

## Yeni Hukuki Realizm<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Şefik Taylan AKMAN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Yeni Hukuki Realizm akımı, 2004 yılında Wisconsin-Madison Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen bir konferansla ortaya çıkmıştır. Amerikan hukuk sosyolojisi geleneğinin bir uzantısı olarak yeni bir sosyo-hukuki teori geliştirmeyi amaçlamaktadır. Akım, hukuk ve sosyal bilimlerin farklı alanlarında çalışan akademisyenleri disiplinler arası araştırmalar yapmaya teşvik etmektedir. Hukuk alanında yürütülen ampirik çalışmalarda, aşağıdan yukarıya araştırmanın önemini vurgulamaktadır. Böylece, toplumun en alt katmanlarından başlayarak hukukun gerçekliğini ve insanlar üzerindeki etkilerini ortaya koymayı hedeflemektedir. Akımın mensupları bu bağlamda hukuku, toplumun alt katmanlarındaki insanların durumlarını iyileştirmede ve karşılaştıkları sorunları çözmede işlevsel hale getirmeyi amaçlayan bir çaba içindedir. Yaşayan hukukun araştırılması olarak tanımlanabilecek bu çaba, mahkemelerdeki yargısal süreçleri dikkate alarak uygulamadaki hukuku keşfetmeyi de içermektedir. Yeni Hukuki Realizm, ampirizmden beslenmesine rağmen teori ve öğretilere de önem vermektedir. Hukuk sisteminin derinlemesine kavranmasının, nicel ve nitel verilerin hem hukuk hem sosyal bilimlere kapsayan teoriye ve öğretilere dayalı bir bakış açısıyla değerlendirilmesi halinde mümkün olacağını savunmaktadır. Amaç, bir yandan sosyo-hukuki bir teori inşa etmek ve hukuk metodolojisi alanında yeni bir bakış açısı oluşturmak diğer yandan da hukuk uygulaması ve politik karar alma süreçlerinde etkin olmaktır.

### Anahtar Kelimeler

Yeni Hukuki Realizm, Sosyo-hukuki Çalışmalar, Hukuki Ampirizm, Aşağıdan Yukarıya Yaklaşım, Disiplinler Arası Hukuk Araştırmaları.

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.09.2024- Kabul Edildiği Tarih: 05.11.2024.

Atıf Şekli: Şefik Taylan Akman, 'Yeni Hukuki Realizm' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1147, 1193.

DOI: 10.52273/sduhfd..1558743.

<sup>(\*\*)</sup> Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7809-8664>.

## **New Legal Realism**

### **Abstract**

The New Legal Realism movement emerged from a conference held by the University of Wisconsin-Madison Law School in 2004. It aims to develop a new socio-legal theory as an extension of the American sociology of law tradition. The movement encourages academics working in different branches of law and social sciences to conduct interdisciplinary research. It emphasizes the importance of bottom-up research in empirical studies conducted in the field of law. Thus, the aim is to present the reality of law and its implications for people, starting from the lowest strata of society. In this context, the members of the movement endeavor to make law functional in improving the situations of people in lower societal strata and resolving the issues they face. This endeavor, which can be defined as the investigation of living law, also includes exploring the law in action by considering judicial processes in courts. Despite being nourished by empiricism, New Legal Realism also places importance on theory and doctrine. The argument is that a thorough comprehension of the legal system can be attained by evaluating quantitative and qualitative data through a theoretical and doctrinal perspective that encompasses both law and social sciences. The aim is, on the one hand, to construct a socio-legal theory and establish a new outlook in the field of legal methodology, and on the other hand, to be effective in legal practice and political decision-making processes.

### **Keywords**

New Legal Realism, Socio-legal Studies, Legal Empiricism, Bottom-up Approach, Interdisciplinary Legal Studies.

### Extended Summary

American Realism, Law and Society, and Critical Legal Studies are considered opponents of the 20th century American legal world, despite their significant differences. They share commonalities in being based on socio-legal theory, opposing traditional legal formalism, establishing a nexus between law and society, and critically scrutinizing the legal order. The scholars of these movements assessed the social, political, and economic realities of their active periods, centering them in their legal analyses. They argued that law can only be understood when evaluated from an interdisciplinary perspective. They embraced the idea that empirical research is necessary to understand what law is and how it operates in different social structures, groups, or relationships. In this regard, their approach is predicated on a synthesis of theory and practice.

The New Legal Realism (NLR) is a critical assessment of socio-legal studies spanning over a century. It aligns methodologically and theoretically with the demands of the 21st century. The movement questions how these discussions can be advanced in a novel direction and aims to create a new paradigm for law without entirely rejecting the legacy of the past. The purpose of establishing a paradigm is not to assert dominance over American Realism, Law and Society, or Critical Legal Studies by refuting their arguments. Instead, the movement arises from the distinctive nature of the current situation and aims to confront the reality of this ongoing process.

The paradigm that NLR aims to develop has four main characteristics: relying on bottom-up empirical research, being interdisciplinary, engaging with socioeconomic classes and interests from a broad perspective, and having a comprehensive outlook on the effects of law. NLR develops its methodological approach to law by questioning what law is and what it should be. It deals with the issue of how a sociality that favors the subaltern can be achieved and addresses all these issues with a socio-legal understanding.

The NLR approach primarily questions the validity of conventional formalist conceptions of law and legal positivism from a bottom-up approach. It also provides guidance for reconfiguring the relationship between law and society and gaining a better understanding of the nature of law. The bottom-up approach to law utilizes legal empiricism as a methodology, focusing on the legal experiences of those at the grassroots. Its aim is to examine the social function of law through an interdisciplinary method, combining empirical findings with critical theoretical consideration, analysis, and interpretation. Through bottom-up inquiry, it demonstrates that the functioning of law within the social structure does not occur as depicted in formalist narratives. It aims to reveal paradoxes within legal order. To achieve this, a critical empirical and theoretical perspective is necessary to shed light on the social positions that are shaped by class-based inequalities resulting from economic infrastructure.

Additionally, NLR aims to establish a new interdisciplinary paradigm for legal scholarship. It aims to clarify the epistemological and methodological differences between law and the social sciences. It will make both fields accessible to social scientists and lawyers alike. The goal of NLR is to create innovative approaches to

incorporating social science research into important legal issues and areas, including legal theory, practice, ethics, and education.

Thirdly, the focus of NLR is on the legal experiences and problems faced by the poor, discriminated, and marginalized individuals at the bottom of society. It deals with socioeconomic class and interests from a broad perspective, indicating a democratic quest to hear all voices at the societal level, ensuring justice and empowering the lower strata to achieve equality. The aim is to find a solution by investigating the injustices experienced by the most disadvantaged groups. To achieve this, a novel methodological approach is adopted that not only relies on quantitative and causative inferences from bottom-up empirical research but also places special emphasis on interpretative and qualitative methods. This approach is pluralistic and interdisciplinary. In the legal field, systematic works should be developed based on both theoretical and observational knowledge.

Finally, it is important to note that NLR's perspective on law, society, and the state differs significantly from traditional legal approaches. This is because its members take a much broader view than legal formalists on issues such as the function and impact of law. NLR's empirical methodology and community-oriented policies enable it to identify social problems beyond the scope of traditional legal analysis. The NLR differs from traditional legalism by aiming to develop opportunities for social deliberation and cooperation to address existing problems. This broad perspective is also reflected in its conception of legal education, advocating for teaching the reality of law in action through law clinics, and criticizing the traditional formalist curriculum. Moreover, it is important to instill in students a nuanced ethical awareness of the inequalities and injustices they may confront in their future professional careers.

In conclusion, NLR represents a fusion of sociological inquiry grounded in legal doctrine and doctrinal analysis informed by sociology. NLR distinguishes itself from Law and Society scholars and other legal empiricists by not overlooking doctrinal analysis and by engaging with law in action through a theory-oriented empiricism that places importance on qualitative approaches as well as experimental methods. Categorizing NLR solely as a movement within the sociology of law would be inadequate. The NLR possesses a hybrid structure that includes elements of legal philosophy and aims to enrich theory and hermeneutics through empirical investigation. According to the NLR, a balanced combination of theory and practice is necessary to understand the legal order and its intricate relationship with political and social structures. The NLR aspires to develop the paradigm it seeks to establish within a renewed conception of legal praxis.

## Giriş

Yeni Hukuki Realizm (YHR), 2000’li yılların başında Amerika’da, sosyo-hukuki teorinin geliştirilebilmesi ve bu doğrultuda araştırmaların yürütülebilmesi için hukuk ile sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden gelen akademisyenlerin mümkün olabilecek en geniş katılımını sağlamayı hedefleyen bir “büyük çadır” projesi olarak ortaya çıkmıştır. Yeni kuşak Realistler, önceki dönem Realistlerinden farklı olarak nicel ampirik çalışmalarla yetinmenin hukukun gerçekte ne olduğunu ve gerek mahkeme salonlarında gerek insanların gündelik hayatlarında nasıl bir fonksiyon gördüğünü açıklamakta yetersiz kalacağını savunmuştur. Hukuk alanında gerçekleştirilen ampirik çalışmaların sadece yukarıdan aşağıya perspektifiyle yapılmaması gerektiğini, aşağıdan yukarıya yönelen araştırmaların da büyük önem taşıdığını söylemişlerdir. Nicel ve nitel verilerin ancak teorik bir altyapıya dayanarak değerlendirilmesi halinde hem uygulamanın hem yaşayan hukukun gerçekliğinin daha iyi tespit edilebileceğini belirtmiş ve bu çerçevede kendi sosyo-hukuki teorilerini inşa etmeye yönelmişlerdir. Böylece hukuk metodolojisi alanında yeni bir yaklaşım geliştirmeye çalıştıkları gibi hukuk uygulaması ile politikası süreçlerinde de etkin olmayı amaçlayarak hukukun toplumsal yapının alt katmanlarında olanlar için, onların somut durumlarının iyileştirilebilmesinde bir araç olarak nasıl işlevselleştirilebileceği üzerine düşünmüş ve sorunlarının çözülebilmesi için çareler aramışlardır.

YHR’nin Amerikan hukuk sosyolojisi ve sosyo-hukuki çalışmalar tarihi içinde, geçmişin birikimi üzerinden biçimlenen bir anlayışa sahip olduğu belirtilmelidir. İki ana bölümden oluşan makalenin ilk bölümünde, bu birikime katkı sunan üç önemli yaklaşım ana hatlarıyla ele alınmaktadır. YHR’nin ismini de miras aldığı ilk kuşak Realistlerin, daha sonra Hukuk ve Toplum Derneği’nin ve son olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın (EHÇ) hukuka ilişkin genel kabul, eleştiri ile analizleri değerlendirilmektedir. Zira YHR, 20. yüzyılın başından itibaren gelişmeye başlayan ve Amerikan hukuk camiasında oldukça etkili olan bu sosyo-hukuki çalışmalar geleneğini 21. yüzyılın koşullarına teorik, pratik ve metodolojik yönden bir uyarlama çabası olarak kendi varlık nedenini kurgulamıştır. İkinci bölümde ise öncelikle ana hatlarıyla YHR akımının nasıl ortaya çıktığı, benimsediği temel paradigma ve ilkeler ile hukuk alanında geliştirmek istediği metodoloji ele alınacaktır. Daha sonra ise YHR’nin ayırt edici özellikleri olarak nitelendirilebilecek aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalara odaklanması, hukuk alanında disiplinler arası iş birliğinin geliştirilmesi gerektiğini savunması, geniş bir perspektiften sosyo-ekonomik sınıflar ve onların çıkarlarıyla ilgilenmesi ile hukukun etkilerine ilişkin nasıl bir bakış açısına sahip olduğu gibi konular incelenecektir.

## I. Geçmiş Mirası: Amerikan Realizmi, Hukuk ve Toplum Derneği, Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Amerikan Realizminin ortaya çıkmasında, 19. ve 20. yüzyılın başlarındaki dönemin Amerika'sının hukuk düzeni ve uygulaması ile hukuk akademisinin geleneksel yapısından duyulan rahatsızlıklar ve hukuk alanındaki mevcut sorunlara yönelik alternatif çözümlerin neler olabileceği yönündeki arayışlar etkili olmuştur. Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes ve Benjamin Cardozo gibi hukukçuların hukuku sosyolojik bakış açısıyla değerlendiren -sosyolojik hukuk bilimi- yaklaşımlarından beslenen fakat onları hem eleştiren hem geliştiren Realistler, 1920'li yıllardan itibaren Jerome New Frank ve Karl Llewellyn başta olmak üzere, hukukun salt liberal bir perspektiften dogmatik kalıplarla yorumlanması yönündeki geleneksel anlayışa karşı çıkarak<sup>1</sup> her türlü kurum ve kavramı makul bir kılıfla rasyonalize etmeden onların üzerindeki örtüyü kaldırıp maskeyi çıkartarak bütün gerçeklikleriyle olduğu gibi göstermek amacıyla ortaya çıkmışlardır<sup>2</sup>. Bu bağlamda Realizmin, ilki, hızla değişen yaşam koşulları karşısında toplumsal amaçlara ulaşmak için bir araç olarak görülen hukukun, bu değişimin gerisinde kalması nedeniyle acil reformlara ihtiyaç duyması; ikincisi, yeni gelişmeye başlayan sosyal bilimlerin hukuku çevreleyen olguların daha iyi anlaşılması için uygulanması gerektiği yönündeki görüşün hukuk akademisyenleri arasında giderek artan bir çekingenliğe yol açması ve son olarak hâkimlerin hukuk reformunu engelledikleri, kararlarının arka planında toplumsal tutumlarıyla sınıfsal önyargılarının etkili olduğu yönündeki eleştirel tepkiler olmak üzere üç düşünce bileşiminin sonucunda biçimlendiği söylenebilir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Realistlerin liberalizme yönelik eleştirel tutumlarının ağırlıklı olarak kapitalizme yönelik bir sistem eleştirisinden ziyade liberal değer ve kavramların hukuk alanına uygulanması dolayısıyla ortaya çıkan sorunlara odaklandığı söylenebilir. Kalman'ın belirttiği üzere Realistler, serbest piyasanın gereklilikleri doğrultusunda hareket eden "rasyonel" insan kavramının bir fan-tezi olduğunu söylemiş; "*laissez faire*" mitinin hukuka uygulanabilirliğine karşı çıkmış ve görünmez el gibi teorik kurguların aksine piyasanın işleyişiyle ilgilenen ve kamusal ya da özel tüm pazarlıkların temelinde zorlamanın yattığını belirtmişlerdir. Laura Kalman, 'East Coast Legal Realism and its Progeny' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 40.

<sup>2</sup> Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi - Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, (İmge 2016) 49-53; Ahmet Ulvi Türkbağ, 'Amerikan Hukuki Realizm Akımı' (2000) 58(1-2) İÜHF 79, 80.

<sup>3</sup> Brian Z. Tamanaha, 'Legal Realism in Context' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 149-150.

Söz konusu üç düşünce, Realistlerin sosyo-hukuki çalışmalarının merkezini keza mevcut hukuk düzeni ile teori ve uygulamasına yönelttikleri eleştirilerin başlangıç noktasını oluşturmuştur. Hukuk kurallarıyla uygulamasının toplumsal yaşamın değişen gerçekliğine ayak uyduramadığını vurgulayan Realistler pek çok yargı kararının modası geçmiş kavram ve değerleri desteklediği, değişen koşulları göz ardı ettiği, refah, statü ve koşullardaki eşitsizlikleri besleyen ve modern dünya ile teması olmayan bir statükoyu sürdürdüğü için hatalı olduğunu savunmuşlardır<sup>4</sup>. Kendilerinden önce ortaya çıkan sosyolojik hukuk biliminin amaçsal ve etik hukuk anlayışını eleştirerek hukukun belirli olduğu savına şüpheyle yaklaşmış ve dönemin hukuk öğretisinin belirli durumlardaki yargısal kararlar için objektif bir temel sağladığı düşüncesine karşı çıkmışlardır<sup>5</sup>. Yine de hukuka; formalizmin kalıplarını kıran, özgürleştirici niteliğini ön plana çıkartabilecekleri güçlü, yaygın ve uyumsuzlukları çözen bir araç olarak bakmaları itibarıyla iyimser bir bakış açısına sahip olmuşlardır<sup>6</sup>. Mütevazı reform çabalarıyla araçsalcı bir hukuk anlayışını geliştirirlerken o dönemde hâkim olan formalist hukuk yaklaşımlarıyla muhafazakâr resmi hukuk teorisine tepki göstermiş; Yeni Düzen'in (New Deal) ilerlemeci politikalarından beslenen bir hukuk düşüncesini ön plana çıkararak bunu, devletin toplumu yönlendirmede açık bir rol üstlendiği değişen politik ortama uyarlamaya çalışmışlardır<sup>7</sup>. İlerlemeciliği hukuki yaklaşımlarının merkezine koyan Rea-

<sup>4</sup> G. Edward White, 'From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History' (1986) 40 SW LJ 819, 821.

<sup>5</sup> Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967) 3; Mark Tushnet, 'Legal Scholarship: Its Causes and Cure' (1981) 90 Yale LJ 1205, 1207. Realistler, hukuka ilişkin klasik öğretilerin ve akıl yürütme biçimlerinin yanı sıra bu öğreti ve akıl yürütme biçimlerinin kullanılması suretiyle davaların nasıl karara bağlandığının doğru bir şekilde açıklanabileceği iddiasını eleştiriyorlardı. Robert W. Gordon, 'Legal Storytelling as a Variety of Legal Realism' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 169.

<sup>6</sup> Stewart Macaulay, 'The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used to Be' (2005) 2005 Wis L Rev 365, 391; Calvin Morrill and Lauren B. Edelman, 'Sociology of Law and New Legal Realism', in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 415.

<sup>7</sup> Austin Sarat and Susan Silbey, 'The Pull of the Policy Audience' (1988) 10 Law & Pol'y 97, 104; Paul Baumgardner and Ajay J. Mehrotra, 'From the Periphery to the Center and Back? A Brief History of Midwest Legal Realism' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 49; Bryant G. Garth, 'Law as a Discipline: Legal Theory, Interdisciplinary Legal Theory, and Ways of Speaking Legitimacy to Power' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 494. Tamanaha, Realistlerin hukuki formalizme yönelik eleştirel yaklaşımlarının ve hukukun gerçekçi bir perspektiften ele alınması

listler, hukukun toplumsal amaçlara hizmet etmek üzere tasarlanmış pragmatik bir araç olduğunu ve politikacıların da kendilerine sunulan toplumun gerçeklerine ilişkin bilgiler aracılığıyla bu amaçların gerçekleşmesine hizmet edecek hukuki reformları yapılabileceğine inanmışlardır<sup>8</sup>.

Realistlerin ikinci düşünce bileşimini meydana getiren ve hukuk ile sosyal bilimler arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğini ele alan görüşleri, hukuki formalizmin hukuku diğer disiplinlerden yalıtarak kendi kurallarına sahip ve münferit biçimde işlemesi gereken bir alan olarak gören perspektifiyle çatışmıştır. Karşılaşılan her somut olayda, toplumsal gerçekliğin esas alındığı bir yönetime başvurulması önerisini savunan Realistler, hukukun, sosyal bilimlerle ilişkilendirilerek incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir<sup>9</sup>. Hatta hukukun daha çok sosyal bilimlerin bir parçası olması kabulünden hareketle laboratuvarının, formalistlerin iddialarının aksine kütüphaneler değil gerçek dünya olduğunu ve ona sosyoloji, ekonomi, psikoloji ve felsefe gibi alanların rehberlik etmesi gerektiğini söylemişlerdir<sup>10</sup>. Birçok realist, hukuku, toplumsal yapıyla bütünleşik bir sistem olarak görmüş; yargı aktörlerinin davranışlarını incelerken yasal kurumlar ile süreçlerin bireylerin gündelik yaşamlarını nasıl etkilediğiyle ilgilenmiş; insanların bunlara ne tür tepkiler gösterdiklerini ortaya koyabilmek için sosyal bilimlerin yöntem ve içeriğiyle donanmış, aşağıdan yukarıya ampirik çalışmaların yapılması gerekliliği üzerinde durarak hukuk düzeninin ancak böyle reforme edilebileceğini vurgulamıştır<sup>11</sup>. Hukukun ne olduğunun anlamlandırılabilmesi sosyal bilimlerle ilişkilendirilmesi ve hukuki analizde disiplinler arası bir metodolojinin ön plana çıkartılması, Realizmin, döneminin hukuk öğretisi içinde ayrıksı ve yer yer radikal bir konuma yükselmesi sonucunu doğurmuştur.

Realistlerin üzerinde derinlemesine durdukları son alan hukuk uygulaması ve yargısal aktörler olmuştur. Realistler, belirli sınırlar içinde hukuku, hâkimlerle resmi ve yarı resmi memurların eylem ve davranışlarıyla bağlantılı bir alan

---

gerektiği yönündeki görüşlerinin aslında onların ortaya çıkmalarından çok daha önce, 19. yüzyılın sonlarından itibaren Amerikalı hukukçular tarafından öne sürülmeye başladığını söyler. Hukuk öğretisi ve uygulamasına ilişkin gerçekçi yaklaşımın daha eski bir tarihi olduğunu belirtir. Brian Z. Tamanaha, 'Understanding Legal Realism' (2009) 87 Tex L Rev 731, 734. Ayrıca bkz. Tamanaha, 'Legal' (n 3) 158-160.

<sup>8</sup> Gordon, (n 5) 170.

<sup>9</sup> Akman, (n 2) 54; Muharrem Kılıç, 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması' (2017) 31 TAAD 97, 109.

<sup>10</sup> Dragan Milovanovic, *An Introduction to the Sociology of Law* (3rd edn, Criminal Justice 2003) 110.

<sup>11</sup> Baumgardner and Mehrotra, (n 7) 49.



olarak görerek yargısal faaliyetlerle ilgilenmişlerdir<sup>12</sup>. Davranışçılık teorilerinden hareketle, hâkimlerin karar alma süreçlerindeki psikolojik durumlarının etkilerini çözümlenmeye çalışmışlar; yargısal yorumun her durumda toplumsal konum ve kişisel seçimlerin belirlenimi altında olduğunu savunmuşlardır<sup>13</sup>. Hukuku, hâkimlerin davranışlarıyla ilişkilendirerek yargısal kararlara -dolayısıyla hukuka- etki eden faktörleri hâkimin kişiliğiyle, sosyal çevresiyle, ekonomik ve toplumsal konumuyla, yetişme tarzıyla, bilinçli veya bilinçaltındaki önyargılarıyla ve politik tercihleriyle bağlantı kurarak açıklamaya yönelmişlerdir<sup>14</sup>. Yargılama aşamasına ilişkin bu tespitleri doğrultusunda uygulamadaki hukuk (law in action) olarak nitelendirilebilecek mahkeme kararlarıyla biçimlenen hukuk ile kitaplardan yazan hukuku (law in books) karşılıklı olarak işlevsel açıdan ele alıp hangisinin gerçek hukuk olduğu sorusunu, hâkimlerin karar alma süreçlerine de değerlendirerek cevaplandırmışlardır<sup>15</sup>. Bunun için ampirik araştırmalara yönelmişlerse de ağırlıklı olarak temyiz yargılamaları ve temyiz yolları hususuna odaklandıklarından sadece az sayıda Realist ilk derece mahkemeleriyle ilgilenbilmiştir<sup>16</sup>. Dolayısıyla onlar her ne kadar hukukçu akademisyenlerin sahaya inip

<sup>12</sup> Gürkan, (n 5) 3.

<sup>13</sup> White, (n 4) 7.

<sup>14</sup> Gürkan, (n 5) 147; Brian Bix, 'The Many Faces of Modern Legal Realism' (2002) 2002(2) *Revista Ordines* 18, 29. Tamanaha, Amerikan hukuk öğretilerindeki Realistlerle özdeşleştirilen bazı geleneksel kabullerin tümüyle doğru olmadığı ve realist teoriyi fazla abarttığı kanaatindedir. Örneğin hâkimlerin sadece sosyolojik, psikolojik, iktisadi ve siyasi faktörlerin etkisi altında karar verdikleri yönündeki Realistlere atfedilen yaklaşım, aslında onların görüşlerini bütünüyle yansıtmamaktadır. Ona göre Amerikan Realizmi, hâkimlerin bazen seçim yapmak zorunda olduklarına, hukuk kuralları ile emsal kararları manipüle edebileceklerine, siyasi ve ahlaki görüşleriyle kişisel önyargılarından etkilenebileceklerine ilişkin şüpheli bir farkındalığa atıf yapmak suretiyle hukukun kusurları ve sınırlamaları konusundaki sorunları gün yüzüne çıkarmaktadır. Ancak bu farkındalık hukuk kurallarının yine de işleyebileceğini, hâkimlerin hukuka uygun hareket edebileceğini, onları kısıtlayan uygulamayla bağlantılı toplumsal ve kurumsal unsurlar olduğunu da reddetmez. Keza Realistler tüm bu olgulara rağmen hâkimlerin genel olarak öngörülebilir ve hukuka dayalı kararlar verebileceklerini söylemektedir. Yargılama aşamasına ilişkin şüphelerin yarattığı tüm zorluklara rağmen, yargılama süreçlerinin güvenilir şekilde işleyebileceğini fakat bunun hayata geçirilmesi gereken bir başarı olduğunu, mükemmel şekilde kendiliğinden sağlanamayacağını ve kolaylıkla garanti edilemeyeceğini savunmaktadır. Hukuku toplumsal yarara hizmet için güçlü bir araç olarak düşünmeleri, onların hukuka olan sarsılmaz inançlarını ortaya koymaktadır. Tamanaha 'Understanding' (n 7) 765.

<sup>15</sup> Karl N. Llewellyn, 'A Realistic Jurisprudence-The Next Step' (1930) 30 *Colum L Rev* 431, 449-450; Akman, (n 2) 55.

<sup>16</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 371. Macaulay'ye göre Realistlerin çoğu, hâkimlerin rasyonel olmayan şekilcilikten kurtarılmalı halinde, toplumsal hedefleri takip etmekte özgür olacaklarını varsaymıştır. Stewart Macaulay, 'Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine' (2006) 80 *Tul L Rev* 1161, 1165.

ampirik araştırmalar yapıp veri toplaması gerektiğini söylem olarak benimsemişse de bunu uygulamada hayata geçirmek konusunda pek başarılı olamamış ve gerçek örneklerden ziyade yine argümanlara dayanmışlardır<sup>17</sup>. Bu başarısızlık, hukuka ilişkin yeni bir sosyo-hukuki anlayışı ön plana çıkartan Hukuk ve Toplum yaklaşımının ortaya çıkışının önemli sebeplerinden biri olmuştur.

1950'lerin sonu ve 1960'ların başında hem hukuk hem diğer sosyal bilim disiplinlerinden gelen akademisyenlerden oluşan ve ilk başta akademik bir ağ olarak da nitelendirilebilecek Hukuk ve Toplum yaklaşımı, Realistlerin görüşlerini yeniden ele alarak formalizme ve onun hukuk düzenine ilişkin kabullerine yönelik yeni bir meydan okuma sürecini başlatmıştır<sup>18</sup>. Bu doğrultuda Hukuk ve Toplum Derneği'nin kurulduğu 1964 yılı, hukukta ampirik araştırmaların hız ve disiplinler arası bir nitelik kazanması yönünden bir dönüm noktası olarak görülebileceği gibi aynı zamanda modern sosyo-hukuki çalışmaların da miladı sayılmıştır<sup>19</sup>. Dernek, hukukçularla birlikte sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden araştırmacıları aynı çatı altında toplamayı ve hukuk ile başta sosyoloji olmak üzere farklı alanlar arasındaki ilişkiyi yeni bir bağlamda kurmayı amaçlamıştır<sup>20</sup>. Hukuk ve Toplumcular hukuk sosyolojisi, hukuk antropolojisi, siyaset bilimi, tarih, psikoloji gibi yöntem ve yaklaşım bakımından önemli farklılıkları olan alanlardan gelmekle birlikte hukuk düzeninin bütünsel bilgisine ulaşabilmek ve gerçekte nasıl işlediğinin incelenebilmesi için yaşayan hukuku çalışma konusu yapmış; disiplinin dışından gelen bir bakış açısıyla meselelere yaklaşarak hukuki olguları toplumsal düzlem ve terimlerle açıklamaya yönelik bir bağlılıkta ortaklaşmışlardır<sup>21</sup>. Toplumsal çerçeveye bütünsel olarak bakılmadan hukuki kurumların anlaşılamayacağı tezini öne sürerek sosyolojinin hukuka entegre edilmesi gerektiğini belirtmiş; hatta pek başarılı gösterememişlerse de hukuk sosyolojisi-

<sup>17</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 375; Tracey E. George, Mitu Gulati and Ann C. McGinley, 'The New Old Legal Realism' (2011) 105 Nw U L Rev 689, s. 691.

<sup>18</sup> Bryant Garth and Joyce Sterling, 'From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State' (1998) 32 Law & Soc'y Rev 409, 409; Baumgardner and Mehrotra, (n 7) 55-56.

<sup>19</sup> Sarat and Silbey, (n 7) 112; 'LSA History' <<https://www.lawandsociety.org/lisa-history/>> accessed 15 February 2024. Bu bağlamda kendini sadece formal hukuk düzeninin, yani devletin hukukunun araştırılmasıyla sınırlamayan sosyo-hukuki yaklaşımlar, esasen hukuki formların çokluğunu ortaya çıkarmakta ve incelemektedir. Sarat and Silbey, (n 7) 99.

<sup>20</sup> Akman, (n 2) 65.

<sup>21</sup> Lawrence M. Friedman, 'The Law and Society Movement' (1986) 38 Stan L Rev 763, 763-764; Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman and Elizabeth Mertz, *Law in Action, A Socio-Legal Reader* (Foundation 2007) 19; 48.

nin de bir sosyolojisinin yapılması zorunluluğuna işaret etmişlerdir<sup>22</sup>. Hukuku, disiplinler arası bir perspektifle, ampirik çalışmaların önemini göz ardı etmeksizin ele aldıkları gibi teoriyi de eleştirel duruşun bir parçası olarak tamamen bir kenara bırakmamışlardır. Bununla birlikte Hukuk ve Toplum hareketinin, Silbey ve Sarat'ın ifadesiyle "eleştirel ve ampirik olunması gereken"<sup>23</sup> çerçevede ne kadar varlık gösterebildiği tartışmalıdır.

Başlangıçta kendi sorunsalını açıkça tanımlamaksızın refah devletinin ve bürokratik yasal düzenlemelerin sınırlarıyla ilgilen Hukuk ve Toplumcular, 70'lerin sonunda refah devletinin krizinin patlak vermesinin ardından hala etkili olmakla birlikte hem bireysel özgürlüklerin hamisi rolüyle hukuka ilgiyi yeniden canlandıran sağ cenahın hem de hukukun rasyonel ve bürokratik potansiyeline inancını kaybeden Eleştirellerin ve postmodernist akımların radikal eleştirilerine maruz kalmışlardır<sup>24</sup>. Gerçekten onlar, iyimser ve istekli bir bakış açısıyla hukuk düzeni içindeki olanakların kullanılması suretiyle Amerika'daki mevcut toplumsal adaletsizliklerin giderilip düzeltilebileceği hususlarında umutlu ve arayış içinde olsalar da eleştirel bir perspektif geliştirme gibi konularda yeterince etkin olamamışlardır<sup>25</sup>. Hukuk ve Toplumcu yaklaşımın söz konusu hususlarda eksiklikleri bulunduğunu ve onun sınırları içinde kalınarak bunların giderilemeyeceğini düşünen bir grup hukukçu, hukuk düzeni olgusuna yönelik daha derin bir eleştirel yaklaşımı geliştirmeye yönelerek EHÇ çatısı altında yeni bir oluşumu hayata geçirmiştir.

EHÇ, Hukuk ve Toplum Derneği içinden ayrıışan bir hareket olarak 1977 yılında, Wisconsin-Madison Üniversitesi'nde gerçekleştirilen ve David Trubek, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Roberto Unger, Stewart Macaulay gibi birbirleriyle ilişki içinde olan isimlerin katıldığı Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'yla birlikte ortaya çıkmıştır<sup>26</sup>. Hukuk ve Toplum Derneği'nin entelektüel havasıyla gidişatından şikayet eden ve sol görüşlü akademisyenlerden oluşan Eleştireller, Der-

<sup>22</sup> Susan S. Silbey and Austin Sarat, 'Critical Traditions in Law and Society Research' (1987) 21 *Law & Soc'y Rev* 165, 165-166.

<sup>23</sup> *ibid* 172.

<sup>24</sup> Alan Hunt, 'The Problematisation of Law in Classical Social Theory' in Reza Banakar and Max Travers (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart 2013) 18.

<sup>25</sup> Austin Sarat, 'Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition' (1985) 9 *Legal Stud F* 23, 26; Silbey and Sarat, (n 22) 173-174.

<sup>26</sup> John Henry Schlegel, 'Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies' (1984) 36 *Stan L Rev* 391, 395-396; Gary Minda, 'The Jurisprudential Movements of the 1980s' (1989) 50 *Ohio St LJ* 599, 614.

neğin sosyal bilimlerdeki ampirik davranışçı kanatla fazla özdeşleştiğini, hukuki aydınlanmanın daha az veri fakat daha fazla teori odaklı bir yoldan geçtiğini düşünüyorlardı<sup>27</sup>. Bununla birlikte EHÇ, disiplinler arası bir perspektifle hukuki olmayan metodoloji ve anlayışların da kullanılması suretiyle hukuk düzenine yönelik bütünsel bir eleştiri geliştirmenin yollarının aranması gerektiğini de savunuyordu<sup>28</sup>. Keza Eleştireller ne Realist ne Hukuk ve Toplumcu geleneği bütünüyle reddediyor; geliştirmeyi amaçladıkları daha derinlikli sosyo-hukuki teori ile hukuk düzeni eleştirisi anlayışını bu geleneklerin üzerine inşa etmeye çalışıyorlardı.

Eleştireller, realist bir cepheden formal kuralların kendiliğinden genel hukuki sonuçlar sağlayamayacağını savunuyor fakat Realistler ile Hukuk ve Toplumcuların meyilli olduklarının aksine hukuk öğretisini bütünüyle geçici bir olgu olarak da değerlendirmiyorlardı<sup>29</sup>. Aksine, hukuk öğretisinin<sup>30</sup> iç çelişkilerini gizleyerek ve sonuçlarını mantıksal olarak gerekli ve siyasi yönden tarafsızmış gibi rasyonalize ederek yerleşik toplumsal ve politik düzenin devamında nasıl önemli bir rol oynadığı hususuna yoğunlaşıyor; bu bağlamda Gramsci'den, kültürel antropolojiden ve postmodern eleştirelilikten hareket edip ideoloji olgusunun mevcut toplumsal etkilerine daha yoğun biçimde eğilen bir metodoloji geliştirmeye çalışıyorlardı<sup>31</sup>. Hukukun politik anlamı üzerine düşünerek "politik olan" ile "hukuki olan" arasındaki teorik ve pratik bağlantıları ele alıyor; buradan hareketle geliştirdikleri objektivizm ve formalizm eleştirisiyle hukuki yapı, kurum ve uygulamaları yeniden inceliyor ve genel kabullerin aksine liberal hukuk düzeninin belirsiz, ideolojik ve taraflı olduğunu sonucuna ulaşıyorlardı<sup>32</sup>.

Hukukun oluşturulması, yorumlanması ve uygulanması gibi süreçlerle bu aşamalarda görev yapan kişilerin iradesinin hâkim politik yapılardan özerk ol-

<sup>27</sup> Allan C. Hutchinson and Patrick J. Monahan, 'Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought' (1984) 36 Stan L Rev 199, 200; Schlegel, (n 26) 395.

<sup>28</sup> Minda, (n 26) 614.

<sup>29</sup> Arthur F. McEvoy, 'A New Realism for Legal Studies' (2005) 2005 Wis L Rev 433, 444.

<sup>30</sup> Hukuk öğretisi (legal doctrine) kavramının Batılı pek çok hukukçunun kabul ettiği üzere hukukun kimliği, doğası, normatifliği, adaleti ve adaletsizliği gibi olguları da kapsayan geniş bir anlamda düşünülmesi gerekir. William Twining, 'Legal R/realism and Jurisprudence: Ten Theses' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume 1 - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 127. EHÇ'nin hukuk öğretisini ele alış biçimi tüm bu olguların eleştirel analizine dayanan bir kabulden hareket etmektedir.

<sup>31</sup> McEvoy, (n 29) 444.

<sup>32</sup> Akman, (n 2) 74.

madığını, dolayısıyla hukuk ile politikanın pek çok yönden birbirleriyle özdeş biçimde işlediğini savunuyorlardı<sup>33</sup>. Hukukun ideolojik doğasının maskesini düşürmeye çalışan Eleştirellere göre, özellikle mahkeme kararları ideolojik yönden nötr olmayıp politik söylem tarafından biçimlendirildiğinden hukukun tarafsızlığına yönelik inanç da aslında, güçlünün zayıfın aleyhine fayda sağladığı bir düzeni meşrulaştırmaktan başka bir işlev görmüyordu<sup>34</sup>. Sonuç olarak “hukuk politiktir” anlayışını benimseyen Eleştireller, hukuksal ve entelektüel konuların da politik olduğunu keza hukuki, ahlaki ve politik söylemler arasında da kayda değer bir farkın bulunmadığını düşünüyorlardı<sup>35</sup>. Kapitalist sistem içinde hukuk düzeninin nasıl işlev gördüğünü eleştirel bir paradigmadan hareketle sorgulayarak hukuk ile politika ve hukuk ile toplum arasındaki ikilikleri yeniden ele almaya yöneliyor ve hukuk teorisi ile pratiğinin yapısal sorunlarını görmezden gelen dönemin hâkim hukuk anlayışlarının muhafazakâr tutum ve tercihlerine karşı çıkıyorlardı<sup>36</sup>. Tüm bu yönleriyle EHÇ, en geniş anlamıyla liberal hukuk düzeni fenomeninin radikal bir sorgulamasını gerçekleştirmeyi hedefleyen bir akım olarak dönemin sosyo-hukuki teorisi içinde kendini farklılaştırmayı ve özel bir konuma yükseltebilmeyi başarıyordu.

20. yüzyıl Amerikan hukuk dünyasının muhalifleri olarak değerlendirilebilecek Realistler, Hukuk ve Toplumcular ile Eleştireller, kendi içlerinde önemli derecede farklılıkları olmakla birlikte sosyo-hukuki bir teoriye dayanmaları, hukuki formalizmin geleneksel hukukçuluğuna karşı olmaları, toplumsal olgular ile hukuk arasında bağlantı kurmaları ve hukuk düzenine yönelik eleştirel sorgulamaları bakımından ortaklaştıkları gibi etkin oldukları dönemin toplumsal, politik ve ekonomik gerçekliklerini kendi hukuki analizlerinin merkezine koyarak değerlendirmeleri yönünden de benzerlikler göstermişlerdir<sup>37</sup>. Yine metodolojik yönden hukukun ancak disiplinler arası bir perspektifle ele alındığında anlaşılabilceğini savunmuşlardır. Hukukun ne olduğu, farklı toplumsal yapı, grup ya da ilişkilerde nasıl işlediği gibi hususların aydınlatılabilmesi için ampirik araştırmalara yönelmek gerektiği düşüncesini büyük oranda benimsemiş ve bu doğrultuda teori ile pratiğin bir arada değerlendirilmesine dayanan bir anlayış geliştirmişlerdir.

<sup>33</sup> ibid 86.

<sup>34</sup> Stefan Sciaraffa, ‘Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder’ (1999) 5(2) Leg 201, 201; Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, (Kazancı 2006) 80-81.

<sup>35</sup> Mark Tushnet, ‘Critical Legal Studies: A Political History’ (1991) 100 Yale LJ 1515, 1517; 1524.

<sup>36</sup> Akman, (n 2) 79.

<sup>37</sup> ibid 69.

## II. Yeni Hukuki Realizm

### A. Genel Olarak Yeni Hukuki Realizm

YHR, geçmişi neredeyse bir yüzyılı bulan sosyo-hukuki çalışmaların, 21. yüzyılın gereklilikleri doğrultusunda hem metodolojik hem teorik bakımından değerlendirilip yeni bir kulvar içinde geliştirilip geliştirilemeyeceği tartışmalarıyla beraber ortaya çıkan ve halen sürmekte olan bir dizi yaklaşımı ifade etmektedir. YHR'ye ilişkin ilk tartışmalar 1997 yılında Hukuk ve Toplum Derneği'nin yıllık toplantılarında gerçekleşen bir panelle başlamıştır<sup>38</sup>. Daha sonra ise tıpkı içinden çıktığı Hukuk ve Toplum geleneği gibi olabildiğince çok konuyla ilgilenen kişiyi ve bütün sosyal bilim disiplinlerini kapsamaya çalışan büyük çadır yaklaşımını benimseyerek geniş bir katılımı 25-27 Haziran 2004 tarihleri arasında, American Bar Foundation ile Wisconsin-Madison Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Birinci Yeni Hukuki Realizm Konferansı (1st New Legal Realism Conference: New Legal Realist Methods at the University of Wisconsin-Madison) gerçekleştirilmiştir<sup>39</sup>. Konferansta küreselleşme (ulus ötesi küresel

<sup>38</sup> Howard Erlanger, Bryant Garth, Jane Larson and Elizabeth Mertz, 'Is It Time for a New Legal Realism' (2005) 2005 Wis L Rev 335, 337; Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz, 'Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism' (2010) 6 Annu. Rev. Law Soc. Sci. 555, 560. Tek bir YHR'den bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Nourse ve Shaffer 2000'li yılların başından itibaren Davranışçı, Bağlamsalci ve Kurumsalci olmak üzere farklı Yeni Hukuki Realist akımların ortaya çıktığını ve konuları kendi perspektiflerinden ele aldıklarını söylemektedir. Bu çalışmada Wisconsin ekolü olarak da adlandırılabilir ve Nourse ile Shaffer'in Bağlamsalci içinde değerlendirdiği, öncülüğünü Stewart Macaulay ile Elizabeth Mertz gibi hukukçuların yaptığı ve literatürde eski Realizmin yanı sıra Hukuk ve Toplum ile EHÇ geleneklerinin bir uzantısı olarak kabul edilen yaklaşım ele alınmaktadır. İleride kısaca değinilecek olan ve Hukuk ve Ekonomi akımı içinde konumlandırılabilir Ampirik Hukuk Çalışmaları'nın yargısal davranışların ve kişiliğin hukuki kararlar üzerindeki etkisini merkeze koyarak olgu ve sonuçlara ilişkin büyük ölçekli nicel araştırmalarla yetinen yaklaşımı, bu makale bağlamında "Yeni Hukuki Realizm" kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu makalede ele alınan Yeni Hukuki Realizm, Chicago ekolü olarak nitelendirilebilecek Hukuk ve Ekonomi geleneğinin tamamen dışında sayılan, dolayısıyla yargısal karar verme süreçlerinin salt nicel ampirik araştırmalarıyla kendilerini sınırlandırmayan, nicel ve nitel araştırma ile sosyo-hukuki teorinin bir sentezini geniş bir açıdan disiplinler arası sorgulamaları da içerecek biçimde yorumlayan akademik yaklaşımı -Wisconsin ekolünü- incelemektedir. Victoria Nourse and Gregory Shaffer, 'Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory' (2009) 95 Cornell L Rev 61, 74-75; Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, 'The New Legal Realism' (2008) 75 U Chi L Rev 831, 834. YHR'yi Hukuk ve Ekonomi geleneği içinde değerlendiren bir örnek için Miles ve Sunstein'in ilgili makalesine bakılabilir.

<sup>39</sup> Elizabeth Chambliss, 'When Do Facts Persuade - Some Thoughts on the Market for Empirical Legal Studies' (2008) 71 Law & Contemp Probs 17, 37-38; Michael McCann, 'Preface to the New Legal Realism, Volumes I and II' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W.

hukuk), ayrımcılık ve yoksulluk çalışmaları ile hukuk eğitiminde reform gibi konular hukuk ve sosyal bilimlerin bir arada değerlendirildiği bir perspektiften tartışılmıştır<sup>40</sup>. YHR kapsamında sayılabilecek çalışmalar, günümüze uzanan süreç içerisinde zamanla artarak çoğalırken aynı zamanda akım, benimsediği sosyo-hukuki yaklaşımdan hareketle hukuk ile toplum arasındaki ilişkilerde sosyal adalet ve eşitliği ön plana çıkararak bir hukuk politikasının savunuculuğunu üstlenmiştir.

YHR akımı, 20. yüzyılın başından itibaren gelişmeye başlayan Amerikan sosyolojik hukuk yaklaşımlarının 21. yüzyıla aktarılan mirası üzerinden hukuka ilişkin yeni bir paradigma oluşturma gayreti içindedir. YHR'nin yeni bir paradigma oluşturmaya çalışmasının sebebi Amerikan Realizmini, Hukuk ve Toplum ya da EHÇ'nin iddialarını çürüterek onlara karşı bir üstünlük iddiasından kaynaklanmamakta; aksine içinde bulunulan durumun "yeni" olmasından ve bu sürecin gerçekliğini ele almayı amaçlamasındandır<sup>41</sup>. Bu bölümün ardından her biri ayrı başlıklarda ele alınıp incelenecek olan "aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalara dayanmak", "disiplinler arası olmak", "geniş bir perspektiften sosyo-ekonomik sınıflar ve çıkarlarla ilgilenmek" ve "hukukun etkilerine ilişkin geniş bir bakış açısına sahip olmak" şeklinde<sup>42</sup> özetlenebilecek dört temel özelliğe sahip bu paradigma; hukuka ilişkin yeni bir metodolojik yaklaşımı, hukukun ne olduğu ve aynı zamanda ne olması gerektiği yönünden değerlendirirken madundan yana tavır alan bir toplumsallığın nasıl sağlanabileceği meselesiyle de uğraşmakta ve tüm bunları sosyo-hukuki bir anlayışla ele almaktadır.

Ampirik araştırmayı, hukuk teorisini ve politikayı birleştirmek suretiyle üçlü bir sacayağı üzerinde yükselen bu paradigma, hukuki yönden iyimser bir bakış açısına sahip olduğu gibi Amerikan pragmatizminden beslenen köklü bir gele-

---

Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) XVI; Erlanger et al, (n 38) 337; Elizabeth Mertz, 'Introduction - New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 4.

<sup>40</sup> Suchman and Mertz, (n 38) 561; Mertz, 'Introduction' (n 39) 7.

<sup>41</sup> McEvoy, (n 29) 433-434. McEvoy'a göre, Amerikan Realistleri yirminci yüzyılın başlarındaki sorunlara yanıt ararken, EHÇ yirminci yüzyılın sonlarına doğru yaşanan liberalizmin krizinden doğmuştur. ibid 444. İlgili tartışma için ayrıca bkz. Twining, (n 30) 128-129.

<sup>42</sup> Joel Handler, Orly Lobel, Elizabeth Mertz and Edward Rubin, 'A Roundtable on New Legal Realism, Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences' (2005) 2005 Wis L Rev 479, 480.

neğe dayanmaktadır<sup>43</sup>. Söz konusu nedenlerle YHR açısından hukuk, toplumsal sorunların giderilebilmesinde mutlak çözümler sağlayamayacak olsa bile toplumsal değişimin hukuk aracılığıyla gerçekleştirilebilmesinin fayda ve maliyeti hakkında bilgi verip belirli ölçüde buna katkı sunabilecek bir araç olarak değerlendirilmektedir<sup>44</sup>. YHR, hukuk metodolojisi yönünden ise sadece niceliksel ve deneysel bulgularla yetinmeyip niteliksel yöntemlere de değer veren, uygulamadaki hukuk hakkında teori merkezli ampirik araştırmaları ön plana çıkartan bir akım olarak sivrilmektedir<sup>45</sup>. Fuller'in "Hukukun Ahlakı" kitabının son cümlesinde belirttiği "[b]elki zamanla hukuk felsefecileri de hukuki fenomenleri temsil etmek için 'kavramsal modeller' inşa etmekle uğraşmayı, tanımlar üzerine bitmeyen tartışmaları bırakıp hukukun hakikatini teşkil eden toplumsal süreçlerin analizine yöneleceklerdir"<sup>46</sup> ifadesinin, YHR'nin hem kendine biçtiği misyonu hem hukuka ilişkin yaklaşımını önemli oranda tanımladığını söylemek yanlış

<sup>43</sup> Erlanger et al, (n 38) 345; Handler et al, (n 42) 482-483; 495. YHR, eleştirel geleneği hukuki iyimserlikle birleştirerek bir taraftan mevcut yasal düzenlemelerin yol açabileceği tehlikelere dikkat çekmek diğer taraftan olumlu politik müdahalelere imkân sağlayabilecek bir alt yapı oluşturmak istiyordu. Bryant Garth and Elizabeth Mertz, 'New Legal Realism at Ten Years and Beyond' (2016) 6 UC Irvine L Rev 121, s. 125.

<sup>44</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 391-392.

<sup>45</sup> McCann, (n 39) XIV. McCann'a göre YHR çalışmaları, basit nedensel açıklamaların veya sayısal temsillerin yeterliliğini sorgulamaktadır. Bunların yerine, toplumsal gerçekliğin karmaşık, olumsal, dinamik, çok boyutlu özelliklerini çözümlenebilmesi için zengin bir entelektüel analizle harmanlanan, uygulamaya dayalı bilinçli yorumlama ve değerlendirme alternatifleri sunmaktadır. Söz konusu çalışmaların birçoğunun yorumlayıcı ve niteliksel yöntemlere yaptığı güçlü vurgu, hukuki söylem ile anlam hususlarındaki özeni ve kurumsal bağlama gösterdiği duyarlılık; hukuk alanındaki geleneksel akademisyenlerin hâlihazırda uğraştığı girişimlere çok yönlü ve titiz bir nitelik katmayı vaat etmektedir. Nicel ve nitel verilerin bir arada değerlendirilmesi gerekliliğinin altını çizen Mertz ve Barnes da literatüre atıfla benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Nicel araştırmalar, genel kalıpları keşfedip doğrulamak için çoğu zaman en uygun yaklaşım olduğundan kapalı kategoriler ve büyük miktarda bilgiyle başa çıkma kapasitesine sahiptir. Buna karşın nitel veriye incelikli kavrayış ve nüansları gösterme becerisiyle, söz konusu kalıpların belirli bağlamlar içindeki anlamını ortaya çıkarmak için genellikle en iyi imkânı sunmaktadır. Kendine has zorlukları olsa da mümkün mertebe her iki yöntemin de güçlü yönlerinden faydalanarak hukuki araştırmaları gerçekleştirmek en mantıklıdır. Hatta saha çalışmalarında, bu yöntemlerin yanı sıra deneysel ve ekonometrik yaklaşımların kullanılması suretiyle de farklı bilgiler elde edilebileceğinden bunların hepsinin birleştirilerek değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Böylece en sağlıklı ve güvenli sonuçlara ulaşılabilecektir. McCann, (n 39) XVII-XVIII; Elizabeth Mertz and Katherine Barnes, 'Combining Methods for a New Synthesis in Law and Empirical Research' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 184; Elizabeth Mertz, 'Inside the Law School Classroom: Toward a New Legal Realist Pedagogy' (2007) 60 Vand L Rev 483, 485-487.

<sup>46</sup> L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (Engin Arıkan tr, Tekin 2016) 285.



olmayacaktır<sup>47</sup>. Öğretisel bilgiye dayalı sosyolojik araştırma ile sosyolojik bilgiye dayalı öğretisel çalışmanın birleşimi olarak görülebilecek YHR'nin benimsediği perspektifin gerek Hukuk ve Toplumculardan gerek diğer hukuki ampiristlerden ayrıldığı nokta, öğretiyeye dayalı analizi göz ardı etmeyip uygulamadaki hukuku deneysel yöntemlerin yanı sıra nitel yaklaşımlara da değer veren teori odaklı bir ampirizmle ele almasıdır<sup>48</sup>. Bu özellikleri itibarıyla YHR'nin sadece hukuk sosyolojisi içinde sıradan bir akım olarak değerlendirilmesinin eksik olacağı, hukuk felsefesini de kapsayan, teori ve hermeneutiği ampirik araştırmalarla zenginleştirmeyi amaçlayan karma bir yapıya sahip olduğu belirtilmelidir. Bu konuya ileride, YHR'nin geliştirmeye çalıştığı sosyo-hukuki teori bağlamında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Twining'e göre Batı'daki akademik hukuk çalışmaları geleneğinde hukuk bilimi ile hukuk teorisi uygulamalarına ilişkin genellikle birbirlerine rakip ve çatışan yaklaşımlar şeklinde sunulmuş; "düşünceler olarak hukuk" ile "toplumsal olgular olarak hukuk" arasındaki ayrıma dayanan iki tarihsel çizgi vardır<sup>49</sup>. Yeni realistlerin bu bağlamda temel ilgi alanlarından biri de hukuku anlamının kavramsal, öğretisel, normatif ve ampirik perspektiflerini farklı düzey ve şekillerde birleştirilmesi gereğiyle, söz konusu ayrıma meydan okumaktır<sup>50</sup>. YHR bu yönüyle hukuk düzeninin, ekonomi-politik sistem ve toplumsal yapıyla olan girift ilişkisinin ortaya konulabilmesi için teori ile pratiğin dengeli biçimde birleştirilmesi gerektiğini savunarak bir anlamda oluşturmaya çalıştığı paradigmayı yeni bir hukuki praksis anlayışı içinde geliştirmeyi amaçlamaktadır.

YHR'nin yukarıda çizilen çerçeveden hareketle düşünüldüğünde öncelikle hukuka yönelik eleştirel bir geleneği devam ettirdiği açık biçimde görülmektedir. Gerçekten formalist yaklaşımlara odaklanan hem eleştirel bir söylem hem bunların doğruluklarına ilişkin mutlak kabuller içeren anlayışa dair şüpheci bir tutum benimsemektedir. Fakat hukuk kuralları ile bunların hukuki değişimi gerçekleştirme potansiyellerine yönelik şüpheciliği de nihilizm manasında anlamamak gerekir<sup>51</sup>. YHR, hukukun formal ve dar bir şekilde tanımlandığı durum-

<sup>47</sup> Stewart Macaulay, 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 45.

<sup>48</sup> Bix 'The Many' (n 14) 29.

<sup>49</sup> Twining, (n 30) 124.

<sup>50</sup> ibid.

<sup>51</sup> Erlanger et al, (n 38) 345

larda, hukuk sistemini incelemenin yeterliliğine itiraz ederken<sup>52</sup> esasen hukuk, sosyal teori ve politika arasındaki ilişkinin yeniden yapılandırılmasına ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir<sup>53</sup>. Formalizmin dar ve sınırlı kalıplarının dışında yer alan disiplinlerin ve onların sağladığı imkânların değerlendirilmesine dayalı modellere izin vermektedir<sup>54</sup>. YHR mensupları araştırmalarını gerçekleştirirken, hukukun bozukluk ve aksaklıklarına karşı keskin eleştirel tutumlarını sürdürüp hukukun içindeki ve çevresindeki olumlu toplumsal değişimlerin ele alınması zorunluluğunu unutmamakta; idealizm ile şüphecilik arasında, hem güce dayalı hiyerarşilerin hem bunların hukuk için yarattığı paradoksların farkında kalıp mevcut yapılar içerisinde adaletin sağlanabilmesi için neler yapılabileceğini sorgulamakta ve hukuk ile politika arasında karmaşık bir ilişki olduğunun bilinciyle hareket etmektedirler<sup>55</sup>. İnsanların belirli ortamlardaki hukuk deneyimle-

<sup>52</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 399.

<sup>53</sup> Martha Albertson Fineman, 'Gender and Law: Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism' (2005) 2005 Wis L Rev 405, 405.

<sup>54</sup> Guadalupe T. Luna, 'Legal Realism and the Treaty of Guadalupe Hidalgo: A Fractionalized Legal Template' (2005) 2005 Wis L Rev 519, 524.

<sup>55</sup> Erlanger et al, (n 38) 345. Amerika özelinde, yüksek mahkemelerde görevli hâkimlerin seçim süreci hukuk ile politikanın girift ilişkisini gözler önüne sermektedir. Örneğin ABD Temyiz Mahkemeleri (United States Courts of Appeals) hâkimlerinin seçilmesine ve verdikleri kararlara ilişkin yapılan çalışmalara bakıldığında, politikanın yargı sonuçlarını etkilemesine neden şaşırılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Hâkimler politize olmuş federal yargı seçimi süreçlerinde, Amerikan başkanları tarafından tam da yaptıkları işi yapmak üzere seçilmektedir. Bu durumun, özellikle belli tür davalarda hâkimlerin hangi yönde karar verebileceğinin önceden tahmin edilebilmesini dahi mümkün kılan bazı sonuçları olmaktadır. YHR kapsamında değerlendirilebilecek bir araştırmada Sunstein, Schkade ve Ellman, temyiz mahkemelerindeki hâkimlerin kararları üzerinde, ideolojik tercihlerinin nasıl etkili olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda 1995 - 2004 yılları arasında yayınlanmış 4958 kararı ve bu kararlardaki 14974 bireysel oyu inceleyen yazarlar, mahkemelerin karar verme süreçlerine ilişkin "ideolojik oy kullanma", "ideolojik azalma" ve "ideolojik genişleme" olmak üzere üç hipotez öne sürmektedir. İdeolojik oy kullanma hipotezine göre, ideolojik nitelikteki davalarda hâkimin kararı onu atayan başkanın Demokrat Partili (DP) veya Cumhuriyetçi Partili (CP) olup olmadığına göre tahmin edilebilmektedir. İdeolojik azalma hipotezine göre, hâkimin ideolojik eğilimi, farklı siyasi partiden iki hâkimle beraber karar vermesi hallerinde azalmaktadır. Örneğin DP'li başkan tarafından atanan bir hâkimin, CP'li başkanca atanmış iki hâkimle birlikte karar verirken kalıplaşmış bir liberal gibi oy kullanma olasılığı düşmektedir. Bu durumun tersinde de, iki DP'li başkanca atanan hâkimin varlığı halinde, CB'li başkanca atanan hâkimin kalıplaşmış bir muhafazakâr gibi oy verme olasılığı yine azalmaktadır. İdeolojik güçlendirme hipotezine göre ise bir hâkimin ideolojik eğilimi, kendisini atayan başkanla aynı siyasi partiden iki hâkimle beraber olunca daha da güçlenmektedir. Yazarlar bu üç eğilimin özellikle pozitif ayrımcılık, cinsiyet ayrımcılığı, cinsel taciz, Engelli Amerikalılar Yasası (Americans with Disabilities Act), tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, kampanya finansmanı, çevre hukuku düzenlemeleri, sözleşme maddesi ihlalleri ve 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın 7. başlığı (Title VII of

rini göz önüne almayan teoriye dayalı tutuculuğu reddedip sosyal bilimlerin araç ve imkânlarından yararlanarak hukuk ile toplum ilişkisinin genel olarak “aşağıda” işlediğinin yeterli biçimde anlaşılması gerektiğini söylemektedirler<sup>56</sup>.

YHR'nin inşasına çalıştığı paradigmanın dört temel özelliğini ayrıntılarıyla ele almadan önce son olarak -detaylı bir biçimde incelenmesi bu makalenin sınırlarını aşıyorsa da-, YHR çatısı altındaki araştırmacıların ilgisinin sadece Amerikan hukuk sistemine odaklanmadığı belirtilmelidir. Gerçekten YHR, Amerika dışındaki farklı ülkelerin hukuk düzenlerinin incelenmesi ve hukukun küreselleşmesi gibi olgular çerçevesinde ulus ötesi olarak nitelendirilebilecek bir araştırma alanına da sahiptir. Her ne kadar küreselleşme ve uluslararasılaşma olguları, dünyanın her yerinde veya en azından önemli bir bölümünde geçerli kabul edilebilecek hukuk hakkında kanıta dayalı genellemeler geliştirmek açısından ciddi zorluklara neden oluyorsa da<sup>57</sup> YHR çatısı altında buluşan akademisyenlerin konuya ilişkin sosyo-hukuki çalışmalarının sayısı sürekli artmaktadır. Bu yönüyle YHR'nin sadece Amerikalı hukukçu ve sosyal bilim uzmanlarının birlikteliğinin ötesinde, tıpkı öncülü Hukuk ve Toplum yaklaşımı gibi giderek artan bir uluslararasılaşma potansiyelini barındırdığı göz ardı edilmemelidir.

---

the Civil Rights Act of 1964) kapsamındaki ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal kökene dayalı istihdam ayrımcılığı yasağının ihlaline ilişkin davalarda oldukça belirgin biçimlerde kararlara yansıdığını belirtmektedir. Örneğin bir kadının cinsiyet ayrımcılığına uğraması nedeniyle açtığı, dava DP'li başkanca atanan üç hâkimden müteşekkil bir temyiz heyetinin önüne geldiğinde %75; üyelerinden ikisi DP'li biri CP'li başkanca atanan heyette %49; biri DP'li ikisi CP'li başkanca atanan heyette %38 ve üçü de CP'li başkanca atanan heyette %31 oranında lehine sonuçlanmaktadır. Yazarlar, kürtaj veya idam cezasına ilişkin davalarda ideolojik azalma ya da genişleme olmadan doğrudan ideolojik oy kullanmanın gerçekleştiğini, buna karşın ceza davalarına ilişkin temyiz yargılamalarında, ticaret klozu (Commerce Clause - Birleşik Devletler Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümünün 3. fıkrası) davalarıyla Federal hükümetin özel mülkiyete el koymasına ve kullanımını kısıtlamasına ilişkin davalarda, hâkimlerin ideolojik nitelikte oy kullanmaları yönünden önemli bir fark ortaya çıkmadığını saptamışlardır. Yapılan bu ampirik çalışma, yargısal aşamada, özellikle ideolojik nitelikte sayılabilecek davalarda hâkimlerin karar verirken kendilerini seçen başkanın politik görüşlerine yakın biçimde oy tercihlerini belirlediklerini ortaya koymaktadır. Macaulay, 'A New' (n 47) 31-32; Cass R. Sunstein, David Schkade and Lisa Michelle Ellman, 'Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation' (2004) 90 Va L Rev 301, 304-305; 311-313; 320.

<sup>56</sup> Erlanger et al, (n 38) 345.

<sup>57</sup> Twining, (n 30) 139.

## B. Yeni Hukuki Realizmin Temel Özellikleri

### 1. Aşağıdan Yukarıya Ampirik Araştırmalara Dayanmak

YHR tarafından benimsenen aşağıdan yukarıya hukuk anlayışı bir yönüyle hukuki pozitivistizmin geleneksel hukuk öğretisinin ve ona ilişkin kabullerin geçerliliğini sorgularken diğer yönüyle hukuk ile toplum arasındaki ilişkinin yeniden biçimlendirilmesinde ve hukukun gerçekte ne olduğunun anlaşılabilmesinde bir kılavuz olmaktadır. Ehrlich'in "yaşayan hukuk" kavramsallaştırmasının yanı sıra ilk dönem realistlerinin "uygulamadaki hukuk" yaklaşımından beslenen aşağıdan yukarıya hukuk anlayışı<sup>58</sup>, bir metodoloji olarak hukuki ampirizmi kullanarak aşağıdakilerin hukuk deneyimlerini merkeze alarak disiplinler arası bir yöntemle hukukun toplumsal fonksiyonunu incelemeyi amaçlamaktadır. Macaulay'nin belirttiği üzere, hukukla ilgili bir şeyler öğrenilebilmesi isteniyorsa hukuku aşağıdan yukarıya perspektifiyle ele almak gerekmektedir<sup>59</sup>. Yöntemsel olarak bu yaklaşım, hukukun etkisine ilişkin savların öncelikle tabanda -aşağıda- gerçekleştirilecek çalışmalarla desteklenmesi esasına atıf yapmakta ve teoriye ya da kişisel tecrübeye dayanan öngörülerde bulunmaktan ziyade ampirik araştırmalardan yararlanarak onlardan hareket edilmesini savunmaktadır<sup>60</sup>. Ayrıca, formal hukuki süreçlerin ve kurumların sınırlarının dışına çıkılmasını içerdiği gibi hukukun etkileri konusunda geniş ve açık görüşlü bir bakış açısıyla, birbirinden farklı toplumsal sınıfların çıkarlarının anlamlandırılmasını şart koşmaktadır<sup>61</sup>. Bunun gerçekleştirilebilmesi içinse araştırmacıların, öncelikle kendilerini hukukun formal kategorilerin ötesinde konumlandırabilmelerine yardım edecek

<sup>58</sup> Yaşayan hukuk kavramı ile aşağıdan yukarıya perspektifi arasındaki ilişki konusunda bkz K. Alex Ziegert, 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 Sydney L Rev 108, 123; Duygu Hatipoğlu Aydın, *Güvencesiz Adalet - İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, (On İki Levha 2018) 11. Aşağıdan yukarıya perspektifinin aynı zamanda Leon Petrazycki'nin "sezgisel hukuk" kavramıyla ilişkili olduğu da belirtilmiştir. Reza Banakar, *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, (Springer 2015) 52.

<sup>59</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 390. Macaulay'ye göre YHR hem uygulamadaki hukuka hem yaşayan hukuka odaklanmaktadır. Bu doğrultuda temyiz aşamasına ilişkin incelemelerin ötesinde ilk derece mahkemelerindeki duruşmalar, hatta duruşma öncesi faaliyetler asıl araştırma konusu yapılmalıdır. Tarafları uzlaşmaya yönelten ve genellikle zorlayıcı arabulucular olarak hareket eden duruşma hâkimleri, hukukun gölgesinde pazarlık yapan avukatlar, yargılama süreçlerinin mümkün olduğunca kaçınılması gereken bir şey olduğunu öğrenen iş insanlarının tepkileri, uygulamadaki hukukun ve yaşayan hukukun konularıdır. Macaulay, 'Contracts' (n 16) 1166.

<sup>60</sup> Erlanger et al, (n 38) 339.

<sup>61</sup> ibid.

ampirik araçları kullanmaları ve formal hukukçuluğun etkilerine karşı son derece şüpheli davranmaları gerekmektedir<sup>62</sup>. YHR'nin aşağıdan yukarıya perspektifini esas alan ampirik metodolojisi ve bunu hukuki araştırmaların merkezine koymayı amaçlayan sosyo-hukuki yaklaşımı, onu, Ampirik Hukuk Çalışmaları (AHÇ<sup>63</sup>) gibi ampirizmi yine hukuki araştırmaların odak noktası olarak konumlandırmayı amaçlayan farklı akımlardan önemli oranda ayırtmaktadır.

YHR öncelikle aşağıdan yukarıya perspektifini benimsemekteyse de sosyo-hukuki teoriyi zenginleştirebilmek yönünden yukarıdan aşağıya olarak nitelendirilebilecek anlayışı da göz ardı etmemektedir. Sivil toplumun en alttan yukarıya doğru uzanan normatif bağlamlarının analiz edilmesine dayanan aşağıdan yukarıya yaklaşımının daha iyi kavranabilmesi için başvurulan yukarıdan aşağıya anlayışında hukuk, devlet hukukuyla keza yasallık da devlet hukukunun resmî kaynaklarıyla sınırlı biçimde tanımlanmakta ve devletin yukarıdan aşağıya uza-

<sup>62</sup> ibid 339-340; 344.

<sup>63</sup> Ampirik Hukuk Çalışmaları (Empirical Legal Studies) olarak anılan akımın tıpkı YHR gibi belirlenmiş kesin özelliklerinden bahsedebilmek çok kolay değildir. Fakat akımın sağ liberal kanatta yer aldığı keza Hukuk ve Ekonomi (Law and Economics) hareketine yakın bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilir. Burada bir parantez açarak Hukuk ve Ekonominin, hukukun otonom ve özerk yapısının değişiminde ve hukuk ile sosyal bilimler arasında yeni bağlantıların kurulmasında önemli etkisi olduğu belirtilmelidir. AHÇ bu yönüyle, Hukuk ve Ekonominin uzantısında biçimlenmiştir. Hatta AHÇ'nin sosyolog kıyafeti giydirilmiş bir Hukuk ve Ekonomi olduğu yönünde benzetmeler de yapılmıştır. Tüm bunlara karşın, teorinin büyük oranda bir kenara bırakılıp nitelikten ziyade niceliğin ön plana çıkartıldığı bir yaklaşımı benimseyen AHÇ, hukuk öğretisini eleştirmek yerine onu test edilecek ampirik önermelerin kaynağı olarak görmektedir. Hukuki araştırmaların ağırlık merkezini, hukuktan sosyal bilim disiplinlerine kaydırmak yerine bu disiplinleri hukuka aktarılabilir kaynaklar -teknik beceri depoları- olarak kabul etmektedir. Hukukçuların toplumsal gerçeklikle doğrudan sahada uğraşmasından ziyade ofislerinde istatistiklerden yararlanarak ampirik çalışmalar yapmalarını salık vermektedir. Büyük oranda bir hukuk fakültesi hareketi olarak değerlendirilebilecek AHÇ'nin ampirizmi, öncelikle şirketler ve mahkemeler gibi formal hukuk ve iktidar konularına eğildiğinden aşağıdan yukarıya perspektifinden ziyade yukarıdan aşağıyı esas alan bir metodoloji üzerinden biçimlenmektedir. AHÇ bu nitelikleri itibarıyla hukuki ampirizm üzerine çalışan öncüllerinden daha az radikal olduğu gibi var olan hukuk düzeni için de bir tehdit değildir. Son olarak AHÇ akımının yeni kuramsal ekonomistler, siyaset bilimciler, sosyal psikologlar, davranışsal ekonomistler ve niceliksel eğilimleri benimseyen hukuk profesörleri gibi bir dizi farklı bileşeni keza davranışsal hukuk ve ekonomi, yargı politikaları, pozitif politik teori ve deneysel ekonomi gibi çeşitli çalışma alanları vardır. Suchman and Mertz, (n 38) 557 - 560; Tracey E. George, 'An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools' (2006) 81 Ind. L. J. 141, 146; Chambliss, (n 39) 33; 37; Richard A. Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' (1987) 100 Harv L Rev 761, 767 - 768; McCann, (n 39) XIV; Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug, 'Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 2.

nan kurumları araştırılmaktadır<sup>64</sup>. Başka bir ifadeyle bu anlayış; devleti, hukukun ve yasallığın kaynağı olarak görmekte, yasaların toplumsal koşullar ve davranış kalıpları üzerindeki etkilerini araştırmak için hukuk kurallarının yorumlanması, uygulanması ve yürütülmesinden sorumlu olan görevlilerin ve yöneticilerin görüş ve tutumlarını başlangıç noktası olarak almaktadır<sup>65</sup>. YHR açısından aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya ampirik araştırmaların verilerini bir arada gözetip değerlendirerek aşağıyı çalışmanın metodolojik sonuçlarından ilki, sıradan insanların yaşamları üzerinde hukukun etkilerini ortaya koyabilmektir<sup>66</sup>. Keza aşağıyı anlamaya çalışmanın önemli bir boyutu, araştırmaları sadece aşağı ile sınırlı tutmadan ve formal hukuki süreçlerin etkinliğini göz ardı etmeden yukarıyı da kapsama alarak, üstteki kurumsal yapılar ile karar alıcı kişi veya merkezlerin incelenmesidir<sup>67</sup>. Böylece söz konusu yöntem, ikinci olarak hukukun nasıl işlediğinin anlaşılmasına yardım edeceği gibi mevcut iktidar ilişkileri ile hiyerarşilerinin değerlendirilebilmesine de katkı sunacaktır<sup>68</sup>. Politik bir mesaj içeren bu yöntem, hukukun farklı işlevlerini ortaya koyduğu gibi sınıfsal niteliğini yeniden tartışmaya açabilecek özellikler göstermektedir<sup>69</sup>. Örneğin orta ve üst sınıflar için doğru olan muhtelif olgular, toplumsal yapının en altında yer alanların yaşadıkları gerçeklikleri farklı şekillerde gizleyebilmektedir<sup>70</sup>. Aşağıyı kapsamına almayan veya tabandan başlamayan bir ampirik çalışmanın hukuk ile toplum arasındaki var olan gerçek bağlantıları ve ilişkileri bütünüyle doğru bir biçimde açıklayabilmesi son derece güçtür.

<sup>64</sup> Suchman and Mertz, (n 38) 564; Aydın, (n 58) 11.

<sup>65</sup> Banakar, (n 58) 50.

<sup>66</sup> Erlanger et al, (n 38) 340. Kuşkusuz bu tür çalışmalar yürütmek için hukuki araçların yanı sıra antropoloji veya tarih gibi çeşitli sosyal bilim disiplinlerinin enstrümanlarından da yararlanmak gerekmektedir. *ibid.* Aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya perspektiflerinin bir arada kullanılmasının, devlet tarafından konulan ve uygulanan yasalarla sıradan insanların gündelik hayatlarında fiilen uydukları kurallar arasındaki farklılıklar ve boşlukların incelenmesi yönünden önemli bir imkân sağlayabileceğine keza bir ulus devletteki hukuk düzeninin yanı sıra uluslararası hukuk düzeyinde de faydalı olabileceğine ilişkin bir yaklaşım için bkz. Banakar, (n 58) 161-165.

<sup>67</sup> Erlanger et al, (n 38) 340.

<sup>68</sup> *ibid.* Tüm bu belirtilenlere karşın, aşağıyı çalışmak, bilhassa sosyal hiyerarşi katmanları hesaba katıldığında oldukça güçtür. Örneğin çok basit bir durum üzerinden düşünülecek olursa, metodolojik olarak evsizlerin sayısını belirlemek ev sahiplerinin sayısını belirlemekten her zaman daha büyük zorluklar barındırır. *ibid.* 341.

<sup>69</sup> Macaulay, 'The New' (n 6) 392-393.

<sup>70</sup> *ibid.*

Bu noktada, sistematik ampirik araştırmaların ne kadar güvenli olabileceğine ilişkin tartışmaya da değinilmesi gerekmektedir. Kökeni, EH  içinde  ne sürülen ve ampirik araştırmaların gerçekten nesnel olup olamayacağına ilişkin duyduğu şüpheciliğe kadar uzanabilecek bu tartışma, ampirizmin mevcut düzeni bütünüyle açıklamakta yetersiz kalacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. EH , Trubek tarafından her ne kadar öğretiye dayanmayan bir araştırma geleneğinin parçası olması nedeniyle ampirizme daha yakın bir akım olarak nitelendirilse de<sup>71</sup> pek çok Eleştirel, ampirizmin her halükârda sistematik ve nesnel sonuçlara ulaşabileceğine yönelik taahhüdünün, hukuk söz konusu olduğunda, yanıtıcı bir pozitivizme yol açacağı görüşündedir<sup>72</sup>. Eleştirellere göre ampirik araştırma neticesinde elde edilen bulgular, gözlemcinin öznel konumuyla doğrudan bağlantılıdır ve bu nedenle ampirizm de aslında, ideoloji ile metodolojinin düzeltilemez bir şekilde i  içe geçmesi sonucuna yol açmaktadır<sup>73</sup>. Eleştireller açısından ampirik araştırmalar hiçbir biçimde pozitivizmden soyutlanamayacağı gibi onların değer yüklü ve politik olmadıklarını söylemek de statükoyu güçlendirmeye hizmet etmekten başka bir sonuç doğurmamaktadır<sup>74</sup>. Dolayısıyla pek çok reformist akademisyen, ideoloji ve özerkliği göz ardı ederek ve açıkça normatif ve eleştirel bir perspektiften araştırma yapmayarak aslında mevcut statükonun devamına katkı sunmaktadır<sup>75</sup>. Eleştirellerin birçok noktada ampirizme yönelik haklılık payı taşıyan bu eleştirilerinin, bilhassa ampirist araştırmacıların tıpkı geleneksel pozitivistlerin yaptığı gibi nesnellik ve tarafsızlığa vurgu yaparak kendilerini ve araştırmalarını ideolojik olmayan bir yerde konumlandırmaya çalışmalarından duydukları şüpheden ve bunun imk nsızlığı düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir.

YHR açısından ise ampirizmin anlamının daha farklı bir boyutu ve fonksiyonu vardır. YHR'den önce genel  er evesi belki de Trubek ve Esser tarafından çizilen ve "eleştirel bir hukuk sosyolojisi" fikrinin uzantısında "eleştirel ampirizm" olarak adlandırılan yaklaşım, hukuk düzeninin hem eleştirel hem ampirik sosyo-hukuki

<sup>71</sup> David M. Trubek, 'Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism' (1984) 36 Stan L Rev 575, 600.

<sup>72</sup> Christopher Tomlins, 'Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative' (2000) 34 Law & Soc'y Rev 911, 961.

<sup>73</sup> ibid.

<sup>74</sup> White, (n 4) 841.

<sup>75</sup> ibid 835.

araştırmalarla nasıl geliştirilebileceğine ilişkin bir tartışmayla ilk şeklini almıştır<sup>76</sup>. Trubek ve Esser açısından, ampirik araştırmanın merkezinde yer alan gözlemin nesnel ve değerden bağımsız olması mümkün değilse de<sup>77</sup> ampirizmin bir araştırma stratejisi olarak sadece bu sebeple bütünüyle terk edilmesi gerektiği görüşü de savunulamaz<sup>78</sup>. Bu yönüyle ikili tarafından, eleştirel ampirizmin, salt politik terimlerle anlaşılabilirliği ve yalnızca toplumsal yaşamın üretimi ve yeniden üretimindeki kendi rolüyle yüzleştiği takdirde başarılı olabileceği belirtilmektedir<sup>79</sup>. Ampirik metodoloji, hukuk teorisi tarafından zenginleştirilmediği sürece, kendisini hukuk politikasının bir parçası haline dönüştüremeyecek keza politika yapıcıların -yasa koyucunun- bakışını da toplumsal değişim ve kalıcı eşitsizlik gibi olgulara

<sup>76</sup> David M. Trubek and John Esser, 'Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 3, 4.

<sup>77</sup> ibid. Nesnel ve değerden bağımsız olmamakla kastedilen, araştırmanın salt ideolojik bir çerçevede ve politik amaçlarla yapılmış olması değildir. Whitford'a göre bugün kullanılan kategoriler, bizden öncekiler tarafından oluşturulmuş ve genellikle oluşturuldukları kültürde yaygın olarak paylaşılan, toplumun nasıl organize edilmesi gerektiğine dair tercihlerin bir yansımasıdır. Trubek ve Esser'in terminolojisiyle ifade edilecek olursa, bugün ampirik araştırmalarda kullanılan toplumsal davranış kategorileri, en azından kısmen, ilgili nüfus alt gruplarında baskın olan ideolojilerin bir ürünüdür. Dolayısıyla düşünceler önemli ölçüde miras alınan toplumsal kategorilere hapsedilmiş olsa da insanlar hala toplumsal olguların yeni gruplandırılmalarını hayal etme kapasitelerini korumaktadır. William C. Whitford, 'Critical Empiricism' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 61, 61-62.

<sup>78</sup> ibid 62. Araştırmacının, gözleminin değer yüklü karakterinin farkında ve bilincinde olarak çalışmasını yürütmesi, bu sayede daha ılımlı kalmayı başarıp sonuçlara ilişkin yanlış yorumlamaları sınırlayan bir yapı kurabilmesi gerekir. Whitford'a göre Trubek ve Esser'in ortaya koyduğu eleştirel ampirizm perspektifinin önemli özelliklerinden biri, araştırmacının bu farkındalığına dayanmaktadır. ibid 64-65.

<sup>79</sup> Trubek and Esser, (n 76) 47. Mertz'e göre sosyal bilimlerin yöntemleri bilinçli ve dikkatli kullanıldıklarında, -hukuki karakterdekiler de dâhil olmak üzere- toplumsal olay ve sistemler hakkında daha doğru anlayışlar geliştirilmesine katkı sunabilir. Bununla birlikte hukuktan antropolojiye ve ekonomiye kadar, bütün bilgilerin politik bir karakter gösterdiği yönündeki kabulden kaçabilmek son derece güçtür. Araştırma araçlarının -sınırlarının olduğu kadar imkânlarının da- değerlendirilmesi son derece önemlidir; bu bağlamda ampirik araştırmayı yürütenler, hangi bilginin elde edildiği ve analizinin nasıl yapıldığı hususlarında yöntem ve araçların bir parçası olarak sorumludur. Öte yandan ampirizme dayanan bir sosyal bilimler metodolojisinin, salt teorik bir noktadan hareket eden yönetsel anlayışa göre, kişisel anlamda politik seçim ve durumlardan daha azade bir değerlendirme sürecine imkân sağladığından bahsedilebilir. Çünkü burada araştırmacının, kendi kişisel doğrularından hareket etmesinden ziyade elde ettiği ampirik bulguları değerlendirmesi ön plana çıkmaktadır. Eğer hukuka ilişkin ampirik bulgular, araştırmacının benimsediği teorilerle uyumuyorsa, çalışmanın sonuçlarının geçerliliğinin sorgulanmasından ziyade benimsenen teorilerin yeniden gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Handler et al, (n 42) 483-484.



yöneltebilmekte başarısız olacaktır<sup>80</sup>. YHR'nin metodolojisi hem sosyo-hukuki olguları ampirik araştırmaların bir parçası haline getirmeyi hem ampirizmi teorik araçlarla desteklemeyi amaçladığı gibi benimsediğı aşağıdan yukarıya perspektifiyle de hukukun insanların günlük yaşamlarını nasıl etkilediğini ortaya koyma konusunda önemli avantajlar sağlamakta ve politika yapıcılarını harekete geçmeleri yönünde etkileyerek politika düzeyinde fark yaratmaktadır<sup>81</sup>. Dolayısıyla YHR'nin, ampirik araştırmaların teorik bir çerçeve ve hareket noktasından yeterince beslenmezse her halükârda eksik kalacağı yönünde bir anlayışı benimsediğı ve temsil ettiğı söylenebilir.

Pozitivizmin nicel verilerin çözümlenmesine dayanan -ve YHR'nin uzak durmak istediğı- ampirizminin temel görünümünün, ideolojiler üstü olma iddiasının bir uzantısı olarak, teorizmin bir uygulamayı -pratiğı- ifade ettiğini belirtmek gerekir. Oysaki ampirik bulguların eleştirel bir teorik düşünme, analiz ve yorumla bir arada değerlendirilmesi halinde, bilhassa aşağıdan yukarıya araştırmalarla hukukun toplumsal yapı içindeki işleyişinin hiç de formalist anlatılardaki gibi gerçekleşmediğı gösterilerek hukuk düzeninin mevcut paradokslarının ortaya konulabilmesi mümkün hale gelecektir. Keza böyle bir eleştirel ampirik ve teorik perspektifin, ekonomik alt yapıdan kaynaklı sınıfsal eşitsizliklerin çerçevesini çizdiği toplumsal konuların aydınlatılabilmesi bakımından önemli bir başlangıç noktası olduğı da göz ardı edilmemelidir. Ampirizmin pozitivistlerce dillendirilen ya da savunulan ideolojiler üstü, bilimsel ve tarafsız konununun sosyal bilimlere ilişkin araştırmalar gündeme geldiğinde mevcut ekonomi politik sistemin hegemonyasının doğrulanması dışında bir sonucu olmamaktadır. Dolayısıyla sosyal bilimlere açısından ampirik araştırmaların -her halükârda ideolojik niteliğı haiz olsalar da- ancak sağlam bir teorik perspektiften yorumlanma ve değerlendirilmeleri halinde işlevselliklerinden -özellikle aşağıdan yukarıya yaklaşımı açısından- söz edilebilir. Bu noktada YHR'nin, pozitivizmin "ideolojiden arındırılmış", "tarafsız", "objektif" ampirik yöneliminden ziyade teoriyle harmanlanmış yeni bir metodolojik arayışın içinde kendini konumlandığı söylemek yanlış olmayacaktır.

<sup>80</sup> Fineman, (n 53) 430.

<sup>81</sup> Thomas Mitchell and Elizabeth Mertz, 'The Empirical Turn in the Legal Academy: A New Legal Realist Perspective' *Law & Society Newsletter*, (Amherst, November 2006) 4; Thomas W. Mitchell, 'Destabilizing the Normalization of Rural Black Land Loss: A Critical Role for Legal Empiricism' (2005) 2005 Wis L Rev 557, 610.

## 2. Disiplinler Arası Olmak

YHR, hukuki çalışmalara yönelik yeni bir disiplinler arası paradigma geliştirilmesine, hukuk ile sosyal bilimler arasında var olan epistemolojik ve metodolojik farklılıkların ortaya konarak her iki alanın gerek sosyal bilimciler gerek hukukçular açısından anlaşılabilir kılınmasına yönelmektedir<sup>82</sup>. Sosyal bilimlerin bulgularını hukuk teorisi, pratiği, etiği ve eğitimi gibi hukukla ilgili belli başlı konu ve alanlara entegre etmenin yeni yolları geliştirmeye çalışmaktadır<sup>83</sup>. Tek bir metodoloji türüne ya da sosyal bilim alanına odaklanan yaklaşımlardan ayrılan YHR, disiplinler arası bir hukuki bilgi biçimi yaratmak için mevcut epistemolojik ve normatif sorunları dikkatlice göz önünde bulundurup farklı alanların sınırlarının aşarak çalışılması gerektiğini savunmaktadır<sup>84</sup>. Gerçekten hukuka yönelik yapıcı ve pragmatik bir yaklaşım geliştirebilmek için sosyal bilimlerden yararlanmak ve onun eleştirilerini gözetmek mutlak bir zorunluluktur<sup>85</sup>. Bu nedenle YHR'nin hedefi bir taraftan ampirik araştırmalar yapmaktan imtina eden hukukçular için sosyal bilimlerden gelen bulguların kendilerine ne kadar faydalı olabileceğini göstermek diğer taraftan hukuki konuların, hukuk uygulaması içinde bulunanlar tarafından nasıl yorumlandığını ve değerlendirildiğini ortaya koymak suretiyle sosyal bilimcilere hukuka yönelik daha entelektüel bir bakış açısı kazandırılmasına yardım etmektir<sup>86</sup>. YHR'nin disiplinler arası hukuk çalışmalarının gerçekleştirilebilmesi için büyük çadır perspektifi olarak nitelendirdiği bu yaklaşımı, başka türlü düzenli olarak etkileşime girmeyen hukukçularla sos-

---

<sup>82</sup> Erlanger et al, (n 38) 336.

<sup>83</sup> Mertz, 'Introduction' (n 39) 12. Garth ve Mertz'e göre YHR'nin ayırıcı özelliklerinden biri, sosyal bilim teorilerinin hukuk bilimine ve fakültelerine aktarılmasına açıkça odaklanmasıdır. Fakat sosyal bilimlerin hukuk alanına uyarlamaya çalışırken bir disiplin olarak hukuk kadar bir kurum olarak hukuk fakültelerinin de kendine özgü dünya görüşü ve yöntemleri olduğu göz ardı edilmemelidir. Garth and Mertz, (n 43) 121; 124; Elizabeth Mertz, 'Realism Then and Now: Using the Real World to Inform Formal Law' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 28.

<sup>84</sup> Mertz, 'Introduction' (n 39) 4.

<sup>85</sup> Handler et al, (n 42) 479. Disiplinler arası hukuki çalışmaların YHR ile başlamadığı, onun öncesine uzanan bir tarihinin olduğu belirtilmelidir. Posner'a göre 1970'lerden itibaren, hukuk alanındaki hâkim öğretisel yaklaşıma karşı disiplinler arası bir metodolojinin hukukta kullanılması gerektiği yönünde düşünceler daha güçlü biçimde öne sürülmüştür. Bunlar hukuk ve ekonomi, hukuk ve toplum, hukuk ve edebiyat, eleştirel hukuk çalışmaları, eleştirel ırk teorisi, feminist hukuk teorisi, eşcinsel hukuku, hukuk ve politika teorisi, hukuk ve biyoloji ve bilişsel bilimler gibi alanlarda ön plana çıkmıştır. Richard A. Posner, 'Legal Scholarship Today' (2002) 115 Harv L Rev 1314, 1316 - 1317.

<sup>86</sup> Erlanger et al, (n 38) 336.

yal bilimlerin farklı alanlarında uzmanlaşmış kimselerin birbirleriyle karşılaşabileceği bir buluşma noktası sağlamayı amaçlamaktadır<sup>87</sup>. Kuşkusuz bu perspektifin hayata geçirilebilmesi için sosyal bilimcilerden ziyade hukukçuların ikna edilmesi, eğitilmesi ve bu tür sosyo-hukuki çalışmalar yapmaya özendirilmesi gerekmektedir.

Hukukçuların geleneksel tutumlarından vazgeçip ofislerinin ya da kütüphanelerin dışına çıkarak alışkanlıklarını değiştirmeleri, bir anlamda konfor alanlarından feragat etmeleri sosyo-hukuki çalışmalara başlamalarının ilk basamağı olacaktır. Hukukun hangi alanında uzmanlaşmış olunursa olunsun, alanın düzenleme konuları ile toplum arasındaki etkileşimin araştırılması, aslında ilgili alanın ne olduğunun ve nasıl işlediğinin ortaya konulabilmesinin ön şartıdır. Dolayısıyla hukuki ve sosyo-hukuki araştırmaları yürütenlerin öğretisel analizin ötesine uzanması, ampirik gözlemlerden beslenmesi ve diğer disiplinlerce geliştirilen açıklayıcı modeller üzerinde yoğunlaşmaya istekli olması son derece önemlidir<sup>88</sup>. Hukukçuların ampirik düzeydeki çalışmalarının çoğu zaman temyiz mahkemesi kararlarına odaklanması veya aşağıdakilerin gündelik yaşamlarından ziyade kurumlar ya da seçkinler üzerine yoğunlaşması; buna karşın hukuk akademisinin dışında birçok sosyal bilim disiplininin yukarıdakiler kadar aşağıdakilerle de ilgilenmesi ve hatta sosyoloji ile antropoloji gibi alanların yıllardır insanların gündelik yaşamları ile hukuk arasında ilişki kurmanın metodolojiler geliştirerek aşağı ile yukarı arasında hukukun nasıl işlediğine dair daha bütünsel ve kesin bir kavrayışın geliştirilmesine öncülük etmesi, hukukçuların neden disiplinler arası bir perspektifi artık benimsemeleri gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>89</sup>. Dolayısıyla hukuk alanının dili ile sosyal bilimlerde kullanılan dilin uyumlaştırılması, her iki alanın uzmanları açısından karşılıklı biçimde anlaşılabilir kılınması ve bu sayede verimli iletişimsel süreçlerin hayata geçirilebilmesi daha fazla önem arz etmektedir<sup>90</sup>. Bu bağlamda hukuk ile sosyal bilimler, farklı disiplinlerdeki uzmanlar ile politika belirleyiciler, hatta hukuki süreçlerin ve mücadelelerin

<sup>87</sup> Mertz, 'Introduction' (n 39) 4.

<sup>88</sup> Bruce M. Price, 'A Butterfly Flaps Its Wings in Menlo Park: An Organizational Analysis of Increases in Associate Salaries' (2005) 2005 Wis L Rev 713, 713.

<sup>89</sup> Handler et al, (n 42) 484. Mitchell'e göre hukuk alanında çalışan akademisyenlerin kullandıkları veriler, çoğunlukla ya hukuk bültenlerinde yayınlanmış ya elektronik olarak erişilebilen eyalet mahkemelerinde veya federal mahkemelerde görülen davalardan gelmektedir. Hukukçuların ancak küçük bir yüzdesi, tek başlarına veya sosyal bilimler eğitimi alan kişilerle iş birliği içinde yaptıkları çalışmalarda sosyal bilimlerde kullanılan türden verilerden yararlanmaktadır. Mitchell, 'Destabilizing' (n 81) 579.

<sup>90</sup> Erlanger et al, (n 38) 336.

içinde yer alan aktörler arasında üretici bir iletişimselliğin yaratılması şarttır<sup>91</sup>. İlk realistler gibi yeni realistler de hukuk bilgisinin geliştirilmesinde sosyal bilimlerin nasıl kullanılabileceği hususuna yoğunlaşmakta, hukuk teorisi ile ampirik araştırmaları bir araya getirerek hukuk politikasının oluşturulması ve genel olarak hukukun anlaşılabilmesi cihetinde daha güçlü bir dayanağın inşa edilmesi meselelerine odaklanmaktadır<sup>92</sup>.

YHR açısından, disiplinler arası iletişimsel yakınlaşmanın hayata geçirilebilmesi ve bir alandaki bilginin diğer alanlar tarafından kullanılabilmesinin sağlanması için, söz konusu alanların birbirlerine “tercüme” edilmelerine yoğunlaşarak farklı disiplinlerde çalışan uzmanlarının karşılıklı iş birliğine yönelmeleri gerekmektedir<sup>93</sup>. Hukukçular, sosyal bilimleri okumayı öğrenme yükümlülüğü altında olduğu gibi sosyal bilimciler de hukuk politikasının ya da yapılacak hukuki reformların alanlarına ilişkin tartışmalara girdiklerinde hukukun doğasıyla başa çıkmak zorundadır<sup>94</sup>. Disiplinler arası yeni bir hukuki realizmin teori ve pratiği inşa edilmek isteniyorsa, bir disiplinin kullandığı kategori ve kavramların diğer bir disipline tercümesi büyük önem arz etmektedir<sup>95</sup>. Bu tercüme sürecinde amaç, eleştiriden yola çıkan ancak eleştiriyle yetinmeyen pozitif bir gündem yaratmak; her iki alanın nüanslarıyla önceliklerini kaybetmeden sosyal bilimlerden öğrenilenleri hukuki sorunlara uygulayabilmek ve hukuk alanında, sosyal bilimlerin çok yönlü -sofistike- ve daha etkili şekilde anlaşılabilmesini sağlayacak disiplinler arası konuşma biçimleri geliştirmektir<sup>96</sup>. Hukukun, ekonomi politik düzen içinde güncelliğini koruyabilmesi için, hukukçuların sosyal bilimlerden sürekli olarak bir şeyler ithal etmesi ve bunları alana özgü ve uygun biçimde çevirebilmesi gerekmektedir<sup>97</sup>. Örneğin iktisat alanının “rasyonel bireyi” ile hukukta kullanılan anlamıyla “orta zekâlı, makul, dürüst insan” ya da ticaret

<sup>91</sup> Handler et al, (n 42) 479.

<sup>92</sup> Erlanger et al, (n 38) 337.

<sup>93</sup> Mitchell and Mertz (n 81) 4; Erlanger et al, (n 38) 341; Handler et al, (n 42) 479. Tercümenin sadece hukuk ile diğer sosyal bilimler arasında değil aynı zamanda teori ve gözlem arasında da gerçekleşmesi gerekmektedir. Suchman and Mertz, (n 38) 560.

<sup>94</sup> Macaulay, ‘A New’ (n 47). 40.

<sup>95</sup> Erlanger et al, (n 38) 341 - 342.

<sup>96</sup> Christopher Tomlins, ‘In This Issue’ (2006) 31 Law & Soc Inquiry 795, 795; William K. Ford and Elizabeth Mertz, ‘Introduction - Translating Law and Social Science’ in Elizabeth Mertz, William K. Ford and Gregory Matoesian (eds), *Translating the Social World For Law - Linguistic Tools for a New Legal Realism* (Oxford 2016) 1.

<sup>97</sup> Bryant G. Garth, ‘Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Research’ (1997) 49 Ala L Rev 103, 118.

hukukundaki “basiretli tacir” gibi kavramlar özünde birbirlerine benzemektedir<sup>98</sup>. Bu bağlamda iktisat biliminde kullanılan anlamıyla rasyonel insanın hukuk diline uygun bir biçimde tercümesi bilhassa hukuk ile ekonomi arasında kurulacak bir ilişkinin somutlaştırılması ve ekonomik zemine dayanan hukuki problemlerin çözülebilmesi açısından son derece faydalı olabilecektir<sup>99</sup>. Keza işçi ile işveren ilişkileri ekseninde düşünüldüğünde, söz konusu iktisat temeline dayanan tercüme, yorum ve metodolojik katkılar, çatışmaların daha fazla adalet, ekonomik eşitlik ve hakkaniyet tabanına dayanan bir veçhede uzlaştırılabilmesi bakımından katkı sunabilecektir<sup>100</sup>. Hukukun iç (yasal kurumlar içinde) veya dış (ekonomik krizler vd.) baskılar karşısında değişmesi gerekli hale geldiğinde, bu değişimin sosyal bilimlerdeki en iyi ve geçerli veri, argüman ve yaklaşımlarla tutarlı biçimde hayata geçirilebilmesi önemli bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>101</sup>. EHÇ, hukukun ekonomi politik yapı ve toplumsal ilişkiler düzeyinde ihtiyaçları karşılayabilmesi ve güncelliğini koruyabilmesi için disiplinler arası iletişimin ve tercümenin sürekliliğinin şart olduğu görüşünü savunmaktadır.

### 3. Geniş Bir Perspektiften Sosyo-ekonomik Sınıflar ve Çıkarlarla İlgilenmek

YHR açısından ampirizm, hukuki analiz süreçlerinde kendisinden yararlanılabilecek önemli bir yöntem olarak kabul edilmişse de bu kullanım geçmişteki örneklerinden ciddi biçimde farklılaşmaktadır. YHR, yukarıdan aşağıya hukuki merkezileşimi esas alan ve temyiz mahkemelerine, kurumlara ya da seçkinlere yoğunlaşan geleneksel ampirist yaklaşımları yetersiz bulmakta; hukuki çoğulculuktan ve aşağıdan yukarıya araştırmalardan beslenen<sup>102</sup> yeni bir metodoloji geliştirip toplumsal yapının en altında olanların hukuki deneyimlerine ağırlık vererek sorun odaklı bir çözüm arayışını ön plana çıkarmaktadır.

Realistlere göre, yoksulluk ve ayrımcılık gibi aşağıdakileri daha fazla ilgilendiren sorunlarının azaltılabilmesi için hem hukukçular hem sosyal bilimciler bir arada enerjilerini yoğunlaştırmalı ve aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalarla bu insanların yaşamlarını bütün yönleriyle ele alıp anlamalıdır<sup>103</sup>. Formalist gelenek, hukuku yerinde araştırmak için zayıf bir rehberlik ve itici güç sağlayabileceğinden, araştır-

<sup>98</sup> Erlanger et al, (n 38) 342.

<sup>99</sup> ibid.

<sup>100</sup> ibid.

<sup>101</sup> Garth, ‘Observations’ (n 97) 118.

<sup>102</sup> Suchman and Mertz, (n 38) 565.

<sup>103</sup> Erlanger et al, (n 38) 361-363.

macılar, ampirik yöntemlere başvurup realizmin deneyimlerinden yararlanarak toplumsal hiyerarşinin en altında veya ortasında yer alan insanların hayatlarında hukukun işleyişini incelemeli ve öğrendiklerini de teorilerine dahil etmelidir<sup>104</sup>. Aşağıdan yukarıya yaklaşımı, sadece analitik değil aynı zamanda olayları aşağıdan yukarıya görmemizi sağlayabilecek politik ve toplumsal katmanlaşmanın alt tabakalarıyla ahlaki bir sempati kurmaya yönelmiş bir arayış olarak etik nitelikte bir perspektiftir ve burada cevaplanması gereken asıl soru; aşağıyı tanımlamak ve sorunlarını görünür kılmak için toplumsal yapının ne kadar derinine inilmesi gerektiğidir<sup>105</sup>. Başka bir ifadeyle problem açık bir biçimde görünmeyen, göz ardı edilen, dışlanan, bu nedenle yok sayılan, sessizliğe mahkûm edilen, kenara itilip ötekileştirilen insanlara, kısaca ezilenlere veya ötekileştirilenlere nasıl ulaşabileceğidir<sup>106</sup>.

Herhangi bir alandaki eşitsizlik sorunlarının ele alınıp ortadan kaldırabilmesi veya en azından yol açtıkları olumsuz etkilerin azaltılabilmesi için sadece sosyal bilimlerin kullanılması suretiyle tespitlerde bulunulması yetersiz kalacağından toplumsal yardımlaşmaya yönelen yeni yapılar oluşturulması, hukuki reformların nasıl yapılacağıyla ilgili tartışmaların yürütülmesi ve yasa koyucular ile politika yapıcılar üzerinde baskı kurulması gibi hususlara odaklanmak gerekliliği ortaya çıkmaktadır<sup>107</sup>. YHR söz konusu problemi aşabilmek için ampirik hukuk çalışmalarını somut biçimde akademik hukuk pratiğine, hukuk eğitime ve hukuk bilimine entegre etmekle ilgilenen aktivist bir hareket kimliğini ön plana çıkarmaktadır<sup>108</sup>. Böylece toplumsal, ekonomik ve politik yapılanmanın yeniden inşasında hukukun sosyal bilimlerin diğer tüm disiplinlerinden beslenen bir araç olarak nasıl işlevselleştirilebileceği meselesi üzerine yoğunlaşmaktadır.

<sup>104</sup> Elizabeth Mertz, 'Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory - Real Legal Language and a New Legal Realism' (2000) 94 Nw U L Rev 909, 936; Mertz, 'Introduction' (n 39) 7.

<sup>105</sup> Handler et al, (n 42) 505; Suchman and Mertz, (n 38) 576.

<sup>106</sup> Handler et al, (n 42) 505.

<sup>107</sup> Thomas W. Mitchell, 'New Legal Realism and Inequality' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 216; Handler et al, (n 42) 505. Mitchell'e göre hukuk bilimi, herhangi bir hukuk reformunun hayata geçirilebilmesi çabasında kendi başına nadiren önemli bir görev üstlenebilir. Fakat yine de yasaların belirli biçimlerde değiştirilmesi gibi hususlarda bu değişikliği yapabilecek konumda bulunanları etkilemede rol oynayabilir. Hukukta reform yapmakla ilgilenenler medya stratejisi geliştirme, kilit paydaşlarla bağlantı kurma ve sürdürme, yasayı değiştirebilecek konumda bulunan kişi ve kurumlarla ilişkiye geçerek onları istenen değişikliği yapmaya teşvik etme gibi farklı reform politikalarını bir arada yürütebilmelidir. Mitchell, 'New' (n 107) 216.

<sup>108</sup> Twining, (n 30) 131.

Politika düzeyinde, yukarıdan aşağıya yönteminin yanı sıra aşağıdan yukarıya perspektifinin de benimsenmesi konusunda ısrar etmek, toplumsal bağlamda tüm farklı seslerin duyulabilmesi, adaletin sağlanabilmesi ve aşağı tabakaların güçlendirilip eşitliğin maddileştirilebilmesi hususlarında demokratik bir arayışa işaret etmektedir<sup>109</sup>. Öncelikle mahkeme, hâkim veya hukuk kurallarına odaklanılması gerekliliği üzerinde duran geleneksel hukukçuluğa zıt bir tutum olan aşağıdan yukarıya yaklaşımı, hukukun sıradan insanların üzerindeki etkinliği meselesine eğildiğinden sadece hukuk profesyonellerinin veya elitlerinin deneyimlerini merkeze alan yukarıdan aşağıya yönteminden önemli ölçüde farklılaşmaktadır<sup>110</sup>. Aşağıdan yukarıya perspektifi bu hususların gerçekleştirilme ideali itibarıyla, aynı zamanda pragmatizmin teorik ve felsefi düzeyde geri dönüşüne de tam anlamıyla uymaktadır<sup>111</sup>. YHR açısından aşağıdan yukarıya çalışmalarla hukukun analizinde öncelikli konu ezilenler veya ötekileştirilenler olduğundan pragmatizm de bu kesimlerin sorunlarının giderilebilmesinde - veya en azından hafifletilebilmesinde- ve haklarına kavuşabilmelerinde işlevsel bir araçtır. Pragmatizm, Amerikan hukuk sistemi içerisinde sorunların çözümü yönünden önemli bir potansiyele sahip olup yeni bir teorik çerçevede -gündelik pragmatizmden farklılaştırılarak-, reel ekonomi politikte, aşağı tabakaların çıkarlarının en çoklanabilmesi özelinde bir araçsallaştırılmaya tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda YHR'nin pragmatizmiyle EHÇ'nin pragmatizmlerinin bilhassa ezilenlerin haklarının korunması açısından sorun odaklı ve hızlı çözümlere yönelen bir istikametinin olduğundan bahsedilebilir. Daha yoğun bir teorik ve felsefi çerçeveye oturtulan, toplumun en dezavantajlı konumdaki madun kesimlerinin durumlarının iyileştirilebilmesi gibi sol politik hedeflerin somutlaştırılması bağlamında anlamlandırılabilir bu pragmatist yönsemenin sebebi, her iki akımın son kertede Amerikan menşei olması itibarıyla pragmatist düşünce geleneğinin iz düşümlerini yansımasıyla ilgilidir.

YHR'nin benimsediği sosyo-hukuki yaklaşım, görüldüğü üzere, toplum merkezli bir eleştirel ampirizmi kurmaya çalışırken hukuki araştırmayı mevcut hukuk düzeninin altında yatan genel kabul ve varsayımlara yönelik bir şüpheyeye yönelmekte ve yeterince temsil edilemeyen, yok sayılan ve ezilen grupların durumlarını gösterip çıkarlarını geliştirmeyi amaçlamaktadır<sup>112</sup>. Dolayısıyla

<sup>109</sup> Handler et al, (n 42) 485.

<sup>110</sup> Suchman and Mertz, (n 38) 561-562.

<sup>111</sup> Handler et al, (n 42) 485.

<sup>112</sup> Whitford, (n 77) 65.

YHR'nin sosyo-hukuki yaklaşımı açısından hukuku, toplumsal yaşamdan kopuk, zaman zaman toplumsal formlar üzerinde işleyen, onları düzenlemek ve şekillendirmek için mücadele eden bir şey olarak değil tüm toplumsal ilişkilerle ve pratiklerle kaynaşmış ve onlardan ayrılmaz bir şey olarak anlamak gerekmektedir<sup>113</sup>. YHR, hukuki gücün toplumda hangi amaçlarla ve kimin çıkarları için dağıtıldığını ve kullanıldığını ortaya koymaya çalışarak bir taraftan eski hukuki realizm geleneğini sürdürmekte<sup>114</sup> diğer taraftan en dezavantajlı kesimlerin uğradığı adaletsizlikleri araştırma sahasına alarak bunların giderilebilmesine yönelik bir çözüm arayışına yönelmektedir. Dolayısıyla -AHÇ gibi- sadece ampirik araştırmalarla yetinen, teoriden yoksun sosyo-hukuki araştırmalarla kendini sınırlamamakta; sosyo-hukuki teoriyi felsefi ve özellikle madunlardan yana ahlaki-etik bir içerikle donatarak yeniden hukuk akademisinin ilgisine sunmaktadır.

YHR, aşağıdan yukarıya doğru ampirik araştırmalarda sadece nicel ve neden-sel çıkarımlarla yetinmemekte; çoklu ve disiplinler arası yaklaşımına paralel olarak yorumlayıcı ve nitel yöntemlere, hukuki söylem ile anlama ve kurumsal bağlama özel bir vurgu yapmakta keza hukukla ilgili gözlemsel olduğu kadar teorik bilgilerle desteklenmiş sistematik çalışmanın geliştirilmesini de gerekli görmektedir<sup>115</sup>. YHR'nin bu kapsayıcı yaklaşımı, kendisinin de içinde bulunduğu sosyo-hukuki çalışmaların genel bir hukuk teorisi -kuramı- (jurisprudence<sup>116</sup>) ana başlığı

<sup>113</sup> Sarat and Silbey, (n 7) 142.

<sup>114</sup> Jane H. Aiken and Ann Shalleck, 'Putting the "Real World" into Traditional Classroom Teaching' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 68. YHR'nin teoriyi ön plana çıkarmasını eleştiren, eski Realistlerin anlayışından saptıklarını ve aslında ampirik çalışmalar konusunda onların gerisine düştüklerini savunan görüşler de vardır. Bu görüşlerin teoriyi bir kenara bırakıp hukukçuların salt nicel ampirik verilerle yetinmesi gerektiğini savunan anlayışın bir yansıması olduğu söylenebilir. George vd.'ne göre YHR çalışmaları, hukukun insanların davranışları üzerindeki olası etkilerini incelerken hukukun fonksiyonu ve hukuk kurallarına ilişkin farkındalık gibi konularda çeşitli varsayımlar öne sürüyorsa da bunların sahadaki doğruluklarını test etmemektedir. YHR mensupları, test için veri topladıklarında dahi bunu eski Realistlerin aksine aşağıdan yukarıya biçimde değil yukarıdan aşağıya doğru gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla YHR çalışmaları, teoriye dayalı modeller ortaya koyduktan sonra bunları test etmek için ampirik veriye yönelmektedir. George, Gulati and McGinley, (n 17) 696.

<sup>115</sup> Talesh, Mertz and Klug, (n 63) 4; 18-19; Morrill and Edelman, (n 6) 423.

<sup>116</sup> "Jurisprudence" sözcüğü Türkçe'ye çevrilirken "hukuk bilimi", "hukuk teorisi -kuramı-" veya "hukuk felsefesi" gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır. "Jurisprudence", Latince kökeni itibarıyla "hukuk bilimi" anlamını taşıyorsa da (Kıta Avrupası'nda "içtihat hukuku"nu karşılayacak biçimde farklı bir anlamda da kullanılmaktadır) Amerika'daki güncel kullanımı yer yer üzerine tartışmalar yürütülmekle beraber genellikle Türkçe'deki "hukuk felsefesi" terimini karşıla-



altında ama hukuki pozitivizm ile doğal hukuk anlayışlarının dışında ve onların rakibi konumunda, Tamanaha'nın ifadesiyle hukuk felsefesinin "üçüncü sütünü" olarak sosyo-hukuki teori başlığı altında ele alınmasını mümkün kılmaktadır<sup>117</sup>. Hukukun ne olduğu konusunda doğal hukuk teorileri normatif bir pozisyonda kalarak ahlak felsefesine; hukuki pozitivizm kavramsal ve analitik bir açıdan analitik felsefeye<sup>118</sup> ve sosyo-hukuki teori ise ampirik bir metodolojiyle -tarih, ekonomi, sosyoloji, antropoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi alanları kapsayacak ve gözlem, kanıt, doğrulama, yanlışlama, tümevarım, tündengelem, veri toplama gibi ampirik odaklı her türlü yöntemi içerecek biçimde- bilime dayanarak açıklamalarda bulunmaktadır<sup>119</sup>. Söz konusu özellikleri itibarıyla, uzun süredir doğal hukuk ile hukuki pozitivizm karşısında tutarlı ve alternatif savlar öne süren sosyo-hukuki teori; hukuki kurumlar ve uygulamalar, hukukun işlevi, etkisi, değişimi ve gelişimi,

---

maktadır. Bu makalede de ABD menşeli bir akım olarak YHR çalışıldığı ve ağırlıklı olarak Amerikalı akademisyenlerin eserlerinden yararlanıldığından "jurisprudence" sözcüğü çoğunlukla "hukuk felsefesi" terimini karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Fakat buna karşı çıkan önemli hukukçular da vardır. Örneğin Cotterrell'e göre son dönemlerde hukuk teorisi (jurisprudence), hukuk felsefesi (legal philosophy) adı altında farklı bir şeye dâhil edilmiş veya yeniden tanımlanmıştır. Tamanaha da hukuk teorisinin (jurisprudence), hukuk felsefesinden (legal philosophy) daha geniş olduğunu Cotterrell'e atıfla belirtirken hukuk felsefesinin hukuk teorisinin ayrı bir alt türü olduğunu ve sosyo-hukuki teorisinin de hukuk teorisinin -hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisine birlikte- eşdeğer bir dalı olduğunu söylemektedir. Bkz. 'Jurisprudence' <<https://www.law.cornell.edu/wex/jurisprudence>> accessed 22 February 2024; Brian Z. Tamanaha, 'The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory' (2015) 56 Wm & Mary L Rev 2235, 2275; Roger Cotterrell, 'Why Jurisprudence is not Legal Philosophy' (2014) 5 Jurisprudence 41, 41-42.

<sup>117</sup> Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2237; Twining, (n 30) 132-133. Tamanaha'ya göre hukuki pozitivizm, hukuku, içeriğinin veya sonuçlarının kötü olup olmadığına bakmaksızın hukuk görevlerinin kanun olarak uyguladıkları şey şeklinde somutlaştırmaktadır. Doğal hukuk teorisi, hukuk ile adalet ve ahlak kavramları arasında bağlantı kurmakta; hukukun adil olduğuna veya en azından adil olması gerektiğine keza ahlakın da nesnel olduğuna ilişkin bir inanca dayanmaktadır. Buna karşın sosyo-hukuki teori ise hukuku, toplumsal etkileri ve sonuçları olan ve araçsal olarak kullanılan, toplumsal bir kurum şeklinde değerlendirmektedir. Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2262.

<sup>118</sup> Bix'e göre analitik felsefe, her ne kadar hukuki pozitivizmle yakın biçimde ilişkilendiriliyorsa da onunla özdeşleştirilmemelidir. Hukuki pozitivizm, hukukun doğasına veya geçerlilik şartlarına odaklanan bir teoriyken örneğin analitik hukuk felsefesi hukuki hak ve yetkilerin doğası gibi kavramların tartışılmasını da içerir. Hatta geniş bir analitik hukuk felsefesi anlayışı, doğal hukuk teorisi gibi hukukun doğasına ilişkin rakip teorileri bile kapsar. Brian H. Bix, 'Jurisprudence and Legal Theory' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 479-480.

<sup>119</sup> Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2266-2267. Tamanaha, her üç akımın birbirinden farklı yönlerine işaret etmekle beraber bu ayrımların mutlak olmadığını ve birbirlerini dengelediğini belirtir. Örneğin her üç akımın da normatif çıkarımları vardır, kavramsal analizle uğraşır ve hukukun toplumsal bir kurum olduğunu kabul eder. ibid 2267.

hukuki çoğulculuk, hukuk kültürü ve hatta daha fazlası için hukuk felsefesi bağlamında, hukukun doğasına ilişkin tartışmaları çerçeveleyen pek çok farklı anlayışın bir araya getirilmesini kolaylaştıracak bir alan yaratmaktadır<sup>120</sup>. Bu yönüyle sosyo-hukuki teori olmadan hukukun doğası hakkında yapılan ya da yapılacak olan teorik tartışmaların önemli bir alternatif bakış açısından yoksun kalacağı söylenebilir<sup>121</sup>. YHR'nin sosyo-hukuki teoriyi merkeze alan yaklaşımı bu yönüyle, akımın salt hukuki ampirizm çatısı altında konumlandırılmasını güçleştirmekte, hukuk sosyolojisi kadar hukuk felsefesinden de öğeler barındıran karma bir hareket şeklinde değerlendirilebilmesinin önünü açmaktadır. Pek çok noktada öğretiyi ve teoriyi başlangıç noktası yapmaları, aşağıdan yukarıya veya yukarıdan aşağıya perspektifiyle elde edilen ampirik bulguları anlama ve yorumlama ekseninde yer yer hermeneutik geleneğe yaslanarak değerlendirmeleri teori ve pratiği birleştirmeye yönelik hukukun yeni bir praksiyi yaklaşımının ana hatlarını inşa etmektedir.

#### 4. Hukukun Etkilerine İlişkin Geniş Bir Bakış Açısına Sahip Olmak

YHR'nin hukuka, topluma ve devlete ilişkin geliştirdiği perspektifin geleceksel hukuki yaklaşımlardan önemli oranda farklılaşabilmesinde, mensuplarının hukukun işlev ve etkisi gibi konularda hukuki formalistlerden çok daha geniş bir bakış açısına sahip olması önemli rol oynamıştır. Bu bakış açısının dış dünyaya yansıyan ilk sonucu, yukarıda çerçevesi çizilen sosyo-ekonomik sınıf ve çıkarlarla ilgilenmeleriyle ortaya çıkmıştır. YHR, hukukun kendisini hem bağımlı hem bağımsız değişken olarak ele alırken kurucu rolüne yönelik çok farklı görüşleri bir arada kapsama eğiliminde olup keza onu dil ve söylem, kurumsal uygulamalar, arzulanan idealler, devlet şiddetinin fiili veya potansiyel yaptırımı olarak esasen güç ve iktidar ilişkileriyle doğrudan bağlantı içinde anlamlandırmaktadır<sup>122</sup>. Yeni realistler, hukukun ne olduğuna dair bu geniş perspektifli sorgulamalarının yanı sıra onun ne olması ve nasıl bir toplumsal fonksiyonu yerine getirmesi gerektiği yönünde de çalışmalar yapmaktadır.

YHR, bir toplumsal mühendislik aracı olarak hukukun, toplumun en alt kesimini oluşturan ezilenler ve ötekileştirilenlerin sorunlarını çözmede nasıl kullanılabileceği arayışı içindedir. Bu bağlamda YHR, benimsediği ampirik metodoloji ve toplumsallığı amaçlayan politikalarıyla sadece toplumsal sorunların hukukçular

---

<sup>120</sup> ibid 2238.

<sup>121</sup> ibid 2268.

<sup>122</sup> McCann, (n 39) XV; Talesh, Mertz and Klug, (n 63) 4-5.

tarafından bulunup keşfedilmesiyle kendini sınırlamayıp bunların nasıl giderilebileceğine ilişkin müzakere ve iş birliği olanaklarının geliştirilmesine uğraşması yönünden de geleneksel hukukçuluktan ayrılmaktadır. YHR mensupları, formalistlerce savunulan hukukun toplumsal ve ekonomik gücün dağılımına müdahale etmemesi ve sosyal adalet ile ilgili konularda süreç odaklı bir perspektif dâhilinde kalınması gerektiği gibi yaklaşımları yeniden değerlendirmektedir<sup>123</sup>. Onlara göre piyasa sistemi her zaman zayıf ve ezilen kitlelerin aleyhinde biçimlenip varlığını sürdürdüğünden öncelikle liberal ekonomi politik sistem içerisinde gücün eşitsiz dağılımına sebebiyet veren ve görünürde baskıcı olmayan bir biçimde işleyen düzenlemelerin gerçekteki baskıcı formlarına bakılmalıdır<sup>124</sup>.

YHR'nin şimdiye kadar ele alınan hukuka ilişkin kendine özgü metodolojik yaklaşımı ile bunun toplumsal yapının en altında yer alan sosyo-ekonomik sınıflar ve çıkarlarla geniş bir perspektiften ilgilenirken ne gibi çözüm imkânları sunabileceğine ilişkin başlattığı tartışma, hukukun toplumsal etkilerinin çözümlenmesi sürecinde YHR'ye ayrıksı ve radikal bir konum kazandırmaktadır. Rubin'e göre YHR öncelikle, toplumsal ve politik nitelik arz eden birbirinden farklı hukuki ve yarı hukuki olguların değerlendirilmesi gibi hususlarda sosyal bilimlerde kullanılan farklı metodolojik anlayışları birleştirmeye yönelik uğraşısı ya da hedefiyle; ikinci olarak, toplumsal hareketlerin nasıl geliştirilebileceği konusuyla ilgilemesi itibarıyla geleneksel hukukçuluktan ayrılmaktadır<sup>125</sup>. İnsanları mevcut toplumsal durumlarını geliştirmelerinin yolu onlara masada bir sandalye vermek değil, o sandalyeye oturabilmek için kendilerini nasıl örgütleyeceklerini göstermek ve bu bağlamda hukukun toplumsal hareketler ile ilişkisi üzerine düşünülmesini sağlamaktır<sup>126</sup>. YHR'nin gerek hukuk teorisine gerek uygulamasına bakış açısının bu minvalde biçimlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

<sup>123</sup> Handler et al, (n 42) 505.

<sup>124</sup> ibid. Hunt'a göre kendi kendisini düzenleyen piyasa anlayışı, aslında hiçbir zaman tam anlamıyla gerçekleşemediğinden piyasa düzeni varlığını sürdürebilmek ve korumak için politik sistemin müdahalelerine ihtiyaç duymaktadır. Hukuk, ekonomik ve politik düzenler arasında bağlantıyı sağlayan temel mekanizmadır. Serbest piyasa ancak sürekli merkezi olarak organize ve kontrol edilen müdahalelerle genişlemesini sürdürebilmektedir. Hunt, (n 24) 20. Dolayısıyla hukukun, hâkim ekonomi politik yapının uyumlu biçimde çalışabilmesi ve gelişebilmesi yönünden, çoğu durumda egemen sınıfların lehine işleyen bir araç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yönüyle hukuk düzeni olgusu, her ne kadar sınıflar arasındaki eşitsizliklerin kaynaklarından biri şeklinde görülebilecek olsa da; YHR gibi hukuka karşı şüpheli ve eleştirel bakan yaklaşımlarca farklı biçimlerde, toplumsal mücadelenin bir odağı olarak da değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

<sup>125</sup> Handler et al, (n 42) 515.

<sup>126</sup> ibid.

YHR'nin oldukça önem verdiği ve farklılaştığı çalışma konularından biri de hukuk eğitiminin fazlasıyla teorik bir çerçevede içinde kalmasından kaynaklanan çıkmazlarının ampirik çalışmaların desteğiyle uygulamaya dönük bir yaklaşımla nasıl yeniden biçimlendirilebileceği ve hukuk klinikleriyle zenginleştirilebileceği hususlarıdır<sup>127</sup>. Sahadaki hukukun sınıflara taşınmasını amaçlayan YHR, hukuk eğitimi sadece öğrencilerin hukukçu olmalarını sağlayan bir araç olarak değerlendirmekle yetinmemekte; hukukun ne olduğuna ve toplumda nasıl işlediğine ilişkin gerçekliğin günlük olarak öğrencilere aktarıldığı bir süreç olarak kabul etmektedir<sup>128</sup>. Gerçi YHR'den çok daha önce, ilk Realistlerden itibaren hukuk eğitiminde reform yapılması gerektiğini savunanlar, hukuki kurumların nasıl işlediğini öğrencilere göstermek amacıyla hem ampirik araştırmalar üzerinde yoğunlaşmaya hem hukuk klinikleri aracılığıyla uygulamalı hukuk eğitimine geçişe başlamış ve böylece hukuk fakültelerinin formalist nitelikli müfredatına karşı yeni bir eğitim yöntemini ön plana çıkarmışlardır<sup>129</sup>. Kökenleri erken 20. yüzyılda, öğrencilerin genelde gönüllü olarak yer aldıkları hukuki yardım çalışmalarına dayanmakta olan bu yöntem, o dönemde hâkim olan formalist çizgideki müfredatın yerine, uygulamayı daha yoğunluklu bir biçimde ele alarak öğrencilere daha gerçekçi bir deneyim kazandırmayı hedeflemiştir<sup>130</sup>. 1960'lı yılların sonlarında ilk kamu yararı hukuk firmaları<sup>131</sup> ortaya çıktıklarında, bunlar,

<sup>127</sup> Erlanger et al, (n 38) 359-360.

<sup>128</sup> Aiken and Shalleck, (n 114) 71.

<sup>129</sup> Louise G. Trubek, 'Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the New Public Interest Law' (2005) 2005 Wis L Rev 455, 456. Poppe, YHR'nin hukuk eğitimine ilişkin gündeminin öğrencilere ampirik araştırmaların önemi konusunda bilinç kazandırma, hukuk ve sosyal bilimler arasındaki ilişkiyi anlamaları için çerçeve sağlama ile ampirik veri ve analizlerle eleştirel bir şekilde ilgilenebilmeleri için ihtiyaç duyacakları bilgiyle donatma şeklinde özetlenebilecek üç temel meseleye odaklanması gerektiğini belirtmiştir. Emily Taylor Poppe, 'New Legal Realism Goes to Law School: Integrating Social Science and Law through Legal Education' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 196.

<sup>130</sup> Trubek, 'Crossing' (n 129) 474.

<sup>131</sup> Kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan ilk hukuk büroları 1960'lı yılların sonu ile 1970'li yıllarda ortaya çıkmıştır. Her ne kadar "National Association for the Advancement of Colored People Legal Defense Fund", "American Civil Liberties Union" ve "Legal Aid" gibi öncülere olsa da geniş bir "kamu yararı" uygulaması fikri esasen bu yıllarda belirginleşmiştir. Kamu yararına çalışan söz konusu hukuk büroları, genelde seçkin hukuk fakültelerinin mezunları olan genç avukatlar tarafından kurulmuştur. Birçoğu Washington D.C'de bulunan bağımsız, kâr amacı gütmeyen ve vergiden muaf olan bu hukuk firmaları, öncelikle federal mahkeme ve kurumlar ile Kongre önünde savunma yapıyorlardı. Müvekkiller arasında örneğin, çıkarları ticari açıdan kârlı bulunmayan, dolayısıyla yeterli finansal destek bulamayan ve bu nedenle avukatlar tarafından

çalıştıkları bölgelerde hukuk fakültesi öğrencilerinden stajyer olarak yararlanmaya başlamış keza belirli bir sosyal adalet perspektifinden hareket eden ve geleneksel kamu yararı vizyonuna dayanan klinik programlarla, staj uygulamaları aracılığıyla iş birliğine gitmişlerdir<sup>132</sup>.

YHR açısından örgün hukuk eğitimi programları, “yüce” teorik ideallerin yanı sıra uygulamanın dağınık gerçekliğini yansıtmalı; öğrencilerin hukukun sınırlarını anlayarak potansiyeline ilişkin doğru bir değerlendirmeye sahip olabilmelerini sağlamalı ve kamu yararının ne olduğu konusunda bilgilendirirken bunu aşağıdan yukarıya perspektifine dayanan ampirik çalışmalarla somutlaştırmalıdır<sup>133</sup>. Öğrencilere hukukun, toplumdaki yoksullar, ezilenler ve dışlananlar üzerinde farklı sonuçlar yarattığı öğretilmezse, toplumsal düzenin oluşumunda hukukun tarafgirliği olgusu onlardan saklanmakta ve bu nedenle de mevcut sorunların nasıl çözülebileceği konusunda hukukçuların kendilerine düşen etik sorumluluğu yerine getirebilmeleri güçleşmektedir<sup>134</sup>. Öğrencilerin mesleki yeterliliğe sahip olmaları, geniş bir bakış açısıyla donatılmaları, adaletsizliğin ne anlama geldiğini kavramaları, adaletsiz uygulamalarla karşılaştıklarında bu tür durumların üstesinden gelmek için nasıl hareket etmeleri gerektiğini bilmeleri ve eylemlerinin etik sonuçlarını göz önünde bulundurarak mesleki faaliyetlerini yürütmeleri gerektiğini öğrenmeleri YHR’nin eğitim anlayışındaki etik eylem vizyonunun en önemli bileşenleridir<sup>135</sup>. Bu özellikleri itibarıyla YHR, uygulamanın gerçekliği içinde öğrencilere,

---

temsil edilmek istenmeyen -dolayısıyla yasal temsil imkânlarından yeterince yararlanamayan-yoksullar, güvenli ürünler arayan tüketiciler ve çevreciler gibi birçok grup vardı. Kamu yararı hukuk firmaları, ana fonları vakıflar ve barolardan gelen yardım kurumları olarak örgütlenmişti. İlerleyen dönemde, devlet desteği almak için de çaba göstermişlerdi. ibid 457-458.

<sup>132</sup> ibid 474.

<sup>133</sup> ibid 467. Hukuk klinikleri aracılığıyla hukuki ampimizmin ön plana çıkartılmasını, bütün hukukçuların yegâne ilgi alanının hukuk sosyolojisi veya saha çalışması olması gerektiği yönünde bir yaklaşım şeklinde değerlendirmem gerekir. Mertz’in belirttiği üzere, bütün hukukçuların gidip saha çalışması ya da ampirik araştırmalara yönelmesi söz konusu değildir. Ancak hukukçuların sosyal bilimlerin diğer disiplinleriyle ilgilenmeyip kendi alanların içine kapanmaları, hukuki metinlere olan mutlak bağlılıkları ve hukuku salt hukuki kalıplarla sınırlı bir çerçevede değerlendirmeye dönük bilinç yapıları değiştirilebilir. Handler et al, (n 42) 517.

<sup>134</sup> Aiken and Shalleck, (n 114) 67.

<sup>135</sup> Marsha Mansfield and Elizabeth Mertz, ‘Teaching an Interdisciplinary Law Class’ in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 208-209; Aiken and Shalleck, (n 114) 68. Bu etik vizyonun öğrencilere kazandırılmasında, yine YHR’nin benimsediği disiplinler arası metodolojinin hukuk alanına dâhil edilmesi önemli bir kolaylık sağlayacaktır. Aiken ve Shalleck’e göre öğrencilerin, hukukun eşitsizliğe neden olan işleyiş süreçlerini öğrenebilmeleri için sosyal bilimlerin alanındaki çalışmalara yönlendirilmeleri, adaletsizliğin nasıl oluştuğunu kavramalarını kolaylaştıracaktır.

belirli bir hukuki bilgi ve beceri kazandırma amacının yanı sıra onları toplumsal yaşamın neden olduğu adaletsizlik, eşitsizlik ve ayrımcılıklar karşısında felsefi yönü de olan etik bir anlayışla donatmayı öngörmektedir. Dolayısıyla hukuk eğitiminde, hem pratiğin hem teorinin beraber ve koordineli biçimde işlediği bir modeli yöntem olarak ön plana çıkarmaktadır.

YHR'nin önerdiği modelin hayata geçirilebilmesindeki zorluk, hukuk fakültelerinin yöneticilerinin, eğitim süreçlerine ilişkin geleneksel anlayış ve tutumlarını sorgulamaya nasıl yönlentilebilecekleri keza aşağıdan yukarıya ampirik araştırmaları daha fazla müfredatın bir parçası haline getirip öğrencileri hukuk pratiğinin içinde yer almaya teşvik edebilecekleri gibi meselelerde ortaya çıkmaktadır. Hukuk klinikleri bu noktada çok işlevsel bir araç olsa da hem öğrencilere hem kliniklerde çalışan akademisyenlere önemli sorumluluklar düşmektedir. Klinik hukuk eğitiminin gerçek anlamda işleyebilmesi için öğrencilerin bu konuda istekli olmaları ve klinikleri desteklemeleri, ayrıca kliniklerin de hizmet ettikleri çevreyle başarılı bir biçimde iletişime geçebilmesi şarttır<sup>136</sup>. Örneğin işçi haklarına yoğunlaşan bir kliniğin doğrudan işçilerle olduğu kadar onları temsil eden kurumsal yapılarla da sağlıklı bir iletişim sağlayabilmesi gerekmektedir. Bunlar gerçekleştirilmeden, aşağıdan yukarıya perspektifine dayalı ampirik araştırmalar yapılamayacağı gibi hukuk klinikleri vasıtasıyla formal ve teorik hukuk eğitiminde eksik olan hukuk ve toplum arasındaki ilişkinin niteliği, hukukun etkinliğinin ve işlevinin ne olması gerektiği gibi problemlerin yeterli düzeyde ele alınabilmesi de mümkün değildir.

Yeni realistlere göre, ancak klinik hukuk pratikleriyle desteklenen bir eğitim aracılığıyla toplumsal ve ekonomik bağlamda hukuk uygulamasının gerçekliği öğrencilere aktarılabilir<sup>137</sup>. Hatta hukukun bireyleri ve grupları nasıl etkiledi-

---

Ayrıca söz konusu adaletsizliğin giderilebilmesi için neler yapılabileceği gibi hususlarda tecrübe kazanmalarına da imkân sağlayacaktır. Böylece geleceğin avukat ve akademisyenleri -şimdiye kıyasla-, hukuk düzeninin adaletsizliği ne zaman ve nasıl çözebileceğini araştırma konusunda sosyal bilimcilerle daha iyi ortak çalışmalar yürütebilecektir. ibid. Southworth vd. de benzer bir etik perspektifin disiplinler arası yöntemlerle, uygulamanın gerçekliğinden kopmadan, avukatlık mesleği ve avukatların mesleki sorumlulukları bağlamında, hukuk fakültesi öğrencilerine daha birinci sınıftan itibaren özel olarak hazırlanmış dersler aracılığıyla kazandırılmasının son derece önemli olduğunu belirtmektedir. Ann Southworth, Bryant Garth and Catherine Fisk, 'Some Realism about Realism in Teaching about the Legal Profession' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 85.

<sup>136</sup> Trubek, 'Crossing' (n 129) 475.

<sup>137</sup> ibid 477.

ğini açıklayabilmek için aşağıdan yukarıya perspektifiyle yapılacak çalışmaların yanı sıra, özellikle hukuki kurumlar ile yasama süreçlerinin işleyiş ve etkinliğinin anlaşılabilmesi hususunda, yukarıdan aşağıya yönelen ampirik araştırmaların hayata geçirilmesi de önemlidir<sup>138</sup>. Klinik hukuk eğitimi ve teknikleri gerek öğrencilerin gerek akademisyenlerin hukuk uygulamasında etkin biçimde yer alabilmeleri için son derece önemli imkânlar yarattığı gibi söz konusu eğitim ve teknikler tüm derslere dâhil edilmeli ve müfredatın bir parçası olmalıdır<sup>139</sup>.

Hukuk klinikleri vasıtasıyla uygulamanın gerçeklerini eğitim süreçlerine aktarmayı hedefleyen yaklaşımın diğer bir boyutu hukuk fakültelerinde çalışan akademisyenlerin sadece teoriye ve normatif düzenlemelere dayanan pozitivist karakterli hukuk algılarının nasıl dönüştürülebileceği meselesidir. Normatif nitelikte ve öğretiyi baz alan geleneksel hukuki çalışmalar her ne kadar kolay olmasa da, ampirik araştırma projelerinin hukukçulara olan yabancılığı, onların bu tip projelerden uzak kalarak eski yöntemlere bağlılıklarını sürdürmeleri sonucunu doğurmaktadır<sup>140</sup>. Hukuk fakültelerinin yapısı ile eğitim ve öğretime ilişkin benimsenen tercihler, ampirik araştırmaların yürütebilmesi için ihtiyaç duyulan araçlara erişimi azalttığından söz konusu araştırmalara başlanmasını, başlansa dahi bunların bitirilebilmesini zorlaştırmaktadır<sup>141</sup>. Hukuk alanında yapılması düşünülen ampirik araştırma projelerinin; disiplinler arası yardım-

<sup>138</sup> ibid.

<sup>139</sup> ibid.

<sup>140</sup> Michael Heise, 'The Importance of Being Empirical' (1999) 26 Pepp L Rev 807, 816. Macaulay'ye göre YHR, sosyal bilimler alanında eğitim almamış hukukçu akademisyenlerin, büyük sayı tablolarına dayanan çalışmaları veya küçük nitelikli ampirik araştırmaları yürütebilmelerine yardımcı olmalıdır. Stewart Macaulay, 'New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition' (2016) 6 UC Irvine L Rev 149, 164-165.

<sup>141</sup> Heise, (n 140) 816. YHR mensuplarının önemli bir kısmı, Amerika'daki hukuk fakültelerinin, öğrencilerin kendilerini geliştirebilmeleri ve gelecekteki kariyerleri konusunda pek çok olanak tanıdığından bahsediyorsa da müfredata ilişkin en önemli eksikliğin, ampirik araştırmaların nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir dersin olmamasından kaynaklandığını belirtmektedir. Birçok hukuk öğrencisi nasıl ampirik çalışma yapılacağını ya da veri toplanacağını anlamadan ve başka bir disiplinden ilgili araştırmalarla önemli bir etkileşim kurmadan fakülteden mezun olmaktadır. Onlara göre bu tür bir ders, sadece gelecekte akademisyen olacak hukuk öğrencileri için değil uygulama açısından da büyük fayda sağlayabilecektir. İlerleyen zamanlarda daha fazla artacak olmakla birlikte bugün dahi müvekkiller, hukuk bürolarının kıdemli üyeleri veya hâkimler ister ceza ister hukuk davalarında olsun, avukatların ampirik araştırmaları değerlendirme becerilerine ihtiyaç duymaktadır. Gerçekten hâkimler, avukatlardan belirli hukuki standartları karşılamalarını, uzmanları sorgulamalarını ya da belirli iddiaları güvenilir ampirik kanıtlarla desteklemelerini giderek daha fazla talep etmektedir. Lee Epstein and Gary King, 'The Rules of Inference' (2002) 69 U Chi L Rev 1, 117.

laşmayı gerektirmesi, verilerin toplanıp derlenmesi noktasında uzmanlaşmış bilgisayar sistem ve yazılımlarına ihtiyaç duyulması keza teori ve öğretiden hukuki çalışmaları gerçekleştirme konusunda yeterli olsalar da pek çok hukuk fakültesi kütüphanesinin genel bir araştırma üniversitesi kütüphanesinin sahip olduğu kaynak ve imkânlarla erişimi yeterli düzeyde sağlayamaması gibi olgular, hukukçuların bu tip projeler yapma isteğini azaltmaktadır<sup>142</sup>. Benzer biçimde hukukçu akademisyenlerin önemli bir kısmının -geleneksel hukuk eğitiminin bir sonucu olarak- karmaşık istatistiksel çalışmanın gerektirdiği eğitimleri geçmişte almaması, hukuk fakültelerinin bu sorunu gidermek için hala ampirik metotların öğretildiği bir müfredatı benimsememesi ve ampirik araştırmalara çok da açık olmaması hukuk alanında söz konusu projelere duyulan ilgi azlığının diğer önemli sebepleridir<sup>143</sup>. Bu sorunların aşılabilmesi içinse disiplinler arası etkileşimin önündeki engellerin kaldırılması, sosyal bilimler alanındaki araştırmacılar arasında zaten var olan bilimsel iş birliği ve yardımlaşma geleneğinin hemen tüm çalışmalarını kendi başlarına yürütmeye alışmış olan hukukçularca da benimsenmesi ve hukukçuların ampirik araştırma deneyim ve uzmanlığına sahip diğer akademisyenlerle disiplinler arası ortak projelere yönelmeleri gerekmektedir<sup>144</sup>. Hukuk akademisinin bu temel probleminin ancak hukukçula-

<sup>142</sup> Heise, (n 140) 816; Poppe, (n 129) 194.

<sup>143</sup> Heise, (n 140) 817; Craig Allen Nard, 'Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and Profession' (1995) 30 Wake Forest L Rev 347, 347; 362.

<sup>144</sup> Poppe, (n 129) 191-192; Heise, (n 140) 817. Nard tarafından hukuk alanında çalışan kırk akademisyenle telefon aracılığıyla yapılan bir saha araştırması, hukukta ampirik çalışmaların neden istenilen düzeyde gerçekleştirilemediğini gözler önüne sermektedir. Nard ilk olarak akademisyenlere, "hukuk biliminde ampirik araştırma eksikliği ya da yetersizliği olduğunu düşünüyor musunuz?" şeklinde bir soru yöneltmiştir. Ankete katılanların ortalama olarak %87,5'i bu konuda evet demiştir ki bu husus hukuk alanında ampirik araştırmaların eksikliğinin bizatihi hukukçularca da kabul edildiğini göstermesi açısından ilginçtir. Nard daha sonra birinci soruya olumlu yanıt veren akademisyenlere, "Sizce hukuk biliminde ampirik araştırma eksikliği veya yetersizliği neden var?" diye sormuştur. Katılımcıların ortalama olarak %82,5'i ilk neden olarak eğitim eksikliğini, %30'u ikinci neden olarak daimi kadro (tenure) için olumlu bir katkısının olmamasını ve %20'si ise üçüncü neden olarak emek yoğun bir çalışmayı gerektirmesi ve zaman alıcı olması dolayısıyla ampirik araştırmaların az olduğunu bildirmiştir. Görüldüğü üzere ampirik araştırmaların zaman alıcı olması veya daimî bir kadroya gelebilme gibi hususlarda yeterli görülmemesi gibi nedenler hukukçu akademisyenleri bu tür araştırmalara yönelmekten bir nebze uzak tutuyorsa da asıl sebebin eğitim eksikliği olduğu açık biçimde ifade edilmiştir. Gerçekten hukuk fakültelerinin müfredatı, öğrencilerin ampirik yöntem konusunda eğitmek üzere tasarlanmadığından daha sonra akademiye giren bu öğrencilerin yöntem veya istatistiksel analiz gibi konularda herhangi bir beceri ya da yetenek kazanmaları mümkün olmamaktadır. Keza ilerleyen dönemlerde uygulamada veya kürsüde de bu konularda uzmanlaşmaya yönelmemeleri, hukukçuları ampirik araştırmalar yapmaktan büyük oranda alıkoymaktadır. Nard, (n 143) 361-363.



rın hukuka yönelik geleneksel ve muhafazakâr bakış açılarını ve tutumlarını sorgulayıp bir kenara bırakarak yeni bir gözlükle alana ilişkin değerlendirmelere başlamaları halinde çözülebileceği açıktır. YHR bu tür iş birliği imkânlarını sağlama ve hukuki araştırmaya yönelik alternatif metodolojilerin nasıl geliştirileceği gibi hususlarda farklı yöntem ve perspektifler bulma arayışı içerisindedir.

## Sonuç

Hukuk sosyolojisi ve sosyo-hukuki araştırmalar bakımından YHR'nin ne olduğuna veya olmadığına, hukuka ilişkin nasıl bir metodoloji geliştirdiğine, hukuk düzenini analiz etmek suretiyle hangi amaçları gerçekleştirmeyi hedeflediğine odaklanan bu çalışma; her ne kadar yeni ortaya çıkmış ve sürekli bir gelişim içinde olsa da YHR hakkında genel bir çerçevenin ortaya konulabileceğini kabul etmektedir. Böyle bir çerçeve ortaya koymanın doğal bazı zorluklarından bahsedilebilirse de öncelikle YHR'nin ne olmadığı tespit edildiğinde ne olduğu konusunda daha fazla şey söylenebileceği de belirtilmelidir. Sosyo-hukuki sorunlara odaklanan YHR'nin bir ülkesi, lideri, resmi bir organizasyonu veya genel ilkeleri olmadığı gibi eski Realistler gibi yeni bir hukuk okulu oluşturduklarından hatta oluşturmaya çalıştıklarından dahi bahsedilemez<sup>145</sup>. Bu nedenlerle YHR'nin gerçekten ne olmadığını söylemek belki daha kolaydır. Twining'e göre YHR, klasik Realizminin basit bir takipçisi olarak değerlendirilemeyeceği gibi sadece teoriye dayalı bir akım veya hukuk felsefesi okulu da değildir<sup>146</sup>. Doğal hukuk veya pozitivistimin ılımlı versiyonları gibi diğer yaklaşımlara bir alternatif veya rakip olma iddiasında bulunmamakta, belirli bir hukuk anlayışını doğrudan benimsememekte ve realizm terimine kesin veya özel bir anlam vermeyip ne geniş ne dar manada yargılama çalışmalarıyla kendini sınırlamamaktadır<sup>147</sup>. YHR

<sup>145</sup> McEvoy, (n 29) 448; 454. İlk realistlerle ilgili, bir okul olmadıkları ve okul olmak gibi bir niyetlerinin de bulunmadığına ilişkin Karl Llewellyn'in söz konusu görüşü için bkz. Karl N. Llewellyn, 'Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound' (1931) 44 Harv L Rev 1222, 1233-1234.

<sup>146</sup> Twining, (n 30) 131-132.

<sup>147</sup> ibid 131. Twining, YHR'nin ne olmadığını daha kolay tespit edilebileceğini söylüyorsa da aynı zamanda onun hakkında bir takım genellemelere ulaşılabileceği kanaatindedir. Ona göre YHR, güçlü bir şekilde çok disiplinli ve disiplinler arası olup bu tür bir uğraşının zorluklarına karşı da duyarlıdır. Araştırma gündemi açık uçlu olmakla birlikte şimdiye kadar esasen ABD'deki hukuki olgular ekseninde biçimlenmiştir. Hukuk eğitimine ilişkin en önemli önceliği ampirik araştırmalardan elde edilen bulguların Amerikan hukuk fakültelerindeki ana akım derslere nasıl çevrilebileceği ve entegre edilebileceği gibi hususlardır. YHR'nin ilgi alanlarından bir diğeri, başta sosyal bilimler olmak üzere akademik araştırmaların verilerinin hukuk kültürü ve diline nasıl tercüme edileceği ve kullanılabilceğidir. Bunun gerçekleştirilebilmesi

kapsamlı bir hukuk teorisi veya tek başına bir hukuk felsefesi okulu oluşturma gayreti içinde değilse de hukuk öğretisinin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamakta, aşağıdan yukarıya anlayışını ön plana çıkartan bir hukuki empirizmi yöntem olarak benimserken teori ile pratiğin de bir arada ele alınmasını savunmakta ve böylece yeni bir hukuki praksisin kurulabilmesi için uğraşmaktadır.

Sonuç olarak YHR, nicel ve nitel verilerin birleştirilmesine dayalı disiplinler arası bir perspektifle aşağıdan yukarıya ampirik araştırmaları mümkün oldukça geniş bir anlayışla farklı sosyo-ekonomik konumları temsil eden sınıflar ile onların çıkarları bağlamında inceleyerek hukukun etkilerine ilişkin ayrıntılı analizler yapmaya yönelmektedir. Hukukun, gerçekte ne olduğunun ve nasıl işlediğinin aydınlatılabilmesi için, toplumun en altında yer alan yoksulların, ezilenlerin ve ayrımcılığa uğrayarak ötekileştirilenlerin hayatlarında hangi anlama geldiğinin keşfedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Sosyal adalet ve eşitlik gibi düşünceleri ön plana çıkartan YHR, bir araç olarak hukukun yöneticiler ve politikacılar tarafından mevcut sorunların çözülebilmesinde nasıl kullanılabileceğini sorgulamaktadır. Hukuku, toplumsal mühendisliğin bir parçası haline getiren bu yaklaşımın aslında, YHR'nin EHÇ'den miras aldığı liberal hukuk düzeni eleştirisinin ve hukukun mücadelecilik kullanımı gibi pratiklerin bir uzantısı olduğu söylenmelidir. Dolayısıyla YHR'yi, ampirik araştırmaları teori ve öğretilerle harmanlayıp yorum ve anlamlandırmaya dayalı hermeneutik yöntemin birikimiyle zenginleştiren, içinde hukuk sosyolojisi ile felsefesi geleneğinden alınan öğelerin bulunduğu, sosyo-hukuki bir teorinin inşasını amaçlayan ve katılımcıların kısıtlamaya tabii olmadan özgürce yer alabildiği -toplum, ekonomi, politika ve eğitim gibi alanları da kapsayacak biçimde- her türlü tartışmaya açık biçimde geliştirilmek istenen, sorun odaklı akademik bir ortak çalışma platformu ya da projesi şeklinde nitelendirmek mümkündür.

---

için YHR, hukukçuların ve hukukçu akademisyenlerin metodolojik yönden eğitilmesi ve ampirik hukuk çalışmalarının kendi uzmanlık alanlarıyla ilgisi konusunda duyarlı hale getirilmesi gibi uğraşılarda aktif olarak yer almıştır. Son olarak Twinnig YHR çalışmalarının önemli bir kısmının, alt disiplinler içinde veya disiplinler arasında oldukça spesifik konu ve sorunlara odaklanması dolayısıyla, genel teorik iddialarının sayıca az olduğunu söylemiştir. ibid 132. Başka bir ifadeyle YHR, büyük teoriler geliştirmekten ziyade daha dar kapsamlı somut sorunlarla ilgilenmiş ve onlara yönelik çözüm önerileri sunmuştur.

**Kaynakça**

- Aiken JH and Shalleck A, 'Putting the "Real World" into Traditional Classroom Teaching' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 51-73
- Akman ŞT, *Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, (İmge 2016)
- Aktaş S, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, (Kazancı 2006)
- Aydın DH, *Güvencesiz Adalet- İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, (On İki Levha 2018)
- Banakar R, *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, (Springer 2015)
- Baumgardner P and Mehrotra AJ, 'From the Periphery to the Center and Back? A Brief History of Midwest Legal Realism' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 49-66
- Bix B, 'The Many Faces of Modern Legal Realism' (2002) 2002(2) *Revista Ordines* 18-35
- , 'Jurisprudence and Legal Theory' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 479-489
- Chambliss E, 'When Do Facts Persuade- Some Thoughts on the Market for Empirical Legal Studies' (2008) 71 *Law & Contemp Probs* 17-40
- Cotterrell R, 'Why Jurisprudence is not Legal Philosophy' (2014) 5 *Jurisprudence* 41-55
- Epstein L and King G, 'The Rules of Inference' (2002) 69 *U Chi L Rev* 1-134
- Erlanger H, Garth B, Larson J and Mertz E, 'Is It Time for a New Legal Realism' (2005) 2005 *Wis L Rev* 335-364
- Fineman MA, 'Gender and Law: Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism' (2005) 2005 *Wis L Rev* 405-432
- Friedman LM, 'The Law and Society Movement' (1986) 38 *Stan L Rev* 763-780
- Ford WK and Mertz E, 'Introduction- Translating Law and Social Science' in Mertz E, Ford WK and Matoesian G (eds), *Translating the Social World For Law - Linguistic Tools for a New Legal Realism* (Oxford 2016) 1-26
- Fuller LL, *Hukukun Ahlakı*, (Arikan E tr, Tekin 2016)
- Garth BG, 'Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Research' (1997) 49 *Ala L Rev* 103-132
- Garth BG, 'Law as a Discipline: Legal Theory, Interdisciplinary Legal Theory, and Ways of Speaking Legitimacy to Power' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 490-503
- Garth B and Mertz E, 'New Legal Realism at Ten Years and Beyond' (2016) 6 *UC Irvine L Rev* 121-136

- Garth B and Sterling J, 'From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State' (1998) 32 *Law & Soc'y Rev* 409-472
- George TE, 'An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools' (2006) 81 *Ind. L. J.* 141-162
- George TE, Gulati M and McGinley AC, 'The New Old Legal Realism' (2011) 105 *Nw U L Rev* 689-735
- Gordon RW, 'Legal Storytelling as a Variety of Legal Realism' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 169-179
- Gürkan Ü, *Hukuki Realizm Akımı*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967)
- Handler J, Lobel O, Mertz E and Rubin E, 'A Roundtable on New Legal Realism, Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences' (2005) 2005 *Wis L Rev* 479-518
- Heise M, 'The Importance of Being Empirical' (1999) 26 *Pepp L Rev* 807-834
- Hunt A, 'The Problematisation of Law in Classical Social Theory' in Banakar R and Travers M (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart 2013) 17-33
- Hutchinson AC and Monahan PJ, 'Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought' (1984) 36 *Stan L Rev* 199-246
- Kalman L, 'East Coast Legal Realism and its Progeny' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 36-48
- Kılıç M, 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması' (2017) 31 *TAAD* 97-112
- Llewellyn KN, 'A Realistic Jurisprudence-The Next Step' (1930) 30 *Colum L Rev* 431-465
- , 'Some Realism About Realism- Responding to Dean Pound' (1931) 44 *Harv L Rev* 1222-1264
- Luna GT, 'Legal Realism and the Treaty of Guadalupe Hidalgo: A Fractionalized Legal Template' (2005) 2005 *Wis L Rev* 519-556
- Macaulay S, 'The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used to Be' (2005) 2005 *Wis L Rev* 365-404
- , 'Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine' (2006) 80 *Tul L Rev* 1161-1196
- , 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 29-50
- , 'New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition' (2016) 6 *UC Irvine L Rev* 149-168
- Macaulay S, Friedman LM and Mertz E, *Law in Action, A Socio-Legal Reader* (Foundation 2007)

- Mansfield M and Mertz E, 'Teaching an Interdisciplinary Law Class' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 208-222
- McCann M, 'Preface to the New Legal Realism, Volumes I and II' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) XIII-XXI
- McEvoy AF, 'A New Realism for Legal Studies' (2005) 2005 Wis L Rev 433-454
- Mertz E, 'Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory - Real Legal Language and a New Legal Realism' (2000) 94 Nw U L Rev 909-936
- , 'Inside the Law School Classroom: Toward a New Legal Realist Pedagogy' (2007) 60 Vand L Rev 483-513
- , 'Introduction- New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 1-25
- , 'Realism Then and Now: Using the Real World to Inform Formal Law' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 21-35
- Mertz E and Barnes K, 'Combining Methods for a New Synthesis in Law and Empirical Research' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 180-200
- Miles TJ and Sunstein CR, 'The New Legal Realism' (2008) 75 U Chi L Rev 831-851
- Milovanovic D, *An Introduction to the Sociology of Law* (3rd edn, Criminal Justice 2003)
- Minda G, 'The Jurisprudential Movements of the 1980s' (1989) 50 Ohio St LJ 599-662
- Mitchell T and Mertz E, 'The Empirical Turn in the Legal Academy: A New Legal Realist Perspective' *Law & Society Newsletter*, (Amherst, November 2006) 4-5
- Mitchell TW, 'Destabilizing the Normalization of Rural Black Land Loss: A Critical Role for Legal Empiricism' (2005) 2005 Wis L Rev 557-616
- , 'New Legal Realism and Inequality' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 203-222
- Morrill C and Edelman LB, 'Sociology of Law and New Legal Realism', in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 413-431
- Nard CA, 'Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and Profession' (1995) 30 Wake Forest L Rev 347-368
- Nourse V and Shaffer G, 'Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory' (2009) 95 Cornell L Rev 61-138

- Poppe ET, 'New Legal Realism Goes to Law School: Integrating Social Science and Law through Legal Education' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 191-207
- Posner RA, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' (1987) 100 Harv L Rev 761-780
- , 'Legal Scholarship Today' (2002) 115 Harv L Rev 1314-1326
- Price BM, 'A Butterfly Flaps Its Wings in Menlo Park: An Organizational Analysis of Increases in Associate Salaries' (2005) 2005 Wis L Rev 713-746
- Sarat A, 'Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition' (1985) 9 Legal Stud F 23-32
- Sarat A and Silbey S, 'The Pull of the Policy Audience' (1988) 10 Law & Pol'y 97-166
- Schlegel JH, 'Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies' (1984) 36 Stan L Rev 391-412
- Sciaraffa S, 'Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder' (1999) 5(2) Leg 201-219
- Silbey SS and Sarat A, 'Critical Traditions in Law and Society Research' (1987) 21 Law & Soc'y Rev 165-176
- Southworth A, Garth B and Fisk C, 'Some Realism about Realism in Teaching about the Legal Profession' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 74-94
- Suchman MC, and Mertz E, 'Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism' (2010) 6 Annu. Rev. Law Soc. Sci. 555-579
- Sunstein CR, Schkade D, and Ellman LM, 'Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation' (2004) 90 Va L Rev 301-354
- Tamanaha BZ, 'Understanding Legal Realism' (2009) 87 Tex L Rev 731
- , 'The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory' (2015) 56 Wm & Mary L Rev 2235-2278
- , 'Legal Realism in Context' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 147-168
- Tushnet M, 'Legal Scholarship: Its Causes and Cure' (1981) 90 Yale LJ 1205-1223
- , 'Critical Legal Studies: A Political History' (1991) 100 Yale LJ 1515-1544
- Türkbağ AU, 'Amerikan Hukuki Realizm Akımı' (2000) 58(1-2) İÜHF 79-95
- Talesh S, Mertz E and Klug H, 'Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 1-19

- Tomlins C, 'Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative' (2000) 34 Law & Soc'y Rev 911-972
- , 'In This Issue' (2006) 31 Law & Soc Inquiry 795-796
- Trubek DM, 'Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism' (1984) 36 Stan L Rev 575-622
- Trubek DM and Esser J, 'Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 3-52
- Trubek LG, 'Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the New Public Interest Law' (2005) 2005 Wis L Rev 455-478
- Twining W, 'Legal R/realism and Jurisprudence: Ten Theses' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 121-146
- White GE, 'From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History' (1986) 40 SW LJ 819-843
- Whitford WC, 'Critical Empiricism' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 61-68.
- Ziegert KA, 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 Sydney L Rev 108-126

#### ***İnternet Kaynakları***

- 'Jurisprudence' <<https://www.law.cornell.edu/wex/jurisprudence>> accessed 22 February 2024
- 'LSA History' <<https://www.lawandsociety.org/lisa-history/>> accessed 15 February 2024