

tabında¹⁵ bir araya getirilmiştir. Hart, Türkçe'ye çevrilen bu yapıtında, devletin ahlaksızlığı cezalandırmak gibi bir görevi olamayacağını ısrarla savunur. Hatta, belleklerimizdeki pozitivist tanımının sınırlarını ciddi biçimde te-cavüz ederek, "evrensel değerler" in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler "bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan korunma vb." dir.

...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanlıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlâkı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanımadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımadığı kabul edilebilir.¹⁶

DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, analitik pozitivism, hukuksal pozitivism hakkında yapılan genellemeye maruz kaldığı,

egemenin iradesinin savunuculuğuna yapma, hukukçunun gündeminden ahlaki ve felsefi tartışmayı çıkarma gibi iddialarla *haksız yere* eleştirilmektedir. Analitik pozitivistler, ahlaki ve felsefi değerlendirmeleri yok saymamış, bilakis bu tarz tartışmalara bizzat katılmışlardır. Pozitivistler için de 'ideal', felsefi yaklaşımlarla savunulan bir 'olması gereken hukuk' bulunmaktadır. Böyle bir ideal hukuk tasarımına sahip olma, elbette ki pozitivistleri doğal hukukçu yapmaz. Üstelik bu yaklaşımları, onların doğal hukuka kapı araladıkları ya da özünde doğal hukuk düşüncesi olmaksızın yapamadıkları anlamına da gelmez. Belki de pozitivistleri, pozitivism-doğal hukuk tartışmasını bir anlığına göz ardı ederek okumak gerekir. Bu noktada sorulması gereken soru, böyle bir hukuk idealine sahip olmalarına rağmen, pozitivistlerin hukuk ve ahlak ayrımı iddiasıyla neye, niçin karşı çıktıkları ve neyi amaçladıkları olmalıdır. Bu sorunun yanıtı ise, bildirimizin sınırları dışında olması nedeniyle, gelecekteki çalışmalara bırakılmıştır.

Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi*

Kasım AKBAŞ**

1. Giriş

Sınırlarının nerede başladığı, nerede sona erdiği tam olarak kestirilemeyen bir "hareket" olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ), "hukuka ilişkin kuşku" nun ete kemiğe bürünmüş şekli olarak çıkar karşımıza.

Bu cümleden hareketle, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen bir makalenin, dört konuyu açıklaması beklenebilir: 1. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının sınırları 2. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının niteliği 3. Hukuka duyulan kuşku 4. Hukuka duyulan kuşku-yu somutlaştıran çalışmalar. Bu dört konu alanının ayrı başlıklar altında ele alınması ya da alınmaması, yazarın yeteneğine ve birikimine bağlı olarak değişebilir. Bu makalenin yazarının yeteneği ve birikimi, dört konuyu ancak iki başlık altında ele almaya yeterli olduğundan, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen çalışmasını, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi" olarak sınırlamıştır.

2. Küçük harfle: Hukuk eleştirisi de içeren çalışmalar

Mesele bir akım olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları değil de, hukuku eleştiren çalışmalar olarak ortaya konduğunda, geniş bir yelpaze ile karşı karşıya kahrız. Eleştirel Hukuk Çalışmalarından zamansal olarak önce ortaya çıkan her hukuk eleştirisini, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülü olarak kabul edecek olursak, bu yaklaşımın bizi hangi yüzyıldan, hangi binyıla savuracağı belirsizdir. Zira "hukuk eleştirisi" kavramı da tutarlı bir çizgiyi takip etmemizi zorlaştıracak çağrışımlar içerir. Söz gelimi, vazedilmiş kuralların eleştirisi olarak doğal hukuku da bu kapsamda ele almamız gerekir mi? Söz gelimi, "Adil olmayan yasa, yasa değildir." diyen Martin Luther King'in sivil itaatsizlik kuramı, bir hukuk eleştirisi olarak mı adlandırılır yoksa aksine hukuk bilincini pekiştirmeye yarayan bir çağrı olarak mı? Öy-

(15) H.L.A. HART, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*. Çev.: Erol Öz. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000).

(16) Aynı eser, s. 68.

(*) Bu çalışmanın "2.1. Hukuk ve Gelişme" ile "3. Büyük harfle: Eleştirel Hukuk Çalışmaları" başlıklarını taşıyan bölümleri, daha sonra "Hukukun Büyübozunu" adıyla kitap olarak da basılan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi" başlıklı yüksek lisans tezi ile Mältepe Üniversitesi Dergisi 2005/1'de yayımlanan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nda Marksist Toplum ve Hukuk Çözümlemesi Eleştirisi" makalelerinden hemen, hemen aynı muhalaza edilerek alınmıştır. Birkaç küçük ekleme ve çıkarma dışında, bu bölümler için yeni kaynak taraması ya da okuması yapılmamıştır.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

leyse "hukuk eleştirisi"nden ne anlamak gerekir?

Belli bir hukuksal düzenlemenin içeriğinin beğenilmemesi anlamında hukuk eleştirisinden de söz edilebilmekteyse de, bu makalede ele aldığımız anlamda hukuk eleştirisinin, "bir kavram ya da kurum olarak hukuk"un eleştirilmesi olduğunun altı çizilmelidir. Hukukun kendisinin bir kurum olarak eleştirilmesi, "hukuk kurumu"nu bir eleştiri "nesne"si olarak ele almayı gerektirdiğinden, ister istemez, hukuka olgusal yaklaşımı da gerektirmektedir. Bu anlamda hukuk eleştirisinin, şu ya da bu biçimde, hukuk içerisinde, toplumbilimsel ilginin sonucu olarak ortaya çıkan okul ya da kuramlarla ilişkilendirilebileceği görülür¹. Bu, her toplumbilimsel ilginin bir hukuk eleştirisi ile sonuçlanması gerektiği anlamına gelmeyeceği gibi, toplumbilimsel bir ilgi olmadan hukukun eleştirilemeyeceği anlamına da gelmez, kuşkusuz. Ancak tekrara düşmek pahasına ifade edelim ki, bir "kurum olarak hukuk"un

eleştirisinin, az ya da çok bir "toplumsal"ı içinde barındırdığı söylenebilir². Bu anlamda, toplumu da dikkate alan yaklaşımlarıyla diğerlerinden ayrılan hukuk kuramlarını kabaca değerlendirmekte yarar vardır. Zira Eleştirel Hukuk Çalışmalarının, bu kuramlardan öğrenecekleri vardır.

Topçuoğlu, "hukuk ilminde tecerrüt hali" başlığı altında Fransız Yorumcu Hukuk Okulunu, Alman Kavramlar İçtihiadı Hukuk Okulunu ve İngiliz Analitik Hukuk Okulunu ele almaktadır³. Bu tecerrüt haline karşı "sosyolojik isyan", aynı kültür çevrelerinde, (Almanya ve Avusturya'da) Serbest Hukuk Okulu, (Fransa ve Belçika'da) Serbest Bilimsel Araştırma Okulu ya da Bilimsel Okul, (Amerika'da) Sosyolojik Hukuk Bilimi olarak ortaya çıkmaktadır⁴. Özcan, "toplumun varlığını dikkate alan hukukçu yaklaşımları" şeklinde belirlediği başlık altında, Marx'ın, Bentham'ın, Weber'in isimlerini anmakta, Von Savigny'nin Tarihçi Hukuk Okulunu, Jhering'in sos-

yal faydacı görüşünü ve Heck'in Menfaatler İçtihiadı kuramını ele almaktadır⁵. Ayrıca Amerikan Sosyolojik Hukuk Bilimini ve Hukuksal Realizmi, "hukukun sosyolojikleştirilmesi" olarak adlandırmaktadır⁶.

Topçuoğlu'nun ve Özcan'ın isimlerini andıkları okul, kuram ya da akımların hepsinde ortak olan nokta, hukuksal toplumsal bir kurum olarak yaklaşmış olmalarıdır. Bu çalışma ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları açısından taşıdıkları değer ise, hemen hepsinin Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile uzaktan da olsa akraba olmalarıdır. Zira, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Amerikan Hukuksal Realizminin devamcısı⁷ ya da bir başka deyişle, hukuksal realizmin Eleştirel Hukuk Çalışmalarının esin kaynağı⁸ olarak kabul edilmesi bir yana, bu okulun yazarlarının çalışmalarında, Marx'tan Weber'e, çeşitli toplum kuramcılarına yapılan atıflar gözlenmekte ve hukuk çözümlemesi, bir toplum çözümlemesinin üzerine inşa edilmeye çalışılmaktadır.

Özellikle Anglo-Sakson kültür çevresi çerçevesinde düşünüldüğünde, toplumsal çözümleme merkezli ve hukuk eleştirisi de içeren yaklaşımlar açısından bir zenginlik göze çarpmakta-

dır. İlk elden akla gelen Hukuksal Pragmatizm, Hukuk ve Ekonomi, Hukuk ve Gelişme gibi yaklaşımlar da, yukarıda anılan okul, kuram ya da akımlarla paralellikler göstermektedirler.

Anglo-Sakson dünyada ortaya çıkan akımların ya bir demek veya birlik ya da bir sempozyum veya konferans ismiyle örgütlenmeleri dikkat çeken bir durumdur. Söz gelimi Hukuk ve Gelişme akımı 1965'te toplanan bir konferansla somut olarak ortaya çıkmıştır⁹. Keza, Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılanların, bu isimle bir konferans düzenlemeden evvel içinde buldukları Hukuk ve Toplumcular, Law and Society Association adlı bir dernekte bir araya gelmişlerdir¹⁰. Ayrıca İngiltere'de de Eleştirel Hukuk Konferansı düzenlenmeye devam edilmektedir. Yine İngiltere'de Ulusal Eleştirel Hukukçular Grubu etkinliğini sürdürmektedir¹¹.

Amerikan Hukuksal Realizmi, Hukuk ve Gelişme akımı ile Hukuk ve Toplum Derneği; Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülleri olarak, diğer okul ve akımlara oranla bir adım öne çıkmaktadırlar. Daha sık konu edildiği düşünülen ve aşına olunduğu varsayı-

(1) Hukuk ve Toplum Derneğinin etkin bir üyesi olduğu gibi Eleştirel Hukuk Çalışmalarına da öncülük eden David Trubek, hukukun, sosyal bilimlerden ayrılan bir nesne olabileceği düşüncesini "hukuk ve toplum düşüncesi" olarak nitelendikten sonra, hukuku bir dizi kural ya da ilkedeki ibaret göreceğ olursak, "hukuk ve toplum düşüncesi"nin gerektirdiği hukuk çalışmaları için ele alınabilecek pek bir şey kalmayacağını, ancak hukuku bir toplumsal kurum, karşılıklı davranışlar, politik grupların çıkarlarının yansımaları, ritüeller ve semboller olarak göreceğ olursak hukuk çalışmalarının yapılabileceğini ifade etmektedir. bkz. David M. Trubek, "Back to Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", *Florida State University Law Review*, 18: 1-55 (1990), s. 6.

(2) Mehmet Ali Aybar'ın, epey eski tarihli bir makalesinde dikkat çektiği husus aynıdır. Aybar, toplumun da doğa bilimlerine benzer yöntem ve usullerle ele alınabileceği düşüncesiyle ortaya çıkan bilimsel düşünce akımının, hukuk alanına da sirayet ettiğini saptamakta ve Comte'tan, Duquai'den, Hauriou'dan ve Radbruch'tan hukuk eleştirisi örnekleri vermektedir. Buna göre Comte, meseleyi hukuku inkara kadar vardırmış, Duquai ve devamçıları "klasik hukuka, hem ilmi bir kritiğe tahammülü olmadığı, hem de günün sosyal ihtiyaçlarına cevap vermediği için iki cepheden hücum" etmektedirler. Radbruch ise, "meseleyi izafi bir cepheden mütaale ederek, hukukun kainata dair ileri sürülmüş olan tasavvurlarla alakalı kıymet sistemlerine bağlı olduğunu söylüyor. Ancak kıymet sistemlerinden birini tercihan kabul edebilmek için ortada ilmi bir sebep bulunmadığından herkesin arzularına göre bu sistemlerden birini terci edebileceğini ilave ediyordur"dur. Bkz. Mehmet Ali Aybar, "Hukukta Mecburiyet Meselesi", *İstanbul Barosu Mecmuası*, 1938 (Ayrı basım), s. 7-8 ve dn. 2. 3 ve 5.

(3) Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi I* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960), s. 12-23.

(4) *Ibid.*, s. 23-76.

(5) Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003), s. 37-42.

(6) *Ibid.*, s. 43.

(7) Bkz. Mehmet Yüksel, *Modernite Post Modernite ve Hukuk* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002), s. 205.

(8) Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları* (İstanbul: Kazancı Kitap, 2006), s. 60 vd.

(9) H. C. L. Merillat, "Law and Developing Countries", *The American Journal of International Law*, 60: 71-79 (1966), s. 71.

(10) Demek, Eleştirel Hukukçuların da katılımlarıyla faaliyetlerini sürdürmektedir. Her yıl düzenli olarak gerçekleştirilen ve konferans olarak düzenlenen uluslararası toplantıların 2006'daki başlığı "Law End(s)!" olarak belirlenmiş ve Baltimore'da gerçekleştirilmiştir. 2007'deki toplantı 25-28 Temmuz'da "21. Yüzyılda Hukuk ve Toplum: Dönüşümler, Direnişler ve Ötesi" üstbaşlığıyla Berlin'de yapılacaktır. Bkz. <<http://www.lawandsociety.org/>> b.t. 14.02.2007.

(11) Bkz. Allan C. Hutchinson ve Patrick J. Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," *Stanford Law Review*, 36: 199-245 (1984), s. 242-243 ve Yüksel, *Op.cit.*, s. 207. Ulusal Eleştirel Avukatlar Grubu'nun yıllık konferansı "İnsan Hakları (ya da Doğruları) ve İnsan Yanlışları (Human Rights and Human Wrongs)" üstbaşlığı ile 24-25 Şubat 2007'de Canterbury'deki Kent Üniversitesi'nde düzenlenmektedir. bkz. <<http://www.nclg.org.uk/>> b.t. 14.02.2007.

lan Amerikan Hukuksal Realizmi¹² inceleme dışı bırakılarak, Hukuk ve Gelişme ile Hukuk ve Toplum çalışmalarına birer başlık açmak ileride Eleştirel Hukuk Çalışmalarının gündeminin anlaşılmasını kolaylaştırabilir.

2.1. Hukuk ve Gelişme

Hukuk ve gelişme araştırmaları, Üçüncü Dünya ülkelerinin kalkınmalarını sürecinde hukukun işlevini saptamaya yönelik çalışmalardır¹³. "Hukuk ve gelişme kuramları, gelişmekte olan ülkelerde hukuk ile gelişme arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmaya çalışmaktadırlar."¹⁴

Bu çalışmalar, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından gündeme gelen siyasal gelişme (modernleşme) hareketlerine dayanmaktadırlar. Buna göre, gelişme, nihayetinde Batı benzeri ekonomik, siyasal ve toplumsal kurumlar yaratacak, yükselen bir toplumsal değişim sürecidir; bu süreç kaçınılmaz ve evrimseldir¹⁵. Bu sürecin sonunda, söz gelimi serbest pazar sistemi, liberal demokratik siyasal kurumlar ya da hukuk devleti ortaya çıkacaktır. Modernleşme ku-

ramlarına göre siyasal gelişmenin, kilit önemde dört unsuru bulunmaktadır: Rasyonalizasyon (aklılaşma), uluslaşma, demokratikleşme ve siyasal katılım¹⁶. Her bir unsur, bir yanıyla hukuku işaret etmektedir.

Gelgelelim 1960'ların sonlarına doğru modernleşme kuramcıları büyük bir karamsarlığa kapılırlar. Zira, "gelişmekte olan" şeklinde nitelenen ülkeler, modernleşme kuramlarında öngörülen aksine, ekonomik anlamda çöküş yaşıyor olmalarının yanında, siyasal anlamda da askerî rejimlerle boğuşmaktadır. Bir anlamda kuram iflas eder ve kuramın iflasının faturası, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapısına çıkarılır. Yani bu kuramcılara göre, Üçüncü Dünya ülkelerinin Batı tarzı siyasal-toplumsal kurumlara -örnek olsun, ulusal bütünlüğe, demokrasiye, meşru yasalara ve bu yasalara saygılı yurttaşlara- sahip olamamalarının nedeni, Batı kültürüne sahip olmamalarıdır¹⁷.

Modernleşme kuramları daha sonra, içeriden ve dışarıdan eleştirilere konu olmuştur. Modernleşme kuram-

cıları, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapılarına ilişkin kendi yaklaşımlarını sorgularlarken, dışarıdan bir eleştiri olarak, modernleşme kuramlarını muhafazakar ve statükocu bulanlar da vardı¹⁸.

Hukuk ve gelişme hareketi, diğer modernleşme kuramlarına oranla geç bir tarihte, 1960'larda¹⁹, modernleşme kuramları gerilemeye başladığında ortaya çıkmıştı. Hukuk ve gelişmeye ilişkin pek çok makale 1965 ile 1975 arasındaki on yıllık süreçte yazılmıştı²⁰. 16-17 Temmuz 1965'te Washington'da düzenlenen konferans, bu çalışmaların başlangıcı olarak kabul edilebilir. Society's Board of Review and Development tarafından desteklenen konferansın amacı "az gelişmiş ülkelerin, durumlarını iyileştirirken karşılaştıkları farklı hukuksal sorunları saptamak ve gelecekte yapılacak araştırma ve diğer etkinlikler için olası doğrultular önermek"²¹ olarak açıklanmaktadır. Bu ilk konferansta tartışmalar üç başlıkta yoğunlaşmaktadır: Uluslararası hukukun gelişmedeki rolü, gelişmekte olan ülkelerin uluslararası etkinliklerinde hukukun rolü ve nihayet, hukuku ve hukukçuları kalkınma sürecinde daha etkin kılabilmek için hazırlanacak hukuksal eğitim ve araştırma programları²². Konferansta öncelikli olarak hukukçuların kalkınma programlarının hazırlanmasında ve uygulanmasında

göze çarpan bir etkinliklerinin olmadığı saptanmıştı. Latin Amerika, Afrika ve Asya'daki gelişmenin ya da kalkınmanın ana mimarları ekonomistler, mühendisler, kamu yöneticileri, ziraatçılar, doktorlar, eğitimciler ve hukuk dışı diğer alanlardaki uzmanlardı²³. Kalkınma sürecinde hukuka ve hukukçulara bakışın ne olduğunu göstermek açısından İngiliz sömürgelerinin bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından hukukçuların oynadığı rolü gözlemlemek son derece öğreticiydi. Bu ülkelerdeki bağımsızlık hareketlerinde hukukçular önemli rol oynamışlar; hükümetin prestijinin ve gücünün artmasını sağlamışlardı. Ancak, bu ülkelerde hukukçunun "teknik" bir işlevinin olduğuna, yoksa politikaların belirlenmesi sürecinde dikkate alınmadıklarına kuşku yoktur²⁴. Konferansı düzenleyenlerin iddiası şuydu ki, hukukçuların bu süreçlere daha fazla dahil olmaları gerekmektedir.

Gelişme sürecinin özel hukuksal gereksinimleri, konferansta şu başlıklar altında belirlenmişti: Ticarî işlere ilişkin (mahkemeleri de kapsayan) hukuksal süreçlerin yeterliliğinin sağlanması, toprak reformu, su hukuku, ticaret formlarının belirlenmesi, kalkınma bankaları, tasarruf kurumları, borsa gibi çeşitli kurumlar, vergi politikaları ve vergi yönetimi, yabancı yatırım koşullarını da hazırlayan endüstriyel geliş-

(12) Amerikan Hukuksal Realizmi ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları ilişkisi için bkz. "Round and Round the Rumble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," *Harvard Law Review*, 95: 1669-1690 (1981-1982).

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

(14) *Ibid.*, s. 492.

(15) Brian Z. Tamanaha, "The Lessons of Law and Development Studies", *The American Journal of International Law*, 89:470-486 (1995), s. 471.

(16) *Ibid.*, s. 471-472.

(17) "1940'lı yıllarla birlikte Amerikan sosyal bilimlerinde oldukça ayrıcalıklı bir konum elde eden Max Weberci toplumsal kuram, kalkınma probleminin ele alınışında da kendisini göstermiş ve Weberci tezlerden hareketle, kültür az gelişmiş toplumların gelişmemişliğinin temelinde yerleştirilmiştir. Bu düşünsel zemin üzerinde çözüme ilişkin olarak söylenecek her söz doğal olarak az gelişmiş toplumların kültürünü hedef alacak ve gelişmenin sağlanmasının ön koşulu olarak bu toplumların sahip oldukları kültürel bağlardan kurulmak gösle-riyecektir." Bkz. Fuhrettin Altun, "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu," *Divân İlmî Araştırmalar*, 8: 123-186, 2000/1, s. 150.

(18) Tamanaha, *Op.cit.*, s. 472.

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

(20) Tamanaha, *Op.cit.*, s. 473. Bu konudaki literatür için bkz. Burg, *Op.cit.*

(21) Merrifall, "Law and Developing Countries," *Op.cit.*, s. 71.

(22) *Ibid.*, s. 71-72.

(23) *Ibid.*, s. 72.

(24) *Ibid.*

meye ilişkin yasalar²⁵. Ancak tüm bunlardan daha dikkat çekici olan, gelişmekte olan ülkelerde "ticaret hukukçusu eksikliği"ne önem verilmiş olmasıdır²⁶. Nihayet tüm bu konuların ardından, gelişmenin yalnızca ekonomik göstergelere indirgenemeyeceği, insan hakları, nüfus kontrolü gibi konularda da etkinlik gösterilmesi gerektiği tartışılmıştır²⁷.

Konferanstan çıkan sonuca göre, hukuksal yeterliliği artırmaya ilişkin olarak dört yöntem belirlenmiştir²⁸: Gelişmekte olan ülkelerde hukukçuluk mesleğine ilişkin temel eğitimin geliştirilmesi, bu ülke hukukçularının sanayileşmiş ülkelerdeki kurumlarda eğitime tabi tutulması, hukukçu olmayan memurlar ve yöneticiler için özel hukuk öğretim programlarının hazırlanması ve yeni hukuk kuralları ve kurumları oluşturulurken hukukçuların teknik desteğinin alınmasının sağlanması. 1965 tarihli bu ilk toplantının ardından 1966 Nisan'ında aynı kuruluş tarafından, yeni bazı katılımcılarla, ikinci bir konferans daha düzenlendi²⁹.

Siyasal gelişme (modernleşme) kuramlarıyla hemen hemen aynı nedenlerle, hukuk ve gelişme kuramları da

geçerliliğini yitirmişti. Nitekim hukuk ve gelişmeye ilişkin ilk çalışmanın yayımlanmasının üzerinden daha on yıl geçmemişken Trubek ve Galanter hukuk ve gelişme çalışmalarının "krizi"nden söz etmektedirler³⁰.

Hukuk ve gelişme hareketi, modernleşme kuramının temel önermelerini kabul ediyor; evrimsel değişim sürecinin eninde sonunda Batı benzeri bir hukuk düşüncesi ve hukuk kurumu ile sonuçlanacağı fikrini benimsiyordu³¹.

2.2. Hukuk ve Toplum Derneği

Hukuk ve Toplum Derneği, 1964 yılının Kasım ayında Colorado eyaletinde kurulmuştu³². Derneğin ilk başkanlığını, 1970 yılına kadar Denver Üniversitesi'nden Robert Yegge yapmıştı³³. Derneğin yayım organı olan *Law & Society Review* [Hukuk ve Toplum Dergisi], 1966 yılında, Northwestern Üniversitesi'nden Richard Schwartz'ın editörlüğünde çıkarılmaya başlandı. Dernek üyelerinin varlığıyla dikkat çektikleri diğer yerler, Berkeley'deki California Üniversitesi ve ileride Eleştirel Hukuk Çalışmalarına da ev sahipliği yapacak olan Madison'daki Wisconsin Üniversitesi'dir.

Böylece derneğin, dört büyük üniversitenin hukuk fakültelerindeki öğretim elemanlarınca yönlendirildiği söylenebilir. Ancak kurumsallaşmanın sağlanması noktasında kritik katkı, Russel Sage Vakfı'ndan gelmiştir. Vakıf, hem derneğin dört merkezindeki üniversiteleri, hem dergisini diğer yayımlarını, hem de Berkeley'de çıkarılan önemli kitapların basımını parasal olarak desteklemiştir³⁴. Derneğin bir diğer mali desteği, Walter E. Meyer Hukuk Araştırma Enstitüsü'dür³⁵.

Hukuk ve Toplum hareketinin³⁶ bu çalışma açısından önemi, Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılan hukukçuların bu derneğin üyeleri arasından çıktıklarının bilinmesi ile anlaşılır. Derneğin ikinci, üçüncü kuşak üyelerinden David Trubek, Mark Tushnet gibi isimler, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının da kurucularıydılar. Keza Tom Heller, Stewart Macaulay, Marc Galanter hatta Richard Abel gibi Eleştirel Hukuk Çalışmaları içerisinde yer alan önemli isimlere, Hukuk ve Toplum Derneğinin çalışmalarında da rastlanmaktadır.

Şunu da eklemekte yarar var: Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılan hukukçular, bu çalışmaları başlatmış olmakla, Hukuk ve Toplum'dan tamamen uzaklaşmış da değillerdir³⁷.

Derneğin içerisinde oldukça etkin olan Wisconsin grubunun öncülüğünü yaptığı temel motif, hukukun içinde işlev kazandığı toplumsal koşulların incelenmesinin, hukukun daha sağlam işleyebileceğini sağlayacağı düşüncesi'dir. Bu temel motif, yalnızca kuruluş aşamasında ortaya çıkıp, sonradan ortadan kalkmış değildir. Silbey ve Sarat, derneğin 1986'daki yıllık konferansında yaptıkları sunumda, "hukuksal kurumlar, bütün bir toplumsal çevre görülmeden anlaşılabilir" demektedirler³⁸. Buradan hareketle hukuk ve toplumcular, toplumsal ve ekonomik koşulların bilincinde olan hukukçular sayesinde hukukun, toplumsal ilerleme noktasında, daha etkin bir araç olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedirler³⁹. Hukuk ve toplumcular da, hukuksal realizmin araçsalcı yaklaşımlarını sürdürmektedirler.

(25) *Ibid.*, s. 74.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*, s. 75.

(28) *Ibid.*, s. 76.

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

(30) David M. Trubek and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States," *Op.cit.*, s. 1063.

(31) Jamanaha, *Op.cit.*, s. 473.

(32) Bryant Garth ve Joyce Sterling, "From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State," *Law and Society Review*, 32: 409-471 (1998), s. 417.

(33) *Ibid.*

(34) *Ibid.*, s. 419. Vakıf, derneğin dergisi için, derginin çıkarılışında 54.000 dolarlık bir katkı yapmıştır. Bkz. Robert B. Yegge, "The Law and Society Association to Date," *Law and Society Review*, 1: 3-4 (1966-1967), s. 3.

(35) *Ibid.*, s. 449. Aynı yerde, Russel Sage Vakfı'nın "sosyoloji merkezli", Enstitü'nün ise "hukuk merkezli" çalışmalara ağırlık vermek istedikleri ifade edilmektedir. Benzer bir "rekabet", Wisconsin ve Berkeley Üniversiteleri açısından da söz konusudur. James Willard Hurst'ün öncülüğündeki Wisconsin grubu hukuk, Philip Selznick'in öncülüğündeki Berkeley grubu sosyoloji ağırlıklı çalışmaktadır. *Ibid.*, s. 459.

(36) Daha sonra derneğin başkanlığını da yapacak olan Lawrence M. Friedman, dernek özelinde ortaya çıkan ve hukuk ve toplumbilim ilişkisi üzerine yoğunlaşan ilgiyi, "hukuk ve toplum hareketi" olarak adlandırmaktadır. Bkz. Lawrence M. Friedman, "The Law and Society Movement," *Stanford Law Review*, 38: 763-780 (1985-1986). Öte yandan, Hukuk ve Toplum Derneği'ni bir akım olarak adlandırmamızın doğru olmadığını, zira hukuk ve toplumbilimlerle ilgilenen, farklı motiflere sahip herkesin dernekte yer alabildiğini ileri sürerler de vardır. Bkz. Hutchinson ve Monahan, "Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", *Op.cit.*, s. 200, dn. 7.

(37) Hemen ifade edelim, Hukuk ve Toplum Derneği'nin 2006'daki yıllık konferansına katılanlar arasında, Richard Abel, Marc Galanter, Stewart Macaulay, Mark Tushnet, David Trubek gibi Eleştirel isimlere rastlanmaktadır. David Trubek, 2007'deki konferansın düzenleyicileri arasında da yer almaktadır.

(38) Susan S. Silbey ve Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research," *Law and Society Review*, 21: 165-174 (1987), s. 165.

(39) Garth ve Sterling, *Op.cit.*, s. 440.

Bu araçsalci yaklaşımın önemli özelliği, hukukun kendisinin bir ideal ya da amaç olarak görülmemesidir. Hukuk ancak, toplumsal ya da bireysel hedeflere ulaşmak için kullanılan araçlardan biridir. Öyleyse hukuk, hukuk bilimi dışı disiplinlerin de katkılarıyla birlikte ele alınmalıdır. Tek başına hukuksal düzenleme bilgisi, hukuksal ve toplumsal yapıyı anlamaya ve dolayısıyla uyumsuzluklara uygun çözümler getirmeye yetmez.

Bu yaklaşım, Hukuk ve Ekonomi çalışmalarında da, Hukuk ve Gelişme çalışmalarında da, Hukuksal Pragmatizm'de de bulunabilecek bir yaklaşımdır. Öyleyse, Hukuk ve Toplum'u diğerlerinden ya da bu yaklaşımları birbirinden ayıran nedir? Hukukun ele alınışında bir farklılık olmadığı sürece bu türden akımları birbirinden ayıran toplumsal ve siyasal perspektiflerindeki farklılıktır. Örnek olsun, Hukuk ve Gelişme çalışmaları, antropolojik çalışmalar açısından- ilgilerini geliştirmiş sanyilerin bulunduğu kentlere yönelmişken, antropolojik çalışmalar yapan Hukuk ve Toplumcular, bir parça buna da tepki duyarak, çalışmalarını kırsal bölgelere yöneltmişlerdir⁴⁰. Grubun diğer çalışma gündemleri, yoksullara avukatlık hizmeti verilmesi, suç ve yoksulluk, ceza adaleti gibi konulardan oluşmaktaydı. Kısaca ifade etmek gerekirse, 1990'lara kadar Hukuk ve Toplum çalışmalarındaki ana temalar,

toplumsal eşitsizlik, yoksulluk ve suç olarak belirmektedir.

Dikkat çeken bir başka husus, Hukuk ve Toplum çalışmalarına, elit hukuk okulları olarak bilinen okullardan çok az katılımın olmasıdır. Yale, Stanford, New York Üniversiteleri'nden birkaç isim dışında, bu tür okullardan yoğun bir katılım söz konusu değildir⁴¹.

Dolayısıyla, Hukuk ve Toplum'un diğerlerinden farkı, çalışma gündemleri ve çalışmalara katılanların akademik geçmişleri göz önüne alındığında anlaşılabilir. Hukuk ve Toplum'un diğerlerinden farkı, çalışma gündemleri ve çalışmalara katılanların akademik geçmişleri göz önüne alındığında anlaşılabilir.

3. Büyük harfle: Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, resmen, Hukuk ve Toplum Derneği çalışmalarından tatmin olmayan küçük bir grup hukukçunun 1977 yılında, aynı adı taşıyan bir konferans vesilesiyle toplanması sonucu ortaya çıkmıştır⁴². 70'lerin sonunda ortaya çıksa da, hareketin, 1930'ların [Amerikan] Hukuksal Realizmi'nin devamı ve yeniden canlandırılması olduğu sık sık dile getirilmektedir.

Geniş bir ilgi ve çalışma alanını kapladığı; üstelik bu ilgi ve çalışmalara değin, belli başlı ya da sınırları çizilmiş bir kabule dayanmadığı söylenen Eleştirel Hukuk Çalışmaları için bir çerçeve çizme girişimine, baştan karşı çıkılabilir. Ancak, böyle bir girişimin, sınırlı çalışmalar içerisinde de Eleştirel Hukuk Çalışmalarının ele alınıp anlaşıl-

labilmesi için zorunlu olduğu da kabul edilmelidir. Bu nedenle, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının çeşitli araştırmacılar tarafından saptanan farklı ya da benzer niteliklerinin kabaca özetlenmesi mazur görülmelidir.

3.1. EHC Gündeminin Saptanması

Eleştirel Hukuk Araştırmaları, hukukun işlemlerini, onun körlüğünü, tutarsızlığını ya da gizlenmiş çıkarlarını sergilemek amacıyla inceler... 1970'lerin sonlarında Kuzey Amerika'da ortaya çıkıp hızla yayılan Eleştirel Hukuk Araştırmaları, ...eleştirinin temellerini genişletmiş ve hukuk eleştirisinin yürütülebileceği yol ve düzeyleri çeşitlendirmiştir. Eleştirel Hukuk Araştırmaları hukuk eleştirisini açıkça özgürleşme amacının hizmetine koyar, ama bu özgürleşmenin tek bir biçimi olabileceğine inanmaz; kadınlar, etnik azınlıklar, homoseksüeller, işçiler gibi her türden marjinal ya da dışlanmış toplumsal gruplardan yola çıkar ve bu grupların çıkarlarını daha baştan birleştirmeye çalışmaz. Bu yaklaşımı benimseyen, bir dizi farklı hukuksal konu ve sorun üstünde kendilerine özgü bir tarzda çalışan araştırmacılar, hukuk teorisinin doğal, kalıcı ve özsel kabul ettiği ve hukuksal prosedürlerin bizi öyle görmeye ikna ettiği kural ve yapıların tarihselliğini, kurulmuşluğunu, hatta kimi zaman düpedüz keyfiliklerini ortaya koyma amacında birleşirler. Eleştirel Hukuk araştırmalarının merkezinde, hukukun kendisini ve işlemlerini evrenselleştirme yönündeki "modernist" eğilimin bir reddi ve toplumsal eleştirinin bu evrenselleştirmeyi taklit etme

eğilimindeki biçimlerinden sakınma çabası yatar. Eleştirel Hukuk araştırmacıları, işlevselci usullamalara karşı, hukukun gelişmekte olan özgül toplumsal ihtiyaçları karşılama gibi doğal bir rolünün olmadığını göstermeye çalışırlar. Eleştirel Hukuk teorisinin bazı biçimleri, bütün doküman, mevzuat ve anayasa yorumlarının belirlenmemişliğini göstermek ve niyetin bilinebilirliğine ya da anlamın saptanabilirliğine dayanan yargıların temellerine saldırarak için dil çözümlemesini kullanır⁴³.

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının amacı, toplumun her düzeyine yayılmış, baskıcı ve gayri adil ilişkiler düzeyini destekleyen hukuksal pratiğin işleyişini ortaya çıkarmak şeklinde özetlenebilmektedir⁴⁴. Bu nedenle Eleştirel Hukuk Çalışmalarının, bir hukuk kuramı olmaktan çok, mevcut baskıcı ve gayri adil düzenin karşısında, siyasal bir duruş olduğu da dile getirilmektedir. Yine de, hukuku, belli bir toplumsal perspektiften ele alıp çözümlemeye yönelen çabaları nedeniyle Eleştirel Hukuk Çalışmaları hukuk kuramsal bir ilgi ile de dikkate alınmaya değer görünmektedir. Söz gelimi, Martha Minow'a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları; hukuksal ilkelerin, hukuk öğretilerinin açık-yapılılığına ve hukuk kurallarının birbirine zıt sonuçlara neden olabilme yetkinliğine dikkat çekmesi ile diğer hukuk kuramlarından farklılaşmaktadır⁴⁵.

Minow, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının meşgul olduğu konuları şu şekilde özetlemektedir: Eleştirel kuramcılar, hukukun belirsizliğini göstermeye

(40) *Ibid.*, s. 446-447.

(41) *Ibid.*, s. 451.

(42) Hutchinson ve Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," *Op.cit.*, s. 200. Harekete ilişkin içeriden bir tarihçe için bkz. John Henry Schlegel, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies," *Stanford Law Review*, 36: 391-411 (1984); Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *Journal of Legal Education*, 36: 505- 517 (1986); Mark Tushnet, "Critical Legal Studies," *The Yale Law Journal*, 100: 1515-1544 (1990-1991).

(43) Steven Connor, *Post-Modernist Kültür*. Çeviren: Doğan Şahiner (İstanbul: YKY, 2001), s. 93-94.

(44) Gary Minda, *Postmodern Legal Movements* (New York: NY University Press, 1995), s. 106.

(45) Aktaran *Ibid.*, s. 108.

çalışmışlar; belirli çıkar gruplarının, toplumsal sınıfların ya da diğer köklü ekonomik oluşumların, hukukun belirsizliğine rağmen, hukuksal kararlardan nasıl istifade ettiklerini belirleyebilmek için tarihsel ve sosyo-ekonomik analizlerle ilgilenmişler; hukuk analizlerinin ya da hukuk kültürünün, hukuk alanını, hukukçular dışında kalanlar için nasıl mistifize ettiğini ve hukuksal sonuçları, değişmez yasalar haline getirdiğini göstermeye çalışmışlardır⁴⁶.

Mevcut hukukun -ve onun meşrulaştırılmasına dayanan "geleneksel" hukuk kuramlarının- "liberal" olduğu iddiasını taşıyan Eleştirel Hukuk Çalışmaları, siyasal ve hukuksal liberalizm eleştirisi olarak da okunabilir. Nitekim Tushnet, Eleştirel Hukuk Çalışmaları yaklaşımının kalbi olarak, her türlü formalizm ve liberal siyasal kuram karşıtlığını belirlemiştir⁴⁷. Schlegel'e göre, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hukuka ilişkin kuramı, belirsizlik tezi ve hak eleştirisi olmak üzere, iki konuda odaklanmaktadır⁴⁸. "Hukukun görece özerkliği" de bunlara eklenebilir⁴⁹.

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının neyle ilgilendiğine ilişkin belki de en kısa ve anlaşılır cümle Trubek tarafın-

dan dile getirilmektedir: "Eleştirel çalışmalar hukukun ne olduğunu değil, ne yaptığını araştırırlar"⁵⁰.

3.2. EHÇ Gündemine İlişkin Değerlendirmeler ve Açıklamalar

Bu saptamalara dayanarak, eleştirel hukuk çalışmalarını üç ana başlık altında kategorize etmek mümkündür: Hukuksal belirsizlik çalışmaları; hukukun tarafı olduğuna ilişkin çalışmalar ve nihayet hukukun hem bir ideolojisinin olmasını hem de kendisinin bir ideoloji haline gelmesini ifade eden hukuk ideolojisi çalışmaları.

Eleştirel kuramcılara göre, hukuksal muhakeme, hukukçuların kişisel eğilimlerinden ya da içinde buldukları toplumsal bağlamdan bağımsız değildir. Hukuk, aslında, o denli "çelişkili" ya da "tatarsız"dır ki, aynı hukuksal düzenleme, farklı toplumsal bağlamlarda, farklı hükümlerin verilmesine gerekçe olabilmektedir. Hukukun belirsizliğinin (indeterminacy) nedeni budur⁵¹. Hukukun belirsizliği, hukuksal çıktılarının⁵², salt hukuk kurallarına dayalı olmadığı düşüncesinin bir ifadesidir. Sorun şu şekilde formüle edilebilir: "Somut hukuksal uyumsuzlukların so-

nucunu hukuk mu belirler?"⁵³ Eleştirel yaklaşımla, sorunun yanıtı ise şu şekilde: Yargısal kararlara, sadece anayasa ve diğer yasalarda belirlenmiş kuralların doğrudan uygulanması ile ulaşılmaz⁵⁴.

Bir başka mesele de, hukukun, değerlerden bağımsız (value-free) olup olmadığıdır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarına göre hukuk, sadece "görünüşte" nötr/tarafsız ve bağımsızdır. Aslında hukuk, toplumun egemen değerlerini yansıtmakta, hatta bu değerlere ve dolayısıyla statükoya meşruluk kazandırmaktadır. Böylece eleştirel kuramcılar, hukuku, egemen iktidar sisteminin karşısında bir korunma aracı olarak değil, o sistemin bir parçası olarak görmektedirler⁵⁵.

Silbey ve Sarat'a göre, Avrupa'da hukuk ve toplumun birbirinden ayrılması, sivil toplumla devleti ayırmayı hedefleyen bir dizi siyasal mücadelenin sonucudur. Zira Avrupa feodal geleneği içerisinde hukuk ve toplumun birliği, toplumdaki hiyerarşik baskının bir unsuru olarak işlev kazanmaktadır. Amerikalılar içinse, hukuk devleti kavramı, hukukun devletten ve toplumdan

bağımsız olması anlamına gelmektedir. Vadettiği rasyonelleşmiş düzen nedeniyle hukuk, devlet tarafından yaratılmakta ama devleti kontrol altına almakta kullanılmaktadır. Böylece Avrupalı düşüncede hukuk, hiyerarşinin bir parçası iken, Amerikan düşüncesinde, hiyerarşi ve baskı görünmez olur. Aksine, dışsal ve nötr düzenleme görüşü öne çıkar. İşte bu nedenle, hukukla hiyerarşi arasındaki ilişkiyi gösterebilmek Amerikan yaklaşımları açısından kritik önem taşımaktadır⁵⁶.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları kuramcılarının göre, "hukuk, adalete ya da hakkaniyete ilişkin nesnel bazı standartların ürünü değildir. Dolayısıyla, hukuksal sınırlamalar [herkes için geçerli] bir ahlâkî yükümlülük doğurmazlar."⁵⁷

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının bir başka kabulü de -ki yine hukukun bağımlılığı ve taraflılığı ile ilişkilidir-, hukukun bir ideolojisinin olduğu; hatta hukukun kendisinin bir ideoloji, hukuk ideolojisi, olduğudur⁵⁸. Buna göre hukuk öncelikle, bir ideolojinin yarattığı koşulları meşrulaştırmak ve bunların sürekliliğini sağlamak üzere işlev ka-

(46) *Ibid.*

(47) Mark Tushnet, "Perspectives on Critical Legal Studies," *The George Washington Law Review*, 52: 239-242 (1983-1984), s. 239.

(48) John Henry Schlegel, "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," *Cardozo Law Review*, 22: 1061-1072 (2000-2001), s. 1069.

(49) *Ibid.*, dn. 31.

(50) David Trubek, "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism", *Stanford Law Review*, 36: 575-622 (1984), s. 587. Vurgu Trubek'in.

(51) Steven Vago, *Law and Society* (Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003), s. 66.

(52) Hukukun bir girdi-çıkıtı sistemi olarak ele alınıp alınmayacağı bakımından bkz. Özcan, *Op.cit.*, s. 121 vd. İktidar ilişkileri bir soyutlama olarak dışarıda bırakıldığında, hukukun bir girdi-çıkıtı sistemi olarak ele alınabileceğini saptayan Özcan, bu yaklaşımın sonucu olarak, hukukun belirsizliği düşüncesine şu ifadelerle ulaşmaktadır: "Hukuk, iktidar merkezlerinin direnç noktasına kadar kendini topluma uydururken, toplum da beklentilerine veya taleplerine varlık kazandıran ve daha gerisine gidilemez olan bir direnç noktasına kadar kendisini hukuka uyarlar. Hukukun kendini topluma uydurmasına, yasama organının tasarrufları ve

52. *dipnot devamı*: mahkemelerin içtihatları yoluyla hukuk kurallarının değiştirilmesi kadar, işlev üstlenemeyen hukuk kurallarının kadük kalması veya yorumlanarak yeni koşullara uyarlanması da dahildir. Retorik ve hermenütik konusundaki yeni yaklaşımlar 'hukuk kurallarının kesinliği' düşüncesinin sadece hukuk düzeninin postulatı olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuk kitaplarında yazılı olanlardan çıkarılabilecek olan hukuk düzeni, topluma uygun olup olmadığı tartışması bir yana, sistematik işleyişin ideali olarak karşımıza dikilir." Bkz. *Ibid.*, s. 125.

(53) Gülfriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/2: 1-19 (2002), s. 1.

(54) Lawrence B. Solum, "Indeterminacy and Equity," *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 44-66, s. 44.

(55) Vago, *Op.cit.*, s. 66.

(56) Silbey ve Sarat, *Op.cit.*, s. 170.

(57) Richard Nunan, "Critical Legal Parricide, or: What's So Bad About Warmed-Over Legal Realism," *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 21-43, s. 23.

(58) Minda, *Op.cit.*, s. 110.

zanmaktadır. Söz gelimi mevcut hukuk sistemi özel mülkiyet rejimini ve sınıflı toplum yapısını meşrulaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Bunun ardından hukukun kendisinin bir ideoloji olduğu önermesi tartışılmaya başlanmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarındaki, özellikle Frankfurt Okulu menşeli katkılarıyla, hukukun nasıl bir ideoloji haline geldiği ortaya konulmaya çalışılmıştır⁵⁹. Buna göre, geçmiş tarihsel dönemlerde dinin bir düşünce formu haline gelmesi gibi, modern toplumlarda da hukuk, bilincin içinde şekillendiği formlardan biri haline gelmiştir⁶⁰.

Üç başlık altında kabaca özetlenen eleştiriler, hukuksal liberalizme ve onun görünme biçimlerinden biri olarak, hukuk devleti fikrine yönelmiştir. Zira pek açık ki, hukuksal liberalizm, toplumdaki mevcut eşitsizlikleri yasallaştırarak meşrulaştıran, yani eşitsizliklerin doğal ve zorunlu olduğunu ileri süren bir yönelim içerisinde iken; hukukun belirli (determinant) ve tarafsız olduğu iddiası, hukuk devletinde somutlaşmakta, böylece hukuk devleti, siyasal mekanizmaların ve her türlü toplumsal çatışmanın üstünde, bağımsız, tarafsız, sınırları kesin ve net olarak belirlenmiş hukukun olanaklılığı bilincini yaratmaktadır. Hukuksal liberalizme göre, toplumsal eşitsizlikler doğal ve zorunlu olduğuna göre, yurttaşlara vadedilebilecek tek eşitlik, hukuk devletinin sağladığı iddia edilen yasa önünde eşitliktir. Yasa önünde eşitliğin unsurları olan hukukun ba-

ğımsızlığı, tarafsızlığı, nesnellığı gibi nitelikler ise ancak, hukuk piyasa mantığına göre işletildiğinde söz konusu olabilecektir⁶¹. Buna dayanarak Hayek de, serbest pazar kapitalizminin, hukuk devleti düşüncesince içerildiğini ifade etmektedir⁶².

4. Sonuç

Hukuka ilişkin eleştirel yaklaşımları sınıflandırmak ve sınırlandırmak çetli güçlüklere barındırmaktadır.

Bu güçlüklere, hem hukuk kavramından hem de eleştiri kavramından kaynaklanmaktadır. Zira, üzerinden anlaşmaya varılabilen tek bir hukuk kavramı bulunmadığı için, kişinin kabul ettiği hukuk tanımına bağlı olarak, diğer her türlü hukuk tanımı bir eleştiri olarak nitelenebilir.

Tek tek hukuk tanımlarının eleştirisinden değil de, bir kurum olarak hukukun eleştirisinden söz ettiğimizde ise, hukuk kurumunun farklı görünüşleri, farklı koşullarda, farklı perspektiflerden eleştirilebilmektedir. Eleştiri kavramı akla ister istemez, olumsuz bir içeriği getirdiğinden, bu türden eleştirilerin hukuk alanı içerisinde kabul edilip edilemeyecekleri sorgulanır. Oysa, hukuk kurumuna ilişkin eleştirel yaklaşımların büyük çoğunluğu "hukuk olmasın" şeklinde bir yaklaşımdan ziyade, "hukuk var; öyleyse..." şeklinde bir yaklaşımı benimsemektedirler. Bu çalışmada ele alınmayan Hukuksal Realizm ya da Hukuksal Pragmatizm yaklaşımları, en belirgin örnek olarak çıkmaktadır karşımıza.

Keza, bu çalışmada ele alınan Hukuk ve Gelişme ile Hukuk ve Toplum yaklaşımları da benzer çerçevede düşünülebilir. Örnek olsun, Hukuk ve Toplum'un önde gelen isimlerinden olan Lawrence Friedman, hukukun, bindiğimiz uçağın hiç tanımadığımız pilotunun sarhoş olmadığından, uçağı kullanmak için yeterli eğitimi almış olduğundan emin olmamızı sağladığını ifade etmektedir. Öyleyse, bu güveni sağlayabilecek bir başka mekanizma bulunmadığı sürece, hukuku ciddiye almak kaçınılmazdır.

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının taşıdığı değer bu noktada devreye girmektedir. Diğer yaklaşımların tümünden esaslı bir şekilde ayrılarak eleştiriler, hukukun, sağlamaya aday olduğu bu güvenliği ve kesinliği sağlayıp sağlayamadığını sorgulamakta ve bundan çeşitli sonuçlar çıkarmaktadırlar. İtiraf etmek gerekir ki, bu da yabana atılacak bir sorgulama değildir ve sonuçları görmezden gelinemez.

Eleştirellerin bundan çıkardıkları en önemli sonuç, eğer hukuk kesinlik taşımadığı halde, kesinlik taşıyormuş duygusu/bilinci yaratılıyorsa, bunun bir nedeni olması gerektiğidir. O nedenle, bir başka çok bilinen miti, "hukukun tarafsızlığı" mitini sorgulamakla açığa çıkarılabilmektedir. Fitzpatrick'in saptaması bu anlamda değerlidir. Buna göre, hukuk topluma bağlı olmasına rağmen "özzerk"tir; değişmesine ve tarihsel olarak ele alınmasına rağmen "istikrar" ve "düzen" olarak tanımlanır; kaynağını toplumdan almasına rağmen "egemen bir buyruk"tur; mevcut duruma ilişkin olmasına rağmen "ideal"dir⁶³.

Bunca çelişkiyi aynı anda barındıran bir kavram ya da kurumun eleştirisinin de, tek bir perspektiften hareketle yapılamaması ve sınırlarını çizmenin zorluğu, doğal kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**. İstanbul: Kazancı Kitap, 2006.
- Altun, Fahrettin. "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu." **Divân İlmî Araştırmalar**, 8: 123-186, 2000/1.
- Mehmet Ali Aybar, "Hukukta Mecburiyet Meselesi". **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1938 (Ayrı basım).
- Burg, Elliot M. "Law and Development: A Review of The Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement." **The American Journal of Comparative Law**, 25: 492-530, 1977.
- Connor, Steven. **Post-Modernist Kültür**. Çeviren: Doğan Şahiner. İstanbul: YKY, 2001.
- Fitzpatrick, Peter. "Preface." **The Mythology of Modern Law**. London: Routledge, 1992.
- Friedman, Lawrence M. "The Law and Society Movement", **Stanford Law Review**, 38: 763-780, 1985-1986.
- Gabel, Peter ve Paul Harris. "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law." **The New York University Review of Law and Social Change**, 11: 369-412, 1982-1983.
- Garth, Bryant ve Joyce Sterling. "From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State", **Law and Society Review**, 32: 409-471, 1998.
- Hutchinson, Allan C. ve Patrick J. Monahan. "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought." **Stanford Law Review**, 36: 199-245, 1984.

(59) *Ibid.*, s. 115.

(60) Peter Gabel ve Paul Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," **The New York University Review of Law and Social Change**, 11: 369-412 (1982-1983), s. 374.

(61) Gary Peller, "The Classical Theory of Law," **Cornell Law Review**, 73: 300-309 (1987-1988), s. 300-301.

(62) Aktaran *Ibid.*, s. 301.

(63) Peter Fitzpatrick, "Preface," **The Mythology of Modern Law**

- Merillat, H. C. L. "Law and Developing Countries", *The American Journal of International Law*, 60: 71-79, 1966.
- Merryman, John Henry. "Comparative Law and Social Change: On The Origins, Style, Decline and Revival of The Law and Development Movement," *The American Journal of Comparative Law*, 25: 457-491, 1977.
- Minda, Gary. **Postmodern Legal Movements**. New York: NY University Press, 1995.
- Nunan, Richard. "Critical Legal Parricide, or: What's So Bad About Warmed-Over Legal Realism," *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat. USA: University Press of Kansas, 1997.
- Özcan, Mehmet Tevfik. **Hukuk Sosyolojisine Giriş**. İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003.
- Özkök, Gülriş. "Hukukî Belirsizlik Problemi Üzerine," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/2: 1-19, 2002.
- Peller, Gary "The Classical Theory of Law," *Cornell Law Review*, 73: 300-309, 1987-1988.
- "Round and Round the Ramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," *Harvard Law Review*, 95: 1669-1690, 1981-1982.
- Schlegel, John Henry. "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies," *Stanford Law Review*, 36: 391-411, 1984.
- Schlegel, John Henry. "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," *Cardozo Law Review*, 22: 1061-1072, 2000-2001.
- Silbey, Susan S. ve Austin Sarat. "Critical Traditions in Law and Society Research", *Law and Society Review*, 21: 165- 174, 1987.
- Solum, Lawrence B. "Indeterminacy and Equity," *Radical Critiques of Law*, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat. USA: University Press of Kansas, 1997.
- Tamanaha, Brian Z. "The Lessons of Law and Development Studies", *The American Journal of International Law*, 89:470-486, 1995.
- Topçuoğlu, Hamide **Hukuk Sosyolojisi I**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Trubek, David M. "Back to Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", *Florida State University Law Review*, 18: 1-55, 1990.
- Trubek, David M. and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States," James N. Hyde, "Law and Developing Countries," *The American Journal of International Law*, 61: 571-577, 1967.
- Trubek, David. "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism", *Stanford Law Review*, 36: 575- 622, 1984.
- Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies," *The Yale Law Journal*, 100: 1515-1544, 1990-1991.
- Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *Journal of Legal Education*, 36: 505- 517, 1986.
- Tushnet, Mark. "Perspectives on Critical Legal Studies," *The George Washington Law Review*, 52: 239-242, 1983-1984.
- Vago, Steven. **Law and Society**. Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003.
- Yegge, Robert B. "The Law and Society Association to Date", *Law and Society Review*, 1: 3-4, 1966-1967.
- Yüksel, Mehmet. **Modernite, Post Modernite ve Hukuk**. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002.

Linç: Politika mı, Kültür mü?

Serkan GÖLBAŞI*

1.Giriş

Linç konusunda bir çalışma yapmayı tercih etmemin nedeni, ülkemizde son iki senedir sık sık örneklerini gördüğümüz linç girişimlerinin arkasında yatan nedenleri keşfetme isteğine ek olarak; bu girişimlerle varlığı ya da en azından meşruiyeti ve yeterliliği reddedilen hakimi, savcısı, avukatı ve akademisyeniyle birlikte bir hukukçular camiasından ve yine bundan kapsamı çok daha geniş olan demokrasi savunucularından, bu girişimlere ve bu girişimleri yeterince tepki verilmediğini düşünmemdir. Ancak burada sosyal bilimlerin ihmal ettiği bir konunun gündeme getirilmesi gerekliliğinden daha fazlasına dikkat çekmek istiyorum. Bu sükunluğun ve yaşananların geniş bir kesim tarafından toplumsal bir sorun olarak algılanmamasının, hatta "vatandaşların anlaşılabilir tepkisi" veya "sabırlarının taşması" olarak meşrulaştırılmasının, içinden geçmekte olduğumuz sürecin anlaşılmasında çıkış noktası olabileceğini düşünüyorum. Bu çalışmada linçleri gerçekleştiren kitlelerin ve bu kitleler içerisindeki bireylerin davranışlarının sosyal psikolojinin karam ve verileriyle değerlendirilmesine

değil, kitlelerin linç davranışına yönelmelerinin ardındaki sosyolojik ve politik nedenlerin tartışılmasına ağırlık verilecektir.

Linç konusunda sosyal bilimler literatürüne baktığımızda çok da geniş yer kaplamayan bir konu olduğunu görürüz. Sosyal bilimler modernleşme süreciyle birlikte geliştiği için, pre-modern bir uygulama olarak görülen ve güncelliği olmayan linç konusunu gündemine almaması anlaşılabilir. Kimi ilkel toplumlarda, linç bir toplumsal kontrol aracı olarak görülmüştür. Bu nedenle sosyolojiden ziyade, hukuk antropolojisi alanında linç konusunun çalışıldığını görüyoruz. Örneğin Eskimo topluluklarında bir kereden fazla adam öldürenler ve yine bir kereden fazla yalan söyleyenler, "toplumun varlığını tehlikeye düşürmeleri" nedeniyle topluluk tarafından linç edilmektedir.¹ Ancak, özellikle ABD'de 19.yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında yoğun bir biçimde ve günümüzde de kimi Latin Amerika ülkelerinde linçin örneklerini görebiliyoruz. Türkiye'deki olaylar ise şimdiye kadar çoğunlukla linç girişimleri aşamasında kalmıştır. Bu konuda en fazla çalışma ABD'de yapılmıştır. Bu nedenle her ne

(* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

(1) Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, 1. bs., İstanbul:Özme, 1998, s.252.