

Eleştirel Hukuk Çalışmaları Bağlamında Hukuki Belirsizlik Tezi

Özten Uğurlubirel

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk dalında
Yüksek Lisans Tezi olarak sunulmuştur.

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Eylül 2017
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü onayı

Doç. Dr. Ali Hakan Ulusoy
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Prof. Dr. Gülriz Uygur

2. Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan

3. Yrd. Doç. Dr. Seda Orbay Yücel

ABSTRACT

The Critical Legal Studies criticises modern liberal law and particularly opposes its liberal legalism. *Liberal Legalism* concerns with mystification of liberal ideology by defending the law – morality or law – politics dichotomy. In this regard, Critical Legal Studies suggests three core theses; these theories not only oppose the formalist character of law, they also reject the idea that law is determinate and autonomous. The main subject of this study is the *indeterminacy thesis* of Critical Legal Studies. While attempting to explain the indeterminacy thesis of Critical Legal Studies, this study has also assessed the mainstream indeterminacy theories of the modern liberal law in the context of *systemic* and *epistemic indeterminacy*.

In this regard, firstly the philosophical, political and ideological background of Critical Legal Studies has been examined. Thus, it has attempted to draw up the basis for the general outline of ideological frameworks for the emergence of Critical Legal Studies. This is followed by a brief discussion of the core theories of Critical Legal Studies. Subsequently, as the most influential factors for the formation of the indeterminacy thesis of Critical Legal Studies, American Legal Realism and Postmodernism have been analysed. In the last section, the opposing views of the mainstream modern law and Critical Legal Studies regarding the indeterminacy thesis have been examined. In this section, alongside Critical Legal Studies, American Legal Realists', H.L.A Hart's and Dworkin's views on indeterminacy has been examined for the purpose of understanding how Critical Legal Studies has been influenced. Moreover, this section has also dealt with the criticisms of the indeterminacy of Critical Legal Studies. Finally, as one of the most important members of the Critical Legal Studies, the famous work *Defending the Indeterminacy Thesis* of Mark

Tushnet will be analysed as the basis of the indeterminacy theory of the Critical Legal Studies.

Keywords: Critical Legal Studies, Indeterminacy Thesis, Liberal Legalism, Liberal Mystification, Postmodernism, American Legal Realism, Systemic Indeterminacy, Epistemic Indeterminacy, Anti-Formalism.

ÖZ

Eleştirel Hukuk Çalışmaları modern liberal hukuku eleştirir ve özellikle onun liberal legalizm anlayışına karşı çıkar. Liberal legalizm hukuk – ahlak ya da hukuk – politika ayrımını savunarak liberal ideolojiyi mistifiye ederek meşrulaştırmak ile ilgilidir. Bu bağlamda Eleştirel Hukuk Çalışmaları üç temel tez önerir; bu tezler hukukun formalist karakterine karşı çıkmakla birlikte, aynı zamanda hukukun belirli ve otonom olduğu düşüncesini de reddeder. Bu çalışmanın esas konusu Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik tezidir. Bu çalışmada Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik tezi açıklanmaya çalışılırken, hem Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın hem de modern liberal hukukun ana akım belirsizlik tezleri *sistemik* ve *epistemik belirsizlik* çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutulmuştur.

Bu bağlamda ilk önce Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın felsefik, siyasi ve ideolojik arka planı incelenmiş ve böylece Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın ortaya çıkmasına zemin hazırlayan ideolojik görüşlerin genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Sonrasında ise, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın temel tezlerine kısaca değinilmiştir. Devamında, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik tezinin oluşmasına en çok etki yapan akımlar olmaları nedeniyle Amerikan Hukuki Realizmi ve Postmodernizm incelenmiştir. Son kısımda anaakım modern hukukun ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik teziyle ilgili karşıt görüşleri incelenmiştir. Bu bölümde, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın yanında, Amerikan Hukuki Realistlerinin, H.L.A. Hart'ın ve Dworkin'in belirsizlikle ilgili görüşleri, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nin etkilendiği görüşlerin ortaya konulabilmesi açısından incelenmiştir. Ayrıca, yine bu kısımda, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın

belirsizlik tezine yapılan eleştirilere de değinilmiştir. Son olarak da, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın belirsizlik tezinin esası Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın en önemli mensuplarından biri olan özellikle Mark Tushnet'in *Defending the Indeterminacy Thesis* adlı ünlü makalesiyle incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Belirsizlik Tezi, Liberal Legalizm, Liberal Mistifikasyon, Postmodernizm, Amerikan Hukuki Realizmi, Sistemik Belirsizlik, Epistemik Belirsizlik, Anti-Formalizm.

TEŞEKKÜR

Yüksek Lisans eğitimim boyunca benden destek, sabır ve emeğini esirgemeyen, ne kadar uzun sürerse sürsün benden umudunu kesmeyen sayın hocam Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan'a,

İlk nefes alışımından bu yana varlıklarını hiç esirgemedi, beraber büyüdüğümüz, birbirimizi büyüttüğümüz bir yaşam sağladıkları için sevgili aileme,

16 yıldır tüm derdimi, tasamı, mutluluğumu ve sevincimi paylaşan arkadaşım değil ailem Hasan Şabanlar'a,

Yolumu, yurdumu kaybettiğimde Girne'de bana yuva olan dostlarım, yol kardeşlerim Tevhide Şen, Süheyla Düşova, Arzu Düşova, Simten Söğüt, Ayça Çakmak'a,

Tanıştığımız ilk andan itibaren, bana tekrardan eğlenmeyi, dostluğu, birliği ve içten bir masumiyeti hatırlatan sevgili iş arkadaşlarım Buse Koçak, İlknur Yeniçeri, Sevcan Göksular Karamanlı, Seher Güneş, Hüseyin Özarın ve Nadir Gürpınar'a ve Feray Erdengiz'e,

Bu çalışmaya başladığım zamandan beridir, yani geçtiğimiz 5 kısa ama uzun yılda hayatıma anlam katan, gerçek ben'i bulma yolumda gölgelerimi fark etmemi sağlayan, beni bugünkü ben yapan, iyi ya da kötü ama anlamlı yaşanmışlıklar bırakan, bugün hayatımda olan ya da olmayan herkese teşekkür ederim...

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	iii
ÖZ	v
TEŞEKKÜR	vii
KISALTMALAR	ix
1 GİRİŞ	1
2 ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARININ ARKAPLANI	6
2.1 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Felsefi Arka Planı	7
2.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Siyasal ve İdeolojik Arka Planı	16
2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi	22
2.3.1 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketinin Ortaya Çıkışı	22
2.3.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Temel Tezleri	27
3 ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARINI BELİRSİZLİK TEZİ ÇERÇEVESİNDE ETKİLENDİĞİ TEMEL AKIMLAR	35
3.1 Amerikan Hukuki Realizm Akımı	35
3.1.1 Akımın Genel Çerçevesi	35
3.1.2 Akımın Hukuk Tanımı	41
3.2 Postmodernizm	47
3.2.1 Genel Olarak "Modernizm" ve "Postmodernizm"	48
3.2.2 Postmodernizm ve Hukuk	56
4 ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARINI BAĞLAMINDA BELİRSİZLİK TEZİ	67
4.1 Genel Olarak Hukuki Belirsizlik	67
4.1.1 Amerikan Hukuki Realizminin Belirsizlik Tezi	69

4.1.2 Hukuki Belirsizlik Tezine Bir Cevap Olarak Hart ve Dworkin.....	81
4.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Hukuki Belirsizlik Tezi	95
4.2.1 Genel Olarak	95
4.2.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Belirsizlik Tezine Yönelik Eleştiriler	99
4.2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Belirsizlik Tezinin Özü.....	102
5 SONUÇ	118
KAYNAKLAR	127

KISALTMALAR

A.Ü.H.F.D.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.H.F.M.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
A.Ü.E.H.F.D.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Ed.	Editör
EHC	Eleştirel Hukuk Çalışmaları
İ.Ü.H.F.M.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
no.	Numara
s.	Sayfa
Vol.	Volume

Bölüm 1

GİRİŞ

“Bir hırsız yaratmak için, bir sahip yaratın; suç yaratmak istiyorsanız, yasalar koyun. Toplumsal Organizma.”

“Peki. Kilitli odalarda kâğıtlar varsa, odalara girmek için anahtarları olan insanlar da vardır!”

Shevek yüzünü buruşturdu. “Evet,” dedi neden sonra, “bu çok rahatsız edici.”

“Senin için. Benim için değil. Bende sendeki bireyci ahlaki kaygılar yok...”

Ursula K. Le Guin – Mülksüzler ¹

Yapılan literatür taramasında Türkçe kaynaklar son yıllarda artış gösterse de Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın (EHÇ) çok fazla üstünde durulmuş bir alan olmadığı gözlemlenmiştir. Türkçe literatürde, EHÇ'nin gerek destekleyici gerekse eleştirel biçimde genel olarak tasvir edilmesinin yanında, akımın en fazla politika-ideoloji bağlamında üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu çalışmada ise, hukukun belirsiz olduğu, taraflı olduğu ve ideolojik olduğu şeklinde üç ana tezi olan EHÇ'nin 'belirsizlik tezi' ele alınmaya çalışılacaktır.

¹ Ursula Le Guin, Mülksüzler, Metis Yayınları, İstanbul, 2013, s. 122.

İlk nazarda bu çalışmanın esas sorunsalının “hukukun belirsiz olup olmadığının kanıtlanmaya çalışılması” olduğu düşünülebilse de, bu çalışmanın esas amacı bu sorunsala cevap bulmak olmayıp, çalışmanın temel amacı literatürde bu sorunsal hakkında ne gibi iddialar öne atıldığını mümkün merteye ortaya koymaktır. Zira “hukuk siyasettir” şeklinde oldukça iddialı bir savı olan bu akımın, hukukun taraflı olduğu ve ideolojik olduğu tezleri ele alınmaksızın, eksiksiz cevap bulmak olanaksız görünmektedir. Literatürde, bu tezler daha kolay açıklanabilmek adına birbirinden ayrı başlıklar altında incelenmiş olsa da, aslına bakılırsa bu tezlerin birbirinden ayırmanın çok zor olduğu görülebilmektedir. Şöyle ki: Hukukun taraflı olması veya ideolojik olması, hukukun belirsizliğini doğurabilir veya belirsizliğe katkı yapabilirken; hukukun belirsizliği, taraflılığına veya ideolojik oluşuna da zemin hazırlayabilmektedir.

Genellikle, belirsizlik tartışmaları dile ve anlama dayanmaktadır. Bu tartışmalarda dilsel (linguistics) ya da *semantik belirsizlik* tartışma konusudur. Hukukla ilgili diğer bir belirsizlik tartışması ise, hukukun varlığının sorgulandığı *metafizik belirsizlik* ile ilgilidir. Ancak hukuk söz konusu olduğunda iki tür belirsizliğin daha önem kazandığı görülmektedir. Bunlar *epistemik* ve *sistemik belirsizlik*dir. Hukukta *epistemik belirsizlik*, kesinliğin olmaması ile ilgilidir. Yani, herhangi bir hukuki ihtilafta, doğru cevabın bilinmemesi ile ilgilidir. Öte yandan, hukuktaki *sistemik belirsizlik* eksiklik ile ilgilidir. Bu da, herhangi bir hukuki ihtilafta tek bir cevaba varılamamasıdır. Diğer bir deyişle, *epistemik belirsizlik* doğru cevabın hangisi olduğunu bilmenin hiç bir yolu olmadığını anlatırken, *sistemik belirsizlik* ise tek ya da yegâne cevaba ulaşmak için hiç bir yolun

olmadığını ifade etmektedir.² Bu çalışmada, EHÇ'nin belirsizlik tezinin yanı sıra geleneksel liberal hukuk çerçevesinde ortaya konan hukuki belirsizlik tezleri de bu çerçevede, yani *epistemik ve sistemik belirsizlik* açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

EHÇ'nin çeşitliliği ve çoğulcu (plüralist) karakterinden dolayı EHÇ'yi kesin tanımlamalar çerçevesine sokmak zordur. Yine de bu çalışmada amaçlanan EHÇ'yi ana hatlarıyla betimlemek ve hem EHÇ içerisinde hem de hukuk felsefesi içinde oldukça önemli bir yer tutan belirsizlik tezini ortaya koymaktır. EHÇ ortaya koyduğu kapsamlı, zengin eleştirileri ve analizleriyle oldukça iddialı ve liberal hukuk teorileri açısından oldukça kışkırtıcı bir külliyata sahiptir. Geniş bir çerçeveden bakıldığında Postmodernist dönemin bir ürünü olduğu görülebilen EHÇ'nin tarihini, köklerini, aldıkları ilhamı ve özellikle de Amerikan Hukuki Realizmin'den aldığı etkiyi mümkün mertebe ortaya koymadan, EHÇ'nin karakteristiğini ve ileri sürdüğü tezlerini anlamak olası gözükmemektedir.

Bu yüzden, EHÇ'nin belirsizlik tezi şu şekilde incelenecektir: İlk olarak, bu çalışmanın ikinci bölümünde, EHÇ'nin belirsizlik tezinin arka planı incelenmeye çalışılacaktır. Bu bölümde öncelikle, Fransız İhtilali'nin ardından ortaya çıkan Aydınlanma Felsefesinin doğal hukuk anlayışının eleştirilmesinden doğan Hukuki Pozitivizm ve özellikle onun formalist karakterine değinilecektir. Hukuki Pozitivizmi ve Formalizmi temel alarak hukuk literatürüne oldukça etki eden okulların da incelenmesinin

² Imer Flores, "H. L. A. Hart's Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis?", **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, No. 1116, 2011, s. 150, 3. Footnote. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1116/>, 01/05/2017.

ardından, bu okullara karşı gittikçe artan eleştirilere odaklanılacaktır. Bu eleştirileri yaparak hukuk anlayışında önemli değişimlere neden olan, bunun yanında EHÇ'yi de önemli ölçüde etkileyen Sosyolojik Hukuk Okulu ile Amerikan Hukuki Realizmi'ne özetle değindikten sonra, EHÇ'nin siyasi ve ideolojik arka planı irdelenecektir. Bu kısımda, I. ve II. Dünya Savaşları'nın bir sonucu olarak ortaya çıkan ideolojik akımlara kısaca değindikten sonra, yine EHÇ üzerinde önemli etkileri olan Frankfurt Okulu'nun Eleştirel Teori'sinin Neo-Marxist minvalde yaptığı aydınlanma, pozitivism ve modernizm eleştirisi incelenecektir. 60'ların sonu ve 70'lerin başında ortaya çıkarak bilim, toplum, sanat, felsefi anlayışları derinden etkileyerek, özellikle Modernizm ve Liberalizm eleştirisi olarak ortaya çıkan Postmodernizme de kısaca değinilecektir. Bu bölümün sonraki kısmında, EHÇ'nin miladı sayılabilecek 1977 EHÇ Konferansı'na kadar olan dönem öncesindeki tarihi, siyasi ve toplumsal olaylara değinilecek, böylece EHÇ'nin nasıl bir geleneğe, düşünüşe ve sisteme karşı çıktığı, eleştirdiği gösterilmeye çalışılacaktır. Ardından, EHÇ'nin Pozitivizm ile *liberal legalizm* ile ilgili kuşkuculuğu irdelenerek, EHÇ mensupları tarafından ortaya atılan temel tezler incelenecektir.

Üçüncü bölümde, EHÇ'nin etkilendiği akımlar ele alınacaktır. Geleneksel liberal hukukun belirsizlik anlayışından, özü ve amacı itibariyle farklı bir konumda olan EHÇ'nin ortaya koyduğu Belirsizlik Tezi'ne en fazla etki eden iki akımın Amerikan Hukuki Realizmi ve Postmodernizm olduğu düşüncesinden hareketle, bu bölüm bu iki başlıkla sınırlandırılacaktır. İlk olarak Amerikan Hukuki Realizm Akımının genel çerçevesi ve hukuk tanımı verilmeye çalışılacaktır. Ardından Postmodernizm başlığı altında, Modernizme bir eleştiri, tepki olarak ortaya çıkan Postmodernizmin, Modernizm anlaşılardan ya da en azından Modernizm çerçevesinde eleştirdikleri hususlar belirlenmeden anlaşılması ve açıklanması mümkün olmadığına getirilen kanaatle, genel

olarak Modernizm ve Postmodernizm açıklanmaya çalışılacaktır. Sonrasında ise, Postmodernizmin hukukta yarattığı etki ve neden olduğu değişim ortaya konmaya çalışılacaktır. Gary Minda'nın çalışmalarında, kapsamlı bir *postmodern hukuk* önermesi ortaya koyan neredeyse tek isim olmasından dolayı, bu bölümün genelinde Minda'nın çalışmalarına odaklanılacaktır.

Dördüncü bölümde ise, genel olarak hukuki belirsizliğin ele alınmasını takiben, EHÇ'nin belirsizlik tezi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bölümde ilk olarak, EHÇ'nin *liberal legalizmi* ve bir mistifikasyon projesi olarak gördüğü, geleneksel ve liberal hukuk eleştirisinin bir ayağı olan belirsizlik tezinin oluşmasına en çok etki eden hukuki realizmin belirsizlik tezi incelenecektir. Realistlerin sunduğu belirsizlik tezine bir cevap olarak addedilebilen Hart ve Dworkin'in hukuki belirsizlik ile ilgili görüşleri ise bir sonraki bölümde ele alınacaktır. Hart ve Dworkin aynı başlık altında ele alınacaktır. Tezini tamamen Hart'ın tezi üzerinden ele almış olması ve hukuktaki belirsizliğin neredeyse olmadığını ya da en azından üstün bir yargılama sistemiyle son derece belirli hale getirilebileceğini savunması, böylece tam anlamıyla formalist bir tez öne sürmesinden ötürü, Dworkin'in belirsizlikle ilgili görüşlerini ayrı bir başlık altında sunmaya gerek görülmemiştir. Anaakım belirsizlik tartışmalarının en önemli sayılabilecek kısmı bu bölümde ele alındıktan sonra, bu çalışmanın esasını oluşturan EHÇ'nin belirsizlik tezi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bölüm, Mark Tushnet'in belirsizlik tezi ile ilgili görüşleriyle sınırlandırılacaktır. Çünkü Mark Tushnet, EHÇ içerisinde belirsizlik tezini özel bir çalışma konusu olarak ele alan en önemli akım mensuplarından biridir ve bu anlamdaki görüşlerinin tüm EHÇ'ye mal edilebileceğini söylemek yerindedir.

Bölüm 2

ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARININ ARKAPLANI

Tarihsel bir incelemede toplumsal, politik veya ekonomik gelişmelerden en fazla etkilenen olgunun hukuk olduğu gözlemlenebilir. *“Herhangi bir neden-sonuç belirlemesine girmeksizin ileri sürülebilecek olan, belli bir dönemin evren ve insan anlayışı ile hukuk anlayışı arasında hem yöntem hem de içerik bakımından yakın bağlantı bulunduğu; sözü edilen bağlantı hukukun oluşumundan, teknik anlamda uygulanmasına dek hukuki süreçte izlenebilir.”*³ Bu yüzden, bu kısımda, EHÇ’ye gerek metodolojik gerekse entelektüel zemin hazırlamış çeşitli akımlar, tarihsel bir incelemeyle ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Her ne kadar felsefi arka plan ile siyasi ve ideolojik arka plan birbirinden kesin çizgilerle ayırlamasa da bu bölümde ilk olarak hukuk felsefesine etki eden hukuk okulları ve akımlar incelenecektir. Sonrasında ise, dönemin siyasal gelişmeleri ve bu gelişmelerle ortaya çıkan ideolojik akımlara değinilecektir. Ardından EHÇ’nin ortaya çıkışı akım öncülerinin ideolojik ve kuramsal bakış açıları incelenerek ortaya konmaya çalışılacaktır. Son kısımda ise EHÇ’nin temel tezleri genel olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

³ Ahmet Ulvi Türkbağ, *“Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukukta Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart”*, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 12. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s. 50.

2.1 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Felsefi Arka Planı

Fransız İhtilali'ni takiben ortaya çıkan, doğal hukuk temelli Aydınlanma Felsefesi, 19. yüzyılda yerini katı bir pozitivizm, rölativizm, rasyonalizm, yapısalcılık ve modernizme bırakmıştır. Bu yüzyılda modern hukuk devleti ve modern hukuk kavramları varlığını göstermeye başladı. Aydınlanmanın, hümanist, doğal hukuk temelli, genel iradededen doğan kanun anlayışı⁴, yerini teknokrat kanun koyuculara, objektif, tarafsız, eksiksiz, kesin ve saf olan hukuk ile kanunlara ve bu kanunları hiçbir yorumlamaya mahal vermeden uygulayan, devletin yargı organına bırakmıştır. Bu bağlamda, hukuk yargısı ile ahlaki yargı birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmalıdır.⁵ Yargı organının yorum yapması ve işin içerisine ahlak gibi subjektif olguları katması kesinlikle doğru değildir; zaten modern hukukun kesin, eksiksiz olduğuna dair inancın tam ve sarsılmaz olmasından dolayı, herhangi bir yorumlama mekanizmasına ya da hukukun kendi dışında hiçbir şeye de ihtiyaç yoktur. Mevcut hukukta herhangi bir boşluk ya da eksik olsa dahi, saf ve otonom bir hukuk sistemi yorum mekanizmasına ihtiyaç duymadan kendini yine kendiyile yeniler ve eksiğini düzeltirdi. Değerlendirme, eleştiri yani yorum ancak politikada olabilirdi ve politika da hukuktan ayrılmalıdır.⁶

19. yüzyılın ikinci yarısından sonra ve özellikle 20. yüzyılın başlarında sosyal, siyasi, felsefi ve bunun doğal bir getirisi olarak hukuk alanında mutlak hâkimiyeti ele

⁴ Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.173.

⁵ Hukuk ve Ahlak ayrımı için bkz. **H.L.A. Hart ve Hukuk – Ahlak Ayrımı**, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015.

⁶ Niyazi Öktem, “*Hukuksal Pozitivizm Akımı*”, **İ.Ü.H.F.M.**, C. 43, Sayı 1-4, 1977, s.271-278., Selahattin Keyman, “*Hukuki Pozitivizm*”, **A.Ü.H.F.M.**, C. 35, Sayı 1-4, 1978, s. 17-21.

geçiren pozitivism, modernizmin, rasyonalizmin ve bilimsel düşüncenin mahsulüdür. Bu yüzyılın başında bağımsız bir bilim kurma iddiası taşıyan, hukukun etkinliği ve yaptırım gücü temelinde yükselen, devlet iradesi ya da egemen güç tarafından yapılan sadece gözlemlenebilir yani yazılı kaynaklardan doğan kurallardan oluşan ve dolayısıyla, araçsal, formalist ve normatif karakterli klasik “hukuki pozitivism” tüm hatlarıyla ortaya çıkmıştır.⁷

Klasik hukuki pozitivismın çeşitli görünümleri vardır. Bunların en önemlileri olarak iradeci ya da analitik pozitivism ve normatif hukuki pozitivism veya diğer adıyla “Kavramlar Hukukçuluğu”⁸ sayılabilir. Bunun yanı sıra pragmatist pozitivism de hukuki pozitivism içerisinde hatırı sayılır bir yere sahiptir.⁹ İradeci pozitivismın en önemli temsilcilerinden sayılan John Austin (1790-1859), analitik pozitivismi ile ortaya çıktığı

⁷ Niyazi Öktem, “Hukuksal Pozitivism Akımı...”, s. 279-283.

⁸“Kavramlar Hukukçuluğu hukukta ortaya çıkan boşlukların hukukun sistemleştirilmesi çalışmaları ile giderilebileceğini yani yasalarda ortaya çıkan boşlukların kuruma dönüşmüş hukuk kavramları aracılığıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir.” Altan Heper, “Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, **İ.Ü.H.F.M.**, C. LXXII, Sayı 1, İstanbul, 2014, s. 335.

⁹ “Yararcılık akımının hukuk alanındaki yürütücüsü John Dewey’dir. ... Prof. Gürkan <Hukuki Realizm Akımı> adlı yapıtında John Dewey’i Amerikan Realizminin uzak öncüleri arasına koymaktadır. Gerçekten de Dewey, realist hukuk akımı içinde olup, hukuksal pozitivismden çok, sosyolojik pozitivismde yakındır.” Niyazi Öktem, “**Hukuksal Pozitivism Akımı...**”, s.289-290. John Dewey’in hukuk alanındaki çalışmaları ile ilgili bkz. Brian Butler, **Democracy and Law: Situating Law within John Dewey’s Democratic Vision**, *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XII,2010,1, s. 260–267 http://www2.units.it/etica/2010_1/BUTLER.pdf.

Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde köklü değişimlere neden olurken¹⁰, Almanya'da böyle bir değişimi başlatan, Saf Hukuk Teorisi¹¹ ile Hans Kelsen'di (1881-1973).¹²

Elbette bu, araçsalıcı klasik formalizme ve devletçi ideolojiye karşı eleştirilerin ve başkaldırının oluşması çok uzun zaman almadı. Pozitivizm metodoloji, kaynak ve ideoloji bakımından çeşitli eleştirilere uğradı.¹³ Ancak en büyük eleştiriyi, klasik formalist anlayışta hukukta yorumun ve takdir hakkının tamamen ortadan kaldırılması vesilesiyle yargıçların sadece mekanik bir uygulayıcıya dönüşmesi hususu ile hukukun araçsalıcı¹⁴ ve otonom¹⁵ kılınma çabası aldı.

Bu dönemde, Almanya'da Serbest Hukuk Okuku, Fransa ve Belçika'da Serbest Hukuk Hareketleri ve Amerika'da ise Sosyolojik Hukuk Bilimi, klasik formalizme ve pozitivist hukuk akımına önemli eleştirilerde bulunmuştur. Bu akımların “[b]azıları tabî

¹⁰ John Austin, Analitik Hukuki Pozitivizm için bkz. John Austin, **Lectures of Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law**, Öğrenciler için kısaltılmış baskı, Kısaltan: Robert Campbell, Henry Holt and Company, New York, 1875.

¹¹ Saf Hukuk Teorisi için bkz. Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınevi, İstanbul, 2016., Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, **İ.Ü.H.F.M.**, C. 34 Sayı: 1-4, 1968.

¹² Hukuki Pozitivizmin farklı türleri için bkz. Niyazi Öktem, “Hukuksal Pozitivizm...”, s.286-290., Sururi Aktaş, “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, **A.Ü.E.H.F.D.**, C. IV., Sayı 1-2, 2000, s.259-268.

¹³ Yaklaşım (metodoloji), kaynak ve ideoloji açısından pozitivizm için bkz. Niyazi Öktem, “Hukuki Pozitivizm...”, s.25-41.

¹⁴ Hukukun araçsalıcı olması, ideallerin ve ahlakın hukuktan ayrılması tartışmalarına dayanır. “Hukuki pozitivizm, hukuku toplumun iyiliği, adaletin gerçekleştirilmesi veya özgürlüğün korunması gibi amaçlara yönelmiş bir kurum olarak ele almayı reddeder.” Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm...”, s.25.

¹⁵ Hukukun otonomluğu yani özerkliği iddiası ise hukukun değerlerle ve özellikle politikayla ayrılması gerektiği iddiasına dayanır. “Hukukun bir iç tutarlılığı, kendine özgü bir konusu, yöntem ve ilkeleri vardır. Dolayısıyla başta siyaset olmak üzere diğer disiplinlerden ayrı ve bağımsız bir yapı sergiler.” Sercan Gürler, “Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, Sayı 1-2, Haziran 2009, s.117-118. Ayrıca hukukun otonomluğu ile ilgili bkz. Umut Koloş, “Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 24. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.119-136.

hukuktan medet umarken, bazıları da yavaş yavaş mevcudiyet kazanarak sosyal ilimleri meydana getiren etnografya, kriminoloji, iktisat ve sosyolojiye başvurdular.”¹⁶

Almanya'daki “*Serbest Hukuk Okulu ise yasaların veya kavramlar üzerinde yapılacak çalışmalarla hukukun geliştirilmesine yönelik değerlendirmelerin yerine hâkimin hukuk yaratmasını ve her bir hukuksal sorun için o soruna uygun çözüm üretilmesini önermekteydi.*”¹⁷ Ekolün önde gelen temsilcilerinden biri olan Julius Von Kirchmann, 1847 yılında yazdığı ve daha sonra aynı başlık altında konferansını verdiği *İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği* makalesinde dönemin yasalastırma hareketlerine büyük eleştiriler getirmiştir. Kirchmann, hukukun doğal hukuktan kopmasını, hakikati aramak yerine bilim olmak iddiasıyla, hukukun kodifikasyonunun, hukukun özünü kaybettiğini ve aksine onu bilim olmaktan uzaklaştırdığını ileri sürmüştür. Bu hususu, “...[a]ncak muhtevası hakikat olduğu zaman bile müspet kanunun şekli, ifadesi çok kere kusurludur; boşluklar, tenakuzlar, muğlaklıklar, tereddütler bundan ötürüdür... Müspet kanun sabittir, donup kalıcıdır; hukuk gelişicidir; bundan ötürü müspet kanun hakikati, zamanla hakikatin aksi olur... Müspet kanun soyuttur; onun mecburî sadeliği, şahsî şekil vericiliğin zenginliğini yok eder. Nefaset ve yargıcın takdir hakkı gibi melez buluşlar bunun neticesidir... İşin en sonunda müspet kanun, apaçık bir keyfilikten başka birşey değildir”¹⁸ şeklinde ifade etmiştir.

¹⁶ Ülker Gürkan, **Sosyolojik Hukuk İlimi**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s.5.

¹⁷ Altan Heper, **Yasaya Sadakatın...**, s. 335.

¹⁸ Julius Hermann v. Krichman, “*İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği*”, Çev. Coşkun Üçok, **A.Ü.H.F.Y.**, Ankara, 1949, s. 197, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/243/2145.pdf>, Erişim: 01.03.2017.

Okulun Kirchmann'dan sonraki önemli temsilcileri olan Eugen Ehrlich, Gnaeus Flavius Kantorowicz ve Rudolf Von Jhering de, Kirchmann'ın görüşleri doğrultusunda dönemin hukuk sistemini eleştirmişlerdir. Buna göre, boşluklarla, belirsizliklerle dolu olan hukuk sisteminin, bu boşluk ve belirsizliği gidermek için yargıca serbest hukuk yaratma yetkisi vermesi gerekmektedir. Yargıç böyle bir durumda toplumun ve kendisinin subjektif adalet duygusu temelinde ihtilafı ortadan kaldıracak bir çözüm bulmalı ve hukuk yaratmalıdır.¹⁹ Bu gelişmelerle birlikte toplumsal hayatın hukuk üzerindeki etkisi irdelenmeye ve vurgulanmaya başlanmıştır. Bu gelişme ise özellikle Jhering ile birlikte sosyolojik hukuk yaklaşımına zemin hazırlayan önemli bir altyapı teşkil etmiştir.²⁰

Serbest Hukuk Araştırmaları Hareketi'nin temsilcilerinden Jean Cruet'in görüşleri, hukukun toplumsal ilişkilerden doğduğu, bu ilişkilerin gelişimi ve evrimiyle hukukun gelişip evrildiği ve hukukun başarısının bu toplumsal değişimi takip edip edemediğiyle doğru orantılı olduğu şeklindedir. Bu görüşe göre, hukukun kaynağının sosyal olgu olduğu söylenebilir. Bu yüzden de hukukun kaynağını kanun ya da norm olarak kabul eden görüşlerin aksine, bu şekliyle hukukta yargıcın takdir yetkisi ve yorum faaliyeti önemli bir yer tutmalıdır. Okulun diğer bir önemli temsilcisi François Géný'ye göre, yargıç, kanun koyucunun yarattığı genel ve soyut kanunlar yerine, “*somut bir mesele*

¹⁹ Ülker Gürkan, **Sosyolojik Hukuk...**, s.14.

²⁰ Ülker Gürkan, **Sosyolojik Hukuk...**, s.6.

hakkında doğrudan doğruya olayın ilgililerine karşı hukuk yaratacaktı[r]"; böylece objektif ve tarafsız karar verebilecektir.²¹

Avrupa’da ortaya çıkan serbest hukuk anlayışı ile dönemin önemli sosyologlarından Edward Alsworth Ross’un hem sosyolojiye hem de hukuka kazandırdığı “sosyal kontrol” kavramı, Amerikan Sosyolojik Hukuk Bilimi’ne önemli bir zemin sağlamıştır. Ross’a göre sosyal kontrol, toplumun baskı ya da teşvik yoluyla kişinin davranışlarını şekillendirmesidir. Hukuk da bir “sosyal kontrol” aracından başka bir şey değildir.²² Bu okulun kurucusu ve en önemli temsilcisi olarak Roscoe Pound (1870-1964) sayılabilir. Ayrıca dönemin önemli hukukçusu Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr.’nin (1841-1935) da okula oldukça büyük etkisi oldu ve Holmes bu okulun öncülerinden biri olarak sayıldı.

Sosyolojik Hukuk Bilmi’ne göre, hukuktaki boşlukları doldurmanın, hukukun tefsir ve uygulamasında başarılı olmak, ancak sosyolojik metodla mümkün olabilirdi.²³ *“Pound, Amerikan hukuk düşüncesinde hukuku insaniüstü bir aklın eseri veya kendi kendine yeterli ahlaki birimler toplamı olarak değil, insani ilişkilerle ilgili ve insan tarafından belirli bir amaca yöneltilen, zaman ve yere göre değişiklik gösteren bir husus olarak kabul edilmesi”*²⁴ gerektiğini ileri sürmektedir. İlaveten, bu görüş çerçevesinde, *“[y]argıca düşen, hukukun teknik yorumunu yapmak değil... hukukçularla birlikte*

²¹ Emine İrem Akı, *“Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, Ankara, 2008, s.14-15.

²² Ülker Gürkan, **Sosyolojik Hukuk...**, s.17-18.

²³ Vecdi Aral, *“Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri”*, **İ.Ü.H.F.M.**, C. 31, Sayı 1-4, İstanbul, 1965, s.226.

²⁴ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s.16.

*dengeli bir çözüme ulaşabilmek için hangi sosyal çıkarların söz konusu olduğunu bulmaya çalış[maktır]”.*²⁵ Pound, hukuku normatif bir sistem temelinde, hukukun kaynağı olarak sadece yazılı kanunları ve içtihatları kabul eden dönemin Amerikan hukuk sistemine, sosyolojik bir yaklaşım kazandırarak önemli bir değişime neden olmuştur. Bu akımın diğer önemli temsilcisi ve dönemin Amerikan Yüksek Mahkeme üyesi Benjamin Nathan Cardozo ise mahkemelerin ve davaların ele alınışında sosyolojik yöntemi kullanmış ve Pound’un görüşlerine paralel olarak yargıcın hukuk tefsiri ve uygulamasındaki önemini vurgulamıştır.²⁶ Cordozo’ya göre “...*hukuk, kendisi için değil fakat sosyal gayeler için bir vasıta olduğundan, hâkim hukuk yaratma siyasetiyle mutlaka ilgilenecek, hukuku bulmakla yetinmeyip yapacaktır da.*”²⁷

Avrupa’daki “serbest hukuk akımı” ve 20. yüzyıl başlarındaki Amerikan hukuk sistemindeki değişimler ile hukuktaki sosyolojik metodolojiden etkilenen sadece Sosyolojik Hukuk Bilimi Okulu değildir. Avrupa’daki bu değişim, “*20. yüzyıl modern hukuk düşüncesini hazırla[dı], asrı[n] başlarında A.B.D.’deki hukukçuları etkileyerek önce Sosyolojik Hukuk İlmi Mektebinin kurulmasına, daha sonra da realist hukuk akımına yol aç[tı].*”²⁸

Yargıç Holmes sadece Sosyolojik Hukuk Bilimi akımının değil aynı zamanda Hukuki Realizm akımının da öncüsüdür.²⁹ Ona bu sıfatı kazandıran 1881 yılında

²⁵ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri...**, s. 196’dan aktaran: Emine İrem Akı, “*Amerikan Hukuku...*”, s. 17.

²⁶ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 18.

²⁷ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 19.

²⁸ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 11.

²⁹ Akımın diğer önde gelen temsilcileri, Holmes, Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), John Chipman Gray (183-1915) ve Jerome Frank (1889-1957)’tir. Hukuki Realizm Akımı, bu çalışmanın “Eleştirel Hukuk

yayınladığı *Common Law*³⁰ kitabı³¹ oldu. Daha sonra ise 1897 yılında yaptığı *Path of Law*³² adlı konuşması da hukuki realizm akımının temelini oluşturdu. Amerika’da doğan ve özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında yükselişe geçen Hukuki Realizm Akımının miladı 1895-1930 yılları olarak kabul edilmektedir.

Özellikle Holmes’un görüşleri çerçevesinde şekillenen hukuki realizm akımına göre, hukuk mahkemenin davranışlarıdır. Hukuk mahkemenin davranışlarını öngörebilen bir kehanet sanatıdır. Hukuk ayrıca, “kötü insan”ın³³ gözünden bakmaktır, çünkü kötü insanın hukuktan ahlaki beklentileri yoktur. Kötü insanın (ki bu bir katil ya da bir insan hakları savunucusu da olabilir) hukuktan beklediği, yapacağı eylem sonucu mahkemenin ne karar verebileceğini bilmek, eyleminin bedelinin ne olacağını öngörmektir. Holmes, avukatların ya da hukukçuların işinin hava durumunu tahmin eden profesyonellerden farklı bir şey olmadığını savunmuştur. Ancak, bunun gerçekleşebilmesi için, hukuk

Çalışmaları Hareketinin Etkilendiği Akımlar” başlıklı üçüncü bölümünde ve “Eleştirel Hukuk Çalışmaları Bağlamında Belirsizlik Tezi” başlıklı dördüncü bölümünde detaylı olarak incelenecektir.

³⁰ *Common Law*, İctihadi Hukuk ya da Gelenek Hukuku olarak tercüme edilebilir. Kara Avrupa hukuk sisteminden farklı olarak, Anglo-Sakson hukuku temelinde, ilk olarak İngiltere’de şekillenen ve daha sonra Britanya commonwealth ülkeleri ile Amerika’da var olan hukuk geleneğidir. İctihadi hukuk sisteminde, hukukun temeli yazılı kurallar ve bu kuralların herhangi bir hususta boşluğu veya yokluğu durumunda daha önce mahkeme tarafından verilen emsal kararlardır (precedent). Britanya Commonwealth Ülkeleri listesi için bkz: <http://thecommonwealth.org/member-countries>

³¹ Holmes’un *Common Law* adlı kitabı için bkz. Oliver Wendell Holmes, Jr., **The Common Law** Ed. Paulo J. S. Pereira, Diego M. Beltran, University of Toronto Law School, 2011, <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>, Erişim: 07/03/2017.

³² Oliver Wendell Holmes Jr., “*The Path of Law*”, **Harvard Law Review**, Vol. 10, No. 8, 1897, s. 457-578.

³³ Holmes’un yazılarında ve hukuk felsefesi literatüründe “Holmes’un kötü adamı” üzerinden tartışmalar yapılsa da, bu çalışmada bu kavram “kötü insan” olarak ele alınacaktır. Kalıplaşmış bu ataerkil kullanıma yapılan bu müdahale, -1900’lerin başında toplumsal cinsiyet (gender) teorileri henüz oluşma aşamasındayken Holmes için anlaşılabilir olsa da- bugün, (Holmes’un *Path of Law* kitabının yayımlanmasından 120, Holmes’un ölümünden 82 yıl sonra) 2017 yılında hala bu söylemi tekrarlamının ve yeniden üretmenin yanlış ve ayrımcı olacağı kanaatinden doğmuştur. Toplum sadece biyolojik erkek cinsiyetine sahip insanlardan oluşmadığı gibi, hukuk ve yaptırımları da sadece insan türünün erkek cinsi için değildir. Ayrıca çeviri maksatları bakımından da, Holmes’un erkekleri değil insanları kastettiğinin de açık olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

gerçekten de iddia edildiği gibi öngörülebilir ve kesin olmalıdır. Toplum devamlı surette değişmekte olan bir yapıdır ve hukuk toplumsal fayda saikiyle toplumla birlikte gelişmelidir. Bu nedenle yargıçlar sosyoloji biliminin ve sosyolojik metodun bilincinde olmalı ve karar verirken bunları da dikkate almalıdırlar. Bunun yanı sıra hukukun otonomluğunu ve saflığını savunan normatif ve analitik pozitivistlerin aksine, hukukun toplumla birlikte, gelişmesi için psikoloji, istatistik, ekonomi gibi bilimlerden de faydalanması zaruridir. Bu yüzden de hukuk sistemi, sadece yazılı kurallar ya da içtihatlar ve bunları mekanik olarak uygulayan yargıçlardan ibaret değildir. Ayrıca, hukuki realizmin, hukukun, hukukçuların söyledikleri değil yaptıkları olduğunu vurgulamasından açıkça görülebilir ki, ‘olması gereken’ (a priori) ile değil, olanla ve olguyla (a posteriori) ilgilenmesi, ‘olması gereken’ hukuktan, yani, ahlak kaynaklı ve idealize edilmiş değerleri çalışma alanının içine sokan doğal hukuktan da uzaklaşması demektir. Hukuksal pozitivismi temel alan ve aslında revizyonist³⁴ olarak tanımlanabilecek bu akım, mahkemenin davranışlarının yani hukukun kesin, bilinebilir, öngörülebilir ve gerçekliğe uygun olması için çözüm üretmeye çalışmıştır.³⁵

³⁴ D. A. Jeremy Telman, “*International Legal Positivism and Legal Realism*”, **Valparaiso University Legal Studies Research Paper**, No. 13-9, 2013, s.11.,

http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1299&context=law_fac_pubs, Erişim: 07/03/2017.

³⁵ Ertuğrul Uzun, “*Amerikan Hukuki Realizmi*”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik

Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.61-73, Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Amerikan Hukuki...*”, s.79-95.

2.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Siyasal ve İdeolojik Arka Planı

Birinci Dünya Savaşı sonrası ne devletler ne de toplumlarda yaralar daha sarılmışken, bir yandan barış paktları kurmaya ve toprak paylaşmaya çalışan dünya devletleri, bir yandan da olası bir anlaşmazlığa karşı silahlanmaya devam ediyordu. Fransız Devrimi sonrası anti-monarşik, milliyetçi ve ulus devletçi görüşler kendine dünya sahnesinde yer bulurken, I. Dünya Savaşı ve sonrasındaki ağır ekonomik, politik şartlar sonucunda vuku bulan (özellikle Amerika ve Avrupa'da yıkıcı etkiler yapmış olsa da, tüm dünyayı etkileyen) 1929 Ekonomik Bunalımı, milliyetçilik akımının şaha kalkmasına neden olmuştur. Bu esnada, 1917'de Ekim Devrimi'ni gerçekleştiren ve Rus Çarlığı'nı devirip, sonrasında ise iç savaştan galip çıkan Bolşevikler, 1920 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ni kurmuştur. Bu gelişme, sosyalizm akımının tüm dünyada yankılanmasını sağlamıştır. Bu dönem sonrası sürdürülmeye çalışılan barış paktları işlerliğini yitirmiştir ve gittikçe radikalleşen milliyetçi akımlar faşizm akımının doğmasına neden olmuştur. İlk olarak İtalya'da başa gelen Benito Amilcare Andrea Mussolini sonrasında, Almanya'da Adolf Hitler ve İspanya'da başa gelen Francisco Franco'dan sonra faşist ideoloji tüm dünyaya yayılmıştır. Emperyalist, sömürgeci, anti-demokratik öğeler barındıran faşist ideolojinin hedeflerinden biri de sosyalizm olmuştur. Sosyalizm, 1927'de başa gelip yönetiminin ideolojik bakımdan Marxist-Leninist görüş temelinde olduğunu savunan Josef Stalin'den sonra, Stalin'in kendine özgü yorumuyla Stalinizme dönüşmüştür.

Dünya'nın batısından doğusuna, neredeyse her yerini ele geçiren yayılmacı, militarist, ırkçı, totaliter ve anti-demokratik faşist ideoloji ile barış paktlarının ağır ekonomik sonuçlarıyla gelen başarısızlığı, elbette ki II. Dünya Savaşı'nın yaşanması için

en ideal ortamı yaratmıştır. Böylece, 1939-1945 yılları arasında büyük kıyımlar eser bırakan II. Dünya Savaşı yaşanmıştır.

1945 yılı sonrasında ise 1990'lı yıllara kadar süren soğuk savaş dönemi tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Soğuk Savaş döneminde tüm dünya, bir yanda II. Dünya Savaşı sırasında oldukça güç kazanan, kapitalist ve anti-komünist ideolojinin başını çeken Amerika Birleşik Devletleri ile birlikte anılan Batı Bloku ülkeleri, diğer yanda Stalin yönetimindeki Sovyetler Birliği'nin başını çektiği Doğu Bloku ülkeri arasında oldukça gerilimli bir sürece tanık olmuştur.³⁶

1950'li yıllara gelindiğinde, aslında 3 Şubat 1923'te resmi olarak kurulan, Almanya'daki Frankfurt Üniversitesi'ne bağlı "Toplumsal Araştırma Enstitüsü" düşün, felsefe ve siyaset sahnesine çıkmıştır.³⁷ Enstitü'nün 1930 yılına kadar ilk yöneticisi olan Carl Grünberg, tarih ve ekonomi çalışmaları üzerinde durmuş ve Marxizm ile tarihsel materyalizmi bir felsefeden çok geliştirmekte olan bir sosyal düzen olarak tanımlamıştır. 1930 yılında başa gelen Max Horkheimer ise, bir önceki yönetimden hem metodoloji hem de yaklaşım olarak tamamen farklı bir çalışmayla özellikle Sol-Hegselci literatür üzerinden eleştirel teoride Yeni-Hegselci bir tutum sergilemiştir. Bu çalışmalar, Enstitü için 1933-1950 yıllarının sürgün yılları olarak anılmasını sağlamıştır. Enstitü'nün Herbert Marcuse,

³⁶ Birinci ve İkinci Dünya Savaşı ve etkileri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Perry Anderson, **The New Old World**, Verso Books, New York, 2009; Lynn Hunt, **Inventing Human Rights : A History**, WW Norton & Company, New York, 2007; Costas Douzinas, **The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century**, Bloomsbury Publishing, London, 2000.

³⁷ Frankfurt Okulu üzerine geniş bir literatür vardır. Bazı Türkçe kaynaklar için bkz: **Frankfurt Okulu**, Ed. H. Emre Bağçe, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2006. Tom Bottomore, **Frankfurt Okulu**, Çev. Ahmet Çiğdem, Vadi Yayınları, Ankara, 1997. Tom Bottomore, **Frankfurt Okulu ve Eleştirisi**, Çev. Ümit Hüsrev Yolsal, Say Yayınları, İstanbul, 2013. Phil Slater, **Frankfurt Okulu: Kökeni ve Önemi, Marksist Bir Yaklaşım**, Çev. Ahmet Özden, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1998.

Theodor W. Adorno gibi önde gelen birçok ismi Almanya'dan sürgüne yollanmıştır. Bu sürgün yıllarında Horkheimer, yönetimindeki Enstitü'nün çalışmalılarını sistematik ve daha derin bir hale getirmesiyle, Enstitü giderek bir düşünce okulu, bir ekol halini almıştır. 1950 yılında artık "Frankfurt Okulu" olarak Frankfurt'a dönen Enstitü, 1950'li ve 1960'lı yıllarda altın çağını yaşamıştır. Özellikle 1956'dan sonra gerek Amerika'da kalarak Enstitü çalışmalarını orada sürdüren Marcuse gibi Enstitü temsilcileri, gerekse Frankfurt'a dönenler, "Yeni Sol"un ortaya çıkışıyla önce Almanya başta olmak üzere, Avrupa'yı ve Amerika'yı hem düşünsel hem de siyasal açıdan etkisi altına almıştır.³⁸

Frankfurt Okulu, neo-marksist bir minvalde, aydınlanmanın, modernizmin, totalitarizmin ve faşizmin, ilaveten pozitivistizmin eleştirisini yapmıştır. Pozitivistizm eleştirisinde, pozitivistizmin öğelerinden olan araçsal akıl³⁹, ampirisizmi, teknokrasiyi⁴⁰ ve bilimsellik maskesine bürünmüş ideolojiyi⁴¹ eleştirmiştir. "*Marksist teorinin yeni*

³⁸ Tom Bottomore, **Frankfurt Okulu**, Çev. Ahmet Çiğdem, Vadi Yayınları, Ankara, 1997, s.9-10.

³⁹ "Araçsal akıl, kendisini mutlak akıl, pozitivist bilim ise kendisini nihai doğru bilgi türü olarak takdim eder....[Oysa, eleştirel teorisyenlere göre] tarihsel zamanın dışında ve üstünde yer alan mutlak ve aşkın bir akıldan söz edilemez....Bu noktada eleştirel teorisyenler, mantığın ve aklın kategorilerinin toplumsal tecrübeler yoluyla oluştuğunu ileri süren Durkheim'ı onaylarlar. Kategorilerin anlamlarının toplumun yapısı ile birlikte değiştiğini ileri süren Horkheimer'a göre de, tarihin hiçbir noktasında 'tamamlanmış akıl'dan söz edilemez. Bu yüzden o, 'diyalektik' ya da 'açık uçlu akıl' kavramını kullanmayı tercih eder." Bekir Balkız, **Frankfurt Okulu ve Eleştirel Teori: Sosyolojik Pozitivistizmin Eleştirisi**, Sosyoloji Dergisi, sayı:12-13, İzmir, 2004, s. 141.

⁴⁰ "Bilim denen "aracı" ilerlemenin otomatik başlatıcısı olarak gören pozitivist felsefe, teknolojiyi yücelten öteki görüşler kadar büyük bir yanılğı içindedir... Pozitivistizm felsefi teknokrasidir... [P]ozitivistler, pratiği felsefeye uyarlamak yerine, felsefeyi bilime, yani pratiğin gereklerine uyarlamaktadırlar." Max Horkheimer, **Akıl Tutulması**, Çev. Orhan Koçak, Metis Yayınları, İstanbul, 1998, s. 85.

⁴¹ "...[Eleştirel teorisyenlere] göre 'Bilim ve onun yorumu iki farklı şeydir'. Eleştirel teorisyenler, toplumun, doğa bilimlerine özgü bir yöntemle incelenmesi durumunda, nesneleştirilmesi ve şeyleştirilmesinin kaçınılmaz olacağını ileri sürerler. Bu teorisyenlere göre, doğa bilimlerini model alan sosyal bilimler, verili gerçekliği doğal gerçeklik olarak kabul ettikleri için, kaçınılmaz olarak, teknokratik rasyonaliteyi amaçlayan sosyal mühendislik ideolojisine dönüşmüşlerdir. Değerden bağımsız sosyal bilim ideali de, aslında kartezyen özne-nesne ayrımının toplum dünyasına aktarılmasını ifade eder. Burada, toplumsal olguların her türlü değerden bağımsız doğal olgular olduğu varsayılır. Sosyal dünya için olgu-değer ayrımı yapmak, 'objektivist bir yanılısama'nın kapsam alanını genişletmekten başka bir anlama gelmez." Bekir Balkız, **Frankfurt Okulu...**, s. 140.

formları, 1956'dan sonra gözden geçirilmeye ya da oluşturulmaya başlandığında esas düşünsel kaynaklar, Gramsci (özellikle Fransa'da L. Goldmann'ın yapıtlarıyla) Lukâcs, Sartre ve bunları takip ederek, bir bilim olarak Marksizmin yeni bir türevini geliştiren Althusser'di. Bu zamanda Doğu Avrupa'da ortaya çıkmaya başlayan revizyonist Marksizm çok derin olarak Lukâcs ve Gramsci'nin düşüncelerinden etkilendi. Nihayet 1960'ların radikal toplumsal hareketleri de güçlü bir şekilde Çin ve Küba devrimlerinden ve Maoizm öğretisinden etkilenmişlerdi.”⁴²

1960'lı yıllara kadar yaşanan tüm bu gelişmelerin EHC'nin siyasal, felsefi ve ideolojik temelini oluşturduğu söylenebilir.⁴³ Hukuk felsefesi çerçevesinde bakıldığında, modern liberal hukuka yapılan eleştiriler açısından Amerikan Hukuki Realizm Akımı, EHC'ye en çok etki eden akımdır. Frankfurt Okulu'nun Neo-Marksist Eleştirel Teorisi de EHC'nin entelektüel zemininde önemli bir yapı taşıdır ve erken dönem çalışmaları özellikle eleştirel teori etkisindedir.⁴⁴

1960'lı yıllardan başlayarak, 1970'lerin ortalarına kadar tarihte '68 Protestoları ya da '68 Hareketleri olarak anılan bir dönem yaşandı. 1963'ten 1973 yılına kadar süren Vietnam savaşı, 1963'te A.B.D. Başkanı John Fitzgerald Kennedy'nin, 1967'de Martin Luther King'in ve Küba Devrimi'nin liderlerinden Che Guevera'nın öldürülmesi, 1968'de SSCB'nin Çekoslovakya'yı işgal etmesi ve yaşanan buna benzer birçok gelişme, Amerika'da ve tüm dünyada toplumun çeşitli kesimlerinden çeşitli amaçlar uğruna

⁴² Tom Bottomore, **Frankfurt Okulu...**, s. 62.

⁴³ “1960'lı yıllara denk düşen bu dönemin EHC kuramcılarının siyasal ve düşünsel temellerinin oluşmaya başladığı dönemle çakışmasının altını çizmek gerekir.” Kasım Akbaş, **Hukukun Büyü Bozumu**, NotaBene Yayınları, Ankara 2015, s.67, 15. Dipnot.

⁴⁴ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 23.

başlayan birçok toplumsal, sosyal, kültürel, siyasal ve ideolojik ayaklanmalara yol açmıştır. Sosyal hak ve özgürlükler, feminizm, çevreci hareketler, savaş karşıtlığı, pasifizm gibi öğrenci hareketleri ile başlayan bu ayaklanmalar, işçi hareketlerinin ve dünyada ise özellikle sömürgeleştirilmiş üçüncü dünya ülkelerinde başlayan sömürgecilik karşıtı hareketlerin de devreye girmesiyle, emperyalizm, kapitalizm ve ırkçılık karşıtı bir ivme kazanmıştır.⁴⁵

Bu gelişmelerin yanında, bazı görüşlere göre I. Dünya Savaşı sonrasında, bazılarının göre ise II. Dünya Savaşı sonrasında modernizmin temeli derinden sarsılmıştır. Jürgen Habermas gibi bazı teorisyenler, modernizmi “bitmemiş bir proje” olarak tanımlasa da⁴⁶, başta bilim olmak üzere, toplumsal, sanatsal, düşünsel birçok alanda çatışmaları önleyeceği ve insanlığa hümanizm, özgürlük, refah getireceği iddiasıyla evrensel kurallar geliştirdiğini savunan modernizmin eleştirilmeye başlamasıyla, postmodern akım ortaya çıkmıştır. Postmodernizm en genel çerçevede, modernizmin evrensellik iddiasının, epistemolojik ve ampirik metodolojisinin, liberal yapısının gerek sanatsal, gerek sosyal, gerekse felsefi açıdan *radikal*⁴⁷ eleştirisi olarak tanımlanabilir.⁴⁸

“J.J. Rouseseau ile başlayan modernizm eleştirileri Nietzsche, Heidegger, Spengler,

⁴⁵ 68 Hareketleri ile ilgili bkz: Feryat Bulut, “68 Kuşağı Gençlik Olaylarının Uluslararası Boyutu Ve Türkiye’de 68 Kuşağına Göre Atatürk Ve Atatürkçülük Anlayışı”, **Ç.T.T.A.D.**, Sayı. XI/23, 2011, s.123-133, http://web.deu.edu.tr/ataturkilkeleleri/ai/uploaded_files/file/dergi_23_en_son/06_.pdf, Erişim: 15/03/2017.

⁴⁶ Jürgen Habermas, “Modernity: An Unfinished Project”, **Habermas and the Unfinished Project of Modernity, Critical Essays on Philosophical Discourse of Modernity**, Ed. Maurizio Passerin d’Entrèves & Seyla Benhabib, MIT Press, Cambridge – Massachusetts, 1997, s. 38-55.

⁴⁷ Radikalizm için bkz. Peter Niesen, “The Roots of Mill’s Radicalism”, **A Companion To Mill**, Ed. Christopher Macleod, David E. Miller, John Wiley & Sons Inc., New York, 2014, s. 79-94.

⁴⁸ Postmodernizm, bu çalışmanın ikinci bölümünde, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketinin Etkilendiği Akımlar” başlığı altında detaylı olarak incelenecektir. Ayrıca postmodernizm akımı için bkz. Mehmet Küçük, **Modernite versus Postmodernite**, Vadi Yayınları, Ankara, 1994; Murat Yüksel, **Hukuka Postmodern Yaklaşım**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Danilevski vb. ile belki de en üst noktasına varmıştır. Yine ardından gelen Frankfurt Okulu ve takipçileri de postmodernizmi ve ilkelerini belirleyen önemli akımlardandır.”⁴⁹

Modern hukukun ortaya koyduğu genel, soyut nitelikte bağlayıcı kurallar, normatif, bürokratik, formalist yapısı, rasyonelleşme iddiasıyla dönüştüğü kapalı sistem ve beslendiği kapitalist, seküler ve liberal sistemin eleştirilmesiyle postmodern dönem hukuku özellikle 1980’li yıllara gelindiğinde, varlığını duyurmaya başladı. “*Diğer kuramlardan farklı olarak postmodernizm geç de olsa (geç de olsa çünkü mimariyle başlayıp edebiyat ve felsefeyle devam etti) hukukta hem de pratik hukukta yansımaları bulmuştur. Bu yansımanın ilk biçimi, CLS kısa adıyla tanınan Eleştirel Hukuk İncelemeleri (Critical Legal Studies: CLS) adlı görüşür.*”⁵⁰

⁴⁹ Murat Yüksel, **Hukuka Postmodern...**, s. 15.

⁵⁰ Ahmet Ulvi Türkbağ, “İki Soruda Postmodernizm ve Hukuka Yansımaları”, **İ.Ü.H.F.M.**, C. 1X1, Sayı 1-2, 2003, s. 179.

2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi

2.3.1 Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketinin Ortaya Çıkışı

“Eleştirel hukuk teorilerinin gelişimine katkıda bulunan hukukçular birçok farklı başlangıç noktalarından yola çıkmışlardır – hümanist entelektüel ilgilere sahip ve 1960’lar ve 1970’lerde sol-liberal politik hareketlere (medeni haklar ve Vietnam savaşı karşıtlığı) katılmış olan hukuk hocaları; kendilerini sosyalizm ya da feminizm ya da her ikisinin neo-marksist versiyonlarıyla tanımlayan radikal aktivistler; bazıları Ulusal Avukatlar Derneği’ne üye olan ve kolektif hukuk pratikleri, hukuksal yardım, hukuk okulu klinikleri ve diğer ilerici uygulamalarda görev alan avukatlar da bu hukukçular kuşağını oluşturan unsurlardı. Başlangıçta çoğunlukla beyaz ve erkeklerden oluşan eleştirel hukuk teorisyenleri çevresi, ırk, etnik köken ve toplumsal cinsiyet bakımından büyük bir çeşitlilik göstermeye başladı; ve ayrıca olağan konferansları bir çatışan ve yarışan görüşler Babil’ine dönüşme noktasına varacak ölçüde şaşırtıcı bir entelektüel ve ideolojik çeşitliliğe ulaştı. Ama meslek, köken ve bakış açılarındaki bütün farklılıklara rağmen, hukuka yönelik eleştirel düşünceyle ilgili herkes, belirli ve genel bir fikirler kümesi etrafında birleşmeye eğilimliydi.”⁵¹

James R. Hackney’in Duncan Kennedy ile yaptığı röportajı yazıya döktüğü makalesinde⁵², Kennedy 1960’ların sonu ve 1970’lerin başında, o dönemki EHÇ

⁵¹ Robert W. Gordon, “Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi”, Çeviren: Ar. Gör. Serkan Gölbaşı, **İ.Ü.H.F.M.**, C. LXIV, Sayı 2, İstanbul, 2006, s. 387 – 387.

⁵² Bu makale için bkz. James R. Hackney, Jr., “Critical Legal Studies – Duncan Kennedy”, **Legal Intellectuals in Conversation, Reflections on the Construction of American Legal Theory**, New York Universities Press, New York & London, 2012, s. 19-45.

mensuplarının hukuk eğitim biçimine karşı çıkmaya ve farklı bir yol geliştirmeye çalıştıklarını söylemiştir. Kennedy’e göre, bu dönemde hukuk fakültelerinde baskın sistem konservatizm değil, tam anlamıyla anaakım liberalizmdi. Bu yıllarda Amerikan hukuk elitleri sürekli bir reform, eleştiri ve sonra da yeniden inşa (reconstruction) ile uğraşmaktaydılar. Bu uğraşları sonucunda ise hukuk biliminin rasyonalitesi iddiaları azalmakta, hukuku daha tesadüfi ve politik kılmaktaydılar. Ancak bunun yanında da kesin bir hukuk-politika ayrımını savunmakta ve vurgulamakta ısrar etmekteydiler. Temelde Amerikan hukuk sisteminin rasyonel yapısı çok güçlüydü ve hiçbir politik düşünce bu yapıyı sarsamazdı. Ancak zaman geçtikçe politika kısmı gittikçe güçlenirken, hukuk kısmı ise gittikçe küçülerek kapana sıkıştı. Kennedy, Amerikan hukuk düşüncesinin batının *büyük-anlatısı* (great-narrative) olduğunu anladığını söylemiştir. Kennedy, EHC’nin çoğu zaman realist akımın ya da projesinin genişletilmiş hali olarak görüldüğünü söylemektedir. Ancak Kennedy’e göre EHC’nin yaptığı bunun daha ötesindedir ve hatta bu yüzden bilimsellik savı çok sağlam olan realist akımın gerçek veliahtlarının EHC mensuplarından nefret ettiğini belirtmektedir. Ona göre, Realistler aslında formalizmin tezlerini yıkmamanın ötesinde birşey yaptıklarını düşünmüyorlardı. Realistler formalist düşünceyi yıkmaya çalışırken, EHC’ye kalan daha zor birşey vardı: o da rasyonel siyasa düşüncesini (rational policy thinking) yıkmaktır. Kennedy açısından EHC, Realistlerin formalizm için yaptıklarını siyasa analizi (policy analysis) için yapmıştır ve bunun yanında Realizmi de eleştirmiştir. Bu ise, Realizm ile EHC arasındaki en büyük farktır.⁵³

<http://duncankennedy.net/documents/New/Legal%20Intellectuals%20in%20Conversation--Critical%20Legal%20Studies.pdf>, Erişim: 03/02/2017.

⁵³ James R. Hackney, Jr., “*Critical Legal...*”, s. 27.

Kennedy, dönemin baskın hukuk anlayışlarını ikiye ayırmaktadır. Bu iki karşıt hukuk anlayışının mensuplarını ise Rasyonalistler ve İrrasyonalistler olarak ikiye ayırarak, aslında bu ayrımın hukuk kuralının rolünün nasıl algılandığıyla ilgili olduğunu belirtmektedir. O'na göre, 1960'lardaki Yeni Sol'un, (yani Kennedy'nin tanımına göre Rasyonalistlerin) düşüncesi, herşeyi açıklamak için bir teoriye ya da kurama ihtiyaç olduğu biçimindedir. Marksizm, klasik liberalizm, Weberci sosyoloji ve benzeri yaklaşımlar, Kennedy'e göre sadece normatif teoriye bağlılıktan ibarettir. Yeni Sol, 1950 ve 1960'lardaki anti-teorik anaakım eğitim sistemine (hümanist liberal eğitim) karşı bir tepki olarak başlamıştır. Kennedy açısından EHÇ'nin de içinde bulunduğu irrasyonalistler ise, birçok yönden *postmodernist* idi. İrrasyonalistler, Postmodernizmin aşırı kuşkuculuğunu, evrensellik, doğruluk, 'normallik', tanımlayıcı (descriptive) ya da normatif teorilerilere yüklenen rasyonel güce olan karşıtlığını benimsemişlerdir. Kennedy'e göre, İrrasyonalistler hem gerçekliği anlamada hem de büyük bir belirsizlik durumunda, bir anlam kayması, karşıtlık ya da muğlaklık durumunda ne yapmak gerektiğine karar vermek istiyorlardı. Bu bağlamda da sezgi (intuition), kararlılık (decisionism)⁵⁴, estetik (aesthetic) gibi kavramlar ne yapılması gerektiğine karar vermede önemliydi. Kennedy'nin ortaya koyduğu üzere, İrrasyonalistler Postmodernizm'den etkilenmişler ve Avrupa genel kuramına antagonistik bir yaklaşım sergilemişlerdir.

⁵⁴ “Kararlılık (Dezisionismus), normatif hiçlikten ve somut anarşi halinden egemen karara sıçrayıştır. Hukukun başlangıcında kararı görmek ve hukuk anlayışında şahsi irade ve emire odaklanmaktır. Bu bağlamda egemenlik anını, normun zuhuru üzerine varoluşsal düşünümüllikte yakalamaktır.” Bünyamin Bezci, “Modern Türkiye’de Meşruyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, **Finans, Politik & Ekonomik Yorumlar**, C. 44, Sayı. 508, 2007, s. 7, http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/dergiler/makaleler/508/Sayi_508_Makale_01.pdf, Erişim: 19/03/2017.

Kennedy'e göre, iki taraf da hem Amerikan hem de Kara Avrupası sistemini benimsemiştir, ancak benimsedikleri şeyler farklıdır. Mesela Rasyonalistler yapısalcılığı determinizm olarak ele alırken, İrrasyonalistler yapısalcılığı sosyal hayatın semiyotiği olarak ele almıştır.⁵⁵

Kennedy, hukuk düşünce tarihine eleştirel araç geliştirmekle ilgilendiğini söylemektedir. Bunu yaparken birincisi Solcu yaklaşım, ikincisi de postmodernist yaklaşımı kullandığını belirtir. Ona göre, Solcu yaklaşımda en önemli eleştirel araç, konservatiflerin ya da geleneksel düşüncenin uygulama ve önerilerini nasıl yumuşattıkları, olumladıkları ve meşrulaştırdıklarıyla uğraşmaktır. Kennedy, Konservatiflerin pozisyonlarının ne kadar ideolojik olduğu konusunda büyük bir inkâr içinde olduklarını ve ne kadar rasyonel yapılandırılmış argümanlar kurarlarsa bu inkârın o kadar köklenip derinleşeceğini düşündüğünü ileri sürer. Bu yüzden Kennedy, bir Eleştirelin ve EHÇ hareketinin en önemli görevinin merkez kanadın ve sağın bu inancını *demistifiye etmek*⁵⁶ olduğunu ileri sürer. Kennedy açısından ideolojileri mistifiye etme tekniğini hem sağ hem sol hem de merkez kanat kullanmıştır. EHÇ'nin de aslında bu yapılanmalara yani ne sağ, ne sol ne de merkez kanat yapılanmalarına karşı olmadığını ancak eleştirel ideolojiyi ve demistifikasyon yöntemini bu gizemi, üstü kapatılmaya çalışılan, meşrulaştırılmaya çalışılan bu ideolojiyi açığa çıkarmak ve açıklığa kavuşturmak için kullanmanın EHÇ açısından önemli bir amaç olduğunu ortaya koymaktadır.⁵⁷

⁵⁵ James R. Hackney, Jr., "*Critical Legal...*", s. 30-32.

⁵⁶ Açıklığa kavuşturmak, büyüsunü bozmak anlamında kullanılmıştır.

⁵⁷ James R. Hackney, Jr., "*Critical Legal...*", s. 34.

Bu felsefi ve ideolojik anlayışlar bütünü ise EHC'nin ortaya çıkmasını sağlamıştır. EHC'nin 1960'lara kadar geriye gidilerek izi sürülebilse de, miladı esasen ya da resmi olarak 1977 yılında Madison'daki Wisconsin Üniversitesi'nde gerçekleşen EHC Konferansı olarak kabul edilmektedir. EHC'nin görüşlerinin şekillenmesinde başı çeken Duncan Kennedy, hocası David Trubek, Mark Tushnet gibi hukuk akademisyenlerinin yanında, Hukuk ve Toplum Derneği'nin ampirik, davranışçı ve genel bağlamda politik olarak reformist odağından memnuniyetsizlik duyan avukatlar, öğretmenler ve öğrenciler yeni bir oluşum kurmak amacıyla bu konferansta bir araya geldiler. Konferansta yer alan birçok katılımcı, 1960'lı yılların savaş karşıtı ve sivil haklar hareketleri içinde yer alan öğrenciler ile radikal hukukçulardı.⁵⁸ "...[S]öz konusu konferansta Trubek'in benimsediği Weberci görüşlerin, Kennedy'nin Frankfurt Okulu'ndan beslenen Eleştirel Marksizminin ve Mark Tushnet'in kişiliğinde somutlaşan ortodoks Marksist fikirlerin ön plana çıktığı; keza hareketin zengin düşünsel yapısının ana hatlarının da bu minvalde şekillendirildiği ifade edilebilir".⁵⁹

Kennedy, bu yıllarda EHC'nin çekirdek kadrosunun Mark Tushnet, Rand Rosenblatt, Ann Friedman, Morton Horwitz, Roberto M. Unger, Karl Klare, Cathy Stone, Mark Kelman ve David Trubek olduğunu belirtir. Bu çekirdek grubun ortak altyapıları ilk başlarda çok sınırlıydı ve onları bir araya getiren en büyük ortak payda sol görüşte olmalarıydı. Kennedy, EHC hareketinin başlaması açısından en önemli hususun *radikalizm* olduğunu söylemektedir. O dönemde EHC içindeki en önemli öğelerden

⁵⁸ Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, 1987, s. 1-2.

⁵⁹ Şefik Taylan Akman, "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", *A.Ü.D.F.D.*, C. 61 Sayı 4, 2012, Ankara, s. 1274.

birinin Marksizm olduğunu ve hem Ortodoks Marksizmin (EHÇ içinde çok sınırlıydı) hem de Eleştirel Marksizmin Amerikan radikalizminin önemli bir kısmını oluşturduğunu ifade etmektedir. EHÇ'nin ırk sorunsalına, ekonomik adaletsizliğe ve toplumsal cinsiyet sorunsalına eğilmesinin nedeninin eşitlikçi (egalitarian) ve komüniteryan (communitarian) ideoloji olduğunu vurgulamaktadır. Kennedy, EHÇ'nin esasının iki temel eleştiri üzerine kurulduğunu belirtmektedir. Bunlardan birincisi anaakım liberalizmin eleştirisidir. İkincisi ise, politik, ekonomik, sosyal, kültürel tüm olguların *status quo*'yu desteklediği ve yeniden ürettiği, bunun ise hiyerarşiyi yeniden üretmek demek olduğu inancı temelinde hiyerarşi eleştirisidir.⁶⁰

2.3.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Temel Tezleri

EHÇ'nin erken dönem politik perspektifi 1960'lar ve 1970'lerdeki radikal hareketler tarafından şekillendirilmiştir. EHÇ hızla değişen toplumda tatmin edici hukuksal analizi sağlamak için hukuki pozitivism ve *liberal legalizm*⁶¹ ile ilgili kuşkuculuğu derinleştiren bir tepkiydi.⁶² EHÇ, Duncan Kennedy ve Karl Klare'in *A Bibliography of Critical Legal Studies*⁶³ adlı çalışmalarında şu şekilde tanımlanmıştır:

⁶⁰ James R. Hackney, Jr., “*Critical Legal...*”, s. 27-29.

⁶¹ Ing. *Liberal Legalism*. Yapılan kaynak taramalarında bu terimin Türkçeye direkt ya da benzer manasın denk gelecek bir çevirisine rastlanmamıştır. Esasen, *liberal hukuki meşrulaştırma* anlamına gelmektedir. Çalışmanın konusu çerçevesinde bir terim olduğunun vurgulanması ve “liberal hukuk” olarak çevrilemeyeceğinin gösterilmesi açısından *liberal legalizm* olarak kullanılması daha uygun olacağından bu kullanım tercih edilmiştir.

⁶² J. Stuart Russel, “*The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy*”, *Ottawa Law Review*, Vol. 18, No:1, 1986, s. 4, <https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/critical-legal-studies-challenge-contemporary-mainstream-legal-philosophy>, Erişim: 02/05/2017.

⁶³ Duncan Kennedy ve Karl E. Klare tarafından hazırlanan bu çalışma o güne kadar EHÇ çerçevesinde yazılan tüm çalışmaların referanslarını içerir. Toplamda 30 sayfadan oluşan bu çalışmanın 28 sayfası alfabetik sırayla listelenmiş EHÇ mensuplarının çalışmalarının referanslarını içerir. Bu çalışma için bkz. Duncan Kennedy & K. Klare, “*A Bibliography of Critical Legal Studies*”, *Yale Law Journal*, Vol. 84, No. 2, The Yale Law Journal Company Inc., 1984, s. 491-490, <http://www.jstor.org/stable/796234>, Erişim: 09/05/2017.

EHC daha insancıl, daha eşitlikçi ve daha demokratik bir toplum yaratma mücadelesinde hukuk teorisi ile uygulaması arasındaki ilişki ile ilgilenmektedir. EHC dönemin muhtelif radikal sosyal teorilerinden etkilenmiştir, ancak belirli bir politik doktrin ya da metodolojik yaklaşımlar bütününe yansıtılmamaktadır.⁶⁴ Russel'a göre, EHC'nin içinde en fazla öne çıkan üç temel felsefe okulu ve yaklaşımı vardır. Bu okullar, Frankfurt Okulunun Eleştirel Marksizmi (bu okul içinde Kennedy ve Mark Kelman hukuki anti-formalizm teorileri ile akım içinde geniş etkiye sahiptirler), özellikle Mark Tushnet'in Ortodoks ya da Bilimsel Marksizmi ile Hukuk ve Sosyal Bilimler Perspektifidir.⁶⁵

Spesifik olarak 'hukukun liberal bir meşrulaştırma projesi' olarak ele alınması açısından bakıldığında EHC'nin Frankfurt Okulu'nun Jürgen Habermas ve Theodor Adorno gibi temsilcilerinin Eleştirel Marksizminden etkilendiği açıktır. Russel'a göre bazı EHC teorisyenleri Ortodoks ya da Bilimsel Marksizm eleştirilerinde Weberci bir yaklaşıma sahiptirler. Radikalizmi ve işlevselci⁶⁶ metodolojiyi birleştirerek hukukun, kapitalizmin özündeki sosyal ayrılıkları ve hiyerarşiyi yansıttığını, onayladığını ve yeniden şekillendirdiğini iddia ettiler. Bu bağlamdaki bir diğer fraksiyon ise, özellikle Kennedy ile Mark Kelman'ın çalışmalarında kendini gösteren hukuki formalizm karşıtıdır. Bu yaklaşım hukuk doktrinini belli bir toplum vizyonunun bir manifestosu olarak ele alarak doktrinel tartışmaların çelişkili ya da tezat karakterine vurgu yapar. Mark Tushnet'in Ortodoks Marksizminin yanı sıra, EHC temsilcileri tarafından benimsenen

⁶⁴ Duncan Kennedy & K. Klare, "A Bibliography of...", s. 461.

⁶⁵ J. Stuart Russel, "The Critical Legal...", s. 4.

⁶⁶ Ing. *Functionalist*.

diğer bir yaklaşım olan Sosyal Bilimler Perspektifi ise, özellikle Hukuk ve Toplum Derneği (*Law and Society Association*) çalışmalarından etkilenen fraksiyondur.⁶⁷

EHC Hareketi içinde bu üç ekol aslında çok da fazla çatışan ya da birbirlerinin yaklaşımlarını dışlayan düşünceler değildi ve Russel'a göre hareket kesinlikle tektip bir "Marksist Blok" olarak yorumlanamazdı. Temsilcilerin benimsediği düşünce okulları ve yaklaşımların birbiriyle etkileşimi vardı. Tek ve bütünsel bir hukuk teorisi yerine farklı heterojen ve geniş bir düşünce çoğulculuğu vardı.⁶⁸

EHC'nin kati bir metodolojik yaklaşımı olmasa da, bu bağlamda özellikle Hukuki Realizm'den etkilendiği söylenebilir.⁶⁹ Tushnet'e göre de, EHC Realizm ile Hukuk ve Toplum Derneği'nin füruudur. Onlar gibi EHC de merkez kanata yer alan anaakım hukuk düşüncesine, sol kanattan eleştiri yöneltir, hukukun otonomluğunu reddeder, kurallar sistemi içinde çelişkiler ve belirsizlikler olduğu konusunda ısrar eder.⁷⁰ Tushnet makalesinde, etkilendikleri geçmiş akımların tümüyle Liberalizme bağlı olduğundan dolayı EHC'nin de böyle olduğunun iddia edilemeyeceğini ve EHC'nin bu anlamda ehlileştirilemeyeceğinin (domesticated) belirtilmesinin önemli olduğunu vurgulamaktadır. O'na göre, EHC hiç bir düzeyinde liberalizme bağlı değildir.⁷¹

Jason Whitehead ise, EHC katılımcılarının eşitlikçi bir toplum ve ekonomi talebi, geleneksel hukuka yönelik memnuniyetsizlik ile ampirik-davranışçı ve anaakım hukuk

⁶⁷ J. Stuart Russel, "The Critical Legal...", s. 4-5.

⁶⁸ J. Stuart Russel, "The Critical Legal...", s. 5.

⁶⁹ J. Stuart Russel, "The Critical Legal...", s. 5.

⁷⁰ Mark Tushnet, "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction", **Stanford Law Review**, Vol. 36, No. 1/2, Critical Legal Studies Symposium, 1984, s. 626, <http://www.jstor.org/stable/1228693>, Erişim: 30/09/2014.

⁷¹ Mark Tushnet, "Critical Legal Studies...", s. 627.

düşüncesi ile hukuksal usavurumun "sterillğine" karşı duydukları tepki EHÇ mensuplarının düşünsel ortak paydalarıdır. EHÇ hareketi mensupları toplumun bir parçası olan hukuk sistemini anlamak ve değiştirmek için bir hukuk eleştirisi yaratmak amacındaydılar. EHÇ'nin 1977'den beri ortaya koyduğu geniş eleştirel hukuk literatürünün esas temellerinin, belirsizlik tezi ve ideoloji tezi olduğu söylenebilir. Öncelikle, belirsizlik tezi hukukun içsel ve dışsal olarak tutarsız olduğunu öne sürerken, ideoloji tezi hukukun tarafsız ve bağımsız olması iddiasının aksine ideolojik ve taraflı olduğunu savunmaktadır.⁷²

Raymond Wacks, EHÇ'nin önemli temsilcilerinden biri olan Roberto M. Unger'in *Law in Modern Society* kitabında⁷³ anaakım hukuk düşüncesini şu şekilde tanımladığını söyler: Birincisi, hukuk bir "sistem"dir. Bu sistem doğru şekilde yorumlanırsa sosyal davranışla ilgili tüm sorulara cevap sağlar. İkincisi, bu sistemin belirli bir mantığı ya da usavurum şekli vardır ve bu mantığı kullanan uzmanlar cevaplarını bu sistem içinden bulur. Üçüncüsü, bu doktrin insanlar ile toplumun doğası arasındaki ilişki ile ilgili tutarlı bir görüşe sahiptir. Son olarak da, sosyal eylemler hukuk sistemi tarafından yaratılan sosyal normları yansıtır. İnsanlar ya bu normları içselleştirirler ya da yaptırım onları buna zorlar. Unger'e göre anaakım hukuk doktrinin savunduğu bu özelliklerin tümü EHÇ tarafından eleştirilmiştir.⁷⁴

⁷² Jason E. Whitehead, "From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory", Florida State University Law Review, Vol. 26, Issue 3, 2014, <http://ir.law.fsu.edu/ir/vol26/iss3/3>, Erişim: 18/04/2017.

⁷³ Kitap için bkz. Roberto Mangabera Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, New York, 1. Edition, 1977.

⁷⁴ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence, An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press Inc., New York, 3. Edition, 2012, s. 283.

Hem Russel'a hem de Wacks'a göre EHÇ'nin eleştirileri dört başlık altına toplanabilir. Bunlar *belirsizlik*, *anti-formalizm*, *çelişki* ve *marjinallik*dir. Buna göre EHÇ açısından, bir hukuk doktrini, bir sistem değildir. Çünkü belirli cevaplar sağlamaz ve tasavvur edilebilir tüm olayları kapsamaz. Eğer hukuk *belirsiz* ise, hukuk öğretisi bağımsız ve bilimsel bir analiz olmak yerine *tarafgirliğin* bir çeşididir. EHÇ mensupları, hukuk uzmanlarının her davada otonom ve bağımsız bir usavurumla doktrini uyguladığına ve bundan elde ettikleri sonuçların bu uzmanların kendilerinin etik idealleri ve çıkarlarından bağımsız olduğunu savunan formalist iddiaya da karşı çıkmaktadırlar. Eleştirellerin bu iki önemli eleştirisi olan *belirsizlik* ve *tarafgirlik tezi*, EHÇ nin hukuk teorisi analizine *politik ve ideolojik* söylemin eklenmesine neden olmaktadır. Böylece EHÇ'nin *çelişki tezi* ile *marjinallik tezi* ortaya çıkmaktadır. Buna göre EHÇ *çelişki tezinde*, hukuk doktrininin tek, tutarlı ve haklı bir insan ilişkileri görüşü içerdiği iddiasına karşı çıkmaktadır. Eleştirellere göre böyle bir doktrin, en az iki ya da daha fazla birbiriyle çelişen görüş içermektedir ve bunların içinden hiçbiri de diğerlerinden üstün değildir. Ayrıca Eleştirellere göre, hukuk normları ile ilgili bir konsensüs sağlanabilse bile, hukuk insan davranışlarının şekillenmesinde kesin ve nihai faktör değildir. Bunun sonucu olarak da, sosyal hayatı yönetmeye çalışan normatif düzenlemeler hukuk dışı, hukuk tarafından belirlenmeyen ya da hukukun gölgeli alanlarında çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu görüş de *marjinallik tezi* olarak adlandırılır. Marjinallikten kasıt, esas amaçlanan form olan merkezden yani hukuktan uzak, çevresel ve periferik faktörlerden etkilenmektir. Kamu

politikaları, sosyal teoriler buna örnek olarak verilebilir. ⁷⁵ “Yine eleştirel hukukçulara göre, her ne kadar liberal yapının; devlet iktidarının hukukla bağlanması ve sınırlandırılması, bireysel özgürlüklerin korunması olarak belirlenebilecek hukuk devleti gibi bir yaratımı varsa da, bu aslında hukukun toplumdaki hiyerarşi ve egemenliği yansıtmaktadır... Hukuk yaratma doğrudan politika ile ilgili iken, hukuku uygulama bu kadar doğrudan ilgili olmasa da hukuk-politika ilişkisini yansıtmaktadır.”⁷⁶

EHÇ açısından fikirler, toplumu inşa etmektedir. İnşa olunan bu sosyal düzenin içindeki toplumun varlığı, ortak kabul gören ve paylaşılan dünya görüşüne bağlıdır. Bu dünya görüşü ise, insanla ve hukukun da içinde olduğu insan ilişkilerinin temel iddialarını kapsamaktadır.⁷⁷ David Trubek’in *Where the Action Is*⁷⁸ adlı makalesinde yazdığı şekliyle, Eleştireller kapitalist toplumun tahakkümü ile modern hukuk bilinciyle şekillenen dünya görüşü arasındaki ilişkiyi göstermeye çalışırken, aynı zamanda bu bilinci ve bu ilişkileri değiştirmeye çalışmışlardır. İşte bu EHÇ öğretisinin eleştirel boyutudur. Bu öğreti geleneğinde hukuksal bilincin analizi, dönüştürücü (transformatif) siyasetin bir parçasıdır. Ayrıca Trubek açısından EHÇ’yi geleneksel sosyal bilimlerden de ayıran

⁷⁵ Bu görüşü ileri süren farklı kaynaklar için bkz. ⁷⁵ Raymond Wacks, **Understanding Jurisprudence...**, s.284; J. Stuart Russel, “*The Critical Legal...*”, s. 8. Ayrıca, Raymond Wacks, **Philosophy of Law, A Very Short Introduction**, Oxford University Press Inc., New York, 2006, s. 113. Türkçesi için: Raymond Wacks, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 97-98.

⁷⁶ Dilan Mızrak & Özgür Temiz, “*Hukuk ve Politika, Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl. 67, Sayı. 2, 2009, s. 83, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2009-2/8.pdf>, Erişim: 26/02/2016.

⁷⁷ J. Stuart Russel, “*The Critical Legal...*”, s. 9.

⁷⁸ David M. Trubek, “*Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*”, **Stanford Law Review**, Vol. 36, No. 1/2, Critical Legal Studies Symposium, 1984, s. 575-622, <http://www.jstor.org/stable/1228692>, Erişim:17/02/2017.

yaklaşım da budur.⁷⁹ Kısacası, toplumu inşa eden dünya görüşleri sosyal etkileşimle anlam kazanmakta ve bilincin değişmesi toplumun da değişmesiyle sonuçlanmaktadır.⁸⁰

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ve özellikle çalışmanın esasını oluşturan EHÇ'nin belirsizlik tezi incelenirken görüleceği üzere, aslında EHÇ'nin ortaya koyduğu temel tezler birbirlerinden ayrılabilir değildir. Anti-formalizm kapsamında değerlendiren ve hukukun otonom olmasını eleştiren taraflılık tezi, yine formalizm eleştirisi kapsamında belirsizlik tezi başlığı altında da ele alınabilir. Öte yandan hukukun otonom olmadığı ve nötr olmadığı hususu, hukukun ideolojik olmasının da hem nedeni hem de sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak, bu bulgudan daha da önemli olan bir şey varsa, o da EHÇ'nin geleneksel liberal hukuku bir 'meşrulaştırma projesi' olarak ele almasıdır. Gerek bilimsellik, gerek formalizm, gerek otonomluk ya da kesinlik maskesi altında liberal hukuk, içinde barındırdığı ideolojiyi, tahakkümü, politik ve ekonomik ilgi ile gücü maskeleyemeye uğraşmaktadır. Çeşitli formlarda ortaya çıkan bu uğraşın en açık şekilde görülebileceği yer ise hukuk-ahlak ya da hukuk-siyaset ayrımı tartışmalarıdır. *Liberal legalizmin* meşrulaştırma işlevinin işaret ettiği husus yani hukukun nötr, otonom, tarafsız ve belirli olduğu iddiası, aslında "...Antonio Gramsci'nin "hegemonya" diye kavramlaştırdığı şeydir. Tahakkümün en etkili türü, hem yöneten hem de yönetilen sınıfların var olan düzenin, belki bazı marjinal değişiklikler gerektirse de tatmin edici olduğuna, ya da en azından çoğu insanın umabileceğini temsil ettiğine, çünkü olan bitenin olmak zorunda olduğuna inanmaları durumunda gerçekleşir."⁸¹

⁷⁹ David M. Trubek, "Where the Action...", s. 591.

⁸⁰ J. Stuart Russel, "The Critical Legal...", s. 9.

⁸¹ Robert W. Gordon, "Bazı Eleştirel...", s. 395.

EHC hukuktaki mistifikasyon çabalarını, meşrulaştırma projesi olarak tanımlamakta ve *liberal legalizm* olarak ele almaktadır. EHC'nin öne sürdüğü tüm tezlerin esas amacının hukukun liberal anlatılarını demistifiye etmeye çalışmak, yani meşrulaştırma projesini açığa çıkarmaya çalışmaktır. Anaakım liberal hukuk geleneğinin tahakkümünü, hiyerarşik gücünü ve büyüsunü bozmaya çalışmaktır.

Russel'a göre, *liberal legalizm* hukuk kurallarının objektif olduğuna dair inançtan kaynaklanmaktadır. Baskın modern Batı ideolojisi olarak tanımlanan liberalizm, bireysellik (individualism) - özgecilik (altruism), otonomi – komünite (community), sübjektiflik - objektiflik gibi çelişen ve çatışan dualiteler serisi olarak görölmektedir. Bu çelişen değerler, hukuk sistemi içinde yasaların ve hakların tümünde yansımaları bulmaktadır. Liberal teorisyenler liberalizmin bu çelişen yapısını gizlemeye çalışmakta ve bunu yaparken hukuku da kullanmaktadırlar. Bu yüzden EHC analizleri liberal hukuk felsefesinin bu çelişkilerini ortaya çıkarmaya yöneliktir. Bu gaile köklerini liberal hakların olumsuz eleştirisinde bulmaktadır. Buna göre, bu haklar kendini gerçekleştirme (self-realization) ya da gerçek eşitlik gibi değerlere hizmet etmeyip, aksine liberalizmin temelini oluşturan pazarın (market) ve bürokratik kurumların ilgi ve çıkarlarına hizmet etmektedir. Status quo'yu temsil eden *liberal legalizm*, sömürü ile adaletsizliğin de bir maskesidir. Bunun yanında EHC *liberal legalizmin* hukukun üstünlüğü gibi temel varsayımlarının çelişkilerini ve tutarsızlıklarını da ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. EHC sosyoloji, psikoloji, antropoloji gibi disiplinleri kullanarak, anaakım felsefenin varsayımlarına ve ideolojisine karşı çıkmaktadır.⁸²

⁸² J. Stuart Russel, “*The Critical Legal...*”, s. 10-11.

Bölüm 3

ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI'NIN BELİRSİZLİK TEZİ ÇERÇEVESİNDE ETKİLENDİĞİ TEMEL AKIMLAR

3.1 Amerikan Hukuki Realizm Akımı

3.1.1 Akımın Genel Çerçevesi

19. ve 20. yüzyılda yaşanan toplumsal, siyasal, ekonomik çalkantılardan doğan realizm akımı sosyal ve felsefi alanda büyük etkiler yaratırken, hukuk alanında da yeni bir çığır açmıştır. Öyle ki Amerikan Hukuki Realizm Akımı, kendinden sonra gelen Postmodernizm akımının ve bu çalışmanın konusu olan EHÇ'nin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Realizm akımının hukuk alanındaki etkisi, özellikle Avrupa'da ortaya çıkan "Serbest Hukuk Akımı" ve "Sosyolojik Hukuk Bilimi Okulu"ndan aldığı esinlenme sayesinde, varlığını göstermeye Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr.'nin çalışmaları ile başlayıp, sadece Amerika'da değil, Avrupa'da birçok ülkenin de hukuk sisteminde büyük değişimlere sebebiyet vermiştir.⁸³

⁸³ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 179.

Hukuki realizm akımının diğer bir temsilcisi olarak İskandinav hukuki realizm akımı sayılabilir. İskandinav hukuki realizmi Kuzey Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Akımın temsilcileri olarak Axel Anders Theodor Hägerström (1868-1939), Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) ve Alf Niels Christian Ross (1899-1979) sayılmıştır. “...İskandinav hukuki realistleri, [Amerikan hukuki realistlerinden oldukça farklı bir çizgide çalışmalar yaparak] hukuku üstün ahlaki veya dini ilkelerle açıklayan doğal hukuk yaklaşımlarını reddetmişlerdir. Hukuku bilim olarak ele almaları ve bilimsel araştırmayı olanla sınırlamaları, bunun sonucu olarak, olması gerekeni dışlamaları moral değerleri de hukuktan çıkarmalarına neden olmuştur; çünkü moral değerlerin fiili bir var oluşu olmayıp, bilimsel kanıtlara dayanmayan kişisel değer yargıları olduğu söylenebilir.”⁸⁴ Akımın temsilcileri, ahlak ve değer yargılarından arınmış olmadığı için doğal hukuku eleştirmişler ve hukuku bir bilim olarak ele almaya çalışmışlardır. Her ne kadar hukukun ahlak, değer yargıları ve politikadan ayrı olduğu iddiasını taşısa da, bu iddiasının gereğini yerine getiremediğinden dolayı pozitivist hukuku eleştirilere tabi tutmuşlardır. “...Hägerström’un hak, ödev, hakkın devri, geçerlilik gibi hukuksal yapının önemli parçalarını, boş inançtan kaynaklanan mit, kurgu, sihir ya da kafa karışıklığı diye nitelendirdiği, bu kavramların metafizik dünyanın hayal ürünü olduklarını, yani aslında bir gerçekliğe sahip olmadıklarını ileri sürdüğü bilinmektedir”.⁸⁵ Bu çalışmanın maksatları bakımından ve EHÇ’ye esas etki eden realist

⁸⁴ Emine İrem Akı, “Amerikan Hukuki...”, s. 27.

⁸⁵ Kasım Akbaş, **Hukukun Büyü Bozumu, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.160.

akımın Amerikan hukuki realizmi olduğu düşüncesinden hareketle İskandinav hukuki realizmi ile ilgili inceleme bu kısım ile sınırlanmıştır.⁸⁶

Holmes'un deyimiyle "sinik asit" ve yine akımın önemli temsilcilerinden Llewellyn'in "fermantasyon" olarak nitelediği hukuki realizm, dönemin hukuk siteminin eksikliklerini, belirsizliğini ortaya çıkarmak ve hukuku daha bilinebilir kılmak için kapsamlı bir reform gerçekleştirmek amacıyla çalışmalar yapmıştır.⁸⁷

Realistler, Amerikan Sosyolojik Hukuk Bilimi Okulu'nun "...teleolojik ve etik hukuk anlayışına karşı olup, hukukun belirlilik ve bilinirliğine karşı şüpheli bir tutum takın[dı]lar."⁸⁸ Dönemin norm temelli hukuk tanımına karşıt şekilde, hukuku yeniden tanımlamışlardır. Buna göre hukuk, yargıçların iradesiyle şekillenen kararları ile resmi ve yarı resmi memurların eylemleri, kısaca mahkemenin davranışlarıdır. Realistler, hukuku soyut kurallar, içtihat ve değer yargıları yerine somut mahkeme kararları olarak ele alan, ilaveten hukuki toplumsal faydayı yani adaleti sağlamak için bir araç olarak gören ampirik, bilimsel metodoloji ile davranışçı bir çalışma yürütmüşlerdir. "*Hukuksal realistler kararın, mantıkla değil yargı faaliyetleri ile çıkarılmasını savunarak, bu konudaki tek aracın mantıksal çıkarım olmadığını üstünde durarak, rasyonalist teorilerden de ayrılmaktadırlar.*"⁸⁹ Akımın en önemli temsilcileri olarak Yargıç Holmes ve Karl Llewellyn'in yanında John Chipman Gray, Herman Oliphant, Hessel E. Yntema

⁸⁶ İskandinav hukuki realizmi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, "İskandinav Hukuki Realizmi," **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.75-92, H.L.A Hart, "Scandinavian Realism," **The Cambridge Law Journal**, 1959, s.233-240, Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s.337-347.

⁸⁷ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 79-80, Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 27.

⁸⁸ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 3.

⁸⁹ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 333.

ve Jerome Frank'ın akım çerçevesinde ortaya koydukları önemli çalışmaları olsa da, akımın bütünsel bir literatüre sahip olduğu söylenemez. Bununla birlikte literatürde, ılımlı ve radikal olarak değerlendirilen farklı çalışmalar üreten akım temsilcilerinin, hukukun içeriği ile uygulaması arasındaki farklar, mahkeme davranışlarındaki eksiklik ve tutarsızlıklar ile Holmes'un şüpheciliğini ortak payda olarak aldığı gözlemlenebilir.⁹⁰

Hukuki realizmin, yaptığı hukuk tanımıyla, hukuku *gerçeklik* içinde gelişen ve *sosyal faydayı* yani *adaleti* sağlamakla yükümlü yargı *davranışları* olarak tanımlaması, etkisinde oldukları düşünce akımları hakkında açık göstergeler sunmaktadır. Hukuki realizm, toplumsal gerçeklik vurgusuyla “realist”, toplumla birlikte gelişen ve toplumsal fayda sağlamak amacı taşıdığı için “faydacı”, teleolojik ve etik hukuk anlayışına karşı çıktığı, ancak toplum için adalet gerçekleştirmek amacı taşıdığı için “sonuçcu” (consequentialist), hukukçuların söyledikleri değil yaptıkları ile ilgilenmesi açısından “sosyolojik pozitivist”, ayrıca hukukun bilinebilirliği ile kesinliğini sağlamak adına mahkeme davranışlarını incelemesi açısından “davranışçı” ve buradaki hataları saptayıp daha iyi bir hukuk yaratmaya çalışması açısından “revizyonist” olarak nitelendirilebilir. Realistler olması gerekenle değil, olanla ilgilendiği için doğal hukuktan da ayrılmaktadırlar. Hukuki realizm, pozitivist bir karakter göstermesine rağmen, hukukun hızla değişen toplumsal gerçekliğe ayak uydurabilmesinin tek yolunun, hukukun sosyoloji, istatistik, psikoloji ve iktisat gibi bilimlerden yaralanmasını, hatta bunlarla birlikte çalışması gerektiğini vurgulayarak, hukukun saflığını gerçekleştirmek için diğer

⁹⁰ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s. 3., Ertuğrul Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi,” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Ed. Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004, s.61.

bilimlerden bağımsızlığını tartışılmaz biçimde savunan analitik ve normatif pozitivistlerin de karşısında durmuştur.⁹¹ Akımın, toplum gibi akışkan olan hukukun, toplumla birlikte ilerlemesi ve gelişmesi gerekliliğinin yanında, olan ve olması gereken ayrımı temelinde, hukuk ile politika ayrımının gerekliliğini savunması, geleneksel hukuk sistemine ve bunların soyut kurallarına duyduğu kuşkuculuğu, kuralları ve içtihadı değil mahkemenin davranışını hukukun merkezine koyması, ilaveten iddia edildiği gibi, yargıçların soyut hukuk kurallarının sadece mekanik bir uygulayıcısı olmasına, bunları doğru ya da değer yargularından ari bir şekilde uygulayıp uygulamadığına duyduğu kuşkuculuğu gibi temel özellikleri, en önemli temsilcilerden sayılabilecek Llewellyn⁹² tarafından ortaya konulmuştur.⁹³

Llewellyn, geleneksel ortodoks hukuk sisteminin sorunlarıyla ve onun sorunlu metodolojisiyle sürekli bir savaş halinde olunması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca bunun, hukuk eğitiminden başlayıp, mahkemelerin verdikleri kararların teker teker ve ısrarla incelenmesiyle olabileceğini ileri sürmüştür. Llewellyn, gelenekselliğe, ortodoks hukuk eğitime ve içtihadı hukuka (case law) kapsamlı bir savaş açmıştır. *The Bramble Bush*⁹⁴: *On Our Law and Its Study*⁹⁵ adlı kitabında kitaba verdiği isimden ve kitabın en

⁹¹ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 81.

⁹² "Llewellyn, ikinci kuşak realistlerden sayılsa da kısa zamanda akımın en aktif sözcülerinden olmayı başarmıştır." Grant Gilmore, "Book Review: *The Bramble Bush*", **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2669, Vol.60, 1951, s. 1262, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2669 , Erişim: 18/03/2017.

⁹³ Karl N. Llewellyn, "Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound" **Harvard Law Review**, Vol. 44, No. 8, Harvard Law Review Association, 1931, s. 1234-1238, <http://www.jstor.org/stable/1332182>, Erişim:03/10/2014.

⁹⁴ Tr. Dikenli böğürtlen çalısı

⁹⁵ Karl N. Llewellyn, **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**, Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, 2012. Llewellyn'in en önemli kitabı sayılabilecek ve aynı zamanda yayımlanan ilk kitabı olan bu kitap 1930'da yayınlanmıştır. Llewellyn bu kitabın başında, kitabın yaklaşık on yıllık bir çalışmanın ürünü olduğunu yazmış ve ilk bölümde, bir hukuka giriş dersi çerçevesinde, kendi hukuk kavramının ne olduğunu

başına eklediği şiirden hareketle Llewellyn'in hukuk anlayışına ilişkin bir fikir edinilebilir. Bu şiir şöyledir: “*Bizim kasabada bir adam vardı / Muazzam⁹⁶ bir bilgeydi: / Bir böğürtlen çalısının içine atladı / Ve iki gözü de oyuldu⁹⁷ / Kör olduğunu anladığında / Tüm gücü ve kudretiyle / Bir başkasının [çalının] içine atladı / Ve tekrardan çizdi⁹⁸ gözlerini.*” Llewellyn'e göre hukuk ve hukuk çalışmaları dikenli bir böğürtlen çalısı gibiydi. Çalının içine böğürtlene ulaşmak, yani gerçeği görmek için atlanıldığında, çalının kocaman yaban dikenleriyle tüm görüş, bakış açısı ve algı çizilir, oyulur. Böylece, kör olduğu yani aslında gerçekliğin görülmediği anlaşılır; bu yüzden bir kere daha ve bir kere daha o çalının içine atlanmalıdır ki her defasında gerçekliğe biraz daha fazla yaklaşılsın.⁹⁹

David Fraser, realist teori ve uygulamanın iki ana teması olduğunu vurgulamaktadır. Bunların ilki, hukuk kurallarının ve doktrinin esasına ilişkin çelişkileri göstermeyi amaçlayan salt yapıbozumcu ya da nihilist projedir. Realizmin yapıbozumcu aşaması, geleneksel hukuk doktrini hegemonyasına yapılan radikal eleştirileri içermektedir. Bu geleneksel bakış açısıyla hukuk, formalist ve rasyonalist dünya görüşüyle bağlı değişmez bir bilgi kaynağıdır. Realistler, formalistler tarafından sunulan hukuk kurallarını incelerken, hukukun belirsizliği, tesadüfiliği ve çelişkileri ile klasik formalist hukuk düşüncesinin temel epistemolojik ve ontolojik varsayımlarına

anlatmıştır. Sonraki bölümlerde ise hukuk içtihadına (case law), mahkeme kararlarının ele alınışına, içtihat hukukunun altında yatan ve aslında üstü kapatılmış gerçekliklere, yargı sisteminin nasıl işlediğine, davaların eleştirel olarak nasıl incelenmesi gerektiğine ve emsal dava sistemine (precedent) yapılması gereken eleştiriye odaklanmıştır.

⁹⁶ İng. *Wondrous*

⁹⁷ İng. *To scratched out*

⁹⁸ İng. *To scratched something in*

⁹⁹ Karl N. Llewellyn, **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**, Quid Pro Books, 2012, s. 45-46.

odaklanmışlardır. Formalist görüşün savunduğu, hukuk dünyasının içsel geçerliğe ve varlıksal öz imgesi düşüncesi temelinde öne sürdüğü varlığın metafiziğine, özne-nesne ayırımına karşı çıkmışlardır. Diğer tema ise, hukuk kurallarının kaynağı ve uygulamadaki etkileri hakkında daha kapsamlı çalışmalar yapmak suretiyle hukuku kavramsal bir zemine yerleştirmeye çalışan yeniden inşacı (reconstructive) uygulamadır.¹⁰⁰

3.1.2 Akımın Hukuk Tanımı

Akımın hukuk tanımını daha iyi açıklayabilmek için Holmes'un çalışmalarına bakmamız yerinde olur. Realist akımı "sinik asit" olarak tanımlayan Holmes¹⁰¹, toplumun benliğinde yer etmiş her türlü kurum, kavram, değer yargıları ve kabuller üzerine dökülen "sinik asit" in, bunları, hiç bir şekilde olumlamadan, rasyonalize etmeden olduğu gibi görmeyi sağlayacağını savunmuştur.¹⁰² Holmes o güne kadar hukuk tarihinde hiç duyulmayan bir şey yaparak, hukuku 'mahkemelerin gerçekte ne yapacağı ile ilgili bir kehanet' olarak tanımlamıştır. Türkçeleştirilen birçok kaynakta, mahkemelerin kararını tahmin etmek olarak çevrilen Holmes'un bu tanımı, aslında tahmin etmekten daha da ileriye gidip "kehanet" i içermektedir.¹⁰³

¹⁰⁰ David Fraser, "What A Long, Strange Trip It's Been: Deconstructing Law From Legal Realism to Critical Legal Studies", *Australian Journal of Law and Society*, Vol. 5, No. 1988/1999, 1990, s. 36, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUJILawSoc/1988/8.pdf>, Erişim: 23/03/2017.

¹⁰¹ "Sinik asitle yıkadığımız ve araştırmamızın amacından, hukukun işleyişlerinden başka her şeyi attığımız zaman, görev kavramının belirsiz çerçevesinin nasıl daraldığını ve aynı zamanda da daha kesinlikle büyüdüğümüzü görürsünüz" O. W. Holmes. *The Path of Law*'dan alıntı metin, Howard Davies, David Holdcroft, **Jurisprudence: Text and Commentary**, Butterworths, London 1995, s. 446, Aktaran: Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", *İ.Ü.H.F.M.*, C. LV111, SAYI 1-2, İstanbul, 2000, s. 1.

¹⁰² Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 79 – 80.

¹⁰³ Anthony D'Amato, "A New (and Better) Interpretation of Holmes's Prediction Theory of Law" *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*, Paper 163, 2008. P 1-2, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/163>, Erişim: 05.02.2017

Holmes'a göre, insanlar kendilerini güvende hissetmek, geleceklerini garanti altına almak isterler. Bunu yapabilmek ise bir öngörü, Holmes'un deyişiyle tahmin gerektirir. Mahkemeler aracılığıyla tesadüfen ortaya çıkan devlet gücü ve iradesi ise, ancak tahmin edilebilirdi. Bu tahmin ne aksiyomlara ne de delillere bakılarak yapılabilirdi. Esas bakılan ya da bakılması gereken şey, mahkemelerin gerçekte ne yapacağıdır. Holmes'a göre, bu sonuca varılmasının tek yolu hukuka "kötü insanın gözüyle bakmak"tır. Kötü insan kurallara, ilkelere, değerlere önem vermez ve onun hukuktan ahlaki ya da vicdani beklentisi yoktur. Onun öngörmek isteyeceği şey, mahkemenin nasıl karar vereceği, ne sonuca varacağı, yani mahkemenin gerçekte nasıl davranacağıdır ve böylece yaptığı ya da yapmadığı davranışlar sonucunda ne gibi bir ceza alma ihtimalinin olduğunu bilmektir. Kötü insanın, herhangi bir yargılama sonucunda, ne ceza alacağı bilmek ise, ancak bir kehanet gerektirmektedir. Realizme göre kişilerin hukukla ilgilenmesinin ve hukukla ilgilenmenin bir meslek haline gelmesinin (avukatlık ve hukuk danışmanlığı gibi) tek nedeni budur. Holmes'un hukukçu ve avukatların yaptığı işin, hava durumunu tahmin eden profesyonellerden farklı olmadığını söylemesi de bu yüzdendir; hukukçu ya da avukat olmak bundan ibarettir: Çıkması muhtemel sonucu tahmin etmek.

Diğer taraftan kötü insan, toplumdaki herhangi biri de olabilir. Bugünün şartlarında Holmes'un kötü insanını örneklendirirsek, Holmes'un kötü insanı: Yanında çalışan işçisinin sosyal yatırımlarını brüt maaşı üstünden değil asgari maaş üstünden yapan bir küçük ya da orta ölçekli işletme sahibi, gelir beyanını düşük gösterip vergi kaçırarak beyaz yakalı, ikinci iş yasağına aldırılmadan eşinin ismini kullanarak küçük çapta ticaret ya da hayvancılıktan para kazanan bir devlet memuru olabileceği gibi; devlet şiddetine karşı eylem yapan bir insan hakları aktivisti, savaştan kaçıp askeri bölgeyi ve sınırı ihlal eden bir mülteci ya da işyerinde maruz kaldığı mobingi ispatlamak için özel

hayatın gizliliğini ihlal etmek pahasına görüntü, ses kaydı alan ya da belge kopyalayan bir personel olabilirdi.

Geleneksel hukuk düşüncesine karşıt bir akım olan hukuki realizm, yargıçların geleneksel akıl yürütme yoluyla sonuca varmaları hususunda da kuşkucu bir tavır takınmıştır. Realistlere göre, otonom bir hukuk bilimi mümkün değildir ve yargıçların sadece belirlenmiş, kesin yazılı kurallardan yola çıkarak karara vardıkları oldukları iddiası gerçeklikle uyuşmamaktadır. İlk olarak, yazılı hukuk kurallarının sosyal olgudan ve psikoloji, iktisat gibi diğer bilimlerden bağımsızlığı mümkün değildir. İkinci olarak ise, böyle olsaydı bile, yargıcın bu kuralları tüm sosyal gerçeklik bir tarafa, kendi gerçekliğinden bile bağımsız olarak, yorumsuz ve tamamen mekanik şekilde yorumlaması mümkünatı olmayan bir iddiadır. Bu yüzden realistler, hukuk biliminin “[h]ukuksal değişikliği etkileyen sosyal güçleri kabul etmesi gerektiğini talep ediyordu. Dolayısıyla realist hukuk akımı, Amerika’da hukuksal formalizme karşı tepkiyi ifade ediyordu.”¹⁰⁴ Eğer geleneksel hukuk düşüncesinin formalist karakterinin iddia ettiği gibi, yargı sürecinde geleneksel usavurumla kesin, belirli sonuçlara ulaşılabilseydi, her yargısal sürecin sonucu önceden öngörülebilir ve ayan beyan ortada olurdu.¹⁰⁵ Böyle bir durumda ise ne mahkemelere, ne de yargıçlara gerek kalmazdı. Yargı ve yargıç kavramı bile ortadan kalkabilir, işlenen suça göre yargıçların yerini alabilecek memurlar, sonucu ve cezayı rahatça belirleyebilirdi. Öte yandan, yargıçların tüm sosyal gerçeklikten bağımsız, sadece kurallara göre karar verdiği iddiası da, yargıçların hukuk yaratma yetisinin yok

¹⁰⁴ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 47.

¹⁰⁵ Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 87.

sayılmasıdır. “...[E]ğer hukuksal karar sadece yargıçları bağlayan önermelerin mantıksal sonucu olsaydı, yargıçların birbiriyle çelişen sonuçlara varma yetkileri olamazdı.”¹⁰⁶

D'amato'nun makalesinde yazdığı şekliyle, akımın kurucusu değil ama en önemli öncüsü sayılan Holmes'un önermesinin birinci basamağı, hukukçuların merkezi rolünün yargıçların mahkemede ne yapacağını tahmin etmesi iken, ikinci basamağı ise bu tahminin daha sonra hukuku oluşturduğudur. Holmes'un önermesinin birinci basamağı bile, zamanının hukuki paradigmasını değiştirmeye yeterliydi. 1800'lerin sonuna kadar yaygın inanç ve iddia, hukukun 'şimdi'de, hâlihazırda var olduğu ve kararların bu 'şimdi'de var olan hukuka göre verildiği yönündeydi. Ancak Holmes, bu yaygın inancı tekrardan şekillendirmeye çalışarak, hukukun gelecekte, insanlar kararlarını veya mahkemeler hükümlerini verdikten sonra oluştuğunu ortaya koymuştur. Holmes'un önermesinin bu birinci basamağının şunları kapsadığı söylenebilir: Birincisi, şimdiki zamanda var olan *kehanetler*dir. İkincisi, *kehanetler* belirlenebilirlerdir. Üçüncüsü, hukuk kavramı, insanların seçimlerini etkileyen ya da yönlendiren kural ve kaideler olabildiği gibi, hukuk literatüründe bulunabilen tüm kural ve kaidelerin toplamı da olabilir. İlâveten bunlar, anayasal ya da yargısal kural ve kaidelerin uygulanmasıyla değiştirebilir ya da ortadan kaldırılabılırler. Dördüncüsü, insan davranışını etkileyen hukuk, mahkemelerin davranışlarının *kehanetinden* başka bir şey değildir. Son olarak da, insanların günlük

¹⁰⁶ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk...** , s.48.

hayatlarında yaptıkları seçimleri etkileyen hukuk, kuralları değil kuralların olasılıklarını içerir.¹⁰⁷

Hukuk tahminlerinin hukuku oluşturduğu iddiasının yer aldığı temel önermesinin ikinci basamağında Holmes, “kötü insan” teorisini ortaya koyar. Holmes’un “kötü insan” teorisi, mahkemelerin hâlihazırda var olmayan ve bilinmeyen üzerinden bir karara varacakları; böylece henüz var olmayan hukukun, kötü insanı, planını hayata geçirmesi ve sürdürmesi açısından etkilemeyeceğini öne sürmektedir. Farklı bir şekilde anlatılacak olursa, kötü insanın karar verme sürecini etkileyecek olan, mahkemelerin gelecekte nasıl karar vereceği gerçeğinden çok, mahkemenin ne karar vereceğine dair şimdiki zamanın olasılıklarıdır; çünkü gelecekte gerçekleşecek olasılıklardan biri kötü insanın bugünkü kararına etki etmek için çok geç kalmış olur. Kötü adam kavramını bir kenara bırakacak olursak, Holmes ‘un esas önermesinin ikinci basamağındaki iddiaları ise şu şekilde sıralanabilir: Birincisi, hukukun amacı insanların kararlarını etkilemek ve belirli bir yöne yönelmektir. İkincisi, insanlar gelecekte gerçekleştirmeye niyetlenseler de, kararlarını bugünde vermektedirler. Hatta bazen karar ile eylem arasındaki zaman ancak milisaniyelerle ölçülebilir. Üçüncüsü, eğer hukuk, insanların kararlarına etki etmek için ise, şimdiki zamanda işlemeli ve etkisini şimdide göstermelidir. Dördüncüsü, hukuk şimdiki zamanda işlemektedir. Beşincisi, hukukun şimdide var olan içeriği mahkemelerin gelecekte vereceği kararların tahminidir. Son olarak da, bugünde uygulanabildiği iddia edilen bir hukuk kuralı, bu kuralın gelecekte mahkemeler tarafından doğrulanması

¹⁰⁷ Anthony D’Amato, “*A New (and Better) Interpretation...*”, s. 5.

olasılığdır.¹⁰⁸ Holmes 'un yaptığı bu önermeler, ondan sonra gelen hukukçular tarafından, ancak 1920-30'lu yıllarda kapsamlı şekilde ele alındı ve hukukta yorum teorisi Amerikan Hukuki Realizmi şeklini aldı.¹⁰⁹

Bu kısımda hukuki realizmin genel çerçevesi verilmeye çalışılırken, çalışma açısından önem arz eden, akımın belirsizlik tezine de en genel şekliyle değinildi. Hukuki realizmin akımının belirsizlik tezi, çalışmanın sonraki bölümlerinde daha detaylı incelenecektir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Anthony D'Amato, "A New (and Better) Interpretation..." , s. 6-7.

¹⁰⁹ Anthony D'Amato, "A New (and Better) Interpretation..." , s. 3.

¹¹⁰ Hukuki realizm akımının belirsizlik tezi, çalışmanın dördüncü bölümünde "Genel Olarak Belirsizlik Tezi" başlığı altında incelenecektir.

3.2 Postmodernizm

Bu çalışma kapsamında ele alınan EHC'yi etkisi altında bırakan bir diğer önemli akım ise Postmodernizmdir. Postmodernizmin ilk olarak ne zaman ortaya çıktığı konusunda çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre Postmodernizm akımı I. Dünya Savaşı sonrasında, diğer bir görüşe göre ise II. Dünya Savaşı sonrasındaki dönemde, düşünce akımları arasında temellenip gelişmiştir. Bilimsellik, objektiflik ve evrensellik düsturuyla başlayıp gelişen modernizm, başta bilim olmak üzere, toplumsal, sanatsal, düşünsel birçok alanda çatışmaları önleyeceği ve insanlığa hümanizm, özgürlük, refah getireceği iddiasındaydı. İster Birinci, ister İkinci Dünya Savaşı sonrasında olsun, Postmodernizm kavramının ilk kullanımıyla ilgili görüşlerin iki büyük savaşla ilişkilendirilmesi, bu akımın ortaya çıkışının altında yatan koşullar ile ilgili açık ipuçları gösterir durumdadır. Modernizm, getireceğini vaadettiği evrensel değerlerle bezeli huzuru, refahı getirmek, çatışmaları önlemek şöyle dursun, bu güne kadar dünya tarihinde en büyük kıyıma, yokluğa ve çatışmalara düşünsel temeli sağlamıştır. Bu yıkım ve yerine getirilmeyen vaatler geniş ve kapsamlı kuşkucu akımlara, eleştirilere mahal vermiştir. Böylece tarihte Postmodernizm olarak adlandırılan akım, mimari, sanat, edebiyat, felsefe gibi toplumun neredeyse her alanında varlığını göstermeye başlamıştır. Çalışmanın bu kısmında ilk olarak, modernizm ve postmodernizmin genel çerçevesiyle açıklanmaya çalışılacak, ardından postmodernizmin hukuku nasıl şekillendirdiği, hukuka nasıl etki ettiği incelenecektir.

3.2.1 Genel Olarak “Modernizm” ve “Postmodernizm”

Postmodernist hukuk görüşünü anlatabilmek için postmodernizmin ne olduğuna değinmek gereklidir. Bununla birlikte Postmodernizmi açıklayabilmek için, modernizmin karakteristiğini ortaya koymaya çalışmak da yerinde olacaktır.

Modern kelimesinin etimolojik karşılığı, Fransızca *moderne* yani “*şimdiki zamana ait, asri*” sözcüğünden gelir. *Moderne* sözcüğü, Geç Latince’de *modernus* yani “*adaba ve usule uygun, ölçülü, zamana göre*” anlamında kullanılmakla birlikte, Latince *modus* yani “*tarz, usul, ölçü*” kelimesinden türetilmiştir.¹¹¹ Modern sözcüğü ilk olarak beşinci yüzyılda eski Pagan ve Roma geleneklerinden ayrılan resmi Hristiyanlığı tanımlamak için kullanılmıştır.¹¹² Modern kavramının, en genel ya da kabaca tanımı, “düne ait olmayan”, şimdiye ya da çağa uygun, “eskisinden veya gelenekselden farklı” bir yaşam ve düşünüş biçimi şeklinde yapılabilir.¹¹³

Modernite, “*insanın aklını kullanarak kendi kaderini belirleyebileceği, diğer bir ifadeyle insanın özne oluşunun merkezde yer alması, bununla birlikte evrenin ve dünyanın akılcı yöntemlerle anlaşılabilceğini savunan bir yaklaşım tarzıdır.*”¹¹⁴ Habermas’a göre, Rönesans ile başlayan Modern Çağ’da¹¹⁵, 1789 Fransız Devrimi, özellikle 17. yüzyıl Avrupa’ında yaşanan gerek ekonomik, gerek toplumsal, düşünsel ve teknolojik, gerekse siyasi gelişmelerin zemin hazırladığı modernite olgusuna büyük bir ivme kazandırmıştır.

¹¹¹ Sevan Nişanyan, *Etimolojik Sözlük*, “modern”, <http://www.nisanyansozluk.com/>, Erişim: 05/02/2017.

¹¹² Jürgen Habermas, “*Modernity: An Unfinished...*”, s.39.

¹¹³ Seyfettin Aslan, Abdullah Yılmaz, “*Modernizme Bir Başkaldırı Projesi Olarak Postmodernizm*”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 2001, s.93, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?recid=4176&pdf=0004175>, Erişim: 01/02/2017.

¹¹⁴ Ülker Yükselbaba, “*Postmodernizm ve Hukuk*”, **İ.Ü.H.F.M.C.**, LXXIV, Sayı 1, 2016, s. 139.

¹¹⁵ Jürgen Habermas, “*Modernity: An Unfinished...*”, s.39.

Bir devrim özelliği göstererek ortaya çıkan bu kavram, 20. yüzyılda *klasik* şekline ulaşarak ve tüm dünyayı etkisi altına almıştır.¹¹⁶ Frankfurt Okulu'nun ünlü düşünürlerinden Adorno'ya göre modernitenin tasavvuru, 1850 yıllarında Baudelaire¹¹⁷ ve avangart sanat ile başlamaktadır.¹¹⁸

“Modernizm ise, modernite döneminde şekillenen düşünce ve bilgi sitemini, kültürel ve sanatsal oluşumu anlatmaktadır.”¹¹⁹ Modernizmin esas karakteri bilimsel, kültürel, sanatsal ve endüstriyel alanlarda yaşanan devrim niteliğindeki gelişmelerle şekillenmiştir.¹²⁰ Isaac Newton ile başlayan bilimsel gelişmeler, Tanrı'nın değil devletin egemenliğinin meşrulaştırılmasıyla gelişen iktidar ve egemen devlet mevhumları, akılcılığa yapılan vurguyla gelişen kültürel yapı ile özellikle 18. yüzyıl İngiltere'sinde başlayan sanayi devrimi, modernizmin yapı taşlarını oluşturmuştur. Modernizm formülize edildiğinde, bu formülün 11 temel unsuru olduğu söylenebilir. Bu unsurlar kapitalizm, endüstrileşme, demokrasi, akılcılık, ulus devlet, liberalizm, sekülerizm, evrensellik,

¹¹⁶ Ülker Yükselbaba, “Postmodernizm ve...” , s. 139.

¹¹⁷ Charles Pierre Baudelaire, 1821-1867 yılları arasında yaşamış Fransız asıllı bir edebiyatçıdır. Şiirlerinin yanında, düzyazı ve makaleleri ile sanat eleştirileri ve çevirileri dikkat çeker. Kendisini en fazla etkileyen ve en fazla üne kavuşmasını sağlayan Edgar Ellen Poe şiirlerini Fransızcaya çevirmesiydi. En ünlü eserleri *Kötülük Çiçekleri* (1857) ve *Paris Sıkıntısı* (1862) olarak sayılabilir. Dönemin sanayileşmeye ve metropolleşmeye başlamış Fransa'sını konu alan eserleri modernist estetiğin semantik, sembolik karakteri ile avangart edebiyatın gündelik hayatı konu alan melankolik, sürrealist ancak eleştirel ve yenilikçi atmosferini yansıtır. Modernite estetiğinin öncülerinden olarak anılır. Baudelaire'in hayatı ve eserleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Walter Benjamin, **The Writer of Modern Life: Essays on Charles Baudelaire**, Ed. Michael W. Jennings, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 2006.

¹¹⁸ Jürgen Habermas, “Modernity: An Unfinished...” , s.39.

¹¹⁹ Mehmet Yüksel, **Modernite, Postmodernite ve Hukuk**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 5' ten aktaran Murat Yüksel, **Hukuka Postmodern...**, s. 10.

¹²⁰ Abel Jeanniere, “Modernite Nedir?” Çev. Nilgün Tural-Küçük, Mehmet Küçük, **Modernite versus Postmodernite**, Vadi Yayınları, Ankara, 1994'ten aktaran: Seyfettin Aslan, “Modernizme Bir Başkaldırı...” , s. 95.

kentleşme, bilimsel düşünce ve teknokrasi şeklinde sıralanabilir.¹²¹ Bu anlayışla birlikte modern toplum inşa edilmeye çalışılmıştır. ‘Modern toplum’ kavramı yüzyıllar boyunca sadece Batı ile -daha da doğrusu sadece Kuzey Batı ile- bağdaştırılmıştır. Modern toplum, en temelde, sosyal formasyonlarla geleneksel toplumların birbirinden ayrılmasına dayanmaktadır. Bu ayrımın ve modern toplumun karakteristiğini tanımlamak ne kadar zor olsa da, kentleşme, endüstrileşme, demokratikleşmeyle anılan bu olguların ortaya çıkması ile inşasının ampirik ve analitik bakış açısıyla metodolojiye sahip bir karaktere bürünmeye zorunlu olduğu rahatça görülebilmektedir.¹²²

Habermas’ın bakış açısına göre, modernite reformizm ve aydınlanma ideali ya da ülküsü ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Bu idealin öğeleri bilişsel – akılcı bir rasyonaliteyi, ahlaktan bağımsızlığı ve sosyal-politik self-determinasyonu içermektedir.¹²³ Yine Habermas, “*Modernity: An Unfinished Project*” adlı konuşmasında, modernite projesinin 18. yüzyıl aydınlanmacı filozofları tarafından, kendi içkin mantığı çerçevesinde ısrarlı ve dur durak bilmeden, bilimin nesnelleştirilerek, ahlak ve hukukun evrensel değerlere dayandırılarak inşa edildiğini vurgulamaktadır. Ayrıca Habermas, aslında aydınlanma taraftarlarının, doğa kurallarından kesinlikle bağımsız olması gereken sanat ve bilimin, insanın kendini ve dünyayı anlamasını, ahlakın gelişmesini, sosyal kurumlarda adaletin

¹²¹ Mehmet Yüksel, **Modernite, Postmodernite...**, s. 5’ ten aktaran Murat Yüksel, **Hukuka Postmodern...**, s. 1.

¹²² Peter Wagner, **A Sociology of Modernity, Liberty and Discipline**, Routledge, London, 1994, s. 3.

¹²³ Fred Dallmayr, “*The Discourse of Modernity: Hegel and Habermas*”, **The Journal of Philosophy**, Vol. 84, No. 11, Eighty-Fourth Annual Meeting American Philosophical Association, Eastern Division, 1987, p.682, <http://www.jstor.org/stable/2026775>, Erişim: 25/02/2017.

gerçekleştirilmesini ve hatta insanın mutluluğunu sağlayacağı gibi ölçsüz beklentilere sahip olduğunu ifade etmektedir.¹²⁴

Modern devrin kapanıp kapanmadığı hala tartışmalı olsa da, bazı görüşlere göre yıkıcı ya da eleştirel bazılarınca ise bir dönüşüm olarak tanımlanan bir akım ortaya çıkmıştır. Bu akım da postmodernizm olarak tanımlanmıştır.¹²⁵ Postmodern külliyyatın en ünlü temsilcilerinden Fransız düşünür Michel Foucault'a göre postmodern dönem 1950 yılında başlamıştır. Foucault, 1966 yılında yayınlanan *The Order of Things*¹²⁶ adlı çalışmasında, ampirik sosyal bilimlerin modern kökenini ve bunların temel yaratımı ile bir gönderge olarak *insanı* ele almıştır. Bilimin epistemolojik nesnesi ve hümanist eylemin konusu olarak *insanın* modern doğuşu ve mutasyonu ile özne-nesne ayrımının dört döneme yayıldığı ileri sürmüştür. Foucault'a göre bu dönemler, Rönesans, Klasik Dönem (1660-1800), Modern Dönem (1800-1950) ve Postmodern bugündür.¹²⁷

¹²⁴ Jürgen Habermas, “*Modernity: An Unfinished...*”, s. 45.

¹²⁵ Kökeni Fransızca post-moderne olan terimin, 1966 yılında Amerikalı Sanat Eleştirmeni Nicholas Pevsner tarafından ilk kez kullanıldığı ileri sürülmektedir. (Sevan Nişanyan, *Etimolojik Sözlük*, “postmodernizm”) Öte yandan ise, İngiliz tarihçi Arnold Joseph Toynbee, ilk olarak 1939 yılında yayınladığı “*A Study of History*” adlı kitabında, Batı tarihinin Modern Çağını resmen başlatan nedenin, 15. yüzyıl sonrası gelişen mutlak monarşi yanlısı hegemonya savaşları olduğunu vurgulamaktadır. Bu savaşları 16. yüzyılda İspanya Kralı II. Philip, 17. yüzyılda Fransa Kralı XIV. Louise ve 18. yüzyılda Fransa İmparatoru Napolyon Bonapart'ın başını çektiği savaşların izlediğini ve bu dönemin Batı'nın Modern Çağı olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Buna benzer bir şekilde, yine savaşlarla ortaya çıkan ve gelişen Batı tarihinin Postmodern Çağını resmen başlatan durumun ise 1914 ile 1918 tarihleri arasında gerçekleşen Dünya Savaşı olduğunu ileri sürmüştür. (Arnold Joseph Toynbee, **A Study of History**, Vol. 5, Oxford University Press, 6. Baskı, Londra, 1955, s. 43.) Böylece Toynbee postmodern terimini ilk kullanan eseri yazan tarihçi olarak kabul edilmiştir.

¹²⁶ Türkçeye *Kelimeler ve Şeyler* olarak çevrilmiştir. Kitabın Türkçe'ye Fransızca aslından çevirisi için bkz. Michel Foucault, **Kelimeler ve Şeyler, İnsan Bilimlerinin Bir Arkeolojisi**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.

¹²⁷ Wayne Gabardi, **Negotiating Postmodernism**, University of Minnesota Press, Minneapolis/London, 2001, s. 7.

Bazı düşünürler, modernitenin bitişi ile ilgili dünya savaşlarının sonu gibi kesin tarihler belirlese de, bazıları postmodernizmin konusunun modernizm olmasından dolayı, onu modernizmin bir devam çalışması olarak nitelirmektedir. Oysa Postmodernizm, tıpkı modernizm gibi sadece düşünsel, felsefi bir akım değil aynı zamanda sanat, mimari, yaşam tarzı, kültür, siyaset ve ideoloji gibi toplumun çeşitli alanlarına sirayet etmiş tarihsel ve sosyal bir olgu olarak algılanmalıdır. Sosyal, kültürel algı ve yaşam tarzı daha sonrasında düşünce akımlarına da sirayet etmektedir. Sanatçılar, tarihçiler, filozoflar bu algılayışı bir dil, bir söylem (discourse) haline getirmeye ve bir metodolojiyle temellendirmeye çalışmışlardır. Böylece gerek ekonomik, gerek siyasi, gerek bilimsel, gerekse hukuki akımlar bu şekilde şekillenmektedir. Bu yüzden, ana düsturları derinden sarsıldığı için bittiği ya da yıkıldığı ifade edilen moderniteden sonra gelen dönemde ortaya çıkan herhangi bir düşünsel, ideolojik ya da hukuki akımın, modernist bir yaklaşımı olsa dahi, postmodern dönem ya da Lyotard'ın¹²⁸ dediği gibi *postmodern durumdan*¹²⁹ hem içerik, hem algı, hem de yöntem bakımından etkilenmeden kalması pek mümkün görünmemektedir.¹³⁰ Postmodern durum, modernizmin aydınlanma temelli felsefesine tümünden ve liberteryan – sınırsız potansiyelli insan aklı söylemi üstünde yükselen bilimsel, nesnel bilgi, rasyonalite ve evrensellik iddiasına bir karşı çıkıştır.

Batı, hatta Wagner'in saptamasıyla Kuzey Batı merkezli olan modernizmden sonra, postmodernizm bazı düşünürlerce, Batı merkezli ideolojinin sonunu getirmiş ve

¹²⁸ Jean- François Lyotard (1924-1998), postmodernizmin en önemli ve en tanınmış temsilcilerinden biridir.

¹²⁹ Postmodern Durum için bkz. Jean-François Lyotard, **The Postmodern Condition: A Report on Knowledge**, Çev. Geoff Bennington and Brian Massumi, Theory and History of Literature, Vol. 10, Manchester University Press, Minneapolis, 1984.

¹³⁰ Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan...", s. 50; Seyfettin Aslan, "Modernizme Bir Başkaldırı...", s. 99.

Amerikan ideolojisi ekseninde gelişmeye başlamıştır.¹³¹ Postmodernizm, evrensel değerleri reddiyle birlikte, farklılığı ve çoğulculuğu savunmaktadır. Modernizmin evrensellik ve rızaya dayalı kabul (consentuality) kavramlarını, toplumdaki dominant beyaz Anglo-Saxon erkeğin mi söyleni (mit) olarak kabul etmektedir. Çok kültürlülüğe odaklanmakta, toplumdaki farklı grupların siyasi-kültürel söylemlerine önem vermekte ve kültürlerarası ortaklığı reddetmektedir. Postmodernizmin sözcüleri kendilerini siyasi sol olarak değerlendirmekte ve söylemlerinin toplumun ayrık ve parçalanmış yapısını yansıttığını ileri sürmektedirler.¹³²

Herper'e göre postmodernizmin temeli yapısalcılıktır. Yapısalcılık 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkıp ikinci yarısından sonra, özellikle 1960 – 1970 yıllarında geniş ilgi görmüş; toplumun yapısal sistemlerini disiplinler arası yöntemlerle inceleyen bir düşünce sistemi ve bir akımdır. Yapısalcı bir yöntemle çalışmalar yapan birçok önemli düşünür, bu yıllarda eleştiri oklarını yapılasalcılık üzerine çevirince, postyapısalcı olarak tanımlanmışlar ve bu postyapısalcı düşünce akımı felsefi postmodernizmin doğumunu sağlamıştır. Felsefi postmodernizm özellikle 1970 yıllarında varlığını göstermeye başlamıştır.¹³³

En önemli öncüleri Lyotard, Gilles Deleuze, Foucault, Félix Guattari ve Jacques Derrida olarak sıralanabilen postmodern filozoflar, başta Amerikan kültürü olmak üzere, kültürde hala hüküm süren ancak temelini Aydınlanmadan alan inançlara radikal bir

¹³¹ Rukiye Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 9'dan Aktaran Seyfettin Aslan, "*Modernizme Bir Başkaldırı...*", s. 146.

¹³² Peter Wagner, **A Sociology of Modernity...**, s. 179.

¹³³ Altan Heper, "*Postmodernizm ve Hukuk – Kısa Bir Bakış-*", **Hukuk Kuramı**, Cilt 2, Sayı 2, 2015, s.2, http://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_8/08_01_heper.pdf, Erişim: 05/01/2017.

kuşkuculukla yaklaşmışlardır. Yıkmaya çalıştıkları bu inançları kapsamlı eleştirilere tabi tutmuşlardır. Postmodernistlerin bu eleştirileri aynı zamanda postmodern dönem hukukunu da etkilemiştir. Modernizm ve aydınlanmanın temel söylemlerine yapılan bu eleştiriler, postmodern dönem hukukunun da temel eleştiri noktalarıdır.

Jane Flax, “*Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory*”¹³⁴ adlı makalesinde, postmodernist düşünürlerin eleştirdiği modern toplum kültürüne yerleşmiş inançlar ve modernist söylemleri şu şekilde sıralamıştır: 1- Durağan (stabil), tutarlı ve bilinebilir benlik vardır. 2- Usavurma¹³⁵ ve usavurmanın bilimi olan felsefe, bilgiye evrensel, nesnel, tarafsız ve güvenilir bir altyapı sağlar. 3- Doğru usavurumla ulaşılabilecek bilgi mutlak, değişmez ve gerçek olacaktır. 4-Usavurum, aşkın ve evrensel özelliklerinin olmasının yanında, benliğin olumsal (contingent) varlığından bağımsız olarak var olur. 5- Usavurum, otonomluk ve özerklik ile özgürlük arasında kompleks bir bağlantı vardır; tüm hakikat ve meşru otorite iddiaları usavurum muhakemesinden geçmesi gerekir. Özgürlük, usavurumun doğru uygulanişından çıkan sonuçlara riayet eden yasalara itaate dayanır (rasyonel bir varlık olan bir birey için doğru olan bir kural diğer tüm bireyler için de doğrudur). Böyle yasalara uyarak kişi, tarihaşkın¹³⁶ bir usavurum uygular, böylece kendi otonomluğunu yürütebilir ve özgür bir varlık olarak kendi varoluşunu onaylar. 6- Otorite iddiasını usavurum çerçevesinde temellendirerek, hakikat, bilinç ve güç arasındaki çatışmaların üstesinden gelinir. Hakikat, bozulmamış ve çarpıtılmamış güç

¹³⁴ Jane Flax, “*Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory*”, **Within and Without: Gender and Theory**, Vol. 12, No.4, 1987, <http://www.jstor.org/stable/3174206>, Erişim Tarihi: 02/04/2017.

¹³⁵ İng. *Reason*. Usavurum ya da mantık olarak çevirilebilir.

¹³⁶ Tarihin sınırlarından aşkın, evrensel ve daimi anlamında kullanılmıştır.

sağlayabilir. Buna karşılık olarak da, gücün sağlanmasında bilinçten yararlanılmasıyla hem özgürlük, hem de gelişme garanti altına alınabilir. Bilinç nötr (evrensel, çıkarısız, tarafsız), aynı zamanda da topluma yararlı olabilir. 7- Usavurumun doğru kullanımına en iyi örnek olan bilim, bütün doğru bilincin paradigmasıdır. Bilim yöntem ve içeriğinde nötr iken, sonucu itibariyle de toplumsal fayda sağlar. Keşif sürecinde toplumsal fayda için doğa kurallarından yararlanılabilir. Ancak bilimin uygulanışında, bilim insanları rasyonel söylemin dışına çıkan ‘çıkır ya da ilginin’¹³⁷ cazibesine kapılmadan usavurum yolunu özgürce (rasyonelliğin dışında kalan değerlerden özgür olarak)¹³⁸ izlemelidir. 8- Dil şeffaf olma özelliğine sahiptir. Usavurumun, doğru uygulanışta gerçeği temsil eden bilince ulaşmakla sonuçlandığı gibi, dil de gerçeğin temsilini ve ona ulaşmayı sağlar. ‘Kelimeler’ ve ‘şeyler’ arasında (hakikat talebi ile gerçek arasında olan gibi) bir benzeşme (correspondence) vardır. Nesnelere, dilsel ya da sosyal olarak inşa edilmiş değildir, onlar sadece dilin ve isimlendirmenin doğru kullanımı yoluyla bilinçte var olurlar (made present)^{139 140}

¹³⁷ İng. *Interest*.

¹³⁸ Burada, çıkır ya da ilgiden özgür olmanın kastı, ahlak ve politika ile bilimin ayrımına vurgu yapmaktır.

¹³⁹ İng. *Made present*. Türkçe’ye ‘var olma hali’ olarak çevrilebilir. Nesnelere dilde kullanışları vasıtasıyla var olurlar. Bu hususla ilgili, en ünlü postmodern filozoflardan biri olan Jacques Derrida’nın “*absence is present*” deyişi akla gelir. Yani yokluğun bir var olma hali olduğunu söylemektedir. Felsefesinin temeli postyapısalcılık, göstergebilim (semiology) ile postmodernizm olan ve yapıbozum (deconstruction) okumasının yaratıcısı olarak anılan Derrida, Göstergebilim’in kurucusu olarak sayılan, bir yapısalcı ve modernist olan Ferdinand de Saussure’a yaptığı eleştirilerden birinde dilin isimlendirme vasıtasıyla olduğu, lakin bu var olmanın yegâne biçiminin namevcut olduğunu söylemektedir. “*Absence is present*” için bkz. Jacques Derrida, **Gramatoloji**, Çev. İsmet Birkan, Bilgesu Yayıncılık, 2011. Bu konu ayrı bir çalışma konusu olduğu ve bu çalışmanın amacını aşacağı için daha fazla irdelenmeyecektir.

¹⁴⁰ Jane Flax, “*Postmodernism and...*”, s. 624-625.

3.2.2 Postmodernizm ve Hukuk

“*Epistemolojik kesinsizlik ve ontolojik çoğulculuk anlayışına dayalı postmodernizm aklın kullanılması suretiyle elde edilen evrensel normlar vasıtasıyla toplumun inşa edilip düzenleneceği düşüncesine dayalı ‘hukuk’u değiştirip dönüştürmek iste[r].*”¹⁴¹ Özellikle 20. yüzyılda gelişen postmodern akımın ve bunun bir getirisi olarak postmodern dönem hukuku ortaya çıkmıştır. Postmodernizm, temelinde bir hukuk teorisi olarak ortaya çıkmasa da, çeşitli postmodern düşünürler, hukuk konusuna eğilmişler ve Gary Minda gibi bazı hukukçular da *postmodernist hukuk hareketleri* bağlamında hukuk teorileri üretmeye çalışmıştır.¹⁴² Gary Minda, *Postmodern Legal Movements* adlı kitabında kapsamlı bir ‘postmodern hukuk’ önermesi ortaya koymaya çalışarak, postmodern dönemde ortaya çıkan ve (EHÇ’nin de içinde bulunduğu) postmodernizmden etkilenen hukuk hareketlerini incelemiştir. Bu yüzden, bu bölümde genel olarak Minda’nın çalışmalarına odaklanılacaktır.

Minda, hukukta postmodernizmi ‘modernizm olmayan her şey’ olarak tanımlarken, buna karşılık modern kavramını ‘hukuk doktrini hakkında bugüne kadar

¹⁴¹ Sevda G. Göktolga, Oğuzhan Göktolga, “*Postmodern Dönem ve Hukuk*”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 23. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 216.

¹⁴² Gary Minda, *Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York University Press, 1995. Minda, postmodern hukuk doktrinini anlamak için postmodern durum öncesinin yani, modernizmin incelenmesi gerektiğini belirterek kitabın büyük bir kısmını modern hukuk doktrinini incelemeye ayırmaktadır. Bunu yaparken modernizm ile postmodernizm arasında kesin bir ayrım çizmeye çalışmanın umutsuzca modernist bir yaklaşım olduğunu söylemekten ve bu hususta postmodernistler tarafından yapılan eleştirileri kabul etmekten geri kalmaz. Sagers ise, postmodernizme bu kadar sempatik yaklaşan ve modernist literatüre bu kadar eleştirel yaklaşan Minda’yı bu şekilde aşırı derece kategorize edilmiş, katı modernist bir çalışma yaptığı konusunda eleştirmektedir. Christopher L. Sagers, “*Review: Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’s End by Gary Minda*”, **Michigan Law Review**, Vol. 95, No. 6, 1997, s. 1927-1928, <http://www.jstor.org/stable/1290030>, Erişim: 15/09/2014.

bildiğimiz her şey' olarak tanımlamaktadır.¹⁴³ Minda, modern hukuk doktrininin başlangıcını C. C. Langdell'in¹⁴⁴ 1871 yılında yayımlanan *Selection of Cases on The Law of Contracts*¹⁴⁵ çalışması olarak saptamaktadır. Minda'ya göre, Langdell modern hukuk düşüncesi ve hukuk eğitimindeki kötülüğünün en önemli kaynağı olmanın yanında, modern hukuka ve hukuk eğitimine asılsız ve yanlış birçok kavram kazandırmıştır.¹⁴⁶ Minda'ya göre Langdell'in kitabında, hukuk öğrenimi için önerdiği metodoloji ve pedagoji bilimsel metoda olan inancının beyanından başka bir şey değildir. Minda'ya göre, Langdell hukukun bir bilim olduğunu ve bu bilimin tüm materyal ve esaslarının kitaplarda yazdığının kabul edilmesi zaruri iki gerçek olduğunu belirtmektedir. Minda, aynı zamanda Langdell'in Amerikan hukuk düşüncesinde 'klasik ortodoks sistemin' mimarı olarak tanımlandığını aktarmaktadır. Langdell'in klasik ortodoks sistemi, objektiflik ve kesinlik (certainty) gibi hukuki normlara uyan, tam (complete), biçimci (formal) ve kavramsal olarak düzenlenmiş (conceptually ordered) bir hukuk görüşü üzerine inşa edilmiştir. Hukukun tamlığı, hukukun yargı önüne getirilen tüm davalar için eşsiz çözümler ya da doğru cevaplar sağlayabilme kapasitesidir. Hukukun biçimciliği, sistemin her davada üretilen soyut ilkeleri uygulamak yoluyla, mantıksal olarak doğru cevapları dikte edebilme kapasitesidir. Hukukun kavramsal olarak düzenlenmiş bir sistem

¹⁴³ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern..." , s. 1929.

¹⁴⁴ Christopher Columbus Langdell (1826-1906), Amerikan hukukçu ve akademisyen.

¹⁴⁵ C. C. Langdell, **A Selection of Cases On The Law Of Contracts**, Boston, Little, Brown & Co. , 1871.

¹⁴⁶ Gary Minda, "One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag", **Indiana Law Review**, Vol. 28, 1995, s. 358 – 359.

olması ise, hukukun temel ve esasa dayalı kurallarının tutarlı bir şekilde az sayıda, göreceli olarak soyut ilke ve kavramlardan türetildiği bütünsel (holistic) bir sistem yaratmasıdır.¹⁴⁷

Minda'ya göre formalizm, hukuksal usavurumun büyük önermeleri (major premises) olan hukukun temel ilkelerinin tam ve doğru şekilde uygulandığı durumda, hukuki sorulara 'doğru' cevaplar üretileceğine dair duyulan inançtır. Minda, ayrıca Langdell'in hukuk teorisini kavramcılık (conceptualism) olarak tanımlamaktadır.¹⁴⁸

Minda'ya göre, genel olarak Langdell'in klasik ortodoks sistem düşüncesi modern hukuk düşüncesinin antitezi olarak görülse de, aslında hukuki modernizmin bir biçimi olan kavramcılık mantığının kurulmasına yardım etmiştir. Kavramcılık, genel anlamı itibariyle, hukuki olguları birkaç genel asli ilke ve kavramı, belirli hukuksal usavurum yöntemleriyle, hukuksal muhakeme çerçevesinde sınıflandırılan bir mantık şeklidir.¹⁴⁹ Böylece, kavramcılığa göre değer yargılarından ari ilkeler kültürden, toplumdan, ekonomiden bağımsız ve aşkın bir şekilde vardır. Yani kavramcılık taraftarları, hukukun objektif ve otonom bir bilim olduğunu savunmaktadır. Minda, buna örnek olarak Langdell'i göstermektedir. Langdell gibi kavramcıların, mantığı hukuksal önermelerden hukuksal sonuçlara gitmek için kullanmaktadır. Langdell'e göre hukuk, kesin prensip ve doktrinleri inceleyen bir bilim olarak kabul edilmelidir. Ayrıca hukuktaki asli doktrinlerin yani ilke ile önermelerin (tanım, kavram) sayısı, yaygın olarak sanıldığından daha azdır

¹⁴⁷ Gary Minda, **Postmodern Legal...** , s. 13-14.

¹⁴⁸ Gary Minda, "*One Hundred...*", s. 360.

¹⁴⁹ Gray Minda, **Postmodern Legal...** , s. 14.

ve sayılarının azlığına rağmen doğru çözüm ve cevaba ulaşabilmek için bu doktrinleri doğru bir şekilde sınıflandırıp düzenlemek yeterlidir.¹⁵⁰

Langdell'den sonraki kuramcılar formalizmin, toplum içinde ırksal, etnik ya da sınıfsal ayrımcılığa neden olan kuralların uygulanmasına izin vermek suretiyle sosyal eşitsizliğe ve adaletsizliğe yol açtığını saptamışlardır. Bununla birlikte de hukukun toplum ve kültürle olan bağı daha fazla irdelenmeye başlanmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan Amerikan Hukuki Realizmi ise Minda'ya göre, formalizmin ikinci bir hastalığıdır. O'na göre realizmin kökeninde, bazı önemli hukuk fakültelerinin formalist hukuk ile hukuk doktrinine karşı duydukları hayal kırıklığı ve gerçekte kurallara göre karar verilmesinin mümkün olup olmadığı hakkındaki derin kuşkuculukları vardı. Ancak Minda'ya göre, birçok Realist, formalizmi tamamen reddetmemiştir. Öyle ki, hukuk ve toplum ilişkisini kabul edip ve otonom hukuk anlayışı ile saf hukuk mantığına karşı çıksalar da birçok realist, formalist hukuk anlayışından ve eleştirdikleri geleneksel hukukçulardan çok da farklı değillerdi. Realistler Langdell gibi hukuku bir bilim olarak nitelememekle birlikte Langdell'in teorisinin biraz daha geliştirilmiş bir versiyonuyla 'hukuk bir sosyal bilimdir' demişlerdir. Bir başka deyişle realistler aslında 'doğru' hukuki cevaba ulaşmak için, sosyoloji, psikoloji, iktisat gibi sosyal bilim metotlarını da kullanan sosyal kültürü dışlamadan ve bu çerçevede içinde uygulanan bir hukuk sistemi önermişlerdir. Minda'ya göre, 1920'li ve 1930'lu yıllarda ortaya çıkan hukuki realizm, özellikle 1940'larda kalıcı olarak formalizme dönüş karşısında yenilgiye uğramıştır. Robert W. Gordon, bu dönemde Amerikan hukuk doktrinini realizm ve formalizm arasında gidip gelen bir sarkaca

¹⁵⁰ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern...", s. 1929.

benzetmiştir. Öte yandan Minda'nın da Realizmin formalizmi tamamıyla reddettiği hususuna kuşkuculukla baktığı söylenebilir. Ancak Minda bu sarkacın realizm ile formalizm arasında değil formalizm ile formalizmin reddi arasında gidip geldiğini savunmaktadır. Aslında dönemin hukuk anlayışının şekillenmesinde Langdell'in katı formalizmi ile realistlerin belirsizlik tezinin yanında 1960 ve 1970'lerde postmodern duruma yol açan daha eleştirel çalışmalar rol oynadığı söylenebilir.¹⁵¹

Minda'ya göre modern hukukun egemenliği, yani postmodernizmden önce formalizm, realizm ve bilim olarak hukuk anlayışını kapsayan hukuk doktrini, mahkemelerin ve hukukçuların hukuk ve toplum arasındaki etkileşimi kabul etmeleriyle sona yaklaşmıştır. Hukuk ile hukuku yapan ve hukukun konusu olan insanlar arasındaki ilişkinin birbirine bağlı ve bağımlı olduğunun anlaşılması, hukuk düşüncesinde postmodernizmin ilk tohumlarını atmıştır. Minda bu değişimi iki yerde konumlandırmaktadır: Birincisi, 1960'ların başında yazılan iki makaledir. Bunlar; Ronald Coase'nin *The Problem of Social Cost*¹⁵² ve Charles Reich'in *The New Property*¹⁵³ adlı makaleleridir. Minda'ya göre bu makalelerde her iki yazar da hukukun bilimsel metotlarla uygulanışı ile temel hakların otonomisini dolaylı olarak reddetmiştir. Böylece ikisi de, toplumdan ve kültürden bağımsız geleneksel formalist görüşü reddetmenin önemli olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁴ Minda'nın öne sürdüğü modernist hukuk anlayışındaki

¹⁵¹ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern...", s. 1931-1932.

¹⁵² Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost Source", **Journal of Law and Economics**, Vol. 3, 1960, The University of Chicago Press, s. 1-44, <http://www.jstor.org/stable/724810>, Erişim: 10/04/2017.

¹⁵³ Charles A. Reich, "The New Property", **The Yale Law Journal**, Vol. 73, No. 5, 1964, The Yale Law Journal Company, Inc., s. 733-787, <http://www.jstor.org/stable/794645>, Erişim: 10/04/2017.

¹⁵⁴ Sagers'a göre bu ifadeden hukukta postmodernizmin kökeninin hukuki realizm olduğu anlaşılabilir. Çünkü her ikisi de formalist doktrininin ve öğretinin, hukukun kültürel ve politik içeriğini örtbas etmeye

değişimin ikinci ayağı ise Warren Mahkemeleri'ndeki¹⁵⁵ medeni haklar davalarıyla yüzeye çıkmıştır. Özellikle *Brown v. Board of Education*¹⁵⁶ davasında Mahkeme, daha önce hüküm süren "ayrı-fakat-eşit" anlayışını reddetmiştir. Çünkü hukukun sosyal realiteyi inşa etmeye katkı sağladığını savunan geleneksel hukuki analizler başarısızlığa uğramıştır.¹⁵⁷

Minda' ya göre, toplum ve hukukun karşılıklı ilişkisi ve birbirlerinin ürünü olduğu düşüncesinin kabul edilmesiyle, hukuki doktrin değişikliğe uğrayarak ve bugünkü halini almıştır. Böylece yeni nesil hukukçular, hukukun politika ve ahlak felsefesinden ayrı olduğu düşüncesini, ayrıca hukukun ancak kapsamlı (comprehensive) hukuk teorisi ya da kuramıyla anlaşılır hale geleceği düşüncesini reddettiler. Böylece, hukuk doktrini bu düşünceler temelinde beş belirgin hukuk hareketini doğurmuştur. Minda, özellikle

çalıştığını öne sürmektedir. Aslında postmodernizm ve onun en yakın öncüsü EHÇ'nin de realizmin benzeri ya da biraz değiştirilmiş şekli olduğunu öne süren birçok hukukçu vardır. Hem realizm hem de EHÇ kuralların nasıl uygulanacağını ve kuralları uygulamanın kurallarını anlamının zorluğunu ortaya koymaktadır. Ve bu iddiayı Sagers'a göre postmodernist bir düşünür olan EHÇ temsilcilerinden Mark Tushnet de bu iddiayı *Critical Legal Studies: An Introduction o Its Origins and Underpinnings* adlı makalesinde doğrulamaktadır. Mark Tushnet'in makalesi için bkz. Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings", **Journal of Legal Education**, Vol. 36, No. 4, Association of American Law Schools, 1986, s. 505-517, <http://www.jstor.org/stable/42898048> , Erişim: 07/05/2014.

¹⁵⁵ İng. Warren Courts. Warren Mahkemeleri kavramı, Yargıç Earl Warren'in 1953-1969 yılları arasında Mahkeme Başkanı (Chief Justice) olarak Yüksek Mahkeme'de (Supreme Court) görev yaptığı dönemi tanımlamak için kullanılır. EHÇ temsilcilerinden Mark Tushnet'in Warren Mahkemeleri ile ilgili kitabı için bkz. Mark Tushnet, **The Warren Court in Historical and Political Perspective**, Constitutionalism and Democracy Series, University of Virginia Press, 1996.

¹⁵⁶ **Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483 (1954),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>, Erişim: 28/05/2017. "...[B]u dava, Brown adlı şahsın Milli Eğitim Teşkilatı'na yönelttiği bir davaydı, Yüksek Mahkeme beyaz ve [siyah]lar için eşit fakat ayrı okullar açılmasına yönelik eski kararından dön[erek] devlet okullarının bir bütünlük içinde öğretim vermesinden yana zorlayıcı bir karar al[mıştır]."

Yargıç Raymond J. Broderick, **Amerika Birleşik Devletleri'nin Bugünkü Anayasası**, Çev. Neşe Kızıl, s. 37,

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/viewFile/1023002645/1023002231> , Erişim: 10/04/2017.

¹⁵⁷ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern...", s. 1931-1932

1980’lerde Amerikan hukuk doktrini içerisinde, postmodern olarak tanımlanabilecek hukuk hareketlerini Hukuk ve Ekonomi Hareketi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, Feminist Hukuk Teorisi, Hukuk ve Edebiyat Hareketi ile Eleştirel Irk Teorisi olarak sıralamaktadır. Minda, sıraladığı bu beş hareketin de, kendilerinden öncekilerin gelenlerin yanlışlarından ve modernist yüklerinden ve kalıplardan kurtulmaya çalıştıklarını ifade etmektedir.¹⁵⁸

Sagers’a göre, Minda’nın postmodernizm tanımının ne olduğu açık değildir. Ancak Sagers’a göre Minda’nın postmodernizm terimine yaptığı en genel tanım, sosyal fenomeni açıklamak için geniş kapsamlı ve genelleyici teoriler üretme çabalarının hepsine karşı çıkan kuşkucu bir tavır ya da estetik şeklindedir. Daha önce de bahsi geçtiği gibi Postmodernizm Minda tarafından, modern olmayan şekilde tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım aslında ‘modern’in ne olduğu hakkında literatürde bir fikir birliğine varılamamış olması dolayısıyla kafa karıştırıcıdır. Minda’ya göre modern kavramı için en eşsiz tanım, modernizmi aydınlanma projesinin bir uzantısı olarak tanımlamaktır ki, bu da genellikle köktenci bilgi ve teorik yaklaşımlardır. Görünen odur ki, Postmodernizm bir yaklaşımlar bütünü sunmaktır. Bu yaklaşımlar, yapıbozumcu sosyal eleştiri, köktencilğe karşı bir epistemoloji, geleneksel metafiziğin reddedilişi ve ırk, cinsiyet gibi kavramlar ile kişisel kimliğe olan subjektif bakışa güvensizlik gibi tutumlardır.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Buna örnek olarak Hukuk ve Ekonomi Hareketini gösteren Minda, birinci kuşak Hukuk ve Economicilerin, ortodoks sayılabilecek bir düşünce sistemine başvurduklarını ve temelde saf hukukun yani diğer bilimlerden, toplumdaki ve kültürden bağımsız olan hukukun varlığını kanıtlamaya çalışırken, ‘hukuk ekonomidir ve ekonomi usavurumun nötr, apolitik bilimdir’ dediklerini belirtmektedir. Buna karşılık, ikinci kuşak Hukuk ve Economicilerin ise birinci kuşağın katı görüşlerini reddederek, dağılım etkinliği (allocational efficiency) değerleri dışındaki değerlerin, meşru hukuki seçimleri sağlayabileceğini kabul ettiklerini ifade eder. Christopher L. Sagers, “*Review: Postmodern...*”, s. 1933.

¹⁵⁹ Christopher L. Sagers, “*Review: Postmodern...*”, s. 1934.

Minda, *One Hundred Years of Modern Legal Thought* adlı makalesinde, modern hukuku hukukçuların, dünyanın hakikatinin doğru metodolojiyi, anlatıyı ve mantığı kullanarak açıklama inancı hatta takıntısı olarak tanımlamaktadır. Ayrıca modernizmi, epistemolojik köktencilik olarak tanımlayan görüşü de kabul etmektedir.¹⁶⁰ Ancak, Morton J. Horwitz'e göre, eğer Postmodernizm hukukçular için bir şey ifade etseydi, o da bir düşüncenin ya da hakikatin (doğrunun) bir teori ya da kavramla özetlenemeyecek olmasıydı; çünkü aslında gerçek dünya yoktu ya da orada bir hukuk sistemi diye bir şey yoktu.¹⁶¹

İnsanı ve insana dair olanı yani sosyal fenomeni geniş, genel ve tutarlı bir şekilde açıklama iddiasında olan *metaanlatıların*, postmodernistler tarafından kuşkuculukla eleştirildiği yaygın olarak bilinen bir durumdur.¹⁶² Minda, *hukuki metaanlatıları*, her hukuki problem için doğru bir cevabın varlığını savunan kavramcı ve normatif hukuki düşüncenin retorik durumu olarak tanımlamaktadır.¹⁶³ Sagers ise, Minda'nın bu tanımının özellikle de Lyotard'ın bu terimi geniş manada kullanımını da göz önüne alınca oldukça sınırlı olduğunu söyleyerek, *hukuki metaanlatıların*, hukuk düşünürleri tarafından

¹⁶⁰ Gary Minda, "One Hundred...", s. 353-354.

¹⁶¹ Tanınmış bir tarihçi ve EHÇ hareketinin içinde yer alan bir düşünür olan Morton Howitz'e göre, hukukun geleneksel teorilerine yapılan yıkıcı saldırılar hukuk düşünürlerinin hukuki fenomenleri sınıflandırma ve kategorilendirmeye eğilmelerine neden oldu; çünkü aslında 'doğal sınıflar' yoktu, kategorize etme ve sınıflandırma çabası sosyal bir yaratım, bir toplum mimarisiydi. Morton J. Horwitz, "The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism", **Harvard Law Review**, Vol. 107, 1933, s. 33.

¹⁶² Lyotard, *Postmodern Durum* isimli kitabında, metaanlatıları, ruhun diyalektiği, anlamın hermenötüğü, rasyonel öznenin kurtuluşu-özgürlüğü ya da refahın yaratılışı gibi büyük-anlatılar olarak tanımlamaktadır. (Jean-François Lyotard, **The Postmodern...**, s. xxiv.) David E. Cooper'dan aktardığına göre, Cooper, *metaanlatıları*, Aydınlanmadan başlayıp yakın geçmişe kadar süren, hem bilimsel hem de ahlaki söylemleri meşrulaştırmanın büyük teşebbüsleri olarak ifade etmektedir. (David E. Cooper, "Modern European Philosophy", **The Blackwell Companion To Philosophy**, Ed. Nicolas Bunnin & E. P. Tsui-James, 1996, s. 714.)

¹⁶³ Gary Minda, **Postmodern Legal...**, s. 103.

genelleştirilmiş sistem inşası ya da hukuki teorileştirme çabası olarak tanımlamanın daha doğru olacağını ileri sürmektedir.¹⁶⁴

Minda' ya göre, Postmodernizm, 'Büyük Teoriye' ya da Lyotard 'ın dediği gibi *büyük anlatılara*, yapısalcılığa ya da köktenci bilince karşı çıkan bir estetik eylem ya da durumdur. Postmodern hukuki eleştiriler, hukuk, politika ve kültür ile ilgili yeni sorular üretmek için yerel, küçük ölçekli sorun çözücü stratejileri savunmaktadır. Modern hukukçular ve analitik filozoflar tarafından uygulanan kavramcı teorileştirmeye ve sistem mimarisine olan karşı çıkış konusunda ortak bir fikir birliği vardır. Minda kitabında geleneksel hukukçuların bile, gözleme ve araştırmaya dayalı soyut kategorizasyonlar yaratma yetilerine olan inançlarını kaybettiklerini ileri sürmektedir. Minda, hukuk akademisinin, literatürde yeni bir dönem ya da çağla yüzleştiğini ve bu çağda, köktenci doğrular, aşkın değerler ve nötr (objektif) kavramların yerini, daha çoğulcu, bağlamsal açıklamaların aldığını belirtmektedir.¹⁶⁵

Postmodernizm, özgürlük, adalet, evrensellik gibi modernist *metaanlatıların* sağlayacağını iddia ettiği refah ve ilerleme, tarihten de görülebileceği üzere, Nasyonal Sosyalizm, Maoizm, Stalinizm gibi *büyük anlatılara* yataklık yapmış ve insanlığı ancak yıkıma, totaliter rejimlere götürmüştür. "*Postmodernizm farklılıklar saklı kalmak kaydıyla kişisel olan politiktir anlayışında uzlaşan dilin de saydam bir araç olmadığı, bu nedenle de objektif olmadığı görüşünde birleşen ve nesnelere birinin anlamını ve gerçeğin*

¹⁶⁴ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern...", s. 1939.

¹⁶⁵ Christopher L. Sagers, "Review: Postmodern...", s. 1938-1939.

kendilerini ileten temsilleri öncelediğini ve belirlediğini savunan pozitivist yaklaşımın eleştirisinde temellerini bulmaktadır.”¹⁶⁶

Postmodernizm ve postmodern dönem hukuku, en başta mutlak, evrensel ve objektif bilgi, bilim ve kurallar anlayışına karşı çıkmaktadır. Bilim olduğu iddiası taşıyan modern dönem hukukunun evrensellik, tarafsızlık, gerçekliği olduğu gibi gösterebilme ya da gerçekliğe ulaşabilme iddiasının radikal eleştirisini yapmaktadır. Evrensellik iddiası yerine, toplumun, kültürün, dilin, değerlerin ve kuralların yerelliğini ve değişkenliğini savunmaktadır. Postmodernist teorisyenler, gerçekliğin sadece ülkeden ülkeye ya da toplumdaki topluma değil, toplumun içindeki farklı etnik, dinsel, kültürel, ideolojik nedenlerle bir topluluk oluşturan sayısal azınlıklarda da ve hatta kişiden kişiye de değişkenlik gösterebileceğini ileri sürmektedir. Bu anlamda, postmodernizmin, modernitenin diyalektiği yerine, rölativist bir temelde ilerlediği görülebilir. Mutlakçı, köktenci ve özcü anlayışlar ile modern dönemin rasyonalizmi ile insanaşkın rasyonel usavurum mantığına karşı çıkmaktadır. Rasyonel usavurumun, yani akli ve mantığı araçsallaştırmanın yıkıcı sonuçlarını ortaya koymaya çalışmaktadır. Rasyonel usavurumun, modernistler tarafından iddia edildiği gibi bireyi özgür kılan, evrensel, tarihaşkın ya da insanaşkın olamayacağını savunmaktadır. Modernitenin özgürlük, evrensellik, objektiflik ve rasyonalite iddiasının, tektipleştirme amacı güden, totaliter egemenin, egemen iradenin ve egemenin irade beyanı olan hukuk ve kurallarının aslında tektipleşen, boyun eğen, uyan ve uyumlanan, genel-geçer doğrulara hapsolan insanlar,

¹⁶⁶ Michele A. Ryan, “*Postmodern Siyaset*”, **Modernite versus Postmodernite**, Çev. Mehmet Küçük, Vadi Yayınları, Ankara, 1993, s. 298-299’ dan aktaran: Murat Yüksel, **Hukuka Postmodern...** , s. 126.

toplumlar yaratma ideolojisine sadece birer maske olduğunu ileri sürmektedir. Genelleme ve soyutlama yoluyla yaratılan kuralların toplum içindeki azınlık ve kişisel gerçeklikleri yok etme ya da en azından yok sayma amacı güttüğünü savunmaktadır. Mutlak gerçeklik iddiasını reddetmekte ve sınırsız sayıda gerçeklik olduğunu belirtmektedir. Modern hukukun normatif, öngörülebilir, kesin ve belirli hukuk düsturunun aksine, hukukun politik ve ideolojik yapısını vurgulamakta ve radikal belirsizlik savını öne sürmektedir.

Bölüm 4

ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI BAĞLAMINDA BELİRSİZLİK TEZİ

4.1 Genel Olarak Hukuki Belirsizlik

Bu bölümde çalışmanın esasını oluşturan EHÇ 'nin belirsizlik tezi incelenecektir. Ancak EHÇ 'nin belirsizlik tezini açıklamadan önce, hukuk literatüründe genel olarak hukuki belirsizlikle ilgili tartışmaları ve belirsizliğe çözüm bulmak için ileriye sürülen önermeleri incelemek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, Amerikan Hukuki Realistleri, H.L.A. Hart ve Ronald Dworkin'in hukuk teorileri irdelenecektir.

Gülriiz Özkök'e göre hukuki belirsizlik, hukuk kurallarıyla yargı kararları arasındaki ilişki çerçevesinde incelenebilir. Buna göre, “...*hukukun belirsizli[ği], ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilir.*”¹⁶⁷

Michael J. Perry *Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role*¹⁶⁸ adlı makalesinde, hukuksal metnin belirsizliği ile hukuksal metindeki normun belirsizliği arasındaki ayrıma vurgu yapmaktadır. Perry'ye göre, metnin belirsizliği ile normun

¹⁶⁷ Gülriiz Özkök, “*Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine*”, **A.Ü.H.F.D.**, 2002, C.5, S.2, s. 1.

¹⁶⁸ Michael J. Perry, “*Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role*”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 19, s. 375-390.

belirsizliği birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Bir hukuki metin, temsil ettiği normla ilgili varılabilecek tek bir sonucu olması açısından belirli olabilir; ancak metindeki normun içeriği ya da ihtilafın çözümü açısından belirsiz olabilir. Bunun yanı sıra, hukuki bir metin, temsil ettiği normla ilgili varılabilecek birden fazla sonuç olması açısından belirsiz olabilir; ancak ihtilafın çözümü için uygulanacak olası bir ya da birden fazla norm bu anlamda belirli olabilir.¹⁶⁹ Bu aşamada hukuk metninin belirsizliğinden ziyade, hukuk normunun somut davalara uygulanışındaki belirsizlik çalışma konusu olacaktır.

Ken Kress, *Legal Indeterminacy*¹⁷⁰ adlı makalesinde hukuki belirsizlik mevhumunun, hukukun meşruyetiyle ilgili olması nedeniyle bu tartışmanın hukuk düşüncesinde önemli bir yeri olduğunu belirtmektedir. Birçok hukukçu yargı kararlarının meşruyetinin, yargıçların kendi hukukunu yaratmasıyla değil, yasaları olduğu gibi uygulamasıyla sağlanabileceğini savunmaktadır. Yargısal kararların, ancak yargıçların tamamen ya da en azından dar sınırlarla kısıtlandığı ölçüde meşru kılındığını ileri sürmektedir.¹⁷¹ Sadece hukukçular arasında değil, politik topluluklarda ya da popüler kültürde de yargı kararlarının meşruluğu yargıçların yasaları tam olarak uygulamasına bağlanır; ancak ahlakiliğe (morality) aykırı kuralların uygulanması gerekip gerekmediği gibi, yargıcın kişisel tercihleri ya da politik ideolojisi gibi hukuk dışı faktörlerin yargısal kararlarının meşruyetini etkileyip etkilemediği gibi tartışmalar oldukça yaygındır.

¹⁶⁹ Michael J. Perry, “*Normative Indeterminacy...*”, s. 376.

¹⁷⁰ Makale için bkz. Ken Kress, “*Legal Indeterminacy*”, **California Law Review**, Vol. 77, Issue 2, 1989, s. 282-337. <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol77/iss2/2>, Erişim: 02/03/2015.

¹⁷¹ Ken Kress burada, “meşru” terimini klasik siyaset felsefesi bağlamında kullandığını söylemektedir. Buna göre, eğer meşru bir yargısal karar varsa, ilk nazarda (prima facie), vatandaşların bu karara uyması zorunluluğu da vardır. Bu anlamdaki meşruluk, Weberci sosyolojideki meşruluk kavramı ile karıştırılmamalıdır. Sosyolojik bağlamda meşruluk, inancın, hukuk sisteminin otoritesini ve yasalarıyla uyumunu nasıl etkilediği ile ilgilendir. Ken Kress, “*Legal Indeterminacy*”, s. 285

Geleneksel anlamda belirsizlik tezi, yargıçların yeterince kısıtlanmadığı ve böylece yargı kararlarının sıklıkla ya da her zaman şaibeli bir meşruiyetinin olacağı yönündedir.¹⁷²

4.1.1 Amerikan Hukuki Realizminin Belirsizlik Tezi

Hukuki realizmin, yargıçların hukuk yaratma yetkisiyle ilgili ileri sürdüğü hususlar¹⁷³, realizmin formalizm eleştirisiyle birlikte belirsizlik tezini de ortaya çıkarır. Realizmin hukukta yorum ve yargıcın hukuk yaratma yetkisi ile ilgili ortaya konan argümanlar, en genel bağlamda, hukuki realistlerin belirsizlik tezini, hukukun kesinliğinin reddedilişini ve formalizm eleştirisini ortaya koyar niteliktedir. Hukuki realizm temsilcilerinin en önemli ve tartışmasız ortak noktaları, hukukta belirliliğin ve kesinliğin radikal reddedilişidir. Belirsizlik tezi kapsamında kural kuşkucuları ve olay kuşkucuları olmak üzere iki sınıfta incelenen realizm, pozitivist bir karakter taşımasına rağmen, objektif ve saf hukuk bilimi ile rasyonalist hukuk teorilerinden ayrılır. Hatta kural kuşkucularının temsilcileri, *“pozitif hukuku bütünüyle dışlama noktasına kadar giderek, hukuk normuna hiçbir fonksiyon tanımamaktadırlar. Ancak yaygın görüş, pozitif hukukun, yargıcın kararlarını vermesinde genel nitelikte bir çerçeve oluşturması ve içeriğin yargıçlar tarafından doldurulması şeklindedir.”*¹⁷⁴

Realistleri, belirsizlik tezi çerçevesinde, iki farklı sınıfa ayıran görüşler incelendiğinde, birinci sınıfta, ılımlı kanat olarak kabul edilen ve hukukta kısmi belirlilik ve kesinliğin varlığını kabul eden Llewellyn, ikinci sınıfta radikal kanat olarak

¹⁷² Ken Kress, *“Legal Indeterminacy”*, s. 285.

¹⁷³ Bkz. Bölüm 3. “EHÇ’nin Belirsizlik Tezi Çerçevesinde Etkilendiği Akımlar” başlığı altında “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”

¹⁷⁴ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 333.

değerlendirilen hukukta belirliliği ve kesinliliği tamamen reddeden Jarome Frank sayılabilir.¹⁷⁵ Llewellyn çalışmalarını istinaf mahkemelerinin kararları ile sınırlarken; Frank, hukuku psikoloji ve psikanaliz bağlamında değerlendirip bidayet mahkemelerinin kararlarını ve olayları da ele almaktadır. Bu iki grup kural kuşkucuları ve olay kuşkucuları olarak da isimlendirilmektedir.¹⁷⁶

Kural kuşkucuları, hukuk kurallarının formalist bir mantıkla, sadece düz bir usavurumla yorumlanıp uygulanmasına, buradan çıkan sonuçla ilgili bir gerçeklik, belirlilik ve kesinlik iddia edilmesine karşı çıkmaktadırlar. Olay kuşkucuları ise, belli bir davanın konusuna ilişkin kurallar, belirli ve kesin olsa dahi (ki bu konuya da kuşkuyla yaklaşılır) hem bu kuralların uygulanacağı olayın kesin ve belirli olmaması, hem de uygulayıcının (yani yargıcın) kendi “kişisel” ya da öznel akıl süzgecinden geçirerek yorumlaması ya da hukuk yaratmasından dolayı, bu hükmün kesin ve belirli olamayacağını savunmaktadırlar. Onlara göre hüküm, yargıcın kişisel algısı ve yorumundan başka bir şey değildir; bu yüzden de mahkemenin davranışlarında yargıcın kişiliği, görüşleri, ideolojisi, menfaatleri, psikolojisi, çevre koşulları, cinsel dürtüleri ve daha birçok etken rol oynamaktadır.¹⁷⁷

Kural kuşkucuları, yargı sürecinde kuralların, belirli bir sonuca ya da hükme varmayı otomatik olarak sağlamayacağını, ayrıca yargıçların formalist yöntemi izleyerek, yani sadece kuralları ve ilkeleri uygulayarak karar vermediklerini savunmuşlardır.

¹⁷⁵ İki grubunda birçok temsilcileri olmasına rağmen, çalışmanın amacını aşmaması açısından realistlerin belirsizlik tezi açısından değerlendirilmesi, birinci grup Kural Kuşkucuları Llewellyn ile ikinci grup Olay Kuşkucuları ise Jarome Frank ile sınırlandırılmıştır.

¹⁷⁶ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...**, s.31.

¹⁷⁷ Ertuğrul Uzun, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 68-71, Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 88-91.

Holmes, “[h]ukuk yaşamı mantık değil, deneyim olagelmıştır”¹⁷⁸ diye yazdığı *The Common Law* adlı kitabından sonra, 1905 yılında verdiği ünlü bir azınlık kararında, somut davalarda karar verenin hukukun genel önermeleri olmadığını ileri sürmüştür. Kararın, belirli bir büyük önermeden çok yargı ya da muhakemeye bağlı olduğunu ve her fikrin hukuk haline gelme olasılığı olduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁹ Kural kuşkucuları, “kuralların varlığından değil, onların hukuk sistemi içerisinde sahip olduğu rolden şüphe duydular.”¹⁸⁰ Buna göre kural kuşkucuları, hukuki prosedürün gerçekte, sonuçları rasyonalize etme sistemi olduğunu, yargıçların aslında önceden kendi kişisel ya da politik görüşleri üzerinden verdikleri kararları, doğru ve kaçınılmaz bir hukuki sonuç olarak meşrulaştırdıklarını ileri sürmüşlerdir.

Kural kuşkucuları, esas önemli olanın mahkemelerin ne yaptığı ve ne karar verdiği olduğunu savunarak, geleneksel hukukun formalist mantığının mahkemelerin ne yaptıklarına bakmaksızın, mantık, çıkarım ve kurallar çerçevesinde davaların nasıl sonuçlanacağı hakkında yorum yapmasına karşı çıkmışlardır. Bu tür bir hukukun gerçekte, hakikatle bağdaşmadığını ve gerçek ya da doğru çıkarımlar yapamayacağını ortaya koymuşlardır. Kural kuşkucuları hukukun belirli ve kesin olması gerektiğini, hukuku önceden tahmin etmenin sosyal bir fayda sağladığını, ancak hukuku belirli ve kesin kılan kaynakların, pozitivist hukuk düşüncesinin esasını teşkil eden kural, ilke ve

¹⁷⁸ Oliver W. Holmes, *The Common Law*, 1881, s.1, Aktaran: Ertuğrul Uzun, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 68.

¹⁷⁹ *Loncher v. New York* 198 U.S. 45 (1905), s. 76.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>, Erişim:20/04/2017.

¹⁸⁰ Ertuğrul Uzun, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 68.

emsal kararlar olmadığını ileri sürmüşlerdir.¹⁸¹ Llewellyn, kelimeler ve usavurumla ulaşılmaya çalışılan kesinliğin bir sınırı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, bu sınırı aşabilmenin yolunun ise yargı prosedürünü değiştirmek olduğunu savunmuştur. Llewellyn'e göre daha bilgece kararlara varabilmek için, emsallerin ve yasaların sınırları kabul edilerek, daha şuurlu bir arayış içine girmek gerekmektedir. Bu da, kelimelerin arkasına saklanarak, kelime oyunları yaparak değil, mahkeme davranışlarını daha belirli ve tahmin edilebilir hale getirmekten geçmektedir. Üstelik bu sadece hukuktaki belirliliği değil, aynı zamanda bilgeliği ve adaleti de sağlayacaktır.¹⁸² Kural kuşkucuları, kural, ilke ve emsal kararları, 'kâğıt üstündeki kurallar' (paper rules) olarak tanımlayarak, bunların gerçeğe ve doğru çözüme ulaşmak için güvenilir araçlar olmadıklarını iddia etmişlerdir. Bu yüzden 'gerçek kurallar' olarak ifade ettikleri hukuku yaratan istinaf mahkemelerinin kararlarına odaklanmışlardır.¹⁸³

Diğer taraftan, Jarome Frank ise, sadece yüksek mahkeme ve istinaf mahkemesi kararlarına yöneldiği, hukuk kurallarının eksiklik ve sakatlıklarının üstünü kapamaya çalıştığı iddiasıyla Llewellyn'i eleştirmiştir. Frank'in analizleri hukukun pratik uygulama alanına yöneltmiştir. Frank mahkemeye başvurma ve dava açma gibi olayları da göz önünde tutmuştur. Çünkü herhangi bir kimse finansal nedenlerden dolayı hakkını aramak için istinaf mahkemesine başvuramayabilir. Bunun yanı sıra, bidayet mahkemeleri gerçekliği daha iyi görebilmek açısından çok önemlidir. Kuralların uygulanmasında, yargı

¹⁸¹ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...** , s. 47.

¹⁸² Karl N. Llewellyn, **Jurisprudence: Realism in Theory and Practice**, Transaction Publishers, New Jersey, 2008, s.70.

¹⁸³ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm...** , s. 47.

sistemi hiyerarşisinde en yüksek merci olan istinaf mahkemeleri, bidayet mahkemelerinin verdikleri kararları geri döndürebilir, değiştirebilir ya da ortadan kaldırabilir. Ancak kurallar, yorumlama açısından açık olsa dahi, bidayet mahkemesi yargıçlarının ve jürinin, davaya konu olayların duruşmasını izlemek ve muhakeme edip bunlar üzerinden karar vermek gibi çok değerli bir şansı vardır.¹⁸⁴ Böylece hangi kuralın nasıl uygulanacağı duruşma sonrasında belirlenebilir.¹⁸⁵

Jarome Frank, “*What Courts Do In Fact*” adlı çalışmasında şöyle demiştir: “...[O] sözde hukuk kural ve ilkelerini bilmek, mahkemelerin ne yapacağını tahmin etme işinde, sanıldığından çok daha az bir öneme sahiptir.”¹⁸⁶ Frank’ın bunu söylemesinin nedeni, hukuki realizm temelinde olayların yanında, kuralların, kuralların kapsamının ve uygulanmasının da tartışılmasıdır. Bir davada olayların nasıl, nerede, ne zaman, kim tarafından, hangi şartlar altında ve ne sonuçlar doğurarak yaşandığı saptanmaya çalışılır. Böyle bir sonuç elde edilebilse bile, bu yeterli olmayacak, çıkan sonuç, var olan hukuk kuralları ile ilkeleri tahtında değerlendirilecek ve bunlar uygulanmaya çalışılacaktır. Bunun yapılabilmesi için, bahse konu sorunun çözümünü sağlayacak bir hukuk kuralı olup olmadığına bakılacaktır. Bu sırada, ilgili olabilecek hukuk ilkeleri de göz önünde tutulmaya çalışılacaktır. Var olan kural ya da ilkelerin sınırları dâhilinde, bunların olaya nasıl uygulanacağı bir başka soruyu gündeme getirecektir; bu da yargıcın söz konusu

¹⁸⁴ İstinaf mahkemeleri, duruşmalarda bidayet mahkemeleri tarafından verilen hükümleri sadece usule ve hukuka uygunluk yönünden inceleyerek tanıkların usulüne ya da hukuka uygun şekilde dinlenmediğine dair bir istinaf gerekçesi varsa tanığın tekrardan dinlenmesi gerektiğine emir verebilir.

¹⁸⁵ Angelo Capuano, “*The realist’s guide to piercing the corporate veil: Lessons from Hong Kong and Singapore*” **Australian Journal of Corporate Law**, Vol.23, No:1, 2009, s. 9-10, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369110, Erişim:22/04/2017.

¹⁸⁶ Jarome Frank, “*What Courts Do In Fact – Part One*”, **Illinois Law Review**, Vol. 26, 1931, s.646’dan aktaran: Ertuğrul Uzun, “*Amerikan Hukuki...*”, s. 67.

kuralı uygulamak için nasıl bir yargılama yolu seçeceği ile takdir hakkını ne derece ve hangi ölçütlerle kullanacağıdır. Frank yine aynı çalışmasında, Holmes'un kötü insanının gittiği avukat ya da hukukçunun hukuk anlayışına da değinmiştir. Yaptığı eylemin sonuçlarını öğrenmek amacıyla kötü insanın gittiği avukatın da, yargı sisteminin uygulayacağı yola benzer bir yol izleyeceği; ancak görevinin, kuralları bilip anlamak değil, “...belirli bir davada, mahkemenin vereceği uygulanabilir kararları kestirmeye, tahmin etmeye çalış[mak]” ve daha da önemlisi “...davayı kazanmaya çalış[mak]; yani mahkemeyi müvekkilinin istediği uygulanabilir kararları vermeye ikna [etmek]”¹⁸⁷ olduğunu ileri sürmüştür. Frank'ın burada, klasik ortodoks hukuk anlayışının ve formalizmin eleştirisi bağlamında, yargıcın hukuk yaratma yetkisi ile hukuki belirsizlik mevhumunu vurgulamak istediğini söylemek yerinde olur. Yargıcın kendi gözleriyle görmediği ve elbette ki mahkemede tekrardan canlandırılmayacak bir olay için, mevcut hukuk kural ve ilkelerini uygulaması sırasında, yapacağı yorumun ‘yargıcının takdir hakkı’ mevhumunun sınırlarını aştığını ve bunun bir ‘hukuk yaratma’ siyaseti olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Yargılama sırasında olayla ilgili, kurallarla ve kurallarının uygulanışı ile ilgili belirsizliklerin olmasının yanında, bu belirsizliklere bir de davaya taraf olan avukatların hukuki yorumları eklenecektir. Hukuki realizm akımının belirsizlik tezinin temeli de bu önermeler üzerine kuruludur: “... ‘kâğıt üstündeki kurallar’ ile ‘gerçek kurallar’ birbirinden çok farklıdır. Klasik hukuk anlayışı, her kararın aslında biricik olduğu ve yaratıcılık gerektirdiği gerçeğini halktan gizlemektedir. Hukukçunun yapması

¹⁸⁷ Jarome Frank, “What Courts Do In Fact – Part One”, **Illinois Law Review**, Vol. 26, 1931, s. 645-646’ dan aktaran: Ertuğrul Uzun, “Amerikan Hukuki...”, s. 66.

gereken, kâğıt üstündekilerle oyalanmayıp, gerçek kurallara ulaşmaya çalışmaktır. Bunun için de kuşkucu olmak gerekir. (Buradaki hukuki realizmin kullandığı kuşkuculuk kartezyen bir kuşkudur: Amaç değil, gerçeğe ulaşmanın bir aracıdır.)”¹⁸⁸

1920 ile 30'lu yıllarda, realistler ve özellikle Frank dönemin psikanaliz ve anormal psikoloji¹⁸⁹ teorilerinden oldukça etkilenmişlerdir.¹⁹⁰ Freud'un Amerika Birleşik Devletleri'ne ilk gelişi, Amerikan Psikologlar Derneği ve Clark Üniversitesi'nin başkanı olan ünlü eğitimci ve psikolog Granville Stanley Hall'un davetiyle gerçekleşmiştir. Verdun-Jones'un Harold D. Lasswell'in makalesinden¹⁹¹ aktardığı kadarıyla, bu ziyaret sonrası Freud'un çalışmalarına olan ilgi ve Freud okumaları keskin bir artış göstermiştir. Freudyen bakış açısı özellikle sosyal bilimlere etkisi altına almıştır. Hatta Amerikan sosyal bilimlerinin Avrupa merkezli düşünüşle olan bağlantısının Freud okumalarıyla gerçekleştiği söylenebilir. Bu yıllarda Amerika, yeniliklere, değişimlere gebe ve psikanaliz, davranışçı bilimlerin gelişmesinde bir inovasyondur. Bireyciliğin (individualism) baskınlığı Amerikan öz dinamiklerinde yaşanan gerilimi artmıştır. Psikanalizin bireyciliğin önüne geçip yaygınlaşmasındaki daha önemli diğer sebep ise, Amerikan toplumunda seksüel konulardaki gerginlikler ve tartışmalardır. Böylece,

¹⁸⁸ Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Amerikan Hukuku...*”, s. 88.

¹⁸⁹ Anormal psikoloji ya da anormallik psikolojisi, psikolojinin, psikopatolojiyi konu alan bir alt dalıdır. 'Normal' ile 'anormal' tanımını yapmaya ve bu kavramların sınırlarını çizmeye çalışır. Modernist bilimlerin, pozitivist, normatif, formalist, deneye ve gözleme dayalı olma, rasyonel ve tümdengelimli usavurum gibi tüm özelliklerini içinde ve metodolojisinde barındırır. Temeli Freudyen teoriye dayanır. Abnormal Psychology, <http://www.oxfordreference.com/>, Erişim: 20/6/2017.

¹⁹⁰ Simon N. Verdun-Jones, “*The Jurisprudence of Jerome N. Frank - A Study in American Legal Realism*” *Sydney Law Review*, Vol. 3, No. 7(2), 1974, s. 181-182. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1974/3.html>, Erişim: 22/04/2017.

¹⁹¹ Harold D. Lasswell'in makalesi için bkz. Harold D. Lasswell, “*The Impact of Psychoanalytic Thinking on the Social Sciences*”, *Psychoanalysis and Social Science*, Ed. Hendrik M. Ruitenbeek, E. P. Dutton & Co., New York, 1962

1920'ler psikanalitik anlayış sayesinde Batı Avrupa kadar olmasa da, gittikçe yükselen bir devrime sahne olmuştur. Elbette ki, hukuk ve yargı prosedürü de bu değişime bağışık değildir. Ünlü hukuk fakülteleri ve *California Law Review* gibi önemli hukuk yayımları, hukuk ve yargı düşüncesinde psikanalitik bakış açısını savunuyordu.¹⁹² Dönemin ünlü hukukçularından Theodore Schroeder, *California Law Review*'da yayınlanan bir makalesinde, bu yeni teorinin yargısal süreçle ilgili anlayışı yeniden şekillendireceğini yazmıştır. Schroeder'e göre tümdengelimci usavurum uygulayarak, her yargısal kararın aslında yargıcın kişisel saikinin meşrulaştırması olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca, yargıcın, önüne gelen bütün davaları, tüm geçmiş hayat tecrübelerini ve bunların onda bıraktığı duygusal etkileriyle ele aldığı sonucuna da varılabilir. Bu bakış açısı da bizi kararlar, tartışmalar, emsaller, kavram ve kelimelerle ilgili yapılan her seçimin, baskın bir kişisel güdü ile yargıcın mental gelişiminin bir dışavurumu olduğu sonucuna götürmektedir. Bunun sonucunda ise, kelimelerin arkasındaki güdü ve deneyimleri okumayı bilen biri için, her düşünce, seçimlerde ve yöntemlerde bilinçsiz olarak dışa vuran otobiyografinin sakınılmaz bir fraksiyonu olduğu söylenebilir; öyle ki her düşünce bir itiraf niteliğindedir.¹⁹³

Frank, *Law and the Modern Mind* kitabında, yargı ve karar verme prosedürünün psikologlara göre, çok nadir zamanlarda önermelerle başladığını ve çok nadir zamanlarda sonucun, önermelerden yola çıkılarak oluşturulduğunu ifade etmektedir. Yargıçlar

¹⁹² Simon N. Verdun-Jones, "*The Jurisprudence...*", s. 182-183.

¹⁹³ Theodore Schroeder, "*The Psychologic Study of Judicial Opinions*", **California Law Review**, Vol. 6, Issue 2, 1918, s. 93-34, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol6/iss2/1/>, Erişim: 27/04/2017.

çoğunlukla, bunun tam tersini yaparak, genel hatlarıyla az çok oluşmuş bir sonuçla işe başlamaktadır. Aslında her insan umumiyetle böyle bir sonuçla başlayıp sonrasında bunu ispatlayacak önermeyi bulmaya çalışmaktadır. Mahkemede müvekkilini temsil eden avukat için de durum aynı şekildedir. Onun düşüncesinin esasını da önermeden çok sonuç oluşturmaktadır. Günün sonunda, o sadece davada müvekkili adına çalışan bir taraftır. Böylece söylenebilir ki, sonuç dar limitleri olmayan bir tercih meselesidir. Avukat başarılı olmak, davasını kazanmak istiyorsa, müvekkilinin haklarını ve çıkarlarını garanti altına almaya çalışacaktır. Bunun için ise, müvekkilinin davayı kazanmasını sağlayacak sonuçla işe başlamak zorundadır. Böylece, olayları mahkemenin kabul edeceğini tahmin ettiği büyük önermelere uyacak şekilde aktarmaya ve şekillendirmeye çalışacaktır. Mahkemenin dikkatini çekecek önermeyi oluşturmak için emsal kararlara, kurallara, ilkelere ve ölçütlere değinmeye çalışacaktır.¹⁹⁴

Frank'e göre, yargıçlar (ve yargı sisteminin tüm mensupları) birer insan, birer beşerdir ve hiçbir insan (çok az sayıda basit durumlar dışında) normal düşünme sürecinde bir tasımsal mantık (syllogistic reasoning)¹⁹⁵ rotasını izleyerek sonuca varmaz. Hal böyleyken, yargıçların (ya da avukatların) sadece cübbelerini giymekle, böyle yapay bir mantık edinmeyeceğini varsaymak da adil olacaktır.¹⁹⁶ Frank kitabında, bir hukuk profesörü olan Leon A. Tulin'in *The Role of Penalties in Criminal Law* adlı makalesine

¹⁹⁴ Jerome N. Frank, **Law and the Modern Mind**, Stevens & Sons Ltd., London, 1949, s. 100-101.

¹⁹⁵ İng. *Syllogistic reasoning*, tasım ya da çıkarımlar mantığı olarak türkçeleştirilmiştir, ayrıca Aristoteles mantığı olarak da bilinir. Kaynağını Aristoteles'in *Prior Analytics* adlı kitabından alan mantık yöntemidir. Özellikle tümdengelimci bir mantık izleyerek sonuca varmayı sağlayan formalist bir mantık yöntemi önerir. *Prior Analytics* kitabı için bkz. <https://ebooks.adelaide.edu.au/a/aristotle/a8pra/complete.html>, Erişim: 27/04/2017.

¹⁹⁶ Jerome N. Frank, **Law and...**, s. 101.

atıfta bulunarak¹⁹⁷ ve Tulin'in bu çalışmasının kendi tezini kanıtlar nitelikte olduğunu belirtmektedir. Frank'in aktardığına göre, Tulin makalesinde ihmalkâr ve alkollü sürüşünden dolayı, bir başkasının ağır yaralanmasına neden olan sürücülerin davalarını ele almıştır. Tulin'e göre, aynı olgulara sahip davalarda, davalılar, bir eyalette 'taammüden cinayete teşebbüs'¹⁹⁸ ile suçlanırken diğer bir eyalette 'ihmalkâr sürüş'¹⁹⁹ ile suçlanmaktadır. Bir grup, öldürme saikinin kanıtlanamayacağından dolayı, cinayete teşebbüsten yargılanamayacağını ileri sürerken, diğer grup ise, başkalarının hayatını bu derece hiçe sayarak yapılan bu derece ihmalkâr bir eylemin saik ile eşdeğer olacağını ileri sürmektedir. Frank'e göre bu örnekler, farklı mahkemelerdeki farklı mantık ve usavurumun belirgin ayrılığını açıkça gösterirken, vardıkları sonucun da belirgin biçimde farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak, Frank'in aktardığına göre, daha detaylı incelendiğinde davalıların aldıkları cezanın her iki grupta da benzer olduğu görülmektedir. Şöyle ki, bir grup davalıyı taammüden cinayete teşebbüs suçundan suçlu bulup, yasanın bu suç için öngördüğü en hafif cezaya çarptırırken; diğer grup ise, davalıyı ihmalkâr sürüşten suçlu bularak, yasanın bu suç için öngördüğü en ağır cezaya çarptırmaktadır. Bir başka deyişle, mahkemelerde davalar, mahkemelerin varmak istedikleri sonuçla başlamış ve sonuç da bu mantıkla oluşmuştur.²⁰⁰

¹⁹⁷ Tulin'in makalesi için bkz. Leon A. Tulin, "The Role of Penalties in Criminal Law" **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 4448, Vol.37, 1928, s. 1048 – 1069, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5455&context=fss_papers, Erişim: 27/04/2017.

¹⁹⁸ İng. *Assault with intent to kill*, "öldürmek saikiyle saldırı" ya da "taammüden cinayete teşebbüs" suçlarına karşılık gelir.

¹⁹⁹ İng. *Reckless driving*

²⁰⁰ Jerome N. Frank, **Law and...**, s. 102.

Yine Frank'ın aktardığına göre, 1929 yılında Yargıç Hutcheson kendi yargıçlık tecrübeleri üzerine samimi bir makale kaleme almıştır. Bu makalede²⁰¹ Hutcheson, yargı kararlarının özünün "önsezi"²⁰² olduğunu belirterek 'önsezi'yi de 'sorudan karara ulaşmadaki bağlantıyı sağlayan sezgisel anlama anı' olarak tanımlamıştır.²⁰³ Yargıçların gerçekte hukuki mantıksal muhakemeye değil duyguyla karar verdiğini yani, bir başka deyişle rasyonel usavurumla değil önseziyle karar verdiğini ve karar vermek için en hayati saikin, belirli bir davada sezgisel anlamda neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar vermek olduğunu vurgulamıştır.²⁰⁴

Verdun-Jones'a göre Jarome Frank, *Law and the Modern Mind* kitabını Hutcheson'un makalesinden bir yıl sonra basmış ve bu kitap yargısal bakış açısının yargısal karar vermenin gerçekleriyle bağlantısız salt bir rasyonalizasyon olduğunu ileri süren realist görüşün gelişmesini sağlayan bir taslak çalışma görevi görmüştür.²⁰⁵

Frank'in *The Bramble Bush* kitabı ise iki yıl sonra 1930 yılında yayımlanmıştır. Grant Gilmore'a göre, *The Bramble Bush* Frank'in ve olay kuşkucularının bir manifestosu gibidir. Bu manifesto hukukun, hukuk kurallarından, mantığından, ilkelerinden oluşan mantıklı önermeler toplamı olmadığını beyan etmektedir. Hukukun üstünlüğü hukuki sonuçlara varmayı sağlamamakta, hukuki sorulara sadece hukukla ve hukuki usavurumla cevap ya da çözüm bulunmamaktadır. Yargıçların karar vermek için kullandıkları mantık,

²⁰¹ Yargıç Hutcheson'un bu makalesi için bkz. Joseph C. Hutcheson Jr. , "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision", **Cornell Law Review**, Vol. 14, Issue 3, 1929, s.274-288, <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2/>, Erişim: 27/04/2017.

²⁰² İng. *Hunch*, olaylar (ya da somut veri) yerine sezgiye dayalı bir his ya da tahmin. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/hunch>, Erişim: 29/04/2017.

²⁰³ Joseph C. Hutcheson Jr. , "Judgment Intuitive...", s. 278.

²⁰⁴ Joseph C. Hutcheson Jr. , "Judgment Intuitive...", s. 285.

²⁰⁵ Simon N. Verdurn-Jones, "The Jurisprudence...", s. 182.

hukuki büyük önermeleri çoğunlukla maskeleyemekte ve onların önüne geçmektedir. Olaylar aldatici ve değişkendir. Onlara kimin nasıl baktığına bağlı olarak her renge ve şekle girebilir bir karaktere sahiptir. Yargıçlar sadece hukuku beyan eden ya da dile getiren bir otomasyon sistemi gibi çalışmamaktadır. Yargıçlar birer bireydir ve toplumdan ayrı ya da aşkın değildirler. Hangi mevkide olurlarsa olsunlar, nasıl bir eğitim alırlarsa alsınlar yaşayan toplumun, yaşayan kültürüne, algısına, belleğine sahip, (çoğunlukla nevrotik olma ihtimali taşıyan) yaşayan insanlardır. Bir jüri üyesi de sadece herhangi bir insandır. İşte tüm bunlar, her şeye rağmen çalışılmak ve öğrenilmek zorunda olunan hukuk kitaplarında yazmayan gerçeklerdir. Gerçeğin, hakikatin nerede olduğu kesin olarak bilinemesi de, gerçek iktisatta, sosyolojide, antropolojide, psikolojide ya da Freudyen teorisinin ulaştığı kasvetli bir yerdedir.²⁰⁶

Lawrence Solum'a göre, yargı kararlarında hukuki ihtilafların sonucunu hukukun belirlemediğine yönelik kuşkucu (cynical) görüş, hukuki belirsizliğin temelini oluşturan bakış açılarından bir tanesidir. Bu görüşe göre, yetenekli avukat ve yargıçlar kendi kişisel ya da ideolojik görüşlerine uygun kararları meşrulaştırmak için hukuk kurallarını ve yargı kararlarını manipüle edip bir paravan olarak kullanmaktadırlar. Belirsizlik tartışmaları, hukuk kurallarının yargı kararlarını sınırlamadığı üzerine kuruludur. Diğer bir deyişle, bütün davalar *zor davalardır* ve *kolay dava* yoktur. Bu iddia iki hukuk okulu tarafından ortaya atılmıştır. Bunların birincisi Amerikan Hukuki Realizmi, diğeri ise EHÇ'nin.²⁰⁷

²⁰⁶ Grant Gilmore, "Book Review: The...", s. 1252.

²⁰⁷ Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Ed. Dennis Patterson, West Sussex, Wiley-Blackwell Publications, 2010, s. 479.

Hukuki realizmin temeli, geleneksel hukuktaki belirlilik, kesinlik ve formalizm temelinde rasyonel bir hukuksal usavurum ile doğru cevap ya da gerçek çözüm iddialarına karşı çıkmaktı. Realistler, pozitivist ve reformist bir ekseninde geleneksel hukuka ve formalizme ciddi eleştirilerde bulundular. Belirsizlik tezi açısından değerlendirildiğinde, Amerikan realizminin, Holmes'un görüşlerini temel alarak hukuktaki *epistemik ve sistemik belirsizliğin* varlığını savunduğu görülmektedir. Realistler, hukuku tahmin etmek olarak tanımlarken, hukukun bir dava sonuçlanıncaya kadar kesin olarak bilinemeyeceğini, yargıcın yorumu ve takdirine göre hukukun ne olduğunun değişebileceğini savunurken hukuktaki *sistemik belirsizliği* ortaya koyarlar. İlâveten, hukuku mahkeme davranışları olarak tanımladıkları ve onu daha belirli kılmak için çeşitli sosyal bilimlerden yararlanmak gerektiği yönündeki önermelerinden dolayı da hukuktaki *epistemik belirsizliğin* varlığını kabul ettiklerini ileri sürmek yerinde olur.

4.1.2 Hukuki Belirsizlik Tezine Bir Cevap Olarak Hart ve Dworkin

EHÇ'nin belirsizlik tezine geçmeden önce, hukuki belirsizliği çeşitli derecelerde kabul eden ve bunun için çözümler arayan, hukuk felsefesi literatüründe önemli yere sahip olan ve hukuk literatürüne *kolay davalar* ve *zor davalar* kavramlarını kazandıran Hart ve Dworkin'in belirsizlik çerçevesindeki görüşlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır. Solum'un yukarıda hukuki belirsizlik ile ilgili belirttiği görüşte değinmiş olduğu *zor dava* ve *kolay dava* kavramları Hart ve Dworkin'in hukuk teorileri incelenerek anlaşılabilir.

H.L.A. Hart²⁰⁸ 20. yüzyıl hukuk düşüncesini oldukça etkileyen ve kendi hukuk teorisini ortaya koyan kitabı *The Concept of Law*'u ilk olarak 1961 yılında yayımlamıştır. Bir hukuki pozitivist olan Hart, kendi hukuk anlayışını bir kurallar sistemi olarak kurmaktadır.²⁰⁹ Hart'ın hukuk teorisini, hukuku 'egemenin iradesi' olarak tanımlayan analitik hukuki pozitivist Austin ve normativist pozitivism ile 'kurallar hiyerarşisi' sistemini öneren Kelsen'in hukuk teorilerinin eleştirisi üzerine kurduğu söylenebilir.²¹⁰

²⁰⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) 20. yüzyılın en önemli pozitivist hukuk teorisyenlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Oxford Üniversitesi'nde profesörlük yaptığı yıllarda Joseph Raz, John Finnis ile Ronald Dworkin gibi yine hukuk teorisi ve hukuk felsefesini oldukça etkileyen hukukçuların öğretmenliğini yapmıştır. *The Concept of Law* en önemli eseri olarak kabul edilmektedir. Çalışmalarının şekillenmesinde, ünlü hukukçu ve filozof Jeremy Bentham (1748-1832), analitik pozitivist hukukçu John Austin (1790-1859), filozof ve dilbilimci Ludwig Wittgenstein (1889-1951) ile hukuk ve siyaset felsefecisi Hans Kelsen (1881-1973)'in teorilerinin önemli rol oynadığı görülmektedir. Hart'ın hukuk teorisini ortaya koyan en önemli kitabı için bkz. H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994. Diğer en önemli eseri için bkz. H.L.A. Hart, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Clarendon Press, Oxford, 1983. Ayrıca en önemli çalışmalarından biri sayılabilecek makalesi için bkz. H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, Vol. 71, Sayı 4, Harvard Law Review Association, 1958, s. 593-629, <http://www.jstor.org/stable/1338225>, Erişim: 07/09/2014. Hart'ın genel hukuk teorisi için bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 344-357.

²⁰⁹ Ahmet Ulvi Türkbağ, bir makalesinde hukuki pozitivismi tanımlamak için "kural temelli hukuk anlayışı" kullanımının adil ve doğru bir tanımlama olduğunu yazar. Türkbağ'a göre "...pozitivism yalnızca belli bir kurum tarafından (bu kurumun kendisi de belirli hukuk kurallarına göre kurulmuş olmak kaydıyla) belli bir prosedüre uygun olarak çıkarılmış kuralların 'hukuk' olarak kabul edileceğini öngörür" ve bu pozitivismin temelini ortaya koymaktadır. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 28, 2011, s.74,

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/anayasayarg%C4%B1s%C4%B1.html>, Erişim: 08/03/2015. Niyazi Öktem'e göre ise, "[a]slında hukuksal pozitivism diye adlandırılan akım biçimciliktir (formalizm). Biçimcilik deyimiyle, geniş anlamda hukuk olgusunun dış özelliklerinin gözlemlenmesi anlaşılır. Aslında biçimcilik, hukuk kurallarının devlet iradesiyle özdeşleşmesi demektir." Niyazi Öktem, "Hukuksal Pozitivism...", s. 281.

²¹⁰ Aydan Ömür Surlu, "Hart'ta Kurallar Sistemi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 21. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 197. Ayrıca bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin...", s. 74-76. Hart, Austin ve Kelsen gibi hukuki pozitivismin ayrılık tezine (Hukuki pozitivismin iki temel tezi olan ayrılık tezi ve sosyal kaynaklar tezi ile ilgili bkz. Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivismin Değişen Yüzü Mü?", **A.Ü.H.F.D.**, C. 52, Sayı 3, Ankara, 2003, s. 145-176.) yani hukukun ahlak ve ideolojiden ayrılmasına kesinlikle katılmaktadır. Hart, Kelsen'den farklı olarak, kuralların hiyerarşik bir düzeni olduğunu kabul etmekle beraber, kuralların sınıflandırılması açısından daha önemli olan ölçütün hiyerarşi değil kuralların niteliği olduğunu ve kurallar arasındaki bu hiyerarşiyi yaratmanın da aslında bu olduğunu söylemektedir. Austin gibi hukukun kurallardan oluştuğunu ileri sürmektedir (bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin...", s. 76.) ancak Hart hukuku Austin'in emir kuramından farklı olarak, "birincil ve ikincil kuralların birliği ola[n]" (bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan...", s. 61.) mantıksal ve tutarlı bir bütün olarak tanımlamaktadır.

Hart'ın hukuk teorisinin hukuk düşüncesine yaptığı temel etkiler üç ana başlık altında toplanabilir. Bunların birincisi, hukuk kavramına getirdiği birincil ve ikincil kuralların birliği modeli tezi, ikincisi hukuk ve ahlakın ayrılması tezi ve üçüncüsü de açık dokulu hukuk tezi olarak da adlandırılabilir belirsizlik tezidir.²¹¹ Bu çalışmanın maksatları bakımından sadece Hart'ın üçüncü tezi olan belirsizlik tezine değinilecektir.

Imer B. Flores'e göre, Hart, Kelsen'in ılımlı belirsizlik tezini andıran bir hukuki belirsizlik görüşüne sahiptir ve bu belirsizlik hem *epistemik* hem de *sistemik* bir belirsizliktir.²¹² Kelsen'in belirsizliği kuralların hiyerarşisinde arayan görüşünden farklı olarak²¹³, Hart'ın *The Concept of Law* kitabında yazdığına göre hukuki belirsizlik hukukun *açık dokulu yapısından* doğmaktadır. Hukukun açık dokulu yapısı ise, dilin açık dokulu yapısından kaynaklanmaktadır.²¹⁴ Hart, Aristoteles'in tümdengelimci mantığıyla analitik bir usavurum yaparak, şöyle bir çıkarıma varmaktadır: Dil bir bütün olarak ele alınırsa, açık dokulu bir yapıdır (ya da açık dokulu bir yapıya sahiptir) ve bu yüzden dil belirsizdir. Hukuk, dil ile ifade edilir, bu yüzden de açık dokuludur (ya da açık dokulu bir yapıya sahiptir). Bunun sonucu olarak da, hukuk belirsizdir.²¹⁵

Hart'ın Kelsen'den diğer bir farkı ise, emir verici genel bir kuralın kesin ve eksiksiz bir şekilde hukuki bir sonuç doğuran bir olaya uygulanamayacağını ileri sürmesidir.²¹⁶

Hart'a göre bunun nedeni ise, insanların hem olaylara, hem de yasa koyucunun amacına

²¹¹ Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 150.

²¹² Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 151.

²¹³ Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 157.

²¹⁴ H.L.A. Hart, **The Concept...**, s. 128.

²¹⁵ Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 155-156.

²¹⁶ Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 157.

olan bakışının ve algısının rölatif olmasıdır. Eğer tamamen belirli ya da olasılıkların tamamıyla belli olduğu bir dünyada yaşanılsaydı ve insanlar her olasılığı önceden tahmin edebilselerdi, daha sonrasında bir seçim yapmaya gerek kalmadan belirli bir hukuk kuralını belirli somut bir davaya uygulayabilirlerdi. Eğer her şey bilinebilseydi, her şey için belirli bir kural olurdu. Böyle bir dünya ise, mekanik bir hukuk teorisi için harika bir yer olurdu. Ancak böyle bir dünya yoktur ve insanlar ile insanlardan oluşan yasa koyucular zamanın getirebileceği her olasılığı tahmin edip her olasılığa göre bir kural koyma bilincine sahip değildirler. İşte bu olasılıkları tahmin etme kabiliyetinin olmaması da aynı zamanda yasa koyucunun amacının belirsizliğini getirmektedir.²¹⁷

Hart bu noktada, Kelsen'e benzer bir şekilde, seçim yapma gibi bazı takdir yetkilerinin kaçınılmaz olduğu sonucuna ulaşmaktadır.²¹⁸ Bunu açıklamak için “parka araçla girilemez” kuralını örnek vermektedir. Hart'a göre bu genel bir davranış kuralıdır. Kullanılan dil, kural bağlamında gerekli şartları ortaya koymaktadır. Bu genel kural ele alındığında, eğer dava konusu olay bir araba, otobüs ya da motosiklet ile gerçekleşiyse, böyle bir dava Hart'ın deyimiyle *açık davadır* (clear case). Bu durumda yasa koyucunun niyeti belirli ve kesindir. İlk nazarda görülebilir ki yasa koyucunun niyeti her şart ve koşulda parktaki huzur ve sükûneti sağlamak ve sürdürmektir. Öte yandan bu belirlilik ve kesinlik ancak birinin parkta elektrikli oyuncak araba sürdüğü bir olaya kadar geçerli olacaktır. Bu durumda, yasa koyucunun niyeti bu bağlamda belirsiz kılınacaktır, çünkü başlangıçta konan genel kural böyle bir durumu öngörmemiştir. Bu öngörülemediği

²¹⁷ H.L.A. Hart, **The Concept...**, s. 128.

²¹⁸ Imer B. Flores, “*H. L. A. Hart's Moderate...*”, s. 157.

davada mahkeme ya parktaki huzur ve sükûnetten bir dereceye kadar ödün verecektir ya da çocukların oyuncaklarıyla oynamasına karşı çıkacaktır. Öngörülmemiş davalar söz konusu olduğunda yargıç, ancak çatışan iki ilgi ya da çıkardan (interest) birini seçmek durumunda kalmaktadır. Böylece de yasa koyucunun belirsiz niyeti daha belirli hale gelecektir.²¹⁹

Hart, yine Kelsen'e benzer bir şekilde, hukukta belirlilik ya da belirsizliğin bir 'derece meselesi' olduğunu ileri sürmektedir. Bu da Hart'ın hukuki belirsizliği kısmen kabul ettiği anlamına gelmektedir. Kelsen'e göre hukuk *iç çerçevesinde* belirsiz, *dış çerçevesinde* ise belirlidir. Hart'a göre ise, hukuk özü (yani esas itibarıyla) belirli ancak *gölge* (penumbra) alanlarında belirsizdir.²²⁰ Bunun yanı sıra, Flores'e göre Hart, genel kuralların belirli bir duruma uygulanması sırasında, kesinliğin özü ile şüphenin gölgeliliği dualitesini ortadan kaldırılamayacağını ileri sürmektedir. Yine Kelsen'e benzer olarak Hart, bazı davalarda açık bir şekilde doğru ya da yanlış kararların, doğru ya da yanlış cevapların olmayacağını ve mahkemenin seçim yapmak ya da takdir yetkisini kullanmak zorunda kalacağını kabul etmektedir.²²¹ Yargıçlar bunun gibi *gölge davalarda* yani somut olaya uygulayacak mevcut bir kuralın olmadığı ve dolayısıyla doğru ya da yanlış bir kararın olmadığı davalarda “...*kuralı aşan bir takdir kullanırlar*”.²²²

²¹⁹ H.L.A. Hart, **The Concept...**, s. 128-129.

²²⁰ Imer B. Flores, “*H. L. A. Hart's Moderate...*”, s. 158.

²²¹ Imer B. Flores, “*H. L. A. Hart's Moderate...*”, s. 159.

²²² Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Hart-Dworkin...*”, s. 73.

Hart'ın belirsizlik ile ilgili görüşlerinde Amerikan Hukuki Realizminden, özellikle de Holmes'un *tahmin (kehanet) tezinden*²²³ etkilendiği söylenebilir.²²⁴ Flores'e göre de Hart, Holmes'a benzer şekilde, hukukun bir dereceye kadar belirsiz olduğu ve kesin olmadığını ileri sürmesi açısından *epistemik*, dilin açık dokulu yapısının doğal bir sonucu olarak hukukun açık dokulu ve yine bir derece eksik olduğunu ortaya koyması açısından *sistemik belirsizliği* savunmaktadır. Hart'ın teorisi, hukuku bir kurallar sistemi olarak görmesi, hukukun özündeki kesinlik alanına düşen davaların belirli olduğunu ileri sürmesi açısından formalist bir yapıya sahiptir. Öte yandan bütün davaların açık davalar olduğu düşüncesini reddetmesi, kural şüpheciliği yolunu izleyerek, hukukun şüpheli, öngörülmemiş, belirsiz ve eksik olan alanına düşen yarı-gölgeli davaların olduğunu kabul etmesi açısından anti-formalist olarak değerlendirilebilir. Buna ek olarak, hukukun genel kurallarının somut davalara uygulanması sırasında yargıcın hukuk dışı bir seçim ve bir takdir yetkisi kullanması gerektiğini kabul etmesi de, Hart'ın teorisindeki diğer önemli anti-formalist öge olarak kabul edilebilir.²²⁵

Hart'ın, dilin yapısından dolayı "*hukukun daima ve zorunlu olarak boşluk içerdiğinden... [h]akimin... karara, bir normun yorumundan vardığı düşünülduğünde bile yaptığı yorum hiçbir zaman söze bağlı (lafzi) yorum değil kesinlikle metni aşan bir*

²²³ Kötü İnsan Teorisi için bu çalışma içinde bkz. s. 44-45.

²²⁴ Hart'ın teorisinin Amerikan Hukuki Realizmi açısından değerlendirmesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. E. Hunter Taylor Jr., "*H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism*", **Modern Law Review**, Vol. 35, No. 6, Wiley, 1972, s. 606-620, <http://www.jstor.org/stable/1094604>, Erişim: 29/03/2017. Ayrıca, *The Concept of Law* kitabında, Hart'ın belirsizlik ile ilgili görüşlerini "*Formalism and Rule-Scepticism*" (Formalizm ve Kural Şüpheciliği) başlıklı VII. Bölümünde ele alması dikkat çekicidir. Bkz. H.L.A. Hart, **The Concept...**, s. 124-147.

²²⁵ Imer B. Flores, "*H. L. A. Hart's Moderate...*", s. 160-161.

yorumdur”²²⁶ savı, Türkbağ’a göre öğrencisi Dworkin’in²²⁷ eleştiri oklarının en büyük hedefidir.²²⁸ Dworkin, hukuku sadece kurallardan ibaret ve hukukçuları da sadece bu kuralların mekanik uygulayıcıları olarak gören pozitivist hukuk teorisini eleştirerek, hukuk tanımının sadece pozitif kurallarla sınırlandırılmayacağını ve pozitif kuralların yanında a priori evrensel kuralların da olduğunu ileri sürmektedir.²²⁹

Dworkin *The Model of Rules* adlı makalesinde, hukuk doktrininde çeşitli görünümde ortaya çıkmış, özellikle 19. yüzyılda John Austin tarafından üne kavuşturulmuş ve genel kabul görmüş klasik hukuk teorilerini pozitivism²³⁰ olarak tanımlamaktadır. Esas meselesinin pozitivismi eleştirmek olduğunu yazan Dworkin, yapıcı bir eleştiri yapabilmek için Hart’ın teorisi üzerinden kendi teorisini kuracağını belirtmektedir.²³¹ Dworkin²³², davalarda yargıçların nasıl karar verdiği kadar,

²²⁶ Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Hart-Dworkin...*”, s. 73.

²²⁷ Ronald Myles Dworkin (1931-2013) son dönemin en önemli hukuk felsefecisi olarak kabul edilen, Amerikalı hukuk ve siyaset felsefecisidir. Dworkin’in hukuk teorisinin şekillenmesinde, Yale ve Oxford Üniversiteleri’nde ölümünden sonra yerini aldığı hocası H.L.A Hart’ın büyük etkisi olduğu görülmektedir. En önemli çalışmaları için bkz. Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1977. Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1985. Ronald Dworkin, **Law’s Empire**, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1986. olduğu söylenebilir. Dworkin’in genel hukuk teorisi için bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 358-366.

²²⁸ Ahmet Ulvi Türkbağ, “*Hart-Dworkin...*”, s. 73.

²²⁹ Niyazi Öktem, “*Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 28, 2011, s. 85, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/niyazi_oktem_1.pdf, Erişim: 08/09/2016.

²³⁰ Hukuki pozitivism, hukukun teorisi ve uygulaması ile ilgili kesin bir yöntem yaratmayı amaçlayan bir hukuk sistemi olarak tanımlanır. Bu yönetime göre hukukun konusu olan kurallar ya da haklar, ahlak ya da adalete uygun olmayabilir. Ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir bağ yoktur. Hukuki pozitivism, hukukla ahlak arasındaki ilişkinin gerekli olduğunu savunan ve ahlak ya da adaletle aykırı bir kuralın hukuk kuralı olamayacağını, bir kuralın meşru olabilmesi için ahlakla uyumlu ve adaletli olması gerektiğini savunan doğal hukuka karşı çıkmaktadır. Genaro R. Carrio, “*Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*” **Indiana Law Journal**, Vol. 55, Issue. 2, Article 1, 1979, s. 212, <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol55/iss2/1/>, Erişim: 04/04/2017.

²³¹ Ronald Dworkin, “*The Model of Rules*”, **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 3609, 1967, s. 17, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609/, Erişim: 03/02/2015.

²³² Dworkin özellikle geliştirdiği yorum teorisiyle (interpretation theory) hukuki pozitivism ve doğal hukuk teorilerinden ayrı bir teori ortaya koyduğunu ileri sürer. Hukuki pozitivism oldukça sert bir eleştirisini yapan Dworkin’in teorisinde hem pozitivist hem de doğal hukuk özelliklerine rastlamak mümkündür. Ne

kafalarındaki hukuk tanımının da önemli olduğunu vurgulamaktadır.²³³ Dworkin'e göre hukuk, kuralların yanında evrensel ve doğal ilkelerin de bütünüdür.²³⁴ İlkeler hukuk kurallarının özü ve temeli olduğundan ilkelerin kullanılması hukuk dışı bir kaynağın kullanılması demek değildir. Bu sebeple, dava konusu herhangi bir olaya uygulanacak hukuk kuralları ile ilgili bir boşluk ya da belirsizlik olduğu durumda, Hart'ın iddia ettiği gibi, yargıcın belirsizliği gidermek için takdir yetkisini kullanması ya da hukuk yaratması sırasında yaptığı seçim ya da yorum, hukuk metnini aşmayacaktır. Çünkü yargıç, bu kararı kendi kişisel ya da genel hukuk mantığı çerçevesinde vermeyip, ilkelere göre verecektir.²³⁵ Türkbağ'a göre, Dworkin'in hukuk teorisinin özü şu şekildedir: *“Hukuk kuralları yeterli gelmediğinde hâkimin kararını önceden tahmin etmemizi sağlayacak hukuki ilkeleri bir hukuk sistemi ve kültürü içinde daima mevcuttur ve hâkim takdirinde bu ilkelerle, tıpkı kurullarla olduğu gibi bağlıdır.”*²³⁶ Kısacası Dworkin, yargıcın hukuk yaratmadığını, zaten hukukun kaynaklarından biri olan ve hatta hukuk kurallarının kaynağı olan ilkeleri yorumladığını söylemektedir.²³⁷

kadar aksini iddia etse de hukuk teorisinin aslında pozitivist bir yapıda olduğu eleştirileri de aslında oldukça yaygındır. Bu eleştiri için bkz. Genaro R. Carrio, *“Professor Dworkin's...”*, s. 209-246. Öte yandan, Dworkin, geleneksel anlamda bir doğal hukukçu olmasa da, yargılama teorisinin (theory of adjudication) bir doğal hukuk teorisi olarak tanımlanmasına karşı çıkmaz. Bkz. Ronald Dworkin, *“Natural' Law Revisited”* **University of Florida Law Review**, Vol. 34, No.2, 1982, s. 165-188. Dworkin hukuki pozitivistimin ayrılık tezine karşı çıktığı için onu doğal hukuk teorisi bağlamında ele alanlar da oldukça yaygındır. Gülriz Özkök, *“Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar”*, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 5. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s.98.1

²³³ Ronald Dworkin, **Law's Empire**, s. 3.

²³⁴ Dworkin'e göre hukuk, kurallar ve ilkelerin yanında politikalardan (policies) da oluşmaktadır. *“Dworkin, politikadan bir toplumun politik, sosyal veya ekonomik gelişimiyle ilgili ulaşılabilecek bir amacı anlarken ilkeyi, adalet veya hakkaniyet gerekliliği veya ahlakiliğin bir diğer gerekliliği olarak düşünmektedir.”* Gülriz Özkök, *“Hukuki Belirsizlik...”*, s. 9.

²³⁵ Ahmet Ulvi Türkbağ, *“Hart-Dworkin...”*, s. 74.

²³⁶ Ahmet Ulvi Türkbağ, *“Hart-Dworkin...”*, s. 74.

²³⁷ Raymond Wacks, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, s. 41.

Dworkin, *The Model of Rules* adlı makalesinde, ilkeleri genel hukuk kurallarından ayırmak için geçmiş davalardan örnekler vermektedir.²³⁸ Bunlar, *Riggs v. Palmer*²³⁹ ve *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*²⁴⁰ davalarıdır. Dworkin, Hart'ın açık davalar ve gölgeli davalar kavramlarını *kolay davalar* (easy cases) ve *zor davalar* (hard cases) olarak ele almaktadır.²⁴¹ Makalesinde örnek olarak verdiği bu davalar aynı zamanda Dworkin'in zor davalar kavramıyla ilgili düşüncelerini açıkça ortaya koymaktadır. Bu davalarda hukuk kurallarının yanında, kuralların sessiz kaldığı durumlarda yargıç, takdir yetkisi dâhilinde, ilkeleri yorumlayarak somut davaya uygulayarak sadece doğru değil aynı zamanda adaletli bir karar vermektedir.

Riggs v. Palmer davası New York İstinaf Mahkeme'sinde²⁴² görüşülüp karar bağlanmıştır. Müstedialeyh (aleyhine istinaf edilen) büyük babasının vasiyetnamesine göre, büyük babasının yasal sahibi olduğu çiftlik ve özel mülkün tek mirasçısıydı. Büyük babasıyla beraber yaşayan müstedialeyh büyük babasının vasiyetinden haberdardı. Müstedialeyh'in büyük babası 1880 yılında imzalamış olduğu vasiyetinden iki yıl sonra bir evlilik gerçekleştirdi. Bu evlilik gerçekleşmeden önce evlendiği kadınla evlilik öncesi anlaşması (ante-nuptial contract) yapmıştı. Bu evlilik öncesi anlaşması, kendisinin

²³⁸ Ronald Dworkin, "*The Model.*", s. 23.

²³⁹ Davanın karar metni için bkz. **Riggs v. Palmer**, 115 N.Y. 506 (1989),

http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm, Erişim: 01/05/2017.

²⁴⁰ Davanın karar metni için bkz. **Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.**, 32 N.J. 58, 161 A.2d 69 (1960), <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>, Erişim: 01/05/2017.

²⁴¹ "*Dworkin aslında zor dava – kolay dava ayrımı yapmamakta ve kolay davaları zor davaların özel bir türü olarak görmektedir.*" Belirsizliği gidermek için, tüm davalara aynı yöntemin uygulanmasını öngörmektedir. Bkz. M. Balkan Demirdal, "*Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Sayı. 3-4, 2014, s. 800, 50. Dipnot, Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, **Law's Empire**, s. 354.

²⁴² İng. *Court of Appeals*

karısından önce ölmesi durumunda, karısının ölümüne kadar yaşadıkları evde hayatını sürdürmesi ve yaşamını idame ettirmesi için ihtiyaç duyduğu masrafların çiftliğin geliri ile karşılanması şartlarını içermekteydi. Büyük babasının bu evlilik öncesi anlaşmasındaki şartları, vasiyetine eklemek istemesinden korkan müstedialeyh, bu değişikliği engellemek için büyük babasını zehirleyerek öldürmüştü. Bu istinaf müstedialeyhin miras hakkını alıp alamayacağı ile ilgiliydi. Mahkeme, ortada gerçek ve yasal bir vasiyetname olmasına, ayrıca ilgili mevzuatın böyle bir vasiyetnamenin hükümlerinin yerine getirilmesini öngörmesine rağmen, hukukun genel kaideleri ve içtihat hukukun temel ilkelerinin izlenmesi gerektiğine karar verdi. Buna göre, hiç kimse bir dolandırıcılıktan ya da kendi yanlışından dolayı bir kazanç sağlayamaz, dolayısıyla işlediği bir suçtan ya da yaptığı bir haksızlıktan (iniquity) dolayı bir mülkiyet elde edemez. Mahkemeye göre, bu ilkeler kamu politikalarının (public policies) iradesidir, temelini tüm medeni ülkelerde uygulanan evrensel hukuktan alır ve hiçbir yerde hiçbir mevzuat bunların yerine geçemez. Bu karar sonucunda mahkeme müstediler (istinaf edenler) lehine karar vererek, mirasın merhumun kızlarına ve evlilik öncesi anlaşmasındaki şartlar uyarınca karısına verilmesine hüküm vermiştir.²⁴³

Dworkin'in makalesinde üstünde durduğu diğer bir dava olan *Henningsen v. Bloomfield Motors* davasında da New Jersey Yüksek Mahkemesi²⁴⁴ adil sonuçlar için ilkeleri öne süren benzer bir yoruma ve yargılamaya dayalı bir hüküm vermiştir. İstinafta

²⁴³ **Riggs v. Palmer**, 115 N.Y. 506 (1989). Ayrıca, Ronald Dworkin, "The Model...", s. 23-24.

²⁴⁴ İng. *Supreme Court. Court of Appeals*'dan sonra gelen, Birleşik Devletler'de ve *Common Law* hukuk sistemine sahip devletlerde (İngiltere'de eski ismi House of Lords), en yüksek derecedeki istinaf mahkemesidir. *Supreme Court*, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.

müstededi olan Henningsen çifti, müstedialeyh şirketin imal ettiği arabayla geçirdiği kaza sonrası, kazanın üretim hatasından kaynaklandığını ortaya koyarak, sadece arabada meydana gelen hasarın değil, sağlık masraflarının da tazmin edilmesi için istinafa başvurmuştur. Taraflar arasında imzalanan satış sözleşmesinde, üretim hatasından dolayı meydana gelen herhangi bir kaza sonrası şirketin sadece arabada meydana gelen hasarı tazmin etmek ve sadece sorunlu parçaları değiştirmekle yükümlü olduğu ibaresi olmasına rağmen, mahkeme Müstededi lehine karar vermiştir. Henningsen çifti, bidayet mahkemesinde ve daha sonra istinaf mahkemesindeki duruşmalarda, sözleşmenin ihlali ve sözleşmeden doğan açık ya da zımni sorumluluk (duty of care) ile garantilerin yerine getirilmesini ihmalden açtıkları davalarda başarısız olmuşlardır. Bidayet Mahkemesi, sözleşmenin tarafların karşılıklı rızasına dayanarak imzalandığı, sözleşmenin Davacılar tarafından okunup anlaşıldıktan sonra imzalandığı, sözleşme hükümlerinde tazminat ile ilgili maddenin açık olduğunu ve sözleşmelere konan hükümlerin tarafların rızasıyla imzalandığı sürece sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle Davacılar aleyhine bir hüküme varmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, Bidayet Mahkemesinin ve bu kararı onaylayan İstinaf Mahkemesinin kararını bozarak müstediler lehine hüküm vermiştir. Yüksek Mahkeme kararın gerekçesinde içtihat yaratarak, altı farklı ilke ortaya koymuştur. Bunların birincisi, sözleşme taraflarının sözleşmeyi okumadan imzalaması sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmaları için bir mazeret olamaz; ne var ki taraflardan birinin hile yaptığı kanıtlanınsın. İkincisi, sözleşme ehliyeti olan kişiler arasında imzalanan sözleşmelerde, sözleşmenin yasal ivazı açısından

tarafların karşılıklı temel anlayışları (consideration) önemli bir faktördür.²⁴⁵ Üçüncüsü, adaleti sağlamak ve kamu politikaları iradesini yerine getirmek söz konusuysa, sözleşme özgürlüğü ilkesi mahkeme tarafından müdahale edilebilir bir ilke haline gelmektedir. Dördüncüsü, mahkemeler araçların imal edilmesi ya da satılması gibi özel sorumluluk doğuran ve kamu menfaatiyle doğrudan ilişkili olan önemli konularda, adaleti sağlamak için kamu menfaatini diğer menfaatlerden üstün tutacaktır. Beşincisi, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, “mahkemeler, kendilerinin haksız ve adaletsiz uygulamalar için bir araç haline getirilmesine izin vermeyecektir” ilkesinden daha temel bir ilke yoktur. Son olarak da mahkemeler, bir anlaşmanın uygulanması sırasında, bir tarafın diğer tarafın ekonomik yoksunluğundan istifade ederek bundan haksız kazanç sağlamasına göz yummayacaktır.²⁴⁶

Bu davalar Dworkin’in hukuki belirsizlikle ve ona bulduğu çözümle ilgili görüşlerini en iyi ortaya koyan karar örnekleridir. Açıkça görülebildiği üzere Dworkin’e göre, Amerikan Realistleri ya da Hart gibi hukuk dışı kaynakların değil, hukukun kaynaklarının özünde yer alan ilkelerin kullanılmasıyla bu belirsizliğin ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadır. Dworkin’in bu önermesinden çıkarılabilecek bir diğer

²⁴⁵ Bu ilke, hile değil “yanıltma” (misrepresentation) ile ilgilidir. “Yanıltma” örneğin bir araba satıcısının, arabayı satmak için “bu arabaya bayılacaksınız, çok ekonomik, kasası sağlam, motoru sağlam...” ve benzeri spekülatif ifadelerle satış yapıp, karşı tarafın yanılgısıyla haksız kazanç sağlaması ve bundan doğan sorumluluğu ile ilgilidir. *Common Law*’da araba satan kişinin, arabalarla ilgili çalışan bir profesyonel olduğu, bu yüzden arabalarla ilgili makul bir bilgisinin olduğu varsayılır. Böyle bir profesyonellik özel bir sorumluluğun (special duty of care) doğmasına neden olur. Öte yandan, araba almaya gelen herhangi bir kişi arabalar hakkında hiçbir şey bilmek zorunda değildir. Eğer satıcı karşı tarafın bilgisizliğini suiistimal ederek, arabayla ilgili bilmesi gerektiği varsayılan bir bilgiyi saklarsa bu “yanıltma”dır. Özel sorumluluk satıcı-alıcı ilişkilerinde olduğu gibi, doktor-hasta, danışman-danışan gibi tarafların bilgi açısından eşit olmadığı (ve olmak zorunda olmadığı) ilişkilerinde oluşmaktadır.

²⁴⁶ **Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.** , 32 N.J. 58, 161 A.2d 69 (1960). Ayrıca, Ronald Dworkin, “*The Model...*”, s. 23-24.

sonuç ise, Dworkin'in hukukun öngörülebilirlik sorunsalına verdiği cevabın Realistlere ve kuşkuçulara oldukça yakın olduğudur. “*Bu çerçevede önceden bir ilkenin bir davanın sonucunu belirleyeceğini söylemek mümkün değildir. İlkelerin ve diğer standartların rolü, somut bir dava sırasında ortaya konmaktadır. Bu anlamda, somut bir dava sırasında ortaya konan standartlar tartışılmadıkça, hangi standardın dava sonucunu belirleyeceği önceden söylenemez.*”²⁴⁷ Dworkin, hukuk kurallarının eksiklik ya da boşluğa mahal verdiği davalarda, hukuki belirsizliğe hukukla çözüm bulabilmenin yolunun, eğitilmiş ve üstün yetkinliğiyle yargıçların hukuki yorumlamasına bağlı olduğunu ileri sürmektedir. Hukuki yorumlama geçmişteki emsal davalara ve kararlara bakarak, mahkemelerin nasıl bir mantık ve yorumla kararlarını ortaya koyduklarının incelenmesiyle en doğru şeklini almaktadır.²⁴⁸

Kısaca, betimlenmeye çalışılan hukuk teorisinden görülebileceği üzere Dworkin, hukuki belirsizlik açısından, hukuki problemlere yine hukukun cevap bulabileceğini, çözümsüzlüklere bulunabilecek doğru bir cevabın her zaman olduğunu savunarak formalist bir tutum sergilemektedir.²⁴⁹ Bu tutumuyla, Realistlerin ve Hart'ın hukukun *epistemik belirsizliği* tezlerini kabul etmeyerek, kendi deyimiyle zor davalara ya da

²⁴⁷ Gülriz Özkök, “*Hukuki Belirsizlik...*”, s. 10.

²⁴⁸ “*Dworkin hukuki yorumlamayı, zincirleme bir roman yazılmasına benzetir. Zincirleme roman Dworkin'e göre, her bir bölümün farklı bir yazar tarafından yazıldığı kolektif bir yazarlık çalışmasıdır.*” (bkz. Gülriz Özkök, “*Hukuki Belirsizlik...*”, s. 11.) Yargıçlar bu zincirleme romanı [chain novel] yaratırken hem bir eleştirmen ya da yorumcu hem de bir yazar olarak çalışmaktadır. Her romancı seriyi yaratırken, kendinden önceki yazarın bölümünü yorumlamakta, onun bıraktığı yerden yazmaya başlamakta ve romanı en iyi şekilde yapılandırmaya çalışmaktadır. İşte bu, zor davalar ele alınırken hukukun bütünlüğünü sağlamakta ve sürdürmektedir. Dworkin, **Law's Empire**, s. 229.

²⁴⁹ Gülriz Özkök, “*Hukuki Belirsizlik...*”, s. 9. Ayrıca, Dworkin'in hukuki belirsizliklere ya da boşluğa yegâne doğru bir cevap olduğuna dair önermesi için bkz. Ronald Dworkin, “*No Right Answer?*”, **New York University Law Review**, Vol. 53, 1978.

hukukun suskun olduğu yerlere, kendi kurucu yorum teorisiyle, çözüm ve belirli bir cevap bulunabileceğini iddia etmektedir. Öte yandan hukukun belirsizliğinin çözümü olan ilkeler, davanın olguları ve standartları ortaya çıkmadıkça öngörülebilir olmadıkları için, Dworkin'in hukuktaki *sistemik belirsizliği* kabul ettiği söylenebilir.

4.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Hukuki Belirsizlik Tezi

Bu bölümün ilk kısmında modern liberal hukukun anaakım hukuki belirsizlik anlayışı ve belirsizliği ortadan kaldırmak için sunduğu çözüm önerileri ortaya konulmuştur. Yine ilk kısımda görülebileceği üzere geleneksel hukuk teorileri ya hukuktaki *epistemik ve sistemik belirsizliği* kabul etmekte ya da formalist bir hukuk teorisi önermektedir. Bu kısımda ise hukukta hem *epistemik ve sistemik belirsizliğin* varlığını savunduğu ileri sürülebilecek EHÇ'nin bu bağlamdaki belirsizlik görüşleri ortaya konacaktır. Bu yüzden öncelikle hukuk literatüründe EHÇ'nin belirsizlik teziyle ilgili görüşler incelenecek, devamında ise EHÇ'nin belirsizlik tezine yapılan eleştirilere değinilecektir. Ardından, EHÇ'nin belirsizlik tezinin özü ile bu tezin aslında neyi önerdiği ve geleneksel hukuki belirsizlik tezinden farkı ortaya konulacaktır.

4.2.1 Genel Olarak

Hukuki belirsizliğin ne olduğuna dair hukuk düşüncesinde çeşitli fikirler vardır. Bunların yaygın olanı, her hukuki sorunun ya da ihtilafın tek bir doğru cevabı olmadığı ve bunun en genel anlamda hukuki belirsizliğe işaret ettiği yönündedir. Hukuki belirsizlik, hukukun üstünlüğünü (rule of law) tehdit etmektedir. Eğer bir kuralın uygulanması, anlamı ile ilgili bir tartışma (deliberation) gerektiriyorsa, o kural hukukun üstünlüğüne giden yolda bir rehber olma özelliğini kaybetmiş demektir. Hukuki belirsizlik, hukukta uzun zamandan beri var olan ve süreklilik arz eden bir problemdir. 20. yüzyılın birinci yarısında Amerikan Hukuki Realistleri, hukuki belirsizliği formalizme bir meydan okuma

olarak ele alırken, 20. yüzyılın ikinci yarısında ise EHÇ'nin temsilcileri hukukun üstünlüğüne doğrudan bir saldırı olarak kullanmışlardır.²⁵⁰

Hukukun üstünlüğünün, yargıçların davalarda verdikleri kararlar üzerinde, idealize edildiği kadar kuvvetli ve sınırlayıcı şekilde etkili olamadığı bağlamındaki hukuki belirsizlik tezi, esasen 1920'li ve 1930'lu yıllarda hukuki realistler tarafından ortaya atılmıştır. Bu belirsizlik tezi 1980'lerde EHÇ tarafından güncellenmiş ve geliştirilmiştir. Realistlerin hukuki formalizme yönelttiği eleştiriler, Eleştireller tarafından hukuki liberalizme yöneltilmiştir. Eleştirellere göre hukukun üstünlüğü, ekonomi ve politikanın gayri meşru gücü ile toplumu domine etmesini sağlamak amacıyla yaratılan liberal bir mitten (söylen) başka bir şey değildir. Geleneksel hukukçular ile Eleştireller arasında, özellikle EHÇ Konferansından sonra, 1980'ler ve 1990'ların başlarında alevlenen bu tartışmalar hala sürmektedir.²⁵¹

John Hasnas'a göre Amerikan Hukuki Realistlerinin belirsizlik tezi çalışmalarını takiben, 1950'lerde Hart ve 1970'lerde Dworkin'den sonra belirsizlik tezi EHÇ temsilcileri tarafından yeniden ele alınmıştır. Eleştireller, hukukun esası ile uygulanması arasında sürdürülebilir bir ayrım olmadığı ve hukuki otoriter materyallerin (hukuk kuralları, ilkeleri, yasalar... v.b.) belirsiz olduğu iddiasıyla liberal hukuki meşrulaştırmaya (liberal legalizm) karşı çıktılar. Eleştirellere göre prosedüre odaklanmak, yargısal karar vermeyi

²⁵⁰ James R. Maxeiner, “*Legal Indeterminacy Made in America: American Legal Methods and the Rule of Law*”, **Valparaiso University Law Review**, Vol. 41, Number. 2, 2007, s. 517-518.

²⁵¹ John Hasnas, “*Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy*”, **Duke Law Journal**, : Duke University School of Law, Vol. 45, No. 1, 1995, s. 85, <http://www.jstor.org/stable/1372948>, Erişim:15/09/2014

hiçbir zaman gerçekten 'nötr' hale getirmeyecektir.²⁵² Fischl'e göre, EHÇ, Realistler gibi politik eleştiri ile kuşkucu hukuk teorisinin birbiriyle oldukça bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Kuşkucu hukuk teorisi, hukuk kurallarının davaların sonuçlarını belirlemediği şeklinde, bugün de dâhil olmak üzere, genel olarak kabul gören, anaakım belirsizlik tartışmasını, daha ileriye taşımıştır. Bu aslında Realist eleştirinin de ötesine geçip, 'nötr' bir yargısal karar verme olasılığının tümden reddedilmesidir. Yargıcın mekanik hukuk uygulayıcısı biçiminde ve hukukun apolitik olarak idealize edilmesi görüşünün, hukuk söyleminin doğası ve insan deneyimi ile etkileşimiyle olan bağlantısından dolayı aslen ve kaçınılmaz olarak hatalı olduğunu iddia etmektedir.²⁵³

Hasnas'ın belirttiği üzere Eleştireller, ayrıca belirsizliğin hukukun üstünlüğü ile sınırlı olmadığı ve hukuki otoriter ilkelerle belirli hale getirilemeyeceğini ileri sürmüştürler. Aksine, ilkelerin alanının çelişkili ilke ve idealleri kapsadığını ve bu çelişkileri çözmek için hiçbir üst-ilkenin (meta-principle) olmadığını öne sürmüştürler. Eleştireller, ilkeler söyleminin sadece hukuki belirsizlik söz konusu olduğunda yerini yargısal seçim nosyonunun almasını sağlamak için kullanıldığını iddia etmişlerdir. Bunun dışında, liberal hak teorisyenlerinin hukuk dilinin ne derece "açık dokulu" olduğu hususunu çok fazla hafife aldıklarını belirterek, hukuk dilinin çok fazla şekil verilebilir (malleable) olduğundan dolayı yargıçların istedikleri ideolojik içeriği içine katabileceklerini savunmuşlardır. Böylece, çürütülemez bir hukuki belirsizlik tezi

²⁵² John Hasnas, "Back to the Future...", s. 94-96.

²⁵³ Richard Michael Fischl, "Some Realism About Critical Legal Studies", **University of Miami Law Review**, Vol. 41, Issue 3, 1987, s. 524, <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol41/iss3/4>, Erişim: 27/06/2014.

sunarak, hukuksal usavurumla sıradan bir siyasi tartışma arasında kesin bir ayrım yapılamayacağını, bu yüzden de hukukun siyaset olduğunu ileri sürerler. Hasnas'a göre Eleştireller kendilerini realistlerden daha radikal addetmektedirler. Çünkü belirsizlik tezini hukukun üstünlüğü kavramına bir saldırı olarak kullanmışlardır. Bu bağlamda iddialarını "mistifikasyon tezi" üzerine kurarak, bir yargıcın davalarda kişisellikten arınmış objektif kararlar verebileceği ve bu kararların kesinlik kriterine uygun olacağı görüşünü reddederler. Bu kararların sadece bir grup insanın tüm toplum üzerinde ideolojik önceliklerini ya da seçimlerini dayatması olarak tanımlarlar. Eleştirellere göre, hukukun üstünlüğü ideali ancak hükümetin üstünlüğü olabilir, halkın değil. Ayrıca, Hasnas'ın David M. Trubek'ten aktardığı şekliyle hukukun üstünlüğü ideali "*sadece gücün hak (doğruluk, adalet) giysisinde üstünün örtülmesi*"dir.²⁵⁴ Yargılama prosedürlerinde değer seçimi ya da takdir yetkisinin zaruri olduğu arkasında gizlenirken, kararlar sanki toplumun siyasi mekanizmasının değil de, doğal güçlerin sonucuymuş gibi gösterilmektedir. Eleştireller açısından hukukun üstünlüğü meşruluk ve kaçınılmazlık görünüşü altında toplumsal yapı içerisinde beyaz erkek gücünü koruyan ve sürdüren bir maskeden başka birşey değildir. Bu yüzden Hasnas'a göre Eleştireller hukuk sistemi tarafından inşa edilen toplumsal yapının iddia edildiği gibi adaletin değil meşrulaştırılmış hiyerarşinin tezahürü olduğunu savunurlar.²⁵⁵

²⁵⁴ David M. Trubek, "*Where the Action...*", s. 595.

²⁵⁵ John Hasnas, "*Back to the Future...*", s. 96-98.

4.2.2 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Belirsizlik Tezine Yönelik Eleştiriler

EHC'nin radikal belirsizlik tezine birçok eleştiri yapıldığı ve bununla birlikte EHC'nin oldukça geniş külliyatına bir de oldukça geniş bir EHC karşıtı külliyat eklendiği görülmektedir. Burada ilgili tüm çalışmalara, hukukçulara ya da eleştirilere değinmek mümkün değildir. Mümkün merteye incelenen ilgili çalışmalarda EHC'nin radikal belirsizlik tezine yapılan birçok eleştiri arasında en fazla üstünde durulan hususların hukuktaki belirsizlik alanının (domain) geniş olmadığı, yani belirsizliğin radikal değil ılımlı olduğu, EHC'nin iddia ettiğinin tersine sınırsız sayıda *kolay davanın* olduğu ve dolayısıyla belirsizliğin hukukun üstünlüğüne bir tehdit olmadığı yönündedir. Bu yüzden yapılan eleştirileri çalışmanın amacı bakımından bu minvalde sınırlamak daha uygun olacaktır.

Ken Kress'e göre Eleştirellerin radikal belirsizlik iddiasının geçerli olması, meşru ve keyfi olmayan bir hukuk sistemi ile yargılama usullerinin varlığına dair ciddi şüphelere neden olur. Ken Kress makalesinde, Eleştirellerin radikal belirsizlik iddiasını reddederek, aslında sadece ılımlı bir belirsizliğin olduğunu savunmaktadır. Buna ek olarak belirsizliğin düşünüldüğü kadar önemli bir sorun olmamasının yanında, ılımlı olduğunu iddia ettiği belirsizliğin hukukun meşruluğuna bir tehdit oluşturmadığını ileri sürmektedir. Ken Kress makalesini, Eleştirellerin radikal belirsizlik tezini reddedip, onlardan farklı olarak oldukça ılımlı ve politik meşruiyet açısından yıkıcı sonuçları olmayan bir belirsizlik tezini savunmak için yazdığını belirtmektedir.²⁵⁶

²⁵⁶ Ken Kress, “*Legal Indeterminacy*”, s. 283-284.

Kress'e göre Eleştireller hukukun belirsiz olmasından dolayı meşru olmadığı inancındadır. Kress'in aktardığına göre Singer²⁵⁷, liberal hukuk teorisyenlerinin hukukun üstünlüğünün gereklerini yerine getirebilmek için daha güçlü bir belirliliğe ihtiyaç duyduklarını ifade etmektedir. Singer'e göre belirlilik gereklidir; çünkü belirlilik, keyfi yargısal gücü sınırlar. Singer açısından, tamamen kesin ya da belirli bir hukuk sisteminin ulaşılabilir olduğu varsayılsa bile, tamamen belirli bu hukuk sistemi dahi "adil ya da meşru" olmakta başarısız olacaktır. Çünkü "güvenlik, gizlilik, itibar, seyahat özgürlüğü" ve buna benzer birçok çakışan ya da çelişen değerleri korumakta yetersiz kalacaktır. Bu yüzden Singer'e göre liberal hukuk teorileri belirlilik ve belirsizliğin doğru karışımını sağlamaya çalışmaktadır. Ancak var olan hiçbir hukuk sistemi ya da teorisi yeterli derece belirliliği sağlayabilmiş değildir.²⁵⁸ Singer oldukça ünlü *Player and the Cards* adlı makalesinde bu konuyla ilgili şunları söylemiştir: Hukuk doktrini, geleneksel hukukçuların farkında olduğundan çok daha belirsizdir. Eğer geleneksel teorisyenler hukukun üstünlüğü açısından belirliliğin önemi konusunda haklılarsa, o zaman bizzat kendilerinin belirlediği kriterlere göre hukukun üstünlüğü hiçbir yerde hiçbir zaman var olmamıştır. İşte bu düşünce belirsizlik tezinin esasıdır.²⁵⁹

²⁵⁷ Joseph William Singer, EHÇ'nin tanınmış ve önemli mensuplarından biri olup, nihilist çerçevedeki çalışmalarıyla EHÇ'nin en radikal kanadını temsil etmektedir. Singer ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s.118-123.

²⁵⁸ Ken Kress, "Legal Indeterminacy", s. 286. Ayrıca, Joseph William Singer, "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", **The Yale Law Journal**, Vol. 94, No. 1, The Yale Law Journal Company Inc., 1984, s. 13-16, <http://www.jstor.org/stable/796315>, Erişim: 05/07/2014.

²⁵⁹ Joseph William Singer, "The Player and...", s. 16.

Solum, EHÇ'nin belirsizlik tezini *zayıf ve güçlü belirsizlik tezi* olmak üzere ikiye ayırmaktadır.²⁶⁰ “*Solum'a göre belirsizlik tezinin zayıf versiyonu, güçlü belirsizlik tezinin savunulamazlığından dolayı eleştirel hukukçuların farklı gerekçelerle belirsizlik tezini sürdürme iddiasının gereği olarak ortaya çıkmıştır.*”²⁶¹ EHÇ'nin radikal belirsizlik tezine göre, bütün davalar *zor davalardır ve kolay dava yoktur*. EHÇ'nin bu söyleminden hareketle Solum'un makalesinde kolay davaların varlığını kanıtlamaya çalışarak, kendi tanımıyla, *güçlü belirsizlik tezini* çürütmeye çalıştığı görülmektedir. Solum, *On the Indeterminacy Crisis* adlı makalesinde, neredeyse sınırsız sayıda kolay davanın sayılabileceğini ileri sürüp, bir kimsenin köpeğini yürüyüşe çıkarmanın rekabet hukuku (anti-trust law)²⁶² yasalarını ihlal etmeyeceği, sigara içmenin üçüncü kez başkan seçilmeyi engelleyen anayasal kısıtlamalara aykırı olmayacağı gibi örnekler verir. Solum'a göre, eğer bir ev sahibi kendi mülkiyet sınırları içinde dondurma yerse bu hiçbir hukuk davasına neden olmayacaktır. Kırmızı ışıktan geçmekten (jaywalking) cinayete, yasal sözleşmelerden kasıtlı haksız fiillere (intentional torts) kadar *kolay davalar* her yerde bulunabilir. Ancak bir davanın *kolay dava* olarak tanımlanabilmesi de bir kimsenin “dava”yı nasıl tanımladığına bağlıdır. Eğer “dava”, belirli bir kuralı ihlal eden bir eylem ya da insan davranışı olarak tanımlanırsa, bu durumda yukarıdaki örnekler güçlü belirsizlik tezini çürütür. Ancak, eğer “dava” iki ya da daha fazla taraf arasındaki ihtilafsa,

²⁶⁰ Lawrence B. Solum, “*On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 54, 1987, s. 464, <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4513&context=uclev>, Erişim: 03/03/2017.

²⁶¹ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk...**, s. 87.

²⁶² İng. *Anti-trust Law*, A.B.D.'de *Anti-trust Law*, Birleşik Krallık'ta *Competition Law* şeklinde kullanılır.

güçlü belirsizlik tezini çürütmek biraz daha zordur. Bir kimsenin köpeğini yürüyüşe çıkarmak, olaya ve ilgili hukuka bağlı olarak, örneğin kırmızı ışıktaki karşı karşıya geçmeme kuralının ya da bir hayvanın kaldırılma dışkılama izin vermekle ilgili kuralın ihlalini içerebilir. Solum'un yorumuna göre, varsayımsal bir durumla ilişkilendirilebilecek bazı hukuki kuralların olabileceğini göstererek *güçlü belirsizlik tezini* savunmaya niyetlenmiş olabilirler. Ancak bu savunma kendi kendini çürütür bir savunmadır. Böyle bir durumda belirsiz bir şey varsa o da dava değil, varsayımsal davadır. Her şeye rağmen, kısacası hiçbir hukuk kuralı ihlal etmeyen bir kolay dava bulmak zor değildir. Eleştireller bu sonucu sığ bulabilirler ama bir davanın ne kadar kolay olduğu da kolayın tanımına bağlıdır.²⁶³

4.2.3 Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın Belirsizlik Tezinin Özü

Solum'a göre, genel olarak EHÇ'nin hukukta belirsizlik tezi, Duncan Kennedy'nin erken dönem çalışmalarından *Form and Substance in Private Law Adjudication*²⁶⁴ adlı çalışmasında görülmektedir. Belirsizlik tezinin daha güçlü versiyonları daha sonra David Kairys'in *Law and Politics*²⁶⁵ adlı makalesinde, daha detaylı ve radikal ifadeleri ise Joseph Singer'in *Player and the Cards*²⁶⁶, James Boyle'in *The Politics of Reason*²⁶⁷ ve Gary

²⁶³ Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy...", s. 471-472.

²⁶⁴ Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", **Harvard Law Review**, Vol. 89, 1976, s. 1685-1778, <http://www.duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>, 03/12/2014.

²⁶⁵ Makale için bkz. David Kairys, "Law and Politics", **George Washington Law Review**, Vol. 52, 1983-1984, s. 243-262, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr52&div=18&id=&page=>, Erişim: 10/04/2017.

²⁶⁶ Makale için bkz. Joseph William Singer, "The Player and...", s. 1-70.

²⁶⁷ Makale için bkz. James Boyle, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 133, No. 4, 1985, s. 685-770,

Peller'in *Metaphysics of American Law*²⁶⁸ adlı makalelerinde görülür. Sözleşme Hukuku açısından belirsizlik tezi EHÇ temsilcilerinden Clare Dalton²⁶⁹ ve Jay Feinman²⁷⁰ tarafından ele alınırken, belirsizlik tezi bağlamında Anayasa Hukuku özellikle Mark Tushnet²⁷¹ tarafından işlenmiştir.²⁷² Ancak, yukarıda aktarılan eleştirilere karşılık incelenebilecek en uygun makalenin, en önemli EHÇ temsilcilerinden biri olarak kabul edilen Mark Tushnet'in *Defending the Indeterminacy Thesis*²⁷³ adlı makalesi olduğu kanısından hareketle, EHÇ açısından belirsizlik tezinin incelenmesi bu makale ile sınırlı tutulacaktır.

Tushnet bahse konu makalesinde belirsizlik görüşünü kendi bakış açısından anlatmak istediğini ve bu makaleyi Coleman ve Leiter'in EHÇ'nin belirsizlik tezi eleştirilerine²⁷⁴ bir cevap olarak yazdığını belirtmektedir. Öte yandan, Tushnet'in bu makalesi aynı zamanda yukarıda bahsi geçen eleştirilerin EHÇ açısından savunması olarak da ele alınabilir. Tushnet aslında kendi belirsizlik tezi ile Coleman ve Leiter

http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=faculty_scholarship, Erişim: 10/04/2017.

²⁶⁸ Makale için bkz. Gary Peller, "The Metaphysics of American Law", **California Law Review**, Vol. 73, Issue 4, 1985, s. 1151-1290, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol73/iss4/3/>, Erişim: 10/04/2017.

²⁶⁹ Makale için bkz. Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", **Yale Law Review**, Vol. 94, No. 5, 1985.

²⁷⁰ Makale için bkz. Jay M. Feinman, "Promissory Estoppel and Judicial Method", **Harvard Law Review**, Vol. 97, 1984.

²⁷¹ Makale için bkz. Mark V. Tushnet, "A Note on the Revival of Textualism in Theory", **Southern California Law Review**, Vol. 58, 1985, s. 683-700. Ayrıca, Mark V. Tushnet, "Critical Legal Studies and Constitutional Law...", s. 623-647.

²⁷² Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy...", s. 463-464.

²⁷³ Mark Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", **Quinnipiac Law Review**, Vol. 16, 1996-1997, s. 339-356.

²⁷⁴ Jules Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity and Authority", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 142, 1993, s. 549-637, http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol142/iss2/8/, Erişim:25/03/2017.

arasındaki farkın göreceli olarak küçük olduğunu savunmaktadır. Tushnet'e göre, Coleman ve Leiter belirsizlik tezini analitik bir hukuk teorisi olarak ele almaktadır. Ancak belirsizlik tezi aslında *informal (gayri resmi) siyaset teorisi*dir. Coleman ve Leiter'in makalelerinde, EHÇ'nin belirsizlik tezinin demokratik meşruiyet açısından bir tehdit yaratmadığını, liberalizmin belirlilik düsturuyla derin bir bağı olmadığını ve hatta belirliliğe de ihtiyaç duymadığını yazdığını aktarmaktadır. Ancak Coleman ve Leiter'in yaklaşımının tersine Tushnet, informal siyaset teorisi olarak tanımladığı belirsizlik tezinin Amerika Birleşik Devletleri'nin (A.B.D.) siyaset ve hukuk sistemi içinde belirlilik ve meşruiyet arasında bir bağlantı olup olmadığını cevabını aradığını belirtmektedir.²⁷⁵

Tushnet, Coleman ve Leiter'in aslında informal siyaset teorisinin bir türü olarak belirsizlik tezi analizine karşı çıkmadıklarını öne sürmektedir. Coleman ve Leiter, makalelerindeki bir dipnotta²⁷⁶, sadece sıradan bir vatandaşın, bazı hukukçuların ve fakültenin birinci yılında olan hukuk öğrencilerinin hukukun belirli olduğuna dair bir hukuk algısı olduğunu, ancak hukuku uygulayan ya da icra eden hukukçuların, hukuku belirli olarak telakki etmediklerini vurgulamaktadır. Tushnet bu yüzden, gözlem yoluyla ortaya çıkan bu kanıya katılmakla beraber, Coleman ve Leiter'in bu görüşlerinin informal siyaset teorisi olarak belirsizlik tezini desteklediği inancında olduğunu savunmaktadır.²⁷⁷

Tushnet, iki hususu vurgulamanın önemli olduğunu belirtmektedir. Bunların birincisi, hukuku bir meslek olarak icra eden hukukçuların hukuk teorileri ile resmi hukuk teorileri (official theory) arasındaki ayrımın belirlenmesi gerektiğidir. Resmi teorinin öne

²⁷⁵ Mark Tushnet, "Defending the...", s. 339-340.

²⁷⁶ Jules Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity...", s. 579, 54. Dipnot.

²⁷⁷ Mark Tushnet, "Defending the...", s. 340.

sürdüğü retorik, hukukun belirli olduğu iddiasının, vatandaşların hukuka ve hukukun otoritesine neden uymaya razı olduğunu açıklamada büyük bir yer tutmaktadır. Öte yandan, ikinci husus ise, resmi teori hassasiyetle belirliliğin varlığı iddiasındadır. Çünkü (Coleman ve Leiter'in de iddia ettiği gibi) hukuk uygulayıcıları ile sıradan vatandaşların hukuk algıları arasında uyuşmazlık vardır. Sıradan vatandaşlar, hukukun kendi üzerlerinde bağlayıcı olduğuna inanırlar, çünkü hukukun belirli olduğuna inanırlar. Tushnet açısından, Coleman ve Leiter'in analitik hukuk teorisi, onları liberalizmle derin bir bağlılıkla ilgilenmeye yöneltirken, informal siyaset teorisi belirlilik ile meşruiyet arasındaki bağlantıyı göstermek için sıradan vatandaşlar ile hukuk uygulayıcıları arasındaki uyuşmazlıkla ilgilenir.²⁷⁸

Tushnet açısından belirsizlik tezi şu şekildedir: Hukuki analizin materyalleri, yani kabul edilmiş hukuki kaynaklar ve bu kaynaklarla çalışırken kabul edilmiş tümdengelim ve analogi (örnekseme) gibi metodlar, hukuki sorunu çözmek için yeterli değilse, hukuki önermeler belirsizdir. Bu durumda sorulması gereken soru “*hukuki önerme mi yoksa bu önermenin reddi mi hukukun doğru ifadesidir*” olmalıdır. Görüşülen bir dava, belirsiz bir önerme üstüne kurulmuşsa, aynı derecede iyi desteklenmiş hukuki materyalleri kullanan hem davalı hem de davacı aynı derecede haklı olabilir ve sonuç ikisinin de lehine olabilir.²⁷⁹

Kısaca anlatmak gerekirse, belirsizlik tezi davalardaki ya da hukuki olaylardaki hukuki önermenin belirsiz olmasıdır. Hukuksal usavurum, zor ya da önemli bir davada

²⁷⁸ Mark Tushnet, “*Defending the...*”, s. 340.

²⁷⁹ Mark Tushnet, “*Defending the...*”, s. 341.

asla tek ve yegâne sonucu garantilemez. Bu, davanın sonucunun doğruluğunun ne derece çelişkili olduğu ya da davanın sonucunu belirlemekteki zorluklarla ilgili bir iddia değildir. Aslında belirsizlik tezinin iddiası, hukuki önermelerin, bir insan ne kadar uğraşırsa uğraşsın, bir hukukçu ne kadar yetenekli olursa olsun, belirsiz olmasıdır.²⁸⁰

Sercan Gürler, makalesinde²⁸¹ belirsizlik tezinin kısaca 'hukuki soruların doğru cevapları yoktur ya da en azından tek bir doğru cevabı yoktur' iddiası olduğunu söylemiştir.²⁸² Bu doğru ancak eksik bir önermedir. Ancak yukarıda Mark Tushnet'in de tanımından gördüğümüz üzere, belirsizlik tezi, sadece cevabın doğru olup olmaması ile ilgili değil, tek bir doğru cevap olmaması ile ilgidir. Burada Tushnet'in betimlediği belirsizlik tezinin bu kısmının, tamamıyla *sistemik belirsizlik* iddiası ile ilgili olduğu söylenebilir. Ayrıca ne kadar denenirse denensin hukuki önermeler belirli hale getirilemez demesi de Tushnet'in *epistemik belirsizlik* iddiasının göstergesidir.

Tushnet'e göre neredeyse herkes hukukun bir derece belirsiz olduğunu kabul etmektedir. Hukuki belirsizliğin en tipik örneği olarak Anayasayı yorumlamaya çalışan bir Yüksek Mahkeme davasının, beşe karşı dört azınlık kararıyla sonuçlanması verilebilir. Tushnet açısından, böyle bir hukuki önermenin belirsiz olduğunu iddia etmek yerinde olacaktır.²⁸³

²⁸⁰ Mark Tushnet, "Defending the..." , s. 341.

²⁸¹ Sercan Gürler, "The Problem of Legal Indeterminacy in Contemporary Legal Philosophy and Lawrence Solum's Approach to the Problem", *Annales XL*, No. 57, 2008, s. 37-64, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/6991>, Erişim: 04/04/2017.

²⁸² Sercan Gürler, "The Problem..." , s. 40.

²⁸³ Mark Tushnet, "Defending the..." , s. 341.

Tushnet belirsizlik tezinin, hukuk düşüncesinde belli bir alan (domain) tuttuğunu söylemektedir. Hukuktaki belirsizlik alanının küçük olması, hukukun üstünlüğü ile ilgili bir ilişkilendirmeye mahal vermezken, bu alanın geniş olmasının hukukun üstünlüğünü tartışılır hale getirdiğini ileri sürmektedir. Tushnet EHC'nin belirsizlik tezine yapılan eleştirilere cevap vermeyi sürdürürken, yukarıdaki dava örneği baz alındığında, bazı hukukçuların Yüksek Mahkeme'deki ihtilaf ve ayrılığın Anayasa'nın belirsiz olmasından kaynaklanmayabileceğini savunduğunu vurgular. Belki de sadece, hukukçuların ilgili tüm hukuki materyalleri bulmak için yeterli zamanı yoktur ama geniş bir zamanda tüm hukuk literatürünü tarayabilen bir hukukçu, her anayasal soruya doğru cevabı bulabilir. Böylece doğru cevabın bulunabilirliği gerçeği varsa, bu aynı zamanda doğru cevabın hukukun içinde olduğunu da gösterir. Hukuki materyallerin, ihtilaf yaratan her hukuki önermeye mutlaka doğru cevabı sağladığını savunan bu görüş Ronald Dworkin tarafından ortaya atılmıştır. Ancak ne kadar sınırlayıcı olsa dahi, Tushnet açısından, Dworkin'in bu argümanı kabul edilecek olsa bile, bu argüman belirsizlik tezinin varlığına bir tehdit değildir. Dworkin bu argümanı *Hard Cases*²⁸⁴ adlı makalesinde savunmuştur ve buna ek olarak bu makalesinde ünlü "*Herkül Yargıç*" önermesini de ortaya koymuştur. Dworkin'e göre hukuki materyaller üzerinde üstün bir bilgi ve yeteneğe sahip olan *Herkül Yargıç*, hukukun belirsizliğine yine hukukla belirlilik getirebilir ve karşısına çıkabilecek her türlü hukuki soruya doğru cevabı bulabilir.²⁸⁵

²⁸⁴ Ronald Dworkin, "*Hard Cases*", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No. 6, Harvard Law Review Association, 1975, s. 1057-1109, <http://www.jstor.org/stable/1340249>, Erişim: 03/09/2014.

²⁸⁵ Mark Tushnet, "*Defending the...* ", s. 341-342.

Dworkin makalesinde *Herkül* Yargıç olarak, insanüstü yeteneklere, eğitime, sabra ve zekâyâ sahip, her davada yasa koyucunun amacını yorumlayabilen, davayı çözüme kavuşturmada hangi ilkelere ihtiyaç olduğunu bilen, hukukun tartışmasız üstünlüğünü kabul eden ‘üstün’ Amerikan yargısının ‘üstün’ temsilcisi resmi çizmektedir.²⁸⁶ Ancak Tushnet’e göre, Dworkin’in hukukun ontolojisi ile ilgili ortaya attığı bu tez, aslında bir bakıma tüm hukuki önermelerin doğru ya da yanlış olduklarını iddia etmektedir. Üstelik "*gerçek yargıçların*" her hukuki olay ve davada doğru cevaba ulaşabilip ulaşamadıkları ile ilgili suskundur. İlaveten Dworkin’in bu kavramcı (conceptualist) bakış açısı, belirsizlik tezinin temellerinden biri olan hukukun gerçek toplum içinde demokratik meşrulaştırmaya tabi tutulduğu iddiasını zayıflatmaz; çünkü belirsizlik tezi informal siyaset teorisi ile ilgili olduğu sürece, önemli olan uygulandığında hukuka ne olduğu, uygulandığında hukukun neye dönüştüğüdür.²⁸⁷

Tushnet’e göre, belirsizlik tezi ile ilgili daha önemli bir tehdit unsuru barındıran eleştiri, açıkça belirli hukuki önermelerle, yani aslında *kolay davalar* ile ilgili olanlardır. Tushnet bu önermelere şu örnekleri verir: "Tushnet adındaki tüm dava tarafları her zaman kaybeder." "Birleşik Devletler Anayasası'na göre 35 yaşın altındaki bir kimse başkan olamaz." "Birleşik Devletler Anayasası'na göre başkan Senato'dan ya da Temsilciler Meclisi'nden geçen tahsisatla ilgili yasanın tek bir maddesini bile veto edemez." Birinci varsayımsal hukuki önerme belirlidir, çünkü hukukun bir parçasıdır ve Tushnet adına sahip herkes, davalı ya da davacı, davayı kaybedecektir. Diğer önermeler ise, Birleşik

²⁸⁶ Ronald Dworkin, "*Hard Cases*", s. 1083.

²⁸⁷ Mark Tushnet, "*Defending the...* ", s. 342.

Devletler Anayasası açısından başkanlığın anlamını belirleyen beyanlardır. Bu tarz eleştirilerin diğer bir versiyonu ise, davaların büyük bir çoğunluğunun istinaf mahkemeleri tarafından oybirliği ile kabul edildiği ve istinaf mahkemelerindeki yargıçların karar verdikleri davaların çok az bir kısmında ciddi hukuki sorunlarla karşılaştıklarını yazmalarıdır. Eğer yukarıda verilen örnekler gerçekten belirli olsaydı ya da oybirliği belirliliği tesis etseydi, hukuktaki belirsizlik alanının oldukça küçük olduğu kabul edilebilirdi. Ancak ilk nazarda (prima facie) belirli olan yukarıdaki örnekler, belirsizlik tezini zayıflatmamaktadır. Çünkü belirsizlik tezi tam olarak anlaşıldığında, bu örneklerin hukuktaki belirsizlik alanını önemli ölçüde kısıtlamadığı görülmektedir. Belirsizlik tezinin gerçek alanını tanımlamak ve belirsizliğin nereden oluştuğunu açıklamak, bu örneklerin bariz belirliliğinin bile sorgulanmasına neden olmaktadır.²⁸⁸

Tushnet'in ortaya koyduğu belirsizlik tezi çerçevesinde, hukuktaki belirsizliğin alanı tüm hukuki önermeleri kapsayacak kadar yaygındır. Çünkü bir hukukçunun öne sürebileceği tüm önermeler belirsizdir. Belirsizliğin alanını bu şekilde belirlemek demek, hukukun demokratik meşrulaştırılmasını hedef almaktır. Tushnet hukukçuları bir sınıf ya da bir sosyal grup olarak ele alarak onların profesyonel karar ve yargılarına belirsizlik tezi açısından oldukça önemli bir anlam yüklemektedir. Hukukçuların yargı ve kararlarının *profesyonel itibarı*, bu kararların sosyal açıdan bağımsız ve önemsiz olduğu sonucunu doğurmaz. Farklı bir şekilde söylenecek olursa Tushnet'e göre hukukçuların profesyonel kararlarını belirsizlik tezi bağlamında incelerken sosyolojik bakış açısı benimsenmelidir. Çünkü sosyal bir grup ya da bir sınıf olan hukukçuların profesyonel yargıları ve kararları,

²⁸⁸ Mark Tushnet, “*Defending the...*”, s. 342-343.

aynı zamanda sosyolojik bir olgudur. Tushnet, bu bağlamdaki görüşlerini sosyolojik teori üzerine kurduğunu söylemekte ve bu anlamda Coleman ve Leiter'in kendisini doğru ve güvenilir türden bir sosyal bilimsel teori kullanması gerektiği şeklinde eleştirdiğini ancak bu doğru ve güvenilir sosyal bilimsel teorinin ölçütlerinin neler olduğunu belirlemediklerini ileri sürmektedir.²⁸⁹

Coleman ve Leiter bu çerçevedeki eleştirileri şu şekildedir: Öncelikle Tushnet'in sosyal bir grup ya da bir sınıf olarak ele aldığı hukukçuların yargı ve kararlarının sosyal anlamda kaçınılmaz olarak radikal bir belirsizliğe sahip olduğu iddiasına karşı çıkarlar. Anlamın, insanların onu nasıl yorumlamak istediğinden bağımsız olmadığını kabul ederler. Ancak onlara göre anlam yani yargı ya da karar radikal olarak belirsiz değildir. Bunun yerine anlam toplum içinde sosyal davranışlar, inançlar ve anlayışlar tarafından belirlenir. Yani anlam objektif olmasa da komünaldır²⁹⁰ ve bu yüzden de anlama dair belirsizlik komünal geleneklerle belirli hale getirilebilir ya da düzeltilebilir.²⁹¹

Öte yandan, bu iddia ortaya konulduğunda, toplumdaki hiyerarşi ve güç ilişkilerinin insan davranışlarına yansımaları gibi endişe uyandıran kuşklar ortaya çıkabilir. Bu kuşklar ise, hukuku oluşturan kural ve ilkelerin günün sonunda toplumdaki baskın, egemen kültürü yansıtacağı ve çatışan çıkar ya da ilgi ile 'iyi algısı'nın hukukun meşruluğunu tehdit edeceği eleştirisine mahal verebilir. Hukukun aslında objektiflik

²⁸⁹ Mark Tushnet, "*Defending the...*", s. 343-344; ayrıca s.343-344, 18. Dipnot.

²⁹⁰ Jules Coleman & Brian Leiter, "*Determinacy, Objectivity...*", s. 571.

²⁹¹ Mark Tushnet, "*Defending the...*", s. 343, 16. Dipnot.

maskesi ardına saklanan egemen ideoloji ve kültürün kabul ettirilmesinden başka birşey olmadığı görüşü, egemen ideoloji eleştirisinin semantik versiyonudur.²⁹²

Bu görüşün metafiziksel versiyonu ise daha da esasa dair bir eleştiri içerir. Buna göre, eğer hukuki olaylar yargıçların davranışları tarafından belirli hale getirilirse ya da düzeltilirse, hukuki olaylar yargıçların onlarla ilgili algısının bir yansımasından daha fazlası değildir. Yargıçların genellikle varlıklı (wealthy) beyaz erkeklerden oluştuğu doğrudur. Böylece objektif hukuki olaylar varlıklı beyaz erkeğin taraflı (biased) ifade tarzından başka bir şey değildir.²⁹³

Coleman ve Leiter'e göre, bu eleştirilerin semantik versiyonu kafa karıştırıcı olmasının yanında kabul edilebilir de değildir. Komünal geleneklerin belirli kelimelerin ve cümlelerin anlamını belirli hale getirmesi ya da düzeltmesi, anlamlı kelime ve cümlelerin yeni bir semantik anlamı ifade etmek için kullanılmasını engellemektedir. Örneğin "işçiler kapitalizm tarafından sömürülürler" ya da "ataerkil toplumlarda, bir erkek ortalama olarak bir kadından daha çok avantaj ve ayrıcalıktan yararlanır" gibi cümleler, Marx'ın, Eleştirel Teorisyenlerin ya da Feministlerin yazıları semantik gelenekçilik iddiası doğru olsa bile, eksiksiz bir şekilde anlaşılırdır.²⁹⁴

Gelenekçiliğin metafizik eleştirisi ise bundan biraz daha tehditkârdır. Irk, toplumsal cinsiyet, sınıf, ideoloji ya da inançlar sistemi arasında bir korelasyonun bulunduğuna inanmak için iyi nedenler vardır. Ancak bu korelasyon ne açık ne de düzenlidir. Yargısal ırk, cinsiyet ve sınıf ile hukuki olayların metafizik evreni arasında

²⁹² Jules Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity...", s. 617.

²⁹³ Jules Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity...", s. 617.

²⁹⁴ Jules Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity...", s. 617.

gerçek bir belirleme ilişkisi ya da bağlamsal ilişki olduğunu göstermek için daha detaylı bir yoruma ihtiyacı vardır.²⁹⁵

Tushnet bu iddiasını açıklamak ve Coleman ile Leiter'in yukarıdaki eleştirilerine cevap vermek için daha önce başkanın veto hakkı ile ilgili verdiği örneği irdeler. Tushnet bir kuşak öncesinde yani 1977'den 1981 yılına kadar başkanlık yapmış olan Jimmy Carter döneminde, belirsizlik tezini çürütmek amacıyla öne sürülen açıkça belirli hukuki önerme örneğinin çok etkili olabileceğini yazar. Ancak 1981'de Carter'den sonra başkan olan Ronald Reagan döneminde, *Wall Street Journal*'da²⁹⁶ yazan bazı muhafazakâr (conservative) hukukçular, Reagan yönetiminin tahsisatla ilgili yasalarda *line-item veto*²⁹⁷ ile ilgili argümanlar geliştirdiklerini yazdığını belirtmektedir. Kısacası birkaç sene önce manasız olan *line-item veto* yetkisi, birkaç sene sonra *profesyonel olarak itibar gören* bir önerme haline gelmiştir.²⁹⁸

Tushnet, bu örneğin yaygın bir belirsizlik iddiasını açıklamaya yeterli olmadığına ve hukuktaki belirsizlik alanının iddia edildiğinden daha dar olduğu eleştirisine maruz kalabileceğini ifade etmektedir. Keza Tushnet'in belirttiği üzere, Leiter makalesinde bunun gereksiz ve makul olmayan "geçicilik tezi" (atemporary thesis) olduğunu öne sürmektedir. Bu tez açısından eğer eleştiri bir hukuki önermenin sadece belli bir zaman dilimi içinde

²⁹⁵ Jules Coleman & Brian Leiter, "*Determinacy, Objectivity...*", s. 617-618.

²⁹⁶ A.B.D.'nin en yüksek tirajlı ve en prestijli gazetelerinden biri olarak bilinir. İşletme, ekonomi, pazarlama, finans ve siyasetle ilgili makaleler yayınlayan bu gazete kurulduğu yıl olan 1889'dan bu güne kadar birçok kez Pulitzer Ödülü kazanmıştır.

²⁹⁷ Bir yasanın bir ya da birkaç maddesini veto edebilme yetkisi demektir.

²⁹⁸ Mark Tushnet, "*Defending the...*", s. 343.

belirli olduğunu gösterebilirse, önermenin belirsizliği iddiası sağlanmış olur. Bu belirli süre genişletildiğinde, tüm hukuki önermelerin belirsiz addedilebileceği varsayılır.²⁹⁹

Ancak Tushnet'e göre belirsizlik tezi böyle serbest ya da sınırları belli olmayan bir geçicilik tezine dayandırılmaz ve zaten dayandırılmamıştır. Verilen örneğe göre *line-item veto* argümanı artık profesyonel itibarı olan bir önermedir. Bu argümanın profesyonel itibarı, sosyal açıdan önemli hukuki aktörlerin bu itibarı yaratmaya başlamasıyla oluşmuştur. Bu bağlamda profesyonel itibar, belli bir sosyal ya da politik güçten üretilmektedir. Genellemek gerekirse, söz konusu hukuksal aktörler daha fazla güç elde ettikçe (ya da kaybettikçe) bu argüman daha makul derecede güçlü olacaktır (ya da anlamsızlaşacaktır). İşte bu da sosyolojik perspektifin bu önermeye uygulanmasıdır.³⁰⁰

Bu önerme üzerinden belirsizlik tezinin sosyolojik yaklaşımı gösterildikten sonra, belirsizlik tezinin genel düşüncesinin aslında şöyle olduğu söylenebilir: Sosyal açıdan önemli ya da güçlü bir grup, o zamana kadar anlamsız bulunan hukuki önermeleri yararlı bulup, bu önermeleri hukuki talebe dönüştürdüğünde, bu grubun talepleri üzerinden kurdukları argümanlar ilk önce *profesyonel itibar* kazanacak, sonra da sosyal ya da politik güçleri arttığı oranda makul *güç* kazanacaktır. Belirsizlik tezinin iddiası da böyle önermelerin belirsiz olduğudur. Kısaca, bir hukuki önermenin karşıt iki tarafında da,

²⁹⁹ Tushnet, belirsizlik tezinin ciddiyete kavuşturulması için bir süreye işaret etmesi gerektiğini kabul eder, ancak birileri belli bir günde belirli olan bir hukuki önermenin örneğin on iki saat sonra belirsiz olduğunu göstererek belirsizlik tezini kanıtlayamaz. Tushnet bu bağlamda geliştirdiği sosyolojik argümanın ancak bunun makul zaman dilimini tanımlayabilmek için gerekli olan ölçütlerin belirlenmesi girişimi olarak ele almakla kısmen anlaşılabilirliğini öne sürer. Mark Tushnet, “*Defending the...*”, s. 344, 20. Dipnot.

³⁰⁰ Mark Tushnet, “*Defending the...*”, s. 344-345.

makul ölçüde güçlü (reasonably powerful) argümanların olduğu her yerde belirsizliğin varlığından söz edilebilir.³⁰¹

Mark Tushnet'in bu önermesine en güzel ve en yakın örneklerden biri Türkiye Cumhuriyeti'nde (T.C.) son dönemlerde yapılan anayasal değişiklikler gösterilebilir. T.C.'de 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum sonrasında T.C. Hukuku'nda "cumhurbaşkanı" kavramından sonra "başkanlık" kavramı da *resmi olarak* benimsenmiştir. T.C.'de 3 Kasım 2002 tarihli genel seçim sonrasında iktidara gelen Adalet ve Kalkınma Partisi'nden önce, Türkiye'de "başkanlık" mevhumu ya da "başkanlık tartışmaları" denilince, akla büyük ihtimalle sadece A.B.D. Başkanlık sistemi gelmekteydi. Çünkü 1982 tarihli T.C. Anayasası'nın 1. Maddesine göre T.C. bir cumhuriyetti ve 101. Maddesine göre bir meclis tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı vardı. Anayasa'nın bu maddelerinin değişmesi 10-15 yıl önceki siyasi veya sosyolojik herhangi bir mecrada belki de tartışma konusu bile değildi. Ayrıca Anayasa'nın bu maddeleri *kesin, belirli ve açıktı*. Liberal ve formalist bir bakış açısıyla Anayasa Mahkemesi huzuruna çıkabilecek böyle bir dava, *kolay dava* olarak algılanabilir, böyle bir davanın hukuki önermelerinin belirli ve kesin olduğu iddia edilebilirdi. Ancak bugün T.C. Hukuku'nun ve doğal olarak siyaset ve sosyolojisinin gündeminde 16 Nisan 2017 tarihli referandumun resmi sonuçlarına göre %85,43 kayıtlı seçmenin katılımıyla %51,41 evet oyuna karşı %48,59 hayır oyuyla kabul edilen bir başkanlık sistemi ve anayasa değişikliği vardır. Bu da demektir ki, liberal ve formalist hukuk mantığıyla bu tarihten sonra bu konuda Anayasa Mahkemesi'nde açılan bir dava *kolay dava olmayacaktır* ve bu

³⁰¹ Mark Tushnet, "Defending the..." , s. 344-345.

kez sonucu “cumhurbaşkanlığı” argümanının değil “başkanlık” argümanının lehine olacaktır.

Bu hukuki olaya, Tushnet’in metodolojisi uygulanacak olursa: Belirli bir zamanda belirli olan “cumhurbaşkanlığı” ile ilgili hukuki önerme çerçevesinde; ilk olarak, *makul zaman dilimi* olarak (A.K.P.’nin iktidara geliş yılı baz alınır) neredeyse 15 yıllık bir zaman dilimi göz önüne alınacaktır. Sonrasında “cumhurbaşkanlığı” hukuki önermesine karşı geliştirilen “başkanlık” argümanına *sosyal açıdan önemli hukuki faktörler tarafından ne zaman hukuki profesyonel itibarın kazandırıldığı* saptanacaktır. Bu bağlamda, Tushnet tarafından *politik güçten* elde edildiği varsayılan bu önermenin itibarı kabul edildikten sonra *resmi hukuk* ve *resmi hukuk teorisi* açısından belirli bir süre önce anlamsız olan “başkanlık” sisteminin belli bir süre sonra *itibar gören bir önerme* haline geldiği kabulü ortaya çıkacaktır.

Böylece elde aynı derecede iyi desteklenmiş hukuki materyalleri kullanan ihtilaf halindeki iki tarafın ihtilaf halindeki iki hukuki önermesi kalacaktır. Bu durumda Tushnet’in makalesinde sorduğu soruyu tekrarlamak abesle iştigal olmayacaktır: “*Hukuki önerme mi yoksa bu önermenin reddi mi hukukun doğru ifadesidir*”? Tushnet’in ve EHC’nin radikal belirsizlik tezinin bu soruya verdiği cevap ise şu olacaktır: “*Her ikisi de*”. Yine Tushnet’in makalesinde öne sürdüğü üzere, bir hukuki önermenin karşıt iki tarafında da makul ölçüde güçlü (reasonably powerful) argümanların olduğu her yerde belirsizliğin varlığından söz edilebilir.

Sonuç olarak Tushnet’in ortaya koyduğu radikal belirsizlik tezine göre, bazı hukuki taleplerin bugün anlamsız görünmesi ya da henüz talep edilmemiş olması, birçok hukuki olayın birileri onlarla ilgili bir hak talebi yapmayı düşünmezken gerçekleşmesi ya da bugün kesinlikle belirli olduğunu savunabileceğimiz yüzlerce hukuki önermenin

sıralanabilecek olması, aslında sadece bugüne aittir. Belirsizlik açısından sadece bugünkü sosyal ve siyasi durumu göstermektedir ve EHÇ'nin belirsizlik tezini çürütmek için yeterli değildir.³⁰²

Gordon'a göre, EHÇ'nin en fazla eleştirildiği hususlardan biri belirsizlik tezinin hukukun kesin ve tutarlı bir bütün ve bir sistem olmadığı yönündeki iddialarıdır. EHÇ'nin belirsizlik tezine karşı hukukun tahmin edilebilir olduğu yönünde geliştirilen argümanlar oldukça yaygın olsa da, Gordon bu eleştiriyi EHÇ'nin belirsizlik tezinin *doğru anlaşulamamış olmasına* bağlamaktadır. *“Eleştirel teorisyenler bunu [hukukun tahmin edilebilir olduğunu] 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 uzlaşmalar geliştirmeye eğilimli olmaları nedeniyle ve bu uzlaşmalar onların dengesini bozacak bir şeyler gerçekleşene kadar geçerli kaldıkları için tahmin edilebilir olduklarını iddia etmişlerdir.”*³⁰³

EHÇ'nin belirsizlik tezi ile ilgili incelenen kaynaklardan görülebileceği üzere, bu konudaki tartışmaların esasını belirsizliğin hukuk içinde ne kadar yaygın olduğu ve hukukta radikal bir belirsizliğin varlığının kabul edilebilir olup olmadığı hususu oluşturmaktadır. Çünkü hukuka oldukça yaygın şekilde sirayet eden bir belirsizliği savunan radikal belirsizlik tezi hukukun sadece üstünlüğünü ve meşruiyetini değil metafizik varlığını da tehdit eder niteliktedir. ‘Modern’ insanın ‘rasyonel ve aşkın’ aklının

³⁰² Mark Tushnet, *“Defending the...”*, s. 345.

³⁰³ Robert W. Gordon, *“Bazı Eleştirel...”*, s. 404-405.

bir ürünü olarak kabul görmüş modern hukukun varlığının sorgulanır hale gelmesi, elbette hukukla kurulduğu ve düzenlendiği varsayılan, ayrıca ancak meşru hukukun üstünlüğüyle sürdürülebilir devletlerin ve resmi ideolojilerin varlığını da sorgulanır hale getirebilmektedir. Bu yüzden belirsizlik tezi tartışmalarının esas konusu belirsizliğin kendisinden çok yaygın ve radikal olmadığına kanıtlanmaya çalışılmasına adanmıştır. En temelinde de hukukun varlığının, böylece meşruiyetinin ve böylece de üstünlüğünün kanıtlanmaya çalışılmasıdır.

Tushnet'in makalesinin iki karşıt görüş arasında karşılaştırmalı olarak ele alınması, EHC'nin radikal belirsizlik tezinin esas kastının daha iyi anlaşılmasına olanak vermesinin yanında eleştirilere karşı sunulan önermenin de daha açık görülebilmesini sağlamıştır. Tushnet, özellikle bu makalesiyle EHC'nin "hukuk siyasettir" düşüncesinin de daha somut halde ortaya koymuştur. Tushnet, tüm EHC'ye de mal edilebilecek bir tanım ortaya koyarak belirsizlik tezinin informal bir siyaset teorisi olduğunu vurgulamıştır. Tushnet'in yani EHC'nin ileri sürdüğü belirsizlik tezinin T.C.'deki başkanlık sistemi örneğine açık ve sarıh olarak uygulanabilir olması da bu anlamda radikal belirsizlik iddiasının haklılığını da gözler önüne sermektedir.

Bölüm 5

SONUÇ

19. yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle 20. yüzyılın başlarında hukuk düşüncesine egemen olan pozitivizm, Aydınlanma felsefesinin doğal hukuk anlayışına karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Austin ve Kelsen gibi hukukta yorum mekanizmasını kesin çizgilerle reddeden katı pozitivistlerden sonra gelen pozitivistler hukuk-ahlak ayrımını savunan ayrılabilirlik tezi geleneğini sürdürmüşlerdir. Ancak hukuk teorileri içinde yorum teorisi ve yargıcın takdir yetkisi gibi önermeler sunmuşlardır. Pozitivizm kaynağını modernizm, rasyonalizm ve bilimsel düşünceden almaktadır. Bu yüzden en ılımlı versiyonlarında bile ahlak, politika ve değer yargılarından bağımsız, otonom bir hukuk bilimi oluşturma iddiası taşımaktadır. Hukukun etkinliği, meşruiyeti ve yaptırım gücü temelinde, devlet iradesi ya da egemen güç tarafından yapılan sadece gözlemlenebilir yani yazılı kaynaklardan doğan kurallardan oluşan ve dolayısıyla, araçsal, formalist ve normatif bir karakter taşımaktadır. Pozitivist bir hukuk görüşünün en önemli özelliklerinden biri olan ve hatta pozitivist hukukla bir tutulan formalizmin temel iddiaları hukuki belirsizlik tartışmalarının esasını oluşturmaktadır.

Hukuki formalizmin ana söylemi kesin, belirli ve otonom bir hukuk anlayışıdır. Bu temel üzerinden rasyonel bir usavurumla her türlü hukuki ihtilafı çözebileceğini savunmakta ve hukukun kendisi dışında başka hiçbir şeye gerek olmadan kesin ve bilinebilir bir hukuk anlayışı ortaya koymaktadır. Bu klasik formalist düşünce zaman

içinde çeşitli hukuk okulları tarafından geniş ve kapsamlı eleştirilere uğramıştır. Formalizme yapılan bu eleştirilerin en büyük hedeflerinden ilki, hukukta yorumun ve takdir yetkisinin tamamen ortadan kaldırılması vesilesiyle yargıçların sadece mekanik bir uygulayıcıya dönüşmesi hususu ile hukukun araçsal ve otonom kılınma çabası olurken, diğeri ise kesinlik ve bilinebilirlik iddiasıdır. Böylece bir yandan otonom bir hukuk sisteminde yargıcın takdir yetkisi ile formalist hukukun belirsizliği hukuk düşüncesinde bugün dahi sonu gelmeyen tartışmalar başlatmıştır.

Hukuki belirsizlik tezini ilk kez ortaya attığı söylenebilen ve sosyolojik hukuk okulu görüşünden oldukça etkilenen Amerikan Hukuki Realizmi, formalist karakterini tamamen kaybetmese de formalizm karşıtı tartışmalara yön veren en önemli akım olmuştur. Hukuki belirsizlik tezini ana çalışmalarının odak noktası haline getiren diğeri bir hukuk akımı ise EHC'dir.

1960 ve 1970'lerde ortaya çıkarak, temelini modern liberal hukuku ve onun meşrulaştırma projesini yani liberal legalizmi eleştirisinden alan EHC'nin siyasi ve ideolojik altyapısını en çok etkileyen akımların Frankfurt Okulu'nun Neo-Marxist minvaldeki Eleştirel Teorisi ve EHC ile aynı dönemlerde varlık gösteren Postmodernizm olduğu söylenebilir. EHC'ye liberal bir eleştiri getiren Sururi Aktaş'ın, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları* adlı kitabında ortaya koyduğu EHC tasviri şu şekildedir: “*Eleştirel hukuk çalışmalarının en önemli araçlarından biri, liberalizmin kendisini nasıl meşrulaştırdığının açığa çıkarılmasıdır. Bu bakımdan eleştirel hukuk çalışmaları, eleştirel Marxizmin ideoloji, hegemonya ve yanlış bilinç kavramlarına dayanır. Bu kavramları kullanan eleştircilere göre modern - liberal hukuk düşüncesi, mülkiyet, sözleşme, bireysel haklar ve hukuk devleti gibi kavramları kullanarak kapitalizmin*

*hegemonyasına payandalık yapmaktadır.*³⁰⁴ EHC özellikle Postmodernizmden aldığı etkiyle, modernizmin bilimsel, objektif, rasyonel ve evrensel hukuk iddialarına karşı çıkmıştır. Yine Postmodernizmin etkisiyle kesinlik ya da tek cevap düsturuna karşı çıkıp, plüralist bir karakter sergilemiştir.

Bu çalışmanın amacı, temel diskuru hukuk siyasettir olan EHC'nin belirsizlik tezini açıklamaya çalışmaktır. Türkçe literatürde EHC'nin üç ana tezi olduğu görülmektedir. Bunlar, hukukun belirsiz olduğu, taraflı olduğu ve ideolojik olduğudur. İngilizce literatürde ise EHC'nin temel tezlerinin dört başlık altında ele alındığı görülmektedir. Bunlar belirsizlik tezi, anti-formalizm, çelişki ve marjinalite tezidir. Her ne kadar bu şekilde başlıklandırılmaya gidilmiş olsa da, aslında bu tezler birbirinden kesin çizgilerle ayrılabilir değildir. Belirsizlik tezi içinde formalizm eleştirisi, formalizm eleştirisinin içinde ideoloji teziyle karşılaşılabılır. Duncan Kennedy ise EHC'nin esas sorunsalının belirsizlik tezi ve ideoloji tezi olduğunu söylemektedir. Her ne şekilde başlıklandırılrsa başlıklandırılınsın bu temel tezlerinin hepsinin bir bütün olarak akımın hukuk siyasettir düşüncesinin bir ürünü ve farklı açılardan ele alınma şekli olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada EHC'nin belirsizlik tezinin özü ana hatlarıyla sunulmaya çalışılmıştır. Bunun daha kolay anlaşılabilmesi için, tezin ilk bölümünde öncelikle EHC'nin arkaplanı incelenmiştir. Fransız ihtilali ve aydınlanma ile ortaya çıkan doğal hukuk düşüncesine bir reaksiyon olarak şekillenen pozitivizm ve pozitizmin bir ürünü hatta bazı bakış açılarına göre kendisi olarak tanımlanan formalizm genel olarak

³⁰⁴ Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk...** , s. 6.

açıklanmaya çalışılmıştır. Sonrasında EHÇ açısından en önemlileri Serbest Hukuk Okulu, Sosyolojik Hukuk Bilimi ile Amerikan Hukuki Realizmi olan ve özellikle formalizmi eleştiren hukuk okulları incelenmiştir. Bu bölümün sonraki kısmında EHÇ'nin siyasi ve ideolojik arkaplanına kısaca değinilmiştir. Dönemin siyasi, toplumsal ve ekonomik gelişmeleri ve bunların sonrasında ortaya çıkan Birinci Dünya Savaşı, Sosyalizm, bunların akabinde İkinci Dünya Savaşı, soğuk savaş döneminin ardından, 1950'lerde adını duyuran Eleştirel Teorinin mimarı Frankfurt Okulu'na da kısaca değinilmiştir. Eleştirel Teorinin Neo-Marxist bir minvalde aydınlanmanın, modernizmin, pozitivistin ve liberalizmin eleştirisini yaptığı görülmektedir. 1960'lara gelindiğinde, bu yıllardaki öğrenci hareketleri, sosyal hak ve özgürlükler için yapılan eylemler, anti-kapitalist, anti-empyalist, savaş karşıtı, feminist mücadelelerin dönemin sosyal, siyasi ve felsefi algısını şekillendirmeye başladığı gözlemlenmiştir. Yine 1960 ve 1970'lerde ve özellikle 1980'lerin sonralarına doğru Lyotart'ın *postmodern durum* olarak tanımladığı dönem ortaya çıkar. EHÇ'de postmodern durumun ya da dönemin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu bölümde, dönemin siyasi, ideolojik, felsefesi ve hukuki tüm düşünceleri en genel çerçeveleriyle mümkün mertebe ortaya konmaya çalışılarak, aslında EHÇ'nin dünya görüşünün zaman içinde nasıl şekillendiği ve hangi zemin üzerinde yükseldiği belirlenmeye çalışılmıştır.

Devamında, EHÇ'nin belirsizlik tezi açısından en çok etkilendiği iki akım olan Amerikan Hukuki Realizm Akımı ve Postmodernizm incelenmiştir. Çalışmanın bu bölüme kadarki kısmından EHÇ'nin oluşmasına zemin hazırlayan birçok düşünce okulu ve ideolojik akım olduğu görülmektedir. Sosyalizm ve Frankfurt Okulu'nun Eleştirel Teorisi EHÇ'nin daha çok ideoloji tezini etkilediği görülürken, belirsizlik tezini

şekillendiren en önemli akımların Realizm ve Postmodernizm olduğu söylenebilir. EHÇ'nin belirsizlik tezinin esin kaynağının temelde Realistlerin formalizm eleştirisi ile Postmodernizmin modernizm ve pozitivistlere karşı olan kuşkuculuğu, plüralist yapısı, objektifliğe, evrenselliğe, tek ve doğru usavurum ile tek ve doğru cevap düsturuna olan radikal eleştirisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu bulgu üzerinden, bu bölüm bu iki akımın en genel çerçevesiyle ortaya konulmasıyla sınırlandırılmıştır.

Çalışmanın esasını oluşturduğu söylenebilecek üçüncü bölümde ise, öncelikle hukuki belirsizlik kavramının ne olduğu, bu kavramın anaakım hukuk literatüründe genel olarak nasıl algılandığı incelenmiştir. Daha sonrasında, ilk olarak, özellikle hukuki belirsizlik mevhumu üzerinden çalışmalarını ortaya koyan, Amerikan Hukuki Realizminin belirsizlik tezi incelenmiştir. EHÇ'nin her ne kadar da Realizm akımının ürünü olduğu söylene de EHÇ, belirsizlik tezi bağlamında çalışmalarını hem Realizmin belirsizlik tezini ileri götürmeye çalışması hem de Realizmin formalist bir karakter taşıyan bu tezini eleştirmek üzerine kurduğu söylenebilir. Akabinde, geleneksel hukuku ve onun belirsizlikle ilgili iddialarının eleştirisini ortaya konulurken, Amerikan Hukuki Realizm akımı yanında, belirsizlik tezine bir cevap mahiyetinde kabul edilebilecek Hart'ın ve Dworkin'in hukuk teorileri de incelenmiştir.

Bu teorilerin ve daha sonrasında EHÇ'nin hukuki belirsizlik ile ilgili görüşlerinin incelenmesi, kesinlik yani doğru cevabın olamaması ile ilgili olan *epistemik belirsizlik* ve doğru cevabın bilinmemesi ile ilgili olan *sistemik belirsizlik* üzerine kurulmuştur. Bu değerlendirmede hem Realizm akımının hem de Hart'ın hukuki belirsizlik önermelerinin temelde formalizmden etkilenmelerine rağmen, hukukta hem sistemik hem de epistemik belirsizliğin varlığını kabul ettikleri göz önüne sunulmuştur. Öte yandan çalışmalarını

Hart'ın ılımlı formalist teorisini eleştirmeye adanmış Dworkin'in teorisinin tam anlamıyla formalist bir karakter taşımakta olduğu ve modern liberal hukukun mistifikasyon projesini hakkını vererek sırtlamaya çalıştığı gözlemlenmiştir. Dworkin hukukta hiçbir tür belirsizlik anlayışını kabul etmemekte, hukuktaki belirsizliğin yine hukuk içinde giderilebileceğini ve üstün bir yargılama sonucunda doğru yegâne cevabın bulunabileceğini savunmakta ve böylece hem sistemik hem de epistemik belirsizliği reddetmektedir.

EHC'nin radikal belirsizlik tezine bakıldığında ise, Mark Tushnet'in de açıklamalarından görüleceği üzere, EHC'nin hem epistemik, hem de sistemik belirsizliği benimsediği görülmektedir. EHC, modern liberal hukukun çeşitli formüllerle hukuktaki belirliliğin ve kesinliğin sağlanabileceği iddiasına şiddetle karşı çıkmaktadır. EHC'ye göre modern liberal hukuk belirlilik ve kesinlik maskeleri altında ideolojiktir, taraflıdır ve doğal olarak da belirsizdir. Postmodernizmin EHC'nin belirsizlik tezi üzerindeki büyük etkisi tam da bu noktada yani belirsizliğin kabulü açısından açıkça ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi Postmodernizmin evrenselciği, objektifliği, doğru usavurumla varılabilen yegâne doğru cevap iddiasına karşı çıkması EHC'nin belirsizlik tezi düşüncesine en fazla etki eden düşüncelerdir. Postmodernizmin büyük-anlatılara ve meta-anlatılara karşı çıkışı EHC'nin hukuk görüşünde de gözlemlenebilir. Duncan Kennedy, Amerikan hukuk düşüncesini Batı'nın büyük-anlatısı olarak tanımlamaktadır, burdan yola çıkarak, bu çalışmada da EHC'nin, başta belirsizlik tezi olmak üzere ortaya koyduğu tüm tezlerinde, bu büyük-anlatının objektiflik, evrensellik, kesinlik, bilinebilirlik ve hukukun üstünlüğü gibi meta-anlatılarına karşı çıktığı sonucuna varılmıştır.

Son kısımda EHC'nin belirsizlik tezi ile ilgili ortaya koyduğu görüşler incelenmiştir. Yukarıda da değinildiği gibi İngilizce literatür ile Türkçe literatür arasında

belirsizlik tezinin ele alınışı açısından farklılık vardır. EHÇ'nin belirsizlik tezi, hukuk doktrininin tutarlı, belirli, kesin ya da eksiksiz bir sistem olduğu söylemine karşı çıkmaktadır. Çünkü EHÇ, sistemik ve epistemik belirsizliği benimseyerek, hukukun belirli cevaplar sağlamadığını, tasavvur edilebilir tüm olayları kapsamadığını, yani önceden belirlenemeyeceğini ve böyle bir cevaba ulaşmanın yolunun olmadığını ya da bu yolun bilinemeyeceğini savunan bir belirsizlik tezi ortaya koymaktadır. Hukukun bir sistem olmaması aynı zamanda bilim de olmayacağı iddiasını doğurur. Böylece hukuk, objektif ve tarafsız da olmaz. Bu iddianın, Türkçe literatürdeki karşılığının EHÇ'nin tarafsızlık tezine denk düştüğü görülür. Türkçe literatürde tarafsızlık tezi olarak başlıklandırılan bu hususun ise, İngilizce literatürde aslında EHÇ'nin belirsizlik tezine değil, anti-formalizm tezine denk düştüğü ortaya çıkar.

Bu çalışmadan çıkarılan bir diğer sonuç ise her şekliyle formalizm ya da eleştirisi üzerine kurulmuş geleneksel hukukun anaakım hukuki belirsizlik anlayışıyla, EHÇ'nin ortaya koyduğu belirsizlik tezinin aslında hem çıkış noktaları hem de vardıkları sonuçlar bakımından birbirinden oldukça farklı olmasıdır. Aslında geleneksel liberal hukukun liberal meşrulaştırma projesinin farklı bir yüzü olarak ortaya koyduğu, özellikle hukukta yorum ve takdir yetkisi çerçevesinde, hukuk – politika ayırımına dayanan otonom hukuk iddiasının eleştirisi, geleneksel hukuk literatüründe hukuki belirsizlik olarak adlandırılırken, bu bakış açısı EHÇ'nin belirsizlik tezine değil, taraflılık tezine denk gelmektedir. EHÇ'nin çelişki ve marjinalite tezlerinin ise özellikle Postmodernizm ve Amerikan Hukuki Realistlerinin formalizm eleştirisinden esinlendiği bir başka konu olduğu görülür. Çelişki tezi, tek, tutarlı ve doğru ya da haklı bir görüşün olmadığını, her görüşün haklı ya da doğru olabileceğini, ortaya çıkan tüm görüşlerin aslında birbiriyle

çelişebileceğini ve böylece tek doğru cevap diye bir kavramın olamayacağını savunur. Marjinallik tezi ise, hukukun, kamu politikaları ve sosyal teoriler gibi hukuktan yani merkezden uzak çevresel ve periferik faktörlerden etkilendiği iddiasındadır. Bu iki tezin de aslında EHÇ'nin ideoloji tezini yansıttığı görülmüştür.

Gerek İngilizce gerekse Türkçe literatürde EHÇ'ye ve EHÇ'nin belirsizlik tezine oldukça yoğun eleştiriler yöneltilmiştir. Belirsizlik tezi ile ilgili yapılan eleştirilerin en yaygın olanının hukuktaki belirsizliğin varlığı kabul edilse bile, bu belirsizliğin EHÇ mensuplarının iddia ettiği kadar yaygın ve radikal olmadığıdır. Çünkü eğer hukuktaki belirsizlik yaygın ve radikal ise, hukuki belirlilik üzerine dayandırılan hukukun meşruiyeti ve buna bağlı olarak hukukun üstünlüğü tehlike altına girecektir. Yapılan literatür taramasında ortaya çıkan, bu tartışmaların daha çok zor davalar – kolay davalar, zor davaların aslında yaygın olmadığı, sayısız kolay dava örneğinin sayılabileceği düzlemde ortaya konulduğu görülmüştür. Bu yüzden, bu çalışmada modern liberal hukuk düşüncesinin EHÇ'nin belirsizlik tezine yaptığı eleştirilere bir cevap olarak ve EHÇ'nin belirsizlik tezinin aslında ne anlatmak istediğinin anlaşılması açısından, EHÇ içerisinde radikal belirsizlik tezini en iyi ortaya koyan makale olduğu kanısıyla Mark Tushnet'in *Defending the Indeterminacy Thesis* adlı makalesi incelenmiştir.

Bu makalede, Mark Tushnet'in belirsizlik tezini geleneksel anaakım hukuk düşüncesinden oldukça farklı bir yerde konumlandırarak, *informal siyaset teorisi* olarak tanımladığı görülmüştür. Tushnet'e göre belirsizlik tezinin esası, kolay dava – zor dava ayrımı, yargıçların takdir yetkisi değil hukukta öne sürülebilecek tüm önermelerin belirsiz olmasıdır. Buna göre, Tushnet tarafından sosyal bir sınıf olarak ele alınan hukukçuların kararları, sosyal açıdan bağımsız değerlendirilemez çünkü bu sosyolojik bir olgudur.

Genel kabul gören hukuki argümanlara ulaşmak için kullanılan genel kabul gören hukuki kaynaklar ile, genel kabul gören yolların belirsiz olması ortaya çıkan tüm hukuki argümanların da belirsiz olması sonucunu doğurur. Bu durumda, varılan ve genel kabul eden hukuki önermenin mi yoksa buna karşılık ortaya konabilecek hukuki önermelerin mi hukukun doğru ifadesi olduğu sorunsalı ortaya çıkar. EHÇ açısından bakıldığında bunların hepsi doğrudur ve tek bir doğru cevaba varmak olası değildir ve aslında bu EHÇ'nin belirsizlik tezinin en temel iddiasıdır. Bu yüzden Gordon'un EHÇ'nin belirsizlik tezine yöneltilen eleştirilerin ve hukukun tahmin edilebilir ve kesin olduğu ile hukuki ihtilaflarda doğru cevabın bulunabildiği yönündeki argümanların, esasen EHÇ'nin belirsizlik tezinin özünün tam anlaşılmasını olmasından kaynakladığı görüşüne katılmamak elde değildir.

KAYNAKLAR

Akbaş, K. (2015), *Hukukun By Bozumu*, Ankara: Notabene Yayınları.

Akı, E. İ. (2008), *Amerikan Hukuki Realizmi erevesinde Hukuki Belirsizlik*,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi.

Akman, ř. T. (2012), *Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk alışmaları*
Hareketi, A..D.F.D., 61(4), 1271-1306.

Aktaş, S. (2000), *Pozitivist Hukuk Kavramı zerine Eleştirel Bir Refleksiyon*,
A..E.H.F.D., 4(1-2), 257-274.

Aktaş, S. (2011), *Eleştirel Hukuk alışmaları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Anderson, P. (2009), *The New Old World*, New York: Verso Books.

Aral, V. (1965), *Hukuk İlmmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir*
Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri, İ..H.F.M., 31(1-4), 220-
241.

Aral, V. (1968), *Kelsen'in Hukuk Anlayışı*, İ..H.F.M., 34(1-4), 513-552.

Aristotle, (2015), *Prior Analytics*, Çev. A. J. Jenkinson, <https://ebooks.adelaide.edu.au/a/aristotle/a8pra/complete.html>, (27 Nisan 2017).

Aslan, S. (2001), *Modernizme Bir Başkaldırı Projesi Olarak Postmodernizm*, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?recid=4176&pdf=0004175>, (01 Şubat 2017).

Austin, J. (1875), *Lectures of Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law*, New York: Henry Holt and Company.

Bağçe, H. E. (2006), *Frankfurt Okulu*, Ankara: Doğu Batı Yayınları.

Balkan Demirdal, M. (2014), *Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3-4), 789-820.

Balkız, B. (2004), *Frankfurt Okulu ve Eleştirel Teori: Sosyolojik Pozitivizmin Eleştirisi*, Sosyoloji Dergisi, (12-13), 135-158.

Bezci, B. (2007), *Modern Türkiye'de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*, http://www.ekonomikorumlar.com.tr/dergiler/makaleler/508/Sayi_508_Makale_01.pdf, (19 Mart 2017).

Bottomore, T. (1997), *Frankfurt Okulu*, Ankara: Vadi Yayınları.

- Bottomore, T. (2013), *Frankfurt Okulu ve Eleştirisi*, İstanbul: Say Yayınları.
- Boyle, J. (1985), *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=faculty_scholarship, (10 Nisan 2017).
- Broderick, R. J. (1987), *Amerika Birleşik Devletleri'nin Bugünkü Anayasası*, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/viewFile/1023002645/1023002231>, (10 Nisan 2017).
- Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, (1954), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>, (28 Mayıs 2017).
- Bulut, F. (2011), *68 Kuşağı Gençlik Olaylarının Uluslararası Boyutu Ve Türkiye'de 68 Kuşağına Göre Atatürk Ve Atatürkçülük Anlayışı*, http://web.deu.edu.tr/ataturkilkeleri/ai/uploaded_files/file/dergi_23_en_son/06.pdf, (15 Mart 2017).
- Butler, B. (2010), *Democracy and Law: Situating Law within John Dewey's Democratic Vision*, http://www2.units.it/etica/2010_1/BUTLER.pdf, (02 Nisan 2017).
- Can, C. (2002), *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Capuano, A. (2009), *The realist's guide to piercing the corporate veil: Lessons from Hong Kong and Singapore*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369110, (22 Nisan 2017).

Carrio, G. R. (1979), *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol55/iss2/1/>, (04 Nisan 2017).

Coase, R. H. (1960), *The Problem of Social Cost Source*, <http://www.jstor.org/stable/724810>, (10 Nisan 2017).

Coleman, J. ve Leiter, B. (1993), *Determinacy, Objectivity and Authority*, http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol142/iss2/8/, (25 Mart 2017).

Cooper, D. E. (1996), *“Modern European Philosophy”*, The Blackwell Companion To Philosophy, Cambridge: Blackwell Publishers Ltd.

D'Amato, A. (2008), *A New (and Better) Interpretation of Holmes's Prediction Theory of Law*, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/163/>, (07 Mart 2017).

Dallmayr, F. (1987), *The Discourse of Modernity: Hegel and Habermas*, <http://www.jstor.org/stable/2026775>, (25 Şubat 2017).

Dalton, C. (1985), *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, Yale Law Review, 94(5), 997-1114.

Davies, H. ve Holdcroft, D. (1995), *Jurisprudence: Text and Commentary*, London: Butterworths.

Derrida, J. (2011), *Gramatoloji*, Ankara: Bilgesu Yayıncılık.

Douzinas, C. (2000), *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*, London: Bloomsbury Publishing.

Dworkin, R. (1967), *The Model of Rules*, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609/, (03 Şubat 2015).

Dworkin, R. (1975), *Hard Cases*, <http://www.jstor.org/stable/1340249>, (03 Eylül 2014).

Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1978), *No Right Answer*, New York University Law Review, 53(1), 1-32.

Dworkin, R. (1982), *Natural' Law Revisited*, University of Florida Law Review, 34(2), 165-188.

Dworkin, R. (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

Feinman, J. M. (1984), *Promissory Estoppel and Judicial Method*, Harvard Law Review, 97(3), 678-718.

Fischl, R. M. (1987), *Some Realism About Critical Legal Studies*, <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol41/iss3/4>, (27 Haziran 2014).

Flax, J. (1987), *Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory*, <http://www.jstor.org/stable/3174206>, (02 Nisan 2017).

Flores, I. (2011), *H. L. A. Hart's Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis?*, <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1116/>, (01 Mayıs 2017).

Foucault, M. (1994), *Kelimeler ve Şeyler, İnsan Bilimlerinin Bir Arkeolojisi*, Ankara: İmge Kitabevi.

Frank, J. (1931), *What Courts Do In Fact – Part One*, Illinois Law Review, 26, 645-666.

Frank, J. N. (1949), *Law and the Modern Mind*, London: Stevens & Sons Ltd.

Fraser, D. (1990), *What A Long, Strange Trip It's Been: Deconstructing Law From Legal Realism to Critical Legal Studies*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUJILawSoc/1988/8.pdf>, (23 Mart 2017).

Gabardi, W. (2001), *Negotiating Postmodernism*, Minneapolis/London: University of Minnesota Press.

Gilmore, G. (1951), *Book Review: The Bramble Bush*, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2669, (18 Mart 2017).

Gordon, R. W. (2006), *Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi*, İ.Ü.H.F.M, 64(2), 387-409.

Göktolga, S. G. ve Göktolga, O. (2012), *Postmodern Dönem ve Hukuk*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Gürkan, Ü. (1961), *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası.

Gürkan, Ü. (1967), *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: Sevinç Matbaası.

Gürler, S. (2008), *The Problem of Legal Indeterminacy in Contemporary Legal Philosophy and Lawrence Solum's Approach to the Problem*, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/6991>, (04 Nisan 2017).

Gürler, S. (2009), *Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 117-164.

Gürler, S. (Ed.) (2015), *H.L.A. Hart ve Hukuk – Ahlak Ayrımı*, İstanbul: Tekin Yayınevi.

Habermas, J. (1997), *Habermas and the Unfinished Project of Modernity*, Critical Essays on Philosophical Discourse of Modernity, Cambridge-Massachusetts: MIT Press.

Hackney, J. R. (2012), *Legal Intellectuals in Conversation, Reflections on the Construction of American Legal Theory*, <http://duncankennedy.net/documents/New/Legal%20Intellectuals%20in%20Conversation--Critical%20Legal%20Studies.pdf>, (03 Şubat 2017).

Hart, H. L. A. (1958), *Positivism and the Separation of Law and Morals*, <http://www.jstor.org/stable/1338225>, (07 Eylül 2014).

Hart, H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.

Hasnas, J. (1995), *Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy*, <http://www.jstor.org/stable/1372948>, (15 Eylül 2014).

Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. , 32 N.J. 58, 161 A.2d 69, (1960), <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html>, (01 Mayıs 2017).

Heper, A. (2014), *Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck*, İ.Ü.H.F.M., 72(1), 333-348.

Heper, A. (2015), *Postmodernizm ve Hukuk – Kısa Bir Bakış*, http://www.hukukurami.net/editor/Sayi_8/08_01_heper.pdf , (05 Ocak 2017).

Holmes, O. W. (1897), *The Path of Law*, Harvard Law Review, 10(8), 457-578.

Horkheimer, M. (1998), *Akıl Tutulması*, İstanbul: Metis Yayınları.

Horwitz, M. J. (1933), *The Constitution of Change: Legal Fundamentalism Without Fundamentalism*, Harvard Law Review, 107, 30-117.

Hunt, L. (2007), *Inventing Human Rights: A History*, New York: WW Norton & Company.

Hunter Taylor, E. (1972), *H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism*, <http://www.jstor.org/stable/1094604>, (29 Mart 2017).

Hutcheson, J. C. (1929), *Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision*, <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2/>, (27 Nisan 2017).

<https://en.oxforddictionaries.com/>, (29 Nisan2017).

Işıқтаç, Y. (2010), *Hukuk Felsefesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Jeanniere, A. (1994), *Modernite Nedir?*, Modernite versus Postmodernite, Ankara: Vadi Yayınları.

Kairys, D. (1983-1984), *Law and Politics*, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr52&div=18&id=&page>, (10 Nisan 2017).

Kelman, M. (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

Kelsen, H. (2016), *Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, İstanbul: Nora Yayınevi.

Kennedy, D. (1976), *Form and Substance in Private Law Adjudication*, <http://www.duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>, (03 Aralık 2014).

Kennedy, D. ve Klare, K. (1984), *A Bibliography of Critical Legal Studies*, <http://www.jstor.org/stable/796234>, (09 Mayıs 2017).

Keyman, S. (1978), *Hukuki Pozitivizm*, A.Ü.H.F.M., 1(4), 17-55.

Kia Akkaya, R. (2011), *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınları.

Koloş, U. (2012), *Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 24. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Kress, K. (1989), *Legal Indeterminacy*, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol77/iss2/2>, (02 Mart 2015).

Krichman, J. H. V. (1949), *İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/243/2145.pdf>, (01 Mart 2017).

Küçük, M. (1994), *Modernite versus Postmodernite*, Ankara: Vadi Yayınları.

Langdell, C. C. (1871), *A Selection of Cases On The Law Of Contracts*, Boston: Little, Brown & Co.

Lasswell, H. D. (1962), *The Impact of Psychoanalytic Thinking on the Social Science*, Psychoanalysis and Social Science, New York: E. P. Dutton & Co.

Le Guin, U. (2013), *Mülksüzler*, İstanbul: Metis Yayınları.

Llewellyn, K. N. (1931), *Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound*, <http://www.jstor.org/stable/1332182>, (03 Ekim 2014).

Llewellyn, K. N. (2008), *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, New Jersey: Transaction Publishers.

Llewellyn, K. N. (2012), *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New Orleans-Louisiana: Quid Pro Books.

Loncher v. New York, 198 U.S. 45, (1905),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>, (20/04/2017).

Lyotard, J. F. (1984), *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Minneapolis: Manchester University Press.

Maxeiner, J. R. (2007), *Legal Indeterminacy Made in America: American Legal Methods and the Rule of Law*, University of Baltimore Law Review, 41(2), 517-590.

Mızrak, D. ve Temiz, Ö. (2009), *Hukuk ve Politika, Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi*,
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2009-2/8.pdf>, (20 Şubat 2016).

Minda, G. (1995), *Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York: New York University Press.

Minda, G. (1995), *One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner and Schlag*, Indiana Law Review, 28(2), 353-390.

Niesen, P. (2014), *The Roots of Mill's Radicalism, A Companion To Mill*, New York: John Wiley & Sons Inc.

Nişanyan, S. (2017), *Etimolojik Sözlük*, <http://www.nisanyansozluk.com/>, (05 Şubat 2017).

Öktem, N. (1977), *Hukuksal Pozitivizm Akımı*, İ.Ü.H.F.M., 1(4), 271-299.

Öktem, N. (2011), *Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/niyazi_oktem_1.pdf, (08 Eylül 2016).

Özkök, G. (2002), *Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine*, A.Ü.H.F.D, 5(2), 1-18.

Özkök, G. (2002), *Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 5. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Peller, G. (1985), *The Metaphysics of American Law*, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol73/iss4/3/>, (10 Nisan 2017).

Perry, M. J. (1996), *Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role*, Harvard Journal of Law & Public Policy, 19, 375-390.

Reich, C. A. (1964), *The New Property*, <http://www.jstor.org/stable/794645>, (10 Nisan 2017).

Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, (1989), http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm, (01 Mayıs 2017).

Russel, J. S. (1986), *The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy*, <https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/critical-legal-studies-challenge-contemporary-mainstream-legal-philosophy>, (02 Mayıs 2017).

Ryan, M. A. (1993), *Postmodern Siyaset*, Modernite versus Postmodernite, Ankara: Vadi Yayınları.

Sagers, C. L. (1997), *Review: Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End by Gary Minda*, <http://www.jstor.org/stable/1290030>, (15 Eylül 2014).

Schroeder, T. (1918), *The Psychologic Study of Judicial Opinions*, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol6/iss2/1/>, (27 Nisan 2017).

Singer, J. W. (1984), *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, <http://www.jstor.org/stable/796315>, (05 Temmuz 2014).

Slater, P. (1998), *Frankfurt Okulu: Kökeni ve Önemi, Marksist Bir Yaklaşım*, İstanbul: Kabalcı Yayınevi.

Solum, L. B. (1987), *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4513&context=uclev>, (03 Mart 2017).

Solum, L. B. (2010), *Indeterminacy, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, West Sussex: Wiley-Blackwell Publications.

Surlu, A. Ö. (2010), *Hart'ta Kurallar Sistemi*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Telman, J. (2013), *International Legal Positivism and Legal Realism*, http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1299&context=law_fac_publics, (07 Mart 2017).

Tulin, L. A. (1928), *The Role of Penalties in Criminal Law*, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5455&context=fs_papers, (27 Nisan 2017).

Toynbee, A. J. (1955), *A Study of History, Vol. 5*, London: Oxford University Press.

Trubek, D. M. (1984), *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, <http://www.jstor.org/stable/1228692>, (17 Şubat 2017).

Tushnet, M. (1984), *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, <http://www.jstor.org/stable/1228693>, (30 Eylül 2014).

Tushnet, M. (1985), *A Note on the Revival of Textualism in Theory*, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal58&div=33&id=&page=>, (30 Mayıs 2017).

Tushnet, M. (1986), *Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings*, <http://www.jstor.org/stable/42898048>, (07 Mayıs 2014).

Tushnet, M. (1991), *Critical Legal Studies: A Political History*, <http://www.jstor.org/stable/796697>, (30 Eylül 2014).

Tushnet, M. (1996), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Virginia: University of Virginia Press.

Tushnet, M. V. (1996-1997), *Defending the Indeterminacy Thesis*, *Quinnipiac Law Review*, 16, 339-356.

Türkbağ, A. U. (2000), *Amerikan Hukuki Realizm Akımı*, *İ.Ü.H.F.M.*, 58(1-2), 79-95.

Türkbağ, A. U. (2003), *İki Soruda Postmodernizm ve Hukuka Yansımaları*, *İ.Ü.H.F.M.*, 61(1-2), 175-183.

Türkbağ, A. U. (2005), *Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukukta Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 12. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Türkbağ, A. U. (2011), *Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları*, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/anayasayarg%C4%B1s%C4%B1.html>, (08 Mart 2017).

Unger, R. M. (1977), *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: The Free Press.

Uygur, G. (2003), *Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2568.pdf>, (11 Ekim 2014).

Uzun, E. (2004), *Amerikan Hukuki Realizmi*, Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, İstanbul: Teknik Yayıncılık.

Verdun-Jones, S. N. (1974), *The Jurisprudence of Jerome N. Frank - A Study in American Legal Realism*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1974/3.html>, (22 Nisan 2017).

Wacks, R. (2006), *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press Inc.

Wacks, R. (2012), *Understanding Jurisprudence, An Introduction to Legal Theory*, New York: Oxford University Press Inc.

Wacks, R. (2015), *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, İstanbul: Tekin Yayınevi.

Wagner, P. (1994), *A Sociology of Modernity, Liberty and Discipline*, London: Routledge.

Wendell Holmes, O. (2011), *The Common Law*, <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>, (07 Mart 2017).

Whitehead, J. E. (2014), *From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory*, <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol26/iss3/3> , (18 Nisan 2017).

Yüksel, M. (2004), *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Ankara: Seçkin Kitabevi.

Yüksel, M. (2010), *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Yükselbaba, Ü. (2016), *Postmodernizm ve Hukuk*, İ.Ü.H.F.M.C., 74(1), 139-156.