Henry. "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies," **Stanford Law Review**, 36: 391-411, 1984.
- Schlegel, John Henry. "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," **Cardozo Law Review**, 22: 1061-1072, 2000-2001.
- Schlegel, John Henry. "Searching For Archimedes- Legal Education, Legal Scholarship, and Liberal Ideology," **Journal of Legal Education**, 34: 103-110, 1984.
- Sciaraffa, Stefan. "Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder," **Legal Theory**, 5: 201-219, 1999.
- "SEKA'nın Kapatılmasına İptal", <http://www.ntvmsnbc.com/news/306672.asp?0m=N11M>, b.t. 27.01.2005.
- Sherbaniuk, D. J. "Scandinavian Realism," **Alberta Law Review**, 2: 58-75, 1962.
- Slater, Phil. **Frankfurt Okulu**. Çeviren: Ahmet Özden. İstanbul: Kabalcı Yayınevi, 1998.
- Solum, Lawrence B. "Indeterminacy and Equity," **Radical Critiques of Law**, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat, USA: University Press of Kansas, 1997, ss. 44-46.

Sunar, İlkay. **Düşün ve Toplum**. Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986.

Sundberg, Jacob W. F. "Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea," **Ohio State Law Journal**, 47: 951-984, 1986.

Swingewood, Alan. **Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi**. Çeviren: Osman Akınhay. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1998.

Şenel, Alâeddin. **Siyasal Düşünceler Tarihi**. Kısaltılmış altıncı baskı. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1996.

Tamanaha, Brian Z. "The Lessons of Law and Development Studies", **The American Journal of International Law**, 89:470-486, 1995.

The National Critical Lawyers Group, <http://www.nclg.org.uk/>, b.t. 28.01.2005.

Trubek, David M. "Toward a Social Theory of Law: An Essay on The Study of Law and Development." **The Yale Law Journal**, 28: 1-50, 1972-1973.

Trubek, David M. and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States," **Wisconsin Law Review**, 1974: 1062-1102, 1974.

Tushnet, Mark "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," **Journal of Legal Education**, 36: 505- 517, 1986.

Tushnet, Mark "Lumber and The Legal Process," **Wisconsin Law Review**, 1972: 114-132, 1972.

Tushnet, Mark. " '...And Only Wealth Will Buy You Justice'- Some Notes On The Supreme Court. 1972 Term," **Wisconsin Law Review**, 1974: 177-197, 1974.

Tushnet, Mark. "A Marxist Analysis of American Law," **Marxist Perspectives**, 1: 96-116, 1978.

Tushnet, Mark. "An Essay on Rights," **Texas Law Review**, 62: 1363-1403, 1984.

Tushnet, Mark. "Constitutional Limitation of Substantive Criminal Law: An Examination of The Meaning of Mullaney v. Wilbur," **Boston University Law Review**, 55: 775-802, 1975.

Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies: A Political History" **The Yale Law Journal**, 100: 1515-1544, 1990-1991.

Tushnet, Mark. "Judicial Revision of The Habeas Corpus Statutes: A Note On Schneckloth v. Bustamonte," **Wisconsin Law Review**, 1975: 484-502, 1975.

Tushnet, Mark. "Perspectives on Critical Legal Studies," **The George Washington Law Review**, 52: 239-242, 1983-1984.

Tushnet, Mark. "Perspectives on The Development of American Law: A Critical Review of Friedman's 'A History of American Law'," **Wisconsin Law Review**, 1977: 81-109, 1977.

Tushnet, Mark. "The Constitutional Right to One's Good Name: An Examination of The Scholarship of Mr. Justice Rehnquist," **Kentucky Law Review**, 64: 753-766, 1975-1976.

- Tushnet, Mark. "The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes On The Supreme Judicial Court," **Virginia Law Review**, 63: 975-982, 1977.
- Tushnet, Mark. "The Mandatory Jurisdiction of The Supreme Court- Some Recent Developments," **Cincinnati Law Review**, 46: 347-371, 1977.
- Tushnet, Mark. "The New Law of Standing: A Plea For Abandonment," **Cornell Law Review**, 62: 663-700, 1976-1977.
- Tushnet, Mark. "The Newer Property: Suggestion For The Revival of Substantive Due Process," **The Supreme Court Review**, 1975: 261-288, 1975.
- Tushnet, Mark. "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies," **Texas Law Review**, 57: 1307-1359, 1978-1979.
- Unger, Roberto Mangabeira. "The Critical Legal Studies Movement," **Harvard Law Review**, 96: 561-675, 1982-1983.
- Unger, Roberto Mangabeira. **Law in Modern Society**. New York: The Free Press, 1976.
- Uzun, Ertuğrul. "Amerikan Hukukî Realizmi," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**. Editör: Ahmet Hâluk Atalay. İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004, ss. 61-73.
- Uzun, Ertuğrul. "İskandinav Hukukî Realizmi," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**. Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 75-92.
- Ünsal, Artun. **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1980.

Vago, Steven. **Law and Society**. Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003.

Weber, Max. **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**. Çeviren: Özer Ozankaya. Ankara: İmge Kitabevi, 1995.

Wiggershaus, Rolf. **The Frankfurt School**. Cambridge. Polity Press, 1995.

Yörükoğlu, Ömer. **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Yüksel, Mehmet. **Modernite Postmodernite ve Hukuk**. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002.