

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

HUKUK ve POLİTİKA İLİŞKİSİ

Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri

Doktora Tezi

Şefik Taylan AKMAN

Ankara – 2012

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

HUKUK ve POLİTİKA İLİŞKİSİ

Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri

Doktora Tezi

Şefik Taylan AKMAN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Ankara – 2012

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

HUKUK ve POLİTİKA İLİŞKİSİ

Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mithat SANCAR

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Mithat SANCAR (Danışman)

Prof. Dr. Ülker GÜRKAN

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Doç. Dr. Gülrize UYGUR

Doç. Dr. Çukü Didem AYDIN

.....

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi: 27/12/2012

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

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

Şefik Taylan AKMAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	III
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	10
HUKUK – POLİTİKA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI.....	10
1.1. Hukuk Politika İlişkisinin Anlamı	10
1.2. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Akımının Arka Planı	34
1.2.1. Hukuki Realizm Akımı	41
1.2.2. Post–Realist Akımlar	53
1.3. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi.....	60
1.4. Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Özellikleri.....	76
1.5. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketine Yöneltilen Eleştiriler	91
İKİNCİ BÖLÜM	106
HUKUK DÜZENİ VE HUKUKUN YAPISAL KARAKTERİ	106
2.1. Hukuk Düzeni.....	106
2.2. Norm Kavramı ve Normlar Sistemi Olarak Hukuk	135
2.2.1. Formalist Hukuk Anlayışı	150
2.2.2. Objektif Hukuk Anlayışı	187

2.3. Hukuki Belirsizlik Tezi	211
2.4. Hukukun Tarafgirliği.....	245
2.5. Hukukun İdeolojik Niteliği	254
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	271
POLİTİK BİR KURUM OLARAK HUKUKA BAKMAK	271
3.1. Hukuk – Politika İlişkisi Ekseninde Bir Mücadele Aracı Olarak Hukuk..	271
3.2. Özel Hukuk Perspektifinden Hukuk – Politika İlişkisi	286
3.2.1. Sözleşme Özgürlüğü.....	287
3.2.2. Mülkiyet Hakkı	302
3.3. Kamu Hukuku Perspektifinden Hukuk – Politika İlişkisi	316
3.3.1. Hukuk Devleti Olgusu	316
3.3.2. Hak Kavramı ve Haklar Sistematiği	331
3.4. Liberalizmin Politik ve Ekonomik Sistemi Bağlamında Hukukun Değerlendirilmesi	346
SONUÇ.....	367
YARARLANILAN KAYNAKLAR	375
ÖZET.....	413
ABSTRACT	415

KISALTMALAR CETVELİ

A.B.A. J.	: American Bar Association Journal
AFDC	: Aid to Families with Dependent Children
Am. L. Sch. Rev.	: American Law School Review
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cardozo L. Rev.	: Cardozo Law Review
CCLS	: Conference on Critical Legal Studies
Co.	: Company
Colum. L. Rev.	: Columbia Law Review
Conn. L. Rev	: Connecticut Law Review
Const. Comment.	: Constitutional Commentary
Cornell L. Q.	: Cornell Law Quarterly
Çev.	: Çevirmen

Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
Duke L. J.	: Duke Law Journal
E.T.	: Erişim tarihi
Edi.	: Editör
EDS	: Elektronik Denetim Sistemi
Etc.	: Vesaire
Fla. St. U. L. Rev.	: Florida State University Law Review
Geo. L. J.	: Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	: George Washington Law Review
German L. J.	: German Law Journal
Harv. C.R.–C.L. L. Rev.	: Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review
Harv. L. Rev.	: Harvard Law Review
Harv. Latino. L. Rev.	: Harvard Latino Law Review
Haz.	: Hazırlayan
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi
I.	: Issue
Ibid.	: Aynı yerde
Idem.	: Aynı sayfada

Ill. L. R.	: Illinois Law Review
Indus. Rel. L. J.	: Industrial Relations Law Journal
Infra	: Bundan sonraki sayfalara bakınız
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. Legal Educ.	: Journal of Legal Education
KGYS	: Kent Güvenliği Yönetim Sistemi
Law & Pol’y	: Law & Policy
Law & Soc. Inquiry	: Law and Social Inquiry
Law & Soc’y Rev.	: Law and Society Review
Legal Stud. F.	: Legal Studies Forum
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan önce
McGill L. J.	: McGill Law Journal
MK.	: Medeni Kanun
MOBESE	: Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu
Mod. L. Rev.	: Modern Law Review
N. Ky. L. Rev.	: Northern Kentucky Law Review
N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change	: New York University Review of Law & Social Change
NCLG	: National Critical Lawyers’ Group
No.	: Numara / Number

NY	: New York
Ohio St. J. Crim. L.	: Ohio State Journal of Criminal Law
Ohio St. L. J.	: Ohio State Law Journal
Oxford J. Legal Stud.	: Oxford Journal of Legal Studies
Passim	: Kaynağın tümü
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SCLC	: Southern Christian Leadership Conference
SNCC	: Students Nonviolent Coordinating Committee
St. Louis U. L. J.	: Saint Louis University Law Journal
Stan. L. Rev.	: Stanford Law Review
Supra	: Bundan önceki sayfalara bakınız
SW L. J.	: Southwestern Law Journal
TANF	: Temporary Assistance for Needy Families
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
Tex. L. Rev.	: Texas Law Review
Tul. L. Rev.	: Tulane Law Review
U.S.	: United States
v.	: Versus

Va. L. Rev.	: Virginia Law Review
vb.	: Ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Wis. L. Rev.	: Wisconsin Law Review
Y.	: Yıl
Y1.HD	: Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi
Yale L. J.	: Yale Law Journal
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Karl Marx, “hukukun toplum tarihinden bağımsız bir tarihi yoktur”¹

demektedir. Toplumsal ilişkiler ağının gelişimine paralel olarak iktidarın örgütlenme yeteneğinin artması, yazılı hukukun ortaya çıkışı sonucunu doğurmuştur. Yazılı hukukun ortaya çıkışının nedeni, en azından insanlık tarihinin bilinen bölümünde, yönetici[ler] ile yönetilenler arasındaki veya yönetilenlerin kendi aralarındaki ilişkileri belirli kurallara bağlama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, Sümer’lerden günümüz modern toplumuna uzanan bir süreçte hukukun anlamı, daima belirli bir düzen fonksiyonu ile tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu fonksiyon, genel olarak adına hukuk düzeni denilen, belirli bir yapısal bütünlük gösteren ve kendisine uyulmaması halinde yaptırım gücüne sahip bir kurallar dizgesine karşılık gelmektedir. Tarihsel süreç içinde, iktidarın örgütlülük düzeyiyle koşut bir biçimde gelişim, duraklama veya gerileme gösteren hukuk kuralları, modern devletin kurumsallaşmaya başlamasının ardından, hızla genişleyerek daha detaylı hale gelen bir nitelik ve görünüm kazanmıştır.

Günümüz modern toplumu açısından hukuk, komşuluk ilişkilerinden ticari ilişkilere, güvenliğin sağlanmasından sağlık hizmetlerine, bireyin yaşamının hemen her noktasına nüfuz eden bir kurallar sistemi meydana getirerek, gerek toplumsal gerek özel alan üzerinde doğrudan etkinlik gösterebilecek bir boyuta ulaşmıştır. Hukukun ulaştığı bu boyut, toplumsal yapılanmanın bütün katmanlarına

¹ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Çev. ve Der. Rona Serozan), 2. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2010, s. 40.

yayılarak, adeta her şeyin kurallaştırılması, izlenmesi ve kontrol edilmeye çalışılmasıyla sonuçlanan yeni bir düzen yaratmıştır. Kontrol toplumu veya gözetleme toplumu gibi adlar da verilen bu yeni toplumsal düzen içinde hukukun etkinliği, geleneksel sınırlarının çok ötesine geçmiş ve bireylerin yaşamlarının en ücra ve mahrem noktalarına kadar uzanarak müdahil olabilecek düzeyde artarak kendini göstermeye başlamıştır.

Hukukun günümüz modern liberal devleti içinde ulaştığı bu konum, onun ne olduğu konusunda üzerinde yeniden düşünülmesi gereken geniş bir alana işaret etmektedir. Hukukun biçiminin, içeriğinin, işlevinin, yapısal özelliklerinin, kavramsal çerçevesinin, temel ilkelerinin ve sahip olduğu etkinliğin derinlemesine bir incelemesi önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat modern devlet ve toplumda, hukukun anlamı ve nasıl bir fonksiyon üstlendiğinin açıklanabilmesi için sadece hukukun ve onunla bağlantılı bulunan öğelerin değerlendirmeye tabi tutulması yeterli değildir. Daha açık bir ifadeyle hukuk, ancak yürürlükte bulunduğu sistemin politik, ekonomik, toplumsal, kültürel ve tarihsel süreçlerinin de içinde bulunduğu bir dizi olguyla bir arada tahlil edilmesi halinde anlamlandırılabilir. Bu bağlamda hukukun çok boyutlu bir düzlemde incelenmesine yönelmiş bir araştırmanın, yalnızca hukuksal kategorilerle, kavramlarla, normlarla ya da ilkelerle sınırlanması düşünülemez. Bir diğer ifadeyle hukukun salt hukuksal yöntemlerle anlamlandırılmak istenmesi her zaman birtakım eksikliklere sebebiyet verecektir.

Hukukun ve genel olarak hukuk düzeninin niteliklerinin bütünsel olarak analiz edilebilmesi için sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinin de belli bir ölçüde kapsama dâhil edilmesi bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

Çalışmada da bu tür bir metodik tercihe bağlı kalınarak, sadece hukuki düşünme ve inceleme yöntemleriyle kayıtlı olmadan, siyaset biliminden sosyolojiye, iktisattan felsefeye farklı alanların birikimlerinden yararlanılmak istenmiştir.

Çalışmanın konusu yukarıda belirtilen hususlardan da görülebileceği üzere, modern zamanlarda hukukun anlamı ve işlevinin ne olduğunun ortaya konulabilmesi meselesine yöneliktir. Bu bağlamda çalışma konusunun odak noktasını, genel olarak hukuk ve hukuk düzeni olguları teşkil etmektedir. Ancak burada söz konusu olgular, salt soyut bir hukuksal kategoriler düzleminde değerlendirilmeyerek, mevcut liberal politik ve ekonomik düzen içinde kazandıkları somut değer ve fonksiyonlar çerçevesinde sahip oldukları anlam ve yerine getirdikleri işlevler özelinde sorgulanacaklardır. Bir başka ifadeyle hukukun yürürlükte bulunduğu politik sistem içindeki anlam ve işlevinin ele alınmasına çalışılacaktır. Hukukun politik gerçeklikten, iktidar ilişkilerinden, egemen gücün faaliyetlerinden, var olan sosyo-politik çatışma ve mücadelelerden ne kadar bağımsız olabileceği tartışılacaktır. Ayrıca ekonomik altyapının, hukuksal alan ve hukukla doğrudan ve özel bir bağlantısı bulunan politik alan üzerinde belirleyici bir etkinlik gösterip göstermediği gibi hususlar analiz edilecektir.

Çalışmanın temel amacı liberal hukuk düzenin, yürürlükte bulunduğu yapı içindeki politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, kültürel süreçler ve tarihsel birikim gibi bir dizi dışsal etken karşısında konumunun ne olduğunun belirlenebilmesidir. Söz konusu dışsal etkenlerin hukukla nasıl bir ilişki içinde buldukları gösterilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda hukukun, mevcut üretim ilişkilerinin ve iktidarın egemenlik sahasının dışında tek başına bir anlama sahip olup

olmadığı, politikayla ekonominin gerekliliklerinin hukukun gereklilikleriyle nerelerde kesiştikleri ya da ayrıldıkları üzerinde durulacaktır. Çalışmada da öncelikle, karşılıklı bir şekilde işleyen bu süreçlerin ortaya konulabilmesi ve değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Hukukun politika ve ekonomi gibi alanlarla olan münasebeti hem hukuk sistemi hem de ekonomik ve politik sistem üzerinde bireysel ve toplumsal ilişkileri de doğrudan etkileyen bir dizi sonuca neden olmaktadır. Bu bağlamda hukukun üretilmesinden uygulanmasına genel anlamda niteliği, meşruluğu, işlevi gibi birtakım özelliklerinin tartışılması gündeme gelmektedir. Gerçekten hukuk, ilk bakışta, her ne kadar egemen konumdaki politik ve ekonomik iktidar odaklarının tekelinde ve kontrolünde üretiliyor, değiştiriliyor ya da kaldırılıyor ve onların çıkarlarına hizmet ediyor gibi gözüküyorsa da, aynı zamanda adaletsizliklerin, haksızların ya da eşitsizliklerin giderilebilmesi özelinde geniş kitleler tarafından hâlâ kendisine gönderme yapılan bir niteliğe de sahiptir. Dolayısıyla hukukun, liberal ekonomik ve politik sistemden kaynaklanan ve geniş kitlelerin aleyhine işleyen süreçlerin tersine çevrilebilmesi hususunda bir araç olarak kullanılması gündeme gelmektedir.

Hukukun mücadelecî kullanımı olarak adlandırılacak olan bu hukuksal eylemlilik sürecinin incelenmesi, hukukun politikayla olan girift ilişkisinin açıklanabilmesi için de bir gereklilik olarak kendini gösterir. İnsan hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesi, liberal hukuk devleti karşısında devletin sosyal niteliklerinin ön plana çıkartıldığı sosyal hukuk devletinin ya da refah devletinin güçlendirilmesi, hukuksal eşitliğin ekonomik eşitsizliklerin azaltılması ve

kapitalizmin yarattığı ekonomik sömürü koşullarının ve toplum içindeki gelir uçurumunun ortadan kaldırılması suretiyle desteklenmesi gibi bir dizi hedefe yönelik hukukun mücadeleci kullanımı, esasen geniş kitlelerin hak ve çıkarlarının egemen azınlığa karşı korunmasını hedeflemektedir. Bu bağlamda hukuksal mücadelelerin, özellikle etnik ve dinsel azınlıkların, çalışanların, kadınların ya da ayrımcılığa uğrayanların sistem karşısında verdikleri politik ve toplumsal hak mücadelelerinde somutlaştığını belirtmek gerekir. Gerçekten de 20. yüzyılın başından itibaren hızla artmaya başlayan söz konusu mücadelelerin, ezilen geniş kitleler için son derece önemli kazanımlar sağladığını görmezden gelmek son derece güçtür. Çalışmada da bu hukuksal mücadele süreçlerinin dinamikleri ele alınarak, yapısal karakterinin ve anlamının ortaya konması amaçlanmaktadır.

Çalışmada hukuk ile politika ilişkisinin incelenmesi bağlamında son olarak liberal hukuk metodolojisinin, bilhassa yargılama süreçlerindeki ve genel olarak hukukun anlamlandırılması ve yorumlanmasındaki yöntemsel tercihlerinin yerindeliği ve tutarlılığı araştırılacaktır. Bu bağlamda hukuksal pozitivizm ile formalist ve objektif hukuk anlayışları üzerinde derinlemesine durulacaktır. Ayrıca liberal hukuk düzeninin eleştirilmesinde sıklıkla kendilerine atıf yapılan ve esasen liberal hukuk düzeninin belirsiz, taraflı ve ideolojik olduğuna ilişkin iddialar ayrıntısıyla incelenecektir. Böylece çalışmada, bir taraftan liberal hukuk sistemine içkin olan yöntemsel sorunların aydınlatılması hedeflenirken, diğer taraftan genel olarak hukuka ilişkin yeni bir yöntemsel arayış, dil ve anlayış geliştirilmek istenmektedir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde öncelikle hukuk

politika ilişkisinin anlamı üzerinde durulacak ve genel bir kavramsal çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Daha sonra, gerek siyasal gerek ekonomik liberalizmin tüm toplumsal ve kamusal süreçlerle yapılara egemen olduğu Amerika özelinde, liberal hukuk sisteminin eleştirisi konusuna geçilecektir. Bu bağlamda liberal hukukçuluğun klasik dönemi olarak da adlandırılabilen 19. yüzyıl klasik hukuk düşüncesi ele alınacaktır. Ardından klasik hukukçuluğun temel kabullerine yönelik itirazların yükseldiği, 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan ve hukuka yönelik sosyolojik araştırmanın ön plana çıktığı dönem ele alınacaktır. Özellikle Hukuki Realizm akımının, klasik hukuk düşüncesi üzerinde yarattığı etki bu yönüyle değerlendirilecektir. Daha sonra ise, Realistlerin mirasçıları olarak da nitelendirilebilecek Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, hareketin genel özellikleri, geliştirdikleri liberal hukuk düzeni eleştirileriyle yöntemsel tercihleri ve mensuplarının muhtelif görüşlerine yer verilecektir. Bu çalışma bakımından Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın özel bir önemi olduğu ve bu öneme istinaden söz konusu akımın ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulduğu ayrıca belirtilmelidir. Zira Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın "hukuk politiktir" önermesi ve bu doğrultuda liberal hukuk sisteminin analizine hasrettikleri hukuksal incelemeleri bu çalışma açısından temel kaynak niteliği taşımaktadır. Keza liberal hukuk düzenine yönelik eleştirel bir tutum alan bu çalışmada da, bilhassa liberal hukuk düzeninin teorisi ve uygulamalarıyla ilgili olarak yapılan tartışma ve sorgulamalarla geliştirilmeye çalışılan analizlerin, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'ndan beslenen bir damar izlenerek oluşturulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İkinci bölüm, ilk bölümde ortaya konan tarihsel süreç ve kavramsal çerçeve doğrultusunda, hukuk düzeninin ve hukukun yapısal karakterinin

incelenmesine ayrılmıştır. Öncelikle hukuk düzeni olgusunun ele alındığı bu bölümde, genel olarak hukuk düzeni olgusunun eleştirisi üzerinde durularak, liberal hukuk akımları içinde önemli yer tutan iki akım, Hukuk ve Ekonomi Okulu ile Haklar ve İlkeler Okulu değerlendirilecektir. Ayrıca Marksizm'in hukuka yaklaşımının da genel bir çerçevesinin çizilmesine çalışılacaktır. Daha sonra norm kavramı ve normlar sisteminin yapısal özellikleri, bilhassa formalist hukuk yaklaşımları ve hukukun objektifliğine ilişkin geleneksel liberal hukukçuluğun söylem pratiği sorgulanarak, liberal hukuk sistemine yönelik metodolojik bir eleştiri yapılmaya çalışılacaktır. Son olarak ise, liberal hukuk düzeninin ve aynı zamanda liberal hukukçuluğun hukukun kesinliğine, tarafsızlığına, öngörülebilirliğine ve politikadan açık bir biçimde ayrılabilmesine ilişkin bir dizi önsel kabulü ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu bağlamda liberal hukuk düzeninin eleştirisi için de kullanılan ve esasen liberal hukuk düzeninin ve onun normlar sisteminin belirsiz, tarafgir ve ideolojik olduğuna ilişkin savlar değerlendirilecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise ağırlıklı olarak hukukun politik niteliği üzerinde durulacak ve politik bir kurum olarak hukuka bakılacaktır. Bu bölüm altında çalışmanın amaçlarının açıklandığı kısımda da belirtildiği üzere, öncelikle hukukun mücadelecilik kullanımı hususu değerlendirilecektir. Gerçekten hukuk – politika ilişkisi ekseninde, bir mücadele aracı olarak hukukun kullanılması liberal hukuk düzeninin yarattığı eşitsizlik, adaletsizlik ve haksızlıklar gibi somut yaşam pratikleri karşısında alternatif bir hukuksal eylemliliğin hayata geçirilebilmesi açısından geniş olanaklar yaratmaktadır. Hukukun, politik ve toplumsal mücadele süreçlerini tamamlayan ve onların korunmasıyla geliştirilmesini sağlayan bir perspektiften anlamlandırılması ve kullanılması, liberal hukuk düzeninin, gerek özel

hukuk gerek kamu hukukuna ilişkin temel ögelerinin de ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda özel hukuk ilişkileri, öncelikle sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet özgürlüğü gibi özel hukuk sisteminin yapı taşlarını oluşturan iki önemli öge aracılığıyla hukuk ile politikanın ilişkisi göz önüne alınarak analiz edilecektir. Hem sözleşme özgürlüğünün hem de mülkiyet özgürlüğünün salt hukuksal kategoriler olarak değerlendirilmesi yerine, her iki kategorinin de kapitalist üretim ilişkileri ve liberal iktisadi ve politik söylem içinde kazandıkları anlamlara ağırlık verilecektir. Böylece söz konusu kategorilerin gerçek işlevleri ve mevcut ekonomik sistemin sürdürülebilmesinde oynadıkları rol ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra liberal hukuk düzeninin kamu hukuku boyutunda yer alan iki önemli konu, hukuk devleti ile hak kavramı ve haklar sistematığı sorgulanacaktır. Söz konusu olguların, bir taraftan siyasal liberalizmin söylem alanı içinde nasıl çarpıtıldığı, diğer taraftan sistemin sürdürülmesi ve meşrulaştırılması bağlamında var olan çok çeşitli olumsuzlukları nasıl maskeledikleri gibi hususlar ortaya konacaktır. Bununla birlikte, hukuk devleti ile hak kavramı ve haklar sistematığının sadece mevcut düzeni doğrulamaya ve meşrulaştırmaya yönelmiş birer araç olmadıkları, özellikle hukukun mücadelecilik kullanımı doğrultusunda nasıl bir anlam ifade edebilecekleri hususu ele alınacaktır.

Son olarak ise liberalizmin politik ve ekonomi sistemi bağlamında hukukun değerlendirilmesine çalışılacaktır. Hukukun devlet, iktidar ya da ekonomi merkezli bir anlam dizgesinden, insan merkezli bir dizgeye dönüşümünün mümkün olup olmadığı hususu üzerinde durulacak ve gerek politik gerek ekonomik alanda, toplumsallığı gözetilen bir veçhede kurumsal alternatiflerin ve dönüşümlerin nasıl gerçekleştirilebileceğine yönelik bir tartışma yürütülecektir. Hukukun ekonomi

politiğinin genel bir değerlendirmesinin yapılacağı bu son kısım, aynı zamanda çalışma boyunca ele alınan temel bir konu olarak hukukun politik ve ekonomik sistemle zorunlu birlikteliğinin, tek başına hukukun olumsuzlanması için yeter neden olmadığını vurgulamaktadır. Zira hukukun yapısal karakteri ve sahip olduğu araçlar, her zaman farklı olanaklara kapı aralayabilecek bir kapasiteye sahiptirler. Çalışma da, hukukun söz konusu kapasitesine istinaden bir dönüşüm projesi doğrultusunda nasıl değerlendirilebileceği meselesinin tartışılmasıyla sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK – POLİTİKA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA ELEŞTİREL HUKUK

ÇALIŞMALARI

1.1. Hukuk Politika İlişkisinin Anlamı

Liberal hukuk düzeninin kurumsal yapısının görünen yüzü, ilk olarak şahıslar, toplum ve devletten müteşekkil sosyal yaşam içindeki ilişkiler ağının genel çerçevesini belirlemek şeklinde kendini gösterirken, ikinci olarak bu ilişkiler esnasında ortaya çıkabilecek ve hukuk normlarınınca genel çerçevesi çizilen sosyal nizamın sayısız çatışma, uzlaşmazlık ve kural ihlali ile bozulan insicamının yeniden tesisine dönük bir düzenlemeler, yaptırımlar –tazminat hukukundan ceza hukukuna– sistematığının esaslarının belirlenmesini içermektedir. Hukukun görünmeyen veya görünmesi pek de arzu edilmeyen yüzü ise hukuk düzeni vasıtasıyla ekonomik – politik sistemin bekasının sürdürülmesinde, sistem içindeki egemen unsurların çıkarlarının korunmasında, var olan –gerek hukuksal gerek ekonomik anlamdaki– eşitsizliklerin, sömürü koşullarının, ayrımcılıkların ve bunlara karşı yürütülen mücadele ve itaatsizliklerin bir kısmının hukuk dışı hale getirilmesinde, insanların zihinlerinde bu gerçeklerin maskelenerek bir tür sahte bilinç yaratılmasında başrolü oynayan devletin ideolojik (aynı zamanda baskı aygıtını da devreye sokma kudretine sahip) bir aygıtı olduğudur. İşte hukukun, sistemin egemen unsurları ve iktidar sahiplerince pek de görünmesi istenmeyen, hatta hukuk ortodoksisince yok sayılarak geniş kitlelere fark ettirilmemeye çalışılan yüzü burada, hukuk ile politikanın ya da genel anlamda hukukun ekonomi – politik ile olan yakın ilişkisinin gün yüzüne çıktığı yerde kendini göstermeye başlar. Hukukun perdelenmeye çalışılan söz konusu

yüzünün görülebilmesi ve bir taraftan özelleşmiş konuları ve kavramları diğer taraftan bütünsel mantığı ve yapısal karakteri itibariyle anlaşılabilmesi için öncelikle onu, bağlı bulunduğu ve meşruiyetini sağladığı politik, ekonomik ve kültürel iklimin bir parçası olduğunu dikkate alarak değerlendirip yorumlamak gerekmektedir. Hukuku salt nesnel bir normlar ve kurallar bütünü olarak değil, yürürlükte bulunduğu politik ve ekonomik sistem içinde iktidar, ideoloji, toplum, kültür ve tarih gibi bir dizi farklı etmenle bir arada göz önünde bulunduracak biçimde, karşılıklı bir ilişkiler ağı içinde değerlendirmek lazımdır. Hukuksal söylemin mantığının kavranabilmesi böyle bir değerlendirmeyi zorunlu kılar.

Günümüzün modern liberal sisteminde *Mehmet Tevfik Özcan*'ın da belirttiği üzere kapitalizm², toplumsal yapının şekillendirilmesinde birbirleriyle

² Bu çalışmada kapitalizm kavramı, yer yer liberalizmle birlikte ortaya çıkan politik süreçlere ve onun hukuksal aygıtına gönderme yapan siyasal karakterli bir anlamda kullanılıyorsa da, kapitalizmin ekonomik karakterinin de mutlak biçimde hesaba katılması gerekmektedir. Zira kapitalist siyasa veya onun hukuksal aygıtına asıl biçim veren şeyin, kapitalizmin ekonomik altyapısı olduğu göz ardı edilmemelidir. Kapitalizmin politik yönünü belirleyen olgu da doğrudan kapitalist ekonomiyle ilgilidir. Üretim ilişkilerini, üretim araçları üzerindeki iyeliği veya üretim süreçlerini ekonomik bağlamın dışına çıkararak anlamlandırabilmek ya da yorumlayabilmek mümkün değildir. Dolayısıyla kapitalizmin politik yönünü anlayabilmek için, öncelikle ekonomik yapısının kavranması şarttır. Keza *Marx, Max Weber ya da Anthony Giddens* gibi düşünürlerin kapitalizmi tanımlamaya dönük çalışmalarında, öncelikle onun ekonomik yönüne vurguyu ön plana çıkarttıkları ve kapitalizmi belirli ekonomik süreçlerini göz önüne alarak değerlendirdikleri görülmektedir. Örneğin *Marx*'a göre kapitalizm, insanın doğa üzerindeki egemenliğine dayanmaktadır; kapitalizm, sadece bir meta üretimi olmayıp özünde bir artık değer üretimidir. İşçi kendisi için değil, sermaye için üretmektedir. Dolayısıyla işçiden sadece üretmesi değil, üretiminin bir artık değer yaratması beklenmektedir. Artık değer üretimi denilen şey “iş gününün işçinin tam kendi emek gücünün değerine eşit bir değeri ürettiği noktanın ötesine uzatılması ve bu artık emeğe sermaye tarafından el konması”dır. “Kapitalist sistemde iş günü daha baştan iki kısma bölünmüştür: gerekli emek ve artık emek. Artık emek – zamanı uzatmak için, gerekli emek – zaman, ücretin eş değerini daha az zamanda üretmeyi sağlayan yöntemlerle kısaltılır. Mutlak artık değer üretimi sadece iş gücünün uzunluğuna bağlıdır; görelî artık değer üretimi, işin teknik süreçlerini ve toplumun bileşimini giderek köklü değişikliklere uğratar”. Kapitalizmin, “görelî artık değer üretimi, kendine özgü yöntemleri, araçları ve koşullarıyla birlikte, ancak işçinin sermayeye biçimsel olarak bağımlı hale gelmesiyle sağlanmış bir temel üzerinden kendiliğinden ortaya çıkan ve gelişen özgül bir üretim tarzını” gerektirir. “İşçinin sermayeye biçimsel bağımlılığı, zamanla yerini gerçek bağımlılığa bırakır. (...) Kapitalizme özgü üretim tarzı, bütün bir üretim koluna ve bundan da ileri olarak, bütün önemli üretim kollarına egemen olur olmaz, genel olarak, yalnızca bir görelî artık değer üretme aracı olmaktan çıkar. Bu üretim tarzı, artık, üretimin genel, toplumsal açıdan egemen biçimi haline gelir. Görelî artık değer üretiminin özel bir yöntemi

kolay bağdaştırılamayan ve bir dizi çelişkiyi ifade eden bir politika ve hukuk alanı ortaya çıkarmaktadır³. Klasik liberal teori, hukuku, kapitalist ekonomik sistemin ve onun toplumsal yapılanmasının sürdürülebilmesi adına meşrulaştırıcı bir araç olarak değerlendirebilmek için her ne kadar politikanın dışında göstermeye çalışsa, keza pozitivist hukukçular da hukuk ile politika arasında kesin bir ayırım olduğunu sürekli biçimde dillendirse de⁴, söz konusu iki alan arasında söylendiğinin aksine o kadar açık bir ayrışma olduğunu kanıtlamak kolay değildir. Geniş anlamıyla politik söylem ve hukukça korunan menfaatler dikkatle incelendiğinde hukuk ile politikanın çakıştığı alanların sıklaştığı, bununla birlikte ikisi arasındaki ilişkinin de bir o kadar muğlaklaşmaya başladığı görülür. İlerleyen bölümlerde ele alınmaya çalışılacak olan hukuk düzeni kavramının ve bu düzenin çok sayıda ögesinin mevcut ideolojik, politik, ekonomik, kültürel ve tarihsel birikimle zorunlu biçimde ilişkilendirilmiş olduğu

*olarak işlev görmesi, artık yalnızca, birincisi, şimdiye kadar sermayeye sadece biçimsel olarak tabi olan sanayi kollarını ele geçirmesi, yani yayılması ölçüsünde, ikincisi, halen yerlerini almış bulunduğu sanayileri üretim yöntemlerinde değişiklikler yaparak köklü dönüşümlere uğratması ölçüsünde söz konusu olur". Kapitalizm "bir kere yer edip genelleşir genelleşmez mutlak artık değer ile görelî artı değer arasındaki fark, artık değer oranını yükseltme sorununun söz konusu olduğu her zaman ve yerde kendisini duyurur". Weber'e göre ise "çağdaş endüstriyel kapitalizmin ayırt özelliği, özgül bir üretim biçiminin ortaya çıkması ve pre-kapitalist üretim birimleri aleyhine gelişmesidir. Bu üretim biçiminin de hukuksal, siyasal ve ideolojik ön koşulları vardır ama, tarihte benzeri yoktur. Daha önce özgür olan işgücüyü sabit fabrikanın bir arada örgütlenmesine dayanır. Fabrika sahibi riskleri göze alarak çalışır, anonim ve rekabetçi piyasa için meta üretir. İşletme genellikle, maliyet ve hasılatın sürekli dengelenmesine dayanan rasyonel bir denetim altındadır. Girişimcilik, hizmetler dahil bütün unsurları, kalem kalem muhasebeleştirir". Giddens'a göre ise "kapitalizm, özel sermaye mülkiyeti ile mülksüz ücretli emek arasındaki ilişki merkezinde yoğunlaşmış bir meta üretim sistemidir; bu ilişki bir sınıf sisteminin ana ekseninin oluşturur. Kapitalist girişimcilik fiyatların yatırımcılar, üreticiler ve tüketiciler için aynı işaretleri oluşturduğu rekabetçi pazarlar için üretime dayanır" MARX, Karl, **Kapital – Ekonomi Politüğın Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satlıgan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 486 – 490; WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul, 1996, s. 118 – 119; GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 60.*

³ ÖZCAN, Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 79.

⁴ Hukuksal pozitivistizmin, hukuk ile politika arasında kesin bir ayırım olduğuna ilişkin bazı iddiaları için ayrıca bkz. ÖKTEM, Niyazi, "Hukuksal Pozitivistizm Akımı", **İÜHFİM**, C. 43, S. 1 – 4, Y. 1977, s. 277 – 278.

dikkat çeker. Hukukun oluşturulması ve sürekli biçimde şekillendirilmeye / değiştirilmeye devam edilmesi süreçlerinin siyasi iktidarla olan doğrudan bağlantısı ve ilişkisi, bir yönüyle politikanın ne anlama geldiğinin, neye tekabül ettiğinin öncelikle ortaya konmasını da gerektirmektedir. Dolayısıyla bu çalışma bağlamında, hukuk ile politika arasındaki ilişkiyi sorgulamadan ve buna dair temel yaklaşımları değerlendirmeden önce politika kavramıyla ifade edilmek istenenin ne olduğu aydınlatılmalıdır.

Politika kavramının ne anlama geldiğine ilişkin yapılan sayısız tanımın tamamının ele alınması ve değerlendirilmesi çalışmanın konusu ve kapsamını aşan bir mahiyet arz ettiğinden, burada yalnızca politikanın hukukla nasıl kesiştiğinin açıklanabilmesi amacıyla politika kavramına ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. *Maurice Duverger*'e göre politika toplumdan ayrılabilir bir alan olmadığı gibi her şey –ya da hemen hemen her şey– kısmen politiktir ve hiçbir şey –ya da hemen hemen hiçbir şey– tümüyle politik değildir⁵. Politikanın sahip olduğu bu nitelikler söz konusu kavramın incelenmesi anlamlandırılması hususunda ikili bir ayrımı beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda politika bir taraftan insanlar arasındaki düşünce, çıkar ve psikolojik farklılıklardan doğan iktidarın ele geçirilmesi hedefine yönelik bir çatışma alanı, diğer taraftan ideal bir düzenin yaratılmasına dönük daha çok bir devleti yönetme ve diğer devletlerle olan ilişkilere yön verme faaliyeti şeklinde, olması gerekenin tespiti veçhesinde yarı

⁵ DUVERGER, Maurice, “**Siyaset Sosyolojisi**”, (Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 18. *Kapani*'ye göre de “insanlar arasında düşünce ve çıkar ayrılıkları var olduğu sürece bu ayrılıkların doğurduğu bir çatışma da var olacaktır ve dolayısıyla politika da var olacaktır”. KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 10. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998, s. 19.

ütopik bir anlam dizgesi olarak da tanımlanmaya çalışılmıştır⁶. Politikanın ne olduğunun ve hedefinin ortaya konması ile toplumla olan doğrudan ve dolaylı bağlantılarının serimlenebilmesi uğraşısında, her iki tanımlama çabasının da belirli bir değeri ifade ettiğini ve farklı noktalarda değişik işlevleri yerine getirdiğini belirtmek gerekir. Bu çalışmada politik alan ağırlıklı olarak bir iktidar olgusu ve ona ilişkin çatışmalar üzerinden ele alınmaya çalışılacaktır. Bir başka ifadeyle politik alana ilişkin olması gerekenler büyük oranda göz ardı edilerek, olanın ne olduğuna yönelik bir araştırma yönteminden hareket edilecektir. Bu tür bir seçimde hukuk ile egemen iktidar arasında var olan son derece yakın ve zorunlu bağıllık kadar rol oynayan ikinci husus, hukukun olduğu kadar politikanın da toplumla ve toplumsalla olan bir aradalığından –ve irdelenmesi gereken asıl sorunlu alanın da burada bulunmasından– kaynaklanmaktadır. Hukuku toplumdaki ve toplumsal olandan ayırmak nasıl imkânsızlık arz ediyorsa, bir iktidar mücadelesi alanı ve dolayısıyla yönetme / yönetilme ilişkilerine dair paradoks ve paradigmlar üreten bir olgu olarak politikayı da toplumdaki ve toplumsal olandan soyutlayarak değerlendirebilmek mümkün değildir. Politikanın sözü edilen tüm bu nitelikleri aynı zamanda iktidar kavramının da en az politika kavramının kendisi kadar önemli ve üzerinde düşünülmesi gereken bir karaktere sahip olduğunu göstermektedir.

Doktrinde iktidar kavramını açıklamaya yönelik oldukça farklı, hatta zaman zaman birbirleriyle çelişen görüşler öne sürülmüştür. Bu çalışmada ise iktidar kavramı esas olarak politik iktidar kavramını nitelendirmeye dönük bir veçhede sınırlı bir anlamda kullanılmaktadır. Dolayısıyla örgüt, parti ya da cemaat ilişkilerini

⁶ **Ibid.**, s. 17 – 19; DUVERGER, 1995, s. 18 – 19.

hesaba katan, konu olarak daha çok sosyolojinin araştırma sahasına giren grup içi iktidar olgusu ve bu olgunun niteliği bu çalışmanın kapsamının dışında tutulmuştur.

Siyasi iktidar olgusu incelenmeye başlandığında, bu iktidarın kaynağının ne olduğu ve meşruiyetini nereden aldığı sorusu ve buna ilişkin tartışmalar başat bir konuma yükselir. Politik iktidarın varlığını ve sürdürülebilirliğini doğrudan şiddet tekeline bağlayan görüşler olduğu gibi, normal koşullarda iktidarın esasen bireylerin ve toplumun genel kabulüne şayan bir meşruiyet zeminine dayandığını, ancak olağanüstü koşullarda şiddet tekeline kullanmasının gündeme geldiğini belirten yaklaşımlar da vardır⁷. Gerçekten iktidarın sadece sahip olduğu şiddet tekeline dayanarak var olduğunu söylemek zordur; iktidar sürekli olarak bu tekele sahipse de bunu ön plana çıkararak açık biçimde kullanmaz. İktidar daha ziyade toplumsal onaya dayanan bir itaat rejimi kurmaya çalışır. Bunun için en kestirme yol ise hukuk devleti, insan hak ve özgürlükleri, hukuk düzeni gibi çeşitli adlar altında hukukun ve normlar sisteminin maskeleyici, aynı zamanda meşruiyet yaratıcı bir biçimde kullanılmasını sağlamaktır. Modern devlet açısından bakıldığında *Immanuel Wallerstein*'ın da belirttiği üzere, örneğin işçi sınıfının denetim altında tutulabilmesi için, devlet mekanizması tarafından açık kuvvet kullanılması gibi hem pahalı hem de istikrarsızlaştırıcı yöntemler çoğunlukla ilk sırada tercih edilesi değildir, aksine işçilerin ya da diğer kitlelerin şu veya bu biçimde

⁷ **Ibid.**, s. 123 – 125, **KAPANİ, 1998**, s. 49 – 50. *Münci Kapani*'ye göre maddi kuvvet ve zor kullanma olarak nitelendirilebilecek kuvvet tekeli siyasal iktidarın her ne kadar çok önemli bir karakteristiği olsa da rıza ve itaat unsurları da son derece belirleyicidir. Gerçekten yönetilenler genellikle hiçbir zorlama olmadan iktidarın emir ve kararlarına itaat ederler. İktidarın amacına ve yararlılığına inanıldığı ölçüde emir ve kararlara uyma bilinçli olabileceği gibi, bilinçsiz veya mekanik de olabilir. Gelenek, görenek, alışkanlık, çevresel baskı, eğitim, şartlandırma, menfaat beklentisi, cezalandırılma korkusu ve çaresizlik duygusu gibi birçok etmen bu itaatın gerekçesini oluşturabilir. **Idem.**

ama daha incelikli metotlarla denetim altında tutulabilmesi gerekmektedir⁸. Bunun gerçekleştirilebilmesinde ise iktidarın meşruiyetine dair inancın beslenmesi, ideolojik aygıtlar ve esasen inanç sistemleri aracılığıyla rejime yönelik itaat süreçlerinin olağanlaştırılması gibi farklı tekniklerin kullanımı ön plana çıkmaktadır. Var olan iktidar yapılarına ve süreçlerine yönelik muhalefet olağan koşulların dışında büyümediği sürece belirli sınırlar dâhilinde bu muhalefete izin verilir, hatta hoşgörüyüyle bakıldığı izlenimi yaratılır. Bu tür koşullarda ancak suç olarak nitelendirilen davranışlar, yani, bir başka ifadeyle toplumsal düzenin sınırları çizilmiş rutininin sürekliliğini aksatan veya bozan fiiller, hukuk düzeninin meşruiyet yaratıcı olanakları dâhilinde hızla düzeltilir ve söz konusu fiilleri gerçekleştirilenlere karşı cezalandırma yoluna başvurulur. Bu cezalandırma sürecinin politik iktidarın ideolojik yönlendirmesinin baskısı altında biçimlendiğini söylemek gerekir. Keza bireyin hareket imkânlarının sınırını belirleyerek, bu sınırın aşılması durumunda müeyyideyi tespit eden ceza yasalarını mevcut politik sistemin dışında anlamlandırmak son derece güç olduğu gibi herhangi bir eylemin suç olarak tanımlanmasının nedenini de politik iktidarın niteliğine, amacına, ideolojik temeline ve anayasal sistemine bakmadan kavramak mümkün değildir⁹. Toplumsal ve ekonomik ilişkiler devletin yapısını etkilediği gibi devletin yapısı da söz konusu

⁸ WALLERSTEIN, Immanuel, **Tarihsel Materyalizm**, (Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 1992, s. 47.

⁹ YALÇIN SANCAR, Türkan, **“Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1 – Yeni TCK m. 301/1–2)”**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 31 – 32. Yalçın Sancar’a göre *“ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında ülkede yaşanan politik koşullar, değişim ve sorunlar çok önemlidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler, atılan ileri adımlar ya da bu alandaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta ve bu yansımalar duruma göre bazen baskıcı bazen de özgürlükçü biçim alabilmektedir. Yansımalar yasaları uygulayanları da etkileyebilmekte ve yorumlar, özgürlüklerin kullanılmasını daha daraltıcı ya da genişletici olabilmektedir”*. **Ibid.**, s. 33.

ilişkiler üzerinde etkinlik gösterir ve bu etkinlik cezalandırma süreçleri ile politik iktidar arasında doğrudan bir bağlantı kurar¹⁰. Bu süreçte ceza sisteminin politik görünümü ve kaynağıyla ilişkisi kesilerek ideolojik niteliği maskelenmeye çalışılır ve ceza sistemi, bireysel güvenliğin ve toplumsal düzenin sürdürülebilirliğinin sağlanması gibi gerekçelerle meşrulaştırılır. Cezalandırma süreçlerinin devreye sokulması bozulan toplumsal düzeninin eski hale iadesi, kamu düzeninin ve toplumsal yaşamın sürekliliğinin korunması gibi gerekçelerle toplumsal algı tarafından onaylanarak kabul görür. Hatta söz konusu koruma bizatihi toplumun üyeleri tarafından da istenen bir durum halini alır. Keza hukukun varlık amacı çoğu zaman bu minvalde değerlendirilerek meşrulaştırılır. Ancak mevcut rejime, iktidara yönelik toplumsal tabanlı büyük kalkışmalar ve eylemlilik hallerinde iktidarın veya devletin hukukun dışında kalan yüzü görünür hale gelir; kaba şiddeti de içeren yöntemler eski düzenin sağlanması için çoğu zaman hukuksal sınırların dışına çıkılarak kullanılır. Fakat bu tür durumların iktidarın ve devlet erkinin meşruiyetinin geniş kesimlerce sorgulanmasını beraberinde getirmesi, böyle açık şiddet kullanımlarını iktidarın nezdinde bir son çare, istisna haline sokar; zira hukukun dışına çıkarılarak gerçekleştirilen her müdahale var olan iktidarın ve iktidar yapılarının toplum tarafından bir sorgulanmasına da neden olacaktır.

Hukukun egemen iktidar yapısına itaat edilmesine yönelik etkinliğinin aynı zamanda bir tahakküm ilişkisi yarattığını da belirtmek gerekir. Ancak hukukun etkinliğiyle meşrulaşan bu tahakküm ilişkisinin salt zora ya da şiddete dayanmayan bir veçhede biçimlenerek rasyonelleştirildiği de eklenmelidir. Bu süreç içinde

¹⁰ **Idem.**

hukukun bir sistem olarak kapitalist üretim ilişkilerinin yeniden üretilmesindeki etkisi, devlet iktidarının düzenleyici kullanımı aracılığıyla gerçekleşmektedir¹¹. Hukukun, muhatapları –hukuki özneler– üzerindeki etkinliğiyle tahakkümü, söz konusu süreçte salt zora dayanan bir tabi kılmanın kalıplarının dışında anlam ifade etmeye başlayarak, rasyonelleştirme süreçlerinin sonunda da öznenin sistem içinde var olabilmesinin ve hayatını sürdürebilmesinin bir uzantısı haline dönüştürülerek içselleştirilir. Tahakküm böylece hukuka içkin olan zorun bir uzantısından hukuki ideolojinin yapısal bir etkinliğine dönüşürken, son kertede hukuk ideolojisi de hak süjeleri ile haklar arasındaki ilişkileri ön belirlemektedir¹². Hukuki özne hukuki komutlara bağlı olmakla birlikte, edimleri salt bu komutlarca belirlenmeyip, daha ziyade hukuki bir özne olarak kurulduğu için belirli tavırları göstermekte, büyük özne olan hukuk ideolojisinin gerekliliklerine itaat etmektedir¹³. Hukuksal zorun ve emrin yeni bir anlam kazandığı bu süreçte hukuki özne, hukuk normlarına sadece zordan, korkudan ya da temellük etme ilişkilerinin devamını sağlamak için değil, gerçek anlamda özne olabilmek için itaat eder ve bu itaatiyle büyük özne olan hukuk ideolojisini bir kez daha kurar ve yeniden üretimini gerçekleştirir¹⁴. Hukuk normlarına itaat –tabi kılınmayı kabul etme–, hukukun öznesini devletin zorundan ya da şiddetinden koruyabileceği gibi ona muhtelif maddi menfaatler de sağlayabilir, buna karşın itaatın asıl sebebi bunlar olmayıp, özne olmakla, belirli maddi pratiklere katılabilme, toplumsal olana dâhil olabilme isteğine ilişkin bir anlamsal dizgeyle

¹¹ ÖZDEMİR, Ali Murat, **Sözün Mülkiyeti – Hukukun Ekonomi Politikası**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008, s. 206.

¹² **Ibid.**, s. 207.

¹³ **Idem.**

¹⁴ **Idem.**

ilgilidir¹⁵. Bireyin itaatinin ve tabi kılınmasının salt zorun alanından çıkarılarak sistem içinde bir özne olarak yer alabilmesinin bir koşulu haline getirilmesi şeklinde ifade edilebilecek tahakkümün rasyonelleştirilmesi süreçleri, hukukun da hem var olan sistemin egemen ideolojisinin uzantısı olma özelliğini hem de kendisinin bir ideoloji üreterek bireyler üzerinde etkinlik göstermesinin somutlaşmasını simgelemektedir.

Olağan koşullarda tahakkümün rasyonelleşmesi süreçlerinin işleminde, bireylerin iktidara itaat etmesinin gerekçelerinin farklılaşabileceğini de ayrıca belirtmek gerekir. İtaat bir taraftan bireylerin düzen isteğinden, bir başka ifadeyle var olan toplumsal, ekonomik ve politik istikrarın sürdürülebilmesi için iktidarın desteklenmesi gerektiği yönündeki kamusal uzlaşma düşüncesinden; diğer taraftan iktidarın sahibine ya da sahiplerine yönelmiş gerçek bir bağlılık veya inançtan kaynaklanabilmektedir. Örneğin *Duverger*'e göre daha çok önderlik kavramında somut ifadesini bulan iktidarın bu tipinde meşruiyet, bir kişi açısından saygınlığa, önemsenmeye, itaat edenin kendiliğinden benimsediği bir ahlaksal üstünlüğe dayanıyorsa zorlama bu noktada üstü örtülü bir biçimde dahi bulunmamaktadır¹⁶. *Weber*'in “karizma” kavramıyla nitelendirdiği bu önderlik tipinde, önder salt taşıdığı misyona dayanarak kendi otoritesini kurmakta¹⁷, kendisine karşı mutlak bir güven duyulmasını, itaat edilmesini ve yandaş kitlesinin gönüllü bağlılığını istemekte ve eğer bu itaatin gerçekleştirilmesini sağlayabilirse onların

¹⁵ **Idem.**

¹⁶ DUVERGER, 1995, s. 130.

¹⁷ *Weber*'e göre “karizmatik otorite, yönetilenlerin belli bir kişideki olağanüstüliğe inandıkları için itaat ettikleri, insanlar üzerinde ister dış, ister iç etkisi baskın, bir hâkimiyeti ifade eder”. WEBER, 1996, s. 375.

efendisi olmaktadır¹⁸. Fakat bu tür itaat rejimlerinde zorlamanın gerçekten var olup olmadığı aslında tartışmalı bir husus gibi gözükmektedir. Genellikle önder kültüründe somutlaşan söz konusu politik hükümlerlik biçimleri gerek devletin ideolojik aygıtlarının gerek –ihtiyaç duyulması halinde– baskı aygıtının potansiyel tehdit imkânlarının kullanıldığı bir propaganda ve inanca dayanan söylemsel nitelikli hegemonya süreci ile kitleleri kendiliğinden iktidarın nüfuzuna gönüllü biçimde bağlanmaya ikna etmektedir. Bu noktada zorlamanın görünmemesinin nedenini, büyük ve etkin bir ideolojik motivasyon sürecinin sonunda mevcut hegemon söylemin tabana yayılarak kitleselleşebilmesi olgusu çerçevesinde açıklamak da mümkün görünmektedir.

Önder kültür biçiminde kendini gösteren, büyük oranda yönetici şahsın kimliğine duyulan hürmetle şekillenen ve onun varlığıyla sınırlı olan bu meşruiyet tipinin yanı sıra, diğer bir meşruiyet biçimi, yasal düzenlemelere dayanılarak mevcut düzenin istikrarının sürdürülmesini öngören anlayış çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlayış kabaca *Weber*'in yasal otorite¹⁹ kavramlaştırmasında ifadesini bulan ve günümüz toplumlarında demokrasi, insan hakları, özgür seçim hakkı ya da hukuk devleti gibi unsurlarla somutlaşan ve esasen liberal politik ve ekonomik sistemin

¹⁸ *Ibid.*, s. 327; WEBER, Max, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, (Çev. Özer Ozankaya), İmge Kitabevi, Ankara, 1995, s. 354.

¹⁹ *Weber*'e göre “yasal otoritede itaat, peygamberler ve kahramanlar gibi karizmatik yetenekleri olan kişilere, kutsal geleneğe, zorlayıcı gelenekçe belirlenen bir hâkim kişiye ya da ayrıcalık ve ihsan yoluyla meşruiyet kazandırılmış memuriyet ya da ödenek sahiplerine duyulan inanç ve bağlılığa dayanmaz. Yasal otoriteye itaatin temelinde, genel olarak tanımlanmış, işlevsel bir ‘resmi görev’ kavramına kişisel olmayan bağlılık yer alır. Resmî görev –beraberinde getirdiği yetki kullanma hakkı ya da ‘yargısal yeterlilik’ gibi– rasyonel olarak konulmuş normlarla, yasalarla, kararnamelerle ve yönetmeliklerle saptanır. Bu saptamayla otoritenin meşruluğu, herkes için geçerli kuralların yasallığına dönüşür ve kurallar amaçlı olarak biçimsel titizlikle düşünülür, uygulanır ve ilan edilir”. WEBER, 1996, s. 379. Ayrıca bkz. WEBER, 1995, s. 317 – 321.

sürekliğinde kendini dışa vuran bir içeriğe sahiptir. Tüm bu unsurları, onların tarihsel, kültürel, sosyal ve siyasal mirasını sahiplenmeye çalışarak kendini ifade etmek ve bu yolla aynı zamanda eşitsizlikçi, adaletsiz, sömürücü yüzünü gizlemek isteyen liberalizmin toplumsal alandaki esas payandasının ise internetten radyoya genel olarak kitle iletişim araçlarının müdahil olduğu açık veya örtülü propaganda süreçleri aracılığıyla desteklenmek suretiyle ayakta tutulduğunu belirtmek gerekir.

Kitle iletişimi denilen bu iletişimsel süreç, egemen kapitalist zihniyetin belirli ekonomik, siyasal, kültürel ve ideolojik amaçlarını gerçekleştirmek üzere, modern teknolojiler ile aracılanmış örgütlü etkinlikle gelen bir ekonomik yapılanma ve bilinç / davranış yönetimi olarak kabul edilebilir²⁰. Kitle iletişim araçlarınca yapılandırılan ve üzerinde egemen olunan yapay bir kamusalılık yaratılarak, sadece nüfuz elde etmek şeklinde değil, aynı zamanda ve esasen toplum içindeki bireylerin davranışlarını etkileyen iletişim akışlarına stratejik eğilimleri mümkün oldukça gizleyerek hâkim olmak üzere doğrudan iktidarın etkinlik sahasının güçlendirilmesine çalışılmıştır²¹. Bu kamusalılık sürecinin bir yönüyle de doğrudan liberal ekonomi – politika merkezlerince genelleştirilmek istenen bir tür kitle kültürü yaratma faaliyeti olduğu söylenebilir. Toplumsal alanda bu tür bir kitle kültürünün gerek meşrulaştırma süreçleri gerek bireyin sistemle entegrasyonunun kolaylaşması ve pürüzsüzleşmesi yönünden benzersiz imkânlar sunduğu ayrıca belirtilmelidir. *Max Horkheimer*'in da belirttiği üzere bireylerin kitle kültürünün aygıtlarından aldıkları

²⁰ ERDOĞAN, İrfan, “Kitle İletişimi Örneğinde Marksist Siyasal Ekonomi Yaklaşımı Üzerine Bir Tartışma”, **Praksis Dergisi**, S. 4, Y. 2001, s. 278.

²¹ HABERMAS, Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü**, (Çev. Tanıl Bora, Mithat Sancar), İletişim Yayınları, İstanbul, 1997, s. 32.

hazır düşünce ve davranış kalıpları –hegemonyanın doğruları– bireylere kendi düşünceleriymiş gibi kabul ettirilmekte veya hissettirilmekte; kitle kültürünün sunduğu bütün araçlar ve kolaylıklar, bireyselliği zayıflatarak toplumsal baskıyı ağırlaştırmakta ve bireylerin direnme imkânlarını, modern toplumun atomize edici işleyişi içinde kendilerini savunma olanaklarını köreltmektedir²². Bu süreç içinde birey bir taraftan sistemin politik – ekonomik içeriğine yabancılaşarak söz konusu kitle kültürünün sanallaştırdığı gündemler, meseleler çerçevesinde ancak düşünebilmekte ve hayal edebilmekte, diğer taraftan yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan yoğun ve genelde uzmanlaşma ile tek tipleşen bir yapıya dayandırılmış çalışma –iş– süreçleri içinde yabancılaşmakta ve yalnızlaşmaktadır²³. Esasen depolitizasyon ve politik – ekonomik sistemin kurumsal işleyişinin niteliği üzerine düşünmenin bir tür “akıl tutulmasına” uğraması olarak değerlendirilebilecek bu yabancılaşma²⁴ / yalnızlaşma²⁵ süreci, aynı zamanda bireylerin de var olan sistemi

²² HORKHEIMER, Max, **Akıl Tutulması**, (Çev. Orhan Koçak), 5. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2002, s. 163 – 166.

²³ *Herbert Marcuse*, insanların yabancılaşmayı, kendilerine dayatılan varoluş ile özdeşleştikleri ve onda kendi gelişim ve tatminlerini bulduklarında sorgulamaya başladıklarını söyler. Bu özdeşleşme bir yanılsama olmayıp bizatihi gerçekliğin kendisidir. Fakat gerçeklik daha ilerleyici bir yabancılaşma evresi oluşturmakta, yabancılaşma bütünüyle nesnelleşerek, yabancılaşmış özne, yabancılaşmış varoluşu tarafından yutulmaktadır. MARCUSE, Herbert, **Tek Boyutlu İnsan – İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler**, (Çev. Aziz Yardımlı), 3. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 22.

²⁴ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*'in insan ve doğa ilişkilerini sorgulamak için özne – nesne diyalektiğini çerçevesinde kullandığı yabancılaşma kavramı, insanı düşünen bir özne kabul ediyordu. İnsanla ilgili bulunmayan hiçbir gerçeğin gerçeği yansıtmadığına, zira gerçeğin, bütünüyle insanla ilişkili olduğuna ve doğa dünyasının sözde nesneliliğinin yabancılaşmaya sebebiyet verdiği kabulüne dayanıyordu. *Marx* ise yabancılaşmayı, soyut kavramsal bir sistem içinde kendini gösteren bir süreç olarak değerlendirmeyerek, daha çok yaşamın, insanın yabancılaşmasına yol açan fiili ve somut koşullarının ortaya konması özelinde ele alıyordu. *Marx* için yabancılaşmanın önemli olan boyutu, işçinin kendi emeğine yabancılaşması özelinde insanın kapitalizm altındaki yabancılaşmasıdır. Kapitalist üretim ilişkileri altında emeğin somutlaşması nesnelleşme olgusunu gündeme getirmektedir. İşçi tarafından üretilen nesnenin kapitalist tarafından sahiplenilmesi, işçi üzerinde öylesine bir yabancılaşmaya neden olur ki, işçi ne kadar çok üretirse o kadar az sahiplenebilir, fakat kendi ürünü olan sermayenin egemenliği altına o kadar çok girer. *Marx* için üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ile işbölümünün aşırı gelişiminin yol açtığı bu süreç, aynı zamanda bir zorunluluktur ve özel

sorgulamadan içselleştirmeleri, olağanlaştırmaları gibi bir boyun eğiş ve pasif onaylama şeklinde ortaya çıkmakta; bireyi, toplum tarafından ötekileştirilmemek kaygısının da etkisiyle kamusal nitelikli bir görüş birliği görüntüsünün veya uzlaşısının bir parçası haline getirmektedir. Gerçekten de kamusal bir görüş birliği içinde iktidarın meşruluğuna dair genel bir uzlaşımın var olduğu yönündeki düşüncenin, bilhassa kitle kültürünün ve toplumun baskıcı ve yönlendirici etkinliğiyle bir arada düşünüldüğünde, bireyler üzerinde ciddi bir ikna ediciliğe sahip olduğu aşikârdır. Meşruluğun olağanlaştırılması olarak adlandırılabilir bu durum, iktidarın, iktidarını sürdürebilmesinin de en emin yoludur.

Duverger'e göre de iktidarın meşruluğu, onun toplumun çoğunluğu tarafından bir iktidar olarak tanınmasından, iktidarının meşruluğu konusunda bir

mülkiyet ya da kapitalist üretim biçimi ortadan kaldırılmadıkça devam edecektir. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Tinin Görüngübilimi**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 315 – 318; BUMİN, Tülin, **Hegel – Bilinç Problemi, Köle-Efendi Diyalektiği, Praksis Felsefesi**, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 47; ERGİL, Doğu, “Yabancılaşma Kuramına İlk Katkılar”, **AÜSBFD**, C. 33, S. 3 – 4, Y. 1978, s. 94 – 95; PAPPENHEIM, Fritz, **Modern İnsanın Yabancılaşması – Marx’a ve Tönnies’e Dayalı Bir Yorum**, (Çev. Salih Ak), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002, s. 75; MARX, Karl, **1844 Elyazmaları – Ekonomi Politik ve Felsefe**, (Çev. Kenan Somer), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993, s. 140; MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, (Çev. Sevim Belli), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999, s. 61; SLATER, Phil, **Frankfurt Okulu**, (Çev. Ahmet Özden), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 79.

²⁵ Kapitalist toplumda bireyin yalnızlaşması aslında yabancılaşmanın olağan bir süreci olarak da kabul edilebilir. Toplum içinde yalnızlaşan bireyin diğer bireylerle gerçekleştirmesi gereken iletişimsel süreçlerden büyük oranda mahrum kaldığı ve esasen içinde yaşadığı topluma, çevreye ve dünyaya yabancılaştığı söylenebilir. Özellikle günümüzde sosyal medya olgusunun (facebook, twitter vs.), bireyleri gerçek sosyal ilişkiler kurmak yerine bilgisayar başında sanal ilişkilere yönlendirerek sosyal gerçeklikten giderek uzaklaştırdığını ve dolayısıyla yalnızlaştırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. *Ernest Mandel'e* göre de yabancılaşmanın nihaî ve en trajik şekli iletişim yetisinin yabancılaşmasıdır. Kapitalist toplum bu temel insan yetisini engellemek, kısmen yok etmek veya en azından geleneksel yapısını dönüşüme uğratmak eğilimindedir. İletişim süreçlerinin dönüşüme uğratılması suretiyle örgütlü toplumdan muhalefet eden düşünce süreçlerine kadar birçok olgunun etkinliği asgari düzeye indirilmeye çalışılmaktadır. Fakat iletişim yetisinin yabancılaşmasının etkisi sadece ezilen sınıflar üzerinde değil, aynı zamanda ezenler üzerinde de, toplumun büyük kitlesi ile insanca iletişim kuramadıkları için ortaya çıkar. Bu tür bir yabancılaşmanın en somut göstergesinin ise insanların yalnızlaşmaları biçiminde kendini gösteren duygu olduğunu belirtmek gerekir. MANDEL, Ernest & NOVACK, George, **Marksist Yabancılaşma Kuramı**, (Çev. Olcay Göçmen), Yücel Yayınları, İstanbul, 1975, s. 37 – 39.

görüş birliğinin var olmasından kaynaklanmaktadır²⁶. İktidarın kaynağı, iktidarın uygulandığı toplumun norm ve değerler sistemince saptanan meşruluk şemasına uygun olması ve bu şema konusunda genel bir mutabakat bulunmasına dayanmaktadır²⁷. Dolayısıyla da iktidara sahip olanlar meşruluklarını, yalnızca kaynağını şiddet kullanma tekelinden alan bir emretme ve yönetme gücüne değil, daha ziyade bu gücün meşru bir hakka dayandığı yönünde kamusal bir inanca dayandırmak istemişler; iktidarlarının rastgele bir kaba kuvvete dayanmayıp bir hakka dayandığı fikrinin toplumsal düzlemde kabul edilmesi, buna yönelik bir inancın yerleşmesi için öncelikle uğraşmışlardır²⁸.

Politik alanda iktidarın elde edilmesi ile tutulabilmesinin en önemli faktörlerinden biri olarak kendini gösteren meşruiyet inancı, liberal politik sistemde yönetilenlerin, iktidarın meşruluğuna yönelik kabullerinin sürdürülebilmesi veçhesinde gerekli olan kamusallaşmış bir onay mekanizmasını içselleştirmeleri talebine / arzusuna dayanır²⁹. Şu halde meşruluk, yönetsel süreçleri kolaylaştıran, onları sağlamlaştırarak istikrarlı ve etkin hale getiren bir faktör olarak her koşulda ve zamanda iktidar sahiplerinin iktidarlarının meşru olduğu yönündeki inançlarını toplumsal düzlemde genişletebilmelerinin olanaklılığını sağlayan bir araç olarak

²⁶ DUVERGER, **1995**, s. 132, Ayrıca bkz. KAPANİ, **1998**, s. 21 – 22. *Duverger*'e göre meşru olmayan bir iktidar o toplumun gözünde aslında iktidar olmaktan çıkmaktadır, söz konusu iktidar güçten başka bir şey değildir artık ve o da ancak kendisine boyun eğilmesini sağlayabildiği ölçüde vardır. Keza *Weber*'in tipleştirdiği ve meşruluğun kökenleri olarak nitelendirilen geleneksel, karizmatik ve yasal yönetimler de aslında birer ussallaştırma ve aklamadan fazla bir şey değildirler. DUVERGER, **1995**, s. 132.

²⁷ **Idem.**

²⁸ KAPANİ, **1998**, s. 67.

²⁹ **Ibid.**, s. 84 – 85.

kendini gösterir³⁰. Böylece rejim meşruluk temelinin zayıf olması nedeniyle kaba kuvvete dayanma gereksinimi duymadan bir hak düşüncesinin cisimleşmesi olarak yönetsel iktidarı meşruiyet zeminine oturtmayı başarabildiği gibi, toplumsal, ekonomik ve politik istikrarın sürdürülmesi gibi saikalara dayanmak suretiyle rejime duyulan inancın devamlılığını da bir zorunluluk olarak kabul ettirebilir.

İktidarın, iktidar olmasının sürekliliğine ilişkin bu meşruiyetini hangi araçlarla ve nasıl sağladığı bilhassa ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı ele alınacak olan devletin ideolojik araçlarının etkinliği ve propaganda –bir anlamda iktidarın taleplerin karşılanması ve gerçekleştirilmesi– süreçleriyle birlikte işleyen egemene itaatin rutinleştirilmesi ve olağanlaştırılmasına yönelik faaliyetler ile birlikte düşünüldüğünde daha tartışmalı ve üzerinde yoğunlaşılması gereken bir problem olarak ortaya çıkar. Bilginin ve bireyin dışında var olan gerçekliğin sıradanlaştırılmasına ve görselleştirilmesine³¹ dayanan bu süreç, kamusal düzlemde sürekli bir dezenformasyona neden olacak biçimde insan zihnini de kalıpların içine

³⁰ **Ibid.**, s. 85.

³¹ Bu bağlamda Vietnam Savaşı ile I. ve II. Körfez savaşları gibi gerçekliklerin televizyonların başındaki izleyiciler için nasıl sıradanlaştırılabilen bir görsel şov haline getirilebildiği, savaş gibi bir olgunun dahi nasıl sanallaştırılabildiği ve esasen bu sürece ilişkin bilginin de dezenformasyona uğratılabildiği iktidarın kendi eylemliliklerini meşrulaştırma olanaklarının gücüne dair en somut göstergeler olsa gerektir. Başta Amerika olmak üzere günümüz modern toplumlarında kamusal söylemin büyük oranda bir gösteri sanatına dönüşerek görselleştirilmesi televizyonu da bu söylemin baş aktörü haline getirmiştir. Gerçekten de televizyonda söylem büyük oranda görsel imajla yansıtılmaktadır; yani televizyon konuşmayı izleyicisine sözcüklerden daha etkili olacak biçimde görüntülerle aktarmaktadır. Keza *Jean Baudrillard*'a göre de örneğin “*TV aracının aracılık ettiği şey, teknik örgütlenmesi yoluyla kolayca görselleştirilebilir, kesilebilir ve imgelede okunabilir bir dünya fikridir (ideolojisidir). Televizyon bir okuma sisteminin göstergeler sistemi haline gelmiş bir dünya üzerindeki mutlak-gücünün ideolojisine aracılık etmektedir*”. POSTMAN, Neil, **Televizyon: Öldüren Eğlence – Gösteri Çağında Kamusal Söylem**, (Çev. Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 14 – 16; BAUDRILLARD, Jean, **Tüketim Toplumu**, (Çev. Hazal Deliceçaylı & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 155. Ayrıca bkz. ÖZBUDUN, Sibel & MARKUS, George & DEMİRER, Temel, **Yabancılaşma ve...**, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2008, s. 13 – 14.

hapsederek sanallaştırmakta ve söz konusu zihni, sorgulayıcı vasfını kaybetmiş, sürekli biçimde dayatılan suni gerçekliklerle / gündemlerle doldurulan bir kalıba tahavvül ettirmektedir. Gerçekten de toplumsal yaşama ve kültüre, bireylerin kendi var oluş ve düşünme süreçlerine aralıksız zerk edilen ve kamusal – özel akılların bir biçimde uyuşturulmasını mümkün kılarak bireyin zihninin egemen otoriteye ram etmesini sağlayan felç edici bir ecza olarak bu verili gerçekliklerin sanallaştırılması dizgesi; etkisi itibariyle de insanlar arasında mütekabil bir sürekliliğe sahip olacak bir biçimde iktidar sahiplerince kutsallaştırılarak üstün birer değer kategorisi haline getirilen ve sunulan –ülke, millet, din, devlet, ırk, parti, önder, vs. gibi– çeşitli kavramsallaştırmalara yönelik tasarlanmış bağlılıklar yaratmaktadır. Kavramlara olan bu bağlılık, onların gerektiğinde her şeyin üzerine çıkabilen bir biçimde savunulmasını gerek kamusal gerek bireysel düzlemde mümkün kılmaktadır.

İktidar sahiplerinin hegemonyasının gerek toplum gerek onu oluşturan bireyler üzerindeki tüm bu zihinleri felç edici etkinliğine rağmen iktidara yönelik politik mücadele sahasını sonucu olmayan, anlamsız bir çatışmalar sahası olarak da değerlendirmemek gerekir. Bu bağlamda tıpkı hukuk düzeni zemininde cereyan eden hukuksal mücadeleler gibi, hatta ondan daha güçlü bir biçimde kendini gösteren bir politik mücadeleler alanından ve onun birikimi olan sosyal, kültürel ve tarihsel mirastan söz edilmelidir. Bu politik mücadeleler alanının varlığı ise aslında, politikanın sadece çatışmaların değil aynı zamanda karşılıklı uzlaşmaların da zorunlu olarak kendini gösterdiği bir süreç olduğunu kanıtlamaktadır³². Gerçekten de politik

³² *Kapani*'ye göre de politika sadece bir çatışma ve mücadele alanı değil, aynı zamanda bir uzlaşmalar dünyasıdır. Sosyolojik yönden politik faaliyetler, genellikle karar alma, kural koyma ve bunları uygulama şeması içinde değerlendirilmektedir. Toplumda değişik sosyal sınıflar değişik talepler öne

mücadelelerin bir uzlaşmalar zemini yarattığı ve burjuva siyasal düşüncesi karşısında ötekileştirilenlerin –işçiler, ezilenler, azınlıklar, öğrenciler, kadınlar, eşcinseller gibi– bu mücadeleler ve söz konusu mücadelelerin burjuvazi üzerinde yarattığı baskılar neticesinde mümkün hale gelen uzlaşım –yeni hak ve özgürlükler ya da tanınma– fırsatlarını değerlendirmek suretiyle eşit statü taleplerini somutlaştırdıkları dikkat çeker. Bu eşit statü olanaklarının sağlanması süreçleri, salt burjuvazinin iyiliği olarak açıklanabilecek kadar basit ve sıradan olgular şeklinde ortaya çıkmamıştır. Burjuvaziyi ve aynı zamanda egemen iktidar aygıtının unsurlarını bu uzlaşma iten temel zorunluluğu, söz konusu ötekileştirilenlerin mücadelelerini göz ardı ederek açıklamak mümkün değildir.

Politikanın ne olduğuna ilişkin düşünsel sürecin iktidarın sahipliği noktasına odaklandığı bu veçhede, temel bir sorun da devletin neye tekabül ettiği hususunda düğümlenmektedir. Devletin tarihsel süreç içinde biçimlenişi ve ayrıntılı bir yapısal çözümlemesi, bu çalışmada sadece hukuk ile politika bağlantısının serimlenebilmesi amaçlandığından, oldukça iddialı ve büyük bir girişim olacaktır. Fakat devletin, politik iktidarın ve hukukun birbirlerinin meşruiyet süreçlerine kaynaklık ettiklerini –hukukun iktidarı, iktidarın ise hukuku sürekli bir devinim içinde meşrulaştırdıklarını– ve yeniden ürettiklerini belirterek aralarındaki ilişkinin nasıl konumlandırılacağı hususuyla mahdut bir değerlendirmeye gitmek de kaçınılmazdır. İktidarın hukuka, hukukun da iktidara bağlı olduğu görüşünü savunan

sürmekte ve bunların gerçekleştirilmesi için iktidar üzerinde baskı oluşturmaya çalışmaktadırlar. Genellikle politik kararlar da çeşitli yönlerden gelen etkileme faaliyetlerinin bir sonucu olarak uzlaşma biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla politikayı çatışan çıkarların uzlaştırılması faaliyeti şeklinde tanımlamak da mümkündür. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, politika yönetme ve itaat etme şeklinde bir “iktidar ilişkisi” olarak nitelendirilebileceği gibi “siyasal kararların alınmasına katılma” olarak da anlaşılabilmektedir. KAPANİ, 1998, s. 20 – 21.

Hirsch'in de belirttiği üzere günümüzde bir taraftan iktidar ilişkileri anayasalarla, yani hukuk normları aracılığıyla gerçekleşen bir meşruiyetle haklı gösterilmeye ihtiyaç duyarken, diğer taraftan hukuk normları da meşruiyetlerini, iktidar araçlarına sahip olan egemenin, düzeni ihlal eden herkesi hesap vermeye zorlama imkânı sağlayan yaptırımlarının –zorlayıcılığının– gücünden almaktadır³³. “*Burada hukukun sadece iktidar araçlarına etki etmediğini; ayrıca aksine gerçekte varolan iktidar ve egemenlik ilişkilerinin ve bunları meşrulaştıran örneklerin hukukun hem icra yöntemlerini ve uygulanma biçimlerini hem de içeriğini etkilediğini kesinlikle gözden uzak tutmamalıdır*”³⁴. Bir başka ifadeyle iktidar sahibinin yasal düzenleme yapmaya yetkili olduğunun kabul edilmesi çıkardığı normların da meşru sayılması sonucunu doğurmakta, normlar geçerliliklerini ve meşruiyetlerini iktidar sahibinin varlığı sayesinde sürdürebilmekte, buna karşılık söz konusu normlar da esasen iktidarın varlığını ve sürdürülebilirliğini meşru kılma işlevini yerine getirmektedirler. Böylece hukuk ile iktidar arasında ortaya çıkan karşılıklılık aynı zamanda söz konusu iki olgunun varlıklarını sürdürülebilirliklerinin zorunluluğuna dönüşmektedir.

Modern anlamda devletin, feodalitenin çözülmesi sürecini takiben 16. ve 17. yüzyıllardan itibaren biçimlenmeye başladığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu süreçte modern devletin kendinden önceki devlet biçimlerinden temel farkı egemenliğin biçim değiştirmesi noktasında ortaya çıkmıştır. Egemenlik, modern biçimine ancak egemen konumundaki hükümdarın kişiliğinden –fiziki varlığından– soyutlaşarak bir tür ezeli –ebedi statüye sahip olmaya ve aynı zamanda

³³ HIRSCH, Ernest E. “İktidar ve Hukuk”, (Çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Araştırmaları**, C. 2, S. 3, Y. 1987, s. 45.

³⁴ **Ibid.**, s. 46.

bu sahipliğin meşruiyetinin kamusal düzlemde kabul görmeye başlamasıyla kavuşmuştur. Bu süreçte devletin hukuki bir kişilik olarak tasavvur edildiği ve bir tür tüzel kişilik biçiminde nitelendirilmeye çalışıldığı görülür³⁵. Gerçekten de devlet iktidarının ve onun egemenlik biçiminin temeli, egemen gücün varlığını sürdürdüğü topraklarda kendi yargı gücünü geçerli kılmak üzerinden şekillenmektedir³⁶. Bu bağlamda modern devlet açısından hukuk üzerindeki tekeli belirleyicilik yetkesinin hayati öneme sahip olduğu belirtilmelidir. Zira devlet için aynı topraklarda birden çok yargı gücünün kalıcı bir biçimde ve açıkça dile getirilerek tanımlanması kavramsal olarak kabul edilemez bir durumdur³⁷. Hukukun tekeli anlamda kontrolü modern devlet düşüncesinin şekillenmesinde egemenlik olgusuyla beraber büyük bir önem taşısa da asıl mesele egemenliğin hukuksal zemine oturtulmak suretiyle meşrulaştırılarak kamusal düzlemde genel kabul görmesinin sağlanması hususunda düşünülmektedir³⁸. Meşruiyet zemini, hem iktidara hem de söz konusu iktidarın hukuku tekeli bir biçimde kullanabilmesine ilişkin yetkeye, bir başka ifadeyle normun üretilmesi süreçlerinin yasallığına varlık kazandıran moral etkidir.

Devletin hukuki anlamda bir tüzel kişiliğe büründürülerek ebedileştirilmek istenmesinin altında yatan temel neden, onun devamlılığının

³⁵ KAPANİ, 1998, s. 41.

³⁶ WALLERSTEIN, 1992, s. 40.

³⁷ *Ibid.*, s. 41. Wallerstein'a göre "devlet iktidarının tarihsel kapitalizm işleyişleri açısından ikinci ögesi [ise], devletlerin, kendi yargı alanlarındaki toplumsal üretim ilişkilerinin tabi olacağı kuralları saptama konusundaki yasal hakkıdır. Modern devlet yapıları, kendine, alışılmış her tür ilişkiler dizisinin ortadan kaldırılması ya da değişikliğe uğratılması hakkını tanımıştır. Devletler, hukuk söz konusu oldu mu, kendi yasama haklarının kapsamı üzerinde kendi koyduklarından başka sınır tanımaz. Tek tek devlet anayasaları dinsel ya da doğal hukuk öğretilerinden kaynaklanan kısıtlamalara ideolojik olarak sözde bağlılık gösterdiğinde bile bu öğretilerin yorumlanması hakkını anayasal olarak tanımlanmış birtakım kurul ya da kişilere ayırır". *Ibid.*, s. 43.

³⁸ AKKAYA KİA, Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 15.

yöneticinin kişiliğinden soyutlanabilmesi ve aynı zamanda yöneticinin ömrüyle sınırlı olmayan bir sürekliliğinin gerçekleştirilebilmesi yönündeki arzudan kaynaklanmaktadır³⁹. Bu sürekliliğin sağlanabilmesi için devletin varlığının onu yönetenlerin fiziksel mevcudiyetleri ve kişilikleri ile bağlı olmayan bir örgütsel düzenlemeye kavuşturulması bir dizi zorunluluk olarak kendini göstermiştir⁴⁰. Keza bir hukuksal statü olarak devletin tüzel kişiliğinin ön plana çıkartılmasında ve kurumsal düzenlemeler çerçevesinde devletin birtakım iç yapılanmalar aracılığıyla organize edilmesinde söz konusu zorunluluklar etkili olmuştur⁴¹. Tüm bu zorunlulukların, devletin gerek kurumsal gerek yapısal açıdan bölümlenme suretiyle profesyonelleşme biçiminde kendini dayatan bir örgütlenme düzeninin – bürokrasinin– kurulmasına ön ayak olduğunu ayrıca belirtmek gerekir. Keza devlet içi profesyonelleşmenin –aynı zamanda yasal meşruiyetin– bir gerekliliği olarak da ortaya çıkan bürokratikleşme olgusunu bu süreci göz ardı ederek anlamlandırabilmek son derece güçtür. Gerçekten de devletin modernleşmesinin, ebedileşmesinin ve aynı zamanda rasyonelleşmesinin bir ifadesi olarak bürokratikleşme süreçleri, bir taraftan iktidar ilişkileri ve buna yönelik mücadele süreçlerinin niteliği üzerinde etkili olurken, diğer taraftan hızla genişleyen bürokrasi aygıtı karşısında toplumsal ve bireysel hak ve özgürlüklerin hukuk aracılığıyla güvenceye alınmasına dönük çeşitli tedbirlerin daha ciddi bir biçimde savunulmaya başlanması süreçlerini canlandırmıştır. Kimi zaman devletin tüzel kişiliğinin, kurumsal yapısının dışına çıkarak başlı başına bir iktidar ve erk merkezi haline gelen başta kimi bürokratik

³⁹ KAPANİ, 1998, s. 42.

⁴⁰ **Idem.**

⁴¹ **Idem.**

aygıtları olmak üzere muhtelif iç iktidar kastlarının / örgütlenmelerinin karşısında hukukun bireyleri koruyucu bir veçhede işlevselleştirilmesi –hukuk devletinin etkinliğinin sağlanması, insan hak ve özgürlüklerinin mutlak bir güvenceye alınması– gerekmiştir. Fakat bu araçlar da çift yönlü bir karakter göstermekte; bir taraftan mevcut politik ve ekonomik sistemin sürdürülebilmesinde maske görevi üstlenerek sahte bir meşruiyet zemini yaratmakta, diğer taraftan da hem politik hem de hukuksal alanda meşru mücadele araçları olarak devlet ve egemenler karşısında bireylerin ve grupların yegâne yasal direnme merkezini teşkil etmektedirler. Hukuksal araçların politik mücadelenin de bir aracı olması işte bu noktada hukuk ile politika arasındaki ilişkiyi bir kez daha gündeme getirmektedir. Bu noktadan itibaren genel olarak hukukun politika, iktidar ve devlet üçgeni içindeki konumlanması, işlevi, anlamı gibi hususların araştırılması gerekliliği kendini gösterir.

Belirtilen hususları açıklamak için öncelikle hukuk ile politika arasında kesin bir ayırım veya daha spesifik olarak belirtmek gerekirse, politik tartışmanın/çekişmenin açık ideolojik karakteri ile hukuksal muhakemenin sınırlayıcı nesnelliği (objectivity) arasında bir zıtlık olduğu iddiasında olan klasik hukukçuluğun söz konusu belitsel (axiomatic) öncülünü sorgulamak gerekmektedir⁴². Zira yukarıda da ortaya konmaya çalışıldığı üzere hukuk ile politika arasında böyle bir ayırım yapmak pek mümkün olmadığı gibi hukuksal muhakeme süreçlerinin de var olan politik iklimden soyutlanabilmesi geleneksel hukukçuluğun izahtan vareste bir biçimde kabul ettiğinin aksine o derece kolay değildir.

⁴² HUTCHINSON, Alan C., “Introduction”, **Critical Legal Studies**, (Edi. Allan C. Hutchinson), Alan Rowman & Littlefield Publishers, New Jersey, 1989, s. 4.

Doğan Özlem'in de belirttiği üzere herhangi bir hukuk düzenin var olan ekonomik ve politik düzenden bağımsız bir varlık kazanabileceğini söylemek mümkün değildir; zira hukuk normları aynı zamanda politik, ekonomik hatta ahlaksal normlardır ve politikadan, ideolojiden ya da bir yaşam görüşünden bağımsız olarak ortaya konamazlar⁴³.

Hukuk nasıl insan eylemliliğinin bir biçimi olarak kabul edilmekteyse politika da bu eylemliliğin bir parçasıdır; yaşanan politik çatışmalar da aslında sosyal düzenin istikrarına ve meşruiyetine –bilhassa farklı görüşlerin özgürce ifade edilebilmesi ve çarpışması özelinde– katkıda bulunmakta, insanın kişiliğini ve sosyal kurumları kısmen doğal görünen bir şekilde oluşturarak onları çeşitli yollarla düzeltmekte⁴⁴, gelişimlerine katkı sunmaktadır. Var olan politik çatışmalar, mücadeleler ve görüş ayrılıkları ile bu karşıtlıklar dolayısıyla ortaya çıkan politik görüşler skalası aynı zamanda hukukun oluşturulması aşamasında benimsenen, düzenleme getirilmesi gereken alanın belirlenip bu alanın nasıl bir hukuksal içerik ile biçimlendirileceğini ve bu biçimlendirmenin nasıl gerekçelendirileceğini de içeren bir aşamalar silsilesinin metodolojisinden uygulamaya ilişkin sorunların çözümünde

⁴³ ÖZLEM, Doğan, **Etik –Ahlak Felsefesi–**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 211. Hukuksal olanı aynı zamanda politik ve ahlaksal olarak nitelendirilen *Özlem*, sadece toplumsal olgular olarak hukuk, politika, ekonomi ya da ahlak arasında bir bağlantı kurmaz. Yazara göre “felsefe” ya da “bilim” olarak da bu alanlar birbirleriyle zorunlu bir ilişki içindedir. *Özlem*'e göre “*hukuk fenomenini ve normatif hukuk sistemlerini ele alan yönüyle hukuk felsefesi ahlak felsefesinden bağımsız olamayacağı gibi, ekonomi öğretilerinden, devlet ve siyaset felsefelerinden de bağımsız olamaz. Çünkü hukuk, her dönemde, ekonomi, devlet ve siyasetle iç içe ortaya çıkan bir fenomendir. Hukuk felsefesi ekonomi öğretilerinin, devlet ve siyaset felsefelerinin katkı ve sonuçlarından yararlandığı ve yararlanmak zorunda olduğu için, örneğin mantık ve ontoloji gibi asal ve bağımsız bir felsefe disiplini değildir*”. **Idem**. Ayrıca bkz. MIZRAK, Dilan & TEMİZ, Özgür, “Hukuk ve Politika – Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, 2009, s. 81 – 85.

⁴⁴ TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, **100 Yale L. J. 1515 1990–1991**, s. 1526.

hukukçuların –hukuk uygulamasının muhtelif aşamalarında görev alanların– kullandıkları farklı tekniklere, yöntemlere, ön kabullere ve yargılara, yorumlama süreçlerine uzanan bir “tercihler” çeşitliliğine neden olur. Gerçekten hukukun oluşturulması, uygulanması ile hukuk eğitimi ve genel olarak hukuka ilişkin kavram ve olguların anlamlandırılıp yorumlanması aşamalarının aktörleri olan kanun koyucu (oluşturulan yasama komisyonlarından bir hukuki düzenlemenin kabul aşamasına uzanan süreçte söz konusu faaliyetin tüm özneleri dâhil olmak üzere), uygulamacılar (hukuk uygulamasında aktif veya pasif görev olan tüm sùjeler) veya hukuk eğitimi süreci içinde yer alan tüm sùjeler (bir hukuk fakùltesi öğrencisinden profesörüne kadar) açısından hukukun etkinlik alanının ve işlevinin anlamı gerek kişisel gerek kamusal politik düzlemden –politik, ahlaki, kültürel, sosyal uzlaşma ve çatışmalardan– ari bir nitelik göstermemektedir.

Oldukça önemli bir mahiyet arz eden “tercihler” olgusu hukukun oluşturulmasından uygulanması veyahut eleştirilmesi / onanması – anlamlandırılması / yorumlanması süreçlerine uzanan hukuksal kavramlar dünyasında belirleyici bir faktör olarak ortaya çıkar. Bu faktörün esas karakterinin ise başta politik alan olmak üzere ahlaki, kültürel, sosyal, tarihsel ve ekonomik alanların içinde kendine özgü bir anlam ve hakikat kazanarak şekillendiğini belirtmek gerekir. Aksi durumda muhtelif kanunların, hukuk kavramlarının ve hatta hukuka ilişkin temel ilkelerin toplumdan topluma, kişiden kişiye zaman ve mekândan bağımsız olmak üzere değişebilen içeriğinin anlamlı bir bütünlük arz edebilecek bir biçimde doldurulabilmesi büyük bir güçlük gösterirdi.

Hukuk ile politika ilişkisinin yukarıda belirtilen kavramsal

çerçevesine ilişkin genel bir girişin ardından ilerleyen kısımlarda söz konusu ilişkinin öncelikle tarihsel arka planı, ardından ise temel kavram ve özelliklerine dair bir inceleme gerçekleştirilecektir. Bu bağlamda Amerika özelinde liberal hukuk görüşünün klasik biçimini temsil eden 19. yüzyıl hukuk anlayışı ile ona bir tepki olarak gelişen hukuka sosyolojik yaklaşım ve Hukuki Realizm akımı incelenecektir. Daha sonra ise hukuka yönelik bu sosyolojik ilginin mirasını devralan Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin hukuku, salt kendi başına anlam ifade eden bir değer dizgesinden çıkararak başta politika ve iktidar ilişkileri olmak üzere farklı dış etkileyenlerin belirlenimi altında ne olduğu ve söz konusu dış etkileyenler nasıl bir ilişki içinde bulunduğuna yönelik görüşleri sorgulanacak, böylece hukuk ile politika arasındaki karmaşık etkileşim süreçleri aydınlatılmaya çalışılacaktır.

1.2. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Akımının Arka Planı

19. yüzyılın hukuk anlayışının oldukça muhafazakâr bir nitelik taşıması, değişime karşı dirençli bir tutum benimsemesi⁴⁵ ve mülkiyet hakkını aşırı kutsallaştıran bir veçhede değerlendirmesi bilhassa 19. yüzyılın sonlarından ve 20. yüzyılın başlarından itibaren dönemin mevcut hukuk algısına karşı tepkisel görüşlerin / akımların doğuşunu kolaylaştırmıştır⁴⁶. Söz konusu hukuk anlayışı

⁴⁵ Bu bağlamda Fransa’da Yorumcu Okul (l'École de l'exégèse), Almanya’da Kavramlar İctihadı Okulu (Begriffsjurisprudenz) ve Anglosakson dünyasında Analitik Okul (Analytical Jurisprudence) hukuk normlarını sabit düzen kalıpları olarak ele alma yolunu tercih etmiş ve hukuku içe kapalı bir sistem olarak değerlendirmişlerdir. Bkz. TOPÇUOĞLU, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi**, C. 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 15 – 28.

⁴⁶ GÜRKAN, Ülker, **Hukukî Realizm Akımı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 1 – 2; WHITE, G. Edward, “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America”, **58 Va. L. Rev.** 999 1972, s. 1000.

hukukun sosyal temelini görmezden gelerek, kanunları, hukukun bütünü sayarak aşırı ölçüde yüceltmekte, salt pozitif hukuku değerlendirme yolunu tercih ederek normun lafzına ağırlık vermekte, bilhassa Amerikan hukuku bağlamında emsal kararlar ekseninde şekillenen hukuka aşırı bir bağlılık göstererek hâkimin fonksiyon alanını daraltmaktaydı⁴⁷. Klasik, ortodoks veya yer yer pozitivist hukuk geleneği şeklinde adlandırılacak olan 19. yüzyılın bu hukuk düşüncesi, kelimenin gerçek manasıyla objektivist bir karakter göstermekte, hukukun bir ilkeler ve kurallar sistemi olarak otonomluğu ve tarafsızlığı argümanını savunmakta, hukuku yürürlükte bulunan kesin ve açık normlardan sonuç çıkarabilen, böylece sosyal çatışmaları taraf tutmadan çözebilecek apolitik ve nesnel bir bilim olarak nitelendirmektedir⁴⁸. Gerçekten de hukuk, tamamen pozitifleştirilmiş, objektif ve formal olarak tanımlanmış kurallar bütünü, hukuk dünyası da farklılıkların çokluğu olarak değil, hak ve yetkiler alanının korunmasına yönelik bir yapı olarak görülmekteydi⁴⁹. Amerika özelinde ortodoks hukuk geleneğini biçimlendiren bu yapısal nitelikler, Amerika'nın "kurucu babalar"ından olan *Alexander Hamilton*'un (1757 – 1804) görüşlerinden kuvvetle etkilenmiştir. *Hamilton*'un "*Federalist Yazılar*" adlı eserinde temel hatları somutlaşan söz konusu hukuk düşüncesi güçlü bir merkezi devletin gerekliliğini vurgulayarak, 20. yüzyılın başlarına kadar hukuk teorisinden uygulamasına (özellikle Yüksek Mahkeme'nin [Supreme Court] kararlarına), hukuk eğitiminden devletin

⁴⁷ Bkz. TOPÇUOĞLU, 1969, s. 28; GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 303 ve s. 314.

⁴⁸ TRUBEK, David M., "Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", **18 Fla. St. U. L. Rev. 1 1990 – 1991**, s. 18; **West's Encyclopedia of American Law**, Vol. 6 / Jap to Ma, (Edi. Jeffrey Lehman & Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005, s. 243.

⁴⁹ MENSCH, Elizabeth, "The History of Mainstream Legal Thought", **The Politics of Law – A Progressive Critique**, (Edi. David Kairys), 3. Baskı, Basic Books, New York, 1998, s. 29.

örgütlenmesine kadar uzanan bir sahada etkinlik göstermiş; finans, sanayi ve ticaret gibi alanların şekillendirilmesinde hukukun ve yasal kurumların rolünün ön plana çıkartılmasını savunmuştur⁵⁰. *Hamilton*, hukuku merkezî bir yapı etrafında tekelleştirmeye çalışarak, yaşadığı dönemdeki konfederalist görüşlere karşı çıkarak federalizmi savunmuş ve federal devletin güçlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵¹. *Hamilton*'un Amerika'nın kuruluşu aşamasında öne sürdüğü bu görüşler, Birleşik Devletler ordusunun, hazinesinin ve biziati devletinin yapısal unsurlarının şekillenmesinde çok önemli bir rol oynayarak ona sistemin düşünsel mimarı unvanını kazandırmıştır⁵².

Yukarıda belirtilen ve 1787 ile 1788 yılları arasında *Hamilton*, *John Jay* ve *James Madison* tarafından hazırlanan, seksen beş başlıktan oluşan “*Federalist Yazılar*”, bir taraftan New York'luların Birleşik Devletler Anayasası'nı onaylamalarını sağlamak, diğer taraftan *Cato* (muhtemelen *George Clinton*) ve *Brutus* (muhtemelen *Robert Yates*) gibi Anti-Federalistlerin aynı dönemde çeşitli gazetelerde yayınlanmış karşı yazılarına bir cevap oluşturulabilmesi amacıyla kaleme alınmışlardı⁵³. Federalistlerin bu yazılarda dile getirdikleri temel amaçlar ise politik zenginliğin sağlanması için birliğin faydaları; konfederasyon sisteminin birliği korumak için yetersiz kalacağı; birlik hedefi doğrultusunda aynı derece faal bir

⁵⁰ BATT, John, “American Legal Populism: A Jurisprudential and Historical Narrative, Including Reflections on Critical Legal Studies”, **22 N. Ky. L. Rev. 651 1994 – 1995**, s. 761; **West's Encyclopedia of American Law**, Vol. 5 / Fri to Jam, (Edi. Jeffrey Lehman & Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005, s. 180.

⁵¹ **Ibid.**, s. 178.

⁵² **Idem.**

⁵³ PIERSON, Charles W., “The Federalist in the Supreme Court”, **33 Yale L. J. 728 1923 – 1924**, s. 728.

hükûmete ihtiyaç duyulduğu; önerilen anayasanın temel ilkeleriyle uyumlu cumhuriyetçi bir hükûmete gereksinim olduğu; yeni anayasanın mevcut eyalet anayasalarıyla uyum gösterdiği ve son olarak anayasanın kabul edilmesiyle hükûmetin, özgürlüğün ve mülkiyetin çeşitliliğinin korunması için daha fazla güvence sağlayabileceği gibi hususlar etrafında şekilleniyordu⁵⁴.

Tarihsel açıdan bakıldığında Amerika'nın bağımsızlığını kazanması ve bunu müteakiben devletin yönetsel sisteminin ve anayasal düzeninin nasıl biçimlendirileceğine ilişkin tartışmalar, kısa sürede siyasal arenanın başlıca mevzu haline gelmiş ve netice itibarıyla kuruluş aşamasında teorik önderliklerini *Hamilton*'un yaptığı ve kentli burjuvazinin çıkarlarını savunan Federalistler ile *Thomas Jefferson*'un önderlik ettiği, başta güney olmak üzere esasen kırsal kesimlerin çıkarlarını savunan Antifederalistler –ya da konfederalistler– arasında bir tür güç savaşı –egemenlik mücadelesi– başlamıştır⁵⁵. Gerçekten “*Federalist Yazılar*”ın yukarıda belirtilen içeriği ile “*Antifederalist Yazılar*” karşılaştırıldığında iki grup arasındaki uzlaşmazlık esasen eyaletlerin yetkileri ile merkezi federal devletin yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi hususundaydı; Federalistler güçlü ve etkin bir merkezi devlet yapılanması isterken, Antifederalistler eyaletlerin özerkliklerini büyük oranda korumalarından ve eyaletleri temsil yetkisi daha az olan gevşek yapılanmış bir merkezi devletten (cumhuriyetten) yanaydılar⁵⁶.

⁵⁴ MILL, John Stuart / HAMILTON, Alexander / MADISON, James / etc., **American State Papers – The Federalist**, Encyclopaedia of Britannica Inc., Chicago, 1952, s. 30.

⁵⁵ **The Anti-Federalist**, (Edi. Herbert J. Storing), The University of Chicago Press, Chicago, 1985, s. 15 ve s. 103 – 108.

⁵⁶ Bkz. **Idem**.

Bu iki grup arasındaki karşılıklı çatışmalar ve uzlaşmalar Amerika'nın devlet yapılanmasından hukuksal ve yargısal düzenine uzanan bir sahada etkileri günümüze kadar devam eden sonuçlar yaratmıştır. “*Federalist Yazılar*”ın bilhassa Amerikan Yüksek Mahkemesi üzerinde ciddi bir etki yarattığını bu çalışma bağlamında ayrıca belirtmek gerekir. Zira federal yargıçlar Anayasa'nın yorumlanması hususunda sıklıkla “*Federalist Yazılar*”a atıf yapma gereği hissetmişler, hatta 1798 yılı gibi çok erken bir tarihte “*Federalist Yazılar*”a ilk atıf gerçekleştirilmiştir⁵⁷. Tüm bu göstergeler *Hamilton*'un yerleştirmek istediği hukuksal – politik mantığın bilhassa Amerikan hukuk dünyası üzerinde gerçek bir egemenlik kurduğunu kanıtlamaktadır. Bütün 19. yüzyıl boyunca hâkim olan geleneksel hukuk düşüncesinin temelinde *Hamilton*'un düşünsel önderliğini yaptığı “*Federalist Yazılar*”ın ve yine onun ve ardıllarının hukuka ilişkin tespitlerinin derin bir etkisi olduğunu belirtmek gerekir. Zira 20. yüzyılla birlikte, önce Sosyolojik Hukuk Bilimi mensuplarıyla Realistler tarafından başlatılan ve Eleştirellere uzanan takipçilerince de sürdürülen dönemin mevcut hukuk sistemine, kurumlarına ve uygulamasına dair eleştirel ve şüphecî yaklaşımları, Amerikan tarihinin bu hukuki – politik geçmişi kavramadan anlamlandırmak gerçekten güçtür.

Amerikan hukuk dünyası içinde de 20. yüzyılın başlarında bilhassa “Sosyolojik Hukuk Bilimi” (Sociological Jurisprudes) hareketinin etkililiğine paralel olarak dönemin egemen hukuk düşüncesinde var olan topluma ve toplumsal

⁵⁷ PIERSON, 1923 – 1924, s. 729. “*Federalist Yazılar*”a yapılan atıflar hukuk sisteminin oturmasına paralel olarak hızla artmış, bu metinler klasik Amerikan hukuk düşüncesinin şekillenmesinde oldukça belirgin bir rol oynamışlardır. En çok atıf yapılan beş bölüm 42. yazıya 33; 78. yazıya 30; 81. yazıya 27; 51. yazıya 26 ve 32. yazıya 25 atıf ile son derece dikkat çekici boyutlardadır. LUPU, Ira C., “The Most-Cited Federalist Papers”, 15 *Const. Comment.* 403 1998, s. 404 – 408.

sorunlara ilişkin, hukukun soyutlanmış bir kategori olarak telakki edilmesi biçiminde kendini gösteren tutum terkedilerek, onun toplumsal işleviyle –sosyal mühendislik işleviyle⁵⁸– daha fazla ilgilenen sosyolojik bir hukuk anlayışının güç kazanmaya başladığı görülmekteydi⁵⁹. Bu sosyolojik anlayış aynı zamanda hâkimlere de son derece önemli görevler yüklemekte; onları salt hukuku uygulamak, emsal kararları önlerine gelen olaylar ekseninde bulup ortaya çıkarmak şeklinde kendini gösteren pasif uygulayıcılar olmaktan kurtarmayı ve onların sosyal mühendislik niteliklerinin ön plana çıkartılmasını amaçlamaktaydı.

Hâkimlerin bu niteliklerinin ön plana çıkartılması önemini ısrarla vurgulayan *Pound*, onlar için asıl yükümlülüğün yargısal karar alma süreçlerinin rasyonalizasyonunda dünün değil bugünün gerçeklerini, amaçlarını göz önünde bulundurmak olduğunu savunmaktadır⁶⁰. Bu süreçte mahkemelerde karar verilirken hâkimler, sosyal kontrolün tüm süreçlerinin bir parçası olarak hukuki sosyal mühendisliğin gerçekleştirilmesine dikkat etmeli ve en önemlisi kendileri bilinçli bir biçimde karar verme süreci ile onun ilan edilmesinde sosyal ve hukuksal düzenin ideal biçiminin gerçekleştirilmesine teşvik edilmelidirler⁶¹.

Sosyolojik Hukuk Bilimi mensupları 19. yüzyıl hukuk anlayışında

⁵⁸ Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin en önemli isimlerinden biri olan *Roscoe Pound*'a göre sosyal mühendislik ile amaçlanan, bir taraftan hukuku sosyal bilimlerin sonuçlarıyla donatmak diğer taraftan toplumda, tanınmaları hususunda baskı yapan insani ihtiyaç, talep ve arzuları hukuk vasıtasıyla düzenlemek ve uzlaştırmaktır. GÜRKAN, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s. 48.

⁵⁹ **Ibid.**, s. 40.

⁶⁰ POUND, Roscoe, "The Theory of Judicial Decision III", **36 Harv. L. Rev.** 940 1922 – 1923, s. 958.

⁶¹ **Idem.**

egemen olan hukuku tek bir izah tarzına bağlama eğilimine⁶², düsturcu ve içine kapanık eski hukuk anlayışına⁶³ karşı çıkararak yaşamın sürekli değişen gereksinimlerini karşılayabilecek ve ortaya çıkan çatışmaların çözümünü sağlayabilecek yöntemler geliştirmek istemişlerdir⁶⁴. Esas olarak formalist bir karakter gösteren düsturcu ve içine kapalı 19. yüzyıl klasik hukuk anlayışı, kuralların varlığını karşılıklı mantıksal ilişkilere dayandırmakta ve kuralların diğer kurallara uygun olduğu müddetçe doğru oldukları görüşünü savunmaktaydı⁶⁵. Oysa sosyolojik görüş, hukukun fonksiyonel bir davranış kazanması, sosyal talep ve menfaatlerle ilgilenmesini amaçlamıştır⁶⁶. Sonuç olarak pragmatist ve fonksiyonel niteliğiyle sivrilen bu hareket, uygulamada pratik neticelere odaklanarak, beşeri menfaatleri tatmin ve uzlaştırma hususunda sosyolojik yöntemlerden yararlanan bir hukuk uygulamasını tercih etmiş ve hukukun bir tür sosyal mühendislik aracı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş⁶⁷; ayrıca Amerikan hukuk dünyasında çok daha etkili olacak ve daha muhalif bir karakter gösterecek Realizm hareketinin doğuşunun düşünsel temellerini atmıştır. Gerçekten de 19. yüzyılın klasik hukuk yaklaşımının ve yöntemlerinin geçerliliklerinin büyük ölçüde tartışmalı hale gelmesiyle alternatif bir hukuk bilincinin ve algısının tesisinde Realistler ile onların takipçilerinin gerek Amerikan gerek diğer ülke hukukçuları üzerinde yarattıkları

⁶² GÜRKAN, 1961, s. 44.

⁶³ GÜRKAN, 1967, s. 2.

⁶⁴ GÜRKAN, 1961, s. 2.

⁶⁵ SCHLEGEL, John Henry, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies”, **36 Stan. L. Rev.** 391 1984, s. 404. Örneğin Realistler de klasik hukukçuluğun iddialarının tam aksine bir veçhede kuralların toplumsal siyasa ile somutlaşabildiği ölçüde doğru ya da kabul edilebilir oldukları görüşünü öne sürüyorlardı. **Idem.**

⁶⁶ GÜRKAN, 1961, s. 2.

⁶⁷ **Ibid.**, s. 123 – 125.

etkileri görmezden gelmek mümkün değildir.

1.2.1. Hukuki Realizm Akımı

Hukukun, sosyolojinin kullanılması suretiyle yeniden ele alınmasına yönelik çabalar Hukuki Realizm akımıyla yeni bir ivme kazanmıştır. *Oliver Wendell Holmes Jr.*⁶⁸, *Pound*⁶⁹, *Jerome New Frank* ve *Karl Llewellyn* gibi hukukçuların çalışmalarında kendini gösteren bu yeni hukuk anlayışı, dönemin hukuk düşüncesinde egemen olan dogmatik kalıplara ve hukukun salt liberal bir veçheden yorumlanması yönündeki teamüllere karşı çıkmıştır⁷⁰. 1930’lu yıllardan itibaren ciddi bir gelişme gösteren Hukuki Realizm, hukuku olduğu gibi ele alması itibarıyla pozitivist⁷¹; onu çeşitli faktörlerin mahsulü olarak kabul ettiği için sosyolojik; hukuk

⁶⁸ *Holmes*’i doğrudan bir Realist olarak tanımlamak yerine öne sürdüğü görüşler ve hukuk uygulamasına ilişkin düşünceleriyle Hukuki Realizm akımına öncülük eden, onun şekillenmesinde etkili olan bir şahsiyet olarak nitelemek daha doğru olabilir. *Ülker Gürkan*’ın da belirttiği üzere Amerikan hukukunda reform yapmak isteyen Realistler bir taraftan Sosyolojik Hukuk İlmi mensuplarının açtıkları yoldan ilerlerken diğer taraftan *Holmes*’un bilhassa geleneksel hukuk kalıplarına yönelik mesafeli tutumu ve onlara yönelik şüpheciliğinden beslenerek hukuk hakkında tam bir bilgiye ulaşmak istemekteydiler. GÜRKAN, 1967, s. 27.

⁶⁹ *Pound*’u da saf bir Realist olarak tanımlamak güçtür. Bununla beraber gerek Realistler hukukçular üzerinde gerek akımın şekillenmesinde oldukça önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Keza çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de yer verileceği üzere Realistleri yekpare bir blok ya da okul olarak düşünmenin zor olduğu eklenmelidir. Örneğin *Llewellyn* ve *Pound* gibi hukukçular birbirlerini çok keskin bir biçimde eleştirdikleri gibi birbirlerine karşı uzlaşmaz teoriler de öne sürmüşlerdir. Bkz. TRUBEK, 1990 – 1991, s. 18; *West’s Encyclopedia of American Law* – Vol. 6 / Jap to Ma, s. 243 – 244.

⁷⁰ *Ahmet Ulvi Türkbağ*, hukuki realizmin kriz ve şok zamanlarının bir tür teorisi olarak görülmesi gerektiğini söyler. Ona göre realizm “*genel kabuller üzerine ‘sinik asit’ dökmek*” faaliyetidir. “*Sinik asit dökmek, her türlü kurum ve kavramı rasyonalize etmeden (makul bir kılıf bulmadan) olduğu gibi görmek, üzerindeki örtüyü kaldırmak ya da maskeyi çıkarmaktır.*” TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *İÜHFİM*, C. LVIII, S. 1 – 2, Y. 2000, s. 80.

⁷¹ Realistlerin pozitivistliği 19. yüzyılın klasik hukukçuluğunun tanımladığı biçimiyle bir hukuksal pozitivistlik olarak nitelendirilmemelidir. Bilhassa sosyolojik olguların göz önüne alınması ve değerlendirmelerin bu veçhede anlamlandırılması gerekmektedir. Realistlerin pozitivistliğini hukuk normuna kuru kuruya mutlak bir bağlılık olarak nitelemektense sosyal gerçeklikleri de hukuksal karar verme süreçlerinde bir etken olarak hesaba katan ve hukuku bütünsel olarak ele almaya çalışan bir mahiyette değerlendirmek lazımdır.

kaidelerini uygulamada var olan işleyişleri bakımından değerlendirmesi veçhesiyle pragmatist ve fonksiyonel ve nihayet hukuka bakışı itibariyle ampirik⁷² bir karakter göstermiştir⁷³. Realistler bir taraftan hukuka ilişkin geleneksel teknikleri yeniden değerlendirerek, diğer taraftan hukukun hakikatle olan ilişkisini sorgulayarak dönemin hukuk düşüncesinde etkin olmuşlardır⁷⁴. Her somut olayda sosyal olgu ve gerçeklerin de dikkate alınması gerektiğini gözetilen bir yöntem ile hukuki vakıaları tahlil etme yolunu seçen Realist hukukçular, hukuku, özellikle sosyoloji ve psikoloji gibi bilimler ile ilişkilendirerek daha geniş bir sahada değerlendirmişlerdir.

Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin amaçsal ve etik hukuk anlayışına karşı çıkarak, hukuki belirlilik ve bilinirliğe karşı şüpheci bir tutum takınan Realistler, 20. yüzyılın başlarında yargısal düşünüş kalıplarını değişen sosyal koşulları göz ardı ettiği, çağdışı kavram ve değerleri destekleyen bir yöntem tercih ettiği için "hatalı" olarak nitelendirmişler; dönemin hukuk doktrininin yargısal kararların objektif bir temele dayandığına ilişkin iddialarını eleştirmişler ve hukuk araştırmalarının adaletin uygulanmasında yararlı olması üzerinde durarak, bilhassa yargısal faaliyetlerle ilgilenmişlerdir⁷⁵. Bu bağlamda hukuk da belirli sınırlar içinde hâkimlerin, resmi

⁷² Realizmin ampirik karakterinin bir diğer önemli noktası, yargısal karar verme süreçlerinde ampirizme verilen işlev itibariyle ortaya çıkar. Realistler gibi Sosyolojik Hukuk Bilimi mensuplarıncı da önemli görülen ampirik bilgiler, formalist mantığın bir alternatifi olarak değerlendirilir. Gerçekten *Pound*, *Llewellyn* ve *Frank* gibi dönemin önde gelen hukukçuları yargısal karar verme süreçlerinin gelişiminin ancak yapay mantıksal kavramların terkedilerek, çağdaş sosyal fenomenlerden bilimsel bir çalışmayla toplanmış ampirik bilgilerin artan oranda kullanımıyla gerçekleştirilebileceği noktasında birleşirler. WHITE, 1972, s. 1020.

⁷³ GÜRKAN, 1967, s. 147.

⁷⁴ LLEWELLYN, Karl N., "Some Realism About Realism – Responding To Dean Pound", 44 *Harv. L. Rev.* 1222 1930 – 1931, s. 1222.

⁷⁵ GÜRKAN, 1967, s. 3; WHITE, G. Edward, "From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History", 40 *SW L. J.* 819 1986 – 1987, s. 821; TUSHNET, Mark, "Legal Scholarship: Its Causes and Cure", 90 *Yale L. J.* 1205 1980 – 1981, s. 1207.

veya yarı resmi memurların eylemlerinden, davranışlarından ibaret bir saha olarak kabul edilmiştir⁷⁶. Mahkemelerde uygulanan hukuk –gerçek hukuk– ile kitaplarda yazan hukuku –kâğıt hukukunu (paper rule)– karşılıklı olarak ele almışlar, hangisinin gerçek hangisinin kâğıt üzerinde kalan hukuk olduğunu yargısal karar alma süreçlerini de göz önüne alarak fonksiyonel açıdan değerlendirmişlerdir⁷⁷. Gerçekten de hukuk fakültelerinde öğretilen ve ağırlıklı olarak 18. ve 19. yüzyıl klasik hukuk düşüncelerinin bir aktarımı olan ders kitaplarındaki hukuk, dışarıda yaşanan somut olayların, çatışmaların giderilebilmesinde işlevsiz kalmakta ve uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamaktan oldukça uzaklaşmaktaydı. Realistlerin “gerçek hukuku” keşfetmeye dönük arayışlarının bu doğrultuda, hukuk uygulamasını tüm mahiyeti itibariyle anlamlandırabilmek ve belirli bir düzleme yerleştirebilmek bakımından, son derece önemli bir eksikliği gidermeye yöneldiğini belirtmek gerekir.

Davranışçılık kuramlarından etkilenen Realistler, özellikle hâkimlerin psikolojik durumlarını ciddiyetle değerlendirmişler ve karar alma süreçlerinde bunun etkinliğini çözümlenmeye çalışmışlardır⁷⁸. Hâkimlerin yorumlama faaliyetlerinin / süreçlerinin her durumda sosyal seçimlerden / konumlardan etkilendiği görüşünü savunmuşlardır⁷⁹. Realistler için hukuk, büyük oranda hâkimlerin davranışlarıyla ilişki içindedir; bu davranışlara ve dolayısıyla hukuka etki yapan temel faktörler de

⁷⁶ GÜRKAN, 1967, s. 3. Bu bağlamda *Llewellyn*'in hukuku “*resmî memurların ihtilâflar hakkında yaptıkları şeyler*” olarak anladığını belirtmek gerekir. Bkz. *Ibid.*, s. 116.

⁷⁷ LLEWELLYN, Karl N., “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, **30 Colum. L. Rev.** 431 – 1930, s. 449 – 450.

⁷⁸ WHITE, 1972, s. 1015. Ayrıca bkz. LLEWELLYN, 1930, s. 464 – 465. TRUBEK, 1990 – 1991, s. 18; *West’s Encyclopedia of American Law* – Vol. 6 / Jap to Ma, s. 245.

⁷⁹ BELLIOTTI, Raymond A., **Justifying Law – The Debate over Foundations, Goals, and Methods**, Temple University Press, Philadelphia, 1992, s. 7.

dolaylı bir biçimde hâkimin kişiliği, sosyal çevresi, iktisadi ve sosyal durumu, yetişme tarzı ve psikolojisi gibi saikalar doğrultusunda biçimlenmektedir⁸⁰. Dolayısıyla yargısal karar alma süreçleri, formalistlerin iddialarının aksine, salt mantıksal tündengelim yoluyla oluşturulamaz; formalistler dil ile mantığın sınırları ve ahlak ile normatif kavramların belirsizliği nedeniyle aslında yanılmaktadır; zira bu kavramlar da doğada içkin olmayıp, sosyal yaşamın içinde gelişen teamüllerin bir uzantısıdır⁸¹.

Hessel E. Yntema'ya göre kodların ve yasaların tarihine, hatta diline bakıldığında ilkeler ile kuralların aslında boş semboller olduğu görülmektedir; bunlar ancak belirli bir zaman ve mekânın var olan sosyal ve profesyonel gelenekleri dikkate alınırsa bir anlam ifade edebilirler⁸². Keza yargısal sürecin asıl gizemli –aynı zamanda belirsizlik ya da bilinmezlik arz eden– noktası, kararların verilmesi aşamasında ilkeler ve mantığın ikincil bir rol oynaması; hâkimlerin esasen kendi duygusal tecrübelerine dayanarak hüküm tesis etmeleridir⁸³. *Llewellyn*, kati surette bilinebilecek yegâne gerçekliğin, farklı kuralların hâkimlerin davranışları üzerinde farklı etkiler yaratması olduğunu; bu durumun diğer resmi yetkililer gibi söz konusu kurallara göre yönetilen insanlar için de geçerli bulunduğunu belirtir⁸⁴. *Frank* ise yargısal işlemlerde yargıcın kişiliğini ve psikolojisini gündeme getirerek hukukun

⁸⁰ GÜRKAN, 1967, s. 147.

⁸¹ BELLIOTTI, 1992, s. 6.

⁸² YNTEMA, Hessel E., “The Hornbook Method and The Conflict of Laws”, 37 *Yale L. J.* 468 1927 – 1928, s. 479.

⁸³ *Ibid.*, s. 480. *Max Radin*'e göre hâkim hüküm verirken var olan duruma ilişkin tek bir kategori doğrultusunda değil, aksine birbirinden farklı kategorilerin zihnindeki mücadelesi neticesinde kendisince istenen sonuca en yakın olan kategoriyi tercih ederek kararını vermektedir. RADIN, Max, “The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think”, 11 *A.B.A. J.* 357 1925, s. 359.

⁸⁴ LLEWELLYN, 1930, s. 444.

yargıcın kişiliği doğrultusunda değişebileceği görüşündedir⁸⁵. Hâkimlerin karar alma süreçlerinin izini süren *Charles Grove Haines* de yargısal hükümlerin tesisinde doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki tür etken üzerinde durmuş; dolaylı etkenleri eğitim (genel ve hukuksal), ailevi ve kişisel ilişkiler ile malvarlığı ve sosyal pozisyon; doğrudan etkenleri ise hukuksal ve politik deneyim, politik bağlantılar ve düşünceler ile entelektüel ve yaradılıştan gelen özellikler olarak ifade etmiştir⁸⁶. Realist hukukçular tarafından dile getirilen ve hâkimlerin yargısal karar verme aşamasındaki muhakeme süreçlerine odaklanan tüm bu görüşler, esasen geleneksel hukuk telakkisinin gerek hâkimlerin işlevine gerek hükmün tesisinin niteliğine dair ön kabullerini ve genel olarak klasik hukukçuluğu eleştirerek geçersiz kılmaya yöneliktir.

Realistlerin bir sistem analizinden ziyade, kuralların içeriklerini ve işlevlerini daha fazla eleştirmeye yönelmeden, uygulamaya ve uygulamanın sorunlarına yoğunlaştıklarını örneğin hâkimlerin karar verme süreçlerinde nasıl bir seyir izledikleri gibi konularla ilgili araştırmalara ağırlık verdiklerini de belirtmek gerekir. Fakat hâkimlerin davranışlarının incelenmesine yönelmiş olan bu araştırmalar, kararların esasını etkileyen muhtelif dış etkenlerin rolünü ortaya çıkarması ile kararların şekillenmesinde hâkimin o konuya yönelik tutumunun / davranışının belirleyici faktör olduğunu saptaması, hukuksal kararların önceden kestirilebileceği ve bilinebileceğine ilişkin klasik hukuk düşüncesinin geçerliliğini

⁸⁵ FRANK, Jerome, **Law & The Modern Mind**, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009, s. 108 – 111.

⁸⁶ HAINES, Charles Grove, “General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges”, **17 Ill. L. R. 96 1922 – 1923**, s. 116.

ciddi biçimde sarsmaya yetmiştir.

Realistlerin, klasik hukuk geleneğine yönelik bu eleştirel tutumlarına karşın, politik yönden liberal bir tutum sergilediklerini de belirtmek gerekir⁸⁷. Örneğin Eleştirellere göre Realistler dönemin egemen formalizm anlayışına karşı çıkmışlarsa da, asıl meseleleri liberalizmin devrilmesi değil, liberal taahhütlerin daha iyi bir yolla yapılmasını sağlamaktır⁸⁸. Realistler dönemin toplumsal ve politik seçkinlerine meydan okumuşlarsa da hukukun içinde baskın olan yerleşik inançlara asla köktenci bir biçimde başkaldırmamışlardır⁸⁹. *Allan C. Hutchinson*'a göre Realistlerin saldırıları bir saray devriminden daha fazla bir şey ifade etmemektedir; Realistler gerek ideolojik gerek pratik yönden liberalizmin “Yeni Düzen”iyle (New Deal) uyum içindedirler⁹⁰, kurumsal yapılara ilişkin pragmatik bir değişimi liberal

⁸⁷ HUTCHINSON, 1989, s. 6.

⁸⁸ **Idem.**

⁸⁹ SILBEY, Susan S. & SARAT, Austin, “Critical Traditions in Law and Society Research”, **21 Law & Soc’y Rev.** 165 1987 – 1988, s. 170.

⁹⁰ İlk defa *Franklin D. Roosevelt*'in Temmuz 1932de Demokrat Parti Kongresi sırasında kullandığı “New Deal” ifadesi, daha sonra başkanlığı döneminde liberalizmin daha fazla devletçi bir karakter taşıyan yeni politik ve ekonomik tutumunun ismi olmuştur. I. Dünya Savaşı'nın ardından Amerika Birleşik Devletleri'nde eşi görülmemiş bir refah dönemi yaşanmış, tüketim alabildiğine artarken borsa temel yatırım aracı haline gelmişti. Ancak 1929 krizinin başlaması bu ortamı bir anda değiştirmiş ve başta borsa sistemi olmak üzere ekonomik yapı bütünsel olarak bir çöküntüye / iflase sürüklenmişti. Nisan 1930 itibariyle üç milyondan, Aralık 1931 itibariyle ise 13 milyondan fazla insan işsiz kalmış; tüketim büyük oranda azaldığı gibi fabrikalar da hızla kapanmaya başlamıştı. *Roosevelt*'in 1932 yılında Başkan olmasını müteakip ilk olarak altın ihracına yönelik ilan ettiği moratoryum, bankaların desteklenmesi, devletin teşvikiyle 250.000'den fazla projenin hazırlanması suretiyle işlerini kaybedenlerin yeniden çalışma hayatına katılmalarının sağlanması gibi bir dizi acil tedbire başvurduğu görülür. New Deal olarak adlandırılan bu dönem görüldüğü üzere esasen ekonomik düzenin yeniden devlet eliyle organize edilmesi manasını taşıyordu. Devlet, ekonomik sistemin işleyişine doğrudan müdahaleler yoluyla piyasanın yeniden işlemesine yönelik tedbirlere ağırlık vermiş ve böylece başta işsizlik olmak üzere toplumsal yaşamda ağır sonuçları olan ekonomik krizi ortadan kaldırmaya çalışmıştır. **West's Encyclopedia of American Law**, Vol. 7 / Mc to Pl, (Edi. Jeffrey Lehman & Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005, s. 232 – 234. Realistlerin “New Deal” ile uyum içinde olmalarını aslında dönemin egemen politik yönelimlerinden, tartışmalarından ari olarak düşünmek pek mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda Realistlerin öncülleri olarak nitelendirilebilecek Sosyolojik Hukuk Biliminin (Sociological Jurisprudes) mensupları esasen Amerikan politik, sosyal ve entelektüel tarihinin bir parçası olan “İlerleme

politikaların tam bir reddine tercih eden Realistler, hâkim–merkezli bir hukuk bilimi anlayışı yerine bürokrasi tarafından kullanılan bir politika bilimini ikame etmek istemişlerdir⁹¹. Bununla birlikte Realistlerin liberalizm anlayışını da hafife almamak gerekir; zira dönemin muhafazakâr düşünceli liberalleri için Realistler, tam da akademik merkezin –hukuk eğitime ilişkin olarak aldığı radikal tutumlar da göz önüne alındığında– solunda yer alan bir hareketti⁹². *Mensch*'e göre de Realistler, hukuku kendi özerk otonom mantık alanından çıkarıp daha büyük bir politik ve sosyal alanın içine koyarak, Amerikan klasik hukuk düşüncesinin devam edegelen geleneksel hukuk mantığının öncüllerine öylesine büyük bir darbe vurmuşlardır ki, artlarından gelen –bilhassa liberal– hukukçular hâlâ inandırıcı ve tutarlı bir hukuksal yapıyı yeniden inşa etmeye çalışmaktadırlar⁹³.

Realizmin bir okul mu yoksa bir hareket mi olduğu hususu da tartışmalı bir mahiyet arz eder. Ayrıca Realizmi bütünsel, yekpare bir hukuksal görüş çerçevesinde hareket eden biteviye bir yapı olarak tarif etmek oldukça zordur. Bu bağlamda Realistlerin de kendilerini bir okul olarak görmediklerini belirtmek gerekir. *Llewellyn*'e göre Realistler, bir okul olmadıkları gibi, Realist hukukçuların bir okul

Hareketi'nin (Progressive Movement) etkisi altındayken, Realistler New Deal'in bir parçasıydılar. New Deal yandaşları her ne kadar İlerlemeciler'den özellikle söylem hususunda etkilenmişse de ulaştıkları sosyal varsayımlar itibarıyla onlardan farklı bir konumda bulunuyorlardı. Ancak gerek Sosyolojik Hukuk Bilimi mensuplarının gerek Realistlerin 19. yüzyılın “mekanik hukuk bilimi”ne karşı ortak bir tepki duydukları ve hukukun sosyal değişimi de gözeten bir veçhede değerlendirilmesi hususunda ortaklaştıklarını belirtmek gerekir. WHITE, 1972, s. 999 – 1000 ve 1013. Keza Realistlerin ilerlemecilerin mirasçısı olarak görülmesi gerektiğini belirten görüşler de vardır. Bkz. TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1222.

⁹¹ HUTCHINSON, 1989, s. 6 – 7. Realistlerin New Deal ile ilişkileri konusunda ayrıca bkz. YÜKSEL, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s. 206.

⁹² SCHLEGEL, 1984, s. 404 – 405.

⁹³ MENSCH, 1998, s. 33.

olma olasılıkları ve arzuları da bulunmamaktadır; onlar daha çok, bazı koşullarda uzlaşan ama her birinin hukuka ve dünyaya ilişkin farklı görüşleri olan insanlardan müteşekkil bir hareket karakteri göstermektedir⁹⁴. Hareketin belirli bir lideri ya da tek bir sözcüsü olmadığı gibi, ortak hareket eden tutarlı bir grup niteliği de yoktur; hareketin içinde yer alanlar bütünü değil, bizatihi kendilerini temsil eder ve kendi görüşlerini ifade ederlerdi⁹⁵. Keza *Türkbağ*'a göre de Realistleri yeknesak bir hukuk teorisi çerçevesinde aynı görüşleri ve yaklaşımları savunan ortaklaşmış bir hareket veya okul olarak görmektense, asgari hususlarda benzer görüşleri benimsemiş “*hareketler*” olarak adlandırmak daha yerinde bir yaklaşım olacaktır⁹⁶.

Çalışmanın ileriki bölümlerinde inceleneceği üzere hukuki belirsizliğe ilişkin somut tartışmaların kökenlerini de yine Hukuki Realizm akımı içinde bulmak mümkündür. Gerçekten de hukuki belirsizlik tartışmaları ilk olarak 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında egemen olan hukuksal formalizmin eleştirilmesi amacıyla Realistlerce başlatılmıştır⁹⁷. Hukuksal formalizmin bilhassa yargısal karar alma süreçlerinde baskın bir nitelik gösterdiği söz konusu dönemde, önceden var olan hukuksal materyallerin belirli hukuksal durumları anlatmak üzere çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmasına dayanan tümdengelim yöntemi, yargıcın

⁹⁴ LLEWELLYN, 1930 – 1931, s. 1233 – 1235.

⁹⁵ *Ibid.*, s. 1251.

⁹⁶ TÜRKBAĞ, 2000, s. 80. Realizm belirlenmiş, sistematik ve bütünsel bir uzlaşma dizgesine dayanmamasına karşın *Llewellyn*'e göre Realistlerin üzerinde ortaklaşabilecekleri bazı hususlar da yok değildir. Bu bağlamda *Llewellyn*'in dokuz unsurdan oluşan ortak ilkeler listesi hazırladığı dikkat çeker. Bkz. LLEWELLYN, 1930 – 1931, s. 1235 – 1238. Ayrıca bkz. GÜRKAN, 1967, s. 31 – 32, TÜRKBAĞ, 2000, s. 85 – 86.

⁹⁷ HASNAS, John, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, 45 *Duke L. J.* 84 1995 – 1996, s. 86. Ayrıca bkz. AKI, Emine İrem, **Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik**, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 31 – 33.

zoraki bir biçimde sadece bunlara –önceden sınıflandırılmış bulunan hukuksal materyallere, ilkelere, kurallara, emsal kararlara⁹⁸– dayanmak suretiyle mekanik olarak işleyen bir süreç sonunda önüne gelen davada doğru çözümü bulmasına izin veriyordu⁹⁹. Oysa Realistler böyle bir dava analizinin hukuksal problemlerin objektif bir biçimde çözümünü sağlayamayacağı görüşünü savunuyorlardı¹⁰⁰. Zira hukuksal olgular sınırsız biçimde sınıflandırılabilirdi, ancak bütün bu sınıflandırmalar farklı toplumsal kesimlerin ve bireysel taleplerin baskılarıyla şekillendiğinden sosyal etkilerden –sosyal yaşamın teamüllerinden– bağımsız bir hüviyet gösteremezdi¹⁰¹. Realistler öne sürdükleri argümanlarında belirsizlik tezini kullanmak suretiyle, hukuksal sorunların çözümünde tümdengelim yönteminin uygulanmasının mahkeme kararlarında açık bir kesinlik sağla(ya)mayacağını kanıtlamak istiyorlardı¹⁰². Amerikan hukuk sisteminin dayattığı ve yargısal karar alma süreçlerinde egemen olan emsal kararlara mutlak bağlılığı öngören sistem, bir taraftan hâkimin elini kolunu bağlayan bir zincire dönüşüyor, diğer taraftan kararların içeriğini ve niteliğini güncel gerçekliklerden kopararak eski dönemlerin şartlarının zoraki bir biçimde günümüz olaylarına tatbiki gibi son derece sakıncalı sonuçlara yol açabiliyordu. Tümdengelimine dayanan bu yöntemde güncel –dolayısıyla bugünün sosyal, ekonomik

⁹⁸ *Herman Oliphant*, formalist doktrinin alt mahkemelerin emsal kararlara mutlak bir biçimde uyması (stare decisis) gerektiğine ilişkin görüşünü ironik bir şekilde eleştirir; Yazara göre söz konusu doktrinin emsal kararlara uyulmasına ilişkin bir değil aslında iki iddiası vardır. İlk olarak formalistler (genel anlamda) önceki kararların göz ardı edilmemesi, izlenmesi gerektiğini iddia ederler, fakat ayrıca hukukçuların başka herhangi bir şeyi değil ama önceki kararları izlemeleri gerektiğini özel olarak iddia ederler. OLIPHANT, Herman, “A Return to Stare Decisis”, **6 Am. L. Sch. Rev. 215 1926 – 1930**, s. 216 – 217.

⁹⁹ BELLIOTTI, **1992**, s. 4; HAINES, **1922 – 1923**, s. 98.

¹⁰⁰ TUSHNET, **1980 – 1981**, s. 1210.

¹⁰¹ BELLIOTTI, **1992**, s. 6 – 7.

¹⁰² HASNAS, **1995 – 1996**, s. 88.

ve politik gerçeklerinin sonucu olan– bir uzlaşmazlık, geçmişin gerçekliklerinin ve koşullarının uzantısı olan bir çözüm doğrultusunda giderilmeye çalışılıyordu. Bu durumun hem taraflar açısından haksızlığın giderilmesi bağlamında, hem de bizatihi hukukun güvenilirliğine ilişkin toplumsal düzlemdeki inanç üzerinde kalıcı hasarlar bıraktığını söylemek gerekir. Keza emsal kararlara dayanılması, iddia edildiğinin aksine her zaman tam bir hukuki belirliliği sağlayamayacağı gibi, söz konusu yöntemin hukuksal eşitliğe yönelik liberal hukukçuluğun kabullerini ne kadar gerçekleştirebileceği de son derece müphemdir.

Realistlerin hukukun belirsiz bir nitelik göstermesine ilişkin tutumları ikili bir yapı göstermektedir. Buna göre başlıca temsilcisi *Llewellyn* olan ve hukukta kısmi belirlilik ve kesinliğin varlığını kabul eden ılımlı Realistler, çalışmalarını esas olarak temyiz mahkemeleri ve hukuk kuralları üzerinde yoğunlaştırırken; hukuku psikolojik ve psikanalitik yönleriyle ele alan ve hukukun aslen belirsiz bir nitelik gösterdiğini savunan, öncülüğünü *Frank*'ın yaptığı radikal Realistler ise araştırma ve inceleme faaliyetlerini ilk derece mahkemeleri ve somut olaylar üzerinden yürütmüşlerdir¹⁰³.

Akıma ilişkin önemli değerlendirmeler yapan *Llewellyn*'e göre Hukuki Realizm akımı en büyük başarısını ilk derece mahkemelerince gerçekleştirilen ve Realist görüşlerin yargı kararlarında etkinlik göstermeye başladığının kanıtı olan geri dönüşler ile hukukçu olmayan kimselerin içtihat hukukunun (case-law) temyize ilişkin geleneksel – kutsal problemlerinde

¹⁰³ GÜRKAN, 1967, s. 31. Ayrıca bkz. *Ibid.* s. 47 – 48.

izleyecekleri yöntemleri aydınlatmak / anlaşılır kılmak hususlarında göstermiştir¹⁰⁴. Ayrıca hukukun normatif yönünü kasten ihmal ettikleri gerekçesiyle “olan – olması gereken”¹⁰⁵ (is and ought) sorununun çözümüne karşı çıkanlar tarafından eleştirilen Realistler, aslında, geçici olarak normatif olanı bir kenara koymak suretiyle normatif olanın değerini de gösterebilmişlerdir¹⁰⁶.

Sonuç olarak Realistlerin hukuk dünyası ve uygulayıcılar üzerinde kalıcı etkiler gösterdiğini belirtmek gerekir. Zira onlar, bir taraftan 19. yüzyılın klasik hukuk algısını ve argümantasyon yöntemlerini alt üst ederlerken, diğer taraftan hukukun toplumsal gerçekliğin olgularını tamamen göz ardı edecek bir biçimde salt pozitivist bir zaviyeden tetkikini¹⁰⁷ bir kenara bırakarak, onu başta sosyoloji olmak üzere sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinin içinde bulunduğu bir düzlemde değerlendirmiş; hukuka, hayatın içinde pratik bir hüviyet kazandırmışlardır. Hukuk doktrini kadar hukuk uygulamasıyla da ilgilenen Realistler, yargılama süreçlerinin baş aktörleri olan hâkimlerin muhakeme süreçlerini derinlemesine incelemiş ve

¹⁰⁴ LLEWELLYN, **1930 – 1931**, s. 1252. Bu bağlamda Realistlerin belirsizlik tezine ilişkin görüşlerinin “kural şüpheçileri” ve “olay şüpheçileri” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu da belirtilmelidir. Başını *Llewellyn*’in çektiği kural şüpheçileri hukukta kesinliğe ulaşma çabasını olanaklı görürlerken, *Frank*’ın görüşlerinden etkilenen olay şüpheçileri ise hukukta belirliliği büyük oranda bir efsane olarak görüp bunun imkânsız olduğunu düşünmektedirler. AKI, **2008**, s. 37, daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 33 – 43; İSPİR TOPRAK, Zeynep, **H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı**, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 54 – 57.

¹⁰⁵ *Llewellyn* Realistlerin ortaklaştıkları genel ilkeleri belirlerken dördüncü sırada yer verdiği ve hareketin temel beş karakteristik özelliğinden biri olarak kabul ettiği “olan – olması gereken” ayrımı üzerinde bilhassa yoğunlaşmıştır. *Llewellyn* söz konusu ilkede olan ile olması gerekenin, araştırmanın amaçları için geçici olarak ayrılması gerektiğini belirtir. LLEWELLYN, **1930 – 1931**, s. 1238 ve s. 1236.

¹⁰⁶ **Ibid.**, s. 1252.

¹⁰⁷ Realistlerin pozitivismi tamamen bir kenara bırakmadıkları, aksine hukuku olduğu gibi ele almaları nedeniyle pozitivist bir karakter gösterdiklerini belirtmek gerekir. Bununla birlikte Realistler, pozitivismi sosyolojik neticeleri de göz önüne alarak değerlendirmişlerdir. Keza sosyolojinin bir yönüyle pozitivist bir karakter gösterdiğini de göz ardı etmemek gerekir.

psikolojik faktörlerin yargısal sonuçlar üzerindeki etkinliği meselesini araştırmışlardır. Gerçekten hâkimlerin muhakeme süreçlerinin onların içinde buldukları toplumsal konumdan, politik, ekonomik, kültürel ve tarihsel birikimden kopartılarak tamamen objektif bir karakter gösterdiğini iddia etmek güçtür. Hukuk normları için bile –bilhassa normların oluşturulması aşamasında politik ve ekonomik grupların kendi çıkarlarını koruma ve kollama yönündeki refleksleri de hesaba katıldığında– böyle bir objektiflikten söz edilemeyeceği düşünülürse, zaten objektif nitelik göstermeyen kuralların, onu yorumlayacak kişi ne kadar tarafsız davranmaya çalışırsa çalışsın, belli kesimlerin veya son kertede sistemin menfaatini korumaktan başka bir işlevi olamayacağı da göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla Realistlerin yargılama sisteminin en önemli sükelerinden biri olarak hâkimleri ele almaları kendilerinden sonra gelen hukuk akım ve hareketleri üzerinde de son derece etkili olmuştur. Bunların yanı sıra Realistlerin düşüncelerinin tesirlerini salt 30’lu ve 40’lı yıllarla sınırlı bir veçhede değerlendirmek de mümkün görünmemektedir. Onların görüşlerinden etkilenen post–realist hareketlerin yanı sıra, Hukuk ve Toplum ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi daha radikal hukuk akımlarının ilk tohumlarının da Realistlerce atıldığını belirtmek; başta formalizm eleştirileri olmak üzere hukukun belirsizliğine ilişkin tespitlerinin ve genel olarak hukuka sosyal bilimlerin perspektifiyle de bakılması gerektiğine dair salıklarının çağdaş ve eleştirel hukuk düşüncesinde kalıcı etki ve sonuçlar doğurduğunu da eklemek gerekir. Bu yönüyle Realistler hukuk normlarının yorumlanması ve genel olarak hukukun anlamlandırılmasında yeni bir metodolojinin ya da dilin geliştirilmesi bağlamında kendilerinden sonra gelen hukukçu nesilleri köktenci bir tarzda etkilemişlerdir. Etkinliklerinin akademisyenlerden uygulamacılara kadar hukukun farklı sükelerine;

hukuk eğitiminden, doktrine ve mahkeme kararlarına uzanan bir alana yansıyan sonuçları olmuştur.

1.2.2. Post–Realist Akımlar

Amerikan hukuk dünyasında, Realistlerden Eleştirellere uzanan süreç içinde ayrıca “post–realist” olarak adlandırılabilen çeşitli hukuk akımlarının geliştiği görülür. Realistlerden etkilenmekle beraber onlardan ciddi anlamda farklılaşan bir çizgiye sahip olan bu akımlardan ilki 1940’lı yıllarda şekillenen Hukuk, Bilim ve Politika Hareketi’dir (Law, Science, and Policy Movement)¹⁰⁸. *G. Edward White*’a göre söz konusu hareketin mensuplarının Realistlerden farkı, onların aksine “olan” ve “olması gereken”, olgular (gerçekler) ve değerler arasındaki ayrılıklarla ilgilenmemeleridir¹⁰⁹. Hukukun salt bir kurallar yığını¹¹⁰ olarak görülmesine karşı çıkan Hukuk, Bilim ve Politika Hareketi, hukukun asıl olarak hüküm verme süreçlerinin ortaya çıkartılması suretiyle anlamlandırılabilen görüşünü öne sürmüştür¹¹¹. Bu bağlamda hüküm verme süreçlerinin süjelerinin içinde buldukları toplumsal şartlar ile –bu süjelerin yaşadıkları şehirden, eyalete, bölgeye, ulusal veya uluslararası alana kadar uzanan bir skalada– kişisel ilgi alanlarının niteliğinin de göz önüne alınması gerekliliği gündeme getirilmiş ve söz

¹⁰⁸ *Hunt*’a göre Post–Realist akımların birçoğu esasen Realistlerin klasik hukuk düşüncesinde yarattıkları depremin etkilerini bertaraf etmeye çalışmışlardır. HUNT, Alan, “The Theory of Critical Legal Studies”, **6 Oxford J. Legal Stud.** **1 1986**, s. 5. Ayrıca bkz. DUXBURY, Neil, “Postrealism and Legal Process”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Edi. Dennis Patterson), Blackwell Publishing, Malden, 1996, s. 293 – 295.

¹⁰⁹ WHITE, 1986 – 1987, s. 825.

¹¹⁰ Hukuk, Bilim ve Politika Hareketi tarafından kurallar, kendileri tek başlarına bir belirleyici olarak görülmemiş birer girdi olarak nitelendirilmekte ve birbiriyle çarpışan – rakip kurallar evreninin varlığından söz edilmektedir. BATT, **1994 – 1995**, s. 692.

¹¹¹ *Idem*.

konusu etkenlerin tümünün verilen kararlarda etkili olduğu, kararların sadece hâkimlerin hukukun ilkelerinden tarafsız olarak çıkarsadıkları sonuçlardan müteşekkil olmadığı belirtilmiştir¹¹². Bu tespitlerden hareketle akımın savunucularının Realistlerden esinlenerek yargıçların sosyal konumlarının, psikolojik süreçlerinin ve var olan toplumsal şartların onların karar verme süreçlerinde etkili olduğu görüşünü savunmalarının yanı sıra, hukuk ile politika arasında 19. yüzyıl klasik hukukçularının aksine mutlak bir ayırım yapmadıklarını da belirtmek gerekir.

Hareketin temel savunularından bir diğeri ise hukuk eğitime ilişkin geniş çaplı bir reformasyonun, bir başka ifadeyle yeniden yapılandırılmanın gerekliliği olmuştur. Hareket içindeki önemli isimlerden *Harold Lasswell* ve *Myres McDougal*'e göre hukukçuların –dönem itibariyle– öncelikle ilgilenmesi gereken konu hukuk eğitimidir; zira dünyada yaşanan kriz ve kısımların acil olarak yapılmasını zorunlu kıldığı şey hukuk eğitiminin nasıl yeniden yapılandırılacağı meselesine yoğunlaşmaktır¹¹³. Buna göre ilk olarak hukuk eğitiminin belirlenecek nihai hedefler çerçevesinde reforme edilmesi, çağdaş dünyada özgür ve üretici bir milletler topluluğunun ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir kapasiteye sahip kılınarak mantıklı, etkili ve sistematik politikalar üretebilmesi ve böylece demokratik değerlerin gerçek anlamda başarıya ulaştırılabilmesi ve kalıcılaştırılabilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

1940'lı yıllarda ön plana çıkan ikinci akım Hukuk, Bilim ve Politika

¹¹² *Ibid.*, s. 692 – 693.

¹¹³ LASSWELL, Harold D. & McDOUGAL Myres S., “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *52 Yale L. J.* **203** 1942 – 1943, s. 203.

¹¹⁴ *Ibid.*, s. 206.

Hareketine göre hukuk camiasında daha etkili ve geniş bir çevre tarafından benimsenen, etkileri ve takipçileri günümüze kadar uzanan, fakat esas olarak *Lon Fuller*'in Realizm eleştirisiyle biçimlenerek gelişme gösteren Hukuki Süreç Okulu'dur (Legal Process School veya Process Jurisprudence)¹¹⁵. Realizm ile formalizm arasında salınan ve gevşek bir bağla birbirine bağlı olan bir grup hukukçu akademisyenden müteşekkil olan bu hareketin savunucuları, yargıçların hukuku çoğu kez keşfetmek yerine yarattıkları olgusunu reddetmezler; fakat yargısal karar verme sürecinin de hâkimlerin tamamen özgür seçimlerinden daha fazla şey içerdiği görüşünü muhafaza ederler¹¹⁶. Bu okulun mensuplarına göre Mahkemeler yargılama yöntemine ait düzenliliğe, amirane yasal hükümlere ve bilhassa emsal hükümlere riayet etmeli; tarafların iddialarını dikkatlice karşılaştırmalı; çıkan sonucu dürüstçe ve yargısal görüş bakımından gerekçelendirilebilecek bir biçimde haklı çıkarabilmelidirler¹¹⁷.

Realistlerden Eleştirellere uzanan süreçte önem arz eden üçüncü hareket, 1960'lı yıllardan itibaren belirleyici bir etkinliğe sahip olmaya başlayan Hukuk ve Toplum Derneği'dir (Law and Society Association). Hukukçular da dâhil olmak üzere sosyal bilimlerin farklı uzmanlık alanlarından araştırmacıların aynı çatı altında toplandığı hareket, bilhassa hukuk ile sosyoloji arasındaki ilişkiyi yeni bir bağlamda kurmaya yönelmiştir. *David M. Trubek*'in de belirttiği üzere Hukuk ve Toplum düşüncesi doktrinel anlamda geleneksel hukuki bilgi üretiminden esaslı

¹¹⁵ WHITE, 1986 – 1987, s. 827. Ayrıca bkz. DUXBURY, 1996, s. 295 – 296.

¹¹⁶ DRIPPS, Donald A. "Justice Harlan on Criminal Procedure: Two Cheers for the Legal Process School", 3 *Ohio St. J. Crim. L.* 125 2005 – 2006, s. 125 – 126.

¹¹⁷ *Ibid.*, s. 126.

şekilde farklılaşan bir metot kullanarak hukuk akademisini ciddi biçimde etkilemiş; aynı zamanda yeni bir bilgi alanı ve konusu yaratarak onun hukuksal açıdan inşasında önemli rol oynamıştır¹¹⁸. Hareketin mensupları, hukuksal fenomenleri sosyoloji, antropoloji, siyasal bilimler gibi hukukun dışındaki disiplinlerle ve esasen var olan toplumsal koşulları değerlendirmek suretiyle açıklamaya veya tanımlamaya yönelmiş; yaşayan hukuku asıl çalışma alanı olarak belirleyerek hukuk sisteminin fiilen nasıl işlediğinin araştırılmasına yoğunlaşmışlardır¹¹⁹. Sosyolojinin hukuka entegre edilmesi gerektiği ve hukuki kurumların bütünsel olarak toplumsal çevreye bakmadan anlaşılamayacağı konusunda ısrar etmişler; asıl gerekli olanın –bununla birlikte çok da başarılı olamadıkları konunun– hukuk sosyolojisinin de bir sosyolojisinin yapılması olduğunu belirtmişlerdir¹²⁰. Hukuku normatif içeriği itibariyle muhakeme etmeyip sosyal bir fenomen olarak değerlendirmiş fakat hareketin kendisine özgü, belirlenmiş, normatif içerikli bir programını da oluştur(a)mamışlardır¹²¹. Bununla birlikte Hukuk ve Toplum hareketini hukukun sadece toplumsalı da gözeten bir veçheden amaçsızca incelenmesine yönelik akademisyenler arası bir rabıta olarak da görmemek gerekir. *Austin Sarat*'ın da vurguladığı üzere Hareket, hukukun imkânlarının kullanılması suretiyle Amerikan toplumu içinde baş gösteren ciddi toplumsal eşitsizliklerin giderilebileceği veya düzeltilebileceği konularında oldukça umutlu ve istekli olmuş ve bu doğrultuda yeni

¹¹⁸ TRUBEK, 1990 – 1991, s. 7 – 8.

¹¹⁹ FRIEDMAN, Lawrence M., “The Law and Society Movement”, 38 *Stan. L. Rev.* 763 1985 – 1986, s. 763 – 764.

¹²⁰ SILBEY & SARAT, 1987 – 1988, s. 165 – 166.

¹²¹ FRIEDMAN, 1985 – 1986, s. 765.

arayışlara yönelmiştir¹²².

Hukuk ve Toplum akımının mensupları, bunların yanı sıra, yukarıda bahsedilen iki hareketin ihmal ettiği ama Realistler açısından oldukça değer taşıyan ve bilhassa üzerinde fikir ürettikleri “gerçek hukuk” ile “kitaplarda yazan hukuk” – kâğıt hukuku– mevzuunu yeniden hukuk dünyasının gündemine getirmişlerdir¹²³. Realistlerin kitaplarda yazan hukukun bir kenara bırakılarak gerçek hukuka bakılması gerektiğine yönelik söylemlerini destekleyen Hukuk ve Toplumcular, hukukun tamamen tarafsız olduğu tezini kabul etmiyor olsalar da savaş sonrası yeniden yapılandırılan hukuk düzenine ilişkin süreçlerin ve politikaların daha demokratik, eşitlikçi ve tarafsız bir biçimde gerçekleştirilebileceğini savunmaktan geri kalmıyorlardı¹²⁴.

Hukuk ve Toplum hareketinin karakteristik niteliklerini ele alan *Trubek*, beş kısımdan müteşekkil bir yapısal özellikler sınıflandırması yaparak hareket hakkında çeşitli değerlendirmelerde bulunur. Değerlendirmelerinden ilki toplum kavramını birbirine bağlı bir öğeler topluluğu ve hukuku da bu öğelerden sadece bir tanesi olarak gören Hukuk ve Toplumcuların aynı zamanda Amerikan hukuk düşüncesine “bir sistem olarak toplum” idealini getirerek, hukuk dünyasında önemli bir gelişimin de öncülüğünü gerçekleştirdiklerine ilişkindir¹²⁵. İkincisi

¹²² SARAT, Austin, “Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of A Research Tradion”, **9 Legal Stud. F. 23 1985**, s. 26. Ayrıca bkz. TRUBEK, **1990 – 1991**, s. 8 – 9.

¹²³ WHITE, **1986 – 1987**, s. 830; TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction”, **36 Stan. L. Rev. 623 1984**, s. 626. Ayrıca bkz. İSPİR TOPRAK, **2008**, s. 52 – 53.

¹²⁴ WHITE, **1986 – 1987**, s. 831.

¹²⁵ TRUBEK, **1990 – 1991**, s. 31.

Hareketin sistematik niteliğinin objektivist bir epistemolojiyle bağlantılı olduğu ve sosyal bilimlerin pozitivist kanadıyla düşünsel bir uyumu tercih ettiği¹²⁶. Keza Hukuk ve Toplum Derneği'nin çatısı altında yer alan hareketin mensuplarının¹²⁷ sosyal bilimlerin pozitivist kanadında yer alan deneysel–davranışçıların görüşleriyle özdeşleşmiş bir çizgide hukuk biliminin aydınlanması hedefi doğrultusunda daha az bilgi odaklı ama daha yoğun bir teorik yol izlemeye yöneldiklerini de belirtmek gerekir¹²⁸. Hareketin söz konusu pozitivist çizgiye kaymasında –tıpkı diğer post–realist akımlarda olduğu gibi– bazı Realistlerce kullanılan ve hukukun belirsizliğini ön plana çıkararak eleştiri yönteminin yarattığı normatif krizi engelleme yönündeki isteğinin önemli bir etken olduğunu gözden kaçırmamak gerekir¹²⁹. Üçüncü değerlendirme Hareketin hukuk ile politika ilişkisine dair tutumuna yöneliktir. *Trubek*'e göre Hukuk ve Toplumcular –en azından bir kısım kurucuları– hukuk ile politikanın birbirinden tamamen ayrı olduğu / ayrı olması gerektiği görüşünü savunmakta; kendilerini de tüm toplumsal grup ve sınıflara, onların çıkarlarına eşit mesafede konumlandırarak hukukun, doktrinin, kuralların objektivist bir bağlamda tarafsız bir gözle ele alınabileceği fikrini öne sürmektedirler¹³⁰. Dördüncü olarak birçok Hukuk ve Toplumcu araştırmacının normatif görüşlere yönelerek hukukun normatif ölçütlerin tek anlamlı bir dizgisini (a univocal set) ihtiva ettiği fikrini ön

¹²⁶ *Ibid.*, s. 33 – 34.

¹²⁷ Hukuk ve Toplum Derneği'nin mensuplarıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken oldukça dikkate değer ve ilginç bir husus da söz konusu kişilerin önemli bir kesiminin hukukçu değil sosyal bilimci olduğudur. FRIEDMAN, 1985 – 1986, s. 773.

¹²⁸ HUTCHINSON, Allan C. & MONAHAN, Patrick J., “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, 36 *Stan. L. Rev.* 199 1984, s. 200.

¹²⁹ TRUBEK, 1990 – 1991, s. 34.

¹³⁰ *Ibid.*, s. 35 – 36.

plana çıkardığı, hukuku normatif ilhamın ve meşrulaştırıcı otoritenin sorunsuz bir kaynağı olarak gördüğü belirtilmelidir¹³¹. Hukuk ve Toplumcuların bu normativist görüşlere yöneliminde doktrin, uygulama, ilkeler, kurallar gibi farklı bağlamlarda öne sürülebilecek hukukun müphemliğine ilişkin iddiaları savuşturmaya yönelik isteklerinin, Realistlerin iddialarının aksine hukukun belirli olduğuna ilişkin inançlarının ve bunu ortaya çıkarmaya dönük arayışlarının etkili olduğu da eklenmelidir. *Trubek*'in değerlendirmeleri bakımından belirtilmesi gereken son husus Hukuk ve Toplumcu bilgi birikiminin “ilerlemeci” bir doğaya sahip oluşuyla ilgilidir; hareketin mensupları hukuk ile politika arasındaki ayrılığı savunmakla birlikte genel olarak Hukuk ve Toplum tasarısının siyasi gündemin ilerlemesine katkı sağlayacak, liberal değerleri kendiliğinden besleyebilecek bir yapıya tekabül ettiği fikrindeydiler¹³². *Trubek*'in tüm bu değerlendirmelerinin ve hareketin karakteristik niteliklerini belirlemeye dönük görüşlerinin esasen hareketin oluşum aşamasında, yani 1960'lı yıllardaki inşa döneminde öne sürülen fikirlerden devşirildiğini ve söz konusu dönemi tanımlamak üzere kullanıldığını belirtmek gerekir. Keza bu fikirlerin hareketin o dönemdeki tüm mensuplarına teşmil –aynı zamanda bu ilkelerin tümü üzerinde varılmış ortak bir mutabakattan veya genel bir ittifaktan söz– edilemeyeceği de unutulmamalıdır. Hareket içinde 1960'lardan günümüze uzanan süreçte oldukça farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi, hareketin kimi ön kabulleri de bizatihi hareketin içinden gelen şiddetli tenkitlere maruz kalmıştır. Dolayısıyla bu niteliklerin hâlâ hareketin karakteristiğini teşkil ettiği yönünde bir görüş öne sürmek mümkün olmadığı gibi, burada sözü edilen hususlarla tam bir zıtlık içinde olan veya çelişen

¹³¹ *Ibid.*, s. 36 – 37.

¹³² *Ibid.*, s. 39.

önergelerin bugün kabul gördükleri de ayrıca belirtilmelidir.

Sonuç olarak Realistlerden Hukuk ve Toplumculara ve oradan Eleştirellere uzanan 20. yüzyıl “hukuk muhalefeti” kendi içinde farklılıklar göstermekle beraber, bir ortak paydalar skalası üzerinden de birbirlerine yakınlaşmaktadırlar. Keza Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın bir hareket olarak ortaya çıkışında Amerika içindeki sosyo–kültürel ekonomik ortam ile politik çatışmaların önemli bir rolü olduğu gibi, Eleştirellerin entelektüel birikimlerinin ve muhalif söylemlerinin şekillenmesinde de Amerikan hukuk dünyasının varolagelmiş muhafazakâr kanadı ile onlara muhalefet eden akımların hukuka ilişkin öne sürdükleri fikirler, karşıt yöntemler, anti–tezler ve ilkeler mücadelesi de, Avrupa kökenli post–Marksist öğelere ilaveten önemli bir kaynak oluşturmuştur.

1.3. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi

Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, gerek Amerikan hukuk tarihine ve camiasına gerek hukuksal liberalizmin yapısal niteliğine ve kurumsal araçlarına ilişkin yaklaşımıyla genel hukuk teorisi ve uygulaması açısından yeni bir dönemi başlatmıştır. Süreç içinde hareket hukuk ve politika arasındaki ilişkinin tahlilini ön plana çıkararak mevcut hukuksal argümantasyon yöntemlerine karşı eleştirel düşünceyle harmanlanmış bir algılama, anlamlandırma ve yorumlama sürecinin geliştirilmesine öncülük eden bir arayış haline gelmiştir. Bu arayış, liberal hukuk geleneğinin eleştirisini esas alan bir minvalde ortaklaşmış yeni bir hukuksal paradigmanın doğuşunu mümkün kılmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları adı altında

hukuksal olmayan anlayış ve metodolojilerin de kullanılması gerektiğini savunan¹³³ ve bu sayede bütünselci bir eleştiri geliştirmenin yollarını arama hususunda ortaklaşan bu hareketin, kendisini ilk olarak 1977 yılında toplanan Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'nı (Conference on Critical Legal Studies) gerçekleştirerek gösterdiğini belirtmek gerekir¹³⁴. *Duncan Kennedy* ve aynı zamanda onun hukuk fakültesinden hocası da olan *Trubek*'in kişisel dostlukları çerçevesinde şekillenen ilk konferansta¹³⁵ farklı politik görüşleri olmakla birlikte, genel olarak akademinin sol kanadı içinden aralarında belli dostluk bağları ve arkadaşlık ilişkileri bulunan akademisyenlerin bir araya geldiği görülür¹³⁶. İlk konferansta bulunan diğer bir grup, önemine binaen ismi zikredilmeden geçilemeyecek olan ve daha önce ele alınarak değerlendirilen Hukuk ve Toplum Derneği'dir. Bununla birlikte Eleştirellerin esasen Hukuk ve Toplum akımının entelektüel ruh hali ve istikametinden memnuniyetsizlik duymaya başlamalarının da ilk konferansın toplanmasında ve bu konferansa katılanların kendilerini ayrı bir hareket olarak lanse etmesinde rol oynadığını belirtmek gerekir¹³⁷. Hukuk ile toplum arasındaki ilişkilerle ilgilenen ve sosyal

¹³³ Eleştireller hukuk düzenine içkin olan ideolojileri ve ön varsayımları incelerken sosyolojik, felsefi, antropolojik ve psikolojik tekniklerin bir karışımını kullanıyorlardı. Note, "Round and 'Round The Bramble Brush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship", **95 Harv. L. Rev.** **1669 1981 – 1982**, s. 1680.

¹³⁴ MINDA, Gary, "The Jurisprudential Movements of the 1980s", **50 Ohio St. L. J.** **599 1989**, s. 614. *Alan Hunt*'a göre CCLS'in en büyük özelliği Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na homojen bir nitelik kazandırmasıdır. HUNT, **1986**, s. 2 – 3.

¹³⁵ SCHLEGEL, **1984**, s. 392.

¹³⁶ *Ibid.*, s. 395. Ayrıca bkz. TUSHNET, **1990 – 1991**, s. 1523 – 1524. Bu bağlamda *Kennedy* ve *Trubek*'in dışında konferansa katılan *Richard Abel*, *Tom Heller*, *Rand Rosenblatt*, *Mark Tushnet*, *Stewart Macaulay*, *Morty Horwitz* ve *Roberto Unger* gibi kişilerin çoğunun birbirleriyle yakın ilişkileri vardır. SCHLEGEL, **1984**, s. 395 – 396.

¹³⁷ HUTCHINSON & MONAHAN, **1984**, s. 200. Hukuk ve Toplum akımı ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları arasında güçlü bir etkileşim olmakla beraber her iki tarafın da birbirlerini bütünsel olarak benimsediklerini söylemek zordur. Örneğin *Sarat*, geliştirdikleri eleştirel yöntemler itibariyle Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı övdüklerini söylemekle beraber, bu durumun ancak bir noktaya kadar olduğunu

bilimler alanında yürüttüğü araştırma çalışmalarıyla 1960'lı yıllardan itibaren hukuk fakültelerinde belirli bir güce de ulaşan Dernek gerek akademik gerek politik pozisyonu itibariyle sol bir çizgiye sahipti¹³⁸. Bununla birlikte ilk konferansta esas olarak kendilerini Derneğin çatısının dışında gören ve ayrı bir oluşumun parçası olarak nitelendiren hukukçuların ağırlıkta olduğu dikkat çeker. Gerçekten söz konusu konferansta *Trubek*'in benimsediği Weberci görüşlerin¹³⁹, *Kennedy*'nin Frankfurt Okulu'ndan beslenen Eleştirel Marksizm'inin¹⁴⁰ ve *Tushnet*'in kişiliğinde somutlaşan ortodoks Marksist fikirlerin¹⁴¹ ön plana çıktığı, hareketin zengin düşünsel yapısının ana hatlarının da bu minvalde şekillendirildiği ifade edilebilir. Hareket belirli bir politik kimliği / yönsemeyi ve onun geleneksel mirasının hukuksal perspektife entegre edilmesi çabalarında kendini somutlaştıran düşünsel ve eylemsel bir programa odaklanmaktadır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı, etkileri itibariyle salt Amerikan ya da Anglosakson hukuku ile sınırlı bir veçhede değerlendirmek güçtür¹⁴². Hareketin teorisyenlerince hukuk teorisi ve hukukun farklı alanlarına ilişkin olarak öne sürülen eleştiri, öneri ve alternatifler hukukun hem bütünsel hem de araçsal olarak yeniden

da eklemeyi ihmal etmez. SILBEY & SARAT, 1987 – 1988, s. 172.

¹³⁸ SCHLEGEL, 1984, s. 394 – 395.

¹³⁹ *Ibid.*, s. 397.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ *Ibid.*, s. 396 – 397.

¹⁴² *Hutchinson*'a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları entelektüel birikiminin önemli bir kısmını Avrupa kökenli kaynaklardan toplamışsa da esas olarak bir Amerikan fenomenidir. Bunun asıl nedeni yapısal karakterinin ilk başta Amerikan hukuk, akademi ve politik mekanizmalarının pratikleri ve tarihsel süreçleriyle şekillenmesidir. Bununla birlikte hareketin gelişmesine paralel olarak saf bir Amerikan fenomeni olarak kalması da düşünülemezdi. Keza hareket, Birleşik Devletler'in dışında da kendini ifade etmeye ve bilhassa kurulan uluslararası ilişkiler ağıyla başka ülkelerde de mevcudiyetini kuvvetle hissettirmeye başlamıştır. HUTCHINSON, 1989, s. 6 ve s. 10.

düşünülmesi gereken bir konu olduğunu hatırlatmıştır. Klasik hukuk teorilerinin oldukça dışına çıkan Eleştirellerin hukuk mantığı, kökenlerini Frankfurt Okulu'nun eleştirel düşüncesinde bulan karakteri, post-Marksist niteliği ve söylemleriyle¹⁴³ bir taraftan Amerikan hukuk geleneği içinde diğer taraftan Amerikan siyasal, kültürel ve sosyal yaşamı üzerinde kendine özgü bir etkiye sahip olmuştur. Yer yer radikal öğeleri de ihtiva eden sol bir dili kullanmayı tercih eden Eleştirellerin bilhassa genel hukuk mantığına, hukukun oluşturulmasına ve uygulanmasına ilişkin geliştirdikleri analizler salt Amerika ve Amerikan hukukunun sınırları / kavramları içinde kalmayıp başka ülkelerin hukukçularını da önemli ölçüde etkilemiştir. *Kennedy*'ye göre Eleştirel hareket, teori ve pratikte yeni, sol bir entelektüel oluşumun ortaya çıkışını ve sadece statükonun meşrulaştırılmasına dönük çeşitliliğin olduğu bir alanda, radikal sol bir dünya görüşünü temsil etmektedir¹⁴⁴. Hukukun aslında politik olduğu sloganını kendilerine şiar edinmiş olan Eleştireller, hukuksal değerlendirme süreçlerinde politik, tarihsel, ekonomik, sosyal ve kültürel yapıları da göz önünde bulundurarak sosyolojik analizler gerçekleştirmiş ve hukukun söz konusu tüm yapılardan ari, üstün ve yarı kutsallaştırılmış / dokunulmaz bir normlar sistemi olduğuna ilişkin tüm yargılara / vargılara savaş açmışlardır. Genel olarak liberal hukuk yaklaşımlarına cephe alan Eleştireller hukukun politik bir anlamı olduğu düşüncesinden hareketle hukukun belirsizliği, tarafgirliği ve ideolojik niteliği gibi

¹⁴³ *White*'e göre Eleştirellerin Amerikan akademik dünyasında 1960'lerden itibaren gelişmeye başlayan, başta *Antonio Gramsci*, *George Lukacs* ve *Jean Paul Sartre* gibi düşünürlerin fikirleriyle şekillenmiş "Yeni Sol" görüşlerden; *Theodor Adorno*, *Jurgen Habermas*, *Horkheimer* ile *Marcuse* gibi Frankfurt Okulu'nun (Kıta Avrupasının) eleştirel Marksistlerinden ve *Michael Foucault* ile *Jacques Derrida* gibi dilbilim üzerine çalışan filozoflardan etkilendiklerini belirtmek gerekir. Bkz. WHITE, 1986 – 1987, s. 837, dn. 85 ve dn. 86.

¹⁴⁴ KENNEDY Duncan, "Critical Labour Law Theory: A Comment", 4 *Indus. Rel. L. J.* 503 1980 – 1981, s. 506.

konular üzerinde durmuş; getirdikleri objektivizm ve formalizm eleştirileri üzerinden de hukuksal yapı, kurum ve uygulamaları yeniden değerlendirmeye yönelmişlerdir¹⁴⁵.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ortaya çıkışına neden olan faktörleri esas itibarıyla 60 ve 70'li yılların politik ikliminin yarattığı yoğun ve bir o kadar da çarpıcı siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel gündemi anlamlandırmadan kavrayabilmek güçtür. *Robert W. Gordon*'a göre 1960'lı yılların sonuna doğru hukuk hakkında ciddi biçimde düşünmeye başlamış bir öğrenci için var olan gerçeklik dışarıda yaşanan politik kaosla yakından bağlantılıdır¹⁴⁶. “*Okullarla caddeler arasındaki tezat –medeni haklar yürüyüşleri, yanan kentler, Vietnam protestoları– kesinlikle hukuk eğitiminin Ortodoks gündeminin*¹⁴⁷ otoritesini bugüne kadar

¹⁴⁵ Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin temel karakteristiği ve yönelimleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. TUSHNET, Mark, “Perspectives on Critical Legal Studies – Introduction”, **52 Geo. Wash. L. Rev.** 239 1983 – 1984, s. 239 – 240; HASNAS, 1995 – 1996, s. 85 – 86; AKBAŞ, Kasım, **Hukukun Büyübozumu – Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 89 – 92; AKBAŞ, Kasım, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nda Marksist Toplum ve Hukuk Çözümlemesi Eleştirisi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, Y. 2005, s. 51; AKTAŞ, Sururi, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Kazancı Kitap, İstanbul, 2006, s. 79 – 81; ÖZDEMİR, Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen – Uluslararası Hukuk Kuramında Eleştirelilik ve Emperyalizm**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 63 – 67; YÜKSEL, 2004, s. 207 – 209; MIZRAK & TEMİZ, 2009, s. 83; BALI, Ali Şafak, **Hukuk – Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2005, s. 178 – 180.

¹⁴⁶ GORDON, Robert W., “Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi”, (Çev. Serkan Gölbaşı), **İÜHFİM**, C. LXIV, S. 2, Yıl: 2006, s. 388.

¹⁴⁷ *Gordon*'a göre o yıllarda “*hukuk hocalarının öğrettikleri, bugün de hala çoğunlukla olduğu gibi, öğretisel analiz ve siyasa analizin bir karışımıydı. Öğretisel analiz, bir tür ılımlı hukuksal realizmdi: somut olayın çözümlenmesi için formel argümanları; olayı açıklayacak olan faktörleri, kuralların arkasında yatan ‘prensipler’ ve ‘amaçlar’ tabakasını bulmak için nasıl kullanacağımızı öğreniyorduk. Siyasa analizi, güncel vakalar için kullanılan alelacele bir faydacı (utilitarian) metottu: bu yöntemin, ‘toplum’ tarafından arzulanan ve bir ölçüde hukuksal sistemin doğasında bulunan siyasalara katkıda bulunacak çözümleri savunmamızı sağlayacağı düşünülüyordu. Siyasalar; ya varsayılan bir genel değerler uzlaşımına (‘işlem güvenliği’, ya da ‘bizim federalizmimiz’ gibi) veya varsayılan bir tarihsel gelişme eğilimine başvuruyla türetiliyorlardı. Bazı durumlarda çatışan ‘çıkarları’ temsil eden yarışan siyasalar olacaktı; bu noktada siyasa analizinin işlevi ‘siyasaların’ dengelenmesini sağlamaktı. Bütün bu tekniklerde ustalaşmış olan ‘zeki’ bir hukukçu (yalnızca hukuksal uslamlama ve ustalığın kullanımıyla) neredeyse bütün hukuksal sorunların toplumsal olarak optimal çözümünü keşfetmeye ehil olabilecekti”. **Ibid.**, s. 388 – 389. “*Ortodoks hukuk eğitiminin temel mesajı geçmişte olduğu gibi**

toparlanamayacak derecede tahrip eden temel faktörlerden biriydi”¹⁴⁸. Bilhassa Vietnam savaşının etkileri, Amerikan toplumunda artan politik sağa kayış ile yavaş yavaş gelişme gösteren “Yeni Sol” fikirler hukuk öğrencileri üzerinde dışarıda ne olduğuna dair kuvvetli bir ilginin de doğmasına olanak sağlıyordu¹⁴⁹. Vietnam’daki savaşın tırmanarak devam etmesi ve Amerikan hükûmetinin izlediği politikanın hem ahlaki hem politik olarak bağışlanamaz bir hale gelmesi üniversitelerdeki birçok öğrenci ve akademisyenin düş kırıklığına uğrayarak başkaldırımlarının ve protesto eylemlerine katılmalarının altında yatan en önemli nedendir¹⁵⁰. Keza sivil hakların geliştirilmesi mücadelesinin ve savaş karşıtı hareketin içinde yer alan dönemin hukuk öğrencileri daha sonra Eleştirel Hukuk Çalışmaları akımının şekillenmesinde de etkili olacaktır¹⁵¹. Gerçekten dışarıda olanlara ilişkin yapılan incelikli politik analizler, öğrenciler ve yeni nesil akademisyenler arasındaki farkındalığı artırıyor ve geleneksel hukuk öğreniminin giderek iflas etmeye başladığının işaretlerini veriyordu¹⁵². O günlerin egemen hukuk anlayışında, hukukun görevi büyük oranda kuralların ve ilkelerin doğru yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tekniklerden

bugün de temel olarak değiştirilemez bir değerler uzlaşmasının ve politik ve ekonomik gerçeklikler, dondurulmuş bir hukuksal anlayışlar ve kurumlar sisteminin, tahayyül edilebilir bir toplumsal değişimle arasına katı sınırlar koymuş olduğudur”. Ibid., s. 390.

¹⁴⁸ Ibid., s. 388.

¹⁴⁹ SCHLEGEL, 1984, s. 406; WHITE, 1986 – 1987, s. 838. Bu bağlamda daha önce de bahsedilen Hukuk ve Toplum Derneği’nin de dönemin var olan hukuksal uyanışı içinde önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir.

¹⁵⁰ DEANE, Herbert A. “Öğrenci Radikalizmi Üzerine Düşünceler”, (Çev. Liz Amado), **Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi**, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998, s. 81 – 82. Özellikle Amerika içinde öğrenci protestolarının ivme kazanmasını sağlayan ve hareketi kitleleştıiren olaylardan birinin 1968 Columbia Üniversitesi protestoları olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Bkz. RUDD, Mark, “Columbia: Bahar İsyanı Üzerine Notlar” (Çev. Özden Arıkan), **Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi**, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998, s. 52 – 54 ve s. 65 – 68.

¹⁵¹ HUTCHINSON, 1989, s. 2.

¹⁵² SCHLEGEL, 1984, s. 406.

mütevellit olarak kabul ediliyor, mevcut liberal demokratik kapitalizmin hukuksal formlarına derin bir güven duyuluyor ve çıkabilecek olası çatışmaların da sistem içinde var olan denge unsurları tarafından çözülebileceğine inanılıyordu¹⁵³. Bu bağlamda hukukun, arabulucu bir araç olarak sistem içinde ortaya çıkabilecek farklı aksaklıkları söz konusu sistemin köktenci bir tarzda sorgulanmasına mahal vermeksizin giderebilecek kapasiteye sahip olduğu düşünülüyordu. Fakat öğrencilerle entelektüel kesimler arasında, öncelikle mevcut sistemin olabilecek alternatiflerin en iyisi olduğuna ilişkin inancın sarsılmasıyla başlayan ve ardından hukukun tarafsızlığı ile objektifliğine yönelik güvenin azalmasıyla devam eden süreç, toplum içinde ortaya çıkan çatışmalara ve dünyadaki değişimlere de paralel olarak sistemin daha geniş anlamda sorgulanmasını gerektirmiştir. Dönemin politik, hukuki ve idari mekanizmaları, bu mekanizmalara hâkim olan devlet zihniyeti ve kamu görevlileri eş zamanlı olarak kendilerini toplumsal uyanışın dinamikleriyle bütünleştirememiş ve kuvvetli bir direniş göstermişlerdir. Statükonun korunmasına öncelik verilmesi, bir taraftan devlet ve onun kurumları içinde ciddi bir muhafazakârlaşmaya neden olmuş, diğer taraftan daha çok minimal nitelik gösteren, olaylara ya da tekil yapılara yönelik sorgulamaları bütünsel bir karaktere tahavvül ettirmiştir. Sistemin yapısal unsurlarının tümel bir eleştirisine dönüşen bu sorgulamalar daha bütünlüklü bir muhalefet hareketinin oluşumunun da zeminini hazırlamıştır¹⁵⁴.

¹⁵³ GORDON, 2006, s. 389.

¹⁵⁴ Bu uyanış hareketini hem Amerika hem de Avrupa özelinde 1968 öğrenci hareketleriyle de bağlantılı bir biçimde liberalizmin ve kapitalizmin ciddi anlamda sorgulanmaya başlanmasından ve sosyalist alternatif arayışlarından bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Özellikle 1966 – 1970 arası dönemde ivme kazanan bu hareket, doruk noktasına Mayıs 1968’de Fransa’da çıkmıştır. Anti-kapitalist ve düzen karşıtı bir siyasal ideolojik söylem olarak 1968 hareketi, geleneksel işçi sınıfı

Bu dönemde siyahlarla beyazlar, şahinlerle güvencinler, kadınlarla erkekler, hippilerle muhafazakârlar, ebeveynlerle çocukları arasında var olan çok yönlü ve esasen toplumsal tabanlı çatışmalar, bu çatışmaları sona erdirecek uzlaşmayı sağlamaya dönük yapısal unsurların eksikliği nedeniyle giderek yoğunlaşmaktaydı¹⁵⁵. Artarak kendini göstermeye başlayan toplumsal, sınıfsal, ırksal, kültürel ve kuşaklar arası çatışmaların uzlaşma kültürü doğrultusunda sağaltımından ziyade korumacı bir refleksle yok sayılmasına yönelik devlet zihniyeti ise, çoğunlukla polisiye tedbirlerin zora dayanan karakteriyle bütünleşmiş bir hukuksal süreci, siyasal hasımların sindirilmesinde bir araç olarak kullanılmaktaydı. Bu bağlamda hukuk, devletin elinde bir silaha dönüşürken sistemin öncelikle sorgulanması gereken temel bileşenlerinden biri olarak politik hüviyetiyle de yeni bir anlam ifade etmeye başlamaktaydı.

60 ve 70’li yılların söz edilen tüm bu koşulları başta muhalif duruşa sahip hukukçular olmak üzere geniş kesimleri, hukukun fakültelerde öğretilenlerden farklı olarak yeniden sorgulanması, üzerinde düşünülmesi ve eleştirel bir perspektiften, hem teorik niteliği ve kurumsal kimliğiyle hem de uygulamaya ilişkin pratikleriyle değerlendirilmesi gereken bir mahiyete sahip olduğuna inandırmıştır.

hareketinin parti mücadelesinin dışında bir muhalefet alanından besleniyordu. Bu alan anarşizan, anti-otoriter radikal öğrenci hareketlerinin belirleyiciliği altında, parlamento dışı bir alana tekabül ediyordu. Amerika’daki muhalefet hareketinin ağırlık merkezinin ise Avrupa’dan farklı olarak Vietnam savaşıyla da bağlantılı anti-militarist bir noktaya dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca “kara güç” olarak adlandırılan siyah hareketin SCLC ve SNCC gibi oluşumlar altında örgütlenerek ırklar arası eşitlik için verdikleri mücadeleler de son derece önemlidir. **Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi**, C. 5, İletişim Yayınları, İstanbul, 1988, s. 1502 – 1514; DEANE, 1998, **Passim.**; RUDD, 1998, **Passim.**; MARCUSE, Herbert, “Yeni Baskı Döneminde Hareket: Bir Değerlendirme” (Çev. Mert Keçik), **Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi**, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998, **Passim.** 68 hareketinin Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın oluşumuna yönelik etkileri için ayrıca bkz. SCHLEGEL, 1984, s. 406; WHITE, 1986 – 1987, s. 838; HUTCHINSON, 1989, s. 2.

¹⁵⁵ GORDON, 2006, s. 389.

Bilhassa genç hukukçular nezdinde hukukun toplumsal kullanımına ilişkin yeni yöntemler geliştirilmesi, hukuk kurallarında somut değişiklikler yapılması, daha açık ve temsili süreçlerin gerçekleştirilmesi gibi hususları da içeren; genel olarak hukukun eşit adalet vaadinin gerçek ve etkili kılınması yönündeki taleplerin –liberal ama statükoya karşı– bir hukuksal hareket dâhilinde dillendirilmesi ve deneyimlenmesiyle sonuçlanmıştır¹⁵⁶. Bu süreçte hukuksal ideallerin manipüle edilebilir karakteri keşfedilmiş; hukukun, servetin ve iktidarın haksız ya da kötü dağılımını meşrulaştıran bir araç olarak mevcut politik ve sistemin sürekliliğine hizmet ettiği ortaya konmaya çalışılmıştır¹⁵⁷. Eleştirel Hukuk Çalışmaları, geleneksel hukuk algılamasının ön kabullerini geçersiz kılma saikiyle kendi eleştirel hukuk algısını teorileştirme hedefine yönelmiş; hukuksal sistem içindeki olguları daha geniş bir politik, ekonomik ve kültürel bağlamda incelemenin gerekliliğinin de farkına varmıştır¹⁵⁸. Fakat bu yönelim onları aynı zamanda sosyal ve politik teorinin kaynaklarının incelenmesine sevk etmiş¹⁵⁹ ve hukukun içinde sosyolojik ve felsefi manalar da ihtiva eden bir veçheden analizini sağlayabilecek –mihenk noktasını eleştiri eksenine odaklamış– bir teknik / yöntem arayışı içine sokmuştur. Böylece Eleştireller hukukun pozitivist ve formalist karakter taşıyan geleneklerinden beslenen tarihsel, dogmatik nitelikte sayılabilecek usullerini, a priori önermelerini, yorum yöntemlerini, değişmez düsturlarını bir tarafa bırakarak, söz konusu geleneklerin yarattığı hukuk – toplum / hukuk – politika arasındaki dikotomileri yeniden

¹⁵⁶ **Idem.**

¹⁵⁷ MATSUDA, Mari J., “Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations”, **22 Harv. C.R. – C.L. L. Rev.** **323 1987**, s. 327.

¹⁵⁸ GORDON, **2006**, s. 391.

¹⁵⁹ **Idem.**

değerlendirmeye tabii tutan bir anlayışı benimsemişler; aynı zamanda hukuk teorisi ve uygulamasına ilişkin yapısal sorunları görmezden gelmeyi tercih eden dönemin hegemonik hukuk entelijansiyasının / elitlerinin muhafazakâr siyasasını ve tutumunu şiddetle eleştirmişlerdir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi içinde iki temel eğilim dikkat çekmektedir¹⁶⁰. İlki, geçmiş veya günümüz doktrinini toplumun belirli bir görünümünün açıklaması olarak niteleyerek doktrinel tartışmaların çelişik ve manipüle edilebilir karakterini vurgular¹⁶¹. Bu yaklaşım bir taraftan anti-formalist hukuk teorilerine dayanırken diğer taraftan kültürel tarihin yapısalcı yaklaşımlarını da göz önünde bulundurur¹⁶². Diğeri ise radikal hedefleri fonksiyonalist yöntemlerle birleştiren sosyal ve tarihsel analiz biçimleri ile *Marx* ve *Weber*'in sosyal teorilerinden beslenen bir veçhede gelişen, bu çerçevede hukukun ve hukuk doktrininin bir sosyal organizasyon biçimi veya aşaması olarak “kapitalizm”e mündemiç sosyal farklılık ve hiyerarşileri ele alarak onları doğruladığı ve yeniden biçimlendirdiği görüşünü dile getiren eğilimdir¹⁶³.

Her iki eğilimin ortaklaştığı nokta, en açık biçimde mevcut hukuk doktrininde egemen olan üsluba ve bu üslubu korumaya yönelik çabalara karşı çıkışta belirir; buna karşın her iki eğilim de endüstriyel toplumun, insan doğasının

¹⁶⁰ Bu eğilimlerden ilki hareket içinde ana akım olarak da değerlendirilebilecek rasyonalist akım, diğeri ise daha radikal görüşleri dile getiren irrasyonalist (nihilist) akımdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Infra.**, s. 93 – 95.

¹⁶¹ UNGER, Roberto Mangabeira, **The Critical Legal Studies Movement**, Harvard University Press, Cambridge, 1986, s. 121.

¹⁶² **Idem.**

¹⁶³ **Idem.**

veya ahlaki düzenin gereksinimleri için mevcut sosyal düzenlemeleri suçlayan yaklaşımları reddeder¹⁶⁴. Bununla birlikte *Unger*'in de belirttiği üzere söz konusu iki eğilim arasındaki farklılıkların anlamını fazla abartmamak gerekir; zira Eleştirel Hukuk Çalışmaları adı altında yürütülen araştırmaların çoğunda her iki eğilimden görüşler yer aldığı gibi bu bağlamda üretilen düşüncelerin açık biçimde bir tarafa ait olduklarına ilişkin net bir ayırım yapmak da güçlük arz etmektedir¹⁶⁵. Fakat Eleştireller içindeki radikal söylemi temsil eden ve nihilist bir dil kullanarak hukuka oldukça şüpheli ve hukuksal değerlere göreceli bir perspektiften bakmayı yeğleyen ikinci eğilimin akıma yöneltilen eleştirilerin de esas müsebbibi olduğunu belirtmek gerekir¹⁶⁶. Bu eğilim çerçevesinde ifade edilen görüşler bilhassa akımın karşıtlarınca hareketin bütününe şamil gerçeklikler gibi telakki edilerek yorumlanmış ve Eleştirellerin yıkıcılıkla suçlanmalarının dayanağını oluşturmuştur¹⁶⁷. Oysa Eleştirellerin önemli bir kısmının sıklıkla somut olaylar ve var olan hukuksal sorunlara ilişkin çözüm önerileri geliştirmeye çalıştıklarını, bu nedenle hareketin tümünü kapsayacak bir nihilizm eleştirisinin haksızlık olduğunu belirtmek gerekir.

Eleştirellerin yürüttükleri çalışmalarını ele alan *Martha Minow*'a göre onlar, ilk olarak hukuk doktrininin belirsizliğini; ikinci olarak tarihsel ve sosyal

¹⁶⁴ **Idem.**

¹⁶⁵ **Ibid.**, s. 122.

¹⁶⁶ *Tushnet*, özellikle *Grant Gilmore*, *Arthur Leff* ve *Jan Deutsch* gibi isimleri hukuksal nihilistler içinde saymakta, *Gilmore* ve *Leff*'in özel hukuk, *Deutsch*'un ise kamu hukuku bağlamında nihilizme kaydığını belirtmektedir. TUSHNET, Mark, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies", **57 Tex. L. Rev. 1307 1978 – 1979**, s. 1339. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LEFF, Arthur Allen, "Unspeakable Ethics, Unnatural Law", **1979 Duke L. J. 1229, 1979, Passim.**; LEFF, Arthur Allen, "Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism", **60 Va. L. Rev. 451, 1974, Passim.**

¹⁶⁷ Bu konuda örnek bir makale için bkz. CARRINGTON, Paul D., "Of Law and the River", **34 J. Legal Educ. 222 1984, Passim.**

ekonomik analizlerle uğraşarak belirli çıkar gruplarının, toplumsal sınıfların veya yerleşik ekonomik kurumların hukuksal doktrinin belirsizliğine rağmen yargı kararlardan nasıl yararlandıklarını göstermek istemişlerdir¹⁶⁸. Liberalizmin ekonomi – politik sisteminin yapısal unsurlarının araştırılmasını ve ortaya konulmasını gerektiren bu çaba ile söz konusu sistemin hukuk aracılığıyla gerçekte ne sağlamayı amaçladığı ele alınmıştır. Sıklıkla devletten bazı avantajlar isteyen hâkim çıkar gruplarının belirli taleplerine verilen bir karşılık olarak hukuk, aynı zamanda çok taraflı çatışan çıkar gruplarının pazarlıklarını temsil etmekteydi¹⁶⁹. Bu pazarlıkların galibi çoğu defa hâkim sınıflar olsa dahi, bu sınıfların talepleri genel olarak toplumun veya ekonominin işlevsel ihtiyaçları şeklinde ifade edilerek meşrulaştırmakta¹⁷⁰; böylece söz konusu çıkarlar aslında, kamu yararı veya toplumsal refah gibi genelleştirici ve içi istendiği biçimde doldurulabilir kavramların arkasına sığınılmak suretiyle gizlenmeye çalışılmaktaydı.

Eleştirellerin birçoğu açısından hukuk, inançlar ve statükoya ilişkin tutumları şekillendiren bir kültür olarak işlev görmekte; hukuksal etmenlerin ve

¹⁶⁸ Minow, Martha, “Law Turning Outward”, 73 *Telos* 79 (1986), s. 84 – 85’den aktaran MINDA, **1989**, s. 615 – 616. Özellikle hukuki belirsizlik tezinin Realistlerce öne sürülüşünün ardından, 80’li yıllardan itibaren, yeniden hukuk dünyasının gündemine gelmesinde eleştirel hukuk teorisi altında gerçekleştirilen çalışmalar etkili olmuş ve söz konusu problemin farklı açılardan ele alınmasının olanaklarını yaratmıştır. ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **AÜHFD**, C. 51, S. 2, Y. 2002, s. 2. Eleştireller, hukukun radikal olarak belirsiz, tutarsız ve çelişkili olduğuna ilişkin bir söylemi benimsemişlerdir. Bu söylem kabul edildiğinde, hukuk devletinin varlığı ile ilgili çeşitli tartışmalar gündeme gelebileceği gibi hukukta meşruluk krizinin de doğabileceği belirtilmektedir. Eleştireller, hukuki belirsizlik ile meşruiyet arasında ilişki kurarken, rızaya dayalı liberal hukuk devleti anlayışından hareket etmekte ve hukukun belirsizliği karşısında bu anlayışın geçerli olamayacağı sonucuna ulaşmaktadırlar. **Ibid.**, s. 8, dn. 33.

¹⁶⁹ GORDON, **2006**, s. 392.

¹⁷⁰ **Idem.**

aktörlerin tercihleri ise hâkim doğruluğu (ruling orthodoxy) biçimlendirmektedir¹⁷¹. Eski dönemlerde dinin yerine getirdiği işleve benzer olarak hukuk, halka özgü bilinci, edilgen bir uysallık veya statükoya riayet doğrultusunda şekillendirerek inancın bir nesnesine dönüştürmektedir¹⁷². Bu bağlamda “hukuk inancı”, sistemin başta yönetici elitleri ile ekonomiye yön veren aktörleri olmak üzere muktedir sınıflarınca, kendilerinin mevcut egemen konumlarının toplumsal meşruiyetini sürdürmek gayesiyle araçsallaştırılmaktadır. Sistemin inşasında kendisinden kurucu unsur olarak yararlanılan hukuk düşüncesi, bir taraftan süreç içinde ortaya çıkan çatışmaların, hak ihlallerinin ve eşitsizliklerin giderilebilmesinin, diğer taraftan kendi meşruiyetinin kaynağı olarak adalet idesinde ortaya çıkan muhtelif aksaklıkların düzeltilmesi ve böylece adaletin yeniden tesisinin *sine qua non* ögesiymiş gibi gösterilmek istenmekte; oysa gerçeklikte, muktedir sınıfların hegemonyasının sürdürülebilmesi için özünden uzaklaştırılarak mevcut sistemin istikrarına kurban edilmektedir. Çoğu zaman günlük politik ve ekonomik çıkarların güvencesi olarak işlevsizleştirilen hukuk, adalet idesi ile olan bağlantısı kaybettirilerek sıradan vatandaşın anlamakta ve çözmekte hemen tamamıyla yetersiz kaldığı bir normlar hiyerarşisi yığına dönüştürülmektedir. Sistemin –politik, ekonomik ve hatta kültürel– muktedirlerinin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacı doğrultusunda kendilerinin dilediklerince şekillendirebildikleri bir kalıba tahavvül ettirilmek istenen hukuki düzenlemeler ve kurallar alanı ise toplumun geri kalanının sıkı bir biçimde itaat etmesi beklenen yarı kutsallaştırılmış bir fenomen haline getirilmektedir.

¹⁷¹ MINDA, 1989, s. 619.

¹⁷² GABEL, Peter & HARRIS, Paul, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law”, 11 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 369 1982 – 1983, s. 374.

Böylece hukuk toplumun kendisine yabancılaştırılmakta; sistemin işleyişi ve bu süreçte hukukun işlevi statükoyu doğrulayacak biçimde olağanlaştırılmakta; adalet ise adeta günlük rutinin bozulmamasını sağlamakla –bozulursa eski halin iadesini yerine getirmekle yükümlü– sınırlı bir dizgeye hapsedilmektedir.

Eleştireller iktidar savaşı, ekonomik rekabet ve üstünlük mücadelesi, belirli bir grubun veya bireyin başka grup ve bireyler üzerinde egemenlik kurma istençleri gibi farklı boyutları olan konular üzerine eğilmişler; bu perspektiften hukukun işlevini, öncelikle politik karakterli müdahalelerin de göz önüne alındığı çok katmanlı bir yapısal bağlamda değerlendirmeye çalışmışlardır. Söz konusu perspektif doğrultusunda alternatif bir hukuk teorisinin temellerinin inşasına da yönelen Eleştirellerin hukuk anlayışı, geleneksel veya çağdaş olan hukuk teorilerinden farklılaşan bir kısım ayırt edici nitelikler kazanmıştır. Fakat Eleştirellerin tutumunun pür ve saf bir Marksist ya da devrimci mahiyet göstermediğini, hatta çoğunlukla reformist, sorun odaklı bir çözüm anlayışına yoğunlaşmış ve pragmatist bir karakter taşıdığını da ifade etmek gerekir. *Gordon*, üzerinde ciddi tartışmalar ve görüş ayrılıkları olduğuna ilişkin bir çekince koyarak eleştirel hukuk teorisinin dört temel ayırt edici niteliği üzerinde durur. Bunlardan ilki hukuki söylemin sadece iktidarın ve yaşamın gerçekliklerini maskelemekle sınırlı bir veçhede yorumlanamayacağı, aynı zamanda bu gerçekliklerin inşa edilmesi sürecine de dâhil olduğudur¹⁷³. İkinci husus, Eleştirellerin kapitalist sistemin yıkılmasını

¹⁷³ GORDON, 2006, s. 402 – 403; “Hukukun Tarafgirliği” başlığı altımda ayrıntılı olarak değerlendirilecek olan hukukun maskeleme işlevi, Eleştireller arasında kendisine sıklıkla gönderme yapılan bir ifade biçimidir. Örneğin *Trubek* hukuku egemen sınıfların bir aracı olarak niteleyip tarafsızlık idealinin esasen bir maske görevi gördüğünü belirtirken, *Hutchinson*, hukuk devleti kavramının da bir tür maske olduğu görüşünü ileri sürmektedir. *Stefan Sciaraffa*'ya göre ise Eleştirel

klasik Marksist görüşün aksine genel bir kriz zorunluluğuna bağlamamaları, kapitalizmi salt toplayıcı bir sistem olarak değerlendirmeyip yeni bir düzenin olanaklılığının sistem içinde de gerçekleştirilebileceğini düşünmeleridir¹⁷⁴. Yukarıda bahsedilen ve Eleştirellerin –en azından belirli bir kısmının– sistem dışına çıkmadan reformist ve pragmatist yöntemlerle, çeşitli hukuksal düzenlemelerle sistemi ehliştirebilecekleri ya da toplumu ve insanı daha fazla merkeze alan bir aşamaya geçirebileceklerine olan inançlarının ve arzularının temelleri burada bulunabilir. Üçüncü olarak Eleştireller hem sınıflar, ırklar, etnik gruplar ve cinsiyetler arasındaki hem de bunların kendi aralarındaki “gayrimeşru hiyerarşi” meselesine yönelmişlerdir¹⁷⁵. Bilhassa bu hiyerarşik farklılıkların onanmasını veya zamanla olağanlaştırılmasını eleştirmişler, dil ile hukuk arasındaki ilişki üzerinden ayrımcılığın günlük yaşamın içine kadar sokulan ve kendini sürekli biçimde hissettiren bütün biçimlerine tavr almışlardır. Son olarak Eleştirel düşünce ve hukuk teorisi, yine ortodoks Marksizm’in¹⁷⁶ teori ve pratiğinin aksine, devlet

Hukuk Çalışmaları’nın temel amacı, hukukun doğasındaki ideolojik niteliğin maskesini düşürmektir. Bkz. TRUBEK, **1990 – 1991**, s. 13 – 14; HUTCHINSON, **1989**, s. 3; SCIARAFFA, Stefan, “Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder”, **Legal Theory**, V. 5, I. 02, June 1999, s. 201 – 202.

¹⁷⁴ GORDON, **2006**, s. 403.

¹⁷⁵ **Idem.**

¹⁷⁶ Öncelikle ortodoks Marksizm kavramının oldukça tartışmalı bir mahiyet arz ettiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de kavrama ilişkin tartışmalar ayrı bir araştırma konusu oluşturabilecek kadar geniştir. Bu çalışma bağlamında da kendisine atıf yapılan bir kavram olarak ortodoks Marksizm’in hangi anlamda kullanılmak istendiğinin ortaya konması, bilhassa Eleştirellerin Marksizm’le nasıl bir ilişki kurdukları hususunun aydınlatılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Kavramın kullanımı her ne kadar belirli bir tarihsel duruma –özellikle *Marx*’ın ölümünün ardından İkinci ve Üçüncü Enternasyonel’lerin resmi ideolojilerine– gönderme yapıyorsa da esasen Eleştirellerin sıklıkla atıf yaptığı anlamda Marksizm’in pozitivist içerikli yorumlamalarını ve tarihsel belirlemciliğin kısır döngüsü içinde sıkışmış teorik tartışmaları tanımlamaya dönük bir amacı taşımaktadır. Yunanca anlamı (orthe doxa) “doğru kanı” manasına gelen ortodoks kelimesi, dogmatik bir biçimde öğretiyeye körü körüne bağlılığı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu anlamıyla birlikte düşünüldüğünde ise ortodoks Marksizm terimi bir dogma olarak sosyal demokrat daha sonra komünist ya da diğer sekter grupların eylemlerinin meşrulaştırıcı ideolojisi olarak işlev gören bir anlama tekabül etmektedir. Teorik olarak ise ortodoks Marksizm, toplumu ve tarihi, tarihsel belirlemciliğin zorunluluğunun

mekanizmasının ele geçirilmesini temel bir şart olarak öngörmemiş ve enerjisini bu hususa yoğunlaştırmamıştır¹⁷⁷. Keza Eleştirel düşünürlerin önemli bir kısmı yeni ve büyük bir kurumsal dizgeye dayanan sistematik bir yapıyı inşa etmekten özenle imtina etmişler, bir başka ifadeyle yeni inanç sistemleri önermekten kaçınmışlardır¹⁷⁸. Gerçekten de *Unger*'in dışında Eleştirellerin bütünsel –sistemsel– bir yapı kurma çabasına son derece mesafeli durdukları, daha ziyade dar kapsamlı çözüm önerilerine yönelerek tespit ve eleştiri ile sınırlanmış bir minvalde hareket

birer biçimi olarak nitelemektedir. Ortodoks Marksizm'in savunucularından (daha sonra “daha” ortodoks Marksistlerce çok sert eleştirilere maruz kalsa da) *Lukacs*'a göre ortodoksi, *Marx*'in fikirlerinin eleştirisiz bir kabulü değildir, daha çok bir yöntem meselesidir. Yöntem olarak ise diyalektik materyalizmin gerçeğe uzanan yegâne yol olduğuna ilişkin bilimsel bir görüşe dayanmaktadır. Bu noktada *Lukacs*'ın ortodoks Marksizm'i kutsallaştırarak bir dogma haline getirmek yerine, onu diyalektik ve tarihsel materyalist bir perspektiften toplumsal ve tarihsel süreçleri anlamlandırmak ve kavramakta kullanılan kesin, nesnel, objektif –pozitivist– bir bilim olarak ele aldığını belirtmek gerekir. Ortodoks Marksizm'in bilimsellik ve pozitivism vurgusu değerlendiren / eleştiren *Besim F. Dellaloğlu* da ortodoks Marksizm'in bir felsefe olarak değil, bilim –üstelik pozitivist bir bilim– olarak kendini nitelediğini, dolayısıyla kapitalizmden sosyalizme geçişin de – ortodoks Marksistlerce– ahlaki ve felsefi bir tercih değil, aksine tarihin zorunlu bir aşaması olarak tanımlandığını söyler. Bir başka ifadeyle feodalizmden kapitalizme geçiş nasıl tarihsel şartların koşullandırdığı bir durum ise, kapitalizmden sosyalizme geçiş de tarihe içkindir ve mutlak suretle gerçekleştirilecektir. Fakat bir bilim ve yöntem sorunu olarak tanımlanan ortodoks Marksizm'in bilhassa Üçüncü Enternasyonal'deki Stalinist etki ve dönüşüm doğrultusunda bir tür dogma – bilim haline dönüştüğü ayrıca belirtilmelidir. Bu dogma – bilim haline dönüşüm, yöntem olarak tarihsel ve diyalektik materyalizmi bir tür dokunulmaz, yanlışlanamaz, değişmez episteme konumuna yükseltirken, Marksizm'i de sabit bir paradigmaya hapsedmektedir; diğer taraftan *Joseph Stalin* başta olmak üzere *Marx*, *Friedrich Engels* ve *Vladimir Ilyich Lenin*'in görüşlerini ve kişiliklerini de bir tür yarı kutsanmış zırla ilahlaştırmaktadır. Sonuç olarak çalışmada kullanılan anlamıyla ortodoks Marksizm, ekonomik süreçlerin tek taraflı olarak üstyapıyı belirlediğini öngören ve katı bir ekonomik indirgemeci yorumu başat konuma yükselten bir tür pozitivism ile onun bilimsellik eksenine odaklanmış anlayışını ifade etmektedir. Ayrıca söz konusu terimin kullanılması suretiyle Batı Marksizm'inin, eleştirel Marksizm'in ve diğer post–Marksist teorilerin de ortodoks Marksizm'den daha kolay ayırt edilebilmesi sağlanmak istenmiştir. HANÇERLİOĞLU, Orhan, **Felsefe Ansiklopedisi, Kavramlar ve Akımlar**, C. 4, Remzi Kitabevi, 1978, İstanbul, s. 366; KELLNER, Douglas, **Herbert Marcuse and the Crisis Of Marxism**, University of California Press, California, 1984, s. 8 ve 377; “LUKACS, Georg, “What is Orthodox Marxism?”, **“History & Class Consciousness”**, http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history_/orthodox.htm, (E.T. 29.07.2012), DELLALOĞLU, Besim F. “Marksizm Üzerine Düşünceler” **Altüst Dergisi**, S. 5, Y. 2012, s. 27; BOTTOMORE, Tom, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 413.

¹⁷⁷ GORDON, 2006, s. 403.

¹⁷⁸ **Ibid.**, s. 403 – 404. Eleştirellerin yeni bir sistemsel yapı önermekten imtina etmeleri ve toplulukçu bir teori kurmaktan büyük oranda uzak durmaları hareket içinde de önemli bir tartışma başlığı olmuştur, keza çalışmanın ilerleyen sayfalarında bu konuya daha ayrıntılı olarak değinilecektir. Bkz. TUSHNET, 1984, s. 241 – 242; MATSUDA, s. 345 – 346.

etmeyi seçtikleri görülmektedir. Çalışmanın ileriki bölümlerinde yer verileceği üzere Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın niçin bu tür bir yola meylettiğine ilişkin farklı görüşler öne sürülebilecek olsa da bu durumu Eleştireller üzerinde dahi Amerikan pragmatizm geleneğinin devam edegelen etkisine bağlamak mantığa çok uzak düşmemektedir.

1.4. Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Özellikleri

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ne olduğu ya da ne olmadığı konusunda birbirinden –gerek hareket içinden gerek harekete muhalif kesimlerden gelmek üzere– farklı görüşler öne sürülmüştür. *Tushnet*, hareketin genel karakteristiğine ilişkin bir kısım temel ortak noktalar olduğunu belirtir ki, burada esas olarak hareketin politik niteliğinin dikkatli bir biçimde göz önünde bulundurulması gerektiğini savlar. *Tushnet*'e göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na ilişkin en mantıklı açıklama, hareketi¹⁷⁹, akademi içinde sol görüşleri destekleyen ve geliştirmekten yana tutum alan bir grup hukukçunun politik bir konumlanması olarak görmektir¹⁸⁰. “Hukuk politiktir” düsturunu kabul eden Eleştireller aynı zamanda hukuki düşünsel konumların politik olduğu¹⁸¹ ve hukuki söylem ile olağan ahlaki ve siyasal söylem arasında da ilgi çekici bir fark bulunmadığı¹⁸² görüşündedirler. *Stefan Sciaraffa*'ya göre de Eleştireller, özellikle yargısal kararların politik yönden nötr ve

¹⁷⁹ *Tushnet*, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı bir “hareket” (movement) mi veya bir “okul” (school) mu olduğuna ilişkin tartışmaları gereksiz gördüğünü belirtir. Ancak bu çalışmada genel olarak “hareket” kavramı benimsendiği için burada da *Tushnet* kullanmadığı halde “hareket” ifadesi kullanılmaya devam edilmiştir. Bkz. TUSHNET, 1990 – 1991, s. 1516.

¹⁸⁰ **Idem.**

¹⁸¹ **Ibid.**, s. 1517.

¹⁸² **Ibid.**, s. 1524.

tarafsız olmadığı, aksine politik söylem tarafından biçimlendirildiği görüşünü ileri sürerek, egemenlerin ezilenlerin aleyhine bir biçimde güçlenebilmesine imkân sağlayan temsile dayanmayan politik süreçlerin meşrulaştırılmasında hukuksal tarafsızlığın fonksiyonunu ortaya koymakta önemli rol oynamaktadırlar¹⁸³. Dolayısıyla hukuka politik bir kurum olarak bakan Eleştireller, hukukun oluşturulması –yasaların hazırlanması ve yürürlüğe girmesini de içeren yasama sürecinin bütünsel olarak niteliği–, uygulanması, anlamlandırılması ve toplumsal işlevi gibi süreçlerin, bu süreçlerin aktörlerinin ve sisteme egemen politik zihniyetin iradesinden özerk olmadığını belirtmektedirler.

Eleştireller bir taraftan hukuk ile politikanın özdeşliğini ve hukukun özü itibariyle belirsiz bir karaktere sahip olduğunu savunarak formalizmin temel dayanaklarına yüklenmekte; diğer taraftan hukuksal objektivizme karşı çıkarak hukukun ideolojik niteliğini ön plana çıkarmakta ve böylece hukukun tarafgirliğine vurgu yapmakta; aynı zamanda geleneksel hukuk eğitiminin muhafazakâr ve pozitivist niteliğini eleştirerek akademide hâkim olan müfredat ve tekniklerin değişmesi gerekliliğini vurgulamaktadırlar. Tüm bu nedenlerle *John Batt*'ın “*Eleştirel Hukuk Çalışmaları hukuksal formalizmi, geleneksel Hukuk eğitimi ve tarafsız [hukuk] ilkelerin[in] kutsallığını destekleyenlerin günah keçisi'dir (bête noire)*”¹⁸⁴ tespitine hak vermemek mümkün değildir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları mensuplarının hukuksal formalizmle objektivizmi eleştirirken ve mevcut hukuk normlarını ve kategorilerini incelerlerken

¹⁸³ SCIARAFFA, 1999, s. 201.

¹⁸⁴ BATT, 1994 – 1995, s. 658.

yapısalcı ya da yapısökümcü analizleri esas alan bir yöntem kullandıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. İnceleme konusu olarak yapıyı ele alan ve yapıyı onu oluşturan unsurların toplamından daha farklı bir nitelik olarak kabul eden yapısalcılık, olguların gözlenmesi, bir model kurulması ve bu modelin yapısının çözümlenmesi üzerine oturan yöntemsel bir arayışa tekabül etmektedir¹⁸⁵. Yapısalcılığın hukukta kullanımı da benzer nitelikler taşımakta, esasen hukuk kurallarının özünde var olan gerçek nedenleri ve ilişkileri ortaya çıkarmaya dönük bir arayışı ifade etmektedir. Bu bağlamda Eleştireller de hukuk düzeninin altında yatan politik ve ekonomik olguları, nedenleri bulabilmek için yapısalcı yöntemlere başvurmuşlardır¹⁸⁶. Bu yöntemde, verili bir hukuksal düzende meydana gelen uygulamanın pratiğini açıklamak için ilişkilerin ya da olayların bir modeli inşa edilmekte, bu modelde bir hukuk düzeni içinde yaşayan bireylerin bütünsel olarak hukuki yapının temelinde var olan amaçların bilincinde olmadıkları varsayılmakta, ardından söz konusu modelle hukuki işlemleri teşvik eden ya da kısıtlayan gizli faktörlerin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır¹⁸⁷. Böylece bir hukuk normu, pratikte gerçekleşen bir duruma uygulanırken arkasında var olan sosyo-politik gerçeklikler doğrultusunda değerlendirilmektedir. Yapısalcı yöntemlerin Eleştireller tarafından sıklıkla kullanıldığını¹⁸⁸, bununla birlikte yapısalcı yöntemleri kullananların sadece bu metotla yetinmediklerini, tarihselcilikten Marksizm'e farklı yöntem ve düşünüş

¹⁸⁵ KIZILÇELİK, Sezgin & ERJEM, Yaşar, **Açıklamalı Sosyoloji Sözlüğü**, 4. Baskı, Saray Kitabevleri, İzmir, 1996, s. 603 – 604; DEMİR, Ömer & ACAR, Mustafa, **Sosyal Bilimler Sözlüğü**, 4. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, 1998, s. 297.

¹⁸⁶ Note, “Round and ‘Round The Bramble Brush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship”, **1981 – 1982**, s. 1683.

¹⁸⁷ **Idem.**

¹⁸⁸ Bkz. TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, **36 J. Legal Educ.** **505 1986**, s. 513 – 514.

biçimlerini de kullandıklarını belirtmek gerekir. Örneğin yapısalcı kanat içinde yer alan *Kennedy*, herhangi bir konuyu çevresindeki öğelerle birlikte değerlendirirken hukuksal muhakemede var olan politik karakteri anlamaya çalıştığını ve yapısalcı, fenomenolojik ya da post – Marksist yöntemleri veya her üçünü bir arada kullandığını ifade etmektedir¹⁸⁹.

Eleştirellerin belirli bir kısmı ise hukuk düzeninin ve somut hukuksal normların değerlendirilmesinde yapısalcılıktan ziyade *Derrida*'dan etkilenerek yapısökümcülüğe başvurmuşlar, geliştirdikleri eleştirel analiz metoduyla, kültürel düzlemde hukuku üreten politik ve ekonomik altyapılar ile güçlerin gün yüzüne çıkarılmasında söz konusu yöntemden yararlanmaya yönelmişlerdir¹⁹⁰. Yapısöküm, en genel anlamıyla bir metin ele alınırken, metnin olumsuzladığı, dışladığı terimlere olan bağımlılığının gösterilmesi, ikili zıtlıkların bulunup, bunların tersine çevrilmesi ve zıtlıkların konumlarının değiştirilmesine dayanan bir yöntemi ifade etmektedir¹⁹¹. Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinde belirli bir grubun yapısökümcü yöntemlere başvurmalarının altında yatan ilk neden, yapısökümcü okumanın belirli bir hukuk normunun içeriğinin aslında kendi kendini zayıflatarak kendisiyle çelişen bir kuralı destekleyebileceğini gösteren ve böylece mevcut hukuk doktrininin sorgulanmasını sağlayan bir metodolojiyi temsil etmesidir¹⁹². Zira yapısöküm benzerlikle

¹⁸⁹ KENNEDY, Duncan, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, **28 Buff. L. Rev.** **205** **1978 – 1979**, s. 209; KENNEDY, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, **89 Harv. L. Rev.** **1685** **1975 – 1976**, s. 1712. *Kennedy* “*Form and Substance in Private Law Adjudication*” adlı makalesinde ise diyalektik, yapısalcı, tarihselci ya da zıtlıklara dayanan yöntemlerden birini, hepsini ya da birkaçını bir arada kullandığını söyler. **Idem**.

¹⁹⁰ BATT, **1994 – 1995**, s. 658. Eleştirellerin yapısökümcü yöntemleri kullanmasıyla ilgili olarak ayrıca bkz. TUSHNET, **1986**, 513 – 514; YÜKSEL, **2004**, s. 208 – 209.

¹⁹¹ DEMİR & ACAR, **1998**, s. 296.

¹⁹² BALKIN, J. M., “Deconstructive Practice and Legal Theory”, **96 Yale L. J.** **743** **1986 – 1987**, s.

farklılıkların mantığına ilişkin bütün kavramsal çelişkilerin iç içe geçmiş karşıtlık biçimleri olarak yeniden yorumlanabileceğine dair temel bir iddiaya dayanmaktadır¹⁹³. İkinci neden, yapısökümcü tekniklerin, hukuk doktrininin yapısının var olan politik ideolojinin arkasına nasıl gizlendiğinin gösterilebilmesini kolaylaştırmasıdır¹⁹⁴. Son neden ise, yapısökümün, hukuk metinlerinin geleneksel yorum yöntemlerine karşı yeni bir yorum stratejisinin geliştirilebilmesine olanak sağlamasıdır¹⁹⁵. Örneğin anayasa metinlerinin analizinde, teknik – etimolojik bir değerlendirme yöntemine başvurulmak suretiyle geleneksel hukuk mantığının daha iyi anlaşılabilmesi¹⁹⁶ ve böylece farklı yorum yöntemlerinin geliştirilebilmesi mümkün hale gelmektedir. Tüm bu hususlara karşın Eleştirel hukukçuların içinde yapısökümün birincil yöntem haline gelmediğini, keza bütün Eleştirellerin de yapısökümcülüğe dayanmadıklarını belirtmek gerekmektedir. Hareket içinde herhangi bir program önerisi getirmeyerek salt eleştiriye yönelen nihilist kanadı dışarıda bırakırsak¹⁹⁷, yapısökümcü yöntemlere başvuran Eleştirellerin birçoğunun, aynı zamanda somut sorunların çözülebilmesi gayesini hedefledikleri, kavramların yeniden inşasına yönelik teorik ve eylemsel bir çaba içinde buldukları da ayrıca vurgulanmalıdır¹⁹⁸. Buna ilaveten yapısökümcülüğün, zamanla Eleştirellerin yanı

744; BALKIN, J. M., “Deconstruction’s Legal Career”, **27 Cardozo L. Rev. 719 2005 – 2006**, s. 733.

¹⁹³ BALKIN, J. M., “Nested Oppositions”, **99 Yale L. J. 1669 1989 – 1990**, (a), s. 1676.

¹⁹⁴ BALKIN, **1986 – 1987**, s. 744; BALKIN, **2005 – 2006**, s. 733. Yapısökümün politika, etik ya da adaletle olan ilişkisi hakkında bkz. BALKIN, J. M., “Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction”, **11 Cardozo L. Rev. 1613 1989 – 1990**, (b), **Passim**.

¹⁹⁵ BALKIN, **1986 – 1987**, s. 744; BALKIN, **2005 – 2006**, s. 733.

¹⁹⁶ BALKIN, **1989 – 1990 (a)**, s. 1613.

¹⁹⁷ Nihilist kanadın ağırlıklı olarak yapısökümcü yöntemleri kullandığı da bu bağlamda belirtilmelidir. HASNAS, **1995 – 1996**, s.103–104.

¹⁹⁸ MATSUDA, **1987**, s. 345.

sıra onlarla yakın ilişki içinde olan eleştirel ırk teorisi ve eleştirel feministlerce de kullanılmaya başlandığı eklenmelidir¹⁹⁹.

Yapısökümcülükle ilgili sözü edilen tüm bu hususlara karşın yöntemin birtakım riskler ve içsel sorunlar taşıdığı da belirtilmelidir. Yöntem her ne kadar çoğunlukla hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi, geleneksel hukuk anlayışlarıyla kabullerinin sorgulanması, yeniden değerlendirilmesi, statükonun ideolojik karakterinin gösterilebilmesi gibi “sol” bir çerçeveden eleştirel bir araç olarak kullanılmaktaysa da özellikle hukuk metinlerinin okunması bağlamında politik anlamda statükocu ya da “sağ” analizlere de aynı oranda imkân sağlayabilecek bir niteliğe de sahiptir²⁰⁰. Özellikle postmodern hukukçuluğun, yapısökümcülükle son derece yakın bir ilişki kurduğunu ifade etmek gerekir²⁰¹.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nda yöntem olarak kimi zaman yapısalcı kimi zamansa yapısökümcü analizlere başvurulmasına karşın, esasen her zaman ve durumda var olan hukuk düzeni ile hukuk normlarının eleştirisi ve yeniden anlamlandırılması özelinde bir pratik geliştirmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla Eleştirellerin esas yönteminin eleştiri eksenine odaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir yöntem olarak hukuk eleştirisini, hem hukuksal normların, kurumların ve uygulamanın anlamlandırılabilmesi hem de hukukun başta politika olmak üzere ekonomik, toplumsal ve kültürel bağlamda nereye oturduğunun; nasıl bir işlevi yerine getirdiğinin tespiti amacıyla kullanmışlardır. Eleştirel yöntem 20.

¹⁹⁹ BALKIN, 2005 – 2006, s. 733.

²⁰⁰ BALKIN, 1986 – 1987, s. 786.

²⁰¹ HUNT, Alan, “The Big Fear: Law Confronts Postmodernism”, 35 McGill L. J. 507 1989 – 1990, s. 509; BALKIN, 2005 – 2006, s. 733.

yüzyılın başlarından itibaren Realistlerce başlatılan klasik hukuk düşüncesinin kümülatif olarak muhalif bir cepheden sorgulanmaya başlaması sürecinin daha ileri bir aşamasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte hareketin klasik hukuk düşüncesine yönelik eleştirel tutumunun genel olarak hukuk eleştirisinin sadece belirli bir bölümünü teşkil ettiğini de belirtmek gerekir. Zira 19. yüzyılın klasik hukuk kalıpları 20. yüzyıl boyunca çeşitli değişikliklerden geçtiği gibi, bu yüzyılın politik, ekonomik, toplumsal ve hukuksal olgularında da önceki yüzyıla göre büyük bir dönüşüm gerçekleşmiş; hatta hukuk sisteminin yapısal olarak liberal politik ve ekonomik ortamla çok daha yoğun biçimde etkileşim içine girdiği dikkat çekmeye başlamıştır. Dolayısıyla Amerikan hukuk sisteminin 20. yüzyıldaki işleyişinin kavranabilmesi için tarihsel birikimin hesaba katılması hâlâ kesin bir zorunluluk olmakla birlikte, bu yüzyılın politik ve ekonomik sisteminin nitelikleri ve olguları da aynı dikkatle değerlendirilmelidir. Gerçekten Amerikan toplumu ve politik hayatı üzerinde ekonomik sistemin belirleyiciliği ve hegemonyası öyle bir boyuttadır ki, hukuk sisteminin işleyişinde de söz konusu hegemonyanın etkinliği yine kuvvetle hissedilmektedir. Örneğin *Batt*'a göre Amerikan sistemi halka dayanan değil, sınıfa dayanan bir rejim olup iki temel gruba bölünmüştür²⁰². İlki, sistem üzerinde egemenlik kuran ve ekonomik yapıyı kontrol eden büyük şirket sahipleri ve bunların yöneticileri ile onlarla ilişki içinde olan yargıçlar ve idarecilerden oluşan partnerleridir²⁰³. İkinci grup ise geriye kalan ve günlük işleri yürüten sıradan insanlardır²⁰⁴. *Batt*'ın söz ettiği bu hususlar Amerika'nın adalet sisteminin aynı

²⁰² BATT, 1994 – 1995, s. 671.

²⁰³ **Idem.**

²⁰⁴ **Idem.**

zamanda Amerikan yaşam tarzının da bir uzantısı olan ekonomik – politik sistemin gereklilikleriyle uyum içinde olduğunu göstermeye yetmektedir. Bu durumun sadece Amerika özelinde değil, liberal ekonomi – politiğin modern anlamıyla işlediği bütün siyasal yapılara sahip ülkeler için de geçerli olduğu söylenebilir.

Gerry Spence'e göre de Amerikan sistemi esasen bir para sistemi olduğundan ve eğer birey gerekli parayı ödeyemezse kendisi namına adaletten ancak küçük bir pay alabileceğinden, Amerikan hukuk düzeninin gerçeklikten çok bir yanılsama olduğunu, geniş kitleler için adaletin zerresinden fazlasını sağlayamadığını söylemek yanlış olmayacaktır²⁰⁵. Para olgusu, ekonomik, toplumsal, politik, hukuki sonuçları belirlemekte ve büyük şirketler, kendilerine bağlı kurumlar ya da lobi kuruluşları aracılığıyla hegemonyayı ellerinde tutarak sistem içinde diledikleri gibi hareket edebilmektedirler²⁰⁶. Bu şirketler yargılama süreçlerinde çok güçlü avukatlık bürolarından hizmet satın almakta; gerektiğinde medya üzerinde etkili olabilmekte; daha önemlisi bilhassa kendilerini ilgilendiren düzenlemelerle ilgili olarak lobi faaliyetleri aracılığıyla yasama organı üzerinde de baskı kurabilmektedirler. Tüm bu hususlar gerek yargılama gerek yasama faaliyetlerini ekonomik açıdan güçlü olan çıkar gruplarının sürekli baskısı altında kalmaya zorlamakta ve hukuk sisteminin zayıfları veya mağdurları korumaya dönük sosyal karakterini törpülemektedir. Söz konusu durum, yargıda görev alan hukukçuların statükocu temayülleri ve tercihleri de göz önüne alındığında, yeni bir boyuta evrilmektedir. Bu bağlamda Eleştireller, Amerikan hukuk elitlerinin devam eden egemen konumuna, hukuksal analiz ve

²⁰⁵ SPENCE, Gerry, **With Justice For None: Destroying an American Myth**, 1989, s. XII'dan aktaran **Ibid.**, s. 660 – 661.

²⁰⁶ **Ibid.**, s. 661.

muhakemede kullandığı kalıplara, muhafazakâr tahayyüllerine yeni bir saldırı sürecini başlatmış; öncelikle klasik hukukçuluğun mirası ve geçerlilikleri hâlâ pek de sorgulanmadan onaylanaduran ve egemen çıkar gruplarının menfaatlerinin korunmasında hukukun belirliliği ve öngörülebilirliği adına kendilerine sıklıkla atıf yapılarak araçsallaştırılan formalizm ve objektivizm gibi başat kavramlarına yönelik köktenci bir sorgulamaya girişmişlerdir.

Eleştirel hukuk düşüncesinin önemli isimlerinden olan *Unger*'e göre formalizm²⁰⁷ öncelikle insanların ideolojik, felsefi veya hayali / ütöpik (visionary) olarak nitelendirdikleri sosyal yaşamın temel kavramlarına ilişkin açık uçlu anlaşmazlıklarla çelişen bir hukuki gerekçelendirme yönteminin olabilirliğine ilişkin bir inanç ve taahhüttü ifade etmekte; ayrıca hukuk öğretisinin politika dışı (apolitik) bir yöntemle de analiz edilebileceğinin mümkün olduğu iddiasını içermektedir²⁰⁸. Objektivizm ise yasalar, yargılama süreçleri ve hukukun genel ilkeleri gibi güvenilir hukuksal araçların somutlaştırılmasına ve insan topluluğuna ilişkin savunulabilir bir tasarımın sürdürülmesine yönelmiş bir düşünceyi temsil etmektedir²⁰⁹. Oysa Eleştireller bu tür evrensel bir tasarımın ortaya çıkabilmesini mümkün görmezler. Eleştirellerin öncelikle ele aldıkları ve yerdikleri piyasa sistemi, çoğulcu gelenek ve klasik liberalizm²¹⁰ gibi olgular, genel olarak hukuk normlarının geleneksel

²⁰⁷ *Unger*, formalizmin genel kabul gören ve onu hukuka ilişkin belirli problemlerin çözümünde tündengelimci veya tündengelim benzer yöntemler kullanmak suretiyle kesin sonuçlara ulaşılabilmesine olanak sağlayan bir araç olarak tanımlayan kavramsallaştırmaya göre nitelmediğini belirtir. UNGER, 1986, s. 1.

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 1 – 2.

²⁰⁹ *Ibid.*, s. 2.

²¹⁰ Bu çalışma bağlamında sıklıkla, liberalizm, klasik liberalizm ya da neo-liberalizm kavramları kullanılmaktadır. Söz konusu kavramlar üzerinde gerek doktrinde gerek liberaller arasında uzlaşmaya varılmış bir anlam birliğinden söz etmek güçtür. Çalışmada liberalizm ifadesiyle genel olarak bir

kaynaklarını teşkil etmekte olup²¹¹, söz konusu kaynakların böyle bir sürdürülebilir toplum tasarısını sağlayabilecek potansiyelleri bulunmamaktadır. Bu aşamada pazara dayanan piyasa ekonomisinin ve liberal demokrasinin eleştirisi aynı zamanda objektivizme yönelmiş bir tenkidi de beraberinde getirmektedir. Eleştirellere göre demokrasi ve piyasa için evrensel bir hukuk dili oluşturmaya dönük her deneme, Batı düşüncesinin temellerinde var olan –aydınlanmadan miras kalan arkaik– ideanın yanlışlığını ortaya çıkarmaktadır²¹². Mevcut devlet yapısı ve ekonomik sistemin insanlık açısından tek yol olduğuna ilişkin ön kabulleri reddeden Eleştireller, geliştirdikleri objektivizm tenkitleri üzerinden hali hazırdaki mülkiyet ve özel hukuk ilişkilerini sorgulayarak bu ilişkilerin yeniden tanımlanması gerekliliğine dair görüşler ileri sürerler²¹³. Eleştireller diğer taraftan çağdaş hukuki, ekonomik ve

politik – ekonomik düşünce yapısına ve onun teorik öncüllerine gönderme yapılmaya, klasik liberalizm ifadesiyle öncülüğünü *Adam Smith*, *John Stuart Mill*, *David Ricardo* gibi iktisatçıların yaptığı ve *Frederic Bastiat* gibi daha uç liberallerin düşünceleriyle de şekillenmiş olan 19. yüzyıl ve erken 20. yüzyıl liberalizmi tanımlanmaya; son olarak neo-liberalizm ile somut ifadesini İngiltere’de *Margaret Thatcher*, Amerika’da *Ronald Reagan* hükümetleri ve reel sosyalizmin doksanlı yıllardaki çöküşüyle politikalarıyla tüm dünyada kendini iyice dayatan *Friedrich A. Hayek*, *Milton Friedman*, *James M. Buchanan* gibi isimlerin görüşleri adlandırılmak istenmiştir. Gerek klasik liberalizm, gerek neo-liberalizm kavramlarıyla, devletin piyasa işleyişine yönelik hukuksal ve diğer müdahalelerinin piyasanın güvenliğini ve işleyişini sürdürmekle sınırlı bir çerçevede kalması şeklinde kendini gösteren bir anlayışın vurgulanmasına çalışılmıştır. Klasik liberalizm bu noktada neo-liberalizmden farklı olarak yer yer objektivizm ya da formalizm gibi unsurlara daha fazla vurgu yaparak muhafazakâr bir hukuk anlayışını dillendirmekte; neo-liberalizm ise serbest piyasa ekonomisinin sürdürülebilirliği özelinde bilhassa günümüz politik – ekonomik konjonktüründe somutlaşan ve klasik liberalizmin daha radikal bir görünümü olan anlayışı ifade etmektedir. Bu bağlamda klasik liberalizm ve neo-liberalizm arasında belirli bir niteliksel ayırım yapılamak istendiği gibi, zamansal bir farklılaşma da vurgulanmak istenmiştir. Çalışmada benimsenen bu yaklaşıma karşın klasik liberalizm ile neo-liberalizm (ya da ultra liberalizm) arasında burada belirtilenlerden çok daha köklü bir ayırımın mevcut bulunduğunu ifade eden, neo-liberalizmi esasen klasik liberalizm ile hemen hiçbir ortaklığı olmayan sığ bir yaklaşım, katıksız bir ütopya olarak nitelendiren görüşler de vardır. Bkz. VERGARA, Francisco, **Liberalizmin Felsefi Temelleri – Liberalizm ve Etik**, (Çev. Bülent Arıbaş), İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 10 – 16 ve s. 203 – 204.

²¹¹ MATSUDA, 1987, s. 324.

²¹² UNGER, Roberto Mangabeira, “The Critical Legal Studies Movement”, 96 *Harv. L. Rev.* 561 1982 – 1983, s. 568. Unger 1986 yılında kitaplaştırdığı makalesinde ise ifadelerinde bazı değişiklikler yaparak aslında böyle bir dilin olamayacağını belirtmektedir. UNGER, 1986, s. 6.

²¹³ *Ibid.*, s. 97 – 98.

toplumsal sistemlerin hatalı işlediğine, bu sistemlerin insani olmayan ve antidemokratik niteliklerinin insanı ve bilgiyi merkeze alan bir perspektiften yeniden değerlendirilmesi gerekliliğine de işaret ederler²¹⁴. Gerçekten hareketin mensuplarının formalizm ve objektivizm eleştirilerinin yanında belirgin ikinci eğilimleri doğrudan sistem içinde var olan –ekonomik, politik, toplumsal, kültürel mahiyeti haiz– ve bu veçheyle de hukuku doğrudan ilgilendiren aksaklıkların ve çatışmaların nasıl üstesinden gelinebileceğine yönelik çözüm arayışlarına yönelmelerinde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Eleştirellerin devrimci veya köktenci bir değişim yanlısı oldukları söylenemez. Yer yer reformist bir çizgiyi benimseyen Eleştireller sıklıkla pragmatist çareler üreterek var olan sorunların sistem içinde çözülmesinin olanaklarını aramaya yönelmişlerdir.

Muhtelif sol hedeflere ulaşmak için hukuk öğretisi ile uygulamasının araçsal ve pragmatist bir veçhede kullanılması, üzerinde dikkatle düşünülmesi gereken bir husustur²¹⁵. Gerçekten Eleştirellerin bazı sorunların çözümü bağlamında hukuku, pragmatist bir temayül doğrultusunda araçsallaştırdığı görülür; söz konusu araçsallaştırma beraberinde –hareketin güçlü bir radikal yönelimi ve sol eleştirel söylemi bulunsa bile–, kimi durumlarda onu sistem içi bir oyuncu haline de getirebilmektedir. Fakat burada Eleştirelleri hukukun diğer oyuncularından ayıran ince bir çizginin olduğu da belirtilmelidir. Sistem içinde bir oyuncu olmak, sistemin işleyişine veya doğruluğuna ilişkin baştan bir onay mekanizması konumuna gelmek değildir. Bir başka ifadeyle eleştirinin sistem içinde “olan”a yöneltilmesi suretiyle

²¹⁴ BATT, 1994 – 1995, s. 658.

²¹⁵ UNGER, 1986, s. 3 – 4. .

“olması gereken”in veyahut “olmaması gereken”in aranması kendi başına bir değer ifade ettiği gibi, sisteme muhalif kalarak onun sorgulanabilmesinin de yolunu açacaktır. Kısa vadeli çözümlere ulaşmayı mümkün kılan söz konusu yöntem bununla beraber hareketin farklı yönlerden eleştirilmesi sonucuna da neden olmaktadır. Örneğin *Batt*’a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukukun yabancı kaynaklı Marksist bir felsefesi olmadığı gibi, aslında tam da Amerikan tipi bir hukuk “bilimi”ne tekabül etmektedir²¹⁶. Her ne kadar estetik, akademik ve postmodern nitelikleri²¹⁷ haiz olsa da esasen Amerikan hukuksal popülizminin bir tür zorlamasıdır²¹⁸. Hukukun, politikanın, ekonominin, toplumun ve genel olarak sistemin araştırılmasına yönelik Eleştirellerin önemli bir kısmı, söz konusu alanlarla ilgili birçok aksaklığı ve sorunlu bölgeyi tespit etmekle birlikte daha ziyade mevcut problemin çözümüne odaklandıklarından, dar kapsamlı ve pragmatist yöntemlerle yetinmişler ve büyük bir yapısal program oluşturmaktan uzak durmuşlardır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin diğer belirgin niteliği ise Ortodoks Marksizm ile arasına koyduğu mesafedir²¹⁹. Gerçekten ana akım Eleştireller, ilk olarak, Marksist hukuk düşüncesinin formalizm eleştirisine uzak durmasını eleştirir ve Marksizm’in hukuk analizinde yargısal kararları sadece yasal nedenler temeline dayandırarak açıklamasının yanlış bir varsayım olduğu görüşünü

²¹⁶ BATT, 1994 – 1995, s. 659.

²¹⁷ *Hunt* da, hareketin en azından bir kolunun postmodernist yöntemleri tamamen tahavvül etmek suretiyle benimsediğini söylemektedir. HUNT, 1989 – 1990, s. 520 – 521.

²¹⁸ BATT, 1994 – 1995, s. 659. *Tushnet*’e göre ise Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi modernizmin hukuksal düşüncede aldığı bir forma tekabül etmektedir. Dolayısıyla bu hareketin modernizm düşüncesi dışında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tıpkı felsefe ve sosyolojideki modernizm gibi, yerleşmiş anlayışları değiştirme amacına yönelmiştir. TUSHNET, 1986, s. 517.

²¹⁹ AKBAŞ, 2006, s. 135 – 139 ve 170; AKTAŞ, 2006, s. 39 – 40.

belirtmektedirler²²⁰. İkinci olarak, Marksizm'in yargısal kararlar üzerindeki sosyo-ekonomik belirlenimciliğe aşırı vurgusunu ve son olarak da hukukun açıklanmasında salt üretim araçlarıyla sınırlı bir dizgeye atıf yapmasını totoloji olarak nitelendirerek eleştirmektedirler²²¹. Hareketin mensupları arasında, bilhassa Avrupa kanadı içinde ortodoks ya da radikal Marksist hukukçular yer almaktaysa da bu klasik Marksist görüşlerin hareketin temel karakteristiğini teşkil etmekten uzak olduğunu belirtmek gerekir²²². Gerçekten de Eleştirellerin yer yer hukukun işlevine ve dönüştürülmesine dair sistem içi çözüm arayışları ve hukuku salt ekonomik dizgenin bir ürünü ve zorunlu sonucu olarak değerlendirmemeleri, onları, ortodoks Marksizm'in etkisinden uzaklaştırarak geleneksel Marksist hukukçuluğun dışında sol bir pragmatizm içinde bulunmaya itmiştir.

Hutchinson'a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, hukukun ve liberalizmin eksiksiz ve ideolojik bir eleştirisini önermekte, fakat Ortodoks Marksizm'in kabullerinin aksine maddi koşullar ile hukuksal üstyapı arasında nedensel ve doğrudan bir bağ olduğu inancını kabul etmemektedir²²³. Aynı biçimde tarihsel, sosyal, ekonomik ve benzeri değişimlerin açık, anlaşılır ve yerleşik kuralları

²²⁰ SCIARAFFA, 1999, s. 203. Ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 207 – 208.

²²¹ **Ibid.**, s. 203. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ayrıca bkz. AKBAŞ, 2005, s. 55 – 59.

²²² P. Fitzpatrick and A. Hunt, *Critical Legal Studies* (1989)'dan aktaran HUNT, Alan, "Getting Marx and Foucault into Bed Together", **31 J.L. & Soc'y** 592 2004, s. 597. Bu bağlamda İngiltere'deki National Critical Lawyers' Group'un (NCLG) Amerika'daki ana akım Eleştirellere göre çok daha sol bir çizgiden hareket ettiği ayrıca belirtilmelidir. NCLG ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://nclg.org.uk/lecture-archive/>, (E.T. 01.11.2012).

²²³ HUTCHINSON, 1989, s. 7. Bu bağlamda tarihsel belirlenimciliğe ilişkin temel Marksist argümanların Eleştireller tarafından kabul edilmemesinin bu tür bir sonuca yol açtığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bkz. SCIARAFFA, 1999, s. 206.

olduğuna ve bunların keşfedilebileceğine dair savları da reddetmektedir²²⁴. Bununla birlikte Eleştirel hukukçular sıklıkla hukukun toplumun “kapitalist” organizasyonunun devamı için bir silah ve kalkan olarak kullanıldığını kabul etmekte ve mevcut sistemin sürdürülmesinde hukuksal araçların meşrulaştırıcı gücünün de göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedirler²²⁵. Fakat 1960’lardan itibaren güçlenen yeni sol hareketlerin savunucularının fikirlerine benzer biçimde Eleştireller kesinlikle devlet sosyalizmi anlayışına yakın bir duruş sergilememiřlerdir²²⁶. Onlar için sosyalizmin inşasından daha önemli olan noktanın liberalizmin radikal bir demokrasinin gerekleri doğrultusunda yeniden örgütlenmesi / yapılandırılması olduğu da bu bağlamda söylenebilir.

Eleştirellerin bilhassa ortodoks Marksizm’e mesafeli durmaları kendilerine sıklıkla yöneltilen eleştirilerden biri olan toplulukçu bir politik teorinin kuruluşuna yönelmelerini de duraksatmıştır. Fakat toplulukçu bir teoriye yönelmemelerinin nedeni sadece Marksizm’in söz konusu biçiminden uzak durma kaygılarından kaynaklanmamaktadır. *Tushnet*’in belirttiği üzere Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin teorik boyutuyla ilgilenenlerin toplulukçu (communitarian) bir politik teori geliřtirmek²²⁷ konusunda oldukça isteksiz davranmalarının altında yatan neden, insan yaşamının hem sosyal hem bireysel unsurları bir arada barındırmasından, fakat insan yaşamının sosyal ve bireysel öğelerinin her ikisine de

²²⁴ HUTCHINSON, 1989, s. 7. Bu bağlamda “Hukuki Belirsizlik Tez”i başlıklı kısımda ele alınan tarihsel materyelizmin belirlenimci yönüne ayrıca bkz. **Infra.**, s. 213 – 218.

²²⁵ **Idem.**

²²⁶ BATT, 1994 – 1995, s. 752.

²²⁷ Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinde bir tek *Unger*’in sistematik bir politik teori geliştirme yönünde yoğun çaba gösterdiğini belirtmek gerekir.

yeterli derecede önem verebilecek gerçekten tutarlı, kümülatif nitelikli bir politik teorinin bulunmadığını düşünmelerinden kaynaklanmaktadır²²⁸. Eleştirellerin büyük ütöpik bir yapıyı –anlatıyı– doğrudan önermeyerek nasıl bir dünya istedikleri ya da o dünyaya hangi yollarla ulaşacakları konusunda sessiz kalmalarının bir diğer nedeni de üstü kapalı bir biçimde hukukun daha iyi anlaşılabilmesini –politikayla, kültürle, tarihle, dinle ve sosyal yapıyla ilişkisini çözümlmek ve ortaya koymak suretiyle– sağlamayı başarmaları halinde, hayalini kurdukları dünyaya doğru bir dönüşümün gerçekleştirilebileceğine ve dolayısıyla nihai başarının gelebileceğine olan inançlarından kaynaklanmaktaydı²²⁹. Eğer eleştirel hukukçular açık bir biçimde liberal politik teorinin önceliklerini tersine çevirerek toplulukçu bir politik teori geliştirmeyi deneselerdi, liberal politik teoriye yöneltilen eleştirilerin benzerleriyle onların da karşılaşmaması söz konusu olamazdı²³⁰. İşte Eleştireller söz edilen tüm bu nedenler dolayısıyla geniş kitlelere yönelen toplumsal nitelikli –hukuksal, politik, ekonomik ve ahlaki tasavvurları da içinde barındıran–, büyük, kapsayıcı ve çok yönlü bir sistemsel yapı (kuram / teori) önermekten özellikle ve bilinçli bir tercih doğrultusunda imtina etmişlerdir. Mevcut hukuksal kurum, yapı, ilke, kural ve zihniyetleri gözden geçirerek olanı tespit etmek istemiş; yer yer yapısökümcü ya da

²²⁸ TUSHNET, 1984, s. 241 – 242.

²²⁹ MATSUDA, 1987, s. 345 – 346.

²³⁰ TUSHNET, 1984, s. 242. *Tushnet*'e göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi pragmatik değerlendirmelerde bulunmak zorundadır. Fakat kapsamlı bir teori olmadan ne yapılması gerektiği hususunda pragmatik değerlendirmelerde bulunmak belli bir güçlük de arz etmekte; hangi tarafın yanında bulunulacağını seçmek için gerekli olan ilkeler ancak teorik olmayan tercihler yapılarak bulunabilmektedir. Genellikle belirli politik faaliyetler aracılığıyla kime yardımcı olunabileceği veya kime zarar verileceğine ilişkin pragmatik değerlendirmeler yapılabilmektedir. Sadece bu dünyada yaşayarak, olayları algılayarak, teorik olmayan bir yöntemle acı ve ıstırap tanımlanabilmektedir. Buna rağmen böyle bir algı kendiliğinden acı ve ıstırapın azaltılmasını sağlamaz; fakat bu tür bir varoluşsal fenomenoloji, sosyal ve politik yaşamın kapsamlı bir teorisi olmadan hangi tarafın yanında olunacağını seçmek için uygun bir zemin sağlayabilmektedir. **Idem.**

yapısalcı teknikleri kullanarak yer yer de söz konusu kurum, yapı, ilke, kural ve zihniyetlerin yeniden inşasına yönelerek bütünsel olarak sistemin değerlendirilmesi konularında çaba harcamış, aynı zamanda sorun odaklı araştırmalar da yürüterek kapitalizme içkin kimi problemlerin yine sistem içinde kalınarak –pragmatist yöntemler de dâhil olmak üzere– kısa erimli çözümlerine ulaşmaya çalışmışlardır.

Sonuç olarak Eleştirel hareketin, akım içinde Marksizm’i benimsemiş ve sosyalist ilkelerin daha öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünen bir hizbi buluyorsa da, ekseriyetle kendisinden önce gelen ve tümel bir sistem karakteri gösteren büyük anlatıların veya kuramların külli halefi olmaktan özenle kaçındığını belirtmek gerekir²³¹. Fakat bu durum, Eleştirelleri, Marksist söylemin kapitalizme yönelik geliştirdiği analizlerin çekiciliğine kapılarak bir hukuksal eleştiri teorisi geliştirmek ile uygulamada karşılaşılan hukuksal sorunların bir an önce giderilebilmesine yönelik pragmatist kaygılarla biçimlenen çözüm arayışlarına yönlenmek arasında sıklıkla seçim yapmak zorunda da bırakmıştır.

1.5. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketine Yöneltilen Eleştiriler

Eleştirel Hukuk Çalışmaları mensuplarının liberal hukuk sistemine, onun temel ilke ve değerlerine ve esasen liberal politik ve ekonomik düzene yönelen eleştirel tutumları aynı zamanda kendilerine karşı çok yoğun bir tepkinin doğuşuna da neden olmuştur. Bilhassa liberal, neo-liberal ve muhafazakâr kanattan gelen tepkiler sıklıkla Eleştirel hareketi programsızlıkla, aşırı idealleştiricilikle,

²³¹ Ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 241 – 242.

ulaşılmazlıkla, kinizmle, rasyonel olmamakla ve nihilistlikle suçlamak / eleştirmek şeklinde kendini göstermiştir²³². Bu bağlamda Eleştirel teorinin hukukun tutarsız (incoherent)²³³ olduğuna ilişkin tezlerinin eksik ve hatalı, ayrıca eleştirel hukuk teorisinin de elitist, ayrımcı, belirli bir programdan yoksun, kinik, hukuk karşıtı olduğu ve değerler çatışmasını çözebilecek kapasitede olmadığı dile getirilmiştir²³⁴.

Belirsizlik, Eleştirellerin kullandığı anlamıyla hukukun değere, politikaya veya tarihsel koşullara başvurmadan “belirli” sonuçlar üretebileceğine yönelik kuşkucu bir yaklaşımı ifade eder²³⁵. Belirsizlik tartışmalarında Eleştireller, bir taraftan hukuk kurallarının anlam ve içerik olarak belirsiz bir karakter gösterdiğini savunurken, diğer taraftan objektivizm ve formalizm eleştirilerinden de yola çıkarak hukukun, klasik hukukçularının aksine tarafsız, apolitik bir niteliğe sahip olmadığı görüşünü öne sürmekte ve bu nedenle hukuk ilkelerinden başlayıp hukuksal muhakemeye kadar uzanan bir sahada hukukun her zaman bir miktar belirsizliği barındırdığını dile getirmekteydiler²³⁶. *John Hasnas*’ın da belirttiği üzere Eleştireller, hukukun ya da hukuk normlarının tümüyle belirli, kesin anlamları olduğuna ilişkin mitin esasen kapitalist sistemin egemen güçlerinin gayrimeşru hiyerarşik üstünlüklerini sürdürmeye hizmet eden bir söylemin parçası olduğu

²³² MATSUDA, 1987, s. 330 – 331.

²³³ *Mari J. Matsuda* çalışmada ve genel olarak doktrinde kullanılan “belirsizlik” (indeterminacy) kavramı yerine “tutarsızlık” (incoherency) kavramını tercih etmiştir. Fakat tercih ettiği bu kavramın “radical indeterminacy” ile aynı anlamı içerdiğini ayrıca belirtmiştir. *Ibid.*, s. 332, dn. 38.

²³⁴ MATSUDA, 1987, s. 331.

²³⁵ *Ibid.*, s. 332.

²³⁶ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde hukuki belirsizlik tezi ayrıca incelenecektir. Bkz. *Infra.*, s. 211 – 245.

görüştüğüdürler²³⁷. Fakat Eleştireller hukuksal kural ve ilkelere veya kavram olarak hukuka ilişkin mutlak bir belirsizlik iddiasında olmayıp onun bazı öğelerinin belirsizliğine vurgu yapmaktadırlar²³⁸. Buna karşın Eleştirellere yönelik eleştiri ve tartışmalarda genel olarak hareketin, hukuka ilişkin tam ve bütünsel anlamda bir belirsizlik iddiasında bulunduğu şeklinde kendini gösteren bir algılamının ön plana çıktığı görülür. Daha çok Eleştirelleri suçlayabilmek için kullanılan bu argümanın sıklıkla abartıldığını da ayrıca belirtmek gerekir.

Eleştirellerin savundukları hukuki belirsizlik tezine yönelik eleştirilerin önemli bir boyutu da söz konusu belirsizlik iddiasının hukuksal bir nihilizme sebebiyet verdiği, bu durumun da esasen hareketin nihilist karakterinden kaynaklanmakta olduğuna dair görüşlerdir. Zira belirsizlik tezine yöneltilen eleştiriler bir yönüyle doğrudan nihilizmle ilişkilendirilmektedir. Bu durumun Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketiyle bağlantı kurularak formüle edilmeye çalışıldığı da göz ardı edilmemelidir. Hareketin kendi içinde ana akım (yeniden yapılanmacı veya rasyonalist) ve nihilist (irrasyonel) kanat olmak üzere ikili ayrıma tabi tutularak değerlendirildiği dikkat çeker²³⁹. Her iki görüş belirsizlik ve mistifikasyon tezlerinde uzlaştıkları gibi²⁴⁰, nihilist kanat da dâhil olmak üzere Eleştireller hukuk ile iktidar arasında herhangi bir ayrım olduğu fikrini reddeder ve mevcut hukuk sisteminde bir sosyal grubun –egemen sınıfın– diğer gruplar üzerinde

²³⁷ HASNAS, 1995 – 1996, s. 98.

²³⁸ MATSUDA, 1987, s. 332.

²³⁹ *Ibid.*, s. 350; HASNAS, 1995 – 1996, s. 99. Gary Minda rasyonalistler için “kuzeyliler”, irrasyonelistler için “güneyliler” ifadelerinin kullanıldığını da belirtir. MINDA, 1989, s. 619 – 620.

²⁴⁰ HASNAS, 1995 – 1996, s. 99.

gayrimeşru güç kullandığı iddiasını da onaylarlar²⁴¹. Nihilist kanadın rasyonalistlerden farklılaştığı ana mevzuu ise nihilistler her türlü reform önerisine karşı çıkmaktayken, rasyonalist kanadı temsil eden ana akım Eleştirellerin mevcut hukuk sisteminin reforme edilebileceği görüşünde ısrarcı olmalarıdır. Belirtilmesi gereken bir diğer husus, eleştirel akademisyenlerin kayda değer bir kısmının söz konusu nihilist temayül içinde bulunmadıkları ve yer yer reformist bir çizgide hareket ettikleridir.

Minda, rasyonalist kanadın, genel hukuk doktrininin yeniden rasyonalize edilebileceği ve liberal hukukçuluğun ölümünün ardından normatif bir temelin tekrar inşa edilebileceği görüşünü savunduğunu; buna karşın nihilistlerin bütün yeniden inşa çabalarını nafile gördüklerini zira bütün bu çabaların belirsizlik eleştirisinin konusu olacağı iddiasında bulduklarını dile getirir²⁴². Bu bağlamda genel olarak belirsizlik tezine yönelik eleştirilerin hareketin nihilist bir hukuk anlayışını savunduğu biçiminde bir suçlamaya dönüştürülmeye; bu hedef doğrultusunda akım içinde azınlıkta olan nihilist kanadın fikirlerinin manipüle edilerek haksız bir biçimde hareketin bütününe mal edilmeye çalışıldığı belirtilmelidir. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, hukuki belirsizlik iddialarının doğrudan nihilizme varan sonuçlar doğuracağı iddiası, hem kendi içinde çelişik hem de tek boyutlu ve indirgemeci bir bakış açısından kaynaklanmaktadır.

²⁴¹ CHOW, Daniel C. K., “Trashing Nihilism”, **65 Tul. L. Rev. 221 1990 – 1991**, s. 234.

²⁴² MINDA, **1989**, s. 619 – 620. Nihilist kanadın genel olarak *Derrida*'nın yapısökümcülüğünün etkisi altında kalarak nesnel bilginin olanaksızlığına dayandıklarını ve bu bağlamda hukuksal bir reform için herhangi bir program önerisi getirmemeyi tercih ettiklerini belirtmek gerekir. HASNAS, **1995 – 1996**, s. 103 – 104.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na yöneltilen belirsizlik tezinin nihilizme sebebiyet verdiği yönündeki eleştirinin önemli bir boyutunu da hareketin hukuk devleti kavramını değersizleştirdiğine dönük itirazlar oluşturur. Çalışmanın daha sonraki bölümlerinde ayrıca inceleneceğinden, burada hareketin mensuplarının hukuk devleti kavramına tümüyle karşı olmadıklarını, fakat kavramın bilhassa kapitalist sistemin ve liberal hukuk düzeninin birçok olumsuzluğunu maskeleye dönük bir meşrulaştırıcı araç olarak kullanılması sebebiyle bu kavrama belirli bir mesafede durarak eleştirel bir gözle bakmayı tercih ettiklerini belirtmekle yetinilecektir. Ayrıca nihilist kanat ile rasyonalist kanat arasındaki görüş farklılıklarının, harekete hukuk devleti bağlamında yöneltilen eleştirilerde etkili olduğu eklenmelidir. Gerçekten de Eleştireller hukuk devleti kavramı da dâhil olmak üzere çeşitli liberal değerlere, “olan”ı tespit etmek suretiyle ciddi eleştiriler getirmişlerse de sorun odaklı davranarak alternatif çözüm arayışlarından da kaçınmamışlardır.

Eleştirel hukuk teorisi ile bu tezinin savunucularına yöneltilen en haksız eleştirilerin başında ise elitist ve ayrımcı olduklarına dair iddialar gelmektedir. Bu iddialar hareketin mensuplarının ve önde gelen mensuplarının sınıfsal kökenleri ve üniversiteleri göz önüne alınarak yapılmaktadır. Örneğin *Batt*, Eleştirel Hukuk Çalışmaları mensuplarının sosyoekonomik kökenleri bakımından ortanın üstü ve daha varlıklı sınıflardan geldiklerini ve Amerika'nın en saygın hukuk fakültelerinden mezun olup, yine benzer nitelikli fakültelerinde akademik yaşantılarını devam ettirdiklerini belirterek hareketin önemli isimlerinin burjuva kimliklerine vurgu

yapmaktadır²⁴³.

Elitizm iddiasının dayanağının bir bölümünü hareketin önde gelen mensuplarının genelde yüksek sınıftan, beyaz ve erkek olmaları teşkil ediyorsa da esasen Eleştirellerin kullandıkları dil, terimler ve jargon başta olmak üzere klasik hukuk literatüründe alışık olunmayan felsefi ve politik göndermelere sıkça başvurmaları meydana getirmektedir²⁴⁴. Sınıfsal kökenli eleştirilerin daha ziyade feminist ve azınlık haklarını savunan kimi liberal hukukçular, dile ilişkin eleştirilerin ise muhafazakâr ve yine liberal kanattan hukukçular tarafından yapıldığını belirtmek gerekir. Hareketin mensuplarını öncelikle kendilerini yeni Marksist ya da solcu olarak nitelendirdikleri ve liberal hukuk sistemine karşıt bir tutum takındıkları için tenkit eden²⁴⁵ *Louis B. Schwartz*'a göre Eleştireller kendi içlerinde kapalı bir dil ve özel bir jargon kullanmakta; “çelişkiler”, “belirsizlik”, “meşruluk”, “maskeler”, “praksis”, “somutlaştırma”, “formalizm”, “yapısalcılık”, “demobilazyon”, “seçim”, “hegemonya”, “bilinç”, “kurucu”, “otonomi”, “ritüel”, “amaçsalcılık”²⁴⁶ gibi kavramlarla okuyucuyu –toplumu– aldatmaya çalışmakta hatta küçümsemektedirler²⁴⁷. Eleştirellerin yer yer klasik hukuk diline yabancı bu ve diğer başka terimleri hukuksal analiz ve muhakeme süreçlerini tanımlarken kullanmaları klasik hukukçuluk tarafından şiddetle tenkit edilse de, buradaki amacın daha önce de

²⁴³ BATT, 1994 – 1995, s. 752.

²⁴⁴ MATSUDA, 1987, s. 342.

²⁴⁵ SCHWARTZ, Louis B. “With Gun and Camera Through Darkest CLS–Land”, **36 Stan. L. Rev.** **413 1984**, s. 423 – 424.

²⁴⁶ “Contradictions”, “Incoherence”, “Legitimizing”, “Masks”, “Praxis”, “Reify”, “Formalism”, “Structuralism”, “Demobilizing”, “Coopting”, “Hegemony”, “Consciousness”, “Constitutive”, “Autonomy”, “Ritual”, “Purposivist”.

²⁴⁷ *Ibid.*, s. 439 – 441.

bahsedilmiş olan hukuksal yapı ve kavramları yeniden inşa sürecinin bir parçasını oluşturduklarını belirtmek, keza bu sürecin önemli bir ayağını hukukun sosyal bilimlerin diğer alanlarıyla ilişkiye geçirilerek zenginleştirilmesi ve klasik şablonlarının yeniden biçimlendirilmesinin oluşturduğunu ayrıca eklemek gerekir. Hareketin elitizm suçlamalarına maruz kalmasında bu tür bir yöntemin seçilmesi etkili olduğu gibi, bu yöntemin hukuk dünyasına yabancı olması neticesinde yeterince anlaşılabilmesi veyahut kasten anlaşılacak istenmemesi de rol oynamıştır²⁴⁸. Oysa *Matsuda*'ya göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı asıl çekici kılan unsur tam da bundan, hukukun çok ince ve zekice analizini gerçekleştirebilmiş olmalarından kaynaklanmaktadır²⁴⁹.

Harekete bilhassa ırk ve feminizm gibi konularda yöneltilen eleştirilerin de yine haksız olduğunu belirtmek gerekir; zira Eleştireller senelik toplantılarının ana konularını 1985 gibi erken bir tarihte feminizm, 1987'de ise ırk ayrımcılığı olarak belirlemişler; beyaz olmayan ve azınlık mensubu akademisyenleri gerek atama ve yükselme süreçlerinde gerek diğer yollarla sürekli biçimde desteklemişlerdir²⁵⁰.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na yöneltilen üçüncü eleştiri aynı zamanda elitizm eleştirisiyle de bağlantılı bulunan hareketin belirli bir programının olmaması ve gerçek yaşamdan kopuk bir karakter göstermesi hususudur²⁵¹. Bu

²⁴⁸ MATSUDA, 1987, s. 343.

²⁴⁹ **Idem.**

²⁵⁰ **Idem.**

²⁵¹ **Ibid.**, s. 345, TUSHNET, 1986, s. 510 – 511.

bağlamda Eleştirellerin sadece liberal hukuk sistemine, kapitalist ekonomik sistemin işleyişine ve kurumsal yapılarına ilişkin eleştirel bir tutum takındıkları öne sürülerek herhangi bir çözüm önerilerinin, mevcut işleyiş ve yapıların nasıl değiştirileceklerine dair alternatif görüşlerinin olmadığı iddia edilmekte; hareketin mensupları, somut devrimci bir savları bulunmadığı ve insanların zihinlerini gerçeküstücü (surrealistic) algılarla meşgul ettikleri suçlamasıyla karşılaşmaktaydılar²⁵². Oysa bu eleştirilerin – ya da suçlamaların– ciddi anlamda çelişkili olduğunu belirtmek gerekir; akım, daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, Vietnam savaşı karşıtı hareketten sivil haklar mücadelelerine uzanan bir sahada aktivist olarak yer alan hukukçulardan oluştuğu gibi bu kişiler toplumsal ve kamusal alanda vuku bulan başka birçok hak ve özgürlük mücadelesini de doğrudan desteklemiştir. Ayrıca Eleştireller sadece var olan hukuksal kavramları yapısökümcü yöntemleri kullanmak suretiyle değerlendirmemiş, aynı zamanda söz konusu kavramların yeniden inşasına dönük yoğun bir teorik ve eylemsel çaba da harcamışlardır²⁵³. Irk ayrımcılığından cinsiyetçi uygulamalara, işçi haklarından sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının yarattığı haksızlıklara uzanan toplumsal sorunlar üzerinde durmuş, hukukun ezilenlerin, ayrımcılığa uğrayanların lehine kullanımı suretiyle –sistemin işleyişinde asıl söz sahibi olan

²⁵² SCHWARTZ, 1984, s. 455. Buna karşıt olarak *Tushnet* mevcut sosyal sistemin ve var olan düzenin sürekli bir biçimde eleştirilmesini temel alan yöntemin de bir program olduğu görüşünü öne sürer. TUSHNET, 1986, s. 511 ve s. 516.

²⁵³ MATSUDA, 1987, s. 345. Bu bağlamda *Unger*'in bilhassa yeni bir haklar sisteminin oluşturulması, ekonomi ve devlet aygıtlarının yeniden düzenlenmesine ilişkin getirdiği somut önerilere; yine *William H. Simon*'un bilhassa refah yönetiminin (welfare administration) yeniden düzenlenmesine gerektiğine ve buna ilişkin sunduğu alternatif yapıya bakılabilir. Örneğin *Simon* fakirlere destek olmaya dönük AFDC destek sisteminin yeniden düzenlenmesinden (AFDC 1996 yılında *Bill Clinton* tarafından kaldırılarak TANF adıyla daha işlevsel bir yardım sistemi oluşturulmuştur) işçilere çalıştıkları yerlerde yönetime katılma hakkı verilmesine kadar uzanan bir sahada sistem içi yeni bir örgütlenme modeli sunmuştur. Bkz. UNGER, 1986, s. 31 – 39; SIMON, William H. “Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System”, 92 *Yale L. J.* 1198 1982 – 1983, s. 1267 – 1269.

egemen unsurlarının pek de görmek istemedikleri– gerçek hayatın asıl problemlerine yoğunlaşmış ve sorunların kısa erimli de olsa çözümlenebilmeleri hususlarına odaklanarak, birçok olumlu ilerlemenin gerçekleşmesinde rol oynamışlardır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na yöneltilen bir diğer önemli eleştiri hareketin nihilist bir temayül içinde bulunduğu iddialarının uzantısı olarak kabul edilebilecek Eleştirellerce öne sürülen hukuk teorisinin kinik –olumsuzlayıcı– ve hukuk karşıtı özellikler gösterdiğine ilişkindir²⁵⁴. Öncelikle hareketin hukuk teorisinin kinik olduğu iddialarının esas dayanağının Eleştirellerce mevcut hukuk sisteminde “olan”a ilişkin yapılan değerlendirmelerin genel olarak hukukun hukukçularca pek de görülmek istenmeyen olumsuzluklarını gündeme getirmelerinden kaynaklandığını belirtmek gerekir. Eleştireller mevcut liberal hukuk sisteminde “olan”ın tespitini yaparken doğal olarak sistemin birçok olumsuz noktasını teşhir etmektedirler. Bununla birlikte aksayan yönlerin ortaya konmasını başlı başına bir kinizm suçlamasıyla etiketlemek çok da mantıklı ve tutarlı bir iddia değildir. Zira Eleştireller bu çalışmada birçok kez değinildiği üzere sistematik, alternatif büyük bir anlatı kurmamışlarsa da –ki hareketin mensuplarının önemli bir kısmı bundan özellikle kaçınmışlardır– pratik ve yer yer olay bazlı küçük ölçekte mikrofenomenolojik yöntemlerle çözümler üreterek²⁵⁵, hukuku daima önemli bir mücadele aracı ve mevcut ekonomik siyasi sistemin aksayan, ezilenler aleyhinde sömürüye yol açan unsurlarına karşı imkânlarından yararlanılabilecek bir yapı olarak değerlendirmişlerdir. Bu bağlamda gerçek kinizmi Eleştirellerin tutumundan ziyade

²⁵⁴ MATSUDA, 1987, s. 350.

²⁵⁵ PETER, Gabel & Kennedy, Duncan, “Roll Over Beethoven”, 36 *Stan. L. Rev.* 1 1984, s. 3.

bilhassa muhafazakâr liberal hukukçuluğun her daim statükoyu koruyucu nitelikteki reflekslerinde ve telkinlerinde aramak daha yerinde olacaktır, zira söz konusu muhafazakâr tavır mevcut statükoya alternatif bir tasarım hayal edemeyeceği –aynı zamanda bu tür herhangi bir tasarıya şiddetle karşı çıkacağı– gibi esasen askerlerin komutanlarının emirlerine mutlak itaatleri gibi var olan düzenin ya da onların deyimiyle “gerçekliğin” kabulünü talep ederler²⁵⁶. Asıl anlamını mevcut düzenin sürekli yeniden onaylanması mantığında bulan kinizmi, Eleştirellerin statükoya muhalefet eden söylemlerinde değil, onlara bu suçlamayı yönelten statükocu zihniyetin pratiğinde aramak gerekir.

Hareketin mensuplarının hukukun temel kavramları ve ilkelerine dair geliştirdikleri sorgulayıcı eleştirel tutum ayrıca anarşistlik yaftalamasıyla etiketlendirerek, Eleştirellerin hukuk fakültelerinde ders vermemeleri, akademide kendilerine yeni yerler bakmaları gerektiği yönünde görüşler dahi öne sürülmüştür²⁵⁷. Söz konusu eleştirilerin ya da suçlamaların temel nedeni akımın

²⁵⁶ MARTIN, Peter W. ““Of Law and the River” and of Nihilism and Academic Freedom”, **35 J. Legal Educ.** **1 1985**, s. 8. Eleştirel Hukuk Çalışmaları’na yöneltilen kinizm suçlamasının bir diğer boyutu da hukuk eğitimiyle ilgilidir. Muhafazakâr eleştiri, hareketin mensuplarına hukuk fakültelerinde verdikleri dersler aracılığıyla öğrencileri hukuk karşıtlığına ve kinist bir bakışa ve düşünüşe yönlendirdikleri ithamında bulunmaktadır. Eleştireller ise mevcut eğitim sisteminin öğrencileri kariyerizme, toplumsal ve kamusal tüm sorunlara karşı ilgisizliğe –apatiye– yönlendirdiği, profesyonellik adına büyük hukuk bürolarının sistemine entegre olunması gerektiği yönünde bir düşünceyi angaje ettiği, hukuku sorgulamadan uyulması ve uygulanması gereken bir mite dönüştürdüğü –asıl olarak bu sistemin hukuk öğrencisini kinizmin içine saptığı– şeklinde karşıt savlar öne sürmüşlerdir. Bununla birlikte hukuk eğitiminin bu tür bir vahşi kariyerizm içine sapanıp kalması yerine sistemi sorgulatabilen, doğruluk ve erdemlilik gibi değerleri de gözeten, öğrencilerin sosyal ve politik sorunlarla da ilgilenmesini savunan bir veçhede yeniden düzenlemesi gerektiğine ilişkin önerilerin sadece Eleştirellerden gelmediğini konu ile ilgili çalışan başka birçok hukukçunun da benzer sorunlara ve çözüm önerilerine işaret ettiklerini ayrıca belirtmek gerekir. Bkz. **Ibid.** s. 7 – 8; WASSERSTROM, Richard, “Legal Education and the Good Lawyer”, **34 J. Legal Educ.** **155 1984**, s. 158; LUBAN, David, “Against Autarky”, **34 J. Legal Educ.** **176 1984**, s. 188 – 189.

²⁵⁷ CARRINGTON, **1984**, s. 227. *Paul D. Carrington*’un ilgili makalesinde doğrudan “Eleştirel Hukuk Çalışmaları” mensuplarını tanımlamaya yönelik açık bir ifade kullanmadığı, hukuksal nihilistler gibi üstü kapalı ifadeleri yeğlediği dikkat çeker. Bununla birlikte hedefinin Eleştireller

mensuplarının temel hedefler konusunda belirlenmiş net bir uzlaşmaya varmamış olmalarından –aynı zamanda Eleştirellerin yeknesak görüşler etrafında birleşmiş bir okul ol(a)mamalarının yanı sıra böyle bir çaba veya istek içinde de bulunmamalarından– ve esasen ana akım olan rasyonalist kanat ile azınlıktaki irrasyonalist kanat arasındaki fikir ayrılıklarından kaynaklanmaktadır²⁵⁸. Buna göre hareketin mensupları, hukukun içini boşattıkları, hukuku sadece iktidarın basit bir aracına indirgedikleri biçiminde çeşitli eleştirilerle karşılaşmalarına rağmen onlar açısından hukuk iktidarın sadece basit bir aracı olmayıp, iktidarın sürekliliğini sağlayabilmesi veçhesinde son derece önemli bir sosyal kontrol mekanizması ve iktidarın gücünü kısıtlayan, ona karşı mücadele olanakları yaratan bir olgudur²⁵⁹. Dolayısıyla Eleştirellerin hukuku tamamen yadsımak ya da küçümsemek gibi bir tutum içinde hareket ettiklerini söylemek haksızlık olacaktır. Gerçekten Eleştireller hukuku her iki yönüyle ciddiye alırlar; hukuk bir taraftan ekonomik ve siyasi gücü elinde bulunduran egemen sınıfların iktidarlarını sürdürebilmelerinin yasal dayanağı ve meşruiyet kaynağını teşkil ederken, diğer taraftan hukukun bu güce karşı insanların temel hak ve özgürlüklerini koruyabilecek, iktidarın gücünü ve kudretini sınırlayabilecek yegâne araç olarak farklı bir anlamı da vardır.

Bunların dışında Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın daha Marksist bir karakterde olması gerektiğini düşünen görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda *Paddy*

olduğu da açıktır. Bkz. DUNSFORD, John E. “Nihilism and Legal Education – A Response To Sanford Levinson”, *St. Louis U. L. J.* **27** **1986 – 1987**, s. 27 – 28; MARTIN, **1985**, s. 1. Keza konuyla ilgili yoğun tartışmalar Eleştirellerin de katılımıyla karşılıklı bir mektuplaşma biçiminde sürdürülmüştür. Bkz. MARTIN, **1985**, *passim*, HUNT, **1989 – 1990**, s. 523 – 524.

²⁵⁸ MATSUDA, **1987**, s. 350.

²⁵⁹ MARTIN, **1985**, s. 2 – 4.

Ireland, hareketin acil olarak tarihsel materyalizmin canlandırıcı etkisine ihtiyaç duyduğunu; Eleştirellerin sadece hukuk ve politik değişime yoğunlaşan ilgilerinin yeterli olmadığını, hukuki ve yaşamın maddi tarafına yönelmiş tartışmalardan da uzaklaşmaları gerektiğini belirtir²⁶⁰. Öncelikle çalışma alanlarından başlatacakları bir dönüşüm ile kapitalist sürecin ve onun tanzim edici gücünün mantığını hatırlamaları ve dikkatlerini mülkiyet biçimleriyle sosyal ilişkiler üzerine (para kapital formlar, artık emek [surplus labour], sosyal refah ve güç, emperyalist egemenlik) odaklamaları gerekmektedir²⁶¹. Benzer bir eleştirel yaklaşımın *Hunt* tarafından da sergilendiği görülmektedir. *Hunt*'a göre Eleştirelleri modern Marksizm'den ayıran temel neden, ekonomik süreç ve olgulara odaklanma yerine politik ve kültürel olguların araştırılmasını tercih etmeleridir²⁶². Bu bağlamda Eleştirellere yöneltilen temel eleştirinin ideoloji kavramını ekonomik olguların önüne geçecek bir biçimde değerlendirmelerinin merkezine almaları olduğu da eklenmelidir²⁶³.

Hunt'a göre Eleştireller, mevcut kapitalist sistemde ezilenlerin bütünsel olarak hangi saikalarla söz konusu sistemin kavramlarına ve değerlerine itaati sürdürebildikleri sorunuyla ilgilenmişlerdir²⁶⁴. Bu bağlamda Eleştirellere göre ideoloji olgusu ve onunla ilintili olan meşruluk ve hegemonya kavramları, eşitsizlik ve itaat edilmesi üzerine kurulmuş olup, süreklilik arz eden iktidar ilişkilerinin anlamlandırılmasını, ve bu olgulara dayanan bir hukuk bilincinin var olabilmesini

²⁶⁰ IRELAND, Paddy, "History, Critical Legal Studies and Mysterious Disappearance of Capitalism", **65 Mod. L. Rev.** 120 2002, s. 138.

²⁶¹ *Ibid.*, s. 138 – 139.

²⁶² HUNT, 1986, s. 11.

²⁶³ *Idem.* ve *Ibid.*, s. 28 – 29.

²⁶⁴ *Ibid.*, s. 11.

sağlamaktadır²⁶⁵. Eleştirellerce hukuk, ideolojik bir form olarak analiz edilmekte ve bu hukuk ideolojisi itaat rejiminin yeniden üretilmesinde başrolü oynamaktadır²⁶⁶. Eleştirellerin bu yaklaşımına karşın *Hunt*'ın, ekonomik dizgenin önemini nispeten arka plana atan söz konusu değerlendirme yöntemini eksik gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Söz konusu her iki eleştiriden de anlaşılacağı üzere, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na yöneltilen Marksist eleştiriler hareketin var olan kapitalist ekonomi modeli içinde geliştirdiği hukuksal analiz ve hukuku anlamlandırma metodolojisinin, ekonomik gerçeklikler dünyasını, üretim süreçlerini, meta ilişkilerinin işleyişini yeterince göz önüne almadığı hususlarına odaklanmaktadır. Genel olarak Eleştirel hareketin, ekonomiye ilişkin paradigmaların dışında, sosyo-politik süreçleri de, çoğunlukla ekonomik dizgenin önünde olacak biçimde bir değerlendirme kategorisi olarak anlamlandırması kendilerine yönelik eleştirinin de temel gerekçesini teşkil etmektedir. Harekete yöneltilen bu eleştirilerin belirli bir haklılık payı olmakla birlikte, politik ve toplumsal süreçlerin hukuk ve genel olarak sistem üzerindeki etkinliği de göz ardı edilmemelidir. Bilhassa ideoloji olgusu –devletin ideolojik aygıtlarının işlevi de dâhil olmak üzere– hem meşruiyete yönelik inancın sağlanabilmesi hem de kitlelerin otoriteye itaatlerinin sürdürülebilmesi özelinde benzersiz olanaklar yaratmaktadır. Devletin ideolojik etkinliğinin –eğitimden kitle iletişimine, dinden ulus bilincine dair propaganda süreçlerine uzanan bir alanda– çoğu zaman meşruiyetin ve itaat rejiminin sürdürülmesinde başat etkinliğe sahip

²⁶⁵ **Idem.** ve **Ibid.**, s. 13.

²⁶⁶ **Ibid.**, s. 11.

faktör olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada özellikle ortodoks Marksizm'in ekonomiyi tek belirleyen olarak kabul eden monist söylemi yerine, ekonomiden politikaya uzanan ve farklı etkenleri bir arada gözeten yöntem doğrultusunda eleştirel bir dil kurmak da mümkündür. Ekonominin gerek politika gerek hukuk üzerindeki yoğun etkinliğini göz ardı etmeksizin söz konusu olguların bir arada değerlendirilerek kapitalist sistemin de buna dayanan çok yönlü bir değerlendirmesini ve eleştirisini yapmak bu bağlamda daha gerçekçi sonuçlara ulaşılabilmesini mümkün kılar. Benzer biçimde hukukun siyasal liberalizm ve ekonomik liberalizm içinde sıkışmış anlamı ancak söz konusu çok yönlü değerlendirmelerle ortaya yeniden konabilir. Zira Marksist yaklaşımlarda belirtildiği üzere, bir üstyapı kurumu olarak hukukun biçimlenmesi altyapının, yani mevcut ekonomik dizgenin dışında asla gerçekleşmemesine rağmen, hukukun biçimlenmesi salt ekonomik dizgeyle de sınırlı değildir.

Genel olarak hukuk düzeninin ve özel olarak tekil hukuk normunun ele alınmasında en az ekonomik dizgenin etkinliği kadar sorgulanması gereken diğer faktörler, var olan hegemonyanın sosyo-politik gerçekliği ve gereklilikleridir. Hukukun anlamlandırılması ve yorumlanmasında ekonomiden politikaya, toplumsal ilişkilerden tarihsel süreçlere farklı etkenlerin bir arada değerlendirilmesi bu bağlamda bir zorunluluk olarak kendini gösterir.

Marksizm ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları arasındaki ilişki bakımından son olarak, Eleştirel hareketin ana akımı içinde, Marksizm'den uzaklaşılması konusunda getirilen eleştirilere özellikle devletçi sosyalist uygulamalara –Sovyet tarzı reel sosyalizmlere– atıfla cevap verilmeye çalışıldığını da belirtmek gerekir. Bu

bağlamda sosyalist uygulamaların bireyselliği nispeten göz ardı ederek toplumculuğa yönelmesi eleştiri konusu yapılmaktadır. Örneğin *Tushnet*, Eleştirellerin eğer sosyalist bir toplumda yaşasalardı kişisel başarının inkâr edilmesi, maddi ve manevi başarının ise engellenmeye çalışılması gibi nedenlerle sosyalizmi eleştireceklerini söylemektedir²⁶⁷.

Sonuç olarak hukuk – politika ilişkisinin anlamı ve işlevinin ne olduğu gibi konularla hukuk – politika ilişkisinin niteliği üzerine yoğunlaşan ve bu bağlamda liberal hukuk düzeninin eleştirisi konusunu inceleyen Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin hukuk dünyası içinde oldukça özgün bir konuma sahip olduğu belirtilmelidir. Eleştirellerin geliştirdikleri liberal hukuk düzeni eleştirilerinin de hukukun yapısal karakterinin ortaya konabilmesi özelinde önemli bir eksikliği giderdiğinden bahsetmek gerekir. Bundan sonraki bölümde de Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ve Marksizm'in hukuka ilişkin yaklaşımlarından hareket edilerek hukukun, hukuk düzeninin ve hukuk normlarının anlamı ve işlevi eleştirel bir perspektiften ele alınmaya çalışılacaktır.

²⁶⁷ TUSHNET, 1986, s. 515.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DÜZENİ VE HUKUKUN YAPISAL KARAKTERİ

2.1. Hukuk Düzeni

Bu çalışmanın temel araştırma mevzuunu teşkil eden hukuk – politika ilişkisinin niteliği ve karakterinin ortaya konabilmesi için öncelikle “hukuk düzeni” kavramı ve bunun içeriğiyle kapsamı üzerinde durulması gerekir. Hukuk düzeninin ele alınması ise birkaç farklı hususun çok boyutlu olarak mülahaza edilmesini gerektirir. Bu bağlamda sistem, yöntem, içerik, konu olarak hukuk disiplinin muhtelif alanlarının eleştirel bir süzgeçten geçirilerek yeniden anlamlandırılmasına / yorumlanmasına çalışılacaktır. Söz konusu amacın gerçekleştirilmesi sürecinde Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi içinde yer alan hukukçuların yürüttükleri çalışmalara da sıklıkla atıf yapılacak ve eleştirel bir yöntem doğrultusunda klasik hukukçuluğun temel paradigmaları değerlendirilecektir. Hukuk düzenine ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce bu kavramın ne anlama geldiğinin ve etkinliğinin modern devlet ve özellikle günümüz liberal ekonomi politikasına dayanan devlet yapılanması açısından ortaya konması gerekir.

Hukuk düzeninin ne olduğu konusunda birçok farklı yaklaşım bulunmaktadır. Örneğin *Özcan*'a göre hukuk düzeni en kısa biçimde hukuk kurallarının objektif karakterinin eksen oluşturduğu bir toplumsal yaşama düzeni biçiminde tanımlanabilir²⁶⁸. Klasik hukuk yaklaşımlarına göre, insanın sosyal bir

²⁶⁸ ÖZCAN, 2008, s. 1.

varlık olması onu diğer insanlarla bir arada yaşamaya yöneltmiş, fakat bu toplumsallaşma süreci, insan doğasının bencil karakteri dolayısıyla, bir dizi çatışma ve anlaşmazlıkların doğumuna sebebiyet vermiş; insanlar da söz konusu çatışma ve anlaşmazlıkları çözmek ve esasen toplumsal yaşamı bir düzene koyarak emniyet ve adaleti tesis edebilmek adına hukuk denilen düzen kurallarını meydana getirmişlerdir²⁶⁹. Bu anlayış hukukun kökenlerini gelenek, adet, töre gibi toplumsal yaşam içinde ortaya çıkan ve bazı yaptırımlar da içeren kural dizgeleriyle bağlantılandırarak aramakta ve hukuku insanın topluluk halinde yaşamıyla birlikte başlayan devlet öncesi bir yapılanmaymış gibi nitelendirmektedir²⁷⁰. Hukukun bu tür bir konumlandırılmasının yanı sıra klasik hukuk yaklaşımlarının hukuk düzeni algılarının önemli bir boyutunu da hukuksal formalizm ile objektivizm oluşturmaktadır. Bu bağlamda hukukta bir zorunluluk ve ihtiyaç olarak kabul edilen formalizm, hukuk düzeninin her şeyden önce bir biçimlendirme olduğu, bu biçimlendirmenin ise sağlam bir düzen kurmak, hukuki uygulamada istikrarı ve güvenliği sağlamak gibi çok önemli ve esasen adaletin gerçekleştirilmesine dönük bir dizi işlevi yerine getirdiği kabulüne dayanmaktadır²⁷¹. Hukuksal objektivizm ise hukuk normlarının tarafsız, kesin, belirli, öngörülebilir olmaları gibi birtakım kabullerden hareketle hukukun politika, ekonomi gibi alanlardan tamamen ayrı, nesnel karakterli bir yapı olduğu görüşünü esas almaktadır. Dolayısıyla da hukuk

²⁶⁹ ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 18 – 19. Ayrıca bkz. ÇAĞIL, Orhan Münir, **Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 24 – 25.

²⁷⁰ *Yasemin Işıktaç'a göre "hukuku siyasal iktidarın belli bir kullanım biçimine bağlı tutmak anlamına gelen devlet hukuk bağlantısı, sanki siyasal bir kurum olan devletin olmadığı zamanlarda hukukun olmadığı noktasına götürmektedir"*. IŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 16.

²⁷¹ ARAL, **1991**, s. 19 – 20.

düzeni tamamen bağımsız, kendi yöntemleri ve araçları olan bir yapı olarak kabul edilmemektedir.

Hukuk düzenin politika dışı konumlandırılışının gerçekliği ise ciddi anlamda sorgulanmaya açıktır. Gerçekten de bu doğrultuda hukuk düzeninin eleştirisi, hukuk – politika ilişkisinin kavranabilmesi özelinde öncelikle ele alınması gereken bir mahiyet göstermektedir. Keza başta Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi mensupları olmak üzere, liberal hukuk sistemini inceleme konusu haline getiren pek çok hukukçunun çalışmalarının üzerinde yoğunlaştığı temel alanlardan birini, hukuk düzeninin eleştirisi oluşturmaktadır. Liberal hukuk düzeninin ele alınmasında, ilk olarak *Janus*'un iki yüzü olarak kabul edilebilecek liberal hukuk sisteminin temel yapı taşlarından formalizm ve objektivizme ilişkin sorgulayıcı / yorumlayıcı bir dilin kurgulanması gerekmektedir. Buradan hareketle bütünsel anlamda hukuk düzeninin eleştirisine geçilip, liberal hukuk anlayışına ve muhtelif kabullerine yönelmiş şüpheli bir eleştirel tutum geliştirilebilir. Söz konusu yönelim aynı zamanda liberal hukuk düzeninin çeşitli kurum, kavram ve uygulamalarının gerek özel hukuk gerek kamu hukuku perspektifinden eleştirisini içeren bir mahiyet taşıyacaktır.

Esasen Amerikan Hukuki Realizm ile Hukuk ve Toplum akımlarınca yaratılan /şekillendirilen hukuk düzeninin eleştirisi teamülü yukarıda da belirtildiği üzere Eleştirel hukukçular tarafından miras alınarak sürdürülmüştür²⁷². Zira hukuk düzeni kavramı, Batı geleneğinde hukukla ilgili sosyal düşüncenin merkezi

²⁷² TRUBEK, David M., “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, **36 Stan. L. Rev.** 575 1984, s. 577; TUSHNET, 1986, s. 505 – 506.

kavramlarından biri olarak kabul edilegelmiştir²⁷³. Bu nedenle hukuk düzeninin eleştirisi, aynı zamanda, Batı toplumunda var olan hukuk düzenine ilişkin ideale de bir meydan okuma manasına gelmektedir²⁷⁴. *Trubek* söz konusu hukuk düzeni eleştirisinin belirsizlik²⁷⁵, antiformalizm²⁷⁶, çelişki²⁷⁷ ve sınırlı etkinlik (marginality) olarak adlandırılan dört temel ilkeye dayandığı görüşünü öne sürer²⁷⁸. Bir başka ifadeyle geleneksel anlamında hukuk düzeni kavramı belirsiz, şekli, çelişkili ve sosyal davranışlar üzerindeki etkisi itibariyle sınırlı bir nitelik göstermektedir²⁷⁹. Hukuk düzeni eleştirisinin dayandığı dört temel ilkeden ilk üçü olan belirsizlik, antiformalizm ve çelişki ilkeleri çalışmanın ilerleyen sayfalarında daha ayrıntılı olarak değerlendirileceğinden burada ayrıca ele alınmayacak, sınırlı etkinlik ilkesinin

²⁷³ TRUBEK, 1984, s. 577.

²⁷⁴ *Idem.* Ayrıca bkz. MATSUDA, 1987, s. 330.

²⁷⁵ *Trubek*'e göre hukuki belirsizlik, hukuk öğretisi olarak adlandırılan maddi yapının aslında bir sistem ol(a)madığını savunur. Zira öğreti sorulara kesin cevaplar sunmadığı gibi, bütün düşünülebilir –olası– durumları da kapsayamamaktadır. Eğer hukuk belirsizse, bütün hukuk nosyonu da tarafsız ve bilimsel bir faaliyet olmak yerine ancak müdafaanın bir formu olabilir. Hukuksal muhakemenin ve hukukla ilgili bilimsel argümantasyonun ayırıcı bir biçimi yoksa bunlar politik ve ideolojik tartışmanın içine karışırlar. TRUBEK, 1984, s. 578.

²⁷⁶ Eleştireller, daha önce de incelendiği üzere, formalizm ile ciddi bir hesaplaşmaya girişmişler ve formalist iddia ve düşüncelere karşı oldukça şüpheli yaklaşmışlardır. Bu açıdan antiformalist bir yönsemeyi tercih ettikleri söylenebilecek olan Eleştireller, hukuksal muhakemenin ve mantığın özerk ve nötr bir kipinin olabilirliği mülahazasını reddetmişlerdir. Onlara göre hukukla ilgilenen kişiler, belirli sonuçlara ulaşabilmek için mevcut vakaları somutlaştırırken hukuk öğretilerine kendi –ahlaki kabuller içeren– etik düşüncelerinden ve politik tercihlerinden soyutlanarak başvuramazlar. *Idem.* Gerçekten de ahlaki kabul ve politik seçimlerin etkinliği karar alma süreçlerinde en azından yönlendirici bir mahiyeti beraberinde getirmektedir.

²⁷⁷ Eleştireller öğretilerde beşeri faaliyetlerin tekil, kendi içinde tutarlı ve savunulabilir bir mütalaasının olabilirliğini reddeder, aksine öğretinin iki bazen daha fazla sayıda ve çoğu zaman birbirlerine rakip görüş, fikir ve mülahazalardan müteşekkil olduğunu belirtirler. *Idem.* Hukukun öğretisinin çelişik bir mahiyet göstermesi bilhassa normların yorumlanmasında ve söz konusu normların uygulamada ortaya çıkan çatışmaların giderilmesinde farklı çözüm yollarının ortaya çıkmasına da neden olur. Bu bağlamda çelişki ilkesinin hukuki belirsizlik ilkesi ile de sonuçları itibariyle örtüşüğünü belirtmek gerekir, zira hukuk öğretisinin ve normlarının yer yer birbirleriyle çelişen nitelikler göstermesi aynı zamanda uygulamaya ilişkin belirsizlik iddialarının da önemli bir dayanak noktasını teşkil eder.

²⁷⁸ *Ibid.*, s. 577 – 578.

²⁷⁹ VEILLEUX, John, “Scientific Model in Law”, 75 *Geo. L. J.* 1967 1986 – 1987, s. 1968.

açıklanmasıyla yetinilecektir. Sınırlı etkinlik ilkesinin, egemen kültürel yapı tarafından ikincilleştirilerek, toplum içinde “öteki” olarak konumlandırılanların – azınlıkların, kadınların, eşcinsellerin ya da diğer sıra dışı grupların–, hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik hukuksal düzenlemelerin varlığına rağmen, karşılaştıkları ayrımcı muamelelerin nedenlerinin açıklanabilmesi özelinde bir anlamı olduğunu belirtmek gerekir²⁸⁰. *Trubek*’in tanımladığı haliyle sınırlı etkinlik ilkesine göre, hukukun çoğu zaman sosyal davranışların bütünüyle belirleyici bir faktörü olduğuna inanmak için hiçbir neden bulunmamaktadır²⁸¹. Bir başka ifadeyle hukuk doktrini ve normları sosyal davranışlar üzerinde klasik hukukçuluğun görüşlerinin aksine o kadar etkin ya da belirleyici değildir²⁸². Gerçekten de Amerikan hukuk kültüründe “hukuki sürecin merkeziliği”, “hukukun tarafsızlığı ve ussallığı” ve “hukuk biliminin yetkinliği” gibi üç temel varsayım vardır²⁸³. Hukuk bilimi, hukuk sisteminin ve akademisinin tarafsız bir mahiyet gösteren meşruiyet kaynağını teşkil eden, sosyal yapı ile ilişkileri kavrayabilmenin çerçevesini sunan merkezi

²⁸⁰ Burada kültürel yapının, bilhassa azınlıkların kültürel geçmiş ve özelliklerinin hukuk sistemi tarafından nasıl bir değerlendirme çerçevesinde ele alınacağı meselesi üzerinde kısaca da olsa durmak gerekir. Zira söz konusu kültürel koşulların, azınlık mensupları tarafından egemen kültür içinde sürdürülmeye çalışılması kimi zaman yargıya da taşınan çok boyutlu bir nitelik göstermektedir. Mahkemelerin bu süreçlerde azınlık kültürlerini, egemen hukuk sistemi içinde nasıl değerlendireceği ve kararlarında bu hususa yer verip vermeyecekleri önemli bir tartışma konusunu teşkil etmektedir. Çokkültürlülük ve kültürel rölativizm tartışmalarının hukuka yansıyan bir uzantısı olarak da nitelendirilecek söz konusu durum, “*mahkemelerin karara ulaşırken kültürel aidiyeti hesaba katmalarının gerekip gerekmediği sorusu üzerine*” yoğunlaşmaktadır. Aynı zamanda azınlık kültürü ile egemen kültürün çatışması ve buna hukukun müdahil olması anlamını taşıyan bir süreç olarak azınlıkların hukuksal – kültürel konumu meselesi, hukukçular arasında da daha yoğun tartışılmaya başlayan bir konu haline gelmiştir. Gerçekten de “*Çokkültürlü toplum yapısının hukukçuları yerleşik hukuk kalıpları üzerinde yeniden düşünmeye, onları mevcut durumu dikkate alan yeni bir yoruma tabi tutmaya yönlendirdiği, sosyal gerçekliğin hukuk düşüncesini değişime zorlayışının*” somut bir göstergesidir. ÜYE, Saim, “Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 68, S. 3, 2010, s. 24 – 25 ve s. 46.

²⁸¹ TRUBEK, 1984, s. 578.

²⁸² TRUBEK, 1990 – 1991, s. 42.

²⁸³ TRUBEK, David M., & ESSER, John, “Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?”, **14 Law & Soc. Inquiry** 3 1989, s. 7.

kavramdır²⁸⁴. Bununla birlikte söz konusu üç varsayım aynı zamanda sınıf çatışmalarını, hukukun tarafgirliğini ve hukuk biliminin kırılma noktalarını gizlemeye dönük hukukun sınırlı etkinliğini maskeleyebilmeyi amaçlayan araçlardır²⁸⁵. Tüm bu nedenlerle de aslında hukukun ve onun getirdiği normlar dünyasının toplumsal yaşam üzerinde ancak sınırlı bir etkinliğe sahip olduğu görüşü öne sürülebilir. Bu görüşün kendi içinde ilk başta şüpheli ya da çelişkili gibi görünen bir içeriği olduğunu belirtmek gerekir; zira hukuk kurallarının sosyal davranış ya da toplumsal ilişkiler ağında hiçbir etkinliği olmadığından söz etmek mümkün değildir. Ancak sosyal davranış kalıplarını ya da toplumsal yapıyı sadece hukuk kurallarının belirlediği çerçeve dâhilinde değerlendirmek de aynı biçimde yerinde değildir. Gerçekten de sosyal davranışları belirleyen hukukun dışında başka birçok etmen vardır. Dolayısıyla hukuk kurallarına toplumsal yapının şekillenmesinde tüm diğer sosyolojik faktörleri görmezden gelerek gereğinden fazla değer atfetmek yerinde bir hareket olmayacaktır.

Hukuk düzeni belirli faaliyetleri, kurumları ya da ilişkileri düzenleyerek onlara ilişkin önceden saptanmış bir kurallar ağının esaslarını tespit eder. Bu esasların fiilen uygulanabilmesini sağlamaya dönük çeşitli yaptırımlar belirler. Hukukun zorlayıcılık niteliği olarak da adlandırabilecek bu durum, norma aykırılık hallerinde devreye girerek bir dizi yaptırımın norma aykırı harekette bulunan kişi ya da kurum(lar) üzerinde çeşitli sonuçlar doğuracak biçimde

²⁸⁴ **Idem.**

²⁸⁵ **Ibid.**, s. 7 – 8.

uygulanmasının meşruiyetini sağlamaktadır²⁸⁶. İnsanın dış dünyaya yansıyan olumlu veya olumsuz eylemlerini konu edinen hukuk normu, her şeyden önce bir davranış kuralı getirmekte fakat diğer normlardan farklı olarak devletin şiddet tekeli tarafından desteklenen ve yaptırıma bağlanmış bu davranış kuralının ihlalini de bir hukuksal sonuca bağlamaktadır²⁸⁷. Devletin şiddet araçları üzerindeki meşru tekeli ve hukuk aracılığıyla bu tekeli meşru bir biçimde kullanabilme olanağı bir bakıma *Ali Murat Özdemir*'in de belirttiği üzere hukuku şiddete alternatif değil ama şiddeti hukukun ayrılmaz bir parçası yapmaktadır; bu bağlamda nerede hukuk varsa orada şiddet olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır²⁸⁸. Buna rağmen toplumsal yapı içinde bütünüyle hukuk normlarına uygun hareket tarzları hemen benimsenmemektedir. Klasik hukuk teorisinin aksine sosyal davranışlar her zaman hukuk sistemince yaratılan normları yansıtmazlar²⁸⁹. Gerçekten de klasik hukuk teorileri, sosyal davranışların hukuk normlarını yansıttıkları görüşünün yanı sıra, hukuku sosyal davranışlarla ilgili tüm sorulara cevap oluşturabilen bir sistem, hukuk doktrinini söz konusu sorulara cevap veren bir akıl yürütme biçimi ve toplumun doğası ile insanlar arasında ilişkilerin niteliğinin tutarlı bir görünümünü yansıtabilen bir olgu olarak değerlendirmiştir²⁹⁰. Oysa günlük yaşamda hukuk kurallarının ancak sınırlı (marginal) bir etkinliğinden bahsedilebilir²⁹¹. Realistler tarafından da gündeme

²⁸⁶ Hukukun zorlayıcılık vasfına ilişkin olarak bkz. ARAL, **1991**, s. 66 – 68; DEL VECCHIO, Giorgio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, (Çev. Suut Kemal Yetkin), Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 195 – 196; DERBİL, Süheyp, “Kavram Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHFĐ**, C. 2, S. 4, Y. 1945, s. 38.

²⁸⁷ Bkz. IŞIKTAÇ, **2004**, s. 30 – 31 ve s. 119; DEL VECCHIO, **1940**, s. 195.

²⁸⁸ ÖZDEMİR, **2011**, s. 126.

²⁸⁹ TRUBEK, **1984**, s. 577.

²⁹⁰ **Idem.**

²⁹¹ MARTINEZ, George A., “The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness” **Harv. Latino. L. Rev.** **321** **1997**, s. 335. Burada belirtilmesi gereken bir husus da hukuk düzenininin

getirilen ve kitaplarda yazan hukuk yerine gerçek hukukun keşfedilmesi gerektiğini ifade eden bu görüş, hukuk normlarının sosyal yaşamı genellikle dolaylı bir biçimde etkilediğini, asıl olarak sosyal yaşam içindeki olguların incelenmesini ön plana çıkarır²⁹². Günlük yaşamın kendi içinde süre giden, gelenekten, teamülden, toplumsal ilişkiler açısından, alışkanlıklardan ya da gerekliliklerden beslenen, fakat hukuksal düzenlemelerle uyumsuzluk arz eden birçok olağan rutini vardır. Kadına yönelik şiddet ve ayrımcılıktan, vergi kaçırmak için kullanılan –örneğin fatura alınmaması karşılığında indirim yapılması gibi– yöntemlere, kapalı alanlardaki sigara yasağından töre cinayetlerine ya da kan davalarına, ırk, dil, din ya da mezhep ayrımcılığından trafik kurallarının ihlal edilmesine kadar uzanan bir alanda günlük yaşamın pratikleri içinde hukuki düzenlemelerin sayısız ihlalinin sürekli bir biçimde gerçekleştiğini belirtmek gerekir. Tüm bu olgular, hukukun sosyal davranışlar üzerinde, kimi pozitivist hukukçuların iddialarının aksine, mutlak anlamda bir tesiri olmadığını, sınırlı –marjinal– bir etkinliği olduğu görüşünün kanıtlarını teşkil etmektedir.

Hukukun sınırlı etkinliği ilkesinin Amerikan hukuk dünyasında özellikle Eleştirel Irk Teorisi'yle (Critical Race Theory) ilgilenen hukukçular tarafından sahiplenildiğini ve bu ilkeye ırk ayrımcılığına ilişkin hukuksal

eleştirisi ile bilhassa günlük yaşamda hukuk kurallarının sınırlı bir etkinlik göstermesi olgusunu ele alan *Trubek*'in ampirik çalışmalara ağırlık verilmesi gerektiği yönündeki görüşüdür. Buna karşın Eleştireller genel olarak ampirizme oldukça mesafeli durmuşlardır. Fakat *Trubek*'in sosyal davranışların incelenmesi ve hukuk normlarının etkinliği konusunda saha araştırmalarını ön plana çıkaran ampirist bir yaklaşımı savunduğunu, hatta akımın içinde hukukun ampirik yöntemlerle araştırılmasına daha fazla ağırlık veren çalışmalara odaklanılmasını istediğini de ayrıca belirtmek gerekir. Bkz. TRUBEK, 1984, s. 587 ve s. 600; WHITFORD, William C., "Critical Empiricism: A Comment on David M. Trubek & John Esser, Gerd Winter & Volkmar Gessner", 12 *German L. J.* 179 2011, s. 179 – 180.

²⁹² TRUBEK, 1984, s. 583.

düzenlemelere bilhassa sosyal yaşamın pratikleri içinde uyulmaması bağlamında gönderme yapıldığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda *George A. Martinez* ırk ayrımcılığına ilişkin olarak Meksikalı Amerikalıların hukuksal ve toplumsal konumlarını örnek verir²⁹³. Meksikalı Amerikalılar hukuksal olarak beyaz olarak tanımlandıkları halde geleneksel olarak “beyazlık” ile özdeşleşen birçok olanaktan yararlanamamaktadırlar²⁹⁴. Keza bu durum, mahkeme kararlarından toplumsal yaşamda ortaya çıkan işe alınmada ayrımcılık, düşük ücret, kaçak çalıştırılma, düşmanca davranışlar gibi çok sayıda farklı örneklerle de somutlaşmaktadır²⁹⁵. *Martinez*’e göre, geçmişte mahkeme kararlarında bu tür ayrımcılığa sıkça rastlandığı gibi, gelecekte de ayrımcı kararlar olacaktır; zira Meksika kökenli Amerikalıların maruz kaldıkları tüm davranışlar, hukukun sadece toplumsal yaşamda değil, birçok durumda mahkemeler karşısında dahi sınırlı bir etkinliği olduğunun en somut göstergesidir²⁹⁶.

²⁹³ MARTINEZ, 1997, s. 324. Bu ayrımcılığın Amerika özelinde egemen beyaz kültürün dışında bulunan renk, ırk ve dindeki insanlara yönelik hâlâ sıklıkla karşılaşılabilen bir durum olduğu belirtilmelidir. Örneğin *Howard McGary*, Afrikalı Amerikalıların halen beyaz toplum tarafından gerçek anlamda tanınmadığını ve görmezden gelindiğini belirtmektedir. McGARY, Howard, “Alienation and the African–American Experience”, **Alienation and Social Criticism**, (Edi. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, s. 138.

²⁹⁴ MARTINEZ, 1997, s. 324.

²⁹⁵ *Ibid.*, s. 324 – 325 ve s. 336.

²⁹⁶ *Ibid.*, s. 337 – 339. Meksikalı Amerikalıların beyaz sayıldıkları halde gerek toplumsal gerek hukuksal alanda beyazlardan ayrıştırıldıklarına, özellikle yerel mahkemelerin tutumları ve jürilerin oluşturulmasında görmezden gelindiklerine ilişkin tartışmalar 1954 tarihli *Hernandez v. Texas* davasıyla gündeme gelmiştir. Bu dava Meksika kökenli Amerikalılarla birlikte tüm diğer etnik grupların Anayasa’daki eşit korunma hakkından yararlanma haklarını güvenceye alsa da bilhassa alt derece mahkemelerindeki uygulamaları da gözler önüne sermiştir. Bir tarım işçisi olan *Pedro Hernandez*’in bir kişiyi öldürmekle itham edilmesiyle başlayan davada yerel mahkeme ve Eyalet Yüksek Mahkemesi *Hernandez*’i suçlu bulmuştur. Ardından temyiz yoluyla Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi önüne gelen davada özellikle yerel mahkemece oluşturulan jürinin niteliği kamuoyunda bir dizi tartışmayı da alevlendirmiştir. Zira Texas’da Meksikalı Amerikalılar 25 yıldır jüri üyesi olarak kabul edilmiyordu; *Hernandez*’in jürisi de tamamen beyazlardan oluşturulmuştu. *Hernandez*’in avukatları da bilhassa bu noktadan hareket ederek jüri kurumunun tarafsızlığını gündeme getirmişler ve uygulamadaki ırk ayrımına dayanan jüri sisteminin meşruluğunu sorgulamışlardır. Yüksek Mahkeme de oybirliğiyle *Hernandez* lehine karar vererek O’nun etnik kimliklere bakılmaksızın

Hukukun sosyal davranışlar üzerinde sınırlı etkinlik göstermesi, toplumsal yaşamın tamamen bir anarşi düzeninin altında şekillendiği manasında da anlaşılmalıdır; zira sosyal yapı ve ağlar –toplumsal ilişkiler sistematığı–, bireylerin üzerinde belirgin bir yönlendirici güce de sahiptirler; fakat bu gücün genel olarak toplumsal davranış kalıplarının biçimlenmesi bağlamında oynadığı rolün, hukuk sistemini hangi ölçüde etkilediği açık değildir²⁹⁷. Oldukça eski bir geçmişe sahip olan, kendi normlar ve yaptırımlar sistemini içinde barındıran bu toplumsal ilişkiler yapısının, bireyler üzerinde çoğu durumda hukuk sisteminden daha etkili olduğunu da belirtmek gerekir²⁹⁸. Geleneğin etkinliği olarak da adlandırılabilir bu durum, hukukun toplumsal yaşamın rutinleri karşısında güçsüzlüğünü simgelediği gibi, hukuk ile toplumsal yaşamın işleyen –yaşayan– alışkanlıkları arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları da imlemektedir. Bununla birlikte hukuk normlarının gerek sosyal davranışlar gerek toplumsal yaşamı üzerinde sınırlı bir etkinlik göstermesi –marjinalitesi–, hukukun bir “ideoloji” ya da dayatılmak istenen bir “bilinç” kategorisi olarak rolünü azaltmamaktadır.

İdeoloji ya da bilinç kategorisi olarak hukuk, egemen siyaset yapıları ile ekonomik ve kültürel hegemonyanın dışında değildir. Bu niteliği itibarıyla hukuk ideolojisinin ya da bilincinin, gerek bireylerin zihninde gerek

oluşturulacak yeni bir jüri önünde tekrar yargılanması yönünde bir karar vermiştir. *Hernandez* davasındaki bu karara karşın günümüzde bilhassa Güney eyaletlerinde Meksika kökenli Amerikalıların ayrımcılığa uğradıkları ve bunun kamusal sahada da farklı örnekleriyle karşılaştıkları yönündeki iddialar sürekli gündemde kalmıştır. *Hernandez v. Texas* – 347 U.S. 475 (1954), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/475/case.html>, (E.T. 26.09.2012).

²⁹⁷ MACAULAY, Stewart, “Law and the Behavioural Sciences: Is There Any There There?”, **6 Law & Pol’y** 149 1984, s. 179.

²⁹⁸ **Idem.**

toplumsal davranış kalıplarının ve toplumun genel geçer kabullerinin üzerinde geleneksel yapının doğrularıyla bir etkinlik yarışına giriştiğini belirtmek gerekir²⁹⁹. Bu bağlamda hukuk normlarının düzenlemeyi hedeflediği alandan çok daha geniş bir alanı, esasen de insanların zihinlerini ve yaşantılarını biçimlendirmeyi hedefleyen hukuk ideolojisi bir tür sahte bilinç yaratarak bireyin sistemle bütünleşmesini, onu olağanlaştırmasını ve içselleştirmesini hedefler. İlerleyen bölümlerde ayrıca incelenecek olan hukuk ideolojisinin ve bu ideolojinin toplumun geniş kesimlerine kabul ettirmek istediği hukuka ilişkin bilincin ve algı kategorilerinin hukuksal normların sınırlı bir alanı düzenlemeye dönük niteliğinden farklı olarak bütünsel bir anlam ve kabuller sistematiğini dayattığını belirtmek gerekir. Söz konusu dayatmayla, bir kısım “önyargılar” tasarımlanarak bunları gelenekselleştirilmesi, kamusal alan dâhilinde taraftar bularak yeniden anlamlandırılması ve bu sayede sürekli üretilme döngüsünün gerçekleştirilmesi istenir.

Hukukun sınırlı etkinliği bağlamında vurgulanması gereken son bir husus, *Trubek*'in belirttiği hukuk normunun toplumsal davranışlar üzerinde gösterdiği sınırlı etkinlik olgusu³⁰⁰ ile hukuk ideolojisinin ve onun biçimlendirdiği sahte bilincin yarattığı ve genel olarak liberal kapitalist ekonomik / siyasal yaşamın onaylanmasını sağlayan söylemin farklı anlamlar ve hedefler güttüğüne dikkat etmek gerektiğidir. Sınırlı etkinlik ilkesinde hukuk, sosyal davranışların belirleyici faktörü olarak görülmediği halde, bu normların anlamını bulduğu hukuk ideolojisinin söz konusu davranışları aynı biçimde yönlendirmediğinden bahsetmek son derece güçtür;

²⁹⁹ TRUBEK, 1984, s. 590 – 591.

³⁰⁰ *Ibid.*, s. 578.

zira hukuk ideolojisinin ve onun yarattığı hukuka dair bilincin sosyal davranışları etkilemediğini söylemek kendi içinde bir kısım ciddi çelişkileri barındırmaktadır. Hukuk –gerek norm gerek ideoloji gerek bilinç kategorisi olarak–, her ne kadar sosyal davranışların tek kaynağı olmasa da bireylerin ve grupların eylemleri üzerinde etkinlik gösteren önemli bir olgudur. Hukuk bizatihi devletin kendisince ve ayrıca hegemonyanın diğer önde gelen kişi ve kurumlarınca bir taraftan sistemin kendi meşruiyetinin, daha önemlisi bekasının sürdürülmesi için “meşru karakterli” bir araç olarak kullanılırken, diğer taraftan getirdiği kurallar ile bireyler ve toplumun davranışları yönlendirilebilmekte, sınırlandırılabilenekte veya yasaklanabilmektedir³⁰¹. Dolayısıyla da hukuku bir ideolojinin üstyapı kurumu olarak tanımlamaktansa bizatihi bir ideoloji –ve bu ideolojinin yaratmak istediği bir bilinçlilik biçimi– olarak politika, ekonomi, kültür gibi çeşitli olgularla birlikte insanın sosyal davranışları üzerinde etkisi bulunan bir faktör olarak değerlendirmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Keza hukuku insanın sosyal davranışları üzerinde etkisiz bir araç olarak değerlendirmek hukuk düzeninin eleştirisi hususunda da, başta hukukun yöneldiği taraf ve normların içeriğinin neyi, nasıl düzenlediği gibi hususlar olmak üzere bir kısım eksikliklerin doğmasına sebebiyet verecektir. Esasen hukuk düzeni, toplumsal yapıya sistemin egemen unsurlarının çıkarları ve istekleri doğrultusunda biçim verme arayışının dışında değerlendirilmemesi zaruri olan bir mahiyettedir. Aksi halde hukuk düzeninin eleştirisinde toplumsal yapıdan kaynaklı tüm itirazlar anlamlarını büyük oranda yitireceklerdir. Benzer biçimde hukuku bir mücadele aracı olarak değerlendirmek de, eğer hukukun sosyal davranış ve toplumsal

³⁰¹ **Ibid.**, s. 589 – 591.

yapı içinde bütünüyle sınırlı bir etkinlik gösterdiği ön kabulünden hareket edilirse, nafile bir çaba olacaktır. Bununla birlikte mevcut –kapitalist liberal– hukuk bilincinin özüne hiç dokunmadan salt hukuk normları ile sınırlı düzenlemelere giderek hukuktan bir “sosyal mühendislik” işlevi beklemek de aynı biçimde anlamsızdır.

Kapitalist hukuk bilinci bir dizi karmaşık düzenleme olarak insan özgürlüğünün ve eylemliliğinin imkânlarını büyük oranda kısıtlamaktadır³⁰². Eğer yürürlükte bulunan hukuk kurallarının yanlışlığı ve mantıksızlığı gösterilebilirse, eleştiri de sosyal gerçekliğin yaratıcı bir biçimde yeniden inşasında önemli bir işlevi yerine getirecektir³⁰³. Böylece hukuk –bütünsel olarak–, normatif düzenlemelerinden ziyade öncelikle bir bilinç kategorisi ve o bilincin yarattığı bir anlam dizgesi olarak değer ifade edeceği gibi, hak ve özgürlüklerin korunabilmesine ve geliştirilebilmesine katkıda bulunduğu müddetçe toplumsal yaşamın sürdürülebilmesinde önemli bir payanda olabilecektir.

Hukuk düzeninin ne olduğunun anlaşılabilmesi ile klasik hukuk doktrinine ve kavramlarına eleştirel bir yaklaşımın geliştirilebilmesi için daha önce de belirtildiği üzere liberal hukuk sisteminin yeniden sorgulanması zorunludur. Bu bağlamda norm kavramından normlar sistematiğine uzanan bir sahada formalist ve objektivist hukuk anlayışları, özel hukuk ve kamu hukukun temel kavramları ve kurumları da değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Liberal hukukçuluğun temel kavramlarına ve kurumlarına yönelmiş eleştirel yaklaşım üzerinden kendini ifade eden yeni bir hukuk dili kurgulanmalıdır. Bu bağlamda çok boyutlu bir formalizm ve

³⁰² **Ibid.**, s. 610.

³⁰³ **Idem.**

objektivizm eleştirisini geliştirmek oldukça büyük önem arz etmektedir. Gerçekten de burada formalizmin tüm biçimlerine karşı çıkan bir teorik söylem geliştirmek gerektiği gibi, liberal politik teoriye yönelik bir itiraz kaçınılmaz biçimde kendini göstermektedir, zira formalizmin bazı türevlerinin liberal politik teoriyle uyum içinde olmak zorunluluğu bulunmaktadır³⁰⁴. Bunun yanı sıra objektivizm eleştirisi de farklı boyutları kapsamakta; bir taraftan hukuk düzeninin –dolayısıyla normlar sisteminin– nesnelliği ve tarafsızlığının şüpheli bir mahiyet gösterdiği iddiasını içermekte, diğer taraftan liberal politik sistemin meşruiyetinin büyük oranda söz konusu hukukun objektifliğine dayandırıldığını ortaya koyarak esasen sistemin bizatihi kendisini sorgulamaya girişmektedir.

Tarihsel olarak, objektivizme ve formalizme yönelmiş bu karşı çıkışın –daha ılımlı nitelikteki– ilk biçimlerinin Realist hukukçular tarafından başlatıldığı, daha sonra Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketince sürdürüldüğü çalışmanın önceki bölümlerinde belirtilmişti. Fakat Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın yaklaşımının hem Hukuki Realizme göre daha geniş kapsamlı bir yol izlemeyi tercih ettiği hem de liberal politik teoriyi Realistlere nazaran çok daha keskin bir biçimde reddetmeye yöneldiği ayrıca eklenmelidir³⁰⁵. Buna karşın günümüz Amerikan hukuk dünyasında objektivist ve formalist hukuk görüşlerinin ve doktrininin hâlâ çok önemli bir yere, güce ve bilhassa akademi içinde belli bir konuma sahip olduğu da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten de Amerikan hukuk öğretilerinde önemli yere sahip olan “Hukuk ve Ekonomi” (Law and Economics) ile “Haklar ve İlkeler” (Rights and

³⁰⁴ TUSHNET, 1984, s. 239.

³⁰⁵ *Idem.*; TUSHNET, 1986, s. 505 – 506.

Principles) okulları bu bağlamda değerlendirilebilir³⁰⁶. Bu çalışmada da hukuk düzenine eleştirel yaklaşım doğrultusunda mevcut hukuk düzeninin yanında –hatta bizatihi merkezinde– gözüken bu iki önemli akımın ele alınması bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

Amerikan hukuk camiası içinde genel olarak liberal hukuk düşüncesiyle özdeşleşen ve aşağıda ele alınacak olan akımlara yönelik eleştirilerin bilhassa Eleştirel Hukuk Çalışmaları mensuplarınca gerçekleştirildiği belirtilmelidir. Bu eleştirilerin aynı zamanda liberal hukuk düzeni eleştirisinin doğal bir uzantısı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda Eleştirellere göre özel hukuk alanıyla ilgilenen ve metodolojik yönden pozitivist bir karakter gösteren Hukuk ve Ekonomi Okulu (The Law and Economics School), hukuk sisteminin ve onun tarihinin sözde temelini oluşturan pratik gereksinimlere başvururken, özünde politik sağ bir eğilime ve yeni muhafazakâr ideallere hizmet etmekte ve hukuk elitlerinden hukuk fakültelerinin yöneticilerine uzanan bir skalada desteklenmektedir³⁰⁷. Hayek'in düşüncelerinden yoğun biçimde etkilenecek piyasa düzenini, insan toplumunun her alanına yayılan tek kapsayıcı düzen³⁰⁸ olarak yücelten Hukuk ve Ekonomi akımı, tasarlanmış ve idealleştirilmiş bir piyasa kavramsallaştırması aracılığıyla onu hemen tüm toplumsal ve sosyal ilişkileri sarmalayacak bir biçimde

³⁰⁶ Bkz. UNGER, 1986, s. 12.

³⁰⁷ *Ibid.*, s. 12 – 13; TRUBEK, 1990 – 1991; s. 47; TUSHNET, 1990–1991, s. 1539; TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1211.

³⁰⁸ HAYEK, Friedrich A, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Adaletin ve Politik İktisadın Liberal İlkelerinin Yeni Bir İfadesi**, C.1 (Kurallar ve Düzen), (Çev. Atilla Yayla), 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1996, s. 173.

kullanmaktadır³⁰⁹. Hukuk ve Ekonomi Okulu düşünürlerince her türlü önceliğin merkezinde kabul edilen piyasa olgusu, siyasal ve toplumsal sistemin işleyişinde taşıyıcı rolü üstlendiği gibi, hukukun temel görevi de var olan piyasa sisteminin işleminde ve geliştirilmesinde yapıcı bir rolle sınırlandırılmak istenmektedir. Örneğin mahkemeler özel hukuk kurallarını piyasanın gerekliliklerine göre yorumlamalıdır³¹⁰. Bir başka ifadeyle hukuk genel olarak neo-liberalizmin hukuka yaklaşımına benzer biçimde, ekonominin bir aracı olarak kabul edilmiş; onun gereklilikleri doğrultusunda öncelikle piyasanın işleyişini kolaylaştırmak, ortaya çıkan engelleri kaldırmak ve genel olarak –bilhassa piyasa sisteminin menfaatlerinin zorunlu olarak gerektirmesi sebebiyle– güvenliğini sağlamakla sınırlı bir çerçevede dâhilinde ele alınmıştır.

Amerikan geleneksel hukuk düşüncesinde var olan ve toplumsal ilerlemeyi liberal kapitalizmin gerekleriyle özdeşleştiren ve bu bağlamda hukukun işlevini söz konusu ilerlemeyi kolaylaştırmak olarak nitelendiren anlayışın³¹¹ benzer biçimde Hukuk ve Ekonomi akımınca benimsenerek daha sistematik bir içerikle doldurulmak suretiyle teorileştirildiğini belirtmek gerekir. Bu süreçte hukuk kurallarının mikro ekonomik analiz yöntemlerine tabi tutulmak suretiyle iktisadi açıdan normatif, bir başka ifadeyle en fazla verimliliği sağlayan düzenlemeler haline getirilerek esasen hukuk ile ekonomi arasındaki ilişkilerinin teorileştirildiğini

³⁰⁹ UNGER, 1986, s. 12 – 13.

³¹⁰ KENNEDY, Duncan, “Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies”, **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Vol. 2, (Edi. Peter Newman), Palgrave Macmillan, 1998, s. 465.

³¹¹ GORDON, Robert W. “Critical Legal Histories”, **36 Stan. L. Rev. 57 1984**, s. 59. Söz konusu anlayış için ayrıca bkz. HAYEK, 1996, s. 171 – 173.

söylemek yanlış olmayacaktır³¹². Fakat Hukuk ve Ekonomi akımının toplumsal düzenden ve onun gereksinimlerinden büyük oranda ayrışarak piyasanın işleyişini saflaştırmaya dönük –bilhassa büyük çıkar gruplarının ihtiyaçları doğrultusunda– bir veçhete temayül eden sistemsal yapısının gerçek dünyayla, özellikle hukuksal düzenlemelerin normatif içeriğinin her zaman kâr odaklı teşvikleri takip etmemesi gibi nedenlerle, uyumsuzluk gösterdiğini ve çatıştığını da belirtmek gerekir³¹³. Örneğin Hukuk ve Ekonomi akımının, hukuksal sorunların piyasanın etkinliğinin sürdürülebilmesi ve en verimli biçimde nasıl çözülebileceğini göstermeye çalışırken, refahın –zenginliğin– paylaşılması gibi konularda vergisel düzenlemelere –bütünsel olarak vergi sisteminin karakterine– bakmak yerine tazminat hukuku (tort law) ya da sözleşme hukuku gibi alanlara yoğunlaştığı dikkat çeker³¹⁴.

Hukukun toplumsal ve sosyal ihtiyaçları karşılamaya dönük düzenlemelerinin büyük oranda esnetilmesi ve kamusal uzanımlarının mümkün oldukça işlevsizleştirilmesiyle zayıfları koruyucu niteliğinin ilgasını savunan bu yaklaşım, esasen neo-liberal teorisyenlerle paralel bir biçimde belirli sınıfların çıkarlarının korunması adına ekonominin, –başta hukuk ve devletten gelenler olmak üzere– müdahalelerden varestede biçimde “serbestçe” işleyebilmesini öngörür. Chicago Okulu’nun en önemli isimlerinden *Friedman*’a göre devlet, gerek ekonomik tedbirler gerek hukuki düzenlemeler aracılığıyla kesinlikle piyasaya müdahale etmemeli,

³¹² İNSEL, Ahmet, “İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki”, **Güncel Hukuk**, Aralık 2005, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113>, (E.T. 01.10.2012).

³¹³ TUSHNET, **1980 – 1981**, s. 1212, GORDON, **1984**, s. 72.

³¹⁴ TUSHNET, **1986**, s. 508.

piyasanın serbestçe işlemesi sağlamalıdır³¹⁵. Devlet müdahalelerinin yokluğu halinde ezilenler, fakirler, zayıflar, ayrımcılığa uğrayanlar daha “iyi” ve “zengin” bir yaşam sürebileceklerdir³¹⁶. Daha fazla özgürlük sloganına dayanarak kendine ahlaki bir payanda arayan söz konusu liberal zihniyet, aslında özgürlük kavramını sahteleştirip temsilcisi bulunduğu çıkar gruplarının menfaatleri adına araçsallaştırmakta³¹⁷; özgürlüklerin önündeki başlıca engel olarak göstermeye çalıştığı hukukun düzenleyici niteliğine saldırarak bu düzenleyicilik vasfının özgürlükleri kısıtladığını iddia etmektedir. Hukukun toplumsal ve sosyal sorunlarla ilgilenmekten men edilmesine ilişkin istencini açığa vurmamak adına özgürlüklere daha fazla vurgu yaparak, esasen hukukun düzenleyici ve piyasa koşullarının yarattığı aşırı sömürü koşullarını nispeten kısıtlayan –dolayısıyla egemen çıkar gruplarının menfaatlerini bir miktar da olsa frenleyen– fonksiyonunu külliye ortadan kaldırmayı hedefler³¹⁸.

³¹⁵ FRIEDMAN, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk & Nilgün Himmetoğlu), 2. Baskı, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2011, s. 268 – 269.

³¹⁶ *Ibid.*, s. 47 – 48.

³¹⁷ Liberalizmin özgürlük anlayışı ile ilgili olarak ayrıca bkz. SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, Ankara, 1995, (Yayınlanmamış doktora tezi), s. 167 – 169.

³¹⁸ Bu bağlamda *Friedman*'ın görüşlerinin serbest piyasa düzeninin “serbestçe” işlemesi konusunda son derece açık olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin *Friedman*'a göre “*Para sıkıntısı çeken çiftçilere yardım ve tarımsal örgütlenmedeki aksaklıkları giderme amacına yönelik olan tarım programı, kamu fonlarını ziyan eden, kaynakların kullanımını bozan, çiftçiler üzerinde giderek ağırlaşan ayrıntılı kontroller uygulayan, Birleşik Devletler'in dış politikasına ciddi müdahalelerde bulunan, ama aslında parasız çiftçiye yardım konusunda pek az şey gerçekleştiren bu tarım programı ulusal bir rezalet olmuştur. Yoksulların barınma koşullarının iyileştirilmesini, çocuk suçlarının azaltılmasını ve kent yıkıntılarının ortadan kaldırılmasını amaçlayan konut programı, yoksulların barınma koşullarını daha da kötüleştirdiği gibi, çocuk suçlarının artmasına ve kent yıkıntılarının yayılmasına katkıda bulunmuştur. (...) Sosyal güvenlik önlemleri, yardım almayı bir hak konusu yapmak, doğrudan yardım ve derde derman ihtiyacını ortadan kaldırmak için yasalaştırılmıştı. Oysa derde derman ihtiyacı artmaya devam ederken, doğrudan yardıma harcanan toplamlar çığ gibi büyümektedir*”. Tüm bu iddialardan hareketle *Friedman* devletin sosyal adaleti sağlamaya dönük her türlü müdahalesine şiddetle karşı çıkmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin egemen olduğu Amerika özelinde dahi kimi koruyucu politikaları gereksiz gören *Friedman*, devlet müdahalesi olarak nitelendirdiği bütün olguları olumsuz olarak nitelendirirken, Amerikan toplumu için olumlu saydığı tüm olguları da doğrudan serbest piyasa ile ilişkilendirmektedir. Fakat yine de *Friedman*'a göre “*Olumlu ve olumsuz yanlar eşitlenmek istenirse, sonuç hiç kuşkusuz iç karartıcı olacaktır. Son birkaç on yılda devletçe üstlenilen yeni girişimlerin büyük bölümü hedeflerine ulaşamamıştır. Birleşik Devletler ilerlemeyi*

Piyasa üzerinde, piyasanın egemen aktörlerinin dışında herhangi bir oyuncunun varlığını kabul etmeyen söz konusu zihniyet, kılıf olarak özgürlüğü kullanarak yaratılan toplumsal eşitsizlikleri, ortaya çıkan ve giderek büyüyen sınıfsal gelir uçurumlarını –dengesizliklerini– saklamaya çalışır. Sonuç olarak Hukuk ve Ekonomi akımının büyük oranda neo–liberalizmin yapısal formları doğrultusunda hareket eden ve hukukun işlevinin ekonomik gereklilikler doğrultusunda biçimlenmesi gerektiğini savunan bir düşünsel zeminden hareket ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Kamu hukuku perspektifinden hareket eden ve liberal bir merkezde yer alan Haklar ve İlkeler Okulu (The Rights and Principles School) ise ahlaki ilkeleri ön plana çıkartarak, ahlaki zorunlulukların hukuksal emirlere mündemiç olduğunu savunmaktadır³¹⁹. Yer yer doğal hukukçu bir söylemi kullanan bu akımın mensupları, *Tushnet*'e göre, bir taraftan hukuk sistemiyle ilgili büyüleyici masallar anlatırken diğer taraftan tıpkı Hukuk ve Ekonomi Okulu gibi gerçeklikten –gerçek dünyadan– hemen tamamıyla soyutlanmaktadır³²⁰. Hukuk ve Ekonomi Okulu'ndan farklı araçlar kullanmasına rağmen onunla benzer sonuçlara ulaşan akım az ya da çok doğal haklar temelinde tebarüz eden ahlaksal ilkeleri, önerdiği sistemin

*sürdürmektedir; yurttaşları daha iyi beslenmekte, daha iyi giyinmekte, daha iyi barınmakta ve daha iyi ulaşım hizmeti görmekte; sınıfsal ve toplumsal farklar küçülmüştür; azınlık gruplarının dezavantajları azalmıştır; popüler kültür büyük sıçramalar yapmıştır. Tüm bunlar serbest piyasa aracılığıyla işbirliği yapan bireylerin inisiyatifleri ve itici güçlerinin ürünleridir. Devletçe alınan önlemler bu gelişmeye yardımcı değil, engelleyici olmuştur. Bu önlemleri parasal yönden karşılayabilmemiz ve onlara baskın çıkabilmemiz ancak piyasanın doğurganlığı sayesinde gerçekleşebilmiştir. Görünmez elin gelişmedeki gücü, görünen elin gerilemedeki gücünden daha üstündür". FRIEDMAN, 2011, s. 268 – 271. Friedman'ın devletin müdahalede bulunmaması gereken alanlarla ilgili görüşleri için bkz. **Ibid.**, s. 47 – 49.*

³¹⁹ UNGER, 1986, s. 12.

³²⁰ TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1212. Bu bağlamda *Tushnet*, *Ronald Dworkin*'in insanüstü hâkimi Hercules'i örneğini gündeme getirir. **Idem.**

merkezine koymaya çalışır³²¹. Böylece odak noktasında hakların ve ahlaki ilkelerin yer aldığı bir hukuk kategorisi tasavvur edilir. Mevcut sistemin, merkezinde hak ve ilkelerin yer aldığı bir bağlamda revize edilmesi olarak da düşünülebilecek Okul'un yöneliminin, temelde, liberal değerler ile doğrudan çatışmaya girmeyen bir veçhede şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Eleştirellere göre Haklar ve İlkeler Okulu'nun mensupları, belirli bir soruna dayanan tek ilkeyi ya da teoriyi içeren bir hukuk sistemi varsayıyor ve ardından çağdaş ahlak felsefesinin –etiğin– o sistem içinde ne kadar kesin sonuçlar sağladığını kendilerince göstermiş oluyorlardı³²². Oysa belirli bir sorunun giderilmesi için kabul edilebilecek bir ilkenin veya teorinin, hukuk uygulamasında geliştirilebilmesi güçlük arz ettiği gibi, o ilkenin farklı durumlarda daha önce korunmasını ya da gerçekleştirilmesini amaçladığı değerlerle çatışabilmesi dahi mümkündür³²³.

Eleştireller açısından gerek piyasa olgusunu esas alan Hukuk ve Ekonomi Okulu, gerek etiği çözümlerinin merkezine koyan Haklar ve İlkeler

³²¹ UNGER, 1986, s. 13.

³²² TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1212 – 1213; RICHARDS, David A. J., “The Theory of Adjudication and the Task of the Great Judge”, 1 *Cardozo L. Rev.* 171 1979, s. 199.

³²³ *Ibid.*, s. 199 – 200. Bu bağlamda *David A. J. Richard* zor dava olarak nitelendirilebilecek, arka plan materyalleri belirli olmayan *Oppenheim v. Kridel* davası ile Yargıç *Benjamin N. Cardozo* baktığı *MacPherson v. Buick Motor Co.* davalarını örnek gösterir. Bilhassa *Cardozo*'nun baktığı ve geleneksel sorumluluk ilkelerini tersine çevirerek davalı *Buick* firmasını, kendisinin mamulü olmadığı halde kazaya sebebiyet vererek davacının yaralanmasına sebep olmuş hatalı üretilen tekerleği araçlarında kullanmasından dolayı gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle kusursuz sorumlu görmüştür. Oysa konuyla ilgili önceki örneklerde benimsenen ilkelere / teoriye uyulsaydı *Buick* firmasının bu nedenle sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktı. Mahkeme, üreticinin (*Buick* firmasının) sorumluluğunun, başkalarının üretilmiş mamulleri eğer bu mamulleri muayene etmeden müşterilerine sattığı ürünlerinde kullanıyorsa süreceği ve bunun akabinde söz konusu mamulden kaynaklanan bir sebeple tehlikenin gerçekleşmesi durumunda bu sorumluluğun onu takip edeceği yönünde karar vermiştir. *Ibid.*, s. 200 – 201; *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 NY 382 (http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/macpherson_buick.htm), (E.T.; 25.05.2012).

Okulu büyük oranda mevcut hukuk düzeniyle, onun pozitivist ve belirlenimci karakteriyle, normlar sistemiyle, hukukun temel kurumlarıyla ciddi bir çatışma ya da uyuşmazlık içinde değildir. Aksine her iki okulun da temelde mevcut hukuk düzeni ve onun bağlı bulunduğu liberal ideolojinin ve ekonomik sistemin kurallarıyla uyum içinde olduğu, hatta bunları geliştirme yönündeki temayüllerinin hukuk algılarını da aynı biçimde şekillendirdiğini söylemek pek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada gerçekleştirilmeye çalışılan hukuk düzeninin eleştirisinin her iki okulun ileri sürdüğü fikirler ve hukuksal analiz yöntemlerine yönelik bir karşı çıkışı da zorunlu olarak barındırdığını belirtmek gerekir.

Liberal hukuk düzeninin temel niteliklerinin ve bu düzen içindeki iki temel akımın incelenmesinin ardından, liberal hukuk düzeni eleştirisinin bir diğer boyutunu da bu düzeninin Marksist eleştirisi oluşturmaktadır. Bu bağlamda Marksizm'in liberal hukuk düzenine yönelik nasıl bir yaklaşım içinde bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir. Marksizm'in hukuka yaklaşımının değerlendirilmesi ve Marksist hukukçuluğun liberal hukuk düzenine ilişkin genel tutumunun kısaca da olsa ortaya konması gerekmektedir. Marksizm'in hukuka yaklaşımı kadar, Marksist çözümlerinin hukuk açısından nasıl bir işlevsellik sağlayabileceği, özellikle hukukun politik ve ekonomik gerçeklikler dünyasına olan bağlılığın açıklanabilmesi yönünden, üzerinde derinlemesine durulması gereken konuların başında gelir. Gerek Marksizm'in gerek *Marx* ve *Friedrich Engels*'in çalışmalarının hukukla ilgisi, ilk olarak dünyaya hukuksal bakışın yanlışlığının saptanması ve dünyanın bu bakış açısıyla açıklanıp anlamlandırılmayacağı, ikinci olarak ise hukukun kaynağının salt

iradede aranmaması ile ilgidir³²⁴. Hukuk, Marksizm açısından politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, tarihsel birikim gibi bir dizi gerçeklikten tamamen soyutlanarak, düzenlediği konular itibariyle kendi başına anlamlar üreten ve varlığını salt kanun koyucudan alan nötr bir yapı olarak değerlendirilmez. Keza Marksizm'in hukuku, tek başına bir anlam dizgesi ve değerler sistemi olarak kavramaktan ve sadece bu bağlamda incelemekten özenle kaçındığını da belirtmek gerekir. *Onur Karahanoğulları*'na göre de, “*Marx ve Engels'in çalışmalarında bir hukuk felsefesi inşa etme çabası olmadığı gibi, hukukun sistemli ve bütünsel bir çözümlemesi bulunmamaktadır. Ayrıca, kapitalizmi aşma sürecinde veya aşmış olan bir toplumsal yapıda nasıl bir hukuk oluşacağına veya oluşup oluşmayacağına ilişkin de yeterli açıklama yoktur. Hukuk sözkonusu olduğunda Marksizmin temel uğraşı hukuksal dünya anlayışının eleştirisidir*”³²⁵.

En yalın ifadesiyle Marksizm'in hukuk anlayışı, bir üstyapı kurumu olarak hukukun ekonomik altyapı tarafından belirlendiği kabulüne dayanmaktadır. *Engels'e göre “toplumun gelişmesinin çok ilkel, belirli bir aşamasında herkesin ortak üretim ve değişim koşullarına bağlı kılınmasını sağlamak ve ürünlerin, her gün yinelenen üretim, dağıtım ve değişim işlemlerini ortak bir kural altında toplamak gereği duyulmuştur. Başlangıçta âdet olan bu kural kısa zamanda yasa haline gelmektedir. Yasa ile birlikte, onun korunmasıyla yükümlü organlar –kamu yetkesi, devlet– zorunlu olarak doğar. Daha ileri toplumsal gelişme ile, bu yasalar oldukça*

³²⁴ KARAHANOGULLARI, Onur, “Marksizm ve Hukuk”, *AÜSBFD*, C. 57, S. 2, Y. 2002, s. 63 ve s. 70.

³²⁵ *Ibid.*, s. 63.

geniş kapsamlı bir yasal sistem haline dönüşmektedir”³²⁶. Engels, ilkel toplumdan başlamak üzere üretim ilişkilerinin hukukun biçimlenmesinde doğrudan bir etkileyen olduğunun altını çizerek toplumsal ilerleme ile paralel biçimde hukuk sistemlerinin de üretim süreçlerinin gerekliliklerini karşılayabilmek için karmaşılaşmaya başladığının altını çizmektedir.

Marksist hukuk görüşünün, ekonomi ile hukuk arasında kurduğu mutlak bağa ve ilişkisel zorunluluğa vurgusunun altında, liberal düşüncenin hukuk düzenini araçsallaştırarak kendi gereksinimleri doğrultusunda biçimlendirmeye çalışmasının önemli bir rolü olduğunu belirtmek gerekir. Zira Marksizm açısından hukuk, bir üstyapı kurumu olarak üretim süreçlerinin ve ekonomik zorun etkinlik alanının dışında sayılmamaktadır³²⁷. Üretim ilişkileri ve ekonomik sistem doğrudan hukuk düzeninin karakterini ve normlar sistemini belirlemektedir. Hukukun biçim ve içeriği, iktisadi altyapının bir yansıması olarak, doğrudan egemen üretim biçimlerine denk düşmektedir³²⁸. Örneğin *Evgeny B. Pasukanis*'e göre hukukun “*üretim*

³²⁶ ENGELS, Friedrich, **Konut Sorunu**, (Çev. Güneş Özdural), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992, s. 92 – 93. Engels'e göre “*yasal sistem daha karışık hale geldikçe ifade biçimi toplumun olağan ekonomik yaşam koşullarının dile getirildiği ifade biçiminden uzaklaşmaktadır. O, varlık nedenini ve daha ileri evriminin gerçekleşmesini ekonomik ilişkilerden değil, ama kendi iç dayanaklarından, ya da isterseniz ‘irade kavramı’ndan alan bağımsız bir unsur gibi görünmektedir. İnsanlar kendilerinin hayvanlar dünyasından geldiklerini unuttukları gibi, haklarının kendi ekonomik yaşam koşullarından geldiğini de unutmaktadırlar. Yasal sistemin karışık, geniş kapsamlı bir bütün haline gelişmesiyle, yeni bir toplumsal işbölümü zorunlu hale gelir; bir profesyonel hukukçular örgütü geliştirmekte ve bunlarla hukuk bilimi doğmaktadır. Daha ileri gelişmesinde bu bilim çeşitli halkların ve çeşitli zamanların yasal sistemlerini belli ekonomik ilişkilerin bir yansıması olarak değil, ama kendi gerçekleştirmelerini, kendi içlerinde bulan sistemler olarak kıyaslamaktadır*”. **Ibid.**, s. 93.

³²⁷ Ortodoks Marksizm'in hukuku bir üstyapı kurumu olarak değerlendirip ekonomik zorun belirleyiciliği altında biçimlendirmesi ve Marksist hukuk anlayışının da büyük oranda formalist bir karakter göstermesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. KEYMAN, Selâhattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Yayınları, Ankara, 1981, s. 3 – 6.

³²⁸ KARAHANOGULLARI, Onur, “Marksizm ve Hukuk Yazın İncelemesi”, **AÜSBFD**, C. 58, S. 3, Y. 2003, s. 209. Engels'e göre “*bütün tarih boyunca, günümüze dek, şu ya da bu ölçüde yürürlükte kalmış olan yasalar, yalnızca sınıf egemenliğine ve sınıf sömürüsüne dayalı toplumsal ilişkileri korumuşlardır*”. **MARX & ENGELS**, 2010, s. 37.

ilişkilerinin baskısı altında, insanların bilinçli tercihlerine dayanmadan oluşan özel ilişkiler sistemi olarak ortaya çıkan gerçek, paralel bir tarihi vardır. İnsanın hukuksal özne haline gelişi, doğal ürünü, değer gizil özellikleriyle donanmış metaya çeviren zorunlulukla aynıdır”³²⁹. Pasukanis’in söz konusu yaklaşımının, hukuku, yaşayan bir olgu olarak toplum içinde devam edegelen, özellikle üretim ilişkilerine dair gerçekliklerle bağlantılandırarak nitelendirmek üzerine kurulu olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda hukukun, bir olgu olarak ekonomik zorunluluklar alanın dışında konumlandırılmadığından da bahsedilebilir.

Gordon da, Marksist yaklaşımın, genel olarak “‘burjuva’ hukuku[nu] yalnızca herhangi bir grubun taleplerinin bir ürünü değil, özellikle kapitalist egemen sınıfın taleplerinin ürünü”³³⁰ olarak tanımladığını belirtmektedir. Bu bağlamda katı bir ekonomik eylemler dünyasının, ideolojik nitelikli üstyapının bir parçası olarak hukuk kurallarını, kurumlarını ve hukuksal süreçleri belirlediği varsayılarak, hukuk sistemlerinin egemen ekonomik örgütlenme tarzının ihtiyaç duyduğu işlevleri yerine getirici fonksiyonu üzerinde durulur³³¹. Marx’ın da, eserlerinde bu doğrultuda bir bağlantının altını çizerek, hukuk ile ekonomi arasındaki ilişkiyi tanımlamaya çalıştığından söz edilebilir. Marx’a göre “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

³²⁹ PASUKANIS, EVGENY B. **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 64.

³³⁰ GORDON, 2006, s. 392.

³³¹ **Idem.**

üretim tarzı, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel hayat sürecini koşullandırır. İnsanların varlığını belirleyen şey, bilinçleri değildir; tam tersine, onların bilincini belirleyen, toplumsal varlıklarıdır. (...) İktisadi temeldeki değişme, kocaman üstyapıyı, büyük ya da az bir hızla alt üst eder. Bu gibi altüst oluşların incelenmesinde, daima, iktisadi üretim koşullarının maddi altüst oluşu ile (...) hukuki, siyasal, dinsel, artistik ya da felsefe biçimleri (...) ayırdetmek gerekir. (...) Tarihte toplumun ve devletin bütün ilişkilerini, bütün dinsel ve hukuki sistemleri, ortaya atılan bütün teorik görüşleri, ancak bunlara tekabül eden çağlardaki maddi hayat koşulları anlaşılırsa ve bu birinciler, maddi koşullardan tümdengelim yoluyla çıkarılırsa, anlamak mümkündür”³³². Görüldüğü üzere Marx, hukukun anlamlandırılmasında büyük oranda maddi koşullara atıf yaparak üretim ilişkilerinin ve biçiminin belirleyiciliğinin altını çizmektedir. Geleneksel liberalizmin kabullerinin aksine maddi dünyayı anlamak için hukuka bakmak yeterli değildir; aksine, hukukun anlaşılabilmesi isteniyorsa onu yaratan maddi koşulların incelenmesi, hukukçuların “hukuk ötesi” olarak nitelenen alana girmesi gerekmektedir³³³. Hukuk ötesi olarak adlandırılan alan ise, sadece ekonomik dizgeyle, yani maddi hayatın üretim ilişkisi ve süreçlerine tekabül eden ekonomik veçhesiyle sınırlandırılmamalıdır. En az ekonomik dizge kadar, hukuk üzerindeki belirleyicilikleri itibariyle politik alan, iktidar süreçleri, egemen ideoloji, toplumsal

³³² MARX, Karl, **Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı**, (Çev. Sevim Belli), 5. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993, s. 23 ve s. 29.

³³³ KARAHANOGULLARI, 2002, s. 80. Karahanoğulları’na göre “Marksizmin hukuk konusunu ele alış nedeni, genel metodolojik / epistemolojik kaygısıdır. Dünyaya ilişkin bilgi hukuksal bilgi değildir zira, hukukun kendisi bir ‘ifade’dir; bir dolayımıdır. Bu nedenle hukuk tarafından ifade edilen fenomenlerin gerçek temellerinin araştırılması gerekir. Marksistlerin bulduğu gerçek temel, ‘gerçek biçim’, ‘üretim ilişkileri’dir”. **Ibid.**, s. 81.

ilişki biçimleri, tarihsel birikim gibi olguların da hukukun şekillenmesi üzerinde etkinlik göstererek hukukla etkileşime girdikleri göz önüne alınmalıdır. Keza hukukun da bu etkileşimsel süreçte, diğer üstyapı kurumlarıyla bir arada, ekonomik yapı ve süreçler üzerinde belirli bir etkinlik gösterdiğinden söz edilebilir. Hukuk, ekonomik yapı ve süreçleri korurken, kendisini ve iktidar yapısını da korunma altına alarak esasen mevcut statükonun sürdürülebilirliğinin imkânlarını sağlar³³⁴. Özellikle ekonomik sisteme yönelik mali ve iktisadi nitelikli düzenlemeler aracılığıyla, hukukun da, gerek üretim süreçleri, serbest piyasanın ve ticaretin işleyişi, gerek ekonomiye yönelik sosyal karakterli düzenlemelerle işçi ve işveren ilişkileri gibi çalışma yaşamı üzerinde, önemli bir belirleyici kuvvet haline gelebilmesi mümkündür.

Görüldüğü üzere hukuk normlarının ve hukuki süreçlerin, salt ekonomik dizgenin etkinlik alanında, onun belirleyiciliği altında biçimlendikleri ön kabulüne dayanan Marksizm'in hukuk görüşü, hukuku, daha ziyade kapitalist üretim ilişkilerine dayanan siyasal sistemin bir üstyapı aygıtı olarak değerlendirerek, hukukun sistem üzerindeki dönüştürücülük potansiyelini büyük oranda göz ardı etmektedir. Hukukun söz konusu dönüştürücülük potansiyelinin göz ardı edilmesinin altında, Marksizm'in genel kabullerinin yattığı söylenebilir. Zira Marksizm'de hukukun geleceği, esasında Marksizm'in devletin geleceğine ilişkin teziyle doğrudan bağlantılıdır³³⁵. *Engels*'in ünlü ve aynı zamanda tartışmalı pasajında, proletaryanın

³³⁴ ÖZCAN, Mehmet Tevfik, "Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım", **Adalet Kavramı**, (Edi. Adnan Güriz), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 59.

³³⁵ KARAHANOĞULLARI, 2002, s. 89.

iktidarı ele geçirmesinin ardından, devletin ilga edilmeyeceğini, fakat söneceğini³³⁶ öngörmesi, devrim sonrasında, hukukun da burjuva iktidarı gibi çözümlenerek ortadan kalkacağı yönünde bir kabulün ortaya çıkışına neden olmuştur. Dolayısıyla bu süreçte, nasıl burjuva devlet sönyorsa, burjuva hukukunun da sönmeye maruz kalacağı kabul edilmektedir. Büyük oranda bu görüşe dayanan ve *Pasukanis*'in ismiyle de anılan "Meta Mübadelesi Okulu"nun hukuk tezi de, esasen meta mübadelesine dayanan burjuva hukukunun, sosyalist topluma geçişle birlikte ortadan kalkacağı ve sosyalist bir hukuka dönüşümün gerçekleşmeyeceği tespitine dayanmaktadır³³⁷. *Pasukanis*, kapitalist üretim ilişkileri ve mübadele süreçlerinin hukuksal açıklamasında sözleşme kavramı üzerinde durarak, mübadele ilişkileri ile sözleşme kavramı arasındaki türdeşliğe dikkat çekmekte ve her iki kavramın birbirlerine karşılıklı olarak bağımlı olduklarına değinmektedir³³⁸. *Özcan*'a göre de

³³⁶ ENGELS, Friedrich, **Anti- Dühring**, (Çev. Kenan Somer), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003, s. 400.

³³⁷ KARAHAÑOĞULLARI, 2002, s. 63 – 64. Buna karşılık devletin sönmeye ilişkin yaklaşımın başta *Lenin* olmak üzere çeşitli itirazlarla karşılaştığını da eklemek gerekir. "*Lenin, Engels*'in söz konusu pasajının yanlış anlaşıldığını belirtmektedir. *Lenin*'e göre "devletin 'sönmesi' kavramı, yığınlar arasında genellikle yaygın bulunan günlük anlayış içinde, hiç kuşku yok ki, devrimin uyutulması, hatta yadsınmasıdır". Keza hukukun sönmekten de aynı biçimde bahsedilemez. Burjuvazi ortadan kaldırılmış olsa dahi, belirli hukuk kurallarına, en azından tam komünizme geçilinceye kadar ihtiyaç vardır. *Lenin*'e göre "kapitalizm yıkıldıktan hemen sonra, insanların, hiçbir tür hukuk kuralı olmaksızın toplum için çalışmayı hemen öğrenecekleri, ütopyaya düşmeden düşünülemez; kaldı ki, kapitalizmin ortadan kalkışı, böylesine bir değişikliğin ekonomik öncüllerini hemencecik vermez. Oysa 'burjuva hukuku' kurallarından başka kural yoktur. Bir yandan üretim araçlarının ortaklaşa mülkiyetini korurken, bir yandan da emek eşitliğini ve ürünlerin bölüşümündeki eşitliği korumakla yükümlü bir devletin zorunluluğu, bu nedenle sürer. Bundan böyle, kapitalistler olmadığı, sınıflar ve dolayısıyla tepesine binilecek bir sınıf olmadığı için, devlet söner. Ama, edimsel eşitsizliği onaylayan 'burjuva hukuku' korunmaya devam edildiğine göre, devlet henüz büsbütün yokolmamıştır. Devletin büsbütün sönmeye için, tam komünizmin gerçekleşmesi gerekir". Kısaca *Lenin*'in görüşü açısından devletin hemen sönmeye söz konusu olmayıp, belirli bir süreç gerektirmektedir, dolayısıyla burjuva devletin yerine proletaryanın devletinin geçmesi durumu vardır. LENIN, V. I., **Devlet ve İhtilâl –Marksist Devlet Öğretisi ve Proleteryanın Devrimdeki Görevleri**, (Çev. Süleyman Arslan), 4. Baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara, 1978, s. 27 – 29 ve s. 125. Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. KARAHAÑOĞULLARI, 2003, s. 221 – 222.

³³⁸ HUNT, Alan, "Marxist Theory of Law", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Edi. Dennis Patterson), Blackwell Publishing, Malden, 1996, s. 354 – 355.

Pasukanis, “hukukun söylemine bağlı şekilde hak süjesi sıfatıyla özgür bireyler olarak tanımlanan insanların ilişkilerinin, hukuk düzeninin altında yatan ve kaynağını ekonomiden alan sınıf ilişkilerini maskeleydiğini ifade et[mektedir]”³³⁹. Sosyalizme geçiş ile kapitalist mübadele ilişkileri çözülecek ve üretim ile değişimden kaynaklanan kurallar da mühendislik veya tıp kuralları gibi salt teknik kurallara dönüşecektir³⁴⁰. Bu yaklaşıma göre hukuk, piyasa ve mübadeleye yönelik üretimle birlikte ortaya çıkıp gelişmekte ve piyasa koşulları tarafından oluşturulmaktadır³⁴¹. Dolayısıyla hukuk, gerçekte burjuva niteliklidir ve sosyalist toplumda çok sınırlı bir yere sahip olacaktır³⁴². Bu bağlamda hukuka ilişkin söz konusu yaklaşımların genel bir Marksist hukuk teorisi oluşturulmasını büyük oranda engellediğinden söz edilebilir. Bunun yanı sıra *Pasukanis*’in idamının ardından Sovyetler Birliği içinde her ne kadar bir sosyalist hukuk teorisi oluşturulmaya çalışıldıysa da bu çalışmaların hiçbirinin, *Pasukanis*’in Marksist hukuk yaklaşımı kadar genel bir kabule ve değere şayan olamadığını da belirtmek gerekir³⁴³. Sonuç olarak Marksizm’in hukukla daha

³³⁹ ÖZCAN, Mehmet Tevfik, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 159.

³⁴⁰ KARAHANOĞULLARI, **2002**, s. 64.

³⁴¹ HAZARD, John N. “Marksizm ve Hukuk Tarihsel Deney: Ekim Devrimi Sonrası Sovyet Hukuk Kuramının Oluşumu”, (Çev. Onur Karahanoğulları), **Praksis Dergisi**, S. 10, Y. 2003, s. 290.

³⁴² **Idem.**

³⁴³ Bkz. KARAHANOĞULLARI, **2002**, s. 64 – 65. *Pasukanis*, kapitalist sistemin ortadan kaldırılmasının ardından hukukun da yok olacağına inanırken, Sovyetler Birliği’nde başta *Stalin* olmak üzere yönetici kadrolar, Marksizm’in doğru yorumunun, hukukun devamlılığı ve sosyalizmin inşasından sonra da hukukun varlığını sürdüreceği biçiminde olacağını belirtiyorlardı. HAZARD, **2003**, s. 291. Sovyet hukuk sistemi, bu çalışmanın konusuyla doğrudan bağlantılı olmadığı için ayrıca ele alınmayacaktır. Fakat Sovyet hukuk sisteminin özellikle *Stalin*’in yönetim paradigması altında bir tür pozitivizme kaydığını söylemek de yanlış olmayacaktır. Özellikle 1939 yılındaki 18. Komünist Parti Kongresi’nde kabul edilen “tek ülkede sosyalizm” tezinin ardından sosyalizm döneminde de hukukla devletin varlığını sürdüreceği yönündeki görüşler ağırlık kazanmıştır. Bu dönemle ilgili olarak hukuksal süreçleri değerlendiren *Rudolf Schlesinger*’e göre “Sovyetler Birliği’nin özel koşullarında ve genel olarak Sovyetler Birliği’nin sorunlarını yeterlice karşılayan geçerli bir hukuk tanımlaması elde etmek, ancak pozitivist hukukçuların klasik görüşlerini ele almakla olanak kazanacaktır. Bu görüşleri kıta Avrupa’sında başlıca *Jhering*, İngiltere’de ise *Austin* temsil

ziyade eleştirel bir ilişki kurduğunu, yeni bir hukuk yaratmaktan ziyade, hukuksal bir inceleme metodolojisine katkı sunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁴⁴. Gerek Avrupa’da gerek Amerika’daki Marksist hukukçuların da, bu bağlamda, genel bir hukuk teorisi oluşturmak yerine, liberal hukuk düzenini ele alan eleştirel bir arayış ve çalışma yöntemine yöneldiklerinden bahsedilebilir. Örneğin *Hunt*, hukuka yönelik Marksist yaklaşımların altı genel tema etrafında oluştuğunu belirtirken bu tür bir eleştirel arayışa işaret etmektedir³⁴⁵. Benzer biçimde, her ne kadar klasik bir Marksist yaklaşım olarak nitelendirilemese de, Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın, yöntemsel açıdan Marksist eleştiriye ve Frankfurt Okulu’nun eleştirel Marksizm’ine sıklıkla başvurduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten yöntemsel açıdan, liberal hukuk sisteminin eleştirisinde, klasik Marksist yaklaşım kadar önem taşıyan Frankfurt Okulu’nun geliştirdiği eleştirel Marksizm’den de yoğun biçimde faydalanılmaktadır. Bu çalışmada da, liberal hukuk düzeninin eleştirisinin önemli bir boyutu, söz konusu klasik ve post Marksizmlerin bu eleştirel geleneğinden yararlanılmak suretiyle inşa edilmiştir.

etmektedir”. **Ibid.**, s. 296; SCHLESINGER, Rudolf, **Marksizm ve Sovyet Hukuk Teorisi**, (Çev. Metin Aktan), Sinan Yayınları, İstanbul, 1974, s. 9.

³⁴⁴ KARAHANOGULLARI, 2002, s. 91. *Hugh Collins’e göre “bir Marksisten, ‘hukuk genel kuramı’ oluşturmasını beklemek hukuk fetişizmine düşmesi riskini taşır. Hukuk fetişizmi, ‘hukuk sistemlerinin, toplumsal düzenin ve uygarlığın esaslı bileşeni olduğuna inanmaktır. Marksistler bu fetişizmi reddederler. Hukuk fenomeninin biricik olma niteliğini ve özünü reddettikleri için bir ‘hukuk genel kuramı’ oluşturmaya da çalışmazlar”*. COLLINS, Hugh, (1982), *Marxism and Law*, London: Oxford University Press s. 10 ve 12’den aktaran KARAHANOGULLARI, 2003, s. 207.

³⁴⁵ *Hunt’a göre bu altı tema şunlardır: 1) Hukuk politikanın bir formu olarak kaçınılmaz biçimde politiktir. 2) Hukuk ve devlet yakından bağlantılıdır, hukuk devletten ancak görelî bir özerklik gösterir. 3) Hukuk egemen iktidar ilişkilerini yansıtır. 4) Hukuk daima zorlayıcılık potansiyeline sahip olup devletin zorlama anlamındaki tekelini göstermektedir. 5) Hukukun yöntem ve içeriği, doğrudan veya dolaylı biçimde egemen sınıfların çıkarlarını yansıtır. 6) Hukuk ideolojiktir ve egemen sınıfların değerlerinin meşrulaştırılmasını sağlar.* HUNT, 1996, s. 355.

2.2. Norm Kavramı ve Normlar Sistemi Olarak Hukuk

Norm kavramının incelenmesi hususu söz konusu olduğunda normun biçimi, gramatik yapısı, içeriği gibi bir dizi niteliğinin ele alınması gerekmektedir. Normatif bir önerme olarak norm, gramer yapısı itibariyle “olması (yapılması) gereken”i ya da “olmaması (yapılmaması) gereken”i işaret eden bir yapıya sahiptir. Örneğin hukuk normlarının “olan”a ait önermeler şeklinde algılanmasının yanlış olduğunu düşünen Özcan, normların “olması gereken”i ifade ettiği görüşünü dile getirmektedir³⁴⁶. Keza hukuk düşüncesinde hâkim yönelimin de hukuk normlarını “olan” bir keyfiyete ilişkin tasarımlar olarak değerlendirmeyip “olması gereken”e yönelik tasavvurlar şeklinde kabul ettiği belirtilmelidir³⁴⁷. Gerçekten de hukuk normunun gramatik yapısı, çoğunlukla, olması ya da olmaması gerekene yönelik bir kalıp biçiminde şekillendirilmektedir³⁴⁸. *Işıktaç*’a göre de hukuk normları her ne kadar “olan”a yön vermekteyseler de, oluşturulan model yani olması gerekene ilişkin talep, hukuk düzeninin temel yönelimi olan adalet açısından bir uygunluğu deyimlemektedir, zira hukuk düzenini somutlaştıran değerler olarak hukuk kuralları, gerek bireylerin gerek grupların eylemlerini değerlendirmede hukuksal değer ölçüleri

³⁴⁶ ÖZCAN, 2008, s. 328. Aynı görüş için bkz. IŞIKTAÇ, 2004, s. 97 – 98.

³⁴⁷ HİRŞ, E. “Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?”, *AÜHF*; C. 2, S. 1, Y. 1944, s. 35. *Vecdi Aral*’a göre de “*hukuk normu bir şeyin gerçekleşmesini ister; onda yer alan kopula [bağ], bu anlamda bir ‘olması gereken’i deyimler: Hukuki sonuç gerçekleşmelidir (alıcının satın aldığı şeyin bedelini ödemesi gerekir; adam öldüren hapisle cezalandırılmak gerekir, gibi). Kopulanın bu istem karakteri, hukuk cümlesinin, hukuk normunun, düzen fonksiyonunun bir deyimidir. Bu arada kopula değişik biçimlerde kullanılmış olabilir: örneğin, ‘zorunludur’, ‘olamaz’ ya da ‘yükümlüdür’ gibi. Fakat, dil bakımından deyimler değişik olmakla birlikte, bütün bu durumlarda aynı şey kastedilir; yani bir ‘olması gereken’. Kopulası bir ‘olması gereken’den başka bir şeyi deyimleyen, hiçbir hukuk normu olamaz*”. ARAL, 1991, s. 178.

³⁴⁸ Bkz. IŞIKTAÇ, 2004, s. 97; ARAL, 1991, s. 58 – 61.

olup “olması gereken”e yönelmiş önermelerdir³⁴⁹. Hukuk normu tip yönünden “A” hukuksal durumunda “B” hukuksal sonucu uygulanır biçiminde belirli türde bir davranışa izin veren veya onu yasaklayan önermeler şeklinde düzenlendiğinden hukukun da şarta bağlı ve emredici nitelikleriyle belirginleştiği söylenebilir³⁵⁰. Oysa bir normlar sistemi olarak hukuk kavramının “olan”ı mı yoksa “olması gereken”i mi imlediği esas tartışmalı husustur³⁵¹. Bu bağlamda bir hukuk normunun içerik itibariyle lafzi ifade biçimi “olması gerekeni” ya da “olmaması gerekeni” belirtmek şeklinde kurulmuş olsa da, gerçekleştirdiği fonksiyon itibariyle “olan”ı korumaya mı yoksa “olması gerekeni” biçimlendirmeye mi yöneldiği ya da hukuk normunun “olan” ile “olması gereken” arasında denge oluşturacak bir biçimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de ayrıca tartışılabilir. Pozitivist yaklaşımların esasen birleştirilemez bir boşluk gördükleri³⁵² ve bu nedenle bir denge de kurulamayacağını düşündükleri “olan” ile “olması gereken” arasında ayrıma daha ılımlı yaklaşarak “olması gereken”e yönelik temel bir öncül kurulmak isteniyorsa ancak “olan” formundaki ifadelerden referans alınarak bunun gerçekleştirilebileceğini öngören yaklaşımlar da vardır³⁵³. “Olan” ile “olması gereken” arasındaki uçurumu kapatmaya çalışan *Friedrick Müller*’in geliştirdiği norm analiz yöntemine göre de³⁵⁴, “olan” ile

³⁴⁹ IŞIKTAÇ, 2004, s. 97. *Işıktaç*’a göre “her istem bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden, hukuk kuralı kurduğu ilişki aracılığıyla belli bir değerler sistemi adına çağrıda bulunmaktadır. Bu anlamıyla hukuk kuralının içerdiği gereklilik, bilimsel kanunların aksine, şartlı bir gerekliliktir ve bir değer in sağlanması sözkonusu ise varlığından sözedilir”. **Idem.**

³⁵⁰ **Ibid.**, s. 116.

³⁵¹ Bu tartışmalar için bkz. ÖKTEM, 1977, s. 271 – 272.

³⁵² BRECHT, Arnold, “The Might of Is and Ought”, 54 **Harv. L. Rev.** 811 1940 – 1941, s. 812. Bu bağlamda *Hans Kelsen*’in ismini zikretmek gerekir. Bkz. **Idem.**, dn. 4.

³⁵³ **Idem.**

³⁵⁴ Norm teorisi olarak adlandırılan bu yöntem ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, 1995, s. 125 – 126. SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler

“olması gereken” arasındaki ilişki, pozitivist ve formalist yöntemlerdeki gibi, “olan”ı bir kenara bırakıp “olması gereken”e (normun “olması gereken”i ifade etmesi nedeniyle) yönelen bir veçhede değil, “olan”ın bir kesitini normun kurucu ögesi haline getirerek, “olan” ile “olması gereken”i bir bütün olarak anlamaya yönelmek suretiyle gerçekleştirilmektedir³⁵⁵. Gerçekten de bu yöntemle hukuk normu bir taraftan “olan”ın bir yansıması olarak sosyo-politik kökeniyle ilişkileri kesilmeden, ama aynı zamanda kanun koyucunun “olması gereken”e yönelik bir iradesini de yansıtılabileceği göz ardı edilmeden, bir anlama sürecinden geçirilmek suretiyle değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Normun anlamsal ve biçimsel düzeylerde neyi temsil ettiği tartışması bir kenara bırakılırsa çalışma açısından aydınlatılması gerekli husus, hukukun “olan”ı mı yoksa “olması gereken”i mi düzenlediğidir. Hukukun, – özellikle onu oluşturan normların gramatik ifade ediliş biçimleri dolayısıyla– olması gerekene yönelik belirlenimler öngören bir dil kuruyor gibi gözükmeye karşın birçok durumda “olanı”, mevcut düzeni ve onun kurumlarını korumayı ve onların sürdürülebilirliğini hedefleyen zorlamaları barındıran yapısal bir bütünlük arz ettiği

Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 47 – 48.

³⁵⁵ EYRENCİ, Öner, “Anayasa’nın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 1981, s. 53 – 54. Öner Eyrenci’nin belirttiği üzere “F. Müller’e göre, norm, içeriği belirlenmiş veya belirlenebilir bir düzen modelidir. Her norm, norm metninde belli bir program içerir. F. Müller buna ‘norm programı’ adını vermektedir. Norm programı, normun metni ve sözü ile ilgili verileri kapsar. Ancak norm, pozitif norm, metinlerde içeriği belirlenen norm programı ile sınırlı olmayıp, daha geniş bir kavramdır. Zira norm, düzenlemeyi amaçladığı gerçeklikten ayrı, ondan bağımsız düşünülemez. İşte norm ile ilişki içinde olabilecek sosyal gerçekliğin her türlü verileri, normun sosyal yaşamdaki alanını oluşturur. Fakat bu alan henüz ‘norm alanı’ olarak kesinlikle belirlenmiş olmayıp, norm alanı için hipotez niteliğindedir. Norm alanı, norm programının seçtiği değerlendirip kısmen şekil verdiği sosyal yaşamın bir kesitidir. İşte norm uygulanırken, daha doğrusu hukuk normunda uyumsuzluk konusu olaya uygulanacak karar normu elde edilirken, norm alanının incelenmesi ile elde edilen veriler normun kurucu ögesi haline dönüşürler”. F. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., Berlin, 1976, s. 272, 120, 172, 118 ve F. Müller, “Einige Leitsätze zur juristischen Methodik”, Dreier-Schwegmann (Hrsg.) *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976, s. 252 – 254’den aktaran **Ibid.**, s. 53.

belirtilebilir³⁵⁶. Hedefledikleri sonuçlar itibariyle “olması gerekeni” düzenledikleri en çok düşünülebilecek sosyal mühendislik işleviyle öne çıkan hukuksal düzenlemeler dahi –örneğin toplum sağlığının korunmasına yönelik sigara yasağının genişletilmesini öngören yasal düzenlemeler gibi– bir yönüyle “olana” yönelik tasarımlar da içerebilmektedir. Zira sigara içimini kısıtlamaya yönelik böyle bir düzenleme her ne kadar sigarasız toplum gibi geleceğe yönelik bir hedefi –olması gerekeni– amaçlamaktaymış izlenimi yaratıyorsa da esasen devletin sağlık giderlerinin düşürülmesi gibi ekonomik saikalardan ya da sigara içmeyen kişilerin haklarının korunması gibi kişisel haklar düzleminde –olana ilişkin– muhtelif gerekçelerden de kaynaklanabilmektedir. Bununla birlikte politik ya da ekonomik

³⁵⁶ Buna karşın doktrinde hukukun ve hukuk biliminin de hukuk normu gibi esasen “olması gereken”e yönelmiş bir dizge olduğuna ilişkin birçok görüş vardır. Örneğin *Hafizoğulları*’na göre “*hukuk biliminde, ne olan saptanmaktadır, ne de olacak tahmin edilir, çünkü hukuk biliminin konusu, olan değil, olması gerekendir. Bu nedenle hukukçuyu ilgilendiren, olana (geçmiş, hal ve gelecek) ait bir şey değil, fakat münhasıran olması gerekene ait bir şeydir*”. Işıktaç’a göre de “*hukuk olana ilişkin olmayıp olması gerekene ilişkindir ve kriteri de buna bağlı olarak belirlenir. Hukuk bir gerçeklik yargısında bulunmayıp bir şeyin gösterilen bir biçimde gerçekleşmesini ya da gerçekleşmemesini talep etmektedir. Gerçi hukukun talep ettiğinin de gerçekleşebilir bir şey olması gerekir. Ancak bu başka bir sorundur. Yasa koyucunun sistemin temel siyasal istemlerini yansıttığı metinler olarak hukuk normları birer programdır. Önerilen düzenin gerçekleşmesi, belirli bir düzen modelinin gerçekleşmesi anlamındadır. Bu nedenle yasa koyucu yasaların uygulanması konusunda hukuk uygulamacılarının belirli çerçeveler içinde kalmasını da talep edebilmektedir. Bu yönetim erkinin kullanılabilmesi açısından bir zorunluluk olarak da görülmektedir. Sorun bu çerçeve içinde ele alındığında doğruluk yanlışlık kriterinin yerini uygulanabilirlik alabilmektedir. Hukuk normunun yönelmiş olduğu olması gereken, adalettir ve adalet hukukun idesi idealidir. Ancak, içeriği konusunda bitmez tükenmez tartışmaların bulunması, adaletin ölçülenmesindeki güçlükler yine de hukukun adalet değeri açısından kavranmasının bir zorunluluk olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz*”. HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu – Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 337; IŞIKTAÇ, 2004, s. 169. Benzer görüşler için ayrıca bkz. IŞIKTAÇ, Yasemin & METİN, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 47 – 48. Bu ve benzeri yaklaşımlardaki temel sorun hukuku, örneğin siyasal sistemle belirli bir ilişki içinde görülmesine rağmen esasen bağımsız bir varlık olarak değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Hukuk bir olgu olarak tek başına bir siyasal ya da ekonomik düzen öngörmez, keza böyle bir düzeni gerçekleştirebilecek yapısal unsurlara ve amaca da sahip değildir. Tam aksine hukuk var olan politik – ekonomik düzenin gerekliliklerinin bir yansıması olarak söz konusu politik – ekonomik sistemin – olanın– korunmasına ve bu düzenin ortaya çıkan ihtiyaçlarının giderilebilmesine dönük bir sıra dizgeyi ifade etmektedir. Hukuk, normatif yönden ve bazen içeriksel anlamı itibariyle “olması gereken”e yönelik bir belirlenim ihtiva ediyorsa da esasen ve çoğunlukla var olduğu politik – ekonomik sistemin gerekliliklerinin somutlaşması olarak “olan”ı ilgilendiren bir mantıksal dizgenin yansımasıdır.

saikaların ağır bastığı ve toplumun biçimlendirilmesinin ciddi ve acil gereklilikler olarak ortaya çıktığı kimi durumlarda, uygulamaya konan yasal düzenlemelerin “olması gereken”e yönelik daha ciddi tedbirler aldığı, bireyleri bu alınan tedbirlere uymaya zorladıklarından da söz edilebilir. Gerçekten hukukun “olan”ı korumaya dönük niteliğinin mutlak olmadığı, özellikle kanun koyucu tarafından yeni bir kurumsal yapılanmanın öngörüldüğü düzenlemeler bağlamında “olması gereken”e ya da gerçekleştirilmesi hedeflenen amaçlara yönelmiş bir nitelik de gösterebileceği göz ardı edilmemelidir. Söz konusu durumun bilhassa politik ya da ekonomik rejimin değiştiği, dolayısıyla hâkim hukuk sisteminin paradigmalarının yeniden inşasının gerektiği durumlarda ortaya çıkabileceği belirtilmelidir. Hukuk sisteminin bir aslı kurucu iktidar tarafından başta anayasal sistem ve temel kanunlar dâhil olmak üzere köktenci biçimde değiştirilmesi bu durumun somutlaşmış halidir. Söz konusu durumda yeni politik erkin bir taraftan kurulan rejimin korunmasına ilişkin düzenlemelere yöneleceği, diğer taraftan yeni rejimin kendi “olması gereken”lerini kitlelere benimsetmeye dönük bir hukuksal yapılanmayı bütün imkânlarıyla gerçekleştirmeye çalışacağı muhakkaktır. Dolayısıyla bir hukuk normunun yorumlanmasında olduğu gibi genel olarak hukukun anlamlandırılması sürecinde de “olan” ile “olması gereken”in bir arada değerlendirilmesi, normun somutlaştırılabilmesi özelinde önem arz etmektedir. Norm gramatik bakımdan “olması gereken” bir önerme şeklinde kurulabileceği gibi içerik açısından da “olması gereken”e yönelmiş olabilir, fakat bu normun yürürlüğü aşamasında ortaya çıkabilecek sayısız farklı gerçeklik durumunda nasıl yorumlanacağı meselesi, salt pozitivist yaklaşımların sınırlı formalist yöntemleriyle anlaşılamayacak kadar girift olup, toplumsal süreçlerle bağlantılıdır. Yorum sürecinde normun, sadece “olması

gereken”e yöneldiği gibi bir hareket noktasından başlanarak “olan”la tüm bağlantıları göz ardı edilirse, norm bir taraftan içinde gerçek anlamını bulabileceği, politik, ekonomik, toplumsal dizgeden çıkartılarak adeta zaman ve mekân üstü bir konuma getirilerek gerçek yaşamın koşulları dâhilinde işlevsiz bir düzenleme haline dönüşebileceği gibi diğer taraftan ve daha önemlisi hukuk sisteminin içsel tutarlığı, sahip olduğu normların var olan gerçeklikle uyumsuzluğu nedeniyle meşruiyet temellerini de kaybedecektir. Dolayısıyla yorumu yapılacak her norm bakımından, formalizmin sınırlamalarıyla bağlı kalınmak istenmiyorsa, “olan” ve “olması gereken” durumlarının bir arada düşünülerek değerlendirmeye gidilmesi önemli bir zorunluluktur.

Hukukun olanı mı yoksa olması gerekeni mi temsil ettiğine ilişkin tartışmanın bir diğer boyutu, bilhassa bu çalışmada izlenen yöntemsel bir tercihten ötürü “olması gereken” ve “olmaması gereken” şeklinde ifade edilen bir ayırmadan kaynaklanmaktadır. Bu ayırım, hukuka ilişkin olguların değerlendirilmesinde ve ortaya çıkan bulguların anlamlandırılmasında “olması gereken”e mi yoksa “olmaması gereken”e mi yönelen bir dilin tercih edildiği meselesiyle ilişkilidir. Gerçekten burada açıklanması gereken bir diğer husus, olan / olması gereken / olmaması gereken şeklinde özetlenebilecek ve gerek normların içerik ve var olan genel hukuksal gaye yönünden anlamlandırılabilmesi gerek hukuk sistemi özelinde hukuk eleştirisine dair yöntemsel tercihin yapılabilmesi bakımından ortaya çıkan sorundur. Zira yöntemsel bir sorun olarak eleştiri kavramının bir yönü “olan”ın tespiti ise diğer yönü “olması gereken”i belirlemekten ziyade “olmaması gereken”in nasıl bulunacağı meselesine dayanmaktadır. Olması gerekenin veya olmaması gerekenlerin araştırılmasına ilişkin seçimde her iki tür faaliyet belirli bir ideolojik

tercihi yansıtısa dahi, olması gerekenin tespiti doğrudan ulaşılması gerekli bir yol haritasını ve nihai hedefin açıkça ortaya konmasını zorunlu kılarken, olmaması gerekenlere ilişkin arayış böyle bir hedefe ulaşılmasından ziyade bugün “olan”ın içinde neyin “olmaması gerektiğini” saptayarak daha ulaşılabilir ve somutlaştırılabilir bir yöntemin keşfedilmesine kapı aralar. Bir başka ifadeyle olması gerekenin belirlenip ona ulaşılmaya çalışılması her zaman yeni bir büyük anlatı kurma arzusunun yansıması şeklinde değerlendirilebilecek ütopyik bir yapıyı da içkin olarak –asıl hedef böyle büyük bir anlatı kurmak olmasa bile– barındırmaktadır. “Olan”ın, bütün ayrıntılarıyla tespit edildikten sonra “olmaması gereken”lerin belirlenmesi ise, her ne kadar sorun odaklı ve dolayısıyla pragmatist bir hüviyet gösteriyor gibi olsa, daha gerçekçi ve ulaşılabilir bir değerler dizgesinin yaratılması imkânını da arttırmaktadır. Bu nedenlerdir ki çalışmada genel olarak hukuka ilişkin olguların ve hukuk normlarının incelenmesinde, anlamlandırılmasında ve yorumlanmasında “olan”ın belirlenmesi temel uğraş olarak ele alınmış, “olan”ın içinde de “olmaması gereken”ler bulunmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda hukuk sistemi kimi zaman olması gerekene yönelik bir belirlenimler dizgesi olarak belirli bir anlam ifade etse de esasen olanın saptanmasının bir ölçütü kabul edilerek değerlendirilmiştir.

Hukuk olgusu ile normunun içeriğe ilişkin anlamının olanı mı yoksa olması gerekeni mi temsil ettiği tartışmasının yanı sıra norm olgusunun ifade ediliş veya yazılış biçimi yönünden dışsal –şekli– görünümü de normlar sistematığı açısından ele alınması gereken bir diğer önemli konudur. Daha ayrıntılı bir biçimde “Formalist Hukuk Anlayışı” bölümünde ele alınacak olan bu konu, kanunların yazımı aşamasından söz konusu normların somut olaylara uygulanırken gerçekleştirilecek

yorum faaliyetlerine kadar uzanan bir sahada etkinlik göstermektedir. Bilhassa yargılama aşamasında hukukun biçimciliğine ne kadar bağlı kalınabileceği, hukuksal formalizmin kendisinden beklenenin aksine hukuki öngörülebilirliği ve kesinliği sağlayıp sağlayamayacağı gibi hususlar bu bağlamda değerlendirilecektir. Bunun yanı sıra hukuk normunun dilsel bir ifade olarak gramer bakımından nasıl kurulduğu ve hangi anlamları ihtiva ettiği gibi kimi şekli unsurlar da çalışmanın sınırları izin verdiği ölçüde ele alınmaya çalışılacaktır. Bu başlık altında ise daha çok hukuk normunun kaynağı, içsel yapısı, anlamı, işlevi ve gerekirse baskı aygıtını da harekete geçirmek suretiyle korumakla mükellef olduğu siyasal, ekonomik ve toplumsal düzen açısından ne anlama geldiği, fonksiyonlarını nasıl yerine getirdiği gibi hususlar incelenecektir.

Hukuk normlarının kaynağı, içyapısı, işlevi, anlamı konusundaki tartışmalarda öncelikle gündeme gelen hususlar hukuk normlarının örf, adet, gelenek, ahlak gibi kural ve değer dizgeleriyle nasıl bir ilişki içinde buldukları noktasında yoğunlaşmaktadır³⁵⁷. Bu bağlamda pek çok hukuk kuralının örf, adet, gelenek ya da ahlak kurallarının belirleyiciliği altında biçimlendiği ve söz konusu kurumların hukukun önemli birer kaynağı olduğu belirtilmiştir³⁵⁸. İkinci husus ise hukuk

³⁵⁷ Işıktaç'a göre "akla dayalı olmayıp, isteme ve rastlantılara dayalı olarak ortaya çıkan, toplumsal yaşamın kolaylaştırılması amacını güden konvansiyonel nitelikte bir olması gereken düşüncesinin de eklenmesiyle ortaya çıkan normlar; örf ve adet hukuku normlarıdır". Örf ve adet kurallarının rasyonaliteye dayalı olmama, rastlantısal ve isteme bağlı olma, toplumsal yaşamı kolaylaştırma amacına yönelme, konvansiyonel oluş, olması gereken düşüncesinin bulunması gibi bazı tipik özelliklerinden söz edilebilir. IŞIKTAÇ, Yasemin, "Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırt Edici Özellikler", *Argumentum*, Y. 3, S.27, Y. Ekim 1992, s. 435.

³⁵⁸ Işıktaç'a göre "her sosyal olan, hukuk formunu alabileceği gibi, örf ve âdetler de zaman içerisinde hukukun kaynaklarının bir kısmını oluşturabilir. Toplumsal yaşam içerisinde örf ve âdet normları ile düzenlenmekte olan bir konu, hukukun alanı içine alınabileceği gibi tam tersi de söz konusu olabilir". IŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 19. Hatta kimi durumlarda örf ve adet hukukunun pozitif hukuk metinleri üzerinde özellikle

normlarının normatif, buyurucu ve zorlayıcı karakter gösteren kurallar olmasından hareketle³⁵⁹ teamül, gelenek, örf, adet, töre ve ahlak gibi toplumsal yaşam içinde belirli etkinliklere sahip davranış / kural / değer dizgeleriyle bağlantılandırılarak anlamlandırılmasına ilişkindir. Töre, örf, adet, ahlak gibi kurumların da normatif bir nitelik gösterebileceği, hatta buyurucu ve kimi durumlarda zorlayıcılık gücüne sahip oldukları söylenerek hukuk normlarıyla benzerlikleri hususu üzerinde durulmuştur³⁶⁰.

Hukukun kaynaklarının neler olduğunun belirlenmesine yönelik klasik hukuk yaklaşımlarının önemli bir kısmının hukukun oluşturulması aşamasında teamül, gelenek, örf, adet, töre ya da ahlak gibi dizgelere atıf yaptıklarına sıklıkla rastlanır³⁶¹. Öncelikle belirtmek gerekir ki hukukun oluşturulması aşamasında –örneğin ticari yaşama yönelik belirli bir özel hukuk ilişkisinin düzenlenmesinde– sözü edilen değer dizgelerinin belirli bir ölçütte rol oynamadığını iddia etmek mümkün değildir. Bununla birlikte yeni bir hukuksal düzenleme yapılırken, söz konusu dizgelerin varlığından daha çok, o düzenlemenin yapıldığı yönetsel birimde –ülkede, bölgede, uluslararası birlikte– düzenlemenin türüne göre ekonomik, politik ya da toplumsal gerekliliklerin birinci planda etkili olduğunu da belirtmek gerekir. Keza teamülden ahlaka, gelenekten töreye tüm değer dizgelerinin o toplumun yaşam biçimine ilişkin belirli bir sosyo-politik olguya –gerçekliğe–

ilk oluşum aşamasında zorlayıcı bir etkinliğinden dahi söz etmek mümkündür. **Ibid.**, s. 88 – 89.

³⁵⁹ ARAL, **1991**, s. 51; IŞIKTAÇ, **2004**, s. 31

³⁶⁰ Bkz. ARAL, **1991**, s. 51 – 52; IŞIKTAÇ, **2009**, s. 44 – 45.

³⁶¹ ARAL, **1991**, s. 98 – 103; IŞIKTAÇ, **2009**, s. 41 – 42; IŞIKTAÇ, **1992**, s. 435. Örf ve adet hukukunun yanı sıra hukukun kaynakları arasında kanun, mahkeme kararları, doktrin de ayrıca sayılmaktadır. ARAL, **1991**, s. 93 – 109.

tekabül ettiği de unutulmamalıdır. Dolayısıyla hukuk normlarının inşası sürecinde birer sosyo-politik olgu olarak bu değer dizgelerinin yansımalarının kuralların içeriğini etkilememesi düşünülemez. Bununla birlikte söz konusu yansımanın her zaman politik, ideolojik ya da ekonomik gereksinimlerle çatıştığı nispette işlevsizleştiği de ayrıca belirtilmelidir. Örneğin ticari ilişkilerde trampanın kullanılmasına yönelik bir ticari teamül ekonominin parasallaşması, kayıt altına alınması gibi gereklilikler nedeniyle hukuksal anlamda yasadışı kabul edilebileceği gibi, genç yaşta evlenme, çok eşlilik gibi geleneksel uygulamalar hâkim ideolojik politik tercihler doğrultusunda yasaklanabilmekte, dönüştürülebilmektedir. Tüm bu hususlar yukarıda belirtilen değer dizgelerinin ancak hâkim ekonomik – politik konjonktürle ve toplumsal yaşamın gerekleriyle uyduğu oranda, hukuk normlarına kaynaklık edebileceğini göstermektedir.

Hukuk normu ile yukarıda belirtilen değer dizgeleri arasında kurulan ilişkinin ikinci boyutu, hukuk normları gibi söz konusu dizgelerin de yer yer normatif, buyurucu hatta zorlayıcı nitelikler göstermesi hususunda ortaklaşmaları, fakat diğerlerinden farklı olarak hukukun devlet erkinin zorlayıcı gücüne dayanan bir yaptırım sistemine sahip olmasıdır³⁶². Gerçekten de hukuk normunu toplumsal yaşamda belirli bir etkinliğe sahip olan teamül, gelenek, örf, adet ve töre gibi diğer kurallardan ayıran temel belirleyici unsur, hukuk normunun, söz konusu normun yürürlük –devletin egemenlik– alanı içinde yaşayan insanlar üzerinde, devletin yasal şiddet araçlarıyla meşrulaştırılmış biçimde bağlayıcı bir mahiyet göstermesidir. Hukuk normu, örf, adet veya töre gibi kurallardan farklı olarak kendisine

³⁶² Bkz. **Ibid.**, s. 51; IŞIKTAÇ, 2004, s. 31.

uyulmaması durumunda bir dizi –önceden düzenlenmiş– zorlayıcı –gerekirse cezalandırıcı– tedbirin uygulanabilmesini sağlayacak mekanizmaların devlet erkinin imkânlarının da kullanılması suretiyle harekete geçirilebilmesinin meşru kaynağını teşkil etmektedir. Dolayısıyla hukuk normu belirli –olması gereken– davranış biçimlerini saptayarak veya bir kısım –olmaması gereken– davranışları yasaklayarak “olan”ın korunması –sistem içi toplumsal ve kamusal yaşamın muhafazası ve sürdürülmesi– veçhesinde yasal şiddet tekeliyle meşrulaştırılmış zor kullanabilme imkânlarına sahip bir düzenlemeler silsilesinin nasıl harekete geçirilebileceğinin çerçevesini çizer. Bu noktada temel sorun hukuk normunun bağlayıcılığının neye dayandırıldığı ve bunun o norma uymakla mükellef kişilerce nasıl onaylanabildiği meselesidir.

İnsanların hukuk normlarına uymalarının sebeplerini ortaya koymaya dönük tarihsel arka planı konusunda antikiteden günümüz modern zamanlarına uzanan devasa bir külliyatın ve tartışmanın olduğu bir gerçektir. Öncelikle böylesine bir tartışmayı açılmamanın bu çalışmanın sınırlarını oldukça aştığını; çalışma bağlamında esasen insanların hukuk düzenine ve var olan politik – ekonomik sisteme nasıl itaat ettikleri, kurallara neden uydukları ve hukukun kendi meşruiyetini hangi araçlarla sağlayabildiği gibi hususlara yoğunlaşılacağını belirtmek gerekir. İnsanların hukuk normlarına neden itaat ettiklerine yönelik doğal hukukçu kuramlardan pozitivist yaklaşımlara birbirlerinden oldukça farklılaşan pek çok görüş vardır. Devletin ya da devlet öncesi yapılanmalarda iktidar sahiplerinin zorlayıcı gücüne atıfta bulunarak söz konusu itaati maddi koşullara dayandırmak suretiyle açıklamaya

yönelmiş görüşler olduğu gibi, hukukun adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam biçimine³⁶³ tekabül etmesi gerekçesini esas alan ve bu doğrultuda birtakım ahlaki / psikolojik saikalara dayanan görüşler de öne sürülmüştür. Her iki yaklaşımda da ortaklaşan unsur ise mevcut bir olgu olarak insanların / kitlelerin itaatinin nasıl sağlandığına yönelik bir gerekçelendirme arayışıdır. Bu bağlamda itaatın gerekçelendirilmesinde antikiteden modern topluma sürekli bir değişimin varlığından bahsedilebilir. Tarihsel süreç içinde hukuk tanrısal kaynaklara, evrensel bir akla, yöneticinin kişiliğine, ulus, din, ırk gibi toplumsallaştırma biçimlerine ya da salt kendisinin normatif öğelerine atıfta bulunularak belirli bir dinsel veya seküler kutsallaştırmanın parçası haline getirilmeye çalışılmıştır. Günümüz koşulları açısından bakıldığında hukukun başrolü oynadığı itaat sisteminin nasıl gerekçelendirilebildiği, ancak kitle iletişim araçlarından yabancılaşma olgusuna, devletin ideolojik aygıtlarından bir bilinç mekanizması olarak hukukun kamusal etkinliğine birbirlerinden farklılaşan ama ortak bir amaca da hizmet eden çok faktörlü bir etkileyenler dizgesinin işlevinin anlaşılmasıyla ortaya konabilir.

Modern devletin ortaya çıkması ve yapısal karakterinin

³⁶³ ARAL, **1991**, s. 15, İŞIKTAÇ, **2004**, s. 16. Hukuku örf, adet, ahlak gibi kural dizgelerinden ayıran, hukuku hukuk yapan esas faktörün hukukun adalete yönelmiş olmasında, belli bir adalet görüşünü yansıtmada gören Aral'a göre "Hukuk belli bir davranış için insana, ancak adalet adına buyurabilir ve onu bu davranışa zorlayabilir. Böyle olunca da sosyal bir düzen ancak, bir güç kullanılmasından daha çok bir şey olduğu, zamanının koşulları altında sosyal bakımdan doğru ve adaletli olanı gerçekleştirmeye çaba gösterdiği zaman, hukuk olarak kabul edilebilir. Barış sağlayan her düzen bir hukuk düzeni olamaz. Düzenin, bir hukuk düzeni karakteri kazanabilmesi için akla ve vicdana uygun bulunması gerekir". ARAL, **1991**, s. 51 – 52; ayrıca bkz. s. 76 – 77; İŞIKTAÇ, **2004**, s. 100 – 101. Aral'ın bu görüşlerine karşın bir toplum içinde örf, adet gibi esasen yazılı olmayan ve geleneğe dayanan kuralların adalete yönelmediklerini söylemek bilhassa söz konusu kurumların tarihsel süreç içindeki konumları düşünüldüğünde tartışmalı bir duruma tekabül eder. Gerçekten de geleneğe dayalı ve toplumsal yaşamı düzenlemeye dönük bu kurumların bilhassa hukukun devlet öncesi kurumsallaşmamış biçimleri olduğu düşünülürse belirli bir adalet anlayışını gerçekleştirmeye yönelmediklerini söylemek güçtür. Keza pek çok ahlak anlayışının ya da öğretisinin, ister dinsel ister seküler kaynaklı olsun evrensel bir adalet idesine yöneldiği ve bu ideyi gerçekleştirmeye çalıştığı da göz ardı edilmemelidir.

kurumsallaşması, hukuk kurallarının gerek kaynak gerek içerik olarak hızla dünyevileşmesine neden olmuştur. Bu süreçte önceleri Tanrı'ya dayanan egemenlik anlayışının hükümdarın ya da genel olarak modern devletin kendisinde somutlaşmaya başladığı görülür. Dolayısıyla hukuk da varlığını bu yeni egemenlik biçiminden alarak kendi itaat rejimini kurmaya yönelmiştir. Buna karşın, egemen iktidar tarafından üretilen hukuksal normlarla “düzene sokulması” hedeflenen kitlelerin herhangi bir zorlamaya gerek kalmadan gönüllü olarak nasıl boyun eğdirilecekleri, hangi yollarla itaatin sağlanabileceği bir sorun olarak kalmaya devam etmiştir. *Leff*'in de belirttiği üzere eğer tanrı öldüyse “*itaat edilmesi gereken hukuku içimizden kimin deklare etmesi [bildirmesi] gerekmektedir?*”³⁶⁴ Bu bağlamda *Leff* “betimleyicilik” (descriptivism) olarak tanımladığı, temelde pozitivist bir karakter arz eden ve hukuku kimin deklare ettiğinden ziyade deklare edilen hukukun nasıl bir etkinliğe sahip olduğunun ortaya konmasını asıl gereklilik olarak gören ve “egemenin buyruğu”na (the command of sovereign) itaati esas alan görüşü sorgular³⁶⁵. Bu görüşe göre hukuk, Tanrının yerini alan ve onun bir eşdeğeri mertebesine yükseltelen egemenin buyruğu olarak tanımlanır ve egemen, itaat edilmesi gereken kuralları belirler; bu kurallar “iyi” veya “kötü” davranışı değil, fakat davranışı düzenlerler³⁶⁶. Gerçekten de yeni bir kurallar dizgesinin –bu dizge hukuk kurallarının dışında da olabilir– nasıl genelleşebildiği ve bir kez genelleştiğinde sıklıkla onu geliştirenlerin ya da muhataplarının niyetlerine bakılmaksızın bir toplumsal değişimi içerdiği sorgulanması gereken esas

³⁶⁴ LEFF, 1979, s. 1233.

³⁶⁵ *Ibid.*, s. 1233 – 1234.

³⁶⁶ *Ibid.*, s. 1234.

konulardır³⁶⁷.

Belirlenen –deklare edilen– kuralların geçerliliğini, meşruiyetini nereden kazandığı ve egemenin kim olduğu ise bu noktada ortaya çıkan önemli sorunlardır; zira hukuk yaratma tekeline sahip olan egemenin bu gücü nereden aldığı kadar, bu güç ile onun buyruklarına insanların hangi dürtüler neticesinde, nasıl itaat ettikleri üzerinde ayrıca durulması gereken bir mahiyet gösterir. Bu bağlamda herhangi bir kurallar dizgesini yürürlüğe sokma yetkesine sahip egemen veya egemenlerin kim olduğu sorusu, her ne kadar devlet rejiminin tipi –monarşi, cumhuriyet veya diktatörlük– ile yakından ilgili bulunuyorsa da esasen egemen(ler)in sahip olduğu iktidarın temel niteliklerini ve kudretinin potansiyel imkânlarını köktenci bir biçimde etkilememektedir; zira modern bir devlet şiddet tekelinden vergi tekeline uzanan bir sahada gerek kuralların gerek bu kurallara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımların nasıl düzenleneceğinin belirlenmesi yetkesini elinde bulundurmaktadır.

Devletin şiddet tekeline sahip olması ve hukukun bu şiddet tekelinin kullanımının hem yasal hem de toplumsal – kamusal düzlemde meşru kaynağını oluşturması, hukuk normunun bağlayıcılığının ve insanların hukuk normlarına niçin uyduklarının belirli bir oranda açıklanabilmesini mümkün kılar. *Hirsch*'in de belirttiği üzere “*sosyolojik bir bakışla hukuk; tek elden kullanılan bir yaptırım cihazı yardımıyla iktidar ilişkilerinin meşru olarak tanınmış bir düzenlemesini zor gücüyle teminat altına alan bir sosyal düzen türü ise, o zaman kendisiyle, iktidarın icrasının*

³⁶⁷ WAGNER, Peter, **Modernliğin Sosyolojisi – Özgürlük ve Cezalandırma**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 64.

ve iktidar araçlarının kullanılmasının düzene uygun ya da aykırı nitelenmesine imkân veren bir ölçüdür de aynı zamanda”³⁶⁸. Hukukun son belirtilen niteliği kamusal meşruiyeti ve ona neden itaat edildiği konusunda kilit öneme sahiptir, zira onun meşruiyeti ve bağlayıcılığını salt devletin şiddet tekeline, yasal zor kullanma hakkına bağlayarak açıklamak bütünüyle tatmin edici cevaplara ulaşılmasını mümkün kılmaz. Gerçekten de bu itaatin kaynağı sadece devletin zora dayalı iktidara, şiddet tekeline ve bunu kullanabilme yetkisine sahip olması değildir. Devletin elinde bulundurduğu erkten kaynaklanan ve insanların üzerinde potansiyel bir tehdit olarak sarkaç gibi sürekli biçimde salınan bu yetkiler önemli bir zorlama unsuru olsa da, toplumdaki bireylerin itaatinin altında çeşitli moral etkenlerin de önemli rol oynadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de sistemin –çeşitli aksaklıkları bulunsa dahi– aynı zamanda belirli bir istikrarı sağladığı, müphemlikleri ortadan kaldırdığı ve meşru bulunduğu ilişkin bir dizi kalıplaşmış ve esasen sistemin devamını mümkün kılan inancın varlığını da göz ardı etmemek lazımdır. Normlara ve hukuk sistemine yönelik toplumsal itaatin sürdürülmesinde bu bir dizi kalıplaşmış inançlar yumağının, en az devletin sahip olduğu şiddet tekeli kadar etkin, hatta devletin salt zora dayalı faaliyetlerinden bilhassa önemli bir moral ve meşruiyet yaratıcı kaynak olması itibarıyla daha ikna edici olduğunu da ayrıca vurgulamak gerekir. Bu moral kaynaklar devletin ideolojik propagandasının bir uzantısı olarak hem meşruiyetin hem de sistemin sürekli bir biçimde yeniden üretilebilmesinin olanaklarını sağlarlar ve aynı zamanda normlara neden uyulması gerektiği hususunda sahte bir bilincin yaratılabilmesini mümkün kılarlar. Tüm bu hususlara karşın var olan normlar sistemi

³⁶⁸ HIRSCH, 1987, s. 46.

her zaman bir mücadeleler sahasının da konusunu teşkil eder. Gerek sınırları ve unsurları var olan normlar sisteminin çizdiği çerçevede belirlenmiş yasal gerek söz konusu normlarca kabul edilmeyen ve bu nedenle yasadışı sayılan mücadelelerin önemli bir boyutu, bu noktada, mevcut normlar sisteminin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılarak yeni bir dizgenin oluşturulması gibi sonuçları içerecek bir mahiyet göstermektedir. Sonraki bölümlerde de değinileceği üzere, bireysel nitelikli olabileceği gibi çoğunlukla sınıfsal ve toplumsal karakter arz eden mücadelelerin, bilhassa toplumun zayıf kesimlerinin yeni hak ve özgürlükler kazanmasında ve mevcut normlar sisteminde kendilerini de gözetten düzenlemelerin yer almasında çok önemli bir işlevi yerine getirdiğini belirtmek gerekir. Aksi takdirde 18. ve 19. yüzyıllardan bu yana kendini gösteren işçilerin, azınlıkların, kadınların, öğrencilerin, yoksulların var olan hak ve özgürlük mücadelelerini ve bu mücadelelerin normlar sisteminde yarattığı olumlu yansımaları açıklamak mümkün olmazdı.

2.2.1. Formalist Hukuk Anlayışı

Formalist hukuk anlayışı Avrupa’da bilhassa Fransız İhtilali’nin gerçekleşmesini müteakip siyasal ve ekonomik liberalizmin, hukuk devleti ile hukuk düşüncesinde formal – rasyonel bir yöntemi benimsemesiyle şekillenmeye başlamıştır³⁶⁹. Hukukun münhasıran bir biçim olarak göz önüne alındığı³⁷⁰ ve büyük kodifikasyon hareketlerinin başladığı bu dönemde, yasada boşluk olmayacağı düşüncesinden hareketle hukukun pozitifleştirilmesine çalışılmış, bir yasa hukuku ya

³⁶⁹ ÖKÇESİZ, Hayrettin, “Hukuk ve Dil”, **Argumentum**, Y. 2, S. 14, Eylül 1991, s. 205.

³⁷⁰ HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 66.

da yasa devleti felsefesi temellendirilerek formalist anlayış hukuk düşüncesinin odağına yerleştirilmiştir³⁷¹. Her hukuki uyumsuzluğun var olan hukuksal düzenlemeler aracılığıyla çözülebileceğine ilişkin bir inançla biçimlenen bu yasa hukuku anlayışı, dilsel anlamda bir hukuki kavramlar sistemi olarak tasarlanıp olgunlaştırılmaktadır³⁷². Hukuksal formalizm bilhassa hukuka yönelik pozitivist yaklaşımlar ile önem kazanmış ve gerek bir yöntem gerek bir anlayış olarak hukuksal düşünme ve argümantasyonun önemli yapı taşlarından biri haline gelmiştir. Buna karşın belirtmek gerekir ki, hukuka formalist yaklaşımları tek bir paydada toplamak mümkün değildir. Benzer bir durum ilerleyen sayfalarda ayrıntılarıyla ele alınacak hukuksal pozitivism anlayışları içinde geçerlidir. Gerçekten klasik formalizm anlayışları ile modern formalizm anlayışları arasında her ne kadar ikisi normun biçimini göz ardı etmeseler de bir kısım ciddi farklılıklar vardır. Örneğin klasik formalist yaklaşımların hukukun gerek oluşturulması gerek uygulanması aşamasında ahlaksal öğelere atıf yapmayarak özenle ahlaktan kaçınmaya çalışmalarına karşın modern yaklaşımlarda ahlaka daha sıkı göndermede bulunulduğu, hatta ahlak zemininden beslenen formalizmler³⁷³, pozitivistler³⁷⁴ icat edildiğini söylemek

³⁷¹ ÖKÇESİZ, 1991, s. 205.

³⁷² **Idem**. Hukukun kavramlaştırılmasına dayanan bu süreç kavram hukukçuluğunun ön plana çıktığı bir mahiyet göstermektedir. *Işıktaç*'in da belirttiği üzere “*kavram hukukçuluğu hukuk normunun değerlendirilmesinde mantığa verdiği önem dolayısıyla normatif yaklaşımlara daha yakın görünmektedir. Hukuk önermesinin taşıyıcı temelleri olarak kavramların açıklanıp genelleştirilmesi, uygulama birliğinin sağlanması açısından, özellikle de hukuk güvenliği açısından ilgi gördüğü kadar hukukta standartlaştırmayı sağlama açısından da iş görmüştür*”. İŞIKTAÇ, 2004, s. 49.

³⁷³ Bu bağlamda modern formalist anlayışlar içinde değerlendirilen *Ernest Weinrib*'in yaklaşımı örnek gösterilebilir. *Weinrib* esasen ahlaki zeminden hareket eden ya da en azından ahlaki da olgu olarak gözetilen bir formalist yaklaşım inşa etmeye çalışmaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRLER, Sercan, “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib’in Yaklaşımı”, **İÜHFİM**, C. 66, S. 2, Y. 2008, **Passim**.

³⁷⁴ Pozitivism özelinde, *Gülriiz Uygur*'un da belirttiği üzere günümüzde hukuksal pozitivistlerce bilhassa hukuk sistemlerinde yer alan insan hakları gibi olgular dolayısıyla ahlakiliğe de yer veren bir

yanlış olmayacaktır. Bu çalışmada ise esasen klasik ve modern formalizmlerin bir karşılaştırılmasına gidilmeyip formalizm anlayışlarının biçimselcilik, ideolojik ve politik sonuçlarıyla ilgilenildiğinden daha dar kapsamlı bir inceleme sahasında kalınmış, sorgulamalar aslında modern yaklaşımlara da kaynaklık eden³⁷⁵ klasik formalizmin ve pozitivistizmin genel kabullerine dayanılarak yapılmıştır.

Hukuki metinlerin biçimsel karakterine olan vurgu klasik ya da modern bütün formalizm anlayışlarında büyük oranda ortaklaşsa da, klasik yaklaşımı esasen etik, hukuk ve bilimsel formalizm olarak adlandırılabilir üçlü bir ayrım kapsamında sınıflandırılarak değerlendirmek mümkündür.

Etik formalizmde kanunlara uygun olan her şeyi adil sayan, kanunların üstünde bulunduğu varsayılan her adalet kriterini ve bu kriterle dayanılarak pozitif kanunların değerlendirilebilmesini reddeden bir adalet teorisi söz konusudur³⁷⁶. Adaleti salt kanundan ibaret sayan ve kanunu egemen tarafından konulduğu için değerli kabul eden, bir başka ifadeyle, belirlenmiş usullere riayet edilerek konulmuş bulunan hukuk kuralını geçerli ve adil sayan bu görüşün kanun

hukuk teorisi oluşturulmaya çalışıldığını ifade etmek gerekir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. UYGUR, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, **AÜHFĐ**, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 145 – 146; UZUN, Ertuğrul, “Analitik Pozitivizmin Özü: Hukukun Ahlaktan Ayrılması”, *Günüşiği – Aylık Hukuk Dergisi*, S. 14, Y. 2004, <http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/analitikpozitivizminoza.pdf>, (E.T. 12.10.2012).

³⁷⁵ Uygur’a göre “günümüzdeki ya da modern anlamdaki hukuki pozitivistizm, klasik formdaki hukuki pozitivistizmden farklılıklar gösterse de modern hukuki pozitivistlerin hareket noktalarını da klasik pozitivistler oluşturmaktadır. Örneğin, günümüzde de hukuki pozitivistizm, pozitif hukuk üzerinde, yani konulmuş olan, insanlar tarafından yaratılan hukuk üzerinde durmaktadır. (...) modern hukuki pozitivistizmin, klasik hukuki pozitivistizme dayandığı ileri sürülebilir”. UYGUR, **2003**, s. 146. Modern hukuki pozitivistizm içinde yürütülen temel tartışmalar “sosyal kaynaklar tezi” ile “ayrılabilirlik tezi” etrafında şekillenmekte, keza modernlerin klasiklerden ayrılımlarının altında yatan temel neden de bu tezleri yorumlamaları ve ortaya koymalarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Ibid.**, s. 147 – 155. Klasik ve modern pozitivistizmin birbirlerine yakınlığıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 170 – 171.

³⁷⁶ HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 66.

hakkında bir değer hükmü verilirken içeriğinden vazgeçmek anlamında, hukukun formal bir teorisi olduğu söylenebilir³⁷⁷. Genel olarak hukuksal formalizmin ikinci biçimi olarak ele alınan formalizm tipi, hukukun yeni Kant'çı kimi yorumlarından ilham alan bir teoriye yönelerek, hukuku ahlaktan, gelenek ve ekonomiden farklı olması gereken insanın pratik faaliyet alanını ifade eden bir hüviyetle ele almıştır³⁷⁸. Hukukun görevini, özneler arası ilişkilerin içeriğini saptamak değil, bazı sonuçlara ulaşmak için onun kazanmak zorunda olduğu biçimi saptamak şeklinde gören, hukuku belirleyen niteliği ise herkesin yapmak zorunda olduğu şeyi değil, ama herkesin eğer amaçlarına ulaşmak istiyorsa, kendisiyle davranmak zorunda olduğu tarzı emretmek biçiminde nitelendiren bu formalist yaklaşımın adaletin bir teorisinden ziyade hukukiliğin bir teorisine yöneldiğini söylemek gerekir³⁷⁹. Son olarak bilimsel formalizm ise hukuk biliminin ve hukukçunun göreviyle ilgilenmektedir³⁸⁰. Hukukçunun görevi, bir yaratma faaliyeti olarak nitelendirilmemekte, pozitif düzenlemelerden çıkarılan hukuki kavramların sistemleştirilmesini yerine getirmekle yükümlü bir çerçeveye indirgenmekte; bir başka ifadeyle görevi beyan etme ve başlatma faaliyetinde bulunmakla ve bütün

³⁷⁷ Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, s. 73 ve Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Varese, 1971, s. 80'den aktaran **Idem.**; KEYMAN, Selahattin, "Hukuki Pozitivizm", **AÜHFD**, C. 35, S. 1 – 4, Y. 1978, s. 30.

³⁷⁸ HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 67. *Selâhattin Keyman'a göre "hukuku biçim olarak niteleyen anlayışın temellerini atan Kant olmuştur. Kant, hukukun üç özelliği olduğunu söylemiştir. Bunlar haricilik, karşılıklık ve biçimseliktir. Biçimsellik, karşılıklı olarak ilişki içinde bulunan özgür iradelerin içeriğinin, yani bireyin amacının değil de, söz konusu ilişkinin içinde gerçekleştiği biçimin önemli sayılması anlamına gelir. Bu nedenle, hukuk normu bakımından önemli olan, özgür irade sahibi iki bireyin neden ilişki içine girdikleri veya nasıl bir amaç (örneğin ticari veya maddi olmayan nedenlerle bir eşyaya sahip olma isteği gibi) takip ettikleri değildir. Hukuku ilgilendiren, özgür irade sahibi iki birey arasındaki ilişkinin biçimidir. Öyle ise hukukun görevi, bireylerin ne yapmaları gerektiğini göstermek değildir. Hukukun görevi, bireyin bazı şeyleri nasıl yapması gerektiğini göstermektir"*. KEYMAN, **1981**, s. 8.

³⁷⁹ HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 67.

³⁸⁰ **Idem.**

ihtilafli hallerin çözümünü, bir biçimde teşkil edilmiş sistemden çıkarsamakla mahdut bir çerçevede düşünülmektedir³⁸¹.

Biçim ve biçimcilikten doğan hukuk güvenliğini bir bakıma adaletin kendisi sayan³⁸² hukuksal formalizm, hukuk normlarının, içeriklerinden, toplumsal hayattan, ekonomik ve politik nitelikli tazyiklerden bağımsız olarak incelenebileceğine ilişkin bir güvenin ifadesidir; hukuki incelemenin konusu, sadece toplumsal hayatın kalıpları olan normlardır³⁸³. Gerçekten tüm hukuka yönelik formalist yaklaşımların ortaklaştığı nokta, hukuk normlarının konusunu oluşturan insan davranışlarının, kendi aralarında ekonomik, politik ya da ahlaki nitelikleri itibariyle değerlendirilmelerine ilgisiz kalmaları ve bir davranışın içeriği ve amacından ziyade, hukuk normları tarafından düzenlenip düzenlenmedikleri hususuna yoğunlaşmalarıdır³⁸⁴. Söz konusu yoğunlaşmanın altındaki temel sebep formalizmin hukuk ile hukuk dışı olan –politika, ekonomi, toplumsal süreçler, tarih, ahlak vb.– arasında yaptığı kesin ayırmadan kaynaklanmaktadır. Formalizm, örneğin hukuk ile politikayı birbirinden kesin bir biçimde ayırmaya çalışarak her iki alanın farklı yöntemler kullanmaları gerektiğini söylemekte³⁸⁵, bu doğrultuda hukuksal değerlendirmeler de politik olarak nitelendirilebilecek tüm değer yargılarının yanı sıra olguları da dışlamak yolunu seçmektedir. Böylece formalizm, hukuksal olan ile

³⁸¹ Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, s. 74 ve Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Varese, 1971, s. 89 vd. ve 133 vd.'ndan aktaran **Idem**.

³⁸² ARAL, **1991**, s. 34; KEYMAN, **1981**, s. 82.

³⁸³ Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, Riv. Di dir. E proc.pen., 1910, s. 578'den aktaran HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 339.

³⁸⁴ Tarello, G., *Formalismo*, Nov. Dig., c. VII, s. 572'den aktaran KEYMAN, **1981**, s. 1. Ayrıca bkz. UYGUR, **2003**, s. 151 – 152.

³⁸⁵ Bkz. GÜRLER, **2008**, s. 92.

toplumsal gerçeklikleri kökten bir şekilde tefrik ederek hukuku, tarih, sosyoloji, politika, ekonomi gibi içeriğe önem veren bilimlerden ayırmakta; hukuksal araştırmayı hukuk normunun yapısına yönelik biçimsel niteliklerle sınırlayıp amaçsal incelemelerle meşgul olmamak gibi bir yönelim içine girmektedir³⁸⁶.

Hukuka yönelik formalist yaklaşımların doğrudan inceleme konusu, hukukun biçim olarak dış dünyada somutlaşmış hali olan hukuk normlarıdır. Bu nedenle hukuk normlarının ve genel olarak normlar sisteminin içeriğinin ne olduğunun ve nasıl işlev gösterdiğinin ortaya konmasının dışında söz konusu sistematığın ve tek tek normların nasıl bir şekli karakter gösterdikleri ve dilbilimsel anlamda hangi ifade biçimleri aracılığıyla somutlaştıkları ve böylece kural dizgelerine dönüştüklerini belirtmek gerekir. Ayrıca hukuk normunun şekli –formal– niteliğinin ele alınması gerekliliği normun anlaşılabilirliği bakımından da bir zorunluluk olarak kendini dayatır. *Işıктаç*'ın da belirttiği üzere “*formal oluş hukuk açısından dilsel ve mantıksal bir biçimin ifadesidir*”³⁸⁷. Dolayısıyla hukuk normunun mantıksal yapısı ve analizi ile normun dil bilimsel açıdan nasıl bir önerme olduğu, örneğin haber önermesi mi emir cümlesi olarak mı tasarlandığı³⁸⁸, hukuk normunun

³⁸⁶ Corradini, D. Formalismo, costruzione giuridica e valore. Riv. Int. Di fil. Del dir., (42) 1965, s. 695'den aktaran KEYMAN, 1981, s. 1. “*Hukukun bu anlamda bir biçim olarak nitelendirilmesi, insanın pratik faaliyeti içinde, hukuki olanı böyle olmayandan (örneğin ahlaki, siyasi, ekonomik) ayırma bakımından kesin bir ölçü bulmak amacını gütmektedir*”. **Ibid.**, s. 8.

³⁸⁷ IŞIKTAÇ, 2004, s. 23.

³⁸⁸ Bkz. **Ibid.**, s. 87 – 88. Hukuk normlarının yazılış biçimi açısından değerlendirilmesinin iki farklı şekilde, birincisi yasağın bildirildiği olumsuz ya da olumlu emir kipi diğeri ise haber kipi şeklinde gerçekleştirildiği görülür. Örneğin “*eğer bir adam, bir diğer adamı cinayetle suçlar ve bunu ispat edemezse, suçlayan kimse öldürülecektir*” ifadesi emir kipinde yazılmış bir örneksemeyse, normların daha çok tanımlayıcı, tamamlayıcı ya da yorumlayıcı bir biçimde ifade edildiği biçimlerin haber kipinde şekillendirildiklerini belirtmek gerekir. Fakat yine *Işıктаç*'a göre hukuk normları mantıksal anlam yönünden haber cümlelerinden ayrılmaktadırlar. Hukuki önermenin haber veya emredici hipotetik bir önerme oluşu hukukun farklı söyleniş biçimleri anlamındadır, herhangi bir hukuk normunun haber kipi biçiminde olması gerek sistemin bütünü açısından gerek bağlantılı olduğu diğer

şekli olarak da bir değerlendirmeye tabi tutulması ve anlamlandırılması suretiyle, ortaya konulmalıdır³⁸⁹. Haber önermesi olarak hukuk normu muhatabına bir bilgi veriyorken aynı zamanda sadece bir şeyin bildirilmesi ile yetinmeyip, bildirdiği şeyin yerine getirilmesini de talep eden emredici bir nitelik göstermektedir³⁹⁰. Gerçekten hukuk normu bir dilek ya da rica olmayıp belli bir biçimde davranmayı da emrettiğinden bir taraftan düzen fonksiyonunu yerine getirmeye çalışmakta, diğer taraftan yöneldiği kişiler için yükümlülükler doğurarak ödev ve yetki arasında da bir ilişki kurmaktadır³⁹¹. Hukuk normunun emredicilik niteliği bununla beraber salt dil bilimsel ya da gramatik bir ifade ediliş tarzından kaynaklanmamakta, aksine gramatik biçimlerinden bağımsız olarak hukuk normları, zorlayıcılık vasfına sahip önermeler olarak emredicilerdir³⁹². Zira hukuk düzeni, hukuki düzenlemeler aracılığıyla, kurallaştırmalarının yöneldiği özneleri belirlenmiş bir davranışa yöneltmeyi amaçlamaktadır³⁹³.

Hukukun formalist karakteri hukuk normunun dil bilimsel yönden ifade edilişinin normatif, buyurucu ve zorlayıcı anlamlara yönelmiş kipler göstermesinden kaynaklanmaktadır³⁹⁴. Bildirimli bir önerme olarak hukuk bir şeyi

normlar açısından onun emredicilik vasfını değiştirmez. Hukuk normu olması gerekeni belirttiğinden dolayı, önerme tipleri içinde bu konuma gelmektedir. **Ibid.**, s. 87 – 88 ve s. 96.

³⁸⁹ *Işıқтаç*'ın da belirttiği üzere “*hukuk kuralları, kaynaklarına, aldıkları biçimlere, yazılı ya da yazılı olmamalarına, hiyerarşik ilişkilerine, yöneldiği ilişkinin niteliğine, uyulma açısından kesin bağlayıcılık ya da sınırlı oluşuna göre çeşitlere ayrılmaktadır. Bu yaklaşımların dışında klasik bir ayırım olarak normları sadece nitelikleri açısından değerlendiren emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı normlar başlığı altında değerlendiren yaklaşımlar da bulunmaktadır*”. **Ibid.**, s. 116.

³⁹⁰ **Ibid.**, s. 136.

³⁹¹ **Idem.**

³⁹² HAFIZOĞLULLARI, 1996, s. 80.

³⁹³ **Idem.**

³⁹⁴ Bkz. ARAL, 1991, s. 51.

haber vermektedir; bu haberin “ne”liği aynı zamanda normun talebini de göstermektedir³⁹⁵. Hukuk önermesinin yüklemi bildirimde bulunarak muhatap tarafından yerine getirilmesi istenen bir emir niteliği göstermekte, bu yönüyle norm aynı zamanda düzen fonksiyonunun bir gereği olarak rica, dilek ya da öğüt şeklinde anlamlandırılmayacak, normatifliği ön plana çıkan yaptırımlı bir önermeye dönüşmektedir³⁹⁶. Hukuk önermesinin bu normatif karakteri aynı zamanda söz konusu önermenin hipotetik bir nitelik göstermesinden kaynaklanmakta, fakat bu hipotetik nitelik hukuk kuralını doğa kanunlarında olduğu gibi bir nedensellik ilişkisi içine sokmayıp, hukuk normunda koşul ve sonucun birbirine bağlanması yüklem ya da yollama olarak adlandırılabilir bir yöntemle gerçekleştirilmektedir³⁹⁷. Belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı olarak belli bir fiilin yapılması gerektiğini saptayan hipotetik normlar bir amaca ulaşmak için iyi olan, amaca varmada şartlı olarak yerine getirilen bir fiili emreden önermelerdir³⁹⁸. Örneğin “doğa kanunu bir “A” olayı meydana getirirse, “B” sonucu zorunlu olarak gerçekleşir, der; buna karşılık hukuk kanunu olan norm bir “A” olayı meydana gelirse “B” sonucu da gerçekleşmelidir, demektedir”³⁹⁹. Başka bir biçimde ifade edilmek istenirse normatif yapılar ilki normun değerlendirme konusu eylem veya durum, ikincisi söz konusu eylem veya durumun norm tarafından öngörülen değerlendirmesi olan iki öğeyi bir araya getirmekte, böylece normatif düzenlemeler de eylem ve durum ile bu eylem ve

³⁹⁵ IŞIKTAÇ, 2004, s. 92.

³⁹⁶ *Ibid.*, s. 93.

³⁹⁷ ARAL, Vecdi, **Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 14.

³⁹⁸ Bobbio, Teoria della norma giuridica, Torino, 1958, s. 240 ve 105 vd.’ndan aktaran HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 311 – 312.

³⁹⁹ ARAL, 1978, s. 14.

durum için öngörülen değerlendirme arasındaki bağıntıyı kurmaktadır⁴⁰⁰. Hukuk normları, belli durumlardan, belli sonuçları, bir başka ifadeyle belli eylem ve durumların gerçekleşmesi halinde verilmiş birer değer hükmü niteliği göstermekte⁴⁰¹, bu niteliği itibariyle hukuksal anlamda düzenlemeye tabi tutulmuş eylem ve durumların ortaya çıkaracağı –hukuksal– sonuçları belirleyen formal yapılardır.

Hukuk normlarının genel olarak birincisi kanuni olay, ikincisi hukuki sonuç olmak üzere iki bölümden oluşan mantıki bir yapıya sahip olduğu söylenebilir⁴⁰². Örneğin “*bir kimse bir başkasına kasten ya da savsaklama (ihmal) sonucu bir zarar verirse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür*” ifadesinde “*bir kimse bir başkasına kasten ya da savsaklama sonucu bir zarar verirse*” denilen kesim hukuki olay, “*bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür*” kısmı ise bu hukuki olaya bağlanan hukuki sonuçtur⁴⁰³. Benzer bir biçimde “*bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir*” ifadesinde bir ticari işletmeyi işletme faaliyeti hukuksal olay iken, bu işletme sürecine bağlanan hukuksal sonuç ise işleten kişinin tacir sıfatını kazanmasıdır. Fakat bu düzenleme bağlamında hukuksal sonuç olarak ortaya çıkan tacir sıfatı kazanmanın örneğin “*tacirler her türlü borçlarından dolayı iflasa tabi oldukları gibi...*” ifadesinde de görüleceği üzere tacir olmaya (hukuki olay) bağlanan bir kısım hukuki sonuçları da –borçlarından dolayı iflasa tabi olmak gibi– olabilmektedir. Hukuk normlarının buradaki düzenleniş biçimlerinin belirli bir genelleştirmeye yönelik bir yapı içinde oldukları

⁴⁰⁰ IŞIKTAÇ, 2004, s. 93.

⁴⁰¹ **Idem.**

⁴⁰² ARAL, 2001, s. 173.

⁴⁰³ **Idem.**

belirtilmelidir. Hukuk normlarındaki bu genelleştirme ile hukukun daha geniş bir etki ve yürürlük alanına sahip kılınması amaçlandığı gibi, az sayıdaki hukuk normları aracılığıyla, sayısız yaşam ilişkilerinin düzenlenme olanağına kavuşturulması hedeflenmektedir⁴⁰⁴.

Hukuksal formalizmin bir diğer boyutu normativizm ve onun normun incelenmesinde ve değerlendirilmesinde yöneldiği biçimselci yöntemlerle yakından ilgilidir. Bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı bir biçimde değerlendirilecek olan hukuka bilimselci yaklaşımlar ile hukuksal pozitivizmin analizi yönünden de hukuki normativizmin açık biçimde ortaya konması gerekmektedir, keza hukukun formal teorisi ile normatif teorisi de birbirleriyle yakın bir etkileşim içinde bulunmaktadır⁴⁰⁵. Normativizm ekonomik, politik ya da ahlaki bir olgunun ya da kurumun nasıl hukuksal alanın bir konusu haline geldiği problemine yoğunlaşmaktadır.

Hukuksal pozitivizmi daha rafine bir hale getirmeye çalışan hukuksal normativizm, felsefi ya da sosyal olguları reddetmese de, hukuk ötesi öğeler olarak nitelendirerek hukukçunun asıl inceleme alanının hukuk normları olduğu vurgusunu ön plana çıkartmıştır⁴⁰⁶. *Kelsen*'in görüşleriyle şekillenen normativizm, hukukun bir bilim haline getirilmesine çalışarak onun inceleme alanını açık ve kesin çizgilerle tanımlamaya çalışmış, hukuku hukuk dışı öğelerden arındırmaya yönelerek konusunu norm alanının sınırları çerçevesinde değerlendirmiştir⁴⁰⁷. *Kelsen* “*hukuku, saf bir*

⁴⁰⁴ **Ibid.**, s. 174.

⁴⁰⁵ Bu konuda bkz. IŞIKTAÇ & METİN, 2003, s. 49.

⁴⁰⁶ ÖKTEM, Niyazi, “Toplumsal Gelişme ve Hukukta Kalite”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1 – 2, Y.1999 – 2000, s. 688 – 689.

⁴⁰⁷ **Ibid.**, s. 688. Niyazi Öktem'e göre “*Kelsen felsefeye ve sosyolojiye önem veriyor, ancak hukuk*

düzenleme tekniğine dönüştürmek için ideolojik, ahlaki ve siyasi temellerinden koparma/temizleme/kurtarmayı amaçlamaktadır. Hukukun özerkliği ilan edilmekte, pozitif hukuk kuramından, psikolojik, sosyolojik, siyasal, ahlaki ve dinsel her türlü hukuk dışı unsur dışlanmaktadır”⁴⁰⁸. Bir başka ifadeyle normativizm, hukukun konusuna giren bir olayı hukukun konusuna girmeyen bir olaydan ayırırken, fiilin niteliğine yönelik bir tanımlamayla uğraşmaktansa, bu fiilin bir normun konusunu teşkil edip etmediğine bakmaktadır⁴⁰⁹. Gerçekten politik, ekonomik, toplumsal ya da ahlaki nitelikteki her ilişki ya da durum kendiliğinden bir hukuksal ilişki ya da durum oluşturmaz, ancak belli bir yapı içinde değerlendirilirse hukuksal kimliğe bürünür⁴¹⁰. Ortaya çıkan ilişki ya da durumu hukuki kılan, bunun hukuk normları tarafından – emretme, yasaklama ya da izin verme– biçiminde düzenlenmiş olmasıyla ilişkilidir⁴¹¹. Bir ilişki veya durum ancak hukuk normunca düzenlenmekle bir hukuksal ilişkiye dönüşmekte, fakat bu ilişki veya durumda hukuksal olan doğrudan

dışına itmeyi yeğliyor. Kelsen hukukun oluşumundaki felsefi ve sosyolojik etkenleri kabul etmektedir. Ancak özellikle hukukun uygulama ve yorumunda, bunlardan kaçınılmasını söylemektedir. Aksi takdirde işin içine politika girer. Oysa hukukun hem oluşumu, hem de uygulama ve yorumunda sosyal realite ve felsefi kaygılar, adalet, özgürlük her an için gündemdedir” **Idem**. Ayrıca bkz. AKTAŞ, Sururi, “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, **AÜEHFD**, C. 4, S. 1– 2, Y. 2000, s. 264 – 265.

⁴⁰⁸ KARAHANOGULLARI, **2003**, s. 224. *Kelsen’e göre “hukuk kuramcısı, değer yargılarını katmadan pozitif hukuku incelemekle yetinmelidir. Hukukbilimi, nedensellikte değil, olması gereken ile ilgilendiğinden pozitif bir bilim değil, normatif bir bilimdir. Hukuk, toplumsal davranış kuralları olarak değil devletin koyduğu, gücüyle yaptırıma bağladığı iradi kurallar olarak algılanır. Bu nedenle hukuk ve devlet Kelsen için aynı olguyu temsil eder. Bütün kurallar geçerliliklerini bir üst kuraldan alırlar; en üst kural, ‘temel norm’dur. Temel norm, ‘kurucuların iradesine uyulması gereklidir’ varsayımına dayanır ve ahlaki veya siyasi değil, kuralların geçerliliğini sağlayacak bir üst norm bulma gerekliliğinden doğan teknik bir varsayımdır”*. **Idem**.

⁴⁰⁹ KEYMAN, **1981**, s. 10.

⁴¹⁰ IŞIKTAÇ & METİN, **2003**, s. 50.

⁴¹¹ Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, s. 89 ve Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica* (teksir), Torino, 1943, s. 143’den aktaran KEYMAN, **1981**, s. 10.

o ilişkinin içeriği değil, bu ilişkinin biçimi olmaktadır⁴¹². Hukuksal normativizmin bu kabullerinin hukuksal alana yansıyan temel sonucu ise hukuk normunun değerlendirilmesinde, hukuk normu, her ne kadar bir ekonomik, politik, toplumsal ya da ahlaksal ilişki veya durumu düzenliyor ve bu sayede ona bir hukukilik vasfı kazandırıyor gibi görünüyorsa da, hukuksal incelemenin gerçekleştirilmesi aşamasında yine de içerikten ziyade biçimin esas alınması gerekliliğidir. Çünkü hukukilik vasfı kazandırılmış olan ilişki ya da durumlar artık hukuk biliminin konusuna girmektedir; hukuk ise form olarak değerlendirmede, hukuk normlarının içeriğinin neyi düzenlediğini değil, biçimini göz önüne almaktadır⁴¹³. Normativist yaklaşımın bu aşırı formalist karakterinin ise, hukukta gerçeklikten tamamen bir kopuşa neden olduğundan, kısır biçimsel mantık ve yöntem oyunlarını yücelten ve bu nedenle hukukun kendisinin tükenmesine ve hatta genel bir çöküşüne yol açan bir dizi soruna kaynaklık ettiğinden bahsedilebilir⁴¹⁴. Burada liberal hukukçuluğun aşırı formalist tutumlardan dolayı var olan toplumsal çatışmaları gerçeklik zeminine bağlı kalarak sadece şekli değil, içeriksel anlamda hakkaniyeti mümkün kılacak bir biçimde giderebilmesi, formal hukuk kalıplarına aşırı bağlılığın yarattığı sıkıntılar dolayısıyla imkânsız hale gelmektedir. Hukukun formal kalıplara bağlı kılınması, ona belki normatif bir bilimsel nitelik –dolayısıyla objektivite, kesinlik ve belirlilik– kazandırıyor gibi gözüküyorsa da esasen hukukun toplumsal niteliğini kısırlaşmakta ve aynı zamanda onu adalet düşüncesinden uzaklaştırarak, iktidarın ya da kanun koyucunun söylemsel alanına hapsedmektedir.

⁴¹² Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, Zweite Volstaendig Volstaendig Neubeareitete und Erweiterte Auflage*, Wien, 1960, s. 48 vd. ve 81 vd.'ndan aktaran İŞIKTAÇ & METİN, 2003, s. 50.

⁴¹³ Bkz. **Idem**.

⁴¹⁴ PASUKANIS, 2002, s. 66.

Hukukun toplumsalın alanından uzaklaşması aslında sadece hukuksal normativizmin değil, diğer formalist yaklaşımların da karşılaştığı bir sorun olup, normun içeriğinin bağlı bulunduğu sosyo–ekonomik ve politik gerçekliklerden koparılarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu politik, ekonomik ve toplumsal gerçekliğin hukuka etkisi sorunu, bu koparılanın göz ardı edilmesiyle çözülemeyeceği gibi hukuk normuna salt biçimselci bir yaklaşımla “yasallık” sağlanması suretiyle de çözülemez, keza bu yolla varılacak sonuçların, toplumsal hayatta ne kadar geniş bir meşruluğa kavuşabileceği soru işaretlerine yol açacaktır⁴¹⁵. Hukuk normunu dayandığı sosyo–politik ve ekonomik gerçeklik dizgesinden kopararak değerlendirmek ve yürürlük alanını salt biçimsel anlamıyla yorumlamaya çalışmak bir yönüyle normun yorumunda ortaya çıkan ve çözülmesi gereken hukuksal uyumsuzluğu var olan gerçekler dünyasının dışına taşıyarak içeriğini bulanıklaştırmak, diğer yönüyle genel olarak hukuk düzeninden beklenen toplumsal ve kamusal fonksiyonların işlerliğini baltalamak gibi bir dizi –esasen hukuk düzenine yönelik– şüphenin güçlenmesine sebebiyet verecektir.

Hukuksal normativizm, hukuk – politika ilişkisi eksenine oturan bu çalışma açısından değerlendirilirse, bir yönüyle hukuk normlarının varoluş gayelerinin altında yatan gerçekliği tespit etmesi itibariyle önemli bir hususu gösteriyor izlenimi yaratıyorsa da diğer yönüyle hukuk normunun oluşumunun nedenlerini tespit ederken bulduğu ölçütü, normların değerlendirilmesi sırasında ihmal etmesi itibariyle, pozitivist ve diğer formalist yöntemlerin biçimselci

⁴¹⁵ F. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., Berlin, 1976, s. 61 ve A. Hollerbach, “Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, Dreier–Schwegmann (Hrsg), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, s. 89’den aktaran, EYRENCİ, 1981, s. 48.

yaklaşımlarından da esaslı olarak farklılaşmamaktadır. *Keyman*'a göre de “*sadece içeriği açısından sadece ekonomik, toplumsal veya ahlaki olan bir ilişkinin düşünülebilmesine karşılık, sadece hukukilik niteliğine sahip bir ilişki yoktur. Zira biçimi bakımından hukuki olan bir ilişki, zorunlu olarak ekonomik, ahlâki, siyasal bir içeriğe sahip olacaktır*”⁴¹⁶. Bu bağlamda hukuksal normativizmin de içeriği farklı etmenlere bağlı hukuk normunu sadece biçimi açısından var olan tüm gerçekliğinden kopararak hukuksal olana dönüştürmesi ve salt formalizmin biçimselciliği altında muhakemeye yönelmesinin birtakım ciddi sorunlar doğuracağını belirtmek gerekir. Sadece normativizm açısından değil, hukuka yönelik tüm formalist yaklaşımlar açısından da geçerli olan bu sorun, bir taraftan hukukun oluşturulması sürecinde hukuk normunun yaratıcısı olarak kanun koyucunun fiilini bir tür biçimselcilikle nesnelleştirmeye çalışırken diğer taraftan hukuk normunun uygulanması, yorumlanması aşamasında, onu var olduğu, kaynaklandığı sosyo-politik gerçekliklerden kopartarak nesnel olduğu iddia edilen bir hukuksal formlar dünyasının içine sıkıştırarak değerlendirmeye çalışmaktadır. Oysa bu çalışmanın ilerleyen sayfalarında daha ayrıntılı bir biçimde gösterilmeye çalışılacağı gibi hukuk normu oluşum aşamasında olduğu gibi yürürlük sürecinde de var olduğu politik, ekonomik, toplumsal gerçeklikler dünyasından soyutlanarak salt biçim olarak değerlendirilebilecek ve yürürlüğü sürdürülebilecek bir mahiyet arz etmemektedir. Zira hukuk normu ve genel anlamıyla bir normlar sistemi olarak hukuk düzeninin

⁴¹⁶ KEYMAN, 1981, s. 11. Yine *Keyman*'a göre “*hukuki ilişki, içeriği itibari ile, çok farklı biçimlerde tezahür edebilen (ekonomik, toplumsal, ahlâki), süjeler arası herhangi bir ilişkidir. Diğer bir deyişle, herhangi bir ilişki ekonomik, ahlâki, kültürel veya toplumsal nitelikte olduğu için değil de, hukuk normu kendisine hukukilik tanıdığı için hukuksaldır. Zira bir ilişkiyi hukuki kılan unsur, niteliği değil, sahip bulunduğu biçimdir. Bu nedenle somut bir ilişkinin aynı zamanda ekonomik ve hukuksal, yani içeriği yönünden ekonomik, biçimi yönünden de hukuki olması mümkündür (örneğin satım, karz, kira sözleşmeleri)*”. **Idem.**

işlev ve amacı, hem var olan politik – ekonomik dizgenin, gerektiğinde hukukun zorlayıcı nitelikli tedbirlerinin devreye sokulması suretiyle korunması ve sürdürülmesi hem de bir tür bilinç mekanizması, kültür olarak toplumsal ve kamusal alanda bireylerin ve grupların var olan ekonomik – politik dizgeye yönelik inançlarını pekiştirmeye ilişkin toplumsal bir fonksiyonu yerine getirmektedir.

Hukuksal formalizm eleştirisinin önemli bir boyutunu da pozitivist hukuksal analize ilişkin geliştirdiği yöntem ve bu bağlamda pozitivist hukukta metodolojik veçheden ne ifade ettiği sorunu oluşturmaktadır. Objektivizme olan vurgusuyla bilimselci⁴¹⁷, belirlenimciliği ön plana çıkartmasına karşın belirsizliklere yol açan niteliğiyle felsefi pozitivist ayrıca siyasi ve ideolojik boyutları da değerlendirilmek suretiyle ele alınacaktır; burada ise hukuksal pozitivist formalist karakterinin ortaya konmasına ve genel anlamda neye tekabül ettiğinin gösterilmesine çalışılacaktır.

Hukuka yönelik pozitivist yaklaşımları iradeci formalistler –hukuksal pozitivistler– ve sosyal formalistler –sosyolojik pozitivistler– olarak ikiye ayırarak tanımlamak mümkündür⁴¹⁸. Hukuksal pozitivist veya devlet pozitivist de denilen iradeci formalizm hukuksal gerçekliğin sadece yürürlükte bulunan hukuk kurallarından müteşekkil olduğunu, söz konusu kuralların bu kuralları vazedmekle yetkili makam olan devlet idaresince üretildiği için geçerli olduğu görüşüne

⁴¹⁷ Burada sözü edilen bilimciliğin, sosyal bilimlerde de doğa bilimlerinin kesinliğine ve evrenselliğine atıfta bulunduğunu belirtmek gerekir.

⁴¹⁸ IŞIKTAÇ, 2004, s. 44.

dayanmaktadır⁴¹⁹. Bu anlayışa göre bir hukuk kuralının geçerliliği ancak formuna, tarihçesine veya kaynağına bakılarak belirlenebilir, kuralın geçerliliği onun değerine ya da içeriğine bağlı tutulamaz⁴²⁰; salt devlet idaresinin yetkili organlarınca konulması bir hukuk kuralı olabilmesi için yeterlidir⁴²¹. Bu nedenle de hukuki pozitivistlerin hukuk anlayışı, toplumun iyiliği, adaletin gerçekleştirilmesi veya özgürlüklerin korunması gibi soyut amaçlarla ilgili değildir; keza belli ve gerekli usul kurallarına uyulmak suretiyle çıkartılmış olmak şartıyla söz konusu amaçlara aykırı kurallar dahi hukuk kuralı olarak kabul edilmeli ve geçerli sayılmalıdır⁴²². Bu tür bir “kanunculuk” anlayışının aslında hukuki pozitivistleri politik alanın makbul oyuncusuna çevirerek ideolojik bir aracı haline dönüştürdüğü ayrıca belirtilmelidir.

Yasanın özünde mükemmelliğini savunan hukuksal pozitivistlerin onları ancak dış görünüşü itibarıyla özürle olabileceğini, hâkimin görevinin de bu özürleri aşarak yasadaki gerçek çözümü bulup çıkarmak olduğunu kabul etmektedir⁴²³. Hukuksal pozitivistler, *Comte*'un felsefi pozitivistlikten hareketle, insan zihninin olguların gözlemini aşan her türlü eylemliliğini değersiz olarak nitelendirerek, yürürlükteki hukuk kurallarının dışında başka hukuk ideleri arama yönündeki eğilimleri reddetmişler, bilim olarak hukukun görevini yürürlükteki hukukun incelenmesi ve açıklanması ile sınırlandırarak her türlü değer kavramını araştırma

⁴¹⁹ BONNARD, Roger, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, (Çev. Mehmet Ali Bayar), **İÜHFİM**, C. 2, Y. 1936, s. 38; IŞIKTAÇ, **2004**, s. 44; IŞIKTAÇ, **2009**, s. 16.

⁴²⁰ UYGUR, **2003**, s. 158.

⁴²¹ KEYMAN, **1978**, s. 22 – 23.

⁴²² *Ibid.*, s. 25 – 26.

⁴²³ ÖKÇESİZ, **1991**, s. 205. Ayrıca bkz. IŞIKTAÇ & METİN, **2003**, s. 106 – 107.

sahalarının dışında bırakmışlardır⁴²⁴. Buna karşılık sosyal formalizm ise hukukun sosyal bir olgu olduğu görüşünden hareketle, yürürlükteki hukuk kurallarından ziyade, onların oluşumunu sağlayan sosyal olaylara bakmak gerektiğini savunmakta, fiziki alandaki –doğa bilimlerindeki– olayların incelenmesinde olduğu gibi, sosyal olaylarda da bir zorunluluk, nedensellik, determinizm ilişkisi aramakta, sosyal olayların belirli nedenler altında ancak belirli sonuçlar doğurabileceği gibi bir varsayıma dayanarak sosyal olguların dolayısıyla da hukukun bu bağlamda değerlendirilebileceği görüşünü öne sürmektedir⁴²⁵.

Hukuksal pozitivizm formalist mantığa dayanan yöntemsel tercihi ön plana çıkararak içeriğe ait olan her şeyi hukuk kavramından dışlar, hukukun politik, ekonomik, toplumsal unsurların dışında ve onlardan ayrı mantıksal bütünlüğe sahip eksiksiz bir sistem olduğu görüşünden hareketle hukuk biliminin görevini de yürürlükteki hukukun yorumu ve sistemleştirilmesi meselesine yoğunlaştırır⁴²⁶. Felsefi pozitivizm bilginin konusu olarak nasıl sadece duyu organları ile algılanabilen olguları ve bunlar arasındaki ilişkileri ele alıyorsa, hukuksal pozitivistler açısından da hukukçu gözleme elverişli olan tek olgu olarak pozitif

⁴²⁴ Batiffol H. “Philosophie du droit”, Paris, 1962, s. 7’den ve Bodenheimer, E. “Jurisprudence – The methodology and philosophy of law, 1976, s. 94’den aktaran KEYMAN, 1981, s. 18. Ayrıca bkz. KEYMAN, 1978, s. 19 – 20.

⁴²⁵ İŞIKTAÇ, 2004, s. 44. Hukukun toplumsal fonksiyonunu göz önünde bulundurarak onun sosyal etkisini araştırma sahası içine koyan bu yaklaşım yönteminin amacı “*mantığa uygunluk ve teknik yaklaşımların hukuksal uyumsuzlukların özelliklerinden sonra değerlendirilmesidir. Modern yasa yapma teorisinde de etkin olan bu yöntem genel ve soyut düzenlemelerin uygulamacıya tanınacak çeşitli olanaklarla, örneğin takdir yetkisi, geniş değerlendirme, boşluk doldurma vb. yollarla esnekliğini arttırmak gereği üzerinde durmaktadır. Hukukun amacı, toplumsal yaşam koşullarını güvence altına almaktır*”. **Ibid.**, s. 51.

⁴²⁶ Franz Neuman, “Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft” in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt–Wien 1967, s. 45’den aktaran SANCAR, 1995, 83.

hukuku araştırmaya yönelmeli, “olması gereken”e yönelik anlamlar ihtiva eden değer ya da amaç gibi sorunlarla ya da doğal hukukçu ideallerle ilgilenmemelidir⁴²⁷. “Olan”dan hareketle “olması gereken”in ıkartılamayacağı iddiasının temsilcisi olarak hukuksal pozitivizm, “olan” ile “olması gereken” arasında kesin bir ayırım yaparak⁴²⁸ araştırma sahasını normun koyulmasından uygulanması aşamasına kadar sadece formal bir yntembilimine indirgemektedir. Hukukun sadece oluşturulmasıyla ilgilenen hukuksal pozitivizm, hukukun oluşturulmasına yol açan çatışmaları, politik, ekonomik ve toplumsal dengeleri, kısaca hukukun sosyal temelini tamamen bir kenara bırakır⁴²⁹. Hukukun oluşturulma sürecindeki bu dengeleri görmezden gelen hukuksal pozitivizm, daha önce de belirtildiği üzere, hukukun yorumlanması sürecinde de sosyal gerçekliği dikkate almaksızın formal yorumun kalıpları içinde hareket etmek suretiyle salt biçimsel bir objektivite arayışındadır. Bu arayışının sonunda ulaştığı şekli objektivitenin ise maddi anlamda ne kadar gerçekçi bir objektivite olduğu, tarafların gereksinimlerini ne ölçüde karşılayabildiği son derece müphemdir.

Hukuksal pozitivizmin, hukuku, salt devlet iradesinin bir ürünü olarak görmesi ve hukuka da bu iradenin varlığından kaynaklanan bir değer atfetmesi, toplumsal mücadeleler, politik ve ekonomik süreçler, iktidar ilişkileri gibi olguları büyük oranda değerlendirmeyip söz konusu olguların hukuk düzeni üzerindeki belirleyiciliklerini hesaba katmadan değerlendirmelerde bulunması birtakım sorunları

⁴²⁷ Batiffol, H. Problemes de base de la philosophie du droit, Paris 1979, s. 34, 29’dan aktaran KEYMAN, **1981**, s. 18; ÇAĞIL, **1971**, s. 441.

⁴²⁸ BRECHT, **1940 – 1941**, s. 813.

⁴²⁹ Peter Badura, Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatlehre, Erlangen 1959, s. 134, 136’dan aktaran SANCAR, **1995**, s. 83.

da beraberinde getirmektedir. Zira hukuk, devlet iradesinin –iktidar sahiplerinin– çıkarlarıyla yönlendirilen hegemonik bir istencin belirlenimi altında olduğu kadar ekonomik iktidar ile üretim ilişkilerinin egemenliği ve toplumsal ilişkilerle mücadele sahasının belirleniminden de aynı biçimde etkilenmektedir. Hukukun biçimlenmesinin, salt devlet iradesinin etkinliğiyle ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmasının yanında hukukun, meşruluğunun bağlı bulunduğu toplumsal ve ekonomik ilişkiler sürecinden kopartılarak sadece devletin hegemonik iktidarına dizinlenmesi de bir dizi soruna yol açacaktır. Hukukun ortaya çıktığı andan itibaren, bir başka ifadeyle kanun koyucu iradeden özerkleşerek kamusallaşmaya başladığı andan itibaren, kendini, bir bilinç biçimlendiricisi haline getirerek hem meşruiyet yaratıcı hem de meşruiyetini ancak ilişkilendirildiği sistemle bir arada sürdürebilen bir araç olarak inşa ettiğini belirtmek gerekir. Devlet iradesi olarak adlandırılacak politik iktidar ilişkilerinin alanı, hukukun bu meşrulaşma – meşrulaştırma sürecinde, bir arada var olduğu toplumsal ilişkiler / mücadeleler ve ekonomik süreçler dizgesinin zemininin yanında, ancak belirli bir bölümü işgal etmektedir. Dolayısıyla hukuki pozitivistin olan hukuku incelemek adına pozitif anlamda yürürlükte olan hukuka, ekonomik, politik ve toplumsal süreçlerin etkinliğini görmezden gelerek atfettiği anlamın, birçok ciddi sorunun ortaya çıkmasına kaynaklık ettiğini de bu bağlamda belirtmek gerekir.

Pozitivist yaklaşımın diğer görünümü olarak nitelendirilebilecek sosyolojik pozitivism ya da sosyal formalizm ise sosyal olguları –insan

davranışlarını– hukuk kurallarını biçimlendiren başat faktör olarak kabul ederek⁴³⁰ tıpkı hukuksal formalizm gibi tek bir noktaya odaklanan tespitlerle yetinmekte ve o da esasen politika ve ekonominin ya da ahlakın hukuksal alan üzerindeki zorlayıcılıklarını görmezden gelmektedir⁴³¹. Felsefi pozitivizmin bilimselcilik vurgusunda ortaya çıkan belirlenimcilik arayışına yönelerek⁴³², bir taraftan pozitivist hukukçuluğun objektivizm idfiksini sabitleştirmekte diğer taraftan pozitivist bir belirlenimciliğe yöneldiği ölçüde hukuku genel olarak sosyal zorunlulukların kısıtlayıcı alanına hapsetmektedir. Bu nitelikleri itibariyle sosyolojik pozitivizmin de hukuk normlarının ele alınmasında gerek içerik gerek biçim yönünden çok yönlü bir kavrayışı sağlayamayacağı ve hukuk normlarının anlamlandırılabilmesi bakımından eksiklikler taşıyacağı açıktır.

Hukuksal formalizmin önemli bir boyutu, kapsamlı bir biçimde ele alınması bu çalışmanın sınırlarını büyük oranda aşıyorsa da, hukuk normlarının nasıl yorumlanacağı meselesidir. Formalizmlerin ortaklaşan noktası, bir hukuk normunun yorumunda normun biçimsel niteliğini ön plana çıkartarak, şekli bir adalet anlayışına yönelmeleri, biçime bağlı kalmak suretiyle, hukuksal güvenlik, kesinlik, öngörülebilirlik gibi olguları vurgulamalarıdır. Söz konusu görüş açısından hukukun amacı ancak şekli bir adalet anlayışı çerçevesinde esasen kesin hükme ulaşmak olarak ortaya çıkmaktadır⁴³³. Ancak böylesi bir formalist yorum yönteminin

⁴³⁰ IŞIKTAÇ, 2004, s. 44; ÖKTEM, 1977, s. 272.

⁴³¹ AKTAŞ, 2000, s. 272 – 273.

⁴³² IŞIKTAÇ, 2004, s. 44.

⁴³³ AGAMBEN, Giorgio, **Tanık ve Arşiv – Auschwitz'den Artakalanlar**, (Çev. Ali İhsan Başgül), Dipnot Yayınları, Ankara, (?), s. 18. *Giorgio Agamben'e göre "hukukun amacı adaleti sağlamak değildir. Gerçeğin doğrulanması da değildir. Hukuk, gerçekten ve adaletten bağımsız olarak, sırf yargı*

yerindeliği ve amaçsallığı son derece tartışmalıdır. Bir hukuk normuna ilişkin yorum faaliyeti, salt formalist bir yöntemle norm metnini anlamaya dönük bir tekniğe indirgenemeyecek kadar giriftir; örneğin bir norm, sadece lafzı açık olmadığı için değil, var olan ve düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma gereksinim duyar, keza lafzı itibariyle çok açık ve kesin olduğu düşünülen bir norm dahi, somut bir olaya uygulanması gerektiğinde son derece müphem bir hal alabilir⁴³⁴. Hukuk normu, yalnızca, tek anlamlı, açık ya da belirli olduğu için değil, bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır; kâğıt üzerinde açık ya da tek anlamlı görülebilecek olan norm, uygulanacağı somut olayda, büyük ölçüde belirsiz hale gelebilir⁴³⁵. Bu aşamada yasa pozitivizmini aşacak metodoloji, normun fiili uygulamayı kapsayıcı anlamda somutlaştırabilmesi için gereken olanakları sunabilmelidir⁴³⁶. Çünkü hiçbir norm, oluşturulma aşamasında, ileride uygulamada ortaya çıkabilecek sayısız gereksinimi karşılayabilecek bir yapısal karaktere sahip değildir; kanun koyucunun gerçek dünyanın sürekli değişiklik gösteren farklı koşullarının hepsini birden karşılayabilecek yapısal bir düzenleme getirmesi beklenemez. O halde hukuk normunun salt biçimine, biçimsel anlamına bağlı

peşindedir. Adil olmayan bir hükmün bile kendisinde barındırdığı yargı gücü, bunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlamaktadır. Hukukun nihai ereği, bir res judicata'nın (kesin hüküm) ortaya koyulmasıdır; öyle ki bu res judicata'da hüküm, yanlışlığına ve adaletsizliğine rağmen doğru addedilerek, doğru ve adilin ikamesi haline gelir. Hukuk, olgu mu kural mı olduğuna karar verilmesi olanaksız olan bu melez ucube sayesinde huzur bulur; hukuk res judicata'sını ortaya koyduktan sonra daha ileriye gitmez. (...) Hukuki düzenlemenin nihai ereği yargıya varmaktır; ama yargı ne cezalandırmayı ne de yüceltmeyi, ne adaleti sağlamayı ne de gerçeği ispatlamayı amaçlar. Yargı kendi içinde bir erektir ve bu, daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, kendi gizemini oluşturur: yargılamanın gizemi". Ibid., s. 18 – 19.

⁴³⁴ EYRENCİ, 1981, s. 52.

⁴³⁵ MÜLLER, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Edi. Fazıl Sağlam), (Çev. Bertil Emrah Oder & Korkut Kanatoğlu & Osman Can), T.C. Maltepe Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 29.

⁴³⁶ Ibid., s. 28.

kalınarak gerçekleştirilecek bir yorum faaliyetinin, formalistlerin hukuktan beklediği “düzen” fonksiyonunu ne kadar yerine getirebileceği de tartışmalıdır. Bu nedenlerle, bir normun yorumunda düzenlemeye yöneldiği olay ve kurumların sosyo–politik ve ekonomik gerçekliklerini göz önüne almadan, onu bu gerçekliklerden soyutlayarak girişilecek bir yorum faaliyetiyle ne kadar yerinde bir yargıya varılacağı şüphelidir⁴³⁷. Hâkim önüne gelen her olayda, olayın gerçekleştiği ekonomik, politik, kültürel ve tarihi çevreyi dikkate alarak, somut ve maddi içeriğe sahip bir adaleti tesis etmelidir⁴³⁸. Hâkim, insan davranışlarını biçimlendirmeyi ve onlara yön vermeyi amaçlayan uygulamaya dönük bir düzenleyici olarak hukukun gerçek olgularla ilgilenmesini; düzenleyici işlevini yerine getirebilmesi için de sosyal hayatın koşullarını yeterince dikkate almasını sağlamalıdır⁴³⁹. Hâkimin, sosyo–politik ve ekonomik gerçeklikleri göz önüne alarak normu yorumlaması gerekliliği, öncelikle zaman – mekân problemi olmak üzere esasen hermeneutiğin⁴⁴⁰ konusuna

⁴³⁷ F. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., Berlin, 1976, s. 127’den aktaran EYRENCİ, **1981**, s. 52.

⁴³⁸ KEYMAN, **1981**, s. 82. Konuyu özellikle anayasa normlarının yorumlanması hususunda değerlendiren ve anayasa normlarının yorumlanmasında politik gerçeklik hesaba katılmadan yapılacak yorum faaliyetlerinin bir kısır döngüye düşülerek ciddi sorunlara sebebiyet vereceğini düşünen Leibholz’a göre “*hukuk, gerçek dünyayı, yani, siyasal gerçeği göz önünde tutmaz, onu umursamazsa, hukukçu da hayattan, gerçekten ve hukukun kendisinden kopmuş, ayrılmış olur. Gerçeğin normatif gücüne ilişkin teori eleştirilmeden genişletilir de bu yüzden hukuk kuralının değeri gözden kaçırılırsa, anayasal gerçeğin ardındaki sürekli değişme içindeki güçlere üstünlük verilmesi, hukukun değerini ve gücünü sarsar. Kuralla gerçek arasındaki bu diyalektik çatışma, kuralı gerçeğe ya da gerçeği kurala feda etmeden, anayasanın yeni ve özgün biçimde yorumlanmasıyla ortadan kaldırılabılır; hukuk kurallarıyla anayasa gerçeğini uzlaştırma görevi de anayasa hukukçusuna düşmektedir. Böylece anayasa hukukçusunun siyasal bilimin niteliği ve siyasal hayatı biçimlendiren güçler hakkında neden bir politikacıdan daha çok şeyler bilmesi gerektiğini anlayabiliriz. Çünkü, anayasa hukukçusu bir politikacıdan daha çok şeyler bilmezse, yalnız siyasal gerçeğe canlılığın (dinamizmin) bilincine varabilecek, ama hukukun değerini ölçemeyecektir*”. LEIBHOLZ, Gerhard, “Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek”, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), **AÜHFD**, C. 30, S. 1, Y. 1973, s. 4 – 5.

⁴³⁹ F. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., Berlin, 1976, s. 109 ve H. H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte”, *AÖR* 101 (1976), s. 162’den aktaran EYRENCİ, **1981**, s. 52.

⁴⁴⁰ Hermeneutik, bu çalışmanın doğrudan bir konusu olmamakla birlikte özellikle formalizmin hukuk normuna yönelen biçimci yorumculuğuna karşı, normu var olduğu gerçeklikler dünyası ve uygulanacağı zamansal boyutu da hesaba katarak değerlendirmesi – anlaması ve yorumlaması– nedeniyle önem arz etmektedir. Hermeneutik tarihsel yönden yazılı metinlerin yorumlanması ile ilgili

giren bir dizi sorunun gündeme gelmesine de sebebiyet verecektir. Zira pozitif hukuk belirli bir ülkede –mekânda– belirli bir zamanda yürürlükte olan hukuk olarak değerlendirilirse, söz konusu hukuk sisteminin hükümlerinin, yaşanan her gün geride bırakılan bir zamana ait olduğu gibi bir gerçekle karşılaşmaktadır⁴⁴¹. Böyle olunca, hukuk normlarına başvurulduğu andan itibaren, özellikle normların salt formal karakteri üzerine kafa yoruluyorsa, önceki zamanın değerlendirmelerine göre hazırlanmış hükümlerle şimdiki zamanda ortaya çıkmış bir çatışmaya çözüm aranıyor demektir, işte tam bu noktada normun nasıl yorumlanacağı sorununun aciliyeti kendini gösterir⁴⁴².

Hukukun düzenleme ve yön verme etkisinin toplumsal hayatın

bir süreci ifade eder. Bu süreç yorum (Auslegung) ve anlama (Verstehen) olmak üzere iki kavram eksenine oturmuştur. Anlama, yabancı bir öznenin, psikik hayatın kendini ifade ettiği her türde işaret / gösterge temelinde söylemek istediği ya da niyetlendiği şeyin bilinmesine dayanır. Buna karşılık yorum sadece sınırlı bir işaretler / göstergeler kategorisini, yazıyla sabitleştirilmiş her türden doküman ve eser dâhil yazılarla sabitleştirilen / tespit edilen işaretler / göstergeler kategorisini kapsar. Bir yorum faaliyeti olarak hermeneutik her şeyden önce “*bir edebî yazının yorumu, bir yasa metninin yorumu (hukuksal hermeneutik), bir kutsal yazının yorumu (teolojik hermeneutik) ve nihayet bir varlık yorumu (felsefi / ontolojik hermeneutik) olabilir*. Bir başka ifadeyle, kutsal metinlerin yorumu süreciyle başlayıp tarihi meydana getiren insani eylemlerin yöntemsel yorumuna uzanan bir çizgide gizli anlamları bulma sürecidir. Hermeneutiğin diğer yönü olan anlama süreci, bilhassa *Friedrich Schleiermacher* ve *Wilhelm Dilthey* gibi düşünürlerin öne sürdükleri görüşler sonucunda psikoloji ve sosyoloji gibi alanlardaki anlama yaklaşımlarına da ilham vermiştir. Anlama süreci ayrılmaz biçimde yorumla bir arada olduğu gibi yorumlama sürecinin de temel unsurlarından biridir. Bütünsel olarak bir metni veya ayrı bir pasajın ruhunu yorumlamak yazarın zihninde oluşmuş ya da bilinçsizce ona rehberlik eden düşünceleri anlamaktır. RICOEUR, Paul, “Metin Modeli: Bir Metin Olarak Anamlı Eylem”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 100; JAPP, Uwe, “Hermeneutik, Filoloji ve Edebiyat”, **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), 2. Baskı, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 267; KISIEL, Theodore, “Geleneğin Vukubulması: Gadamer ve Heidegger’in Hermeneutiği”, **İnsan Bilimlerine Prolegomena – Dili Gelenek ve Yorum**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 181; AST, Friedrich, “Hermeneutics”, (Çev. Dora Van Vranken), **The Hermeneutic Tradition – From Ast to Ricoeur**, (Edi. Gayle L. Ormiston, Alan D. Schrift), State University of New York, New York, 1990, s. 49.

⁴⁴¹ UĞUR, Aydın, “Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması”, **AÜSBFD**, C.; 38, S. 1 – 4, Y. 1983, s. 181. Ayrıca bkz. ESEN, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 5.

⁴⁴² UĞUR, 1983, s. 181 – 182.

gerçekliği ile ilişki içinde olması, hukuk normunun da yer ve zamana göre farklılaşan çevresel etmenlerden soyutlanarak yorumlanmasını olanaksızlaştırmaktadır; hukuk normu, tam olarak veya büyük ölçüde kendi kendine yeten bir bütünlük şeklinde değerlendirilip, formalist mantıkla yorumlanabilecek bir niteliğin çok ötesindedir⁴⁴³. Ortada zamansal bir farklılık olması dolayısıyla, formalizmin yöntemi, salt aynı şeyi tekrar üretmek, tekrar anlamak ve tekrar uygulamak biçiminde şekillenirken, bir normu gerçek anlamıyla kavrayabilmek ancak toplumsal etkileşimleri de değerlendiren üretken ve yaratıcı bir faaliyetle, onu toplumun ve zamanın değişen koşullarına ve görüşlerine uydurmakla mümkün olabilecektir⁴⁴⁴. Normun üretildiği biçim olarak ifadesi ile uygulama aşamasında yöneldiği fiilin gerekliliklerini karşılayabilmesi anlamında bir köprü olarak zamansal boşluğun yorumla doldurulması faaliyeti, aynı zamanda anlama ve yaratmayla ilişkili bir süreçle de bağlıdır.

Hukukçu, yasanın anlamını, mevcut davadan hareketle ve bu dava adına anlar; yasanın anlamı, ancak yasanın somutlaştığı uygulamaların tümüne bakılarak kavranabilir⁴⁴⁵. Hukukçunun davayı anlaması, dava konusunun sosyo-politik içeriğinden ekonomik ilişkilere uzanan bir sahada nerede konumlandığı, hangi çıkarları temsil ettiği, yaşamda nasıl bir gerçeklik zeminine oturduğu ve normların bu gerçeklik zeminin neresine yerleştirileceğinin tespitine yönelik bir süreci ifade eder.

⁴⁴³ H. H. Rupp, "Vom Wandel der Grundrechte", AÖR 101 (1976), s. 163 ve F. Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin, 1976, s. 131 – 132'den aktaran EYRENCİ, 1981, s. 52.

⁴⁴⁴ H. Huber, Über die Konkretisierung der Grundrechte, Der Staat als Aufgabe, Gedankenschrift für Max Imboden, Basel-Stuttgart 1972, s. 200'den aktaran **Idem**.

⁴⁴⁵ GADAMER, Hans – George, **Hakikat ve Yöntem**, C. 2, (Çev. Hüsamettin Arslan [İng.] & İsmail Yavuzcan [Alm.]), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2009, s. 89.

Bu süreçte kanun koyucunun ruhunun politik – ekonomik hüviyetinin keşfi ve anlamlandırılması, yasa normunu neye, hangi amaca yönelik olarak tasarladığı ve varsa olması gerekene yönelik tahayyülleri, aydınlatılması lüzumlu temel faktörlerdir. *Gadamer*'in de belirttiği üzere, “*yasanın doğru anlamını anlamaya çalışan kişi önce ilk anlamını biliyor olmalıdır. Dolayısıyla o hukuk tarihine göre düşünmelidir – fakat burada tarihsel anlama yalnızca bir amaca uygun araç olarak iş görür*”⁴⁴⁶; yoksa asıl mesele bu tarihsel anlamıyla öğrenilen şeyin hukuki anlamda şimdiye uygulanmasında⁴⁴⁷, normun güncelleştirilerek anlamlandırılmasında ve uygulamaya, gerçeklik dünyasının ihtiyaçlarını karşılayabilecek biçimde yansıtılmasında ortaya çıkar. Gerçekten de hukukta yorum probleminin belki de en önemli sürecini geçmiş zamanda, daha önceki bir dönemin takdirine göre hazırlanmış hukuk normunun bugünün gereklerine, icaplarına, zorunluluklarına nasıl uydurulabileceği meselesi teşkil etmektedir⁴⁴⁸. Bahsedilen süreçte başrol oyunculuğu hukuksal hermeneutik görüş tarafından hâkime devredilmektedir. Hukukun uygulayıcısı ve yorumcusu olarak hâkim, hukuku şimdinin ihtiyaçlarına adapte ederek pratik bir görevi yerine getirmeyi deneyimlemekte, anlamak ve yorumlamak suretiyle gerçek anlamı keşfetmektedir⁴⁴⁹. Hâkim hukuksal çatışmaların bir uzlaştırıcı olarak hukuki düşünceye aracılık etmekte ve zamansal yönden donmuş

⁴⁴⁶ **Ibid.**, s. 90. *Hans – Georg Gadamer* bu noktada *Friedrich Carl von Savigny*'nin hukuki hermeneutiğin görevini bütünüyle tarihsel bir veçheye indirgeyerek yanıldığını, oysa hermeneutiğin bugünkü anlamıyla hukuksal normu anlamaya odaklandığını, bu nedenle geçmişini incelediğini söyler. **Ibid.**, s. 90 – 91.

⁴⁴⁷ **Ibid.**, s. 90.

⁴⁴⁸ ESEN, 1972, s. 5 – 6.

⁴⁴⁹ GADAMER, 2009, s. 92 – 93.

olan normu “şimdi”ye uygun hale getirmeye çalışmaktadır⁴⁵⁰. Görüldüğü üzere hukuksal hermeneutik yasa metni ile uygulamada ortaya çıkan sorunların birbir uyuşmayacağını ve yasa metninin uygulamasının politik, ekonomik, toplumsal gerçekliklerin zorlanımı altında olduğunu imlemektedir. Hukuk normunun ancak belirtilen gerçekliklerle bağlantı kurularak yorumlanıp anlamlandırılabilceği ifade edilerek formalist hukuk yaklaşımlarının biçimciliği aşılmaya çalışılmaktadır. Formalist biçimciliğe mutlak bir bağlanışın çok açık ve kesin tezahürleri olarak nitelendirilebilecek şekil ya da usul kurallarında bile hukuksal hermeneutik, gerçek yaşamın şartlarıyla karşılaşıldığında tamamen öngörülebilir, bilinebilir sonuçlar doğmayabileceğini, hangi koşulda olursa olsun hukuk normunun hem teknik hem anlam hem de zaman açısından gerçeklikle ve uygulamayla buluşturulması gerektiği üzerinde durur.

Hukuka yönelik hermeneutik yaklaşımların da betimlediği üzere hukuksal formalizmlerin, normların yorumlanmasında uyguladıkları biçimci yorum metotları, ortaya çıkabilecek farklı hukuksal çatışmaların her birini giderebilecek bir potansiyele sahip olmaktan uzaktır. Gerçekten de süreler, şekil şartları ya da salt usule ilişkin normlar gibi formalist yorumun uygulanabilirliğinden söz etmenin en çok mümkün olduğu alanlarda dahi birçok belirsizlik, karşıt görüş veya biçimsel yorum yöntemlerinin çıkmaza girdiği örnekler söz konusu olabilmektedir⁴⁵¹. Türkiye’nin hukuk düzeni üzerinden düşünüldüğünde örneğin şekle ilişkin en sıkı

⁴⁵⁰ **Ibid.**, s. 93.

⁴⁵¹ Hukuksal yorumun bir yönünün de hukuki belirsizlik problemiyle de yakından ilgisi vardır. Bu bağlamda öncelikle farklı yorum yöntemlerinin hukuksal bir belirsizliğe yol açabileceğini, fakat aynı zamanda var olan hukuki belirsizliklerin de ancak yorum yoluyla giderebileceğini belirtmek gerekir. Ayrıca bkz. **Infra.**, s. 237 – 241.

düzenlemelerden birinin gayrimenkul mülkiyetinin kazanılması ile ilgili olduğu görülür. Gerek yeni gerek eski Medeni Kanun'da gayrimenkul mülkiyeti ancak tapu siciline kayıt gibi birtakım sıkı şekil şartlarına bağlanmış, keza mülkiyet devrini öngören sözleşmelerin de resmi şekilde yapılacağı hüküm altına alınarak bu konuda kesin bir belirlilik ve kesinlik sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 633. maddesiyle de⁴⁵² bağlantılı olan 634. maddesinin⁴⁵³ ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 213. maddesinin⁴⁵⁴ uygulanması sürecinde birçok farklı durum ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmalar özellikle 634. ve 213. maddelerin uygulanmasına ilişkin 633. maddede sözü edilen cebri tescil davalarında nasıl karar alınacağı hususunda yoğunlaşmıştır. *“Mülkiyeti nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar”* hükmüyle ilk bakışta son derece açık ve sadece normun lafzına bakarak dahi formalist yöntemlerle kolayca yorumlanabilecek gibi görünen 634. maddenin bir kısım belirsizlikler taşıdığı⁴⁵⁵, keza tarihsel süreç içinde

⁴⁵² 743 sayılı Medeni Kanun'un *“Gayrimenkul Mülkiyetinin İktisabı”* başlıklı 633. maddesi şöyledir: *“Gayrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt şarttır. Bununla beraber işgal, miras, istimlâk, cebri icra tarihleriyle veya mahkeme ilâmı ile bir gayrimenkulü iktisap eden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur. Fakat tescil merasimi ikmâl edilmedikçe temlik tasarrufları bulunamaz”*.

⁴⁵³ 743 sayılı Medeni Kanun'un *“Mülkiyeti Nakleden Akitler”* başlıklı 634. maddesi şöyledir: *“Mülkiyeti nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar. Ölüme bağlı tasarruflarla evlenme mukaveleleri mahsus şekillere tâbidir”*.

⁴⁵⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun *“Akdin Şekli”* başlıklı 213. maddesi şöyledir: *“Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair vaadi ve bey'i bilvefa ve istimlâk mukavelesi resmî senede raptedilmedikçe muteber değildir. Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir”*.

⁴⁵⁵ Bu konudaki ilk ciddi sorunlardan biri tapuda tescili kimin gerçekleştireceği ile ilgili olarak ortaya çıktığı görülür. Gerçekten de normun lafzına bakıldığında, bu tescili hangi kişinin ya da kurumun gerçekleştireceği son derece belirsiz kalmaktadır. *Ahmet Kılıçoğlu*, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeleri resmi şekle bağlayan eski Medeni Kanunu'nun 634. maddesi ve satışla ilgili 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 213. maddesinde bu işleme resmîyet kazandıracak makamın gösterilmemiş olduğunu belirterek bu durumun uygulamada çeşitli karışıklıklara yol açtığını belirtmektedir. Keza ilgili sorun önce Yargıtay'ın 10.6.1931 tarih ve 1931/40 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'yla ve daha sonra 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesiyle getirilen düzenlemelerle ancak giderilebilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, *“Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”*, **AÜHF**, C. 38, S. 1 – 4, Y. 1981, s. 210 – 211.

farklı toplumsal, politik, ekonomik dinamikler dolayısıyla birçok kez ciddi anlamda yoruma ihtiyaç gösterdiği görülmüştür. Bu bağlamda Yargıtay'ın birçok kararında taşınmaz nakline ilişkin sözleşmelerde resmi şekil şartını aradığı⁴⁵⁶ fakat son dönem kimi kararlarında bu görüşünü değiştirerek tescil davalarında olumlu kararlar verdiği de gözlemlenmektedir⁴⁵⁷. Yargıtay'ın konuya ilişkin 30.9.1988 gün ve 1988/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararının bir taraftan normların yorumunda salt formalist yöntemlere bağlı kalınmasının bırakılması diğer taraftan sosyal, toplumsal ve ekonomik ilişkilerin gerçekliklerinin de normun biçimselliğinin önüne geçecek bir biçimde yoruma esas alınması yönünden son derece önemli bir adım olduğunu belirtmek gerekir⁴⁵⁸. İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına konu olan uyuşmazlıklarda, *“Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan (inşaatın yapımı sırasında) geçersiz sözleşmeyle bağımsız bölüm satımı, tarafların anlaşarak (inşaatın yapımının tamamlanması üzerine) satışı konu bağımsız bölümün alıcıya teslim edilmesi ve alıcının da sözleşmeyle yükümlendiği tüm borçlarını eda edip bağımsız bölümü malik gibi kullanmakta bulunmasına rağmen satıcının (sözleşmenin geçersizliğine dayanarak) tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması nedeniyle açılan cebri tescil davaları söz konusudur”*. Yargıtay aldığı karar ile yasanın geçerlilik şartı olarak öngörülen şekle uyulmadığı halde günün değişen şartları, enflasyon olgusunun varlığı, müteahhitlerin fiili uygulamaları ve hızla yaygınlaşmaya başlayan mağduriyetler gibi gerekçelerle, içtihadı birleştirmeye konu

⁴⁵⁶ Bkz. (10.07.1940 gün 2/77 sayılı YİBGK kararı), (25.5.1954 gün 8/18 sayılı YİBGK kararı), (29.1.1986 gün ve 14/849–57 sayılı YHGK kararı), (21.3.1986 gün ve 14/541–257 sayılı YHGK kararı), (24.9.1986 gün 8/270–780 sayılı YHGK kararı).

⁴⁵⁷ Bkz. (6.6.1979 gün 14/190–799 sayılı Y1.HD Kararı), (22.3.1985 gün 14/399–232, 14/544–233, 14/596–234, 14/597–235, 14/598–236, 14/649–237 sayılı YHGK kararı).

⁴⁵⁸ Bkz. (30.9.1988 gün 1988/2 sayılı YİBGK kararı).

olan uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere, Medeni Kanun'un 2. maddesini gözeterek, satıcının kötü niyetini kanunun himaye etmeyeceği gerekçesiyle, tescil davalarının kabul edilebileceğine, bir başka ifadeyle normda belirtilmiş olan kesin şekil şartına riayet edilmemiş olsa dahi işlemin hukuken geçerli sayılacağına karar vermiştir⁴⁵⁹. Böylece normun açık lafzına rağmen, toplumsal ve ekonomik şartlar da göz önüne alınarak formalist bir yorum yöntemi tercih edilmeksizin Medeni Kanun'un 2. maddesine atıfla sosyal gerçekliğin ön planda tutulduğu bir yorum yapılmış ve buna dayanılarak karar alınabilmiştir. Sonuç olarak karar, esasen Medeni Kanun'un 634. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddesiyle ilgili olmasına karşın aynı zamanda daha güçlü ve temel bir şart olan Medeni Kanun'un 633. maddesi ile de

⁴⁵⁹ Yargıtay'ın ilgili gerekçesinde esasen ekonomik ve toplumsal gerçeklikleri, yeni çıkan olguları gözetken bir çerçeveden hareketle kararını teşkil etmeye çalıştığı belirtilmelidir. Bir başka ifadeyle Yargıtay kanunun hazırlandığı zamanla günün koşullarını bir arada değerlendirmiş, normda ortaya çıkan zamansallık sorununu bu sayede çözmeye çalışmıştır. İlgili kararın gerekçesindeki ifadeler bu bağlamda büyük önem arz etmektedir: "1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen Kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaatla başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaz Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir".

doğrudan bir bağlantı içindedir. İctihadı birleştirme kararında her ne kadar bu husus öne çıkartılmaya çalışılmamışsa da, karşı oy yazılarına bakıldığında 633. maddenin ve aynı zamanda diğer maddelerin açık lafızları karşısında böyle bir sonuca, yoruma ulaşamayacağı söylenmekte, şekli hukuka sıkı bir bağlılık vurgulanarak formalist bir zaviyeden ilgili normların salt lafzına bağlı kalacak biçimde formal yoruma gidilmesi gerektiği iddia edilmektedir⁴⁶⁰. Bu kararın da gösterdiği üzere hukuk normlarının yorumunda son derece açık formal kuralların dahi ortaya çıkan farklı durumlar karşısında uygulanmasından vazgeçilerek alternatif çözüm yollarına ulaşılması, normun formal anlamından çok içeriksel anlamının ve toplumsal fonksiyonunun değerlendirilmesi suretiyle sonuca ulaşılması gerekmektedir.

Hukuksal yönden açık ve kesin olduğu söylenebilen şekle ilişkin normlarda dahi tartışmalı hususların olduğu ve bu hususların, ancak dışsal etkileyenlerin göz önüne alınması suretiyle çözümlenmesi gerekliliğini, her türlü hukuk normunda belirsizlik arz edebilecek başka birçok hususun yorumlanmasında da formalizmin kalıplarının dışına çıkılarak farklı yöntemsel araçların kullanılması mecburiyetini net bir biçimde ortaya koymaktadır. Müller'in de belirttiği üzere "*bir normun nesnel belirlenimi ne kadar yoğunsa, norm alanının hukuk tarafından yaratılmışlık derecesi ne kadar az ise; bu normların uygulanmasında norm alanı*

⁴⁶⁰ İlgili karşı oy yazılarından birinde yer alan yoruma göre "MK. umuzun 633. maddesi, gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı için tapu siciline kaydı; yani tescili –ayni maddedeki istisnalar haricinde şart kılmalıdır. Binaenaleyh taraflar bunun hilafına mukavele yaparak, gayrimenkul mülkiyetinin tescilsiz iktisap edilebileceğini kararlaştıramazlar; kararlaştırırlarsa, böyle bir mukavele hükümsüz olur. BK.muzun 213. maddesi de gayrimenkul satışının muteber olması için, satışın resmi senetle yapılmasını şart kılmalıdır. Taraflar bu maddelerdeki kaidelerin aksine mukavele yapamazlar; yaptıkları takdirde bu muameleler tamamen hükümsüzdür. Görülüyor ki emredici hukuk kaideleri kanunen riayeti mecburi olan ve aksine mukavele caiz olmıyan hukuk kaideleridir. Bunlarda fertlere hareket serbestisi tanınmamış, bilakis onlar sıkı sıkıya bağlanmıştır demektedir". Bkz. (30.09.1988 gün 1988/2 sayılı YİBGK kararı)

analizine duyulan ihtiyaç da o kadar güçlü olur”⁴⁶¹. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlardan, kamu güvenliğine, kamu düzenine, devletin korunmasına kadar geniş bir sahadaki pek çok düzenlemenin barındırdıkları eşitlik, özgürlük, vatandaşlık, sendika, grev, mülkiyet, vergi, dernek, basın özgürlüğü, bilim ve sanat gibi pek çok kavramın burada işaret edildiği anlamıyla çok anlamlılıklar, çatışan anlamlar, belirsizlikler ve müphemlikler içerdiği dikkat çekmektedir⁴⁶². Bilhassa temel haklar özelinde anlama eylemine içkin olan yaratıcı moment ağırlık kazanmaktadır, çünkü temel haklarda normun anlamı, başka herhangi bir alanda olduğundan çok daha yoğun bir şekilde somutlaştırma sürecinden üretilmektedir⁴⁶³. Söz konusu kavramlar salt biçimsel mantık ile anlamlandırılabilir ve açıklanabilecek niteliklere sahip olmayıp, ancak gerçek yaşamdaki olgularla norm arasındaki bağlantıyı sağlayan ve olguların çok yönlü, kapsamlı analiziyle yorumlanabilecek, değerlendirilebilecek bir karakter göstermektedirler⁴⁶⁴. Söz konusu kavramları ihtiva eden normlarla bir uygulama probleminde karşılaşıldığında salt söz konusu kavramların formal anlamları ile yetinmek ya da emsal kararlarda nasıl kullanıldıklarını araştırıp karşılaşılan uygulamaya da bu eski kullanılış biçimiyle kavramın anlamını ithal etmek birçok sorunu da beraberinde getirecektir. Hukukçunun önüne gelen olayda bu tür bir formalizme sapması ya da uygulamanın eski örneklerini ithal ederek önündeki olaya ikameye çalışması, uygulanması gereken

⁴⁶¹Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 2 Aufl., Berlin 1976, s. 124'den aktaran SANCAR, **1995**, s. 129.

⁴⁶² Bkz. EYRENCİ, **1981**, s. 54; SANCAR, **1995**, s. 129 – 130.

⁴⁶³ Hans Huber, “Über die Konkretisierung der Grundrechte”, in: *Festschrift für Max Imboden*, Basel–Stuttgart 1972, s. 200'den aktaran **Ibid.**, s. 122.

⁴⁶⁴ EYRENCİ, **1981**, s. 54.

normun sosyal gerçeklikle bağlarını koparacağı gibi hukuktan beklenen işlevleri de zayıflatacaktır. Hukukçu önüne gelen olayda uygulayacağı normu, ekonomik, politik, toplumsal etkileri, sonuçları ve gereklilikleri doğrultusunda değerlendirmeli, normun yorumunu olay ekseninde somutlaştırabilmelidir. Normun ve normla ilgili bulunan diğer yasal hükümlerin somutlaştırılması, zamansallığın dehlizlerinde kaybolmamış bir uygulamaya olanak sağlayabileceği gibi, uygulamanın gerçeklikler dünyasıyla bağlantısına köprü olabilecek yegâne yoldur.

Somitlaştırıcı bir yaklaşım⁴⁶⁵ yasa normunun yorumlanması açısından öylesine önemlidir ki yasadaki beklenen toplumsal işlevin gerçekleştirilebilirliğinin büyük oranda bu somutlaştırma ile bağlantılı olduğunu belirtmek gerekir. *Gadamer*'in de belirttiği üzere yasa salt tarihsel anlamıyla değerlendirilmek üzere var değildir, hukuki geçerliliği yorumlama suretiyle somutlaştırılmak üzere vardır; normun gerçek şekilde anlaşılması, her somut durumda yeni ve farklı bir tarzda anlaşılmasına imada bulunmaktadır⁴⁶⁶. Burada somutlaştırma yöntemi yorum faaliyetinin üzerinde, ondan daha geniş anlamlar ihtiva eden bir şeydir⁴⁶⁷. *Müller*'in göre “*hukuk kuralı, kural metnini aşan bir yapıya sahip olduğu gibi, hukuk kuralını uygulamaya yönelik norm somutlaşması da metin yorumlamasını aşan bir olgudur*”⁴⁶⁸. Norm metninin yorumu, somutlaştırma yönteminin en önemli unsurlarından biri olmakla birlikte başka faktörler de yönteme dâhildir; pozitivistin

⁴⁶⁵ *Hans Huber* ve *Müller* gibi hukukçuların daha çok anayasal normların yorumunda / anlamlandırılmasında kullandıkları bir yöntem olarak somutlaştırma yaklaşımı ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, 1995, s. 118.

⁴⁶⁶ GADAMER, 2009, s. 65 – 66.

⁴⁶⁷ MÜLLER, 2009, s. 7.

⁴⁶⁸ *Idem*.

aşılabilmesi için geniş anlamda somutlaştırmanın işlevleri ile ilgili kurallar geliştirmek gerekmektedir, fakat böyle bir yöntem izlenirken hukuku gerçekleştirme süreci, salt hazır–verili şeyin, yani normun biçiminin basit bir uygulanişından ibaret değildir⁴⁶⁹. Bu nedenlerle norm metninin yorumlanması, normun somutlaştırılması sürecinde önemli bir safha olmasına karşın yeterli değildir, keza *Müller*'in “norm somutlaşması” kavramını kullanmasının altındaki sebep de sadece yoruma dayanmanın söz konusu yetersizliğinden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁰. Hukukun – kodlanmış ya da kodlanmamış olsun– tesisindeki geçerlilik iddiası bir metne dayandığından pratik uygulama içinde sürekli yorumlanmaya ihtiyaç duyar, hukuki kararlar, teamüller ya da hukukun egemen uygulaması bu nedenle daima yaratıcı bir hukuki işleve sahiptir⁴⁷¹. Bu süreçte uygulayıcı olarak hâkimin gerekiyorsa yaratıcı ilavelerle yasaya müdahale ederek gerçekleştirdiği eylem⁴⁷², sadece hukuksal metnin

⁴⁶⁹ Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 2 Aufl., Berlin 1976, s. 25 – 26'dan aktaran SANCAR, **1995**, s. 126.

⁴⁷⁰ Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 2 Aufl., Berlin 1966, s. 125 vd.; 146 vd.; s. 285'den aktaran SAĞLAM, **1982**, s. 48.

⁴⁷¹ GADAMER, Hans–Georg, “Metin ve Yorum”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 300 – 301. Anayasal normların yorumunda somutlaştırma yaklaşımına atıf yapan *Huber*'e göre somutlaştırma ile amaçlanan hedef “*zamanın akışı ve toplumun dönüşümü içinde norm programlarının tamamının gerçekleştirilmesi yoluyla anayasayı geliştirmek, tüketmek, zenginleştirmek ve hukuk yaratmak*”tır. Hans Huber, “Über die Konkretisierung der Grundrechte”, in: *Festschrift für Max Im Boden*, Basel–Stuttgart 1972, s. 192 ve Hans Huber, “Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung”, in: Manfred Friedrich (Hrsg.), *Verfassung – Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt 1978, s. 319'dan aktaran SANCAR, **1995**, s. 120. Ayrıca bkz. **İbid.**, s. 124 – 125.

⁴⁷² GADAMER, **2009**, s. 95. Hâkimin yaratıcı etkinliğini ön plana çıkartmasına rağmen *Gadamer*'in hâkimi hukukun üstünde görmediğini de belirtmek gerekir. *Gadamer*'e göre hâkim de herkesle aynı biçimde yasaya tabidir. Hâkimin yargısının keyfi ya da öngörülemez bir karardan değil, bütünden hareketle adil bir değerlendirmeden doğması hukuka bağlı yönetim fikrinin unsurlarından biridir. Hukukun yönettiği bir devlette hukuki güvence ve kesinlik, yani ilkece kesin durumun ne olduğunu bilmek mümkün olmalıdır. Yasayı uygulamak basitçe yasayı bilmek değildir, eğer kişinin belirli bir dava hakkında hukuki bir yargıda bulunması gerekiyorsa, yasayı ve yasa üzerinde belirlenim gösteren tüm diğer unsurları da bilmesi, anlaması gerekmektedir. Yasanın zorunluluğu, hukuki düzenin herkes için geçerli olması ve kimsenin ondan muaf olmamasıdır. **İdem**. Benzer biçimde *Müller* de hâkimin yaratıcılığının sınırını hukuk devleti bağlamında hukuksal güvenlik, normun belirginliği, alenilik, anayasal düzenin mutlaklığı gibi gerekçelerle son kertede normun lafzını açıkça aşmama şartına

yorumu açısından değil, tıpkı diğer metinsel yorumlarda da yapıldığı üzere esasen bir metnin her anlama sürecinde ortaya çıkan bir durumdur⁴⁷³. Ancak hâkimin bu yaratıcı etkinliğiyle, hukuksal yorum, var olduğu gerçeklik dünyasından uzlaştırılabileceği gibi doğa bilimlerinin formal zihniyet kalıpları aşarak hukuka kendi metodolojik karakteri ve objektivitesi de kazandırılabilir⁴⁷⁴.

Formalizmin hukuk uygulamasına yansıyan ve hâkimlerin karar alma süreçleri üzerinde de etkinlik gösteren önemli bir fonksiyonu olduğunu ayrıca belirtmek gerekir. Bu durumun emsal kararlara uyulmasının güçlü bir yargısal yöntem olarak benimsendiği Anglo-sakson hukukuyla sınırlı bir görünüm olmadığını, örneğin Türkiye’de, alt derece mahkemelerin genellikle üst derece mahkemelerin verdikleri kararlara uyma yönünde bir yönelim içinde olduklarını eklemek gerekir⁴⁷⁵. Formalizm hâkimlerin önlerine gelen davalarda hukukun genel prensiplerini ve hukuk kurallarını uygularken, zorunlu ve aynı zamanda kaçınılmaz biçimde kuşkulu bir mahiyet arz eden politik seçimlerinin kararlar üzerindeki

bağlar. Ayrıntı bilgi için bkz. SANCAR, **1995**, s. 134 – 136.

⁴⁷³ GADAMER, **2009**, s. 110.

⁴⁷⁴ Doğa bilimlerinden farklı bir metodoloji geliştirmek salt hukukla ilgili bir mesele değildir. Esasen sosyal bilimler ile doğa bilimleri arasında öze ilişkin farklılıklar bulunması sebebiyle, genel olarak sosyal bilimler –doğal olarak hukukun da– farklı epistemolojik öncüllere dayanan ve buradan hareketle farklı metodolojik ilkelere sahip bir tercihe yönelmesi gerekmektedir. KÖKER, Levent, **İki Farklı Siyaset – Bilgi Teorisi-Siyaset İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştirel Teori**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008, s. 14.

⁴⁷⁵ Türkiye örneğinde, hâkimlerin, genel olarak terfi edebilmek, olumsuz sicil almamak gibi nedenlerin baskısından ötürü bir tür “içtihat yargıçlığına” yöneldiklerine dair görüşler öne sürülmüştür. Yargı üyelerinin bizatihi kendileri tarafından yapılan bu eleştiride, hâkimlerin, hukuku ya da adaleti bir kenara bırakarak, Yargıtay’ın istediği bir kararı vermeye yöneldikleri söylenmektedir. Bu bağlamda alt derece mahkemelerinin kararları üzerinde Yargıtay’ın görüşlerinin ve eski kararlarının belirleyici olduğu iddia edilmektedir. SANCAR, Mithat & ÜMİT ATILGAN, Eylem, **“Adalet Biraz Es Geçiliyor...” – Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009, s. 46 – 47.

etkinliğini göz ardı etmektedir⁴⁷⁶. Formalizme yönelik ilk eleştiriler daha önce de belirtildiği üzere Amerikan Hukuki Realistleri tarafından yöneltilmiştir. Realistlere göre formalist zihniyet hâkimin görevini hukuk yaratmak olarak kabul etmemekte, sadece yasa koyucu veya ortak hukuk (common law) tarafından oluşturulmuş hukuk kaidelerini önüne gelen olaya uygulamakla mahdut bir çerçeveye sınırlamaktaydı⁴⁷⁷. Böylece formalist görüş, hâkimlerin öncelikle emsal kararları değerlendirmeleri gerektiği kabulünden hareket ederek yürürlükteki hukuka ilişkin karşılaştıkları güncel sorunlarda dahi serbestçe bir muhakeme ve yorum yapmalarına olanak tanımayarak görevlerini büyük oranda geçmişin hukuki uygulamalarının objektif olarak yeniden keşfedilmesi ve bunların uygulanmasıyla sınırlı bir mit haline dönüştürüyordu⁴⁷⁸.

Hukukun bir doğa bilimi haline getirilmesi gerektiğini savunan formalistler, böylece hâkimleri karar verme süreçlerindeki mevcut politik çatışmalardan / fikir ayrılıklarından yalıtmayı hedefliyor, fakat yargısal karar verme süreçlerinde tarihsel bağlamın ve sosyal gerçekliğin etkinliğini görmezden gelerek esas olarak politik statükonun korunmasına hizmet ediyorlardı⁴⁷⁹. Oysa hukuktan doğa bilimlerinin belirlenimciliğine –nedenselliğe– dayanan açıklamalar beklemek, hukukun değerini düşürdüğü gibi ondan beklenen fonksiyonların gerçekleştirilmesini de imkânsız hale getiriyordu⁴⁸⁰. *Arthur Kaufmann*'ın da

⁴⁷⁶ BELLIOTTI, 1992, s. 6; HASNAS, 1995 – 1996, s. 87.

⁴⁷⁷ **Idem.**

⁴⁷⁸ **Ibid.**, s. 89.

⁴⁷⁹ BELLIOTTI, 1992, s. 6.

⁴⁸⁰ HOY, David Couzens, “Heidegger ve Hermeneutiğe Dönüş”, **İnsan Bilimlerine Prolegomena – Dil, Gelenek ve Yorum**, (Çev. / Der. Hüsamet Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 252.

belirttiği üzere “öznenin tamamen dışlanması ve bütünüyle olguya yönelinmesi şeklindeki doğa bilimleri objektifliği, hukuk bilimi için olası bir ideal değildir. Çünkü hukuk normları, bu anlamda bir obje niteliği taşımazlar; bunlar, sadece anlama süreci içinde işlenip hukuk haline getirilecek hammaddelerdir. Şüphesiz rutin olaylarda metodolojik sürecin yaratıcı, biçimlendirici momenti çoğunlukla bilince çıkmaz; ama orada da mevcuttur. Hukuku bulma basit bir bilme olayı değildir, fakat ondan da önce bir yapabilme olayıdır. Biçimlendirme, kavramsal olarak, biçimlendirenin esere kendi kişiliğinden bir şeyler katması anlamına gelir. Yargıcın yaptığı da budur: o da, hükme kendi kişiliğinden bir şeyler katar”⁴⁸¹. Gerçekten de hukuksal olgular, mekanist nitelikli doğa bilimlerinin deney, gözlem, sayım gibi ampirik yöntemleriyle açıklanamayacağından⁴⁸², hukuk her somut olayı ancak yorumlama ve anlama yoluyla birer obje haline getirebilecektir⁴⁸³. Bu bağlamda hâkimin yaratıcı etkinliğinin normun somut olaya uygulanabilmesi özelinde başat rol

⁴⁸¹ Arthur Kaufmann, “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, s. 341’den aktaran SANCAR, 1995, s. 75 – 76.

⁴⁸² Sosyal bilimlerin doğa bilimlerinin yöntemleriyle açıklanıp açıklanamayacağına ilişkin tartışmalar pozitivism ile hermeneutik görüş arasındaki tartışmalara dek uzanır. İlgili tartışmaların tarihsel yönü için bkz. SUNAR, İlkay, **Düşün ve Toplum**, Doruk Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 25 – 27.

⁴⁸³ ÖZLEM, Doğan, **Tarih Felsefesi**, 9. Baskı, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 142. Genel olarak sosyal bilimlerin –tinsel bilimlerin– doğa bilimlerinden bağımsızlaşarak kendine özgü yöntemler bulması gerektiği düşüncesinin *Wilhelm Dilthey*’in görüşleri ve geliştirdiği hermeneutik anlayışla biçimlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. *David Hume*, *Auguste Comte* ve *Mill* çizgisini izleyen pozitivist felsefe insani bilgiyi bilinç olaylarının birlikteliği ve sürekliliğindeki nedenselliğin (yasallığın) bulunmasına indirgemiş, böylece yasa bilimi altında, bilme fiilinin kendisi sıradanlaşarak anlamsızlaşmıştır. Bu süreçte *Dilthey*, pozitivist nedenselliğin kabul edilmesinin, her türlü anlama edimini dışta bırakacağı görüşünü savunuyordu. Yazar, tinsel bilimlerin kendilerine has hermeneutik bir metodolojiye ve psikolojik temellere ihtiyaç duyduklarını belirterek bu yönde uğraşlarını yoğunlaştırmıştır. Gerçekten *Dilthey*’in hermeneutiğe ve genel olarak sosyal bilimlere en büyük katkısının “doğa bilimlerinde açıklama söz konusu olurken, toplumbilimlerinde anlamının söz konusu olması gerektiği yolundaki önerisi olduğu” bu bağlamda belirtilmelidir. RIEDEL, Manfred, “Wilhelm Dilthey’da Teorik Bilme ve Pratik Yaşama Kesinliği Bağlantısı”, **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 65; GADAMER, Hans-Georg, “Kuşkucu Hermeneutik”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Çev. / Der. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s. 152; UĞUR, 1983, s. 185.

oynadığını belirtmek gerekir. Hukuk yorumcusunun hukuk normunun salt formal yorumlarını terk ederek normu uygulamada somutlaştırmaya dönük kendine özgü anlama yöntemini ve dilini kurabilmesi son derece önemlidir.

Bu çalışmanın ve genel olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin formalizm ve objektivizme yönelik getirdiği eleştiriler, aynı zamanda hukuka ilişkin yeni bir dil kurma hedefini ve kurulan bu dil aracılığıyla kavramlara yeni anlamlar vermeyi de içeren, esasen liberal hukuk düzeninin eleştirisinin bir adım daha ileriye götürülmesi isteğinin sonucudur. Örneğin *Unger*'in formalizm eleştirisinde, genişletilmiş hukuksal analiz programı olarak adlandırdığı yöntemle göre öğretiyeye ilişkin problemlerin çözümünde asıl gerekli olan şey, probleme ilişkin terimlerin klasik hukuk dogmatizminin kalıplarının sorgulanmasıyla baştan tanımlanması zorunluluğudur⁴⁸⁴. Bir başka ifadeyle terimler kabul edilmiş geleneksel anlamlarının dışında yeniden gözden geçirilmeli ve gerekirse bu doğrultuda bir anlamlandırmaya tabi tutulmalıdır.

Genişletilmiş hukuksal analizin terimlerin yeniden anlamlandırılması gerektiği iddiasının bir diğer boyutu, gerek terimlerin gerek kuralların yeniden yorumlanmasıyla ilgilidir; zira hukuk kuralları ve öğretisi öncelikle toplumun temel kurumsal düzenlemelerini tanımlamakta, ardından bu düzenlemeler aracılığıyla rutin ekonomik ve idari faaliyetlerin içeriğinin de biçim ve sınırlarını belirlemektedir⁴⁸⁵. Dolayısıyla kuralların yeniden tanımlanması bir yönüyle toplumun kuruluşu ve işleyişiyle yakından ilgiliyken, diğer yönüyle aynı toplum içinde ortaya çıkabilecek

⁴⁸⁴ UNGER, 1986, s. 20.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, s. 21.

çatışmaların yargı yoluyla uzlaştırılarak giderilebilmesinin usullerini tespit etmek suretiyle var olan / olabilecek toplumsal bölünmelerin engellenebilmesi açısından da önemlidir. Kuralların yeniden yorumlanması ise formalizmin bilhassa hukuksal muhakeme süreçlerinde yaratabileceği kısır döngünün engellenebilmesi ve hukukun durağanlıktan kurtarılarak toplumsal nitelikli işlevlerini daha devingen bir biçimde gerçekleştirebilmesi açısından yeni olanaklar yaratabilecektir.

2.2.2. Objektif Hukuk Anlayışı

Liberal politik teorin temel ihtiyaçlarından biri hukuk kurallarının objektif bir içeriğe sahip olduklarına ilişkin kabuldür⁴⁸⁶. Bu bağlamda hukuk kurallarının objektif ve genellik gibi vasıflara sahip olduğu kabulünden hareketle, söz konusu kuralların belli kişiler ya da olaylar için değil, aksine aynı durumda bulunan bütün bireyler ve aynı özellikleri taşıyan bütün olaylar açısından uygulanabilirliği ön plana çıkarılmaktadır⁴⁸⁷. Yasaların genelliğine ilişkin vurguyla anlatılmak istenen özel, güncel veya geçici bir durum gözetmeyen, belirli kişilere yönelmeyen, fakat önceden belirlenmiş soyut ve herkesi kapsayan hükümleri içeren bir yasal düzenlemeler silsilesinin öneminin altının çizilmesidir⁴⁸⁸. Oysa yasa metninin genelliğinin aksi sonuçlar doğuracağını düşünen *Gadamer* için “*yasa daima yetersizdir / eksiktir; kendi içinde yetersiz olduğu için değil, insanî gerçeklik hukukun düzenlenmiş dünyasına göre zorunlu olarak kusurlu olduğu ve dolayısıyla hukukun*

⁴⁸⁶ TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1206.

⁴⁸⁷ ARAL, 1991, s. 94. Bu görüş açısından “*somut olarak yürürlükte olan hukuk, belli uzay-zaman koşullarında herkese yöneldiğinden objektiftir; geneldir*”. ÖKTEM, 1977, s. 279.

⁴⁸⁸ IŞIKTAÇ, 2004, s. 91.

bire bir uygulanmasına imkân vermediği için"⁴⁸⁹ eksiktir. Bu eksikliğine karşın yasaların genelliğine ilişkin kabul sıradanlaştırılmak ve toplumsal satıhta genel geçerlilik kazanarak önsel bir ilke olarak hukuk aracılığıyla sistemsel meşruiyetin temeline dayanak yapılmak istenmektedir. Böylece hukukun genelliği üzerinden hukuk normlarının herkese eşit mesafede durduğu, hukuksal eşitliğin yapı taşlarını oluşturdukları vurgusu ön plana çıkartılmakta ve normların objektivitesine yönelik toplumsal kanı güçlendirilmeye çalışılmaktadır.

Hukuk normlarının objektif içeriğe sahip kılınması gerektiği yönündeki düşünce aynı zamanda genel olarak hukuka objektivite kazandırmak suretiyle hukuku gerçek bir bilim haline getirebilmek arzusunun da yansımasıdır⁴⁹⁰. Burada güdülen amacı pozitivist bir sosyal bilimler anlayışının olağan bir sonucu, hukuka da adeta doğa bilimlerinde var olan kesin –ya da kesine yakın– bir objektivitenin kazandırılması isteği olarak görmek yanlış olmayacaktır. Hukukun ve hukuk normlarının objektif olduklarına ilişkin söylem aynı zamanda hukuku ayrı bir bilim dalı olarak özerkleştirmeye ve onu politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, ahlak gibi alanlardan ve onların etkilerinden bağımsız bir değer dizgesi olarak nitelendirmeye çalışmaktadır. Hukukun bir olgu olarak başta politik, ekonomik, kültürel, dinsel, ahlaki kodlar da ihtiva eden toplumsal mücadeleler / çatışmalar sahasından tamamen soyutlanması varsayımına dayanan hukuk bilimi anlayışı, hukuku adeta bu mücadeleler / çatışmalar sahasının objektif kriterler koyan bir denkleştiricisi ve uzlaştırıcısı şeklinde tamamen tarafsız, dış etkileyenler karşısında

⁴⁸⁹ GADAMER, 2009, s. 79.

⁴⁹⁰ ARAL, 1991, s. 8.

nötr kalabilen bir ide olarak tasavvur etmektedir.

Hukuk normunun biçimsel ve mantıksal analizinin her türlü dış etkileyenlerden bağımsız olarak gerçekleştirilmesini mümkün gören bu bilimcilik anlayışına göre hukuk bilimi, *“davranışları davranış olarak inceleyen bir bilim olmadığı gibi, doğal veya beşeri bir gerçeklikten hareket ederek uyulması zorunlu bazı davranış kuralları saptayan bir bilim de değildir; çünkü davranış kuralları, hukuk araştırmalarının, yani hukuk bilgisinin bir sonucu değil, sadece konusudur”*⁴⁹¹. Bu bağlamda bilim olarak hukuk, normun yapısı, işleyişi, ortadan kaldırılmasıyla ve münferit modellerce oluşturulmuş, maddi öğeden kurallaştırılmış davranışların belirlenmesi, tasnifi ve sistemleştirilmesiyle ilgili formalist bir araştırma yürütecektir⁴⁹². Hukukun bilim olma vasfının ve formalist niteliğinin ön plana çıkartıldığı bu yaklaşım, daha ziyade var olan normları objektif bir biçimde değerlendiren bir işlevle hukuk bilimini tanımlıyor gibi gözüküyorsa da, esasen hukuk normlarının oluşturulmasından uygulanmasına kadar hukukun bir bütün olarak objektivitesine ilişkin telakkinin güçlendirilmesine hizmet etmektedir.

Hukuk yukarıda da belirtildiği üzere nötr bir ide olarak tasavvur edilmeye çalışılsa da, başta hukuk normlarının oluşturulması süreci gelmek üzere, ekonomik üstünlüğü elinde bulunduranların çıkarlarından politik iktidarın hegemonyasını sürdürebilmesi için ihtiyaç duyduğu gerekli düzenlemelere, ahlaktan

⁴⁹¹ Bobbio, Teoria della scienza giuridica, Torino, 1950, s. 163'ten aktaran HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 328.

⁴⁹² **Ibid.**, s. 331.

örf ve adetlere uzanan çeşitli faktörlerin belirleyiciliği altında biçimlenmektedir⁴⁹³. Özlem'in de belirttiği üzere “bir yaşam görüşü, bir inanç veya ideolojiden bağımsız, nötr bir hukuk üretimine tarih tanık olmamıştır”⁴⁹⁴. Tüm bu hususlar da göstermektedir ki, hukuk oluşturulma sürecinden itibaren kendisini üretenlerin inançlarının, ideolojilerinin, gereksinimlerinin, çıkarlarının zorlaması altında taraf olmak durumundadır. Dolayısıyla hukuk biliminin ele aldığı hukuk, esasen objektiflikten uzak bir biçimde politikadan ekonomiye belli iktidar ilişkilerinden kaynaklanan gerekliliklerinin somutlaşmasıdır. Gerçekten hukukun ve hukuk normlarının oluşturulmasını ekonomiden mevcut üretim ve piyasa süreçlerine, dinden politik sistem ve iktidar ilişkilerine uzanan farklı faktörlerin etkilemediğini söylemek, hatta doğrudan söz konusu faktörlerin tazyik veya yönlendirmesiyle biçimlenmediği görüşünü öne sürmek oldukça isabetsiz bir yaklaşımdır.

Görüldüğü üzere hukukun objektivitesine olan vurgunun önemli bir ayağı hukukun pozitivist anlamda bir bilim olarak kabul edilmesiyle koşutluk göstermektedir. Hukukun bir bilim olup olmadığı, bilim olarak bir değer ifade edip etmediği, ahlaki niteliğinin mi yoksa bilimsel karakterinin mi baskın olduğu, klasik veya pozitivist hukukçuların görüşlerine paralel bir biçimde doğa bilimlerine yakın bir kesinliği, öngörülebilirliği, objektiviteyi mümkün kılıp kılamadığı gibi sorular hukukun ne olduğunu düşünen birçok hukukçu ve düşünürce yıllardır tartışılmasına karşın üzerinde görüş birliğine varılmış bir mahiyet göstermemektedir⁴⁹⁵. Örneğin

⁴⁹³ ÖZLEM, 2004, s. 216. Hukuk ile ahlak arasında nasıl bir ilişki olduğuna ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 328 – 330, dn. 6.

⁴⁹⁴ ÖZLEM, 2004, s. 216 – 217.

⁴⁹⁵ Hukukun bir bilim olduğunu savunan *Süheyp Derbil*, onun hem kavram hem olay hem de kural

Zeki Hafizoğulları hukuk biliminin doğrudan doğa bilimlerinde rastlanan biçimiyle gerçekliğe yönelmiş bir dili olmadığını belirtmekteyse de, “*belli bir gerçeklik üzerine kurulan belli bir dil üzerine dil*” olduğu görüşünü savunmaktadır⁴⁹⁶. Buna karşın *Pasukanis*’e göre ise başta *Kelsen*’in normativist yaklaşımı olmak üzere sadece hukuk kurallarıyla uğraşan hukuk teorilerinin, kuramlarının bilimle hiçbir ilgileri yoktur; zira bu yaklaşımlar sosyo–politik gerçekliği incelemeyi amaçlamadıkları gibi hukuku ve hukuksal biçimleri de tarihsel biçimler olarak ele almamaktadırlar⁴⁹⁷. Keza *Öktem*’e göre de “*hukukun kendi, bizatihi bir bilim değildir; hukukun bilimsel yanı genel geçer ve objektif bir görünüm sunan sosyal olgudur. Hukuk, bilimselliğini sosyal olgudan almaktadır*”⁴⁹⁸. Bu bağlamda formal bir araştırma bilimi olarak hukuk kendi gerçekliklerine ilişkin objektiviteye dayanan bir dil kuran faaliyet şeklinde nitelendirilmektedir. Fakat genel olarak bilimin ya da bilimsel bilginin ne olduğu⁴⁹⁹, sosyal bilimlerle doğa bilimlerinin hangi noktalarda kesiştikleri veya birbirlerinden ayrıldıkları gibi bilim felsefesinin alanına giren konularda dahi görüş birliğinden söz etmenin güçlüğü düşünüldüğünde, hukukun

bilimi olduğu görüşünü öne sürmektedir. Örneğin kavram bilimlerinin gelişimini onların soyutlanma dereceleriyle doğru orantılı olarak gören Derbil, aynı zamanda hukukun her yerde ve zamanda geçerli evrensel kanunlara sahip olduğu görüşünü savunarak gerçek bir bilim niteliğine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu tür kesin bir yaklaşıma mesefeli duran *Ernest E. Hirsch*’e göre ise mutlak ve tartışmasız temellere dayanan gerçek bir hukuk bilimi henüz mevcut değildir; hukuk bilgisi de ancak sosyal bir varlık olan insana yönelik biyoloji, psikoloji, ekonomi ve sosyoloji gibi alanlarla bir arada çalıştığında ve onların verilerinden yararlandığında bir bilim karakterine ulaşabilecektir. DERBİL, **1945**, s. 38 – 39; DERBİL, Süheyp, “Olay Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHF**, C. 3, S. 1, Y. 1946, s. 33; HİRŞ, **1942**, s. 59.

⁴⁹⁶ Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, s. 169’den aktaran HAFIZOĞULLARI, **1996**, s. 334. Bu bağlamda bağımsız bir hukuk dili oluşturulmasına dönük çabanın aynı zamanda hukukun bilimsellik niteliğiyle de bağlantılandırıldığını, hatta böyle bir dilin varlığının hukukun bilimselliğinin bir ön şartı olarak görüldüğünü de belirtmek gerekir. Bkz. **Ibid.**, s. 376 – 377.

⁴⁹⁷ PASUKANIS, **2002**, s. 46 – 47.

⁴⁹⁸ ÖKTEM, **1999 – 2000**, s. 693.

⁴⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz. KÖKER, **2008**, s. 24 – 31.

bilimselliğine ilişkin ayrıntılı bir analizin de bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacağını belirtmek gerekir. Gerçekten de bu çalışma yukarıda belirtilen hususlara ilişkin kesin sonuçlara ulaşılmasını hedefleyen bir amaca sahip değildir. Bununla birlikte çalışma hukuki pozitivistin veya benzer yaklaşımların bir bilim olarak hukukun kesin bir objektiviteye sahip olduğu yönündeki ön kabullerini de sorgulanması gerekli bir konu olarak ayrıca ele almaktadır. Bu bağlamda hukuk, ekonomik ilişkilerden ve üretim süreçlerinden, aynı zamanda gerek mikro gerek makro ölçekli toplumsal ve politik iktidar ilişkilerinden soyutlanabilecek ve kendi başına değer ifade eden ya da değerler üretebilen bir kategori olarak mütalaa edilmemekte; politik, ekonomik ve sosyal gerçeklikler ile çatışmaların yarattığı iktidar süreçlerinin bir bileşeni olarak anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte hukukun bilim olup olmadığı ya da bilimsel niteliğinin karakteri gibi tartışmalı hususlar bir kenara bırakılırsa, esasen bir normlar sistemi ve onun kurumsal yapısının ifadesi olarak hukukun metodolojik –yöntembilimsel– bir araştırması / değerlendirmesi hukukun ne olduğunun ortaya konabilmesi özelinde daha faydalı olacaktır. Bir başka ifadeyle hukukun bilim olarak ne olduğunun tartışılmasından ziyade toplumsal yaşamın ve iktidar ilişkilerinin içinde neyi temsil ettiği, fonksiyonu, hukuka ilişkin hangi metodolojinin takip edilmesi gerektiği meselesi, özellikle çalışmanın sınırları da düşünüldüğünde, asıl can alıcı ve aydınlatılması zaruri olan hususlardır. Hukukun objektif içeriğe sahip olup olmadığı, hukuk normlarının objektif yöntemle yorumcu tarafından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği gibi esasen metodolojik tartışmaların yeniden düşünülmesinin de ayrıca önemli olduğu belirtilmelidir.

Hukukun objektivitesine yönelik kabulün yukarıda ele alınan

bilimsellikte bağlantılandırılma çabasının bir diğer boyutunu; söz konusu kabulün bir kısım başka önsel kabullere dayandırılarak tümdengelimci bir mantık silsilesi içinde genelleştirmeye yönelmek suretiyle gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda hukukun objektif nitelikli evrensel bir akla dayandığı, gerçek yaşamın biyolojik, ekonomik, politik ve diğer sosyal faktörleri (örf ve adet) gibi yine objektif karakterli, temelde değişmez ve değiştirilemez özellikler gösteren kanunları altında bulunduğu ile objektiviteye sahip ahlaki değerlerce belirlendiği gibi ön kabuller bulunmaktadır⁵⁰⁰. Objektif karakterli bu önsel kabullere dayandırılarak hukukun da objektiviteye sahip olduğu sonucuna varılmakta, bir başka ifadeyle hukuk, objektif oldukları kabul edilen bu önsel kabullerce belirlenmiş varsayıldığından, onu yaratanların –kanun koyucunun– keyfi arzularının bir ürünü olamayacağı iddia edilmektedir⁵⁰¹. Böylece hukukun politikadan dine, ekonomiden toplumsal ilişkilere uzanan alanlarda tüm bu faktörlerin etkisinden arı, tarafsız, nesnel, kesin bir olgu olarak kabulü yönünde bir konsensüsün teorik dayanakları inşa edilmek istenmektedir. Çalışmanın konusu ve hukukun objektif niteliğinin sorgulanabilmesi açısından söz konusu önsel kabullerin ve dolayısıyla hukukun eleştirel gözle değerlendirilmesi bu bağlamda bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Önsel kabullerden ilki kendisine aynı zamanda evrensel ve genel

⁵⁰⁰ ARAL, 1991, s. 17.

⁵⁰¹ **Idem.** Buna karşılık sosyolojik bir bakış açısından ise *Aral*, hukukun, toplumsal gerçekliğin bir parçası, görünümü veya salt bir olay olarak sosyolojik araştırmaya tabi kılınabileceğini belirtir. *Aral*'a göre “ilk bakışta hukuk bir olay olmayıp, aksine olaylar dünyasına bir biçim ve düzen veren birtakım davranış örneklerinden, ‘olan’ı değil, ‘olması gereken’i bildiren bir tür normlardan ibaret görünürse de, bu normların zamanın akışı içinde ve toplumdan topluma değiştiği, tarihte hiçbir zaman tek bir hukuk sisteminin yürürlük kazanmış olmayıp, her toplumun kendine özgü bir hukuka sahip bulunduğu gözden kaçmamaktadır. Bu durum, hukuk dediğimiz davranış normlarının toplumsal gerçekliğin bir bölümünü biçimlendirdiğini, onunla birlikte doğup onunla birlikte değiştiğini, onun gibi yer ve zaman koşullarına bağlı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır”. **Ibid.**, s. 129.

geçer bir nitelik atfedilen akıldır. *Aral*'a göre hukukun düzen fonksiyonunu belirleyen ideal türden bir faktör olan akıl, insanın her zaman ve her yerde aynı mantık kurallarına uyan düşünce yeteneğini göstermesi bakımından objektif bir karakter göstermektedir⁵⁰². Doğal hukukçu evrensel bir akla atfi hatırlatan bu yaklaşım, aklın mutlak etkinliği temeline dayanmakta, zaman ve mekândan bağımsız, genel geçer, değişmez, evrensel nitelikli hukuk kurallarının varlığını aramaktadır⁵⁰³. Oysa aklın bu anlamda evrensel ya da nesnel bir karaktere sahip olup olmadığı tartışmaya son derece açıktır. Evrensel bir akıl ideası doğrultusunda insanın her zaman ve her yerde aynı mantık kurallarına uyan bir düşünme yeteneğine sahip olduğu iddiasının yerindeliği bu bağlamda üzerinde düşünülmesi gereken temel sorundur. 16. ve 17. yüzyıllara kadar bilhassa Antikite, Erken Hristiyanlık ve Ortaçağ düşünüşünde yer alan evrensel akıl düşüncesinin Aydınlanma döneminde bireysel ya da öznel aklın öne çıkarılmasıyla eleştirilmeye başlanan bir kavram olduğunu belirtmek gerekir. Evrensel akıl düşüncesi, akılı, *Horkheimer*'in da belirttiği üzere sadece insanın zihninde değil, insanlar ve sınıflar arası ilişkilerde, toplumsal kurumlarda, doğada ve doğanın görünüşlerinde de var olan bir kuvvet; insan ve amaçları da içinde olmak üzere bütün varlıkları kapsayan, sistem oluşturabilecek bir unsur olarak nitelendiriyordu⁵⁰⁴. Doğal hukuk düşüncesinin evrensel akılı⁵⁰⁵ ile

⁵⁰² **Ibid.**, s. 17.

⁵⁰³ IŞIKTAÇ, 2004, s. 42.

⁵⁰⁴ HORKHEIMER, 2002, s. 56.

⁵⁰⁵ Doğal hukuk düşüncesinin evrensel akla atfının hukukun bir tür değişmezliği, evrenselliği kapsamında nitelendirilmeye çalışıldığı görülür. Antik Yunan'da Aristoteles'in doğal hukuk görüşünün de bu bağlamda bir evrensellelikle özdeşleştirilmek istendiği ve genel olarak da böyle bir kabule şayan olduğu dikkat çeker. Oysa *Gadamer*, *Aristoteles*'in insani hukuk gibi doğal hukukun da değişebilirliğini savunduğu görüşündedir. *Gadamer*'e göre "*Aristoteles için doğal hukuk fikrinin yalnızca eleştirel bir fonksiyonu vardır. Onun hiçbir dogmatik kullanımına başvurulamaz –yani tikel / belirli yasalara doğal hukukun saygınlığını ve ihlâl edilmezliğini bahşedemeyiz. Bütün insanî*

Hristiyanlık düşüncesinin tanrısal akıl arasındaki bağlantıda beliren ve Aydınlanma düşüncesi içinde her ne kadar bireysellik vurgusu yer yer ön plana çıksa da laikleşmiş bir perspektifte varlığını koruyan söz konusu akıl anlayışının bir taraftan da muhtelif tehlikeler barındırdığını belirtmek gerekir⁵⁰⁶. Bu bağlamda söz konusu akıl tüm insanlarda varsayılarak bir tür totaliteye ve öznenin önemsizleştirilmesi gibi sonuçlara yol açılmaktadır. Tüm bu hususlar evrensel akıl kategorisinin aslında söylenenin aksine hiç de evrensel, genel geçer bir kabule şayan olmadığını, dolayısıyla objektif kesinlik içermediğini gösterdiği gibi esasında öznel aklın bir tür kurgul / teorileştirici düşünme etkinliğinden başka bir anlama gelmediğine yönelik kuvvetli şüphelere de neden olmaktadır. Evrensel ve objektif akıl düşüncesi söz konusu nedenlerle kendi içinde belirsiz, müphem ve her farklı politik – ideolojik düşünce tarafından kendi gereklilikleri ya da amaçları doğrultusunda kullanılacak bir veçheyi barındırmakta ve bu amaçsallığa kurban edilebilmektedir. Dolayısıyla hukukun söz konusu akıl yürütmeye dayanılarak objektif karakterde olduğu iddiasının geçerliliği ciddi anlamda yeniden sorgulanması gerekli bir çıkarsama haline gelmektedir.

İkinci önsel kabul hukukun sosyal bir olay olarak gerçek dünyanın

yasaların zorunlu kusurluluğu fikrinden yola çıkıldığında, doğal hukuk fikri Aristoteles için vazgeçilemezdir; ve gerçekten de hukuku ilk belirleyen şey durumunda hakça olanın ne olduğu sorunu özellikle önemli hâle gelir. Fakat doğal hukuk fikrinin fonksiyonu eleştirel bir fonksiyondur; çünkü doğal hukuka başvuru yalnızca bir yasa ile diğer yasa arasında bir uzlaşmazlık ortaya çıktığında meşrudur”. GADAMER, 2009, s. 80 – 81.

⁵⁰⁶ *Horkheimer’e göre “başlangıçta, siyasal düzenin nesnel akla dayalı somut ilkelerinin bir ifadesi olduğu düşünülüyordu; adalet, eşitlik, mutluluk, mülkiyet düşüncelerinin hepsinin akla uygun olduğu ileri sürülüyordu. Sonradan aklın içeriği keyfi olarak bu içeriğin sadece bir bölümüne, onun ilkelerinin sadece birinin çerçevesine indirgendi, tikel olan, evrensel olanın yerine sahip çıktı. Düşünce alanındaki bu el çabukluğu ve kuvvet gösterisi, siyaset alanında kaba kuvvet iktidarına zemin hazırlar”. HORKHEIMER, 2002, s. 67.*

objektif karakterli kanunları altında bulunduğudur; bu kanunlar kendilerine kesin ve objektif karakter atfedilen, değişmez ve değiştirilemez niteliklere sahip kabul edilen başta biyolojik olmak üzere ekonomik, politik ve sosyal faktörlere (örf ve adet)⁵⁰⁷ dayanmaktadırlar. Çalışmanın ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak değinileceği üzere ekonomik, politik ve sosyal faktörlerle bunlara ilişkin olguların durağan, değiştirilemez nitelik gösterdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu faktörler kendi aralarında sürekli ilişki içinde ve karşılıklı olarak birbirlerini dönüşüme uğratan olgular oldukları gibi, iddia edilenin aksine sürekli biçimde değişim gösteren niteliklere sahiptirler. Pozitivist yaklaşımların iddialarının tersine bunlar mutlak bir belirlenimcilik doğrultusunda haklarında kesin tespitler yapılabilecek ya da öngörülerde dahi bulunulabilecek yapılar değildir. Ayrıca bu alanlara ilişkin yürütülecek araştırmalarda yöntemsel –metodolojik– kesinlikten söz etmek de aynı biçimde mutlak ya da üzerinde uzlaşmaya varılmış bir doğruluk arz etmemektedir. Hukuk, bu alanlarla doğrudan ilişki içinde ve büyük oranda onlar tarafından belirlendiği halde –Althusser’ci anlamda bir üstbelirlenimden burada söz edilebilir– söz konusu alanların objektif anlamda değişmez kanunları olduğundan bahsetmek, hukukun da bu nedenle objektif özelliklere sahip olduğunu söylemek son derece güçtür. Bilakis başta politik, ekonomik ve sosyal alanın birçok farklı etkileyene sahip olması ve sürekli değişim içinde bulunması onlarla hem doğrudan hem dolaylı ilişkilere sahip bir alan olarak hukuku da sürekli bir değişim dizgesi içine sokar; bu noktada hukuksal objektiviteden bahsetmek de giderek zorlaşacaktır. Bir doğa bilimi olarak biyolojinin, sosyal bilimlerin içinde yer alan ekonomi, politika ve sosyoloji ile

⁵⁰⁷ ARAL, 1991, s. 17.

aynı sınıflandırma içinde değerlendirilerek hukuka ilişkin sonuçlar –belirlemeler– elde etmeye yönelik kullanılması ise hem yöntemsel bir karışıklığa hem de başta insan hakları olmak üzere hukuka ilişkin içerik anlamında tehlikeye neden olabilecek sorunlara yol açacaktır. Gerçekten renk, ırk, cinsiyet olmak üzere bir kısım biyolojik farklılıkların değişmezliğinden hareket ederek, buradan çıkarılan bilimsel sonuçların ya da doğruların hukuka veya diğer sosyal bilimlere uygulanmasının yerindeliği ciddi anlamda tartışmalıdır. Biyolojik anlamdaki farklılıkların birer kesinlik ve objektif bilgi olarak örneğin hukuk gibi bir alana intibakının ayrımcı uygulamaları meşrulaştırma tehlikesi olduğu gibi insan hak ve özgürlükleri açısından da çeşitli sakıncaları barındıracağı açıktır. Hukukun görevinin biyoloji gibi bir bilimin bilimsel temellere dayanarak tespit ettiği farklılıkları sabit veri olarak alıp sosyal, politik ve kamusal yaşamda değerlendirmesi düşünülemez; bilakis hukuk, bu farklılıkları ortadan kaldırmaya dönük bir işlevi yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla hukuktan biyoloji bilgisinin kesinliğine ya da objektivitesine mutlak biçimde uyması ve her koşulda biyoloji biliminin doğrularına intibak etmesi beklenemez. Aksi tutumun ırk ayrımcılıklarına, sadece rengi dolayısıyla bir insanın köle kabul edilmesine ya da kadını ikinci sınıf insan konumuna iten davranışların hukuken onaylanması / meşrulaştırılması gibi sonuçlara sebep olabileceği de bu bağlamda belirtilmelidir.

Üçüncü önsel kabul hukukun objektiviteye sahip olduğu kabul edilen birtakım ahlaki değerlerce belirlendiği varsayımına dayanmaktadır. Burada ahlak ile

etik⁵⁰⁸ kavramları arasında genel olarak bir nüans farklılığı olduğu kabulünden hareketle⁵⁰⁹ esasen ahlak kavramının ya da ahlaki değerlerin objektiviteye sahip olup olmadığı ve sonrasında ahlak kurallarının hukuki düzenlemeler üzerinde ne kadar belirleyici olduğu hususlarının aydınlatılması gerekmektedir. Ahlak bireylerin ve grupların davranışları üzerinde belirli ölçüde etkinlik gösteren bir olgu olarak öngördüğü yaşama biçimlerini dayatmakta, esasen kendi doğrular, olması gerekenler skalasını kamusal yaşamın içine sokmaya çalışarak evrensellik iddiasında bulunmaktadır. Örneğin ahlaksallığı akıl ilkesine dayandıran *Immanuel Kant* için

⁵⁰⁸ *Özlem*'in belirttiği üzere etimolojik yönden etik sözcüğü Grekçe “*ethos*” ahlak sözcüğü, Arapça “*hulk*” kökünden gelmektedir. Ahlak sözcüğünün örneğin İngilizce karşılığı olarak kullanılan moral sözcüğü ise Latince “*mos*” kelimesinden gelmektedir. Her üç sözcükte töre, gelenek, görenek, alışkanlık, huy, karakter gibi birbirleriyle neredeyse aynı anlama gelen ifadelerdir. Buna göre etik, ahlak ve moral sözcükleri arasındaki nüanslar göz ardı edilirse, etimolojik anlamda aynı anlama sahip sözcüklerdir, bununla birlikte bu sözcükler felsefede kazandıkları anlamlar itibarıyla birbirlerinden farklılaşmaktadırlar. Ahlak fiilen ve tarihsel olarak bireysel, grupsal, toplumsal düzeyde var olan bir fenomen; etik ise bu fenomeni ele alan, ahlak görüşlerini, öğretilerini ele alarak inceleyen, sınıflandıran, aralarındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koyan felsefe disiplinin adıdır. Bu nedenle içerikli değer etiğinin önemli isimlerinden *Nicolai Hartman* ahlaklar çokluğuna karşın etiğin tek olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Yine *Özlem*'e göre “*etiğin görevi, herhangi bir ahlak geliştirmek, ahlaklar çokluğuna bir yenisini eklemek ve insanlara bu ahlaka uyulmasını öğütlemek değildir. Tam tersine, etik, 'ahlak' denen fenomeni inceleme alanıdır. Başka bir deyişle, etik, pratik bir etkinlik alanı olan ahlaki teorik bir inceleme konusu kılan felsefe disiplini... [Buna karşın] etikçilerin ahlak fenomenine ve çeşitli ahlak görüşlerine bakış ve değerlendirilme tarzlarına, kendileri farkında olsun veya olmasın, şu veya bu ölçülerde belli bir ahlakın, tikel bir ahlak görüşünün bakış ve değerlendirilme tarzı sızmış, sinmiş olabilir. Böyle durumlarda etik ile ahlak arasındaki sınırların belirsizleştiği, bunların iç içe girdikleri görülür. Ve bu hiç de seyrek rastlanan bir durum değildir. Öyle ki, etik – ahlak ayrımı, her zaman belli ölçülerde bulanık bir ayrım olarak kalır*”. *ÖZLEM*, 2004, s. 22 – 24. Ayrıca bkz. *Ibid.*, s. 206 – 208.

⁵⁰⁹ Bununla birlikte örneğin *Alan Badiou*'ya göre ahlak ile etik arasında net bir ayrım koymak zor olduğu gibi günümüzde her iki kavram adeta birbirini karşılayacak bir biçimde kullanılmaktadır. Bilhassa *Rene Descartes*'tan beri özne sorununun merkezi önem taşıdığı modernlerle birlikte etik (ethics), ahlakla (morality) ya da *Kant*'ın ifadesiyle teorik akıldan farklı bir şey olarak pratik akılla az çok eşanlı hale gelmiştir. “*Etik, öznel eylem ve onun temsil edilebilir niyetlerinin evrensel bir Yasa ile nasıl bir ilişki içinde olduğu meselesidir. Etik, ister bireysel olsun ister kolektif, bir Özne'nin pratiğini yargılayan ilkesidir. (...) Günümüzdeki 'etiğe dönüş'te kelime bariz olarak bulanık bir biçimde, ama Hegel'den (karar etiğinden) çok Kant'a (yargılama etiği) yakın olduğuna kuşku bırakmayacak bir biçimde kullanılmaktadır. Aslında bugün etik 'olup bitenler'le nasıl ilişki kurduğumuzu belirleyen bir ilkeye, tarihsel durumlarla (insan hakları etiği), teknik-bilimsel durumlarla (tıbbi etik, biyo-etik), 'toplumsal' durumlarla (bir arada yaşama etiği) vb. ilgili yorumlarımızı düzenlemenin muğlak bir biçimine işaret etmektedir*”. *BADIOU, Alain, Etik – Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme*, (Çev. Tuncay Birkan), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2006, s. 17 – 18.

olması gereken, insanın yerine getirmeyi kendi kendisine taahhüt ettiği –aynı zamanda istediği ve eylediği– ve özünde evrensel bir mahiyet gösteren ahlak yasasıdır⁵¹⁰. Evrensellik iddiasının önemli bir boyutu söz konusu ahlak teorisinin çoğunlukla genel geçer bir doğruluk, kesinlik ve objektivite taşıdığına ilişkin kabule dayanmaktadır⁵¹¹. Oysa ahlak, bireyin ya da halk, toplumsal sınıf, dinsel topluluk, ulus, cemaat gibi grupların belirli bir tarihsel dönemde ve mekânda yaşamına giren ve eylemlerini yönlendiren inanç, değer, norm, buyruk, yasak ve tasarımlar topluluğu ve ağı olarak nitelendirilebilir; bu bağlamda tek bir ahlaktan bahsetmekten ziyade ahlak çokluğunun varlığından söz etmek daha yerinde olacaktır⁵¹². Böyle bir ahlak çokluğu içinde hangi ahlakın ya da ahlak sistemlerinin objektif olduğunu seçebilmek eğer bu ahlak sistemlerinin herhangi birinin içinde bulunmadığınız takdirde mümkün değildir. Zira hemen her ahlaki yaklaşım kendisinin evrensel nitelikte olduğu ve dolayısıyla kesinlik ve objektivite taşıdığı iddiasında olacaktır.

Tarihselci bir perspektiften bakılırsa insanın ahlaki başta olmak üzere, politik, ekonomik, dinsel yaşam tarzlarını evrensel bir ahlak ilkesi, politik – ideolojik görüş ya da dinsel inanç açısından temellendirme ve içinde bulunduğu doğayı,

⁵¹⁰ ÖZLEM, 2004, s. 132 – 133. *Kant’a göre insan aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceği maksime göre eylemde bulunmalıdır.* Bkz. KANT, Immanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, (Çev. İoanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı), 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 35; KANT, Immanuel, **Ahlâk Metafizığının Temellendirilmesi**, (Çev. İoanna Kuçuradi), 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2002, s. 38.

⁵¹¹ Örneğin “*Kant’a göre ahlak olgusu bilim kadar kesin, bilim kadar evrenseldir. Kant’ın amacı ahlakın temelinde öznel ve görelî bir değeri değil evrensel ve zorunlu bir değeri koymaktır. Böylece evrensel ve zorunlu yasalarıyla ya da ödevleriyle ahlak yer alır*”. TİMUÇİN, Afşar, **Düşünce Tarihi 2 – Gerçekçi Düşüncenin Gelişimi**, 5. Baskı, Bulut Yayınları, İstanbul, 2005, s. 352.

⁵¹² ÖZLEM, 2004, s. 17 – 18. Özlem’e göre ahlak “‘iyi’ olduğuna bir yaşama deneyimiyle veya refleksiyonla inanılan ya da irdelenmeksizin benimsenmiş veya bir otorite tarafından dayatma yoluyla benimsetilmiş bir yaşam anlayışından, bir yaşam tarzından kaynaklanan kurallar ve bu kurallara uygun eylemler bütünü[dür]”. **Ibid.**, s. 202.

toplumu, kültürü kavrama ve açıklama isteği, bunlara ilişkin evrensel yasa ve ilkeler bulma arayışı daima olmuş ve olmaya da devam edecektir⁵¹³. Gerçekten de “*ahlak, varoluşunu, daima bir tarihsel / sosyal çevre içinde bulunmakta ve aynı zamanda bu çevrenin oluşumunda önemli bir etken olmakta bulur*”⁵¹⁴. Tüm bu hususlar ahlaki görüşün, evrensel değerlere ya da akla ne kadar atıfta bulunursa bulunsun, bütün ahlakların benzer değerlere ve akla atıfta bulunması sebebiyle güçlü bir rölativizmle malul olduğunu göstermeye yeterlidir. Daha ziyade bireyin yaşama, insani ilişkilere, sorumluluk ya da ödevlere ilişkin içsel bir inanç ve davranış tasavvuru olarak ahlaksal dünya görüşü, genelleştirilebilmesi son derece güç şahsi bir alana tekabül etmektedir. Dolayısıyla böyle bir görüşün –ne kadar çok kişi tarafından kabul görürse görsün– hukuka objektif bir temel sağlayıp sağlayamayacağı son derece şüphelidir.

Hukuk normlarının ve genel olarak hukukun içerik yönünden bilimselliğini kanıtlamaya dönük arayışların, hukukun metodolojisine yönelmedikleri sürece politik, ekonomik, toplumsal, ahlaki alanların etkinliğinden kurtulmaları oldukça zordur. Zira hukukun içeriği daima bağlı bulunduğu gerçeklik dünyasının bir ürünüdür ve sürekli bir biçimde onunla ilişki içindedir. Gerçekten hukuk normlarının yapım aşamasından uygulanmasına uzanan bir sahada hukuksal araştırma ve düşünme eğer bir bilim yapma süreci olarak nitelendiriliyorsa burada objektif bir bilimsellik arayışından ya da bu tür bir objektif bilimselliğin kanıtlanmasına çalışılmasından ziyade, hukukun yukarıda söz edilen alanlarla ne tür bir ilişki içinde

⁵¹³ **Ibid.**, s. 133 – 134. Gerçekten değerler, normlar, kurallar her dönemde, tarihsel çağda sürekli değişirler; her dönem ya da tarihsel çağ, kendi olması gerekenlerini üretir, bunları kendi yaşamına geçirir veya geçirmeye çalışır, inanıp bağlandığı değerler, idealler, normlar, ilkeler, inançlar doğrultusunda kendine özgü yaşam biçimi olarak kendi tinini, tinsel dünyasını yaratır. **Ibid.**, s. 134.

⁵¹⁴ **Ibid.**, s. 204.

olduğunun ve onlardan nasıl ve hangi biçimlerde etkilendiğinin tespitinin yapılarak bunun ele alınması, bir başka ifadeyle ancak yeniden kurgulanmış ve eleştirel temellere dayanan bir metodolojik sorgulama arayışı, hukuk araştırmacısını daha gerçekçi veya nispeten tarafsız sonuçlara ulaştırabilecektir. Bu noktada hukuk araştırmacısının ekonomik, politik, dinsel ya da kültürel etkilenmelerden ne kadar arı olarak bu araştırma / düşünme faaliyetinin öznesi olabileceği ayrıca tartışma konusudur.

Hukuka yönelik eleştirel metodolojik sorgulamanın bir diğer boyutu hukuksal içeriğin bilimsel karakteri üzerine yeniden düşünmek ve söz konusu içeriğin ne ölçüde genelleştirilebileceği ya da objektif nitelik gösterebileceğiyle bağlantılıdır. Hukukun içerik olarak bilimsel olduğuna ilişkin iddiaların bir yönüyle de hukukun içeriğinin objektifliğini kanıtlama arayışından başka bir şey olmadığı bu bağlamda belirtilmelidir⁵¹⁵. Hukukun içerik bakımından objektif olmadığına ve aynı zamanda bilimselliğine dönük itirazın sacayağını ise hukuk normlarının değiştirilebilirliği, belirsizliği ve politik karakter taşıması hususları oluşturmaktadır. Hukuk normu, belirli usul şartları yerine getirilmek suretiyle kanun koyucu tarafından istenilen biçimde değiştirilebileceği⁵¹⁶ gibi normlar sistemi içindeki diğer normlarla çatışabilmekte ve hukuksal ya da dil bilimsel anlam itibarıyla belirsiz bir karakter gösterebilmektedir. Bunun yanı sıra hukuk normları yapı ve içerik olarak farklı politik ve ekonomik etkileyenlerin çıkarları ve görüşleri doğrultusunda

⁵¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. ARAL, 1991, s. 10 – 11.

⁵¹⁶ Anayasa gibi değiştirilmesi kanunlara göre daha sıkı şekil şartlarına bağlanmış hukuk normlarının dahi sıklıkla değiştirildikleri dikkat çekmektedir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları" başlıklı 67. maddesi 1987, 1995 ve 2001 yıllarında üç kez değişikliğe uğramıştır.

oluşturulabilmekte ya da yorumlanabilmektedir. Tüm bu hususlar hukuk normlarının içerik yönünden objektif ve aynı zamanda bilimsel bir hüviyete sahip olup olmadığı konusunda şüphe yaratmaktadır.

Objektif hukuk anlayışının ilk boyutu, yukarıda da ifade edilebileceği üzere hukukun bilim olup olmadığı tartışmasıyla diğer boyutu ise hukuksal pozitivism ve onun 19. yüzyıl pozitivisminden miras aldığı bilimcilik anlayışı ile doğrudan bağlantılıdır. Zira hukuksal pozitivism bir taraftan hukuka ilişkin bilimci yaklaşımı diğer taraftan kendisini hukuksal objektivizmin taşıyıcısı olarak nitelendirmesi konumuz açısından şimdiye kadar ağırlıklı biçimde formalist karakteri itibariyle değinilen bu pozitivism daha farklı bir veçhede ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda pozitivist metodolojinin ve genel olarak felsefenin özellikle bilimselciliğe vurgusuyla ön plana çıkarmaya çalıştığı ve sıklıkla atıf yaptığı objektivizm vurgusunun yeniden düşünülmesi bir gereklilik olarak kendini göstermektedir.

Yeniçağın bilimselci düşünme tarzının ve doğa bilimleri için geçerli olan pozitivist bilim anlayışının özellikle 19. yüzyılda sosyal bilimlerde de uygulanmasına yönelik güçlü bir temayül ortaya çıkmıştır⁵¹⁷. Pozitivism sosyal bilimlerde bir yöntem olarak kullanılmaya başlanması *Comte*'un çabalarıyla gerçekleştirilmiştir⁵¹⁸. *Comte*, pozitivism bir sistem haline gelmesinde önemli bir isim olmuştur.⁵¹⁹ *Comte* açısından fizik nasıl doğa bilimleri içinde başat bir konuma

⁵¹⁷ ÖZLEM, 2004, s. 137. Ayrıca bkz. ARAL, 1991, s. 126 – 127.

⁵¹⁸ ÖZLEM, 2004, s. 137.

⁵¹⁹ ÇAĞIL, 1971, s. 436.

sahipse sosyoloji de sosyal bilimlerin temel bilimi olmalı; bir başka ifadeyle pozitivist ilkelere dayandırılan ve doğa bilimleri örneğine göre yapılandırılmak istenen sosyal bilimlerin taşıyıcısı olarak sosyoloji bir tür sosyal fizik mertebesine ulaştırılmalıydı⁵²⁰. Gerçekten de pozitivistimin doğa bilimlerindeki başarısının siyasal ve toplumsal teoride de tekrarlanabilmesi için birçok sosyal bilimci tarafından yoğun uğraş verilmiştir⁵²¹. Pozitivizmin bu yöntemsel kullanımı, onu, tüm insan bilgisini bilinç olaylarının birlikteliği ve ardışıklığındaki yasallığın keşfedilmesi biçiminde bir forma indirgemıştır⁵²². Pozitivizmin başta sosyolojiyi olmak üzere sosyal bilimleri kesinliğe sahip bir doğa bilimi haline getirme yönündeki arayışının hukuka da yansıyan birtakım sonuçları olmuştur.

Pozitivist felsefenin hukuka yansıyan biçimi olarak hukuksal pozitivism miras aldığı bilimselcilik ideali doğrultusunda belirli bir yerde ve zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütünü, içeriği bakımından inceleyerek ve söz konusu kuralları bir araya toplayarak sistemleştirmeye yönelmiş bir uğraşı olarak ortaya çıkmıştır⁵²³. Pozitivizmin temel prensipleri ve bilimciliği

⁵²⁰ ÖZLEM, 2004, s. 137.

⁵²¹ SUNAR, 1999, s. 20. Buna karşın *İlkay Sunar*'a göre pozitivism tam da sosyal bilimlerde egemen bir konuma ulaştığında doğa bilimlerindeki geçerliliği tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmalar doğal olarak toplumsal bilimleri de etkilemiştir.

⁵²² MISCH, Georg, "Tin Bilimleri Kuramı İçinde Yaşama Felsefesi Düşüncesi", **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 65.

⁵²³ HİRŞ, 1944, s. 25. *Hirş*'e göre hiçbir kanun tam ve mükemmel olmadığı gibi, yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününde de eksiklik ve belirsizlikler vardır. Hukuki pozitivism ise yarattığı hukuk sistematiği aracılığıyla bu çelişki ve belirsizlikleri giderecektir. Bu sistem olmadan yüz binlerce hukuk kuralı düzensiz bir yığından başka bir şey olmayacak ve uygulama kapasitesinden de mahrum kalacaktır. Hukuk sistemi içindeki her kural, ancak hukuksal pozitivism kullandığı bilimsel metod aracılığıyla işgal ettiği yere göre kendisine has anlamına kavuşabilir. **Ibid.**, s. 26. *Hirş* hukuksal pozitivism hukuk kurallarının belirsizliğini ortadan kaldıran ve kuralları sistemleştiren bir nitelik atfetse de esasen bu çalışmada ortaya konmak istenen ve hukuksal pozitivism hukuk sistematiği içinde ortaya çıkan birçok sorunun müsebbibi olduğu yönündeki karşıt görüşlerin varlığı da göz ardı edilmemelidir.

hukuksal yönteme tatbik edilmeye çalışılarak hukuk, bir bilim mertebesine yükseltilmek istenmiştir. Bu doğrultuda şekillenen pozitivist hukuk bilimi, hukuka ilişkin bilimsel faaliyetleri genel olarak hem sosyal bilimler içinde ayrıcalıklı hem de en kesin kurallar ile en nesnel içeriğe sahip ve toplumsal çatışmaların etkisinden arı bir konuma yerleştirerek hukuku doğa bilimlerindeki anlamıyla pozitivist açıdan inceleyip değerlendirebilen bir yaklaşım geliştirmeyi amaçlamaktaydı⁵²⁴.

Pozitivizm, doğa bilimlerindeki yöntemleri uygulamak suretiyle sosyal bilimlerde, örneğin geleneksel metafizik ya da idealist yöntemlerden farklı bir biçimde olması gerekene yönelik bir araştırma, düşünme faaliyetinden ziyade olanın tespiti arayışına öncelikle yönelmiştir⁵²⁵. Fakat pozitivizmin olanı tespite yönelen ve olması gerekeni kendi araştırma sahasının dışında tutan “bilimselci” yöntemi yine pozitivist felsefe ve bilimcilikten kaynaklanan birtakım içsel sorunlarla maluldür. Öncelikle pozitivizmin bir tür kurallaştırma; evrensel ilkeleri ve kılıgıları ortaya çıkarma, kesin sonuçlara ulaşma, sosyal olay ve olgulara ilişkin objektif unsurları bulma çabası olarak doğrudan doğa bilimlerinin deney, gözlem gibi yöntemlerinden yararlanarak mutlak kanunlar bulma arayışına girmesi neticesinde bir kısır döngünün de içine düştüğünü belirtmek gerekir. Sosyal bilimlere ilişkin mutlak kanunlara ulaşmaya yönelik çaba, nedensellik bağlantıları oluşturmaya dönük kurallaştırmalar, pozitivizmi bir tür belirlenimcilik içine sokarak adeta olanı tespit etmenin ötesinde

⁵²⁴ Örneğin *Derbil*, hukuk bilimini sadece sosyal bilimler içinde değil, doğa bilimleri açısından da son derece ayrıcalıklı ve üstün bir konumda görmektedir. *Derbil*'e göre hukuk en karmaşık bilim kolu olduğundan hukukçunun bütün bilim kollarını bilmesi gerekmektedir; hukukçu biyolojiyi de, sosyolojiyi de bilmek zorundadır. Keza hukukçuluk sanatı, bütün sanatların en gücü, en karmaşığı, en az belirlisi fakat aynı zamanda en yükseğidir. DERBİL, Süheyp, “Kural Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHFĐ**, C.3, S. 2 – 4, Y. 1946, s. 316.

⁵²⁵ Bu konuda bkz. ÖZLEM, 2004, s. 138 – 139; ÇAĞIL, 1971, s. 438.

olması gerekenleri de bir tür nedensellik sürecine bağlayarak kesin bir belirlenimciliğin zorunluluklarına mahkûm etmektedir. Hukuki belirsizlik tezi başlığı altında ayrıntısıyla ele alınacak olan pozitivist belirlenimcilik⁵²⁶ mutlak bir karakter gösterirken yöntem olarak pozitivism de sosyal bilimlere ilişkin düşünmenin ve bilgi üretiminin esası haline getirilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla *Trubek*'in de belirttiği üzere pozitivism açısından bilimsel bilgi, gerçek olarak nitelendirilen olgularla ilgili bir dizi genelleştirmeye tabii tutularak⁵²⁷ objektiviteye ve kesinliğe kavuşturulmak istenmiştir. *“Pozitivist anlayışa göre bilimsel bilgi, nesnel gerçekliğin insan zihni tarafından kavranmasıdır. Bir diğer deyişle bilimsel bilgi, bilen (özne-insan) ile bilinen (nesne-doğa v/veya toplum) arasında bir ayrıma dayanmakta ve nesnenin özünün insan zihni tarafından edinimini (appropriation) ifade etmektedir. Bu açıdan pozitivism, bilimsel bilginin vazgeçilmez ön koşulu olarak ‘insan özne’nin dışında nesnel bir gerçeklik alanının varolduğunu kabul etmektedir”*⁵²⁸.

Görüldüğü üzere doğa bilimlerinde kullanılan yöntemlerin sosyal bilimlerde de kesinliği ve bilirliliği sağlayacağı varsayımından hareket eden pozitivism, toplumsal ve sosyal yaşamın değişmez kural ve ilkelerinin saptanabileceği iddiasını içermektedir. Sosyal bilimlere böylesi bir belirlenimciliğe hapseden söz konusu sürecin, “nedensellik kanunlarının” mutlak zorlayıcılığı altında olanı tespit etmenin ötesinde olması gerekenlerin de ne olması gerektiğini zorunlu olarak öngörmesi, bir taraftan insanın özgür iradesini tamamen değersizleştirirken diğer taraftan toplumsal mücadeleler alanını çeşitli nedenselliklerin zorlayıcılıkları

⁵²⁶ **Infra.**, s. 211 – 212 ve s. 222 – 224.

⁵²⁷ TRUBEK, 1984, s. 580 – 581.

⁵²⁸ KÖKER, 2008, s. 22.

ile kuşatarak kısıtlamaktadır.

Doğa bilimlerinde kullanılan bir yöntem olarak pozitivistizmin sosyal bilimler ve özel olarak hukuk açısından ne kadar yerinde olduğu son derece tartışmalı olduğu gibi, bu yöntemin sosyal bilimlere birçok açıdan dar bir çemberin içine hapsettiğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Pozitivistizmin doğa bilimlerinde kullanılan yöntemi sosyal bilimler için de kullanmasında ortaya çıkan temel sorun, pozitivistizmin doğal ve toplumsal gerçeklik arasında hiçbir fark gözetmemesi, toplumu da doğa gibi edilgen, orada olan bir nesne olarak değerlendirmesi; bir başka ifadeyle etkinlikle temellendirilmiş ve işleyen bir yapı olarak toplumsal süreçleri, gerçek yaşamdan bağımsız sabit bir “şey” gibi ele almasıdır⁵²⁹. Bu nedenlerle hukukun gerek doğa gerek sosyal bilimlerle birebir uyuma veya benzeşim göstermeyen yapısal niteliklerinden dolayı kendi yöntemsel arayışlarını geliştirmesi gerekmektedir. Gerçekten hukukun tarihsellik içeren malzemesi onu doğa bilimlerinin objektivitesinden ayırarak sosyal bilimlere yaklaştırdığı halde, geçerli hukuk normlarına bağlı bulunması da anlamaya dayalı sosyal –tinsel– bilimlerden farklılığını meydana getirmektedir⁵³⁰. Ayrıca sosyal bilimlerde olduğu gibi hukukta da pozitivistizmin doğrularını ve bilimciliğini benimsemenin salt metodik bir sorun doğurmadığı, bilhassa politik ve toplumsal alanlarda ciddi problemlerin ortaya çıkmasına neden olabileceği de belirtilmelidir.

⁵²⁹ SUNAR, 1999, s. 156. Pozitivistizme yönelik bu eleştirilere karşın Sunar, söz konusu eleştirilerin pozitivistizm denklik teorisine yöneldiğini, buna karşılık oluşum teorisi olarak adlandırılacak praksis teorisine yeterli cevapları oluşturamadığını da belirtir. İlgili tartışma ve ayrıntılı bilgi için bkz. **İbid.**, s. 156 – 159.

⁵³⁰ MÜLLER, 2009, s. 31. Müller’e göre “hukuksal objektifliğe yönelik talep, ‘mutlak’ anlamda ideal bir kavram olarak öne sürülemez; ama hukuksal uygulamanın denetlenebilir, tartışılabilir akılcılığı, hukuk kurallarının, içerik yönünden nesne ile belirlenmiş olması anlamında nesneye uygunluğu ve normatifliğin nesnel unsurlarının somutlaştırmaya katılması talebi olarak ortaya atılabilir”. **İdem.**

Hukuksal pozitivizm hukuku her ne kadar politik, ekonomik ya da toplumsal alanın dışına çıkarmaya çalışarak bir objektivite kazandırmak istiyorsa, bir yönüyle de sakınmaya çalıştığı söz konusu alanların, özellikle politik alanın bir uzantısına, siyasal iktidarın iradesinin doğrudan bir yansımasına, söylem alanına dönüştürmektedir. Oysaki hukuksal pozitivizmin bilimselliğe atıfta bulunan yaklaşımı, esasen hukuku salt kanun koyucunun iradesiyle şekillenen keyfi bir olgu olarak kabul etmemekte, hukukun oluşumunu belirleyen objektif faktörlerin varlığına vurgu yapmaktadır⁵³¹. Pozitivizm, hukuku bağımsız bir bilim haline getirebilmek için, onun politik eğilim ve çıkar taşımaları nedeniyle bilimselliklerinden söz edilemeyeceğini işaret ettiği subjektif değer yargılarından, bilim dışı kavramlardan arındırılması gerektiği iddiasını içermektedir⁵³². Pozitivistlere göre hukuk, somut bir olgu olup ona kaynaklık eden sosyo–ekonomik, politik ilişkiler hukuk dışı öğelerdir; hukukçu da, hukukun temelinde bulunan olguları, adalet, insan hakları, toplumsal gelişme gibi dikkate alacak konumda olmayıp sadece somut hukuk normlarını uygulamakla görevlidir⁵³³. Hukuksal pozitivizmin söz konusu yaklaşımının reel sosyo–politik iklimin içinde farklı sonuçların doğmasına sebebiyet verdiği de belirtilmelidir. Örneğin *Öktem*'e göre hukuksal pozitivizm, bilimsel olma

⁵³¹ ARAL, 1991, s. 10.

⁵³² ÖKTEM, 1977, s. 279.

⁵³³ ÖKTEM, 1999 – 2000, s. 686. Ayrıca bkz. KEYMAN, 1978, s. 25 – 26. “Pozitivizmin inanç temellerine göre geçerli hukuk, hukuk kurallarından oluşan boşluk içermeyen bir sistemdir. Gerçekten açıkta kalmış hukuk soruları ortaya çıkamaz. Uygulamanın her yeni hukuk sorusu, sistem gereği çözülmüş durumdadır. Açık pozitif düzenlemedeki boşluklar, her durumda, pozitif hukukun esasları ve ilkelerinden hukuksal terkiplerle çıkarılır. Böylece bu tür hukuksal sorular da, geçerli hukukun sistemi gereği önceden karara bağlanmış durumdadır. Burada usulî yönden olayı belirsiz bulma yetkisinin de yokluğu karşısında, bir yandan yardımcı yapıların zorunluluğu kabul edilmekte, diğer yandan uygulamada düşünülebilecek tüm olayların maddesel özleri bakımından önceden kararlaştırıldığı varsayılmaktadır. Genel hukuk kavramlarının üstünlüğü, önceden ve kendiliğinden varmış gibi anlaşılmaktadır”. MÜLLER, 2009, s. 17 – 18.

vetiresinden hareketle kendini tanımlaya çalışsa da, bu bilimsellik adı altında esasen ideolojik pozitivistin ağına düşmekte, keza bu bilimsellik otoriter ve totaliter siyasal rejimlere gerekçe hazırlamaktadır⁵³⁴. Gerçekten de hukuksal pozitivistime sıkı sıkıya bağlılık, çoğunlukla hukuk normlarının salt formal bir algı çerçevesinde değerlendirilmesine, kanun koyucunun iradesini ya da lafzını hukukun kendisi olarak mutlak bir biçimde kabule dönüşmekte, hukuku bütünüyle iktidar sahiplerinin tekeline devretmektedir. Bu tür bir süreçte bilhassa otoriter bir rejim kurmak isteyen iktidar sahiplerinin, gerçekleştirdikleri düzenlemeler aracılığıyla bir taraftan kendilerini “hukuk” çerçevesinde hareket eden yöneticiler gibi göstermeye diğer taraftan herkesten söz konusu yasaların salt lafzına bakarak “hukuk” içinde hareket etmeleri gerektiğini ön plana çıkarmaya çalıştıkları bir yönetim biçimini uygulamaya soktukları görülür. Söz konusu yönetimi yerleştirmenin en kolay yolu ise herhangi bir başka anlama, hukukun salt biçimsel yorumlarının dışında farklı değer ve gerçekliklere atıf yapmayan bir yöntem olarak hukuksal pozitivistin egemen kılınmasıdır. Bu noktada hukuk çerçevesinde hareket eden bir devletten ziyade kanun devletinden bahsetmek daha gerçekçi olacaktır.

Hukuksal pozitivistin politik olanla ilişkisinin bir yönü de aslında doğrudan pozitivistin liberalizmin politik biçimiyle olan yakın ilgisinde ortaya çıkmaktadır. Liberalizmin politik iktidar modelinin, birçok yönüyle pozitivistin bilimsellik anlayışıyla paralellik arz ettiği ve birbirlerini karşıladıkları söylenebilir⁵³⁵.

⁵³⁴ ÖKTEM, 1977, s. 290; ÖKTEM, 1999 – 2000, s. 685 – 686; KEYMAN, 1978, s. 35 – 36. Bununla birlikte pozitivistin savunucularının pozitivistime ilişkin ideoloji suçlamalarını reddettiği, hatta pozitivistin bizatihi ideoloji karşıtı olduğu şeklinde bir söylemi benimsedikleri de dikkat çeker. SUNAR, 1999, s. 23 – 24.

⁵³⁵ KÖKER; 2008, s. 67. Ayrıca bkz. **Ibid.**, s. 65 – 69 ve s. 85 – 86.

Pozitivizm en başta, “olan” ile “olması gereken” ya da olgu ile değer arasında yaptığı ayrıma dayanarak bilimi değer yargısı içermeyen bir faaliyet olarak tanımlamakta, sonra kendi yöntemsel tercihini bu bilimcilik anlayışından hareketle şekillendirmekte; keza pozitivizme uygun –liberal– siyaset bilim teorileri de modern liberal demokrasileri ele alırken, düzenin eleştirilmesine ya da değiştirilmesine değil, esasında iyi olarak kabul edilen düzenin sorunlarının nasıl çözülebileceğine odaklanmaktadır⁵³⁶. Pozitivizmin liberal politik sistem açısından taşıdığı önem, hukuksal pozitivizmin liberal hukuk sistemi için taşıdığı öneme son derece benzemektedir, zira her iki pozitivizmin de “olan”ı incelemeye yönelerek “olması gereken”i ya da “olmaması gereken”i sorgulamaması, üstü kapalı olarak sistemin değiştirilmeksizin sürdürülebilirliğine ilişkin onay anlamına gelmektedir. Bu da pozitivizmin liberal sistem ve düşünceyle neden uyum içinde olduğunu açıklamaya yeterlidir. Gerçekten hukuksal pozitivizmin bilimselcilik ve objektivite gibi unsurlarla besleyerek şekillendirdiği biçimsel hukuk anlayışının esasen düzenin egemen unsurlarınca, rejimin bekasının temel bileşenlerinden biri olarak değerlendirildiği tarih boyunca birçok kez görülmüştür. Öktem’in de belirttiği üzere *“hukuki pozitivizm tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlamlştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşüncüyü dile getirmektedir. Felsefi pozitivizmle birlikte, ideolojilere bilimsel bir kimlik verilebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü*

⁵³⁶ **Ibid.**, s. 121 – 122.

benimsenmiştir. Böylece iradeci, devletçi hukuk anlayışı 'bilimsellik' kavramı arkasına sığınmıştır"⁵³⁷. Pozitivizmin bu yüzünün aslında ideolojik yüzü⁵³⁸ de olduğu ve bilhassa otoriter yönetim paradigmalarının hukukun kullanılması suretiyle meşrulaştırılabilmesinde önemli bir görevi yerine getirdiği söylenebilir. Gerçekten de hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasından muhaliflerin cezalandırılmasına kadar, özellikle egemen iktidar sahiplerinin çıkarlarını gözetmeyi hedefleyecek şekilde çıkarılan kanunların salt formal yorumuyla yetinen hukuksal pozitivizm asıl olarak hukukun adalete ilişkin fonksiyonunu işlevsizleştirmekte ve değersizleştirmektedir.

Hukuk sisteminin objektif bir karakter gösterdiğine ilişkin liberal teorinin genel kabulünün hukukun ve hukuk normlarının yapıları dolayısıyla bir kısım içsel sorunlarla malul olduğu söylenebilir. Bu bağlamda son olarak *Unger*'in liberal hukuk düzeninin objektivitesine ilişkin eleştirisine ve yapısal alternatif önerisine de kısaca değinmek gerekir. *Unger*'in objektivizm eleştirisinde de tıpkı formalizm eleştirisinde olduğu gibi terim ve kuralların yeniden tanımlanması ve bu bağlamda yorumlanmaları önemli bir yer bulur. Objektivizm eleştirisinin yapısal sonuçları, bilhassa piyasa ve demokrasi kavramlarına ilişkin alternatif kurumsal yapı –form– arayışlarını beraberinde getirmiştir⁵³⁹. Kendi içinde üç ana fikir etrafında

⁵³⁷ ÖKTEM, 1977, s. 283. *Öktem*'e göre hukuksal pozitivizm bilimsel olma gayesiyle kendini toplum bilimin değer öğelerinden soyutlayarak, aslında politikanın tam ortasına, üstelikte totaliter ve otoriter politikanın içine düşmektedir. **Ibid.**, s. 293.

⁵³⁸ *Köker*'e göre pozitivizm, hem doğa bilimlerinden benimsediği bilimselci anlayış hem de sosyal bilimlerde kabul edilen teorik–metodolojik ilkeler bakımından, modern toplumsal politik örgütlenmenin mevcut halinin sürdürülebilmesinden yana bir ideoloji niteliği de göstermektedir. KÖKER, 2008, s. 89.

⁵³⁹ UNGER, 1986, s. 22. Alternatif kurumsal form arayışının asıl yönünün doğrudan devletin yapısal niteliğiyle ilgilendiğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda *Unger*'in, başta devletin olmak üzere ekonominin ve hakların bilhassa kurumsal düzeyde yeniden örgütlenmesi gerekliliğine dair vurgusu dikkat çekicidir. **Ibid.**, s. 31.

şekillenen bu arayışlardan ilki toplumsal değişimin güvenilir bir teorisini oluşturabilmektir⁵⁴⁰. Zira böyle bir teori olmadan gerçekçi bir programa dayanan düşüncelerin ayırt edebilmesini sağlayacak standartlar belirlenemeyeceği gibi, alternatif olarak getirilen öneriler de mevcut gerçekliklerden hızla uzaklaşarak birer ütopyaya dönüşürler⁵⁴¹. İkinci fikir, kurumsal yapıların yeniden inşasının gerçekleştirilebilmesi amacı doğrultusunda belirli bir tarihsel durumun veya doğal gelişim sürecinin kavranabilmesini ve genelleştirilebilmesini mümkün hale getirmeye yöneliktir⁵⁴². Üçüncü fikir ise hukuk ve toplum arasındaki ilişkiye dair doğru bir kavrayışın geliştirilebilmesi, böylece oluşturulan alternatif kurumsal yapıların yerlerini aldıkları düzenlemeler gibi, hukuksal kategoriler ile uyumluluk gösterebilmeleridir⁵⁴³.

2.3. Hukuki Belirsizlik Tezi

Hukuki belirsizlik tezi, belirlenimcilikle (determinizmle) olan ilişkisi bağlamında ortaya konması gereken birtakım özellikler göstermektedir. *Comte* ve *Emile Durkheim*'ın çalışmalarıyla somutlaşan ve toplumsal olayların, doğa bilimlerinin kullandığı yöntemlerle incelenebileceğine dayanan pozitivist düşünce, öncelikle bir yöntem olarak sosyolojinin bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği görüşünden hareket ederek, bir bilim olarak sosyolojinin inşasına yönelmiştir⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ **Ibid.**, s. 22.

⁵⁴¹ **Idem.**

⁵⁴² **Idem.**

⁵⁴³ **Idem.**

⁵⁴⁴ DUVERGER, 1995, s. 9 – 10.

Sosyal bilimlerin nesnellik ve kesinlik kazanabilmesi için, var olan toplumsal olguların, doğa bilimlerinin yöntemlerine dayanılarak incelenmesi gerektiğini savunan ve ancak bu surette bilinebilirliğe ulaşılabileceği öngörüsüne dayanan pozitivist yaklaşımın temel karakteristiği, mutlak bir belirlenimcilik tarafından şekillendirilmektedir.

Duverger'ye göre, kesin bir belirlenimciliğe dayanan bilim kavramı, toplum bilimi düşüncesi ile insan özgürlüğü arasında sürekli bir çelişki olduğunu kabul etmektedir⁵⁴⁵. Bu bakış açısına göre, insan iradesi özgür olmadığı gibi, aksine değişmez kuralların boyunduruğu altında şekillenmekte; “A” öncülünün her zaman bir “B” sonucunu vereceği, keza “B”nin kaçınılmaz şekilde “A”yı izlemesini engelleyecek herhangi bir gücün de araya giremeyeceği varsayılmaktadır⁵⁴⁶. Mutlak bir belirlenimcilikle şekillenen bu yöntem, pozitivism açısından sosyal bilimlere ilişkin araştırmaların temelini teşkil etmektedir. Dolayısıyla da pozitivistler için bilimsel bilgi, kesin hakikat olarak nitelendirdikleri olgularla ilgili bir dizi genelleştirme olarak görülmüştür⁵⁴⁷. Bir başka ifadeyle, doğa bilimlerinde kullanılan yöntemlerin, sosyal bilimlerde de kesinliği ve bilindirliği sağlayacağı varsayımından hareket eden pozitivism, toplumsal yaşamın değişmez kural ve ilkelerinin saptanabileceği iddiasını içermekte ve doğrudan pozitivist anlamda bir belirlenimciliğe atıf yapmaktadır.

Pozitivizmin, belirlenimciliği ön plana çıkaran bu yaklaşımının, gerek

⁵⁴⁵ **Ibid.**, s. 10.

⁵⁴⁶ **Idem.**

⁵⁴⁷ TRUBEK, 1984, s. 580 – 581.

felsefi gerek politik düzeyde etkinliğinin ise, oldukça geniş bir çerçevede sonuçlar yarattığı söylenmelidir. Bu doğrultuda, Marksist ve Weberyen yaklaşımlar, söz konusu pozitivist belirlenimciliği kendi sistemleri içinde farklı boyutlarda da olsa, son kertede benzer sonuçlara sebebiyet verecek biçimde kullanmışlardır. Felsefi anlamda belirlenimciliğin, Marksist ve Weberyen analizin parçası haline getirilmesi, bilhassa Marksist ve Weberyen görüşlerin özgürlükçü bir çerçevede ele alınıp alınamayacağı ve bunun hukuksal bir zemine nasıl oturtulabileceğinin tartışmasının yapılmasını da zorunlu hale getirmektedir⁵⁴⁸. Gerçekten pozitivist belirlenimciliğin bu şekilde ortaya çıkışı, Marksist ve Weberyen görüşteki iki olgudan kaynaklanan birtakım yeni sorunlara yol açmıştır. Kesin bir belirlenimciliği ön plana çıkaran tarihsel materyalist görüş ve *Weber*'in “demir kafes” (Iron Cage / ein stahlhartes Gehäuse) metaforu bu anlamda çözülmesi gereken bir dizi sorunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Tarihsel materyalizmin belirlenimci yönünün incelenmesi, pozitivism ve onun bilhassa Marksizm içindeki etkileriyle karşılaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Belirlenimciliğin felsefi ve düşünsel boyutunun bir diğer tartışmalı hususu, hukukun, egemen politik zihniyetin egemenlik alanından kurtarılabilmesiyle bağlantı olarak ele alınacak, Marksizm'deki tarihsel belirlenimcilik ve bu belirlenimciliğin sebep olduğu ekonomik indirgemeciliğin kısıtlayıcı ve tek yönlü –adeta mekanikleşmiş– tarih algısıyla ilgilidir. Marksizm, kapitalist sistemin kalıcı zaferinin kaçınılmazlığına karşı çıktığı için liberal hukuk düzeni ile siyasal sistemin eleştirilmesi bağlamında, ilgi çekici gelmesine ve aynı

⁵⁴⁸ Hukukun egemen politik zihniyetin mutlak hâkimiyet alanından çıkartılarak görece özerkliğinin sağlanabilmesi Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin de yoğunlukla üzerinde durduğu konulardan biridir. Eleştireller bilhassa erken dönem çalışmalarında Marksist ve Weberyen tezlerden yola çıkarak iki görüşün bir tür bileşimini gerçekleştirmeye çalışmışlar, fakat bu çabalar bir kısım üstü örtülü gerilimlere neden olmuştur. TUSHNET, 1990 – 1991, s. 1525.

zamanda özgürleştirici yeni imkânlar yaratabilme potansiyeline sahip olmasına karşın, bu özgürlük duygusu, Marksist düşüncedeki tarihsel belirlenimciliğin zorlayıcılığı nedeniyle yeni bir sıkıntı ve sınırlama kaynağı haline dönüşmektedir⁵⁴⁹.

Marksist teori bağlamında tarihsel materyalizmin belirlenimci yönü (ekonomik ve tarihsel belirlenimcilikler), kendi içinde hem sorunlu hem de çelişik bir mahiyet arz etmektedir. Marksizm'in ortodoks ve vulgar yorumlarında kendine yer bulan kaba belirlenimci yaklaşımlar, kapitalizmin ekonomik içyapısı dolayısıyla, zorunlu ve kaçınılmaz olarak çökeceğini –sosyalizme evrileceğini– ve bu süreç içinde tarihin doğrusal bir yönde ilerleyeceğini; bunun dışında bir sonucun olamayacağını savunmaktadırlar⁵⁵⁰. Bilhassa *Stalin* ve takipçilerinin *Marksizm* yorumları, katı bir belirlenimcilik içinde tarihi, insani eylemlerden tamamen soyutlamış; sosyalizmi ekonomik ilerlemenin zorunluluğunun kaçınılmaz bir sonucu olarak nitelendirmiş ve bir tür kaderciliğe (fatalizm) yönelmişlerdir⁵⁵¹. Tarihin doğrusal bir çizgi takip ettiğini savunan söz konusu belirlenimci yorum, büyük oranda ekonomik indirgemeciliğin bir sonucu olarak politika, kültür, hukuk, sosyal ve toplumsal yaşamın yarattığı koşullar, tarihsel şartlar, eğitim, bireysel tercihler gibi olguları tamamen göz ardı etmektedir. Tarihin ilerlemesini, adeta doğa yasalarındaki gibi pozitif kanunlara bağlamakta ve bu kanunlar uygun biçimde analiz edildiğinde, şaşmaz bir biçimde tarihsel sonuçların keşfedebileceği iddiasını öne sürmektedir. Doğa bilimlerindeki pozitivist yöntemlerin sosyal bilimlere hatalı biçimde

⁵⁴⁹ TUSHNET, 1990 – 1991, s. 1525.

⁵⁵⁰ SHERMAN, Howard, “Marx and Determinism”, *Journal of Economic Issues*, Vol. 15, No. 1, 1981, s. 63 – 64.

⁵⁵¹ **Idem.**

uyarlanmasına dayanan bu metodik tercih, tarihsel materyalist görüşü de büyük oranda güdükleştirmekte ve özgürlük karşıtı bir zorunluluklar alanına çevirmektedir.

Bununla birlikte, *Marx*'ın da eserlerinde tarihsel materyalizmin belirlenimci yönüne ilişkin yer yer birbiriyle tezat olan açıklamalar yaptığını ve bilhassa Marksizm'in ortodoks ve vulgar yorumlarının bu çelişkilerin manipüle edilmesinden beslendiğini belirtmek gerekir. Örneğin *Marx*, "*Kapital*"in önsözünde "*sanayi bakımından daha gelişmiş olan ülke, daha az gelişmiş olanına, yalnızca kendi geleceğinin imgesini gösterir*"⁵⁵² derken, tarihsel belirlenimci bir açıklama getirmektedir. Buna karşın *Engels* ile beraber kaleme aldıkları "*Kutsal Aile*"de, insanı "*tüm insansal etkinliğin ve insansal durumların temeli olarak tanı[makta]*" ve tarihi insanın kendi amaçlarını gerçekleştirebilmeye yönelik bir etkinliği olarak değerlendirmektedir⁵⁵³. Bu bağlamda söz konusu eserde, *Marx* ve *Engels*'in, tarihin kurucu unsuru olarak, ekonomik veya tarihsel bir belirlenimcilikten ziyade, insanın özgür iradesini ön plana çıkardıkları görülmektedir. Keza "*Alman İdeolojisi*"nde ortam ve koşulların tarihsel yönden insanlar üzerinde belirli bir etkinliği olduğu, insanları yarattığı; buna karşın insanların da söz konusu ortam ve koşulları oluşturdukları belirtilmektedir⁵⁵⁴. *Marx*, "*Kapital*"in üçüncü cildinde ise, tüm toplumsal yapının, egemenlik ve bağımlılık ilişkilerinin siyasi biçiminin, devlet şeklinin asıl belirleyicisinin üretim ilişkileri olduğunu ifade etmekte; fakat bu iktisadi temelin sayısız farklı deneyimsel durumlardan, doğal çevreden, ırksal ilişkilerden,

⁵⁵² MARX, 2011, s. 18.

⁵⁵³ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Kutsal Aile ya da Eleştirel Eleştiri'nin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003, s. 128 – 129.

⁵⁵⁴ MARX & ENGELS, 1999, s. 68.

dışsal tarihsel etkilerden kaynaklanan faktörler dolayısıyla sonsuz değişiklikler ve derecelendirmeler gösterebileceğini de eklemektedir⁵⁵⁵. Görüldüğü üzere *Marx*'ın bu tespitleri, Marksist ordodoksinin mutlak belirlenimciliğiyle yer yer çelişmekte ve tarihsel ilerleme sürecinde, iktisadi belirleyenlerin yanı sıra başka birçok farklı etmenin de bu gelişimde rol oynayabileceğini göstermektedir. *Marx*'ın, ortodoks takipçilerinin ekonomik indirgemeci yorumlarıyla karşıtlık içinde olan söz konusu düşünceleri, politik ve hukuki yapının şekillenmesinde iktisadi etkenlere vurgusuyla ön plana çıkıyorsa da, aynı zamanda çok etmenli bir tarihsel kurguyu da içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda *Marx*, özünü üretim ilişkileri ile ekonomik yapının belirlediği, fakat tarihsel şartlar, toplumsal yaşam, kültür, sosyal ilişkiler gibi farklı dış etkileyenleri de hesaba katan bir sistem analizi geliştirmiş; devlet aygıtının ve onun yapısal unsurlarının tüm bu dış etkileyenlerin bir bileşeni olarak mevcut biçimine ulaştığını görmüştür. Tüm bu hususlar, *Marx* sonrası kimi yorumlarda mutlak biçimde kendine yer bulan ve ön plana çıkarılan tarihsel materyalizmin belirlenimciliğinin ve tek etmenli sosyolojik ve tarihsel tespitlerin, aslında, *Marx*'ın da çalışmalarında yer yer açıkça ifade ettiği çok etmenli değerlendirmeler karşısında bizatihi kendisi tarafından yanlışlandığının ve esasen *Marx*'ın teorik analizlerinin çeşitli nedenlerle manipüle edildiğinin kanıtıdır.

20. yüzyılın farklı “*Marx* okumaları”nda da, ekonomik sistemin, politik ve hukuksal düzenin kuruluşunda, sosyal ve toplumsal yaşamın şekillenmesinde ve tarihsel olayların gerçekleşmesinde nasıl bir rol oynadığı, tek

⁵⁵⁵ MARX, Karl, **Kapital – Ekonomi Politığın Eleştirisi III. Cilt**, (Çev. Alaattin Bilgi), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003, s. 695.

belirleyici güç olup olmadığı gibi hususlar sıklıkla tartışılmıştır. Bu bağlamda, ortodoks ve vulgar yorumlarda benimsenmiş olan belirlenimciliği reddeden *Althusser*'in üstbelirlenim (overdetermination) kavramsallaştırmasıyla, farklı toplumsal etkenlerin belirlenim üzerinde nasıl rol oynadıkları konusunda yaptığı tespitleri önem taşımaktadır. Toplumsal etkenlerin ekonomik, politik ve ideolojik olmak üzere üç düzeyden meydana gelen bir bütünlük olduğunu belirten *Althusser*, her bir düzeyin kendine özgü etkililiğini belirtirken, ekonominin yine de başat unsur olduğu görüşündedir⁵⁵⁶. Örneğin “*Marx İçin*” adlı kitabında, tarihte, ekonomik diyalektiğin katıksız bir rol oynamadığını söylemesine karşın, “*ekonominin son kertede belirleyiciliği üzerinde*” durmakta ve “*etkin olan belirlenimlerin birikimi*” diye adlandırdığı durumun göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁵⁷. *Althusser*'in üstbelirlenim olarak adlandırdığı bu durum, altyapının üstyapılar üzerinde etki yaptığını, fakat üstyapının da belirli bir özerkliği ve ayrı bir etkinliği olduğu görüşünü içermektedir. Bir başka ifadeyle üstyapı, basitçe altyapının bir dışavurumu olmayıp; esasen ekonomi, kendisinin varoluş koşullarını hazırlayan ideoloji ve politika gibi diğer düzeylerce üstbelirlenmektedir⁵⁵⁸. *Mustafa Cemal*'e göre *Althusser*, üstbelirlenim kavramıyla, “*herhangi bir toplumsal ilişkinin, sürecin bir diğeri üzerinde öncelikli belirleyici olamayacağını, hiçbirinin diğerlerince belirlenmeden belirlenemeyeceğini, her birinin karşılıklı üstbelirlenimler ağı*

⁵⁵⁶ YILMAZ, Zafer, s. “Althusser’in Bilim, İdeoloji ve Düzeyler Teorisinin Açmazları: Üstbelirlenimden Post-belirlenime”, *Praksis Dergisi*, S. 4, Y. 2001, s. 40.

⁵⁵⁷ ALTHUSSER, Louis, *Marx İçin*, (Çev. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2002, s. 138 – 139.

⁵⁵⁸ ZAFER, 2001, s. 40. Buna karşılık *Zafer Yılmaz* üstbelirlenim kavramının kullanılmasının ideolojik ve politik düzeyin de etkinliğinin kabul edilmesinden başka bir faydasının olmadığı, bu etkililiğinin maddi niteliğini veremediği gibi bu niteliği kurumsallaştıramadığı görüşündedir. *Ibid.*, s. 42.

*içerisinde yer aldığı savun[maktadır]*⁵⁵⁹. Buna göre hiçbir toplumsal varlığın belirleyiciliği diğerlerine göre öncelikli olmayıp, her biri diğerlerinin toplu etkisiyle üstbelirlenmektedir; yani ne üretim kuvvetlerinin veya ilişkilerinin, ne de politikanın tekil ya da öncelikli bir belirleyiciliği yoktur⁵⁶⁰. Görüldüğü üzere *Althusser*, insan yaşamı, devlet biçimi, tarihsel süreç ya da toplumsal ilişkiler gibi unsurları, tek belirleyenin ekonomi olduğu mutlak bir zorunluluklar ağı içinde tasarlamamakta, aksine tüm bu öğelerin karşılıklı etkileşimler içinde meydana geldiklerini – üstbelirlendiklerini– öne sürmektedir. Fakat *Althusser*'in söz konusu unsurları, tek belirleyenin ekonomi olduğu bir zorunluluk ağı içinde değerlendirmekle birlikte, “özgür irade” kavramına atıfla tanımlamadığını, hatta insanın davranışlarına bütünüyle yön veren böyle bir özgür iradeye sahip olamayacağı görüşünde olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir.

Marx'ın tarihsel materyalizme ilişkin yorumlarının, ekonomik indirgemecilikten ve dolayısıyla belirlenimciliğin zorunluluklarından kurtulmuş ve *Althusser*'ci tarzda farklı etmenlerin karşılıklı ilişkilerini göz önüne alarak yeniden anlamlandırılmış biçimi, hukuku da en azından politikanın ve dolayısıyla ekonominin doğrudan zorunluluk alanından çıkartma imkânı sunabilecektir. Bu süreç içinde hukukun *Weber* sosyolojisinin çeşitli tespitleri de göz önüne alınarak bir karşıt mücadele aracı olarak değerlendirilebilmesi mümkün hale gelebilecektir. Fakat hukukun, egemen politik zihniyetin etkinlik alanından kurtarılabilmesi için, Marksizm'in tarihsel belirlenimci çizgisine atıf yapan yorumların yanı sıra, ikinci

⁵⁵⁹ CEMAL, Mustafa, “Hegelci Marx mı, Spinozacı Althusser mi?”, **Birikim Dergisi**, S. 97, Y. 1997, s. 45.

⁵⁶⁰ **Idem.**

sorunlu alan olan, Weberyen “demir kafes” metaforunun da, daha farklı bir boyutta ele alınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. *Weber* sosyolojisinin çözümlenmelerinden ve olanaklarından yararlanmak isterken, *Weber*’in modern devletin gelişimiyle paralel bir veçhede değerlendirdiği ve bürokrasinin rasyonalizasyon süreçlerinin belirlenimci karakterini nitelerken kullandığı “demir kafes” metaforu, bu sefer Weberyen anlamda aşılması gereken yeni bir belirlenimcilik problemini gündeme getirmektedir.

Weber sosyolojisinin, bürokratik toplumlardaki rasyonalitenin “demir kafesi”ne olan vurgusu, Weberyen anlamda geliştirilebilecek birçok tespiti, belirlenimciliğin kısır zorunluluk alanına hapsedme potansiyeline sahiptir⁵⁶¹. “Demir kafes” referansının barındırdığı bu potansiyel, hukukun içeriğini, devletin yapısal unsurlarının bir uzantısı haline getirerek durağanlaştırabilecek ve hukuk düzeninin de, politik ve ekonomik iktidarın mutlak kontrolü altında sabit bir dizgeye dönüşmesine neden olabilecektir.

Weber sosyolojisinde, modern devletin rasyonalizasyon ve bürokratikleşme süreçlerine ilişkin vurgu baskın bir nitelik göstermektedir. *Weber*, “*Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*”nda, Hristiyan asketizmi (çileciliği) ile kapitalizm arasında bağlantı kurarken, çağdaş mesleki uğraşın asketik bir damga taşıdığını söyler⁵⁶². O’na göre bu asketik yönelim, dünyevi ahlaka egemen olmaya başlayarak, çağdaş ekonomik düzenin teknik ve ekonomik varsayımları üzerine

⁵⁶¹ Bkz. TUSHNET, 1990 – 1991, s. 1525.

⁵⁶² WEBER, Max, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, (Çev. Zeynep Gürata), Ayraç Yayınevi, Ankara, 2002, s. 140.

kurulu mekanik makine üretimine bağlı büyük bir sistemin –modern kapitalizmin– meydana gelmesini sağlamakta, bu sistem de, bütün bireylerin yaşamları üzerinde belirgin bir etkinlik kazanarak insan yaşamını bir “demir kafes”in içine hapsetmektedir⁵⁶³. “Demir kafes” metaforu, kapitalizmin büyümesinin kaçınılmaz bir sonucu olarak, bürokratik rasyonalitenin gelişmesi özelinde bilhassa önemlidir⁵⁶⁴. Zira *Weber*’e göre ekonomik gelişmeye ve devletin rasyonalizasyonuna paralel olarak, bürokratik yapı da gelişmekte ve profesyonelleşmekte; bu bağlamda bürokrasinin işleyişi insanı, modern toplumsal ve ekonomik düzenin yönetiminin bağlı olduğu özelleşmiş iş bölümünün “demir kafesinin” içine sokmaktadır⁵⁶⁵. Bu noktada *Weber*’in, kötümser bir tutum takınarak, insanların bu demir kafesin dışına çıkamayacakları görüşünü savunduğunu; hatta muhafazakârları ve sosyalistleri, modern insanın demir kafesten kaçabilmesinin mümkün olduğu şeklindeki inancı ortaklaşa paylaşımları noktasında eleştirdiğini de ayrıca belirtmek gerekir⁵⁶⁶. *Weber*’in söz konusu yaklaşımının, Marksist anlamda bir yabancılaşma sürecini, modern birey açısından gündeme getirdiğinden de söz edilebilir. Zira *Weber*, devlet örgütlenmesinin somutlaşmış biçimi olarak bürokratikleşme süreçlerinin yarattığı ve bireyin, devletin kurumsal yapısı ve organizasyonu altında, sistemin içine çekilip onun zorunlu bir parçası haline getirilerek kendi özgürlüğünden mahrum kaldığı ve bir kısır döngünün içinde sıkıştığı görüşünü öne sürmektedir. Fakat bu yaklaşım da,

⁵⁶³ *Ibid.*, s. 140 – 141.

⁵⁶⁴ KENT, Stephen A., “Weber, Goethe, and the Nietzschean Allusion: Capturing the Source of the ‘Iron Cage’”, *Sociological Analysis*, Vol. 44, No. 4, Winter 1983, s. 298.

⁵⁶⁵ GIDDENS, Anthony, *Max Weber Düşüncesinde Siyaset ve Sosyoloji*, (Çev. Ahmet Çiğdem), 3. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, 1999, s. 59 – 60.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, s. 60; KENT, 1983, s. 298.

bireyin değiştiren ve dönüştüren eylemsel etkinliğini tamamen yok saymakta; tıpkı tarihsel belirlenimci yaklaşımda, bireyin sürekli olarak ekonomik süreçlerin zorlayıcılığı altında bulunduğuna ilişkin yorumda olduğu gibi, bireyi, bu sefer devlet aygıtlarının zorlayıcı belirlenimi altına sokmaktadır. Dolayısıyla tarihsel belirlenimcilik faslında belirtilen birçok itirazın Weberyen “demir kafes” metaforu için de öne sürülebilmesi mümkündür.

Weber, yukarıda yer verildiği üzere, aydınlanma rasyonalitesinin yarattığı mekanik ve belirlenimci akıl yürütme yönteminin, insanın özgür iradesini büyük oranda görmezden gelmesinden hareketle, bireyin, modern devletin rasyonelleştirilmiş örgütlenme yapısı olan bürokratikleşme süreçlerinin zorunlulukları altında olduğunu vurgulamaktadır. Oysa bu bürokratikleşme süreçlerinin, insan merkezli bir düzenlemeyle yeniden organize edilmesi mümkün olduğu gibi, insanın irade özgürlüğünü ön plana çıkaran politik ve yönetimsel örgütlenme modelleri de oluşturulabilir. Bu süreçte, geleneksel aydınlanma düşüncesinin akla atfettiği anlamın yeniden sorgulanması ve eleştirel bir süzgeçten geçirilerek değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Aydınlanma paradigmasının yarattığı ve modern devlet örgütlenmesinin şekillenmesinde ifade bulan akıl kavramı, insanın özgür seçim ve irade sahibi olduğu görüşünden hareketle yeni bir anlamsal çerçeveye oturtulabilir. Keza yabancılaşma süreçlerinin insan üzerinde yarattığı tahribatlar da, bu yeniden örgütlenme modeli içinde, devlet merkezli bir organizasyonel yapı yerine insanı odak olan bir yaklaşımın benimsenmesiyle belirli bir oranda azaltılabilir. Böylece bireyin, “demir kafes”in zorlayıcılığından ve belirleyiciliğinden kurtarılması mümkün hale gelebilir.

Pozitivist belirlenimciliğin etkilerinin, sosyal bilimler içinde felsefeden sosyolojiye, tarihten politika bilimine kadar çok geniş bir alana yayılan sonuçları olmuştur. Hukukun da bu sonuçlardan etkilenmediğini söylemek mümkün değildir. Özellikle liberal hukuk anlayışının ve onun klasik biçimi olarak nitelendirilebilecek hukuksal pozitivizm ile hukuka yönelik diğer formalist yaklaşımların, pozitivizmin öngördüğü belirlenimciliğe sıkı sıkıya bağlı kaldıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla liberal hukuk düzenine yönelik eleştirel tutumun önemli bir payandasını, hukuksal pozitivizm eleştirisi teşkil etmektedir. Bu bağlamda pozitivizm eleştirisinin, hukuksal boyutu da hesaba katılmak suretiyle, üç temel esasa dayandırılabilirliğini belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, hukuk kurallarında olduğu gibi sosyal yaşamda da, pozitivizmin iddialarının aksine mutlak nedensellik kurallarıyla işleyen bir belirlilikten bahsedebilmenin mümkün olmadığı iddiasıdır. Pozitivizmin zorunlu olarak belirlenimciliği gerektirmesi, aynı zamanda özgür irade ve bireysel seçimlerin etkinliği olgusunun da reddedilmesi sonucunu doğurmakta; bilhassa sosyal gerçekliğin anlaşılması hususunda, nedenselliğe dayanan bu tür bir belirlenimcilikten ziyade, insan iradesinin özgürlüğü noktasından hareket edilerek değerlendirmelerde bulunulması⁵⁶⁷, insani gelişimi mutlak nedensellik yasalarının dışına çıkararak onu özgürleştirebileceği gibi insanın mücadele yoluyla değiştirebilme ve eyleyebilme kudretini kullanabilmesine de olanak sağlar. Pozitivizme ve aynı zamanda gözleme dayanması itibariyle onunla yakın ilişki içinde olan davranışçı yaklaşımlara yönelik ikinci eleştiri ise, pozitivizmin hukuku, toplumun tamamen dışsal bir etkeni olarak değerlendirmesi;

⁵⁶⁷ TRUBEK, 1984, s. 616.

ayrıca eylem ile öznel anlamlar ve inanç dizgeleri arasındaki karmaşık bağları görmezden gelerek indirgemeci bir tutum sergilemesidir⁵⁶⁸. Pozitivist indirgemeciliğin bir boyutu, genel olarak sosyal yaşamı zorunlu belirliliklerle ve tek etmenli açıklamalarla yetinerek değerlendirmesiye, diğer boyutu yukarıda da ele alınmaya çalışılan doğa bilimlerinin yöntemlerini sosyal bilimlere uygulamak ve buradan ulaşılan sonuçları kesin doğrularmış gibi kabul etmektir. Hukuku da toplumun tamamen dışsal bir etkeni olarak indirgemeci tutumla nitelendirme, onun gerek devlet ve diğer egemen unsurlarca bir iktidar ve ideoloji aracı olarak kullanıldığını hesaba katmamak gerek toplumsal muhalefetin bir mücadele aracı olduğunu gözden kaçırmak gibi iki temel hataya sebebiyet verecektir. Bu bağlamda hukuki pozitivistizmin teorik olarak mevcut durumu, yasallık ilkesine dayanmak suretiyle meşrulaştırma işlevi gördüğünü de ayrıca belirtmek gerekir⁵⁶⁹. Son olarak ise pozitivistizmin, ilk iki eleştiriyle bağlantılı olmak üzere belirlenimci ve indirgemeci yaklaşımı, politik yönden muhafazakâr cephede kalması dolayısıyla da eleştirilmektedir⁵⁷⁰. Gerçekten de klasik hukuk anlayışının pozitivist görüşü, hukuku objektif bir bilim olarak nitelemekte, hukuk normlarının önceden bilinebilir, kesin ve

⁵⁶⁸ **Ibid.**, s. 616 – 617.

⁵⁶⁹ SANCAR, Mithat, **Hukuk Devletin Genel Teorisi**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2006, s. 308.

⁵⁷⁰ TRUBEK, 1984, s. 617. Eleştirellerin belirlenimciliği ve indirgemeciliği muhafazakâr karakterli gördüklerini belirtmek gerekir. Zira Eleştirellere göre belirlenimcilik sosyal değişimin kaynaklarını birey veya grupların dışındaki olgulara bağlamaktadır; eğer değişim belirlenimcilerin iddia ettiği üzere sadece ekonominin ihtiyaçları ya da tekeli kapitalizmin mantığı gibi dışsal ve nesnel nedenlerden – değişmez zorunlulukların sonuçlarından– kaynaklanıyorsa politik mücadelenin de hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu bağlamda Eleştirellerin sağ ve sol belirlenimciliklerin her ikisine birden cephe aldıklarını da belirtmek gerekir. Eleştireller sağ belirlenimciliğe esasen statükonun sürdürülmesine çalıştığı için, sol belirlenimciliğe ise insanları tarihin doğrusal bir yönde ilerlediği ve eninde sonunda –kapitalist sistemin sosyalizme evrileceği şeklindeki– pasif bir bekleyişe yönlendirdiği için karşı çıkmışlardır. İndirgemecilik ise davranışçı yaklaşımların bir sonucu olarak inanç sistemlerinin eleştirisi aracılığıyla bilincin ve dolayısıyla sosyal değişimin içsel süreçlerini reddettiği bir başka ifadeyle birey ya da grupların özgür seçimlerini görmezden geldiği için muhafazakâr olarak nitelendirilmiştir. **Idem.**

açık bir karaktere sahip olduğu iddiasını içermektedir. Ayrıca hukukun, toplumsal fonksiyonu ve işlevi konusunda indirgemeci bir yaklaşım içinde bulunan söz konusu görüş, hukuk ile politika arasında kesin bir ayrılık ve hukukun bir normlar sistemi olarak sınırlı etkinliği olduğunu savunmaktadır. Hukukun işlevine dair bu tür sınırlandırıcı bir algının temel problemi ise, hukuk düzenini salt mevcut iktidar ilişkilerinin ve egemenlik pozisyonlarının sürdürülmesi veçhesiyle sınırlı bir paradigmanın içine hapsedilebilme riskidir.

Belirlenimcilik, hukuk normlarının belirli kuralları, kurumları ve davranışları zorunlu olarak öngördüğünü varsayarak, iradenin bu zorunlulukların dışında hareket edemeyeceği görüşünü savunur. Bu bağlamda insanların, sosyal kurumları ve ilişkileri kendi özgür seçimleriyle inşa ettiklerine dair yaklaşımlar belirlenimcilikle çelişmektedir⁵⁷¹. Belirlenimciliğin hukuka yansıyan yönü, büyük oranda kuralların biçim ve içeriğinin niteliği ve zorunluluğu üzerinde durmaktadır. Gerçekten de hukuksal yönden belirlenimcilik, hukuk kurallarının bilinebilir, nesnel, objektif bir mahiyeti ve bu kuralların tüm muhataplarına aynı biçimde yansıyan bir anlamı olduğunu kabul etmektedir. Belirlenimcilik, temel hukuk kurallarının sosyal dünyayı yönettiği ve sosyal yaşamın zorunlu olarak hukuka uyduğu varsayımlarına dayanır⁵⁷². Örneğin hukuku kurallardan ibaret sayan klasik pozitivist yaklaşım ile pozitvizmin bir uzantısı olarak hukuksal formalizm⁵⁷³, hukuk kurallarının hukuki

⁵⁷¹ Bkz. WHITFORD, William C., “Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World”, **1986 Wis. L. Rev. 755 1986**, s. 758.

⁵⁷² TRUBEK, **1984**, s. 579.

⁵⁷³ ÖZKÖK, **2002**, s. 13.

sonuçları belirlediğini savunmaktadır⁵⁷⁴. Söz konusu yaklaşım, hukuku egemen politik zihniyetin zincirlerinin içine hapsetmektedir. Hukuku bu zincirlerin dışına belli bir ölçüde de olsa çıkarabilmek ve yorumlayabilmek için, onun görece özerkliğini sağlayabilecek bir teorik çerçevenin geliştirilmesi zorunludur. Ancak hukuksal formalizmin, normların biçimselliğini sıkı bir biçimde takip etmesi, hukukun yorumlanmasında görece bir özerkliğin imkânlarını büyük oranda ortadan kaldırmaktadır.

Formalizmin hukuku salt kurallardan ibaret sayan görüşü, yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü hukuki belirsizlik tezi tarafından derinlemesine ele alınmıştır. Biçime sıkı sıkıya bağlılığın normun kesinliğini, nesnelliğini ve öngörülebilirliğini sağlayıp sağlamadığı tartışılmıştır. Gerçekten de hukuki belirsizlik tezine ilişkin tespitlerin önemli bir kısmı, formalizme yönelik şüpheli ve eleştirel bir yaklaşım geliştirilmesi hususuna yoğunlaşmıştır. Bu yaklaşım, önce Realistler, ardından Eleştirel Hukuk Çalışmaları mensuplarının görüşlerinde ifade bulduğu üzere, hukuk kurallarının ve ilkelerinin en azından bir kısmının belirsiz bir karakter taşıdığı iddialarına dayanmaktadır. *“Hukukun belirsiz olup olmadığı, bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığıyla ilgiliyken, diğer yandan da hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir. (...) Problemin temelini, hukukun bütünüyle belirsiz [ya da belirli] olup olmadığı ve bu çerçevede, yargıcın sahip olduğu hukuk yaratma ve takdir yetkilerinin hukuki sınırlamaya tabi bulunup bulunmadığının oluşturduğu belirtilebilir”*⁵⁷⁵. Örneğin Eleştireller, hukukun bütünsel

⁵⁷⁴ **Ibid.**, s. 2.

⁵⁷⁵ **Ibid.**, s. 1.

anlamda belirli olduğuna ilişkin mitin, esasen gücü elinde tutan egemenlerin gayrimeşru hiyerarşik üstünlüklerini korumaya hizmet ettiği görüşünü öne sürmüşlerdir⁵⁷⁶. Gerçekten de hukukun tüm kural, ilke, kurum ve içeriği itibarıyla belirliliğinden söz etmek güç olmakla birlikte, hukuka ilişkin bazı olguların belirsiz bir karakter taşıdığı savlanabilir⁵⁷⁷. Bu belirsizlik savları ise başta hukukun kesinliği, öngörülebilirliği gibi⁵⁷⁸ klasik yaklaşımlarca hukukun temel nitelikleri olarak kabul edilen değerlerin –aynı zamanda meşruiyet kaynaklarının–, sorgulanmasını ve ayrıca hukukun formalist karakterinin işlevinin yeniden gözden geçirilmesini gerektirmektedir. Hukukun belirsizliğine ilişkin bu yaklaşımın, ilk bakışta klasik liberalizmin radikal formlarına yaklaştığı dahi söylenebilir; zira kimi radikal liberallere göre eğer hukuk, genel olarak politik anlamda güçlü olanların gayrimeşru egemenliklerini sürdürmeye hizmet ediyorsa, adaletin sağlanabilmesi için, toplumun organizasyonunda hukukun oynadığı rol indirgenebilir en alt seviyeye düşürülmelidir⁵⁷⁹. Bu görüşün bir uzantısı olarak hukukun asıl amacı, devletin hangi koşullar altında zorlayıcı gücünü icra etmeye ahlaken yetkili olduğunu göstermektir⁵⁸⁰. Fakat bu çalışmada da ele alınacağı üzere, bu tür bir yetkilendirme hiçbir zaman ideolojik olarak tarafsız olamayacaktır; zira zorlama, aslında politik yönden egemen olan sınıfın isteklerine hizmet etmekte, bu durum ise, hukuksal

⁵⁷⁶ HASNAS, 1995 – 1996, s. 98.

⁵⁷⁷ MATSUDA, 1987, s. 332; MARTIN, 1985, s. 2.

⁵⁷⁸ Gülriz Özkök'e göre "hukukî öngörülebilirlik, bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmelerini ve buna göre davranışlarını düzenlemelerini sağlar. Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukukî öngörülebilirlikten de söz edilemeyeceği açıktır". ÖZKÖK, 2002, s. 7.

⁵⁷⁹ HASNAS, 1995 – 1996, s. 98.

⁵⁸⁰ **Idem.**

düzenleme alanlarının mümkün oldukça fazla kısıtlanmasını gerektirmektedir⁵⁸¹. Bahsi geçen durum *Robert Nozick* gibi neo-liberallerin minimal devlet talepleriyle⁵⁸² örtüşmesine karşın, burada ortaya konmaya çalışılan hukuk düzeni eleştirisinin liberal içerikli “*laissez faire laissez passer*” söylemi olmadığı da belirtilmelidir⁵⁸³. Bununla birlikte hukukun belirsizliğine yönelik tespitlerin neo-liberal bir söylem tarafından kolayca içerimlenebilmesi riski vardır. Çalışmada ortaya konan belirsizlik iddiasıyla, neo-liberallerin belirsizlik olgusunu kullanmak suretiyle gerekçelendirdikleri minimal devlet taleplerinin birbirinden özenle ayrılması gerekmektedir. Dolayısıyla neo-liberal söylemin içeriğinin biraz daha derinlemesine ele alınarak incelenmesi, aradaki nüans farklılıklarının ortaya konulabilmesi bakımından bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

Liberal hukuk düzeninin eleştirisi bağlamında, hukukun ideolojik yönden tarafsız ve egemen politik ve ekonomik zihniyetle iktidar sahiplerinin hegemonyasından azade olamayacağına ilişkin görüş, radikal liberallerin anladığı manada, piyasayı düzenlemeye yönelik fonksiyonlarını kaybetmiş bir devlet talebi

⁵⁸¹ **Idem.**

⁵⁸² *Hasnas* genel bir sınıflandırmaya giderek *Nozick*'i klasik liberalizm içinde minimal devlet talebinin bir savunucusu olarak nitelendiriyorsa da *Nozick*'in daha ziyade bir Anarko-kapitalist (Libertarian) olarak minimal devleti (ya da gece bekçisi devleti) klasik liberal teorinin bir uzantısı şeklinde nitelendirerek kendi tasarımını ultra-minimal devlet şeklinde adlandırdığını da belirtmek gerekir. *Nozick*'e göre klasik liberalizmin minimal devleti, tüm vatandaşların şiddete, hırsızlığa veya dolandırıcılığa karşı korunması ve sözleşme hürriyetinin sağlanmasıyla sınırlı olan dağıtımçı bir görüntüye sahiptir. Oysa ultra-minimal devlet güç kullanımı üzerinde tek olma niteliğini muhafaza etmeyi sürdürdüğü halde esasen güvenlik ve korumaya ilişkin hizmetleri sadece satın alanlara sunacaktır. Bu tekelden, bir korunma sözleşmesi almayan insanlar yararlanamayacaktır. NOZICK, Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 59. Liberal ya da neo-liberal düşünürlerin aksine devletin iç ve dış güvenlik, adalet dağıtımı gibi işlevlerinin de büyük oranda sönmelenmesi ya da piyasaya açık hale getirilmesi suretiyle özel birey veya şirketlere devrini öngören Anarko-kapitalist düşünürlerin bu bağlamda gerçek anlamda bir “devletsizlik / hukuksuzluk” yaklaşımıyla tüm toplumsal yaşamı kendi koşullarında işleyen piyasanın egemenlik düzenine sokmaya çalıştıklarından söz edilebilir.

⁵⁸³ HASNAS, 1995 – 1996, s. 98 – 99.

olarak değerlendirilemez. Zira liberal veçheden, minimal devlet talebinin bir boyutunu, hukukun işlevsel açıdan daralması neticesinde devletin piyasa ilişkilerine müdahalesinin azaltılması oluşturuyorsa, diğer boyutunu da mülkiyet özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü gibi adlar altında meşrulaştırılmaya çalışılan güçlüye karşı güçsüzün korunmasına sağlamaya dönük –işçi hakları, sendikal haklar, çevre hakkı, zayıfların korunması, ayrımcılık karşıtı haklar gibi– düzenlemelerin ilgası veya esnekleştirilmesi teşkil etmektedir. Örneğin *Hayek*, hukuk vasıtasıyla devlet tarafından gerçekleştirilen ekonominin planlanması veya piyasaya müdahale şeklindeki eylemlerin kabul edilemeyeceğini vurgulamakta, bu tür müdahalelerin hukukun kesinliği ve öngörülebilirliğini tahrip ettiğini söylemekte, esasen de sosyal ve dağıtımcı adalet düşüncesi ile uygulamalarına karşı çıkmaktadır⁵⁸⁴. Bu çalışmada ortaya konmaya çalışılan görüş tam tersi bir istikamette olup, hukukun, egemen iktidar odakları karşısında, toplumun ezilen kitlelerinin lehinde bir mücadele aracı olarak değerlendirilebileceği savunulmaktadır. Keza doğrudan eylemlilikten sivil itaatsizliğe uzanan politik karakterli mücadeleler de dâhil olmak üzere tüm bu mücadeleler neticesinde ortaya çıkan kazanımların hukuk tarafından tanınması ve güvenceye alınması şeklinde özetlenebilecek bir hukuksal eylemlilik projesinin hayata geçirilmesi de öngörülmektedir.

Sivil haklar mücadelesinin daha da şiddetlenmesi ve devlet karşısında sivil toplumun özerkliğinin savunulması anlamında, devletin müdahaleci etkinliğinin azaltılması gerektiğine ilişkin görüşün, liberaller tarafından savunulan ve piyasanın

⁵⁸⁴ YAYLA, Atilla, **Özgürlük Yolu – Hayek’in Sosyal Teorisi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993, s. 35; HAYEK, 1996, s. 210 – 213.

tamamen serbestleşmesi şeklinde beliren taleple hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Zira söz konusu liberal talebin sosyo-kültürel haklar, insani gelişim hakkı, işçi ve sendikal haklar, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, ırk, dil, din, renk, cinsiyet, sosyal konum gibi nedenlerle ayrımcılığa uğramama hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi piyasayı değil, insanı merkeze alan yeni bir değerler dizgesinin somutlaşması anlamında ne yapıcı ne de toplumu ve bireyleri koruyucu niteliği bulunmaktadır. Liberal talebin özgürlüğe olan vurgusu, sadece piyasa veya teşebbüs özgürlüğüyle sınırlı olup, bu özgürlük anlayışı bilhassa ekonomik iktidara sahip olanların isteklerini gerçekleştirilme özgürlükleriyle mahdut bir çerçeveye içine hapsedilmektedir. Bu bağlamda liberal minimal devlet ve özgürlük talebi ile bu çalışmada savunulan anlamıyla toplumsallığı gözetilen haklar ve özgürlükler talebinin, birbirleriyle hemen hemen hiçbir ilişkisi ya da yakınlığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada ele alınan hukuki belirsizlik durumu ve hukukun ideolojik niteliğine ilişkin saptamalarla radikal liberalizmin, hukukun piyasa karşısında işlevsizleştirilerek sinikleştirilmesi isteğinin ortak bir paydasının bulunabilmesi mümkün değildir. Keza hukuki belirsizlik bilhassa hukukun mücadeleci kullanımı açısından çeşitli olanaklara da kapı aralayabilecek bir mahiyet arz ettiğinden, tamamen olumsuz bir yaklaşım olarak da değerlendirilmemektedir.

Hukuki belirsizlik tezine göre, çeşitli hukuk normları birbirleriyle çelişebilmekte, hukuk ilkeleri akıllıca, hakkaniyetle ve dürüstlük kurallarına göre uygulansa dahi bu çelişkili sonuçlar kaçınılmaz bir biçimde ortaya

çıkabilmektedir⁵⁸⁵. Örneğin sözleşme hukukunda, tarafların her zaman birbirlerine karşı öne sürebilecekleri yasal kanıtları olabilmekte, taraflardan birinin sözleşme hükümleri gereği belirli bir eylemde bulunma özgürlüğüne karşın, diğerinin bu eylemin sonuçlarından korunma hakkı doğabilmekte; bir başka ifadeyle taraflardan birinin “sözleşme özgürlüğüne” dayanarak akdin sürdürülmesi gerektiğine ilişkin savına –kanıtlarına– karşı, akdin diğer tarafı sözleşmenin feshine gerekçe oluşturabilecek, dolandırıcılık, zorlama, gabin, yanlış anlama ya da değişen koşullar gibi savları –kanıtları– ileri sürebilmektedir⁵⁸⁶. Hukuki belirsizlik tezi, hukuk uygulamasında birbirinden çok farklı durumlarla daima karşılaşılacağından, hukuki belirsizliğin de her zaman –sıklıkla da ortaya çıkan– bir ihtimal olarak hesap edilmesi gerektiğini öne sürer. Bu bağlamda pozitivist yaklaşımların, hukuksal düzenlemelerin her halükarda kesinliği ve önceden bilinebilirliği sağlayacağı iddiası da oldukça şüpheli bir hale gelmektedir⁵⁸⁷. İşte tüm bu nedenlerle belirsizlik, sadece bazı hukuk normlarının diğer hukuk normlarıyla çatışması, bilinçli ya da bilinçsiz hukuksal boşluklar gibi hukuki düzenlemelere ilişkin “bozukluklar” olmayıp, hukuka içkindir ve hukuk normlarının bizatihi çelişik “şeyler” olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁸⁸. Bununla birlikte belirsizliğin hukuka içkin olması, bütün hukuk normlarının biçimsel yapıları itibariyle belirsiz ya da birbirleriyle mutlak surette çelişen ifadeler içerdiği anlamını taşımamaktadır.

Belirsizliğin hukuka içkin olması, bilhassa hukuksal eşitlik, sözleşme

⁵⁸⁵ MARTIN, 1985, s. 2.

⁵⁸⁶ **Idem.**

⁵⁸⁷ GORDON, 1984, s. 81.

⁵⁸⁸ MARTIN, 1985, s. 2.

özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü gibi kimi hukuksal ilkeler ile kamu yararı, kamu güvenliği, genel sağlık gibi çeşitli kavramların kesin ve belirli bir içerikle doldurulamamasından da kaynaklanmaktadır. Keza bu ilke ve kavramların, belirli ya da sabit bir içeriğe, anlama sahip olabilmeleri de olanaklı gözükmemektedir. Bu ilke ve kavramlar, hukuksal düzenlemeler aracılığıyla hukukun konusu ya da hukuksal kategoriler haline getirilmişlerse de, bu durum onlara sadece biçimsel yönden bir anlamlandırma kazandırabilir. Yoksa bu ilke ve kavramların içeriği, esasen mevcut kapitalist üretim süreçleri, ekonomik gerçeklikler, sosyo-politik olgular gibi bir dizi dışsal etken tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu kavramlar, zorunlu olarak bu dışsal etkenlere bağılıdır ve sürekli bir değişim ve dönüşüm içindedirler. O nedenle hukuksal anlamda hiçbir zaman kesin bir belirlilik taşıyamayacaklardır. Belirsizliğin hukuka içkin olmasıyla kastedilen de işte bu sebepten, hukukun, üretim süreçlerinden hâkim ekonomik sistemin gerekliliklerine, politik iktidar mücadelelerinden toplumsal ilişki ağlarına uzanan bir alanda ortaya çıkmasından ve bu alandan bağımsız ve ayrı bir nitelik gösterememesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin hukuksal eşitlik ilkesi, sözleşme hukuku bakımından, bağlantılı bulunduğu normların ve esasen sözleşmenin içeriğinin hukuk dışı kaynaklardan beslenmesi gibi (piyasadaki mübadele veya çalışma ilişkileri vb.) nedenlerle kesin ve açık anlam belirliliği taşımamaktadır. Hukuksal eşitlik ilkesi, bilhassa sözleşme ilişkilerinin kurulması özelinde, son derece önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Bu bağlamda hukuksal eşitlik ilkesine yönelik olarak, liberal hukukçuların ve bilhassa neo-liberal düşünürlerin yaklaşımlarının son derece politik bir tutum içerdiğini ve büyük oranda ekonominin egemen unsurlarının çıkarlarını korumaya dönük bir akıl yürütme çerçevesinde hareket etmeyi tercih ettiklerini belirtmek gerekir. Gerçekten hukuksal

eşitlik ilkesinin, son derece belirsiz bir nitelik taşıyabileceğini liberal düşünürlerin yaptıkları farklı tespitlerde dahi görmek mümkündür. Örneğin *Smith*, artan oranlı bir vergi sistemini savunurken bir devletin yurttaşlarının kendi gelir oranlarına ve güçlerine imkân ölçüsünde en yakın miktarda vergi ödemeleri gerektiğini belirtmekte; vergide eşitlik ya da eşitsizlik denen şeyin, bu ana kuralın gözetilmesinden veya gözetilmemesinden kaynaklandığını söylemektedir⁵⁸⁹. Buna karşın *Hayek*, artan oranlı vergilerin hukuksal eşitliği bozduğunu belirtmekte; ancak sabit oranlı bir vergi sisteminin hukuksal eşitliği sağlayabileceği görüşünü öne sürmektedir⁵⁹⁰. Aslında bu durum dahi, hukukun temel kavramlarına yönelik hukuksal algı ve yorumun nasıl farklılaşabileceğinin ve hukuksal eşitlik gibi liberal hukukçuluğun temel ilkelerinden biri üzerinde dahi kesin bir uzlaşımın gerçekleşmeyebileceğinin göstergesi olsa gerekir.

Hukuki belirsizlik tezine ilişkin tartışmaların bir boyutunu, hukuk kurallarının yapısal karakteri veya hukukun içkin özellikleri nedeniyle belirsiz bir nitelik göstermekte olduğu iddiası, diğer boyutunu ise dilin olağan yapısının, zorunlu olarak belirsiz bir mahiyet taşıdığı yönündeki dil felsefesinin çeşitli tespitleri oluşturmaktadır⁵⁹¹. Dil felsefesinin bu tespitlerine ayrıntılarıyla yer vermek mümkün olmamakla birlikte bu tespitlerde dilin yapısal karakterinin belirsizliklerle malul

⁵⁸⁹ SMITH, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, (Çev. Haldun Derin), 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, s. 927 – 928. *Smith* bu bağlamda artan oranlı bir vergi sistemini savunurken aynı zamanda sabit oranlı gelir vergilerini, örneğin toprak gelirleri üzerinden alınan öşür vergisini, sabit bir oranı öngörmesi nedeniyle eleştirmektedir. *Smith*'e göre “*Mahsulün belli bir kısmı, başka başka durumlarda kiranın pek değişik bir miktarına eşit olduğu için öşür ve o tür bütün öbür arazi- vergileri, tam bir eşitlik görünüşü altında eşitliğe hiç uymayan vergilerdir*”. **Ibid.**, s. 942.

⁵⁹⁰ AKTAN, Coşkun Can, “Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 28, S. 1, Y. 1995, s. 15.

⁵⁹¹ WHITFORD, 1986, s. 760 – 761.

olmasının, hukuku da etkilediği görüşünün öne sürüldüğünü ifade etmek gerekir. Hukuksal kavram ve olguların belirsizliğini dilin yapısal özellikleri çerçevesinde değerlendiren dil felsefesinin yaklaşımı, sadece normların çelişik bir karakter göstermesini değil, bizatihi hukukun dil yapısı itibariyle kendi içinde tartışmaya açık; müphem anlamları barındırdığını savlamaktadır. Bu nedenle hukuk, dilsel bir yapı olması itibariyle ve dilin zorunlu olarak belirsiz bir özellik göstermesi dolayısıyla, kendiliğinden belirsiz hale gelmektedir. Dilsel belirsizliklerin hukuk üzerindeki etkisinin, daha önce de değinilen yapısökümcü yöntemlerin bir parçası olarak, hukukun radikal belirsizliğinin kanıtlanabilmesi ve liberal hukuk düzeninin eleştirisi bağlamında, Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinde yer alan bazı hukukçular tarafından kullanıldığı ayrıca belirtilmelidir⁵⁹². Zira yapısökümcülüğe göre “*dilin anlam istikrarsızlığı ve belirlenimsizliği karşısında hiçbir analiz yöntemi metin yorumu açısından otorite iddiasında bulunamaz. Çünkü satırlar arasına gizlenmiş tek ve gerçek anlamın varolduğu inancı üzerine kurulu bir düşünce, her tür yorum yönteminin zorunlu biçimde çift anlamlı sözcüklerden birini seçmek zorunda kalması karşısında tutarlılığını yitir[mektedir]*”⁵⁹³. Görüldüğü üzere, yapısökümcülüğün dilin belirsizliğe vurgusuyla biçimlenen, hukuksal metinlerin de yapısal bir bütünlük arz edemeyecekleri düşüncesi, hukukun belirsizliğini, hukukun kendisinden ziyade ifade edildiği dilin karakteristiğinde aramakta ve hukuki belirsizlik tezine farklı bir içerik ve anlam katmaktadır.

Hukuki belirsizliğin nasıl bir yapısal özellik gösterdiğine ilişkin,

⁵⁹² Konuyla ilgili olarak bkz. **Supra.**, s. 79 – 81.

⁵⁹³ ÜMİT, Eylem, “Marx’sız Bir Gelecek Neden Düşünülemez?”, **HfSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi – 17. Kitap**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 130.

hukuksal normlarda ortaya çıkan ya da hukuka içkin olan bir belirsizlik söz konusu edildiğinde, tartışmanın odak noktasının, doğrudan hukukun politik niteliğiyle ilgili bir sahaya kaydığı gözlemlenebilir. Hukuki belirsizlik tezi aracılığıyla, “hukuk politiktir” önermesine, liberal hukuk düzenine yönelik eleştirel yaklaşım çerçevesinde farklı anlamlar verilmektedir⁵⁹⁴. Hukuk, insan eylemliliğinin bir biçimi olarak kabul edildiğinde⁵⁹⁵, hukuk ile politika arasındaki ilişkiye hukuki pozitivistlerinin görüşlerinin aksine, kesin bir sınır çizilebilmesi o kadar da kolay görünmemektedir. Pozitivizmden beslenen hukuksal yaklaşımlar başta olmak üzere, hukuk sistemini politikadan bağımsız ve özerk bir alan olarak niteleyen görüşlerin temel önermelerinin, öncelikle hukukun formalist ve objektif bir karakterde olması gerektiğine yönelik iddialara dayandığı önceki bölümlerde açıklanmıştı. Hukuki belirsizlik tezinin ise, hem hukuksal formalizm hem de hukuksal objektivizm ile çatışma içinde olduğu aşikârdır. Hukuksal formalizm, hukuku belirlenmiş bir şekli kurallar ve normlar sistemi içinde bir tür sabit dizgeye dönüştürürken, onu aynı zamanda sonuçları önceden bilinebilir, kesin bir yapı olarak telakki etmektedir. Hukuksal objektivizm ise hukuku, formalist yapısı itibariyle tüm muhataplarına eşit mesafede duran tarafsız ve nesnel bir normlar sisteminin cisimleşmesi olarak

⁵⁹⁴ TUSHNET, 1990 – 1991, s. 1526.

⁵⁹⁵ Bkz. **Idem**. Hukuk insan eylemliliğinin bir biçimi olarak kabul edildiğinde, bilhassa *Aristoteles*'in “*zoon politikon*” kavramıyla bir arada düşünüldüğünde hukuku da doğrudan politik etkinliğin bir biçimi olarak değerlendirmek mümkündür. *Hannah Arendt*'in de belirttiği üzere “*zoon politikon*” esasen insanın *poliste* yaşaması itibariyle onun toplumsal niteliğine vurgu yapmaktan ziyade politik kimliğini ön plana çıkarmaktadır. Yunan düşüncesine göre insanın politik yönden örgütlenebilir oluşu, bu örgütlenmiş yapıyı merkezinde ailenin yer aldığı doğal birlikten sadece farklı kılmaz, aynı zamanda onunla doğrudan bir karşıtlık içine de girer. *Polisin* gerçek anlamı da işte bu noktada, politik karakterinde kendini göstermektedir. Keza *Aristoteles*'in *poliste*ki yurttaş ile barbarları –Yunanlılar dışındaki insanları– ayırt ettiği temel husus barbarların da bir toplum içinde yaşamalarına karşın *polisin* bir mensubu, yurttaş olmamaları ve politik bir örgütlenmenin bir başka ifadeyle politikanın dışında kalmalarıdır. Bu durum Antik Yunan'da politika hakkındaki özgün anlayışın, insan ile politika arasındaki ilişkinin de olağan bir sonucu olarak kabul edilmelidir. ARENDT, Hannah, **İnsanlık Durumu**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003, s. 59 – 64.

tahayyül etmektedir. Belirsizlik tezi ise, esasen hukuk sisteminin içinde birbirleriyle çatışan birçok farklı değer, çıkar ve amacın bir arada var olduğunu ortaya koymaya çalışarak, mutlak ve açık hukuki sonuçlara ulaşılamayacağını, hukukun her zaman çeşitli kapalılıkları zorunlu olarak barındıracağını savlamaktadır. Dolayısıyla belirsizlik tezi, hukukun formalist niteliğinin aslında, sanıldığı gibi aksine daimi bir kesinlik, belirlilik veya öngörülebilirlik sağlayamayacağı görüşünü ön plana çıkarmaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu tez hukukun formalist niteliğinin, içi boş bir kavramsallaştırma, maske olduğu kanıtlanabildiği nispette hukuksal objektivizmin de aynı biçimde belirsizlikle malul olduğunu savunmaktadır. Ne hukuk normları ne de hukuk düzeni, gerçek manada bir belirlilik ve kesinlik içerdiği için, hukukun da politikadan tamamen bağımsız olduğu, olabileceği ya da olması gerektiği yönündeki görüşlerin doğruluğu müphem bir hale gelmektedir. Bu durum, Aynı zamanda hukuk ile politika arasında kesin bir ayrılık olduğunu savunan pozitivist hukukçuluk ile klasik hukuk yaklaşımlarının temel kurumsal öncüllerini büyük oranda dayanaksız hale getirmekte; hukuk ile politika arasındaki ilişkinin daha açık bir biçimde gözler önüne serilebilmesinin imkânlarını sağlamaktadır.

Hukuki belirsizlik problemine ilişkin olarak ele alınması gereken bir diğer husus, belirsizliğin, sadece hukuk kurallarıyla sınırlı olmadığı ve amirane ilkelerin yürürlüğe konulmasıyla düzeltilebilecek bir mahiyet de gösteremeyeceğine ilişkindir⁵⁹⁶. Çünkü konulacak amirane ilkeler de çelişkili bir karakter göstermekte ve bu çelişkileri çözebilecek hiçbir meta-ilke bulunmamaktadır⁵⁹⁷. Böyle meta-

⁵⁹⁶ HASNAS, 1995 – 1996, s. 96.

⁵⁹⁷ **Idem.**

ilkeler önerilse dahi, bunların genel geçer, evrensel bir kabule mazhar olabilmesi son derece zor olduğu gibi, söz konusu meta ilkelerin sürekli bir değişim ve dönüşüm gösteren sosyo-politik ve ekonomik gerçeklikler dünyasından ne oranda bağımsızlık gösterebileceği de aynı ölçüde şüphelidir.

Hukuki belirsizlik tezinin, liberal hukuk düzenine, onun gelenekselleşmiş hukuksal kabullerine ve muhakeme süreçlerine yönelttiği köktenci eleştiri ve sorgulama, bu teze yönelik son derece güçlü bir muhalefet ve zincirleme bir eleştirel karşı çıkış sürecinin başlamasına da neden olmuştur. Gerçekten hukuki belirsizlik tezine çok çeşitli ve hukuk akademisinin çok farklı kesimlerinden muhtelif eleştiriler getirilmiştir. Bilhassa Amerika özelinde, belirsizlik tezine getirilen eleştirilerin kayda değer bir kısmı, Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketine yöneltilen eleştirilerin incelendiği bölümde de dile getirilen hususlardan oluşmaktadır. Hatırlanacağı üzere bu eleştirilerde, hareketin nihilist kanadınca ortaya konulan tespitler esas alınarak genelleştirmeye gidilmekte çoğunlukla indirgemeci bir tutumla hukuki belirsizlik iddialarının bir tür nihilizm anlamına geldiği iddia edilmekte; hareket de bu bağlamda hukuk karşıtlığıyla suçlanmaktaydı. Belirsizlik tezine yöneltilen eleştirilerin de önemli bir boyutunun, hukuk karşıtlığı ve tezin, hukuksal bir nihilizme sebebiyet verdiği gibi hususlarda yoğunlaştığı dikkat çeker. Dolayısıyla, çalışmanın bütünselliği açısından doğrudan hukuki belirsizlik tezine yöneltilen eleştirilerin ele alınması gerekmektedir.

Hukuki belirsizlik tezine yöneltilen en önemli eleştirilerden biri *H.L.A. Hart* tarafından yapılmıştır. *Hart*, özellikle Realistlerin hukuktaki belirsizlik olgusunu fazla abarttıkları düşüncesinde olup, hukukta bir miktarda belirsiz alan

bulduğunu (penumbra of doubt) fakat kesinliğin (core of certainty) ⁵⁹⁸ daha fazla olduğunu savunmuştur⁵⁹⁹. *Hart*, kolay davalar ile zor davalar arasında bir ayırım yapmakta; kolay davalar söz konusu olduğunda formalistlere katılarak belirsizlikten bahsedilemeyeceğini, buna karşın zor davalar açısından belirsizliğin gündeme gelebileceğini söylemektedir⁶⁰⁰. Fakat zor davalar ile kolay davalar arasında nasıl bir ayırım yapılacağı, söz konusu davalara ilişkin ayırımda hangi ölçütlerin göz önüne alınacağı gibi hususların da hukukun içyapısından kaynaklanan bir belirsizlik arz edebileceğinden bahsedilebilir⁶⁰¹. *Hart*'ın bakış açısından, kırmızı ışıktaki geçilmeyeceğini öngören bir kural, ilk başta herkes için açık, kesin, yoruma ihtiyaç duymayan bir kural gibi algılanabilir. Dolayısıyla böyle bir kural ihlalinin dava konusu haline gelmesi durumunda, davanın kolay bir dava olacağı da söylenebilir. Buna karşın hayatın olağan akışında gerçekleşen olaylar, bu kuralın ihlali nedeniyle uyuşmazlığa dönüştüğünde, kolay bir davanın ya da açık bir hükmün dahi hukuki belirsizliğin konusu haline gelebileceğini göstermektedir. Örneğin kırmızı ışıktaki bekleyen bir sürücünün, arkadan gelen ambulansa yol vermek amacıyla kuralı ihlal etmesi ve bu sebeple kazaya sebebiyet vermesi ya da kaza olmaksızın sadece sürücü hakkında cezai müeyyide uygulanması ve bu durumun bir uyuşmazlığa konu olması durumunda nasıl bir davanın söz edilebileceği oldukça tartışmalıdır. Kolay bir dava mı yoksa hukuksal formalizmin dışına çıkarak sosyal gerçeklik ve ihtiyaçları gözetken

⁵⁹⁸ *Hart*, belirsizlik –şüphenin yarı gölgesi (penumbra of doubt)– ile kesinlik –kesinliğin çekirdeği (core of certainty)– arasında, bilhassa belirli hukuksal durumları genel hukuk kurallarını göz önüne alarak değerlendirirken bir ikilik oluşacağını belirtir. HART, H. L. A., **The Concept of Law**, 2. Baskı, Oxford University Press, New York, 1994, s. 123.

⁵⁹⁹ HASNAS, 1995 – 1996, s. 94.

⁶⁰⁰ ÖZKÖK, 2002, s. 2 – 3.

⁶⁰¹ Bkz. *Ibid.*, s. 3 – 4.

değerlendirilmelerde bulunulması gereken zor bir dava mı söz konusu olacaktır. Bu örnek, ilk bakışta son derece açık olan ve herhangi bir belirsizlik arz etmediği düşünülen bir normun dahi, gerçek hayatta karşılaşılan durumlar karşısında belirsiz bir hüküm haline dönüşebileceğini açık bir biçimde göstermektedir. Bu bağlamda somut bir durumun, Türkiye’de MOBESE, KGYS ve EDS gibi görüntülü izleme sistemlerinin devreye girmesinin ardından yaşandığını belirtmek gerekir. Sistem ilk devreye girdiğinde, kırmızı ışıktaki ambulanslara yol vermek amacıyla kural ihlali yapan sürücülere trafik cezası uygulanmış, fakat bu konuya ilişkin yoğun itirazlar ve sürücülerin ambulans geldiği halde kırmızı ışıktaki beklemeye devam etmeleri tam bir belirsizlik durumuna sebebiyet vermiştir⁶⁰². Bunun üzerine, söz konusu belirsizlik durumunun ortadan kaldırılabilmesi amacıyla, bu tür durumlarda geçiş üstünlüğü bulunan ambulans, polis ve itfaiye araçlarına yol verilirken kırmızı ışık ihlali yapılabileceğine ve ışık ihlali yapan sürücülere ceza uygulanamayacağına ilişkin bir Emniyet Genel Müdürlüğü genelgesi yayınlanmıştır⁶⁰³. Somut olay da görüldüğü üzere, normun şekli (ilk akla gelen) anlamı düşünülerek, kolay ya da zor dava gibi yapay ve soyut kavramlaştırmaların, toplumsal hayatın içinde gerçekleşen birbirinden çok farklı durumlar nedeniyle ancak teorik varsayımlar olarak bir anlam ifade edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Çok açık olduğu düşünülen normların dahi, hukukun içeriğinin yaşamla ve gerçekliklerle olan ilişkisi nedeniyle, birçok farklı durumda belirsizlikle malul olabilmesi ihtimali daima vardır. Bu da hukuki belirsizliğin, hukuka içkin bir olgu olduğunun somut bir göstergesi olsa gerektir.

⁶⁰² **Akşam Gazetesi**, http://aksam.mediator.com/2010/11/21/haber/yasam/7960/yok_mu_can_kurtaran_.html, (E.T. 10.11.2012)

⁶⁰³ **Sabah Gazetesi**, http://www.sabah.com.tr/Yasam/2011/01/05/ambulansa_yol_verene_kirmizi_istikta_ceza_yok, (E.T. 10.11.2012).

Hukuki belirsizlik tezine yönelen diğer eleştiri ise, tezin hukuka ilişkin iddialarının kabul edilmesi halinde hukukun sabit ve kararlı bir sistem olarak telakki edilmesinin çok zor bir hale geleceğine, dolayısıyla çok boyutlu, zamansal açıdan ve farklı bağlamlarda değişebilen çelişik pratiklerin bir derlemesi olarak algılanmaya başlanacağına, bunun da bilhassa hukuka ilişkin kesinlik ve öngörülebilirliği tahrip edeceğine dönük itirazlardır⁶⁰⁴. Daha çok pozitivist hukuk ilkelerinin geçerliliğinin savunusu anlamına gelen bu itirazlar, esasen hukukun, dışsal etkileyenlerden mutlak bir ayrılık içinde bulunduğu ön kabulüne dayanmakta; onun objektif bir temele oturduğunu kabul etmekte ve bu objektifliğin devamının da ancak formalist bir hukuk yaklaşımıyla mümkün olduğu inancını taşımaktadır. Oysa hukuk normlarının, örneğin oluşturulma aşamasında, yasama faaliyeti neticesinde üretilmesi; daha sonra aynı organ tarafından istenildiğinde değiştirilebilmesi veya kaldırılabilmesi, söz konusu normların zamansal açıdan –bilhassa yasama organındaki egemen politik gücün değişmesi gibi nedenlerden kaynaklı olarak– farklı politik saik ve mülahazalara konu olabileceğini göstermektedir. Yine gerek ilk derece mahkemelerinin yorumlarındaki farklılıklar, gerek yüksek mahkemelerin aynı dava bakımından farklı sonuçlara ulaşması ve içtihat değişikliğine gitmesi gibi durumlar, hukukun yeknesak bir uygulamasının o kadar da kesin bir karakter göstermediğini gözler önüne sermektedir. Gerçekten mahkeme kararlarında zaman içinde meydana gelen içtihat değişiklikleri, belirsizlik olgusunun varlığı bağlamında önemli bir husus olarak değerlendirilebilir, mahkemelerin alternatif yollar izlemek, doğru zamanda doğru baskı uygulamak gibi yöntemlerin kullanılmasıyla yerleşik içtihatlarından

⁶⁰⁴ GORDON, 2006, s. 404. Harekete, belirsizlik tezi konusunda yöneltilen geleneksel eleştiriler için ayrıca bkz. MATSUDA, 1987, s. 332.

farklı kararlar almaya yöneldikleri sıklıkla görülen bir durumdur⁶⁰⁵. Bunun yanı sıra, benzer konulu davalarda farklı yargı mercilerinin adeta birbirleriyle çelişen kararlar vermeleri ya da aynı davada alt ve üst derece mahkemelerin esasa ilişkin farklı hükümler tesis etmeleri de, hukukun, söz konusu farklı algılamalarının ve dolayısıyla hukuki belirsizliğin varlığının bir diğer kanıtını teşkil eder.

Hukuki belirsizliğin yargısal aşamaya yansıyan bir diğer boyutu, özellikle yüksek yargı mercileri tarafından oy çokluğuyla verilen kararlarda görülmektedir⁶⁰⁶. Söz konusu durum, mahkeme üyelerinin hukuk normlarından aynı şeyi anlamadıklarının önemli bir göstergesidir⁶⁰⁷. Bu bağlamda karşı oy yazıları, somut uyuşmazlık açısından farklı yorumlamaları ve algılamaları açık biçimde örneklendirmektedir. Mahkeme üyeleri, önlerine gelen olayda farklı normların uygulanması ya da aynı normun farklı biçimlerde yorumlanması neticesinde birbirlerinden ayrılan, taban tabana zıt görüşleri benimseyebilmektedirler. Türkiye’de de yüksek yargı mercilerinin muhtelif kararlarına bakıldığında süreç içinde bu tür farklılaşmaların sıklıkla meydana geldiği dikkat çeker. Söz konusu durum, hukuki belirsizliğin sadece teorik anlamda hukuk normlarında ya da hukuka içkin bir olgu olarak değil, yargılama faaliyeti sırasında da sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum olduğunu göstermektedir.

Yukarıda ele alınan hususlar, hukuk normlarının pozitivist görüşlerin

⁶⁰⁵ GORDON, 2006, s. 405. Amerika örneğinde, 1954 yılında Yüksek Mahkeme’nin *Plessy v. Ferguson* davasında kamusal alanda ırk ayrımcılığının eşitliği gözetmek şartıyla anayasaya aykırı olmadığına yönelik verdiği karar *Brown v. Board of Education* davasında değiştirilmiştir. **Idem.**

⁶⁰⁶ ÖZKÖK, 2002, s. 14.

⁶⁰⁷ **Idem.**

ya da iddiaların aksine önceden bilinebilir, kesin, değişmez bir karakter arz etmediğini yeterince göstermektedir. Bu noktada hukukun kesin, nesnel ve formalist bir karakter göstermemesinin, çalışma bağlamında bizatihi eleştirilen bir husus olmadığına da belirtilmesi gerekir. Zira hukukun durağan bir olgu olarak ele alınmaması, değişen zamansal, mekânsal, toplumsal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçlar doğrultusunda “uyarlanabilirliği” ve “esnekliği” bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. bu bağlamda hukukta mutlak bir kesinliğin olmadığı, hatta işin doğası gereği olmaması gerektiği söylenebilir. Hukuk, pratik yaşamda ortaya çıkan birbirinden çok farklı olaylarda farklı biçimlerde yorumlanarak uygulanabilme kapasitesine sahip olmalıdır. Bu durum, hukukun içkin olarak bir miktar belirsizlik taşımak zorunda olduğunu göstermekle birlikte bu belirsizliği külliyen bir olumsuzluk olarak nitelenmek de yerinde değildir. Aksine bu belirsizlik durumunun, hukuk uygulaması açısından benzersiz imkânlar sunabilmesi de mümkündür. Fakat hukuk normlarının yapısal karakteristiği, uygulamacıların nezdinde ele alınış, algılanış biçimleri ve hukukun amaçsal yorumların dışında salt lafzına bağlı kalan yorumları nedeniyle durağanlaşmasına sebep olan yöntemlerin tercih edilmesine binaen şekilciliğin tahrip edici etkilerine maruz kalması, hukukun gerçekten ihtiyaç duyduğu ve bir zorunluluk olarak kendini gösteren dönüştürücü kapasitesini önemli ölçüde zaafa uğratabilmektedir. Hukukun dönüştürücü kapasitesinin geri kazanılabilmesi ise ancak, yargılama süreçlerinde formalist yorum yöntemlerinin bir kenara bırakılması; davaları, salt hukuksal kategorilerin soyutlanmış kavramlaştırmaları çerçevesinde ele almaya çalışmak yerine, olayın içinde var olan gerçekliklerle ilişkilendirmek ve hukuk normunun içeriğini sosyal olgularla bağlantısını kesmeden anlamlandırmaya tabi tutarak somutlaştırmak suretiyle

mümkün olabilir.

Hukuki belirsizlik tezi eleştirisinin bir diğer boyutu, mahkemelerde görülen davalarda, hukuksal sonuçların tahmin edilebilir olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Hukuki belirsizliğe ilişkin tespitlerin büyük ölçüde yanlış anlaşılmasından kaynaklanan bu eleştirilerde, hukuksal sonuçların, bütün olarak tahmin edilemezliğine ilişkin eleştirinin yanlış olduğuna vurgu yapılmakta, birçok dava sonucunun öngörülebilir, tahmin edilebilir olduğu savunulmakta, keza hukukçuların yaşamlarını bu öngörülebilirlik ve tahmin edilebilirlik sayesinde idame ettirdikleri ifade edilmektedir⁶⁰⁸. Oysa belirsizlik tezinin, bütünsel olarak hukuksal sonuçların hiçbir zaman öngörüleemeyeceği veya tahmin edilemeyeceği gibi bir savının olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira söz konusu tez, ortaya koyanlar, mahkemelerde görülen davaların kesinlikle önceden tahmin edilemez oldukları gibi bir iddiayı gündeme getirmemekte⁶⁰⁹, fakat pozitivistlerin algıladıkları manada mutlak bir kesinlik, bilinirlik ve içtihat sürekliliği olmadığını, bunun da hukuksal bir belirsizliğe yol açtığı görüşünü dillendirmektedirler. Ortaya çıkan belirsizlik durumunun ise, yukarıda açıklandığı üzere hukuk dünyası için bir felaket olmadığı vurgulanmalıdır. Hukuk uygulamasında farklı zaman, mekân ve koşullarda gerçekleşen olaylara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi ve normların durağanlığının yarattığı sakıncaların bertaraf edilebilmesi, bu belirsizliğin yarattığı

⁶⁰⁸ GORDON, 2006, s. 404 – 405.

⁶⁰⁹ Gordon'a göre "Eleştirel teorisyenler bunu kabul etseler de hukuksal sonuçların; var olan hukuk doktrinleri ve prensipleri kaçınılmaz olarak öyle gerektirdiği için değil, hukukçular ve diğer yorumcuların hukukun nasıl uygulanması gerektiği hakkında paylaşılan uzlaşımın geliştirmeye eğilimli olmaları nedeniyle ve bu uzlaşımın onların dengesini bozacak bir şeyler gerçekleşene kadar geçerli kaldıkları için tahmin edilebilir olduklarını iddia etmişlerdir". **Ibid.**, s. 405.

imkânların kullanılması suretiyle sağlanabilecektir.

Hukuki belirsizlik tezine yöneltelen eleştirilerin başka bir ayağını ise, tezin hukuksal bir nihilizme yol açtığı savının da bir uzantısı olarak nitelendirilebilecek, “hukuk devleti”⁶¹⁰ ilkesine zarar verdiği yönündeki iddialar oluşturmaktadır⁶¹¹. Bu eleştiride, belirsizlik tezinin hukuksal bir nihilizme yol açtığını kanıtlamak için kullanılan argümanlar, benzer biçimde hukuk devleti olgusuna da zarar verdiği iddiasının kanıtlanması amacıyla tekrar gündeme getirilmektedir. Söz konusu eleştirinin altında yatan temel neden ise, belirsizlik tezinin hukuksal formalizm ve objektivizme dönük eleştirel tutumudur.

Hukuki belirsizliğin formalizm ve objektivizm ile karşıtlık içinde bulunması, bu tezi, devlet erkinin şeklen ve içerik yönünden hukukla sınırlanması düşüncesi temelinde somutlaşan ve yönetenlerin kendi koydukları kurallarla ve hukuk sisteminin öngördüğü düzenlemelerle bağlı olmaları talebine⁶¹² dayanan hukuk devleti ilkesiyle de bir çatışmaya sürüklemektedir. Bu çatışma, hukuk devleti ilkesinin kaldırılması veya söz konusu ilkenin içeriğinin ayrıntılı hükümlerle belirlenmesi gerektiği yönünde bir çıkarsama yapılması sonucunu doğurmaz. Zira hukuk devleti kavramına yönelik eleştirel tutumun, esasen kavramın liberal ekonomik – politik sistemin ve onun hukuk düzeninin olumsuzluklarını maskeleyen

⁶¹⁰ Yazarın metninde kullandığı “rule of law” ifadesi çeviri metinde “hukukun üstünlüğü” olarak tercüme edilmişse de, burada çalışmanın bütünlüğünün bozulmaması için “hukuk devleti” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. İlgili ifade için bkz. GORDON, Robert W. “Some Critical Theories of Law and Their Critics”, **The Politics of Law – A Progressive Critique**, (Edi. David Kairys), 3. Baskı, Basic Books, New York, 1998, s. 655.

⁶¹¹ GORDON, 2006, s. 405. Benzer bir eleştiri Eleştirel Hukuk Çalışmaları’na yönelik olarak da gerçekleştirilmiştir. **Supra.**, s. 94 – 95.

⁶¹² Bkz. SANCAR, Mithat, “Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve”, **“Devlet Akli” Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004 (c), s. 34 – 35.

ve onlara meşruiyet sağlayan bir tür bilinç yaratmasından kaynaklandığı belirtilmelidir. Söz konusu eleştirilere rağmen, hukuk devletinin, liberal sistem içinde zayıfların ve ezilenlerin haklarının korunabilmesi veçhesinde, hukukun mücadelecilik kullanımı suretiyle bambaşka bir yapılanmaya imkân verebilecek bir niteliğe sahip olduğunu da eklemek gerekir. Dolayısıyla burada önemli olan husus, kavramın klasik liberal tahayyüllerin ötesinde, eleştirel bir yaklaşımla yeniden düşünülerek kurgulanmasına dayanan bir sürecin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğiyle ilgilidir. Bu çalışmanın, kavramın belirsizliği noktasından hareketle hukuk devleti ilkesinin saf dışı bırakılmasına ilişkin bir iddiası olmadığı gibi, onun doktrin ve uygulama açısından değersizleştirilmesine yönelik bir tutumu da bulunmaktadır⁶¹³. Hukuk devleti ilkesinin belirsizlik tezi dolayısıyla zarar gördüğü iddiası da çok sınırlı bir haklılık payına sahiptir. Zira belirsizlik tezi, liberal hukuk devleti anlayışını ve onun devlet ve hukuk sistemi üzerindeki meşrulaştırıcı maske işlevini ele alıp sorgulayarak, yeniden değerlendirilmesi ve üzerinde düşünülmesi gereken bir kavram olarak, hukuk devletinin değerini yükseltmekte ve içeriğini zenginleştirmektedir.

Sonuç olarak hukuki belirsizlik tezi, liberal hukuk düzeninin yapısal karakterine yönelmiş bir eleştiridir. Bu eleştiri, liberal hukuk düzeninin birtakım içsel sorunlarına işaret ederek, özellikle hukuk normlarının biçimsel karakterine sıkı sıkıya bağlılığın kesinliği, nesnelliği ya da öngörülebilirliği sağlayacağı yönündeki geleneksel kabullere karşı çıkar. Hukuka, salt formalist bir pencereden bakıldığı

⁶¹³ Bkz. SANCAR, 2006, s. 42. *Mithat Sancar*'ın da belirttiği üzere bilhassa sosyal bilimler alanındaki bilimsel tahliller genelde tam olarak belirginleşmiş kavramlar için değil, aksine belirsiz kavramlar için gereklidir. Yani belirsizlik argümanı, bilimsel incelemenin fuzulî değil, tam tersine zorunlu olduğunu kanıtlamaktadır. **Idem.**

sürece, hukukun sosyal yaşamın gerekliliklerini karşılayamayarak belirsizlik yaratabileceği konusu üzerinde durur. İlk bakışta anlamı çok açık olan normların dahi, uygulamada ortaya çıkabilecek farklı olaylar karşısında belirsizlik taşıyabileceğini savlar. Dolayısıyla yargılama aşamasında, hukukun sosyal gerçeklikle bütünleştirilmesi gerektiğini savunur. Hukuki belirsizliğin, tek başına hukukun olumsuzlanması anlamına gelmeyeceği ya da hukuki bir nihilizme yol açmayacağı da bu bağlamda söylenebilir. Bilhassa yargılama süreçlerinde, hukuk normlarındaki belirsizlikler, çelişkiler ya da boşluklar; politik, ekonomik, toplumsal ve tarihsel olguları göz önüne alan yorumlama ve anlamlandırma faaliyetleriyle giderilebilir. Ayrıca bu yolla, hukuk normlarının gerçek yaşamla bağlantısı kurularak somutlaştırılabilmesi ve böylece çatışmaların işlevsel bir yöntemle çözülebilmesi de mümkün hale gelebilir.

2.4. Hukukun Tarafgirliği

Klasik liberal hukuk düşüncesinin *sine qua non* genellemelerinden biri de hukukun tarafsızlığına ilişkindir. Liberal bakış açısından bireylerin kendi aralarında ya da birey(ler) ile devlet veya diğer kurumsal yapılar arasında ortaya çıkabilecek çatışmalarda söz konusu uyuşmazlıkları çözebilecek, gerekirse haksız olarak başkasına zarar veren tarafa yaptırım uygulayabilecek ve ortaya çıkan zararlarının giderilmesini sağlayacak yegâne araç olarak hukuk; bir yönüyle tazmin edici diğer yönüyle cezalandırıcı veya uzlaştırıcı bir gücü imler. Bu bağlamda hukukun, ortaya çıkan uyuşmazlıkların veya haksızlıkların yargı yoluyla giderilmesinde her halükarda tarafsız bir kurum olarak nitelendirilmeye çalışıldığı görülür. Bu tarafsızlık söylemiyle, hukukun var oluşunun ve bu var oluşun insanlar

üzerinde sonuç yaratacak biçimde kullanılabilmesinin meşruiyeti sağlanmak istenmektedir. Tarafsızlık vurgusunun önemi, hukukun mevcut politik çatışmalardan kesin bir ayrılığını imlediği gibi hukuksal eşitlik, hukukun objektivitesi, formalist niteliği gibi birtakım kavramları ihtiva etmesindedir. Bu bağlamda hukukun objektivitesi olgusunun tarafsızlık vurgusunda egemen konuma sahip olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten liberal hukukçuluğun başta tarafsızlık olmak üzere hukuka ilişkin önsel kabulleri, bir yönüyle de hukukun tarafgirliğini gizlemeye dönük bir amaca hizmet etmekte ve hukukun tarafsız olduğuna ilişkin söylemin bir parçasını teşkil etmektedir.

Liberal hukukçuluğun başat söyleminin hukukun tarafsızlığı olması ve tarafsızlık olgusu ile hukukun adeta özdeşleştirilmesi, bu kavrama yüklenen anlamın ve kavramın kullanım amacının ortaya konmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu söylemle, bir taraftan hukuk günlük politik çatışmalar ile egemen çıkar gruplarının gücünden bağımsız bir konumdaymış gibi gösterilmeye diğer taraftan tarafsız olduğu kabul edilen bir hukuk düzeni aracılığıyla genel anlamda mevcut sistemi onaylayan kamusal bir bilinç yaratılmaya çalışılmaktadır.

Liberal söylemin söz konusu tarafsızlık vurgusunu ön plana çıkarmak suretiyle neyi amaçladığı ise, meselenin diğer boyutunu oluşturmaktadır. Hukukun tarafsızlığı söyleminin baskın karakteri, hukuku, sistemsel meşruiyetin yaratıcı temel kaynağı haline getirmektir. Bir başka ifadeyle bu söylem, bir taraftan hukuku ve onun kurumsal nitelikli aygıtlarını –bilhassa yargılama makamları ile yargılama süreçlerini– diğer taraftan bizatihi devleti ve onun yapısal bütünlüğünü sürekli bir biçimde yeniden üreterek meşrulaştırmaya hizmet etmektedir.

Hukukun meşrulaştırıcı niteliğinin işlevi ve bu işlevi nasıl yerine getirdiğinin, bir başka ifadeyle hukuk sisteminin ilk bakışta neden tartışmasız bir biçimde tarafsız ve kabul edilebilir görüldüğünün, üstelik söz konusu durumun onu toplumsal bazda meşru gösterecek genel bir kitlesel destek bulduğunun ortaya konması gerekmektedir. Bu bağlamda Gramsci'nin hegemonya kavramına başvurularak hukuk sisteminin güçlülerin zenginlik ve ayrıcalıklarını korumaya, kendi çıkarlarını örgütlerken muhaliflerini nasıl örgütsüz ve sinmiş halde tutmaya muktedir olduğu ayrıca tespit edilmelidir⁶¹⁴. Gramsciyen anlamıyla hegemonya kavramı, burjuva değer ve normlarının bağımlı sınıflar üzerindeki ideolojik hâkimiyetine tekabül etmektedir⁶¹⁵. Gramsci açısından hukuk düzeni, kapitalist devletin toplumsal yapısının sürekliliğini mümkün kılan, farklı düzeylerdeki çeşitli gruplar için farklı farklı işleyen hegemonik bir yapı olarak, örneğin siyasal iktidar sahipleri için hâkimiyetlerini doğrudan uygulayabilmelerini sağlayan bir aygıttır⁶¹⁶. Buna karşılık *“hegemonyanın diğer unsurları gibi hukuksal düşünce de, üst sınıflar tarafından alt sınıfların zihinlerine, istedikleri her şeyi elde edemeyecekleri çünkü bunların yasadışı olduğu fikrinin sürekli olarak işlenmesi işlevini görür. (...) Bu, eğer işçi iseniz, hem ürkütücü ve hem de otorite sahibi olan bazı insanlar tarafından sürekli size, isteklerinizin yasadışı olduğunun anlatıldığı bir evrenin ya da yaşamın*

⁶¹⁴ GORDON, 2006, s. 395.

⁶¹⁵ CARNOY, Martin, “Gramsci ve Devlet”, (Çev. Mehmet Yetiş), **Praksis Dergisi**, S. 3, Y. 2001, s. 253. Martin Carnoy'a göre *“Hegemonya, egemen sınıfın, kendi dünya görüşünü kapsayıcı ve evrensel olarak yerleştirmek için siyasal, ahlaki ve entelektüel liderliğini kullanmaya, ayrıca bağımlı grupların çıkar ve gereksinmelerini biçimlendirmeye yönelik başarılı girişimlerini içerir”*. **Ibid.**, s. 257.

⁶¹⁶ KENNEDY, Duncan, “Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni”, (Çev. Kasım Akbaş), **Mülkiye Dergisi**, C. 31, S. 257, Y. 2007, s. 178 – 179. Kennedy'ye göre hegemonya *“egemenliğin, zora başvurmadan siyasal meşruluk yoluyla uygulanmasını ifade eder. Hegemonya, yönetilenlerin rızalarının kazanılması anlamına gelmektedir. Modern endüstriyel devleti anlamak için, onun kitlelere meşru görünen kurumlar, örgütlenmeler ve toplumsal ilişki ağları kurmak yoluyla kitleler nezdinde genel bir rıza yaratabilen ideolojik gücünü kavramak gerekir”*. **Ibid.**, s. 175.

resmidir. (...) Yasallık ya da yasadışılık düşüncesini maharetli bir şekilde manipüle edebilirsiniz, bu düşünceye inanan insanlar üzerinde ciddi bir iktidar kurabilmek için bunu kullanabilirsiniz”⁶¹⁷.

Gramsci’ye göre kapitalist devlet gündelik düzeni salt zora dayanan faaliyetler ile güvenceleyemez; sermayenin egemenliği, daha normal bir biçimde sivil toplum içindeki sınıfların ideolojik ve kültürel tahakküm altına alınmasını gerektirmektedir⁶¹⁸. Keza Gramsci için devlet, politik toplum (devlet) ile sivil toplumun toplamına tekabül etmekteydi ki, bunun anlamı, zorlamayla güçlendirilmiş hegemonyadır⁶¹⁹. Kapitalizmin ekonomik yapısı içinde, şiddetin belirleyiciliği her ne kadar önemli bir konuma sahipse de, liberalizmin günlük sistemi, temsili devlet mekanizmalarıyla, insanlarda kendi kendilerini yönettikleri sanısı yaratarak, onları, ideolojik bir inanca yönlendirmekte ve böylece onların rızalarını kazanmaya dayanmaktadır⁶²⁰. Hegemonya, “kitlelerin kendi örgütlülüğü üzerinden, sivil toplumdaki başlayarak, fabrikadan okula ve aileye kadar tüm hegemonik aygıtlarda

⁶¹⁷ **Ibid.**, s. 179.

⁶¹⁸ PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, (Çev. Dilek Hattatoğuları), Çiviyazıları, İstanbul, 2000, s. 125.

⁶¹⁹ GRAMSCI, Antonio, **Hapishane Defterleri – Seçmeler**, (Çev. Kenan Somer), Onur Yayınları, İstanbul, 1986, (a), s. 186. *Gramsci’nin iki büyük üstyapı düzeyi tespit ettiği söylenebilir. Bunlardan ilki, genel olarak özel kurumlar (organizmalar) toplamı olarak sivil toplum, ikincisi politik toplum, yani devlettir. Hegemonya sivil topluma, zor ise devlete özgüdür. Zorlamayla güçlendirilmiş hegemonya kavramıyla ilgili olarak ayrıca Gramsci’nin, zor ve rızayı asla birbirinden ayırmadığını, bunları her zaman birbirleriyle ilişkilendirmek suretiyle kullandığını belirtmek gerekir. Modern devlet “hegemonyanın zor zırhını giydiği bütünleşik ya da genişlemiş devlet[tir]”. ANDERSON, Perry, **Gramsci**, (Çev. Tarık Günersel), Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2007, s. 41 – 42; SASSOON SHOWSTACK, Anne, “Hegemonya, Mevzi Savaşı ve Politik Müdahale”, **Gramsci’ye Farklı Yaklaşımlar**, (Edi. Anne Showstack Sassoon), (Çev. Mustafa Kemal Coşkun, Burcu Şentürk, Ozan Kamiloğlu vd.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, s. 100 – 102.*

⁶²⁰ ANDERSON, 2007, s. 67.

onların aktif rızalarını almaya yönelik bir stratejidir”⁶²¹. Hegemonya sivil toplum ve devlette dışı vurulmakta, böylece yönetilen geniş kitleler, egemen sınıfın inanç sistemini kabul etmeye ve onun toplumsal, kültürel, ahlaki değerlerini benimsemeye başlamaktadır⁶²². Egemen grup tüm toplum üzerindeki hegemonya aracılığıyla toplumsal yaşama belirli bir yönelim verilmesini sağlamaktadır⁶²³. Bu bağlamda ideolojik ve pratik tahakküm kilise, gazeteler, okullar, aile yapısı, kültürel değerler, reformist sendikalar gibi çeşitli araçların kullanılması suretiyle sürdürülebilmekte, yönetim zorlamayla desteklenen ısmarlama bir rızanın harekete geçirilmesi yoluyla toplum üzerinde kendi hegemonya rejimini kurabilmektedir⁶²⁴. Hegemonya süreci içinde hukuk ise belirli tipte bir uygarlık ve yurttaş yaratmaya yönelerek bazı tedbirleri ve davranışları yok edip yerine başkalarını getirmeye kalktığı oranda ideolojik bir araca da dönüştürülmekte⁶²⁵; keza bu durum, hukukun tarafsızlığını da büyük oranda işlevsizleştirmektedir.

Var olan hegemonya sistemi ile onun yarattığı ve insanların daha farklı, daha iyi bir yaşamı hayal bile edememelerine neden olan felç edici nitelikli inanç sistemleri⁶²⁶ gerek yöneten gerek yönetilen sınıfların var olan düzeni ve o

⁶²¹ BUCI–GLUCKSMANN, Christine, “Hegemonya ve Rıza: Politik Bir Strateji”, **Gramsci’ye Farklı Yaklaşımlar**, (Edi. Anne Showstack Sassoon), (Çev. Mustafa Kemal Coşkun, Burcu Şentürk, Ozan Kamiloğlu vd.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, s. 125.

⁶²² CARNOY, 2001, s. 274.

⁶²³ GRAMSCI, 1986, (a), s. 318.

⁶²⁴ PIERSON, 2000, s. 125 – 126.

⁶²⁵ GRAMSCI, Antonio, **Hapishane Defterleri – Seçmeler**, 2. Baskı, (Çev. Adnan Cemgil), Belge Yayınları, İstanbul, 1986, (b), s. 312. *Gramsci için hukuk, “devlet tarafından, uygarlığın oluşması yolunda harcanan olumlu bütün çabaların baskıcı ve olumsuz cephesini oluşturur”.* **Idem.**

⁶²⁶ Bu bağlamda hukuk, hukuk dışı olan ama benzer öğeleri de birbirine bağlayan din ve televizyon gibi, insanların içinde yaşadıkları ve çalıştıkları bütün hiyerarşilerin doğal ve gerekli olduğuna ikna eden bir tür inanç sistemi olarak değerlendirilebilir. GORDON, 2006, s. 396.

düzenin yaşama ilişkin dayattığı günlük işleyişleri bir kısım değişiklikleri gerektirse de, tatmin edici bulmaları sonucunu sağlamakta; en azından insanların önemli bir kısmının umabileceklerini temsil etmekte olduğu biçiminde sahte bir bilinç ya da gerçeklik yaratarak, olan bitenin de bir tür zorunluluktan kaynaklandığı sanısını kamusal düzlemde genel bir algılama olarak dayatmaktadır⁶²⁷. Bu bilinç ya da gerçeklik üretiminin iktidardan, iktidar ilişkilerinden ve mekanizmalarından soyutlanarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir, ancak iktidar mekanizmaları söz konusu bilinç ya da gerçeklik üretimini sağlayabilmektedir⁶²⁸.

Hukuk sistemi, görüldüğü üzere, hegemonya süreçleri sonunda ve ayrıca bir sonraki başlıkta ele alınacak devletin ideolojik aygıtlarının etkinliği neticesinde egemen ideolojinin bir parçasına dönüşerek doğrudan bireysel ve toplumsal bilincin şekillendirilmesinin bir aracı haline gelmektedir. Bu durum hukukun tarafsızlığına ilişkin geleneksel kabullerin sorgulanmasını da beraberinde getirmektedir. Gerçekten klasik hukuk anlayışının hukuku tarafsızlık niteliğiyle ve hukukçuları kamunun –toplumun– bir hizmetkârı olarak nitelendiren tanımının, tarafsızlık idealinin bir tanım değil maske, dolayısıyla hukukun yalnızca egemen sınıfların bir aracı, hukukçuların ise kamunun hizmetkârları değil egemen sınıfların ajanları olduğu iddiası⁶²⁹ karşısında yeniden sorgulanması bir gereklilik olarak kendini göstermektedir. Hukukun tarafsızlığının, hukukun ideolojik niteliğiyle olan yakın ilişkisi, tarafsızlığı, hukukun ideolojik kimliğinin saklanması en önemli

⁶²⁷ **Ibid.**, s. 395.

⁶²⁸ FOUCAULT, Michel, **İktidarın Gözü – Seçme Yazılar 4**, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 173.

⁶²⁹ TRUBEK, 1990 – 1991, s. 13 – 14; GORDON, 1984, s. 75.

araçlarından biri konumuna yükseltir. Zira tarafsızlık maskesi, bir yönüyle hukukun herhangi bir politik temayülden ve egemen üretim ilişkilerinden arı olmasının simgesi iken, diğer yönüyle hukukun ve hukuka dayanılarak meşrulaştırılan tüm eylem ve kurumların meşruiyetinin hem maddi hem de moral dayanağını teşkil eder. Örneğin *Nicos Poulantzas*'a göre liberal hukuk sistemi, sınıfa bağlı özel biçimler izlemekte; politik sınıf egemenliğini onaylayıp sürdürerek, ideolojik yönden sınıf egemenliğini maskeleyerek⁶³⁰. Gerçekten de mevcut liberal hukuk ideolojisi, tarafsızlık iddiasına dayanılmak suretiyle egemen iktidarın ve onun uzantılarının zalim, zorlayıcı, keyfi ve çirkin yüzlerinin gizlenebilmesi için sahte meşrulaştırmaya hizmet ederek aslında hukuksal normların ve uygulamaların da içerebileceği daha demokratik, eşitlikçi, dayanışmacı ve özgürleştirici alternatifleri örtmekte ve toplumsal mücadele sahasının alanını daraltarak dayattığı –olanın olması gerekenmiş gibi kabulünü teşvik eden– sahte zorunluluğu pekiştirmektedir⁶³¹. Hukukun

⁶³⁰ POULANTZAS, Nicos, **Faşizm ve Diktatörlük**, (Çev. Ahmet İnsel), (Haz. Murat Belge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 373. *Poulantzas* hukukun bu maskeleyme işlevinin başlıca iki yoldan gerçekleştirildiğini belirtir. İlk olarak “*hukuk, devlet aygıtları yoluyla siyasal iktidarın uygulanmasını ve ileriye öngöreceği şekilde özellikle belirlenmiş, sıkı sıkıya düzenlenmiş, soyut, biçimsel, genel kurallar sistemi yoluyla bu aygıtlara ulaşma biçimini düzenler. Çeşitli egemen sınıf ve fraksiyonlardan oluşmuş bir iktidar bloğunun karşısında, devlet aygıtları içinde bunların ilişkilerini ve bir sınıf veya fraksiyonun ötekiler üzerindeki hegemonyasını düzenler. Böylece, hukuk devlette önemli değişiklikler olmaksızın iktidar ittifakı içinde güç dengesinin değişmesine imkân sağlar.(...) Şu halde hukukî sistem kendine özgü değişim kuralları öngörür; anayasanın ana işlevi budur. Hukuk, iktidarın işleyişini egemen sınıfların yönünden olduğu gibi egemenlik altında olan sınıflar açısından da düzenler. Bu sınıfların devlet iktidarına ulaşmalarının mümkün olduğu yanılsamasını yaratarak, kendi kuralları çerçevesinde iktidara ulaşmalarını sağlar. Bunlardan başka, bu sınıf hukuku, yani sınıf mücadelesinin hukuku iktidarın halk kitlelerine karşı uygulama biçimlerini de düzenler; örgütlenmiş fiziksel baskı, konmuş kurallara göre yapılır. Devlet aygıtı, genel olarak bizzat kendi koyduğu kurallara uyar*”. İkinci olarak “*hukuk, devlet iktidarının uygulanmasının, yani devlet aygıtlarının müdahalesinin sınırlarını da koyar. Bu durum burjuva yazarları tarafından, hukukun birey –ve onun ‘öznel’, ‘doğal’, ‘elden alınmaz’ vb. hakları– ile devlet arasında ayrım çizgisini belirleyen işlevi olarak dile getirilmiştir. Oysa bu sınırların ‘özel’ alan ile ‘kamu’ arasında bir ayrım biçimi aldıkları doğrudur. Bununla birlikte bu sınırlar bir sınıf ilişkisi olan bir güç dengesini ifade etmektedirler. Bu anlamda hukukun koyduğu bu sınırlamalar, aynı zamanda sınıf egemenliğinin halk kitlelerinin mücadelesi ile sınırlanmasının da ifadeleridir*”. *Ibid.*, s. 373 – 374.

⁶³¹ GORDON, 2006, s. 401.

tarafgirliğine yapılan vurgu ise, hukukun, bilhassa politikadan soyutlanamayacak bir biçimde ele alınmasının olanaksızlığının da kabulü anlamına gelecektir⁶³². Keza liberal hukuk düzeninin eleştirisinde, hukukun bir maske ve hukukçuların egemen sınıfların ajanları olarak telakki edilmesinin altında yatan neden de, hukukun genel anlamda muhafazakâr emellerin bir aracı olarak liberal politika ve ekonominin sürdürülmesinde kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin hukuk eğitimi sürecinde yer alan akademisyenlerin ve yargılama aşamasında görevli hâkimlerin, bilhassa Amerika özelinde, mevcut statükonun devamından yana olan ısrarlı tutumları, gerek eğitim gerek yargılama aşamasında normun lafzına ve emsal kararlara gösterdikleri sıkı bağlılık, bilhassa uygulamadaki hukukun olumsuz yönünün ön plana çıkartılması sonucunu doğurmuştur⁶³³. Hukukun bu yönüyle, özellikle uygulama aşamasında kazandığı statükonun korunması ve sürdürülmesine ilişkin kullanım biçimleri, aynı zamanda tarafsızlık iddiasının sorgulanmasını beraberinde getirmektedir.

Hukukun tarafsızlığı bu bağlamda, hukukun oluşumundan, uygulanma süreçlerine kadar uzanan farklı aşamalarda sorgulanmaya son derece açık bir hale gelmektedir. Hukuk, bir taraftan kanun koyucu tarafından norm dizgeleri içinde somutlaştırılırken mevcut politik – ekonomik sistemin değerlerinden ve onun gerekliliklerinden soyutlanamamakta, diğer taraftan uygulama aşamasında, yargılama faaliyetini yürütenlerin kişisel kanaat ve görüşleriyle biçimlenen belirli bir ilişkiden

⁶³² AKBAŞ, 2006, s. 103.

⁶³³ Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın da Amerikan hukuk sistemine ve genel olarak liberal hukukçuluğa yönelik en temel eleştirilerini bu minvalden hareketle temellendirdiklerini hatırlatmakta fayda vardır. Kendileri ile muhafazakâr hukukçuluk arasındaki ayırt edici farklılığın da yargıçların ve akademideki hukukçuların statükoya sıkı bağlılıkları noktasında olduğunu belirtmek gerekir.

de doğrudan etkilenmektedir. Hukukun üretimi, politik iktidarın erk alanından ayrıştırılamayacak bir mahiyet göstermekte; bu süreçte hukuk var olan politik, ekonomik ve toplumsal gerekliliklerin bir yansıması olarak belirli bir ideolojik yönsemenin doğrudan ve dolaylı baskısıyla biçimlendirilmektedir. Bu nedenle hukuk, her halükarda var olan sistemin sürdürülebilirliğine katkı yapan tarafgir bir sosyal düzenlemeyi imlemektedir. Hukuk, aynı zamanda uygulama aşamasında da, bilhassa kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerde çok daha açık biçimde görünecek bir tarzda bozulan, ihlal edilen bir kamusal durumun eski haline getirilmesine yönelik bir çabanın somutlaşması olarak, mevcut düzenin korunmasına yönelik bir amaç taşımakta ve yine belirli bir tarafın çıkarlarının korunmasını temsil etmektedir.

Hukukun uygulanmasında, onun var olan politik düzenin gereklilikleri doğrultusunda bir anlam dizgesini temsil etmesinin yanında ikinci problem, hâkimlerin mevcut normları olaya uygularken çoğunlukla statüko yanlısı bir muhafazakârlık içinde ve devletçi bir güdülenmeyle, normu dar anlamıyla yorumlamaları, normun yorumunda sosyo-politik olguları göz ardı etmeleri ve normun anlamını gerçekleştiren olayda somutlaştıramamaları ile ilgilidir. Yargıcın yorumunun önemi, özellikle politik karakter taşıyan ve kamu düzenini ilgilendiren normlarda, normun politik anlamının olayın gereklilikleri doğrultusunda bertaraf edilmesi ya da aşılması gereken durumlarda kendini gösterir. Hukuki aktivizm çerçevesinde hukukun mücadelecî bir kullanımla, zayıfların, ezilen kitlelerin lehinde sosyal niteliğiyle bütünleşen bir anlam dizgesinde yorumlanabilmesi, bu bağlamda var olan düzeni korumak saikasıyla tanzim edilmiş çok sayıda normun yorumunda, belirli bir tarihselci perspektifi göz önünde bulundurmaya zorunlu kılmaktadır. Bu tür bir yöntemsel tercih, hukuku var olan gerçeklikler dünyasında sadece güçlünün

kontrolünde kullanılan bir araçsallıktan çıkararak bir amaç haline tahavvül ettirebilecek olanakları da yaratacaktır. Hukukun böylesi bir anlamsallıkla ele alınması, aynı zamanda hukuk normlarına içkin olan tarafgirlik olgusunu, uygulama içinde gerçekleştirilecek müdahalelerle bir nebze olsun azaltabilecek ve hukuku salt devletin politik etkinliğiyle biçimlenen düzenlemeler silsilesi olmaktan çıkararak toplumun genelinin ihtiyaçları ve çıkarlarını karşılayabilmeyi amaç edinen sosyal düzenlemeler bütünü haline ulaştırabilecektir.

2.5. Hukukun İdeolojik Niteliği

Hukuk politika ilişkisinin analizi açısından ele alınması gerekli bir diğer önemli husus hukuk düzeninin ekonomik – politik sistemle nasıl bir ilişki kurduğudur. Bu noktada hukukun aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere egemen ekonomik – politik sistemin ve onun ideolojisinin etkinlik alanının aslında dışında olmadığını, aksine o alanın zorunlu bir uzantısı haline geldiğini, keza kendisinin de bir ideoloji gibi işlev görmeye başlayarak bireyler üzerinde sistemin temel bileşen ve yapılarını korumaya dönük bir hukuk bilincini yerleştirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

İdeoloji çok yönlü işlev gören bir olgu olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda ideoloji, toplumsal bir düşünüş olarak, etkileri öncelikle siyasal alanda ortaya çıkan, fakat aynı zamanda toplumu ve bireyi dönüştürebilme kapasitesi itibariyle sistemin sürdürülebilmesi açısından bireylerin ikna edilmesinde

kullanılabilen elverişli bir araçtır⁶³⁴. *Terry Eagleton*'a göre ideoloji, birincil anlamı itibariyle düşüncenin toplumsal belirlenimiyle ilgili olup, toplumsal yaşamda, inanç ve değerleri üreten genel maddi bir sürece tekabül etmektedir⁶³⁵. Bu anlamıyla ideoloji “kültür”e yakın sayılmakta; ideoloji ile kültür, belirli bir toplumda hüküm süren bütün anlamlandırma pratikleri ile simgesel süreçleri kapsayan bir yapının tamamına karşılık gelmektedir⁶³⁶. Bu bağlamda *Eagleton*'un, kültür ile ideoloji arasında bir bağlantı kurmak suretiyle, ideolojinin bilinç üzerindeki etkinliğini hem bireysel hem toplumsal ölçekte gündeme getirdiğinden de söz edilebilir. Bilinç üzerindeki etkinlik, bilhassa mevcut politik ve ekonomik düzenin gereklilikleri doğrultusunda varlığını kalıcılaştırılabilmesi anlamında, kendinin sürekli yeniden üretimini sağlayacak, genel bir egemen ideolojiye ihtiyacını da ortaya koymaktadır.

⁶³⁴ ÖZCAN, 2011, s. 154.

⁶³⁵ EAGLETON, Terry, **İdeoloji – Giriş**, (Çev. Muttalip Özcan), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 55.

⁶³⁶ **İdem.** *Eagleton*, ideolojinin en genel tanımını bu şekilde belirlerken, ayrıca ideolojinin beş farkı anlam çerçevesi içinde de tanımlandığını belirtmektedir. *Eagleton*'a göre bu anlamlardan ikincisi, ‘toplumsal açıdan önemli belirli bir grubun veya sınıfın içinde bulunduğu durumu ve hayat deneyimlerini simgeleyen (doğru veya yanlış) inanç ve fikirlere karşılık gel[mesi]’ ile ilgilidir. Üçüncü olarak “ideolojiyi bir tür kolektif, simgesel kendini fade etme biçimi olarak görmek, onun ilişkisel ve çatışmaya dayanan yönünü fark etmemek demektir; bu nedenle ideolojinin, çıkar çatışması durumlarında bu tür toplumsal grupların çıkarlarının meşrulaştırılması ve desteklenmesi anlamına gelen (...) bir tanımını daha yapmak gerekir. (...) Söz konusu çıkarların, bir siyasi yaşam biçiminin tamamına karşı çıkmayla veya onu ayakta tutmaya çalışmayla az veya ilişkileri olması gerekir. Bu anlamıyla ideoloji, kendi çıkarını gözeten toplumsal güçlerin, bir bütün olarak toplumsal iktidarın yeniden üretilmesinde merkezi önem taşıyan meseleler uğruna çatıştığı ve çarpıştığı söylemsel alan olarak görülebilir. (...) İdeoloji, burada ‘var olan’ durumdan çok birtakım siyasi amaçlara uygun etkiler üretmeyle ilgilenen ve gerçeği dile getirmekten çok iknaya yönelik veya retoriksel olan bir söz edimi gibi görünür”. Dördüncü anlamı itibariyle ideoloji, “grup çıkarlarının meşrulaştırılması ve desteklenmesi üzerindeki vurguyu korur... am 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 olduğu ve ideolojinin, eğer basitse, fikirlerin yukarıdan zorla benimsetilmesi meselesinden çok tâbi kılınmış sınıf ve grupların vs. suç ortaklığını sağlama alma meselesi olduğu varsayımlarını içerebilir”. Beşinci anlam, ideolojinin bir yönetici grup veya sınıfın çıkarlarını, özellikle ikiyüzlülük ve çarpıtma yoluyla meşrulaştırmaya yardımcı olan fikir ve inançları simgelediği” kabulüne dayanmaktadır. Altıncı ve son anlamı itibariyle ise ideoloji, “yanlış ve aldatıcı inançlar üzerindeki vurguyu korur, ama bu inançların bir egemen sınıfın çıkarlarından değil, bir bütün olarak toplumun maddi yapısından kaynaklandığına inanır. İdeoloji pejoratif anlamını korur, ama sınıf kökenli açıklama yapmaktan kaçınır. Bu anlamıyla en ünlü ideoloji örneği (...) Marx’ın meta fetişizmi kuramıdır”. **Ibid.**, s. 55 – 57.

Egemen ideoloji, statükonun sürdürülebilmesi için mevcut düzeni “‘*olası durumların ideali*’, ‘*kabul edilebilir olanı*’, veya ‘*tercihe şayan olanı*’ olarak sunar. Bu suretle, *kişi ideoloji aracılığıyla mevcut durumu rasyonelleştirir ve çıkarlarına az veya çok aykırılık taşıyor olsa bile bu duruma katlanabilir hale gelir*”⁶³⁷. Kapitalist ekonomiye dayanan bir devlette ideolojinin hukukla ilişkisi ise, bir taraftan egemen üretim ilişkilerinin diğer taraftan siyasal düzenin sürdürülebilirliğinin sağlanması veçhesinde şekillenen bir dizgeye tekabül etmektedir. Kapitalizmde hukuk ideolojisi, yaşam, özgürlük, mülkiyet gibi bireyin özerkliğini temin etmeye yönelik ve bu özerkliğin gerçekleştirilebilmesi için hukuk devleti ya da insan hak ve özgürlükleri gibi bir dizi güvence mekanizmasının ihdası aracılığıyla⁶³⁸ kendisine kamusal bir meşruiyet zemini yaratan yapısal bir bütünlük kurmaktadır. Siyasal liberalizmin özgürlük, hukuksal eşitlik gibi söylemlerini doğrudan benimseyen bu hukuk ideolojisinin bireyin özerkliğine yönelik boyutu, büyük oranda ana temasını müteşebbis özgürlüğünden alan momentumu ve metaların mübadelesi bağlamında ekonomik eşitsizlikleri gizlemek için hukuksal eşitliği ön plana çıkartan öncelleriyle bilinç üzerinde egemenlik kurmaktadır. Bu süreçte hukuk ideolojisi, özellikle, salt liberal anlamıyla hukuk devleti ya da insan hak ve özgürlükleri gibi kavramlar aracılığıyla, var olan ideolojik etkinliğini ve yarattığı bilinci doğrulayarak meşrulaştırmakta ve genel geçer bir kamusal düzenin parçası haline getirmektedir. Bir başka ifadeyle hukuk ideolojisi, kapitalist ekonominin ve onun siyasal düzeninin bir tamamlayıcı olarak, iktidar süreçlerinin dolaylı biçimde kabul edilebilirliğini mümkün kılmaktadır.

⁶³⁷ ÖZCAN, 2011, s. 154.

⁶³⁸ **Ibid.**, s. 159.

Hukukun yukarıda kısaca ele alınan ideolojik niteliklerinin araştırılmasına dönük çalışmalar, özellikle Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin⁶³⁹ üzerinde yoğunlukla durduğu bir konu olarak liberal hukuk düzeni eleştirisinin ve “hukuk politiktir” önermesinin çok önemli bir parçasını oluşturur. Devletin ve ekonomik sistemin analizinde, hukuk düzeninin söz konusu sistemsel yapılarla kurduğu ilişki ve hukukun kendisinden beklenen fonksiyonu ne ölçüde gerçekleştirebildiği hususlarında ideoloji kavramı ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda çalışma açısından öncelikle ideoloji kavramının anlam ve içeriğinin ortaya konulması, ideoloji kavramının ne olduğunun tespiti, ardından hukukun ideolojiyle olan ve farklı boyutları içeren ilişkisinin ele alınması bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

İdeoloji, bir devletin sahip olduğu politik ve ekonomik sistemin meşruiyetinin sağlanması ve sürdürülmesi veçhesinde söylemsel iktidarın temel karakteristiğini belirleyen; bunu bireysel ve toplumsal alanlar üzerinde hukuktan eğitim sistemine kadar çeşitli aygıtlar vasıtasıyla kiteselleştiren, dolayısıyla mevcut iktidar ilişkilerinin yeniden üretilmesini mümkün kılan bir zihniyet örüntüsüdür. Tarihsel bir kategori olarak da nitelendirilebilecek ideoloji olgusu, örneğin devletin erken aşamalarında, egemen hükümdarın doğaüstü niteliklerine yönelik bir inancı, bilhassa dinsel araçların kullanılması suretiyle meşrulaştırılarak topluluğun tümüne kabul ettirmeye yönelik bir anlam içermekteydi⁶⁴⁰. Günümüzün modern devleti

⁶³⁹ *Hutchinson*'a göre Eleştireller, hukuku ideolojik nitelikli bir kurum olarak görürler. Eleştireller için eleştiri, ideoloji olarak hukukun işleyişi (the operation of law as ideology) ile başlamalı ve ilerlemelidir. Burada amaçlanan hukukun zorlayıcı fonksiyonunu değersizleştirmek değil, fakat radikal eleştiriye tamamlamak ve desteklemektir. HUTCHINSON, 1989, s. 3.

⁶⁴⁰ SKALNIK, Peter, “Bir Süreç Olarak Erken Devlet”, **Erken Devlet, Kuramlar – Veriler –**

içinse ideoloji olgusu yine politik iktidarın ve kimi durumlarda ondan daha önemli olmak üzere ekonomik – politik düzenin sürekliliğini sağlayabilmek için onların meşruiyetlerine ilişkin kamusal bir bilinç yaratmaya çalışmakta ve bu süreç içinde hukuku bir araç olarak kullanmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuk, devletin erken biçimlerinden modern haline ulaşan süreçte dinin yerine ikame edilerek ideolojinin işleyişini sağlamakta kullanılan önemli bir unsur haline gelmiştir. Gerçekten modern devlette hukuk, kapitalist üretim ilişkilerinin sürdürülebilirliği ile düzenli işleyişini, yarattığı bir tür hukuki ahlaki ideoloji aracılığıyla sağlamaktadır⁶⁴¹. Hukuk, yürürlükte bulunduğu sistemin politik ve ideolojik yapısıyla doğrudan ve çok yönlü bir ilişki içinde olup, mevcut hukuk düzenini her toplumun ve dönemin ideolojik gereklilikleri belirler⁶⁴². Özcan'ın da belirttiği üzere *“ideolojilerin temelinde, kaynağını belli toplumsal çıkarların korunmasından ve geliştirilmesinden alan ve politikanın meşrulaştırılmasını temin eden bir düşünce eklemlenmesi pratiği mevcuttur. Bu nedendir ki, siyasal olarak ifadeye kavuşmuş çıkar, meşruluğunu ancak belli bir kamusal inşâ ederek ve bunu ideolojik söylem üretimiyle tutunumlu hale getirerek yapar”*⁶⁴³. İdeoloji, devlet – birey ilişkileri ile bireyin toplumsallaşma süreci açısından temel belirleyenlerden biridir. Aslında ideoloji bu yönüyle, gösterdiği etkinlik vasıtasıyla bireyin var olan düzeni tanınmasında ve onu kabul edip özneleştirilerek iktidar ilişkilerine tabi kılınma süreçlerinde kullanılan temel

Yorumlar, (Edi. Henri J. M. Claessen & Peter Skalnık), (Çev. Alâeddin Şenel), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1993, s. 261.

⁶⁴¹ ÖZDEMİR, 2008, s. 184.

⁶⁴² YALÇIN SANCAR, 2006, s. 31.

⁶⁴³ ÖZCAN, 2008, s. 138.

araçlardan biridir⁶⁴⁴. İdeoloji aracılığıyla, bir taraftan yönetilenlerin mevcut politik ve ekonomik yapıya ve onun iktidarına yönelik onayı temin edilirken, diğer taraftan toplumun bir mensubu olarak bireyin özneye dönüşümü sağlanmaktadır; bu bağlamda öznenin inşası ile ideoloji arasındaki ilişki de ilk olarak toplumdaki egemen iktidarın, daha sonra da ikinci derece kamusalıklar biçiminde kendilerini açığa vuran karşıt politik hareketlerin yarattığı siyasallaşmaları şekillendirmektedir⁶⁴⁵. Böylece birey ister egemen ideolojik yönsemenin ister sistemce kabul edilerek meşru sayılan muhalif söylemlerin etkinliği altındaki bir düşünsel paradigmaya inanmış olsun, mevcut ekonomik – politik sistemi tanıyıp kabul ederek ve onun belirlediği sınırlar çerçevesinde politik bir özne haline gelerek var olan ve sürekli biçimde yeniden üretilen iktidar ilişkilerine tabi kılınmış olmaktadır. Tüm bu süreç içinde devletin ideolojik etkinliği nasıl ve hangi araçlarla sağladığı ve bunu nasıl süreklileştirebildiği konunun diğer bir önemli boyutunu teşkil etmektedir.

Devletin ideolojik etkinliğini sağlama süreçlerinin temel yöntemi, daha önce de değinildiği üzere, belirli bir hegemonya sistemi kurulması ve bu suretle bireyler üzerinde sistemin meşruiyetine ilişkin bir inancı gerek bireysel gerek kamusal düzlemde yerleştirilmesiyle gerçekleştiriliyordu. Bu bağlamda hegemonya sisteminin, devletin ideolojik etkinliğinin yürütülmesini sağlayacak ve devletin

⁶⁴⁴ ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. Alp Tümertekin), İthaki Yayınları, İstanbul, 2003, s. 115.

⁶⁴⁵ ÖZCAN, 2008, s. 141. Gerçekten de “*ideoloji konusunda belirtilmesi gereken en önemli noktalardan biri, onun hak ve yükümlülükleri tâyin ve tesbit ettiği özneyi (süjeyi) inşa etmesidir. (...) İdeoloji söyleminde inşa etmiş olduğu toplum haritasına bağlı olarak, her bireyin hak ve yükümlülüklerini, buradan hareketle de yapması gereken normatif davranışlarını inşa eder. Bu, yaşamın her ayrıntısına, insanlar arası ilişkisinin her somut örneğine kadar uzanır*”. ÖZCAN, 1994, s. 66.

ideolojik aygıtları olarak adlandırılacak bir dizi araçtan yararlanılmak suretiyle kurulduğunu ve sürdürüldüğünü belirtmek gerekir. *Louis Althusser*'e göre devletin ideolojik aygıtlarının işlevi, halka egemen ideolojiyi aşmaktır⁶⁴⁶. Devletin ideolojik aygıtlarının *Althusser* tarafından oldukça geniş bir biçimde sınıflandırıldığı görülür. Bu bağlamda din, eğitim sistemi, aile, hukuk, siyasal sistem⁶⁴⁷, sendikalar, basın, radyo–televizyon gibi kitle iletişim araçları, edebiyat, sanat, spor gibi kültürel araç ve süreçler genel olarak devletin ideolojik aygıtları içinde kabul edilmiştir⁶⁴⁸. Tüm bunların bireyler ve toplum üzerinde bir tür bilinç yaratarak genel anlamda gözetime ve izlemeye dayanan bir hegemonya sistemi kurduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁶⁴⁹. Devletin ideolojik aygıtları ile ilgili belirtilmesi gerekli önemli bir husus da *Althusser*'in ideolojik aygıtlar ile baskı aygıtı arasında bir ayırım yapmaya çalışmasına ilişkindir. *Althusser* baskı aygıtı ile hükûmet, idare, ordu, polis,

⁶⁴⁶ ALTHUSSER, 2003, s. 132.

⁶⁴⁷ Örneğin *Althusser*'e göre Fransız Komünist Partisi de devletin ideolojik bir aygıttır. Fakat diğer burjuva kökenli ideolojik aygıtlardan farklı olarak bu ideolojik aygıt burjuva devlet ideolojisinin gerçekleşmesi olarak nitelendirilemez. Daha farklı bir fonksiyonu yerine getirmektedir. ALTHUSSER, 2005, s. 99 – 100.

⁶⁴⁸ ALTHUSSER, 2003, s. 169.

⁶⁴⁹ Bu hegemonyanın okullar, hastaneler, hapishaneler, ıslahevleri, yetimhaneler, fabrikalar gibi kurumlar aracılığıyla farklı biçimlerle, zihnin zihin üzerindeki iktidarını mümkün kılan bir ideolojik etkinlik neticesinde izleme ve gözetlemeye dayanan bir tür iktidar kurduğundan da bahsedilebilir. *Michel Foucault*'un “*panopticon*” benzetmesine göndermeyle tasvir ettiği bu süreçte “*artık soruşturma yoktur, gözetleme, inceleme vardır. Bir olayı yeniden oluşturmak değil; bir şeyi ya da daha ziyade bir kimseyi aralıksız olarak ve tümüyle gözetlemek söz konusudur. Bireyler üzerinde bir iktidar uygulayan ve iktidar uyguladıkça hem gözetleme hem de gözetledikleri üzerinde, onlar hakkında bir bilgi imkanına sahip olan biri (...) tarafından bireylerin sürekli gözetimi [vardır]. Artık temel özelliği bir şeyin olup olmadığını belirlemek değil; bireyin gerektiği gibi davranıp davranmadığını, kurala uygun olup olmadığını, gelişme gösterip göstermediğini belirlemek olan bir bilgi [söz konusudur]. Bu yeni bilgi (...) norm etrafında, normal olanla olmayan, doğru olanla olmayan, yapılması gerekenle gerekmeyen terimleriyle düzenlenir. (...) Farklı türde yeni bir bilgi, bireylerin yaşamları boyunca denetlenmesi yoluyla norm etrafında düzenlenen bir gözetleme, inceleme bilgisi vardır. Bu iktidarın temelidir*”. FOUCAULT, Michel, **Büyük Kapatılma**, (Çev. Işık Ergüden & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrintı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 224 – 225.

mahkemeler ve hapishaneler gibi bir dizi devlet aygıtını kastetmektedir⁶⁵⁰. O'na göre baskı aygıtı ile ideolojik aygıtlar arasındaki temel fark, ideolojik aygıtlar öncelikle ideolojiyi, istisnai olarak baskıyı⁶⁵¹; baskı aygıtının ise öncelikle baskıyı, ikincil olarak ideolojiyi kullanmasıdır⁶⁵². Bu anlamıyla devletin ideolojik aygıtlarının, olağanüstü dönemler dışında, bireylerin ve genel olarak toplumun var olan politik ve ekonomik sisteminin işleme ve onların düzene uymalarının sağlanmasında kullanılan olağan araçlar olarak ön plana çıktığından bahsedilebilir. Bu aygıtlar, sürekli bir biçimde baskı aygıtının gücünü ve desteğini arkalarında hissediyor olsalar da, itaat rejimini olağan koşullarda bir tür gönüllülük ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirmeye dönük yapıya sahiptirler.

Hukukun ideolojik aygıtlar içinde özel bir konumu bulunduğundan söz edilebilir. *Althusser* için ideolojik anlamıyla hukuk, üst yapıyı alt yapının üstünde ve içinde eklemlediği için özgül bir aygıtı imlediği gibi, devletin baskı aygıtı içinde yer alan uzmanlaşmış bir niteliğe sahip olması itibarıyla aynı zamanda da liberalizmin ahlaki – hukuki ideolojisine zorunlu olarak bağlıdır ve hukuk bilincini inşa etmektedir⁶⁵³. Gerçekten hukuk, bireyleri yarattığı hukuk bilinci ve ideolojisi aracılığıyla sisteme entegre etmede çok önemli bir araç ve meşruiyetin en önemli

⁶⁵⁰ ALTHUSSER, 2003, s. 134 ve 168; ALTHUSSER, Louis, **Yeniden Üretim Üzerine**, (Çev. A. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2005, s. 90. *Althusser* her ne kadar burada birbirinden farklı baskı aygıtlarını ayrı ayrı belirtmekteyse de söz konusu aygıtların aslında bir bütünlük arz ettiklerini öne sürmektedir. Bu anlamda devletin baskı aygıtı bir tanedir; doğrudan doğruya ve bilinçli olarak tek bir merkezden yönetilen bir beden olarak organik bir bütünlüğe sahiptir. Devletin ideolojik aygıtlarında durum farklı olup, ideolojik aygıtlar görece bir bağımsızlığa da sahiptirler. ALTHUSSER, 2003, s. 42 ve s. 54 – 55.

⁶⁵¹ *Althusser*'e göre salt ideolojik aygıt yoktur. İdeolojik aygıtlar da uç durumda, simgesel düzeyde bile olsa baskı kullanarak işlerler. **Ibid.**, s. 170 – 171.

⁶⁵² **Idem.**

⁶⁵³ **Ibid.**, s. 68 – 70.

kaynaklarından biri olarak baskı aygıtını devreye sokabilecek yasallığın da kaynağını oluşturmaktadır. Polis, ordu, mahkemeler, hapisaneler gibi baskı aygıtının farklı unsurları, hukuk aracılığıyla yasal biçimde harekete geçirilebileceği gibi cezalandırmanın meşru kaynağı olarak hukuk da gerektiğinde baskı aygıtının doğrudan bir parçası haline gelebilmektedir. Keza hukukun mahkeme ya da hapisane gibi baskı aygıtının parçalarıyla olan organik bağı, onu, ideolojik bir aygıt olduğu kadar, ikincil işlevi itibarıyla baskı aygıtının da hayati bir unsuru konumuna yükseltmektedir. Bu anlamlarıyla hukukun devlet açısından çok yönlü ve işlevsel bir niteliği haiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Althusser, hukukun bu nitelikleri üzerinde derinlemesine durarak, bilhassa hukukun mevcut politik ve ekonomik sistemle ilgisini analiz etmeye çalışır. *Althusser*'e göre hukuk, *en başta üretim ilişkilerinin işleyişini güvence altına almada uzmanlaşmış bir ideolojik devlet aygıtı[dır]*"⁶⁵⁴. Hukuk, "mülk sahiplerini, mülklerini (değerlerini), mülklerini 'kullanma' ve 'istismar' hakkını, mülklerini tam anlamıyla özgürce satma haklarını ve mülk edinme haklarını tanımladığına göre, (...) kapitalist üretim ilişkilerini biçimsel olarak düzenlemektedir. Bu nedenle de, hukukun somut nesnesi, tam da bu ilişkileri soyutladığı için, kapitalist üretim ilişkileridir"⁶⁵⁵. Bununla birlikte üretim ilişkileri üzerinde hukukun tek başına bir belirleyen ya da etkileyen olmadığını da belirtmek gerekir. Zira kapitalist üretim ilişkilerinin yeniden üretimi, çok büyük ölçüde, hukuki, siyasal ve ideolojik üst yapının bir arada

⁶⁵⁴ *Ibid.*, s. 121.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, s. 66.

kullanılması ve bunların yarattığı olanaklar sayesinde sağlanmaktadır⁶⁵⁶. Hukukun, kapitalist üretim ilişkilerinin bir “düzen” içinde işleyişinde oynadığı rol, onun hukuki – ahlaki ideolojik işlevinden kaynaklanmakta; bu işlev üretim ilişkilerinin sadece yeniden üretimini değil, ama üretim ilişkilerinin işleyişinde sürekli ve doğrudan doğruya müdahaleleri de mümkün kılmaktadır⁶⁵⁷. Hukukun, söz konusu hukuki – ahlaki ideolojik işlevinin çalışmada öne sürülen hukuk bilinci yaratma süreciyle paralellik arz ettiği ve gönüllü bir itaat rejiminin sürdürülebilirliğinde kilit rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukuk, Özdemir’e göre de “*toplumsal iktidar ilişkilerinin devlet faaliyeti olarak tezahür ettiği noktada ideoloji alanına endekslidir. (...) Toplumsal iktidar ilişkileri ister devlet faaliyeti olarak tezahür etsin ister üretimin liberal ve neo-liberal söylemlerinde ‘sivil toplum’ olarak ilan edilen bölgede ‘bireyler–arasılık’ halini arz etsin, genel toplumsal düzenleme sürecinin bir parçası olarak hukukun değerlendirilmesi eylemi, aralarında ‘hukukun işlevi’, ‘hukuk (sistemi) hukuki ideoloji ilişkisi’, ‘hukukun otonomisi’, ‘hukukun dönemselliği’, ‘hukuki söylemin özgüllüğü’, ‘hukukun evrenselliği’, ‘hukukun biçimselliği’, ‘hukuki söylemin önvarsaydığı öznenin hali’ gibi başlıkların ele aldığı bir seri sorunla yüzleşmeyi*

⁶⁵⁶ **Ibid.**, s. 173.

⁶⁵⁷ **Ibid.**, s. 69. *Althusser*’in üretim ilişkilerinin “yeniden üretimi” ile üretim ilişkilerinin “işleyişi” arasında net bir ayrım yaptığını vurgulamak gerekir. Zira hukukun ideolojik yönünün esas işlevi üretim ilişkilerinin yeniden üretilmesi olmayıp, söz konusu ilişkilerin işleyişini sağlamaktır. *Özdemir*, *Althusser*’in bu yaklaşımında “işleyişe müdahil olmak” ile “işleyişin kendisi olmak” arasında bir nüans farkı olduğunu belirterek iki ifadenin birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini vurgular. *Özdemir*’e göre “*Althusser; hukuku, bir üretim ilişkisi olarak ele almanın mümkün olmadığını söylüyor. Ancak hukukun ‘inşa edici–üretken’ rolüne de kapı aralıyor. Hukuk artık basit bir gölge fenomen değildir: O, işleyişe müdahildir. Müdahale ediş biçimlerine göre ‘işleyen’ farklı ‘işleyecek’tir*”. **Ibid.**, s. 70; ÖZDEMİR, Ali Murat, “Hukukun Krizi: Günümüz Türkiye’inde İktidar ve Şiddet”, **Çalışma ve Toplum**, S. 26, Y. 2010, s. 56.

gerektirir”⁶⁵⁸. Toplumsal düzenin hukuka dayandırılması hem mevcut iktidar sistemi tarafından kurallar konması, hem de bireylerin bu kuralları içselleştirerek onlara uyması ve bu sayede konulan kuralların –hukuk normlarının– meşruluğunun toplumsal düzlemde onanması gibi iki yönlü işleyen sürecin bir arada etkinlik göstermesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁶⁵⁹. Hukukun gerek içerik gerek şekli niteliğinin anlamlandırılmasında ortaya çıkan tüm bu sorunlar, bir biçimde hukukun var olan iktidar, tahakküm ve hiyerarşi ilişkilerinin dışında olmayıp bu ilişkilerin tam da merkezinde bir araçsallaştırmayla malul olduğunu göstermektedir. Bu araçsallaşma süreci ise ideolojinin belirleyiciliği dışında karakterize olamamakta ve ideolojik şekillenmeyle doğrudan bağlantı olarak anlam kazanmaktadır.

Hukuk, devletin ideolojik aygıtları tarafından işleyen sistem ve yapısal biçimlerin fonksiyonu olarak, ekonomik ya da politik yeniden üretimin gerektirdiği pratikleri düzenlemeyi, üretim ilişkilerinin kurallarını saptamayı ve toplumun sınıfsal yapısıyla bu yapının sürdürülebilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁶⁰.

Hukukun ideolojik bir kurum olması, kendi içinde belirli bir değerler dizgesi üretmesinden⁶⁶¹ ve daha önce de belirtildiği üzere bir inanç sistemine tekabül etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda hukukun ideolojik niteliğinin iki boyutlu bir anlamı olduğunu belirtmek gerekir; hukuk her şeyden önce kendisi bir ideoloji olarak belirli bir anlam ifade etmekte, diğer taraftan egemen siyasal politik

⁶⁵⁸ ÖZDEMİR, 2008, s. 176 – 177.

⁶⁵⁹ ÖZCAN, 2008, s. 1.

⁶⁶⁰ ÖZDEMİR, 2008, s. 178 – 179.

⁶⁶¹ Bu bağlamda *Matsuda*'nın, hukuku, içinde maddi ve ahlaki sonuçlar barındıran bir dil, idealler, işaretler ve yapılar bütünü olarak nitelemesinin son derece açıklayıcı olduğunu belirtmek gerekir. MATSUDA, 1987, s. 337.

ideolojinin de bir parçasını, uzantısını da teşkil etmektedir⁶⁶². Fakat bu iki anlamlılığın birbirinden kesin çizgilerle ayırlamayacağını da belirtmek gerekir. Zira hukukun ideolojik olması hem bir ideolojinin parçası hem de kendisinin ideoloji üreten bir aygıt olarak kamusal işlevinin bir arada düşünülmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun ideolojik niteliğinin ilk yönü yukarıda da ele alındığı üzere devletin ideolojik aygıtlarından biri olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda zorunlu eğitim sistemi –eğitim aygıtı– veya baskı aygıtı olarak şiddet tekelinin dışında hukuk, toplumsal işlevi itibariyle meşrulaştırıcı niteliğinin yanı sıra kuralları sınıflandırmanın ve genel olarak bu sınıflandırma ölçütlerini topluma sunmanın etkili ve uygun bir aracıdır⁶⁶³. Yasa koyucular, belirli bir yasal düzenlemeyi yürürlüğe koyarken çeşitli amaçlar doğrultusunda hareket ederler, yasayı hiçlikten yapmayacaklardır; hukuksal bir sınıflandırma yapıldıktan sonra toplumsal pratikler ve ilişki ağları kendilerini hukukun belirlediği tanımlamalar çerçevesinde ona gönderme yaparak yapılandıracaklardır⁶⁶⁴. Bu süreçte kendisi bir ideoloji gibi işleyen hukuk toplumsal yapılandırmanın yönlendiricisi olarak sistemin genel ideolojisinin sürdürülebilirliğinin olanaklarını yaratacak, fakat aynı zamanda bir bilinç ve inanç

⁶⁶² *Hunt*'ın da, Marksist hukukun ne olduğuna ilişkin analizlerinde, hukuk sisteminin ideolojiyle ilişkisini yukarıda sözü edilen tespitlere benzer biçimde, çift yönlü bir ilişki içinde değerlendirmeyi tercih ettiğini belirtmek gerekir. İdeolojiyi sahte bir bilinç veya ekonomik çıkarların doğrudan bir açıklaması ya da yansıması olarak değerlendirmeyen *Hunt*, aksine onu, tartışmaya açık bir dizge ya da insanların düşünce veya eylemlerinde başvurdukları bir çerçeve olarak nitelendirip, hukukun ideolojik niteliğinin de yukarıda işaret edilene benzer biçimde çift yönlü bir işlev gördüğünü belirtmektedir. *Hunt*'a göre öncelikle hukuk, var olan bir ideolojik alan içinde inşa edilmekte, ardından hukukun kendisi, egemen ideolojinin mesajlarının açık biçimde taşıyıcısı olarak belirli bir işlevi yerine getirmektedir. HUNT, 1996, s. 355.

⁶⁶³ WAGNER, 2005, s. 148.

⁶⁶⁴ *Idem.*

dizgesi haline gelecektir.

Hukukun bir inanç sistemi olarak değerlendirilmesi onun bizatihi belirli bir değerler dizgesi üreterek hızla bir ideolojiye dönüşümü sonucunu doğurmaktadır; hukuku, bireyler için onun kolaylıkla kabul edilerek onaylanmasını mümkün kılacak bir toplumsal fonksiyon niteliğiyle donatmaktadır. İnsanlar arası ilişkilerin bilhassa bireysel güvenlik kaygısı ile (toplumsal ilişkilerden komşuluk ilişkilerine; ticari ilişkilerden kamusal ilişkilere uzanan bir alanın) düzenlenmesi ihtiyacının şekillendirdiği bu fonksiyon, hukukun kurucu etkinliğinin ve varlığının meşruiyet kaynağı olmaktadır.

Hukuku bu bağlamda, toplumsal varoluşun ve işbirliğinin zorunlu bir sonucu olarak diğer insanlardan –ötekilerden– gelebilecek tehditlere karşı inşa edilmiş –sözleşmeler, kamusal hizmetler için vergilendirme gibi pozitif etkileşimleri; suçlar, haksız fiiller, hukuk dışı arama, gözaltına alma ve mülkiyete anayasaya aykırı olarak el koyma gibi negatif etkileşimlerden ayırt edilmesini sağlayan– ve bir devlet için sahip olunması zorunlu anlam sistemlerinden biri olarak değerlendirmek gerekir⁶⁶⁵. Dolayısıyla hukuk, muhataplarına bir dizi yapılması ve yapılmaması gerekenler listesi sunar. Bir başka ifadeyle hukuk belirli eylem ve işlemlerin nasıl yapılacağını düzenleyerek –şekli kurallara bağlayarak– ya da yine belirli eylem ve işlemlerin gerçekleştirilmesini yasaklayıp, yaptırıma bağlayarak yöneldiği öznelerin

⁶⁶⁵ GORDON, 2006, s. 397. Gordon'a göre “Batı ülkelerinde hukuksal inanç sistemleri, ekonomik ve politik inanç sistemleriyle birlikte, bu ayrımı sağlamayı başarmak üzere inşa edilmişlerdir. Tabi ki bu sistemler büyük ölçüde, kendi egemen iktidar pozisyonlarını rasyonalize etmekte çıkarları olduğunu düşünen elitler tarafından inşa edilmişlerdir. Böylelikle herhangi bir verili zamanda bu elitler hakları mevcut zenginlik ve ayrıcalıklılık hiyerarşilerini pekiştirme doğrultusunda tanımlamaya eğilimli olmuşlardır”. **Idem.**

–gerçek kişiler, tüzel kişiler ya da topluluklar gibi– davranışlarını düzenleyen, söz konusu öznelerden belirlenen kurallar çerçevesinde hareket etmesini bekleyen bir tür itaat rejimi kurar. Liberalizmin modernlik algılaması içinde hukuk, eylemlerinden sorumlu özerk bireyler yaratan “mükemmel” bir kurum olarak değerlendirilir⁶⁶⁶. Bireylerin gerçekleştirdikleri eylemlerden mesuliyetlerinin önemli bir boyutu, buldukları hukuk sistemi içinde o sistemin gereklilikleri doğrultusunda var olan politik ve ekonomik düzenle uyumluluk göstermeleri, kurulan itaat rejimine sebatla riayet ederek “makbul yurttaşlığın” gereklerine uygun davranmalarıdır. Bu noktada önemli olan sorun sadece liberalizmin değil içinde iktidar ilişkileri bulunan bütün yapılar ve siyasal sistemlerin bir biçimde kendilerine itaat edilmesine gereksinim duymalarıdır. Var olan hiyerarşi ilişkilerinin çözüldüğü ve iktidarın bulunmadığı Anarşist bir ütopya dışında hiyerarşik bir yöneten – yönetilen ilişkisinin olduğu her hukuksal – siyasal yapılanma zorunlu olarak bir itaat rejimi inşa edecektir, fakat buradaki asıl mesele söz konusu itaat rejiminin karakterinin neye tekabül ettiğiyle ilgilidir.

Hukuk sisteminin muhataplarından beklediği itaat rejiminin gerekliliklerini yerine getirme yükümlülüğü, hukukun yürürlükte bulunduğu politik ve ekonomik sistem ile bağlantısı sorununu, –daha açık bir ifadeyle ideolojik niteliğin ikinci boyutunu– gündeme getirmektedir. Zira hukuk kendisi bir ideoloji ürettiği gibi, yürürlükte bulunduğu politik ve ekonomik sistemin ideolojisinin bir uzantısı olma özelliğini de taşıdığından esasen söz konusu itaat rejimi aracılığıyla muhataplarının var olan sisteme itaatlerini sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla

⁶⁶⁶ WAGNER, 2005, s. 39.

yürürlükte bulunduğu sistemin kurallarına, temel ilkelerine ve ideolojisine zorunlu olarak bağlıdır. Ekonomik ve politik sistemin özel mülkiyet özgürlüğüne dayandığı bir düzen içinde hukukun ortaklaşa mülkiyeti gözeten bir ideolojik nitelik göstermesi beklenemeyeceği gibi, var olan politik ve ekonomik sistemin ihtiyaçlarını ve gerekliliklerini bir biçimde karşılayabilecek potansiyele sahip olması da kaçınılmazdır. Liberal hukuk sisteminin ya da *Lenin*'in ifadesiyle burjuva hukukunun, tüketim nesnelерinin bölüşümü bakımından, doğal ve zorunlu olarak burjuva devletine dayanması gerektiğine ilişkin vurgusu⁶⁶⁷ bu bağlamda hukukun, var olduğu ideolojik, politik ve ekonomik sistemin gerekliliklerini takip etmesi ve onun genel esaslarının dışında bir veçhede konumlandırılmayacağını da açık biçimde göstermektedir. Devletin iktidar aygıtınca desteklenen hukuk düzeni, ekonomik altyapının sürdürülebilirliğine yönelik gerekli güvenceleri sağlayarak statükonun korunmasını ve iktidar paylaşımının belli denge koşulları altında devamını sağlar⁶⁶⁸. Hukukun, varlığını sürdürdüğü bu sistemle doğrudan bağlantılı olma durumu bir yönüyle de hukukun mevcut politik ve ekonomik sistemin temel karakteristiklerine göre değişebilen bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Özlem'in de belirttiği üzere “*hukuk, ekonomik çıkar, ahlâksal ve siyasal ilke ve tercihler doğrultusunda üretilen ve şekillenen bir şeydir. Günümüzde liberal hukuk bunun en açık kanıtıdır. Çıkar ve tercihler her dönemde çeşitli ve hatta karşıt şekillerde görülürler. Dolayısıyla hukuk üretiminde de her dönemde farklı çıkar ve anlayışlar belirleyicidir. Hukukun, tarih boyunca, bir temel norm veya temel*

⁶⁶⁷ LENİN, 1978, s. 130.

⁶⁶⁸ ÖZCAN, 1994, s. 68 – 69.

normlar dizisine dayandırılmak istendiği açıktır. Ne var ki, bu temel norm veya temel normlar dizisini, devlete yön veren güçlerin asli eğilimlerinin ve tercihlerinin belirlediği de açıktır. Bu asli eğilim ve tercihler toplamına 'ideoloji' denmesinin de bir sakıncası yoktur. Bu asli eğilim ve tercihlerin, özellikle 18. yüzyıldan bu yana Batı'da 'evrensellik' kisvesi altında ifade ediliyor olması, onların belli güçlerin yani toplumların ve uluslararası toplumun egemenlerinin tikel kalan kendi tercih ve eğilimleri olduklarını ve bu yüzden evrenselleşmemiş halde kaldıklarını, bu tarihsel realiteyi değiştiremez. Bu, ahlâkta, ekonomide, siyasette olduğu gibi hukukta da bir evrenselliğin olmadığı, başka ve özellikle rakip eğilim ve tercihler olduğu sürece de evrensel bir hukukun olamayacağı anlamına gelir. 'Evrensel' adı altında sunulmuş ve yürürlüğe konulmaya çalışılmış olan tüm ahlâklar, hukuklar, ekonomik düzenler ve siyaset anlayışları, tarihselliğe, bu demektir ki geçiciliğe ve tekilliğe yazgılıdır. Onlardan herhangi birinin bugün egemen ve yaygın pozisyonda olması, evrensel olduğu ve evrensel kalacağı anlamına asla gelmez''⁶⁶⁹. Gerçekten de hukuk göreceli bir değerler silsilesi olarak ancak zorunlu biçimde varlık bulduğu politik – ekonomik yapının, toplumsal ilişkiler ağının ve esasen egemen ideolojik söylemin etkinliği ve belirleyiciliği altında bir anlam ifade eder. O halde hukukun hem ideolojik bir yönlendirme tarafından oluşturulması ve anlamlandırılması hem de kendisinin oluşumundan itibaren yeni değerler üreten bir ideolojiye evrilmesi tabiatı gereği zorunlu bir sonuçtur.

Hukukun ideolojik niteliği, bir zorunluluk olarak kabul edildiğinde, salt ideolojik olması nedeniyle olumsuzlanması da anlamını kaybedecektir. Hukukun

⁶⁶⁹ ÖZLEM, 2004, s. 223.

hangi ideolojik üstyapı tarafından yönlendirildiği ve nasıl bir ideolojik kimlik kazandığı hususları bir kenara bırakılacak olursa, asıl sorun, kurulan itaat rejiminin karakteri meselesiyle ilgilidir. Hukuksal itaat rejiminin karakterinin belirlenmesi ise, birinci anlamda hukuk ideolojisinin niteliğiyle, yani ideoloji olarak hukukun yapısı ve içeriğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu yapının unsurlarını teşkil eden normlar, hukuksal kurumlar, hukuk uygulaması ve uygulayıcıları gibi farklı faktörlerin etkinliği ve niteliği, söz konusu itaat rejiminin şekillenmesinin de temel belirleyenleridir. Örneğin liberal bir hukuk sisteminin olumsuzlanmasına giden sonuç, salt sistemin ideolojik karakteriyle bağlantılı bulunmayıp esasen sistemin yapısal unsurlarının niteliği ve üretilen itaat rejiminin karakteriyle doğrudan bağlantılıdır.

İtaat rejiminin karakteri sorunun esaslı noktası, hukuksal normların inşası, değiştirilmesi ve bunların somut olaylara uygulanması sırasında neyin merkez alındığı hususunda kendini gösterir. Bu bağlamda devlet veya piyasa merkezli bir norm koyma –yasama– süreci veya hukuksal muhakeme yöntemi benimsenebileceği gibi temel değer olarak insanı merkeze koyan bir yöntem de seçilebilir. Yöntem arayışında öncelikle hukukun, devletin veya piyasanın korunması için mi yoksa insanların özgürlük, gelişim ve güvenliklerinin sağlanması ve sürdürülmesi için mi var olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekir. Yapılacak seçimin norm koyma faaliyetlerinden normların uygulanmasına uzanan bir alanda hukukun genel yapısı, ideolojik niteliği ve üreteceği itaat rejiminin karakteri üzerinde de etkili olacağına kuşku yoktur. Bu bağlamda hukuk normlarının ve uygulamasının daha özgürlükçü, eşitlikçi, dayanışmacı ve çoğulcu bir veçheden anlamlandırılarak değerlendirilmeleri de mümkün olabilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

POLİTİK BİR KURUM OLARAK HUKUKA BAKMAK

3.1. Hukuk – Politika İlişkisi Ekseninde Bir Mücadele Aracı Olarak Hukuk

Hukuk – politika ilişkisinin en önemli boyutlarından biri daha önceki bölümlerde de yer yer değinilen fakat esasen bu başlık altında ele alınacak olan mevcut politik – ekonomik sistemin içinde yer alan muhalefet güçlerinin hukuk mücadelesinde ortaya çıkmaktadır. Geleneksel Marksist görüş, hukuku özellikle ekonomik iktidarın kitleler üzerinde egemenlik kurma biçiminin bir meşruluk aracı olarak değerlendirmekte ve onu olumsuzlamaktaysa da, hukukun ezilen kitleler bakımından sistem içi bir mücadele aracı, hak aramanın bir yolu olması imkânını yani olumlu yönünü de göz ardı etmemek gerekir. Gerçekten de sistem içi muhalefetin örgütlü mücadelesinin önemli bir ayağı, hukuksal kurum ve süreçlerin, toplumun zayıf kesimlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi lehinde kullanılmasına dayanmaktadır. Hukuk bir yönüyle hegemonyanın iktidarını sürdürebilmesinin ve yasal meşruiyetini dayatmasının simgesiye, diğer yönüyle ezilenler ve dışlananlar bakımından bir mücadele aracı olarak kendini göstermektedir⁶⁷⁰. Hukukun yapısal karakteri, hukuk normlarının sadece egemen gücün çıkarlarını korumak dışında egemen güce karşı kullanılabilirliğinin de olanaklarını sağlamaktadır. Keza hukukun var oluşunun en önemli meşruiyet

⁶⁷⁰ GORDON, 2006, s. 393.

gerekçesinin de, adalet idesiyle ilişkilendirilmek suretiyle, haksızlıkların giderilebilmesi bağlamında bir anlam kazandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Genel olarak hukuk normları her ne kadar kapitalist devletin ve onun sosyo-politik ekonomik sisteminin sürdürülebilirliği için gerekli olan belirginliği üreterek belirli pozisyondaki kişileri korumakla biçimlenen bir fonksiyon ifa ediyorsa da söz konusu normların egemen kapitalist unsurlara karşı kullanılabilmesinin imkânları daima mevcuttur⁶⁷¹. Gerçekten de hukuk, egemenliğin sürdürülmesini kolaylaştırmakta ve rutinleştirmekte, fakat aynı zamanda söz konusu egemenliğin kurallar aracılığıyla kısıtlanabilmesine, ayrıca teori ve pratikte tasarlanan / önerilen alternatif görüşler, eylem biçimleri aracılığıyla insanların özgürleşebilmelerine de imkân sağlamaktadır⁶⁷². Hukuk doktrininin, ideallerinin ve liberal teorinin ezilen ve dışlananlar lehinde, örneğin Amerika özelinde bilhassa beyaz olmayan hukukçuların ırkçılıkla mücadelesinde kullanıldığını ve bu sayede birçok kazanımın sağlandığını belirtmek gerekir⁶⁷³. Politik mücadeleler aracılığıyla kazanılan hak ve özgürlüklerin pratikte uygulamaya geçirilmesi bağlamında hukuk, mahkemelerde yürütülen yargısal mücadeleler içinde somutlaştırılmakta ve ortaya çıkan eşitsizlikçi uygulamaların yarattığı zararlar bir nebze de olsa azaltılabilmektedir. Bunun yanı sıra yargı organları, toplumsal ve politik değişimlerin bir sonucu olarak zaman içinde gelenekselleşmiş statükocu kararlarından dönerek sınıflar, ırklar, cinsiyetler arası ayrımcılık içeren emsal kararları esas almaktan vazgeçmektedirler. Bu süreçte mahkemeler, yürütülen hukuksal mücadeleler sayesinde, yer yer pozitif ayrımcılığı

⁶⁷¹ ÖZDEMİR, 2008, s. 188 – 189; ÖZDEMİR, 2010, s. 59 – 60.

⁶⁷² MARTIN, 1985, s. 4.

⁶⁷³ MATSUDA, 1987, s. 338.

ön plana çıkararak kararlar alarak toplum içinde zayıf ve ayrımcılığa uğrayanları korumayı tercih etmekte ve hukukun sosyal niteliği ve işlevi üzerine daha yoğunlukla eğilmektedirler.

Yukarıda sözü edilen durumlar hukukun her zaman egemen iktidar ilişkileriyle liberalizmin ekonomik gereklilikleri ve talepleri doğrultusunda biçimlenen bir veçhede gelişmediğini göstermektedir. Gordon'un da belirttiği üzere iktidarın politik ve ekonomik yönden egemen unsurları hukuk aracılığıyla daima kazanmamışlar; işçiler örgütlenme, grev, toplu pazarlık, sosyal güvenlik, sekiz saatlik çalışma gibi temel haklarını elde etmiş, siyahlar köleliğin yasaklanması ve hakların geliştirilmesi doğrultusunda hükûmetlerin bazı adımlar atmasını sağlamış, azınlıklar eşit hak taleplerini dillendirerek, dışlayıcı ve aşağılayıcı uygulamalara karşı mücadele etmiş, keza radikaller öğretme ve yazma haklarını, yoksullar birtakım refah haklarını kazanmışlardır⁶⁷⁴.

Amerika'da işçi sınıfının hukuksal araçları kullanarak çeşitli kazanımlar elde etmeye başlamasının bilhassa 20. yüzyılın ilk çeyreğinin ardından yoğunlaştığı dikkat çeker. Bu sürecin Realistlerin de geleneksel hukukçuluğun kalıplarına karşı savaş açarak yargısal kararlar ve hukuk dünyası üzerinde etkinlik göstermeye başladığı bir döneme denk geldiğini ayrıca belirtmek gerekir. Gerçekten başta işçi sınıfı olmak üzere çalışan sınıflar, özellikle 1930'lu yıllardan itibaren yargı yoluyla çeşitli kazanımlar elde etmeye başlamıştır. Yüksek Mahkeme de işçi hakları karşısında öncelikle mülkiyet hakkını ya da sözleşme özgürlüğünü korumak şeklinde

⁶⁷⁴ GORDON, 2006, s. 393.

biçimlenen temayülünden vazgeçerek çalışanların haklarına daha fazla önem veren ve onları koruyan kararlar vermeye yönelmiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, *West Coast Hotel Co. v. Parrish* davasında önüne gelen Washington eyaletinde asgari ücretin belirlenmesine ve bu ücretin altında işçi çalıştırılmayacağına ilişkin yasal düzenlenmenin iptali istemini ele almış ve söz konusu istemi reddetmiştir⁶⁷⁵. Mahkeme bu kararında, sözleşme özgürlüğünü korumaya dönük gelenekselleşmiş içtihadından vazgeçerek yasayı iptal etmemiş, böylece yasayla belirlenen asgari ücretin altında işçi istihdam edilemeyeceğini hüküm altına almıştır⁶⁷⁶. İşçi haklarını korumaya dönük olarak çıkarılan 1938 tarihli “*Fair Labor Standards Act*”ın hükümlerinin geniş yorumlanması gerektiği yönündeki 1944 tarihli *Tennessee Coal Co. v. Muscoda Local No. 123* kararında ise Yüksek Mahkeme, madenlerde çalışan işçilerin yer altına inerek tünellerde çalışacakları yere kadar gitmeleri için gerekli süreyi işverenlerin karşıt iddialarına rağmen çalışma saatlerine dâhil kabul etmiştir⁶⁷⁷. Yüksek Mahkeme ilerleyen yıllarda sosyal hakları ön plana çıkaran ve işçilerin –aynı zamanda diğer çalışanların– çalışma koşullarını düzenleyen çok sayıda karara da imza atmıştır. Mahkeme’nin özellikle 70’li yıllarda verdiği, çalışma koşullarını iyileştirmeye ve işe alınmada eşitliği sağlamaya yönelik kararlarında, beyaz olmayan işçilere uygulanan ayrımcılıkların kaldırılmasına dönük bir tutum sergilediği dikkat çekmeye başlar. Gerçekten bu dönemde işçi mücadelelerinin bir boyutunun da işyerlerindeki ayrımcı uygulamalar üzerine odaklandığını belirtmek

⁶⁷⁵ *West Coast Hotel Co. v. Parrish* – **300 U.S. 379** (1937), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁶⁷⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

⁶⁷⁷ *Tennessee Coal Co. v. Muscoda Local No. 123* – **321 U.S. 590** (1944), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/590/case.html#597>, (E.T. 27.09.2012).

gerekir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme'nin, işyerlerinde ırk, renk, din, cinsiyet ve etnik kökene ilişkin ayrımcılığa uğranmamasını ve pozitif ayrımcılığın korunmasını sağlamaya yönelik önemli kararlar vermiştir⁶⁷⁸. Bu kararların aynı zamanda ırklar arası eşitliğin sağlanabilmesi özelinde son derece önem taşıdıkları da ayrıca belirtilmelidir.

Siyahların öncelikle köleliğin ve daha sonra kendilerine yönelik ayrımcı düzenlemelerin kaldırılması için yoğun bir hukuk mücadelesi yürüttüklerini belirtmek gerekir. Fakat köleliğin ilgası dışında siyalara yönelik ayrımcı düzenlemelerin kaldırılmasına odaklanan mücadelelerin hukuksal sahada başarı sağlaması daha geç bir döneme tekabül etmektedir. Bu bağlamda siyahların yürüttükleri hukuksal mücadelelerin 1950'lerden itibaren güçlenen politik mücadeleleriyle paralel bir gelişim gösterdiğinden de bahsedilebilir. Elde edilen hukuksal kazanımlar siyahların politik ve toplumsal mücadelenin sonuçlarının somutlaşması şeklinde nitelenmek yanlış olmayacaktır. 1950'li ve 1960'lı yıllarda gerek Yüksek Mahkeme'nin kararları gerek yerel ve federal düzeyde yapılan hukuki düzenlemelerle 1900'lü yılların ilk yarısında uygulamada ve yargı kararlarında kendisine sıklıkla atıf yapılan "ayrı fakat eşit" (*separate but equal*) olarak adlandırılan, siyahlar ile beyazlar arasında açık biçimde ırk ayrımcılığına dayanan ilkeye son verilmiştir. Söz konusu ilkenin 1896 gibi erken bir tarihte genel bir ilke

⁶⁷⁸ Bu konudaki önemli bazı kararları için bkz. Griggs v. Duke Power Co. – **401 U.S. 424** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/case.html>, (E.T. 27.09.2012); McDonnell Douglas Corp. v. Green – **411 U.S. 792** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/case.html>, (E.T. 27.09.2012); Steelworkers v. Weber – **443 U.S. 193** (1979), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

olarak yargı kararlarında benimsendiğini belirtmek gerekir⁶⁷⁹. Gerçekten köleliğin kaldırılmasına rağmen siyahlara yönelik ayrımcılığın Yüksek Mahkeme'nin de kararlarına yansıyan bir biçimde sürdürüldüğü görülür. Bu durumun somut örneklerinden ilki 1896 tarihli *Plessy v. Ferguson* davasıdır. Dava konusu olay Plessy adlı bir siyahın trende beyazlara ayrılan yere oturması ve ardından bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından para ve hapis cezasına çarptırılması ve bu karara yönelik itirazı ile ilgilidir⁶⁸⁰. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme “ayrı fakat eşit” prensibini kabul etmiş ve bu prensibi 1954 yılına kadar uygulamıştır. “Ayrı fakat eşit” prensibi siyahların kamu hizmetlerinden beyazlarla eşit olarak yararlanabildikleri sürece ayrı yerlerde yararlandırılmalarının Amerikan anayasasına aykırı olmadığını kabul etmektedir⁶⁸¹. “Ayrı fakat eşit” prensibinin uygulanmasını kamu okullarını da içine alacak biçimde genişleten ve yine 1954'e kadar uygulanan 1899 tarihli *Cumming v. Richmond County Board of Education* kararı da bu bağlamda ayrıca belirtilmelidir⁶⁸². 1954 yılına kadar uzanan süreçte, 1932 tarihli *Powell v. Alabama*, 1948 tarihli *Shelley v. Kraemer* davaları ve 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* davası üzerinde etkili olan 1950 tarihli *Sweatt v. Painter* davası, siyahların özgürlük mücadelesinde önemli köşe taşları olsa da Yüksek Mahkeme'nin “ayrı fakat eşit” ilkesinden ayrılmadığını da belirtmek gerekir⁶⁸³. Siyahlar açısından

⁶⁷⁹ *Plessy v. Ferguson* – **163 U.S. 537** (1896), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁶⁸⁰ *Plessy v. Ferguson*.

⁶⁸¹ *Plessy v. Ferguson*.

⁶⁸² *Cumming v. Richmond County Board of Education* – **175 U.S. 528** (1899), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/528/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

⁶⁸³ *Powell v. Alabama* – 287 U.S. 45 (1932), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html>, (E.T. 27.09. 2012); *Shelley v. Kraemer* – **334 U.S. 1** (1948), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/1/case.html>, (E.T. 27.09. 2012); *Sweatt v. Painter* – **339 U.S. 629** (1950), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/629/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

“ayrı fakat eşit” prensibinin yargı kararlarında bir ilke olarak değerlendirilmesinin terk edilmesi ancak 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* davasının ardından mümkün olmuştur⁶⁸⁴. Bu davada verilen kararlar eyaletlerin siyahlar ile beyazların ayrı okullarda eğitim – öğretim almalarını düzenleyen yasalarının Anayasa’ya aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır⁶⁸⁵. Böylece siyahlar ile beyazların ayrı okullara gönderilmesine yönelik bilhassa Güney eyaletlerinde geçerli olan hukuki düzenlemeler yasallıklarını kaybetmiştir⁶⁸⁶. Yüksek Mahkeme’nin oy birliğiyle aldığı bu kararlar yaklaşık 60 yıla yakın süredir uygulanmakta olan ayrı fakat eşit prensibi terkedilmiş ve öğrencilerin farklı eğitim kurumlarına gitmek zorunda bırakılmaları eşitsizlik olarak kabul edilmiştir⁶⁸⁷. Siyahlar birçok eyalette ancak bu kararın ardından beyazlarla aynı okullara gidebilme olanağına kavuşmuşlardır.

Siyahların kamu hizmetlerinden yararlanmada uğradıkları ayrımcılığın kaldırılmasının yansımaları kısa bir süre içinde toplumsal yaşamın diğer alanlarına da sirayet etmiştir. Bu bağlamda 1964 tarihli *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* davasıyla siyahları oteline almayan işletme sahibinin anayasal anlamda böyle bir hakkı olmadığı saptanmış, bu tür ayrımcılıkları yasaklayan düzenlemelerin herhangi bir biçimde Amerikan Anayasası’na aykırı olmadığı karar altına alınmıştır⁶⁸⁸. Yüksek Mahkeme’nin devrim niteliğinde sayılabilecek diğer bir kararı

supreme.justia.com/cases/federal/us/339/629/case.html, (E.T. 27.09. 2012).

⁶⁸⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483 (1954), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁶⁸⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*.

⁶⁸⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*.

⁶⁸⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*.

⁶⁸⁸ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* – 379 U.S. 241 (1964), <http://supreme.justia.com/>

1967 tarihli *Loving v. Virginia* davasına ilişkindir⁶⁸⁹. Mahkeme bu kararı ile “*Racial Integrity Act of 1924*” isimli ırkların karışmasını engellemek amacıyla çıkarılmış olan kanunu (*Anti-miscegenation laws*) Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiş ve bir siyah ile beyazın evlenmesini mümkün hale getirmiştir⁶⁹⁰. Son olarak çeşitli sosyal, kültürel ve tarihsel şartlar dolayısıyla beyazlarla aynı koşullara sahip olmayan siyahlara yönelik pozitif ayrımcılığı öngören düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olmadığını karara bağlandığı 1978 tarihli *Regents of Univ. of California v. Bakke* kararının da siyahların hak mücadeleleri içindeki önemli kazanımlardan biri olduğu eklenmelidir⁶⁹¹. 1950 ve 1960’lı yıllarda elde edilen bu başarılı kazanımlara toplumsal karakterli politik mücadelelerin eşlik ettiği daha önce belirtilmişti. Bu bağlamda öncülüğünü *Martin Luther King*’in yaptığı SCLC’nin (Southern Christian Leadership Conference), öğrenci örgütü niteliğindeki SNCC’nin (Students Nonviolent Coordinating Committee), diğer siyah örgütlerle sol hareketlerin birlikte gerçekleştirdikleri eylemler hızla yaygınlaşarak kitlesel bir niteliğe ulaşmıştır. Örneğin 1955 ve 1956 yıllarında Alabama Montgomery’de ayrımcı otobüs sistemine yönelik başlayan boykot, 1960’da güney eyaletlerindeki siyah kolej öğrencilerinin ayrımcı lokanta ve kamu hizmetlerine yönelik gerçekleştirdikleri gir-otur (*sit-in*) eylemleri, 1963 Washington yürüyüşü, 1964 “Mississippi Özgürlük Yazı” kampanyası gibi bir dizi mücadelenin siyahlar ile beyazlar arasında yaşanan ayrımcı

[cases/federal/us/379/241/case.html](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/241/case.html), (E.T. 27.09. 2012).

⁶⁸⁹ *Loving v. Virginia* – **388 U.S. 1** (1967), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

⁶⁹⁰ *Loving v. Virginia*.

⁶⁹¹ *Regents of Univ. of California v. Bakke* – **438 U.S. 265** (1978), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

uygulamaların kaldırılması yönünde kamu otoriteleri üzerinde yoğun bir baskı yarattığından söz edilebilir⁶⁹². Tüm bu eylemler hukuksal enstrümanların kullanılması suretiyle yasal yoldan kazanımlar sağlanabileceğini gösterdiği gibi, şiddete dayanmayan kitlesel sivil itaatsizliğin bir protesto silahı olarak etkili kullanımını ön plana çıkarmıştır⁶⁹³.

Amerika’da siyalara yönelik “ayrı fakat eşit” gibi ayrımcı uygulamaların benzer biçimde beyaz ve Avrupa kökenli olmayan vatandaşlar üzerinde de farklı biçimlerde baskı oluşturduğundan bahsedilebilir. Bu durumun en somut örneklerinden biri, yüksek yargının da ilk başta bir parçasını teşkil ettiği II. Dünya Savaşı sırasında Japon kökenli Amerikalılara karşı gerçekleştirilen tecrit politikalarıdır. Gerçekten ikinci (*Nisei*) ve üçüncü (*Sansei*) kuşak Japon kökenli Amerikalıların bilhassa II. Dünya Savaşı yıllarında yapılan ayrımcı düzenlemeler nedeniyle yaşadıkları “gözaltına alma kampları” (*internment camp*) deneyimine karşı verdikleri hukuksal mücadeleler bu bağlamda son derece önemli kazanımlar olarak kendini gösterir⁶⁹⁴. Bu ayrımcılık karşıtı hukuksal ve politik mücadelenin daha II. Dünya Savaşı bitmeden meyvelerini verdiğini, hatta Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin kararlarına da yansıdığını belirtmek gerekir.

Amerika’da II. Dünya Savaşı yıllarında kurulan kamplar bilhassa Japon kökenli Amerikalılar açısından yaşanan ırkçı tutumun somut göstergelerindedir. 19 Şubat 1942’de Başkan *Roosevelt*, çıkardığı 9066 sayılı

⁶⁹² **Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi**, s. 1508 – 1510.

⁶⁹³ **Ibid.**, s. 1508.

⁶⁹⁴ Bkz. MATSUDA, 1987, s. 334 – 340.

Yürütme Emri'yle, Savaş Bakanlığı'nı ve ordu komutanlarını askeri tesislere saldırıları önlemek, güvenlik, casusluk gibi gerekçelerle çeşitli bölgelerde yaşayan herkesi veya belirli grupları bu bölgelerden tahliye etmeye yetkili kılıyordu⁶⁹⁵. Bu yetki doğrultusunda bilhassa Amerika'nın beş Batı eyaletinde meskûn 79.000'i Amerikan vatandaşı 112.000'den fazla Japon'un söz konusu bölgelerden tahliye edilerek toplama kamplarına gönderilmesine karar verilmiştir⁶⁹⁶. Bu süreçte tahliye kararlarına uymayarak bölgede kalmak isteyen bazı Japonlar yerel mahkemelerce hapis cezalarına çarptırılmıştır. Yüksek Mahkeme konuyla ilgili temyiz başvurularında muhafazakâr bir tutum takınarak azınlık karşıtı kararlar vermiş ve milli güvenlik gibi gerekçelere dayanarak 9066 sayılı Emri savunmaya çalışmıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, 21 Haziran 1943 günlü *Hirabayashi v. United States* ve *Yasui v. United States* davalarında tahliye kararlarına uymayanların bu nedenle aldıkları hapis cezalarını 9066 sayılı karara dayanarak onamıştır⁶⁹⁷. Buna karşın yaklaşık bir yıl sonra görülen 18 Aralık 1944 tarihli *Korematsu v. United States* davasında Mahkeme, yine tahliye kararına uymayan sanığa verilen hapis cezasını yerinde bulmasına karşın oy çokluğuyla karar alabilmiş; üç hâkim tarafından karara muhalefet şerhi konmuş; şerhte, bilhassa zaruret halinin devam edip etmediği konusundaki takdir yetkisinin Mahkeme'de olması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁹⁸. Aynı

⁶⁹⁵ Transcript of Executive Order 9066: Resulting in the Relocation of Japanese (1942), <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=74&page=transcript> (E.T. 28.05.2012).

⁶⁹⁶ ALEXANDRE, Maurice, "Wartime Control of Japanese-Americans", **28 Cornell L. Q. 385 1942** – **1943**, s. 414 – 415.

⁶⁹⁷ *Hirabayashi v. United States*, **320 U.S. 81** (1943), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/case.html>, (E.T. 28.05.2012). Aynı gün verilen benzer nitelikli *Yasui v. United States* kararı için ayrıca bkz. *Yasui v. United States*, **320 U.S. 115** (1943), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/115/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

⁶⁹⁸ *Korematsu v. United States*, **323 U.S. 214** (1944), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

gün görülen, ancak ilk davadan farklı olarak davacının toplama kampında olduğu fakat hakkında herhangi bir kovuşturmanın ya da hapis cezasının olmadığı *Ex parte Endo* davasında ise davacı *Mitsuye Endo*'nun "*Habeas Corpus*" talebi Mahkeme'ce değerlendirilmiş; Mahkeme talebi yerinde bularak *Endo*'nun tahliyesine karar vermiştir⁶⁹⁹. Mahkeme bu kararında masum bireylerin hak ve özgürlüklerinden sürekli bir biçimde mahrum bırakılmayacağı gerekçesine dayanmıştır⁷⁰⁰. Tüm bu yargılama süreçleri, II. Dünya Savaşı gibi bir dönemde açık biçimde ırk ayrımcılığına tabi tutulan Japon kökenli Amerikan vatandaşlarının haklarını hukuksal mücadeleler yoluyla koruma reflekslerini ve bu doğrultuda çeşitli kazanımlar sağladıklarını göstermek için yeterlidir. Söz konusu hukuksal mücadelelerin azınlık haklarının gelişiminde çok önemli bir işlevi yerine getirdiğini belirtmek gerekir.

Hukuksal ve politik mücadelelerin sadece çalışan sınıflar, ayrımcılığa uğrayan ırklar açısından değil, aynı zamanda kadın hakları yönünden de önemli bir boyutu vardır. Kadın haklarına yönelik bilincin gelişmesine, Amerika'da 1960'lı yıllarda gün yüzüne çıkan toplumsal uyanışa, hak ve özgürlük mücadelelerinin yoğunlaşmasına paralel olarak başta feminist gruplar olmak üzere kadınların mevcut düzen içinde uğradıkları ayrımcı uygulamalara karşı hukuksal araçların daha yoğunluklu bir biçimde kullanıldığı bir süreç başlamıştır. Kadınlar, evlenmenin ardından kaybettikleri –bilhassa mülkiyete ve medeni ehliyetlerine ilişkin– haklarını geri kazanmaya yönelik taleplerini dillendirmişler; ayrıca boşanma, seçimlerde oy kullanma, meslek sahibi olma, doğum kontrol yöntemlerinden faydalanma,

⁶⁹⁹ *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/283/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

⁷⁰⁰ *Ex parte Endo*.

işyerlerindeki ayrımcı muamele karşısında dava açma gibi çok önemli bir dizi hakka kavuşmuşlardır⁷⁰¹. Keza kadın haklarının geliştirilmesi yönünde Yüksek Mahkeme'nin kararlarının bilhassa yetmişli yıllardan itibaren büyük bir aşama kaydettiğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte ilk başlarda Yüksek Mahkeme'nin kadın haklarını iyileştiren sonuçlar doğuran bu davalarda doğrudan cinsel kimlik üzerinden değil, özel hayatın gizliliği, eşit korunma hakkı gibi kavramlardan hareketle karar verdiği görülür. Örneğin 1965 tarihli *Griswold v. Connecticut* davasında Mahkeme, özel hayatın gizliliğine dayanarak doğum kontrol yöntemlerinin kullanılmasını yasaklayan bir yasayı Anayasa'ya aykırı bulmuştur⁷⁰². 1972 tarihli *Eisenstadt v. Baird* davasında Mahkeme, eşit korunma hakkına dayanmak suretiyle Massachusetts'te yürürlükte bulunan ve evli olmayan çiftlerin doğum kontrol yöntemlerinden yararlanmasını yasaklayan yasayı iptal etmiştir⁷⁰³. 1973 tarihli *Roe v. Wade* davasında ise çok önemli bir kararla mahkeme, yine özel hayatın gizliliğine dayanarak, Texas'ta kürtajı yasaklayan bir kanunu iptal etmiş ve kürtaj hakkını olanaklı hale getirmiştir⁷⁰⁴. Bu kararın ardından kürtajın yasak olduğu yedi eyalette bu yasak kaldırılmış ve dokuz eyaletteki yüksek yargı mercileri söz konusu Yüksek Mahkeme kararı doğrultusunda içtihatlarını değiştirmişlerdir⁷⁰⁵. Yüksek Mahkeme'nin kararını doğrudan cinsel ayrımcılığa dayanarak

⁷⁰¹ GORDON, 2006, s. 393.

⁷⁰² *Griswold v. Connecticut* – 381 U.S. 479 (1965), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁰³ *Eisenstadt v. Baird* – 405 U.S. 438 (1972), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁰⁴ *Roe v. Wade* – 410 U.S. 113 (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁰⁵ VESTAL, Christine, “States Probe Limits of Abortion Policy” <http://www.pewstates.org/projects/stateline/headlines/states-probe-limits-of-abortion-policy2-85899387496>, (E.T. 27.09.2012).

gerekçelendirdiği dava ise 1971 tarihli *Phillips v. Martin Marietta Corp.*'tur⁷⁰⁶. Bu davada Mahkeme, işveren şirketin, şirket politikası olarak bir kadının okul öncesi çağda bir çocuğu olması halinde onu işe almaması yönündeki kuralını, söz konusu kuralın aynı durumdaki bir erkeğe uygulanmaması nedeniyle Anayasa'daki cinsiyet ayrımcılığı ilkesinin (*Title VII*) bir ihlali olarak yorumlamıştır⁷⁰⁷. 1971 tarihli ve kadınların medeni hakları açısından önem arz eden dava ise *Reed v. Reed*'dir⁷⁰⁸. Bu davada boşanmış bir karı kocanın üvey oğulları miras bırakmadan öldükten sonra ondan kalan bir gayrimenkulü kimin kontrol edeceği uyuşmazlık konusu olmuştur⁷⁰⁹. Idaho eyaletinde yürürlükte olan ve gayrimenkullerin kontrolünde erkeğin kadına göre öncelikli olduğunu düzenleyen kanunu inceleyen Yüksek Mahkeme söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın eşit korunma ilkesinin cinsel ayrımcılığı yasakladığı gerekçesiyle iptal etmiştir⁷¹⁰. Cinsel ayrımcılığın engellenmesine dönük bir diğer karar da *Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n* davasına ilişkindir⁷¹¹. Davanın konusu Pittsburgh'ta yayınlanan gazetelerde çıkan seri ilanlarda cinsiyete dayalı sınıflandırmaların yasaklanmasına yönelik bir yönetmeliğe ilişkindir⁷¹². Mahkeme, önüne gelen olayda yönetmeliğin Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptali yönünde gelen talebi reddetmiş, böylece seri ilanların cinsiyete dayalı bir biçimde

⁷⁰⁶ *Phillips v. Martin Marietta Corp.* – **400 U.S. 542** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/542/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁰⁷ *Phillips v. Martin Marietta Corp.*

⁷⁰⁸ *Reed v. Reed* – **404 U.S. 71** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/71/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁰⁹ *Reed v. Reed.*

⁷¹⁰ *Reed v. Reed.*

⁷¹¹ *Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n* – **413 U.S. 376** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/376/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷¹² *Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n.*

basılmasının önüne geçmiştir⁷¹³. Kadınların ayrımcılığa uğramaması ve eşit hak taleplerine yönelik Yüksek Mahkeme kararları sadece yukarıda belirtilenlerle sınırlı değildir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme tarafından yetmişli yıllardan itibaren birçok davada ayrımcılık karşıtı kararlar verilmiş⁷¹⁴ ve var olan birçok sorun kadın hakları ve feminist mücadelelerin de bir sonucu olarak toplumsal hayatın pratiklerine daha fazla yansımaya başlamıştır. Tüm bu kararlar kadın hakları mücadelesinde de hukuksal mücadele yöntemlerinin kullanılmasının tıpkı siyahların, II. Dünya Savaşı yıllarında Japonların ya da çalışan sınıfların hak mücadelelerinde olduğu gibi olumlu sonuçlar doğurduğunun somut göstergesidir.

Yargı yoluyla elde edilen kazanımların ve hukuksal mücadelenin tek başına yeterli olmadığını da belirtmek gerekir. Gerçekten bu hukuksal mücadelelere eşlik eden politik ve toplumsal mücadeleler ve bu mücadeleler aracılığıyla oluşturulan kamuoyu baskısı, mahkemeleri, sosyal gerçeklikleri daha fazla gözetten bir veçhede karar vermeye zorlamaktadır. Benzer biçimde yasama ve yürütme organları da aynı kamuoyu baskısı altında bulunduğundan egemen iktidar ilişkilerinin ve kültürel kalıpların dışına çıkarak ezilenlerin, ayrımcılığa uğrayanların lehinde düzenlemeler yapma ve bunları uygulamaya yönelmişlerdir.

19. yüzyıl sonlarıyla 20. yüzyılın başlarında güçlenen işçi sınıfı

⁷¹³ Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n.

⁷¹⁴ Kadın hakları mücadelesi açısından önemli olan bu kararlardan bazıları için bkz. *Frontiero v. Richardson* – **411 U.S. 677** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/677/case.html>, (E.T. 27.09.2012); *Craig v. Boren* – **429 U.S. 190** (1976), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/190/case.html>, (E.T. 27.09.2012); *Roberts v. United States Jaycees* – **468 U.S. 609** (1984), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/609/case.html>, (E.T. 27.09.2012); *Automobile Workers v. Johnson Controls* – **499 U.S. 187** (1991), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/187/case.html>, (E.T. 27.09.2012); *United States v. Virginia* – **518 U.S. 515** (1996), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

mücadeleleri, kapitalist devletin geleneksel yönelimlerinde ciddi bir yarılmının da başlangıç noktasını oluşturmuştur. Klasik liberalizmin emek piyasasının tamamen serbestleşmesi ve kuralsızlaşması yönündeki eğilimi, işçi sınıfının politik örgütlenmesi ve mücadelesine paralel olarak geri çekilmeye başlamış; rekabet koşullarında pazarlık olanağı bulunmayan işçiler, bu gücü elde etmek için yasal engellemelere rağmen birleşmeye ve mücadele etmeye başlamışlardır⁷¹⁵. Tarafların eşitliği prensibine dayanan, fakat esasen işçilerin sömürülmesinin yasal kılıfı olmaktan başka bir şey ifade etmeyen hukuksal eşitlik, irade özgürlüğü gibi liberal hukukçuluğun temel kavramları, sözleşme ilişkileri bağlamında sorgulanmaya başlamıştır. Gerçekten bu süreçte *“liberalizmin birey eksenli sözleşme serbestisinin hızla altı oyulmakta ve örgütlenmiş grupların sözleşme talepleri öne geçmekteydi”*⁷¹⁶. Böylece eski dönemin ezilen sınıflarının örgütlenmesi ve örgütlenmenin imkân verdiği mücadele biçimleri, sendikalar, grev, toplu sözleşme gibi araçların dolayısıyla politik iktidar üzerinde baskı yaparak liberal hukukçuluğun geleneksel kabullerinin ve uygulamalarının değiştirilmesini mümkün kılmıştır. Bununla birlikte politik, toplumsal ve hukuksal mücadeleler neticesinde siyasal iktidarın söz konusu demokratik hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi yönündeki tutumunun, salt “kapitalist”in veya “devlet”in çıkarlarının onu gerektirmesi olarak anlamlandırması, ciddi birtakım eksiklikler taşıyacaktı. Zira böyle bir anlamlandırma ezilen ya da sömürülen sınıfların toplumsal ve politik alanda verdikleri hukuki ve politik mücadeleleri yok saymak, küçümsemek gibi son derece tehlikeli ve yanlış çıkarsamalara sebebiyet verecektir. Sistemin egemen

⁷¹⁵ ÖZCAN, 2011, s. 162.

⁷¹⁶ **Idem.**

unsurlarınca üretilen ve esasen toplumsal mücadelenin alanını daraltmaya dönük bu çabalar ile kazanılan hakların aslında egemenlerin bir tür lütfü şeklinde görülmesi; aynı zamanda –tam da “kapitalist” zihniyetin arzuladığı biçimde– söz konusu mücadele alanlarında pasivize edici yönsemelerin güçlenmesine ve toplumsal değişime yönelik taleplerin değersizleştirilerek zayıflatılmasına neden olacaktır.

3.2. Özel Hukuk Perspektifinden Hukuk – Politika İlişkisi

Politik bir kurum olarak hukukun anlamının ortaya konmaya çalışıldığı bu bölümde, hukukun, bir mücadele aracı olarak işlevinin serimlenmesi kadar önem taşıyan bir diğer husus, hukukun içerik olarak politikayla nasıl bir etkileşim içinde bulunduğunun belirlenmesidir. Hukuk normlarının formalist ve objektif karakterine yöneltile eleştiriler, aslında liberalizmin klasik hukuk teorisinin aksine hukukun politikadan kesin bir biçimde ayrılamayacağını gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda özel hukuktan kamu hukukuna ve dolayısıyla hukukun temel kavramlarına kadar uzanan bir alanda, hukuki düzenleme ve yapılar ile hukuk uygulamasının politik, ekonomik, kültürel ve sosyal anlamlarının yeniden değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Bu anlamlandırma veya değerlendirme süreci, örneğin liberalizmin özel hukuk anlayışı içinde aynı zamanda liberal ekonomik sistemin de devamlılığının zorunlu koşulları olarak nitelendirilebilecek sözleşme özgürlüğü ya da mülkiyet hakkı gibi temel kavramların sadece hukuksal kategoriler olarak telakki edilemeyeceğini de ortaya koymaktadır. Gerek sözleşme özgürlüğü gerek mülkiyet hakkı, liberalizm açısından salt hukuksal biçim ve kalıplarla sınırlandırılarak ele alınamayacak kadar önemli olup, esasen kapitalizmin ekonomik yapıları ve üretim süreçleri içinde sistemin sürdürülebilirliğini sağlayan temel

faktörlerdir. Her iki kavramın sistem açısından taşıdığı bu önem ve işlev söz konusu kavramların politikayla olan doğrudan bağlantılarının izlerinin sürülebilmesini de mümkün kılmaktadır. Bu açıdan, sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkının liberal politik ve ekonomik sistem ile düşünce dünyası açısından taşıdığı anlamın “hukuk politiktir” önermesiyle olan ilişkisinin somutlaştırılması zorunluluk arz etmektedir.

3.2.1. Sözleşme Özgürlüğü

Liberal özel hukuk sisteminin birbirinden ayrılamayacak temel iki ögesinden biri mülkiyet hakkı ise diğeri şüphesiz sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi ekonomik liberalizmin sürdürülebilirliğinin nasıl olmazsa olmaz koşulu ise, siyasal liberal söylemin de üzerinde en çok durduğu ve sıklıkla atıf yaptığı başat kavramlarından biridir. Sözleşme özgürlüğü mevcut ekonomik düzenin esaslı bir unsuru olarak bireyin, özel hukuk ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle istedikleri biçimde özgürce düzenleyebilme yetkisi olarak kabul edilmektedir⁷¹⁷. 19. yüzyıl sonunda liberal hukukçu ve iktisatçılar, zenginliği ve doğuştan gelen özgürlüğü bir arada maksimize edebilecek tamamen tarafsız ve apolitik bir sözleşme hukuku sisteminin olanaklılığına inanarak bunun gerçekleştirilmesi için çalışmışlardır⁷¹⁸. Onlar sözleşmelerin düzenlenmesine yönelik hukuksal müdahalelere karşı çıkararak, hukuk yoluyla takviye edilmiş tam bir sözleşme özgürlüğünden yana taraf olmuşlardır⁷¹⁹.

⁷¹⁷ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, C. 1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 278.

⁷¹⁸ GORDON, Robert W., “Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law”, **15 Fla. St. U. L. Rev.** 195 1987, s. 213.

⁷¹⁹ **Idem.**

Burada hukukun rolünün sadece piyasanın işleyişini sağlamaya dönük güvenlik ve serbest rekabet ortamının sürdürülmesiyle sınırlı bir etkinlik alanı olduğunu eklemek gerekir. *Laissez faire laissez passer* liberalizminin doruk noktasını ifade eden bu anlayış, bir taraftan sözleşme özgürlüğüne mutlak sadakatin piyasanın işlemesi açısından en güvenilir yol olduğuna inanıyor, diğer taraftan devletin bu alana kamu yararı, ekonomik sömürünün engellenmesi, güçsüz olan tarafın korunması gibi nedenlerle müdahalesini reddediyordu. Sömürünün “özgür sözleşme” biçimi altında somutlaştığı⁷²⁰ bu durum çok ciddi boyutlarda eşitsizliklere, haksızlıklara ve sömürüye yol açmakta, ekonomik veya siyasi bağlamda güçlü olanın sözleşme özgürlüğünden yararlanarak kendi çıkarları doğrultusunda dilediği gibi sözleşme yapabilmesini olanaklı hale getirmekteydi. Bu sömürü düzeyi bilhassa işçi – işveren ilişkileri bağlamında devletin herhangi bir düzenleyici –güçsüz durumdaki işçiyi güçlü taraf olan işverene karşı koruyucu– müdahalesi de olmadığı için vahim boyutlara ulaşmaktaydı. Esasen bu noktada sadece güçlü taraf için bir sözleşme özgürlüğünün varlığından bahsetmek daha yerinde olur; zira sözleşmenin güçsüz tarafı bakımından daha ziyade sözleşmeyle belirlenen ve akdin mucibinin çıkarlarının bir ifadesi olan yükümlülüklerle icabet edilmesinden başka bir husus yoktur. Örneğin işçi, hayatının idame ettirebilmek için işverenin dayattığı sözleşmeyi kabul etmek dışında bir özgürlüğe sahip ol(a)madığı gibi, işverenin çıkarları ve istekleri doğrultusunda belirlenen sözleşmenin şartlarıyla ilgili olarak pazarlık edebilecek bir imkâna da sahip değildir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sadece sözleşmenin güçlü tarafı için bir anlam ifade ettiğini, karşı taraf içinse uyulması ve

⁷²⁰ PASUKANIS, 2002, s. 33.

itaat edilmesi gerekli bir kurallar yığından başka bir mahiyetinin olmadığını belirtmek gerekir. Sözleşme özgürlüğünün kutsallaştırılmasına ve fetişleştirilmesine varan bu liberal zihniyetin sadece işçi – işveren ilişkileri bağlamında değil, başta borçlar hukuku olmak üzere özel hukukun farklı disiplinlerini ilgilendiren birçok konuda, (borcun ifası, akde vefa, iyi niyet, kusursuz sorumluluk, zararın tazmini vs.) hakkaniyeti ve adalet duygusunu rencide edebilecek yönleri bulunmaktadır.

Sözleşme hukukunun diğer bir boyutu özel hukuk ilişkileri açısından kişiler arasında hukuksal bir eşitlik olduğuna dair ön kabulde kendini gösterir. Özel hukukta kural olarak sözleşmenin taraflarının eşit olduğu ilkesi kabul edilir. Bu bağlamda sözleşmenin taraflarının, özgür iradeleriyle sözleşme ilişkisi içine girdikleri kabulünden hareket edilmekte; taraflar, ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın kanun önünde birbirlerine eşit sayılmakta ve eşit korumaya tabi tutulmaktadır⁷²¹. Fakat söz konusu eşitlik ilkesinin daha ziyade zahiri olduğunu belirtmek gerekir; zira liberal hukuk sisteminde öngörülen bu ilke gerçeklikte sözleşmelerin yorumuna yardımcı olan teknik bir kuraldan daha fazla şeyi ifade etmektedir⁷²². Feodalizmin çözülmesi ve kapitalizmin gelişmesine paralel olarak, liberal felsefenin bayraktarlığını yaptığı hukuksal eşitlik düşüncesinin, feodal ayrıcalıklar ile mutlak monarşiye karşı burjuva sınıfının savaşımında, burjuvazinin hukuksal taleplerinin ve hukuksal dünya anlayışının sağlamlaşmasında ön plana çıktığı görülür⁷²³. Hukuksal eşitlik talebi, meta üreticileri arasındaki ilişkilerin en

⁷²¹ EREN, 1998, s. 18.

⁷²² DUVERGER, 1995, s. 128.

⁷²³ ENGELS, Friedrich, “Hukukçular Sosyalizmi”, **Din Üzerine**, (Karl Marx & Friedrich Engels), (Çev. Kaya Güvenç), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2002, s. 251.

temel biçimi serbest rekabet olduğu için, burjuvazinin hukuksal anlamdaki en önemli ihtiyacına dönüşmüştür⁷²⁴. Bunun yanı sıra söz konusu ilke, özellikle burjuvazinin siyasal ve ekonomik iktidarı tümden tekeline aldıktan sonra da, önemini, aynı derecede korumaya ve hatta arttırmaya devam etmiştir. Kapitalizmin gelişimine paralel olarak eşitlik ilkesi esasen fiili eşitsizlikleri arttıran, söz konusu eşitsizlikleri eşitlikçi bir kamuflajla gizleyen siyasal bir hileye dönüşmüştür.⁷²⁵ Bir başka ifadeyle “*kapitalist ülkelerin özel hukukları, aslında eşit olmayan taraflar arasında ortaya çıkan sürtüşmeleri, demokratik eşitlik kuruntusu ile gizlemeye yardım etmektedir*”⁷²⁶. Pasukanis’e göre de liberalizmin hukuka yönelik biçimsel eşitlikçi yaklaşımı hukuk düzeninin soyut sözde temellerini savunmasının bir yolu⁷²⁷ olduğundan esasen bu yaklaşımın kapitalist sistem içinde süregiden ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan bir olgu, örneğin sözleşme ilişkisinde tarafların gerçeklikteki eşitsizliğini gizlemeye dönük bir araç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Burada, hukuksal eşitlik ve sözleşme özgürlüğü gibi kavramların kullanılması aracılığıyla, ekonomik yaşamda gerçekleştirilen ticaret, iş ya da borç ilişkileri gibi farklı konulardaki muhtelif

⁷²⁴ **Idem.**

⁷²⁵ DUVERGER, 1995, s. 128. *Duverger* kapitalist ekonomik sistem içinde hukuksal meşruiyetin çok önemli bir araç olduğunun altını çizer. Aslında çok ağır sömürü koşulları dahi bir biçimde hukuksal kalıplara uydurulduysa toplumsal zeminde genel kabul gören bir meşruiyete mazhar olmaktadır. Örneğin bir hırsızın, bir apartmanı soyması, toplumun gözünde tamamıyla gayrimeşru sayılırken, zengin bir adamın zor durumda olan ve hızla evini satmaya ihtiyaç duyan bir fakirin evini ucuza alarak ona sahip olması belki ahlaken onaylanmasa bile meşru kabul edilir ve hırsızlığın yarattığı şaşkınlıktan çok daha azına sebebiyet verir. *Duverger*’e göre burada söz konusu ilişkinin bir biçimde meşru kabul edilmesi ve hırsıza gösterilen tepkinin bir başka biçimde hırsızlık manasına gelebilecek zengin davranışına gösterilmemesinin nedeni, toplumun, sözleşmeye göre hukuksal yönden eşitlikçi olan ilişkinin çoğu zaman, tarafların güçlerinin farklı olmasından ötürü eşitlikçi olmadığını bilmesinden ve kabullenmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Idem.**

⁷²⁶ **Ibid.**, s. 128 – 129.

⁷²⁷ PASUKANIS, 2002, s. 33. *Lenin*’e göre liberal burjuva hukuku eşitsizliği öngerektirmektedir. “*Her hukuk farklı insanlara, gerçekte ne özdeş ne de eşit olan farklı insanlara, tek bir kuralın uygulanmasına dayanır. Bundan ötürü, ‘eşit hak’, aslında eşitliğe bir saldırı, bir adaletsizlik demektir*”. LENIN, 1978, s. 123.

sözleşmelerin yapısına ve uyuşmazlık çıkması halinde değerlendirilmesi süreçlerine bir objektiflik kazandırılmaya çalışılmaktadır. Esasen sözleşmenin gerçek vasfı ve amacı itibarıyla ekonomik süreçlerle ilgili olan hususlar, genel olarak burjuvazinin çıkarlarının ve ekonomik organizasyondaki sınıfa dayanan tahakküm ilişkilerinin ekonomik anlam çerçevesinden kopartılarak salt hukukun bir anlam dizgesiymiş gibi nitelendirilmeye ve hukukun meşruiyet yaratıcı imkânlarıyla maskelenmeye çalışılmaktadır.

Pasukanis'e göre de örneğin ticari bir sözleşme ruhsal bir olay, düşünce ya da bilinç biçimi olmayıp, nesnel bir ekonomik olgu, tamamen nesnel olan hukuksal biçime kopmazcasına bağlı iktisadi bir ilişkidir⁷²⁸. Hukukçular açısından salt hukuki bir olgu olarak nitelendirilebilecek sözleşme kavramı (aynı zamanda mülkiyet), gerçeklikte üretim ilişkilerinin hukuka yansımadır⁷²⁹. Oysa liberal hukuk düzeninin öğeleri, esasen üretim ilişkilerini ifade ettiği halde, söz konusu üretim ilişkilerini, kendi kurallar sistematiği içinde asla doğrudan zikretmeyip onları gizleyerek üretim ilişkilerinin niteliğinden tamamen soyutlanmış bir dış görüngenü inşa etmeye çalışır⁷³⁰. Liberal hukuk söylemi, hukuku, sosyal düzenleme sürecinin diğer vasıtalarından ayrı, meşruiyeti kendi içsel süreçlerinden kaynaklı bir yapı olarak nitelendirip, iktisadi yanı ağır basan üretim ilişkileri ile hukuki düzenlemeler arasındaki ilişkiyi –o da eğer varsa– arızı ya da tesadüfi olarak tanımlar⁷³¹. Oysa hukuk bu üretim süreçleriyle doğrudan ilişkili olup, onların işleyişini mümkün kılan

⁷²⁸ PASUKANIS, 2002, s. 38 – 39.

⁷²⁹ KARAHANOĞULLARI, 2002, s. 63.

⁷³⁰ ALTHUSSER, 2005, s. 82.

⁷³¹ ÖZDEMİR, 2010, s. 61.

temel araçtır. Bu bağlamda sözleşme olgusu, her ne kadar hukuksal bir biçime tekabül etmekte ve hukuksal bir kategori olarak genel kabul görmekteyse de, öncelikli olarak ekonomik üretim süreçlerinin ve mevcut ekonomik yapının doğrudan bir uzantısı olup onun anlam alanının bir parçasını teşkil etmektedir. Ekonomik içeriğinden yoksun bir sözleşmenin hukuksal kategori olarak tek başına hiçbir değeri imleyemeyeceği aşikârdır. Hukuk, ancak ekonomik dizge içinde fonksiyon kazanan anlam alanını düzenlemek şartıyla belirli bir değer ifade edebilecektir. Dolayısıyla hukuksal biçim değerlendirilirken, hukuksal biçimin ekonomik içeriğini ve söz konusu içeriğin anlamını da göz ardı etmemek gerekir.

Bu noktada kapitalist toplumda hukuksal aracılığın (dolayımın) pratik amacı, *“biçim olarak, bir dizi özel hukuksal sözleşme aracılığıyla gerçekleşen toplumsal üretim ve yeniden üretimin az çok özgür ilerleyişini sağlamaktır. Kesin ölçütlere, yasalara, yasaların yorumlanmasına, vicdana, mahkemelere ve mahkeme kararlarının cebri icrasına başvurmak zorunludur”*⁷³². Hukukun, üretim süreçlerinin düzenlemesine sözleşmeler aracılığıyla müdahil olması, bir taraftan ekonomik düzeninin biçimsel işleyişine bir dayanarak oluştururken, diğer taraftan üretim süreçleri içinde ortaya çıkacak çok farklı uyumsuzlukların objektif, önceden bilinebilir belirli bir temele dayandırılarak çözülebileceğine duyulan ihtiyacın giderilebilmesi bakımından anlam ifade etmektedir.

Klasik liberal hukuk yaklaşımlarının, sözleşme özgürlüğünü yer yer kutsallaştırarak ele almaya çalışması ve hukuksal eşitliğin dar kalıpları çerçevesinde

⁷³² PASUKANIS, 2002, s. 39.

sosyal anlamda yarattığı eşitsizlikleri göz ardı edecek bir biçimde yorumlayarak değerlendirmesi birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle sözleşmelerin kurulması aşamasında tarafların tam bir irade özerkliğiyle hareket ettikleri ve sözleşmenin şartlarını onayladıkları gibi önsel kabuller⁷³³, işçi – işveren ilişkileri gibi konularda sözleşmenin zayıf tarafı açısından önemli haksızlıklara neden olabilmekte, uyuşmazlık halinde de sosyal gerçeklikten kopartılmış bir irade özerkliğinin aşırı derecede ön plana çıkarılması birtakım sakatlıklara yol açabilmektedir. Örneğin feodalizmde serf efendisine tam anlamıyla tabi olduğundan aralarındaki ilişkinin – bağıllık sözleşmesinin– özel hukuk yönünden günümüzdeki anlamıyla bir hukuksal içeriğe sahip olduğundan bahsedilemez⁷³⁴. Fakat kapitalizmin feodal toprak ilişkileri başta olmak üzere tüm ekonomik süreçleri dönüştürerek özgürleştirilmesi ve modernize etmesinin ardından, işçiye dönüşen feodalizmin serfi kendi emeğinin “özgür satıcısı” olarak özel hukuk ilişkilerinin bir öznesi haline gelmekte, kapitalist sömürü de, sözleşme hukuksal biçimi altında dolayım lanmaya başlamaktadır⁷³⁵. İşçinin kendi emeğini piyasa içinde özgürce satabileceği ve irade özerkliğine sahip bir hukuksal özne olarak kapitalistle eşit hukuksal statüde bulunduğu kabulü, feodalizmin eşitsizlikçi kalıplarını ortadan kaldıran bir düzeni somutlaştırıyormuş gibi görünmekteyse de, esasen var olan eşitsizlikleri hukuksal ve politik kategorilerin arkasına gizleme sürecinden başka bir şeye tekabül etmemektedir. Bu süreçte işçinin kapitalistin dayattığı ekonomik koşullara göre biçimlendirilmiş sözleşmeyi kabul etmemek gibi bir seçeneği –eğer aç kalmak istemiyorsa– çoğunlukla olmadığı gibi,

⁷³³ Bkz. OĞUZMAN, Kemal & ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 18 – 19; EREN, **1998**, s. 16 ve s. 275 – 276.

⁷³⁴ PASUKANIS, **2002**, s. 110.

⁷³⁵ **Ibid.**, s. 110 – 111.

sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine dair fazla bir söz hakkı olduğundan bahsetmek de güçtür.

Sözleşmenin zayıf tarafının çoğunlukla sözleşmeye sadece katılmakla sınırlı olan gerçeklikteki irade özgürlüğü, liberal özel hukuk anlayışı içinde kurucu bir unsur olarak nitelendirilmektedir. Keza liberalizmin sözleşme özgürlüğünü irade özgürlüğünden ayırarak değerlendirebilmek mümkün değildir⁷³⁶. Gerçekten “*irade özerkliği, liberal hukuk felsefesinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün ideolojik esasını oluşturur. İrade özgürlüğü, hukuk düzeninin fertlere kişisel ilişkilerini hür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu genel yetkidir. Bu ilkeye göre fert, hür (özerk, muhtar) bir varlık olup, hukuki açıdan kendi kaderini bizzat tayin etmek yetkisine sahiptir*”⁷³⁷. Bu bakış açısının altında yatan nedenlerden biri sözleşmelerin bağlayıcılığının gerekçelendirilebilmesi, bir diğeri ise özellikle iş sözleşmelerine yönelik bir tür meşruiyetin sağlanabilmesi gayesidir. Oysa burada, liberal hukuk anlayışının iradelerin özerkliğine ve dolayısıyla tarafların eşitliğine ilişkin genel kabullerinin bir tür yanılısama olarak da görülebileceğini belirtmek gerekir. Keza *Marx* ve *Engels*’e göre bu yanılısama, sözleşme hukuku bağlamında, bireylerin sözleşmeyi kurarken aralarındaki ilişkileri isteğe göre, girişilebilir veya girişilmeyebilir olarak ve içeriği tamamıyla sözleşmeyi yapanların keyfi ve kişisel iradelerine dayanan ilişkiler olarak kabul edilmesi yönünde bir sonucun ortaya çıkmasını sağlamaktadır⁷³⁸. Böylece, bu yanılıgı aracılığıyla liberal hukuk düzeninin sözleşme hukuku, taraf iradelerinin özgür olduğu varsayımına dayanan özel bir

⁷³⁶ EREN, 1998, s. 275.

⁷³⁷ *Ibid.*, s. 16. (Atıflar için ayrıca bkz. *Idem.*, dn. 1)

⁷³⁸ MARX & ENGELS, 1999, s. 117 – 118.

meşruiyet tipini üretebilmekte ve var olan ekonomik ilişkiler dizgesinin sürekli yeniden üretimini de gerçekleştirebilmektedir.

Kapitalizm ile birlikte işçinin siyasal ve medeni haklar anlamında özgürleşmesine, kendisine irade özerkliği tanınmak suretiyle hukuksal ve ekonomik bir özne olarak ortaya çıkmasına karşın, yine de birtakım paradokslar oluşabilmektedir. *Pasukanis*'in de belirttiği üzere “*kendi iradesi dışında, değer yasası biçiminde doğan iktisadî ilişkiler karşısında köle tabiiyetine düşen iktisadî özne, bir nevi telafî niteliğinde olmak üzere, hukuksal özne olarak garip bir armağan kazanmaktadır: Kendisini diğer mal sahipleri karşısında tamamen özgür ve eşit hale getiren hukuken tanınmış bir irade*”⁷³⁹. Kapitalizmin erken aşamalarında, işçinin oy kullanmak ya da seçilmek gibi siyasi hakları bulunmazken, özel hukuk ilişkileri bağlamında bir hukuksal özne olarak tanınmasına, burjuvazinin çıkarları ve kapitalist üretim ilişkilerinin sürdürülebilmesine yönelik gereklilik dışında bir açıklama bulmak zordur. Gerçekten de işçi, bir hukuksal özne olarak tanınarak örneğin iş sözleşmenin yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanabilmekte, gerekirse hukuksal zor ve hukuksal mekanizmalarının harekete geçirilmesi suretiyle sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilmektedir. *Althusser*'in de belirttiği üzere hukuk, “*bağlantılı bir cezalandırma sistemi olmadan var olmayacağı için baskıcıdır. Başka deyişle, hukuk düzeyinde Medeni Kanunu'nun gerçekleşmesi demek olan Ceza Kanunu olmadan Medeni Kanun mümkün değildir. (...) Hukuki sözleşme ancak uygulanması koşuluyla, yani hukuka uyulması ya da uyulmaması koşuluyla var olabilir. (...) Bir sözleşmede, iki tüzel kişilik, tanımlanmış alışveriş yükümlülüklerini*

⁷³⁹ PASUKANIS, 2002, s. 114.

yerine getirmeyi üstlenirler. Aynı zamanda sözleşme hükümlerine uymazlarsa cezalandırılmayı da üstlenirler. (...) Hukuk kendi içinde baskıcı bir zorlamanın kuralları olmadan 'var olama[z]''⁷⁴⁰. Hukukun sözleşme ilişkileri çerçevesinde de bu tür bir zorlayıcılığa sahip olması, genel olarak sözleşmenin taraflarının hukuksal eşitliğine dayandırılmaya çalışılmaktadır. Oysa söz konusu hukuksal eşitliğin, fiili eşitsizlikler dolayısıyla işlevsiz kalması dolayısıyla zor unsurunun da, sözleşmenin zayıf tarafı için bizatihi hukuk tarafından yöneltilen bir hukuksal tehdit biçimine dönüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Böylece özel hukuk ilişkileri, hem egemen ekonomik güç odaklarının çıkarlarının hem de genel anlamda sistem içindeki ekonomik süreçlerin devamlılığını sağlayan bir araca indirgenmektedir. İşçinin hukuksal özne olarak tanımak suretiyle irade özgürlüğüne sahip kabul edilmesinin bir diğer amacının ise, mevcut politik ve ekonomik dizgenin ve siyasal liberalizmin özgürlüğe vurguyla biçimlenen söyleminin meşrulaştırılması gayreti olduğunu belirtmek gerekir. Liberalizmin yarattığı ve genel olarak "özgürlük paradoksu" şeklinde adlandırılabilir bu durumun biçimlendirdiği sahte bilinç, ekonomik sömürü ve üretim ilişkilerinin neden olduğu tahribatı gizleyerek, esasen bireyi mevcut gerçeklikler dünyasına da yabancılaştırmaktadır.

Sözleşmenin hukukta merkezi bir kavram olmasının nedeni kapitalist ekonomik sistemin işleyişi açısından taşıdığı önemle doğrudan bağlantılı olduğu gibi, serbest piyasadaki mübadele ilişkilerini, ister mal ya da hizmet ister emek olsun düzenlemesinden kaynaklanmaktadır⁷⁴¹. *Marx*'a göre mübadele aracılığıyla ortaya

⁷⁴⁰ ALTHUSSER, 2005, s. 89.

⁷⁴¹ PASUKANIS, 2002, s. 122.

çıkan fiili ilişki, sözleşme ve benzeri yapılarla hukuki biçimini kazanmakta, fakat bu hukuki biçim, ne kendi özünü yani mübadeleyi, ne de söz konusu mübadelenin içinde saklı kişiler arası ilişkileri yaratmayıp tam tersine ekonomik öz hukuki biçimi yaratmaktadır⁷⁴². *Althusser*'e göre de kapitalist sistem içinde hukukun ekonomik anlamı, mübadele pratiklerinde, mülkiyet hakkıyla ona bağlı hukuki kişi, hukuki özgürlük, hukuki eşitlik ve hukuki yükümlülük gibi kategorileri varsayan meta alım ve satımında ortaya çıkmakta ve bu karşı konulmaz zorunluluk dolayısıyla biçimselleştirilmeye çalışılmaktadır⁷⁴³. *Marx* açısından da hukuksal biçimin şekillenmesinde ekonomik özün özellikle sözleşme ilişkileri bağlamında kesin ve kuvvetli bir işlevi söz konusudur. Gerçekten *Marx*'a göre “*sözleşme sistemi hukuk sistemi içinde gelişmiş olsun olmasın, bir sözleşme biçiminde olan bu hukuki ilişki, kendisinde iktisadi ilişkinin yansıdığı bir irade ilişkisidir. Bu hukuk veya irade ilişkisinin içeriğini belirleyen, bizzat iktisadi ilişkinin kendisidir. Kişiler burada birbirleri için ancak metaların temsilcileri ve dolayısıyla meta sahipleri olarak mevcuttur*”⁷⁴⁴. Sözleşmenin, metaların dolaşımı bağlamında ekonomik bir kategori olarak mübadeleyi gerektirmesi, hukuksal biçimin de esasen ekonomik bir öze tekabül eden bu mübadele süreçlerini düzenlemeye dönük bir içeriksel anlam kazanması sonucunu doğurmuştur.

Liberal hukuk fikrinin kurucu unsuru olarak sözleşme, bu mübadele sürecinin gerçekleşmesi ve geçerli sayılabilmesi için hukuksal özne olarak kabul

⁷⁴² MARX & ENGELS, 2010, s. 51.

⁷⁴³ ALTHUSSER, 2003, s. 65.

⁷⁴⁴ MARX, 2011, s. 93 – 94.

edilen tarafların iradelerinin karşılıklı olarak birbiriyle uyuşmasını aramaktadır⁷⁴⁵. Bu bağlamda hukuk düzeninin kabul ettiği anlamıyla sözleşme, bir hukuksal işlem olarak hukuksal öznenin hukuk alanında faaliyet göstermesini mümkün kılan iradesinin somutlaştırılmasından başka bir şey değildir, oysa gerçekte hukuksal işlem kavramı sözleşmeden doğmuştur⁷⁴⁶. Özne kavramının liberal hukuk düzeni için kilit bir kavram olduğu belirtilmelidir. Zira kapitalizmde hak ehliyetine sahip tüm bireyler hak sahibi öznelerdir ve her şey metadır⁷⁴⁷. Her şeyin meta olması, yalnız alınıp satılan toplumsal açıdan gerekli ürünleri değil, emek gücünün kullanımını da metaya dönüştürmektedir⁷⁴⁸. Bu durum liberal hukuk düzeninde, örneğin işçiyi emeğini satacağı kapitalistle hukuksal anlamda eşit ve özgür bir konuma yükselttiği halde, zorunluluklar nedeniyle ona bağımlı hale gelmesine de sebebiyet vermektedir⁷⁴⁹. O halde liberal bir hukuk sisteminin, içinde bulunduğu sosyo-ekonomik ve politik gerçeklikler dünyası ile bir arada düşünüldüğünde, işçinin hukuksal anlamda özne olması veya özgür irade sahibi kabul edilmesi ancak sözleşme ilişkisi çerçevesinde varlık kazanabilen ölü soyutlamalardır⁷⁵⁰. Hukuksal biçim de, yalnızca siyasal iktisadın ve hukukun temel unsurlarının odağı olan mübadele işlemi sayesinde kendisine maddi bir temel bulabilmektedir⁷⁵¹. Bu anlamıyla, hukuksal özne, irade ya

⁷⁴⁵ PASUKANIS, 2002, s. 122; EREN, 1998, s. 212 – 213; OĞUZMAN & ÖZ, 1998, s. 46 – 47.

⁷⁴⁶ PASUKANIS, 2002, s. 122.

⁷⁴⁷ ALTHUSSER, 2003, s. 67.

⁷⁴⁸ **Idem.**

⁷⁴⁹ **Idem.**

⁷⁵⁰ PASUKANIS, 2002, s. 122.

⁷⁵¹ **Idem.** *Pasukanis'e göre "sözleşme kavramı bir kez doğduktan sonra evrensel bir nitelik kazanmaya yönelir. Mal zilyetleri, birbirlerini malsahibi olarak tanımadan önce de doğal olarak malsahibiydiler, fakat farklı bir anlamda, organik ve hukuk-ötesi bir anlamda. 'Karşılıklı tanıma', emeğe, el koymaya vb'ne dayanan ve meta üreticilerinden oluşan bir toplumun, ortaya çıktığı sırada*

da sözleşmenin varlığına, geçerliliğine ilişkin biçimsel kuralların büyük oranda sadece hukuksal kategoriler olarak tanımlanması mümkündür. Sözleşmenin formal niteliğini oluşturan bu unsurlara karşın, içeriksel yönden kurucu unsurunun ekonomik alanda gerçekleştirilen bir mübadele ilişkisiyle inşa edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hukukun bir sözleşmeyi ele alırken o sözleşmedeki hukuki statüleri öncelikle söz konusu sözleşmenin maddi içeriğine bakarak, hangi mübadele ilişkisini nasıl düzenlediğini araştırarak değerlendirmesi ve salt özel hukuk kalıplarının dışında daha geniş bir çerçeve oluşturması gerekir.

Sözleşme özgürlüğünün yer yer mülkiyet hakkının bir parçasına dönüştürülerek yorumlanması yine benzer sıkıntılara neden olabilmektedir. Zira *“kapitalist mülkiyet, esasen, çalışmadan en yüksek kârı elde edebilmek için sermayenin bir biçimden diğerine dönüştürülmesi, bir alandan diğerine aktarılması özgürlüğüdür. Kapitalist malsahibinin mallara tasarruf etme özgürlüğü, mülkiyetten yoksun insanlar, yani işçiler olmadan düşünülemez”*⁷⁵². Kapitalist mülkiyet bu niteliği dolayısıyla özellikle sözleşmenin tarafları açısından çeşitli çatışmalar da ortaya çıkabilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere mahkemelerin sözleşme özgürlüğünü 19. yüzyıl liberal hukukçuluğunun kalıplarıyla değerlendirmeye çalışmaları, sosyal, politik ve ekonomik gerçekliklerin zorlamalarını hukuksal kalıpların biçimciliğinin ardında görmezden gelmeleri bu çatışmaların çözülememesine neden olmaktadır⁷⁵³. *Kapani*'nin de belirttiği üzere bu dönemin

hazır olarak bulduğu sahiplik biçimlerini, soyut sözleşme formülü yardımıyla açıklama girişiminden başka bir anlama gelmez”. **Ibid.**, s. 122 – 123.

⁷⁵² **Ibid.**, s. 129.

⁷⁵³ Bkz. WHITE, 1972, s. 1000.

sözleşme özgürlüğü algısı ekonomik yönden güçlü olan tarafın çıkarlarını o derece korumaya yönelmiş bir mahiyete sahipti ki, örneğin iş saatlerinin düzenlenmesi, adil bir ücret sağlanması için işçilerin toplu sözleşme yapma hakları gibi birçok husus sözleşme özgürlüğüne aykırı kabul edilmekteydi⁷⁵⁴. Örneğin İngiltere’de 1875 tarihli *Combination Act* ve Amerika’da 1935 tarihli *Wagner Act*’e kadar mahkemeler önlerine gelen davalarda liberal ilkeleri öncelikle uygulamayı tercih ediyorlardı⁷⁵⁵. Bu süreçte bilhassa üretim ilişkileri içinde mülkiyet hakkına dayanılarak kurulan sözleşmeler kapital sahibi açısından mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı olanaklar sayesinde son derece güçlü bir hukuksal konumun inşasını mümkün kılıyordu. Mahkemelerin de sözleşmelerdeki hak ve yükümlülükleri salt mülkiyet hakkının niteliğini ön plana çıkararak değerlendirmesi, sözleşmelerdeki zayıf tarafın adeta yükümlülüklerini yerine getirmekle ödevli hukuksal bir özneye indirgenmesine ve bu öznenin sosyal nitelikli taleplerinin mülkiyet sahibinin gücü karşısında büyük oranda etkisiz hale gelmesine yol açıyordu. Amerika özelinde mülkiyet hakkına öncelik veren yaklaşımların, ancak hukuka yönelik sosyolojik bakışın güçlenmesi ve klasik liberal hukukun formalizminin sorgulanmasıyla aşılmaya başlandığından söz edilebilir⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ KAPANİ, 1993, s. 77 – 79.

⁷⁵⁵ ÖZCAN, 2011, s. 166. Amerika ve İngiltere özelinde işçi sınıfının toplu iş hukukuna yönelik talepleri ancak bu kanunların çıkmasının ardından karşılık bulmuştur. “Keza, bu gelişim noktası sonrasında örgütlenen toplumsal grupların varlığına bağlı olarak, sadece iş hukuku değil, bunu izleyen şekilde ‘tüketici hukuku’, ‘rekabet hukuku’ gibi yeni hukuk dalları gelişmeye başladı. Bu yeni dönemin devleti, artık gece bekçisi devlet olarak değil, ‘refah devleti’, ‘sosyal devlet’ veya ‘sosyal hukuk devleti’ kavramlarıyla algılanmaya başladı”. **Ibid.**, s. 166 – 167.

⁷⁵⁶ Bu bağlamda hukuksal ve politik mücadeleler ile mahkemelerin sosyal olguları daha fazla gözetilen bir vechede yargılama yapmaya başlamalarının sözleşme özgürlüğüne ilişkin eski bakış açılarını değiştirdiğinden bahsedilebilir. Özellikle işçi sınıfının verdiği politik ve hukuksal mücadeleler bu bağlamda değerlendirilebilir. Bkz. **Supra.**, s. 273 – 275.

Son olarak belirtilmesi gereken husus ise sözleşme özgürlüğünün genel olarak sözleşmenin güçlü tarafı için çeşitli avantajlar ihtiva etmesinin sadece sözleşmenin içeriğiyle ilgili bir husus olmadığıdır. Zira sözleşmenin hukuksal bir kategori olarak ele alınarak olası hukuksal uyumsuzluk hallerinde hukuk düzeni içinde çözümlenmesi gerektiği olgusu, yine sözleşmenin güçlü tarafına hukuk uygulaması açısından bazı ek olanakları harekete geçirme imkânlarına sahip olması nedeniyle de üstünlük sağlayabilecektir. Genel olarak hukuk sisteminin fakat özellikle özel hukuk dogmatığının, “*sonsuz sayıda hayali şikâyetler veya muhtemel talepler hakkında sonsuz sayıda olumsuz veya olumlu değerlendirmeler dizisinden başka bir şey [olmadığı]*”⁷⁵⁷ düşünülürse, sözleşmenin güçlü tarafının bilhassa yargılama süreçlerinde ekonomik üstünlüğü sayesinde daha fazla hukuksal yardım olarak çıkarlarını koruyabilmesi oldukça yüksek bir ihtimal olarak belirecektir. Gerçekten de özel hukuk sisteminin karmaşıklığı ve yargılama süreçlerinin – avukatlık ücreti, yargı harçları, keşif veya bilirkişi ücretleri vs. dâhil olmak üzere– ekonomik yönden getireceği külfetler, örneğin bir işçi ile işveren karşı karşıya geldiği bir muhakeme sürecinde işçi açısından ciddi anlamda dezavantajlı bir durum yaratacaktır⁷⁵⁸. Tüm bu hususlar sözleşme özgürlüğünün içeriksel yanının dışında yargılama süreçlerini de içeren uygulama aşamasında da zayıf taraf aleyhine birtakım yeni aksaklıkların ve güçlüklerin doğmasına neden olacaktır. Fakat söz konusu sakıncaların sosyal devletin bir gerekliliği olarak uyumsuzluğun zayıf tarafını destekleyecek ek önlemlerle bir nebze de olsa giderilebilmesi mümkündür. Kamu

⁷⁵⁷ PASUKANIS, 2002, s. 77.

⁷⁵⁸ Bu durumun somut örneklerine ve yarattığı sıkıntılara ilişkin olarak bkz. BATT, 1994 – 1995, s. 660 – 661 ve s. 671.

hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi –örneğin ceza yargılamalarında– özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda da, baro ya da sendikalar gibi çeşitli sivil toplum örgütlerinin koruyucu önlemleri, ekonomik yetersizliklerden kaynaklanabilecek çeşitli haksızlıkların önüne geçebilecektir. Keza yargılama mercilerinin de sosyal gerçeklikleri göz önüne alıp şekle sıkı bağlılığı öngören özel hukuk kalıplarını hakkaniyetli bir biçimde değerlendirmeleri, özellikle sosyo–politik ve ekonomik olgulardan hareketle uyuşmazlıkları çözmeye çalışmaları halinde, salt ekonomik güçteki farklılaşmaların neden olduğu eşitsizliklerin belirli bir oranda giderebilecekleri ve hukuksal eşitliği daha fazla gerçekleştirmeyi başarabilecek bir yargılama faaliyetini somutlaştırabileceklerinden söz edilebilir.

3.2.2. Mülkiyet Hakkı

Tarihsel, toplumsal, politik, kültürel ve hukuksal bir kategori olarak arkaik çağlardan modern zamanlara uzanan süreçte üzerinde en çok fikir yürütülen ve farklı bağlamlarda değerlendirmelere tabi tutulan kavramlardan biri mülkiyettir. Tarih boyunca kişiler arası, gruplar arası hatta devletlerarası anlaşmazlıklar, çatışmalar veya savaşların önemli müsebbiplerinden biri olan mülkiyet, içerdiği bireysellik; toplumsal yapı üzerinde sahip olduğu doğrudan etkinlik ve devletlerin ekonomik sisteminden politik örgütlenmesine kadar uzanan bir sahada gösterdiği belirleyicilik vasıflarının yanı sıra, hukuksal bir olgu niteliği taşıdığından bu çalışma bağlamında üzerinde ayrıca durulması gereken bir kavramdır. Bununla birlikte çalışmada mülkiyet kavramı, tarihsel gelişimi ve yüzyıllar boyunca üzerinde yürütülen tartışmaları kapsayan en geniş anlamıyla değil, hukuksal bir kategori olarak hak düzleminde, kapitalist – liberal sistem bakımından taşıdığı anlamla sınırlı

bir çerçevede değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Mülkiyet kavramına yüklenen anlam ve kavramın içeriği, feodal ekonomik sistemin çözülmesi ve kapitalist ilişkiler ağının gelişmesine bağlı olarak Ortaçağ'ın kilise merkezli düzeninin ve feodal ilişkilerin yarı kutsallaştırılmış durağan alanından çıkarak kapitalist ekonomik yapıyla üretim biçiminin gereklilikleri doğrultusunda değişmiştir. Giddens'in da belirttiği üzere kapitalizm, özel sermaye mülkiyeti ile mülksüz ücretli emek arasındaki ilişkiler merkezinde yoğunlaşmış bir meta üretim sistemine⁷⁵⁹ tekabül etmektedir. Bir başka ifadeyle *"feodal mülkiyet ile burjuva mülkiyeti arasındaki karşıtlık, mübadele ilişkilerinde aranmalıdır. Burjuva dünya bakımından feodal mülkiyetin temel eksikliği kökeninde yatan şey (soygun, şiddet vb.) değil, durağanlığı, sahip olma ve devretme işlemlerinde karşılıklı güvence sağlamasındaki yetersizliğidir. Feodal ya da korporatif mülkiyet, burjuva toplumun temel ilkesini, 'eşitsizlik için eşit şans' ilkesini ihlal etmektedir"*⁷⁶⁰. Bu bağlamda özel mülkiyet düşüncesi de hızla taraftar kazanmaya başlamış ve bir değer ifadesi olarak mülkiyet, ekonomik yapının yeni aktörlerince toplumsal düzlemde yaygınlaştırılmaya çalışılmıştır. Feodal ayrıcalıklara son verilmesi savunularak mülk edinmeye ilişkin engellerin ortadan kaldırılması – özel mülkiyet hakkının tanınması– ve burjuvazinin ekonomik iktidarı tekeline

⁷⁵⁹ GIDDENS, 1998, s. 60.

⁷⁶⁰ PASUKANIS, 2002, s. 124. Bu bağlamda mülkiyet ilişkilerinde feodalizmden kapitalizme geçişte yaşanan değişiminin büyük oranda üretim süreçleriyle de bağlantı içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Keza Marx'a göre *"eski çağların 'mülkiyet ilişkileri'nin yerini feodal mülkiyet ilişkileri, onun yerini de 'burjuva' mülkiyet ilişkileri almıştır. (...) Mülkiyetin ne olduğu sorusu, ancak, mülkiyet ilişkilerinin salt idari ilişkiler olarak hukuksal yönünü değil, ama aynı zamanda üretim ilişkileri olarak gerçek biçimlerini göz önünde bulunduran bir bütünlüğünü kucaklayarak (...) yanıtlanabilir.* MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Seçme Yazışmalar 1 – 1844 – 1869**, (Çev. Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara, 1995, s. 178.

almasına paralel olarak da mülkiyet hakkının hukuksal alanda –doğal hukuk ilkelerine dayanılmak suretiyle– düzenlenerek bilhassa siyasal iktidardan gelebilecek müdahalelere karşı korunmasının sağlanması hedeflenmiştir⁷⁶¹.

Felsefesi ve düşünsel altyapısı büyük oranda sosyal sözleşme teorileriyle⁷⁶² biçimlenen bu yeni mülkiyet anlayışı kısa sürede feodal mülkiyet

⁷⁶¹ GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 116. Liberal hukuk sistemi her ne kadar pozitivist bir görünüm arz ediyorsa da doğal hukuka bütünsel anlamda sürekli içsel bir atıfta bulunduğu da bahsedilebilir. Zira *Pasukanis*'in de belirttiği üzere aslında “doğal hukuk bilinçli veya bilinçsiz olarak tüm burjuva hukuk kuramlarının temelidir. Doğal hukuk okulu, burjuvazinin devrimci bir sınıf olarak ortaya çıktığı çağda burjuva ideolojisinin en belirgin ifadesi olduğu, taleplerini tutarlı ve açık biçimde ortaya koyduğu gibi, bize hukuksal biçimin en yalın ve derinlikli kavrayış modelini de vermektedir. Doğal hukuk öğretisinin en olgun aşamasının, yaklaşık olarak, burjuva siyasal iktisadının klasik kuramcılarının ortaya çıkışına denk düşmesi bir rastlantı değildir. Her iki okul da, her tür toplumun doğal varlık koşulu olarak gördükleri, burjuva toplumun varlık koşullarını en genel ve dolayısıyla en soyut biçimde dile getirmekle görevlendirmişti kendisini”. PASUKANIS, 2002, s. 64 – 65.

⁷⁶² Sosyal sözleşme teorileri çerçevesinde mülkiyet kavramının değişik biçimlerde gündeme getirildiği görülür. Bu bağlamda birçok düşünürün farklı görüşleri olsa da çalışmanın kapsamını aşırı genişletmemek kaygısıyla *Hobbes*, *Locke* ve *Rousseau*'nun sosyal sözleşme teorileriyle ve onların günümüze etkileriyle sınırlı bir değerlendirmeyi tercih etmek daha uygun olacaktır. *Hobbes* doğal durumda mülkiyetin bulunmadığını, mülkiyetin varlığının tıpkı adalet kavramında olduğu gibi devletin kuruluşunun –sosyal sözleşmenin inşasının– ardından gerçekleştiği görüşünü savunur. *Hobbes* bu görüşüne paralel olarak bireylerin mülkiyetleri üzerinde mutlak hâkimiyeti olgusunu reddederek özel mülkiyet üzerinde hükümdarın geniş bir tasarruf yetkisi olduğunu ve söz konusu mülkiyete müdahalelerde bulunabileceğini ileri sürer. *Hobbes* mülkiyeti kişiler arasında her ne kadar dokunulmaz olarak nitelese de bu durumun hükümdarı kapsamayacağını hatta hükümdarın devlete zarar gelmemesi için bu tür müdahalelerde bulunmasının bir gereklilik olduğunu savunur, zira mülkiyet aslında devletin bir tür bağıışı ya da armağanı olarak zaten varlığını ona borçludur. Bu yönüyle *Hobbes*'un fikirlerinin liberal mülkiyet görüşü açısından hiç de uygun olmadığı ortaya çıkar. Keza liberal görüşün esasen *Locke*'un mülkiyet anlayışına dayandığı ve onun fikirlerini ön plana çıkarttığını belirtmek gerekir. *Locke*'a göre, mülkiyet idesi herhangi bir şey üzerindeki haktır ve adaletsizlik idesi de bu hakkın çiğnenmesi ya da saldırıya uğramasına karşılık gelmektedir. *Locke*'un “mülkiyetin olmadığı yerde adaletsizlik de yoktur” önermesi de bu bağlamda değerlendirilmelidir. Adaletsizliğin mülkiyet hakkının gaspı anlamına geldiğini düşünen *Locke*, böyle bir durumda devlete karşı devrim hakkının doğduğu sonucuna varır. Mülkiyet hakkını sosyal sözleşmeden önce de var olan doğal bir hak kategorisi içinde sınıflandıran *Locke*, insanların sosyal sözleşmeyle uygar toplumu ve devleti kurmasının nedenlerinden birinin de mülkiyet hakkının korunması amacı olduğunu söyler. Dolayısıyla devletin nihai görevi de mülkiyetin korunmasına odaklanmak ile ilgilidir. *Locke* mülkiyete ilişkin ayrıca emek kavramını ortaya atmış ve mülkiyetin kazanılmasında emeğin önemini belirtmiştir. *Locke*'un öne sürdüğü ve esasen mülkiyetin hem diğer bireyler hem de devlete karşı dokunulmaz olarak kabul eden yaklaşımı ayrıca mülkiyetin kazanılmasında emeğin rolünü vurgulayarak feodalizmin ayrıcalıklara dayanan mülkiyet anlayışına karşı çıkması onun görüşlerinin liberal düşünürlerce sıkı biçimde savunulmasına ve klasik liberalizmin esasının onun düşünceleri üzerine inşa edilmesine neden olmuştur. Sosyal sözleşme teorileri çerçevesinde son olarak belirtilmesi gereken düşünür ise *Rousseau*'dur. Fakat *Rousseau*'nun mülkiyete ilişkin görüşlerinin liberal düşünceden ziyade sosyalist fikirler üzerinde daha etkin olduğu söylenebilir. “Eşitsizliğin Kökeni” ile “Toplum

anlayışının yerini almış ve Amerika'nın bağımsızlığını kazanması ile Fransız Devrimi'nin gerçekleşmesinin ardından da politik ve hukuksal düzlemde egemen hale gelmiştir. Kapitalist ekonomik rejimin ve liberal politik düşüncenin etkinliği altında biçimlenen içeriğiyle özel mülkiyet hakkı, 18. ve 19. yüzyıllarda dünyevi bir kutsallaştırmayla adeta dokunulmaz bir hüviyet kazanmış ve aynı zamanda modern hukuk sistemlerinin de sözleşme hukukuyla birlikte temel kavramlarından, hak kategorilerinden biri haline gelmiştir.

Sözleşmesi" adlı kitaplarında mülkiyet hakkını farklı yönlerden değerlendiren *Rousseau*'nun ilk kitapta mülkiyete ilişkin daha olumsuz bir tutum takınırken ikinci kitapta nispeten olumlu bir görüş geliştirdiği görülür. *Alâeddin Şenel* bu iki kitap arasındaki farkın ilkinin "tarihsel" bir durumu ikincisinin ise "kuramsal" bir sorunu açıklamak üzere kurgulanmaları nedeninden kaynaklanmış olabileceğini belirtir. *Rousseau, Eşitsizliğin Kökeni*'nde "*Bir parça toprağı çitle çevirerek 'bu benimdir' diyen ve ona inanacak denli saf başkalarını bulan ilk insan uygar toplumun gelecek kurucusu[dur]*" demektedir; mülkiyet durumunun ortaya çıkışını da doğa durumunun son aşaması olarak nitelemektedir. Mülkiyetle birlikte doğa durumundaki eşitlik ciddi manada bozulmakta lakin insanın toplumsallaşması süreci de tamamlanmaktadır. *Toplum Sözleşmesi*'nde ise *Rousseau* topluluk oluşurken, insanların tüm mal varlığı ve gücüyle kendini topluluğa verdiğini, fakat bu durumun esasen mülklerin iyeliğinin el değiştirmesi olarak görülemeyeceğini belirtir. Aksine bu durum, mülkiyetin toplum tarafından güvence altına alınması ve böylece bireyin kendini daha fazla güvenlik altında hissetmesinin yegâne yoludur. Sonuç olarak *Rousseau*'nun da mülkiyet hakkını yadsımadığı, bununla birlikte eşitsizliğe yol açan bir olgu olarak değerlendirdiği ve fakat onu devlet tarafından korunması gereken bir değer olarak da gördüğünü belirtmek gerekir. *Rousseau*'nun mülkiyetin aşırı birikmiş biçimlerine karşı çıkarken özel mülkiyetin tamamen ortadan kaldırılması şeklinde bir tercihe yöneldiğini söylemek güçtür, O, özel mülkiyetin dar sınırlar içinde ele alınarak kurallara bağlaması ve daima kamu yararına bağlı tutulabilmesini sağlamak istemiştir. Bkz. HOBBS, Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, (Çev. Semih Lim), 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 106 ve s. 228 – 229; HOBBS, Thomas, **Elementa Philosophica De Cive – Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri**, (Çev. Deniz Zarakolu), Belge Yayınları, İstanbul, 2007, s. 98 – 99 ve s. 163; GÜRİZ, 1969, s. 124 ve s. 176 – 181; AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & KÖKER, Levent, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 219 – 220; LOCKE, John, **İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme (III. – IV. Kitap)**, (Çev. Meral Delikara Topçu), Öteki Yayınevi, Ankara, 1999, s. 220; AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & ÇULHA ZABCI, Filiz & ERGÜN, Reyda, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, İmge Yayınevi, Ankara, 2005, s. 173 – 180; AĞAOĞLU, Mehmet Ali, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s. 49 – 50; ŞENEL, Alâeddin, **Siyasal Düşünceler Tarihi – Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, 6. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1996, s. 359 – 360; ROUSSEAU, Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, (Çev. Alpagut Erenulu), Öteki Yayınevi, Ankara, 1996, s. 55 – 57; ROUSSEAU, Jean Jacques, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Köken ve Temelleri Üzerine Söylem**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 63; CHALLAYE, Felicien, **Mülkiyetin Tarihi**, (Çev. Turgut Aytuğ), 2. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 85.

Roma hukukunun mülkiyete ilişkin kavramsallaştırmalarından⁷⁶³

beslenen 18. ve 19. yüzyıl hukuk düşüncesinde mülkiyet hakkının oldukça geniş yorumlandığı, keza mülkiyet hakkına ilişkin olarak “*kanunla konulan sınırlamalar dışında, taşınır ve taşınmaz nesnelere kullanmada, onlardan yararlanmada ve onlar üzerinde tasarrufta kişinin hür olduğu*”⁷⁶⁴ şeklinde bir ön kabulün benimsendiği dikkat çeker⁷⁶⁵. Klasik liberalizmin mülkiyete ilişkin görüşlerinde devletin mülkiyet

⁷⁶³ Klasik burjuva hukukçularının Roma hukukuna yönelik yaklaşımında mülkiyet hakkının malike mutlak bir tasarruf yetkisi verdiği şeklinde bir ön kabulün varlığı ve buna yönelik vurgu dikkat çekici bir boyuttadır. Bu ön kabule göre malik, kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve sahip olunan şey üzerinde kötüye kullanabilme de dâhil olmak üzere dileğince tasarruf etme (*abusus*) yetkisine sahiptir. Bu haklar tüm öteki kişiler ve devlete karşı ileri sürülebilirdi. Klasik liberal hukukçuların mülkiyet hakkını kutsallaştıran yaklaşımlarının ve devletin tek görevinin maliklerin mülkiyet haklarının korunması olduğuna ilişkin tutumların da Roma hukukuna ilişkin söz konusu kabullerin önemli bir payı vardır. Özellikle Fransız Devrimi’yle yayılan ve bireysel özgürlüklerin gereği olarak ön plana çıkarılan, bireyin mutlak hak ve özgürlükleri arasına, Roma hukukundaki mülkiyet kavramına atıfla çok geniş ve adeta dokunulamaz sınırları olan bir mülkiyet hakkı kavramı yerleştirilmeye çalışılmıştır. Roma hukukuna yapılan atıflarda Roma dönemi mülkiyet anlayışının hiçbir kısıtlama tanımayan mutlak ve kesin bir olgu olarak nitelendirilmek istendiği görülür. Fakat 18. yüzyıl hukukçularının ve Romanistlerinin, Roma hukukunda mülkiyetin mutlak ve sınırsız olduğuna ilişkin iddialarına çeşitli itirazlar da yapılmış, Roma hukukunda mülkiyetin sınırsız bir nitelik göstermediği, hakkın kötüye kullanımına ilişkin çeşitli durumlarda ya da kamu yararının (toplum menfaati) söz konusu olduğu hallerde mülkiyeti sınırlayıcı yükümlülükler getirilebildiği yönünde görüşler öne sürülmüştür. Gerçekten de M.Ö. 181 yılından sonra yetkili devlet organlarınca kamu yararı düşüncesiyle özel mülkiyete müdahale anlamında, örneğin kamulaştırma işlemlerinin yapıldığı görülmüştür. *Tahiroğlu*’na göre de Roma mülkiyetinin modern hukuklarda mutlak olarak kabulünün altında yatan neden, Roma’daki en eski ve geniş –bir tür aile mülkiyetine dayanan ve mutlak nitelikli– mülkiyet rejimi olan *Quirites* (vatandaşlar) mülkiyetinin temel olarak alınması ve modern dönemin ihtiyaçlarına uydurulmasıdır. Burada bilhassa burjuvazinin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik, kökenleri Roma hukukuna dayandırılarak temellendirilmek istenen liberal mülkiyet anlayışının meşrulaştırılması çabasının rol oynadığını ayrıca belirtmek gerekir. TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969, s. 702 – 703; GÜRİZ, 1969, s. 32 – 34; TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 166 – 172 ve s. 209; KARADENİZ, Özcan, **Roma’da Kamulaştırma ve ‘Kamu Yararı’ Kavramı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 27; KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Özcan, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyeti’nin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **BATİDER**, C. 13, S. 3 – 4, Y. 1986, s. 161.

⁷⁶⁴ GÜRİZ, 1969, s. 339.

⁷⁶⁵ Roma hukukunun genel olarak, örneğin Fransız Medeni Kanunu gibi 18 ve 19. yüzyıl liberal hukuk teorisi üzerinde belirleyici bir etkinlik oynadığından bahsetmek gerekir. Bkz. ENGELS, Friedrich, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu**, (Çev. Sevim Belli), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992, s. 52. *Marx ve Engels’e göre “hukuk bütün ülkelerde –Fransa’da 16. yüzyıldan itibaren tam anlamında gelişmeye başladı ve İngiltere’den başka bütün ülkelerde bu gelişme Roma hukukunun temelleri üzerinde oldu. İngiltere’de bile özel hukuku gittikçe daha çok yetkinleştirmek üzere Roma hukukunun (özellikle taşınır mülkiyet konusundaki) ilkeleri alınmak zorunda kaldı”.*

konusundaki görevinin sadece özel mülkiyetin korunmasıyla sınırlı olarak tanımlandığı görülür. Bu bağlamda mülkiyet hakkı, mutlak ve kutsal bir hak olarak tanımlanmaktadır⁷⁶⁶. Örneğin klasik liberalizmin radikal düşünürlerinden olan ve mülkiyeti adaletle özdeşleştirerek onu yaşamın ve ilerlemenin yegâne ilkesi gören *Frederic Bastiat*, kanun koyucunun bireylerin özel mülkiyetleri üzerinde mutlak bir güce sahip olmadığını, zira mülkiyetin kanun koyucudan önce de mevcut olduğunu ve bu itibarla onun görevinin sadece mülkiyetin ve bireyin güvenliğini sağlamaktan ibaret olduğunu belirterek, bilhassa mülkiyet üzerinde herhangi bir müdahaleci düzenlemenin yapılmaması gerektiğini savunmuştur⁷⁶⁷. Benzer biçimde neo-liberal düşünürlerden *Hayek* de mülkiyeti, tüm uygarlıklardan önce mevcut ve tanınmış bir olgu olarak değerlendirmektedir⁷⁶⁸. Hukukun görevini ise mülkiyetin tahsisi veya sınırlarının düzenlenmesinden ziyade mülkiyetin korunan alanını belirlemek suretiyle üçüncü kişilerin eylemlerinin sınırlarını tespit edip hak olarak mülkiyeti güvenceye almak olarak nitelendirmektedir.⁷⁶⁹ Özel mülkiyetin korunmasını toplumun ve uygarlığın gelişiminin yegâne koşulu sayan *Hayek*, mülkiyetin korunmasına yönelik hukuksal düzenlemelerin mülk sahibi olanların çıkarına olduğu kadar mülk sahibi olmayanların çıkarına da hizmet ettiğini belirtmektedir⁷⁷⁰. Burada gerek klasik

MARX & ENGELS, 1999, s. 116 – 117.

⁷⁶⁶ KAPANÍ, s. 78.

⁷⁶⁷ BASTIAT, Frederic, **Hukuk**, (Çev. Yıldırım Arsan), Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s. 57; CHALLAYE, 1969, s. 108.

⁷⁶⁸ HAYEK, 1996, s. 164.

⁷⁶⁹ **Ibid.**, s. 164 – 165. *Hayek*'in özel mülkiyetin dışında üretim araçları üzerindeki mülkiyete daha fazla anlam atfederek önem verdiğini belirtmek gerekir. Ona göre “bazı tür mülkiyet hakları gerçekte sadece evrensel değildir, fakat onlar aynı zamanda bireylerin temel ekonomik süreçlerdeki rolünün yapılandırılmasında (teşkilatlandırılmasında) bir temel faktördürler”. **Ibid.**, s. 258, dn. 25.

⁷⁷⁰ **Ibid.**, s. 182.

liberalizmin gerek neo-liberalizmin mülkiyet hakkından yola çıkarak onu temel alan bir özgürlük söylemini kullandıkları, mülkiyet hakkının kısıtlanmasına yönelik düzenlemelerin bireysel özgürlükleri de ortadan kaldıracağı ve söz konusu durumun sadece mülk sahiplerini değil, aynı zamanda mülksüzleri de köleleştireceği iddiasını öne sürdüğü görülür. *Marx*'a göre liberalizmin özgürlük anlayışı, herhangi birine zarar verilmediği sürece her şeyi yapma ve uygulama hakkı olarak özel mülkiyet hakkını da, diğer insanlarla ilintisiz, toplumdan bağımsız, mülkiyet sahibinin servetinden dilediği gibi yararlanma ve onun üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkinliğine⁷⁷¹ dönüştürerek esasen onu hukuksal bir dokunulmazlık zırhı ile koruma altına almaktadır. Görüldüğü üzere liberalizmin geliştirdiği anlamıyla söz konusu özgürlük savunusunun, ekonomik yönden güçlü olanın egemenliğini sürdürmesi ve zayıfların bu egemenlerin arzuları / menfaatleri doğrultusunda istenildiği gibi sömürülebilmeleri talebinden başka bir anlam taşımadığı açıktır. Toplumsal eşitsizliklerin katlanarak artması neticesini doğuracak bu yaklaşım, sosyal devletin gerektirdiği politikalara –asgari ücretin belirlenmesi, işçi hakları, çalışma sürelerinin düzenlenmesi, örgütlenme özgürlüğü, mülkiyetin kullanımından kaynaklı çevresel sorunlar vs. gibi– yönelik şiddetli bir muhalefetle hukukun egemen ekonomik ve politik yapıyı mümkün oldukça korumaya yönelmiş yapısının devam ettirilmesini temel mesele olarak görür. Klasik liberalizmin hukuk yorumu, özgürlüklerin sürdürülebilmesi söylemini kullanarak mevcut mülkiyet rejimine, onun sıkı bir biçimde –bilhassa mülksüzlere karşı– korunması dışında kesinlikle karışılmaması gerektiğini belirtir. Özellikle *laissez faire laissez passer* felsefesinin suni ve tek

⁷⁷¹ MARX, Karl, **Yahudi Sorunu**, (Çev. Niyazi Berkes), Sol Yayınları, Ankara, 1997, s. 33 – 34.

tarafli müteşebbis özgürlüğüne yaptığı vurguda beliren bu riya, daha önce de belirtildiği üzere burjuvazinin ekonomik çıkarlarının ve sömürü düzeninin devamına odaklanarak, özgürlük kavramının anlamını saptırıp, erozyona uğratmakta ve onu, var olan egemenlik ilişkilerinin sürdürülmesinde burjuvazinin çıkarlarını korumak adına kullanılan bir değer olarak sahteleştirilmektedir.

Mülkiyet hakkının gerek Amerikan devletinin politik yapısı gerek binlerce yıl boyunca mülkiyetin olmadığı bir kıtaya Avrupa'dan gelerek yerleşen yeni sahipleri açısından oldukça güçlü kültürel, toplumsal ve ekonomik anlamları ihtiva eden bir değeri vardı. Avrupalı “modern zihniyet” açısından sahipsiz olan bu uçsuz bucaksız kıta, kısa süre içinde eski dünyanın kapitalistleştirilmiş hukuk ve ekonomi kurallarının gerektirdiği biçimde parça parça sahiplenilebilecek ve buna bağlı olarak farklı kişilerin iyeliğinde yeni özel mülkiyetlerin yaratılabileceği sınırsız bir “fırsatlar dünyasına” kapı aralanabilecekti. Amerika'nın bilhassa bağımsızlığın ilanının ardından mülkiyet hakkını hukuksal bir kategori olarak sıkı biçimde koruyan düzenlemelere yönelmesinin ardında bu tür bir tarihsel ve toplumsal gerçekliğin yattığını göz ardı etmemek gerekir. Gerçekten de *“Amerikan kültüründe ‘mülkiyet hakları’ bireysel özgürlüğün, bireyin kendi istediği gibi davranma ve kendi bölgesi içerisinde nasıl hoşuna gidiyorsa o şekilde davranma özgürlüğünün güçlü bir sembolü, bireyi başkalarının müdahalesinden, özellikle de memurlarının yazılı bir izin göstermeden mülküne girememeleri ve bir bedel ödemedi kullanamamaları sayesinde devletten kendisini koruyan bir hendek teşkil eden bir güvenlik sembolü, ve çalışma, yatırımcılık ve yaratıcılığı teşvik eden güdülenmeleri sağlayan verimlilik*

üretici bir sembol olarak işlev”⁷⁷² görmektedir. Bu bağlamda mülkiyet hakkına ilişkin algının çift yönlü bir karakter gösterdiğini söylemek gerekir; zira mülkiyet, öncelikle bireyin özel alanına, özgürlüklerine ve hatta güvenliğine yönelik bir tür garanti olarak telakki edilirken⁷⁷³ diğer taraftan piyasa sisteminin işleyişi açısından da olmazsa olmaz bir araç⁷⁷⁴ kabul edilmektedir. Fakat egemen mülkiyet ideolojisinin söz konusu kabullenilişi aslında bir yönüyle onun zorlayıcı ve baskılayıcı karakterini saklamaya da hizmet etmektedir⁷⁷⁵. Liberal zihniyet ve onun özgürlükler anlayışının kesin ifadesi olan mülkiyet serbestisi ve mülkiyetin sahibine tanıdığı ve farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde derece itibariyle değişmekle birlikte esasen sıkı biçimde korunması öngörülmuş bulunan mülkiyet hakkı, aslında politik ve toplumsal sistemin sürdürülmesi ve anlamlandırılmasında kilit rolü oynar.

Gerçekten de kapitalist bir sistem ve onun hukuk düzeninden –bilhassa özel hukuk

⁷⁷² GORDON, 2006, s. 399 – 400.

⁷⁷³ *Arendt*'e göre mülkiyetin kökeni, bir kimsenin bir yer sahibi olması ve bu iyeliği sayesinde bir siyasi teşekküle ait olmasıdır. Bu durum Antik çağ ve neredeyse bütün eski Ortaçağ boyunca varlığını sürdürmüş; mülk sahibi olmak, kişinin kendi yaşam zorunluluklarına hükmetmesi ve dolayısıyla özgür olması manasına gelmiştir. Liberal düşünürlerin mülkiyet ile özgürlük arasında kurduğu doğrudan bağlantının kökenlerinin de burada yattığı söylenebilir. ARENDT, 2003, s. 108 – 115.

⁷⁷⁴ Mülkiyetin piyasa sisteminin işleyişi açısından ve üretimin artırılmasında bir motivasyon aracı olduğuna ilişkin görüşlerin dayanaklarının klasik liberalizme kadar uzandığını belirtmek gerekir. Toplumun bireyin emeğine zorunlu olarak ihtiyaç duyduğunu ve bunun ancak mülkiyet gibi bir uyarıcı ile sağlanabileceğini savunan Fransız iktisatçı *Pierre Paul Leroy-Beaulieu*'ya göre bireyleri, “zorlamadan çalıştıran ve onları tutuma doğru iten biricik sosyal düzen, mülkiyettir”. Dolayısıyla bireylerin tasarruf ettiklerine sahip olmalarına toplum müsaade edilmelidir; zira piyasanın işleyişi için de bunun sağlanması zorunluluk arz etmektedir. Bkz. CHALLAYE, 1969, s. 114.

⁷⁷⁵ GORDON, 2006, s. 400. *Gordon*'a göre “Mülkiyetin mülk sahiplerinin özgürlüğünü nasıl artırdığına vurgu yapmak, onun aynı zamanda malike nasıl ona ihtiyaç duyanların yaşamlarını kontrol etme ve onları kendisine tabi hale getirme imkanı sağladığını örtbas etmektir. Mülkiyetin keyfi eylemlere karşı sağladığı korumayla nasıl istikrarlı beklentileri olanaklı hale getirdiğine vurgu yapmak, onun başkalarının yaşamı üzerinde yıkıcı bir etki yapma konusunda mülk sahibine nasıl keyfi bir takdir hakkı verdiğini örtbas etmektir. (...) Mülkiyetin devletin zorlayıcı eylemlerine karşı nasıl bir siper sağladığına vurgu yapmak, mülkiyetin varoluşunun temelinde devletin cebir gücü bulunduğunu örtbas etmektir. (...) Mülkiyetin nasıl biricik bireyin kullanma ve başkalarının kullanımını engelleme hakkını koruduğuna vurgu yapmak, mülkiyetin etkileşim ve işbirliğine bağlı bulunduğu sayısız durumu örtbas etmektir. (...) Mülkiyetin verimlilik için gerekli bir güdüleyici olduğuna vurgu yapmak, diğerlerinin üretici etkinlikleri için gerekli olan kaynak ihtiyacını gözlerden gizler”. **Ibid.**, s. 400 – 401.

bağlamında⁷⁷⁶– mülkiyet hakkının çıkarılması halinde geriye ne kalacağı veya söz konusu sistemin varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği dahi tartışmalı bir hal alır. O halde böyle bir sistem için mülkiyet hakkının toplumsal, politik, ekonomik ve hukuksal sahada başat kavram ve dolayısıyla gerçeklik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Mülkiyet hakkının mevcut ekonomik sistem içinde çok farklı bağlamlarda başat gerçeklik olması, hukuksal düzlemde sıkı biçimde korunmasına yönelik temayülleri de arttırmıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra hukukun uygulanması bağlamında mahkeme kararlarında da kendini gösteren bu temayül dikkat çekici bir mahiyete ve genel geçer bir kabule sahiptir. Zira mahkemelerin söz konusu hakka ilişkin klasik liberal mülkiyet anlayışını muhafazakâr bir cepheden yorumlayarak hükümlerine esas aldıkları sıklıkla görülmekte, hatta bireysel mülkiyete ilişkin menfaatlerle toplumsal menfaatlerin çatışmasının söz konusu olduğu durumlarda dahi bireysel mülkiyeti koruyucu kararlar alınabilmektedir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere hukuk düzeninin yeniden değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, mülkiyet rejiminin sorgulanmasının –bilhassa çatışan çıkarlardan hangisine öncelik verileceği hususunda– esaslı ve son derece hayati bir mahiyete sahip olduğunu da eklemek gerekir. Gerçekten de Amerikan tarihsel, politik, ekonomik ve kültürel geçmişinin yarattığı hukuksal kurumların ve bu kurumlar içindeki aktörlerin başta Yüksek Mahkeme olmak üzere özel mülkiyet hakkını doğal, mutlak ve dokunulmaz sayan

⁷⁷⁶ Althusser'e göre “özel hukuk, ticari alışverişleri, yani –son kertede ‘mülkiyet hukuku’na dayanan– alım ve satımı düzenleyen kuralları sistematik biçimde ifade eder”. ALTHUSSER, 2005, s. 79.

18. yüzyıl anlayışına bağlı kalarak onu sınırlamaya dönük muhtelif düzenlemeleri iptal ettiği de sıklıkla görülmüştür⁷⁷⁷. Yüksek Mahkeme mülkiyet hakkını devrolunmaz ve yasamanın karışamayacağı –“kamu yararı amacı” ile sınırlı vergi koyma yetkisi dışında– bir hak olarak değerlendirmekte; genel yarar için kamulaştırmaya ancak sınırlı bir çerçevede izin vermektedir⁷⁷⁸. Mevcut mülkiyet rejiminin yargı organlarınca korumacı bir refleksle, bireysel çıkarı kamusal yarardan üstün sayan tutumu, bir hak olarak özel mülkiyetin yapısal bağlamda yeniden incelenmesini gerektirmektedir.

Mülkiyetin yapısal bağlamda değerlendirilmesi söz konusu olduğunda mülkiyet hakkının niteliği ve sınırları sorunu gündeme gelir. Gerçekten de mülkiyet hakkına ilişkin sorunların başında mülkiyet hakkının mutlak değil, göreceli olarak

⁷⁷⁷ GÜRİZ, 1969, s. 164. Örneğin Yüksek Mahkeme en fazla çalışma saati ve en az ücretle ilgili kanunları mülkiyet hakkı ve onunla bağlantılı sözleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlere dayanarak iptal etmiştir. Bkz. *Ibid.*, s. 166. Bu bağlamda en önemli ve tarihi kararlardan biri 1905 tarihli *Lochner v. New York* davasında verilmiştir. Söz konusu dava 1897 tarihli New York Eyaleti İş Kanunu olarak bilinen düzenlemede yer alan fırın işçilerinin günde on, haftada altmış saatten fazla çalıştırılmayacaklarına ilişkin hükmün iptal edilmesiyle ilgilidir. Kararda Yüksek Mahkeme sosyal nedenler gözetilerek ve esasen fırın işçilerinin sağlıkları düşünülerek çıkartılan fırın işçilerinin çalışma sürelerini belirleyen yasayı sözleşme özgürlüğüne aykırı görerek dörde karşı beş oyla iptal etmiştir. Kararda fırın işçiliğinin ağır bir iş olmadığı ve işçilerin sağlıklarının da etkilenmeyeceği, bu nedenlerden dolayı sözleşme özgürlüğünün kısıtlanamayacağı gerekçesine dayanılmıştır. Yüksek Mahkeme'nin çalışma koşullarını belirleyen düzenlemelerin işçi ile işveren arasındaki sözleşmeleri geçersiz kılamayacağına yönelik tutumunun bir diğer somut örneği 1908 tarihli *Adair v. United States* davasıdır. Bu davada işçi ile işveren arasında yapılan ve çalışanın herhangi bir sendikaya üye olamayacağı, olması halinde işten çıkarılacağına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerin, herhangi bir yasal düzenlemeyle –işçilerin sadece sendikalı olmaları dolayısıyla işten çıkarılmayacağına ilişkin– geçersiz kılınmayacağı hüküm altına alınmıştır. Asgari ücretin yasayla belirlenemeyeceğine ilişkin önemli bir karar ise 1923 yılında *Adkins v. Children's Hospital* davasında verilmiştir. Kadın çalışanların alacağı asgari ücretin belirlenmesine ilişkin yasal düzenleme, sözleşme özgürlüğünün Anayasa'ya aykırı bir biçimde ihlali olarak görülmüş ve iptal edilmiştir. *Lochner v. New York* – 198 U.S. 45 (1905), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> (E.T. 27.09. 2012); *Adair v. United States* – 208 U.S. 161 (1908), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/161/case.html>, (E.T. 27.09.2012); *Adkins v. Children's Hosp.* 261 U.S. 525 (1923), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

⁷⁷⁸ GÜRİZ, 1969, s. 165.

değerlendirilmesi ihtiyacı kendini gösterir⁷⁷⁹. Özel mülkiyet hakkı kolektif olarak paylaşılan ve yaptırıma bağlanmış güven ve karşılıklı işbirliği uzlaşmalarına bağlanmalıdır; bir kişinin özel mülkiyet hakkı, başkalarının hakları veya özgürlükleri ile çatışma içine girdiğinde –örneğin fabrika bir bölgedeki akarsuyu kirleterek o bölgede yaşayanların muhtelif haklarını ve yaşamlarını olumsuz bir biçimde etkilediğinde– onlarla uzlaşması gerekmektedir⁷⁸⁰. Dolayısıyla mülkiyet hakkını tanıyan bir hukuk sisteminde, bu hakların başkalarının haklarıyla ve hatta özgürlükleriyle olası çatışmalarının düzenlenmesi zorunlu olup sadece bu düzenlemenin niteliği, sınırları gibi hususlar tartışılacak bir mahiyet göstermektedir⁷⁸¹. Özel mülkiyete ilişkin sınırlandırıcı bir nitelik gösteren bu tutum, mülkiyet hakkına ilişkin tasarrufların tamamen serbest bırakılması gerektiğini savunan klasik liberal düşüncenin toplumsal ve kamusal düzlemde yaratabileceği muhtelif aksaklıkları önlemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkına dönük sınırlandırmaları salt kamu yararı gibi genelleştirici bir kavramla ve devletin ihtiyaçları ile sınırlı bir veçhede de değerlendirmemek gerekir. Özel mülkiyetin aşırı birikmiş biçimlerinin, örneğin belirli bir sektörde tekeller anlamında egemenlik kuran üretim araçları üzerindeki iyeliğin ya da toprak mülkiyetinin aşırı genişlemiş formlarının, toplumsal barış ve mülkiyetin hakça paylaşılması gibi nedenlerle yeniden düzenlenmesi –regülasyonu– önemli bir ihtiyaç olarak kendini gösterir.

Özellikle tekeller karakter arz eden ve toplumsal düzlemde muhtelif sorunlara sebebiyet veren bu tür birikmiş mülkiyet biçimleri ile bunlara dayanan

⁷⁷⁹ GORDON, 2006, s. 400.

⁷⁸⁰ **Idem.**

⁷⁸¹ **Idem.**

üretim ilişkilerine dair farklı yaklaşımlar ve alternatif çözüm önerilerinin geliştirilmesi gereklidir. Örneğin *Unger*'e göre mülkiyet kavramı, sadece birbirinden farklı –heterojen– bir kısım imtiyazların toplamından ibaret olup, bu imtiyazlar dağıtılabılır ve farklı kişilere devredilebilir niteliktedir⁷⁸². Dolayısıyla *Unger*, mevcut mülkiyet rejiminin yeniden tanzim edilebilir bir nitelik gösterdiği görüşünü savunarak bu önerisinin merkezine belirli kişilerin ellerinde toplanmış imtiyazlar olarak nitelediği mülkiyet haklarının toplumsal bazda yeniden dağıtılmasını yerleştirir⁷⁸³. Bu öneri, piyasanın özgürlüklerin ve ekonomik refahın önünde bir engel olarak duran tekelci yapısının kurumsal uzantılarının yeniden ele alınarak toplumsalı da gözeten bir değerler skalası üzerinden yorumlanmasına duyulan ihtiyaca karşılık olma hedefine yönelmiştir. Böylece *Unger*, mevcut piyasa düzenini tamamen değiştirmeksizin⁷⁸⁴ –mülkiyete dayanan ekonomik sistem veya onun hukuksal altyapısı bertaraf edilmeksizin, bazı ufak tadiller yoluyla⁷⁸⁵ toplumsal düzlemde kabul edilebilir; orta ve alt sınıfları daha fazla gözeten bir kapitalist piyasa ekonomisinin olanaklarını ortaya çıkarmaya çalışır. İnsanı daha fazla merkeze koyan bir piyasa döngüsü anlamına da gelebilecek olan bu alternatif ekonomik sistem önerisinin esası, görüldüğü üzere, kapitalist piyasa ekonomisinin revize edilmesine

⁷⁸² UNGER, 1986, s. 36.

⁷⁸³ *Ibid.*, s. 37 – 38.

⁷⁸⁴ Bu bağlamda *Unger*'in liberal sistemi tamamen değiştirmek yerine liberal düşünce ve onun politik uygulamalarına ilişkin toplumsalı da gözeten bir tür revizyondan yana olduğunu belirtmek gerekir. *Ibid.*, s. 40 – 41. O'nun, piyasa sisteminin esasına veya kökenlerine yönelmiş –köktenci– bir değişiklik talebinden ziyade piyasa araçlarının kurumsal karakterinin değiştirilmesi gerekliliğini ön plana çıkartan bir yöntemi benimsediği söylenebilir. Bununla birlikte *Unger* piyasanın mevcut kurumsal karakterinin değişmesini bir zorunluluk olarak görmekte keza bu sisteme ilişkin revizyon gerekliliğinin kurumsal bir karakter taşımadığı sürece geçici tedbirler ve tadiller yoluyla esaslı bir sonuç veremeyeceğini de belirtmektedir. *Ibid.*, s. 68.

⁷⁸⁵ Bilhassa üretim araçları üzerindeki birikmiş mülkiyetin daha küçük parçalara bölünmesi ve piyasa üzerindeki tekelci sermayenin kontrolünün zayıflatılması veya parçalanması suretiyle işçi odaklı birliklere dayanan işletmelerin piyasaya girebilmelerinin olanaklarının sağlanması gibi.

dönük pragmatist bir niteliği de beraberinde getirmektedir.

Unger için mevcut mülkiyet rejiminin bir diğer sakıncası özel mülkiyet hakkının bazı bireylerin başkalarının sırtından geçinmelerine neden olması, bu durumun da özgürlüğe yönelik tehditleri ağırlaştırmasıdır⁷⁸⁶. 19. yüzyılın hukuk anlayışının egemenliği altında şekillenmiş bulunan mülkiyet hakkı⁷⁸⁷, bilhassa bireysel nitelikli karakteri ve birikmiş mülkiyete⁷⁸⁸ olanak sağlaması ve aynı zamanda toplumsal yaşama uygun hukuki ilke ve kategorilerin de yokluğu nedeniyle, toplum üzerinde piyasa merkezli kuralların hâkimiyet kurmasına neden olmuştur⁷⁸⁹. Bu nedenle de *Unger*, mülkiyete ilişkin söz konusu hukuk ve anlayışına ve bu anlayışın egemen olduğu hukuk normlarına muhalefet ederek belirli kişilerin elinde temerküz eden mülkiyetin –bilhassa üretim araçlarının iyeliği üzerindeki– dağıtılmasını; iyeliğin toplumun emek süreçlerine katılarak üretimin gerçekleştirilmesinde başat rol oynayan mülksüz alt sınıfları da gözetken bir veçheden yeniden paylaşılması gerektiği görüşünü ileri sürer.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, s. 36.

⁷⁸⁷ *Unger*'e göre mülkiyet hakkının günümüzde var olan biçimiyle algılanmasının altında yatan neden 19. yüzyıla dayanan ve mülkiyet hakkını genel olarak hak kavramıyla özdeşleştiren anlayıştır. Bir bakıma mülkiyet hakkının kutsallaştırılmasına dayanan bu anlayışta söz konusu hak adeta diğer tüm hak kategorilerinin üstünde ve onları doğrudan etkileyebilecek bir hukuki kategori olarak telakki edilmektedir. *Ibid.*, s. 38.

⁷⁸⁸ *Unger*, mülkiyet hakkının yapısı itibarıyla mevcut haklar kategorisi içinde güçlü bir dokunulmazlık (ayrıcalık) zırhı ile korunduğu ve bu durumun da ona diğer haklarla mukayese edildiğinde egemen (hâkim) bir konum, –bir tür temel hak konumu– sağladığı görüşündedir. Mülkiyet hakkının söz konusu yapısı bilhassa hukuk düzeni ve haklar sistemi de göz önüne alındığında *Unger*'in terimleriyle ifade edilecek olursa dokunulmazlık ve egemenlik problemine (the immunity and domination problem) sebebiyet vermektedir. Bu durum gerek sosyal yaşamın sürdürülmesinde muhtelif çatışmalara sebebiyet vermesi gerek birikmiş mülkiyetin doğması gibi başka birtakım sorunlara da neden olmaktadır. *Ibid.*, s. 37.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, s. 37 – 38.

3.3. Kamu Hukuku Perspektifinden Hukuk – Politika İlişkisi

Özel hukuk ilişkileri açısından ortaya çıkan ve sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi kavramlar aracılığıyla somutlaşan hukuk – politika ilişkisi, kamu hukuku perspektifinden yapılacak bir incelemede çok daha açık bir biçimde kendini gösterecektir. Gerçekten anayasa hukukundan idare hukukuna, ceza hukukundan vergi hukukuna uzanan bir alanda, bu alanların politik olanla bağlantısı özel hukuk kurumlarına nazaran çok daha sıkı bir ilişkiler ağına tekabül etmektedir. Aşağıda ele alınacak hukuk devleti, hak kavramı ve haklar sistematigi açısından da bu yoğun ilişkiler ağı kendini açık biçimde göstermektedir. Hukuk devleti kavramı ve haklar sistematiginin bilhassa içerik olarak düzenlenişi ülkede hâkim olan politik sistemin niteliğinden, siyasal iktidarın karakterinden, egemen ideolojiden ve devletin yapısal özelliklerinden soyutlanamayacak bir mahiyet arz etmektedir. Dolayısıyla hukuk sisteminin politikayla olan bağlarının gösterilebilmesi yönünden kamu hukuku ilişkilerinin incelenmesi çalışma açısından da çok daha açık ve kesin tespitlerin yapılabilmesini mümkün kılacaktır.

3.3.1. Hukuk Devleti Olgusu

Devlet zorlayıcı bir güce sahiptir. Bu nedenle devletin sahip olduğu zorlayıcı gücün uygulamalarını kontrol edebilecek metotlar geliştirmek gerekmektedir. Bu bağlamda liberal politik teorisyenler “hukuk devleti” (the rule of law)⁷⁹⁰ kavramını ortaya çıkarmışlardır. Esas olarak devlet kudretinin şeklen ve daha

⁷⁹⁰ TUSHNET, 1984, s. 240. “Rule of law” teriminin, Almanca kökenli “Rechtsstaat” sözcüğünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin oldukça geniş bir tartışma olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca

önemlisi içerik yönünden hukukla bağlanması ve sınırlanması –keyfiliğin engellenerek yasaların egemenliğinin sağlanması– düşüncesi temelinde somutlaşan hukuk devleti ideali, aydınlanma düşüncesinin ışığı altında, modern devletin gelişmesi paralelinde⁷⁹¹ yönetenlerin de tıpkı yönetilenler gibi kendi koydukları kanunlarla ya da genel olarak hukuk sisteminin öngördüğü düzenlemelerle bağlı olmaları talebine dayanmaktadır⁷⁹². Schmitt’e göre de “*hukuk devleti öğretisi genel, önceden yürürlüğe konmuş, istisnasız herkesi bağlayan ve kural olarak tüm zamanlar için geçerli olan yasa ile somut spesifik ilişkileri dikkate alarak, hal ve icaba göre şekillenen kişisel emir arasındaki zıtlığa dayanır*”⁷⁹³. Hukuk devleti ideali bilhassa teknik açıdan zorunlu olarak formalizmin bir uzantısı olup⁷⁹⁴, bu idealinin insanların ilgisini çeken ilk formülasyonu da devlet görevlilerinin önceden ilan edilmiş

Amerikan Anayasa’sında kullanılan, dolayısıyla anayasal bir kavram olan ve Yüksek Mahkeme kararlarında kendisine sıklıkla atıf yapılan “due process of law” teriminin de İngiltere kökenli “rule of law” ile aynı anlama gelip gelmediği yönünde muhtelif tartışmalar vardır. Fakat bu çalışmanın temel konusu, hukuk devleti kavramının kökeni ve tarihsel gelişim sürecini ortaya koymak olmadığından bu tartışmalar ve her üç terimin neyi karşılayıp karşılamadıkları hususundaki görüşler ele alınmayacaktır. Sadece, birçok Amerikalı hukukçu gibi Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi mensuplarının da sıklıkla kullanmayı tercih ettikleri “rule of law” teriminin Türkçe “hukuk devleti” ifadesiyle karşılanmasının tercih edildiğini belirtmekle yetinebiliriz. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. SANCAR, 2006, s. 23 – 36 ve s. 201 – 208; ALTIPARMAK, Kerem, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme” AÜHFD, C. 45, S. 1 – 4, Y. 1996, s. 219 – 220 ve s. 223 – 224.

⁷⁹¹ Bu bağlamda Sancar, hukuk devletinin birbirini mantıksal açıdan tamamlayan üç aşamada geliştiğini ifade etmektedir. İlk aşama dağınık hukuksal düzenlemelerin toplanması anlamına da gelen hukukun kodifikasyonu; ikinci aşama gerçek anlamda bir hukuksal eşitliğin sağlanabilmesi veçhesinde, yasanın, egemenin serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir alan olmaktan çıkarılarak keyfiliğe son verilmesi ve gerek yöneticilerin gerek yönetilenlerin aynı derecede tabi oldukları bir yapı haline getirilmesi; üçüncü aşama ise hukuki güvenliğin sağlanması ve bunu bozabilecek olasılıkların işlevsiz kılınmasıdır. Bu amaçla da öncelikle bir anayasa hazırlanması ve ardından vatandaşların yasama sürecine katılmalarını sağlayacak hak ve mekanizmaların düzenlenmesi gerekmektedir. SANCAR, Mithat, “Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (mi?)”, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, (b), s. 79 – 81.

⁷⁹² SANCAR, 2004 (c), s. 34 – 35. Ayrıca bkz. İŞIKTAÇ & METİN, 2003, s. 250; ÖZCAN, 2008, s. 70.

⁷⁹³ SCHMITT, Carl, **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, (Çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 65.

⁷⁹⁴ Tushnet, hukuk devletinin aynı zamanda zorunlu olarak objektiviteye ve belirliliğe ihtiyaç duyduğunu ifade eder. TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1213.

kurallara uygun biçimde eylemde bulunmaları ilkesinin kabul edilmesine ve böylece bireylerin devlete karşı korunabilmeleri imkânının sağlanmasına dayanmaktadır⁷⁹⁵. Sıradan dogmatik formalizmin⁷⁹⁶ hukuk devleti ideali liberal politik teori için o kadar önemlidir ki, Realistlerden itibaren hukuk ve ekonomi, politika bilimi ve sosyolojik belirlenimcilik gibi yeni formalizmler icat edilerek hukuk devleti idealinin ahenginin yeniden tesis edilmesi için sürekli bir çaba harcanmıştır⁷⁹⁷.

Hukuk devleti idealinin liberalizm açısından oldukça önem taşıdığını belirtmek gerekir; zira bu kavram, bilhassa mevcut kapitalist sistemin ve liberal düzenin işleyişinin hukuk yoluyla muvazenesinde önemli bir denge aracı olarak meşrulaştırıcı bir fonksiyon üstlenmiştir. Hukuk devleti kavramı aracılığıyla hukuk, politik mücadele ve tartışma sahasının üzerinde, onlardan etkilenmeyen, hatta politikaya meşruluk ölçütü sunan bir üst konuma yerleştirilmektedir⁷⁹⁸. Örneğin liberal sağın hukuk devletinin gerçek anlamda işleyebilmesi için kapitalist bir ekonomik sistemin varlığının zorunluluğuna işaret etmesi manidardır⁷⁹⁹. Gerçekten *“hukuk devleti, kapitalist üretim tarzının gelişme dinamiğine imkân sağlayan ve onu koruyan bir siyasal düzenin kurumsal–hukuksal ifadesi olup; liberalizmin anayasa sistemini temsil eder”*⁸⁰⁰. Bu anlamıyla kavram politik mücadele sahasında sıklıkla

⁷⁹⁵ TUSHNET, 1984, s. 240 – 241; TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1206.

⁷⁹⁶ Bu çalışma kapsamında bir kurallar, fikirler sistematığıne ulaşmak için belirli bir zaman ve yerde geçerli bulunan hukukun nasıl anlaşılacağı ve uygulanacağı sorusuna cevap arayan açıklamaların tümü olarak nitelendirilebilecek hukuksal dogmatizm teriminden ziyade formalist hukuk anlayışı ya da pozitivist hukukçuluk ifadelerinin tercih edildiği belirtilmelidir. Hukuksal dogmatizm ile ilgili olarak bkz. SAĞLAM, 1982, s. 5; GÜRİZ, 1999, s. 6.

⁷⁹⁷ TUSHNET, 1984, s. 241.

⁷⁹⁸ ÖZCAN, 2008, s. 202.

⁷⁹⁹ SANCAR, 2006, s. 312.

⁸⁰⁰ PREUSS, Ulrich K. “Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats”, Mehdi Tohidipur (Ed.), **Der**

kendisine gönderme yapılan yarı kutsallaştırılmış bir mertebeye yükseltilmiştir. Liberal hukuk sistemi dâhilinde hukuk devleti idealinin ne anlam taşıdığı ve hangi işlevleri yerine getirdiği doktrinin karşıt taraflarınca yoğun şekilde tartışılmıştır. Bu incelemede de, kavram olarak ne ifade ettiğinin yanı sıra farklı toplumsal sınıfların, bireylerin çıkarlarını koruyup koruyamadığı, hukuksal eşitliğin yanı sıra sosyal ve ekonomik eşitliklerin hayata geçirilebilmesi hususunda nasıl bir işlev üstlendiği, bu bağlamda liberal hukuk devleti ile sosyal hukuk devletinin ne olduğu, kapitalist sistemin önemli bir meşruiyet yaratıcı kaynağı olarak nasıl işlev gördüğü hususları tartışılmaya; zamansal ve mekânsal açıdan göreceli bir niteliği haiz olan bu kavramın, temelde politik anlamı da göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmesine çalışılmıştır.

Liberal hukuk devleti, kendi içinde girift ve oldukça tartışmalı noktayı barındıran bir kavramdır. Bununla birlikte genellikle politik yelpazenin çok farklı kesimlerince savunulan ya da kendisine sıklıkla atıf yapılan bir niteliğe de sahiptir. Fakat bu kavram özellikle Marksist ve post-Marksist hukukçu ve düşünürler tarafından da üzerinde sürekli durulan ve eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmeye ve anlamlandırılmaya çalışılan bir mahiyet göstermektedir. Özellikle Ortodoks Marksizm hukuk devleti kavramına son derece şüpheyile yaklaşmakta, kavramı kapitalist sistemin sınıfsal karakterini gizlemeye dönük bir aldatmaca olarak nitelemekte ve hukuk devletinin unsurları olarak gösterilen ilkelerin aslında egemenliğin denetiminin araçlarından ziyade egemenliğin araçları olarak işlev

bürgerliche Rechtsstaat içinde, C.I, Frankfurt am Main, 1978, s. 96'dan aktaran **Ibid.**, s. 176.

gördüğü tezini savunmaktadır⁸⁰¹. Buna karşılık post-Marksist ve daha ılımlı sol yorumlarda liberal hukuk devletinin ehlileştirilmesi ve bilhassa sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri daha fazla gidermeye yönelmiş sosyal bir hukuk devletine tahavvülünün imkânları, buna ilişkin mücadele araçları ve yöntemleri gibi hususlar ele alınmıştır. Söz konusu yorumlarda hukuk devletinin toptan bir reddinden ziyade sistemi meşrulaştırıcı niteliği ön plana çıkarılarak, eleştirel bir tutum sergilendiği, bununla birlikte hukuk devletinin ezilen sınıflar lehinde bir mücadele aracı olarak da kullanılabileceği görüşünün ağırlık kazandığı dikkat çeker. Örneğin *Hutchinson*'a göre hukuk devleti, toplumsal tarihin tesadüfiliğini yapısal düzenlemelerin ve ideolojik bağlılığın sabit bir dizgesine dönüştürerek mevcut sosyal yapılara meşruiyet ve kesinlik görüntüsü veren bir maske görevi görmektedir⁸⁰². Bir maske olarak nitelendirilmesine karşın, hukuk devletinin toplumun geniş kesimlerince onaylandığı ve devlete karşı olmazsa olmaz bir güvence şeklinde algılandığını da belirtmek gerekir. *Tushnet*'e göre liberal hukuk devleti idealinin bu şekilde, insanların onayını olarak desteklenmesinin altında yatan en önemli neden, söz konusu idealin objektif olduğuna ilişkin süreklilik arz eden sarsılmaz bir inanca dayanmaktadır⁸⁰³. Bir başka ifadeyle kavram çift yönlü bir anlam barındırdığı gibi, birbirleriyle çelişen çıkar gruplarınca da savunulabilmektedir. Hukuk devletinin sahip olduğu bu nitelik onun

⁸⁰¹ **Ibid.**, s. 312. Söz konusu Marksist yorum hukuk devleti aracılığıyla sınıf devletinin meşrulaştırıldığını belirtir. Burada polis devleti ile “*hukuk devleti arasındaki fark, sınıf egemenliğini icra etmek için başvurulan araçlar arasındaki farka indirgenir. Buna göre, şiddet ve baskı, sınıf devletinin fenomenolojik sabitesidir. Ancak devlet erki polis devletinde çıplak vahşet olarak ortaya çıkmakta sakınca görmezken, hukuk devletinde sınıf egemenliği örtülü bir tarzda hayata geçirilir. Sınıf egemenliği ciddi bir tehditle karşılaştığında devlet aygıtı hukuk devletinde de kuralsız kaba kuvvete başvurmadan çekinmez*”. **Idem.**

⁸⁰² HUTCHINSON, 1989, s. 3.

⁸⁰³ TUSHNET, 1980 – 1981, s. 1207.

genel meşruiyetinin de asıl kaynağını oluşturmaktadır. Örneğin politik alanda bu kavrama mevcut düzeni ve devletin şüphe uyandıran muhtelif faaliyetlerini meşrulaştırmak / maskelemek amacıyla başvurulabildiği gibi, söz konusu düzeni ve faaliyetleri eleştirmekte sağlam bir ölçüte dayanmak gayesiyle de atıf yapılabilmektedir⁸⁰⁴. Sadece bu olgu bile kavramın sahip olduğu anlam genişliğini, ayrıca farklı amaçlarla kullanıma uygunluğunu kanıtlamaya yeterlidir. Çalışmada kavramın eleştirel bir yaklaşımla yeniden ele alınmasında da söz konusu çift anlamlılığın belirgin bir etkisi olmuştur.

Daha önce de belirtildiği üzere hukuksal objektivizm ve formalizm, hukuk devleti idealinin geniş kesimlerce desteklenmesinin en önemli dayanak noktalarını oluşturmaktadır. Zira objektivizm ile devletin toplumdaki tüm birey ya da gruplara eşit mesafede, nesnel ve tarafsız olduğu vurgusu ön plana çıkarılırken; formalizm ile de devlet faaliyetlerinin önceden bilinebilirliğinin ancak hukuk devleti sayesinde mümkün olabileceği vurgulanmaktadır. Bu nitelikleri itibariyle hukuk devleti kavramı –içinde muğlak ve müphem unsurları barındırsa da– devlet faaliyetlerinde belirlilik ve kesinliğin simgesi konumuna yükselmekte, kapitalizmin olumsuzluklarını gizleyen maske işleviyle de liberal hukuk sisteminin en önemli meşrulaştırıcı araçlarından biri haline gelmektedir. Liberal hukuk düşüncesinde, mevcut sistemin “temel hak ve özgürlükleri koruyucu, demokratik, hukuksal açıdan eşitlikçi” yapısının sigortası olarak görülen hukuk devleti ilkesi, “hukukla bağlı

⁸⁰⁴ SANCAR, 2006, s. 44. Kavramın yargı organlarınca da kullanıldığı dikkat çeker. “*Başta Anayasa Mahkemeleri olmak üzere bütün yüksek mahkemelerin, hatta ilk derece mahkemelerinin kararlarında hukuk devleti kavramı, ya gerçekten çözülecek olayda başvurulması gerekli bir norm olduğu için ya da böyle olmamasına rağmen ulaşılan çözümün haklılığını ve doğruluğunu pekiştirmek kaygısıyla boy gösterir*”. **Ibid.**, s. 43.

devlet ya da yöneticiler” mottosunun da en önemli teminatı olarak gösterilmektedir. Böylece söz konusu kavram politik etkinliğin ya da mücadele alanının önemli bir unsuru haline gelmektedir. Hukuk devleti, içeriği ve taşıdığı nitelikler dolayısıyla siyasi yelpazenin sağından soluna, değişimden yana olanlar ile muhafazakârlar arasında ya da bunların kendi aralarında fâsılasız bir gerilim ile beraber süre giden politik tartışmaların vazgeçilmez unsurlarından biri olmuştur.

Liberal hukuk devleti idealinin işlevi özellikle siyasal ve ekonomik liberalizmin taşıdığı anlamlarla bir arada düşünüldüğünde çok daha farklı bir boyuta taşınır. Bu bağlamda hukuk devleti kavramıyla beraber ve daha ziyade ekonomik liberalizmin piyasa ilişkilerinin sürdürülmesi veçhesindeki sosyal ve ekonomik adaletsizliklerinin etkilerini azaltmaya dönük sosyal devlet olgusunun da ele alınması gerekir. Gerçekten de siyasal liberalizmin meşrulaştırıcı bir aracı olarak hukuk devletinin çoğu zaman liberalizmin ekonomik anlamda yarattığı tahribat karşısında hiçbir koruyucu fonksiyonu bulunmamaktadır. Yasalar önünde eşitlik, devlet faaliyetlerinin kanunlara uygunluğu ya da öngörülebilirliği, mülkiyet hakkı, mesken dokunulmazlığı çoğu zaman mülksüz insanlar, ezilen sınıflar açısından pek de önem taşımamakta, sanayileşme ve kapitalistleşme sosyal adaleti sağlamaya yetmemekte, kısacası hukuk devleti yoksulluk ve sosyo-ekonomik eşitsizliklerin giderilmesinde etkili olamamaktadır⁸⁰⁵. Bahsedilen nedenlerle, liberal ekonomik sistemin yarattığı sınıf kökenli mağduriyetlerin azaltılmasında bir araç olarak sosyal devlet fikri, bilhassa 20. yüzyılda yeni bir anlam kazanmıştır. Bu bağlamda sosyal devlet, ekonomik liberalizmin piyasaların serbestçe ve devlet müdahalesi olmadan

⁸⁰⁵ ÖZLEM, 2004, s. 220.

işlemesine yönelik talebi karşısında, devletin sosyal eşitsizlik ve sömürünün önlenmesi gibi gerekçelerle toplum içinde zayıf olan birey ya da grupların yararına ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayışla hareket eden devlet örgütlenmesine tekabül etmektedir⁸⁰⁶. Ekonomik yönden sömürülen ve korumasız olan kitlelerin sosyal hakların kendilerine de yansımaları ve daha adil bir gelir paylaşımı gibi ekonomik talepler uğruna verdikleri mücadeleler neticesinde gündeme gelen sosyal devlet olgusu gittikçe yayılan ve yayıldıkça kuralsızlaşan kapitalizmin yarattığı yoksulluk ve sosyal eşitsizliğe yönelik bir tepkinin sonucunda ortaya çıkan bir kazanım olarak değerlendirilebilir⁸⁰⁷. Bununla birlikte sosyal devlet anlayışının bir yönüyle liberal politik yapı ve onun hukuksal aygıtı ile ekonomik sistemin eşitsizlik yaratan görünümünü örten bir nitelik gösterdiğini de belirtmek gerekir. Özellikle üretim araçlarının sahiplerine zorunlu olarak bağlı olan işçi kitlelerinin çalışma ve yaşam standartlarının sosyal devlet önlemleriyle iyileştirilmesini öngören “reformist” biçiminin ezilen kitleleri bir biçimde kapitalizmle uzlaştırdığı da göz ardı edilmemelidir⁸⁰⁸. Gerçekten sosyal devlet, kapitalizmin sosyal ve ekonomik adaletsizlikleri karşısında alt sınıflara, işçilere, ezilenlere birtakım önemli haklar ve olanaklar sağlayarak esasen daha yaşanabilir veyahut kabul edilebilir bir kapitalizmin resmini çizmektedir. Sosyal devlet,

⁸⁰⁶ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 132. Ayrıca bkz. TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 87 – 89; ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Hukuku – Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970, s. 113; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Yayınları, Bursa, 2007, s. 82 – 84; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 310.

⁸⁰⁷ SANCAR, 1995, s. 201.

⁸⁰⁸ **Idem.** Sosyal devletin reformist biçimine karşı, esasen kapitalist sistemin kökten bir biçimde değiştirilmesini öngören, hareket noktasını Marksizm’den alan ve üretim araçları üzerindeki özel mülkiyeti kaldırarak gerçek anlamda ekonomik bir eşitlik vadeden “devrimci” bir yöneliminin de olduğunu ayrıca belirtmek gerekir. **Idem.**

kapitalist sisteme karşı kullanılacak çok daha köktenci mücadele yöntemlerinin önünü keserek var olan kapitalist üretim biçimleri ile piyasa ilişkilerinin sürdürülebilirliğini sağlamaya çalışmaktadır⁸⁰⁹.

Kapitalist sistemin ehlileştirilebilmesi, var olan sınıf çatışmalarının azaltılarak gelir dengesizliklerinin giderilebilmesi bağlamında sosyal devlet fikrinin ortaya atılması ve hayata geçirilmesi özellikle liberal ve neo-liberal düşünürlerin eleştirilerini sosyal devlet fikrine yöneltmeleri sonucunu doğurmuştur. Hukuksal liberalizmin biçimsel eşitlik anlayışının ekonomik alanda kısmen de olsa somutlaşması sayılabilecek sosyal devlet anlayışı, bilhassa ezilenlerin politik ve hukuksal mücadelelerinin ve bu mücadelelerin kazanımlarının bir ürünü olarak ekonomik iktidarının sahiplerince de mümkün oldukça sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda siyasal liberalizmin temel vurgusu bir taraftan ekonomik eşitlik talepleri ile piyasaya yönelik devlet müdahalelerinin aslında özgürlükleri baltalamakta olduğuna ilişkin bir söylem üzerine diğer taraftan özellikle hukuk devleti kavramsallaştırması ön plana çıkarılarak hukuksal eşitlik ve hukuksal koruma gibi kavramlara yoğunlaştırılmaktadır.

Siyasal liberalizm ile birlikte düşünülmesi gereken hukuksal

⁸⁰⁹ Parla'ya göre sosyal devletin sağladığı, ekonomik ve sosyal haklar olarak tanımlanan, eğitim – öğrenim, sağlık, sendika kurma, grev ve toplu sözleşme yapma hak ve özgürlükleri bir taraftan da sosyal refah devleti ideolojisinin sosyalist düşüncüyü evcilleştirme olasılığına karşı dikkat gerektiren olgulardır. Çünkü kapitalist “ruh”un varabileceği en ileri nokta ancak solidarizm ya da sosyal devlet mitoslarıdır. Öktem'e göre de “Marx sayesinde klasik liberal devlet, sosyal devlet aşamasına gelmiş ve çalışanlara olanaklar sağlamıştır. Sosyal devlet Marksist devlet değildir, ama Marx'ın eleştirilerini hesaba katarak, kendini revizyondan, rektifikasyondan geçiren klasik liberal devlettir. Böylelikle Marx, toplumsal gelişmelerin göz önünde tutulması açısından, klasik liberal devlete fikir vermiştir. Marx'ın eleştirilerine dikkat ederek önlem alan liberal devlet, böylelikle kendini koruyabilmiştir”. PARLA, Taha, “Özgürlük, Eşitlik, Demokrasi”, **Ürün Sosyalist Dergi**, S. 18, Nisan – Mayıs 2005, <http://www.urundergisi.com/makaleler.php?ID=1602>, (E.T. 19.04.2012); ÖKTEM, 1999 – 2000, s. 691.

liberalizm anlayışı, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi temelinde şekillendirilmiş hukuksal eşitlik fikrine dayanıyor gibi görünüyorsa da, uygulamada siyasal liberalizm, liberalizmin diğer yüzü olan ekonomik liberalizm zemininde yükselmektedir⁸¹⁰. Liberal bakış açısından eşitlik düşüncesi büyük oranda siyasal ve hukuksal eşitlik ile sınırlı bir veçhede, daha ziyade Fransız Devrimi'nin gerçekleşme sürecinde burjuvazinin kendi hak ve özgürlükleri açısından belirli bir anlam taşımaktadır. Bu anlamıyla özgürlük, Fransız Devrimi sırasında burjuva sınıfının eski rejimin imtiyazlı sınıflarının sosyal ve ekonomik üstünlükleri ile ayrıcalıklarına karşı kendilerinin ticaret, girişim ve mülkiyet serbestilerini ifade eden; eşitlik ise yine burjuvazinin politik konumunu güçlendirecek hukuksal eşitlik (kanun önünde eşitlik) talebine indirgenmiş bir nitelik arz ediyordu⁸¹¹. Keza kapitalizmin değerler hiyerarşisinin en üstünde konumlanan unsurlar sermaye, kâr ve mülkiyet olduğundan, kapitalist bir ekonomi içinde ekonomik ya da sosyal eşitliğin tesisi sistemin iç mantığına da aykırıdır; hatta rekabetçi kapitalizmin bireyciliğinin mantıksal uzantısının doğrudan doğruya ekonomik eşitsizliğe dayandığını söylemek de yanlış olmayacaktır⁸¹². Gerçekten de “*liberalizmin hukuksal planda kalan ve fakat reelleşemeyen, sözde eşitlikçi ve ekonomik planda kalan ve fakat reel olan eşitsizlikçi yüzleri arasındaki gerilim, aslında asla giderilemez, yumuşatılamaz türden bir gerilimdir. Ekonomide sınıfları, aşırı gelir dengesizliğini, bir sosyal sınıfın diğer*

⁸¹⁰ ÖZLEM, 2004, s. 221. Özlem'e göre “*ekonomik liberalizm, insanların beden ve yetenek yönünden eşit olmadıklarını, insanlar arasında zekâ ve beceri farklılıkları olduğunu, yetenekli ve beceriklilerin bu yetenek ve becerilerini özgürce sergilemeleri, serbestçe mülk ve kapital sahibi olup yatırım yapmaları gerektiğini, toplumların da esasen bunların 'özgür girişimcilik'leri sayesinde gelişebildiklerini öğretir*”. **Idem.**

⁸¹¹ PARLA, 2005. Ayrıca bkz. TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, “1789 Bildirisinin Özgürlük Anlayışına Farklı Bir Yaklaşım Denemesi”, **Argumentum**, Y. 3, S. 35, Haziran 1993, s. 626.

⁸¹² PARLA, 2005.

sosyal sınıflar karşısında üstünlüğünü, insanlar arasındaki eşitsizliğin doğal sonucu olarak gören natüralist tavırlı bu liberalizm, hukuk alanında 'hukuksal liberalizm' doğrultusunda bir formel eşitliği gözetmeye (hiç olmazsa görünüşte) ne kadar gayret ederse etsin, kendisinin sebep olduğu ekonomik ve sosyal eşitsizliklerden kaynaklanan toplumsal sorunların ve huzursuzlukların üstesinden gelememiştir"⁸¹³.

Dolayısıyla liberalizmin hukuk devleti de gerçeklik düzeyinde, üstüne ne kadar demokrasi, insan hakları gibi cilalar çekilmiş olursa olsun, egemen sınıfların konumunu güçlendirmek, çıkarlarını geliştirmek, mülkiyeti güvence altına alıp onu süreklileştirmek gibi bir işlev yüklenmiştir⁸¹⁴. Ekonomik ve sosyal eşitlik fikirleri hukuksal eşitlik unsuruna dâhil edilmediği sürece, bir başka ifadeyle sosyal bir hukuk devleti amaç edinilmediği sürece, liberal hukuk devletinin, kurulu kapitalist düzene hizmet etmeye devam edeceği ve mevcut düzenin aksaklıklarını bir biçimde örtmekle sınırlı bir fonksiyonu ifa edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹⁵. Bu bağlamda liberal hukuk devleti ile sosyal hukuk devleti arasında esasen sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin giderilmesi hususunda bir ayrım koyarak liberal hukuk devletine karşı kullanacak mücadele biçimlerinin esasen daha fazla sosyal ve ekonomik eşitlik taleplerini içerecek bir şekilde ve sosyal hukuk devleti uygulamalarının hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik bir veçhede kurgulanması gerektiği ifade edilmelidir.

⁸¹³ ÖZLEM, 2004, s. 221.

⁸¹⁴ **İbid.**, s. 222. Yukarıda belirtilen nedenlerle "hukuksal liberalizm, teoride eşitlik fikrine dayansa da, uygulamada ekonomik liberalizmin ürünü olan eşitlikçi kapitalist sosyo-ekonomik düzeninin bir örtüsü, bir cilası olmaktan kurtulamaz. Çünkü hukuksal liberalizmin, ekonomik liberalizmin 'özel mülkiyet' ve 'özel girişimcilik' kavramları üzerinde inşa edilmiş eşitsizlikçi yapısını değiştirecek bir gücü yoktur. Dolayısıyla onun eşitlikçiliği, uygulamada, sadece yasalar önünde bir formel eşitlik sağlamaktan öteye geçemez ve o bile pek işlemez". **İdem.**

⁸¹⁵ **İdem.**

Hukuk devleti kavramının üzerinde durulması gereken bir diğer özelliği de taşıdığı çok anlamlılık ve yer yer muğlak karakteri ile ilgilidir. Bu çok anlamlılık ve muğlaklık daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere hukuk devleti kavramının aynı zamanda belirsiz olduğu yönündeki görüşlerle paralellik arz etmektedir⁸¹⁶. Bilhassa Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi mensuplarının, ekonomik ve politik yönden güçlü olanların toplum üzerindeki gayrimeşru tahakkümlerini sürdürebilmeleri için tasarlandığını düşündükleri ve liberalizmin bir miti haline gelmiş olduğunu belirttikleri hukuk devleti kavramının eleştirisinde, belirsizlik vurgusunu sıklıkla gündeme getirdikleri görülür⁸¹⁷.

Sancar'ın da belirttiği üzere soyut vaatler dile getirmesi ve belirsiz karakteri, kavramın mistifikasyonunu da beraberinde getirerek onu bir tür cazibe merkezi haline dönüştürmüş ve bu cazibe, onu, kendilerinin yadsıması olduğu özellikle vurgulanan rejimlerin bile sahiplenmeleri gibi çarpıcı bir sonucun doğmasına neden olmuştur⁸¹⁸. Keza kavramın *“çeşitli ideolojik argümanlara ve değişik siyasal tasavvurlara bir kalıp olarak kullanılabilir genellik ve esneklikte oluşu, şüphesiz kavramın etrafındaki sis bulutunun yaygınlaşp koyulaşmasında önemli bir faktördür”*⁸¹⁹. Esasen bu husus dahi kavrama yönelik tenkitlerin ve bilhassa kavramın politik karakterine olan vurgunun önemini ve değerini göstermekte; buna binaen “ilke” olarak hukuk devleti kavramının yeniden ve fakat

⁸¹⁶ **Supra.**, s. 243 – 244.

⁸¹⁷ HASNAS, 1995 – 1996, s. 85.

⁸¹⁸ SANCAR, 2004 (c), s. 31. Bu bağlamda örneğin Nazi Almanyası döneminde dahi kavramın rejim için kullanılmak istendiği, keza Doğu Almanya için de kavramın siyasal ve hukuksal tartışmalar ekseninde –bilhassa 1968 Almanya Demokratik Cumhuriyeti Anayasası etrafında gerçekleştirilen tartışmalarda– yer bulduğunu belirtmek gerekir. Bkz. **Ibid.**, s. 31 – 32.

⁸¹⁹ SANCAR, 2006, s. 38.

yapıcı bir biçimde değerlendirme süzgecinden geçirilmesi hususunu da zorunlu kılmaktadır.

Hukuk devleti kavramının belirsizliği veya muğlaklığının sadece söz konusu kavramla ilgili bir sıkıntı olmadığını, keza demokrasi, insan hakları, sosyal devlet gibi kavramların da aynı belirsizlik ve muğlaklıkla malul olduklarını belirtmek gerekir⁸²⁰. Bu bağlamda hukuk devletinin hukuksal düzenlemeler içinde pozitif bir norm olarak düzenlenmesinin de, kavramı belirginleştirmekten ziyade daha da müphemleştirdiği dile getirilebilir⁸²¹. Keza kavramın kazuistik bir yöntemle en ince ayrıntısına kadar tanımlanmaya ve anayasalara konulmaya çalışılmasının da fayda sağlamayacağı söylenebilir⁸²². Gerçekten de hukuk devleti ilkesini formalizme bağlı kalarak tanımlamaya dönük uğraşlar, formalist yaklaşımların kendi içinde zaten problemlili yapılar olmaları dolayısıyla yeni sorunlara neden olacaktır. Fakat aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere hukuk devleti kavramını formalist bir bakış açısı dâhilinde mümkün oldukça normatifleştirmeye dönük bir yaklaşımın, bilhassa liberal hukukçuluk tarafından benimsendiği dikkat çekmektedir.

Liberal hukukçuluk açısından devletin, kendinden hareketle ve kendi içinde sınırlandırılması esasına dayanan hukuk devleti kavramı, özgürlük ve mülkiyete yönelik müdahalelerin baştan itibaren adalet karinesinden yararlanan – normativizmin bir sonucu olarak önceden belirlenmiş bir normlar hiyerarşisinin çizdiği çerçeve dâhilinde kendiliğinden meşrulaşan– bir yasalar dizgesi temelinde

⁸²⁰ **Ibid.**, s. 43.

⁸²¹ **Idem.**

⁸²² **Idem.**

yasallık ilkesi doğrultusunda düzenlenmesi⁸²³; devlet faaliyetlerinin öngörülebilir ve hesaplanabilir –yani tahmin edilebilir / (belirsizlik taşımayan bir minvalde) bilinebilir– kılınması; devletin bütün işlem ve eylemlerinin yargı organlarınca denetime tabi tutulması gibi esasen normatif düzenlemelerden beslendiği görüntüsü yaratan, kendi içinde tutarlı ve meşruiyetini bu tutarlılık ile bilinebilirliğe dayandıran bir yapısal nitelik gösterir⁸²⁴. Hukuk devleti kavramı bireylere yönelik koruma, öngörülebilirlik ve idarenin yargısal denetimi gibi çeşitli araçlar yoluyla bir dizi güvence sağlamakta, buna karşılık yukarıda da değinildiği üzere temelde kitlelerin sistemin meşruiyetine dair motivasyonunda önemli bir işlev görmektedir. Bu bağlamda kavramın, liberal hukuk düzeninin yapısal karakterine yöneltilen formalizm ve objektivizm gibi eleştiriler çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir yönünün de bulunduğunu belirtmek gerekir.

Hukuk devleti olgusunun biçimsel yönden yasallık ölçütüne dayandırılması, devlet faaliyetlerinin meşruluğunun saptanmasında söz konusu ilkenin temel ölçüt haline gelmesi sonucunu da doğurur⁸²⁵. Bununla birlikte salt yasallık ilkesine dayanılması, hukuk devletine biçimsel bir meşruluk sağlayabilir ancak maddi bakımdan bir meşruiyet sağlaması söz konusu değildir. Bu nedenle

⁸²³ *Sancar*'a göre yasallığın hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsuru olduğu hususunda bir tartışma yoktur. Ancak meşruluğun salt yasallığa indirgenip indirgenemeyeceği konusu şüphelidir. Zira biçimsel anlamda bir hukuk devletinde yasallık eşittir meşruluk olarak kabul edilebilirken, maddi hukuk devletinde meşruluğun kaynakları yasallığa ek olarak amaç unsurunda da aranır. Bu bağlamda sadece yasallık ilkesi yeterli bir ölçüt olmayıp, ayrıca yasaların içeriği de göz önünde bulundurulmalı ve hukuk devletinin tanımında “amaç” ve “değer” unsurları ön plana çıkartılmalıdır. SANCAR, Mithat, “Yasallık ile Meşruluk Geriliminde Hukuk Devleti”, “**Devlet Aklı**” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004 (d), s. 86 – 87.

⁸²⁴ SANCAR, 2004 (c), s. 44 – 46; SANCAR, 2004 (b), s. 78 – 79; SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı, Hukuk Devleti ve Devlet Çetesi”, “**Devlet Aklı**” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004 (a), s. 53.

⁸²⁵ SANCAR, 2006, s. 111.

liberal hukuk devleti kuramının içeriğinin bir tür üstün değer düşüncesine dayandırılması zorunluluk olarak kendini gösterir. İnsan hak ve özgürlükleri bağlamında tanımlanabilecek ve sınıflandırılacak bir haklar sisteminin hukuk düzenine entegre edilmesi düşüncesi tam da bu noktada gündeme gelir. Zira söz konusu haklar sistemi, biçimsel niteliği haiz yasallığın belirli bir amaca tahavvülünün de simgesini oluşturur.

Bu amaç, *Sancar*'ın da belirttiği üzere, hukuk devletinden söz edebilmenin ikinci şartı olan hukuk düzeninin “insan hakları” değerine dayandırılmasına, böylece hukuk devletinin yasal despotizmden farklılığının sağlanabilmesine yöneliktir⁸²⁶. Hukuk devletinin insan haklarına dayandırılması ve bu hakların koruyucusu olarak konumlandırılması yasallık ilkesini dayandırabileceği oldukça güçlü bir etik değer bulmasını da mümkün kılmıştır. Bu yeni değer aynı zamanda hukuk devleti olgusunun kamusal düzlemde meşruiyetini katmerleştirmektedir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş devletlerin anayasalarının yapısal ilkeleri arasında insan haklarına dair normların önemli bir yer edinmesini de bu meşruiyet gerekliliğinin olağan bir sonucu olarak görmek gerekir⁸²⁷. Gerçekten de bu meşrulaştırmanın insanlar üzerindeki en önemli etkisinin, insan hak ve özgürlüklerine yönelik düzenlemelerin hukuk devleti güvencesiyle somutlaştırılması olduğu söylenebilir.

Hukuk devleti ilkesinin liberal yorumuna ve sistemin sürdürülebilirliğiyle meşruiyeti bağlamındaki işlevine rağmen, hukuk devletinin

⁸²⁶ **Idem.**

⁸²⁷ **Ibid.**, s. 122 – 123.

sağladığı imkânların mevcut sisteme karşı önemli bir mücadele aracı olarak da kullanılabilmesini belirtmek gerekir. Hukuk devleti, sistemin ve devletin faaliyetleri konusunda sahte bir bilinç ve meşruiyet algısını toplumun genelini etkileyebilecek şekilde yayabiliyorsa da, gerek doğrudan devlet veya onun aygıtlarının gerek iktisadi yönden egemen olan unsurların politik ve ekonomik erkleri karşısında zayıf olan kesimleri koruyucu potansiyelin harekete geçirilebilmesi ve tam olarak kullanılabilmesi halinde önemli bir direnç mekanizmasını da işlevselleştirebilecek bir güç olma kapasitesine sahiptir. Liberal hukuk devleti kavramının bu çalışmanın temel konularından biri haline getirilmesinde de hukuk devletinin söz konusu kapasiteye sahip ve üzerinde tartışılarak, düşünülerek ve yeniden kurgulanarak böyle bir veçhede kullanılabilmesinin mümkün olması önemli rol oynamıştır.

3.3.2. Hak Kavramı ve Haklar Sistematiği

Kamu hukuku perspektifinden yürütülen liberal hukuk düzeni eleştirisinin ikinci boyutunu, bireysel haklardan toplumsal –kolektif– nitelikli haklara uzanan bir sahada liberal hak anlayışının ve onun sistemsal yapısının yeniden düşünülmesi oluşturmaktadır. Hak kavramının nitelik ve içeriği ile toplumsal düzlemde nasıl algılandığı ve toplumsal ilişkiler sürecindeki işlevi konusunda oldukça geniş tartışmalar yapmak mümkünse de, burada daha ziyade mevcut liberal (burjuva) temel hak ve özgürlükler olgusu ele alınmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda mevcut liberal haklar sistematiğinin ağırlıklı olarak belirtilen yönünün inceleneceği bir yöntemsel tercih çerçevesinde öncelikle olanın tespit edilmesine, ardından söz konusu sistematiğin gerek toplumsal gerek bireysel haklar açısından sosyal nitelikleri ön plana çıkarılarak yeniden kurgulanması bağlamında bu hakların anlamı ve

hukukun mücadelecı kullanımını veçhesinde fonksiyonun ele alınmasına çalışılacaktır.

Klasik liberal haklar sistemi denildiğinde öncelikle “birinci kuşak haklar” olarak adlandırılan burjuvazinin mutlakıyetçi iktidarlara ve onun hukuksal düzenine karşı kendi kişisel güvenliğini ve ekonomik haklarını teminat altına alan haklar kastedilmektedir⁸²⁸. Keza çalışmanın liberal haklar sistematiğine ilişkin en önemli eleştirilerinin de bu hakların yarattığı sakıncalar hususunda yoğunlaştığını belirtmek gerekir.

Klasik liberal hak kategorisinin yapı taşlarından biri olarak mülkiyet hakkı, gerek kapitalist sistem gerek liberal felsefe açısından başat konumdadır. Daha önce ele alındığı için bu başlık altında sadece konuyla olan bağlantısı ölçüsünde değerlendirilecek olan mülkiyet hakkı, sadece özel hukuk bağlamında değil kamu hukuku açısından da hukuk düzeninin en temel bileşenlerinden biridir. Mülkiyet

⁸²⁸ Negatif statü hakları olarak da adlandırılan bu haklar, bireyin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak vicdan ve düşünce özgürlüğü, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı gibi özel alanının sınırlarını çizen özgürlüklerdir. Bunlar devlete yalnızca negatif bir tutum, karışmama veya gölge etmeme ödevi yüklerler. KAPANİ, **1993**, s. 6. Negatif statü hakları içinde yer alan düşünce özgürlüğü, bu çalışmanın doğrudan bir inceleme konusu olmasa da, politika ile hukuk arasındaki ince çizginin önemli bir noktasını temsil etmektedir. Zira düşünce özgürlüğü, bilhassa politik iktidarın faaliyetlerinin eleştirilmesi ve değerlendirilmesi açısından hukukça korunması gereken son derece önemli bir alandır. Keza düşünce özgürlüğüne ilişkin tartışmalar da, hukuk ile politikanın bir arada alanı içinde olduğundan ve her iki alanın birbirinden ayıramayacağını göstergesi olması bakımından son derece önem arz etmektedir. Öncelikle politikanın bir konusu olarak düşünülebilecek düşünce özgürlüğünün hukuk tarafından düzenlenmesinin ardından hızla hukukun da bir parçası haline geldiğini belirtmek gerekir. Benzer biçimde düşünce özgürlüğünün ilk biçimlerinde, politik alana ilişkin bir ifade özgürlüğü ağırlıklı olarak bu özgürlüğün merkezi noktasını oluştururken, günümüzde düşünce özgürlüğü, politika da dâhil olmak üzere çok daha geniş bir alanda ifadenin baskı ve kısıtlamalara maruz kalmadan ilan edilebilmesi olarak nitelendirilebilir. *Öykü Didem Aydın*’ın da belirttiği üzere, “*tarihsel olarak düşünce özgürlüğünün ana merkezinde siyasal düşünce olsa da, bugün artık kabul edilen, siyasal amaçlı olanların dışında diğer düşünce açıklamalarının her koşulda daha az bir koruma görmediğidir. (...) Düşünce özgürlüğü, bu nedenle yalnızca dar anlamda siyasetle değil, kişi yaşamını ilgilendiren ve beyin ürünü olan tüm faaliyetlerle ilgilidir*”. Yine *Aydın*’a göre düşünce özgürlüğünün kavram çatısı ve kapsamının geniş görülmesi, film, sanat eserleri, bilim ve araştırma gibi özgürlüklerin de bu kapsama dâhil edilmesini gerektirmektedir. AYDIN, *Öykü Didem*, “Düşünce Özgürlüğünün Anlam ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, **HHFD**, C. 1, S. 2, Y. 2011, s. 33 – 34 ve s. 31.

hakkının çıkarıldığı bir liberal hukuk düzeninden geriye, bütünsel anlamda hemen hiçbir şeyin kalmayacağı rahatlıkla söylenebilir. *Sancar*'ın da belirttiği üzere mülkiyet hakkı, özgürce mülk edinme garantisi, teşebbüs özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü, miras hakkı ve seyahat özgürlüğü gibi başka kategorilerle birlikte serbest piyasa sisteminin üretim ilişkilerinin burjuvazinin talepleri doğrultusunda gelişimini güvence altına almaktadır⁸²⁹. Feodalizmden modern devlete ve onun hukuk düzenine geçişte burjuvazinin varlığını ve iktidarını sürdürebilmesinin en önemli aracı olarak mülkiyet hakkı, bu nitelikleri ve fonksiyonu itibariyle de hukuk düzeni içinde adeta bir temel hak konumuna yükselmiştir. Mülkiyet hakkının temel bir hak konumuna yükselip fiili olarak (*de facto*) bütün hakların hiyerarşik üstü olması, liberal hukuk düzeninin temel hak ve özgürlükler sisteminin eleştirisinin önemli bir kısmının da doğrudan bu hakka yönelmesine sebep olmuştur. Bilhassa ekonomik yaşama sosyal nitelikli çeşitli devlet müdahaleleri bu hakka dayanılarak şiddetle eleştirilebilmekte ya da özgürlük karşıtı baskıcı hareketler olarak nitelendirilebilmektedir. Yine mülksüz sınıfların birçok hak ve özgürlüğü, mülkiyet hakkının sahibine bağışladığı olanaklar sayesinde yasal bir kılıf altında kısıtlanabilmekte, etkisizleştirilebilmektedir.

Liberalizmin haklar sisteminde mülkiyet hakkı çok önemli bir pozisyona sahipse de, esasen liberal devletin ve onun hukuk düzeninin meşruiyet kaynağı, mülksüz sınıfları da ikna edecek biçimde insan hakları⁸³⁰ ve özgürlükleri

⁸²⁹ SANCAR, 2006, s. 210 – 211.

⁸³⁰ Yeni, seküler bir doğal hukuk anlayışının bilhassa 18. yüzyıldan itibaren kodlanmasının somutlaşmış hali olarak evrensel insan hakları konsepti, Batı merkezli bir sosyo-ekonomik ve politik motivasyon sürecinden bağımsız olarak ele alınamaz. Bkz. ÖZLEM, 2004, s. 219.

ekseninde somutlaştırılan, kamu hukuku perspektifiyle ele alınması gereken bir temel haklar sistematğinde kodlaştırılmıştır⁸³¹. Fakat liberalizmin temel haklar sisteminin, büyük oranda liberal ekonomi ve piyasa düzeninin sürdürülebilirliği ve gereklilikleri doğrultusunda biçimlendirilmeye çalışıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Siyasal liberalizmin teorik söyleminin merkezinde yer alan liberal temel hak ve özgürlükler sisteminde sıklıkla özgürlüklere atıf yapıldığı dikkat çeker. Hatta liberalizmin temellerinin, özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi hususuna dayandığı şeklinde bir görünümün yaratılmaya çalışıldığından da bahsedilebilir. Oysa siyasal liberalizmin bu özgürlüklere atıfla kurduğu özgürlük anlayışının esası, tamamen ekonomik liberalizmin gerekliliklerini karşılamaya yönelik bir veçhede biçimlendirilmektedir. Bu görüşü açıkça dile getirerek savunan *Friedman*'a göre ekonomik özgürlük siyasi özgürlüğe giden yolda vazgeçilmez bir araçtır; ekonomik düzenlemelerdeki özgürlük geniş anlamda özgürlüğün tamamlayıcılarından biri olarak tek başına bir amaçtır⁸³². Liberal özgürlük anlayışını bu bağlamda şekli ya da olumsuz olarak değerlendirmek de mümkündür⁸³³; bu anlayışın esası, “devletten özgürlük” olarak da nitelendirilebilecek, bireye bir şey sağlanmasından ziyade onu devletin dış baskı ve zorlamalarından korumaya dayanmaktadır⁸³⁴. Liberalizm açısından temel haklar, “*bireyin devlete karşı sahip olduğu özgürlük haklarıdır. Özgürlük hakları ise, bireylerin özgürlüğüne yönelik hukuka aykırı müdahaleleri (ihlalleri) savuşturma konusunda sahip oldukları subjektif-kamusal hakları ifade*

⁸³¹ SANCAR, 2006, s. 223.

⁸³² FRIEDMAN, 2011, s. 9 – 10.

⁸³³ SANCAR, 1995, s. 167 – 169.

⁸³⁴ *Ibid.*, s. 169.

ederler”⁸³⁵. Liberalizmin özgürlüklerin devlet müdahalesinden korunmasına ilişkin bu haklar kategorisini de doğal olarak küçümsemek gerekir. Zira bireylerin devletten müdahale edilmemesini isteyeceği, düşünce, ifade, haberleşme, haber alma, din, özel hayat, yerleşme ve seyahat, hak arama gibi oldukça geniş bir özgürlükler skalası mevcuttur. Devletin esas görevi bu özgürlüklerin kullanılabilmesine ilişkin kısıtlayıcı düzenlemelere ya da fiili uygulamalara başvurmaması, aksine getireceği düzenlemelerle söz konusu özgürlük alanlarını mümkün oldukça genişletmesidir. Buna karşın siyasal liberalizmin temel hak ve özgürlüklere ilişkin yaklaşımının farklı boyutları da söz konusudur ki, buradaki esas mesele, sosyal nitelikli hakların veya sağlıklı bir çevrede yaşama, dayanışma, barış, gelişme hakkı olarak adlandırılan birtakım üçüncü kuşak hakların, ekonomik liberalizmin alanıyla, mülkiyet hakkı ya da sözleşme özgürlüğü ile çatıştığı anda kolayca feda edilmelerindedir⁸³⁶. Örneğin ekonomik yönden güçlü olan tarafın sahip olduğu bu güçten yararlanarak dilediğince sözleşme yapabilmesini kısıtlayan, sözleşmenin zayıf tarafını korumaya dönük bir yasal düzenleme, liberal zihniyet açısından kolaylıkla sözleşme özgürlüğünü, dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir kural olarak değerlendirilebilmektedir. İşçi – işveren ya da üretici – tüketici ilişkilerini düzenlemeye dönük ve doğrudan devletin müdahalesi anlamı taşıyan pek çok düzenleme de bu anlamda sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan engeller olarak

⁸³⁵ E. Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, NJW 1974, s. 1530 ve Klaus Krögör, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden–Baden 1978, s. 15’den aktaran **Idem**.

⁸³⁶ Bu haklara yönelik muhalefetin önemli bir sebebinin de bu tür kaygılardan kaynaklandığı belirtilmelidir. Bununla birlikte söz konusu hakların yöneldiği öznenin belirsiz olduğu, klasik hak kavramında bulunan bazı niteliklere sahip bulunmadıkları, açıklık ve belirlilik taşımadıkları, hukuksal yönden korunabilirliklerinin çok zor olduğu gibi gerekçelerle de eleştirildikleri görülmektedir. KABOĞLU, İbrahim, Ö. “Evrensel Bildirge’nin 43 üncü Yıldönümünde İnsan Hakları Üzerinde Yeniden Düşünmek”, **Argumentum**, Y. 2, S. 17, Y. Aralık 1991, s. 253.

nitelendirilebilmektedir. Benzer biçimde sosyal hakların iyileştirilmesi amacıyla yapılmak istenen düzenlemeler de doğrudan devletin özgürlüklere müdahalesi olarak kabul edilip temel hak ve özgürlüklere saldırı niteliğinde görülür. Buradaki gerçek saldırının ekonomik sömürü yoluyla hukuksal korunma imkânlarından yoksun olan bireyler üzerinde gerçekleştirildiği görmezden gelinir.

Liberalizmin temel hak ve özgürlükler rejimi içinde sosyal nitelikli hak ve taleplerin gündeme gelmesi daha önce de değerlendirildiği üzere esasen liberal hukuk devletinin bilhassa ezilen geniş halk kitlelerinin beklentilerini gerçekleştirememesinden kaynaklanmaktadır. Bu süreçte başta işçi sınıfı olmak üzere farklı kesimlerce yürütülen politik ve ekonomik hak mücadelelerinin de bir sonucu olarak sosyal devlet taleplerinin güçlendiği ve bunların kısmen de olsa karşılanabilmesine dönük düzenlemelerin yürürlüğe girmeye başladığı görülür. Sosyal devlet olgusunun gelişmesi paralelinde devlet, artık temel hak ve özgürlüklere müdahale etmemekle yükümlü basit bir izleyiciden söz konusu hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilebilmesini sağlamaya dönük aktif bir oyuncuya dönüşmüştür. Böylece *“toplumsal olarak üretilmiş zenginliğin daha adil bir bölüşümüne yönelik edim haklarını ve toplumun ürettiği tehlikelere karşı daha etkili bir korumayı içselleştiren yeni bir temel haklar konsepti”*⁸³⁷ oluşturulabilmiştir. Bu konsept içinde devletin sadece sosyal haklar bakımından değil, bütün temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilebilmesi için daha aktif davranma yükümlülüğü doğmuştur⁸³⁸.

Devletin aktif davranma yükümlülüğü, özellikle mülkiyet hakkına ya

⁸³⁷ SANCAR, 1995, s. 203.

⁸³⁸ **Idem.**

da sözleşme özgürlüğüne sosyal gereklilikler doğrultusunda müdahalelerde bulunulmasını gündeme getirmiştir. Gerçekten gerek klasik liberal gerek neo-liberal görüş açısından özel mülkiyet hakkı, devletin yalnızca korumakla yükümlü olduğu ve hiçbir biçimde müdahalesine açık olmayan bir alan olarak kabul ediliyordu. Örneğin *Hayek* mülkiyeti tüm uygarlıklardan önce de var olan bir olgu olarak tanımlarken hukukun görevinin kesinlikle mülkiyetin tahsisi veya sınırlandırılmasıyla ilgili olmadığını belirtiyordu⁸³⁹. Buna karşın yürütülen mücadeleler neticesinde ekonomik kökenli hak ve taleplerin güçlenmesi, devletin, bu hak ve taleplerin karşılanabilmesi amacıyla ekonomik sahaya inmesi ve bu sahanın yönlendiricisi, hatta oyuncusu olmasını gerektirmiştir. Böylece klasik liberal haklar, sosyal hakların tazyiki altında hızla dönüşüme uğrayarak somutlaşmaya başlamışlardır⁸⁴⁰. Sosyal devletin ortaya çıkmasıyla birlikte örneğin mülkiyet hakkı klasik anlamını yitirmiş, kamu yararı için gerektiğinde müdahale edilebilecek bir alan haline dönüşmüştür. Mülkiyet hakkının sosyal haklar talebine yansıyan boyutu olarak konut hakkı gündeme gelmiş, sosyal devletin toplu konutlar yapmak suretiyle

⁸³⁹ HAYEK, 1996, s. 164 – 165.

⁸⁴⁰ Bu bağlamda çeşitli örnekler için bkz. SANCAR, 1995, s. 205. *Sancar*'ın aktardığı üzere bu somutlaşma şu şekilde gerçekleşmektedir: “*Bilim özgürlüğü, sadece bilimin özgül alanına devlet müdahalesini yasaklamakla kalmaz; ayrıca devletin bilim özgürlüğü düşüncesini tanıması, bunun gerçekleşmesine katkıda bulunması gereğini de içerir. Buna göre bilim özgürlüğü, devleti, teşvik edici ve destekleyici önlemler alması konusunda da yükümler. Bu yükümlülük, bir yandan yüksek öğretim alanında organizasyona ilişkin özgürlükçü düzenlemeler yapılmasını, diğer yandan personel, maddi ve finansal araç ve kurumların teminini kapsar. Aynı şeyler, örneğin basın özgürlüğü için de geçerlidir. Basın özgürlüğü, öncelikle haber alma ve verme özgürlüğüne yönelik devlet müdahalelerine karşı, net bir ön-sansür yasağı ile pekiştirilmiş bir subjektif-savunma hakkını içerir; fakat salt bu haktan ibaret değildir. Örneğin, dağıtım kuruluşlarının belli basın kuruluşlarına karşı açık veya örtük boykot uygulamalarının engellenmesi, basında tekelleşmenin önünü alacak tedbirler geliştirilmesi, basın alanında çeşitliliğin devamını sağlamaya yönelik teşvikler öngörülmesi gibi talep ve boyutlar da, bu özgürlüğün kapsamına girer*”. Böckenförde, Grundrecht als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, Der Staat 1990, s. 18 ve Schneider, Hans-Peter, “Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, in: Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt a.m 1979 s. 35 – 36’dan aktaran **Ibid.**, s. 214.

mülksüz sınıflara konut sağlamak biçiminde sosyal görevleri ortaya çıkmıştır. Yine, yaşam hakkının bir gereği olarak devletin sağlık hizmetlerini ücretsiz sağlaması, yaşlılar, engelliler için bakım evleri kurması, anne ve çocuk sağlığının korunmasına yönelik ek tedbirler alması gibi hususlar gündeme getirilmiştir. Sonuç olarak sosyal devlet haline dönüşmüş bir devletin görevi, sadece yasal düzenlemelerle güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin basit bir bekçisi olmaktan çıkarak, söz konusu hak ve özgürlükleri, alacağı sosyal nitelikli tedbirlerle doğrudan hayata geçirmeye dönük bir nitelik kazanmıştır.

Liberalizmin klasik temel hak ve özgürlüklerinin, sosyal yönlü hak arayışların ve taleplerin etkisiyle kabuk değiştirmelerinin –liberal hukuk devletinin sosyal devlete dönüşümü gibi– yeni bir boyutu, üçüncü kuşak haklar ya da dayanışma hakları gibi çeşitli isimler verilen ve esasen toplum ve doğa merkezliliğin daha fazla gözetilmesi gerektiğini vurgulayan anlayış çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Liberal haklar sisteminde baskın kavrayış, hakkı, hak sahibine yönelik bir egemenlik alanı olarak tahayyül etmektedir; bu bölgenin sınırları adeta doğrudan hak kavramının anlamıyla özdeşleştirilmekte, bir bireyin hakkının bittiği yerde hemen bir başka bireyin hak bölgesi başlamaktadır⁸⁴¹. Bu tür birey odaklı bir hak anlayışının bilhassa toplumsal haklar bakımından çeşitli ihtilaflara neden olduğunu ve toplumsal olanı korumaya yönelmiş birçok hak ve özgürlük açısından ciddi sorunlar yarattığını belirtmek gerekir. Tam da bu noktada insanların birbirlerine karşı yönelen ve karşılıklı hassasiyet ile yükümlülüğü içeren ilişkilere dayanan sosyal varoluş alanlarına müteallik toplumsal yaşam hakkında bilgi verme kapasitesine sahip hukuki

⁸⁴¹ UNGER, 1986, s. 36.

ilkelerin ve hakların yokluğu temel problem olarak kendini gösterir⁸⁴². Bu tür bir yapının, mevcut liberal haklar sistematığının nitelikleri de göz önüne alındığında, kapitalist sistem içinde belirli güç odaklarının ve iktidar sahiplerinin tekelinde bulunan ekonomik ve politik çıkarları gözeten düzenlemeler karşısında ezilen kitlelerin yararını büyük oranda görmezden geleceği aşikârdır. Bu durumun sadece üretim ilişkilerinde veya ekonomik süreçlerde ortaya çıkan eşitsizlik veyahut haksızlıklarla sınırlı olduğu da düşünülmemelidir; zira günümüzde giderek ve hızla artan bir sorun olarak başta mülkiyet ve teşebbüs serbestisi gibi hakların yarattığı aşırı ve sorumsuz sanayileşme ve üretim faaliyetlerinin en başta çevre, sağlık veya dayanışma hakkı gibi toplumsal nitelikli haklara baskın çıkması, mevcut liberal haklar sistematığı içindeki belki de en tedirgin edici noktaları teşkil etmektedir. Yukarıda belirtilen söz konusu tüm nedenlerden ötürü mevcut liberal sistemin haklar dizgesinin yeniden değerlendirilmesi, daha açık biçimde belirtmek gerekirse birey merkezli bir hak algısından insanı, toplumu ve doğayı bir arada gözeten çok yönlü bir haklar sisteminin inşasına geçilmesi acil bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir. Bu bağlamda Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin önemli hukukçu ve düşünürlerden biri olan *Unger*'in yeni bir haklar sistemi önerisine yer verilecektir. Zira *Unger*'in ortaya koyduğu bazı yeni hak kategorilerinin bilhassa hukukun mücadeleci kullanımını açısından çeşitli imkânlara kapı aralayabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Unger'in yeni bir haklar sisteminin kurumsal altyapısını⁸⁴³

⁸⁴² **Idem.**

⁸⁴³ Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi içinde alternatif bir yapı kurmaya yönelen en önemli isim olan

oluşturmaya çalışmasının altında yatan sebebi de temelde yukarıda belirtilen nedenlerle bağlantı kurarak açıklamak mümkündür. Gerçekten de *Unger*'in yöneldiği ana hedefin mevcut hak algısı ile toplum arasındaki ilişkiyi yeniden tesis etmeye yönelmiş alternatif bir hak kavrayışına dayandığı bu cihetle vurgulanmalıdır. Birey merkezli bir hak ve hak sahibi algısının toplumsal da gözetilen bir çerçeveden yeniden yorumlanması önerisi olarak da nitelendirilebilecek söz konusu çabanın gerçekleştirilebilmesi için, hem birtakım yeni toplumsal hakların hem de sosyal yaşama dönük bir kısım hukuki ilkelerin tesisine ihtiyaç duyulacağı da ayrıca belirtilmelidir. *Unger* hukukta dörtlü bir hak ayırımına yönelerek mevcut haklar sistemine karşı alternatif önerisini sunmaktadır.

Unger dört çeşit hak kategorisine dayandırdığı sisteminin öncelikle birikmiş mülkiyete olanak sağlayan hak algılamasını sonlandırmaya⁸⁴⁴ ve sosyal bölünme ve hiyerarşinin yarattığı etkileri ortadan kaldırmaya yönelerek yeni bir tür

Unger, bütünsel olarak sistemin mevcut kurumsal amaç ve uygulamaların, bilhassa demokrasiye ilişkin amaç ve uygulamaların eleştirisini bir adım öteye götürerek yeni bir kurumsal program gerçekleştirmeye dönük hedefe odaklanır. Bu bağlamda devletin ve toplumun kurumsal yapısının önemli bir kısmının yeniden yapılandırılmasını da içeren bir programı gündeme getirir; bu program, devletin (devletin işlem ve eylemlerinin), ekonominin ve haklar sisteminin yeniden ele alınmasını içerir. **Ibid.**, s. 25. *Unger* için söz konusu olan husus devlet örgütlenmesinin, ekonomik sistemin ve haklar ile özgürlükler düzeninin bir dizi yeni kurumsal dizge doğrultusunda tekrar gözden geçirilmesi ve örgütlenmesi meselesidir. Haklar sisteminin yeniden düzenlenmesi bu bağlamda ayrı bir öneme sahiptir. Gerçekten de *Unger*'in kurumsal inşa projesini idarenin ve ekonominin yeniden yapılandırılması ile haklar sisteminin yeniden düzenlenmesi oluşturur. Haklar sisteminin mevcut yapısının *Unger*'in kurguladığı “yetkili demokrasi” (empowered democracy) kavramı açısından iki temel probleme yol açtığını belirtmek gerekir. Problemlerden ilkinin mülkiyet hakkının ayrıca incelendiği kısımda da belirtildiği üzere mülkiyet hakkının mevcut karakteriyle –birikmiş mülkiyete olanak sağlaması ve bu mülkiyetin tekellerde belirli kişilerde temerküz etmesi sorunsalıyla– doğrudan bağlantısı vardır. Yerleşik haklar sistemi, *Unger*'in kurumsal programının hedeflerine yönelik az bilinen bir başka engel daha çıkarmaktadır. Bu ikinci temel problemin doğrudan “hak” ve “hak sahibi” kavramlarıyla bağlantılı olduğunu belirtmek gerekir. Zira günümüzde genel kabul gören haklar sistematığının birey temelli bir hak algısı ve hak sahibi düşüncesi ekseninde biçimlendiği dikkat çeker. **Ibid.**, s. 36. Bu durumun ise grup hakları ve toplumsal haklar bağlamında birçok başka probleme yol açtığı göz ardı edilmemelidir.

⁸⁴⁴ Birikmiş mülkiyet kavramı ile ilgili olarak bkz. **Supra.**, s. 313 – 315.

kolektif özyönetim –idari özerklik– tasarısını (scheme of collective self–government) gerçekleştirme hedefine odaklandığını söyler⁸⁴⁵.

Unger'in haklar sisteminin ilk bölümünü bireyin öncelikle devlete, sonra diğer kurumsal yapılara ve toplumda yaşayan bireylere karşı güvenliğinin sağlanmasını öngören politik ve sivil haklar (örgütlenme, ifade ve katılım) ile refah hakkı gibi dokunulmaz/bağışık haklar (immunity rights) kategorisi oluşturur⁸⁴⁶.

İkinci kategori, *Unger* tarafından önerilen haklar sisteminin en şaşırtıcı ve tuhaf bölümünü teşkil eden ve esas itibariyle sosyal hiyerarşinin ve bölünmenin devamını sürdürmeye dönük olan toplumsal düzenin ortadan kaldırılmasını savunmayı da içeren istikrarsızlaştırma hakkıdır (destabilization right)⁸⁴⁷. Bu hak, devlet, toplum ve birey kavramlarının var olan anlamlarının değiştirilmesini içerdiği⁸⁴⁸ gibi, çalışmada dile getirilen hukukun mücadeleci kullanımı bağlamında da üzerinde önemle durulması gereken bir nitelik göstermektedir. Bu tür bir hak kategorisi, bilhassa çoğunluğun azınlıkta kalanlar üzerinde yaratabileceği olumsuz baskının defini, çoğulculuğun gerçekleştirilmesi ve azınlıkta olanların (ırk, din, dil, cinsiyet, cinsel yönelim gibi gerekçelerle esasen toplumun geneli içinde ötekileştirilenlerin) hak taleplerinin hukuksal yönden gerekçelendirilmesiyle bu haklara ilişkin mücadelelerin yürütülebilmesinde birçok yeni olanak sunabilecektir. Gerçekten de günümüz Batı demokrasilerinin çoğunluk

⁸⁴⁵ **Ibid.**, s. 38 – 39.

⁸⁴⁶ **Ibid.**, s. 39.

⁸⁴⁷ **Idem.**

⁸⁴⁸ **Ibid.**, s. 52. Bu bağlamda istikrarsızlaştırma hakkının mevcut hukuk yapısını geçersiz kılmaya dönük bir amacı da içinde barındırdığını belirtmek gerekir. **Ibid.**, s. 54.

ilkesine dayanması, söz konusu ilkenin bilhassa farklı sosyal ve toplumsal dinamiklerin etkisiyle azınlıklar aleyhinde kullanılmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda çoğunluk ilkesinin meşruiyeti sorgulanabilir hale gelmekte⁸⁴⁹ ve azınlıkların, çoğunluk ilkesine karşı mücadelesi veya *Unger*'in ifadesiyle söylemek gerekirse istikrarsızlaştırma haklarını kullanması bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir. İstikrarsızlaştırma hakkı bağlamında değerlendirilebilecek temel kavramların başında ise hukuksal anlamda cezalandırılabilirliği hususu oldukça tartışmalı olan ve genel olarak demokratik bir toplum düzeninin de bir gerekliliği olarak kabul edilebilecek sivil itaatsizlik olgusu ile bir hak olarak sivil itaatsizliğin tanınıp tanınmayacağı meselesi gelmektedir. Sivil itaatsizlik, kamuoyu önünde gerçekleştirilen ve normatif düzenlemelerde ya da hükûmet politikalarında değişiklik hedefleyen, doğrudan şiddete dayanmayan, vicdani ancak yasal olmayan bir politik eylemlilik tarzı olarak tanımlanabilir⁸⁵⁰. Bu bağlamda sivil itaatsizlik içeren eylemlerin ya da daha genel olarak *Unger*'in bahsettiği istikrarsızlaştırma haklarının hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen barışçıl protesto edimleri⁸⁵¹ şeklinde değerlendirilip tanınmasının, bilhassa azınlıkların ya da radikallerin haklarının korunabilmesi ve seslerinin duyulabilmesi

⁸⁴⁹ Çoğunluk ilkesinin meşruiyetinin ancak başka ırk, kimlik, renk, düşünceler ile yaşam biçimlerini egemen kültürel ve politik iklimin hegemonyası altına almadan serbestçe kamusal düzlemde kendilerini ifade edebilecekleri olanakları yaratıp onların gelişmelerini engellemediği bir durumda mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Bu durumu çoğunluk ilkesinin çoğulculuğa evrimi biçiminde düşünmek de mümkündür. Sancar'a göre de "*çoğunluk ilkesinin meşruluğu, azınlık görüşünün eşit değerinde bir alternatif olarak mevcut olmasına bağlıdır. Bu demektir ki, çoğunluk ilkesi, azınlıkta kalanların ayrımcılığa uğramaması ve ileride çoğunluk haline gelmesini sağlayacak haklara sahip olması konusundaki bir mutabakat temelinde işleyebilir*". SANCAR, 2006, s. 147.

⁸⁵⁰ RAWLS, John, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", **Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik**, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 56.

⁸⁵¹ ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Sivil İtaatsizlik**, 4. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 151

veçhesinde ciddi bir eksikliği giderecek çoğulcu bir iktidar yapılanması ve demokratikleşme süreci için önemli olduğu belirtilmelidir.

Piyasa hakları (market rights) *Unger*'in haklar sisteminin üçüncü kategorisini teşkil etmektedir. Bunlar toplumsal sermayenin (social capital) bölünebilir kısımları üzerindeki şarta bağlı geçici talep olanakları sağlamaya dönük birikmiş mülkiyet düzenini esas alan mevcut ekonomik sisteme karşı alternatif bir piyasa örgütlenmesi hakkını ön plana çıkarır⁸⁵².

Toplumsal yaşamın sürdürülmesine yönelik hakları oluşturan dayanışma hakları (solidarity rights) ise dördüncü kategoriye temsil eder. Hem devlete karşı öne sürülebilir hem de devleti bazı gereklilikleri yerine getirmekle yükümlendiren dayanışma hakları belli bir birlikte yaşam anlayışını dile getirmektedirler⁸⁵³. Karşılıklı güven ve hassasiyetlerden doğan beklentilerin birçoğunun yasal gücünü teşkil eden dayanışma haklarının ilki, iyi niyet ve sorumluluğun standartlarına ilişkin tamamlanmamış bir tanımı ve ikincisi, hak sahiplerinin kendilerine (veya hak sahiplerinin başaramaması durumunda yargıçlara) haklarının gözetilmesine ilişkin sınırları somutlaştırılmış belirli şartların tamamlanmış bir tanımı olmak üzere iki aşamalı bir içeriği vardır⁸⁵⁴.

Haklar sistematığıne ilişkin belirtilen tüm bu hususlar göstermektedir ki; liberalizmin klasik sayılabilecek temel hak ve özgürlükleri nasıl Fransız devrimi sırasında burjuvazinin krallık ve aristokrasiye karşı verdiği siyasal ve ekonomik hak

⁸⁵² UNGER, 1986, s. 39.

⁸⁵³ KABOĞLU, 1991, s. 255.

⁸⁵⁴ UNGER, 1986, s. 39 – 40.

mücadeleleri neticesinde şekillendiyse, yakın tarihte ve günümüzde de söz konusu klasik temel hak ve özgürlüklerin benzer nedenler –mücadeleler– dolayısıyla dönüşüme uğradığına şahit olunmaktadır. 20. yüzyılın başında ve özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından, hızla yoğunlaşan ve başta işçi sınıfı olmak üzere ezilen kitlelerin mücadeleleri neticesinde ortaya çıkan sosyal devlet olgusu, devletin temel hak ve özgürlüklere ilişkin geleneksel tutumunu değiştirerek söz konusu hakların yaşama geçirilebilmesi için müdahalede bulunmasını gerektirmiştir. Günümüzde de yeni kuşak haklar bakımından böyle bir süreçten bahsetmek mümkündür⁸⁵⁵. Örneğin mülkiyet hakkı, sosyal devlet gereği kamu yararı gibi nedenlerle sınırlandırılabilirken, yeni kuşak haklar sayesinde çevrenin ya da doğal yaşamın bozulmaması, korunması, geliştirilmesi gibi gerekçelerle mülkiyet sahibinin kendi mülkünü dilediğinde kullanabilmesine yönelik kısıtlamalar getirilebilmektedir. Tüm bu kazanımların politik ve hukuksal mücadeleler neticesinde ortaya çıktığı açık olmakla birlikte, bu hakların korunması ve geliştirilebilmesinin, ayrıca günün değişen ihtiyaçlarına göre yeni hak taleplerinin gündeme getirilebilmesinin yegâne koşulunun da söz konusu kazanımlara sahip çıkmak ve mücadele süreçlerini devam ettirmek olduğu belirtilmelidir.

Temel hak ve özgürlükler, sosyal haklar ve yeni kuşak haklar açısından elde edilen kazanımları sadece hukuksal kazanımlar olarak görmemek gerekir, zira bu hakların gelişimini sadece hukuka bağlamak mümkün değildir. Bu

⁸⁵⁵ KABOĞLU, 1991, s. 255. *Kaboğlu*'nun da belirttiği üzere yeni kuşak hakları 1789 bakış açısıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin geleneksel yaklaşım ve kalıplarla değerlendirmek yanlış olur. Zira bireysel özgürlükler değerini ve önemini hâlâ korumakla birlikte, değişen sosyo-ekonomik ve politik gerçeklikler, toplumsal özgürlük ve hakların tanınmasına yönelik ihtiyaçları ortaya çıkarmıştır, zira hak ve özgürlüklerin evrim süreci durağan bir olgu değildir. İnsan haklarının öznesini yalnızca tekil olarak bireyin oluşturduğu görüşü çoktan aşılmıştır. **Idem.**

hak ve özgürlüklerin elde edilme sürecinin önemli bir boyutu siyasal ve sosyal mücadeleler ile yakından ilgili olup, hukuksal etkililiğin gerçekleşme imkân ve şartlarını da bu mücadeleler sağlamaktadır⁸⁵⁶. *Kaboğlu*'na göre de “*norm öncesi durumdan normatif duruma geçiş süreci, söz konusu hak isteminin yeterince biçim değiştirmesi ile tamamlanır. Bunun için talep edilen hak ve özgürlüklerin pozitif hukukça tanınması, özne – konu ve güvence öğeleriyle belirlenebilir özelliğe sahip bulunması gerekir*”⁸⁵⁷. Hukuksal mücadele söz konusu haklar ancak hukuk tarafından tanındıktan sonra gündeme gelecektir. Hukuk, kazanılmış ve hukukun konusu haline getirilmiş hakların gerçek yaşamda uygulanmasını sağlamakla yükümlü olan muhatapları üzerinde bir baskı aracı olarak görevini yerine getirmeye başladığında, hukuksal mücadele de gerçek anlamına kavuşabilir. Örneğin sekiz saatlik çalışma süresinin yasal olarak düzenlenmesi aşamasına gelinceye kadar hukuk doğrudan bir etkileyen değildir, hatta buna yönelik mücadeleleri gerekirse engellemekte kullanılan –kolluk faaliyeti, cezalandırma vs.– bir araç olarak hizmet etmektedir. Bu anlamda hukuksal mücadeleler, politik ve toplumsal mücadeleler neticesinde sekiz saatlik çalışma süresinin hukuk kurallarınca düzenlenmesinin ardından başlayacak; hukuk aracılığıyla yürütülecek mücadeleler ile sekiz saatlik çalışma süresinin iş yaşamında fiilen uygulanmasına çalışılacaktır. Kurallara uymayan, işçilerini daha fazla çalıştırmaya zorlayan işverenler üzerinde hukuksal baskı kurularak yasal tedbirlerin uygulanması sağlanacak ve böylece politik ve toplumsal kazanımlar hukuk aracılığıyla gerçek yaşamda somutlaştırılacaktır. Sonuç olarak hukuk, rolü bilhassa sosyal haklar özelinde farklı mücadeleler neticesinde elde

⁸⁵⁶ SANCAR, 2005, s. 350 – 351.

⁸⁵⁷ KABOĞLU, 1991, s. 254.

edilen kazanımların korunması, uygulanması yani gerçek yaşamda somutlaştırılması hususlarında temel bir rol üstlenecektir.

3.4. Liberalizmin Politik ve Ekonomik Sistemi Bağlamında Hukukun Değerlendirilmesi

Kapitalist sistemin ve onun ideolojik kaynağı olarak siyasal liberalizmin, hukuka ilişkin en önemli söylem zemininin hukuku adalet idesi ile özdeşleştirerek anlamlandırmaya dayandığı ifade edilebilir. Bu bağlamda adalet, hukukun varlığının en önemli meşruiyet gerekçesi olmakta, keza bu sayede meşrulaşan hukuk da, sistemin diğer öğelerinin meşruiyet ölçütü ya da dayanağı olarak işlevini yerine getirebilmektedir. Hukukun amacı büyük oranda adaletin sağlanabilmesi olarak tanımlanmaktadır. Oysaki hukukun sistemin bekasını sürdürmeye dönük işlevi, birçok durumda asıl amacı olarak tanımlanan adalet fonksiyonunun önüne geçmektedir. Hukuk bu bağlamda, bir taraftan yasal şiddet kullanımının ve diğer önleyici tedbirlerin alınabilmesinin yegâne meşru aracı olarak önemli bir işlevi yerine getirmekte, diğer taraftan bu meşrulaştırıcı niteliği itibariyle toplumsal ilişkilerin yürütülmesinde ve düzenin sağlanmasında kendisine en çok atf yapılan kurum olarak fetişleştirilmektedir.

Hukukun var olan toplumsal yapıyı ve düzeni koruyucu niteliğinin somut göstergelerinden biri bilhassa mevcut sınıf, cinsiyet ve ırk farklılaşmalarına dayanan süreğen hiyerarşik tahakküm bağları içindeki iktidar ilişkilerinin

muhafazasında ve yeniden üretilmesinde kendini açığa vurmaktadır⁸⁵⁸. Hukuk, bu yönüyle tahakküm sisteminin rasyonelleştirilmesinin önemli bir aracı olarak hizmet ettiği gibi, bu tahakküme dayalı yönetsel mekanizmalarının işlemlerini kolaylaştırarak, ekonomik dizgeden piyasanın ihtiyaçlarının giderilebilmesine dönük düzenlemeleri de içeren kâin devlet yapılanmasının meşruiyetine uzanan bir alanda, sistemin genel işleyişinin temel payandası olmaktadır.

Hukukun yapısal karakterinin, devlet aygıtı söz konusu olduğunda ikircikli bir nitelik gösterdiği ayrıca vurgulanmalıdır. Zira hukuk, daha önce de belirtildiği üzere bir tarafıyla devlet aygıtının varlığını sürdürebilmesi için zorunlu bir araç, şiddet kullanımının meşruiyet kaynağı iken, diğer yönüyle söz konusu aygıtın keyfi, insanların hak ve özgürlüklerini sınırlamaya, kısıtlamaya dönük uygulamaları karşısında önemli bir koruma mekanizması (alternatif mücadele olanaklarının yaratılabilmesinin) oluşturmaktadır. Geniş bir anlam yelpazesine sahip olan devlet kavramı ile devletin her türlü faaliyet, eylem ve işlemlerinin yanı sıra, kurumsal yapısı itibariyle aygıtları da ifade edilmek istenmektedir. Bu açıdan ele alındığında hukuk, devletin kurumsal yapısının düzenlenmesinden faaliyetlerine kadar uzanan bir sahada, temel ilkeleri saptayarak, kurallar koyarak ve onun, belirlenmiş bir normlar sistemi çerçevesinde hareket etmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukukun, insan hak ve özgürlüklerini devlet karşısında korumaya yöneldiği oranda “olumlu”, fakat devlet aygıtlarının ve faaliyetlerinin insanın maddi ve ruhsal yaşamı üzerinde baskılayıcı biçimde hegemonya kurmasının kılıfı olarak meşrulaştırıcı işlevi itibariyle “olumsuz” bir karakter gösterdiği

⁸⁵⁸ GORDON, 2006, s. 392.

belirtilmelidir. Burada aslında hukukun insan merkezli telakkisiyle devlet merkezli telakkisi arasındaki bir çatışmadan bahsetmek de mümkündür. O halde hukukun hangi veçhede düzenlenmesi, ya da yeniden kurgulanması gerektiği önemli bir sorun olarak kendini gösterir.

Yukarıda sözü edilen sorun çerçevesinde işlevsel ve kurumsal özellikleri itibariyle devletin yönetim aygıtının ve yönetsel faaliyetlerinin yapısal karakterinin yeniden sorgulanması ve değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak kendini gösterir. Söz konusu sorgulama temel bir sorun olarak devlet erkinin nasıl olması gerektiği, devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu sosyal nitelikli fonksiyonlarını kısıtlamadan nasıl etkin bir biçimde denetlenebileceği gibi hususları da içermek durumundadır. Zira devlet erki, hukuk düzeninin olumsuz niteliğine benzer biçimde hem toplumsal eşitsizliklerin, sömürünün, muhtelif ayrımcılıkların veya ayrıcalıkların sürdürülmesi hem de insanların hak ve özgürlükleri üzerinde bir tür baskı ve tehdit aracı olarak kullanılma potansiyelini barındırmaktadır. Fakat diğer taraftan sosyal sorunların çözümünde, eşitsizliklerin azaltılmasında, sömürü ve ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılmasında, insan hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi gibi hususlarda koruyucu bir işlev de üstlenmektedir. Bu noktada devlet aygıtına ilişkin bir dizi revizyonunun gerekliliği gündeme geldiği gibi, yönetime ilişkin zihniyetin de –yöneticiler ve yönetilenler özelinde– insan merkezli bir veçheden yeniden anlamlandırılması ve inşası bir zorunluluk olarak kendini gösterir. Gerçekten de hak ve özgürlüklerin genişletilmesi, eşitsizlik, sömürü, ayrımcılık gibi sorunların çözümlenmesine odaklanan bu inşa projesi bir taraftan yeni koruma mekanizmalarını gerektirirken diğer taraftan hızlı ve devingen bir yönetim paradigmasını şart koşmaktadır.

Devletin görevlerini yerine getirirken ve rutin fonksiyonlarını sürdürürken, yapısal işleyişi içerisinde kurumsal bir hantallaşma oluşmasına izin vermeden, insan hak ve özgürlüklerine saygı temelinden hareket ederek nasıl çalışabileceği hususu üzerinde duran *Unger*'e göre, öncelikle devletin örgütlenmesi ve devlet erkinin iyeliği ve kullanımı ile ilgili mücadele süreçleri değerlendirilmelidir⁸⁵⁹. Zira ana problem bu erki frenlemeye yönelik birtakım araçların, aynı zamanda devleti bir tür kısır döngünün içine çekmesi sorunuyla bağlantılıdır⁸⁶⁰. Devlet erkinin sınırsız ya da bireysel ve grup özgürlüklerini kısıtlamaya dönük bir biçimde kullanılmasını engellemeye yönelik koruyucu araçlar, aynı zamanda devletin etkinliği üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bu olumsuz sonuçlar hantal devlet yapısı, durağan karar alma süreçlerinin yarattığı yavaşlık gibi çeşitli olumsuzluklara sebep olabileceği gibi, devletin insanı merkez alan bir yapıdan uzaklaşarak kendi mevcudiyetini korumaya dönük –statükocu– bir eğilim içine girmesine de yol açabilecektir.

Resmi politik mücadeleler, toplumsal yaşamda zaten mevcudiyetini sürdüren bölünmeyi ve hiyerarşiyi daha fazla artırarak bu yapının değiştirilebilmesi amacıyla yönelik elverişli fırsatların değerlendirilmesinde başarısızlığa, böylece daha önce vurgulanan kısır döngünün doğumuna ve demokrasiye ilişkin yerleşik sınıflandırmalara dönük birtakım itirazlara da neden olurlar⁸⁶¹. Problemin temeli söz konusu yapıyı koruyan kurumsal düzenlemeleri tanzim etmeye dönük her girişimin, özgürlükleri güvence altına almak için gerekli devlet erkine yönelik kısıtlamaları da

⁸⁵⁹ UNGER, 1986, s. 31.

⁸⁶⁰ **Idem.**

⁸⁶¹ **Idem.**

baltalamasından kaynaklanmakta; ortaya çıkan dilemmanın çözümü ise ancak devletin dönüştürücü etkinliklerinin (transformative activities) felç edilmeden bir biçimde dizginlenebilmesinin yollarının bulunmasından geçmektedir⁸⁶². Bir başka ifadeyle devlet, yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyetleri icra ederken insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamaya dönük kısıtlamaları esnetmeden, fakat bu nedenle faaliyetlerinin hantallaşmasına da sebebiyet vermeden bir orta yol bulabilmelidir.

Unger'e göre bu orta yolun bulunabilmesi için ilk olarak devlet içindeki mevcut bölümlenme genişletilmeli, aygıtlarının sayısı artırılmalı, keza toplumsal düzenin (yapının) her kritik özelliği, devlet erkinin kullanımından kaynaklanan potansiyel olarak istikrar bozucu ve geniş tabanlı çatışmaların bazı biçim ve alanlarını karşılayabilmelidir⁸⁶³. Bununla birlikte devlet içindeki bölümlenmenin genişlemesi onun yapısal olarak büyüyerek hantallaşması ve toplumsal yaşam daha fazla müdahalesi olarak anlaşılmalı⁸⁶⁴, aksine yönetsel yapının ortaya çıkabilecek sorunları, çatışmaları ya da eşitsizlikleri uzmanlaşmış aygıtlar aracılığıyla hızla ve etkin biçimde giderebilmesi olanaklarının sağlanması olarak görülmelidir. Burada ortaya çıkan çelişki esasen devletin büyümesinden duyulan endişe ile ona yeni sorumluluklar yükleyerek güç kullanma mekanizmasının

⁸⁶² **Idem.**

⁸⁶³ **Idem.**

⁸⁶⁴ Bilhassa refah devleti ya da sosyal devlet gibi taleplerin karşılanabilmesi hususlarının devletin genişlemesi biçiminde ortaya çıkan paralel bir sonuca sebebiyet verdiği söylenebilir. Burada hak ve özgürlüklerin devam ettirilmesi isteği, bir başka ifadeyle devlet totalitarizmini yaşamamak arzusu ile devletin büyümesinden duyulan bir endişe gündeme gelmekte, aynı zamanda devlete yeni sorumluluklar yükleyerek güç kullanma mekanizmasının büyümesini talep eden bir çelişki gözler önüne serilmektedir. ÖZCAN, 2008, s. 81.

genişletilmesi talebinden kaynaklanmaktadır⁸⁶⁵. Söz konusu çelişkiyi engelleyebilmek için devlet ve devlet erki üzerindeki ihtilaflar dönüşümün (transformation) belli başlı her tür hayali veya gerçek etkinliği için uygun bir kurumsal düzenleme sağlayabilmeli; devletin farklı aygıtları halkın egemenliğinin ve siyasal rekabetin muhtelif yollarla sürdürülebilmesi hususunda sorumlu tutulabilecek bir tarzda tasarlanmalıdır⁸⁶⁶. Oluşturulacak yeni aygıtlar, devletin gelenekselleşmiş fonksiyonlarını yerine getiren aygıtlarının tersine, kamusal denetime ve gerekirse müdahalelere tamamen açık olmalı; bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi gibi insan merkezli tahayyülleri gerçekleştirilebilecek bir kapasiteye sahip bulunmalıdır. Ayrıca, bu aygıtların amaçları doğrultusunda işlev görebilmeleri için toplumsal bilinç ve farkındalığın artırılmasına katkıda bulunabilecek, eşitsizlik, ayrımcılık, cinsiyetçilik gibi mevcut yaklaşımları giderebilecek ve hakça paylaşımın olanaklarını yaratabilecek bir veçheye odaklanmaları da gerekmektedir.

Devletin mevcut yapılanmasının genişletilmesi olarak adlandırılabilir bu yöneliminin, siyasal liberalizm ile onun ekonomik grmn oluşturan serbest piyasanın gerekliliklerini karşılamaya dönük, ekonomik liberalizmin devletin küçültülmesi ve kamusal – ekonomik dünyaya devlet tarafından daha az müdahale edilmesi yönündeki talebiyle bir çatışma içinde olduğu açıktır. Devletin, özellikle ekonomik süreçlerin düzenlenmesine, sosyal gerekçelere dayanarak müdahalesi gerektiğini savunan ve bu nedenle sosyal devlete vurgu yapan söz konusu yaklaşım, piyasa sisteminin işleyişi içinde ortaya çıkabilecek

⁸⁶⁵ **Idem.**

⁸⁶⁶ UNGER, 1986, s. 31 – 32.

çatışmalarda hukuksal liberalizmin soyut ve sınırlı özgürlükçü kalıplarının dışında sınıfsal açıdan zayıf olan kesimlerin korunmasını ve sömürüye açık, kâin sosyo-ekonomik pozisyonlarının geliştirilmesi gerektiğini ön plana çıkartmaktadır. Bu amaç doğrultusunda devletin, sosyal nitelikli işlevlerini arttırmaya ve geliştirmeye dönük aygıtlarının niceliğinin ve niteliğinin genişletilmesi yönünde, serbest piyasa ekonomisi ile onun araçlarına daha fazla müdahale edilmesini içeren bir hukuki – politik tercihin gerekliliğinin daha fazla tartışılması da bir ihtiyaç olarak kendini göstermektedir.

Unger'e göre ikinci olarak devletin sosyal gereklilikleri yerine getirirken, hak ve özgürlükleri belirli bir otoritaryanizme kaymadan koruyup sürdürebilmesi; ancak devletin muhtelif aygıtları arasındaki çatışmaları, söz konusu aygıtlar arasında öncelik ilkeleri ve seçmenlere yetki devri verilmesi gibi yöntemleri tatbik etmek suretiyle çözümlenmesi ve bu ilkelerin var olan açmazları hızlı ve sağlıklı bir biçimde giderebilmesi ile mümkündür⁸⁶⁷. Böylece devlet erkinin çeşitlenmesinden kaynaklı olarak devletin hantallaşması gibi ortaya çıkabilecek bir dizi başka sorunun da önüne geçilebilecektir.

Son olarak devletin, sosyal devletin gereklilikleri doğrultusunda genişlemesinin idari hantallaşmaya yol açmayacak bir yöntemle düzenlenebilmesi sağlanmalıdır. Bu genişleme aynı zamanda, insan hak ve özgürlüklerini korumaya dönük devlete yönelik kısıtlamaları baltalamayan, belirli bir ekonomik ve politik çerçevede izlenecek ileriye dönük programların planlanması ihtiyacını ortaya

⁸⁶⁷ *Ibid.*, s. 32.

çıkarmaktadır. Dolayısıyla devletin planlama faaliyetlerini gerçekleştirecek aygıtına (the programmatic center of government) kendi kararlarını –planlarını ve uygulamalarını– deneyebileceği olanaklar sağlanmalıdır⁸⁶⁸. Bu süreçte söz konusu planlamanın, sosyal devletin gerekliliklerinin gerçekleştirilebilmesi bağlamında kendini bir zorunluluk olarak dayattığından da bahsedilebilir. Gerçekten de serbest piyasa ekonomisinin yarattığı ortam, özellikle üretim süreçlerinde ortaya çıkan çatışmaların neden olduğu ve ekonomik liberalizmin öngörülemezliklerle somutlaşan karakteriyle bütünleşerek genişleyen bir belirsizlik sürecine sebebiyet vermektedir. Bu aşamada sosyal ihtiyaçların gözetilmesini öngören planlama süreçlerinin, hem mevcut iktisadi kökenli eşitsizliklerin yarattığı tahribatı düzeltici bir işlev göreceğinden hem kamu otoritelerinin de karar alma süreçlerinde, toplumsalı daha fazla gözeten bir perspektifi esas almalarına imkân sunarak devlet faaliyetlerinin esnekliğine, devingenliğine katkı sunacağından bahsedilebilir. *Unger*'e göre de devletin sahip olacağı bu karar devingenliğinden/hükmi hareketliliğinden (decisional mobility) mütevellit herhangi bir anayasal endişeye ne devlet erkinin kontrolsüz bırakılması ne de –I. Dünya Savaşı'ndan bu yana Avrupa devletlerinin yaşadığı anayasal tecrübelerin gösterdiği üzere⁸⁶⁹– muhalefetin yaşamsal haklarına zarar verilmesi özelinde gerek vardır⁸⁷⁰. Sonuç olarak *Unger*, bu tür bir idari yapılanma ve örgütlenme modeliyle, bürokratik yapıların egemenliği altında hantallaşmamış, devingen bir devlet aygıtı önerirken, aynı zamanda bu yapının kontrolünü sağlayabilecek yeni denetleme mekanizmalarıyla hak ve özgürlüklerin korunması ve

⁸⁶⁸ **Idem.**

⁸⁶⁹ Keza söz konusu Avrupa anayasaları kamusal özgürlükleri tehlikeye atmadan bahse konu endişeleri daha mütevazı bir düzeyde vurgulamayı da başarmışlardır. **Idem.**

⁸⁷⁰ **Idem.**

çoğulculuğun gözetilmesi gibi hususların önemini ön plana çıkarmaktadır.

Hukukun liberal sistemle ilişkisi sadece yukarıda ele alınan politik yapıyla sınırlı olmayıp liberalizmin ekonomik sistemi de hukuksal süreçlerle çok yakın bir ilişki içindedir. Gerçekten hukukun var olan gerçeklik dünyasıyla bağlantısı, büyük oranda, kapitalist üretim süreçlerinin ve egemen politik ideolojinin bir uzantısı olarak mevcut ekonomi-politiğin baskısı ve belirleyiciliği altında şekillenmektedir. Zira “hukuk politiktir” önermesinin diğer bir boyutu, liberal politik teorinin ve onun pratiğinin yapısal unsurlarının yeniden değerlendirilmesi gerekliliğine benzer biçimde ve onunla aynı derecede önem arz eden liberal ekonomik sistemin işleyişine yönelik eleştirilerde somutlaşmaktadır.

Devlet aygıtının niteliğinin, hukuk düzeninin yapısı üzerinde nasıl doğrudan bir etkinliği varsa, ekonomik sistemin de hem hukuk düzeni hem de onun temel etkileyeni olan devlet aygıtı üzerinde güçlü bir belirleyicilik vasfı vardır. Hukuk sisteminin “olumsuz” veçhesinin tıpkı mevcut devlet sisteminin bekasının sürdürülmesi özelinde bir anlam ifade etmesi gibi, mevcut ekonomik yapının işleyişinin korunması ve sürdürülmesi bağlamında da benzer bir görevi yerine getirdiği söylenebilir. Hukuk sistemi, aslında sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi bir dizi özel hukuk kurum ve ilişkisini korumacı bir biçimde düzenleyerek, mevcut ekonomik yapının ve üretim ilişkilerinin, sistemin egemen güçlerinin – hegemonyanın– istekleri doğrultusunda sürdürülmesinin bir aracı olarak hizmet etmektedir. Bu bağlamda ekonomik belirlenimciliğe düşmeden, Marksizm’in hukuk ile ekonomi ilişkisine yönelik tespitlerine belirli bir oranda katılarak, ekonomik sistemin, hukuk düzenini ciddi anlamda etkilediği ve şekillendirdiği belirtilebilir. Ne

var ki hukukun biçimlenmesinde, ekonomik dizgenin yanı sıra politik süreçler, iktidar yapıları, toplumsal ilişkiler ve tarihsel birikim gibi başka bir dizi farklı etkileyenle birlikte hukukun üstbelirlendiğinden söz etmek daha yerinde olacaktır. Ancak bu ilişkinin karşılıklı olduğu, ekonomik yapının belirleyici niteliğinin yanı sıra, hukuk sisteminin söz konusu ekonomik yapının etkinliğinin devamının sağlanması hususunda benzersiz olanaklar sağladığı da ayrıca eklenmelidir.

Meşruluğun yasal ölçütü olarak hukuk, ekonominin düzenlenmesinden ekonomik ilişkiler ağında ortaya çıkabilecek çatışmaların çözümlenmesine uzanan bir sahada bilhassa arabuluculuk niteliğiyle ön plana çıkan bir fonksiyon ifa etmektedir. Dolayısıyla hukukun ekonomik yapının vahşi ve sömürücü yüzünün saklanması bir işlevi olduğu gibi, olumlu veçhede, ekonomik düzenin insanlar üzerindeki yıkıcı etkilerinin azaltılması hususunda, var olan eşitsizlikleri, haksızlıkları giderebilecek mahiyette kullanılması da mümkündür. Örneğin hukuk, çalışma şartlarının iyileştirilmesi, asgari ücretin altında çalışmanın yasaklanması, günlük ve haftalık çalışma saatlerinin belirlenmesi, örgütlenme ve greve ilişkin hakların tanınması ve geliştirilmesi, fabrika yönetiminde çalışanlara söz hakkı verilmesi gibi bir dizi tedbir olarak ekonomik anlamda güçsüz olanın korunması ve desteklenmesi amacına yönelmiştir. Ayrıca toplumsal yaşamda ekonomik hegemonyanın dayattığı birçok sakınca; üretim araçları üzerindeki mülkiyetin teknelci temerküzünden sözleşme ilişkilerinde güçsüz tarafın korunmasına kadar uzanan bir alanda hukuki düzenlemelerin sağlayacağı güvenceler sayesinde giderilebilecektir.

Liberalizmin egemen olduğu siyasal yapılarla toplumlarda, hukuk

düzeniyle kapitalist ekonomik sistem ve hukuk teorisiyle liberal felsefe arasında karşılıklı ve çok yakın bir ilişkiler ağı vardır. Gerçekten piyasa kavramı, serbest rekabet, emek piyasasının serbestliği, sözleşme özgürlüğü, yargı kararlarının öngörülebilir olması gibi hususlar liberalizmin ekonomik sisteminin olmazsa olmaz özellikleridir⁸⁷¹. Bu noktada devletin öncelikli görevi ise bu gerekleri güvence altına alacak, engellerle karşılaşmadan sürdürülmelerine imkân verecek bir hukuk düzeninin inşasını sağlamaktır; bu düzen bireyler arasındaki ilişkileri şeklen tanzim ederek, üretim ve paylaşımın da dâhil olduğu içerik yönüne –örneğin işçi ile işveren arasındaki sözleşmeye ya da iş ilişkileri, sosyal güvenlik ile ilgili konulara– karışmamalı, bir başka ifadeyle hukuk düzeninin serbest piyasa ekonomisinin işlemedeki rolü yalnızca özel mülkiyeti ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına almak, söz konusu burjuva ekonomik düzeninin işlemedini sağlamakla sınırlı bir genel çerçeveyi aşmamalıdır⁸⁷².

Özellikle son dönemlerde, yeniden kuvvetli bir biçimde liberal ve neo-liberal düşünürler tarafından dillendirilmeye başlanan ve esasen sosyal devlet olgusunun içinin tamamen boşatılmasına yönelik piyasa merkezli söylemler, yukarıda ifade edilen taleplere dikkat çekmektedir. Bu söylemlerde, dağıtıcı adaletin veya sosyal adaletin sağlanmasına dönük müdahaleci tutumlar –Keynesyen politikalar da dâhil olmak üzere– eleştirilmekte, hatta söz konusu tutum genel olarak özgürlüklerin önündeki en büyük engel olarak nitelendirilmekte ve popülizm gibi çeşitli suçlamalarla yaftalanmaktadır. Örneğin *Milton Friedman*'a göre devletin

⁸⁷¹ SANCAR, 2006, s. 187.

⁸⁷² *Ibid.*, s. 187 – 190.

faaliyet alanı, hukuku ve düzeni korumak, sözleşme özgürlüğünü güçlendirmek ve rekabete dayanan piyasayı büyütme gibi öğelerle sınırlı olacak bir biçimde kısıtlanmalı ve temel fonksiyonu da özgürlüğü –gerek düşmanlardan gerek vatandaşlardan gelecek tehditlere karşı– korumakla sınırlı bir veçhete indirgenmelidir⁸⁷³. *Friedman*'ın ve genel olarak neo-liberal teorisyenlerin yaklaşımı, devletin ya da politik iktidarın ekonomiye, serbest piyasanın işleyişine yönelik müdahale ile düzenlemelerini engellemek saikasıyla refah toplumunun gerekliliklerine yönelik tedbirlerin ortadan kaldırılmasını içermektedir⁸⁷⁴. II. Dünya savaşından sonra uygulamaya konan ve refah toplumuyla sosyal devletin gerekliliklerini gerçekleştirmeye dönük politikalar; artan oranlı vergiler, devlet tarafından sağlık, konut, eğitim gibi çeşitli olanakların sağlanmasıyla diğer her türlü halkın refahını arttırmayı hedefleyen politikalar, işsizlere ve yaşlılara yapılan yardımlar bu bağlamda şiddetle eleştirilmiştir⁸⁷⁵. *Friedman*, devletin fırsat eşitliğini (equality of opportunity) sağlamakla sınırlı bir politikası olması gerektiği görüşünü öne sürerek, toplum içindeki eşitsizliklerden kaynaklanan büyük gelir uçurumlarını kapatmaya yönelik uğraşılardan vazgeçmesi ve çıktılarının eşitliğiyle (equality of outcome) uğraşmaması gerektiğini belirtmiştir⁸⁷⁶.

Neo-liberalizm açısından serbest piyasa, devlete, sadece oyunun kurallarını saptamak için bir forum ve kararlaştırılan kuralların yorumlanması ve

⁸⁷³ FRIEDMAN, 2008, s. 3.

⁸⁷⁴ ÖZCAN, 2008, s. 253.

⁸⁷⁵ FRIEDMAN, Milton & FRIEDMAN, Rose, **Free to Choose – A Personal Statement**, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1980, s. 144.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, s. 131 – 140.

uygulanması için bir hakem olarak ihtiyaç duymaktadır⁸⁷⁷. Bu bağlamda önderliğini *Friedman*'ın yaptığı Monetarist Okul (Chicago Ekonomi Okulu), *Friedric August Hayek*'in Avusturya Okulu ile *James Buchanan*'ın Kamu Tercihi Okulu (Virginia Politik İktisat Okulu)⁸⁷⁸ neo-liberal ekonomik taleplerin ve onların politik alana yansıyan yaklaşımlarının sözcüsü olmuşlardır. Tüm bu neo-liberal teorilerin, politikaların ve taleplerin hukuksal alana yansıyan özü, devletin serbest piyasa ilişkilerinden, ekonomiye ilişkin belirleyicilikten ve esasen sosyal devlet politikalarından vazgeçmesi gerektiği yönünde şekillenmektedir. Devlet, bu alanlarda hukuku kullanmak suretiyle sürdürdüğü düzenleyiciliğini bırakmalı, iç ve dış güvenlik ile adalet hizmetlerinin yerine getirilmesiyle sınırlı bir etkinlik sahasında kalmalıdır. Hatta devletin, genel kuralları ve üst normları belirlemek suretiyle adalet dağıtımından tevkif sürecine tahkim, hakemlik, arabuluculuk gibi yöntemleri ve özelleştirilmiş cezaevlerini devreye sokması; şiddet tekelinin nasıl ve ne zaman harekete geçirileceğini belirlemek erki kendisinde kalmak şartıyla, iç ve dış güvenlik konularında özel güvenlik şirketleri aracılığıyla bu alanlarda dahi piyasa sisteminin oyuncularının varlığına izin vermesi gerektiği yönünde düşünceler ifade bulmaya başlamıştır⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ FRIEDMAN, 2011, s. 20 ve 36.

⁸⁷⁸ Söz konusu okullarla ilgili olarak bkz. AKALIN, Alper, "Liberal İktisat ve Krizler: Her Seferinde Haklı Çıkan Paradigma", *EskiYeni Dergisi*, S. 10, Y. 2010, *passim.*; AKTAN, 1995, s. 13 – 20.

⁸⁷⁹ Bu bağlamda yürütülen tartışma ve gerçekleştirilen uygulamaların sadece Amerika ya da gelişmiş Batılı ülkelerde değil Türkiye'de de başladığını belirtmek gerekir. Örneğin cezaevlerinin özelleştirilmesi ve piyasaya dönük bir şirket gibi nasıl çalıştırılabileceğine ilişkin özellikle akademik camia içinde çeşitli görüş ve önerilerin geliştirildiği dikkat çekmektedir. Bkz. BIÇAK, Vahit, "Cezaevleri de Özelleştirilmeli", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 3, S. 12, Y. 1998, *passim*; GÖRKEM, Hilal, *Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009, *passim*; ŞAHİN, Mehmet & GÖRKEM, Hilal, "Kamusal Hizmet Olarak Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye'de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği", *Yönetim ve Ekonomi*

Liberal siyasal felsefenin, hukuk sisteminin ekonomik ilişkilerden uzak durması, onları düzenlemeye kalkmaması ve sadece genel çerçeveyi belirlemesi gerektiği yönündeki kabullerini, hukuksal karakterli devlet müdahalelerinden tamamen vazgeçmek olarak da değerlendirmemek gerekir⁸⁸⁰. Gerçekten de kapitalist sistemin ve burjuva düzeninin kendi bekasının sürdürülmesi bakımından hukuka mutlak bir gereksinimi vardır; zira hukuk düzeni ve onun harekete geçirebileceği yasal şiddet araçları, sisteme karşı örgütlenebilecek politik direniş mücadelelerinin bastırılarak kontrol altına alınmasında yegâne meşru olanakları sunmaktadır. Var olan ekonomik ilişkilerin ve üretim biçiminin sürdürülmesini sağlayan düzenlemeler ile hukuk rejimi, sadece bu nedenle bile liberalizm için vazgeçilmezdir. Liberal düşüncesinin istediği hukuk düzeni temelde sadece liberal değerleri korumaya yönelmiş, burjuva yaşam biçiminin sürdürülebilirliğinin gereklerini yerine getiren, piyasa sisteminin sürekliliğinin sağlanabilmesinde kilit öneme sahip “sözleşme özgürlüğü” ve “mülkiyet özgürlüğü” gibi kavramlarının, koruyucu düzenlemelerle sınırlanmaksızın “özgürce” işleyebilmesi esaslarına dayanmaktadır. Hukuk, sadece yukarıda belirtilen liberal değerleri, burjuva yaşam biçimini, serbest piyasanın işlemlerini korumakla ve hatta bunların gelişimine katkıda bulunacak düzenlemeleri sağlamakla sınırlı bir alanda işlevini yerine getirmelidir. Aksi durumda serbest piyasanın önünde bir engel, devletin hantallaşmasının bir simgesi, özgürlükleri tutsak alan bir baskı aracı olarak nitelendirilmekte ve suçlanmaktadır.

Liberalizmin, hukukun işlevi ve anlamı konusundaki tutumunun

Dergisi, C. 14, S. 2, Y. 2007, **passim**.

⁸⁸⁰ SANCAR, 2006, s. 190 – 191.

büyük oranda hukuku mevcut sistemin sürdürülebilirliğiyle sınırlı bir çerçevede tutmak ve yapılandırmak isteğinden kaynaklanmakta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Oysa hukuk, daha önce de belirtildiği üzere sosyal devletin gereklerinin sağlanabilmesi bakımından olduğu gibi, politik mücadeleler neticesinde kazanılan hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak, toplumsal ilişkiler içinde vuku bulan çatışmaların çözümünde de bir mücadele aracı olarak kullanılması mümkün ve hatta zorunludur. Hukukun sosyal anlamının ön plana çıkartılarak, özellikle ekonomik sistemin yarattığı eşitsizliklerin ve sömürü ilişkilerinin belirli bir oranda azaltılabilmesine dönük bu mücadelecî yaklaşım, kapitalizmin dayandığı ekonomik sistemin gerek bireysel gerek toplumsal düzlemde yarattığı tahribatın azaltılması sürecine odaklanmakta ve hukukun mevcut politik ve sosyo-ekonomik sistem üzerindeki dönüştürücü potansiyelinden en yüksek oranda yararlanılabilmeyi hedeflemektedir.

Hukukun mücadele amaçlı kullanımının, bilhassa kapitalizmin ekonomik dizgesinin neden olduğu toplumsal tahribatın en asgari seviyeye indirilebilmesi özelinde, yer yer sorun odaklı ve kapitalizmin sınırları içinde kalınan pragmatist bir yönseme anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Gerçekten söz konusu ekonomik yapının eşitsizlikçi bünyesinin değiştirilmesine odaklanmaktan ziyade, var olan eşitsizliklerin etkilerinin azaltılması, devletin piyasaya dönük müdahaleleri aracılığıyla kapitalizmin dizginlenmesi ve sosyal niteliği daha ağır basan bir politik ve sosyo-ekonomik paradigmanın inşası, bu –sol– pragmatik yaklaşımın esasını teşkil etmektedir. Örneğin kapitalist sistemin ekonomi örgütü kavramı üzerinde duran *Unger*, zengin Batı ülkelerinde işleyen kapitalist sistemin yapısal bir değerlendirilmesinin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirterek, var olan ekonomik

liberalizmin geniş kitleler üzerinde yarattığı sömürü koşullarının nispeten azaltılabilesine dönük, devletin sosyal kapasitesinin artırılmasını öngören bir dizi reformu gündeme getirir. Kapitalist ekonomi içindeki büyük işletme – küçük işletme, kapital – emek ilişkisi, işçi örgütlenmeleri gibi olguları değerlendiren yazar, bu olgulara dayanan piyasa düzeninin ise “yetkili demokrasi”nin (empowered democracy)⁸⁸¹ karşısına özgürlük ve ekonomik refah gibi iki tür problem çıkardığını belirtir⁸⁸². Gerçekten de mevcut piyasa ekonomisinin işleyiş ve kuralları bir taraftan özgürlüklerin diğer taraftan ekonomik refahın gelişimini engellemekte; üretim ilişkilerinde büyük işletmelerin ve finans kapitalin lehinde gelişen esnek üretim ile uydu işletmeler aracılığıyla üretim (taşeronlaşma) gibi olgular, hem bireysel özgürlük ve çalışma yaşamına ilişkin var olan güvenceleri zayıflatmakta hem de ücretleri düşürmek ve üretimin kalitesizleşmesi gibi refah gerilemesi şeklinde ortaya çıkan bir dizi soruna sebep olmaktadır⁸⁸³. *Aziz Çelik*'e göre, sanayileşmiş Batı ülkelerinden başlamak üzere üretim ilişkilerindeki dönüşüm, giderek heterojenleşen çok katmanlı bir işçi / ücretli sınıf yaratmakta, part-time, geçici istihdam, tele çalışma, evde çalışma, taşeronluk gibi bir dizi standart ve düzenli olmayan çalışma

⁸⁸¹ *Unger*'in “*False Necessity*” adlı eserinde ele alarak ayrıntılarıyla incelediği “yetkili demokrasi” kavramının, genel olarak, mevcut liberal – parlamenter demokrasiye yönelik yine kapitalist ekonomik sistem içinde kalınmak koşuluyla sosyal devlet yapılanmalarının ön plana çıkartıldığı bir alternatif olduğunu belirtmek gerekir. *Unger*'e göre yetkili demokrasi, daha derinlemesine bir demokrasi olarak, serbest piyasanın demokratikleşmesini ve bireyin desteklenmesini öngörür. Yetkili demokrasi bir taraftan politik ve ekonomik kurumlara ilişkin geleneksel liberalizmin doğrularını feda ettiği için radikal bir liberalizme, diğer taraftan sosyalist ilkelere uyacak şekilde yapılandırılmış bir piyasa ekonomisine farklı ve tartışılabilir bir içerik veren devletçi olmayan bir sosyalizme tekabül etmektedir. UNGER, Roberto Mangabeira, **False Necessity – Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy**, Verso, London, 2001, s. XIX.

⁸⁸² UNGER, 1986, s. 32 – 33.

⁸⁸³ *Ibid.*, s. 33 – 34.

biçimine neden olmaktadır⁸⁸⁴. Mükün olduğu kadar esneklik, olabildiğince az kural esasına dayanan söz konusu üretim biçimleri, istihdamın giderek kuralsız ve güvencesiz bir hale getirilmesi anlamını taşıdığı gibi, geleneksel emek piyasasını parçalayarak, dayanışma bilincini zayıflatmakta ve sendikal örgütlenme olanaklarını da büyük oranda baltalamaktadır⁸⁸⁵. Bu bağlamda, Türkiye özelinde ele alındığında, taşeronlaşmanın, somut sömürü koşullarının ağırlaştırılmasından çalışanların örgütsüzleştirilmesine dek uzanan bir dizi önemli soruna yol açtığından bahsedilebilir. Gerçekten taşeronlaşma, işçi haklarının korunması ve işverenin sorumluluklarını ne kadar yerine getirdiği gibi hususların denetlenebilmesi yönünden ciddi sorunlar yaratmaktadır. Bunun yanı sıra taşeronlaşmanın, ülke içi üretim süreçlerini aşan, uluslararası bir problem olduğundan da söz etmek gerekir. Bilhassa üretim süreçlerinin işverenin merkezinin bulunduğu ülke içinde değil de, işçi haklarının önemsenmediği, ücretlerin çok düşük seviyelerde seyrettiği ve işçiler aleyhine ağır sömürü koşullarının var olduğu az gelişmiş ülke ekonomilerinde gerçekleştirilmesi, önemli bir diğer sorun olarak kendini göstermektedir.

Mevcut piyasa düzeninin etkileri sadece ekonomik dizgede kalmamakta, bu durum toplumsal yaşama da yansımakta, örneğin var olan piyasa örgütlenmesinin üretim kapasitelerinin gelişmesine de –bilhassa büyüme merkezli makroekonomik politikaların olanaklarını baltalayarak– zarar vermekte, sosyal ve toplumsal çatışmaları körüklemektedir⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ ÇELİK, Aziz, “Yeni Sorun Alanları, Eğilimler ve Arayışlar – Sendikaların Yeni Dünyası”, <http://ceko.kocaeli.edu.tr/sosyalpolitikartartismalari/azizcelikmayis2008.pdf>, (E.T. 15.10.2012), s. 4.

⁸⁸⁵ **Idem.**

⁸⁸⁶ UNGER, 1986, s. 34 – 35.

Günümüz piyasa düzeninin işleyişine ilişkin ortaya konan yapısal nitelikli bu sorunları tespit eden *Unger*, yine bir kısım kurumsal düzenlemeye dayanan ilke aracılığıyla çözüm arayışına girer. *Unger*'in aşağıda kısaca değinilen bu görüşlerinin esasen sistem içi bir çözüm arayışı olduğu öncelikle belirtilmelidir. *Unger* bu önerilerle, kapitalizm içinde sosyal devleti ön plana çıkarmaya çalışmakta ve bir bakıma gelir uçurumu ve ekonomik eşitsizlikleri azaltmaya dönük bir yapıyı hayata geçirmek istemektedir. Fakat bu görüşlerinin gerek liberal gerek Marksist hukukçular tarafından da eleştirildiğini ayrıca belirtmek gerekir⁸⁸⁷. *Unger*, önerdiği yeni ekonomik yapılanmayla temel ekonomik ilkesi bir tür döner sermaye fonu (rotating capital fund) olan bir yapının kurulmasını öngörür⁸⁸⁸. Bu fondan merkezi hükûmet kuruluşları tarafından belirlenmiş genel şartları⁸⁸⁹ karşılayan işçi veya teknisyen birliklerine geçici sermaye aktarımı sağlanacak; fondan alınan sermayenin faiz oranları, sermayenin hangi sektörde kullanıldığına göre –örneğin sosyal duyarlılıkları ön plana çıkartan işletmelere daha düşük faiz oranları uygulanmak suretiyle– farklılaşacak, gelen faiz gelirleri de kamusal finansmanın temel ihtiyaçlarının karşılığı olarak değerlendirilecektir⁸⁹⁰. Fon, bir taraftan piyasaya yeni girişlerin önünü açmayı hedeflerken, diğer taraftan herhangi bir işletmenin piyasa

⁸⁸⁷ Örneğin *Hunt*, *Unger*'i bir tür “*süper liberalizm*” kurarak tamamen sistem içinde kurtuluş çareleri aradığı ve sonunda kapitalizmin devamlılığını sağlamaya hizmet eden bir yapıyı hedeflediği için eleştirmektedir. Bkz. HUNT, 1986, s. 6 – 7.

⁸⁸⁸ UNGER, 1986, s. 35.

⁸⁸⁹ *Unger* bu şartların örneğin birlikler dâhilinde yetki ve gelir farklılıklarının sınırlarının ayarlanması, sermaye birikiminin gerçekleştirilebilmesi ve gelir olarak kâr dağıtımı esasının belirlenmesi gibi esaslara bağlanabileceğini belirtir. **Idem.**

⁸⁹⁰ **Idem.**

üzerinde tekel oluşturmasını engelleyici bir işleve sahip olacaktır⁸⁹¹. Mevcut piyasa ekonomisinin kurumsal pratikleri üzerinde köklü değişikliklere yönelmiş bu yeni ilkeler ile daha ademi–merkeziyetçi ve biçimlendirilebilir bir üretim ve değişim sisteminin olanaklılığı da sağlanabilecektir⁸⁹². Döner sermaye fonunun hukuksal karşılığının ise daha önce belirtilmiş olan birikmiş mülkiyetin parçalanmasında ya da *Unger*'in ifadesiyle birleştirilmiş mülkiyet hakkının (consolidated property right) ayrıştırılmasında somutlaştığını belirtmek gerekir⁸⁹³. *Unger*'in, kapitalist ekonominin hukuksal araçların kullanılması suretiyle uysallaştırılması ve insan merkezli bir dönüşüme uğramasını hedefleyen önerileri, hukukun, toplumun zayıf kesimlerini koruyucu ve kollayıcı bir veçhede yeniden düzenlenmesi talebini de içermektedir. Böylece hukuka, devlet erkinin ve ekonominin yönlendirici güç odaklarının elinde bir silah olarak kullanılmasını engelleyici bir mahiyetin kazandırılması hedeflemektedir.

Unger'in söz konusu görüşleri ve çözüm önerileri, bu çalışmada da ele alınan ve esasen mevcut sistem içinde hukukun mücadeleci bir yöntem doğrultusunda kullanılarak, politik ve ekonomik alanlardaki adaletsizlik, eşitsizlik ve haksızlıkların giderilebilmesi gibi konularda, kendisinden, koruma, güvence ve müdahale mekanizmalarını teşkil edebilecek bir araç olarak yararlanılması düşüncesiyle paralellik göstermektedir. Özellikle ekonomik alanda hukuk, politik ve toplumsal mücadeleler neticesinde elde edilen ve normatif bir düzenlemenin konusu haline gelen kazanımların, sosyo–ekonomik yaşam içinde uygulanıp

⁸⁹¹ **Idem.**

⁸⁹² **Idem.**

⁸⁹³ **Ibid.**, s. 36.

uygulanmadığının denetlenmesi ve uygulamayanların yaptırıma tabi tutulmasında, son derece önemli bir fonksiyonu yerine getirebilecek kapasiteye sahiptir. Örneğin sekiz saatlik çalışma süresinin yasallaşması uzun bir politik ve toplumsal mücadeleyi gerektirmiştir. Buna karşın sekiz saatlik çalışma süresinin hukuk tarafından tanınıp, hukukun konusu haline getirilmesinin ardından, işçi – işveren ilişkilerinde, ilgili yasal düzenlemenin uygulanıp uygulanmadığının denetiminin gerçekleştirilmesi görevi asıl olarak hukuka düşmektedir. Hukuksal mücadelenin işlevi de büyük oranda bu noktada, mevcut yasal düzenlemelerin somut dünyada gerçek anlamıyla uygulanabilmesi veçhesinde kendini göstermektedir. Zira hukuksal mücadele, politik mücadeleler neticesinde somutlaşmış hak ve özgürlüklerin işlerliğinin sağlanabilmesinin meşru yolu olduğu gibi, söz konusu hak ve özgürlüklerin varlığının güvencesini temsil etmektedir.

Sonuç olarak hukukun, politikadan ekonomiye, toplumdan tarihe çok sayıda farklı dış etkileyenin belirlenimi altında olduğu söylenebilir. Fakat aynı zamanda hukuk kendisi de bir belirleyen olarak söz konusu dış etkileyenleri dönüştürebilmektedir. Hukukun politik ve ekonomik iktidarın bir aracı olarak, genel anlamda kitlelerin sistemle entegrasyonu ve sisteme itaat etmelerinin sağlanması bağlamında nasıl bir fonksiyonu varsa, tersi yönde kitlelerin iktidar üzerinde baskı kurabilmelerinin sağlanmasında da belirleyici bir rolü vardır. Dolayısıyla hukuk, çift yönlü bir mekanizma olarak görülebilir. Hukuk, sadece hukuksal normlar, kategoriler, ilkeler ya da kavramlar olarak tek başına bir soyutlamadan başka bir şey değildir. Bu nedenle hukuk ancak normların, kategorilerin, ilkelerin ya da kavramların içeriğinin sosyo-ekonomik ve politik gerçeklikle bağlantılandırılması durumunda belirli bir anlam dizgesine tekabül edebilir. Hukukun, dış dünyadan

soyutlanarak, tek başına belirli değerler üreten ve anlamlara sahip bir yapı olarak mülâhaza edilebilmesi mümkün olmayıp, hukuk, her zaman sosyal gerçekliği, üretim ilişkilerini ve iktidarın gerekliliklerini takip etmek zorundadır. İşte tüm bu nedenlerle hukuk politiktir; mevcut politik sistemin içine kök salmış ve adeta onunla bütünleşmiştir.

SONUÇ

Dünyayı, salt hukuksal bir bakış açısıyla açıklamaya ve anlamlandırmaya çalışmak, kendi içinde hem ciddi eksikliklere hem de paradokslara yol açmaktadır. Zira hukuk; politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, tarihsel birikim gibi bir dizi dış etkenden ve bunların meydana getirdikleri gerçeklikten tamamen soyutlanmak suretiyle araştırılabilecek bir olgu değildir. Düzenlediği konular itibariyle, başlı başına anlamlar üreten ve varlığını salt kanun koyucunun üstün iradesinden alan nötr bir yapı olarak da değerlendirilmez. Mevcut ekonomik ve politik sistemin kimi zaman doğrudan, kimi zamansa dolaylı olarak belirlenimi altındadır. Fakat hukukun bu şekilde, bir dizi dış etken tarafından belirlenmesinin, daima tek yönlü işleyen bir sürece tekabül ettiği de düşünülmemelidir.

Ekonomik süreçler başta olmak üzere, politik yapı ve toplumsal ilişkiler hukukun üzerinde nasıl bir belirleyicilik vasfına sahiplerse, hukukun da toplumsal ve politik alanlar ile ekonomik dizge üzerinde belirli bir etkinlik gösterdiğinden söz edilebilir. Fakat tüm bu hususların ve hukukun politik karakterinin, doğrudan hukukun olumsuzlanması gibi bir anlamın ortaya çıkmasını zorunlu kılmadığı da belirtilmelidir. Gerçekten hukukun politik olması, onun tek başına olumsuzlanması için yeterli bir sebep değildir. Sadece hukukun liberal hukuk sistemlerinin genel kabullerinden ve doğrularından daha farklı bir anlam ve gerçeklikler sahasında olduğunu göstermektedir.

Hukukun politik olması, yine de onun bir adalet arayışına tekabül ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Sadece liberalizmin hukuka ilişkin önsel kabulleriyle hukuku anlamlandırmak yerine, yeni yöntemlerin geliştirilmesi

ihtiyacını açık biçimde gözler önüne sermektedir. Hukuk, yürürlükte olduğu sistemin ekonomik, politik, toplumsal ve tarihsel gerçekliklerinin bir arada değerlendirilmesi suretiyle anlamlandırılmalıdır. Hukuka ilişkin, liberalizmin geleneksel kabullerinin aksine, yeni yöntemsel perspektifler aranmalıdır. Hukukun politik, ideolojik, tarafgir ya da belirsiz bir karakter arz etmesi onun değerini azaltmamakta, sadece liberalizmin ona attığından daha farklı bir anlam ve içeriği olduğunu göstermektedir.

Çalışmanın bütününde de, hukuka ve hukuk düzenine ilişkin yapılan incelemeler, yukarıda söylenen tespitleri doğrulamaktadır. Çalışmanın birinci bölümü, hukuk – politika ilişkisine genel bir giriş mahiyetinde olduğundan ve gerek liberal hukuk düzeninin gerek liberal hukuk düzeni eleştirisinin nasıl bir tarihsel gelişim çizgisini takip ettiğinin ortaya konmasını amaçladığından, genel bir kavramsal çerçeve dâhilinde sınırlı kalınarak inşa edilmiştir. Bu bölümde, Realistlerden Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketine uzanan bir süreçte, liberal hukuk düzenini incelemeye ve eleştirmeye yönelmiş 20. yüzyıl hukuk muhalefatinin temel karakteristikleri açıklanmıştır. Zira Eleştirellerin ortaya çıkışında, 60'lı ve 70'li yıllarda giderek yoğunlaşmaya başlayan, geniş kitlelerin toplumsal ve politik karakterli muhalefet ve mücadele süreçlerinin hukuka yansıyan izlerini takip edebilmek mümkündür. Eleştireller, bir taraftan liberal hukuk düzeninin geleneksel kabullerine, kavramlarına, ilkelerine ve yöntemlerine karşı eleştirel bir analize yönelmişken, diğer taraftan hukuk üzerinden geliştirdikleri sistem eleştirisiyle hukuk ile politika arasındaki açık ilişkiyi ve birbirlerine olan bağılıklarını gözler önüne sermişlerdir. Eleştirel hareket, hukuk analizinde, çoğunlukla Marksist ve Weberyen tezlerden yararlanmış, bilhassa hukuk düzeni eleştirilerinde yer yer radikal sol bir

söylemi benimsemiştir. Bununla birlikte hareketin, gerek genel yapısal görünümü gerek teorik söyleminin karakteri itibariyle, tam olarak Marksist bir zemine yerleştirilemeyeceği de tespit edilmiştir. Gerçekten Eleştireller, Marksizm'in kapitalist sisteme yönelik muhalefeti ve analizinin imkânlarından sonuna kadar faydalanmaya çalışmışlarsa da, uygulamada karşılaşılan hukuksal sorunlar karşısında çoğunlukla pragmatist kaygılarla şekillenen çözüm arayışlarına yönelmişlerdir. Dolayısıyla Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin, yer yer sol bir pragmatizmin kalıplarının çok da dışında konumlandırılmayacağı belirtilmelidir.

Çalışmanın ikinci bölümü, liberal hukuk düzeninin ve onun normlar sisteminin yapısal karakterinin araştırılması hususuna odaklanmıştır. Bu bağlamda liberal hukukçuluğun temel kavramlarına, ilkelerine, kabullerine, kategorilerine, metodolojisine ve kurucu öğelerine yönelik, eleştirel bir analiz yöntemi doğrultusunda tespitlerde bulunulmasına uğraşmıştır. İkinci bölüm altında sırasıyla hukuk düzeni, norm, normlar sistemi gibi kavramlarla, formalist ve objektivist hukuk yaklaşımları incelenmeye çalışılarak, söz konusu hukuksal kategorilerin, genel olarak liberal hukuk sisteminin sürdürülebilirliğinde nasıl bir rol oynadıkları meselesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Liberal hukukçuluğun hem yöntem hem de içerik açısından nasıl bir anlamsal dizgeye sahip olduğunun ortaya çıkarılması hedeflenmiştir. Bu doğrultuda, liberal hukuk söyleminin hukuka içkin öğeler olarak kabul ettiği tarafsızlık, kesinlik, öngörülebilirlik ya da nesnellik gibi bir dizi niteliğe ilişkin çeşitli sorgulamalar yapılarak, hukuki belirsizlik tezi, hukukun tarafgirliği ve hukukun ideolojik olması gibi görüşler ele alınmıştır. Bu görüşler çerçevesinde hukukun, liberal hukukçuluğun savlarının aksine söz konusu nitelikler dizisine sahip olmadığı, hatta en açık ve kesin ifadeler olarak kabul edilebilecek normların dahi

uygulamada karşılaşılan olaylar nedeniyle belirsiz bir hale gelebileceği saptanmış; ayrıca hukukun; hem taraflı hem de ideolojik unsurları içkin olarak barındırdığı sonucuna ulaşılmıştır. Hukuk düzeni, bilhassa ideolojik niteliği ve etkinliği sayesinde bir tür sahte bilinç yaratarak, toplumsal ve bireysel olan her şey üzerinde kendi ürettiği hukuk bilincini dayatmaktadır. Bu hukuk bilinci ise, bir dizi kalıplamış inançlar yumağını kullanmak suretiyle, toplumsal ve bireysel itaatın sürdürülebilmesini mümkün kılmaktadır. Böylece egemen iktidar güçleri salt şiddet araçlarının zorlayıcılığına başvurmaya ihtiyaç duymadan, hukuk başta olmak üzere devletin diğer ideolojik aygıtlarının da etkinliği sayesinde, genel bir toplumsal bir rıza yaratabilmekte ve kendi hegemonyalarının devamlılığını sağlayabilmektedirler. Böylece hukuk, hem devletin, iktidarın, politik ve ekonomik hegemonyanın meşruiyetinin ölçütü haline gelirken hem de mevcut sistemin kendisini sürekli biçimde yeniden üretebilmesinin olanaklarını sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle hukuk, mevcut sistemin egemen unsurlarınca, var olan politik ve ekonomik ilişkilerin pek de görülmesi istenmeyen niteliklerinin maskelenebilmesinin ve aynı biçimde devam etmesi arzulanan iktidar süreçleri ile üretim ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin teminatına dönüştürülmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ise, ikinci bölümde ortaya konan ve hukukun, genel olarak olumsuz tarafını temsil eden niteliklerine rağmen, kapitalist sistemin yarattığı adaletsizlik, haksızlık ve eşitsizlikler karşısında, geniş kitleler için taşıdığı önemin ve işlevin anlamı üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda hukukun, söz konusu adaletsizlik, haksızlık ve eşitsizliklerin giderilebilmesinde mücadeleci bir yöntemle nasıl bir eylemlilik içinde kullanılabileceğine yönelik tespitler yapılmıştır. Zira bir normlar sistemi olarak hukuk, taşıdığı tüm olumsuzluklara karşın, her zaman

bu olumsuzlukların azaltılabilmesine yönelik imkânları da bünyesinde barındırmaktadır. Politik ve toplumsal mücadeleler ve kamuoyu baskısıyla desteklenen hukuksal mücadelelerin, son yüzyıllık süreç içinde çalışan sınıflara, etnik ve dinsel ayrımcılığa uğrayan azınlıklara, topluluklara ya da gruplara, kadınlara ve genel olarak toplumun geneline sağladığı kazanımlar azımsanmayacak boyuttadır. İnsan hak ve özgürlükleri, hukuk devleti, hukuksal eşitlik, demokrasi gibi kavramların, siyasal liberalizmin onları konumlandırmaya çalıştığı piyasa merkezli zihniyetin dışına çıkarılarak, içeriklerinin sosyal gerçeklikler temelinde doldurulmasında, en az politik ve toplumsal mücadeleler kadar, hukuksal mücadelelerin ve eylemliliğin de göz ardı edilemez bir fonksiyon üstlendiğinden söz edilebilir. Özellikle politik ve toplumsal mücadelelerdeki kazanımların, gerçek hayatta uygulamaya aktarılmaları, sürekliliklerinin sağlanması ve geliştirilmeleri gerekmektedir. Başta yargılama faaliyetlerinde gerçekleştirilenler olmak üzere, hukukun mücadelecisi kullanımı, toplumsallığın ve sosyal taleplerin piyasa merkezli yönetim paradigmaları karşısında daha güçlü bir biçimde konumlanabilmesinin imkânlarına da kapı aralamıştır.

Çalışmanın son bölümünde ayrıca, özel hukuk ve kamu hukuku ayırımıyla hareket edilerek sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, hukuk devleti ve haklar sistemi gibi hukukun temel öğelerine yönelik bir sorgulama faaliyetine girilmiştir. Bu bağlamda tüm bu unsurların, liberal söylemin içinde egemen pozisyonları işgal ettikleri ve sistemin sürdürülebilmesinin yapı taşlarını oluşturdukları görülmüştür. Gerçekten mülkiyet ve sözleşme özgürlükleri, mevcut üretim süreçlerinin ve ekonomik altyapının devamlılığını sağlarken; hukuk devleti ile haklar sisteminin temelini oluşturan insan hak ve özgürlükleri gibi kavramlar da,

sistemin meşruiyetinde ve olumsuzluklarının maskelenebilmesinde kendilerinden sıklıkla atıf yapılarak yararlanılan öğeler olarak ön plana çıkmaktadır. Tüm bu olumsuzluklarına karşın, sözü edilen hukuki olgular, bilhassa hukukun mücadelecilik kullanımını sayesinde, liberalizmin geleneksel kabullerinin dışında yeni anlamlar da kazanmışlardır. Örneğin sözleşme özgürlüğüne ilişkin yargı içtihatlarında, sözleşme şartlarının 19. yüzyılın piyasa ve özel mülkiyet merkezli liberal yorumu büyük oranda terkedilmiştir. Yasama özelinde, örneğin iş sözleşmelerinde, sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu yeni düzenlemeler getirilmiş; toplu sözleşme gibi, yine sözleşmenin zayıf tarafı olan çalışanın haklarını geliştirmeye yönelik tedbirler alınmıştır. Mülkiyet özgürlüğünün ve hakkının gelenekselleşmiş ve çok geniş bir alana tekabül eden koruma alanı daraltılmış; toplumsal ya da kamusal gerekçelerle mülkiyete müdahale hakkı gündeme gelmiştir. Ayrıca insan sağlığının, çevrenin, doğal yaşamın, tarihi eserlerin korunması gibi gerekçelerle, mülkiyet hakkının kullanımına yönelik kısıtlamalara gidilmiştir. Gerçekleştirilen sosyo-politik mücadeleler neticesinde, konut hakkı gibi talepler daha kuvvetli bir biçimde zikredilir olmuştur.

Kamu hukuku perspektifinden bakıldığında ise, liberal hukuk devleti olgusu daha yoğun bir biçimde tartışılarak, bu devlet anlayışının içyapısından kaynaklanan birtakım problemler de derinlemesine sorgulanmıştır. Bu bağlamda, sadece devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliği ya da devletin temel hak ve özgürlük alanlarına müdahale etmemesi olarak algılanan liberal hukuk devleti kavramının, sosyal ihtiyaçları ve zorunlulukları gözetilen bir minvalde doldurulması gerektiği dillendirilmeye başlanmıştır. Hukuk devletinin, salt gece bekçisi devlet olarak tanımlanmasına karşı çıkmıştır. Devletin, sosyal gerekçelerle, ihtiyaç duyulduğunda

piyasa ve ekonomiye müdahalesi etmesi gerektiği gündeme getirilmiştir. Bu süreçte liberal hukuk devletinden, sosyal hukuk devletine ya da refah devletine kademeli bir dönüşüm de gerçekleşmiştir. Bu konu günümüzde, bilhassa sosyal devletin sağladığı kazanımların, neo-liberal politikalar nedeniyle birer birer geri alınmaya başlanması nedeniyle yeniden önem kazanmıştır. 1980'li yıllarda ortaya çıkan neo-liberal politikalara geri dönüş süreci, 1999 yılında, Dünya Ticaret Örgütü zirvesinin Seattle'da protesto edilmesiyle ve bunu müteakip 2000'li yıllarda hızla yayılan ve örgütlenen küreselleşme karşıtı hareketin doğuşuyla birlikte yeni mücadele alanlarının ve biçimlerinin geliştirilmesini sağlamıştır. Bu bağlamda sosyal nitelikli taleplerin neo-liberal politikalar karşısında daha yoğun ve güçlü bir biçimde dillendirildiği görülmektedir. Haklar sisteminin sorgulanması da, bu doğrultuda bir anlam dizgesine tekabül etmektedir. Gerçekten geleneksel liberalizmin birinci kuşak haklar olarak nitelendirilebilecek haklar kategorisinin, yani temel hak ve özgürlükler sisteminin, tek başına yeterli olmadığı belirtilmiştir. Bu hakların sosyal haklar ve dayanışma hakları gibi yeni hak kategorileriyle desteklenmesi ve geliştirilmesi gerektiği yönünde talepler dile getirilmiş ve bunların gerçekleştirilebilmesine yönelik mücadeleler verilmiştir. Keza liberalizm, bu talepler ve mücadeleler neticesinde, mevcut haklar sistemini, söz konusu yeni hakları ekleyerek düzenleme yolunu tercih etmek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla verilen hukuksal, politik ve toplumsal mücadelelerin, liberalizmin geleneksel söylemi ile ekonomik ve politik sisteminin yapısı üzerinde köklü dönüşümlere sebebiyet verdiği tespitinde bulunmak yanlış olmayacaktır.

Sonuç olarak hukuk mevcut ekonomik, politik, toplumsal, tarihsel süreçlerden beslenen ve onların sayısız uzantılarının belirlenimleri altında üretilen,

biçimlendirilen, değiştirilen bir yapı niteliği taşımaktadır. Hukuk, mevcut ekonomik ve politik sistemin ideolojik bir aygıtı olarak, bir taraftan egemen iktidar paradigmalarının çıkarlarını korumakta fakat diğer taraftan geniş kitlelerin maruz kaldıkları eğitsizlik, sömürü, ayrımcılık gibi haksızlıkların giderilebilmesini de mümkün kılmaktadır. Hukuk, çoğunlukla iktidar sahiplerinin elinde bir araç olarak kullanılmasına, sahte bir meşruiyete hizmet etmesine, sistemin görünmesi istenmeyen yüzünü saklamasına, ideolojik niteliğine, yarattığı hukuk bilinci ile geniş kitleleri hegemonyaya tabi kılmasına ve bu hegemonyaya sayesinde sisteme itaat ettirmesine rağmen, ortaya çıkan adaletsizliklerin giderilebilmesi özelinde, günümüz modern toplumu için, hâlâ “*Pandoranın Kutusu*”nda kalan son şeyi temsil edebilmektedir. Keza insanların hukuka neden ihtiyaç duyduklarının ve neden onu aramayı sürdürdüklerinin sebebini başka türlü açıklamak oldukça güç olsa gerektir. Bu bağlamda hukukun insan için olduğu kabulünden hareketle, hukukun anlamlandırılmasında, değerlendirilmesinde ve en önemlisi konumlandırılmasında devletin, ekonominin, ideolojinin ya da salt hukukun kendisinin bir merkez olarak kabul edilmesinden vazgeçilerek insana yönelmesi, günümüz toplumunun en önemli ve acil ihtiyacı olarak kendini göstermektedir. *Marx*’ın da belirttiği üzere, “*insanın varoluş nedeni yasa değil ama yasanın varoluş nedeni insandır; yasa demokraside insanın var oluşudur*”⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ MARX, Karl, **Hegel’in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 1997, s. 47.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

AGAMBEN, Giorgio, **Tanık ve Arşiv – Auschwitz’den Artakalanlar**, (Çev. Ali İhsan Başgül), Dipnot Yayınları, Ankara (?).

AĞAOĞLULLARI, Mehmet Ali, **Ulus–Devlet ya da Halkın Egemenliği**, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & ÇULHA ZABCI, Filiz & ERGÜN, Reyda, **Kral–Devletten Ulus–Devlete**, İmge Yayınevi, Ankara, 2005.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & KÖKER, Levent, **Kral–Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

AKALIN, Alper, “Liberal İktisat ve Krizler: Her Seferinde Haklı Çıkan Paradigma”, **EskiYeni Dergisi**, S. 10, Y. 2010, (s. 60 – 71).

AKBAŞ, Kasım, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nda Marksist Toplum ve Hukuk Çözümlemesi Eleştirisi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, Y. 2005, (s. 37 – 62).

AKBAŞ, Kasım, **Hukukun Büyübozumu – Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

AKI, Emine İrem, **Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik**, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

AKKAYA KİA, Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006.

AKTAN, Coşkun Can, “Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 28, S. 1, Y. 1995, (s. 3 – 32).

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

AKTAŞ, Sururi, “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, **AÜEHFD**, C. 4, S. 1– 2, Y. 2000, (s. 257 – 274).

ALEXANDRE, Maurice, “Wartime Control of Japanese-Americans”, **28 Cornell L. Q. 385 1942 – 1943**, (s. 385 – 458).

ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. Alp Tümertekin), İthaki Yayınları, İstanbul, 2003.

ALTHUSSER, Louis, **Marx İçin**, (Çev. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2002.

ALTHUSSER, Louis, **Yeniden Üretim Üzerine**, (Çev. A. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2005.

ALTIPARMAK, Kerem, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme” **AÜHFD**, C. 45, S. 1 – 4, Y. 1996, (s. 219 – 250).

ANDERSON, Perry, **Gramsci**, (Çev. Tarık Günersel), Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2007.

ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

ARAL, Vecdi, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

ARENDT, Hannah, **İnsanlık Durumu**, (Çev. Bahadır Sina Şener), 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003.

AST, Friedrich, "Hermeneutics", (Çev. Dora Van Vranken), **The Hermeneutic Tradition – From Ast to Ricoeur**, (Edi. Gayle L. Ormiston, Alan D. Schrift), State University of New York, New York, 1990, (s. 39 – 56).

AYDIN, Öykü Didem, "Düşünce Özgürlüğünün Anlam ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı", **HHFD**, C. 1, S. 2, Y. 2011, (s. 26 – 63).

BADIOU, Alain, **Etik – Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme**, (Çev. Tuncay Birkan), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2006.

BALI, Ali Şafak, **Hukuk – Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2005.

BALKIN, J. M., "Deconstruction's Legal Career", **27 Cardozo L. Rev. 719 2005 – 2006**, (s. 719 – 740).

BALKIN, J. M., "Deconstructive Practice and Legal Theory", **96 Yale L. J. 743 1986 – 1987**, (s. 743 – 786).

BALKIN, J. M., “Nested Oppositions”, **99 Yale L. J. 1669 1989 – 1990**, (a), (s. 1669 – 1747).

BALKIN, J. M., “Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction”, **11 Cardozo L. Rev. 1613 1989 – 1990**, (b), (s. 1613 – 1630).

BASTIAT, Frederic, **Hukuk**, (Çev. Yıldırım Arsan), Liberte Yayınları, Ankara, 2003.

BATT, John, “American Legal Populism: A Jurisprudential and Historical Narrative, Including Reflections on Critical Legal Studies”, **22 N. Ky. L. Rev. 651 1994 – 1995**, (s. 651 – 762).

BAUDRILLARD, Jean, **Tüketim Toplumu**, (Çev. Hazal Deliceçaylı & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.

BELLIOTTI, Raymond A., **Justifying Law – The Debate over Foundations, Goals, and Methods**, Temple University Press, Philadelphia, 1992.

BIÇAK, Vahit, “Cezaevleri de Özelleştirilmeli”, **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 3, S. 12, Y. 1998, (s. 47 – 53).

BONNARD, Roger, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, (Çev. Mehmet Ali Bayar), **İÜHFİM**, C. 2, Y. 1936, (s. 34 – 59).

BOTTOMORE, Tom, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

BRECHT, Arnold, “The Might of Is and Ought”, **54 Harv. L. Rev. 811 1940 – 1941**, (s. 811 – 831).

BUCI–GLUCKSMANN, Christine, “Hegemonya ve Rıza: Politik Bir Strateji”,
Gramsci’ye Farklı Yaklaşımlar, (Edi. Anne Showstack Sassoon),
(Çev. Mustafa Kemal Coşkun, Burcu Şentürk, Ozan Kamiloğlu
vd.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, (s. 121 – 133).

BUMİN, Tülin, **Hegel – Bilinç Problemi, Köle–Efendi Diyalektiği, Praksis Felsefesi**, Üçüncü Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.

CARNOY, Martin, “Gramsci ve Devlet”, (Çev. Mehmet Yetiş), **Praksis Dergisi**, S. 3,
Y. 2001, (s. 252 – 277).

CARRINGTON, Paul D., “Of Law and the River”, **34 J. Legal Educ.** **222 1984**, (s.
222 – 228).

CEMAL, Mustafa, “Hegelci Marx mı, Spinozacı Althusser mi?”, **Birikim Dergisi**, S.
97, Y. 1997, (s. 45 – 49).

CHALLAYE, Felicien, **Mülkiyetin Tarihi**, (Çev. Turgut Aytuğ), 2. Baskı, Remzi
Kitabevi, İstanbul, 1969.

CHOW, Daniel C. K., “Trashing Nihilism”, **65 Tul. L. Rev.** **221 1990 – 1991**, (s. 221
– 298).

ÇAĞIL, Orhan Münir, **Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş**, Fakülteler Matbaası,
İstanbul, 1971.

ÇELİK, Aziz, “Yeni Sorun Alanları, Eğilimler ve Arayışlar – Sendikaların Yeni
Dünyası”, [http://ceko.kocaeli.edu.tr/sosyalpolitikartismalari/
azizcelikmayis2008.pdf](http://ceko.kocaeli.edu.tr/sosyalpolitikartismalari/azizcelikmayis2008.pdf), (E.T. 15.10.2012).

DEANE, Herbert A., “Öğrenci Radikalizmi Üzerine Düşünceler”, (Çev. Liz Amado)
Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998,
(s. 81 – 85).

DEL VECCHIO, Giorgio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, (Çev. Suut Kemal Yetkin),
Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

DELLALOĞLU, Besim F., “Marksizm Üzerine Düşünceler” **Altüst Dergisi**, S. 5, Y.
2012, (s. 27 – 29).

DEMİR, Ömer & ACAR, Mustafa, **Sosyal Bilimler Sözlüğü**, 4. Baskı, Vadi
Yayınları, Ankara, 1998.

DERBİL; Süheyp, “Kavram Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHFD**, C. 2, S. 4, Y. 1945, (s.
18 – 39).

DERBİL, Süheyp, “Kural Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHFD**, C. 3, S. 2 – 4, Y. 1946, (s.
308 – 327).

DERBİL, Süheyp, “Olay Bilimleri ve Hukuk”, **AÜHFD**, C. 3, S. 1, Y. 1946, (s. 32 –
45).

DRIPPS, Donald A., “Justice Harlan on Criminal Procedure: Two Cheers for the
Legal Process School”, **3 Ohio St. J. Crim. L. 125 2005 – 2006**,
(s. 125 – 168).

DUNSFORD, John E. “Nihilism and Legal Education – A Response To Sanford
Levinson”, **St. Louis U. L. J. 27 1986 – 1987**, (s. 27 – 34).

DUXBURY, Neil, “Postrealizm and Legal Process”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Edi. Dennis Patterson), Blackwell Publishing, Malden, 1996, (s. 291 – 301).

DUVERGER, Maurice, “**Siyaset Sosyolojisi**”, (Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınevi, İstanbul, 1995.

EAGLETON, Terry, **İdeoloji – Giriş**, (Çev. Muttalip Özcan), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.

ENGELS, Friedrich, **Anti– Dühring**, (Çev. Kenan Somer), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003.

ENGELS, Friedrich, “Hukukçular Sosyalizmi”, **Din Üzerine**, (Karl Marx & Friedrich Engels), (Çev. Kaya Güvenç), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2002, (s. 249 – 252).

ENGELS, Friedrich, **Konut Sorunu**, (Çev. Güneş Özdural), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992.

ENGELS, Friedrich, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu**, (Çev. Sevim Belli), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1992.

ERDOĞAN, İrfan, “Kitle İletişimi Örneğinde Marksist Siyasal Ekonomi Yaklaşımı Üzerine Bir Tartışma”, **Praksis Dergisi**, S. 4, Y. 2001, (s. 276 – 313).

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, C. 1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.

ERGİL, Doğu, “Yabancılaşma Kuramına İlk Katkılar”, **AÜSBFD**, C. 33, S. 3 – 4, Y. 1978, (s. 93 – 108).

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Hukuku – Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

EYRENCİ, Öner, “Anayasa’nın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir bakış”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 1981, (s. 45 – 57).

FOUCAULT, Michel, **Büyük Kapatılma**, (Çev. Işık Ergüden & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.

FOUCAULT, Michel, **İktidarın Gözü – Seçme Yazılar 4**, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003.

FRANK, Jerome, **Law & The Modern Mind**, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.

FRIEDMAN, Lawrence M., “The Law and Society Movement”, **38 Stan. L. Rev.** **763 1985 – 1986**, (s. 763 – 780).

FRIEDMAN, Milton & FRIEDMAN, Rose, **Free to Choose – A Personal Statement**, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1980.

FRIEDMAN, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk & Nilgün Himmetoğlu), 2. Baskı, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2011.

GABEL, Peter & HARRIS, Paul, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law”, **11 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 369 1982 – 1983**, (s. 369 – 411).

GADAMER, Hans – Georg, **Hakikat ve Yöntem**, C. 2, (Çev. Hüsamettin Arslan [İng.] & İsmail Yavuzcan [Alm.]), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2009.

GADAMER, Hans–Georg, “Kuşkucu Hermeneutik”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Çev. / Der. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, (s. 149 – 159).

GADAMER, s. Hans–Georg, “Metin ve Yorum”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, (s. 284 – 319).

GIDDENS, Anthony, **Max Weber Düşüncesinde Siyaset ve Sosyoloji**, (Çev. Ahmet Çiğdem), 3. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, 1999.

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

GORDON, Robert W., “Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi”, (Çev. Serkan Gölbaşı), **İÜHFİM**, C. LXIV, S. 2, Yıl: 2006, (387 – 410).

GORDON, Robert W., “Critical Legal Histories”, **36 Stan. L. Rev. 57 1984**, (s. 57 – 125).

GORDON, Robert W., “Some Critical Theories of Law and Their Critics”, **The**

Politics of Law – A Progressive Critique, (Edi. David Kairys), 3. Baskı, Basic Books, New York, 1998, (s. 641 – 661).

GORDON, Robert W., “Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law”, **15 Fla. St. U. L. Rev. 195 1987**, (s. 195 – 220).

GÖRKEM, Hilal, **Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuk Dersleri**, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Yayınları, Bursa, 2007.

GRAMSCI, Antonio, **Hapishane Defterleri – Seçmeler**, (Çev. Kenan Somer), Onur Yayınları, İstanbul, 1986, (a).

GRAMSCI, Antonio, **Hapishane Defterleri – Seçmeler**, 2. Baskı, (Çev. Adnan Cemgil), Belge Yayınları, İstanbul, 1986, (b).

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.

GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.

GÜRKAN, Ülker, **Hukukî Realizm Akımı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.

GÜRKAN, Ülker, **Sosyolojik Hukuk İlmi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayınları, Ankara, 1961.

GÜRLER, Sercan, “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib’in Yaklaşımı”,

İÜHFİM, C. 66, S. 2, Y. 2008, (s. 91 – 128).

HABERMAS, Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü**, (Çev. Tanıl Bora, Mithat

Sancar), İletişim Yayınları, İstanbul, 1997.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu – Normatif Bir Yapı Olarak Ceza**

Hukuku Düzeni, 2. Baskı, US–A Yayıncılık, Ankara, 1996.

HAINES, Charles Grove, “General Observations on the Effects of Personal,

Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges”, **17**

Ill. L. R. 96 1922 – 1923, (s. 96 – 116).

HANÇERLİOĞLU, Orhan, **Felsefe Ansiklopedisi, Kavramlar ve Akımlar, Cilt 4**,

Remzi Kitabevi, 1978, İstanbul.

HART, H. L. A., **The Concept of Law**, 2. Baskı, Oxford University Press, New

York, 1994.

HASNAS, John, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal

Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy

Argument”, **45 Duke L. J. 84 1995 – 1996**, (s. 84 – 132).

HAYEK, Friedrich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Adaletin ve Politik**

İktisadın Liberal İlkelerinin Yeni Bir İfadesi, C.1 (Kurallar ve

Düzen), (Çev. Atilla Yayla), 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür

Yayınları, Ankara, 1996.

HAZARD, John N., “Marksizm ve Hukuk Tarihsel Deney: Ekim Devrimi Sonrası Sovyet Hukuk Kuramının Oluşumu”, (Çev. Onur Karahanoğulları), **Praksis Dergisi**, S. 10, Y. 2003, (s. 279 – 300).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Tinin Görüngübilimi**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2004.

HIRSCH, Ernest E., “İktidar ve Hukuk”, (Çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Araştırmaları**, C. 2, S. 3, Y. 1987, (s. 40 – 49).

HİRŞ, E., “Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?”, **AÜHFD**; C. 2, S. 1, Y. 1944, (s. 19 – 61).

HOBBS, Thomas, **Elementa Philosophica De Cive – Yurттаşlık Felsefesinin Temelleri**, (Çev. Deniz Zarakolu), Belge Yayınları, İstanbul, 2007.

HOBBS, Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, (Çev. Semih Lim), 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

HORKHEIMER, Max, **Akıl Tutulması**, (Çev. Orhan Koçak), 5. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2002.

HOY, David Couzens, “Heidegger ve Hermeneutiğe Dönüş”, **İnsan Bilimlerine Prolegomena – Dil, Gelenek ve Yorum**, (Çev. / Der. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, (s. 251 – 274).

HUNT, Alan, “Getting Marx and Foucault into Bed Together”, **31 J.L. & Soc’y 592 2004**, (s. 592 – 609).

HUNT, Alan, “Marxist Theory of Law”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Edi. Dennis Patterson), Blackwell Publishing, Malden, 1996, (s. 355 – 366).

HUNT, Alan, “The Big Fear: Law Confronts Postmodernism”, **35 McGill L. J. 507 1989 – 1990**, (s. 509 – 540).

HUNT, Alan, “The Theory of Critical Legal Studies”, **6 Oxford J. Legal Stud. 1 1986**, (s. 1 – 45).

HUTCHINSON, Allan C., “Introduction”, **Critical Legal Studies**, (Edi. Allan C. Hutchinson), Alan Rowman & Littlefield Publishers, New Jersey, 1989, (s. 1 – 11).

HUTCHINSON, Allan C. & MONAHAN, Patrick J., “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, **36 Stan. L. Rev. 199 1984**, (s. 199 – 245).

IRELAND, Paddy, “History, Critical Legal Studies and Mysterious Disappearance of Capitalism”, **65 Mod. L. Rev. 120 2002**, (s. 120 – 140).

IŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

IŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

IŞIKTAÇ, Yasemin, “Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırt Edici Özellikler”, **Argumentum**, Y. 3, S. 27, Ekim 1992, (s. 435 –

437).

IŞIKTAÇ, Yasemin & METİN, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

İNSEL, Ahmet, “İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki”, **Güncel Hukuk**, Aralık 2005, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113>, (E.T. 01.10.2012).

İSPİR TOPRAK, Zeynep, **H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı**, Ankara, 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

JAPP, Uwe, “Hermeneutik, Filoloji ve Edebiyat”, **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), 2. Baskı, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2003, (s. 231 – 311).

KABOĞLU, İbrahim, Ö. “Evrensel Bildirge'nin 43 üncü Yıldönümünde İnsan Hakları Üzerinde Yeniden Düşünmek”, **Argumentum**, Y. 2, S. 17, Aralık 1991, (s. 253 – 257).

KANT, Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, (Çev. Ioanna Kuçuradi), 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2002.

KANT, Immanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, (Çev. Ioanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı), 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994.

KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 10. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998.

KARADENİZ, Özcan, **Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı**,

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Özcan, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyeti’nin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **BATİDER**, C. 13, S. 3 – 4, Y. 1986, (s. 157 – 184).

KARAHANOĞULLARI, Onur, “Marksizm ve Hukuk”, **AÜSBFD**, C. 57, S. 2, Y. 2002, (s. 61 – 92).

KARAHANOĞULLARI, Onur, “Marksizm ve Hukuk Yazın İncelemesi”, **AÜSBFD**, C. 58, S. 3, Y. 2003, (s. 197 – 232).

KELLNER, Douglas, **Herbert Marcuse and the Crisis Of Marxism**, University of California Press, California, 1984.

KENNEDY, Duncan, “Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni”, (Çev. Kasım Akbaş), **Mülkiye Dergisi**, C. 31, S. 257, Y. 2007, (s. 175 – 180).

KENNEDY, Duncan, “Critical Labour Law Theory: A Comment”, **4 Indus. Rel. L. J. 503 1980 – 1981**, (s. 503 – 506).

KENNEDY, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, **89 Harv. L. Rev. 1685 1975 – 1976**, (s. 1685 – 1778).

KENNEDY, Duncan, “Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies” **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Vol. 2, (Edi. Peter Newman), Palgrave Macmillan, 1998, (s. 465 – 474).

KENNEDY, Duncan, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, **28 Buff. L. Rev. 205 1978 – 1979**, (s. 205 – 382).

KENT, Stephen A., “Weber, Goethe, and the Nietzschean Allusion: Capturing the Source of the ‘Iron Cage’”, **Sociological Analysis**, Vol. 44, No. 4, Winter 1983, (s. 297 – 319).

KEYMAN, Selâhattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara, 1981.

KEYMAN, Selâhattin, “Hukuki Pozitivizm”, **AÜHFD**, C. 35, S. 1 – 4, Y. 1978, (s. 17 – 56).

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, **AÜHFD**, C. 38, S. 1 – 4, Y. 1981, (s. 209 – 222).

KISIEL, Theodore, “Geleneğin Vukubulması: Gadamer ve Heidegger’in Hermeneutiği”, **İnsan Bilimlerine Prolegomena – Dili Gelenek ve Yorum**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, (s. 181 – 207).

KIZILÇELİK, Sezgin & ERJEM, Yaşar, **Açıklamalı Sosyoloji Sözlüğü**, 4. Baskı, Saray Kitabevleri, İzmir, 1996.

KÖKER, Levent, **İki Farklı Siyaset – Bilgi Teorisi–Siyaset İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştirel Teori**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.

LASSWELL, Harold D. & McDougal Myres S., “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, **52 Yale L. J. 203**

1942 – 1943, (s. 203 – 295).

LEIBHOLZ, Gerhard, “Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek”, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), **AÜHFD**, C. 30, S. 1, Y. 1973, (s. 1 – 5).

LEFF, Arthur Allen, “Economic Analysis of Law: “Some Realism About Nominalism”, **60 Va. L. Rev.** **451**, **1974**, (s. 451 – 482).

LEFF, Arthur Allen, “Unspeakable Ethics, Unnatural Law”, **1979 Duke L. J.** **1229**, **1979**, (s. 1229 – 1249).

LENIN, V. I., **Devlet ve İhtilâl –Marksist Devlet Öğretisi ve Proleteryanın Devrimdeki Görevleri**, (Çev. Süleyman Arslan), 4. Baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara, 1978.

LLEWELLYN, Karl N., “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, **30 Colum. L. Rev.** **431 – 1930**, (s. 431 – 465).

LLEWELLYN, Karl N., “Some Realism About Realism – Responding To Dean Pound”, **44 Harv. L. Rev.** **1222 1930 – 1931**, (s. 1222 – 1264).

LOCKE, John, **İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme (III. – IV. Kitap)**, (Çev. Meral Delikara Topçu), Öteki Yayınevi, Ankara, 1999.

LUBAN, David, “Against Autarky”, **34 J. Legal Educ.** **176 1984**, (s. 176 – 189).

LUKACS, Georg, “What is Orthodox Marxism?”, “**History & Class Consciousness**”, <http://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/orthodox.htm>, (E.T. 29.07.2012).

LUPU, Ira C., “The Most–Cited Federalist Papers”, **15 Const. Comment. 403 1998**, (s. 403 – 410).

MACAULAY, Stewart, “Law and the Behavioral Sciences: Is There Any There There?”, **6 Law & Pol’y 149 1984**, (s. 149 – 187).

MANDEL, Ernest & NOVACK, George, **Marksist Yabancılaşma Kuramı**, (Çev. Olcay Göçmen), Yücel Yayınları, İstanbul, 1975.

MARCUSE, Herbert, **Tek Boyutlu İnsan – İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler**, (Çev. Aziz Yardımlı), 3. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997.

MARCUSE, Herbert, “Yeni Baskı Döneminde Hareket: Bir Değerlendirme”, (Çev. Mert Keçik), **Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi**, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998, (s. 69 – 80).

MARTIN, Peter W., ““Of Law and the River” and of Nihilism and Academic Freedom”, **35 J. Legal Educ. 1 1985**, (s. 1 – 26).

MARTINEZ, George A., “The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness”, **Harv. Latino. L. Rev. 321 1997**, (s. 321 – 347).

MARX, Karl, **1844 Elyazmaları – Ekonomi Politik ve Felsefe**, (Çev. Kenan Somer), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993.

MARX, Karl, **Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı**, (Çev. Sevim Belli), 5. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993.

MARX, Karl, **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 1997.

MARX, Karl, **Kapital – Ekonomi Politüğın Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satlıgan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.

MARX, Karl, **Kapital – Ekonomi Politüğın Eleştirisi III. Cilt**, (Çev. Alaattin Bilgi), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003.

MARX, Karl, **Yahudi Sorunu**, (Çev. Niyazi Berkes), Sol Yayınları, Ankara, 1997.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, (Çev. Sevim Belli), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Çev. ve Der. Rona Serozan), 2. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul, 2010.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Kutsal Aile ya da Eleştirel Eleştirinin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), 3. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2003.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Seçme Yazışmalar 1 – 1844 – 1869**, (Çev. Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara, 1995.

MATSUDA, Mari J., “Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations”, **22 Harv. C.R. – C.L. L. Rev. 323 1987**, (s. 323 – 399).

McGARY, Howard, “Alienation and the African–American Experience”, **Alienation and Social Criticism**, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, (s. 132 – 146).

MENSCH, Elizabeth, “The History of Mainstream Legal Thought”, **The Politics of Law – A Progressive Critique**, (Edi. David Kairys), 3. Baskı, Basic Books, New York, 1998, (s. 23 – 53).

MILL, John Stuart / HAMILTON, Alexander / MADISON, James / etc., **American State Papers – The Federalist**, Encyclopaedia of Britannica Inc., Chicago, 1952.

MINDA, Gary, “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, **50 Ohio St. L. J. 599 1989**, s. (599 – 662).

MISCH, Georg, “Tin Bilimleri Kuramı İçinde Yaşama Felsefesi Düşüncesi”, **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003, (s. 35 – 55).

MIZRAK, Dilan & TEMİZ, Özgür, “Hukuk ve Politika – Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, 2009, (s. 77 – 97).

MÜLLER, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Edi. Fazıl Sağlam), (Çev. Bertil Emrah Oder & Korkut Kanatoğlu & Osman Can), T.C. Maltepe Üniversitesi, İstanbul, 2009.

Note, “Round and ‘Round The Bramble Brush: From Legal Realism to Critical

Legal Scholarship”, **95 Harv. L. Rev. 1669 1981–1982**, (s. 1669 – 1690).

NOZICK, Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000.

OĞUZMAN, Kemal & ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

OLIPHANT, Herman, “A Return to Stare Decisis”, **6 Am. L. Sch. Rev. 215 1926 – 1930**, (s. 215 – 230).

ÖKÇESİZ, Hayrettin, “Hukuk ve Dil”, **Argumentum**, Y. 2, S. 14, Eylül 1991, (s. 205 – 207).

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Sivil İtaatsizlik**, 4. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.

ÖKTEM, Niyazi, “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, **İÜHFİM**, C. 43, S. 1 – 4, Y. 1977, (s. 271 – 299).

ÖKTEM, Niyazi, “Toplumsal Gelişme ve Hukukta Kalite”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1 – 2, Y. 1999 – 2000, (s. 685 – 698).

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZBUDUN, Sibel & MARKUS, George & DEMİRER, Temel, **Yabancılaşma ve ...**, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2008.

ÖZCAN, Mehmet Tevfik, “Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım”, **Adalet Kavramı**, (Edi. Adnan Güriz), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, (s. 57 – 75).

ÖZCAN, Mehmet Tevfik, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

ÖZCAN, Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

ÖZDEMİR, Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen – Uluslararası Hukuk Kuramında Eleştirelilik ve Emperyalizm**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

ÖZDEMİR, Ali Murat, “Hukukun Krizi: Günümüz Türkiye’sinde İktidar ve Şiddet”, **Çalışma ve Toplum**, S. 26, Y. 2010, (s. 51 – 70).

ÖZDEMİR, Ali Murat, **Sözün Mülkiyeti – Hukukun Ekonomi Politikği**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.

ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **AÜHFĐ**, C. 51, S. 2, Y. 2002, (s. 1 – 18).

ÖZLEM, Doğan, **Etik –Ahlak Felsefesi–**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZLEM, Doğan, **Tarih Felsefesi**, 9. Baskı, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2001.

PAPPENHEIM, Fritz, **Modern İnsanın Yabancılaşması – Marx’a ve Tönnies’e Dayalı Bir Yorum**, (Çev. Salih Ak), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002.

- PARLA, Taha, “Özgürlük, Eşitlik, Demokrasi”, **Ürün Sosyalist Dergi**, S. 18, Nisan – Mayıs 2005, <http://www.urundergisi.com/makaleler.php?ID=1602>, (E.T. 19.04.2012).
- PASUKANIS, EVGENY B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.
- PETER, Gabel & Kennedy, Duncan, “Roll Over Beethoven”, **36 Stan. L. Rev. 1 1984**, (s. 1 – 55).
- PIERSON, Charles W., “The Federalist in the Supreme Court”, **33 Yale L. J. 728 1923 – 1924**, (s. 728 – 735).
- PIERSON, Christopher, **Modern Devlet**, (Çev. Dilek Hattatoğulları), Çiviyazıları, İstanbul, 2000.
- POSTMAN, Neil, **Televizyon: Öldüren Eğlence – Gösteri Çağında Kamusal Söylem**, (Çev. Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1994.
- POULANTZAS, Nicos, **Faşizm ve Diktatörlük**, (Çev. Ahmet İnsel), (Haz. Murat Belge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- POUND, Roscoe, “The Theory of Judicial Decision III”, **36 Harv. L. Rev. 940 1922 – 1923**, (s. 940 – 959).
- RADIN, Max, “The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think”, **11 A.B.A. J. 357 1925**, (s. 357 – 362).
- RAWLS, John, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı**

Sivil İtaatsizlik, (Çev. Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, (s. 54 – 75).

RICHARDS, David A. J., “The Theory of Adjudication and the Task of the Great Judge”, **1 Cardozo L. Rev. 171 1979**, (s. 171 – 218).

RICOEUR, Paul, “Metin Modeli: Bir Metin Olarak Anlamlı Eylem”, **Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler**, (Der. / Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, (s. 100 – 125)

RIEDEL, Manfred, “Wilhelm Dilthey’da Teorik Bilme ve Pratik Yaşama Kesinliği Bağintısı”, **Hermeneutik Üzerine Yazılar**, (Der. / Çev. Doğan Özlem), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003, (s. 59 – 92).

ROUSSEAU, Jean Jacques, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Köken ve Temelleri Üzerine Söylem**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, (Çev. Alpagut Erenulu), Öteki Yayınevi, Ankara, 1996.

RUDD, Mark, “Columbia: Bahar İsyanı Üzerine Notlar” (Çev. Özden Arıkan), **Cogito – 3 Aylık Düşünce Dergisi**, 2. Baskı (2008), S. 14, Y. 1998, (s. 51 – 68).

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı, Hukuk Devleti ve Devlet Çetesi”, **“Devlet Aklı”**

Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004 (a),
(s. 47 – 68).

SANCAR, Mithat, “Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (mi?)”,
“Devlet Aklı” Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları,
İstanbul, 2004, (b), (s. 69 – 84).

SANCAR, Mithat, “Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve”, **“Devlet Aklı”**
Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004 (c),
(s. 29 – 46).

SANCAR, Mithat, **Hukuk Devletinin Genel Teorisi**, Dipnot Yayınları, Ankara,
2006.

SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, Ankara, 1995, (Yayınlanmamış
doktora tezi).

SANCAR, Mithat, “Yasallık İle Meşruluk Geriliminde Hukuk Devleti”, **“Devlet**
Aklı” Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul,
2004 (d), (s. 85 – 101).

SANCAR, Mithat & ÜMİT ATILGAN, Eylem, **“Adalet Biraz Es Geçiliyor...”** –
Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, TESEV
Yayınları, İstanbul, 2009.

SARAT, Austin, “Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate
Persistence of A Research Tradition”, **9 Legal Stud. F. 23 1985**, (s.
23 – 31).

SASSOON SHOWSTACK, Anne, “Hegemonya, Mevzi Savaşı ve Politik Müdahale”, **Gramsci’ye Farklı Yaklaşımlar**, (Edi. Anne Showstack Sassoon), (Çev. Mustafa Kemal Coşkun, Burcu Şentürk, Ozan Kamiloğlu vd.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2012, (s. 97 – 120).

SCHMITT, Carl, **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, (Çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.

SCIARAFFA, Stefan, “Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder”, **Legal Theory**, V. 5, I. 02, June 1999, (s. 201 – 219).

SCHLEGEL, John Henry, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies”, **36 Stan. L. Rev. 391 1984**, (s. 391 – 411).

SCHLESINGER, Rudolf, **Marksizm ve Sovyet Hukuk Teorisi**, (Çev. Metin Aktan), Sinan Yayınları, İstanbul, 1974.

SCHWARTZ, Louis B., “With Gun and Camera Through Darkest CLS–Land”, **36 Stan. L. Rev. 413 1984**, (s. 413 – 464).

SHERMAN, Howard, “Marx and Determinism”, **Journal of Economic Issues**, Vol. 15, No. 1, 1981, (s. 61 – 71).

SILBEY, Susan S. & SARAT, Austin, “Critical Traditions in Law and Society Research”, **21 Law & Soc’y Rev. 165 1987 – 1988**, (s. 165 – 174).

SIMON, William H., “Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System”, **92**

Yale L. J. 1198 1982 – 1983, (s. 1198 – 1269).

SKALNIK, Peter, “Bir Süreç Olarak Erken Devlet”, **Erken Devlet, Kuramlar – Veriler – Yorumlar**, (Edi. Henri J. M. Claessen & Peter Skalnik), (Çev. Alâeddin Şenel), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1993, (s. 247 – 276).

SLATER, Phil, **Frankfurt Okulu**, (Çev. Ahmet Özden), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1998.

SMITH, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, (Çev. Haldun Derin), 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011.

Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, C. 5, İletişim Yayınları, İstanbul, 1988.

SUNAR, İlkay, **Düşün ve Toplum**, Doruk Yayıncılık, Ankara, 1999.

ŞAHİN, Mehmet & GÖRKEM, Hilal, “Kamusal Hizmet Olarak Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği”, **Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, C. 14, S. 2, Y. 2007, (s. 19 – 29).

ŞENEL, Alâeddin, **Siyasal Düşünceler Tarihi – Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, 6. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1996.

TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

The Anti-Federalist, (Edi. Herbert J. Storing), The University of Chicago Press, Chicago, 1985.

TİMUÇİN, Afşar, **Düşünce Tarihi 2 – Gerçekçi Düşüncenin Gelişimi**, 5. Baskı, Bulut Yayınları, İstanbul, 2005.

TOPÇUOĞLU, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi**, C. 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.

TRUBEK, David M., “Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement”, **18 Fla. St. U. L. Rev. 1 1990 – 1991**, (s. 1–55).

TRUBEK, David M., “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, **36 Stan. L. Rev. 575 1984**, (s. 575 – 622).

TRUBEK, David M., & ESSER, John, “Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?”, **14 Law & Soc. Inquiry 3 1989**, (s. 3 – 52).

TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969.

TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", **100 Yale L. J. 1515**
1990 – 1991, (s. 1515 – 1544).

TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and
Underpinnings", **36 J. Legal Educ. 505 1986**, (s. 505 – 517).

TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in
Deconstruction", **36 Stan. L. Rev. 623 1984**, (s. 623 – 647).

TUSHNET, Mark, "Legal Scholarship: Its Causes and Cure", **90 Yale L. J. 1205**
1980 – 1981, (s. 1205 – 1223).

TUSHNET, Mark, "Perspectives on Critical Legal Studies – Introduction", **52 Geo.**
Wash. L. Rev. 239 1983 – 1984, (s. 239 – 242).

TUSHNET, Mark, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of
Public Law Scholarship in the Seventies", **57 Tex. L. Rev. 1307**
1978 – 1979, (s. 1307 – 1359).

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "1789 Bildirisinin Özgürlük Anlayışına Farklı Bir
Yaklaşım Denemesi", **Argumentum**, Y. 3, S. 35, Haziran 1993, (s.
625 – 636).

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", **İÜHFİM**, C. LVIII, S.
1 – 2, Y. 2000, (s. 79 – 95).

UĞUR, Aydın, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi
ve Hukuk Alanına Uygulanması", **AÜSBFD**, C.; 38, S. 1 – 4, Y.
1983, (s. 181 – 195).

UNGER, Roberto Mangabeira, **False Necessity – Anti–Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy**, Verso, London, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira, “The Critical Legal Studies Movement”, **96 Harv. L. Rev. 561 1982 – 1983**, (s. 561 – 675).

UNGER, Roberto Mangabeira, **The Critical Legal Studies Movement**, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

UYGUR, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, Y. 2003, (s. 145 – 176).

UZUN, Ertuğrul, “Analitik Pozitivizmin Özü: Hukukun Ahlâktan Ayrılması”, *Günışığı – Aylık Hukuk Dergisi*, S. 14, Y. 2004, <http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/analitikpozitivizminoza.pdf>, (E.T. 12.10.2012).

ÜMİT, Eylem, “Marx’sız Bir Gelecek Neden Düşünülemez?”, **HFSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi – 17. Kitap**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, (s. 128 – 136).

ÜYE, Saim, “Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 68, S. 3, 2010, (s. 23 – 48).

VEILLEUX, John, “Scientific Model in Law”, **75 Geo. L. J. 1967 1986 – 1987**, (s. 1967 – 2004).

VERGARA, Francisco, **Liberalizmin Felsefî Temelleri – Liberalizm ve Etik**, (Çev.

Bülent Arıbaşı), İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.

VESTAL, Christine, “States Probe Limits of Abortion Policy” <http://www.pewstates.org/projects/stateline/headlines/states-probe-limits-of-abortion-policy2-85899387496>, (E.T. 27.09.2012).

WAGNER, Peter, **Modernliğin Sosyolojisi – Özgürlük ve Cezalandırma**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.

WALLERSTEIN, Immanuel, **Tarihsel Materyalizm**, (Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 1992.

WASSERSTROM, Richard, “Legal Education and the Good Lawyer”, **34 J. Legal Educ. 155 1984**, (s. 155 – 162).

WEBER, Max, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, (Çev. Zeynep Gürata), Ayraç Yayınevi, Ankara, 2002.

WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul, 1996.

WEBER, Max, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, (Çev. Özer Ozankaya), İmge Kitabevi, Ankara, 1995.

West’s Encyclopedia of American Law, Vol. 5 / Fri to Jam, (Edi. Jeffrey Lehman & Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005.

West’s Encyclopedia of American Law, Vol. 6 / Jap to Ma, (Edi. Jeffrey Lehman &

Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005.

West's Encyclopaedia of American Law, Vol. 7 / Mc to Pl, (Edi. Jeffrey Lehman &

Shirelle Phelps), 2. Baskı, Thomson / Gale, Detroit, 2005.

WHITFORD, William C., "Critical Empiricism: A Comment on David M. Trubek &

John Esser, Gerd Winter & Volkmar Gessner", **12 German L. J.**

179 2011, (s. 179 – 185).

WHITFORD, William C., "Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-

CLS World", **1986 Wis. L. Rev. 755 1986**, (s. 755 – 779).

WHITE, G. Edward, "From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated

Intellectual History", **40 SW L. J. 819 1986 – 1987**, (s. 819 – 843).

WHITE, G. Edward, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence

and Social Change in Early Twentieth-Century America", **58 Va.**

L. Rev. 999 1972, (s. 999 – 1028).

YALÇIN SANCAR, Türkan, "**Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti,**

Adliyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza

Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.

159/1 – Yeni TCK m. 301/1–2)", 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık,

Ankara, 2006.

YAYLA, Atilla, **Özgürlük Yolu – Hayek'in Sosyal Teorisi**, Turhan Kitabevi,

Ankara, 1993.

YILMAZ, Zafer, "Althusser'in Bilim, İdeoloji ve Düzeyler Teorisinin Açmazları:

Üstbelirlenimden Post-belirlenime”, **Praksis Dergisi**, S. 4, Y. 2001, (s. 35 – 74).

YNTEMA, Hessel E., “The Hornbook Method and The Conflict of Laws”, **37 Yale L. J. 468 1927 – 1928**, (s. 468 – 483).

YÜKSEL, Mehmet, **Modernite Postmodernite ve Hukuk**, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.

Diğer Kaynaklar

10.07.1940 gün 2/77 sayılı YİBGK Kararı.

25.5.1954 gün 8/18 sayılı YİBGK Kararı.

6.6.1979 gün 14/190–799 sayılı Y1.HD Kararı.

22.3.1985 gün 14/399–232 sayılı YHGK Kararı.

22.3.1985 gün 14/544–233 sayılı YHGK Kararı.

22.3.1985 gün 14/596–234 sayılı YHGK Kararı.

22.3.1985 gün 14/597–235 sayılı YHGK Kararı.

22.3.1985 gün 14/598–236 sayılı YHGK Kararı.

22.3.1985 gün 14/649–237 sayılı YHGK Kararı.

29.1.1986 gün ve 14/849–57 sayılı YHGK Kararı.

21.3.1986 gün ve 14/541–257 sayılı YHGK Kararı

24.9.1986 gün 8/270–780 sayılı YHGK Kararı.

30.9.1988 gün 1988/2 sayılı YİBGK Kararı.

Adair v. United States – **208 U.S. 161** (1908), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/161/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Adkins v. Children's Hosp. – **261 U.S. 525** (1923), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Akşam Gazetesi, http://aksam.medyator.com/2010/11/21/haber/yasam/7960/yok_mu_can_kurtaran_.html, (E.T. 10.11.2012).

Automobile Workers v. Johnson Controls – **499 U.S. 187** (1991), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/187/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Brown v. Board of Education of Topeka – **347 U.S. 483** (1954), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Craig v. Boren – **429 U.S. 190** (1976), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/190/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Cumming v. Richmond County Board of Education – **175 U.S. 528** (1899), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/528/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

Eisenstadt v. Baird – **405 U.S. 438** (1972), <http://supreme.justia.com/cases/federal/>

[us/405/438/case.html](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html), (E.T. 27.09.2012).

Ex parte Endo, **323 U.S. 283** (1944), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/283/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

Frontiero v. Richardson – **411 U.S. 677** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/677/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Griggs v. Duke Power Co. – **401 U.S. 424** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Griswold v. Connecticut – **381 U.S. 479** (1965), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States – **379 U.S. 241** (1964), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/241/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

Hernandez v. Texas – **347 U.S. 475** (1954), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/475/case.html>, (E.T. 26.09.2012).

Hirabayashi v. United States, **320 U.S. 81** (1943), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

<http://nclg.org.uk/lecture-archive/>, (E.T. 01.11.2012).

Korematsu v. United States, **323 U.S. 214** (1944), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

Lochner v. New York, **198 U.S. 45** (1905), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us>

[/198/45/case.html](#), (E.T. 27.09. 2012).

Loving v. Virginia – **388 U.S. 1** (1967), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

MacPherson v Buick Motor Co., **217 NY 382** (1916), (http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/macpherson_buick.htm), (E.T. 25.05.2012).

McDonnell Douglas Corp. v. Green – **411 U.S. 792** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Phillips v. Martin Marietta Corp. – **400 U.S. 542** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/542/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n – **413 U.S. 376** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/376/case.html>, (27.09.2012).

Plessy v. Ferguson – **163 U.S. 537** (1896), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Powell v. Alabama – **287 U.S. 45** (1932), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html>, (E.T. 27.09. 2012).

Reed v. Reed – **404 U.S. 71** (1971), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/71/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Regents of Univ. of California v. Bakke – **438 U.S. 265** (1978), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Roberts v. United States Jaycees – **468 U.S. 609** (1984), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/609/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Roe v. Wade – **410 U.S. 113** (1973), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Sabah Gazetesi, http://www.sabah.com.tr/Yasam/2011/01/05/ambulansa_yol_verene_kirmizi_isikta_ceza_yok, (E.T. 10.11.2012).

Shelley v. Kraemer – **334 U.S. 1** (1948), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/1/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Steelworkers v. Weber – **443 U.S. 193** (1979), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Sweatt v. Painter – **339 U.S. 629** (1950), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/629/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Tennessee Coal Co. v. Muscoda Local No. 123 – **321 U.S. 590** (1944), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/590/case.html#597>, (E.T. 27.09.2012).

Transcript of Executive Order 9066: Resulting in the Relocation of Japanese (1942), <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=74&page=transcript>, (E.T. 28.05.2012).

United States v. Virginia – **518 U.S. 515** (1996), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

Yasui v. United States, **320 U.S. 115** (1943), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/115/case.html>, (E.T. 28.05.2012).

West Coast Hotel Co. v. Parrish – **300 U.S. 379** (1937), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/case.html>, (E.T. 27.09.2012).

ÖZET

Hukuka yönelik klasik yaklaşımlar, hukuk ile politika arasında kesin bir ayırım olduğu öncülüne dayanmaktadırlar. Bu bağlamda hukuk, tarafsız, nesnel, kesin, öngörülebilir sonuçlara ulaşılabilen bir alan olarak kabul edilmektedir. Aynı zamanda klasik yaklaşımlar hukuku politikadan açık bir biçimde ayırmakta ve kendi başına değerlendirilebilecek bir olgu olarak görmektedirler. Hukuku, biçimsel bir yöntemle değerlendiren bu yaklaşımlar, hukuk düzenini, politik ve ekonomik liberalizmin ihtiyaçlarını karşılamaya dönük bir yönde şekillendirmişlerdir. Böylece 18. ve 19. yüzyıllarda, liberal hukuk düzeninin esasları ortaya çıkmıştır. Buna karşın 20. yüzyılın başlarından itibaren, hukukun sadece hukuksal araçlarla değerlendirilmesine dönük, içine kapanık hukuk algısına itirazlar yapılmaya başlanmıştır. Öncelikle Hukuki Realizm akımı, daha sonra Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, liberal hukuk düzenine karşı eleştirel bir tutum takınarak hukukun liberal yorumunun kabullerini incelemişlerdir. Özellikle Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukukun belirsiz, taraflı ve ideolojik olduğundan hareketle “hukuk politiktir” önermesini savunmuştur.

Çalışmada da esasen, bütünsel anlamda liberal hukuk düzeninin incelemesi ve eleştirisi yapılacaktır. Bu bağlamda hukuk düzeni, hukuk normu, formalist ve objektif hukuk anlayışları, hukuki belirsizlik tezi, hukukun tarafgirliği ve ideolojik niteliği gibi hususlar ele alınarak, hukuka yönelik yapısal bir analizin geliştirilmesine çalışılacaktır. Ayrıca liberal hukuk düzeninin mevcut ekonomik ve politik statükoyu koruyan işlevi araştırılacak ve hukukun mücadeleci kullanımı suretiyle dönüştürülebilirlik imkânları sorgulanacaktır. Son olarak sözleşme

özgürlüğünün, mülkiyet hakkının, hukuk devletinin ve genel olarak haklar sisteminin liberal sistem için ne ifade ettiği incelenecektir.

ABSTRACT

The classical approaches to law are based on the premise that there is an unequivocal distinction between the law and the politics. In this context, the law is accepted as a field which is impartial, objective and certain, and in which predictable results are achievable. At the same time, the classical approaches distinguish the law from the politics explicitly and see it as a phenomenon to be considered on its own. These approaches, which evaluate the law with a formalistic method, shaped the legal order to justify the needs the politic and economic liberalism. Thus, the principles of the liberal legal order emerged in the 18th and 19th centuries. However, beginning from the early 20th century, objections to the introverted legal perception, which focused on the assessment of law only with legal instruments, have arisen. First, the Legal Realism School, then the Critical Legal Studies movement examined the conclusions of the liberal interpretation of law from a critical perspective. Particularly the Critical Legal Studies movement defended the “law is political” proposition on the basis that the law is indeterminate, partial and ideological.

In this study, basically, a holistic review and critique of the liberal legal order will made. In this context, by considering issues like legal order, legal norm, formalist and objectivist legal approaches, indeterminacy thesis, partiality and ideological character of law, an attempt will be made to develop a structural analysis towards to the law. Additionally, the function of the liberal legal order protecting the existing economic and political status quo will be investigated, and the convertibility potentials of law through its contentious use will be questioned. Finally, the meanings of the freedom of contract, property rights, the rule of law and generally

the system of rights under the liberal system will be reviewed.