

## Yargıcın Tarafsızlığı: Mit mi? İdeoloji mi?

Mehmet Akif TUTUMLU\*

### GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'nin kamuoyunda ve medyada Türban Kararı olarak adlandırılan, Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptaline dair kararın<sup>1</sup> ardından yoğun bir tartışma döneminin yaşandığı bilinmektedir: Kararı yerinde bulanlar olduğu gibi, 367 kararı sonrasında görülen biçimde oldukça ağır eleştirilerin de Yüksek Mahkeme'ye yöneltildiği gözlemlendi.<sup>2</sup>

Gerek 367 Kararı, gerekse Türban Kararı yargısal aktivizm<sup>3</sup> kuramı çerçevesinde tartışılırken yargıcın tarafsızlığı konusu da gündemden düşmez oldu.<sup>4</sup>

Bu bildiride amacım, söz konusu tarafsızlık travması haline gelmiş

tartışmalara katılmak ya da Anayasa Mahkemesi'nin anılan iki kararını tartışmak değil, adil yargılanma hakkının etik unsurlarından olan yargıcın tarafsızlığı kavramını yeniden sorgulayarak; olanaklar elverdiğince konuyu insan paradigması ve özne ontolojisi bağlamında, yeni bir düşünümSELLİK denemesi çerçevesinde ele almak; kesin çözümler ve yargılar ilan etmeye çalışmak yerine, sorular üretmektir. Bu bağlamda tarafsızlık beklentisinin metafizik dünyadan alınarak gerçek dünyaya indirilmek suretiyle, makul bir beklenti marjı içinde yeniden inşa edilip edilemeyeceğinin sorgulanması önem kazanacaktır diye düşünüyorum. Bu satırların yazarı kamusal yaşamda yargıçlık uğraşısını sürdürmekle birlikte,

\*Ankara Hâkimi.

(1) Anayasa Mahkemesi'nin E.2008/16, K.2008/116 sayı ve 05.06.2008 tarihli kararı için bkz. RG 13 Haziran 2008 – 26905.

(2) Örneğin; MHP lideri Devlet Bahçeli: "Karar hukuki değil siyasi"; AK Parti Grup Başkan Vekili Bekir Bozdağ: "Anayasa Mahkemesi Anayasayı ihlal etti"; Prof. Dr. Ergun Özbudun: "... ben bunu yetki gaspı deyimiyle ifade edebilirim" (örneklenen ifadeler ve diğerleri için bkz. www.bilgininetendisi.net/forum/index.php.action-erisim tarihi 01.07.2008).

(3) Yargısal aktivizm; yargıçların kamu politikalarını etkileyen davalarda, hukuk kurallarına göre değil, kişisel politik görüşlerine göre karar verme pratiğini deyimlemektedir (Bkz.: ATAR, Yavuz: Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak, Zaman, 23.06.2008; GÖZTEPE, Ece: Muhakeme Etmek Ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi (Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II, Anayasa Hukuk, Ankara 2008, s.346).

(4) Eski Yargıtay Başsavcısı Sabih Kanadoğlu bir demecinde, "Türkiye'de hiçbir hakim, laik Cumhuriyet karşısında tarafsızım diyemez" görüşünü dile getirirken; yine eski Yargıtay Başkanı Osman Arslan 02.11.2007 tarihinde Türkiye Adalet Akademisi'nin açılış töreninde: "hakimin temel ögesi tarafsız olmaktır. Ancak bazı kararlarında Türkiye Cumhuriyeti'nin korunması ve yaşatılmasında taraf olacaksınız" şeklinde bir düşüncüyü ifade etmiştir. Bunun eleştirisi için bkz.: ŞAHİN, Kemal: Yargıcın Tarafsızlığı, Radikal İki, 18.11.2007. Belirtmek gerekir ki, kısa bir zaman önce Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun hükümeti, yürütmeyi ve belli görüş sahiplerini hedef alan bildirisi de siyasi olarak nitelenmiş; tarafsızlık ilkesi bağlamında sorgulanmalara konu edilmiştir (Bkz. http://www.hurriyet.com.tr/gundem-erisim tarihi: 22.07.2008).

bu tebliğin bir yargıç savunusu olarak değil, bir hukukçunun felsefesever bir özne olarak geliştirmeye ve vurgulamaya çalıştığı soru üretme ve bunları paylaşma denemesi olarak kabul edilmesini umuyorum.\*

### I- YARGICIN TARAFSIZLIĞI KAVRAMI

Anayasamız hâkimlerin bağımsızlığı kavramına yer verdiği<sup>5</sup> halde, tarafsızlık konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak gerek hukuk devleti ilkesi (m.2), gerekse adil yargılanma hakkını (m.36/son) düzenleyen hükümlerle, iç hukukumuzun bir parçası olan (m.90) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi hükümünü –adil yargılanma hakkı ilkesini-gözönüne aldığımızda, yargıcın tarafsızlığı ilkesinin anayasal güvence altına alınmış olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Bir diğer uluslararası norm olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından Hindistan'ın Bangalor kentinde 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nden de söz etmek gerekir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile benimsenen bu ilkelerden<sup>6</sup> biri de tarafsızlık ilkesi olup, kavramın ilgili metinde şöyle ifade edildiği görülmektedir:

" Tarafsızlık, yargı gücünün tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/I hükmü bağlamında ise tarafsızlık: Davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafsızlık ve çıkarım olmaması, biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> Burada vurgu; yargıcın taraflara karşı, onların leh ve aleyhlerinde bir duyguya, bir çıkara sahip olmaması gerektiğine yapılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında belirtilen bir ayrıma göre iki türlü tarafsızlıktan söz edilmektedir:

- Nesnel (objektif) tarafsızlık;
- Öznel (subjektif) tarafsızlık.

Nesnel tarafsızlığa kurumsal/konumsal tarafsızlık da denilmektedir. Bundan amaç, demokratik bir toplumda, yargılama yapıp hüküm veren mahkemelerin tam bir tarafsızlıkla çalıştıkları hususunda bireylere, topluma güven duygusu vermeleridir.<sup>8</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi De Cubber/Belçika 26.10.1984 seri A86, p. 26 sayılı kararında bu hususu "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi lâzımdır."

\*İngilizce kaynakların çevirisi için değerli meslektaşım ve arkadaşım Av. Cemre Kocaçimen'e içten teşekkürlerimle buradan bir kez daha bildirmek isterim.

(5) Anayasa m. 138/I : "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar."

(6) Diğer altı ilke şunlardır: Bağımsızlık, Doğruluk ve Tutarlılık, Dürüstlük, Eşitlik, Ehliyet ve Liyakat.

(7) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Ankara, 1995, s.21; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara 2002 s. 282; İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 188; İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007, s.138; TÜSİAD: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, İstanbul 2003, s. 59.

(8) TAŞTAN, Asuman Zeynep: Hâkimin Tarafsızlığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2005, s.27;GÖLCÜKLÜ, Doğru Yargılama, s. 22.

şeklindeki ifadesiyle belirtmiştir.<sup>9</sup> Hak arayan kişilerde böyle bir güven algılamasının oluşması için de, tarafsızlığın sağlanması yönünde devlet tarafından alınmış tedbirlerin, tarafsızlık konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldıran güçte, yeterlilikle olması şarttır.<sup>10</sup>

Bu bağlamda tarafsızlığın bağımsızlık ilkesiyle ilişkisi üzerinde durmakta yarar var: Bağımsızlık, bilindiği gibi, yargıcın hiç kimseden, kurum veya kuruluşan emir veyahut talimat almaması demektir; hemen söylemek gerekir ki bağımsızlık kendi başına bir amaç değil, tarafsızlığın sağlanmasında bir araçtır. Dahası, tarafsızlığın ön koşuludur. Dolayısıyla bağımsızlığı sağlanamayan, herhangi bir güç odağından emir, talimat alan bir mahkemenin/yargıcın tarafsız olması söz konusu dahi olamaz. Kaldı ki, bağımsızlık bile yargıcın tarafsızlığını (özellikle öznel tarafsızlığını) sağlamaya tek başına yeterli değildir.<sup>11</sup>

Öznel tarafsızlık kavramına gelince: Bu kavram, yargıcın kişisel olarak tarafsızlığını, yani ön yargılarına, kişisel duygu, düşünce, sempati veya antipatilerine kapılmadan karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>12</sup>

## II- TARAFSIZLIĞIN SAĞLANMASINI AMAÇLAYAN BELLİ BAŞLI DAVRANIŞ KODLARI-NORMLAR

Anayasa, yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını belirttikten sonra onların; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini ifade etmiştir (m.138/f).

Bu bağlamda Anayasa toplumun diğer kesimlerine de negatif yükümlülükler getirmiştir:

“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; tavsiye ve telkinde bulunmaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz ve herhangi bir beyanda bulunulamaz.”

Bangalor Yargı Etiği'nde 2 nolu tarafsızlık ilkesinin içerimleri ise şöyle ifade edilmiştir:

2.1 Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, ön yargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.

2.2 Hâkim mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

2.3 Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

2.4 Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimali olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça adilanelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, herhangi bir şahsın ya da meselenin adil yargılanmasını etkileyebilecek aleni olsun veya olmasın herhangi bir yorum da yapmamalıdır.

2.5 Hâkim tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın herhangi bir aşamasında katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimallerde söz konusu olur:

2.5.1 Hâkimin yargılama aşamasında delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir ön yargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya

2.5.2 Hâkimin ihtilaf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya

2.5.3 Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilaf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması.

Davaya bakmaya devam edecek yeni bir mahkemenin kurulmaması halinde veya hiçbir şeyin yapılamamasının durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı halde hâkime, görevden el çektirmek gerekmez.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yargıcın tarafsızlığının sağlanması bağlamında yasaklılık ve red nedenlerine ilişkin düzenlemeler şöyledir:<sup>13</sup>

### Madde 28

Hâkim aşağıdaki hallerde davaya bakmaktan memnurdur. Talep edilmese bile bizzat istinkâfa mecburdur:

1. Kendisine ait olan veyahut doğrudan doğruya veya dolayısıyla alakadar olduğu davalarda,

2. Aralarında evlilik rabatası mürtefi olsa bile karısının davasında ve neseben veya sebeben usul ve fiirunun veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) neseben veya kendisiyle sıhriyet hâsıl olan evlilik mürtefi olsa dahi ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sebeben civar hısımlarının veya aralarında evlatlık rabatası bulunanın davasında,

3. İki taraftan birinin vekili veya vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği davalarda,

4. Hini davada heyeti idaresinden bulunduğu cemiyete, belediyeye veya diğer hükmi bir şahsa ait davalarda.

### Madde 29

Aşağıdaki hallerde hâkim bizzat kendisini reddedebilir veya iki taraftan biri canibinden reddolunabilir:

(13) Bu hükümlerin idari yargı hâkimleri için de geçerli olduğu hakkında Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 31.

(8) TAŞTAN, Asuman Zeynep: Hâkimin Tarafsızlığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2005, s.27; GÖLCÜKLÜ, Doğru Yargılama, s. 22.

(9) GÖLCÜKLÜ, Doğru Yargılama, s. 22.; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 3. Bası, Ankara 2002 s. 283; DEMİRCİOĞLU, Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri, Ankara 2007, s. 76.

(10) GÖLCÜKLÜ, Doğru Yargılama, s. 21-22; İNCEOĞLU 2005, s. 188.

(11) İNCEOĞLU 2007, s. 138; Bağımsızlık kavramının bizde abartıldığı, bu kavramın Tarafsızlık konusunun sağlanmasında bir araç olduğu konusunda ayrıca bkz.: Doç. Dr.Mustafa ŞENTOP'la Söyleşi, Yeni Şafak 28.06.2008.

(12) İNCEOĞLU 2005, s. 188; İnsan Hakları Komitesi tarafsızlık hakkında, "Yargıçların önüne getirilen mesele hakkında ön yargı beslememesini ve taraflardan birinin çıkarını gözeterek şekilde hareket etmemesi anlamına geldiğini belirtmiştir." (Karttunen ve Finlandiya, 387/1989, 23 Ekim 1992, İnsan Hakları Komitesi Raporu, Vol. II -A/48/40, 1993, s.120, p.7.2, Uluslararası Af Örgütü: Adil Yargılama Hakkı, çevirenler: Fadil Ahmet TAMER- Erol KAPLAN, İstanbul 2000, s. 167.

1- Davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması,

2- Davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan etmiş olması,

3- Davada şahit veya ehlihibre veya hakem veyahut hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması,

4- Davanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) civar hısnlarına ait bulunması,

5- Dava esnasında iki taraftan birisiyle davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması

6- Umumiyetle hâkimin bitarflığından şüpheyi mucip esbabı mühimme bulunması.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde ise şunlar göze çarpmaktadır:

Hâkimin davaya bakamayacağı hâller

#### Madde 22

##### (1) Hâkim;

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,

c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,

e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,

f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya

sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse,

Hâkimlik görevini yapamaz

Yargılamaya katılmayacak hâkim

#### Madde 23

(1) Bir karar veya hükme katılan hâkim yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kavuşturma evresinde görev yapamaz.

(3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim aynı işte görev alamaz.

### III- ÖZNEL TARAFSIZLIĞIN YAŞANTILANMASINDAKİ GÜÇLÜKLER

#### A-Genel Olarak

Yukarıda alıntılanan hukuk ve yasa maddelerinde her ne kadar yargıcın tarafsızlığını zedeleyen belli tipteki davranışlar, belli ilişki biçimleri ve tutumlar düzenleme konusu yapılmış ve bu şekilde yargıcın tarafsızlığının sağlanması, veyahut tarafsız davranması mümkün olmayan yargıcın yargılamadan elini çekmesi amaçlanmış ise de, yargıcın insan ve özne olmasından dolayı yasalardan ve diğer yazılı normlarından taşan, ele geçirilmesi her zaman mümkün olmayan, yanlılık eğilimleri de söz konusu olabilmektedir. Aşağıdaki paragraflarda bu yapısal yönelimin irdelenmesine çalışılacaktır.

#### B-İnsan (birey) /Yargıç Açısından

İnsan da dünyadaki her varlık gibi belli bir yer kaplar uzayda; belli bir yerden, belli bir açıdan bakar dünyaya. Bu perspektival duruş, insanın görme biçimlerine, dolayısıyla zihinsel varoluşuna,

bir yanlılık katar. Esasen düşünme ediminin kendisi de bir anlam üretme bakımından insanın dünyayı kendi aklına uydurma çabası olarak tanımlanmaktadır.<sup>14</sup> Belli gerçekleri içermeye, belli gerçekleri dışarıda bırakma yönüyle de düşünce, yanlı olmanın<sup>15</sup> yanısıra, hegomonik bir insan eylemi olarak Nietzsche'nin güç istenci dediği kavrama denk gelir.<sup>16</sup> Hegel, öznenin bilgi edinme edimini de benzer epistemik bir çerçeveye yerleştirmektedir.<sup>17</sup>

Öte yandan, sosyal psikolojide ileri sürülen yükleme kuramına göre de, insan davranışlarına nedenler yükleme görevinde tamamen duygularımızdan uzak, nesnel bir tarzda yaklaşmamız söz konusu değildir,<sup>18</sup> yani bu alanda da yanlılıktan kurtulamıyoruz.

Demek oluyor ki yargıç, bir insan olarak dünyayı yorumlarken herkes gibi bir yanlılık eğilimi sergilemekten kaçınamayacaktır.

#### C-Özne/Yargıç Açısından

İdeolojiyi kavramsallaştırmakta hâlâ temel referans yapısı olan İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları adlı

yapıtında Althusser, ideolojinin toplumun maddi bir pratiği olduğunu, her yerde hüküm sürdüğünü ve özneyi ürettiğini ileri sürer: "Her türlü ideoloji, özne kategorisinin işleyişi sayesinde, somut bireylere somut özneler olarak seslenir."<sup>19</sup> Toplumsal yaşamda anlamların, değerlerin ve fikirlerin üretim sürecini deyimleyen ideoloji; aile, okul, eğitim, dinsel kurumlar, medya ve sivil toplum gibi devletin ideolojik aygıtları tarafından yeniden üretilir. Bu süreçte ideoloji, adlandırma yoluyla bireyleri birer özneye dönüştürmektedir. Böylece özne kendisine verilen kimlik ve rol algısıyla, ideolojinin içinden dünyayı kavramakta ve toplumsal pratikleri yerine getirmektedir. Bu söylenenlerden çıkan sonuç: Öznenin ideolojinin dışına çıkamayacağıdır.<sup>20</sup> Althusser'den esinle bazı yazarlar, ideolojinin dışı diye bir şeyin olamayacağını, zira bunun tahayyül edilmesi bile mümkün olmayan bir tarih dışılık anlamına geleceğini ileri sürmüşlerdir.<sup>21</sup>

Gerçekten de Althusser'in dediği gibi ideolojinin dışına çıkılmaz mı?

(14) CENKSEVEN, Fulya/ VURAL AKAR, Ruken: Ergenlerin Düşünme Gereksinimi ve Cinsiyetlerine Göre Problem Çözme Becerilerinin Karşılaştırılması (Eğitim Araştırmaları Dergisi 2006, sayı 25, ss.45-43, s.47).

(15) "Zihin her şeyden çok bir taraf tutma aracıdır." (Outline of Psychology - Psikolojinin Anahatları. RUSSEL, Bertrand: Sorgulayan Denemeler, Çev. Nermin ARIK, Ankara 2005, s.44; aynı yapının 52. sayfasında Russel tam bir rasyonelliğin erişilmesi zor bir ideal olduğunu belirtir.

(16) Nietzsche'ye göre insan nesnel bir dünya içinde değil, tutkular ve içgüdüler çevresi içinde yaşadığından, insanın tüm görüşleri bu tutkulara bağlıdır. Bunun hizmet ettiği güdü ise güçlü ve egemen olma, yönetme güdüsüdür. (Bkz. ERDEM, Hüseyin Subhi; Nietzsche'de Perspektivizm, Anlam ve Yorum, yayımlanmamış doktora tezi, Erzurum 2002), s.48-49.

(17) "Eğer bilme edimi mutlak varlığı ele geçiren araç ise kullanılan bu aracın bir şey üzerine uygulanmasının onu kendi için olduğu gibi bırakmayacağı, aksine biçimlendirip değiştirmeye başlayacağı açıktır. Diğer yandan, eğer bilme edimi bizim etkinliğimizin aleti değil, fakat gerçeğin ışığının bize ulaşmasını sağlayan az çok pasif bir ortam ise, o zaman yine gerçeği kendinde olduğu gibi değil, tersine bu ortam içinden ve içinde var olduğu gibi kavrarız". (HEGEL, G. W.F.: Phenomenology of Spirit, New York, 1977, s.46 vd., ELGÜR, Ersin Vedat: Hegel'de Diyalektiğin Epistemolojik Odağı: "Deneyim", Monokl, 2008 yaz-sonbahar, Hegel özel sayısı, Yıl:II, sayı:IV-V, s.306'dan naklen).

(18) HOGG, A. Michael/VAUGHAN, M. Graham: Sosyal Psikoloji (Çevirenler: İbrahim YILDIZ- Aydın GELMEZ) Ankara 2007, s.115.

(19) ALTHUSSER, Louis: İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çev. Alp TUMERTEKİN, İstanbul 2003, s.199.

(20) ALTHUSSER, s. 201; POLAT, Necati: İdeolojinin Dışına Çıkmak (Zaman, 13 Mayıs 2007).

(21) KAZANCI, Metin: Althusser, İdeoloji ve İdeoloji İlgili Son Söz (http:// 64233.183.104-ilef. ankara.edu.tr/id/görsel dosya- erişim tarihi: 27.05.2008).

Slavoj Žižek'e göre ideolojiyi gerçeklikten ayıran kalın bir çizgi olmasa da, her şeye karşın, ideoloji eleştirisini yaşatan gerilimi korumalıdır.<sup>22</sup>

İdeolojik kapanımı kırmamanın diğer bir yolu da, yerleşik doğruları aktif bir düşünimsellik (tefekkürle) sorgularak bu doğrularda yarıklar açmaktır. Burada daha çok egemen ideolojinin ürettiği aktüel imgelemin karşısına<sup>23</sup> radikal imgelerin çıkarılması<sup>24</sup> ile mümkün olur.

İdeolojiyi hakikatsizlik, yanlış bilinç, yalan olarak niteleyen Adorno da, sanat yapıtının ideoloji delen bir fenomen olarak algılar. Filozofa göre, sanat yapıtının büyüklüğünün tek ölçütü, ideolojinin saktığı şeyi dilendirmeleridir. Başarılı bir sanat yapıtı, yanlış bilincin ötesine geçilmesine olanak sağlar.<sup>25</sup>

Althusser'ci perspektiften bakıtımızda bir özne olarak yargıcın da gerçeklik algısını biçimleyen ideolojik motiflerin karar sürecine yansımaları önlemek güç. Yine de entelektüel donanımı sayesinde yargıcın eleştirel bir bakış ve sorgulayıcı bir zihinle; özellikle bir davada ileri sürülen argümanların,

hukuksal savlarının içerik (olgu) denetimiyile ideolojik kapanımlarda delikler açması mümkündür. Çünkü her özgül ideoloji, tutarlı bir önermeler sisteminden ibaret olup, bu önermelerin doğruluğu ispata dayalı değil;<sup>26</sup> ideolojik iletileri, semptomal bir okumadan geçirme yetisinden yoksun öznenin kabullüne bağlıdır.<sup>27</sup>

#### D-Yargıç Açısından

Metafizik hayvan olarak konumlandırılan<sup>28</sup> insanın ürettiği mitolojik kahramanlardan biri de, bilindiği gibi, adalet tanrıçası Themis'dir: Bir elinde kılıç, diğer elinde terazi olan bu tanrıçanın gözlerinin bağlı olması derin bir tarafsızlık beklentisini –metafizikini- ortaya koyar.<sup>29</sup>

Batı kültür tarihinde olduğu gibi, Osmanlı-Türk yargılama geleneğinde de, yargıç kendisine kutsalılık yüklenen bir statüde konumlandırılır: Toplum bilincinde yargıcın, peygamber postunda oturan ve kendisiyle halk kesimi arasında mesafe pathosu bulunan bir figür olarak algılandığı gözlemlenmektedir.

Bu algılama biçiminin salt halka ait olduğu söylenemez: Günümüzde de hâlâ bu metafizik beklenti nosyonunun bazı

entelektüel kalemlerin ucundan akma yeteneğini yitirmediğine tanık oluyoruz:

“ Yargıç ise bizzat kendisine karşı yansız, kayıtsız kalabilmeli, kendini, 'ben' ini bütünüyle elemelidir (...) Yargıç yargıçlık yeterliliğini kazanabilmek için, yargılama sırasında ortalama hüküm verme yeteneğini aşmalı, bütün duygularını ve kişisel görüşlerini, düşüncelerini, inançlarını kökten kazımalı, silmelidir.”<sup>30</sup>

Yargıcın içindeki insanı çekip almak isteyen bu düşüncenin bu dünyaya ait olduğu söylenebilir mi? Öngörülen ideolojik yargıç figürü (paradigması), insan –yargıç değil, insan- olmaktan çıkmış yargıç tipolojisi adeta; böyle bir şey mümkün olabilirmiş gibi.<sup>31</sup>

Oysa insanın temel gerçeklerinden biri onun tarihsel bir varlık olmasıdır: İnsanın dünyaya geldiği belli bir yer, aile ve toplum ve toplumsal koşullar var: İnsanı dil, tarih, kültür ve gelenek bakımından kuşatan bu dış dünyanın onun zihinsel, düşünsel dünyasında ön yargılar oluşturması kaçınılmazdır. Hatta Gadamer'e göre, benliğimizi yargılardan

çok ön yargılar oluşturur. Bu bağlamda ön yargılar anlamının ön koşulunu, yapı taşlarını oluşturur.<sup>32</sup>

Hukuk yazımında da yargıçların diğer insanlar gibi egemen düşünce biçiminin taşıyıcı öznelere oldukları, ondan etkilendikleri; kafalarında bir takım temel önermeler taşıdıkları;<sup>33</sup> hem başat ideolojinin hem de mesleki ideolojinin baskısı altında oldukları ileri sürülmüştür.<sup>34</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere yargıcın yasayı yorumlayışında ön yargının ve ideolojik kapanımların büsbütün ortadan kalktığı söylenemez. Bu bağlamda yargıçların kanunların ağız olduğu, hukuk metinlerini irdelemeden uygulayan bir kamu görevlisi olduğu görüşünün<sup>35</sup> yaşantılanan ve gözlemlenen olgularla örtüşmediği, soyut ve arkaik bir fikrin yinelenmesi niteliğinde olduğu belirtilmelidir.<sup>36</sup> Bu görüş bir bakıma, hukukun uygulanması ve yargısal kararın üretiminde, insani anlamlandırma ediminden bağımsız bir epistemolojik statü öngören ve kültürel kuramda Rol Şeyleşmesi olarak

(30) SELÇUK Sami: *Yasalar ve Yargıçlar* (Av. Prof. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999, s.675-683), s.678.

(31) Yargıcın siyah cübbesini giydikten sonra duygusuz, heyecansız bir varlık olduğu yönündeki sanırım bir masal olduğu hakkında: Jerome Frank'ın görüşü için bkz.: GÜRKAN, Ülker: *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara 1967, s.70, dn. 75. Sadece yargıç değil sosyal bilimciler açısından da yansızlık konusunun mümkün olmadığı belirtilmektedir: "... Sosyal bilimciler olarak tarafsızlık gibi bir seçeneğimiz bulunmamaktadır." (GÖRENLİ, Melek: *Sosyal Bilimlerde Olgu-Değer İlişkisi Üzerine Düşünceler ve Sosyal Psikoloji*, [http://www.izmirizmir.net/modules.php?name=erişim\\_tarihi](http://www.izmirizmir.net/modules.php?name=erişim_tarihi) 30.06.2008.

(32) ERTÜRK, Ramazan: *Gadamer'in Felsefi Hermeneutiğinde "Ön Yargı" Kavramı ve Düşündürdükleri* (Felsefe Dünyası, 2003/2, sayı 38, s.58 vd.), s.66; ayrıca bkz.: TAŞDELEN, Vefa: *Hermeneutiğin Evrimi*, Kesitler, Ankara 2008, s. 185. Gadamer'e göre önyargının kötü bir şey olarak algılanması Aydınlanma Felsefesinin bir düşüncü biçimi, önyargıdır. Gerçekte önyargı, anlama edimini önceleyen bir süreç olup, bu sürecin sonucunda önyargının doğrulanması veyahut yanlışlanması mümkündür.

(33) LASKI, Harold J.: *Studies in Law and Politics*, London 1932, s. 278-279 (Anan: ÜNSAL, Artun: *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1980), s.209, dn. 81.

(34) WEYL, Monique- Ronald: *Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı* (Çev. Şiar YALÇIN), İstanbul 1975, s.190, 192.

(35) SELÇUK, Sami: *Radikal*, 21 Eylül 1998; bu görüşün eleştirisi için bkz.: ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: *Bağımsız ve Yansız Yargılama* (Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE yayını, Ankara 2000, s.125-136), s. 134.

(36) "Hukukun 'basit uygulayıcısı' biçimindeki yargıç imajı, bu konudaki gerçeğin tam doğru bir ifadesi değildir; çünkü hukuk dediğimiz her zaman apaçık veya tek anlamlı değildir. Bu nedenle, yargıçlar mümkün anlam ve yorumlar arasından usulüne uygun bir tercihte bulunmak, bir anlamda bir kavramsal inşa süreci yoluyla hukuka /yasaya anlam vermek durumundadırlar (...) bu anlam verişte yargıcın düşünsel eğilimlerinin, içinde

(22) ŽIŽEK, Slavoj: *İdeolojinin Hayaleti*, Çev. Deniz GEMİCİ, (ÇAĞAN, Kenan –Editör: *İdeoloji*, Ankara 2008, s.43/83), s.66.

(23) ALTHUSSER'in kuramına göre ideoloji, bireylerin gerçek varoluş koşullarıyla kurdukları imgesel ilişkileri gösterir (ALTHUSSER, s.187).

(24) ERTUĞRUL Kürşad: *Sosyal Teoride İdeolojik Kapanımları Kıırma Arayışları ve Doğu/Batı Ayrımı* (Doğu Batı, *İdeolojiler I*, Ağustos-Eylül-Ekim 2004, sayı 28, s.27-42), s.33.

(25) ADORNO, Theodor W.: *Edebiyat Yazıları*, Çevirenler: Sabir Yücesoy- Orhan Koçak, Metis yayını, İstanbul 2004, s.117-118.

(26) Bkz. ÖNER Necati: *İdeolojilerin Doğruluğu Biçimsel Doğruluktur* (Felsefe Dünyası, 2008/1, sayı.47, s.3-5).

(27) Gerçekten de yargıcın özne konumu burada önemli bir yer tutar. Realist hukuk kuramını savunan yazarlardan Frank'a göre; yargıcın yapıcı şüpheli bir tutumla hareket etmesi ona sosyal keşiflerde bulunma olanağı da sağlayacaktır (GÜRKAN, Ülker: *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara 1967, s.93).

(28) SUPOİT, Alain: *Homo Juridicus – Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Bilge AÇIMUZ ÜNAL, Ankara 2008, s.9.

(29) Themis'in asıl tasarımında gözbağının olmadığı; bunun 16. yüzyılda Alman sanatçılarının ironik bir buluşu olduğu ileri sürülmektedir, bkz. [www.kentlaw.edu](http://www.kentlaw.edu); ayrıca AKINCI, Müslüm: *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2008, s.15.

tanımlanan bir yabancılaşmayı akla getirmektedir.<sup>37</sup>

Yargıcın Anayasa'ya, kanuna, hukuka uygun şekilde ve vicdani kanaatine göre hüküm vermesi gerektiğini öngören normun (m.138/I); yargıcı, yetiştiği sosyo kültürel ortamın etkisinden, ideolojik atmosferinden tamamen kurtarıcı bir maddi enstrümanı içermediği açık. Her metin gibi, hukuk metninin de okumayla anlam kazanacağı, her anlama ediminin bir yorum içerdiği göz önüne alındığında sıfır derecede bir nesnellığın elde edilmesinin olanaksızlığı ortaya çıkmaktadır: Özellikle, temel hak ve özgürlükleri, kamu politikalarını etkileyici nitelikteki davalarda.

İdeolojik kapanım sadece başat siyasi ideoloji bağlamında, siyasi davalarda değil, tikel fenomenlere ilişkin kültürel algılarda da söz konusu olabilmektedir. Söz gelimi, yargıcın biçimlendiği aile ideolojisinden kadına bakışı gibi. Somut örnek vermek gerekirse: Yürürlükten kaldırılan 765 Sayılı TCK'nun "fahişeye tecavüzde" saldırganın cezasından 1/3 oranında indirim yapılmasını öngören –sonradan yasayla kaldırılan<sup>38</sup>- 438. maddesinin eşitlik

ilkesine (Anayasa m.10) aykırılık savıyla –itirazen- önüne gelen davada Anayasa Mahkemesi, bu aykırılık iddiasını yerinde görmeyerek başvurunun reddine –çoğunlukla- karar vermiştir. Çoğunluk gerekçesi; tecavüze uğrayan "fahişe"nin, "iffetli" kadına göre daha az zarar göreceği (!) görüşüne dayandırılmıştır.<sup>39</sup> Burada toplumun kısıyına itilmiş kadını ötekileştiren ideolojik bir kavrayış biçiminin karara damgasını vurduğu yadsınabilir mi?

İdeolojinin yargısal karar verme sürecine etki etmesi konusunda alan yazıda (literatürde) dile getirilen bir ayrıma değinmekte yarar var. Buna göre yasama ve yürütme organı tarafından seçilen yüksek mahkeme yargıçlarının önüne gelen davalarda ideolojik temelleri ve genel davranışlar ile karar aldıkları (ideolojik modeli uyguladıkları) ileri sürülürken; tarafsız kişilerce atanan hâkimlerin kendilerini atayanlardan ve siyasi olaylar ile ideolojiden bağımsız olarak, hukuk kurallarına göre karar verdikleri savunulmuştur.<sup>40</sup>

Yargıcın belirli bir dereceye kadar değil, "mutlak anlamda tarafsız olması zorunludur";<sup>41</sup> "Yargıç kendisini devleti korumak ve kollamakla yükümlü hisset-

yetiştirdiği toplumsal kesimin kültürel ortamının ve ideolojik eğiliminin büsbütün dışında bırakılması çok güçtür." (ERDOĞAN, Mustafa: *İdeolojik Devletten Kurtuluşun Reçetesi*, Zaman –16.07.2007). Başka bir yazara göre de: "... kararlardan norma birlikte yargıçlar da birinci derecede sorumludurlar. Kararların, norm metinlerinin otomatik sonuçları olduğu ya da yargıçların sadece yasanın dili işlevini gördüğü savı, gerçekliğin çarpıtılmasından başka bir şey değildir." (SANCAR, Mithat: 'Devlet Akli' Kıskaçında Hukuk Devleti, 2. Baskı İstanbul 2000, s.192.). Yargıcın yasanın ağız olduğuna dair görüşü semptomal bir yorumu tabi tuttuğumuzda, dipte yatan düşüncenin, yargıcı kararın sorumluluğundan kurtarma ve onu olası eleştirilerden bağımsız tutma amacını güttüğü sonucuna varılabilir.

(37) BERGER, Peter L./LUCKMANN, Thomas: *Gerçekliğin Sosyal İnşası, Bir Bilgi Sosyolojisi İncelemesi*, (Çev. Vefa Saygın ÖĞÜTLE), İstanbul 2008, s.132-133.

(38) Eski (765 sayılı) TCK'nın 438. maddesini yürürlükten kaldıran Yasa 3679 sayılı olup, 29.11.1990 tarih ve 20710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

(39) Bu karar Resmi Gazete'nin 10.01.1990 tarih ve 20398 sayılı nüshasında yayımlanmıştır. Bu kararın eleştirisi için bkz.: TUTUMLU, Mehmet Akif: *İnsanın Değeri ve Anayasal Güvence* (Cumhuriyet, 06.04.1990, s.2).

(40) WEIDEN, David Lee: *Judicial Decision - Making in Comparative Perspective: Ideology, Law and Activism in Constitutional Courts* (<http://www.lib.utexas.edu/etd/d/2007/weidend/45079/weidend/45079.pdf>).

(41) Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Anayasa Mahkemesi'nin 46. kuruluş yıldönümü nedeniyle yaptığı konuşmadan (bkz. Vatan, 26.04.2008).

memeli veya kendisini devletin memuru olarak görmemeli. Devletin resmi görüş ve üstünlüklerine üstünlük tanınmamalı ya da devletin aynı menfaatlerini koruma misyonunu üstlenmemeli. Ulusal duygusallıklar ve hezeyanları yargıcın kararının oluşumunu etkilememeli<sup>42</sup> şeklindeki dilek- temenni kipiyle yapılan önermelere; toplumun nasıl daha iyi durumda olacağı sorularına yanıt oluşturucu nitelikteki politik tercihlerin kararlara dayanak yapılmamasına<sup>43</sup>; yine mahkemelerde karar oluşturulurken hukuk ve adalet yerine, resmi (egemen) ideolojinin referans alınmaması<sup>44</sup> gerektiğine ilişkin düşüncelere karşın, olgusal dünyadan gelen tepkilerin negatif bir oluşuma karşı eleştirileri yansıttığı görülmektedir. Sözgelimi, yargıcın devlet ideolojisi içinden inşa edilen<sup>45</sup> ve konuşan<sup>46</sup> bir kurum olarak inşa edildiğine dair görüşler bu yöndedir.

Bunun dışında, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) tarafından 2007 yılında yayımlanan Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları başlıklı raporda;<sup>47</sup> yargılama sırasında

adalet ile devletin çıkarları arasında olası bir çatışma halinde tutumlarının ne olacağı sorulduğunda, yargıçların büyük çoğunluğunun, devlet çıkarlarının korunması yönünde görüş bildirmeleri de ideolojik biçimlenim kuramı çerçevesinde ele alınması mümkün bir fenomen olarak görülmektedir.

## SONUÇ YERİNE

Kavram fetişizmine gitmeden, yüksek sesli, parlak imajlı deyimlerin arkasına saklanmadan yarcın yansızlığı sorununa yaklaşmakta yarar olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle vurgulanması gereken, yargıç tarafsızlığının ön koşulu olan yargı bağımsızlığının tam olarak (norm-teşkilat-hukuki tedbirler) sağlanmış olmasıdır. Ülkemizde 1982 Anayasası ile bunun getirdiği yasal düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana –ve halen- yargı bağımsızlığının tartışılmakta ve bilinen sorunların yinelenmekte olduğu göz önüne alındığında, yargıcın yansızlığı konusunun erken bir zamanda tartışıldığı ileri sürülebilir.

(42) ŞAHİN, Kemal: *Yargıcın Tarafsızlığı* (Radikal İki, 18.11.2007).

(43) Dworkin'in eleştirel olarak ortaya koyduğu bu durum için bkz. ÇOBAN, Ali Rıza: *Hukuk Devleti –Giriş* (Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: A.R. Çoban /B.Canatan/A.Küçük, Adres yayınları, Ankara 2008 s.17); ayrıca, Dworkin'in *Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti* başlıklı makalesi için bkz.: aynı eser, s.295 vd.

(44) SANCAR, Mithat: 'Devlet Akli' Kıskaçında Hukuk Devleti, s.190.

(45) "Türkiye yurtdışından yasaları aldı ama uzun süre yargı mekanizmasını bağımsızlaştıramadı. Ardından siyasi alanın çoğullaşması karşısında ise bizzat yargıcın devletin içine çekildiğine ve siyasete karşı devlet ideolojisini savunan bir görüş odağı olarak tasarlanmasına tanık olduk. Diğer bir deyişle Türkiye'de Batı'daki gibi oyunun kurallarını koyan ve sahiplenilen evrensel bir hukuk anlayışı hiçbir zaman olmadı. Türkiye bir "Hukuk Devleti" değil, hukuku yasalara ve kurumsal güce indirgeyen faydacı bir rejim üretti." (MAHÇUPYAN, Etyen: *Yargıcın Misyon ve Meşruiyet Sorunu*, Zaman, 02.04.2008).

(46) "... Siyasi içerikli davalara ilişkin verilen kararlarla, devletin bekasına yönelik iç tehdit algılamalarının yoğunlaştığı dönemlerde yüksek yargı mensuplarının durumdan vazife çıkararak yaptıkları uyarıcı nitelikteki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, yargıda, devletin ideolojik önceliklerini dikkate alma eğiliminin var olduğu görülmektedir." (ERDEM, Fazıl Hüsnü: *Türkiye'de "İdeolojik Devlet" Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu*, Demokrasi Platformu, Bahar 2005, yıl.1, sayı 2, ss51-69, s.68.).

(47) Rapor metni için bkz.: <http://www.tesev.org.tr>. Erişim tarihi: 07.08.2008.

Buna karşılık olarak, her iki kavramın birlikte ele alınarak tartışılmasında daha bütünlüklü bir perspektifin sağlanacağı da söylenebilir.

Yansızlık ister tekil ister bağımsızlık kavramıyla birlikte ele alınsın; kanımca somut gerçeği kavramak ve anlamak, makul bir tarafsızlık beklentisi inşa etmek ve yargı kararlarına karşı daha yapıcı eleştiriler üretmek bakımından, ön yargılı, sloganik yaklaşımlar yerine aydınlatıcı sorulara gereksinimiz var. Tüketici savını içermeyen aşağıdaki sorular gibi:

•Mutlak bir tarafsızlığın insan-özne-yargıç açısından olanaklı bulunup bulunmadığı?

•Makul bir tarafsızlık beklentisinin gerçekleşmesi için, yargı bağımsızlığının

hukuksal ve yapısal koşullarının var olup olmadığı?

•Yargıcın karar veya davranışlarında açık veya örtük şekilde referans yapılan ideolojik motiflerin yargıcın kültürel kimliğinin bir yansıması mı, yoksa stratejik bir rol algısının sonucu mu olduğu?

•Yargılama sürecini ve kararın oluşumunu ideolojik (başat-tikel) manipülasyondan koruyabilecek entelektüel ve bağımsız yargıç kimliğinin edinilmesi için zorunlu yapısal, düşünsel ve kültürel koşulların mevcut olup olmadığı?

•Bununla bağlantılı olarak: Sistemin; vicdanın yerini görevin aldığı, bağımsız yargıç kimliği yerine iktidarla özdeşleşen bürokrat yargıç kişiliği üretmeye eğilim gösterip göstermediği?

## Hukuk Sosyolojisindeki Kuramsal Kırılmalar<sup>1</sup>

Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ\*

Toplumsal bir kurum olarak hukuku yine toplumbilimle incelemenin ya da araştırmanın çok doğal ve makul bir yaklaşım tarzı olduğu düşünülebilir. Ancak tarihsel olaylar akla bu denli açık görünen bu gerçeği doğrular biçimde gelişmemiş; hukuk ile toplum, hukukun yapımı, yürürlüğü ile toplumsal grup ve tabakalar arasındaki ilgi ve bağlantılar bir türlü açıkça ortaya konulamamış, hukuk çok farklı yerlerde aranmış, farklı tarzlarda araştırılmaya çalışılmıştır. Yani gerek hukukun yapımının, normun oluşumundan yürürlüğüne kadarki sürecin, gerekse hukukun uygulamasının toplumsallığı yeterince anlaşılammış ya da ihmal edilmiştir. Tarihsel olarak hukukun toplumsal olanla ilişkilendirme biçimine bakıldığında, bu bağlantı biçimlerinin dönemin koşullarının etkisiyle ortaya çıkan, bunların dar anlamda sonuçları ya da geniş anlamda özelemler oldukları görülmüştür.

Hukuku, sistematik olarak toplumla ilişkisi bağlamında ortaya koymak içinse (tarihsel süreçteki çok değerli fakat münferit çabaların dışında) hukuk sosyolojisinin ortaya çıkması gerekmiştir. Bununla birlikte Comte ile başladığı kabul edilen sosyoloji ile neredeyse eş

zamanlı olarak ortaya çıkan hukuk sosyolojisinde, disiplinler arası olmanın baskın olarak görülmüş, genelde de derinden sürekli olarak kendini hissettirmiştir.<sup>2</sup> Sosyoloji alanında çalışanlarla, hukukçular bu bilim dalında yapılacak araştırmalar ve kuramsal çalışmalar konusunda hep, neredeyse paradoksal bir zorlukla karşı karşıya kalmışlardır: Bir yandan sosyologların genel olarak sosyal norm oluşumu ya da karakterine ilişkin yaptıkları inceleme ve vardıkları sonuçlar hukuk açısından çok da tatminkar görülmemiştir. Hukukçular ise tekniğine hakim oldukları hukukun doğası ya da doğuşu, uygulanması ve ortadan kalkışı konusunda yine resmi hukuk metinlerde yazanın, prosedürel olanın ötesine geçmekte zorlanmışlardır. Geçen yüzyılın ilk yarısında ise yalnızca bu bilimi konu edinen, bu ikiliği aşma yolunda önemli bir gelişmeye inza atan iki temel karakter de (Gurvitch ile Timasheff) ortaya çıkmıştır. **Ancak bu dezavantaj, bu ikilik hem hukuk sosyolojisinin tarihini hem de kuramsal dönüşüm ve kırılmaları ortaya çıkaran en önemli öğedir.**

Hukuk sosyolojisi bir yandan Comte, Durkheim, Weber (ya da Marx

(1) Bu metnin "Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi" adlı, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Dergisi'nde yayınlanan (3. Dizi 16. Sayı, 2008/1, İ.Ü. Basım ve Yayınevi, İstanbul 2009) makalem ile büyük bölümü ortaktır.

\* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(2) İlk kez D. Anzilotti, *Filosofia Del Dritto e la Sociologia* adlı yapıtında "sociologia Juridica" ifadesini kullanmıştır, bkz. Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2. Bası, Siyasal Yay., Ankara 1994, s.44.