



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**HUKUKUN PİYASALAŞMA UĞRAĞI OLARAK
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ
VE ARABULUCULUK KURUMU**

Burak YÜCEKAYA

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

HUKUKUN PİYASALAŞMA UĞRAĞI OLARAK
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ
VE ARABULUCULUK KURUMU

Burak YÜCEKAYA

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

ÖZET

YÜCEKAYA, Burak, Hukukun Piyasalaşma Uğrağı Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk Kurumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.

Alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk ülkemiz özelinde yaklaşık son yirmi, dünyada ise altmış yıldır hukuk ve yargı gündemini meşgul etmektedir. Klasik yargılama sistemi olan dava usulünün artık küreselleşen dünyada uyuşmazlık çözümü için tek yol olmadığı doktrinde dile getirilmektedir. Hakim eğilime göre mahkemelerde davaların çok uzun sürmesi, yargılama masraflarının pahalılığı, dava yolunun hantallığı gibi sorunlar kökten halledilmesi gereken problemlerdir.

Mevcut sorunlar doğru olmakla birlikte, bunların ele alınış biçimi ve bunlara getirilen reçeteler, neoliberal dönüşümün dinamikleriyle oldukça paralel yürümektedir. Bu doğrultuda bir kamu hizmeti olarak uyuşmazlık çözümü gittikçe özelleşmekte ve piyasalara devredilmektedir. Yargılama da artık kapitalist üretim tarzındaki çoğu ilişki ve nesne gibi bir metaya dönüşmektedir. Parası olanın adalete kavuşabilmesi, alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk vesilesiyle daha da kolaylaşmaktadır.

Anahtar Sözcükler

Arabuluculuk, Uyuşmazlık Çözümü, Piyasalaşma, Yargılama, Neoliberalleşme, Dönüşüm

ABSTRACT

YUCEKAYA, Burak, Alternative Dispute Resolutions as a Stamping Ground of Marketizing of Law and Institution of Mediation, Master's Thesis, Ankara, 2021.

Alternative dispute resolution and mediation has been on the agenda of the law and judiciary for the last twenty years in our country, and for sixty years in the world. It is expressed in the doctrine that the case procedure, which is the classical judicial system, is no longer the only way for dispute resolution in the globalizing world. According to dominant trend, problems such as the long duration of the lawsuits in the courts, the cost of the trial costs, the cumbersome way of the lawsuit are the problems that need to be solved radically.

While the current problems are correct, the way they are handled and the prescriptions for them are quite parallel to the dynamics of the neoliberal transformation. In this direction, as a public service, dispute resolution is increasingly privatized and transferred to the markets. Judgement is now transforming into a commodity like most relations and objects in the capitalist mode of production. The achievement of justice for those who have money is getting easier through alternative dispute resolution and mediation.

Key Words

Mediation, Dispute Resolution, Marketization, Judgement, Neoliberalization, Transformation

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: DEVLET-KAPİTALİZM-HUKUK İLİŞKİSİ.....	4
1.1. HUKUKUN TARİHSELLİĞİ VE SINIFSALLIĞI.....	4
1.2. MODERN DEVLET VE KAPİTALİZM.....	8
1.2.1. Hukuk İdeolojisi.....	13
1.2.2. Sözleşme Özgürlüğü	19
2. BÖLÜM: NEOLİBERALLEŞMENİN HUKUK ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ 25	
2.1. NEOLİBERALİZM NEDİR?	26
2.1.1. Tarihi, Gelişimi	26
2.1.2. Küreselleşme: Bir İdeolojik Söylem	36
2.2. PİYASALAŞAN HUKUK: NEOLİBERAL HUKUK DÜZENİ.....	47
2.3. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	56
2.3.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü'nün Tarihsel Gelişimi.....	56
2.3.2. Hukuk ve Yargı Reformları	58
2.3.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü'nün Türkiye'de Gelişimi	61

2.3.4. Formalist Anlayışın Silikleşmesi, Realizmin Radikalleşmesi Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü	67
2.3.5. Yargının Özelleştirilmesinin Bir Ayağı Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri	76
3. BÖLÜM: ARABULUCULUK KURUMU VE TÜRKİYE’DEKİ GÖRÜNÜMÜ	79
3.1. ARABULUCULUK KURUMU	79
3.1.1. Genel Olarak	79
3.1.2. Arabuluculuğun ‘Fayda’ları Üzerine	85
3.1.2.1. Arabuluculuk Mahkemelerin İş Yükünü Hafifletir	86
3.1.2.2. Arabuluculuk Gizlilik Esaslı Bir Yöntemdir	88
3.1.2.3. Arabuluculuk Zamandan ve Masraftan Tasarruf Sağlar	91
3.1.2.4. Arabuluculukta Tarafların Etkin Katılımı Esastır.....	93
3.1.2.5. Arabulucular Bağımsız, Tarafsız ve Uzman Kişilerden Oluşur	95
3.2. İLERİ AŞAMA: ZORUNLU ARABULUCULUK	97
3.2.1. İş Hukukunun Dönüşümü	97
3.2.2. Emegın Gaspı: Zorunlu Arabuluculuk	104
SONUÇ.....	108
KAYNAKÇA	112
EK 1. Orijinallik Raporu.....	123
EK 2. Etik Komisyon Muafiyet Formu.....	124

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association - Amerikan Barolar Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR Yöntemleri	: Alternative Dispute Resolutions – Alternatif Uyuşmazlık Çözüm
ALI	: American Law Institute
AUÇY	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Bkz	: Bakınız
CMI	: İngiltere Uluslararası Uyuşmazlık Yönetim Kurumu
DB	: Dünya Bankası
DİSK	: Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EHÇ	: Eleştirel Hukuk Çalışmaları
GATS Anlaşması	: General Agreement on Trade in Services - Hizmet Ticareti Genel
ICC	: International Chamber of Commerce - Uluslararası Ticaret Odası
ILO	: International Labour Organization - Uluslararası Çalışma Örgütü
IMF	: International Monetary Fund - Uluslararası Para Fonu
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İİBF	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
MÖ	: Milattan Önce
NCUSL	: American Law Commissioners
PATCO	: Professional Air Traffic Controllers Organization - Profesyonel Hava Trafik Kontrolörleri Örgütü
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SPD	: Almanya Sosyal Demokrat Partisi
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti

- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- TBMM** : Türkiye Büyük Millet Meclisi
- TİSK** : Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
- TOBB** : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
- TÜHİS** : Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
- TÜSİAD** : Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
- UNCITRAL** : United Nations Commission on International Trade Law - Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
- USAID** : United States Agency for International Development - Amerika Birleşik Devletleri Uluslararası Kalkınma Ajansı
- vb.** : Ve Benzeri
- vd.** : Ve Devamı

GİRİŞ

Neoliberalizm, günümüzde tüm toplumsal yaşamın kılcal damarlarına kadar sızmışken, bir bütün olarak hukuk da bu gerçeklikten etkilenmiştir. Hukuk da toplumsal yaşamın esaslı bir unsurudur, ondan etkilenen ve onu etkileyen tarihsel bir sistematığe denk düşer. Bir neden değil sonuç olması itibariyle, kurucu işlev gördüğü alanlar olsa da belirleyenden ziyade belirlenen niteliği daha ön plandadır. Hukuku, insanların zorunlu bir aradalığının yarattığı toplumsallığın ve sosyo-ekonomik ilişkilerin bir çıktısı olarak görebiliriz. Bu çalışma da mevcut izlekten hareket ederek ‘dönüşen’ hukukun nasıl ve hangi dinamikler ekseninde değişim geçirdiğini kendisine konu edinmiştir.

Hukukun dönüşümünü temelde kendine odak haline getiren bu tezin amacının ortaya konabilmesi için en başta dayanağını oluşturan yaklaşımı ifade etmek gerekmektedir. Bu yaklaşım da hukukun üretim ilişkilerinden bağımsız bir bütünsel yapı olmadığı iddiasıdır. Bu iddia basit gibi görünebilir. Ancak dünyada ve Türkiye’deki hakim akademik düşünsel eğilimlere ve pratiklere bakıldığında söz konusu iddia okyanusta ıssız adaya düşmüş bir insanın yardım çığlıklarıyla benzeşmektedir. Hukuk, adalet, insan hakları gibi söz öbeklerinin ‘ideoloji’ler üstü olduğu vurgusu yaygın bir kabul olarak hakimiyetini sürdürmektedir.

Çalışmada alternatif uyuşmazlık çözümü ve/veya arabuluculukla ilgili teknik bilgi içeren kaynakçaya olabildiğince az yer verilecek, arabuluculuğun ve diğer yargılamaya alternatif yöntemlerin daha iyi yürütülmesine veya daha etkin kılınabileceğine yönelik çıkarımlar söz konusu edilmeyecektir. Zira kısa bir literatür taraması yapacak olan okuyucu bu bilgileri, kendilerini büyük oranda tekrar eden gerek piyasadaki kitaplardan gerekse yapılan akademik çalışmalardan edinebilir. Bu doğrultuda, çalışmada alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında kapsamlı ve özgün bilgiler içeren bazı temel eserlerden yararlanılacaktır.

Tezin nihai amacı elbette ki hukuk ve devlet adına nitelikli, daha önceden ortaya atılmamış bir teori oluşturmak değildir. Ancak hukukun, dolayısıyla devletsel düzenlemelerin kaynağının ve çıktısının toplumsal yaşamdaki konumlarının

belirlenmesi, işlevleri yazarın kendi bakış açısından bir netliğe oturtulmadıkça tez baştan kadük kalacaktır. Dolayısıyla hukuk ve devlet hakkında başlangıçta bir bakışın sunulmasıyla birlikte sonraki bölümlerle mantıksal bir tutarlılık yakalanmaya ve tezin bel kemiği ile vardığı nokta arasında sağlam bir köprü kurulmaya çalışılacaktır.

Tezin ilk bölümünde sonraki bölümlerin bel kemiğini oluşturması açısından hukukun ve modern devletin 16. yüzyıldan bu yana küresel düzeyde hakim üretim biçimi olmuş/olan kapitalizmle ilişkisi incelenmeye çalışılacaktır. Hukukun başlı başına özerk bir alan olmadığı konusu üzerinde durulacak, işlevleri tartışmaya açılacaktır.

İkinci bölümde ise 1970’li yılların ortalarından başlayarak beliren ekonomik liberalizmin yeni biçimi neoliberalizmin gelişimi ve hukukun dönüşümünde oynadığı rol çalışmanın sınırlarını aşmayacak biçimde ortaya koyulacaktır. Bu yapılırken neoliberalizmle ilintili kavramlar tanımlanmaya çalışılacak, neoliberalizmin liberalizmle ne gibi farkları olduğu kısaca açıklandıktan sonra hukukun bu farklardan nasıl etkilendiği ortaya dökülecektir. Neoliberal dönemin, hukukun formalist niteliğini aşındırdığına dair tartışmanın yürütülmesi de yazarın bu bölümde temel hedeflerinden biridir. Sonrasında, üçüncü bölüme hazırlık gayesiyle de hukukun ve yargılamanın piyasalaşmasının en somut çıktısı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kısa bir giriş yapılacaktır.

Üçüncü ve son bölümde de Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’nin bir türü olarak Arabuluculuk kurumu ve ülkemiz özelinde görünen formu Zorunlu Arabuluculuk sistemi irdelenecektir. Ancak bu irdeleme yukarıda da belirtildiği üzere özel hukukun kalıplarını aşan bir biçimde yerine getirilmeye çalışılacaktır. Arabuluculuğa hukuksal akademik camiada yoğun bir görüş olarak benimsenen yargı yükünün hafifletilmesi doğrultusunda bir düzenleme olarak değil, yargılamaya ilişkin kamusallığın yitimi ve piyasalaşma ekseninde bakılacaktır. Bu kurumun doğuşu, işleyişi ve işlevleriyle ilgili sadece ülkemiz üzerinden değil, dünya genelinden de örnekler verilerek konunun açıklığa kavuşturulması için çaba gösterilecektir.

İçeriğe ve araştırmanın metodolojisine dair bu açıklamalarla birlikte kısaca birkaç noktaya daha değinmek yerinde görünmektedir. Çalışmada, çalışmanın bel kemiğini oluşturan bazı düşünürlerin eserlerini ve düşüncelerini daha sağlıklı aktarabilmek adına doğrudan alıntılara yer verilmesi daha uygun görülmüş; bu kapsamda orijinal metinlere referans verme çabası yazarın bu bölümlerde öncelikli hedefi olmuştur.

Son tahlilde; hukukun şimdiki anlamının aşıldığı, toplumsal ilişkilerin hukuk aracılığıyla yürütülmesinin gereksiz olduğu, bu kapsamda çalışmada sıklıkla vurgulanacak olan uyuşmazlık olgusunun hukuksal anlamda neredeyse belirmediği, insan onuruna uygun bir yaşamın kurulması gerekliliği, çalışmanın katkı sunmak istediği temel tartışma alanlarıdır.

1. BÖLÜM: DEVLET-KAPİTALİZM-HUKUK İLİŞKİSİ

1.1. HUKUKUN TARİHSELLİĞİ VE SINIFSALLIĞI

Hukukun kendine özgü bir tarihi/gelişim çizgisi var mıdır? Hukuk tüm toplumsal ilişkileri düzenleyip denetleyen aynı zamanda bu ilişkilerin üzerinde yer alan bağımsız ve tarafsız bir fenomen midir? Kendisi ilk formlarından bu yana tüm toplumsal sınıflara eşit mesafede mi durmuştur? Ulaşılması gereken bir ideal başka bir deyişle varılması gereken bir amaç ya da adaletin sağlanmasında mutlaka kullanılması gereken bir araç mıdır? Yoksa bugün içinde bulunduğumuz hukuk sistemi insanlığın vardığı en uç noktalardan biri midir? Hukukun üstünlüğü olmazsa üstünlerin hukukunun hükümranlığından mı söz edilecektir? Hukuk Devleti, Polis Devleti'nin karşısında konumlanmış nihai yönetim biçimi midir? Bu sorular çoğaltılabilir. Geleneksel hukukçuluğun kalıpları içinde kalınacak olunursa gidiş yolları farklı olmakla beraber yukarıdaki sorulara verilecek yanıt 'evet' olacaktır.

Ancak bu çalışma yukarıda da belirtildiği üzere hukukun hukuk içerisinden kavranamayacağı iddiasıyla yola çıkmaktadır. Dünyayı, maddi yaşamı anlamlandırmada hukuksal bakış açısının yetersizliği ve bir yerden sonra içine düştüğü kendini sürekli tekrar, bugünün yargılama alanındaki 'keşfi' olan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri'ni ele almada sorunlar yaşamaktadır.

Bir sonraki bölümde hukukun, modern devletin doğuşuyla bağlantılı kapitalizmin gelişimiyle beraber biçim değiştiren formundan, aldığı görünümünden bahsedeceğiz. Fakat bundan önce hukukun kendisinin tarihsel karakterini ve seyrini ortaya koymanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. Tarihsellik deyince elbette sınıflı toplumları ve sınıf mücadelelerini analizimizin merkezine koymamız gerekiyor. Bu yapılmazsa hukuk ilahi bir kaynaktan beslenen kurallar sistemi, salt insan aklına dayanan bir iradenin ifadesi veya bunların değişik yorumları olarak görülme tehlikesiyle baş başa kalır. Ancak tam da burada oldukça mühim bir konunun detaylandırılmasında fayda var; o da sınıflı toplumlardan önce hukukun varlığına/yokluğuna veya varsa bunların 'hukuk' olarak adlandırılıp adlandırılmayacağına ve nasıl bir işleve sahip olduğuna dair yapılan

çözömlerlerdir. Engels'in 'Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni' kitabında örnek olarak bu durumdan, yabancı halklardaki mirasa ilişkin soy zincirinin anneden başlamasını öngören bir kurala ilişkin olarak 'analık hukuku' terimiyle bir cümle içinde bahsedilmiştir¹. Engels bu kuralın adli anlamıyla hukuk² olmadığını savunmaktadır. Bu kavramlaştırmayla Engels muhtemelen merkezi bir otorite tarafından çıkarılmayan ve yine bu otoritenin öngördüğü bir maddi yaptırıma bağlanmamış hukuktan bahsediyordu. Sınıflı toplumun daha görülmediği bu aşamada, benzer bir deyişle varlığının sürdürölüşü ekonomi dışı faktörlerce belirlenen ilkel toplumda hukuk henüz 'adli' bir anlam kazanmamıştır. Bu ilkel toplumda toplumsal düzen büyük oranda kültürel sistemle bağdaşık toplumsal denetim mekanizmaları aracılığıyla sürdürölmektedir³. Dolayısıyla bugün anladığımız anlamda -sınıflı toplumda- hukuk ilkel toplumlardakinden farklı bir anlama sahip görünmektedir. Sınıflı toplumların ortaya çıkışıyla⁴ ise hukuk bugün anladığımız anlamda 'adli' hukuk mertebesine taşınmıştır. Gerçekten Solon Reformları'ndan On İki Levha Kanunları'na, Magna Carta'dan Fransız Medeni Kanunu'na değin tüm belli başlı hukuksal metinler belirli ve içeriği zamanının ekonomi-politik durumuna göre değışen sınıf mücadelelerinin ürünüdürler. Tarihe yön veren bu metinler olmamıştır, aksine bu metinler tarihin birer ürünü olarak meydana gelmişlerdir.

Yukarıdaki ifadelerimize paralel olarak sınıf mücadelesinin bir biçimi olarak da anlayabileceğimiz hukuk⁵, siyasal (sınıfsal) mücadelelerin görünür olduğı ve bunların mülk sahibi olan sınıfla mülksüzlerin (ya da mülk sahiplerine kıyasla oldukça az mülke sahip olanların) arasında süregeldiğı Antik Yunan'dan bu yana, düzenin devam

¹ KARAHANOGULLARI, Onur, 'Marksizm ve Hukuk', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:2002, Cilt:57, Sayı:2, sf. 87.

² Bu söz öbeğı kitabın Türkiye İş Bankası tarafından yayımlanan çevirisinde 'hukuki anlamda bir hak', Yordam Kitap tarafından yayımlanan çevirisinde 'adli anlamıyla hukuk', Sol Yayınları tarafından yayımlanan çevirisinde ise 'hukuksal anlamında hukuk' olarak yer almaktadır. Biz anlatılanı daha iyi yansıması sebebiyle Yordam Kitap çevirisini kullanmayı uygun görüyoruz. ENGELS, Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, (çev. Erkin Özalp), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2019, sf. 54.

³ ÖZCAN, M. Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 5. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, sf. 196.

⁴ Bu eserin konusu olmamakla birlikte yerleşik düzene geçişin ardından tarım toplumunun gelişmesini milat sayabiliriz.

⁵ AKBAŞ, Kasım, 'Hukukun Sefaleti', Liberal Hakların, Hukukun, Devletin Sınırları, (ed. Bora Erdağı), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, sf. 189.

ettirilişinde ve sınıflar arasında denge kurma çabalarında önemli bir işleve sahip olmuştur. Belirtmekte fayda var; burada denge ile sınıfların toplumsal konum/bireysel refah anlamında eşitliği değil, birbiriyle çatışmasını ve böylece ‘kamu düzeni’nin sekteye uğramasını önleyen durum kastedilmektedir⁶. Gerçekten Antik Yunan’da sınıf mücadelesinin belirlediği somut bir tarihsel kesit olarak Solon dönemi, mülksüz sınıfın ekonomik durumunda görece iyileştirmeler yapıldığı bir dönem olsa da hakim mülkiyet ilişkileri ve mülk sahibi sınıfın egemenliği açısından bir değişiklik yaratmamıştır. Bir yasa koyucu olarak Solon, toplumsal kargaşa döneminde sadece düzenin devamlılığını sağlama konusunda görevli olmuştur⁷. Hakim sınıfın egemenliğini salt kaba kuvvetle değil de soyut, genel ve sürekli kanunlarla devam ettirme arzusunun bu sebepten kaynaklandığını iddia etmek bu minvalde yanlış olmayacaktır⁸.

Bir önceki satırların devamı anlamında Marx ve Engels’in medeni (özel) hukukun özel mülkiyetle (üretim araçları üzerindeki mülkiyet) eş zamanlı bir biçimde doğal (ilkel) topluluğun dağılışıyla doğup geliştiği⁹ saptamasını aktarmak tam yerinde olacaktır. Dolayısıyla özel hukuk, hukuk sisteminin öncülünü oluşturmaktadır. Serüvenine Atina’dan başlayan bu sürecin kristalize olduğu dönem şüphesiz ki Roma Uygarlığı’na denk gelir. Antik Roma’nın bilinen ilk yazılı hukuksal metni olan On İki Levha Kanunları yaygın olarak belirtildiği şekliyle örf-adet hukukunun basit bir kodlaştırmasından ibaret olmayıp yine o dönemki sınıf mücadelelerin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır ve mücadelenin buradaki görünümü sözlü hukukun yazılı hale getirilmesidir¹⁰. Cumhuriyet yönetimine şekil veren plebler ve patriciiler arasındaki sınıf mücadeleleri, aynı zamanda hukuk sistemini de ciddi biçimde etkilemiştir¹¹. Dönemin iktidardaki sınıfı patriciiler egemenliklerini sürdürebilmek adına orta sınıf

⁶ SARICA, Murat, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, 2. baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1977, sf. 9.

⁷ ÖZENC, Berke, Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, sf. 26.

⁸ SARICA, 1977, sf. 9.

⁹ MARX, Karl / ENGELS Friedrich, Alman İdeolojisi, (çev. Tonguç Ok, Olcay Geridönmez), 2. baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2013, sf. 66.

¹⁰ AKMAN, Şefik Taylan, ‘Roma Antikitesinde Sosyal - Politik - Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2012, Cilt:2, Sayı: 2, sf. 96.

¹¹ AKMAN, 2012, sf. 92.

mensubu kentli olarak nitelendirebileceğimiz pleblere bazı ödünler vermek zorunda kalmışlardır. Kendilerinin patriciilerden değişik konularda talepleri¹² olsa da esas sorun toprak sorunu olarak belirmiştir, tarıma elverişli toprakları ve otlakları patriciilerle eşit bir şekilde bölüşmek istemişlerdir¹³. Kendilerini siyasette ifade edemeyen pleb sınıfı, devrimci olarak kategorilendirilebilecek yöntemlerle¹⁴ önce kendi meclislerini kurmuş, ardından bu oluşturdukları meclis üzerinden patriciilere ciddi anlamda siyasi baskı kurmuşlardır. Bu siyasi baskının sonucu Roma Hukuku'nun temeli sayılabilecek On İki Levha Kanunları çıkarılmış ve pleblerin hak arayışı bir kodifikasyonla yumuşatılmaya çalışılmıştır. Alt sınıfların ekonomik ve toplumsal haklarında görece ilerlemeler kaydedilse de hakim sınıf patriciilerin konumu artık belirsiz yasalarla değil, kodifiye edilmiş pozitif yasalarla da tescillenmiş, plebler patriciilerle hukuksal açıdan eşit olma hakkına erişememişlerdir¹⁵. Ancak nihayetinde denilebilir ki pleblerin bir bütün olarak siyasi iktidar talepleri, Roma hukukunun değişim dinamiklerinde önemli bir tazyik sebebi olmuştur¹⁶. Burada yazılı hukukun hakim sınıf yönünden işlevini kısa da olsa tartışmaya açmakta fayda olduğunu düşünüyoruz. Tarih boyunca hiçbir egemen salt kendi arzusuyla hukuku kodifiye etmek istememiştir. Yine sınıf mücadeleleri başat belirleyen niteliğini burada da sürdürmektedir. Walter Eder'den aktaran Özenç, tamamen katıldığımız bir biçimde kodifikasyon hareketlerinin antik siyasi yaşamda üç temel amacı olduğunu ifade etmiştir: Bunlar geleneksel (örf ve adet) hukukun alt sınıfların istekleri yönünde istenmeyen bir yöne gitmesinin engellenmesi, alt sınıfların siyasi baskısının kontrol altında tutulup hakim sınıfın davranışlarını tek tip hale getirerek sınıf mensuplarının ortaklaşa hareket etmelerinin sağlanması ve var olan mülkiyet ilişkilerine verilen ödünler dolayısıyla yasal bir zemin kazandırılmasıdır¹⁷.

Bu çalışmanın konusu sistematik bir hukukun genel tarihi irdelemesi olmadığı için verilen örneklerle yetinilecektir. Antik Yunan ve Antik Roma, hukukun tarihselliğinin

¹² Patriciilerle evlenme, borçlarda eşitlik, siyasi kararlarda eşit katılım vb.

¹³ TANİLLİ, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası: İnsanlık Tarihine Giriş*, 5. baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 1994, sf. 431.

¹⁴ ÖZENÇ, 2016, sf. 59.

¹⁵ AKMAN, 2012, sf. 96.

¹⁶ AKMAN, 2012, sf. 104.

¹⁷ ÖZENÇ, 2016, sf. 63.

idraki açısından oldukça önemli bir perspektif sunması sebebiyle çalışmada yer bulmuştur. Ortaya koymaya çalıştığımız husus, hukukun araçsallığının, düzenin devamını sağlama anlamında üstlendiği rolün sınıflı toplumların başlangıcından bu yana hakim sınıflar yönünden açık bir toplumsal olgu olduğudur. Tarih bize göstermektedir ki hukuk kuralları ister sözlü gelenekle anılsın ister kodlaştırma şeklinde karşımıza yazılı mevzuat olarak çıksın; politik iktidarın yapısal karakteri, hakim üretim ilişkileri ve diğer toplumsal süreçlerden azade bir yapıya bürünmemiş, aksine bunlar tarafından belirlenmiştir¹⁸.

1.2. MODERN DEVLET VE KAPİTALİZM

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri¹⁹ özelinde arabuluculuk düzenlemesini/kurumunu kendine konu edinen bir çalışmanın neden hakim ekonomik üretim ilişkileri ve devletin modern biçimi arasındaki ilişkiyi aktarma gereği duyduğu düşünülebilir. Nihayetinde arabuluculuk da bir devlet tasarrufu ile yasallaştırılarak siyasal/sosyal yaşamın içine doğmuştur ve sadece yasal bir düzenlemeden ibaret sayılmamalıdır. Nasıl emek süreçlerinin tabi olacağı hukuksal çerçeve, asgari ücret, toplumsal yardım, haftalık çalışma saatleri gibi ekonomik etkinliğe dair kavramlar tek başlarına bir anlam ifade etmiyor ancak yasa/tüzük/yönetmelik gibi mevzuatla bir çerçeveye kavuşup devletsel düzenleme²⁰ haline geliyorsa arabuluculuk düzenlemesi - nihayetinde ekonomik bir etkinliktir- de öyledir. Dolayısıyla bu tasarrufun sahibine ait birkaç kelam etmek elzemdir.

Modern devlet denilen siyasal örgütlenme biçimi, aynen bir önceki biçimi olan feodal devlet gibi²¹ 16. ile 17. yüzyıllarda Avrupa kıtasında nüvelerini vermeye başlamıştır²².

¹⁸ AKMAN, Şefik Taylan, Hukuk ve Politika İlişkisi, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, sf. 13.

¹⁹ Tezin bundan sonraki aşamalarında kısaca AUÇY olarak bahsedilecektir.

²⁰ YURTSEVER, Haluk, Tarihten Güncelliğe Sınıf Savaşları ve Devlet, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2013, sf. 115.

²¹ POGGI, Gianfranco, Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği, (çev. Aysun Babacan), 3. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, sf. 48.

²² ŞAYLAN, Gencay, Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2003, sf. 31.

Ancak bu meydana geliş kendiliğinden, birden, ilahi bir dış müdahale sonucu değil birtakım üretim ilişkilerinin tarihsel/toplumsal dönüşümü sonucu zamana yayılmış bir şekilde vuku bulmuştur. Daha da somutlaştırmak gerekirse Orta Çağ'ın adına geniş bir tabirle feodalizm denen hakim üretim biçimi zamanla çözümlenerek/gelişerek yerini kapitalizme bırakmıştır. Bu geçiş sürecinin dinamiklerine dair tartışmalar bu tezin konusunu fazlaca aştığından burada değinilmesine gerek yoktur. Ancak yine de hukuksal (ayrıntılara daha ileride değinileceği unutulmadan) anlamda kapitalizmin diğer üretim biçimlerinden farklı olarak, üreticilerin hayatta kalabilmek için sahip oldukları meta olarak işgücünü piyasa düzeninde hukuksal eşitlik içinde, bir form olarak sözleşme ile 'serbestçe' satmasının ve bu durumun istihdam koşullarında baskın hale gelmesinin ayırt edici özellikleri olduğu ifade edilebilir²³.

Dolayısıyla modern devletin aynı zamanda kapitalist devlet olduğunu ve doğuşundan bu yana bir form olarak dünya çapında siyaset ve sınıf ilişkilerinin tam da göbeğinde konumlandığını da²⁴ iddia edebiliriz.

Modern devletin doğuş zamanına ve neden 'modern' olarak adlandırıldığına yukarıda değindik. Ancak burada belirtilmesi gerekli bir diğer husus da bu devlet biçiminin hangi formda tarih sahnesine çıktığına ilişkindir. Bu da hiç şüphesiz mutlak monarşi olarak kendini göstermektedir. Mutlakiyetçi devletin tam anlamıyla kapitalist bir devlet olmadığı, feodal üretim biçimiyle kapitalizmin arasında geçiş formu olduğu da ileri sürülebilir. Ayrıntılı bir açıklama bu çalışmanın kapsamını aşacağından aşağıdaki alıntıya yer vermenin yeterli olduğunu düşünüyoruz:

'Devasa bürokratik ve askeri örgütlenmesiyle, kapsamlı yapay ve devlet mekanizmasıyla, yarım milyonluk ordunun yanı sıra yine yarım milyonluk bir memur ordusuyla bu yürütme gücü, Fransız toplumunun bedenini bir ağ tabaka gibi saran ve tüm gözeneklerini tıkayan bu korkunç asalak cisim, [mutlak monarşi döneminde], feodal sistemin onun da yardımıyla hızlanan çöküşü sırasında ortaya çıktı. Toprak sahiplerinin ve kentlerin her bir feodal ayrıcalığı,

²³ ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / ZABUNOĞLU, H. Gökçe, vd., Genel Kamu Hukuku- Kuramsal Yaklaşım, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2019, sf. 47.

²⁴ YURTSEVER, 2013, sf. 107.

devlet iktidarının niteliklerine; feodal paye sahipleri, maaşlı memurlara ve Orta Çağ'ın çatışma halindeki mutlak iktidarlarının alacalı bulacalı örnek sözleşmesi işleri bir fabrikada olduğu gibi [bölünmüş ve merkezileştirilmiş] olan bir devlet iktidarının düzene bağlanmış planına dönüştü.²⁵

Modern devletin kendini göstermesiyle beraber bizim konumuzu ilgilendirmesi açısından siyasal alanda yaşanan değişiklikler de oldukça önemlidir. Ayrıntılarını 'Hukuk İdeolojisi' başlığı altında göreceğimiz üzere yaşanan en derin ve temel ayırım meşruiyet anlayışındaki kesin farklılığa²⁶ dayanmaktadır. Modern devlet artık meşruiyetini tanrısal kökenden ziyade dünyevi kökenden almaya başlamıştır. Bununla paralel olarak modern devletin öncekilerinden farklı en somut işlevi yukarıda alıntıdan hareketle merkezileşmedir. Gerçekten de başka her şeyden çok, modern devlet merkezileşme süreciyle anlam kazanmaktadır²⁷ ve merkezileşme modern devlet hakkında sayılabilecek birtakım başka özelliklerin temelini oluşturarak onları anlamlı kılmaktadır²⁸. Kapitalist üretim ilişkilerinin etkinliğinin artması, bir başka deyişle pazar mekanizmasının ve meta üretiminin gelişimi²⁹ bu merkezileşmenin şüphesiz altında yatan başat nedendir ve bu merkeziliğin bir çıktısı olarak merkezi bir yargı sistemi, sınıfına bakılmaksızın herkesin tabi olduğu kanunlar, yazılılık kuralının genelleştirilmiş kullanımı vb.³⁰ durumlar örnek gösterilebilir. Yine bunlara ek olarak feodal dönemde toplumla kurulan ilişkide karşımıza çıkan tebaa anlayışı, modern devletle beraber yerini modern yurttaşla bırakmıştır. Antik Yunan'ın yurttaşından farklı bir içeriğe ve daha geniş bir anlama sahip olarak modern yurttaşın tanımlanışı elinde bulundurduğu hak ve özgürlükler üzerinden yapılmaktadır³¹.

²⁵ MARX, Karl, 'Louis Bonaparte'ın 18 Brumaire'i', Fransız Üçlemesi, (çev. Erkin Özalp), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016, sf. 235-236..

²⁶ ŞAYLAN, 2003, sf. 32.

²⁷ PIERSON, Christopher, Modern Devlet, (çev. Neşet Kutluğ, Burcu Erdoğan), 2. baskı, Chiviyazıları Yayınları, Ankara, 2015, sf. 19-52.

²⁸ POGGI, 2011, sf. 31.

²⁹ ŞAYLAN, 2003, sf. 39.

³⁰ ÖZDEMİR / SAYGILI / ZABUNOĞLU, 2019, sf. 53.

³¹ POGGI, 2011, sf. 39.; PIERSON, 2015, sf. 45-47.

Bunlar elbette ki bir günde meydana gelen değişiklikler değildir; toplumsal yaşama sirayeti on yılları hatta belki de yüzyılları aşan mücadeleler sonucu gerçekleşmiştir. Peki bu merkezileşmenin müsebbibi kapitalizm denen üretim tarzı kısaca nedir ve diğer üretim biçimlerinden farklılaştığı noktalar nelerdir?

Her şeyden önce kapitalizm tarihsel ve toplumsal bir sistemi ifade etmektedir. Ekonomik bir form olmanın ötesinde/yanında tüm toplumsal yaşamı dizayn eden ve yeniden üreten bir işleve sahiptir. Bizim çalışmamızda kısaca ele alınmasının sebebini de işte bu açıklamalar oluşturmaktadır. Öncelikle kapitalizmin pazar için yapılan bir üretim biçimi olduğunu ifade edelim. Bunun anlamı da üretici güçlerin esas olarak ürettikleri mal ve hizmetleri (metaları) kendi gereksinimleri için değil pazarda değişime (mübadeleye) konu olması için üretmeleridir³². Bu pazarın oluşumu için de hiç kuşkusuz iki temel öğenin; sermaye ve ‘serbest/özgür’ emeğin³³ bir araya gelmesi temel koşuldur³⁴. Kapitalizmi anlamak için salt bu bir araya geliş elbette yetersizdir. Bunların yanında bir de sermaye birikimi denen dinamik oluşum sürecinden bahsetmek elzemdir. Bu süreci anlamlandırabilmek içinse feodal üretim tarzından kapitalist üretim tarzına geçişi anlatan ‘ilkel birikim’ adı verilen ön koşula değinmek gerekir. Zekice bir metaforla, ilahiyattaki ilk günahın oynadığı rolü, ekonomi politikte ilkel birikimin oynadığını ifade eden³⁵ Marx, çağdaşlarının bu süreci tutumluluğun bir sonucu olarak ele aldıkları dönemde, kapitalizmin ancak köylünün toprağından zor ve baskı

³² Elbette ki geleneksel/feodal üretim biçimlerinde de pazar için üretim söz konusuydu. Ancak bu durum hakim bir durum değildi.

³³ Kapitalist üretim biçiminin temel özelliklerinden birinin emeğin ‘özgürleşmesi’ olduğunu belirtelim. Feodal ve ondan önceki üretim biçimlerinde doğrudan üreticinin emeği siyasal zor aracılığıyla gasp edilirken kapitalist üretim biçiminde emeğin gaspı salt siyasal zor aracılığıyla değil, ekonomik araçlarla da sağlanmaya başlanmıştır. Piyasa şiddeti olarak da adlandırabileceğimiz bu durum bir meta olarak sahip olunan işgücünün piyasada satılmaya zorlanması anlamına gelmektedir. ÖZDEMİR / SAYGILI / ZABUNOĞLU, 2019, sf. 47.

Yalnız eklemekte fayda var; siyasal zor ortadan kalkmamıştır. Siyasi zorun baskısı sermaye birikiminin ve bununla paralel olarak emeğin gaspının sürekliliği için olmazsa olmaz, gerekli ve işlevseldir. WOOD, Ellen M., Kapitalizm Demokrasiye Karşı: Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması, (çev. Şahin Artan) 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2008, sf. 45.

Burada hakim olan baskı biçimi ekonomik zor başka bir deyişle de ‘piyasa şiddeti’dir.

³⁴ YURTSEVER, 2013, sf. 68.

³⁵ MARX, Karl, Kapital, Ekonomi Politğin Eleştirisi:Cilt I, (çev. Mehmet Selik/Nail Satlıgan), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, sf. 686.

yöntemleriyle mülksüzleştirilmesi yoluyla ortaya çıktığını belirtmektedir³⁶. Kendisine göre:

‘[...] Sermaye ilişkisini yaratan süreç, işçiyi kendi çalışma koşullarının mülkiyetinden ayıran süreçten başka bir şey olamaz. [...] İlk birikim denilen şey, üreticileri üretim araçlarından ayıran tarihsel süreçten başka bir şey değildir. Bunun bir ‘ilk’ süreç olarak görünmesi, sermayenin ve sermaye ile uyuşan üretim tarzının tarih öncesi dönemini oluşturmasından ileri gelir.’³⁷

De Angelis de ilkel birikim sürecinin, sermaye birikimi için bir ön koşul olmasından bahsettikten sonra kapitalist üretim tarzı ve dolayısıyla sınıf mücadeleleri varlığını sürdürdükçe sermayenin ilkel birikim stratejilerinden vazgeçemeyeceğini ifade eder:

‘İlkel birikim, birikimin kapitalist sürecinin genişlemesine engel olabilecek sınıflar arası herhangi bir güç dengesini ya da bu dengenin sermaye aleyhine bozulmasını da hedef almaktadır. Marx için işçi sınıfı mücadeleleri kapitalist üretim ilişkilerinin sürekli bir unsuru olduğundan; sermaye, birikim temelini yeniden yaratmak için ilkel birikim stratejileriyle sürekli olarak ilişki içinde olmak zorundadır’³⁸

Bunlarla beraber İngiltere örneğinde görüldüğü gibi, zengin aristokratların, büyük toprak sahiplerinin kapitalistleşmesi de feodal üretimden kapitalist üretime geçişin dinamiklerinden biridir. Çitleme yasaları, salt siyasi zorla ilişkili olmadan ekonomik zorla ve bizzat devletin çıkardığı yasalarla da ilkel birikimin gerçekleştirilebileceğini göstermiştir. Gerçekten de Dobb, İngiltere’de 18. yüzyılın sonlarında henüz çitlemeyle çevrilmemiş toprakların oldukça azının köylü nüfusun mülkiyetine tabi olduğunu,

³⁶ FINE, Ben, ‘İlkel Birikim’, (çev. Ali Doğan), Marksist Düşünce Sözlüğü, (der. Tom Bottomore), 5. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, sf. 298.

³⁷ MARX, 2011, sf. 687.

³⁸ DE ANGELIS, Massimo, ‘Marx ve İlkel Birikim: Kapitalist Çitlemenin Sürekli Karakteri’, İlkel Birikim: Sermayenin Kaldırıcı, (der. Özay Göztepe), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2014, sf. 106.

köylülerin halihazırda elinde bulundurduğu toplam alanın büyük bir kısmının ise zaten az sayıdaki zengin aristokratın elinde toplandığını ifade eder³⁹.

Dolayısıyla sermaye birikimi için öncelikle ortada bir ilkel birikim, ardından da bu sürecin devamlılığı ve kendini yeniden üretebilmesi için kar olması gereklidir. Satılan ürün üzerinden kazanılan artık değerın fiyat olarak ölçülen karşılığı⁴⁰ olarak tanımlayabileceğimiz kar, kapitalist üretim biçiminde büyüyen bir işlev üstlenmeye başlamıştır. İşte bu büyüyen işlevın çıktısı olarak sermaye birikimi önceki toplumlara/üretim biçimlerine yabancı bir fenomendir çünkü bunlar elde ettikleri karları genelde iki şekilde değerlendirmişlerdir: harcamak ve hazine oluşturmak⁴¹. Bir başka deyişle kar kapitalizmde yatırıma yönelik olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu tez de Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri'nin (AUÇY'nin) sermaye birikimi için dolaylı bir işlev üstlendiğini iddia etmektedir.

Nihayet diyebiliriz ki modern devletin kapitalist üretim tarzının sürdürülüşü için öngörülebilir bir hukuk düzenine ihtiyacı vardır. Modern devlet, bu hukuk düzeninin meşruiyetini ise hukuk ideolojisi vesilesiyle sağlamakta ve bunu yaparken sözleşme özgürlüğü, kişisel kazanç ve mutluluğun herkesin kendi tercihine bağlı olduğu, bireysel tercihlere müdahale edilmediği , herkesin eşit ve özgür olduğu gibi varsayımlarla hareket etmektedir⁴². Dolayısıyla modern devletin hakim üretim biçimi olan kapitalizmin hukuk ideolojisinin doğuşuna kaynaklık ettiği söylenebilir. Bir sonraki bölümde de bu durumun sebepleri ve hukuk ideolojisinin ne olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

1.2.1. Hukuk İdeolojisi

³⁹ DOBB, Maurice, Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler: Geçiş Tartışmaları, (çev. F. Akar), 1. baskı, Belge Yayınları, İstanbul, 1992, sf. 207.

⁴⁰ FULBERTH, Georg, Kapitalizmin Kısa Tarihi, (çev. Sadık Usta) 4. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018, sf. 18.

⁴¹ FULBERTH, 2018, sf. 23.

⁴² ÖZCAN, 2018, sf. 162.

Modern devletin, feodal devletten farklılaşan bariz bir özelliği meşruiyetini din veya başka bir ilahi kaynakla değil, dünyevi söylemlerle kurmaya çalışmasıdır. Bu dünyevi söylem, şüphesiz hukuksal argümanlar dolayısıyla kurulmaktadır. Gojburg'a göre de:

'Feodal devlet tanrısal bir düzenin devletiydi, yani din devletiydi. Burjuvazi kendi devletini [hukuk devleti] olarak adlandırmıştı. Din ve hukuk, sömüren sınıfların birbirini takip eden [ideolojileridir]. [...] Dinin halkın ahyonu olduğunu her bilinçli proleter bilir ya da en azından daha önce duymuştur. Fakat hukukun halk için çok daha tehlikeli bir ahyon olduğunu bilenler azdır.'⁴³

Yukarıdaki bölümle köprü kurma amacıyla çalışmamızda olduğu gibi yer verdiğimiz Sovyet medeni hukukçusu Gojburg'un görüşleri hukuk ideolojisinden bahseden bir çalışma için anlamlı bir giriş olanağı sunmaktadır. Ancak hemen girişte şu hususu vurgulayalım; hukuk salt bir ideoloji, ideolojinin özel bir görünüm biçimi değildir, aynı zamanda maddi gerçekliğin de dışavurumudur. Pasukanis'e göre de bir kavramın ideolojik niteliğini saptamak, var olan -bilinçte olanla sınırlı olmayan aynı zamanda dış dünyada da varlığını koruyan- nesnel gerçekliği ortadan kaldırmaz⁴⁴. Bir başka deyişle hukuk sadece hakim sınıfın egemenliğini gizleme işleviyle sınırlı kalmaz, dış dünyada bu egemenliği sürdürmenin de bir aracını oluşturur.

Meselenin daha net bir biçimde kavranması için öncelikle ideolojinin ne olduğunu ortaya koymamız gerekir. Dünyaya baktığımız gözlükler mi, yanlış bilinç mi yoksa gerçekliğin önünde bir perde mi? Literatürde dahi üzerinde tam anlaşma olmayan bir konu hakkında bizim de net bir teori oluşturmak amacımız yok, ancak hukukun algılanışı yönünden kavramın içini doldurmak önemlidir.

Öncelikle ideoloji denen kavramın tartışmaya açılmasının modern döneme ait olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ancak kavramı modernizme hapsetmemek de elzem. Çünkü kavram ve onun yansımaları, modern dönemden önce de kültürel ve tarihsel bir mirasın

⁴³ GOJBARG, Aleksandr G., 'Hukuk Üzerine Bazı Düşünceler', (çev. Taner Yelkenci), Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi (ed. Taner Yelkenci), 2. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017, sf. 203.

⁴⁴ PASUKANIS, Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, (çev. Onur Karahanoğulları), 3. baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2013, sf. 71.

çıktıları olarak değerlendirilebilir⁴⁵, bir başka deyişle ortada bir ‘icat’ değil ‘keşif’ söz konusudur. ‘Camera obscura’ metaforu konunun anlaşılması açısından yardımcı olacaktır. Alman İdeolojisi adlı eserde Marx, bu metaforu kullanarak bütün ideolojilerin gerçeği gösterdiğini, ama bu gösterimin olduğu gibi değil tersine dönmüş şekilde olduğunu ifade etmiştir⁴⁶. Dolayısıyla ideoloji maddi gerçekliğin anlatılışının (mevzubahis iddiaya göre Marksizm’in) çarpıtılmış ifadesini yansıtır. Engels camera obscura metaforunu daha ileri taşıyarak bugün yaygın olarak ifade edilen şekliyle yanlış bilinç⁴⁷ ifadesini kullanır⁴⁸. İşte ideoloji kavramı siyaset bilimi literatüründe Marx ve Engels’ten sonra tartışmaya açılmıştır. Marx’ın izini süren Marksistler kavramı ayrıntısıyla irdelemeye çalışmış; Marksist olmayanlar ise kavrama daha çok olumsuz anlam yüklemeye (Marksizme paralel biçimde ama ondan farklı olarak) meyilli olmuşlardır. Biz de çalışmamızda ideolojiyi maddi gerçekliğin olduğu gibi değil de baş aşağı gösterimi, bunun ötesinde bu gerçekliğin üstünün örtülmesinde yaratılmaya çalışılan bir bilinç düzeyi olarak ele alıp hukukun bir ideoloji formu olmasını bu kapsamda değerlendireceğiz.

Hukuk ideolojisine değinmeden önce ideoloji bahsinde bir konuya çok kısaca değinmekte fayda var; postmodern dönemin maddi gerçekliği kavrayış biçimini tahrif eden savlarından bu çalışmada hareket edilmeyecektir. Postmodernizmin ‘Kime göre neye göre’, ‘Gerçeklik, ona nereden baktığınıza göre değişir’, ‘Zevkler ve renkler tartışılmaz’ gibi daha bir sürü örneğini verebileceğimiz mutlak doğrunun/gerçekliğin imkansızlığına yönelik oluşturulan argümanları ideolojinin kavramlaştırılması ve yerine oturtulması açısından yetersizdir ve dolaylı yoldan istemli/istemli bir biçimde nihilizme kapı aralar.

⁴⁵ AKMAN, 2016, sf. 240.

⁴⁶ MARX / ENGELS, 2013, sf. 34.

⁴⁷ ‘İdeoloji, düşünür deneni kişinin gerçekten bilinçli olarak bütünlediği bir süreçtir; ama bu *yanlış bilinçlilik*dir. Düşünürü iten devindirici güçler ona bilinmez olarak kalır; yoksa bu ideolojik bir süreç olarak kalmazdı.’

ENGELS, Friedrich, Tarihsel Materyalizm Üzerine Mektuplar, (çev. Öner Ünalın), 2. baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara, 2000, sf. 29.

⁴⁸ Belirtmekte fayda var; yaygın kanaatin aksine Marx hiçbir zaman ‘yanlış bilinç’ ifadesini kullanmamıştır.

Kabaca maddi dünyanın hukukla kavranma çabasını hukuk ideolojisinin temeli sayabiliriz. Ne demek istediğimizin Engels'ten yapacağımız alıntıyla daha açık bir şekilde ortaya koyulacağını düşünüyoruz:

‘Din bayrağı, son olarak 17. yüzyılda İngiltere’de dalgalandı. Elli yıl geçmeden de burjuvazinin klasik dünya görüşünü, onun [hukuki dünya görüşünü] oluşturacak yepyeni bir dünya görüşü allanıp pullanmadan sahneye çıktı. Hukuki dünya görüşü, teolojik dünya görüşünün dünyevi hale getirilmesi idi. Dogmanın, tanrısal hukukun yerini insansal hukuk, kilisenin yerini de devlet aldı. Eskiden kilise tarafından bir yaptırıma bağlandığı için kilise ve dogma tarafından yaratılmış [sanılan] ekonomik ve sosyal ilişkiler, şimdi de hukuka dayanan ve devlet tarafından yaratılan ilişkiler olarak [düşünülyordu].’⁴⁹

Bölümün başında düşüncelerine yer verdiğimiz Gojbarg’la oldukça benzer anlamlar taşıyan bu pasaj yukarıda değinilen ‘camera obscura’ metaforuyla oldukça uyumludur. Daha önceki bölümde yaptığımız açıklamalarla da paralel olarak hukuk ideolojisinin bir toplumsal sınıf olarak burjuvazinin ortaya çıkışıyla beraber oluşmaya başladığını (bir anda değil elbette) iddia edebiliriz. Geçmişten farklı olarak bu aşamada sömürü ilişkilerinin ideolojik anlamda devamlılığı büyü veya din gibi metafizik/gökyüzüne ait biçimlere ihtiyaç duyulmaksızın bu dünyaya ait sekülerleşmiş bir form olarak hukuk idealinin araçsallığına bağlanmıştır⁵⁰. Bu sekülerleşmiş form da kendisini hukuk devleti olarak sunmuştur. Böylece hukuk devletinin bu sunumu hukuk ideolojisinin güvencesini sağlarken aynı zamanda siyasal liberalizmin bayraktarlığını yaptığı özgürlük, eşitlik gibi ilkeleri ve burjuva yalıtılmış bireyin özerkliğini temin eder⁵¹. Fiili eşitsizlik yasalar önünde eşitlik, yaşamak için emek-gücünü piyasada satmaktan başka çaresi olmayan yığınların maruz bırakıldığı özgürlüksüzlükse irade özgürlüğü/sözleşme özgürlüğü olarak hukuki metinlerde ifadesini bulmaktadır. Bu mistifikasyonun garantörü olarak bireyler üstü hukuk devleti, politikadan etkilenmeyen, politikadan üst bir konumda

⁴⁹ ENGELS, Friedrich, ‘Hukukçular Sosyalizmi’, Devlet ve Hukuk, (der. ve çev. Rona Serozan), 2. baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018, sf. 168.

⁵⁰ AKMAN, 2016, sf. 240.

⁵¹ ÖZCAN, 2018, sf. 159.

belirmiş ve hukuka yön veren bir meşruluk ölçütü sunmuştur⁵². Aynı zamanda hukuk ideolojisinin normativiteye kavuşmasında da başat rol hukuk devletine aittir. Kapitalizm öncesi toplumsal formasyonda hukukun bu denli maskeleme işlevini üstlendiğini iddia etmek mümkün değildir.

Bu bölümün sonlarına yaklaşırken Gramsci ve Althusser'in birbirinden çok da farklılık barındırmayan görüşlerinin aktarılması gerektiğini düşünüyoruz. Genel anlamda ideoloji, özel anlamda hukuk ideolojisi hakkında bu ikilinin görüşleri dikkat çekicidir. Klasik Marksist kuramda devletin daha çok baskı işlevini göz önüne alan hakim görüşe ek olarak bu iki düşünür baskıcı olmayan işlevlerden de bahsetmiş, rızaya ve onaya dayalı yöntemlerin varlığını ortaya koymuşlardır. Gramsci'de hegemonya/sivil toplum, Althusser'de devletin (ideolojik ve/veya baskı) aygıtları olarak somut ifadesini bulan bu yöntemler incelenmeye şayandır. Gerçekten modern devletin ilk dönemlerinden günümüze kadar uzanan süreci göz önüne aldığımızda iktidarlar otoritelerini daha çok onay mekanizması şeklinde sürdürmüşlerdir. Örneğin toplumların denetimi anlamında, salt baskı yöntemleri ve kuvvet kullanımı hem pahalı hem de istikrarsız yöntemler olmuş, kitlelerin incelikli metotlarla denetim altında tutulması ilk durumun aksine daha tercih edilesi olmuştur⁵³. İşte bu gibi etmenler bu iki düşünce ve siyaset insanını ideoloji hakkında nitelikli ve kapsamlı açıklamalar yapmaya sevk etmiştir. Gramsci, rıza ile zorun zorunlu birlikteliğinden bahseder. Hiçbir siyasal iktidar salt şiddetin üzerine kurulu bir egemenlik ilişkisini uzun süre sürdüremez. Ona göre ideolojinin değerlendirilmesi farklı toplumsal sınıflardan bir 'blok' oluşturup oluşturumamasına, bu oluşum sürecinde 'çimento' işlevi görüp toplumsal birliği sağlayıp sağlayamamasına göre olmalıdır⁵⁴. İşte bu çimento zor ile birleştiğinde karşımıza Gramsci'nin hegemonya dediği ikna mekanizması çıkar ve hegemonya; belirli bir sınıfın çıkarlarının tüm sınıfların yani toplumun çıkarlarıymış gibi gösterilmesinde başat rolü haizdir⁵⁵. Gramsci, asimilasyon olarak da adlandırabileceğimiz bu durumun hukuk dolayımı ile

⁵² ÖZCAN, M. Tefik, 'Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2006, Cilt:64, Sayı:2, sf. 125.

⁵³ AKMAN, 2016, sf. 28.

⁵⁴ EKİCİ, Ekrem, 'Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi', Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi (ed. Taner Yelkenci), 2. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017, sf. 265.

⁵⁵ YAŞLI, Fatih, İdeoloji: Bir Kavramın İzinde, 1. baskı, Alabanda Akademi, Ankara, 2016, sf. 18.

sağlandığını ileri sürmektedir. Zor, elbette siyasal düzenin devamlılığında kurucu niteliğini korur ancak vatandaşların günlük rutinlerinde karşılaştıkları ‘uyuşmazlıklar’ı devletin hukuksal mekanizmasına güvenerek gidermeye çalışmaları, istemli ya da istemsiz hukuksal düzenin dışına çıkmadan düzene uygun bir biçimde davranmaları hukukun rızanın sağlanmasında muazzam bir araç olduğunu göstermektedir⁵⁶.

Dolayısıyla hukuk, hegemonyanın somut bir ifadesi olarak baskı aygıtını aşmış bir şekilde kompleks hale gelir ve toplumsal alanın neredeyse tamamen kuşatıldığı bir mekanizma düzeyine yükselir⁵⁷. Althusser ise ideolojiye bakış açısını emek-gücünün yeniden üretimi üzerine yaptığı değerlendirmeler içinde geliştirmiştir. Bu yeniden üretimde devlete özel bir önem atfetmiş, devletin kendisini nasıl yeniden üretebildiği sorusunu cevaplayabilmek için devletin sahip olduğu aygıtların yapısal incelemesine yönelmiştir. Söz konusu aygıtlar baskı aygıtları ve ideolojik aygıtlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, hukuk salt ideolojik veya baskı aygıtı olarak görülmeyp ikisiyle de bağlantılı bir pozisyonda konumlandırılmıştır. Bizim konumuz açısından önemli olan husus ise şüphesiz hukukun ideolojik rolü hakkında ifade ettiği görüşleridir. Althusser, hukukun niteliğinin sömürü ilişkilerini onaylayan bir işleve sahip gibi görünmediğini bununla beraber bu ilişkileri koruduğunu iddia etmiştir⁵⁸. Hukukun bir ideolojik aygıt olarak niteliği bu gizi sağlayan en temel araçtır. Hem baskı unsurunu içermesi hem ideolojik yönü itibariyle iki boyutlu bir nitelik üstlenen hukuk, bireylerin yasal düzene entegre edilmesinde önemli bir araçtır ve baskı aygıtının devreye sokulmasında yasallığın da teminatını teşkil eder⁵⁹. Bu entegrasyon bireylerin rızasına dayanmalı, bu rızanın sağlanması da genel anlamda ideoloji, özel olarak da hukuk ideolojisiyle gerçekleştirilmektedir⁶⁰. Sonuçta, Althusser ve Gramsci’de bir ideolojik görünüm olarak hukuk, sınıfsal sömürü ve egemenliğin ana işlevini üstlenen özerk bir aygıttır⁶¹.

⁵⁶ AKBAŞ, Kasım, ‘İdeoloji Olarak Hukuk’, Hukuk Kuramı Dergisi, Yıl:2018, Cilt:5, Sayı:3, sf. 64.

⁵⁷ EKİCİ, 2017, sf. 267.

⁵⁸ DOĞAN, Zelal P., Louis Althusser’de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeoloji İlişkisi, Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2019, Cilt:1, Sayı:1, sf. 172.

⁵⁹ AKMAN, 2016, sf. 243.

⁶⁰ DOĞAN, 2019, sf. 173.

⁶¹ EKİCİ, 2017, sf. 289.

Bu başlığı sonlandırırken hukukun, kapitalizmin gelişimiyle beraber bir burjuva ideolojisi formunu aldığı iddiası bu anlatılanlar ışığında hiç de yanlış görünmemektedir.

1.2.2. Sözleşme Özgürlüğü

Marx'ın Kapital'de cennet ironisiyle tasvir ettiği meta mübadelesi alanını cennet olarak görmesinin sebebi, piyasayı; tüm insanların hukuken eşit soyut bir hak öznesi haline getirildiği ve liberal hukuk mantığındaki bazı 'doğuştan sahip olunan hakların' (doğal hakların) somutlaştığı alan olarak görmesidir. Bentham'a yaptığı göndermeyle bu temel doğal hakları eşitlik, mülkiyet ve özgürlük olarak sıralayan Marx, kapitalist sistemin sürdürülmesi için bunların söylemsel bazda hayli işlevli olduğunu belirtmektedir. Meta mübadelesi alanı, kendisini ancak bu doğal haklar söylemiyle meşru kılabilmektedir. Marx'a göre:

'Sınırları içinde emek gücü alım satımının gerçekleştiği dolaşım veya meta mübadelesi alanı, gerçekten de, insanın doğuştan sahip bulunduğu hakların tam bir cennetiydi. Burada tek sözü geçen, Özgürlük, Eşitlik, Mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlük! Çünkü, bir metanın, örneğin emek gücünün, alıcıları da satıcıları da yalnızca kendi [özgür irade]lerine bağlıdır. [Aralarındaki sözleşmeyi özgür ve hukukça eşit kişiler olarak yaparlar]. Sözleşme, içinde iradelerine ortak bir hukuki ifade verdikleri bir sonuçtur. Eşitlik! Çünkü, birbirleriyle yalnızca meta sahipleri olarak ilişki kurarlar ve aralarında eş değerde olan şeyleri değiştirirler. Mülkiyet! Çünkü, her biri yalnızca kendisinin olan şey üzerinde tasarrufta bulunur. Bentham! Çünkü, her ikisi de yalnızca kendi gemisini kurtarmaya çalışır. Bunları bir araya getiren ve aralarında ilişki kuran biricik güç, onların bencillikleri, özel kazançları ve kişisel çıkarlarıdır'⁶²

Marx'ın ironisini yaptığı liberal teorisyenlerin serbest piyasa tahayyüllerinin gerçeği yansıtmadığı çok açıktır. Gerçek anlamda özgürlüğün 'sözleşme'nin güçlü tarafı için anlam ifade ettiği ortadadır. Zayıf taraf (sadece iş sözleşmesindeki taraflar için geçerli değil), karşısına konulan maddelere riayet etmekten başka çaresinin olmadığı bir

⁶² MARX, 2011, sf. 177-178.

hukuksal ilişki ortamına sürüklenmektedir⁶³. Kapitalizmin ‘mucizevi’ buluşu, herkesin yasalar önünde eşit olması prensibi de sözleşme özgürlüğü mefhumunu yeniden üreten bir işleve sahiptir. Hukuksal eşitlik olarak da adlandırılan bu prensip; eşitliğe maddi içerik yüklenilmeye çalışıldığı zaman gündeme gelen toplumsal zenginliğin yeniden paylaşılması ve üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet hakkı tartışmalarını kapatıp, kavramı soyutlaştırdığı ölçüde liberal felsefeyle oldukça uyumlu bir şekilde çalışmaktadır⁶⁴. Bu minvalde özgürlük gibi eşitlik kavramı da liberal hegemonyada içi boşaltılmış bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Hukuksal bakış açısı eşitsizliği eşitlik, özgürlüksüzlüğü de özgürlük olarak pazarlamaktadır.

Yukarıda özel hukukun, genel hukuk sisteminin öncülünü ve kuruculuğunu teşkil ettiğini; bunun sebebinin de bugünkü anladığımız anlamda hukukun sınıflı toplum yapısıyla doğmasından kaynaklandığını belirtmiştik. Bir öncül olan özel hukukun kapitalizmin doğuşuyla beraber fetişleştirilmesinin kuruculuğunu da sözleşme kavramı üstlenmektedir. Kapitalist artı-değer sömürsünün sözleşme hukuksal biçimiyle dolaymlandığı⁶⁵ bu fetişleştirme, hukuksal özne kavramını da beraberinde getirmektedir. Hukuksal özne tanınmadan sömürü de meşru bir zemine oturtulamayacaktır. Pasukanis’e göre:

‘Hukuksal bakımdan bu ilişki, bağımsız iradeler arasındaki bir sözleşme olarak ortaya çıkar. [...] Sözleşme, hukuk fikrinin kurucu unsurudur. Hukuksal kavramların sistematığıne göre sözleşme, [...] öznenin hukuk alanında faaliyet göstermesini sağlayan iradenin somut edilmesi araçlarının birinden başka bir şey değildir. [...] Hukuksal anlamda özne ve irade kavramları, sözleşme dışında ölü bir soyutlamadır.’⁶⁶

⁶³ AKMAN, 2016, sf. 306.

⁶⁴ ŞAYLAN, 2003, sf. 54.; AKMAN, 2016, sf. 320.

⁶⁵ PASUKANIS, 2013, sf. 110

⁶⁶ PASUKANIS, 2013, sf. 122.

Sözleşme özgürlüğünün, hukukta özgür iradenin⁶⁷ a priori kabul edilmişinin bir uzantısı olduğunu ifade edelim. Özgür irade sahibi hukuki özne olarak gerçek ve tüzel kişinin, kendisini ilgilendiren hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleme hakkına ve yetkisine sahip olduğu kabul edilir. Ancak bu kabul edilmişin kutsanışı bir başka ifadeyle dogma haline gelişi önceki bölümlerde aktardığımız üzere kapitalizmin doğuşu ve her şeyin mübadeleye konu bir meta haline gelmesiyle beraber doğrudan üreticilerin ‘özgürleşmiş’ olmalarıyla da oldukça yakından ilişkilidir. Bu özgürleşmeyi Marx işçinin üretim aracı olarak toprağa bağımlılığından ve başkasının kölesi yahut serfi olmaktan çıkıp kendisi üzerinde tasarrufta bulunabilme yetisini kazanması olarak açıklamıştır⁶⁸. Marx kuşkusuz ‘kendisi’ tabiriyle bir meta olarak emek gücünden bahsediyordu⁶⁹. Tam burada atlamamakta fayda var; kapitalizm öncesi üretim biçimlerinde de piyasalar, mübadele ve metalar vardı. Ancak kapitalizmin özgünlüğü emek gücünü de bir meta haline getirip piyasalarda mübadeleye konu yapması ve bunu da özgür iradeyle yapıldığı kabul edilen sözleşme vasıtasına bağlamasıdır. Bu özgür sözleşmenin karşılığında alınan ücret de üretim sürecindeki sömürü ilişkisinin görünmezliği anlamında kapitalist sisteme ve dolayısıyla kapitalist sınıfa muhteşem bir fırsat sunar⁷⁰. Dolayısıyla kapitalizmde sömürünün kendisini özgür sözleşme biçiminde somutlaştırdığı savı⁷¹ oldukça yerinde görünmektedir.

Sözleşme özgürlüğü bahsinde değinilmesi gereken diğer bir husus, liberal hukuk düzeninin mübadele alanındaki ekonomik öze ve gerçekliğe dair kayıtsız olduğu ve bu

⁶⁷ Çalışmamızın sınırlarını oldukça aşacağından burada felsefi anlamda özgür irade tartışması yapmayacağız. Sadece liberal hukuk mantığının sürdürülüşünün insanın mutlak anlamda özgür iradeye sahip bir hukuk öznesi kabul edilmesiyle oldukça paralel olduğunu ifade edelim. Bu mantığın özgür iradenin kesilmesine/yitimine karşı özel hukukta yanılma, aldatma, korkutma gibi, bir kamu hukuku alanı olarak ceza hukukunda da haksız tahrik, meşru müdafaa gibi araçlar geliştirmesi genel durumda (hakim kabul edilmiş) herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır. Bu sayılanlar sadece sorumluluğu azaltan veya kaldıran nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu hakkında Türkçe’deki özgün bir çalışma için bkz.: ŞAHİN ÜNVER, Fatma Süzgün., Hukuk Felsefesinde İrade Serbestliği ve Sorumluluk, 1. baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2018.

⁶⁸ MARX, 2011, sf. 688.

⁶⁹ Ayrıca yine Kapital’de işçinin özgür olmasının ne anlama geldiğinden şöyle söz ediliyor: ‘Parasının sermayeye dönüşmesi için, para sahibinin meta piyasasında *özgür işçiyi* hazır bulması gerekir; burada özgürlük iki anlama gelir: birincisi, bu kimse meta olarak kendi emek gücü üzerinde özgür bir kişi olarak tasarrufta bulunabilmeli, ikincisi, satabileceği başka metalar bulunmamalı, kendi emek gücünü gerçekleştirmesi için gerekli olan her şeyden yoksun, özgür olmalıdır’. MARX, 2011, sf. 171.

⁷⁰ ÖZENÇ, 2016, sf. 131.

⁷¹ PASUKANIS, 2013, sf. 33.

kayıtsızlığın salt mübadele alanıyla sınırlı olmadığıdır. Hukuk düzeni burada biçimci bir mantıkla sözleşmelerin formalist nitelikleriyle ilgilenip, sözleşmenin içeriğinin neyi düzenlediğini göz önüne almamaktadır⁷² Başka bir ifadeyle sadece iş sözleşmeleri ve ticari sözleşmeler bağlamında değil aile hukukunu da içeren evlilik, boşanma ya da miras gibi mülkiyet hakkının doğrudan uzantısı olan toplumsal ilişki biçimleri hukukun düzenleme alanına dahil olmuş ama bunların arkasındaki gerçeklikler hukukun ilgi alanına girememiştir. Tarihsel olarak baktığımızda evlilik sözleşmesi denen şey, neredeyse tüm hukuk sistemleri tarafından kadın ve erkeğin karşılıklı özgür iradeleriyle kurdukları basit bir sözleşme biçimi gibi yansıtılmış, ancak bu ‘sözleşme’ toplumsal cinsiyet rollerinin sürdürülmesi ve kapitalist hegemonya sürecinin ‘aile’ adı altında yeniden üretilmesinin temel çıktılarında biri olarak işlev görmüştür⁷³.

Yine Marx ve Engels, ifadesini ‘devletimiz öyle buyurmuştur’ sözünde somutlaşan hukukun esas yaratıcısını devletin iradesinde bulan ve/veya halk dilindeki çıktısı ‘alan memnun satan memnun’ ifadesi tarafların iradelerinin mutlaklığına yapılan göndermeyi, başka bir deyişle geleneksel hukukçuluğun sahip olduğu hukuksal bakış açısını Alman İdeolojisi’nde eleştirmişlerdir:

‘Hukukçuların yanılması, bireylerin -örneğin [sözleşmeler yaparak]- birbirleriyle ilişki içine girmelerinin hukukçular açısından olduğu kadar genel olarak her yasa açısından da tamamen rastlantısal oluşunu ve bu ilişkileri, [özgür iradeye] bağlı olan ve içerikleri tamamen tarafların bireysel keyfiyetine dayanan ilişkiler olarak kabul edişlerini açıklar.’⁷⁴

Gerçekten de hukuk fakültelerindeki eğitimden başlanarak potansiyel hukukçu, sadece önüne gelen hukuki meseleleri teknik anlamda çözme becerisiyle donatılmaya çalışılan,

⁷² AKMAN, 2016, sf. 155.

⁷³ AKMAN, 2016, sf. 306.

Burada Engels’in bu kayıtsızlığa dair iş ve evlilik sözleşmelerini karşılaştırdığı metni oldukça yerinde tespitler içermektedir: ‘İş sözleşmesinin her iki tarafça kendi istekleriyle imzalandığı kabul edilir. Ama yasa her iki tarafı *kağıt üzerinde* eşitler eşitlemez, iş sözleşmesi özgürce imzalanmış sayılır. Farklı sınıfsal konumunun bir tarafa verdiği güç, diğer taraf üzerindeki baskısı yasayı hiç ilgilendirmez. [...] Evlilik söz konusu olduğunda en ileri yasanın gerekleri bile katılımcılar gönüllülüklerini resmi kayıtlara geçirir geçirmez tümüyle yerine getirilmiş sayılır. Yasa ve hukukçu, hukuki sahnenin arkasında, yani gerçek yaşamın hüküm sürdüğü yerde olup bitenlerle, söz konusu gönüllülüğün nasıl ortaya çıktığıyla ilgilenmez’ ENGELS, 2019, sf. 92.

⁷⁴ MARX / ENGELS, 2013, sf. 67.

bunun dışında herhangi bir eleştirelilik ve sorgulama kabiliyetinden (istemli bir şekilde) yoksun bırakılması hedeflenen bir bireydir. Ekonomi-politik sistemin sürdürülebilirliği için muazzam bir işlev üstlenen bu durum, hukuk ideolojisinin (ve onunla bağımlı olarak varlığı hiçbir sorgulamaya tabi tutulmayan sözleşme özgürlüğünün) daha hukuk eğitiminin başından itibaren zihinlere kazınmasının temel sebebinin oluşturur. Sözleşme, tazminat, mülkiyet gibi özel hukukun sine qua non kavramları fakültelerde sanki kendiliğinden meydana gelmiş, tüm dış etkenlerden bağımsız bir iç mantıkları varmış gibi aktarılmakta, bunların tarihsel kökeni, politikayla olan doğrudan ilişkileri hiç söz konusu edilmemektedir⁷⁵. Çalışmamıza uygun olarak AUÇY'nin de fakültelerde bu tahrifatın yeniden üretilmesinde nasıl bir rol oynadığından ileride bahsedilecektir.

Bölümün sonlarına doğru gelirken, 19. ve 20. yüzyılda belirli mücadeleler sonucu sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların sözleşme özgürlüğünün hakimiyetinde genel bir değişiklik yaratmadığını ayrıca vurgulamak gerekir. Bir köle şirketi hissedarı olarak John Locke'un özel mülkiyeti kutsamasıyla beraber yolunu açtığı, Jeremy Bentham gibi eşitlikten nefret eden bir düşünürün teorize ettiği ve yakın zamanda da Chicago Okulu olarak karşımıza çıkan, hukukun sadece kar maksimizasyonuna ve piyasanın sorunsuz bir şekilde işlemesine göre düzenlenmesini öngören 'bırakınız yapsınlar' liberalizmi şüphesiz 20. yüzyılda egemenliklerini kaybetme korkusu yaşayan hakim sınıflar eliyle törpülenmiştir. Bu törpünün Keynesyen ekonomik politikaları yürürlüğe koyan kapitalist devletlerdeki net çıktısının İş Hukuku olduğu söylenebilir. Ancak ileride anlatacağımız üzere İş Hukuku da son dönemde kendisinin vitrin amacı olarak ileri sürdüğü işçiyi koruma prensibinden uzaklaşmıştır.

Toparlamak gerekirse, özel hukuk hukuk dünyasının tanrısıysa sözleşme özgürlüğü de onun peygamberidir. Sözleşme özgürlüğü hukuk sistemleri için öylesine kurucu bir nitelik taşır ki, kendisinin yokluğunun kabul edilmesini geçelim, varlığının tartışmaya açılması dahi tüm sistemin altına dinamit koyup yok etmekle aynı anlamı taşır. Özel hukukun tüm alt disiplinlerinin (aile hukuku da dahil olmak üzere) varlıklarını kapitalist

⁷⁵ AKBAŞ, Kasım, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, sf. 106

Üretim srecinde⁷⁶ bu varsayıma borçlu olduklarını ifade etmek bu baēlamda pek mbalaēa olarak görülmeyecektir.

Hukuka nasıl bakldğının serimlendiēi bu bölümün temel amacı hukukun sınıfsal karakterini ortaya koymakt. İŖte bu karakter, bugün hukuksal dünyada içinden geçilen dnŖm serüveninin de çerçevesini bize sunmaktadır.

⁷⁶ Bu alt disiplinlerin varlıēı kapitalist üretim tarzına özgü deēildir. Kapitalizmden önce de Roma Hukuku dolaymıyla, kronolojik olarak biraz geriye gittiēimizde de üretim araçları üzerindeki özel mülkiyetin toplumsal yaŖamda belirlediēi snıfl toplumların ortaya çıkmasıyla zaten kendilerini göstermektedirler. Ancak bir burjuva hukuksal form olarak szleŖme zgrlē kavramı kapitalizmin hakim üretim biçimini olmasıyla beraber adeta kutsal bir niteliēe brnmŖ, fiili eŖitsizliklerin hukuksal eŖitlik olarak maskelendiēi özel hukuk alanının meŖruluēu anlamında bayraktar olma zelliēine ulaŖmŖtır. Yukarıda alıntısına yer verdiēimiz Marx'ın medeni (zel) hukukun doēumunun özel mülkiyetle eŖ zamanlı olduēu tespitini yinelemek burada yerinde olacaktır.

2. BÖLÜM: NEOLİBERALLEŞMENİN HUKUK ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Şimdiye kadar yapılan açıklamalar bir bütün olarak hukuka nasıl yaklaşılması gerektiği yönündeydi. Bu kapsamda hukukun hakim üretim ilişkilerinden arı bir durumunun bulunmadığı (çoğunlukla göz önünden kaçtığı gibi), kendi kendine işleyen mekanizması dolayısıyla mutlak anlamda özerk bir alana sahip olmadığı ve kapitalizmin gelişimiyle beraber bir ideoloji formu aldığı vurgulandı. Kısaca hukuka hukuk içinden bakmanın başka bir deyişle hukuksal bakış açısının hukuku kavrama yönünden yetersizliği ön plana çıkarılmaya çalışıldı. Bu yönüme paralel olarak bu bölümde de hukukun bugün gelinen noktada ne gibi dönüşümler tecrübe ettiğini, bu dönüşümlere esas olarak neyin sebep olduğunu hukuka dışarıdan bakarak tartışacağız.

Bölümün başlığından da anlaşılacağı üzere hukuktaki dönüşümün temel belirleyeni bir ideolojik söylem olarak küreselleşme veya bir düşünce tarzı olarak postmodernizm değil, bir ekonomik sistem bağlamında kapitalizm ve onun 21. yüzyıl başlarında aldığı biçim olarak neoliberalizmdir. Açıklamalarımıza paralel olarak; maddi yaşamın bel kemiğini üretim ilişkilerinin oluşturması bizim bu görüşte olmamızın temel sebebidir. Çünkü bir toplumsal varlık olarak insanın her şeyden önce biyolojik yeniden üretimini devam ettirebilmesi için yeterince beslenebilmesi, üzerine bir şeyler giyebilmesi ve doğa koşullarına karşı başını sokacak bir barınağının olması gereklidir. Günümüzde belki sayısını arttırabileceğimiz bu temel ihtiyaçlar listesi doğada hazır olarak bulunmaz, insanlar aletler (üretim araçları) vasıtasıyla maddelere yeni bir form verip bunları üretirler. Dolayısıyla aralarında bir üretim ilişkisine girmeye başlarlar. Bu ilişki yukarıda aktardığımız üzere yaklaşık dört asırdır (tarihin çeşitli momentlerinde alternatiflerin mevcut olduğu şerhini de belirterek) kapitalizm vasıtasıyla yürütülmekte. Günümüzdeyse, daha önceki görünümlelerinden farklı olarak kapitalizmin tarihte örneğine rastlamadığımız bir şekilde dünyanın her tarafına yayıldığını görebilmek mümkün. İşte temeldeki bu değişimin yaşandığı bir ekonomik ortamda üstyapı kurumlarının bundan etkilenmemesi düşünülemez. Dolayısıyla siyasal yaşantıda küreselleşmenin veya bunun kültürel/düşünsel uzantısı postmodernizmin öncü değil

artçı olduğu çalışmamızın dayanak noktasını oluşturmaktadır. Ontolojik anlamda toplumsal bilincin yansımaları olarak üstyapıya dahil alanlardan -siyaset ve kültürün yanında din, ahlak vs.- yola çıkılacak çalışmaların meselenin özünü anlamada yetersiz olacağı kanaatindeyiz.

2.1. NEOLİBERALİZM NEDİR?

2.1.1. Tarihi, Gelişimi

Bu bölümün iskeleti iki ana omurgadan oluşacak; ilk kısmında neoliberal söylemin temel öncüllerinin, bir ideoloji ve kuram olarak nasıl/hangi tarihsel koşullar altında doğup geliştiğinden bahsedeceğiz. Ardından neoliberalizmin pratikte uygulanışını tarihsel kökenleriyle birlikte ele alacağız; özellikle neoliberal politikaların 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren dünya çapındaki görünümleri odak noktamızı teşkil edecek. Bu çalışma ayrıntılı bir iktisat bilimi çalışması olmadığı için rakamsal verilerden oldukça az yararlanılacak.

Öncelikle neoliberal söylemi yerli yerine oturtabilmemiz için biraz geri bir tarihe, 1929 yılına gitmemiz gerekmektedir. Bu yıldan başlayarak ABD'nin New York eyaletinde hisse senetlerinin sert düşüşü ve ardından cereyan eden gelişmeler dünya çapında büyük bir etki yaratmış, üretim olağanüstü bir şekilde düşmüş, büyük ekonomilerin pek çoğu bu krizden olumsuz etkilenmiştir. Geniş halk yığınları bir anda işsizlikle karşı karşıya kalmış, uzun yıllar boyunca yoksullukla mücadele etmişlerdir. Bu krizi fırsat bilen aşırı sağcı siyasi partiler özellikle Avrupa genelinde iktidara yerleşmişlerdir. Konumuz bu olmadığından buradaki durumu detaylandırmayacağız, ancak durumun konumuzu ilgilendiren kısmı bu krizden nasıl çıkılacağına dair soru ve buna verilen yanıtın yaklaşık 1970'lere kadar dünya kapitalizmi açısından getirdiği rahatlamaya ve büyümeye yöneliktir. Bu da hiç şüphesiz İngiliz iktisatçı John Keynes'in ekonomik ve politik görüşlerinin kısaca aktarılmasının gerekliliğini göstermektedir. Refah devleti kapitalizmi, Fordist birikim tarzı vb. adlandırmalarla yürütülmüş bu dönemde

devletlerin politikalarına baktığımızda bu politikaların Keynesci paradigma⁷⁷ ekseninde şekillendiğini iddia etmek yanlış görünmeyecektir. Bunlar özetle; piyasanın -varlığı tamamen mistik bir kavramı çağrıştıran- ‘görünmez el’ ile kendiliğinden dengeye ulaşacağı varsayımının reddi ve tam istihdamın klasik liberal iktisadi düşünce için pek de anormal bir durum olmadığı tespittir⁷⁸. Bu tespit doğrultusunda da piyasa ekonomisi içerisinde devlete aktif rol atfedilmiş, devlet müdahalesi ve korumacılığı ön plana çıkarılmıştır. Devletin ekonomiye müdahalesi; devlet vasıtasıyla yapılan yatırımlar, dolaylı teşviklerin sağlanması, kamu eliyle ucuz kredi verilmesi gibi politikaları içermektedir⁷⁹. Özellikle eğitim, sağlık, barınma gibi alanlarda sermayeye oldukça dar bir alan bırakılmış; bunların yürütülmesi ve karşılanmasının bizzat devlet eliyle gerçekleştirilmesi sistemin işlerliği bakımından daha uygun görülmüştür.

Gerçekten ‘Batı Bloku’ olarak adlandırabileceğimiz ABD ve bazı Avrupa ülkeleri bu reçeteleri uygulamaları sayesinde 1970’li yılların ortalarına kadar ekonomik anlamda istikrarlı büyüme oranları yakalamış⁸⁰, bu ülkelerdeki emekçi halk yığınları biyolojik yeniden üretimlerinin devamlılığı açısından gerekli temel ihtiyaçlara ulaşmada görece rahat bir dönem yaşamıştır⁸¹. Bu dönemin, sözcük öbeğinin siyasi düşünceler tarihindeki klasik kullanımlarından bağımsız bir şekilde ‘toplumsal sözleşme’⁸² dönemi olarak kavramsallaştırılması mümkündür. Çünkü yaşamını emeğiyle çalışarak sürdüren

⁷⁷ Belirtmekte fayda var, Keynes’in görüşleri kriz içindeki sistemi ortadan kaldırarak yeni ve farklı bir ekonomik sistemin kuruluşuna dair düşünceler değil, dünya çapında yok olmaya yüz tutmuş bir ekonomik sistemin yeniden inşası adına üretilmiş düşüncelerdir (ve hatta tavsiyelerdir). Özel mülkiyet ve kar maksimizasyonu sistemin temel lokomotifleri olarak muhafaza edilmiştir. Pratikte de bu böyle olmuş, Güriz’in verdiği örnekten de görülebileceği üzere özellikle İkinci Savaş’tan sonra Avrupa çapında iktidar haline gelen sosyal demokrat partilerden Alman SPD’nin 1950 yılının sonlarındaki programı sınıf temelli argümanların neredeyse kaybolduğu, doğrudan sosyalizm eleştirileriyle dolu bir program olmuştur. GÜRİZ, Adnan, Sosyal Demokrasi İdeolojisi, 2. baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2011, sf. 162.

⁷⁸ STEWART, Michael, ‘Keynesci İktisat Öğretisi’, (çev. Şule Kurt), Liberalizm, Refah Devleti, Eleştiriler, (der. Kemal Saybaşılı), 1. basım, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1993, sf. 53-88.

⁷⁹ ŞAYLAN, 2003, sf. 97.

⁸⁰ TÜREL, Oktar, Küresel Tarihçe 1945-79, 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, sf. 177.

⁸¹ Burada bir hususun atlanılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Batı Blokunu oluşturan merkez kapitalist devletler sırf Keynes veya kendi keyifleri öyle istediği için refah devleti uygulamalarına başvurmuş değillerdir. Sovyetler Birliği ve diğer reel sosyalizm deneylerinin o zamanki varlığı ve kendi ülkelerindeki sol yapılar ile örgütlü işçi sınıfının daha eşitlikçi bir sistem talepleri bu devletleri bahse konu uygulamaları yürürlüğe koymaya tabir yerindeyse zorunda bırakmıştır. Halk yığınlarına sosyalizm olmadan da kapitalist üretim koşullarında mutlu ve huzurlu bir yaşamın olabileceği böylece gösterilmeye ve rıza üretilmeye çalışılmıştır.

⁸² ŞAYLAN, 2003, sf. 102.

sınıflarla sermaye sahibi sınıfların otuz-otuz beş yıllık bir uzlaşması söz konusudur. Bu sınıf uzlaşmasının tespiti elbette ki sınıf ayrımının ortadan kalktığına, zenginle fakirin arasındaki makasın kapandığına, uzlaşma döneminde merkez kapitalist ülkelerde sınıf ayaklanmalarının görülmediğine yönelik bir iddia değildir; aksine tüm sınıfsal ilişkiler pozisyonlarını korumakta, sendika mücadeleleri, grevler vs. varlığını sürdürmektedir. Ancak bu tür mücadeleler bir sınıf mücadelesi olarak değil, sonunda ‘hakem’ ve müdahaleci devletin nezdinde anlaşmaya varılan ve çoğulcu demokrasinin zaten gerektirdiği bir süreç olarak değerlendirilmiştir⁸³.

Harvey’in ‘gömülü liberalizm’ olarak adlandırdığı⁸⁴ bu dönemde liberal hukuk terminolojisinin deyimiyile ‘ikinci kuşak haklar’ denilen ekonomik, sosyal, kültürel haklar gerek uluslararası örgütler gerekse de ulus devletler nazarında kurumsallaşmış ve anayasalar dolayımıyla hukuksal temellere oturmuştur⁸⁵. Bu oturuş basitçe üst makamlar tarafından uygun görülmeyle değil, toplumun ekonomik anlamda ezilen alt kesimlerinin yürüttüğü mücadeleler sonucu gerçekleşmiş; bu kesimler bu düzenlemeler vesilesiyle sisteme daha etkin bir biçimde entegre edilmeye çalışılarak rıza üretiminin yolları döşenmiştir. Devletlerin bu vesileyle ekonomik alanda olduğu gibi hukuki alanda da daha etkin bir konuma geldiği iddia edilebilir. Alt kesimlerden yükselen baskı, devletlerin çeşitli yasalarla zoraki de olsa pasif bir izleyiciden aktif bir aktöre dönüşmesini sağlamaya çalışmıştır⁸⁶. Yine bu süreçte uluslararası hukuk metinleri ve yargılama mekanizmaları devletlerce tanınmış, devletler bu metinlerle uyumlu yasaları iç hukuk sistemlerine dahil etmişlerdir. Bu kodlaştırma çabaları şüphesiz ki dönemin ruhu olan müdahalecilik ile özdeşleştirilebilir, daha da fazlası olarak bu çabaların siyasal ve ekonomik liberalizmin dogmaları olan mülkiyet hakkına ve sözleşme özgürlüğüne yaptığı kısıtlamaların/müdahalelerin bu ikisinin birer dogma olarak kalmasında başarılı olduğu söylenebilir.

⁸³ ŞAYLAN, Gencay, Yarın Endişesi, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2020, sf. 59.

⁸⁴ HARVEY, David, Neoliberalizmin Kısa Tarihi, (çev. Aylin Onacak), 2. baskı, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2015, sf. 19.

⁸⁵ Yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için hemen ifade edelim; bu hakların tartışılıp tanınması, kapitalizmin kurumsallaşması Avrupa’da işçi sınıfının büyük şehirlerde yoğunlaşmaya başlamasıyla paralel yürümüştür. Ancak bir haklar sistematiği olarak ‘ikinci kuşak’ adlandırılması ve dünya çapında hukuk sistemlerinin mevzuatlarına dahil oluşu İkinci Savaş sonrasında tekabül etmektedir.

⁸⁶ AKMAN, 2016, sf. 365.

Refah devleti politikaları kapitalizmin içsel dinamikleriyle sınırlıydı. Çünkü kapitalist üretim tarzı krizlere içkindir ve bu modelin ortaya çıkardığı sorunlar nihai olarak çözülemez; ya ertelenir ya da yeniden üretilir. İşte bu prensip doğrultusunda refah devleti politikaları merkez ülkeler olarak adlandırılan Batı Bloku devletlerinde de, çevre ülkelerde de (genellikle zora dayalı bir şekilde) yerini neoliberal politikalara bırakmıştır. Bu politikaları irdelemeden önce refah devletinin anlatıldığı pasajlarda yaptığımız gibi önce neoliberal kuramın ve ideolojinin temel birtakım iddialarına değinmenin yararlı olduğu düşüncesindeyiz.

Keynesyen çözüme neoliberal karşı koyuşun fikri anlamda başlangıcını 1940'ların sonlarında görmek mümkündür. Mont Pelerin Cemiyeti olarak adlandırılan topluluğun yaptığı toplantı 20. yüzyılın sonlarında dünya çapında uygulanacak hakim politikaların yönünü belirlemiştir. Friedrich A. Von Hayek'in örgütleyicisi olduğu bu topluluğun asgari müştereği, devlet destekli herhangi bir planlamacılık modeline karşı olmasıydı. Bu karşı duruş elbette ki ekonomik alandan başlayıp, hukuktan eğitime geniş bir yelpazeye uzanıyordu. Neoliberal kapitalistleşmenin ve buna bağlı olarak hukukun geçirdiği dönüşümde özellikle Hayek'in oldukça önemli bir yer tuttuğunu düşünüyoruz. Belki ekonomi ile ilgili ve/veya devlet-piyasa ilişkileri yönünden tavsiyeleri birebir gerçekleşmedi⁸⁷ ancak hukukun dönüşümüne baktığımızda bunun günümüzde Hayek'in görüşleriyle oldukça örtüştüğünü ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla kendisinin görüşlerinden bahsetmek çalışmanın doğası gereği elzemdir.

Bir piyasa kulu ve elçisi olarak Hayek'e sadece iktisat kuramcısı olarak bakmanın yerinde olmadığı muhakkaktır. Ekonomiden hukuka, siyasetten tarihe geniş alanda eserler veren Hayek neoliberalizmin teorik bir bütün olarak yapısal karakteristiğini oluşturmada başat rodedir. Kendisine göre piyasa mekanizması 'kendiliğinden' oluşur ve 'ceberrut' devlet ne kadar az piyasayla ilgilenirse toplumsal ve ekonomik örgütlenme o derece etkin olur. Bu zihniyetin bir uzantısı olarak refah devleti pratikleri ve benzeri diğer 'kolektivizm' formları bireyciliğin ve özgürlüğün yok edilmesine gebe dir. Gerek planlamacı ve müdahaleci sosyal demokrasi, gerek sosyalizm mecburen totaliterizme

⁸⁷ Bu hususları çalışmanın bir sonraki başlığı olan 'Küreselleşme'de irdelleyeceğiz.

giden taşları döşeyecektir⁸⁸. Dolayısıyla devletin ‘öcü’ müdahaleleri ve düzenlemeleri olabilecek en düşük seviyede tutulmalı, piyasaya açılmamış hizmetler kamudan özele devredilip piyasaya olabildiğince geniş bir alan bırakılmalıdır. Hayek’in açıkça dile getirmedığı şey bu ‘müdahalesiz’ kalma durumunun esasında piyasa lehine bir müdahale olduğu gerçeğidir. Bu aslında biraz da liberal teoride kendini gösteren eşitsizliğin doğal bir durum olduğunun kabulüyle yakından ilişkilidir. Çünkü ‘aklını kullanan homo economicus rasyonel birey’ piyasa mekanizması dahilindeki rasyonel davranışlarıyla risk alıp kendisi dışındaki bireylerden daha varlıklı olmuş, diğerleriye koşullara uyum sağlayamamış ve ‘geri’ kalmışlardır. Bunu sağlayan rekabet ortamını planlılığın bozduğunu ileri süren Hayek devletin bu süreçte sadece rekabetin etkin bir şekilde işleyebilmesine önyak olacak hukuk düzenini kurmakla yetinmesi taraftarıdır⁸⁹. Planlama bireylere bırakılmalıdır.

Hayek’in sosyal adalet hakkındaki düşüncelerine de değinmek gerek. Çünkü sosyal adaletle ilgili düşünceleri; refah devleti politikalarının şekillendirdiği, çalışan sınıfların hukuksal kazanımlarını yok eden neoliberal bir hukuk düzeninin kurulması ve sürdürülmesi noktasında kilit rol taşır. Sosyal adalet⁹⁰ ona göre anlamsız bir kavram setidir, çünkü semantik olarak bakarsak adalet zaten sosyal bir anlam taşımaktadır⁹¹ ve aynı zamanda piyasa koşullarında özgür irade sahibi bireyin eylemlerinin sonuçlarıyla şekillenen bir durumu ifade etmektedir⁹², eğer bu eylemler sonucunda eşitsizlikler olmuşsa bu piyasanın ‘kendiliğinden düzeni’nin işleyişiyle ilişkili normal bir durumdur⁹³. Bu doğrultuda devletin bu eşitsizliklere karşı alacağı, dağıtımın yeniden düzenlenişi ve aradaki uçurumun azaltılmasına yönelik önlemler hukuk devletinin de aşınmasına neden olur. Dolayısıyla kendisinin sosyal adalet ve sosyal devlet kavramlarıyla hukuk devleti ve hukuksal eşitlik arasında net bir zıtlık ürettiği

⁸⁸ HAYEK, Friedrich, Kölelik Yolu, (çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldırım Arsan, Atilla Yayla), 6. baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, sf. 127-145.

⁸⁹ HAYEK, 2015, sf. 62-66.

⁹⁰ Adalet kavramı ile ilgili yürütülecek teorik bir tartışmanın bu çalışmanın sınırlarını oldukça aşacağını belirtelim. Ancak özet ve kaba bir şekilde kavramın oldukça muğlak içeriği olduğunu düşünüyoruz.

⁹¹ HAYEK, Friedrich, Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı, (çev. Mustafa Erdoğan), 1. baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1995, sf. 113.

⁹² HAYEK, 1995, sf. 102-103.

⁹³ AKTAŞ, Sururi, Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, 2. baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2018, sf. 233.

söylenbilir⁹⁴. Hayek'in bu konuda oldukça tutarlı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü 'yasalar önünde eşitlik' diğer bir ifadeyle 'hukuksal eşitlik', kapitalizmin doğup gelişimiyle beraber liberal düşünürlerin maddi eşitsizlikleri maskeleyen amacıyla ortaya attıkları bir çözüm arayışına işaret eder. Bölüşüm ve dağıtım ilişkilerinin tekrar sorgulanıp ele alındığı İkinci Savaş sonrası zamanlarda liberal ideologlar sosyal devleti hukuk devletinin içerisine yedirmeye çalışmış ve bunda başarılı da olmuşlar ancak Hayek ve diğer neoliberalerler 'ikinci kuşak', 'sosyal' vs. olarak adlandırılan hakların klasik teoriden verilen ödünler silsilesi olduklarını görmüşler ve teorilerini öze dönmeye yönelik geliştirmişlerdir. Dolayısıyla denilebilir ki neoliberalerin eşitlik anlayışı, çalışmanın ilk bölümünde bahsedilen klasik liberal teorisyenlerinin gibi biçimsel bir hukuksal eşitlikten ibarettir⁹⁵. Maddi eşitsizliklerin⁹⁶ sürdürülmesine dair herhangi bir engel durum olmayışı, bu biçimsel eşitliğin piyasa düzeniyle oldukça uyumlu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda neoliberalerin ne kadar 'neo' oldukları tartışılması gereken bir sorudur. Esasında genel olarak neoliberal teorinin (Friedman, Nozick vb.), özel olarak Hayek'in pek 'yeni' bir şey söylemediğini belirtelim. Baştan aşağı kurgulamaya çalıştığı teorinin özü, burjuva ideolojisinin bel kemiğini oluşturan devlet-sivil toplum ikiliğine dayanmaktadır. Bir yanda sivil toplum (piyasa) diğer yanda da siyasal toplum (devlet) bir karpuzun ortadan ikiye bölünmesi gibi bölünmüştür.

Refah devleti gibi liberal teorinin içinden bir kuramı ve bu kurama uygun olarak gerçekleştirilen politikaları dahi 'kölelik' olarak vurgulayan Hayek'in öngördüğü ve gerçekleşmesini istediği ekonomik ve toplumsal yaşamın, çalışmanın sürdürüldüğü zamanlarda dünya çapındaki varlıklı ve yoksul arasındaki uçurumun derinleşmesiyle uyumlu olarak yerleştiği söylenebilir. Düzen içinden dahi olsa herhangi bir karşı tehdidin gerek zor gerek rıza yoluyla yok edildiği bir ortamda, var olan eşitsizliklerin gittikçe derinleşeceği öngörüsü hiç de tahmin edilemez gözükmemektedir.

⁹⁴ HAYEK, 2015, sf. 116.

⁹⁵ ÖZDEK, Yasemin, 'Sosyal Devletin Yükselişi ve Çöküşü', Şirket Egemenliği Çağı, 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2011, sf. 54.

⁹⁶ Kendisinin (Hayek) burada görmezden geldiği husus toplumun zaten maddi olarak fırsatlara erişimde eşit olmadığı, daha genel tabirle sınıflara ayrılmış olduğudur. Modern devletle ilgili açıklamalarımızı da hatırlatarak devletin Platoncu anlamda yekpare bir organizma olduğunu söylemek mümkün değildir. Adına devlet denen siyasal kurumun (sınıflı toplumun) ve bunun yöneticilerinin ortaya çıkışından bu yana yanında olduğu üretim araçlarının özel mülkiyetine sahip olanlarla, yaşamak için emeğini satmak zorunda olanların çıkarları ortaklaşamaz.

Görüldüğü üzere adına neoliberal teori denilen kuram klasik liberal kuramların daha fanatik, daha köktenci bir biçimde savunulmasından, bir tepkiden ibarettir. Teoride ‘neo’ya dair herhangi bir emare yoktur; aksine liberal teorinin tekrarı söz konusudur. Şaylan’ın da çok yerinde belirttiği üzere teorinin kendisi ve çıkış noktası olan bildiri sermaye sahibi sınıflara kapitalist ekonomik düzenin işleyişi için bir uyarı teşkil etmekte, uyarının muhtevası da serbest pazar adlı ‘tanrı’nın ve özel mülkiyetin ne olursa olsun ezeli ve ebedi bir biçimde korunması gerekliliği üzerinedir⁹⁷. Bu uyarılar merkez kapitalist ülkelerde refah devletinin 1970’lerdeki kriziyle depodan vitrine çıkmış, akademik ve siyasi saygınlık kazanmıştır. Öyle ki teorinin ilk kuramcıları ve sonrasındaki devamcıları bu yıllarda nobel ekonomi ödüllerini almaya layık görülmüşlerdir.

1940’lı yıllarda başlayan yukarıda bahsedilen refah devletinin tasfiyesine yönelik tavsiyeler artık dünya kapitalizminin krize girmesiyle de beraber uygulamaya dökülmeliydi ve kapitalistler Şili’yi kobay olarak seçti⁹⁸. ABD’nin uzun zamandan bu yana Güney Amerika’ya olan ilgisi⁹⁹ bu kez karşımıza tüm dünyaya ihraç edeceği politikaların deneneceği bir laboratuvarın kurulması olarak çıkıyordu; üstelik kendi yetiştirdiği iktisatçılarla, demokratik yollarla iktidara gelmiş bir devlet başkanına karşı gerçekleştirilen kendi desteklediği bir askeri darbeye. Gerçekten iktisatçı Milton Friedman askeri darbeyi gerçekleştiren Pinochet’ye bu politikaların oluşumu için bir

⁹⁷ ŞAYLAN, 2020, sf. 83.

⁹⁸ KOZANOĞLU, Hayri / GÜR, Nurullah / ÖZDEN, Barış Alp, Neoliberalizmin Gerçek 100’ü, 1. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, sf. 67, HARVEY, 2015, sf. 15.

Soğuk Savaş’ın içsel dinamikleri gereği Şili’li bazı iktisatçıların 1950’lerin ortalarından itibaren ABD’nin çeşitli saygın üniversitelerinde yetiştirildiklerini belirtelim.

⁹⁹ Burada belirtmek gerekir ki ABD’nin Latin Amerika ülkelerine dönük ilgisinde somutlaşan bir siyasi müdahale biçimi olarak askeri darbe yöntemi, 20. yüzyılda Şili ile sınırlı değildir. ABD, doğrudan kendi müdahalesi olmasa da, 1954’te Guatemala’da, 1961 ve 1965’te Dominik Cumhuriyeti’nde, 1964’te Brezilya’da, 1964 ve 1971’de Bolivya’da bu ülkelerin üst düzey askeri personellerine verdiği destekle başarıyla gerçekleşen askeri darbelerin esas örgütleyicisi olmuştur. Sömürgeciliğinin tarihi bu coğrafyada çok uzun zamanlara yayılsa da özellikle İkinci Savaş sonrası oluşan Soğuk Savaş ortamında ABD’nin bu desteklerinin esas amacı, kendisinin hakimiyeti altında olmayan siyasi liderlerin demokratik yöntemlerle iktidara gelmesi ve bu iktidarların Sovyetlere yanaşma ‘tehlikesi’dir. Özetle ABD, bölgedeki egemenliğini kaybetmek istememiştir. BEST, Antony / SCHULZE, Kirsten / MAIOLO, Joseph A., 20. Yüzyılın Uluslararası Tarihi, 3. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020, sf. 413-439.

taslak hazırlamış¹⁰⁰, ABD istihbaratı ve üst düzey yöneticileri de darbeyi bizzat desteklediklerini ifade etmişlerdir¹⁰¹. Şili deneyi sadece neoliberal politikaların içerikleriyle değil aynı zamanda birçok merkez kapitalist olmayan çevre ülkelerde bu politikaların yaşama geçirilme biçimi anlamında da örnek olmuştur. Bu biçim şüphesiz salt zora dayanan, herhangi bir rıza mekanizmasına ihtiyaç duyulmayan askeri darbedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki merkez kapitalist ülkelerde de bu politikalar salt rıza üretimi yoluyla hayata geçirilmemiş (ağırlıklı olan bu olsa da), emeğiyle geçinen sınıflar ciddi bir tepki ortaya koymuş ve bu tepki zor yoluyla bastırılmıştır.

Tam da burada benzer bir örneği görebilmek için Güney Amerika gibi uzak bir coğrafyanın yanı sıra kendi ülkemize de kısaca bakmak gerekir. 24 Ocak Kararları ve bu kararların açıklanmasından yaklaşık sekiz ay sonra gerçekleşen 12 Eylül Askeri Darbesi, Türkiye'nin neoliberal dünyaya giriş adımları sayılabilir. Birbirinden bağımsız düşünölmeyecek bu iki tarihsel olgunun bir sürekliliğin göstergesi olduğu ileri sürölmebilir. Nitekim 12 Eylül ve sonrasının baskıcı ve zora dayanan politikaları¹⁰² olmaksızın 24 Ocak Kararları'nın hayata geçirilemeyecek oluşu literatürde ifade edilen durumlardan biridir¹⁰³. Sadece literatür değil, 1981 yılında dönemin Bütçe Plan Komisyonu Başkanı da meclis kürsüsünden açıkça '*12 Eylül harekâtının yarattığı olumlu ortam olmasaydı bu kararlar kesinlikle aynı başarılı sonuçları veremezdi*' ifadelerini kullanmıştır¹⁰⁴. Bunun temel sebebi, Yılmaz'a göre (katıldığımız biçimde) 1961 Anayasasının çizdiği çerçeveye meydana gelen devlet biçimi ve 1970'lerdeki krizlere karşı gelişen toplumsal muhalefet ve bu muhalefetten doğan dirençli sosyal

¹⁰⁰ HARVEY, 2015, sf.16.

¹⁰¹ KOZANOĞLU / GÜR / ÖZDEN, 2008, sf. 31.

¹⁰² Akşin'in aktardığı sayılara göre bu dönemde gözaltına alınan kişi sayısı 650.000, yargılanan 230.000, idam cezasına çarptırılan 517, idam cezasının infazına karar verilen ise 49'dur. 171 kişi işkence sonucu ölmüş,. 30.000 kişi ise siyasi bağlantıları oldukları iddiasıyla işten çıkarılmıştır. AKŞİN, Sina, Kısa Türkiye Tarihi, 15. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, sf. 278.

¹⁰³ ULAGAY, Osman, 24 Ocak Deneyimi Üzerine, 1. baskı, Hil Yayın, İstanbul, 1984, sf. 23-24.; BORATAV, Korkut, Türkiye İktisadi Tarihi: 1908-2007, 13. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, sf. 148-149. Ayrıca Boratav, bu kararların ve Güney Amerika ülkelerinde görölen neoliberal dönüşüm programlarının bahsekonu ölmelere özgü olmadığını, 1970'li yıllarda az gelişmiş/gelişmekte olan ölmelere IMF'nin dayattığı politika paketleri ile Dünya Bankası tarafından hazırlanan yapısal uyum programlarının benzer içerik taşıdığını düşünmektedir.

¹⁰⁴ ULAGAY, 1984, sf. 19

içerikli hareketlerdir¹⁰⁵. Güçlü sol partilerin ve emek hareketlerinin yarattığı bu genel vaziyet, kararların ‘liberal’ bir parlamenter sistemde uygulanamayacağına göstergeleri olmakla birlikte, gerçekten de dönemin siyasi yapısına bakıldığında, sadece sosyal demokrasiyle sınırlı olmayan sol hareketler, 1960’lı ve 1970’li yıllarda ülkemizin siyasi hayatını oldukça aktif bir şekilde etkilemiş ve belirlemiştir.

Neoliberal politikalarla özdeşleşmiş iki siyasetçi Margaret Thatcher ve Ronald Reagan bu politikaların dünya çapında hem öncüsü hem de yürütücüsü olmuşlardır. İngiltere’de 1979, ABD’de 1980’de başlayan ve bu çalışmanın yapıldığı zamanlarda da hakimiyetini sürdüren fiili dönem dünya genelinde sosyal refah devleti politikalarının çözülmeye başlamasının miladı olarak kabul edilebilir. ‘Reaganism-Thatcherism’ olarak da siyaset bilimince adlandırılmış bu başlangıç periyodunun temel hedefi devletin bir piyasa aktörü olmasından çekilmesidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere devletin müdahalesi ve koruması ‘özgürlük’ün direkt karşısında konumlandırılmaktadır. Bu doğrultuda uygulanmaya başlayan daha özel politikalarından bahsederseniz bunlar; sosyal güvenlik sisteminin adım adım piyasalaştırılması, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi, vergi kalemlerinin gittikçe ‘taban’a yayılmasının önünü açarak kurumlar, mülkiyet, lüks gibi vergi oranlarının düşürülmesi, devletin yatırım yapmaktan çekilmesi ve buna uyumlu olarak ‘laissez faire’ ilkesiyle devlet yönetiminin piyasaya bırakılması, (bizim çalışmamızın ilham kaynağını oluşturan) işçi-işveren ilişkilerinin yeniden düzenlenişi, finansallaşmanın gittikçe daha da büyümesiyle finans sermayesinin kapitalist sistemde oldukça önemli bir konuma yükselmesi olarak sıralanabilir¹⁰⁶. Thatcher’ın yaptıklarından örnek verecek olursak 1984 yılında British Telecom adlı telekomünikasyon şirketinin satışı, arkası gelmeyen özelleştirmeler ve devlet mülkiyeti altındaki madenlerin kapatılarak özel sektöre devri ‘zamanın ruhu’nun başlangıcını teşkil etmiş¹⁰⁷, Reagan’ın ise iktidara geldiğinde gerçekleştirdiği ilk icraatlardan birisi havalimanlarında örgütlü hava trafik kontrolörlerinin bağlı bulunduğu sendika PATCO’nun daha iyi çalışma koşulları ve daha yüksek ücret gibi insanlık dışı (!) talepleriyle çıktığı grevi yasaklayarak, oluşacak havacılık krizini de göze alarak

¹⁰⁵ YILMAZ, Ahmet, ‘Neo-liberal Dönüşüm Sürecinde Türkiye’de Devlet-Toplum İlişkileri: Toplumsal Sınıf Merkezli Bir Yaklaşım’, Marmara Üniversitesi, İİBF, Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, 2005, s.123.

¹⁰⁶ FULBERTH, 2018, sf. 267.

¹⁰⁷ KOZANOĞLU / GÜR / ÖZDEN, 2008, sf. 67.

sendikanın neredeyse tüm üyelerinin işine son vermesi olmuştur¹⁰⁸. İşine son verilen çalışanların ömür boyu kamu hizmetlerinde çalışması yasaklanmıştır. Bunlarla beraber, bir önceki paragrafta vurguladığımız gibi, Türkiye de bu süreçlerden azade değildir. 12 Eylül’de ve sonrasındaki Turgut Özal döneminin politikalarıyla şekillenen siyasi ortamda, neoliberal politikalar siyasi ve ekonomik hayata nüfuz ettirilmeye çalışılmıştır. Yukarıda değindiğimiz 24 Ocak Kararlarıyla başlayan bu süreçte devletin ekonomideki payının küçültülmesi, dış ticaretin serbestleştirilmesi gibi politikalar ve Türkiye’nin uluslararası planda rekabet edebilmesinin koşullarını yaratma çabaları, bu isteğin temel çıktıları olarak görülebilir¹⁰⁹. Bu kapsamda, bu hedefe yönelik olarak sendikal faaliyetler askıya alınmış, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) yöneticileri yargılanıp tutuklanmış, grev yasağı getirilmiştir¹¹⁰. Bunlarla uyumlu olarak ücretli emeğin belirlenmesi sürecinde toplu sözleşme uygulaması kaldırılarak yerine Yüksek Hakem Kurulu adı verilen bir kurulun belirleyeceği ücret uygulaması getirilmiştir¹¹¹. Birçok sosyalist parti ve hareket bu süre zarfında tasfiye edilmiş, özellikle 1990’lı yılların başlarına kadar ciddi bir emek hareketi ülke ölçeğinde görülmemiştir.

Bölümün sonlarına gelirken ifade etmek gerekir ki Robert Nozick, Milton Friedman gibi diğer neoliberal kuramcılar da Hayek kadar sosyal devlet olgusunun teorik anlamda aşındırılmasına katkıda bulunmuşlardır, ancak çalışmamızda onlara yer vermeyişimizin sebebi, çalışmanın salt olarak neoliberal teoriyi aktarmak değil; günümüzde siyasal ve hukuksal düzlemde teorinin nasıl sonuçları olduğuna yönelik incelemedir. Teori tamamen pratiğe yansımamışsa da hukuksal dönüşümü neoliberalizm mefhumundan yola çıkarak açıklamaya yönelik bir çalışmanın özellikle Hayek’i odağına alması gerekmektedir.

¹⁰⁸[https://en.wikipedia.org/wiki/Professional_Air_Traffic_Controllers_Organization_\(1968\)#:~:text=The%20Professional%20Air%20Traffic%20Controllers,broken%20by%20the%20Reagan%20Administration.,\(erişim tarihi 13.02.2020\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Professional_Air_Traffic_Controllers_Organization_(1968)#:~:text=The%20Professional%20Air%20Traffic%20Controllers,broken%20by%20the%20Reagan%20Administration.,(eri%C5%9Fim%20tarihi%2013.02.2020))

¹⁰⁹ YELDAN, Erinç, Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi: Bölüşüm, Birikim ve Büyüme, 18. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, sf. 41

¹¹⁰ BORATAV, 2009, sf. 150.

¹¹¹ BORATAV, 2009, sf. 151.

Toparlamak gerekirse neoliberal teori her ne kadar çoğunlukla liberal ekonomi ve hukuk felsefesinin tekrarlarını içerse de, neoliberal pratik, bazı özellikleri yönünden teorinin kendisiyle uyumsuzlaşır ancak teoriyle bütünleşen çıktıları da mevcuttur. Dolayısıyla neoliberalizmi zaman ve mekanla sınırlı bir teorik bütün şeklinde düşünmemek, deneyim edine edine gelişen bir süreç olarak görmek gereklidir. Kapitalist birikim sürecinin yaklaşık otuz yıllık güler yüzlü arasının son bulmasının kabaca nasıl olduğu sorusu bir sonraki bölüm olan küreselleşme başlığında neoliberal kapitalistleşmenin dolaşıma soktuğu küreselleşme söylemi ve olgusuyla beraber incelenecektir.

2.1.2. Küreselleşme: Bir İdeolojik Söylem

Çalışmanın ilk bölümünde de belirtildiği üzere ayrıntılı bir devlet/küreselleşme teorisi, bu çalışmanın sınırlarını oldukça aşacaktır. Dolayısıyla küreselleşmeyi açıklama çabasında daha genel kavramlardan yararlanıp, bunlardan hareketle bir görüş sunulacaktır. Neoliberal teorinin, pratiğe hangi ölçüde yedirilebildiği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Şüphesiz küreselleşme hakkında bugüne kadar sosyal bilimler literatüründe -belki de- gereğinden fazla bir biçimde yazılıp çizildi. Kavram, özellikle Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla adeta yeniden 'keşfedildi'. Bir dünya sistemi olarak kapitalizmin karşısındaki 'tehdit' yok olmuştu, artık önünde alternatifler olmadan yoluna devam edebilirdi. Nihai zafer elde edilmiş, artık tüm ideolojiler bir kenara bırakılarak tarihin sonuna gelinmişti.

Bu bölüme esas olarak şu sorunun tartışmasını yapmaya başlayarak yön vermeye çalışacağız: Bir fetiş kavram¹¹² olarak küreselleşme denilen sermayenin uluslararasılaşması sürecinde *ne olmuyor?* 'Küreselleşme' sürecine anlamlı bir şekilde başlangıç yapmanın bu soruya verilecek yanıtlarla mümkün olduğunu düşünüyoruz.

¹¹² TİMUR, Taner, Küreselleşme ve Demokrasi Krizi, 2. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, sf. 7.

Küreselleşme tartışmalarındaki en merkezi konuyla birlikte doğrudan bir giriş yapılabilir: Ulus devletin sonuna gelinmiyor. Ulus devletler ‘küreselleşme’ karşısında ne zayıflıyor, ne silikleşiyor, ne bulanıklaşıyor ne de devletlerin önemi azalıp sonuna geliniyor. Ulus devletin sonuna gelindiğine dair batıl inanç sermaye ile devlet arasındaki tarihsel ilişkiyi kavrayamamaktan ortaya çıkmış görünüyor. Çalışmanın ilk kısmında da kısaca belirtildiği üzere sermaye ile devlet arasında hukuksal terminolojiyle mütemmim cüz, biyolojik anlamda da simbiyotik bir ilişki mevcuttur. Ulus/Modern/Kapitalist devletin, kapitalist üretim tarzının gelişiminden bu yana sermaye birikimi için gerekli koşulları yaratma gibi temel bir işlevi söz konusudur. Bu koşullar statik bir biçimde belirlenemediği gibi, değişik tarihsel dönemlerde değişik formlara bürünebilir. Ancak bu değişen formlar, özü farklılaştırmamaktadır. Nitekim sermaye, günlük çalışma zamanının on altı saat olup herhangi bir emeklilik, tatil vb. sosyal hakların bulunmadığı tarihsel bir uğrakta da, haftasonu tatilini içeren sekiz saatlik çalışma süreli, yirmi yıl çalıştıktan sonra emekli olunabilen ve ikramiye alınabilen bir uğrakta da birikmeye devam etmiştir.

Ulus devlet nasıl bir zamanlar kapitalizmin yayılışı için hayati bir siyasal zemin olduysa bugün de yine bu yayılmanın merkezinde bulunmaktadır. Bugünden bahsetmeden önce tarihi geriye sarmak gerekirse; fiktif bir kurgu olarak ulus ve bundan türeyen toplumsal/siyasal kavramların kullanılışının, kapitalizmin yayılıp piyasaların bütünleşmeye başlamasıyla eş zamanlı olduğu ileri sürülebilir¹¹³. Prekapitalist dönemde toplumsal zenginliğin yoğunlaştığı bir sınıf olarak ticaret burjuvazisi gösterilebilir. Bu sınıfın temel birikim yöntemi, kendinin üretmediği malı olabildiğince ucuza temin edip, olabildiğince pahalıya satarak kar elde edebilmek üzerinedir. Dolayısıyla üretim tarzıyla aralarındaki ilişkinin ‘dışsal’ olarak tanımlanması mümkündür. Çok ayrıntılara dalmadan, bu tüccarların gittikçe servetlerini büyütmesi, bu büyüme sonrası kendilerini ekonomik anlamda bağlayan lonca örgütlerinden görece özgürleşmeleri, üretime doğrudan yatırım yapmaya başlamaları vb. süreçler sonrasında kendine yeterli kapalı iktisadi yapılara da yayılmak istemeleriyle genişlemiş bir pazar ve buna uygun olarak merkezi bir siyasal organ ihtiyaçları doğmuştur. Bu ihtiyaca en uygun siyasal cevap da

¹¹³ ŞAYLAN, 2003, sf. 43.

tarikh sahnesine ulus devlet olarak çıkmıştır¹¹⁴. Daha büyük ölçekli ve birleşmiş bir ulusal piyasa; küçük, kendine yetebilen, rekabetçi olmayan yerel piyasalar karşısında kapitalist ilişkilerin gelişimine daha çok cevaz vermektedir¹¹⁵. Dolayısıyla sermaye sahibi sınıfların, ulus devleti; sermaye birikiminin engellerini aşmada ve kapitalist üretim tarzının sürekliliğini sağlamada zorlayıcı/baskıcı, merkezi bir erk olarak kullandığını iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Ulus devletin neden sonuna gelinmediğine dair yine kapitalist üretim tarzının özgünlüğü üzerinden yapılacak bir inceleme sorunun yanıtını vermede kolaylık sağlayacaktır. Bu özgünlük de ne köleci ne de feodal üretim tarzında görülen, üretim ilişkilerinin sürdürülmesinde ekonomik alanla siyasi alanın ayrılmaya başlamasıdır. Feodal dönemden farklı olarak artık toprağa bağlı olmayan doğrudan üretici, ilk bölümde bahsettiğimiz üzere sahip olduğu üretim araçlarından koparılıp piyasada emek gücünü satma ‘özgür’lüğüne kavuşmuştur. Bu piyasa şiddeti ortamında hakim/ezen sınıfın mensupları feodal üretim tarzındaki lordlar gibi sürekli tetikte bir şekilde üretimin devamlılığını sağlama külfetinden kurtulmuşlardır. Ancak nihayetinde hakim sınıflar birikimlerinin devamlılığını sağlamak ve buna uygun toplumsal düzeni sürdürmek açısından siyasal mekanizmasının baskı aracına ihtiyaç duyar¹¹⁶. İktisadi alan görünmeyen (iktisadi ilişkilerin sessiz baskısı) sopsıyla, siyasal alan da görünür (bürokrasi, hukuk, kolluk kuvvetleri vb.) sopsıyla karşımıza çıkmaktadır.

Daha önce Hayek’in öne sürdüğü, piyasaların yalnızca akışlarına bırakıldığı takdirde işler olabileceği, ‘kendiliğinden düzen’in ancak piyasaya güvenilerek ulaşılabileceği fikirlerinden bahsetmiştik. Küreselleşme denilen sermayenin uluslararasılaşmasının yeni biçiminde¹¹⁷, teorinin pratiğe nasıl yansımadağından birazdan kısaca bahsedeceğiz.

¹¹⁴ TIGAR, Michael E. / LEVY, Madeleine B., Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016, sf. 195.

¹¹⁵ CİVELEK, M. Ali, ‘Ulus Devlet: “Bitti” Diyenlere Hatırlatmalar’, Gelenek Dergisi, Yıl: 2005, Sayı:85.; YURTSEVER, 2013, sf. 108.

¹¹⁶ WOOD, Ellen Meiksins, Sermaye İmparatorluğu, (çev. Oya Köymen), 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016, sf. 26.

¹¹⁷ Bu kavramsallaştırmayı yapmanın Oğuz’a göre iki önemli nedeni vardır: İlki, uluslararasılaşmanın sermaye olduğuna yönelik vurgu, ikincisiyse birikim sürecinde ulusal ölçeklerin ve mekansal farklılaşmaların önemini muhafaza ettiğine dair yaptığı imadır.

Kapitalizmin krizlere içkin yapısıyla uyumlu olan bu anarşik durum beklenebileceği üzere sürekli ve doğrudan devlet müdahalelerine ihtiyaç duymuştur. Ulus devlet işte tam da bu noktada müdahalelerine siyasi gücüyle -kapitalizmin ilk yıllarından bu yana olduğu gibi- hukuksal ve kurumsal bir çerçeve çizerek ihtiyacı giderir; bu giderim sermayeye istikrar ve öngörülebilirlik sağlar¹¹⁸. Çalışmamızın konusunu teşkil eden AUÇY de işte böyle bir düzenlemeler topluluğudur. Bu düzenlemeler merkezi siyasi aygıt olan ulus devlet eliyle yürürlüğe koyulmaktadır. Ulus devlet bu emperyalist küresel sistemin tam merkezinde konumlanmakta, kendisinden başka hiçbir kurum sömürünün hukuksal ifadesi olan mülkiyet ilişkilerinin, sözleşme özgürlüğünün yeniden üretiminin ve genel olarak gündelik yaşamda sermayenin gereksinim duyduğu temel koşulların yöneticisi ve baskıcı garantörü olma işlevine daha henüz yaklaşmamıştır¹¹⁹. Son tahlilde teorik anlamda ifade etmeye çalıştığımız husus ulus devletin tarihsel olarak zaten sermaye birikimini kolaylaştırma işleviyle politik sahneye çıkmış olmasıdır; bugün bu işlevi daha yoğun biçimde gerçekleştirmesi -dolayısıyla etkisinin artması- gayet olağan bir sürece işaret eder. Şaşırılacak/hayret edilecek durum onun sonunun geldiğine dair ortaya atılan düşüncelerdir.

Ulus devletin sonu tartışmalarına güncel ekonomi politik cevaplardan yola çıkıp daha fazla bu tartışmayı uzatmak istemiyoruz. Ulus devletler ekseriyetle ülkeleri menşei sermaye gruplarını kayırırlar¹²⁰, çokuluslu denilen sermaye gruplarının/şirketlerinin vatani vardır¹²¹, dolayısıyla bunlar da birer ulusal şirkettirler¹²². Bunların güçlenmesi, başka ve daha doğru bir deyişle faaliyetlerinin uluslararasılaşması¹²³ içinden çıktığı ulus devletin etki alanının büyümesi, güçlenmesi anlamına gelmektedir. Yine örneğin

OĞUZ, Şebnem, 'Sermayenin Uluslararasılaşması Sürecinden Mekansal Farklılaşmalar ve Devletin Dönüşümü', Kapitalizmi Anlamak, (der. Demet Yılmaz vd.), 1. baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2006, sf. 148.

¹¹⁸ WOOD, 2016, sf. 33.

¹¹⁹ WOOD, 2016, sf. 156.

¹²⁰ Gerçekten Qatar National Bank Katar'dan, Toyota Japonya'dan, Apple Amerika Birleşik Devletleri'nden (örnekler çok daha fazla uzatılabilir) ayrı düşünülemez.

¹²¹ Bu şirketlerin mesela genel merkezleri, egemen hissedarlar grubu, yönetim kurulları bağlı bulunduğu ulus devletlerdedir, şirketler bu ve daha başka yollardan ulus devletlere dayanırlar. WOOD, 2016, sf. 152.

¹²² SAVRAN, Sungur, Kod Adı Küreselleşme: 21. Yüzyılda Emperyalizm, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, sf. 41.

¹²³ SAVRAN, 2011, sf. 43.

küreselleşme teorisyenleri tarafından ortaya atılan bütünleşme yaklaşımları değerlendirilmeye şayandır. Avrupa Birliği, Şangay Beşlisi vb. örgütlerin varlığının küreselleşmenin somut bir gerçek oluşunda kanıtlardan biri olarak sunulduğu iddia edilebilir. Oysa Savran'ın oldukça yerinde bir şekilde belirttiği üzere bu bloklar parçalanmışlığı/bölünmüşlüğü yeniden üretirler, bunlar küresel kapitalizm şartlarında birbirleriyle rekabet etmek için bir araya gelmişlerdir¹²⁴. Bunların birer mega-devlet/uluslarötesi devlet haline gelmiş olması sermayenin yine devletler bazında bölünmüşlüğüne zeval getirmeyecektir¹²⁵. Ayrıca bu meseleye giderek artan derin eşitsizlikler yönünden de bakmak gerekir. Çalışmaya esas teşkil etmemekle birlikte dünya kapitalizminin merkezlerinde yayınlanan makalelerde/araştırmalarda dahi dünya üzerindeki toplam zenginliğin en zengin %1 üzerinde daha fazla yoğunlaştığını görmek¹²⁶ mümkündür. Bu uçurum karşısında nüfusların çoğunluğunu oluşturan emekçi sınıflar daha da yoksullaşmakta (eşyanın tabiatı gereği bir yerde birikim arttığı zaman, diğer yerde azalacaktır), yaşam şartları günden güne kötüye gitmektedir. Dolayısıyla bu kitleler bir şekilde sistemin devamlılığı için sisteme entegre edilmeye çalışılmalı, tepkileri mümkün olabildiğince pasifize edilmelidir. İşte tam da burada milliyetçilik düşüncesi/ideali (tarihsel olarak tam böyle doğmamışsa da) önemli bir alan açar. Milliyetçiliğin yeniden üretimi¹²⁷, toplumsal kesimlerin arasında giderek derinleşen uçurumu maskeleyen gayreti anlamında işlev görür, yapay ayrılıklar ve gündemler emekçi sınıflarla ve sermaye sahibi sınıfların çıkarlarının ortak olduğu gibi bir hava yaratır. Görünebileceği üzere ulus devlet burada ulusal karakterini daha da ön plana çıkarmaktadır. Sonuç olarak, bu konuyu kapatırken tekrar vurgulamak gerekir ki temel

¹²⁴ SAVRAN, 2011, sf. 50.

¹²⁵ 'Ulusal devlet bütünüyle ortadan kalksa ve yarın bütün dünyada yerini kıtasal devletlere bıraksa, bu yeni devletler, dünya burjuvazisinin ulusal fraksiyonlara bölünmüşlüğüne muhafaza ettiği sürece küreselciliğin anladığı anlamda ulusal devletin sonundan söz edilemez' SAVRAN, 2011, sf. 51.

¹²⁶ Örneğin gelir dağılımındaki adaletsizliği gösteren ölçütlerden biri Gini katsayısıdır. 0 ila 1 arasında değişen bu katsayının bize sunduğu veri 1'e yaklaştığında gelir dağılımı uçurumu ve tam eşitsizlik, 0'a yaklaştığında tam eşitlik ve toplumdaki gelir seviyesinin eşitlenmesidir. Yılda yıla bir sıralama yapıldığında görülecektir ki katsayı hafif adımlarla 1'e yaklaşmaktadır. <https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm> (erişim tarihi 10.02.2020)

¹²⁷ Bu durumu sadece ulus devletler değil aynı zamanda faaliyeti uluslararasılaşmış şirketler de yapmaktadır. Akademik literatürde genel bir kavram olarak ortaya çıkan glokalleşme (küre-yerelleşme) tartışmaları bu minvalde değerlendirilebilir. Uluslararası faaliyet icra eden sermayenin, faaliyetini yürüttüğü ulus devlette ulusal kültürel değerlere uygun strateji geliştirmesi olarak özetleyebileceğimiz kavrama ülkemiz üzerinden örnek olarak Coca-Cola'nın her sene ramazan aylarında ramazan sofralarının bir vazgeçilmezi olarak kolanın içildiği reklamlarını ulusal kanallarda sıkça döndürmesini, fast-food şirketlerinin menülerine ülkemize özgü lezzetleri/yemek isimlerini sokmasını verebiliriz.

iddianın aksine, tam da Wood'un ifade ettiği gibi içinde bulunduğumuz dünya her zamankinden daha çok ulus devletler dünyasıdır¹²⁸.

Bu süreçte *ne olduğuna* ise gelirsek, adına küreselleşme denilen süreci yukarıda kabaca sermayenin uluslararasılaşmasının yeni bir biçimi olarak tanımladığımızı belirtmekle paragrafa başlayabiliriz. Bu tanımın ötesinde dünya kapitalizminin yol açtığı sonuçları da irdelemek süreci anlamlandırma açısından önemlidir. İlk olarak söylemek gerekir ki ulus devlet küreselleşme teorisyenlerinin iddia ettiği gibi etkisizleşmemekte ancak elbette kendisinin bazı işlevleri değişmektedir. 1970'lerin sonunda stratejisini oluşturup, Sovyetlerin dağılması ve Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla nihai zaferini elde edip yoluna devam eden neoliberal hegemonya; ulus devletlerin sadece kendi içerisindeki ulusal sermayenin çıkarlarını gözeten birer yapı olarak görülmelerini olanaksız hale getirmiştir¹²⁹. Sermayenin uluslararasılaşmasının bir biçimi olarak bu hegemonya kapsamında ulus devlet, sınırlarına -bir önceki cümlede belirttiğimiz tarihsel kesitten itibaren- yabancı sermayeyi daha fazla dahil etmiş, gitgide yabancı sermayenin menfaatlerinin gözetildiği bir alana dönüşmüştür. Mevzubahis gözetme hali ulus devletin desteğine ek olarak yabancı sermayenin faaliyetini gerçekleştirdiği ulus devlet sınırları dahilindeki emekçi sınıfların yoğun katılımı durumuyla da yerleşmiştir¹³⁰. Tam da bu noktada görelî özerklik kavramının ulus devletin değişen işlevini anlamada bize yardımcı olacağını söyleyebiliriz. Kısaca özetleyecek olursak yukarıda da bahsedildiği üzere kapitalist üretim tarzının yayılımlıyla paralel gelişen süreçte iktisadi ve siyasi alanların kurumsal bir şekilde ayrılması, kapitalist devletin özgün niteliğini oluşturmuştur. Devletin kendine özgü bir çatı edinmesi ve iktisadi alandan 'görünürde' ayrışması sonucunda da iktidar kamusal bir nitelik kazanmış, sınıf ilişkilerinden arınmayan ve salt kapitalist üretim tarzının ihtiyaçlarını gidermeyen bir organ haline gelmiştir¹³¹. İkinci Savaş sonrasındaki 'altın çağ'da toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan emekçi sınıflar lehine bir dizi hukuksal düzenlemenin dünya kapitalist

¹²⁸ WOOD, 2016, sf. 158.

¹²⁹ ÖZDEMİR, Ali Murat, 'Kolektif Emperyalizm', (der. Ali Murat Özdemir), Kolektif Emperyalizm: Mağribden Maşrıka Dönüşümün Ekonomi Politđiđi, (sf. 29-92), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, sf. 14.

¹³⁰ ÖZDEMİR, 2014, sf. 14.

¹³¹ POULANTZAS, Nicos, Devlet, İktidar, Sosyalizm, (çev. Turhan Ilgaz), 1. baskı, Epos Yayıncılık, Ankara, 2006, sf. 14.

sistemini oluşturan devletlerce yürürlüğe konulması görece özerkliğin bir örneğini oluşturabilir. Üretim sürecindeki sömürü ilişkisine doğrudan ve sürekli bir biçimde müdahale etmemesiyle tüm sınıflar karşısında aldığı pozisyon olarak da tarif edilebilecek görece özerk konum¹³², devletin zaman zaman hakim sınıflar aleyhine yaptığı faaliyetlerin uzun vadede onların lehine olduğu gerçeğiyle de örtüşmektedir. Sonuç olarak günümüzde siyasi alanda gerçekleşen olgunun devletin etkisizleşmesinden öte, iktisadi alan ve sınıf mücadelesinden görece özerkliğinin sermaye sahibi sınıflar lehine aşınması olduğunu söyleyebiliriz¹³³. Ulusal sermayenin dünya çapında yegane gözeticisi ulusal devlet bu aşınmayla beraber uluslararasılaşmış sermayenin de ulusal düzeyde menfaatlerinin gözetildiği siyasi alan haline dönüşmüştür¹³⁴.

Neoliberalleşme sürecinin en net hedefinin ve başarısının kamusal nitelikte olan herhangi bir hizmetin/eşyanın piyasanın insafına terk edilebileceği gerçeğini göstermek olduğu söylenebilir. Eğitim, sağlık, doğa, ulaşım ve çalışmamızın temel konusu (neoliberal kuramcılarının minimal devlet tahayyülünde dahi devletin kapsama alanında bulunan) olan hukuk ve yargı, içinde bulunduğumuz çağda gittikçe piyasa ve özelleştirmelerin tabiiyetine girmektedir. Piyasalaşma, bir tanım vermek gerekirse, devletin üstlendiği belirli hizmetlerin piyasaya ve rekabete açılması olarak ifade edilebilir. İşte bu nokta çalışmanın kalbini ve temel savını oluşturmaktadır: AUÇY, hukuki uyuşmazlıkların çözümünü devletin yargı erkinden alıp, hukuk ve yargı şirketlerine -yani piyasaya- (arabuluculuktan tahkime kadar) bırakan düzenlemeler bütünüdür. Buna ilişkin diğer tüm iddialar (ileriki bölümlerde değineceğimiz üzere) - aynı küreselleşmede olduğu gibi- birer ideolojik söylemden ibarettir.

Bunun dışında, yukarıda bahsettiğimiz teorinin pratiğe yeteri kadar uymadığı durumlardan biri olarak deregülasyonu (kuralsızlaştırmayı) gösterebiliriz. Neoliberal kuramcılar yukarıda anlatıldığı üzere piyasanın, kendi işlerliği içinde bir düzen yaratacağını, bu düzenin de herhangi bir planlayıcı/düzenleyici hukuk normu ile bozulmaması gerektiğini iddia etmişlerdir. Ancak neoliberal sürecin kendisi aksi

¹³² ÖZENÇ, 2016, sf. 161.

¹³³ ÇOBAN, Aykut, 'Küreselleşmeye Karşı Olmak: Olanaklar ve Sınırlılıklar', Praksis Dergisi, Yıl:2002, Sayı:7, sf. 159.

¹³⁴ ÖZDEMİR, 2014, sf. 86.

istikamette ilerlemiş, gerek yazılı hukuk metinleriyle gerek kurumsal yapılarla bir kural ve kurum enflasyonu meydana gelmiştir. Bu enflasyon hem devletler bazında hem de ulusal/uluslararası¹³⁵ kurum ve kuruluşlar yönünden geçerli bir olgudur. Bir ideal olarak devletin küçülmesi (aslında kapitalizmin içsel dinamiklerine uygun bir şekilde) gerek iktisadi alan gerekse siyasal/kurumsal/hukuksal alan için bir hayal olmaktan öteye gidememiştir.

Neoliberalleşmenin somut bir diğer çıktısı olarak emeğin gittikçe toplumsal niteliğinden koparılmaya çalışılıp bireysel bir form almaya başlaması¹³⁶ gösterilebilir. Teknolojik ilerleme ya da başka bir deyişle bilişim devriminin de piyasa lehine muazzam boyutlara ulaşmasıyla kol emeği (mavi yakalılık) gerektiren işler yerini gittikçe masa başı çalışılan zihinsel emeğe (beyaz yakalılık) bırakmıştır¹³⁷. Gerçekten de sıkça bahsedilen tarihsel kesitlerden itibaren emekçi sınıflar gittikçe ‘kendinde sınıf’¹³⁸ olmaya zorlanmakta, hepsinin toplumsallıktan soyutlanmış atomize biricik bireyler olduğu propagandası (gerek faaliyeti uluslararasılaşmış şirket, gerek ulus devlet, gerekse de ulusüstü iktisadi örgütler tarafından) sıklıkla yapılmakta ve başarılı olduğu da görülmektedir¹³⁹. Dolayısıyla küreselleşmiş neoliberal düzen, emekçi sınıfların örgütlü

¹³⁵ Bu konunun Türkiye ayağı hakkında Türkiye’deki özgün bir çalışma için bkz. SÖNMEZ, Ümit, Piyasanın İdaresi: Neoliberalizm ve Bağımsız Düzenleyici Kurumların Anatomisi, 1. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011

¹³⁶ Çalışmanın konusu olan arabuluculuk bunu yeniden üretme için oldukça elverişli bir zemin sunmaktadır. İşveren ile işçi aralarındaki çalışma ilişkisinin tüm toplumsal ve sosyal boyutundan soyut bir şekilde, bu ilişki sanki basit bir alacak verecek uyumsuzluğuymuş gibi pazarlık masasına otururlar. Halbuki emeğiyle geçinen işçinin pazarlık konusu yapmaya zorlandığı konular kendisine özgü değil, sistemin içsel çelişkilerinin bir sonucu ve dolayısıyla kendisi gibi diğer emekçilerin de karşılaştığı ortak sorunlardır.

¹³⁷ ŞAYLAN, 2020, sf. 92.

¹³⁸ Marksist öğretisi, ‘kendinde sınıf’ı tam anlamıyla bir sınıf olarak görmez. Emekçi sınıflar ancak sorunlarının çözümünün tekil çabalarla değil ortak bir eylemlilik içinde çözülebileceği bilincinde olduklarında, terminolojinin deyimleriyle ‘kendisi için sınıf’ olduğunda sınıf olarak anlam kazanırlar.

‘Tek tek bireyler, ancak başka bir sınıfa karşı olarak bir savaşım yürütmek zorunda oldukça bir sınıf meydana getirirler.’ MARX/ENGELS, 2013, sf. 10.

‘Milyonlarca ailenin, onları yaşam biçimleri, çıkarları ve eğitimleri açısından diğer sınıflardan ayıran ve bu sınıflarla düşmanca karşı karşıya gelmelerine yol açan iktisadi varlık koşulları altında yaşamaları ölçüsünde, bir sınıf oluştururlar. Küçük çiftçiler arasında yalnızca yerel bağlantıların bulunması, çıkarlarının aynılığının aralarında hiçbir birliktelik, hiçbir ulusal bağ, hiçbir siyasal örgütlenme yaratmaması ölçüsünde, bir sınıf oluşturmazlar.’ MARX, 2016, sf. 237.

¹³⁹ <https://www.evrensel.net/haber/375432/verilerle-turkiyede-sendikalaşma-ve-isci-hareketi> (erişim tarihi, 01.03.2020) İlgili haberde 1980’li yılların başından itibaren Türkiye’de sendikalaşma oranlarının ve gerçekleştirilen grevlerin nasıl düştüğü grafik verilerle gösterilmektedir.

gücüyle görüldüğü toplumsal yapıdan, örgütsüzleşen ve bireysel menfaatlerini gözetemeyen emekçinin ön plana çıkarıldığı bir küresel sistemin filizlenmesine ve yayılmasına öncülük etmiştir.

19. yüzyıl kapitalizmi ve ‘altın çağ’ın öncesine göre yine önemli bir görece farklılık uluslararası örgütlerin nicelik ve nitelik olarak fazlalığı ve bunların devlet politikalarının oluşturulmasında doğrudan etkin bir konuma yükselmeleridir. Bir dünya sistemi olarak kapitalizmin tüm pratiklerini kapsayan üstyapılar şeklinde roller üstlenen¹⁴⁰ Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Dünya Bankası ve eski etkisini kaybetse de yine de varlığını sürdüren IMF (International Monetary Fund) gibi örgütler ön plana çıkmaktadır. Burada özellikle tamamen faaliyeti uluslararasılaşmış şirketlerin hizmetine bahşedilmiş bir kurum¹⁴¹ olarak DTÖ’ye ve onun kurucu metni sayılabilecek GATS’a (General Agreement on Trade in Services-Hizmet Ticareti Genel Anlaşması) kısaca göz atmanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. Küresel kapitalizmin anayasası olarak da tariflendirilebilecek bu anlaşma, mevcutta kamusal alana dahil olan sektörleri de kapsamına alarak faaliyeti uluslararasılaşmış şirketlerin önündeki engelleri kaldırmanın hukuki şartlarını kurallara bağlamaktadır¹⁴². Devletlerin korumacı, planlamacı politikalarına cezai yaptırımlar uygulanabileceğini hüküm altına alan düzenlemeleriyle¹⁴³ anlaşma esasen hizmet sektörünü ilgilendirmektedir. Ancak hizmet mefhumunun tanımı ve genel olarak sözleşmenin dili (bir sonraki bölüm olan neoliberal hukuk düzeninin karakteristiğini oluşturacak kavramlarla eş olmak üzere) oldukça esnek ve muğlak¹⁴⁴ olduğu için hangi faaliyet kolunun kamusal hizmete, hangisinin ticari hizmet sektörüne dahil olduğunu saptamak ilk bakışta kolay olmayabilir. Ancak tanım çabası tersten yola çıkılarak verilmeye çalışılırsa, kamusal/siyasal otoriteler tarafından yerine getirilen bir hizmetin ticari nitelik taşımamasının ve hizmet yerine getirilirken rekabetçi ortamın oluşmamasının bir hizmetin kamu hizmeti olarak tanımlanabilmesine

¹⁴⁰ BORATAV, Korkut, ‘Emperyalizm mi? Küreselleşme mi?’, Küreselleşme: Emperyalizm, Yerelcilik, İşçi Sınıfı, (der. E. Ahmet Tonak), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, sf. 18.

¹⁴¹ AMIN, Samir, Liberal Virüs: Sürekli Savaş ve Dünyanın Amerikanlaştırılması, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018, sf. 122.

¹⁴² AMIN, 2018, sf. 121.

¹⁴³ FULBERTH, 2018, 275.

¹⁴⁴ GÜZELSARI, 2003, sf. 121.

imkan verdiği görülebilir¹⁴⁵. Dolayısıyla çalışmamız açısından bakacak olursak hukuksal faaliyetler de pekala ticari hizmet kategorisine sokulabilmektedir. Bu bağlamda özellikle uluslararası hukuk şirketlerinin 21. yüzyılın başlarından itibaren dünya çapında (yasal olarak yasak olmasına rağmen Türkiye’de de) yayıldığını¹⁴⁶, bazı ülkelerde birden fazla olmak üzere ofis açtığını görmek mümkündür. Yine GATS, şirketlerle devletlerin arasındaki bazı uyumsuzluklarda¹⁴⁷ devletlerin kendi iç hukuk sistemlerine bakılmaksızın uyumsuzlukların çözümünü kendi bünyesindeki Tahkim Kurulu’na yönlendirmektedir¹⁴⁸. Eğer klasik küreselleşme teorisine bakacak olursak burada ulus devlet egemenliğini yitiriyor görünmektedir, ancak olan tam tersidir; varoluş amacı sermaye birikiminin koşullarını oluşturmak ve geliştirmek olan ulus devlet, uluslararası sermayenin serpilmesini ve dolayısıyla haklarını güvenceye almasıyla egemenliğini daha da pekiştirmekte, egemen sermaye sahibi sınıflara daha iyi hizmet etmektedir¹⁴⁹.

Bölümün sonlarına gelirken belki başlarda bahsedilmesi gereken ama değinmeden geçmenin mümkün olmadığı bir temel ilkenin mevcudiyetini aktarmak elzemdir. O da kapitalist üretim tarzının doğası gereği zaten yayılma eğilimli bir üretim tarzı olduğudur. Marx 1844 yılında şu satırları kaleme almıştır:

¹⁴⁵ GÜZELSARI, 2003, sf. 122.

¹⁴⁶ Doğrudan ilgisi olmasa da Türkiye’de avukatlığın geçirdiği dönüşüm de bu doğrultuda irdelenebilir. En temelden örnek vermek gerekirse Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde avukatlık mesleğinin bir serbest meslek ve kamu hizmeti olduğundan bahsedilir. Son zamanlarda bu niteliklerden ‘serbest meslek’in daha ön plana çıkarıldığını, ‘kamu hizmeti’nin bilinçli bir şekilde ikinci plana atıldığını görüyoruz. Yine üzerinde eskiden büyük bir uzlaşma bulunan mesleğin temel özelliklerinden reklam yasağının bugün değişik yol ve yöntemlerle delindiğini görebilmek mümkündür; ancak bunla da yetinilmemekte, bu yasağın kaldırılmasına yönelik talepler giderek artan ölçüde dillendirilmektedir.

¹⁴⁷ Bu uyumsuzlukların temel sebeplerinden biri şüphesiz sermayenin daha önce görülmemiş bir şekilde coğrafi hareketlilik kazanmış olmasıdır. ŞAYLAN, 2020, sf. 89.

¹⁴⁸ GÜZELSARI, 2003, sf. 123.

Ülkemiz anayasasına 1999 yılında eklenen bir madde burada Türkiye’nin GATS’a nasıl paralel biçimde davrandığına sembolik bir örnek olarak gösterilebilir. 1999 yılında 125. maddenin 1. fıkrasına eklenen ‘Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyumsuzlukların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar için gidilebilir’ cümlesi uluslararası sermayeye sınırlarımız içinde faaliyet yapmaya yönelik bir açık davet olarak değerlendirilebilir.

¹⁴⁹ ÇOBAN, 2002, sf. 133.

‘Ürünleri için durmadan genişleyen bir pazara gerek duyması burjuvaziye yeryüzünün dört bir bucağına salar. Her yerde yuvalanmak, her yere yerleşmek, her yerle bağlantılar kurmak zorundadır burjuvazi.’¹⁵⁰

Bu yayılma eğilimi elbette kaba bir determinizmle açıklanamaz. Nitekim tarihin değişik momentlerinde kapitalizm değişik evrelerden geçmiş, gerektiğinde tavizler vererek kendini yeniden üretebilmeyi ve koşullara uyum sağlayabilmeyi başarmıştır.

Neoliberalleşen dünya düzeni için pekala daha birçok şey yazılıp çizilebilir. Ancak ortadadır ki bu çalışma ayrıntılı bir neoliberalleşme/emperyalizm teorisi irdelemesi değildir. Bu kavramların, dünya sisteminin son 40 yılda aldığı biçimlerin hukuksal değişmeyi etkilemesi ölçüsünde açıklanması çalışma için tarafımızca yeterli görülmektedir.

Sonuç ve özet olarak karşı karşıya olduğumuz bu durumda ulus devletin görece özerklik alanının daraldığını ve buna paralel olarak tarihsel işlevinin sürdüğünü iddia edebiliriz: Bu işlev de sermaye birikiminin koşullarını oluşturmaktan başka bir şey değildir. Teorideki devletin küçülmesi hedefi, kendisinin sermaye adına üstlendiği işlevlerin artmasıyla tam tersi yönde gelişmiş, devlet büyümüştür. Gerçekten de devlet kendi egemenlik alanını uluslararası rekabet koşulları uyarınca güçlendirme, kendi içindeki piyasaların uluslararası piyasalarla entegrasyonunu sağlama açısından eskisine göre daha ağır görevler yüklenmiştir¹⁵¹. Bir küreselleşmeden illa ki bahsetmek gerekecekse, burada küreselleşenin dünyanın kendisi değil, sömürünün yeni bir biçimi olarak neoliberalizmin ta kendisi olduğunu ortaya koymamız gerekir.

¹⁵⁰ MARX, Karl/ENGELS, Friedrich, Komünist Manifesto ve Hakkında Yazılar, (çev. Nail Satlıgan), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2008, sf. 25.

¹⁵¹ ÇULHAOĞLU, Metin, ‘Kapitalist Devlet Tartışmaları: İleri Adımlar İçin Gerekli Zemin’, Gelenek Dergisi, Yıl:2006, Sayı:86.

2.2. PİYASALAŞAN HUKUK: NEOLİBERAL HUKUK DÜZENİ

Bu bölümde önce genel hatlarıyla neoliberal dönemde hukukun geldiği nokta, geçirdiği dönüşüm ele alınacak; sonrasında bu dönüşümün en belirgin çıktılarından AUÇY bir bütün olarak incelenecek ve bazı formları ilğimize mazhar olduğu ölçüde tanıtılacaktır.

Bölüme giriş yaparken tekrar hatırlatma adına ifade etmeliyiz ki hukuk bir bütün olarak tarihin hiçbir momentinde hangi üretim tarzı hakim olursa olsun ‘gözleri bağlı’ olmamıştır. Tarafsızlığa dair bu mistifikasyon ve kutsallaştırma çabası öteden beri sınıflı toplum yapısının sürdürülüşü ve maskelenmesi yönünde bir anlam taşır. Bu kapsamda hukuk düzeni isim tamlamasının önüne neoliberal sıfatının getirilmesi yepyeni, kusursuz işleyen bir hukuk sisteminden bütünüyle pejoratif bir sisteme geçişi değil; sınıflı toplumun sürdürülüşü için bulunduğu kabın şeklini alan tarihsel bir kesitteki görünüm durumunu ifade eder. Zira Pasukanis’i ilk bölümde açıklamalarımıza kaynak gösterirken vurguladığımız gibi hukukun sadece içeriği değil aynı zamanda biçimi de burjuvadır.

Bu kısa ama gerekli anımsatmadan sonra hukuksal düzenin dünya çapında yavaş yavaş nasıl bir dönüşüm yaşayıp görünüm kazandığını açıklama çabasına girişebiliriz. Öncelikle ve önemle ifade etmek gerekir ki liberal hukuk ve siyaset terminolojisindeki kullanımıyla kuvvetler ayrılığı düşüncesi bir krizin içindedir. Klasik ifadelerle söylemek gerekirse devletin işleri çeşitli organlar aracılığıyla yerine getirilmektedir; bunlardan yasama yasa yapmakta, yürütme bunları yürütmekte ve yargılama da bunlara uymayanları (kurum veya kişi) yargılamaktadır. İşlerin ‘raydan çıkmama’sı için kurgulanan bu denge-fren mekanizması bugün yürütme lehine deformasyona uğramaktadır. ‘Ne zaman tam anlamıyla kuvvetler ayrılığı etkindi ki?’ sorusu burada yerinde bir şekilde sorulabilir. Bu soruya verilecek yanıt da değişik tarihsel dönemlerde (özellikle kapitalist üretim tarzının hakim olmaya başlamasından sonra) değişik organların siyasal alanda ön plana çıktığı ama herhangi birisinin mutlak bir şekilde üstünlüğünün ortaya konulamayacağı ya da daha doğru bir kelimeyle belirlenemeyeceği olabilir. Çelişkilerin daha da görünür bir hal alması olarak tarifleyebileceğimiz bu üstünlük dönemi kuvvetlerin tek elde toplanması olarak da değerlendirilebilir. İktisadi

yapının işleyişinde ve piyasa hakimiyetinin sorunsuz sürdürülüşünde bu konuların esasen siyasetin konusu olmadığı ve yasa yapma gibi karmaşık ve yavaş işleyen parlamenter yolların karar alma süreçlerini yavaşlattığı iddia edilmektedir. Bunların yerine güçlü yürütmenin hızlı/etkin kurumları¹⁵² ve ‘zamanın ruhu’na uygun olarak hızlı düzenleme çıkarma özellikleri¹⁵³ sermayenin önündeki hantal engelleri kaldırma yönünden önemli bir işlev taşır. Özcan’ın kronolojik kavramlaştırmasıyla da açıklamaya çalışırsak liberalizm içinden devlet algısı 17. yüzyıldan itibaren Locke’la birlikte yürütmenin keyfi iktidarının sınırlanmasına yönelik iken, 19. yüzyılla beraber fikri anlamda yasamanın üstünlüğünün yaşama geçirilmeye başlamasına yöneliktir¹⁵⁴. Son tahlilde bizim de iddiamız, neoliberal pratiklerin 1980’ler başlarında görülmeye başlamasıyla terazinin yürütmeye doğru kayması üzerinedir. Hatta daha da ileri gidilerek ve aynı doğrultuda iddia edilebilir ki yukarıda genel olarak ulus devletlerin görece özerkliğinin sermaye lehine aşınması olarak saptadığımız durum, yargı organı için de söz konusudur. Yargı en tepesinden en alttaki birimine, kendinde içkin bulunan ve refah devleti döneminde emekçi sınıflar lehine kullandığını görebildiğimiz görece özerkliğini bugün sermaye lehine kaybetmiştir.

Neoliberalleşmenin hukuka ve hukuksal pratiklere bir diğer dikkat çekici yansıması piyasa alanının gittikçe şişmesiyle beraber sözleşme özgürlüğü mefhumunun yeniden kutsanışı ve beraber gelişen özel hukuk alanının kamu hukuku alanına baskın çıkıp genişlemesidir¹⁵⁵. İlk bölümde sözleşme özgürlüğünün mevcut hukuk düzeninin peygamberi olduğunu, ondan bağımsız bir özel hukuk dünyasının -mübadele alanının- düşünülmemeyeceğini, 20. yüzyıldaki birtakım gelişmelerin de sözleşme özgürlüğüne

¹⁵² Teoride bu kurumların bağımsız olduğu, olmadığı ölçüde de olması gerektiği iddia edilmektedir. Örneğin ülkemiz özelinde işlevleri farklı olsa da Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Rekabet Kurumu, finansallaşmanın gittikçe yoğunlaşmasıyla kurulan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) işaret edilebilir. Bu kurumların yürütme organından (güncel siyasetten bağımsız bir şekilde) pratikte ne kadar bağımsız olduğu/olacağı tartışılması gereken bir konudur.

¹⁵³ Her ne kadar meclis yoluyla yürürlüğe sokulsa da, ülkemiz özelinde torba kanun tasarılarını da bu kapsama almak mümkündür. Meclis bir öz olarak varlığını sürdürse de işlevleri neoliberal dönüşümün girdabına girmekten kurtulamamıştır.

¹⁵⁴ ÖZCAN, Mehmet Tefik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 2. baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, sf. 262-263. Kendisi ilk biçime liberal hukuk devleti, ikincisine maddi hukuk devleti adlandırmalarını uygun görüyor.

¹⁵⁵ KARS KAYNAR, Ayşegül, ‘Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş’, İktisat Dergisi, Yıl:2017, Sayı:536, sf. 40.; ÖZDEK, 2011, sf. 82.

emekçi sınıflar lehine birtakım kısıtlamalar getirdiğinden bahsetmiştik. İşte bu kısıtlamaların giderek ortadan kaldırıldığını iddia etmek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda genelde karma bir hukuk alanı olarak değerlendirilen İş Hukuku alanı, her geçen gün daha da sınırlanan işçiyi koruma prensibiyle paralel olarak daha fazla yoğunlukta özel hukuk alanının içerisinde konumlandırılmaya başlamıştır. Bu konumlandırmaya uygun bir şekilde denebilir ki içinde bulunduğumuz neoliberal dönem, 19. yüzyılın (yukarıda kısa da olsa bahsedilen) sözleşme özgürlüğünün mutlaklığına dayanıp mülkiyetin kutsallaştırıldığı tarihsel sömürü düzenine bir dönüş olarak nitelenebilen ve bu sistemden büyük bir farklılık taşımayan, bahse konu tarihsel aralığın cilalanmış ve yeni terimlerle kurgulanmış görünümünün¹⁵⁶ çalışma ilişkilerine yansımasıdır. Piyasa alanının genişlemesine paralel olarak gelişen bu durum hukukun diğer dalları için de söz konusudur. İdare Hukuku'ndan örnek vermek gerekirse kamu personel rejiminde gün geçtikçe sözleşmeli/güvencesiz istihdam modeli benimsenmekte, kadrolu/güvenceli çalışma biçimi esas ilke olmaktan uzaklaşmaktadır. Yine örneğin kamu hizmetlerinin gördürülmesi (kapitalist birikimin tarihinde yeni olmamakla birlikte) artan oranda özel şirketlere devredilmiş, belediyeler gibi kamu kurumları bile kendilerinin yerine getireceği kamu hizmetlerini bünyelerindeki şirketler vasıtasıyla yürütmeye başlamıştır. Dolayısıyla çalışanlarıyla arasındaki hukuksal ilişkiler kamu hukuku prensiplerine göre değil özel hukuk prensiplerine göre yürütülmüştür. Ayrıntılı bir konu olmakla birlikte refah devleti döneminde görülen kamu iktisadi teşebbüslerini bu şirketlerle benzeştirmemek gerekir.

Şimdi de çalışmanın ve neoliberal hukuk düzeninin en kilit kavramı esneklikten ve onun somutlaştırdığı varyantlardan bahsedeceğiz. Dönüşümün hukuk ayağı hakkında söz söylemek isteyen bir kimsenin, esnekliği sözlerinin merkezine oturtması dönüşümü açıklayabilmesi açısından elzemdir. Teoriyi biraz daha başa sarmak gerekirse, örneğin hukuk fakültelerinin hukuka giriş derslerinde hukuk kurallarının ve hukuk sisteminin karakteristiğinden konu açılacak olduğunda ilk ifade edilen özellikler kesinlik, genellik, anlaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve bunlardan çıkarılan başka birtakım özellikler

¹⁵⁶ AKMAN, Şefik Taylan, 'İş Hukukunun Piyasalaşması: Emegın Esnekleşmesi ya da Çalışma Yaşamının Kuralısızlaşması Bağlamında Klasik Liberalizmden Neo-liberalizme İş Sözleşmesinin Dönüşümü', Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, (der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, sf. 219. İş Hukuku'nun dönüşüm dinamiklerini zorunlu arabuluculuk başlığında detaylandıracağımız için burada daha fazla değinmiyoruz.

olacaktır. Kesinlik ile ilgili hukuk kuralının mevcut somut olayda uygulanacak yegane kural olması, genellik özelliğiyle özetle ilk bölümde değindiğimiz hukuksal eşitlik düşüncesi, anlaşılabilirlik ile hukuk uygulayıcılarının ve düzenleyicilerinin hangi hukuk kurallarını hangi somut olaylara uygulayacağı ve bunun hukuk öznesi tarafından açıklıkla anlaşılabilmesi, nihayet öngörülebilirlik ile de anlaşılabilirlik ile paralel olarak hukuk kurallarının belli bir istikrar dahilinde yürürlükte kalması anlaşılır¹⁵⁷. Hukuksal formalizm üst başlığında anlam kazandırabileceğimiz bu özelliklerin¹⁵⁸ mevcut siyasal ve ekonomik düzenin sürdürülüşünün hukuk aracılığıyla gerçekleştirilmesinde merkezi roller oynadıkları iddia edilebilir¹⁵⁹. İşte içinde bulunduğumuz neoliberal dönemde bildiğimiz bu klasik özellikler sermayenin özgür ve serbest dolaşımı için yeterli olmamış, daha fazla birikimin ihtiyaçları doğrultusunda silikleşmiştir. Bu silikleşme bize hukukun --aynı zamanda Kelsen'in kutsallaştırdığı anlamda- kendi içine kapalı bir sistem olmadığı, gerektiğinde eğilip bükülebildiği ve son tahlilde ona dair bir öz atfedilmemesi gerektiğini işaret eder. 'Yukarıdan ve tek merkezden dayatılmış' hukuk kuralı yerine farklılıklarıyla ön plana çıkan bireyin (gerçek ya da tüzel kişi) rızası uyuşmazlıkların sonuçlanması anlamında gittikçe kendine yer edinen bir pozisyona evrilmektedir. Toplumdan soyut, biricik, atomize bireyin yüceltilişi hukuksal anlamda da yeniden üretilmekte, bireyin rızası hukuk kurallarını aşmada ve kuralların çevresinden dolanılmasında bir araç haline gelmektedir¹⁶⁰. Kuralsızlaşmanın tersinden uygulanışı olarak da tarif edebileceğimiz bu durum, çalışmamızın odağındaki AUÇY'nin de böyle bir eğilimin somutlaştığı düzenlemeler olduğuna işaret eder. Mevcut herhangi bir uyuşmazlıkta (özel hukuk alanlarına ek olarak son zamanlarda ceza hukuku alanında da -dolayısıyla kamu hukukunda da- uzlaşma çözüm yönteminin gittikçe teşvik edilmesi ve bu yöneme dair eğitimler verilip yöntemin yasal düzenlemeler halinde biçimlenmesi örnek olarak verilebilir) uyuşmazlığın çözümüne

¹⁵⁷ ÖZENÇ, 2016, sf. 293.

¹⁵⁸ Yukarıda teoriyle pratiğin uyumsuzlaştığı yerler olduğunu ifade etmiştik. İşte burası da bu minvalde okunabilir. Hayek, piyasaların sürdürülüşü ve 'kendiliğinden bir düzen' içinde işlemesi bakımından genel, soyut, öngörülebilir kuralların oynadığı önemli rolden bahseder. Belirtmek gerekir ki ulusal ve uluslararası hukuk mekanizmaları mülkiyet ve piyasa ilişkilerinin korunması bakımından oldukça katı bir hukuk mantığına sahiptirler. Ancak içinde bulunduğumuz dönemde bu ilişkilerin korunması varyantından doğacak kurallar silsilesi kapitalist birikimin gerekliliklerine ters düştüğü ölçüde esnetilip gevşetilebilmekte, muğlak ve yoruma açık olduğu ölçüde de sermaye lehine yorumlanabilmektedir.

¹⁵⁹ AKMAN, 2016, sf. 176.

¹⁶⁰ KARS KAYNAR, 2017, sf. 41.

dair yeterince hukuki düzenleme mevcutken bunların dikkate alınmayıp gözardı edilmesi, bireyin ‘kutsal’ özgür iradesi ve rızası uğruna hukukun esnetilmesi ağırlıkla neoliberal döneme özgü bir durumdur. Yukarıda kısaca değindiğimiz modern dönemden bu yana hukuku hukuk sistemi yapan karakteristik özellikler ulus devletin ‘tektipleştirici’, ‘katı’, ‘monist’ ve ‘pozitivist’ prangalarından kurtarılmış, kapitalist üretim tarzının neoliberal biçimiyle beraber farklılıkların ön planda olduğu, bağlayıcılık mefhumunun silikleştiği ve üzerinde pazarlık unsuru yapılabilecek bir ‘yumuşak hukuk’ anlayışı kayda değer bir kabul edilebilirlik kazanmıştır¹⁶¹. Bu ‘bağlayıcı olmayan kural’ anlayışının evveliyatı ortaçağdaki lex mercatoriaya kadar götürülebilir, ancak günümüzle ve dolayısıyla neoliberal dünyayla ilişkilendirdiğimizde öncelikle ve özellikle uluslararası ticari ağların¹⁶² bu anlayışı teşvik edip uygulamaya geçirdiği, ulusal hukuk mekanizmalarınınsa daha sonra bu anlayıştan pay aldığı ifade edilebilir. Bu anlayışın, hukukun, diğer normatif sistemler gibi alelade bir kurallar dizisi gibi görünmesini beslediği şüphesizdir¹⁶³; çünkü hukuk kurallarını diğer kurallar sistemlerinden (ahlak, inanç sistemleri vb.) ayıran yegane özellik klasik tabirle kendisinin maddi müeyyide ile desteklenmiş, bir başka deyişle cebir unsuruyla donatılmış olmasıdır. Buna ek olarak, zorunlu arabuluculuk ve zorunlu ya da gönüllü tahkim gibi yalnız sermaye birikiminin koşullarını iyileştiren düzenlemeler yönünden değil, örneğin uzlaşma aracılığıyla suçun faili ile mağduru arasındaki somut durumun es geçilerek ‘gerçekten ne olduğuyula’ ilgilenmeyi bırakıp ‘her ne olduysa’ aşamasına geçilmesiyle ceza adaletini sağlama çabası¹⁶⁴, (çalışmanın yapıldığı an itibarıyla yasal bir forma kavuşmamış olsa da tartışmaya açılan) ‘kutsal’ ailenin korunması uğruna evlilik birliğinin sürdürülmesi ve boşanma süreçlerinin önüne geçilmesi maksatlı aile arabuluculuğunun teşvik edilip erkekle kadın arasındaki (çoğunlukla) örtülü eşitsiz

¹⁶¹ ÖZCAN, 2017, sf. 279.

¹⁶² Özellikle yukarıda bahsettiğimiz gibi DTÖ ve onun içsel yargılama mekanizmaları, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu’nun (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) çalışmaları, özel hukuk prensiplerini yeknesaklaştırmayı hedefleyen 1994 tarihli UNIDROIT ilkeleri, Uluslararası Ticaret Odası’nın (International Chamber of Commerce, ICC) model sözleşmeleri gerek kural koyma gerek yargılama işlevleri yönünden esnek hukuk anlayışının gelişmesine yeterince katkı sunmaktadır.

¹⁶³ KARS KAYNAR, 2017, sf. 46.

¹⁶⁴ KETİZMEN, Muammer, ‘Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi’, Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, (der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, sf. 162.

ilişkinin yeniden üretilerek (fiziksel olmanın yanında psikolojik) aile içi şiddetin görünmez kılınması da esneyen hukuksal sistemin birer küçük çıktılarını olarak değerlendirilebilir. Yine örneğin, hukuki çoğulluk tartışmaları, çalışmanın yapıldığı zamanlardaki içeriğiyle ulus devletinin ve modernizmin ‘sosyal mühendislik’ yöntemleriyle yaratmaya çalıştığı ‘tektip’ insan modelinin aşılmasıyla ‘farklılık’ların hukuksal anlamda da kabul edilmesinin hukuk sisteminin farklı bir yönden esnetilmesinin çabası olarak okunabilir.

Esneklik hususuyla bağlantılı olarak günümüzün neoliberal hukuk mantığını kavramada bize rehberlik edeceğini düşündüğümüz önemli bir kavram *lex mercatoria*’dır. Kabaca, ticaret burjuvazisinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemek ve aralarında sonradan doğması muhtemel uyuşmazlıkları çözmek amaçlı devlet yapısından bağımsız geliştirdiği teamüllere ve örf ve adete dayalı (tüketici bir kodifikasyon olmamakla birlikte) bu kurallar bütünü, kökleri itibarıyla Roma Hukuku’na kadar götürülebilse de bir pratik olarak varlığının kesin saptandığı dönem için bakılması gerekli yer ve zaman Orta Çağ İngiltere’si ve Kıta Avrupası’dır¹⁶⁵. Büyük bir hacimle ticaret fuarları düzenlenmesi, liman şehirlerinin uluslararası ticaretin merkezi haline gelmesi gibi durumlarla bağımsız bir ekonomik güç kazanmış olan ticaret burjuvazisi, kendi kurallarını oluşturma ve mahkemelerini kurma ihtiyacına girmiştir¹⁶⁶. Bu ihtiyaç sonucunda geliştirilen hukuk ve yargı sistemi zamanla ulusal hukuklardan bağımsız bir yapıya bürünmüş, bu yapı feodal yargılama düzeninin hakimiyetinin kırılmasında önemli bir rol oynamıştır¹⁶⁷. Buradan hareketle Ortaçağ’ın ve erken modern dönemin gelişen ticari ilişkilerinin yasal bir formülasyonu olarak ifade edilebilecek bu kavram¹⁶⁸ hukukta esnek yapının tam anlamıyla yeni olmadığını göstermesi açısından iyi bir örnektir. Ancak çalışmamız yönünden ihtiva ettiği önem neoliberal kapitalist dönemin

¹⁶⁵ OĞUZ, Arzu, ‘Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) -Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği’, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2001, Cilt:50, Sayı:3, sf. 22.

¹⁶⁶ TIGAR, 2016, sf. 54.

¹⁶⁷ TIGAR, 2016, sf. 132.; ÜYE, Saim, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, 1. baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, sf. 382.

¹⁶⁸ YILDIRIM, Kansu, ‘Kapitalizmin Yönetimsel Restorasyonu: Krizler ve Yönetişim Mantığı’, *Emperyalizmin Hayaletleri: Küresel Düzenlemelerin Bugünü*, (der. Ali Murat Özdemir), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, sf. 202.

hukuksal bağlamını açıklamak için bize sunduğu çerçevedir. O çerçeve de özet olarak; faaliyetleri uluslararasılaşmış ve hacimleri oldukça büyümüş sermayenin, faaliyetlerini daha özgürce gerçekleştirebilmesi için ulus devletin bazı 'köhne' kurumsal yapılarının yerlerine başkalarını koyması çabasını (örneğin devletin yasama organınca çıkarılmış yasaların yerine ticari örf ve adet kurallarınca şekillenen sözleşmeleri, devletin resmi mahkemeleri yerine ticari tahkim gibi AUÇY kurumlarını) ifade eder¹⁶⁹. Dolayısıyla kavramın, sermayenin uluslararasılaşması sürecinde uluslararasılaşmanın (sömürünün artışı) önündeki hukuki engelleri yıkmada ve aşmada oldukça işlevli bir rol taşıdığı öne sürülebilir. Sahip olduğu evrensel karakter, hukuksal formalizmle olan geçimsiz ilişkisi ve 'zamanın ruhu'na uygun şekilde hızlı oluşu, esnekliği teşvik etmesiyle paralel her zaman genişleyebilme gibi özellikleriyle¹⁷⁰ bu işlevi yerine getirdiği ifade edilebilir. Sadece sermaye sahibi sınıflar arasında gelişen ilişkilerde değil, devlet-sermaye ya da devlet-devlet arasındaki ilişkilerde de etkinliğini arttıran bu kavram gittikçe ulus devletlerin hukuksal düzenlerini şekillendirmeye de başlamıştır. Hacmi ve etkisi olağanüstü boyutlara ulaşmış ticaretin öznesi ve nesnesi konumundaki devlet, iç hukuk düzenini büyük sermayenin arzuları doğrultusunda geliştirmek durumunda kalmıştır¹⁷¹. Dolayısıyla ve özet olarak devletler arası etkileşimlerde bu etkileşimin meta-form biçimine bürünmesi ve bu bürünme haline devletlerin uyumlanması, bir yasama dizisi olarak *lex mercatoria*yı anlamlandırma yönünde bize aydınlatıcı ipuçları sunar¹⁷². Son olarak belirtmek gerekir ki kavramın kaynakları olarak hukukun bazı genel ilkelerinden -bona fides (iyi niyet) ve *pacta sunt servanda* (ahde vefa) gibi- söz edilse de¹⁷³ sermayenin temel motivasyonunun hukukun genel ilkeleri olmadığı açıktır. Bu ilkeler, (aynı içeriği oldukça muğlak bir kavram olan hukukun üstünlüğü gibi) faaliyeti uluslararasılaşmış sermaye sınıfı için ancak sömürünün sürdürülmesi bağlamında bir söylemden ibaret olabilir. Ticaret ilişkisinin güçlü tarafının genel olarak kendi '*lex mercatoria*'sını ilişkinin zayıf tarafına dayattığı, dolayısıyla zayıf taraftan beklenen iyi

¹⁶⁹ ÜYE, 2013, sf. 382.

¹⁷⁰ HATIPOĞLU AYDIN, Duygu, Santos'un Teorisinde Karşı Hegemonik Hukuk Arayışları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, sf. 123.

¹⁷¹ ÜYE, 2013, sf. 388.

¹⁷² YILDIRIM, 2013, sf. 203.

¹⁷³ OĞUZ, 2001, sf. 29.; ÖZENÇ, 2016, sf. 293.

niyet ve ahde vefanın şüphesiz sömürünün sürdürülmesi ve bozulmaması yönünde bir vefa ve niyet olduğu iddia edilebilir.

Neoliberal dönemin bugün yeterince belirgin olmayan ve hatta yaygın kabul görmeyen, ancak filizlenme döneminde diyebileceğimiz hukuksal alandaki bir diğer görünümü de yargı yetkisinin ulusal sınırların dışına taşmasına olan eğilimidir. Özellikle ABD merkezli görülen bu eğilimi maddi anlamda açıklamak gerekirse ABD mahkemelerinin ABD sınırlarını aşan yargılama yetkilerini ve bu doğrultuda faaliyeti uluslararasılaşmış şirketleri ve ulus devletleri yargılayabilmelerini örnek verebiliriz¹⁷⁴. Bunun en somut örneğinin Helms-Burton yasası olduğu ileri sürülebilir. Tasarlayıcılarının soyadlarından adını alan bu düzenlemenin klasik bir hukuki düzenlemeden farkı bahsettiğimiz gibi etkisinin sınır ötesi olması ve bu sınır ötesindeki tüzel kişiliklerin ABD mahkemeleri tarafından cezalandırılabilmesinin önünün açılmasıdır¹⁷⁵. Kısaca bu kodifikasyon, Küba'yla ticari ilişkilere giren şirket veya devlet yöneticilerinin ABD'ye girmekten yasaklı hale getirilebilmesiyle bu şirketlerin veya devletlerin ABD pazarından el çektirilmesini düzenler. Bunun anlamı elbette Küba'yla ticaret yapmaya 'kalkışan'ların ABD ambargosunu kabul etmesi ve bu pazarı ister istemez gözden çıkarmak zorunda kalmasıdır¹⁷⁶. İlk okunuşta sevmediği arkadaşlarıyla konuşan arkadaşlarını kendi arkadaşı olarak kabul etmeyen ergenlik dönemindeki bir çocuğun davranışını andıran bu yasa kapitalist üretimin hüküm sürdüğü devletlerin yöneticilerinin ve küresel sermaye sınıfı örgütleri ve temsilcilerinin dahi karşı çıkmasıyla kınanmıştır. Bu düzenlemeden nasibini sadece ticari ilişkilerde bulunanlar değil; örneğin Panama Başkanı Manuel Noriega da almış, bu yasaya referansla cezalandırılmıştır¹⁷⁷.

Bu dönemin bir diğer özelliği de (yukarıda kısaca değinildiği üzere) hukuk yapma süreçlerinin gittikçe özelleşmesidir. Devlet yapısının görece özerkliğinin sermaye lehine aşınması ve paralelinde gelişen yönetim söylemleri uyarınca neoliberal dönemde

¹⁷⁴ KENNEDY, Duncan, Modern Hukukun Kaderi, (çev. A. Zeynep Yıldırım Türkyılmaz), 1. baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017, sf. 103.

¹⁷⁵ GÜNAY, Yiğit, Küba'ya Karşı ABD Ablukası: Nedir?, 2009, <https://haber.sol.org.tr/yazarlar/yigit-gunay/kubaya-karsi-abd-ablukasi-nedir-2284>, (erişim tarihi 15.03.2020).

¹⁷⁶ GÜNAY, 2009.

¹⁷⁷ DOĞAN, İlyas, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, 3. baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2014, sf. 105.

yasaların hazırlanma süreci gittikçe sermaye mantığıyla yürütülmeye başlanmıştır. Bu özelleşme ve mantık hem ulusal meclislerde çıkarılan yasaların taslak hallerinin özel şirketlerce hazırlanmasını, hem de faaliyeti uluslararasılaşmış şirketlerin ve bunların üst örgütlerinin iç hukuk sistemlerini kendilerinin oluşturup, oluşturdukları bu hukuku ulus devletlere kabul ettirmesini içerir. Yönetişim söylemlerinin sermayenin ideolojik çerçevesini çizdiği bu süreçlerin ilki hakkında ABD’de ALI (American Law Institute) adlı kuruluşu ve NCUSL (American Law Commissioners) adında bir hukuk ve uzmanlık şirketinin bazı ticaret kurallarını yasa biçimine sokmasını¹⁷⁸, Türkiye’de ise 2016 yılına kadar faaliyetlerini yürüten Yatırım Danışma Konseyi’ni¹⁷⁹ örnek verebiliriz. İkinci süreç hakkında da verilebilecek en çarpıcı örnek kredi kartı piyasasının tekellerinin yarattığı kurallar sistemi ve bunların finans sermayesinin dünya çapındaki ilişkilerine olan yansımalarıdır. Visa ve Mastercard, bugün kredi kartıyla ilgili (tüm devletlerin ulusal hukuk düzenlerince de kabul görmüş) düzenlemelerin yaratıcısıdır, bunlara üye bankalar arasındaki uyuşmazlıklar yine bu kurumlar içindeki disiplin organları aracılığıyla çözüme kavuşturulmaktadır ve Berne Union adlı kuruluş, finans sermayenin dolaşımı açısından oldukça kritik bir önem ihtiva eden teminat mektuplarının ve bankacılık işlemlerinin türlerinin belirlenmesinde merkezi konumda bulunmaktadır¹⁸⁰. Görece özerkliğin aşınmasıyla sermayenin bu sayılan taleplerine kayıtsız kalamayan devlet aygıtı, Üye’nin deyiimiyle kendi sınırları dahilindeki yasama mekanizmaları üzerinde tekel olma iddiasını mübadelenin gittikçe uluslararası boyut kazanmasıyla kaybetmiştir¹⁸¹. Görünürde yasaların koyucusu hala parlamentodur, ancak arkadaki gerçeklik bölümün başından bu yana ifade etmeye çalıştığımız üzere bize bunun böyle olmadığını, parlamentonun yasa koyucu sıfatının gerçek manada gittikçe işlevsizleştiğini göstermektedir.

Son olarak, neoliberal hukuk düzeninin en belirgin somutlaştığı alan şüphesiz bizim de temel odağımız yargının özelleşmesi ve bu özelleşmenin en temel ayağını oluşturan AUÇY’dir. Sonraki bölümde bunların tarihsel gelişimi hakkında bilgi verip neleri ihtiva

¹⁷⁸ ÖZCAN, 2017, sf. 268.

¹⁷⁹ ÖZDEK, 2011, sf. 79.

¹⁸⁰ ÜYE, 2013, sf. 379-380.; ÖZCAN, 2017, sf. 268-269.

¹⁸¹ ÜYE, 2013, sf. 375.

ettiğine, kapitalist üretim tarzının sürdürülüşü yönünden ne gibi işlevler taşıdığına odaklanılacaktır.

2.3. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Hukuka sadece hukuk içerisinden bakmanın yarattığı dar ufkun kendisini gösterdiği alanlardan birinin şüphesiz bu ‘moda’ alan olduğu iddia edilebilir. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’nü kendine konu edinen çalışmalar bu dar ufkun çizdiği imkan(sızlık)larla genel olarak -başlangıç bölümünde de belirttiğimiz üzere-, yeni/özgün bir düşünce ortaya atmayıp var olanı sürekli tekrarlayan bir görünüme sahip olmuştur. Yargının özelleşmesi bahsi bu sebeple neredeyse hiçbirinde konu edilmemiştir. Savunucularının hukuk dünyasının neden farklı bir yapıya büründüğüne dair bir iki cümleyle geçtirdikleri ve altını doldurmaya ihtiyaç bile duymadıkları ‘dünya çapında yaşanan gelişmeler’, ‘hızlanan ticaret dünyası ve ilişkileri’, ‘karmaşıklaşan toplumsal yapı’ gibi kavramsallaştırmalar sanki gökten zembille dünyaya inmiş, birden, kendiliğinden oluşan olgular gibi aktarılmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde belirttiğimiz gibi hukuk dünyasındaki körlükle doğrudan alakalı olan bu tutum çalışmalardaki tekrarın esas sebeplerinden birini oluşturur.

Çalışmamızda bu yöntemleri Türkçe’de kapsamlıca tanıtmış, temel birtakım ayrıntılı bilgiler veren özgün birkaç akademik kaynak üzerinden değerlendireceğiz. Fakat bu değerlendirme çabasını bahsedilen çalışmalarda söz konusu edilmeyen yargının özelleşmesi hususunu vurgulayarak, tarihselliği ve ekonomi-politiği mümkün oldukça elden bırakmadan gerçekleştirmeye özen göstereceğiz.

2.3.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’nün Tarihsel Gelişimi

AUÇY’nin tarihçesine bakıldığında, bu yöntemlerin modern anlamda ABD’de kurumsallaşıp geliştiğini iddia etmek mümkündür¹⁸². Bu yöntemlerin geliştirilmesinin

¹⁸² Dünya çapındaki alternatif uyuşmazlık çözümlerinin geçmişi, şimdinin meşrulaştırılması anlamında ilkel toplumlara kadar götürülebilmekte, bizim ülkemizde de ahilik teşkilatıyla özdeşleştirilebilmektedir. Geçmişte var olanın dünya çapında son kırk yıllık, bizim ülkemizde de yirmi yıllık bir süreçte ancak ‘keşfedilebilmesi’nin ironisi bir yana, yaklaşık kırk yıllık geçmişinde dünyanın dört bir tarafına serpilen neoliberalizmin çıktısı olarak ele aldığımız AUÇY’nin bütün olarak bunlarla benzeştirilmesi kuşkusuz

en net biçimde dillendirildiği zaman ve mekandan bahsedilecek olursa da 1976 senesinde ABD’de düzenlenen bir konferansa gitmek gereklidir. Bu tarihte Amerikan Barolar Birliği (ABA-American Bar Association) ile Amerikan Adalet Bakanlığı’nın (Department of Justice) ortaklaşa gerçekleştirdiği, adı ‘Adalet Yönetimindeki Yaygın Memnuniyetsizliğin Sebepleri Hakkında Ulusal Konferans’ (National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice) olan bu konferansta bugün AUÇY’nin getirilmesine kaynakça yapılan gerekçelerin temellerinin atıldığı söylenebilir¹⁸³. Bugün genel olarak hakim söylemde AUÇY’nin yararları başlığı altında sayılan maddeler o konferansta malum memnuniyetsizliklerin sebebi olarak sunulmuştur. AUÇY’nin bundan iki sene sonra ise Ford şirketi tarafından ‘anlaşmazlık çözümünde yeni yaklaşımlar’ adlı bir programla geliştirilerek¹⁸⁴, tüketici uyuşmazlıkları gibi basit uyuşmazlıklarda ‘devlet yargısının bu tarz yarar ve zararın ufak olduğu uyuşmazlıklara uygun olmadığı’ gerekçeleriyle kullanılması gerekliliği dile getirilmeye başlanmıştır¹⁸⁵. ABD kamuoyunda üzerinde oldukça tartışılan AUÇY olgusu nihayet 1990 senesinde kaçınılmaz son ve bir başlangıç olarak yasalaşma sürecine girmiştir¹⁸⁶. İki sene sonra ise ABA AUÇY’yi yayma amacıyla bünyesinde özel bir bölüm (ABA Section) kurmuş, altı sene sonrasında ABD Kongresi tarafından kabul edilen AUÇY Kanunu (ADR Act of 1998) federal bölge mahkemelerine kendi AUÇY programlarını oluşturma yetkisini vererek bu yöntemleri kurumsallaştırmış, AUÇY bir bütün olarak federal hukuk politikası olarak kabul edilmiştir¹⁸⁷.

Gelişimin ABD ayağı bu olmakla birlikte yöntemlerin yaygınlaşması bununla sınırlı değildir. Neoliberal politikaların dünya kapitalist sisteminin tümüne yayılmasıyla beraber bu sistemin merkezlerinden biri olan Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği de

hiçbir bakımdan mümkün değildir. Yukarıda ele aldığımız *lex mercatoria* kavramı dahi ortaçağda taşıdığı işlevinden ve görünümünden oldukça farklı bir biçimde günümüzde karşımıza çıkmaktadır.

¹⁸³ ŞAHİN CEYLAN, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, sf. 3.; ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, sf. 173.

¹⁸⁴ ÖZBEK, 2009, sf. 170.

¹⁸⁵ ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, sf. 32.

¹⁸⁶ ÖZBEK, 2009, sf. 175.

¹⁸⁷ ÖZBEK, 2009, sf. 176.

AUÇY'yi 'geç' de olsa benimsemiştir. Avrupa Konseyi 1990'lı yıllardan itibaren yayınladığı tavsiye kararlarıyla bu konuya ilgili olduğunu göstermiş, 1998'de aile uyuşmazlıkları hakkında, 1999'da Ceza Hukuku uyuşmazlıklarında, 2001 yılında İdare Hukuku, nihayet 2002 yılında da özel hukukun tüm dallarında arabuluculuğu kapsayan tavsiye kararlarını açıklamış, bunları üye ve adaylık sürecinde olan devletlere tavsiye etmiştir¹⁸⁸. Avrupa'da ve dünyadaki gelişime dair şüphesiz daha fazla örnek verilebilir ancak bu çalışma için bu örnekler çalışmanın sınırlarını oldukça aşacaktır.

2.3.2. Hukuk ve Yargı Reformları

Önemle üstünde durmak gerekir ki bu yöntemler ülkemizde toplumun geniş kesimlerinin yükselttiği bir talep sonrası değil, özellikle Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde gelişmiş ve düzenlenmiştir. Bu husus önemlidir, çünkü geçmişe dönük genel bir literatür taraması yapılırsa görülecektir ki örneğin AUÇY'nin getirilme nedenlerinden biri olarak gösterilen 'toplumdaki eksik olan uzlaşma kültürünün AUÇY vesilesiyle yeniden tesisi' gibi açıklamalara geçmişte hiç rastlanmamaktadır. Dolayısıyla önce ABD'de doğup sonrasında Kıta Avrupası'na yayılmış ve orada benimsenmiş bu yöntemlerin ülkemize girişini dışsal müdahaleler üzerinden okumak meseleyi daha anlaşılabilir kılmaya potansiyeline sahiptir.

Bu başlık altında özellikle 1990'lardan itibaren yaygınlaşmış, üçüncü dünya ülkelerine ve çevre devletlere yapılan hukuk ve yargı reformu desteklerine değinmek elzemdir. Çünkü çalışmamızın ana odağını oluşturan konunun bir ayağı da bu reform desteklerine dayanmaktadır. Gerçekten son zamanlarda dünya çapındaki AUÇY ve yargı alanındaki bazı diğer değişimler, bazı uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından finansal olarak desteklenmekte ve bu desteğin maddi boyutu oldukça ciddi meblağlara ulaşabilmektedir. Bu kuruluşları ve projelerini incelemeye başlarken ilk sırayı Dünya Bankası'na vermek uygun olabilir, zira Banka bu projelerin en etkin finansörü ve destekçisi konumundadır. Özdek'in aktardığı sayıya göre 2004 yılı itibariyle DB'nin

¹⁸⁸ ÖZDEK, Yasemin, 'Neoliberal Dönemde Yargının Dönüşümü', Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, (der. Bora Erdağı), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, sf. 224.; ÖZBEK, Mustafa, 'Avrupa Birliği'nde Uyuşmazlık Çözümü', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2007, Sayı:68, sf. 276. Tavsiye kararlarının bazılarında ÖZBEK, 2009, sf. 915-930 arası ulaşılabilir.

finans ettiği yargı ve hukuk reformu projeleri 600 civarındadır¹⁸⁹. Banka, bundan yedi sene önce, 1997 yılında yayınladığı bir raporda kalkınmanın beş temel bileşeninden biri olarak saydığı ‘bir hukuk temelinin yaratılması’nın kurumsal çerçevesini, neoliberal programlarla kalkınmakta olan devletlerde engellemelerle karşılaştıran mülkiyet haklarının korunması bağlamında çizer¹⁹⁰. Banka bu çerçeveye uyumlu bir biçimde hukuk ve yargı reformlarına özel bir önem atfetmiş¹⁹¹, bu reformları özellikle Sovyetler Birliği’nin yıkılışı sonrasında neoliberal ekonomiye uyumlanmaya çalışılan geçiş devletlerinin ve (Türkiye gibi) sosyal devlet politikalarını terk edip piyasacı kalkınmayı hedef olarak belirlemiş devletlerin piyasa dostu hukuksal sistemleri yaratma çabasında önemli bir parça olarak görmüştür¹⁹². ‘Yoksulluğu azaltıcı kalkınma’¹⁹³, (aslında amaçladıkları açısından olumlu ancak vardığı yer olarak olumsuz bir anlama sahip olmuş) ‘adalete erişim’¹⁹⁴ gibi neoliberal dönemin doğrudan ideolojik ve mistik tül

¹⁸⁹ ÖZDEK, 2015, sf. 225.

Banka aynı zamanda bizim ülkemizde de AUÇY’nin tanıtılması ve yaygınlaştırılması için desteklerde bulunmuştur. PEKCANITEZ, Hakan, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı’, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (19 – 20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, sf. 250.

¹⁹⁰ ZABCI, Filiz, Dünya Bankası: Yanılsamalar ve Gerçekler, 2. baskı. Yordam Kitap, İstanbul, 2017, sf. 71.

¹⁹¹ Ülkemizde 2-3 Nisan 2012 tarihlerinde gerçekleştirilen, dünyanın dört bir yanından katılımcının dahil olduğu ve AUÇY’nin konular arasında ciddi ağırlığının bulunduğu Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu’nun Adalet Bakanlığı ile birlikte diğer yürütücüsü Dünya Bankası’dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara, 2013.

¹⁹² ERGÜZELOĞLU KİLİM, Esra, Türkiye’de Adalet Yönetimi: Bağımsız Yargının Sıkı Bağları, 1. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, sf. 73.

¹⁹³ ZABCI, 2017, sf. 68.

¹⁹⁴ Adalete erişim, özetle vatandaşların haklarını bilmesi ve bu haklarını kullanma teşebbüslerinde devletlerin kendilerine bir zorluk çıkarmadan, hak arama yöntemlerine erişimi kolaylaştırması olarak tarif edilebilir. Özellikle ilk gündeme geldiğinden bu yana kavram yargılama faaliyetlerinin aşırı pahalı olmasına bir tepki olarak ortaya çıkmış ve sosyal devlet pratiklerinde içeriğini ‘adli yardım’ kurumunda bulmuştur. Ancak neoliberal dönüşüm, kendisini adli yardım kurumunun tahribinde de göstermiş, kavramı ideolojik bir söyleme indirgemıştır. HATIPOĞLU AYDIN, Duygu, Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018, sf. 136. Bakırcı da AUÇY ile beraber, uyuşmazlıkların çözümünde adalet hizmetlerinin özelleştirildiğini ve temel bir hak olan adalete erişim hakkının, devletin yargılama dışı çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları önermesi yükümlülüğüne doğru evrildiğini ileri sürmektedir. BAKIRCI, Kadriye, ‘“Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru’, TBB Dergisi, Yıl:2019, Sayı:140, sf. 357.

Hatta kanaatimizce adli yardımın önüne konulan engellerle, uygulaması Avrupa ölçeğinde geniş olup ülkemizde de tartışmaya açılan hukuki himaye sigortası adı verilen sigorta türünün getirilmesi, parası olanın ‘adalete erişimi’ni daha kolaylaştıracak bir madalyonun iki yüzünü oluşturmaktadır.

perdeleriyle apolitik bir mesele gibi yansıtılmaya çalışılan bu reform talepleri¹⁹⁵, doğrudan politik bir tutumun göstergesidir. Zira liberal (hatta değindiğimiz gibi ek olarak neoliberal) kuramcılarının dahi devlet tahayyülünde kamusal bir işlev ve alan olarak gördükleri yargı mekanizmasının özelleştirilme çabaları sermayenin daha öngörülebilir ve kesintisiz birikmesinin hukuksal anlamda altyapısını meydana getirmektedir.

Dünya Bankası'nın yanında Amerika Birleşik Devletleri Uluslararası Kalkınma Ajansı (USAID-United States Agency for International Development) da özellikle Latin Amerika'dan başlayarak diğer çevre ülkelere uzanan bir coğrafi genişlikte yargının AUÇY aracılığıyla özelleşmesini destekleyici maddi yardımlarda bulunmuştur¹⁹⁶. Bu reformları desteklemekteki temel amacını hızlandırılmış ekonomik büyümeyle açıklayan¹⁹⁷ kuruluş hukuksal reform programını dörtlü bir kategori içinde sunmuş, diğer desteklerini hukuk eğitimi, mahkeme reformu ve temel hukuksal yardımlar olarak tasniflemiştir¹⁹⁸. Konumuz kapsamında olmasa da hukuk eğitiminde gerçekten de neoliberal ideolojinin etkisinin arttığını iddia edebiliriz. Hem AUÇY'nin ulusal çapta eğitimde müfredatlara girmesi hem de Chicago Okulu ve onun içinden çıkan 'Hukukun İktisadi Analizi' gibi kuramların oldukça popüler bir hale gelip ders olarak okutulması piyasa mantığının potansiyel hukukçuya yerleştirilmesinde önemli bir görev taşır. Bu yerleştirme çabası önemlidir, çünkü müstakbel mezun öğrencinin yargı organı içerisinde görev aldıktan sonra önüne gelen iş ve uyuşmazlıklarda neoliberal ideolojiyle uyumlu hareket etmesi beklenecektir¹⁹⁹.

Reform projelerinin diğer bir ayağı, AUÇY'nin tarihsel gelişiminden bahsederken aktardığımız üzere Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'dir. Yukarıda bahsettiğimiz tavsiye kararlarına ek olarak AUÇY ile ilgili yayınlanan 'Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap', AUÇY'nin üye

¹⁹⁵ ÜYE, 2013, sf. 391.

¹⁹⁶ ÖZDEK, 2015, sf. 225.; ÜYE, 2013, sf. 390.

¹⁹⁷ ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 69.

¹⁹⁸ HATIPOĞLU AYDIN, 2013, sf. 137-138.

¹⁹⁹ ŞAYLAN, 2020, sf. 84.

devletlere -sözde- sunduğu kolaylıkların tanıtılması bakımından önemli bir belge niteliği taşır²⁰⁰. AUÇY hakkında soru işaretleri oluşturabilecek meseleleri (gizlilik, eğitim, süre, şart ve sınırlamalar) ele almasıyla Yeşil Kitap AB hukuki düzeni için temel metinlerden biri olarak kabul edilebilir. Bunlara ek olarak somut bir reform desteğinden bahsetmek gerekirse AB tarafından yürütülen ‘Türkiye’de Adalete Daha İyi Erişim Projesi’ni örnek verebiliriz. Adalete erişimi AB standartlarında garanti altına almayı hedefleyen 4.400.000€’luk bu projenin dört amacından biri de AUÇY’nin Türk hukuk sisteminde etkinliğinin artırılmasıdır²⁰¹. Yine İngiltere Uluslararası Uyuşmazlık Yönetim Kurumu (CMI) ile işbirliği içerisinde yürütülen ‘Uyuşmazlıklara İlişkin Alternatif Çözüm Yolları Sisteminin Geliştirilmesi Projesi’ on beş aylık bir program içinde mevzuatlardan çeviri yapılması, uzman desteğinin sağlanması, sempozyum düzenlenmesi gibi destekleri barındıran AB menşeli başka bir reform projesidir²⁰².

Bu reform projelerinin ‘hukukun üstünlüğü’ üst söylemi ile meşrulaştırılmaya çalışıldığını belirtelim. Santos’tan aktaran Hatipoğlu Aydın, bu hususun neoliberal oydaşmanın amentüsü Washington Uzlaşması’nın dört ögesinden biri olduğunu ifade etmektedir²⁰³. Yukarıda Dünya Bankası’yla ilgili açıklamalarımızı tekrar etmek gerekirse DB’nin bu söylemle ilgili reform projelerini politika dışı bir mesele gibi gösterme çabasında olduğunu²⁰⁴ ifade etmiştik, ancak ortadadır ki ‘Hangi hukukun üstünlüğü?’ sorusu bu çabanın karşısında kapitalist üretim tarzı ve sınıflı toplum ortadan kalkmadığı sürece güncelliğini kaybetmeyecektir.

2.3.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’nün Türkiye’de Gelişimi

Bölüme başlarken, öncelikle bu yöntemlerin aktif bir şekilde yürütülmesine ve işletilmesine dair resmi ve kurumsal kuruluşlar tarafından yayınlanan raporları/belgeleri aktarmak uygun olabilir. Çünkü bu yöntemlerin varlıklarına ya da doğru bir deyişle var olmalarına dair talepler birdenbire dillendirilmemiş, belirli bir tarihsellik içinde

²⁰⁰ ÖZBEK, 2007, sf. 265-266.

²⁰¹ ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 246.

²⁰² ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 247.

²⁰³ HATIPOĞLU AYDIN, 2013, sf. 133.

²⁰⁴ ÜYE, 2013, sf. 391.

oluşmuştur. Bu sebeple en başta yukarılarda bahsettiğimiz Anayasamızın 125. maddesine eklenen cümledeki tarihin 1 sene öncesine gitmek uygun olabilir. Türkiye’de sermaye sınıfının en yüksek ve örgütlü temsilcisi olarak konumlandırabileceğimiz Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği (TÜSİAD) tarafından bazı hukukçu akademisyenlere yazdırılmış, 1998 senesinde ‘Yargılama Düzeninde Kalite’ adıyla yayımlanan bir raporda yargılama düzeninin eksikliklerinden ve bu eksikliklerin ne gibi çözüm yollarıyla giderilebileceğinden bahsedilmiştir. Tahmin edilebileceği üzere AUÇY burada kendine yer bulmakta, bu yer bulma genel olarak tahkim yöntemi dolayısıyla gerçekleşmektedir. ‘İş Yükünün Hafifletilmesi’ başlığı altında: ‘[...] Tahkim kurumu maalesef yeterince işletilmemektedir [...] Tahkim (hakem kararıyla çözüm usulü) kurumu adliye mahkemelerinin iş yükünü ciddi olarak azaltabilecek bir rol oynayabilir ve bunun için de yaygınlaştırılmasını sağlamak gerekir.’²⁰⁵ ifadeleri yer almaktadır. Yine aynı şekilde raporda geçen kuruluşun yaptığı bir ankette seksen bir TÜSİAD üyesi yargı sisteminin hızlı bir şekilde işlememesinin en önemli faktörünü anlaşmazlıkların yargı önüne gelmeden çözülmesini sağlayacak mekanizmaların eksikliği olarak tespit etmiş, çözümü de ‘hakem ve arbitraj sisteminin; sorunları adliyeye intikal ettirmeden kişilerin kendi aralarında çözmelerini sağlayacak ve böylece mahkemelerin yükünü azaltacak mekanizmaların geliştirilmesi’nde bulmuşlardır²⁰⁶.

Yukarı bölümlerde değindiğimiz ve aktardığımız gibi Anayasamızın 125. maddesine eklenen cümle, AUÇY’nin hukuksal anlamda ve anayasal düzlemde mevzuatımıza girmesinin miladı olarak sayılabilir. Bu cümleyle Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalarda bulunan yargılama yetkisi doğrudan özelleştirilmiş bir yargı mekanizması olan tahkime devredilmiştir²⁰⁷. Böylece Anayasal düzlemde AUÇY’nin hukuksal sistemimize entegre olmasına en üst perdeden cevaz verilmiş ve ilgili düzenlemelerin yürürlüğe girmesinin önü açılmıştır. Cümlenin –ebilmek ekiyle sonlandırılıp tahkimin bir tercihmiş gibi sunulması hukuksal dilin sömürüyü gizleme başarısında yatar; nitekim faaliyeti uluslararasılaşmış sermayenin ülkemizde yaşadığı bir ihtilafta ulusal yargı organları yerine uluslararası uyuşmazlık çözüm

²⁰⁵ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1998, sf. 55.

²⁰⁶ TÜSİAD, 1998, sf. 100-101.

²⁰⁷ ÖZDEK, 2015, sf. 238.

mekanizmalarını tercih edeceğini görebilmek için kahin olma gerekliliği bulunmamaktadır.

Bu maddeden sonra AUÇY'nin geliştirilmesine dair teorik anlamda akademik çalışmalar yapılmaya, hukuki düzenlemeler kanun ve yönetmelik biçimlerinde yürürlüğe sokulmaya başlanmıştır. Çalışmada da sıkça değinilen Gülgün Ildır'ın daha sonra da kitap halinde yayımlanmış eserini ülkemizde yapılan çalışmalar yönünden ilk saymak olanaklıdır. Hukuki düzenlemeye dönecek olursak ilgili Anayasa maddesinin ardından maddeyle uyumlu bir biçimde yürürlüğe konulan 4501 sayılı 'Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun' ile de 'yabancılık unsuru taşıyan sözleşme' mefhumu oldukça geniş biçimde tanımlanmış, bu geniş tanıma binaen sadece faaliyeti uluslararasılaşmış sermaye yönünden değil, ülke sınırlarında faaliyet yürüten yerli sermaye için de tahkim yolu açılmıştır²⁰⁸.

Doğrudan bir alternatif uyuşmazlık çözümü olmasa da, dolaylı olarak bu işlevi ifa eden ve mahkemelerdeki mevcut iş yükünü azaltmak yönünde getirildiği anlaşılabilen bir madde Türkiye'deki gelişimi aktarırken yer verilmesi gerekli bir konudur. O da; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na 2001 yılında eklenen 35/A maddesidir²⁰⁹.

Bundan sonra tarihsel anlamda ikinci hukuksal yeni düzenleme 2004 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. ve 255. maddeleri arasında düzenlenen uzlaşmadır. AUÇY'lerden birisi olarak ceza hukukuna giriş yapan uzlaşma yönteminin, neoliberal politikaların dünya çapında uygulanması sonucu artan eşitsizlikler ve giderek yoksullaşan yığınlarla birlikte artan suç oranlarıyla bir mücadele şekli olduğu iddia edilebilir. Bilindiği üzere ceza hukuku kamu hukuku alanına dahildir ve bu dahil olmanın sonucu olarak uyuşmazlıkların çözümü ve yürütülmesi devlet

²⁰⁸ ÖZDEK, 2015, sf. 239.

²⁰⁹ İlgili madde şu şekildedir: 'Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.'

tekindedir. Bu tekel olmanın anlamı da suçların resmi makamlar eliyle re'sen kovuşturulmasında ve iddia makamının kamusal bir biçimde örgütlenmesinde yatar. İşte uzlaşma düzenlemesi, suçun bir bütün olarak incelenmesinde özel mağduru ön plana çıkartmakta ve suç olgusunun sanki sadece özel mağdurla ilgili olduğu gibi bir algı yaratmaktadır²¹⁰. Suçun tarafları devlete bir yük olarak görülmeye başlanmıştır. Bu yükün nasıl gerçekleştiği uzlaşma ile ilgili bir konferansta ceza hukuku uygulamalarının göbeğinde bulunan bir cumhuriyet savcısı tarafından, uzlaşma düzenlemesinin neden oldukça işlevli ve gerekli olduğunun temel alınmasıyla şöyle açıklamaktadır²¹¹: Uzlaşma ile sonuçlanan ceza dosyası bir hakim/savcının ya da katibin en fazla on dakikasını almakta, bunun tersine dosyanın uzlaşmayla sonuçlanmaması durumunda (ceza hukukunun amacı olan kamusal makamlar eliyle maddi gerçeği ortaya çıkarma çabasına girişilmesiyle) savcı pozisyonunda bulunan kişi iddianameyi yaklaşık yarım saat ile bir saat arasında okumakta, bundan sonra bu okumayla beraber iddianame mahkemeye kamu davası şeklinde açılmakta ve mahkemenin hakimi de dosyayı aynı süre boyunca okumaktadır. Daha sonra mahkeme taraflara tebligat yapmakta, bu tebligat da (tanıklar ve diğer üçüncü kişiler de dahil olmak üzere) yaklaşık beş altı kişiye yapılmakta ve bu da (yapılan konuşmanın tarihi 2018 olduğu için o tarih itibariyle yaklaşık 90TL) devlete ek bir masraf çıkarmaktadır. Savcı, bu tebligata rağmen tarafların mahkemeye icabet etmediğini dolayısıyla mahkemenin zorla getirme kararı çıkardığını, bu zorla getirmeyle beraber de kolluk görevi yürüten kişilerin devlete ait araçla sanıkların evlerine giderek sanıklara bilgilendirme yaptığını söylemektedir. Bunun ardından sanıkların çoğunun zorla getirme kararına rağmen bulunamadığından, dolayısıyla mahkemenin yakalama kararı çıkardığından, bu yakalama kararıyla kolluğun yine devlete ait araçla sanığı doktora götürdüğünden ve doktorun muayenesinden sonra sanığın nezarethaneye götürülüp nezarethanede vatandaşların verdiği vergilerle akşam karnının doyurulduğundan bahsetmektedir. Ertesi gün nezarethaneden çıkış yapıldıktan sonra yine devlete ait araçla sanığın doktora götürüldüğünü, hakim huzuruna çıkarılıp meşgul edildiğini ve genelde salıverildiğini söylemektedir. Konuşmanın bundan sonraki bölümünde ise savcı, (dosyaların uzlaşma ile sonuçlanmaması sonucu gördüğü bir sorun olarak) yeni mahkemelerin (gerek birinci gerek ikinci derece) açıldığından, bunların

²¹⁰ KETİZMEN, 2014, sf. 162.

²¹¹ <https://www.youtube.com/watch?v=I3ueSeav1o8> (erişim tarihi, 01.04.2020).

mevcut adliyelere sığmadığından ve mecburen yeni alanların kullanılmaya açılıp ek hizmet binalarının oluşturulmasından ve bu mahkemelerdeki hizmet yürütecek olan personellerin alacağı maaşların devlete bir yük oluşturacağından bahsetmektedir. AUÇY ile ilgili bir düzenlemeye dair pratiğin, uygulamanın içerisindeki en yetkili kişi tarafından anlatılmasının ve bizim bunu aktarmamızın çalışmanın bütünlüğünü tamamlaması yönünde ne kadar işlevsel ve önemli olduğu muhakkaktır.

Nihayet AUÇY ile ilgili ilk kapsamlı hukuki düzenleme 2012 yılında çıkarılan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur. Bu kanunla beraber, gerek hazırlanan akademik çalışmalarla gerek kanunların (ve hatta anayasanın) içerisine serpiştirilen maddelerle hukuk sistemine ısıdırılan ve yedirilmeye başlanan AUÇY olgusu resmi anlamda kurumsallaşmıştır. Adalet Bakanlığı bünyesinde arabuluculukla ilgili bir daire başkanlığı kurulması da bu kanunun öngörmesiyle gerçekleşmiştir. Kanunun yürütülmesine dair yönetmelik de hemen ardından 2013 senesinde çıkarılmış, Adalet Bakanlığı Arabulucular siciline ilk kaydın yapılmasıyla AUÇY faaliyeti resmen başlamıştır. Yönetmelik daha sonra 2018 yılında değiştirilmiştir.

Değinmek gerekir ki AUÇY, ülkemiz açısından sadece birtakım akademik çalışmaların yapılması ve kanunların çıkarılması vesilesiyle ülkemizin hukuk gündemine sokulmuş değildir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi 1999 yılında Anayasanın 125. maddesine eklenen cümleyle beraber AUÇY'nin geliştirilmesi süreğen bir devlet politikası halini almıştır. Kökleri ülkemiz özelinde İzmir İktisat Kongresi'ne giden, kendi adıyla resmi başlangıcını Devlet Planlama Teşkilatı'nda bulan Kalkınma Planları devlet politikalarının ekonomik stratejilerini yansıtmaları yönünden önemli birer belge niteliği taşır. Bu kapsamda 2007-2013 yıllarını içerisine alan Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda AUÇY kendisine ilk defa yer bulmuş²¹², 'Adalet Sisteminin İyileştirilmesi' başlığı altında 'Uyuşmazlıkların hızlı, basit, az giderle ve etkin bir biçimde çözülmesini sağlamak ve bunun sonucu olarak yargı organlarının iş yükünü azaltmak amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk sistemimizde etkin bir biçimde yer alması

²¹² ÖZDEK, 2015, sf. 240.

sağlanacaktır.²¹³ ifadeleri geçmiştir. Yine Onuncu Kalkınma Planı'nda bu hedeften vazgeçilmemiş, 'Hukukun tüm dallarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ağırlık verilecektir.'²¹⁴ ifadeleriyle, benzer şekilde Onbirinci Kalkınma Planı'nda da 'Yargı üzerindeki iş yükünün hafifletilebilmesi ve uyuşmazlıkların daha düşük maliyetli, hızlı ve dostane yöntemlerle çözüme kavuşturulabilmesine yönelik alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yaygınlaştırılacaktır.'²¹⁵ ifadeleriyle AUÇY adli hizmetlerin iyileştirilmesi yönünden bir hedef olarak belirlenmiştir.

AUÇY'nin bir devlet politikası olarak kabul edilmesini görebilmemiz için bakmamız gereken diğer bir kurum şüphesiz Adalet Bakanlığı'dır. Bakanlık 2009 yılından bu yana açıkladığı üç Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde de AUÇY'nin geliştirilmesi ve etkinleştirilmesini bir hedef olarak belirlemiş, kalkınma planlarına kıyasla konuyu daha detaylı bir biçimde ele almıştır. Örnek vermek gerekirse 2009'da açıkladığı belgede konuya 'Uyuşmazlıkları Önleyici Nitelikteki Tedbirlerin Etkin Hale Getirilmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Geliştirilmesi' başlığı altında üç tam sayfa ayırmış, AUÇY'yi genel anlamda tanıttıktan sonra konuyla ilgili sekiz temel hedef belirlemiştir²¹⁶. Yine Bakanlık tarafından açıklanan bu sefer 2015 tarihli Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde toplam on amaç sayılmış, bunlardan biri de 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri'ni Geliştirmek ve Uygulamada Etkinliğini Arttırmak' olarak belirlenmiştir²¹⁷. Dikkat çeken husus, bir öncekinden farklı olarak bu belgede AUÇY ile ilgili amaçlar arasında 'Soruşturmaların fail ile kamu arasında uzlaşarak sonlandırılabilmesine yönelik çalışmalar yapılması' adlı bir başlık açılmasıdır. Bu başlıkta 'klasik yaklaşım'dan²¹⁸ farklı olarak Anglo-Sakson temelli bir yaklaşımla

²¹³ Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), (2006, 1 Temmuz), Resmi Gazete (Sayı:26215), Erişim adresi: <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Dokuzuncu-Kalk%C4%B1nma-Plan%C4%B1-2007-2013%E2%80%8B.pdf> (erişim tarihi, 02.04.2020).

²¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Ankara, 2013.

²¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Onbirinci Kalkınma Planı (2019-2023), Ankara, 2019 .

²¹⁶ T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2009.

²¹⁷ T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2015.

²¹⁸ Klasik yaklaşım, metne göre sanığın suçlamaları reddetme ve susma hakkıdır. Bakanlığın iddiası ise bu hakların varlığının sanığın suçu kabullenmemesini teşvik ettiği'dir. Metinden anlaşılan o ki bakanlık yetkilileri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sanığı tanımlayan 2/1-a maddesini ya bilmemektedirler ya da sisteme yeni bir AUÇY düzenlemesi sokmak uğruna bilerek görmezlikten gelmektedirler. Zira madde, sanığı 'kovuşturmanın başlamasından itibaren hüküm kesinleşinceye kadar, *suç şüphesi altında bulunan*

sanığın suçunu itiraf etme hakkının kabulü (metinde aynen böyle geçmektedir) ve ardından gelişen savcı-sanık anlaşması bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak önerilmektedir. ABD’de bu uygulamayla suçların %90 oranında yargılama yapılmadan sonuçlandırıldığı ifade edilmektedir. Hedeflenen bu yöntemi ceza hukukundaki diğer AUÇY olan uzlaşmayla bağdaştırmak mümkündür, zira artan suç oranları dünya çapında yetkili kamu makamlarını bunları olabildiğince azaltma yönünde (makamlar önüne geldikten sonra elbette) yeni yöntemler aramaya teşvik etmektedir. Nihayet 2019 yılında açıklanan Yargı Reformu Strateji Belgesiyle de AUÇY yine kendine yer bulmuş, belirlenen dokuz amaç arasında ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Yaygınlaştırılması’ başlığı altında düzenlenmiştir²¹⁹. Genel olarak hukukun neredeyse her alanında bir yöntem olarak hukuki yapıya kavuşmuş AUÇY’nin artık geliştirilmesinin değil de yaygınlaştırılmasının bir hedef olarak belirlenmesi dikkate değer bir durum olarak ele alınabilir. Bununla beraber önceki belgelerden farklı olarak henüz hukuksal zemine oturmamış aile arabuluculuğu uygulamasının getirileceğinin ve “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Danışma Kurulu” adlı bir kurulun kurulacağına belgede yer alması bir yenilik olarak görülebilir²²⁰.

2.3.4. Formalist Anlayışın Silikleşmesi, Realizmin Radikalleşmesi Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Neoliberal hukuk düzeni başlığı altında kısaca değindiğimiz üzere AUÇY aynı zamanda hukuksal formalizm anlayışının bir anti-tezidir. Bunlar elbette tarih sahnesine hukuksal formalizme anti-tez olmak için çıkmamış, ancak vardığı yer ve içerdiği anlam itibariyle bu anlayışın karşısına oturmuştur. Önce hukuksal formalizmin ne olduğunu ve olmadığını, karşısında konumlanan düşüncenin hukuk tartışmalarına nasıl etki yaptığını açıklama çabasına girmek, neoliberal dönemde hukuksal formalizm anlayışının değişen

(italik bana ait tabii ki) kişi’ olarak tarif etmiştir. Hukuka hukuk dışından bakmayı temel hedefi olarak ortaya koyan bu çalışmada kanun maddesiyle karşı argüman geliştirme çabasının sorumlusu ilgili metindir, yazarın kendisi değil.

²¹⁹ T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2019.

²²⁰ Aynı zamanda getirilmesi hedeflenen mesleğe giriş sınavlarının da yeni bir piyasa alanı yaratacağından bahsedilebilir. Sadece avukatlığa ilişkin değil, hakim/savcı yardımcıları ve noter yardımcılığı gibi yeni yaratılan meslekler için de öngörülen sınav sistemi, yeni kursların artmasının ve sınavda başarısız olan hukukçuların değişik alanlarda ara eleman gibi istihdam edilmesinin önünü açabilecektir. ŞENÖZ, Evrim, Mercek: 2019 ‘Yargı Reformu Stratejisi: Daha Fazla Özelleşen Yargı, Daha Fazla Piyasalaşan Hukuk’, Hukuk Defterleri Dergisi, Yıl:2019, Sayı:20.

yüzünü ortaya koyup ardından da AUÇY'nin neden değişen bu yüze uyumlu bir şekilde klasik formalizmin inkarı olduğunu tartışmak bu başlıkta temel gayelerimizdir.

Kadim bir çatışmadan bahsederek başlamak meseleyi temele oturtma yönünde bize kolaylık sağlayabilir. Bu çatışma da Gürler'in ifade ettiği gibi günümüzde çağdaş hukuk felsefesinin temel tartışma alanlarından biri olan formalizm-realizm arasındaki çatışmadır²²¹. Belirlilik-belirsizlik dikotomisinde de kavrayabileceğimiz bu tartışma hukuk düzenine bütünsel bir bakışta temel bir ayrışma olarak kabul edilebilir. Zamanımızda irili ufaklı olsa da etkisini sürdüren bu tartışmanın odağında hukukun ve hukuksal çıktılarının nelerden oluştuğu sorusu vardır. Formalistler bu soruya salt normlara yönelerek, realistlerse normlarla beraber hukuk uygulayıcılarının kararlarını da göz önüne alarak yanıt verirler²²². Farklılaştıkları noktalar olsa da realistler, hukukun ancak yargı organlarının davranışı ile açıklanabilmesi, mevcut hukuk kural ve kavramlarına karşı aldıkları şüpheci tutum ve duydukları güvensizlik, hukukun yargılama süreçleri sonunda yaratılması gibi ortak noktalar üzerinde anlaşılırlar²²³. Hukuka cansız bir fenomen muamelesi yapan formalizme derin bir düşmanlık besleyen akım²²⁴, onun sürekli hareket halinde ve akışkan bir yapısı olması gerektiğini ileri sürmüştü, hukukun ancak bu yapıyla hızlı bir şekilde değişen toplum hayatının gerekliliklerine ayak uydurabileceğini iddia etmiştir²²⁵. Bu doğrultuda realistler hukuku analiz ederken mantığın tek yol olmadığını, mantığın yeterli gelmediği yerlerde farklı bilim dallarından yararlanılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²²⁶. ABD'de ortaya çıkan hukuki realizm, görüldüğü üzere hukukun kavranışında mahkemelere üstün rol veren bir akımdır, hakimlerin kişiliği, sosyal çevresi, iktisadi ve sosyal durumları, psikolojileri karar alma süreçlerinde oldukça etkin bir rol üstlenmektedir²²⁷. Akbaş'ın değindiği üzere akımın

²²¹ GÜRLER, Sercan, 'Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernst Weinrib'in Yaklaşımı', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2008, Cilt:66, Sayı:2, sf. 91.

²²² GÜRLER, 2008, sf. 91.

²²³ GÜRKAN, Ülker, Hukuki Realizm Akımı, 1. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, sf. 31-32.

²²⁴ WACKS, Raymond, Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş, (çev. Fatma Süzgül Şahin Ünver, Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017, sf. 246.

²²⁵ GÜRKAN, 1967, sf. 31.

²²⁶ GÜRKAN, 1967, sf. 33-34.; WACKS, 2017, sf. 247.

²²⁷ GÜRKAN, 1967, sf. 147.

ABD’de belirmesinin sebebi Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin (Supreme Court) Amerikan yargı ve siyaset sisteminde oynadığı belirleyici roldür²²⁸. Bu kısa tanıtımdan sonra hukuksal formalizmin özelliklerinden bahsederek AUÇY’nin karşısında neden ve nasıl konumlandığını ya da neoliberalizmle beraber gelişen neoformalizmin AUÇY’yi açıklama yönünden hangi yollara başvurduğunu kavrama çabasına girişebiliriz.

Formalizm -aynı anlama gelecek isimlendirmesiyle de biçimcilik-, özetle, hukukun gökyüzünden yeryüzüne inme serüveninin başlangıç basamaklarından birisini oluşturur. Genel, soyut hukuksal kuralların; kendine has, somut hukuksal uyumsuzluklara uygulanabileceğini ve bunları çözümleyebileceğini iddia eder. Bu yaklaşım, hakimlerin somut hukuksal uyumsuzlukların çözümünde önceden belirlenmiş, tarafsız, genel, soyut, öngörülebilir kurallara riayet ederek kendi fikirlerinden bağımsız bir şekilde karar verebileceklerini ileri sürer. Bu yönüyle formalizm, hukuksal alanı belirsizlik, düzensizlik gibi karmaşıklıklardan kurtararak belirli bir düzene oturtur, bu alana tarafsızlık sağlar; en azından bunu sağlamak gayretindedir²²⁹. Bu görüşlerin doğal bir sonucu olarak hakime uyumsuzluğun çözümüne ilişkin oldukça etkisiz bir konum, mekanik bir rol biçilmiş olur²³⁰. Bu mekanik akıl yürütme hukuksal çıktının salt önceden konulmuş normlar vasıtasıyla oluşacağı iddiasındadır²³¹. Bu iddia da formalistlere göre hukuk düzeninde belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamakta, hakimin keyfî uygulamalarının önüne geçmektedir. Weber’den aktaran Akman bu iddianın modernleşme sürecinde hukukun ‘boşluksuz’ bir sistem olduğunun ve tüm sosyal davranışların hukuk düzeni içinde düzenlendiğinin kabulünü içerdiğini ifade etmektedir²³².

Neoliberal dönemle beraber ise hukuksal formalizm anlayışı ciddi manada itibar kaybına uğramaktadır²³³. Neoformalizm²³⁴ adıyla ortaya koyabileceğimiz bu değişiklik

²²⁸ AKBAŞ, 2015, sf. 113.

²²⁹ AKTAŞ, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, 1. baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006, sf. 80.

²³⁰ AKTAŞ, 2006, sf. 82.

²³¹ GÜRLER, 2008, sf. 94.

²³² AKMAN, 2016, sf. 147.

²³³ Buradaki itibar kaybı ifadesini formalizmin maddi anlamda kendisine yönelik bir yapısal işleyişin (özünün korunarak) değişmeye başlaması olarak kullandığımızı belirtmek gerekir. Çünkü akademik

sürecinin klasik formalist kavrayışın hukuksal pratiklerdeki dönüşümünü anlamak için gerekli kapıları açabileceği kabul edilebilir. Bunun arkasındaki temel dinamik ise neoliberal siyasi/hukuki pratiklerin, liberal kurama yöneltilen eleştirileri (refah devleti döneminde görülenin aksine) sorgusuz sualsiz kabul etmeleri, kuramda herhangi bir yanlışlık veya açıklık görmemeleridir. Pratik, bu eleştirileri içselleştirir; bunları olağan ve/veya arzulanan birer öge olarak sunar²³⁵. Gerçekten de son kırk yıldır (son otuzunda karşısında farklı bir alternatif sistem bulunmadığını hatırlatarak) ciddi bir karşı dirençle karşılaşmayan neoliberal sistem toplumdaki eşitsizlikleri doğal ve öyle olması gereken durumlar gibi göstermeyi başarmıştır. ‘Başka alternatif yok’ mottosuyla politik hattını belirleyen düzen popüler kültür araçlarıyla, organik aydınlarıyla, devletin baskı aygıtlarıyla bu gösterimi ilmek ilmek örmüştür. Bu örgünün bizim konumuzdaki önemiye şüphesiz hukuka olan yansımasıdır. AUÇY, hukuk kuramında ve pratiğinde görülen bu -neredeysen- radikal dönüşümlerin odaklarından birini oluşturur.

Kars Kaynar, hukukun neoliberal pratiği olan neoformalizmin, liberal hukuk kuramına dair getirilen bazı temel eleştirileri nasıl içselleştirip radikalleştirdiğini üç örnek altında temellendirir: Bunlardan ilki, hukuk ve siyaset ilişkisindeki temel kabule ilişkindir. Hukukun aslında şahıslar üstü, tarafsız bir yapısının olmadığına dair dile getirilen eleştiri yazara göre neoformalizmce kabul edilir hatta bir eleştiri olmaktan çıkarılıp ön kabul olarak kullanılır²³⁶. Burada bir sorun yoktur ve hatta hukuk siyasi tercihlere saygılı olmalıdır. İkincisi ise hukukun formalist yapısına getirilen prosedürel eleştirisinin radikalleşmesine yöneliktir. Teubner’den aktaran yazar, hukuk normlarının gittikçe sadece prosedürel birer norm olarak görüldüğünü ifade eder²³⁷. Neoformalizme göre hukuk normları uyumsuzluğun çözümüne yönelik maddi rehberlik sunmamalı, sadece müzakereyi teşvik etme ve yetkilendirmenin önünü açma gibi işlevlerle

dünyada gerek hukuksal realizm akımı aracılığıyla gerekse sonrasında hukuksal realizmden ilhamını alan (ancak ondan ciddi farklılıklar barındıran) Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi’yle belirsizlik tezi üzerinden hukuksal formalizm yoğun bir fikri karşı çıkışla karşılaşmıştır. Bu karşı çıkış genel olarak akademik çevrelerde destek görmüş, hukuksal çıktılarının salt belirleyenin normlar olmadığı, sosyolojik olguların da hesaba katılması gerekliliği kabul edilmeye başlanmıştır.

²³⁴ KENNEDY, 2017, sf. 95.

²³⁵ KARS KAYNAR, 2017, sf. 45.

²³⁶ KARS KAYNAR, 2017, sf. 45.

²³⁷ KARS KAYNAR, 2017, sf. 46.

donatılmalıdır. Neoformalizmin burada üstü kapalı olarak ifade etmek istediği husus, hukuk düzeninin ileride doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkların çözümünü normlar vasıtasıyla öngörerek tarafların ‘kutsal’ iradelerine dolaylı yoldan hakaret ettiği. Üçüncü örnekse temelini hukuksal realizmde bulan ve sonrasında Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın (EHÇ) geliştirdiği hukuksal belirsizlik tezine yöneliktir. Neoformalizm, yazara göre hukukun belirsiz karakterini kabul edip bu belirsizliği giderme yönünde bir çabaya girişmez²³⁸. Hukuk düzeni uyuşmazlıkları çözme çabasını bırakmalı, bireylerin menfaatlerine karışmamalıdır. Hukuk normları ancak, uyuşmazlığın tarafları arasında uzlaşma sağlamayı ve kamusal yargı mekanizmasının hakimde somutlaşan yargılama yetkisini arbuluculuğa bırakmayı hedeflediği ölçüde adil olabilir²³⁹. Tüm bu açıklamalardan sonra denebilir ki hukuki realizm akımı, uyuşmazlık çözümü sürecinin özelleştirilmesi doğrultusunda hukuksal pratiklerde radikal bir görünümü bize yansıtmaktadır. Çünkü hukuk kurallarının belirleyiciliği neoformalizmde önemini yitirmiş; haklarla bezenmiş hukuk öznesi bireyin yerini kimlik sahibi birey almıştır²⁴⁰.

Hukuki realizm ile, genel olarak AUÇY ve özel olarak arbuluculuk arasında bağlantı kurulması²⁴¹; ilk başta absürt, abartılı, alakasız gibi görünüyor olabilir. Ancak biraz dikkatle incelendiğinde hukuki realizm düşüncesine ilişkin argümanların istemsiz/kasıtsız bir biçimde de olsa arbuluculuğun meşruiyetini sağlamaya çabalayan argümanlara etki bıraktığı iddia edilebilir²⁴². Hatta bunun da ötesinde, arbuluculuğu, yargılama sürecine dair sağlam eleştiriler getiren fakat mevcut sürecin karşısına tam

²³⁸ KARS KAYNAR, 2017, sf. 46.

²³⁹ KARS KAYNAR, 2017, sf. 46.

²⁴⁰ KENNEDY, 2017, sf. 98-99.

²⁴¹ AUÇY’nin tarihsel gelişiminden bahsederken değindiğimiz 1976 yılında ABD’de düzenlenen konferans, realistlerin düşünsel temellerini atan Sosyolojik Hukuk İlmi akımının kurucusu Roscoe Pound’a atıfla “Pound Konferansı” olarak adlandırılmıştır. Bu akımın ortak özellikleri i) Hukukun soyut içeriğinden ziyade, yaşamdaki işleyişine ve gerçekleşmesine odaklanmak, ii) Hukuku, insanın akli çabalarıyla daha iyi bir hale getirilebilecek sosyal bir kurum olarak saymak, iii) Hukukun yaptırımdan ziyade, hizmet ettiği sosyal amaçlar üzerinde durmak, iv) Kanun hükümlerini, sabit kalıplar olarak değil de sosyal bakımdan adalete götürececek kurallar olarak görmek ve v) Yaptıkları çalışmalarda pragmatik felsefeden etkilenmek olarak sıralanabilir. GÜRKAN, Ülker, Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, sf. 46.

²⁴² GIABARDO, Carlo Vittorio, ‘American Legal Realism in Dispute Resolution: Alternative Dispute Resolution as a “Realist” Project’, Iuris Dictio, Yıl:2020, Sayı:25, sf. 63-65.

anlamıyla alternatif bir yargılama programı/planı koymayan²⁴³ hukuki realizmin günümüzdeki onaylayıcı programı olarak görmek mümkündür²⁴⁴. Bu iddialarımızın altını doldurma çabasına girişmeden önce oldukça önemli bir hususun aydınlatılmasını elzem görüyoruz: Bu çalışma bütünlüklü olarak ne bir realizm karşıtlığı, ne de bir formalizm savunusudur. Maddi yaşamda belirip yargılama dünyasına yansıyan uyuşmazlık çözümü konusunun mevcut haliyle nasıl gerçekleştirildiği veya gerçekleştirilmesine yönelik bir çözüm önerisi bu çalışmanın ilgisini fazlasıyla aşmaktadır. Çalışmanın ilgisine mazhar olan esas husus uyuşmazlık çözümünün özelleştirilmesinin AUÇY vasıtasıyla gerçekleştirildiği ve bu durumun ağırlıkla arabuluculuk ile icra edilerek neoliberal dönemin bir özgünlüğü olduğunun serimlenmesidir.

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki realizmin AUÇY'ye ve arabuluculuğa etkisi amaçlanmayan ve istemeden yapılan bir etkidir. Çünkü realistler ne bu yönde bir talep ortaya koymuşlar, ne AUÇY'nin desteklenmesine yönelik bir girişimde bulunmuşlar ne de kamusal yargı mekanizmasının silikleştirilmesini tahayyül etmişlerdir²⁴⁵. Hatta AUÇY savunulurken realizmin argümanlarıyla yetinilmemiş, bu argümanların ötesinde yukarıda kısaca değindiğimiz (aşağıda da spesifik olarak bahsedeceğimiz) üzere hukuki realizmin formalizme dönük (bazılarının oldukça yerinde olduğu görüşünü paylaşarak) eleştirileri, arabuluculuk mantığında bazı radikal görünüm almıştır.

Realizmin arabuluculuğa etkisi hiç şüphesiz temelde formalizm karşıtlığı üzerinden şekillenmektedir. Gerçekten de yargı kararlarının şekillenmesinde hukuk kurallarının belirleyici rolüne yapılan düşük tonlu vurgu, uyuşmazlıkların arka planındaki gerçekliklere/olgulara daha fazla önem verme ve adalet sisteminin daha iyi bir şekilde

²⁴³ Gürkan, akımın mensuplarından Jerome Frank'ın yargılamanın subjektifliğinin azaltılmasına yönelik öne sürdüğü bazı önerileri sıralamıştır. Bunlar: i) Karar gerekçelerinde dellilere yer verilmesi, ii) Maddi hukukun katı niteliğini aşındırmak, iii) Usul kurallarının yumuşatılması iv) İlk derece mahkemelerinde bazı tekniklerin geliştirilerek hakimlerin özel bir eğitime tabi tutulması ve v) Psikolojik verilerden yararlanmak. GÜRKAN, 1967, sf. 85-86. Ancak kanaatimizce sayılan bu maddeler yargılama sürecinin alternatifine değil, onarılmasına yönelik çözüm önerileridir.

²⁴⁴ RUBINSON, Robert, 'Realizing Dispute Resolution: Meeting the Challenges of Legal Realism Through Mediation', Nevada Law Journal, Yıl:2017, Sayı:18, sf. 3. Rubinson, makalesinin sonunda realizmin kurucularından Holmes'un arabuluculuk sistemiyle gurur duyacağını ifade ediyor. sf. 32.

²⁴⁵ GIABARDO, 2020, sf. 74.

işlemesi için hukuk kurallarının lafzının ötesine geçilmesi gerekliliğinde yapılan ısrar gibi hukuki realizmin temel prensipleri, AUÇY öğretisiyle uygun bir şekilde örtüşmektedir²⁴⁶. AUÇY'nin ABD'de oldukça tanınan geliştiricilerinden ve savunucularından birisi olan Menkel-Meadow da bu bağlantının altını çizerek, menfaat temelli bir yöntem olduğu kabul edilen arabuluculuğu hukuki realizmin bir mirası olarak gördüğünü, her ikisinin de 'kitaplardaki hukuk'la insanların menfaatleri ve ihtiyaçları arasındaki etkileşimin ifadeleri olduğunu belirtmiştir²⁴⁷.

Yukarıda bahsedildiği üzere realistler, hakimlerin politik, ahlaki, iktisadi ön yargılarının yargılamada önemli bir rol oynadığını, verilen hükümde hukuk kurallarının ikinci planda olduğunu savunmuşlardır. Tarafsızlığın mümkün olmadığına dair yapılan bu çıkarım²⁴⁸ ve bunun açıkça hakimler tarafından doğrulanışı toplum nezdinde hukukun meşruiyetinden ödün verilmesi riskini de içinde barındırmıştır²⁴⁹. İşte arabuluculuk da bu riski bertaraf edip, bu zorlu sorunla boğuşmak yerine meseleye (hakimlerin hükümleri nasıl vermeleri gerektiği sorununa) oldukça basit bir çözüm geliştirmiştir: Uyuşmazlık çözümünde hakimin ortadan kaldırılması ve bu görevin taraflara verilmesi²⁵⁰. Gerçekten de hakimin yerine geçen arabulucu, 'tarafsız üçüncü kişi' olarak karar verme yetkisine sahip değildir, sadece uyuşmazlığa düşmüş tarafları yönlendirmekle görevlidir. Bununla beraber taraf iradelerine verdiği önemle arabuculuk kurumunun bir yandan tarafları güçlendirdiği gibi bir yandan da mahkemelerin meşruiyetini tartışma konusu haline getirdiği iddia edilebilir²⁵¹. Ancak burada belirtmeliyiz ki uyuşmazlık çözümünde karar verici makamın hakimden uyuşmazlığın taraflarına aktarılışı elbette ki

²⁴⁶ GIABARDO, 2020, sf. 74.

²⁴⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie, 'Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)', Georgetown Law Journal, Yıl:1995, Sayı:83, sf. 2677.

²⁴⁸ Realistlerden Jerome Frank'ın görüşlerine göre: 'İddia edildiğinin aksine, kazaî faaliyet mükemmel olmaktan çok uzaktır. Kazaî faaliyette hâkim, insan olması sebebiyle, beşeri zaafarla malüldür ve bu durumu kararlarına da tesir eder. [...] kazai faaliyet beşeri zaaf ve hatalarla mahul kişilere dayanmaktadır.' GÜRKAN, 1967, sf. 65-67.

²⁴⁹ RUBINSON, 2017, sf. 26.

²⁵⁰ RUBINSON, 2017, sf. 24.

²⁵¹ RUBINSON, 2017, sf. 26.

realizme oldukça uzak bir konudur ve kuramın herhangi bir teorisyeninin görüşlerinde böyle bir çözüm önerisinin izinin sürülmesi mümkün değildir²⁵².

AUÇY ve arabuluculuk mantığının, realistlerin argümanlarından etkilendiğini düşündüren bir diğer husus, her uyuşmazlığın, davanın, dolayısıyla çözümün kendine has, bireysel olduğuna yönelik ileri sürdükleri görüşlerdir. ‘Soyut’un yerine ‘somut’u koyan bu yaklaşımda, uyuşmazlıkların geniş bağlamı ve kendine özgü durumuna bu kadar yoğun bir vurgu yapılması, kaçınılmaz olarak çıkan her anlaşmazlığı sanki daha önce yaşanmamış benzersiz bir olay olarak görmeye ve ele almaya yol açar²⁵³. Bu nedenle, formalistlerin ‘kuru ve soyut’ mantığının adaleti insansızlaştırmasına karşılık²⁵⁴ arabuluculuk süreci, formalist mantığın önceden belirlenmiş reçetelerinden kaçınarak, (kanunlarda bulunmayan) ‘insan dünya’sının merkeziyetine odaklanmaktadır²⁵⁵. Her anlaşmazlık, her hukuki dava kendine özgünse o halde bunların çözümüne yönelik arayışlar da farklı farklı olmalı, dolayısıyla uyuşmazlıktan uyuşmazlığa özelleşmeli, ayrışmalıdır. Formalist mantığın, benzer kategorilere dahil edilen uyuşmazlıklara kanunlarca benzer çözümü öngören anlayışına²⁵⁶ karşılık, arabuluculuk sistemi taraflara yaratıcı, bireysel, özelleştirilmiş çözümler sunar ve taraflar herhangi bir kanuna bağlı kalmaksızın istedikleri herhangi bir yolla uyuşmazlıklarını çözebilirler²⁵⁷. Nitekim uyuşmazlık çözümü ve adaletin tesisi AUÇY ve arabuluculuk mantığında (ve realist düşüncede) evrensel bir kavram değildir, yalnızca çoğunlukla onunla doğrudan ilgilenenler tarafından tayin edilir²⁵⁸.

Disiplinlerarası ilişki kurma çabası, yine hem realizm akımında, hem de AUÇY ve arabuluculukla ilgili çalışmalarda gözlemlenebilen bir diğer sürekliliktir. Özellikle sosyoloji ve Gürkan’ın kuramın dört temel özelliğinden birini sayarken yer verdiği

²⁵² GIABARDO, 2020, sf. 75.

²⁵³ GIABARDO, 2020, sf. 76.

²⁵⁴ RUBINSON, 2017, sf. 24.

²⁵⁵ RUBINSON, 2017, sf. 25.

²⁵⁶ GIABARDO, 2020, sf. 76.

²⁵⁷ RUBINSON, 2017, sf. 25.; GIABARDO, 2020, sf. 76.

²⁵⁸ GIABARDO, 2020, sf. 76-77.

psikoloji²⁵⁹, hukuki realizm temsilcilerinin hukukla bağlantı kurma çabalarında başvurduğu alanlardır. Arabuluculuğu ise yine bu durumun uç bir noktaya taşınması (belki de tamamen farklılaşması) olarak görebiliriz; zira kendisi, varlığını adeta farklı disiplinlerin bir araya gelmesine borçludur. Psikoloji, antropoloji, sosyoloji gibi sosyal bilimler disiplinleri, arabuluculuğun kökenini, gelişimini ve uygulama sürecini açıklama çabasında önemli roller oynamaktadır²⁶⁰.

Yine formalist anlayışa bir tepki ve hukuka sosyolojik bir isyan²⁶¹ olarak Serbest Hukuk Akımı'nın da arabuluculukla uzak bir ilişkisi olmadığından bahsedilebilir. Heper, dünyada ve ülkemizde yayılan arabuluculuk sisteminin yargılamayı devlet tekelinden çıkarıp uyuşmazlığın taraflarına ağırlık verdiğiinden, özel bir yargılama sistemi olduğu için arabuluculuğun bize akımın öncülerinden Eugen Ehrlich'i hatırlattığından bahseder²⁶². Nitekim Topçuoğlu da bu akımın mensuplarının ortak noktası olarak *'dogmatik hukuk kaynaklarının iktisadi ve ticari hayatın dinamizmine ayak uydurmaması karşısında yeni hukuki uyuşmazlıkların uygun bir çözüme bağlanabilmesi için hakim'in çözümleri başka yollarla bulması'*²⁶³ ifade etmektedir. Şahin Ceylan'a göre de AUÇY'ye ilişkin kuramsal arayışlara bakıldığında 'yaşayan hukuk' olgusunun ön plana çıktığı görülebilmekte ve AUÇY'nin kendisi çoğulcu eğilimler tarafından beslenmektedir²⁶⁴.

Başlığı sonlandırırken tekrara düşmekten çekinmeden, ısrarla ve üstüne basa basa hatırlatmak gerekir ki kapitalist üretim tarzı varlığını sürdürdükçe hukukun formalist yönünden bir öz olarak vazgeçilemez. Çünkü sistemin sürdürülmesindeki temel motor işlevini üstlenen sermaye birikimi için önceden belirlenmiş, genel, soyut, öngörülebilir kuralların varlığı (ve bunların nihai bir değerlendirmede belirleyici rol üstlenme özelliği) olmazsa olmazdır. Hukuk maddi yaşamı anlamlandırma yönünde kendi başına

²⁵⁹ GÜRKAN, 1967, sf. 40-43.

²⁶⁰ RUBINSON, 2017, sf. 28.

²⁶¹ TOPÇUOĞLU, Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri: Sosyoloji Açısından Hukuk, Cilt 1, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963, sf. 20.

²⁶² HEPER, Altan, Serbest Hukuk Akımı, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 308.

²⁶³ TOPÇUOĞLU, 1963, sf. 33.

²⁶⁴ ŞAHİN CEYLAN, 2009, sf. 200-201.

yeterli olmaz, bu sebeple genel anlamda üstyapıda yer alır ve bir üstyapı kurumu olarak salt bir belirlenen değildir, aynı zamanda dolayımıladığı toplumsal ilişkileri belirler de. Dolayısıyla kapitalist üretim tarzı ve bunun içinden türeyen üretim ilişkileri hukuksal alanı belirlediği kadar hukuksal alan da bu üretim ilişkilerininin yürütülüşünü belirler. Ne var ki, sürecin temelini belirleyen sermaye birikimi olgusunun *nasıl* gerçekleştirileceğine dair *hukuk kuralları* neoliberal dönemde görüldüğü üzere esneyebilir, ek olarak bundan etkilenen toplumsal alanın, burada cereyan eden mübadele alanı haricindeki diğer ilişkilere dair kuralları da taraf iradelerininin kutsanması uğruna esnetilebilir.

2.3.5. Yargının Özelleştirilmesinin Bir Ayağı Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Çalışmanın bu bölümüne kadar yer yer ifade ettiğimiz üzere AUÇY'nin esas anlamı yargının özelleşmesine ilişkindir. Herhangi bir liberal kuramda piyasa alanına dahil edilmeyen yargılama mekanizması, sermayenin gelişen ihtiyaçları doğrultusunda büyük çoğunlukla AUÇY eliyle piyasaya devredilmekte, özelleşmektedir. Her ilişki ve nesnenin alım satıma konu olabildiği bir düzende yargılamanın da gittikçe meta haline bürünerek bir sektör halini alması kapitalizmin önsel kabullerinden dahi uygulamada vazgeçilebileceğinin çarpıcı bir örneğini göstermektedir. Özdek'in aktardığı bir veriye göre çoğunluğunu ABD'li şirketlerin oluşturduğu faaliyeti uluslararasılaşmış elli hukuk firmasının 2007-2008 yıllarında elde ettiği elli beş milyar poundluk karın %28'i AUÇY'den elde edilmiştir²⁶⁵.

Özelleşmenin ilk ayağı olarak gittikçe büyüyen hukuk ve yargılama şirketleri gösterilebilir. Bunlar gerek AUÇY hizmetleri vermeleriyle gerekse de AUÇY'ye dair verdikleri eğitimlerle piyasada görünmekte ve rekabet etmektedirler. Bugün ülkemizin dört bir yanında açılan ve faaliyetlerini yürüten arabuluculuk merkezleri²⁶⁶ hacimsel

²⁶⁵ ÖZDEK, 2015, sf. 227.

²⁶⁶ İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Başkanı, 'Arabuluculuk Merkezleri: Fonksiyonları, Şirketleşmeleri ve Mali Boyutu' adlı bir panelde yaptığı konuşmasında bu merkezlerin ülke çapında yaklaşık 260 kadar olduğunu ve daha da yayıldığını ifade etmektedir. Aynı konuşmasında bu merkezlerin herhangi bir hukuki yapıya kavuşmadığını, bazılarının dernek bazılarının şirket olarak faaliyet yürüttüğünü ancak yakın zamanda çıkartılacak bir kanunla bu konunun da netleşeceğini altını çizmektedir. <https://www.youtube.com/watch?v=hIUy0mLWUjw> (erişim tarihi 16.12.2020).

anlamda genişlemektedir. Müvekkil kavramının yerini müşterinin aldığı bu merkez ve şirketlerde temel hedef uyumsuzluğu en kısa süre içinde çözebilmektir. Kamusal yargı mekanizmasının somutlaştığı mekan olarak mahkeme salonu, AUÇY ile beraber yerini özel şirketin müzakere masasına bırakmıştır²⁶⁷. Bu durumla uyumlu bir biçimde avukatlık mesleğinin de bir dönüşüm içine girdiği iddia edilebilir. Nitekim AUÇY faaliyetlerini yürütenlerin neredeyse tamamı avukatlık mesleği kökenlidir. Deyim yerindeyse temel amacı müvekkilinin mahkemeler önünde haklılığını tespit etmek olan avukat, AUÇY faaliyetlerinde bir ortak yol bulma uğruna müşterisinin haklarından sürekli taviz vermeye zorlanıp pazarlık yapan bir arabulucuya dönüşmektedir. Bilindiği üzere müzakerecilik faaliyeti daha çok pazarlama sektöründe faaliyet gösterenlerin, reklamcılıkla uğraşanların, işletmecilerin uzman olduğu bir ilişki biçimidir. İşte avukat da günümüzdeki bu dönüşümde bu ilişki biçimine zorlanan bir müzakereci rolünü üstlenmektedir. AUÇY şirketleri tarafından verilen eğitim programlarında avukatlara telkin edilen önemli hususlardan biri hak savunma algılarını terk etmeleri, menfaatler dünyasına giriş yapmalarındır²⁶⁸. Çünkü AUÇY faaliyeti yürütenlerin esas amacı tarafların üzerinde uzlaşacağı bir çözüm bulmaktır, bu çözümün kamu yararına uygun olması veya 'adil' olması beklenmez²⁶⁹. Özetle yargının özelleşmesi sadece kendisinin kamusalının tasfiyesi yönünden değil, temel unsurlarından savunmanın bileşeni avukatın bir piyasa nesnesi olması yönünden de gerçekleşmektedir. Ayrıntıları arabuluculuk başlığında detaylandıracağımız için bu kısımda daha fazla açıklamaya girişmeyeceğiz.

Özelleşmenin diğer bir ayağı AUÇY'ye dair verilen eğitimlerdir. Arabuluculuk Kanunu'nun yönetmeliğinde bu eğitimlerin her ne kadar hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verileceği düzenlenmişse de bu kurumların kendisi neredeyse hiç eğitim vermemekte, AUÇY şirketleri özellikle fakülteler ve TBB kurumsal yapıları altında bu eğitimleri satmaktadır. Dolayısıyla bu eğitimler, hukukun birçok alanında zorunlu hale gelmesiyle

²⁶⁷ DAY, Meagan, The Conference Room Is Replacing the Courtroom, 2018, <https://www.jacobinmag.com/2018/04/mandatory-arbitration-class-action-lawsuit> (erişim tarihi 01.05.2020)

²⁶⁸ ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 250.

²⁶⁹ ÖZDEK, 2015, sf. 229.

uygulaması genişleyen alanda bir pazarlama ve kazanç kapısı haline gelmiştir²⁷⁰. Bununla beraber büyüyen pastaya bir de soru bankaları eklenmiştir. Arabulucu ve uzlaştırıcı olmak için sınav zorunluluğu olması, arabulucu ve uzlaştırıcı adaylarını bu soru bankalarını satın almaya teşvik etmektedir.

Bunların yanında bir diğer özelleşme görünümü uyuşmazlığın çözümünün niteliğine ilişkindir. Kamusal yargı mekanizmasının yaptığı yargılama sonucunda verdiği karar kamusal bir nitelik ve kesinlik taşırken, AUÇY sonunda varılacak çözümün döküldüğü belge bir özel hukuk sözleşmesidir.

²⁷⁰ ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 252.

3. BÖLÜM: ARABULUCULUK KURUMU VE TÜRKİYE'DEKİ GÖRÜNÜMÜ

3.1. ARABULUCULUK KURUMU

3.1.1. Genel Olarak

Nasıl özel hukuk, tarihsel bakımdan hukuk sisteminin çekirdeğini oluşturuyorsa arabuluculuk da AUÇY'nin modern anlamda temelini oluşturur²⁷¹. Gerçekten AUÇY başlığı altında sayılan diğer yöntemler (uzlaştırma, müzakere, kısa duruşma, hakim kiralama vs.) arabuluculuk yönteminin birer uzantısı olarak görülebilir. Bu yüzden hukukun neoliberal dönüşümünü AUÇY üzerinden anlatma çabasına girişen bir çalışmanın arabuluculuğu kendisine odak noktası yapması gerekmektedir. Zira AUÇY içinde en sık kullanılan alternatif çözüm yöntemi arabuluculuktur.

Arbuluculuğu serimlemeye teori ve pratiğin zamanla bazı yönler bakımından ayrı düşmesinden bahsederek başlamak uygun olabilir. Neoliberal pratiğin, zamanla neoliberal teoriyle bazı yönler bakımından ters düşmesi gibi, tüm dünyada ve ülkemizde AUÇY özelinde arabuluculuk ile ilgili geliştirilen teorilerin de pratikle ayrıştığı noktalar olmuştur. Temelinde gönüllü olarak başvurulabilecek bir yol olmasına rağmen, bu çalışmanın yapıldığı bugünlerden bakıldığında arabuluculuk düzenlemelerinin gittikçe hukukun her alanında başvurulması zorunlu olan bir yol olduğu, olmayanların da oldurulmaya çalışıldığı görülebilmektedir. İstisnanın kaidenin kendisine dönüştüğü iddiası pek yanlış görünmemektedir. Yine arabuluculuk başlarda daha basit uyuşmazlıklar için öngörülmüşse de, bugün gittikçe çözülmesinin daha karmaşık olduğu

²⁷¹ Burada akla hemen 'Neden tahkim değil?' gibi bir soru gelebilir. Tahkim, bir yargılama yöntemi olarak muhakkak devlet yargısının karşısında konumlandırılabilirse de kanaatimizce AUÇY'nin tüm dünyaya bir pratik olarak yayılmasının gerekçesini ve modelini oluşturamaz, zira doğuşu itibarıyla AUÇY, devlet yargısının yanında tahkim yargısının da 'alternatif'i olma iddiasını taşır. Tahkim, yukarıda kısaca değindiğimiz üzere tarihsel açıdan (ve bugün de) sadece ticari yönden uyuşmazlıklar için bir anlam ifade eder. Örneğin 'aile tahkimi' gibi bir tabir söz konusu değildir.

İldir da tahkimi tam anlamıyla AUÇY içine yerleştirmemekte; bu yerleştirmemeyi tahkim yargısının masraflarının yüksekliği, taraf katılımının mutlaklığı, davalı tarafın davayı uzatma taktikleri, tahkim kararlarının kesin hüküm niteliğinde olması ve devlet yargısının bir şekilde tahkime müdahale edebilme kabiliyeti gibi nedenlerle açıklamaktadır. ILDIR, 2003, sf. 27, sf. 61.

hukuksal durumlar için de düzenlenmiş ve daha kapsayıcı bir görünüme bürünmüştür. Bu bürünmeyle beraber arabuluculuk faaliyeti yürüten kişilerin sadece kapsamlı bir mevzuat bilgisiyle donanımlı olması ve/veya müşteriye dönüşen müvekkilinin haklarından taviz vermesi değil, iletişim tekniklerini bilmesi ve psikoloji eğitimi (giriş mahiyetinde de olsa) almış olması da kendilerinde aranacak özellikler olarak gittikçe karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuğun kamuoyuna tanıtılması sürecinde en sık dolaşıma sokulan argümanlardan biri, AUÇY'den ve özellikle arabuluculuktan bahsederken 'alternatif çözüm yöntemi' yerine 'dostane çözüm yöntemi' tabirinin kullanılmasıdır. Alternatif kelimesinin yerine sıklıkla vurgulanan bu 'dostane' ve 'barışçıl' söyleminin ikili bir işlev taşıdığı iddia edilebilir: İlki klasik yargılama mekanizmasına 'alternatif' bir yargılama mekanizması inşa edilmediğinin savunusu, ikincisi de kamusal yargı mekanizmasının 'düşmanca' ve 'savaşçıl' olduğunun üstü örtülü bir şekilde propagandası. Bugün gelinen noktada arabuluculuğun yukarıdaki paragrafta bahsettiğimiz gibi (gidişata bakıldığında ileride daha da kapsayıcı olacak biçimde) neredeyse her uyuşmazlık türünde başvurulması zorunlu bir yol olarak öngörülmesi ve bu öngörmeyle kalmayıp eğitim müfredatlarına sokulup kamu spotu şeklinde reklamlarla tanıtılarak yaygınlaştırılması şüphesiz kamusal yargı mekanizmasının tasfiyesi olarak değerlendirilmelidir. Gidişata bakılırsa esasen devlet mahkemeleri 'alternatif' bir çözüm yolu yapılmaya çalışılmaktadır. Kamusal yargının, dolaylı yoldan 'savaşçıl' olarak konumlandırılması, bize mahkemelerin öcüleştirilerek Antik Roma'daki arenalar gibi birer savaş alanı²⁷² olarak yansıtılmasını ve davacı ile davalının

²⁷² 'Husumet esasına dayalı olan yargı yolunda, hukukçuların belirledikleri stratejilerle, taraflar, bir kazan kaybet savaşını benimsemek zorunda kalırlar.' ILDIR, 2003, sf. 62.

'Bu strateji (yargı yolu), bireyin kendi çıkarlarını diğerinin isteklerinin önünde tuttuğu, grup kazancından ziyade, kendi kazancını ön plana aldığı bir stratejidir. Saldırgan bir stratejidir ve bireysel olarak diğerine karşı üstünlük sağlamak, galip gelmek, kazanmak temel motivasyondur. Genel olarak, çatışmaların şiddetini artıran bir stratejidir' T.C. Adalet Bakanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2019, sf. 19.

(Mahkemelerin, arabuluculuğun aksine kazan-kaybet temelli bir yöntem olduğu belirtildikten sonra) 'Bunlarda hedef, pastadan en çok payı almak ve zafer elde etmektir.' SİĞRİ, Ünsal / VAROĞLU, A. Kadir, Müzakere ve Arabuluculuk: İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, 1. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, sf. 50.

'Müzakerenin nasıl yürütüleceği hususunda iki adet yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki rekabetçi müzakeredir. Rekabetçi müzakerede (kamusal yargılamada) müzakere kazanılması hedeflenen bir savaş olarak görülmektedir. Burada tarafların amacı kazançlarını mümkün olduğunca arttırmaktır ve bunu

birbirlerini alt etmeye çalışan gladyatörler olarak tasvir edildiğini andırmaktadır. Sahiden de gündeme geldiği ilk zamanlardan bu yana arabuluculuğun bir ‘kazan-kazan’ yöntemi olduğu ve bu vesileyle menfaatleri dengeleyerek²⁷³ toplumsal barışa hizmet ettiği öne sürülmektedir. Bunu iki taraf geçmişi değil geleceği düşünerek gerçekleştireceklerdir²⁷⁴. Halbuki bilinen bir gerçektir ki özünde devlet mahkemeleri dava taraflarından birini şampiyon/galip ilan edip diğerini ikinci/mağlup ilan etmez, önüne sunulmuş belgelerle yaptığı muhakeme sonunda o davada hangi tarafın kanunen haklı olduğunu tespit eder. Özetle, hükmü ‘davacı davayı kazandı’, ‘davalı davayı kaybetti’ şeklinde kurmaz, uyuşmazlık hakkında hukuka uygun bir şekilde resen bir karar verir²⁷⁵. Arabuluculukta ise varılan çözüm, iddiaya göre taraflarca kararlaştırılacağı için yaratıcı ve yenilikçi çözümler olacak²⁷⁶, bu vesileyle ‘kaybeden’ bir taraf olmayacaktır. Arabulucu burada müzakerelerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayan ve yol gösteren kişi olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷⁷. Gerçekten de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun arabuluculuğu tanımlayan 2. maddesinin hükümet gerekçesinde bu durum ‘*Arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerisinde bulunamaz [...] Arabulucu, [...] haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.*’ ifadeleriyle yer almaktadır²⁷⁸.

hedeflerken ortak menfaatler hesaba katılmamaktadır. Kazan-kaybet düşüncesi hâkimdir.’ KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, sf. 25.

²⁷³ ŞAHİN CEYLAN, 2009, sf. 182.

²⁷⁴ TANRIVER, Süha, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2006, Sayı:64, sf. 158.

²⁷⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesi, ‘Hakim, Türk hukukunu resen uygular’ maddesini bünyesinde barındırmaktadır.

²⁷⁶ ILDIR, 2003, sf. 62.

²⁷⁷ ŞAHİN CEYLAN, 2009, sf. 249-250.

²⁷⁸ Üstelik, 12/10/2017 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18. maddesine eklenen bir fıkayla, arabuluculuk faaliyetinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında tarafların sonradan dava yoluna başvuramayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu vesileyle hemen belirtmek gerekir ki hakkının yendiğini düşünen bir kişinin hak arama çabası kendisinde ve mensup olduğu toplumda uzlaşma kültürünün olmadığı anlamına gelmemektedir. Vatandaşın dilinde ‘bunu hakime anlatırsın’, ‘mahkemede görüşürüz’ söylemleriyle somutlaşan kanunların ona sağladığı yetkiyi kullanacağına dair bildirim ve kullanması onun yargı sistemini meşgul ettiğini değil hak arama özgürlüğünü kullandığını ifade eder, ki kişinin karşı tarafa hukuki haklarını işleteceğine dair bildirim Ceza Kanunu kapsamında tehdit suçunun unsurlarını da oluşturmaz. Bu uzlaşma kültürünün yoksunluğu üzerinden geliştirilen argümanların aslında yine üstü kapalı bir şekilde ‘devlet mahkemelerinin toplumların barış/sevgi kültürünü bozmaya elverişli olduğu’ düşüncesini²⁷⁹ öne çıkarmaya çalıştığını ve pekiştirdiğini iddia edebiliriz. Burada -belki de bilerek- görmezden gelinen husus uyuşmazlıkların hukuk

²⁷⁹ Arabuluculuk faaliyetinin, toplumda uzlaşma kültürünün tekrar tesisinde rol oynayacağına dair bir düşüncenin mefhum-u muhalifinden mevcut uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının uzlaşma kültürüne zarar verdiği sonucu çıkarılabilir.

‘Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz üzere nüfusunun dörtte birinin mahkeme veya icra daireleri önünde bir uyuşmazlığın tarafı olduğu halk kitlesinin uzlaşma kültüründen çok uzakta olduğunu söylemek hatalı olmaz.’ ERDOĞAN, Ersin / ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, 1. baskı, SETA Yayınları, Ankara, 2016, sf. 29.

‘Adı üstünde dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk ile taraflar buldukları çözüm neticesinde helalleşerek ayrılabilirlerdir [...]Arabuluculuk süreci, taraflar arasındaki ilişkilere gereksiz yere zarar vermemekte, hatta bu ilişkilere onarıcı yönde katkı da sağlayabilmektedir’ ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, sf. 297.

‘Bu bir uzlaşma kültürü projesidir [...] Bizlerin en önemli özelliği, sorunlarımızı müzakere ederek mi çözüyoruz yoksa rekabetçi bir tarzda mı? Müzakere var ise, kazan kazan var. Çünkü biz, aynı fabrikayı, aynı işyerini, aynı kentte defalarca yaşayacak isek, o zaman müzakere sürecine girmek zorundayız. Çünkü bu bir toplumsal mimari projesidir’ TÜRÜNÜKLÜ, Abbas, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı’, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (19 – 20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, sf. 271.

‘[...] Geleneksel ihtilaf çözme aracı ve yöntemi olan mahkeme, diğer bir deyişle taraflar arasındaki ihtilafın mahkemede ve dava yoluyla çözümlenmesi durumunda, bir kazanan, bir de kaybeden vardır. O nedenle bu yöntem “kazan-kaybet” anlayışı üzerine kuruludur. Bu yolun izlenmesi veya bu aracın kullanılması durumunda, dava sona erdikten sonra da taraflar arasındaki husumet devam eder, diğer bir deyişle kalıcı bir barış tesis edilemez. Oysa arabuluculuk yöntemiyle ihtilafın çözümlenmesi durumunda, taraflar arasında kalıcı bir barış tesis edileceğinden husumet devam etmez’ COŞAR, Vedat Ahsen, Arabuluculuk Üzerine Bazı Notlar, 2019 <https://www.hukukihaber.net/arbuluculuk-uzerine-bazi-notlar-makale,6513.html> (erişim tarihi 01.09.2020).

‘Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümüne yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır’ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Gerekeşi.

‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, [...] esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür.’ Anayasa Mahkemesi’nin 10.07.2013 tarihli, 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararı.

alanına taşınmadan önce zaten taraflar tarafından konuşulmuş olduğu, uyuşmazlığı çözmeye artık müzakereyle/sözle mümkün olmadığı zaman kanuni yollara başvurulduğudur²⁸⁰. Toplumunu oluşturan kitlelerdeki çoğu bireyin (sadece maddi kazancına odaklanmış avukatları saymazsak) kendisinin veya bir yakınının yaşamında doğan bir sorunun mahkeme önüne gelmesini istememesi iddia edilebilir. Hatta sorunun mahkeme önüne gelmemesi için elinden geleni yapmaya çalıştığı da ifade edilebilir. Bu sebeple arabuluculuğun ‘kavga yerine konuşma’²⁸¹ sloganıyla meşrulaştırılma çabası kişilerin mahkemeye keyifleri öyle istiyormuşçasına başvurduğu, mahkeme onlara ‘kavgacı’ olma fırsatını tanıdığı için onların dava açtığı yanlısamasına sebep olabilecektir.

AUÇY’nin yaygınlaştırılması, arabuluculuk kurumunun yerleştirilmesi ve yargılamanın özelleştirilmesiyle beraber yargının üç kurucu unsurunu oluşturan mesleklerin (özellikle avukatlığın) geçirmekte olduğu dönüşüm de incelenmeye değerdir. Daha ülkemiz özelinde somut bir yasal dayanağı oluşmamışsa da, kamu görevlileri oldukları mutlak anlamda kabul edilen hakimlik²⁸² ve savcılık²⁸³ mesleklerinin de dünya çapında

²⁸⁰ Daha da ileri giderek şu iddiada bulunabiliriz: Kapitalist modernleşmenin ileri olduğu ülkelerde gelişkin hukuk ideolojisinin de etkisiyle bireyler yaşamlarında cereyan eden ciddi ve büyük sorunları hukuksal sorunlar olarak görmekte, bu sorunları hukukun sınırları dahilinde çözmeye çalışmaktadırlar; daha doğrusu çözmeye eğilimindedirler. Çünkü ulusal/kamusal yargı mekanizmasının doğup gelişmesi ve kapitalist üretim tarzının ulusal ölçekte baskın hale gelişi birbiriyle bağlantılı süreçlerdir. Ancak modernleşmenin tam anlamıyla oturmadığı veya geç modernleşen/kapitalistleşen ülkelerde ise sorunların hukuk dışı yollarla çözülmesi eğilimi daha baskındır. Bu ülkelerde mikro ölçekte yerel grupların bireyler üzerindeki etkileri ve yaşamı düzenleme güçleri sayesinde sorunlar ve uyuşmazlıklar yerel otorite sahibi ‘arabulucu’lar tarafından ulusal yargı mekanizması önüne gelmeden çözülebilmektedir.

²⁸¹ Türkiye Barolar Birliği (TBB), Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara, 2012, sf. 114.

²⁸² Çalışmamızda diğer alternatif yöntemleri sıralamanın gereksiz olduğunu düşünsek de bu dipnot aracılığıyla ülkemizde bulunmayan ama ABD’nin bazı eyaletlerinde görülen ‘hakim kiralama’ (rent a judge) yönteminden kısaca bahsetmek gerekebilir. Daha çok emekli hakimlerin kiralandığı bu yöntemde devlet mahkemelerine benzer biçimde bağlayıcı kararlar verilmekte, bu karar mahkeme hükmü yerine geçmektedir. Genellikle aile uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan bu yöntem yargılama sürecinin özelleşmesinin hakimlik mesleği ayağını oluşturur. ŞAHİN CEYLAN, 2009, sf. 307.; GÜN, Servet, Piyasa Hukukunun İnşası: Zorunlu Arabuluculuk, 1. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2018, sf. 57.

²⁸³ Bilindiği üzere savcılık makamı, üzerinde herhangi bir tartışma olmaksızın kabul edilebilecek bir şekilde kamu görevliliği üzerinden tanımlanır. Bu anlayış hala hakim olmakla beraber, ülkemiz özelinde bir değerlendirmede bulunmak gerekirse yukarıda aktardığımız 2015 tarihli Yargı Reformu belgesinde getirilmesi hedeflenen (muhtemelen cereyan eden tepkiler dolayısıyla tartışılmayıp gündeme sokulamayan) savcı-sanık anlaşması denilen yöntem, savcılık makamının özelleşme yolunda atılan ilk adım olarak görülebilir. Başka bir örneği de yine ülkemiz özelinden vermek yerinde olabilir. Medya çalışmaları terminolojisiyle adlarına ‘reality show’ denilen programlar Türkiye’de uzun bir zamandır televizyon yayınları vesilesiyle savcılık makamının yürüttüğü faaliyete benzer biçimde faaliyet

(çalışmanın yapıldığı sıralarda oldukça silik biçimde gözükse de) özelleşme yolunda olduğunu ileri sürmek mümkündür. Ancak pek tabii esas değişim avukatlık mesleğine ilişkindir²⁸⁴. Bir önceki bölümün sonunda dikkat çektiğimiz gibi arabulucuya evrilmeye başlayan avukat, hak arama özelliğinden feragat ederek pazarlık sürecini yürüten kişiye dönüşmektedir. Dönüşüm sadece burada kalmayıp bizce ikili bir rol oynamakta, bu ikili rol ilk olarak bir önceki cümlede ifade ettiğimiz gibi avukatın pazarlık sürecini yürüten ‘bağımsız’ ve ‘tarafsız’ üçüncü kişi olmasını, ikinci olarak da pazarlık sürecindeki müşteriye dönüşen müvekkilinin taraf vekili olmasını²⁸⁵ içermektedir. Bu vesileyle neoliberal dönemin sihirli ve kilit kavramı ‘esnekliğin’ arabuluculuk sürecinde de karşımıza çıktığını iddia edebiliriz. Çünkü müzakere masasında herhangi bir şekilde aranabilir bulunabilmesi için avukatlardan müvekkillerinin haklarından olabildiğince taviz vermesi, bir başka ifadeyle taleplerini karşı tarafa iletirken ‘esnek’ olması istenmektedir. Orta yola ancak bu ‘esnek’ talepler sayesinde ulaşılacağı²⁸⁶ salık verilmektedir²⁸⁷. Yine, avukatın hak arama özelliğini tasfiye eden bir durum olarak arabuluculuk eğitim materyallerinde avukatların varsayımsal olarak karşı tarafın avukatıymış gibi

yürütmektedir. Bu programlarda ortada suç konusu oluşturabilecek (hatta sonradan anlaşıldığı üzere oluşturan) olaylar soruşturulmakta, suçla ilişkili insanların beyanlarına başvurulmaktadır. Program sunucuları, bir savcı edasıyla kişilere sorular yöneltmekte, bu sorularla bir nevi maddi gerçeği açığa çıkartmaya çalışmaktadırlar. Devlet tarafından herhangi bir engelle veya maddi bir yaptırımla karşılaşmayan bu programların stüdyo binalarına yayından sonra kolluk kuvvetlerinin de intikal ettiği görülebilmektedir. Programlarda yürütülen faaliyet gazetecilik mesleği yürütüldüğü iddiasıyla savunulup normalleştirilse de, faaliyetin ceza muhakemesi hukuku anlamında soruşturma mefhumunu özelleştirdiği ve savcılarının ‘yük’lerini azalttığı iddia edilebilir.

²⁸⁴ Burada avukatlığın dönüşümünü sadece arabuluculuk faaliyeti üzerinden incelediğimizi belirtelim. Avukatlık mesleği ve hizmeti, sadece arabuluculuğa evrilmesiyle değil, proleterleşmesiyle de bir dönüşümün girdabında görünmektedir. Konu, çalışmamızın limitlerini fazlasıyla zorlayacağı için burada değinmiyoruz; ancak Türkçe’de bu konuda oldukça özgün bir çalışmanın mevcut olduğunun belirtilmesinde yarar görüyoruz: AKBAŞ, Kasım, Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015.

²⁸⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 15. maddesinin 6. fıkrası tarafların arabuluculuk görüşmelerine avukatları aracılığıyla katılabileceklerini düzenlemiştir. Ancak bu görüşmelerde bulunan avukatın mahkemelerdeki gibi bir tutumunun olması beklenmemektedir.

²⁸⁶ *‘Taraf vekilleri, görüşmeler esnasında hukuken önemli olan ile müvekkil için önemli olanı ayırt etmeli, sürece bu ayırım üzerinden devam etmelidir. Zira arabuluculuk sürecinde haklılıktan ziyade üzerinde anlaşılabilir çözüm önemlidir.[...] Avukatın müzakerelerdeki tek görevi mahkeme yargısında olduğu gibi müvekkilinin davasını ve haklılığını anlatmak ve müvekkilini salt temsil etmek değildir. Avukat müvekkilini temsil etmenin yanında müvekkiline yol göstermek ve tavsiyede bulunmak, hukuki bilgiden yoksun müvekkili tecrübesi ile yönlendirmekle de mükelleftir’* ÇİL, Selda, Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2019, sf. 158.

²⁸⁷ T.C. Adalet Bakanlığı, 2019, sf. 141.; KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, sf. 309.

düşünceleri istenmektedir²⁸⁸. Böylece arabuluculuk sürecinde karşı taraftan gelebilecek talepler önceden bilinebilecek, müzakere masasındaki ‘strateji’ler buna uygun yürütülebilecektir.

Bunlarla beraber arabuluculuğun (zorunlu olmasından bağımsız bir şekilde) toplumsal sorunları bireysel sorunlarmış gibi gösterdiği iddia edilebilir. Münferitliğe dair bu içkinlik kurumun liberal niteliğinin saptanması yönünde önemli bir veridir. Çünkü maddi yaşamda belirip hukuk dünyasının konusu haline gelen uyuşmazlık olgusu sadece ilgili taraflara özgü sorunlar değil, aynı zamanda toplumsal sorunlardır. Şüphesiz insan yaşamı katı bir nedensellikte anlaşılabilir, aynı toplumsal sorunlara karşı toplum içindeki bireyler farklı yanıtlar üretebilirler. Ancak burada dikkat çekmeye çalıştığımız husus sorunlarla karşılaşan bireyin bu sorunlara verdiği öznel yanıt değil, karşı karşıya olduğu nesnel ilişkilerdir. Sadece işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklar yönünden değil, aile uyuşmazlıklarında kadın-erkek, kira uyuşmazlıklarında kiracı-kiraya veren, tüketici uyuşmazlıklarında şirket-müşteri, hatta ticari uyuşmazlıklarda ticaret hacmi daha büyük şirketle küçük olanı arasında verili bir hiyerarşi ilişkisi mevcuttur. Kanunlarda zayıf tarafı koruyan hükümlerin bulunması bu ilişkiyi tersine çevirmemekte bilakis yeniden üretmektedir. Aynı kamusal yargıda olduğu gibi, arabuluculuk süreci de yeniden üretilmiş bu çelişkileri tekrar yeniden üreten bir işleve sahip görünmektedir.

Nihayet, AUÇY’nin yargıda özelleşmenin temel görünümü olduğu gerçeğini bir şekilde örten ideolojik argümanlara göz atmak meselenin daha net bir biçimde anlaşılabilmesi için uygun zemin hazırlayabilir. Bu argümanlar esasen AUÇY’nin genel özellikleri ve arabuluculuğun tercih edilme sebepleri başlıkları altında dile getirilmektedir.

3.1.2. Arabuluculuğun ‘Fayda’ları Üzerine

Arabuluculuğun, (aşağıda zorunlu arabuluculuk başlığında aktaracağımız üzere) özellikle iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak gündeme gelmesinden bu yana, mecburi

²⁸⁸ ‘Empati’ kelimesinin burada kilit rol oynadığından bahsedilebilir: ‘Arabulucu, tarafların birbirleriyle empati kurmasını (birbirleriyle rol değişimini) sağlamalıdır.’ T.C. Adalet Bakanlığı, 2019, sf. 168. ‘Empatik anlayışa sahip olabilmek, görüşme süresince arabulucunun kendisini tarafların yerine koyarak ve onların içerisinde bulunduğu toplumsal koşulları değerlendirerek ne gibi duygular içinde olduğunu hissetmeyi/anlamayı gerektirir.’ sf. 70.

hale getirilişine ihtiyari olan özü nedeniyle karşı çıkılmakta, bunun sonucu olarak temel prensiplerden uzaklaşıldığı, yargının özelleştirildiği vb. savlar gittikçe artmaktadır²⁸⁹. Ancak bizim bu çalışmada temel iddiamız sorunun AUÇY'nin bizzat kendisinde olduğu, özelleşmenin (özellikle özel hukuk bağlamında) AUÇY ve arabuluculuğun ihtiyari bir yol olarak gündeme geldiği zaman başladığıdır. Çünkü mevcut ve klasik yolların yanına görünürde daha cazip bambaşka bir yolu ortaya çıkarırsanız hukuki özne ve aktörler de bu sözde cazip yola yönelmeye başlayacaklardır. Dolayısıyla daha ihtiyari bir yol olarak lansmanı yapıldığında arabuluculuğun faydaları olarak olumlanan maddeler, ele alınmaları biçimiyle uyuşmazlık çözümünün özelleştirileceğinin ayak sesleri olarak değerlendirilebilir²⁹⁰. Burada da bu 'fayda'lara kısaca değinmenin meramımızı anlatma çabası içinde anlamlı olabileceğini düşünüyoruz.

3.1.2.1. Arabuluculuk Mahkemelerin İş Yükünü Hafifletir

Arabuluculuk ve AUÇY'nin gerekliliğinden bahsedilirken karşılaşılan en sık argüman devlet mahkemelerinde mevcut iş yükünün oldukça fazla olduğudur. Toplum nezdinde²⁹¹ de doğruluğu ve gerçekliği²⁹²²⁹³ şüphe götürmez olan bu olguya dair genel

²⁸⁹ Özellikle bu yönde bir çalışma için bkz.: KARACABEY, Kürşat, 'Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar', Ankara Barosu Dergisi, Yıl:2016, Sayı:1, sf. 457-489.

²⁹⁰ Arabuluculuk ile ilgili yasa tasarısı ülkemiz özelinde gündeme geldiği ilk zamanlarda TBMM çatısı altında bazı eleştirilerle karşılaşmıştır. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/modern-kadilar-geliyor-10876949> (erişim tarihi, 01.10.2020).

²⁹¹ Toplumun yargı kurumuna yönelik algısıyla ilgili yapılan sosyolojik bir saha araştırmasında adalet sisteminin sorunlarından biri olarak tespit edilen mahkemelerin iş yükünün fazlalığı, hem mahkeme deneyimi olmayan, hem de geçmişte tabiri caizse mahkemeye yolu düşmüş vatandaşların vurgu yaptığı bir problem olarak gözlemlenmiş, bazı katılımcılar hakimlerin bu sebeple kendileriyle ilgilenmediğini, bazılarıysa mevcut iş yükü nedeniyle hakimin karar verme yeteneğinin ve çalışma veriminin düşebileceğini ifade etmiştir. SANCAR, Mithat / AYDIN, Suavi, "Biraz Adil, Biraz Değil..." Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı, 1. baskı, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009, sf. 50.

²⁹² Ülkemiz üzerinden bir araştırma yapıldığında, Adalet Bakanlığı'nın verileri vasıtasıyla da bu gerçekliği doğrulamak mümkündür. Arabuluculuğa başvurunun iş uyuşmazlıklarında bir dava şartı olarak düzenlenmesinden ve uygulanmasından önceki (01.01.2018) tarihli yapılacak bir karşılaştırma -çünkü zorunlu arabuluculukla beraber dosya sayılarının düştüğü gözlemlenmektedir- bize bu yönde veri sağlayabilir: 2009 (sitedeki kamuya açık bir şekilde erişilebilen verilere ait ilk yıl) yılında ülke çapında Hukuk Mahkemeleri'ne gelen dosya sayısı 1.769.740, Ceza Mahkemeleri'ne 1.804.093, İdare Mahkemeleri'ne ise 353.373'tür. Bu sayılar 2017 yılında ise, Hukuk Mahkemeleri'nde 2.360.226, Ceza Mahkemeleri'nde 2.125.917, İdare Mahkemeleri'nde 601.438 olmuştur. Kaynak: <https://istatistikler.uyap.gov.tr/> (erişim tarihi, 02.10.2020)

²⁹³ Hukuk Mahkemeleri'nin kapsamındaki iş hukuku yargısıyla ilgili bir veri de 2004 yılında İş Mahkemeleri'ndeki dosya sayısının 189.159, 2014 yılında ise iki kattan fazla bir artışla 424.890 olduğunu

eğilim, mahkemelerdeki iş yükü sorununu bir sonuç olarak görmemekte, bilakis mevzubahis sorunu salt bir neden olarak ele almaktadır. Bu doğrultuda ‘bu iş yükü neden fazla?’ gibi bir soru esas gündem olmamakta, sorgulanıp yanıt aranmaya çalışıldığında ise kötü niyetli davacılar²⁹⁴, kültür²⁹⁵, Aydınlanmayla beraber kutsanan bireyin bu kutsanma sonucunda kendisi ile ilgili kararları bizzat kendisinin almasının istemesi²⁹⁶, sanayinin gelişmesi²⁹⁷ gibi yanıtlar uyuşmazlıkların ve iş yükünün esas sebebi olarak gösterilmiştir²⁹⁸. Halbuki uyuşmazlıkların temeline bakacak olursak en derinde (ilk bölümden itibaren çalışmayı buraya kadar takip eden birisinin tahmin edebileceği üzere) kronolojik olarak en başta sınıflı toplumu, ardından bu toplum yapısının mutlak anlamda kabul edilip yeniden üretildiği bir üretim tarzı olarak kapitalizmi, nihayet bu tarzın bugünkü aldığı görünüm olarak da neoliberalizmi görmemiz gerektiği şüphesizdir²⁹⁹. Daha hukuk diliyle ifade edecek olursak iş hukukuna dair uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar, icra takipleri, kiraya ilişkin uyuşmazlıklar, hatta bunların yanında büyük bir oranda suç konusu oluşturan ve cezaya tabi davranışlar kaynağını bahsedilen temellerde bulacaklardır. Şüphesiz bu temellerin ortadan kalkması uyuşmazlıkları bir anda ortadan kaldırmayacak, yeryüzünden tamamen silmeyecektir. Ancak dünyanın halihazırda içinde bulunduğu

göstermektedir. MANAV ÖZDEMİR, Eda, ‘İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri’, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2015, Sayı:5, sf. 187.

²⁹⁴ TÜSİAD, 1998, sf. 55. İronik bir şekilde raporun yayınlandığı yıl mahkemeye başvuruların çokluğunun sebeplerinden biri olarak yargılama giderlerinin düşüklüğü gösterilmiştir.

²⁹⁵ ŞAHİN CEYLAN, 2009, sf. 9-41.

²⁹⁶ ERDOĞAN / ERZURUMLU, 2016, sf. 27.

²⁹⁷ MANAV ÖZDEMİR, 2015, sf. 186.

²⁹⁸ Hakim ve savcıların algı kalıplarına yönelik yapılan bir sosyolojik saha araştırmasında da bir Cumhuriyet Savcısı kendilerinin iş yükünün fazlaştığından yakınmış, bu fazlaşmanın sebebi olarak kanunlarda yapılan değişikliklerle polislerin kendiliğinden harekete geçmelerine kısıtlamalar getirilmesini göstermiş, bu kısıtlamaların kendilerine daha fazla sorumluluk ve iş yükü olarak döndüğünü ifade etmiştir. SANCAR, Mithat / ÜMİT ATILGAN, Eylem, “Adalet Biraz Es Geçiliyor” Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009, sf. 152.

²⁹⁹ Ekonomik indirgemecilik eleştirisi tuzağına düşmeden hemen belirtmek gerekir ki uyuşmazlıklar elbette ki salt temelden kaynaklanmamaktadır. Temelin koşulladığı, ondan yer yer özerkleşen ataerkil düzen, din, siyaset, ahlak gibi alanlar da hukuk dünyasına dahil olan uyuşmazlıkların güncel anlamda birincil görünür kaynağını oluşturabilirler. Burada yapılmak istenen vurgu bir temel olarak sınıflı toplumun, kapitalizmin ve neoliberalizmin mevzubahis iş yükünün katmerlenmesinde başat rol oynadığına ilişkindir.

durum³⁰⁰ göz önüne alındığında, bu temelin biraz sarsılması bile toplam nüfusun çoğunluğunu kapsayan emekçi yığınlar için bir nefes alabilme fırsatını doğurabilecektir.

Yine mahkemelerin iş yükü sorununu bir sonuç değil de neden olarak görmenin, neoliberal teorinin hedeflediği biçimde devleti küçültme gerekçesi yapılacağını iddia etmek mümkündür. Sorun salt iş yükü olarak belirlendiğinde, iş yükünü bertaraf etmek yegane çözüm olarak görülecek, böyle bir çözüm de uyumsuzlukları kamusal yargının dışına çıkarmanın bahanesi yapılabilecektir³⁰¹. Yeni mahkemeler açmak, buna yönelik personel sayısını arttırmak gibi geçici çözümlerin de idare-i maslahatçılık yapmaktan öteye gitmeyeceğini belirtmek, bunun da ötesinde esas meselenin bir önceki paragrafta dile getirdiğimiz gibi temele yönelik bir sorgulama ve bu sorgulamadan kaynağını alacak karşı çıkış olduğunu, ancak böyle bir durumda mahkemelerin iş yükünün gerçek anlamda hafifleyeceğini ifade etmek gerekir.

3.1.2.2. Arabuluculuk Gizlilik Esaslı Bir Yöntemdir

Arabuluculuğun kamusal yargı mekanizmasını paramparça ettiği en kritik noktalardan biri gizliliğe dayalı yöntemler olmasıdır.

Yargılamanın herkese açık olması olarak tarif edebileceğimiz aleniyet ilkesinin tarihsel geçmişi hem Antik Yunan'a³⁰², hem de çoğu hukuksal kurumun temelini bulunduğu Antik Roma ve dolayısıyla Roma Hukuku'na³⁰³ kadar uzanmaktadır. Ancak burada ilkenin sadece yargılamanın şeffaflığı yönünden değil, cezalandırmanın ve dolayısıyla işkencenin herkese açık olması yönünden de bir anlam taşıdığı ifade edilmelidir³⁰⁴.

³⁰⁰ 2020 yılının başında yayımlanan, İngiltere merkezli bir kuruluş olan Oxfam'ın gelir dağılımında halihazırdaki uçurumu gösteren raporu meseleyi gözler önüne sermekte bize yardımcı olabilir. <https://www.evrensel.net/haber/395715/dunyanin-en-zengin-yuzde-1-i-geri-kalan-herkesin-iki-katindan-fazla-servete-sahip> (erişim tarihi, 02.10.2020).

³⁰¹ ERGÜZELOĞLU KİLİM, 2013, sf. 233.

³⁰² SİNA, Aysin, 'Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler', TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:123, sf. 423.; SELÇUK, Sami, 'Sokrates, Savunması ve Çağdaş Hukuk', Yargıtay Dergisi, Yıl:1994, Cilt:20, Sayı:1-2, sf. 46-47.

³⁰³ ARSAL, Sadri Maksudi, Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1941, sf. 303-309.; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, 'Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2005, Cilt:7, Sayı:1, sf. 187.

³⁰⁴ DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, sf. 31-32.

Aleniyetin karşısında gizlilik ise ilk kez ancak ortaçağla beraber dava sürecinin konusu olmuştur³⁰⁵.

1789'da gerçekleşen Fransız Burjuva Devrimi, toplumsal ve siyasal yaşamda gerçekleştirdiği birçok radikal dönüşüme paralel biçimde yargılama alanını da düzenlemiştir. Ortaçağ'da görülen duruşmaların gizli yapılması usulü hakimlerin halk tarafından etkin denetlenmesi amacıyla tamamen kaldırılmıştır³⁰⁶. Tabii burada belirtmek gerekir ki Fransız devrimcileri yargılamanın aleniyeti ilkesini bizatihi keşfetmemişlerdir; ilke, Aydınlanma düşünürleri (özellikle de Beccaria ve Montesquieu) tarafından feodal düzene bir tepki olarak dillendirilmiştir³⁰⁷. Bilhassa Beccaria'nın, Aydınlanma döneminin ceza hukukuna ilişkin en temel eseri sayılabilecek 'Suçlar ve Cezalar Hakkında' adlı yapıtında bir bölümü sadece bu konuya ayırdığını görebilmek mümkündür³⁰⁸. Nihayet, Avrupa'da işçi sınıfının tarih sahnesinde görünür olduğu 1848 yılında bir dizi gelişme sonucunda çıkarılan anayasada da aleniyet ilkesi kendine yer bulmuştur³⁰⁹. İlke, kaynağını antik dönemlerden alsa da modern burjuva siyasal sistemler tarafından (Türkiye'nin tüm anayasalarında da) geniş ölçekte benimsenmiş³¹⁰, prosedürel hukukun başlıca özelliklerinden biri olarak kabul edilmiştir. İlk ortaya çıktığındaki temel amacı hakimin etkin bir şekilde denetlenmesi olsa da zamanla bu kapsam genişlemiş, buna ek olarak hakim bağımsızlığının garanti altına

³⁰⁵ KADRİ, Sadakat, Dava: Sokrates'ten O. J. Simpson'a Yargılamanın Tarihi, (çev. Gökhan Arkan), 1. baskı, Kolektif Kitap, İstanbul, 2019, sf. 68.

³⁰⁶ KURT KONCA, Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, 1. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, sf. 42.

³⁰⁷ KURT KONCA, 2009, sf. 41.

³⁰⁸ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (çev. Sami Selçuk), 5. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, sf. 81-85.

³⁰⁹ KURT KONCA, 2009, sf. 43.

³¹⁰ Önemli bir hususu burada belirtmeden geçmemek gerekir. 20. yüzyılda bazı ülkeler siyasi yargılamaları (örneğin faşizmin hakimiyetindeki Nazi Almanyası ve proleterya diktatörlüğü egemenliğindeki Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği), kendi devamlılıklarını sağlamak adına gizlilik prensibi çerçevesinde yürütmüş, diğer adli davalar ve suçları aleni bir şekilde yargılamıştır. KADRİ, 2019, sf. 233-279. Dolayısıyla bizim bu çalışmada aleniyet ilkesini ön plana çıkarma nedenimiz modern devlette yargılamaya objektivite ve meşruiyet sağladığı için değil, gizliliğin çoğunlukla ticari şirketler üzerinden anlam kazanıyor oluşudur. Sermaye sahibi sınıflar, arabuluculuğun ve tahkimin sağladığı gizlilik sayesinde kamu denetimi, hesap verilebilirlik, şeffaflık gibi 'engelleri' kolayca aşabilmektedir.

alınışı, kamuoyunun yargısal işleyiş hakkında bilgilenmesinin sağlanması, gerçeğe ulaşma noktasında aracı olma gibi amaçlar usul hukuku literatüründe sayılmaya başlanmıştır³¹¹.

Aleniyet ilkesi bugün her ne kadar aile hukukuyla ilişkili konuların referans gösterilip özel hayatın gizliliği başlığı altında tartışmaya açılrsa da, konunun alametifarikası ticaret hayatına ilişkindir. Kısaca değindiğimiz tahkim usulünün esas unsuru olan gizlilik AUÇY'ye ilham olmuş, aleniyet ilkesinin literatürde 'zamana uygun olmama'³¹² gibi bir gerekçeyle meşruiyetinin sorgulanmasında önemli rol oynamıştır. Gerçekten de varlığının hiçbir sorgulamaya tabi tutulmadığı, kendiliğinden verili kabul edilen ticari sır kavramı 'yıllardır yaratılan bir imajın, markanın itibarının zedelenmesini istemeyen'³¹³ ticari işletmeler tarafından aleniyet ilkesinin tahribine yönelik oldukça işlevli bir alan açmıştır. Bunun da ötesinde, ticari sır gerekçesi³¹⁴ sadece yargılama sürecinde ne olup bittiğine dair bir gizliliği değil, aynı zamanda yargılamanın mevcudiyetine dair bir gizliliği de içeriyor görünmektedir. Bazı tahkim merkezlerinde açılan davaların kendisi de gizli tutulduğu için, kamuoyunun belki de hiç duymayacağı ve öğrenemeyeceği türden davalar³¹⁵ neoliberal dönemin özgünlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gizlilik yalnızca arabuluculuk görüşmelerinin kamuya açık olmamasına yönelik anlam taşımaz, buna ek olarak görüşmelerde ileri sürülen beyan ve belgelerin mevcut uyumsuzluğun devlet mahkemelerine taşındığı durumlarda kullanılamamasını da kapsar. 07/06/2012 kabul tarihli, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 'Beyan ve belgelerin kullanılamaması' başlıklı 5. maddesinde bu husus detaylı bir şekilde hüküm altına alınmıştır ve gizlilik ilkesine aykırı şekilde hareket edenlerin de altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı yine aynı kanunun 33.

³¹¹ KURT KONCA, 2009, sf. 26-35.

³¹² ÖZBEK, 2009, sf. 212.; ILDIR, 2003, sf. 48.

³¹³ ILDIR, 2003, sf. 49.

³¹⁴ Hindistan'ın Bhopal şehrinde 1984 yılında böcek ilacı üreten bir firmanın fabrikasında yaşanan sızıntıdan dolayı 2500'ü hemen olmak üzere zamana yayılmış bir şekilde yaklaşık 15000 kişi yaşamını yitirmiştir. Firma, uzun bir süre sızıntının kaynağını oluşturan maddenin adını 'ticari sır' (business confidential) gerekçesiyle açıklamaktan kaçınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: https://en.wikipedia.org/wiki/Bhopal_disaster (erişim tarihi, 05.10.2020)

³¹⁵ ÖZDEK, 2015, sf. 234.

maddesinde³¹⁶ düzenlenmiştir. Hapis cezasının öngörülmesi, gizliliğe arabuluculuk sürecinde ne denli önem atfedildiğinin anlaşılabilmesi adına kolaylık sağlayacaktır. Kapalı kapılar ardında sürece arabuluculuk faaliyeti yukarıda sayılan aleniyet ilkesinin hiçbir amacını içinde barındırmadığı için, ortada ne bir kamu denetimi, ne istikrarlı bir hukuk belirliliği ne de uyuşmazlığın zayıf tarafına dair bir güvenceden bahsedebilme olanağı bulunmaktadır. Liberal bir söyleme atıf yapan şeffaflık ve hesap verebilirlik özellikleri, gizlilik ilkesinin yarattığı zeminle hukuk ve yargı alanında mezara gömülme yolunda emin adımlarla ilerlemektedir.

3.1.2.3. Arabuluculuk Zamandan ve Masraftan Tasarruf Sağlar

İddiaya göre AUÇY ve arabuluculuk, yargılama masraflarından tasarruf sağlamanın yanında, uyuşmazlık çözüm sürecini de hızlandırarak dava yoluna kıyasla daha az zaman ve para harcanmasının önünü açar³¹⁷. ‘Mücadeleci yöntem’in somutlaştığı süreç olarak dava usulünde bireysel haklara değer verilmesi, maddi vakıaların tahlili, tanıklara güvenmeye önem verilmesi gibi meselelerin davanın daha ağır işlemesine sebep olduğu ileri sürülmektedir³¹⁸. Özellikle işletmelerin, sürekli olarak çalışanlarının zamanını daha verimli kullanabileceği yolları aramasına zıt bir biçimde, çalışanların, zamanlarını uyuşmazlık çözümü şeklinde ‘verimsiz’ bir uğraşla geçirmeleri, çalıştıkları işletmelerin amaçlarına ulaşılması için vermeleri gereken emeklerini boşa harcadıklarını göstermektedir³¹⁹. İşte iddia odur ki AUÇY sayesinde işletmeciler, ‘kıymetli’ zamanlarının daha büyük kısmını işletmelerine adayabilirler, kendilerinin ‘can sıkıcı’ bir biçimde dava yoluna harcadığı zamanı AUÇY böylece azaltmaktadır³²⁰. Ayrıca bu ‘mücadeleci’ ve ‘rekabete dayalı’ olan uyuşmazlık çözüm usullerinin, taleplerini abartma hususunda tarafları cesaretlendirici bir işleve de sahip görüldüğü dillendirilen başka bir ‘sorun’dur³²¹.

³¹⁶ Gizliliğin ihlali başlığını taşıyan maddenin 1. fıkrası ‘*Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*’ şeklindedir.

³¹⁷ ÖZBEK, 2009, sf. 207.; ILDIR, 2003, sf. 52.

³¹⁸ ÖZBEK, 2009, sf. 206.

³¹⁹ ÖZBEK, 2009, sf. 207.

³²⁰ ÖZBEK, 2009, sf. 208.

³²¹ ÖZBEK, 2009, sf. 205.

Doktrinde, arabuluculuk faaliyetine tarafların avukatlarıyla katılmasının, uyuşmazlık çözümünün süresinin kısaltılmasında etkili olabileceği belirtilmiştir³²². Ancak buradaki süre kısaltımını avukatların uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözmesi yönünden düşünmemek gerekir; kendi ifadelerimiz yerine doğrudan aktarımı daha uygun görüyoruz: ‘*Bir kere avukatlar, ek bir zaman baskısı oluşturacaklardır. Zira, her iki tarafın da avukatla temsil ediliyor olması hâlinde, oturumların zamanının onlara da uyacak şekilde belirlenmesi, bazen sorun yaratabilir. Çoğu avukatın yoğunluktan dolayı programı fazla esnek olmayabilir. Oturumlar için ayırabilecekleri zaman da keza az olabilir. Bu nedenle dosyanın bir an önce çözümlenmesini arzu edeceklerdir. Bununla beraber, eğer avukata saatlik ücret ödeniyorsa, o zaman da müvekkil, doğrudan bağlantılı olmayan konuların dışarıda kalmasını ve arabuluculuğun bir an önce sonuçlanmasını isteyecektir.*’³²³

Mahkemelerin iş yükünün fazlalığı gibi, yargılama sürelerinin uzunluğu³²⁴ da kamusal adalet mekanizmasının işleyişinde oldukça ciddi bir sorun³²⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle arabuluculuk kurumu ilk başta gerçekten de uyuşmazlık çözümünde zamandan ve yargılama giderlerinden tasarruf sağlamasıyla hem hukuk uygulayıcılarına hem de vatandaşlara ‘cazip’ bir yol olarak görünmektedir. Ancak bu ‘cazip’ ve yeni yol, bir kamu hizmeti şeklinde yürütülen yargılamanın piyasalara devri suretiyle yerleştirilip sermayeye yeni alanlar yaratıyor ve neoliberal mantığa uygun olarak mahkemelerin ‘verimsizleştiği’ iddiasıyla özelleşme yoluna giriyorsa burada bir

³²² KEKEÇ, 2016, sf. 170.

³²³ KEKEÇ, 2016, sf. 171.

³²⁴ Toplum nezdinde de bu sorun açıkça dillendirilmekte, uzun süren davaların mahkemeye başvurmak için caydırıcı etki yaptığı vurgulanmaktadır. Ayrıca dava sonunda hükmedilen tazminat tutarlarının davanın açıldığı zamana kıyasla eriyip gittiği de süre meselesiyle ilişkili olarak ifade edilmektedir. SANCAR / AYDIN, 2009, sf. 45-50.

³²⁵ Adalet Bakanlığı’nın 2019 yılında yayınladığı verilere göre davaların ortalama görülme süresi ilk derece mahkemeleri olan; İş Mahkemeleri’nde 555, Asliye Ticaret Mahkemeleri’nde 547, Asliye Hukuk Mahkemeleri’nde 425, Ceza Mahkemeleri’nde 289, İdare Mahkemeleri’nde ise 201 gündür. İstinaf yoluna ilişkin ise Bölge Adliye Mahkemeleri’ne ilişkin bir veri bulunmamakla beraber Bölge İdare Mahkemeleri’nde ortalama süre 86 gündür. Temyiz yoluna bakıldığında ortalama görülme süresi, Yargıtay Ceza Daireleri’nde 348, Yargıtay Hukuk Daireleri’nde 344, Danıştay Dava Daireleri’nde ise 458 gün olarak saptanmıştır. Önceki yıllarla kıyaslandığında bu sürelerin sürekli bir artış içinde olduğu gözlemlenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, 2020.

cazibeden değil, var olan bir sorunun daha fazla kapitalizm ve daha fazla piyasacılık ile giderilmeye çalışıldığından söz etmek daha uygundur.

Yargılama giderleri ve hak aramanın pahalılığı³²⁶ meseleleri ile ilgili olarak da tam bu noktada ‘adalete erişim’ hakkında yukarıda ifade ettiklerimizi tekrarlamak yerinde olabilir. Örneğin bugün daha da çok etkinliğini kaybeden adli yardım kurumu, güçlendirilmesinin bir çözüm planı olarak (her ne kadar yukarıda bahsedilen strateji belgelerinde geliştirileceği planlansa da) tartışılmasının ötesinde başvurulmasının daha da zorlaştığı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır³²⁷. Nitekim yargı giderlerinin fazlalığı, bu yola (dava yoluna) maruz kalan ve zorlanan kişilerin istekleriyle gündeme gelmiş de değildir³²⁸.

Mahkemelerde davaların uzun sürmesi sorunu, yargılama masrafları ile birlikte³²⁹ arabuluculuk faaliyetini yürütenlerin -zorunlu arabuluculuk başlığında da değineceğimiz üzere- başlıca aba altından sopa gösterme faaliyetinin dayanağını oluşturur. Bu yüzden sıklıkla taraflar bu yavaş olma hususuyla korkutulmaktadır.

3.1.2.4. Arabuluculukta Tarafların Etkin Katılımı Esastır

³²⁶ Hak arama denilen dava yolunun pahalılığı sorunu sadece yargılama giderlerinin pahalılığı olarak anlaşılmalıdır. Nitekim davalar çoğunlukla avukatlarla yürütülür ve avukatlar bu hizmeti bedavaya icra etmemektedir. Bir kimsenin maddi imkanları yükseldikçe piyasadaki daha iyi bir avukatı ‘tutması’ gerçeği de onu bu süreçte daha avantajlı kılmaktadır. Dolayısıyla hak aramanın içeriği de sınıfsal konumlarla belirlenmektedir. Bu sorun, toplum nezdinde de ciddi bir problem olarak görünmektedir. bkz. SANCAR / AYDIN, 2009, sf. 51-53.

³²⁷ HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 137.

³²⁸ Tam tersine, bu sorunla ilgili görüşlerine başvuru alan bazı avukatlar, 12 Eylül 1980 tarihinden sonra özellikle işçi alacakları davalarının yargısal harca tabi kılındığını, 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun masraf kalemlerini ciddi ölçüde arttırdığını belirterek günümüzdeki uygulamada da masrafların ağırlığı sebebiyle bazı işçilerin devam eden davalarında haklarından vazgeçtiğinden bahsetmektedir. HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 133-134.

³²⁹ Özellikle arabulucuların elindeki en büyük silahın masraflar konusu olduğunu belirten bir çalışma, arabulucu olarak faaliyet yürüten kişinin anlaşma halinde ve mevzubahis masraflar arasında taraflara bir kıyas yapmalarını önermekte; ancak bu kıyasın hemen yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir: ‘Yargılama masraflarından bahsetmek için, arabuluculuk sürecinin son aşamalarına kadar beklenmesi akıllıca olacaktır. Baştan tüm dikkati buna çekmek, “Sırf yargılama sistemindeki yetersizlikler nedeniyle adil olandan daha azına kanaat etmem gerekir.” veya “Nasıl karşı taraf da anlaşmamız sonucunda yargılama masraflarından kâr edecek. O halde, benim karşı taraftan daha fazla ödün vermem için hiçbir sebep yok!” gibi düşüncelerin oluşmasına yol açabilir’ KEKEÇ, 2016, sf. 300-301.

Arabuluculuğa dair sayılan özelliklerden başka bir tanesi, uyuşmazlığa düşen tarafların uyuşmazlıklarını bizzat kendi elleriyle çözmeleri, karar verici pozisyonda başka birisinin bulunmamasıdır. Bir görüşe göre: *‘Adalet anlayışı bakımından da arabuluculuk, yargısal yollara oranla taraflara daha fazla kontrol sağlayan bir yöntemdir. Arabuluculukta adaleti belirleyen hâkim, jüri veya hakem değil, bizzat taraflardır. Bir başka ifade ile yargılamada adalet “yukarıdan” gelir. Adalet, hem uygulanan kurallar hem de bu kuralların uygulanması için kullanılan yöntemlerin içine “yukarıdan” yerleştirilmiştir. Arabuluculukta ise, bunları taraflar belirler, yani adalet “aşağıdan” gelir*³³⁰. Mevcuta dair tahayyül, bu bakış açısında kamusal yargı mekanizmasındaki hakimi ‘ceberrut’ bir üçüncü kişi³³¹ olarak görmektedir. Tarafların gerçek sorunlarıyla yakından ilgilenme fırsatı olmayan³³² bu ‘ceberrut’ hakim kendisi dışındaki üçüncü kişiler hakkında karar vermektedir³³³. Halbuki arabuluculuk faaliyetinde taraflar birbirleriyle doğrudan doğruya karşılaştıklarında ‘öfkeli taleplerinin yerini gerçekçi çözümler’ alacak³³⁴, düştükleri anlaşmazlığa başka bir açıdan bakabileceklerdir.

İddiaya göre devlet mahkemelerindeki yargılama usulleri oldukça karmaşık olup, taraflar açısından anlaşılmaz bir süreç meydana getirir ve bu anlaşılmaz süreç tarafları tahammülsüz ve sinirli yapar³³⁵. Halbuki yukarıda da değindiğimiz üzere taraflar maddi yaşamda zaten yeterince ‘sinirli’ ve ‘tahammülsüz’ bir duruma geldikleri için dava yoluna başvurmak zorunda kalırlar. Bu başvuru da genellikle dava yolunun profesyonelleri avukatlar aracılığıyla yapılır ve avukatlık mesleğinin alametifarikası buradadır, hukuk çok kabaca ifade etmek gerekirse teknik bir meseledir. Bireyler neden

³³⁰ KEKEÇ, 2016, sf. 91-93.

³³¹ *‘Mahkeme yolu oldukça resmî ve genellikle katı kuralların şekil verdiği bir yöntemdir. Cübbe giymiş bir hâkim ve resmî personelin bulunmadığı, hakemin taraflarca seçilebileceği tahkimde, bu sertlik biraz daha yumuşamakta, taraflar biraz daha serbest bırakılmaktadır.’* KEKEÇ, 2016, sf. 91.

³³² *‘Arabulucunun süreçteki tutumu “Davayı bana ispatla!” değil, “Size yardımcı olmama izin verin.” şeklinde özetlenebilir.’* T.C. Adalet Bakanlığı, 2019, sf. 56.

³³³ *‘Tarafların, [...] nasıl bir anlaşma şartlarına uyabileceklerini, yani, anlaşma şartlarına katlanıp katlanamayacaklarını hâkim veya hakem gibi dış bir otorite değil, bizzat tarafların kendileri en iyi şekilde belirleyebilirler. Bu açıdan arabuluculuk, tarafların kendi hayatlarını etkileyecek konular hakkındaki kararlarının sorumluluğunu yine kendilerine yükleyen bir yoldur.’* KEKEÇ, 2016, sf. 92.

³³⁴ ILDIR, 2003, sf. 89.

³³⁵ ÖZBEK, 2009, sf. 209.

haklı olduklarını bilirler ama nasıl haklı olacaklarını bilemeyebilirler. Dolayısıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılma çabasını, başka bir deyişle uyuşmazlık çözüm sürecini, tarafların bu sürece etkin bir şekilde katılmadığını öne sürerek ve dolayısıyla kamusal yargının sorunlarını bahane ederek özelleştirmek bir çözüm olarak görülmemelidir.

3.1.2.5. Arabulucular Bağımsız, Tarafsız ve Uzman Kişilerden Oluşur

İddiaya göre küreselleşmeyle karmaşıklaşan uyuşmazlıklar ve dava süreçleri, hakimlerin önlerindeki her uyuşmazlık hakkında yeterli bilgi donanımına sahip olmalarıyla, nitelikli ve hızlı karar verebilmelerini oldukça zorlaştırmakta, davalardan beklenen hedefleri tam anlamıyla kavrayamamalarını ve dava ile bağdaşık olmayan hükümler vermeleri tehlikesini beraberinde getirmektedir³³⁶. Bu eksikliğin giderilmesi için genellikle bilirkişilere ve tanık yoluna başvurulsa da arabuluculuk yönteminde arabulucuların alanlarında uzmanlığa sahip olmaları esas olduğu için tanık ve bilirkişi ihtiyacı ortadan kalkmakta veya en aza inmekte³³⁷, konu hakkında bilgi sahibi olan arabulucu, tarafların istek ve beklentilerini daha kolay anlayabilmekte ve uyuşmazlığın çözümünde bu yönde hareket etmesi mümkün olmaktadır³³⁸. Bu söylemlerin vardığı yer de iddia edilebilir ki hakimlerin günümüzde bağımlı, taraflı ve uzman olmayan kişilerden oluştuğu, arabulucuların bu özellikleri içinde barındırmadığı veya barındırmasının mümkün olmadığıdır. Bu çıkarımı yapmamızın sebebi, arabuluculuğun ‘fayda’larının devlet mahkemelerinde olmayan özellikler üzerinden sıralanmasıdır. Gerçekten de bakıldığında iş yükünün olmayışı, gizlilik esaslı yürütülmesi, masrafsız ve zamandan tasarruf sağlayan bir yöntem olması arabuluculuğu devlet mahkemeleri karşısında ‘cazip’ kılmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar sıklıkla AUÇY’nin klasik yargılama mekanizmasına alternatif olarak getirilmediği ileri sürülüp tamamlayıcı yöntemler olduğu ifade edilse de böyle bir ‘fayda’dan da bahsedilmesi³³⁹, bu çalışmanın yazarınca, hakim konumundaki kişinin örtülü bir şekilde olumsuzlanması anlamına gelecektir. Bu üstü örtük olumsuzlamanın, aynı zamanda hem hakimin davadaki ‘gerçek

³³⁶ ÖZBEK, 2009, sf. 208.

³³⁷ ILDIR, 2003, sf. 64.; ÖZBEK, 2009, sf. 208-209.

³³⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, ‘Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri’, Batider Dergisi, Yıl:2004, Cilt:22, Sayı:4, s. 59.; ÖZBEK, 2009, sf. 209.

³³⁹ ILDIR, 2003, sf. 24; ÖZBEK, 2009, sf. 208.

menfaat'leri algılayamaması düşüncesini, hem de vardığı hüküm dolayısıyla taraf tuttuğu algısını pekiştirmeyi de beraberinde getirebileceği ileri sürülebilir. İfadelerimiz abartılı görünüyor olmakla birlikte, arabuluculuğu kapsamlı ele alan çalışmalar dikkatle incelendiğinde varmaya çalıştığımız sonuçların pek abes olmadığı görülebilecektir.

Önemle belirtmemiz gerekir ki çalışmadaki temel amaç arabulucuların veya hakimlerin yargılama sürecinde oynadıkları rollerde uzman olup olmamalarını, taraflı/tarafsız veya bağımlı/bağımsız olup olmamalarını ortaya çıkarmak, buna dair bütünlüklü bir görüş belirtmek değildir. Burada yapılmak istenen vurgu, sayılan bu 'fayda'ların (bu başlığın da dahil olduğu üzere) kamusal yargıya karşıt bir biçimde öne çıkarılmaya çalışıldığıdır.

Zorunlu arabuluculuk başlığına geçmeden önce, başlığa giriş mahiyetinde son olarak bir hususa daha değinmek gerekebilir; o husus da mevcut haliyle Arabuluculuk Kanunu'nun bugün kendi içerisinde çelişkiler barındıran bir kanun niteliği taşıdığıdır. Zira kanunun 2/1-b. maddesinde arabuluculuk teoride ileri sürülen özelliklerine uygun bir şekilde '*Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve [ihtiyari] olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*' olarak tanımlanmıştır. Bu tanım kendi içerisinde tutarlıdır çünkü arabuluculuk faaliyeti ülkemizin hukuk dünyasında tartışıldığından bu yana ihtiyari/gönüllü bir şekilde başvurulabilecek bir yöntem olarak tanıtılmıştır. Dolayısıyla 'gönüllü arabuluculuk' gibi bir kavram seti totoloji oluşturur. Tutarsız olan durum ise başlangıçtaki tanıtımla uyumlu bir pozisyonda durmayarak bu yöntemi zorunlu hale getirmek ve bunu aynı kanun içerisinde düzenlemektir. Gerçekten hukuksal adıyla 'dava şartı' olarak arabuluculuk da aynı kanunda düzenlenmektedir. Burada bir süreklilikten bahsedilebilir; çünkü kapitalist sistem kendi sistemsel önkabullerinden bu önkabullerin kendisine artık yeterli gelmediği ölçüde sapabilmektedir. Değişen şartlara göre gireceği kabın şeklini alabilme kapitalizmin en genel özelliklerinden biri olmakla birlikte, bizim burada öne

çıkarmak istediğimiz husus bu oksimoron durumun³⁴⁰ liberal teori içerisinde bir tutarsızlık oluşturduğunun es geçilmesi ve zorunlu arabuluculuğun bu tutarsızlık içerisinde savunulmasıdır. Bu açıklamalarla zorunlu arabuluculuk başlığına geçebiliriz.

3.2. İLERİ AŞAMA: ZORUNLU ARABULUCULUK

3.2.1. İş Hukukunun Dönüşümü

'[...]Büyük sıkıntı yaşadığımız bir başka alan, yargı sistemiydi. Özellikle iş mahkemelerindeki davalarda, işveren yüzde 99 haksız çıkıyordu. Bunu değiştirmek üzere, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya alınmasını sağladık. Aylar, hatta yıllar süren davalar, artık günler-haftalar içinde çözülüyor[...]'³⁴¹.

Zorunlu arabuluculuk başlığı altında ilk olarak iş hukukunun dönüşüm dinamiklerinden çalışmamızın sınırlarını aşmayacağı ölçüde bahsetmek elzemdir. Çünkü arabuluculuğun bir 'dava şartı' olarak düzenlenişi ilk olarak iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar için öngörülmüştür ve bu durum asla tesadüf değildir. Bu doğrultuda zorunlu arabuluculuk düzenlemesini iş hukukunun dönüşümü süreci üzerinden okumak meseleyi daha anlaşılır kılabilecektir. Zira kurumun zorunlu kılınması, savunulmasının temel argümanlarından biri olan (yukarıda belirttiğimiz üzere aslında ideolojik bir söyleme tekabül eden) iradilik/gönüllülük gerekçesini temelsiz bırakmıştır³⁴².

³⁴⁰ Doktrinde bu durumun oksimoron yaratmadığını, tam aksine ihtiyari olarak yerine getirilirken arabuluculuğun oldukça başarılı sonuçlar göstererek kurumun faydasının açıkça ortaya konduğunu, arabuluculuğa başvuru tarafların iradesine bırakıldığında uygulanmasının çok sınırlı kaldığı ve beklenen 'fayda'ların elde edilemediğini, dolayısıyla zorunlu kılınmasının taraflar arasındaki bu 'çekince'yi ve 'ön yargıları' kırmak ve kuruma aşına olunmasını sağlayarak kullanımının yaygınlaştırılması amacıyla düzenlendiğini iddia eden başka bir görüş de bulunmaktadır. ERDOĞAN / ERZURUMLU, 2016, sf. 36-37.

Yine zorunlu arabuluculuğun olumlu yanlarından bahseden bir diğer çalışmada; arabuluculuğa başvuru miktarının artmasıyla birlikte avukatların ve diğer meslek sahiplerinin bilgilerinin arttığı, başvuruya mesafeli bakan tarafların bu mesafeliklerini bırakıp çekingenliklerini attığı, dolayısıyla kurumun geniş kesimlerce tanınip bilinirliğinin yaygınlaştığı öne çıkartılmıştır. ALBAYRAK, Hakan, 'Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu', Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2018, Cilt:17, sf. 18-19.

³⁴¹ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) 74. Genel Kurulunda Genel Başkan Rifat Hisarcıklıoğlu tarafından yapılan konuşmadan bir kesit. <https://www.dunya.com/ekonomi/hisarciklioglu-umutsuzluga-prim-vermeyecegiz-haberi-415813> (erişim tarihi 15.10.2020).

³⁴² TÜRKOĞLU KARACAOVA, Ezgi Nur, 'İş Hukukunun Dönüşümü ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', Emek Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 10, Sayı: 15, sf. 47.

Bölüme başlarken ifade etmek gerekiyor ki iş hukuku kapitalist düzende yığınların sisteme entegre edilmesinin önemli araçlarından biridir. Liberal hukuk söyleminin ve kapitalist devlet iktidarının bir cüzünü oluşturmasıyla iş hukuku, sermaye birikimi süreciyle uyumlu bir şekilde bazı toplumsal ilişkileri desteklerken bazılarını doğrudan yasaklamakta ve/veya görmezden gelmektedir³⁴³. Sınıflı toplumun köleci ve feodal düzenlerinde/üretim tarzlarında/toplumlarında görülmeyen bu alan kapitalizmin bir dünya sistemi haline gelmesi ve fabrikalaşmanın/makineleşmenin yayılmasıyla gelişmiş ve hukukun ayrı bir dalı olarak kabul edilmiştir. Temel ilkesi olarak kabul edilen ‘işçiyi koruma ilkesi’ ve çoğu yargı aktörünün içselleştirip futbol müsabakalarına atıfla kullandığı işçinin yargılama sürecine ‘1-0 önde başlaması’ deyişi bu entegrasyonun bugün kilit noktalarını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda ilk bölümde hukuk hakkında yaptığımız genel açıklamalara iş hukukunu da dahil etmek mümkündür. Kennedy’den aktaran Hatipoğlu Aydın da emekçi sınıfların iş hukuku dolayısıyla bir tür asimilasyona maruz bırakıldığını ve iş hukukunun sınıf mücadelelerini yatıştırma temel bir mekanizma olduğunu vurgular³⁴⁴. Eyleyen ve üreten insanlığın yaklaşık yüz asırlık tarihinin esas motoru olan sınıf mücadeleleri olgusunun, etki alanı genişleyen ve sisteme meşruiyet kazandıran en kritik hukuk dallarından iş hukuku vasıtasıyla silikleştirilmeye, hatta daha da ileri giderek yok sayılmaya çalışıldığını sermaye sahibi sınıfların genel bir isteği olarak iddia etmek bu kapsamda mümkündür.

Yine bir hatırlatma anlamında, bir bütün olarak iş hukukunun emek-gücünün satılma zorunluluğuyla ilgilenmeyip, tarafların tamamen özgür iradeleriyle arasında bir iş (sömürü) ilişkisi kurduğunu varsaydığını ve bu ilişkinin kökenine inmediğini, zaten liberal hukuk düzeninde böyle bir amacının olamayacağını vurgulamak gerekir. Batı Bloku olarak adlandırılan merkez kapitalist ülkelerde refah devleti politikalarının görüldüğü dönemlerdeyse bu özgür irade yanılsaması devam etmekle beraber işçinin

³⁴³ YÜCESAN-ÖZDEMİR, Gamze / ÖZDEMİR, Ali Murat, Sermayenin Adaleti: Türkiye’de Emek ve Sosyal Politika, 1. baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008, sf. 93.

³⁴⁴ Bu vurgunun iki yönü olduğunu belirten yazar bunları şöyle ifade ediyor: ‘Birincisi, yürürlükteki kuralların gerekçelerinden bağımsız olarak, işçi sınıfının militanlığını dağıtan ve sistemin parçası haline getiren etkisi. İkincisi, yürürlükteki kuralları açıklamak ve meşrulaştırmak için hakimler, avukatlar, sendikacılar, yöneticiler ve akademisyenlerin, kendisi ideolojik bir etkiye sahip olan hukuki söylemi kullanması’. HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 178-179.

(emek-gücünü satanın) işveren (emek-gücünü alanın/kiralayanın) karşısında ekonomik anlamda zayıf konumda bulunduğu kabul edilmiş ve iş hukuku mevzuatları buna göre şekillenmiştir. Daha başka bir deyişle sermaye ile emek arasında bu uzlaşma döneminde, emekçi sınıfların hayat standartlarında görece bazı iyileştirmeler görülebilmektedir.

İkinci bölümde hukukun dönüşümündeki temel dayanağa ilişkin açıklamaların iş hukukunun dönüşümü için de aynen geçerli olduğu ifade edilebilir. Dünyada ve Türkiye’de refah devleti politikalarıyla şekillenen iş hukuku alanı neoliberal politikaların hakim hale gelmesiyle birlikte bir dönüşüm sürecine girmiştir ve emekçi sınıfların elde ettiği kazanımlar bu dönüşüm sürecinde ‘esneklik’ sihirli kelimesi adı altında kademe kademe geriletilmektedir. Sermayenin uluslararasılaşmasının getirdiği yoğun rekabet ortamında işletmelerin rekabet güçlerini korumayı ve bu korumaya yönelik olarak üretim sürecini sekteye uğratabilecek her türlü sınırlayıcı engelin ve yasal düzenlemenin gevşetilmesi gerektiğini ifade eden bu kavram³⁴⁵, emeğe yönelik bütünsel bir saldırının kavramsal altyapısı olarak işlev görür³⁴⁶. Bu temel işlev dahilinde esneklik uygulamaları, genel olarak emekçi sınıfların sendikal örgütlenmesini pasifize ederek sermaye sahibi sınıflara sınıf mücadelesinde büyük bir avantaj sağlamakta³⁴⁷, işverenlerin gerek kar maksimizasyonuna yönelik davranışlarında, gerek çalışanlarıyla kurduğu ilişki biçimlerinde özerkliğini artırıp, sermayeyi endüstriyel kurallardan ve örgütlü işçi kolektivizasyonunun kısıtlamalarından kurtarmaktadır³⁴⁸. Bu uygulamalarla ‘kendisi için sınıf’ özelliğini kaybedip gittikçe ‘kendinde sınıf’ olma tehlikesiyle baş başa kalan ve parçalanması hedeflenen emekçi halk yığınlarının karşısında sermaye sahibi sınıflar arasında gittikçe teorik ve hukuksal birtakım biraradalıkların görüldüğü iddia edilebilir. Bu kapsamda işçi sınıfının parçalanması doğrultusunda sermayenin

³⁴⁵ GÜN, 2018, sf. 25.

³⁴⁶ HARVEY, 2015, sf. 177.

³⁴⁷ SAVRAN, Sungur, ‘Yalın Üretim ve Esneklik: Taylorizmin En Yüksek Aşaması’, Devrimci Marksizm Dergisi, Yıl:2007, Sayı:3, sf. 171.

³⁴⁸ ÖNGEN, Tülin, ‘İleri Teknoloji ve Değişen Çalışma İlişkilerinin Paradigması’, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:1995, Cilt:50 Sayı: 1, sf. 284.

bütünleşmesi³⁴⁹, neoliberal dönemin birbirini tamamlayan ve aralarında doğrusal bir ilişki barındıran süreçleridir.

Esnekliğin pratikte, yani emek gücünün alınıp satılması sürecinde görünüm biçimlerine örnek vermek gerekirse bunlar; istihdamda esneklik, ücret esnekliği, sosyal hak ve hizmetlerde gelişen esneklik, sayısal esneklik ve nihayet iş sözleşmesinin esnekliği olarak sayılabilir³⁵⁰. İş sözleşmesinin iş hukuku kuralları dahilinde esnetilmesinin somut görünümleri ise tüketici olmamakla birlikte taşeronlaşma, belirli süreli iş sözleşmeleri, ücretlerde düşme, evde çalışma, toplu sözleşmelerin yerini bireysel sözleşmelerin alması, çağrı üzerine çalışma, sendikaların sözleşme yapma süreçlerinde gittikçe etkisizleştirilmesi olarak sıralanabilir³⁵¹.

İş hukukunun dönüşümünden bahsederken atlanılmaması gereken bir diğer nokta kuralsızlaştırmaya ilişkindir. Sosyal devletin geriletilmesi, neoliberal devletin de ilerletilmesinin bir parçası olarak kuralsızlaştırma, esas anlamını kuralların azalmasında ve/veya tamamen ortadan kaldırılmasında değil, iş hukukuna dair emek gücünün alım satımını düzenleyen kuralların tek taraflı bir biçimde işverenin (emek gücünü satın alanın) isteklerine bağlı olmasıyla ve tamamen kaynağını sözleşme özgürlüğünden almasıyla kazanmaktadır³⁵². Böylelikle çalışma yaşamının sürdürülmesinde etkin olacak kurallar, merkezi bir otorite olarak devletin çıkardığı yasalarda değil, tarafların (elbette tamamen işverenin) iradelerinde aranacak, devletle kıyaslandığında ekonomik anlamda güçlü olan tarafın yetki alanında daha fazla genişlik olması söz konusu olacaktır³⁵³. Bu minvalde pazarlık süreciyle yürütülen zorunlu arabuluculuğu kuralsızlaşmanın, hatta kural koymak suretiyle kuralsızlaşmanın bir örneği olarak görebiliriz. Bunlarla birlikte

³⁴⁹ AKMAN, 2014, sf. 242-243.

³⁵⁰ SAVRAN, 2007, sf. 166-167.

³⁵¹ AKMAN, 2014, sf. 230.; SÜZEK, Sarper, 'İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum', Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2015, Sayı:34, sf. 12.

³⁵² ERDUT, Tijen, 'Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralsızlaşma', TÜHİS Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:18, Sayı:4, sf. 10.; Neoliberal zihniyetin kuralsızlaştırmayla mutlak anlamda bir kural deflasyonu hedeflememesiyle birlikte işçi haklarını koruyucu, sosyal nitelikli ve kamu hukuku bağlantılı düzenlemeleri ortadan kaldırmaya yönelik bir arzusundan söz edebiliriz. AKMAN, 2014, sf. 227.

³⁵³ İşçinin korunması ilkesiyle kuralsızlaştırma politikalarının çelişkili içeriğine dair yapılan eleştirilere cevap olarak doktrinde "mümkün olduğu ölçüde işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma" çözümü ileri sürülmektedir. SÜZEK, 2015, sf. 13.

bu yeni dönemde çalışma yaşamının sosyal boyutlarını devletlerin gözetimi altında bir araya getiren hukuki yapılanmaların tartışma konusu haline geldiğini belirten Supiot, iş hukukunun kuralsızlaştırılmasıyla ‘sosyal minima’³⁵⁴ adını verdiği sürecin yaygınlaştırılmasını bir madalyonun iki yüzü olarak tarif etmektedir³⁵⁵. Kendisi bu görüşlerine paralel olarak Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization-ILO) gibi örgütlerin bazı taleplerini 19. yüzyılın basit taleplerinin (zorla çalıştırmanın yasaklanması, çocuk çalışmasının sınırlanması vb.) dillendirilmesi olarak görür³⁵⁶. Son olarak, esneklik ile oldukça yakından ilintili olan bu kavramın esnekliğin bir parçası, hatta esnekliğin kuralsızlaştırmayı da içerecek biçimde daha geniş bir anlama sahip olduğunu iddia edebiliriz³⁵⁷.

Bu başlıkta değinilmesi gereken -belki de- en önemli nokta, neoliberal dönemle beraber iş hukukuna hakim ‘işçiyi koruma’ ilkesine eklenen ‘işyerinin korunması’ zorunluluğunun literatürde³⁵⁸ benimsenip, neoliberal söylemle uyumlu olarak sıklıkla

³⁵⁴ Kavram, sosyal koruma sistemleri tarafından ihtiyacı olanlara sağlanan sosyal yardımları ifade etmektedir. Supiot özellikle uluslararası finans tekellerinin az gelişmiş ve/veya gelişmekte olan ülkelere ‘insani gelişim’ adına yoksullukla mücadele planları finanse ettiğinden bahsetmektedir.

³⁵⁵ SUPIOT, Alain, Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, (çev. Bige Açımuş), 2. baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, sf. 120.

³⁵⁶ SUPIOT, 2014, sf. 120.

³⁵⁷ ERDUT, 2003, sf. 9.

³⁵⁸ ‘İş Hukuku, [...] işverenin silinmesi ve yok edilmesi esasını içermez. [...] İş hukukunun özelliği [...] işçi ve işveren kesimlerinin birbirlerini yok etmelerini önlemektir[...] Dengenin kurulmadığı toplumlar sosyal patlamalara mahkumdur.’ CENTEL, Tankut / DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Hukuku, 18. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, sf. 8-9.

‘İşçiler korunurken ayrıca işletmelerin ekonomik ve teknik zorunlulukları, üretim ve verimlilik gerekleri de dikkate alınmalı ve işletmenin varlığı tehlikeye atılmamalıdır.’ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 21. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, sf. 7.

‘İş hukukunun amacı sadece işçilerin korunması olmayıp, koruma ihtiyacı ile iktisadi imkanlar arasında dengenin kurulmasıdır [...] Küresel rekabetin esnekleşme zorunluluğunu ortaya çıkarması çalışma hayatını etkilemiş [...] 1475 sayılı İş Kanunundaki hükümlerin ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlayacak esnekliğe sahip olmaması, özellikle taraf iradelerine gerekli serbestliği tanımaması, çalışma koşullarının tarafların ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmesine engel teşkil etmiştir[...] Ayrıca ülkemizin ekonomik ve sosyal şartlarının dikkate alınması uyumsuzlukların çözümünü kolaylaştıracaktır’. SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 7. baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, sf. 8-9.

‘İşçinin korunması ilkesi temelde işçinin çıkarlarının, işletmenin çıkarlarıyla örtüştüğü gerçeği göz ardı edilmeksizin tamamlanması gereken bir ilkedir. Gerçekten de işçinin korunması esası ya da ilkesi, bir işyerinin mevcudiyetinin ve işlerliğinin bulunması halinde söz konusu olabilir. İşletme ya da işyerinin heba edilmesi pahasına işçinin korunmasının bir anlam ifade etmeyeceği kuşkusuzdur [...] İşçinin yararı ile işletmenin yararının [...] bağdaştırılması gereği vardır.’ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, 4. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, sf. 15.

öne çıkarılmasıdır³⁵⁹. İş hukukçusu akademisyenlerce ‘denge prensibi’, ‘hassas denge’ gibi kavramsallaştırmalarla da adlandırılan bu durum işyerinin çıkarlarının gözetilmesinin işçinin de hayrına olduğu düşüncesini beslemekte ve pekiştirmektedir³⁶⁰. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) tarafından düzenlenen İş Mahkemeleri Kanunuyla ilgili bir panelde yapılan bir konuşmanın meramımızı anlatma yönünde bize oldukça fayda sağlayabileceğini düşünüyoruz: *‘21.yüzyılın iş hukuku, işçilerin korunması ile işletmelerin korunması arasında bir denge bulunması zorunluluğu ile karşı karşıyadır. Çağdaş iş hukuku, işçilerin korunması ile ekonominin bu yükü taşıyabilme gücü arasında denge kurulmasını sağlayabildiği ölçüde ekonomiye ve çalışma yaşamına katkı sağlayabilecektir. Çalışma mevzuatında da “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir denge bulunabilmesi için önceliğin, işçinin ya da işverenin değil, her ikisinin ortak paydasını oluşturan “işletmelerin korunmasına” verilmesi gerekmektedir. İstihdamın ve işletmelerin sürdürülebilirliği açısından bu dengenin kurulması ve korunması hayati önem taşımaktadır. İşletmelerini ayakta tutamayan ülkeler, teknoloji bu kadar hızlı gelişirken, küresel rekabet bu kadar hızlanmışken, işletmeler dünyanın her köşesine bugünden yarına götürülebilir hale gelmişken, yabancı yatırımları kaybetmekle kalmamakta, yerli yatırımcılarının da başka ülkelere gitmesine zemin hazırlamaktadır.’*³⁶¹. Yine bu görüşlere paralel bir biçimde esneklik üzerinden işverenin yeterince korunmadığını ileri süren Ekonomi’ye göre de: *‘Bir özel hukuk ilişkisi olan işçi işveren ilişkisinde hemen her konuda ve büyük çoğunlukla sadece işveren için devlete karşı yükümlülük yaratılarak cezai yaptırımlar konulması asla düşünülmemesi gereken bir husus olduğu gibi [...] İşçi işveren arasındaki ilişkide bu kadar geniş kamu hukukunun etkisi, [...] işverenin elinde gücü kötüye kullanacağını esas alan düşüncenin mevzuata yansımından başka bir şey*

‘İş hukukunda hassas denge vardır. [...] İşçinin korunması, işverenin ekonomik mahvına neden olacak ölçüde olmayacaktır. [...] Körü körüne her şart ve halde işçinin korunması değil, haklı olduğu sürece işçinin korunması kuraldır. [...] İşçi korunacaktır, ancak kayrılmayacaktır.’ TEPEDELEN, Mustafa Kemal, İş Hukukunun Temel İlkeleri, 1. baskı, Ankara, 2014, sf. 4.

³⁵⁹ Belirtmek gerekir ki ‘işyerinin korunması’ adı altında somutlaşan işçi ve işveren arasındaki ‘denge’ nin toplumsal yarar kavramıyla sağlanması durumu liberal hukuk anlayışının zaten olağan bir kabulüdür. Geçmişte muvazene ve ahenk kavramlarıyla da ifade edilen bu olağan kabulde bizim vurgulamak istediğimiz husus, bu toplumsal yarar ve denge söylemlerinin ‘işçiyi koruma’ ilkesiyle aynı tonda dile getiriliyor oluşudur.

³⁶⁰ YÜCESAN-ÖZDEMİR / ÖZDEMİR, 2008, sf. 91.

³⁶¹ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), İş Mahkemeleri Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Ankara, 2016, sf. 233.

*değildir.*³⁶² Dünya ekonomilerinin neoliberal politikalarla uyumlu bir biçimde gittikçe kapitalistleştiği, her şeyin piyasaya tabi kılındığı, metalaştırmanın herhangi bir sınırının olmadığı, tam anlamıyla kapitalist olmayan mekanların da zor ve rızanın iç içe geçirilerek bütünlüklü bir şekilde kapitalizme bağımlı kılındığı bir güncel durum saptamasında yukarıdaki görüşlerin bizi götüreceği yeri ‘işçinin korunması’ ilkesinin artık ikincil bir ilke konumuna getirilmesi olarak görmek pek abartı olarak karşılanmamalıdır. Daha da ileri giderek, bir üretim söylemi ve formu olarak neoliberalizmin iş hukukunda ‘işyerinin korunması’ ilkesinin başat ilke olarak kabul edilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığını ifade edebiliriz.

Vurgulanması gerekli bir diğer nokta, iş hukukunun dönüşümünün, aynı zamanda onun değersizleşmesi ve anlamsızlaşması sürecine de yönelik olduğudur. Zira ayrı bir dal olarak iş hukuku, emek gücünün alım satımı sürecinde emek gücünü satan işçinin zayıf taraf olduğuna yönelik oldukça sancılı bir sürecin sonunda gelişen bir hukuk dalıdır. Bu zayıflığı dengeleme amacıyla devletin çıkardığı emredici iş hukuku yasalarıyla³⁶³ ‘korunacak işçi’nin yerini işvereniyle tamamen özgürce sözleşme yapabilen ‘eşit işçi’³⁶⁴ aldığı³⁶⁵ orada bir iş hukukundan bahsetmek mümkün değildir; olsa olsa o ilişkiyi borçlar hukukunun konusunu oluşturan bir ilişki olarak tarif edebiliriz. Dolayısıyla dönüşüm yalnızca sosyal hakları törpülemeyi ve sömürüyü daha çıplak biçimde

³⁶² EKONOMİ, Münir, ‘Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği’, Çalışma Hayatında Esneklik – Fleibilität Im Arbeitsleben Sempozyumu (27-31 Ekim 1993), Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994, sf. 60.

³⁶³ Özellikle burada nisbi emredicilikten bahsedebiliriz. İş hukukuna hakim bir diğer ilke olan bu nisbi emredicilik, kanunlarda düzenlenen iş hukukuna dair kuralların ancak işçi lehine olmak suretiyle değiştirebileceğine, işçi aleyhine değiştirilemeyeceğine ilişkin bir ilkedir. Bunun sebebi işçilerin işverenlerle yapacakları sözleşmelerde zayıf konumda bulunmaları nedeniyle sosyal devlet tarafından korunması gerekliliğidir. IŞIKLI, Alpaslan, İş Hukuku, 6. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, sf. 5.

³⁶⁴ Zorunlu arabuluculuğa yönelik yapılan eleştirilere cevap verme çabasındaki bir metinde de bu durum şöyle ifade edilmiştir: ‘İşçiyi akıl ve mantıktan yoksun insan dışı bir organizma olarak görmek, söylem itibarıyla onu en çok koruduğunu ileri süren kesimlerin eğilimidir.’ <https://www.samildemir.av.tr/2018/10/dava-sarti-arabuluculuguna-yapilan-elestiriler-uzerine-dusunceler/> (erişim tarihi 28.10.2020).

Akman da esnekleştirme argümanları adı altında sıklıkla tarafların özgür iradelerine atıf yapıldığından bahsetmektedir. AKMAN, 2014, sf. 234.

³⁶⁵ TİSK, 2016, sf. 23.

hukuksallığa kavuşturmayı değil, iş hukukunun yapısal karakterinin, borçlar hukukuna ilişkin sözleşme fetişizmine tahavvülünü de içeriyor görünmektedir³⁶⁶.

3.2.2. Emeğin Gaspı: Zorunlu Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuk, liberal hukuk söyleminin kavram setleri içinden ifade etmeye çalışırsak açıkça hak arama özgürlüğünün engellenmesidir. Burjuva hukuksal sistemin kendi içinde çelişkiye düşmesi olarak saptayabileceğimiz bu düzenleme, vatandaşların kanunlarca tanınmış haklarını talep etmesinin önünde açıkça bir bariyer işlevi görmektedir.

Neoliberal pratiğin, yargılamanın modern devlette kamu hizmeti olarak yürütülmesine dair kabulü mümkün olduğu ölçüde tasfiye etmesi gibi, zorunlu arabuluculuk düzenlemesi de işçi sınıfının tarihsel kazanımlarını ‘devletin yasa çıkarmak suretiyle, çalışma yaşamını düzenlemesi biçiminde’³⁶⁷ salt bir hukuksal kategori olarak adlandıran liberal hukuk anlayışının meşruluğunu sorgular hale getirmektedir. Çünkü devlet, yürürlüğe koyduğu düzenlemeyle daha önce bir ‘lütuf’ olarak sunduğu hakların kullanımını yine kendi yasasıyla fiilen engellemektedir. Zorunlu arabuluculuğun bu durumun en net ifadelerinden biri olduğunu düşünüyoruz³⁶⁸. Nitekim yine ülkemiz üzerinden örnek vermek gerekirse AUÇY hakkında ilk kapsamlı çalışma olarak saptadığımız eserde de ‘Alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurunun yasalarca zorunlu kılındığı ve hatta ulaşılan çözümün bağlayıcı olmasının kararlaştırıldığı durumlar, [...] [kanun tarafından hak arama özgürlüğünün sınırlaması] olarak kabul edilebilir’ ibareleri yer almaktadır³⁶⁹. Yine başka bir arabuluculuğu savunan eserde de AUÇY’nin esasen

³⁶⁶ AKMAN, 2014, sf. 226-227.

³⁶⁷ Centel’in sözlerini aktaran AKMAN, 2014, sf. 223.

³⁶⁸ Hukuk doktrini ve bu konuya dair yapılan tartışmalarda düzenlemenin savunucuları zorunlu arabuluculuğun dava açma yoluna engel olmadığı, taraflar arasında anlaşma zorunluluğu olmadığı için anlaşma olmadığı takdirde yargı yolunun açık olduğunu belirtmektedir. Örnek için bkz: <https://www.evrensel.net/haber/322005/hukukcular-zorunlu-arbuluculuk-yargiya-alternatif-olmamali> (erişim tarihi 01.11.2020) Anayasa Mahkemesi de benzer gerekçelerle zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü tamamen kaldırmadığını, dolayısıyla anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bkz.: 11.07.2018 tarihli, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı karar.

³⁶⁹ ILDIR, 2003, sf. 48.

gönüllülük temelli yöntemler olmasına gönderme yapılarak hak arama özgürlüğünün kısıtlanmadığı ileri sürülmektedir³⁷⁰.

Bunlarla beraber hak arama özgürlüğü kavramının ve buna dair yürütülen pratiğin, yaşamın her anında yeniden üretilen bir olgu olarak bir sınıf mücadelesi biçimi olduğunu vurgulamak gerekir. İşçi sınıfı açısından düşünecek olursak sendikalaşma ve grev gibi pratiklerin ötesinde dava yolu da sermayeye karşı verilen sınıf mücadelesinin hukuksal görünümünden birini oluşturmaktadır³⁷¹. Hukuki mücadele adı altında somutlaştırabileceğimiz bu boyutun da yine genel olarak AUÇY, özel olarak zorunlu arabuluculuk vesilesiyle tasfiye edilmeye çalışıldığını, bunun da ötesinde bir mücadele yolu olarak görülen kamusal davanın, yargı alanındaki bu yapısal dönüşüm aracılığıyla emekçi yığınlar için bir nebze de olsa koruma mekanizması sağlayan işlevinin kısıtlandığını³⁷² öne sürmek oldukça yerinde görünmektedir. Hak arama özgürlüğüne dair, hukuksal sistemin yurttaşlara izin verdiği ölçüde hak araması gerçeği ayrı bir tartışma konusu olduğu için bu çalışmada bu hususu detaylandırmadığımızı ifade etmek gerekir.

Zorunlu arabuluculuk, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak biçimde emek sermaye çelişkisinde sermayenin yanında olan bir düzenlemedir, yıllar boyu süren mücadelelerle sağlanan kazanımların törpülenmesidir. Gün, oldukça yerinde bir saptamayla, sermayenin yanında olma durumunun burada iki şekilde gerçekleştiğini ifade etmektedir: İlki kamusal bir hizmet olarak görülen yargı hizmetinin piyasa sahasına çekilerek sermayeye yeni bir birikim alanı yaratılması, ikincisi de hukuksal olarak dolaymlanarak hak statüsüne ulaşmış işçi sınıfının sınıfsal kazanımlarının işlevsizleştirilmesi ve sermaye karşısında güçsüz bir konuma itilmesi³⁷³. Düzenlemenin doğrudan sermayenin talepleri doğrultusunda getirilmiş olması sadece düzenlemeyi eleştirel yönden ele alan yazarlar tarafından değil, bizzat Adalet Bakanlığı'nda

³⁷⁰ 'Dava yoluyla hak arama özgürlüğü [...], diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. [...] Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.' ÖZBEK, 2009, sf. 225-238.

³⁷¹ HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 139.

³⁷² AKMAN, 2014, sf. 226.

³⁷³ GÜN, 2018, sf. 81.

AUÇY'nin kurumsallaştırılması ve yaygınlaştırılması görevlerini üstlenen Daire Başkanlığı tarafından da dile getirilmekte ve bizim tüm bir çalışma boyunca aktarmaya çalıştıklarımızı özetler görünmektedir: *‘Ticari dünyaya baktığımızda iş insanları uyumsuzlukların çok kısa sürede çözüme ulaşmasını istiyor. Bir iş adamı uyumsuzluğunun çözümü için uzun zaman beklediğinde gelişen ve hızla değişen dünyada uzun vadede önünü göremiyor. İşte bu noktada da arabuluculuk müessesesi ile uyumsuzluk çok kısa bir sürede çözülüyor ve adalete en kısa zamanda erişim sağlanıyor. [...] Arabuluculuk sürecinin gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesi de ticari şirketler açısından ayrı bir önem taşıyor.*³⁷⁴.

Zorunlu arabuluculuk, *ölümü gösterip sıtmaya razı etmek* deyimini tam anlamıyla yansıtan bir düzenlemedir. Buradaki ölümle kastedilen mahkeme sürelerinin uzunluğu ve ‘geç gelen adalet’, sıtma ise işçinin burjuva bir devletin yasalarına göre çalışmasıyla kazandığı haklarından daha azıdır. Bu razı etme süreci elbette bir pazarlıkla yürütülür ve ikinci bölümde ifade etmeye çalıştığımız üzere bu pazarlıkta herhangi bir hukuk kuralı ve içtihat dikkate alınmamaktadır. Tam da burada tersinden bir soru sormak gerekebilir: Pazarlık sürecinde herhangi bir işverenin, işçiye mevcut doğmuş haklarından daha fazlasını vermesi düşünülebilir mi? İşverenin, işçiye dava açmaması şartıyla ‘tamam ben alacağın ne kadarsa daha fazlasını ödüyorum’ demesi beklenebilir mi? Bu sorulara olumlu yanıtlar vermenin pek mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Bunlarla paralel olarak mahkeme sürelerine dair ‘Dava açarsan yıllarca beklersin’³⁷⁵ deyişini, arabulucuların bu süreçte birer papağana dönüşmesinin kaynağı olarak ortaya koymak bu minvalde pek abartılı görünmemektedir.

³⁷⁴ <https://www.dunya.com/ekonomi/mahkeme-1000-gun-arabulucu-yarim-saat-haberi-478090> (erişim tarihi, 02.11.2020).

Aynı Başkanlığın zorunlu arabuluculuk düzenlemesi getirildikten iki ay sonra arabulucuların bulunduğu bir gruba gönderdiği mesajı aktaran Aydın, ‘Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın ‘Sermayeyi Koruma ve Kollama Daire Başkanlığı’ olarak işlev gördüğünü belirtmektedir: *‘Arkadaşlar iki ayimizi bitirdik bugün itibari ile oniki bin uyumsuzluk arabuluculuk ile sona erdi [...] Kamuoyunda is dünyasından ciddi şekilde olumlu geri dönüşler olmaktadır Herkesin emegine saglik [...] Insallah yakin zamanda diger uyumsuzluklarda arabuluculuga açılacaktır [...] (Bir bölgede toplantıya katılacağını bildirdikten sonra) bu bolgede isveren firma varsa muvekkilleriniz onlarda katilsinlar [...] İnsan kaynaklari mudurleri mali musavirler isveren vekilleri bizim icin önemli katilimleri [...]’* AYDIN, Ali Rıza, Yetkilisinin Dilinden Arabuluculuk Gerçeği, 2018, <https://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/yetkilisinin-dilinden-arabuluculuk-gercegi-230784> (erişim tarihi, 02.11.2020).

³⁷⁵ <https://www.evrensel.net/haber/321479/hak-aramaya-zorunlu-engel-arabuluculuk> (erişim tarihi 03.11.2020).

‘Beni tanımayan biri sadece duyguya dayalı orta yolu bulmak adına... Yani kimin orta yolu? Kimin safında?’³⁷⁶. John Reed’in ‘Dünyayı Sarsan On Gün’ kitabındaki toplumsal sınıfların varlığına ve keskinliğine ait yalınlığı anımsatan³⁷⁷ bu cümle, zorunlu arabuluculuk düzenlemesi TBMM’de görüşülürken Hatipoğlu Aydın’ın işçilere arabuluculuk hakkında fikirlerini sorması üzerine bir işçinin cevabı. Yazarın, görüşlerine başvurduğu işçilerin neredeyse tamamı, oldukça sorunu içinde barındırmasına rağmen kamusal yargıyı objektif, eşitlikçi ve kendilerini ifade edebilecekleri bir mekan olarak görüyorlar: ‘Öyle ya da böyle sonuçta hakkını alacaksın. Arabuluculukta öyle bir garanti de yok. Karşına neyle gelecek, karşısındaki avukatı senin çalışma şeklini, çalışma alanını, bunu karşılığında alman gereken ücretini hesaplayabilecek mi?’³⁷⁸.

³⁷⁶ HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 202.

³⁷⁷ ‘[...] Asker ciddi ciddi, "Bana bak, kardeş;" dedi, "anlamıyorsun. İki sınıf var, görmüyor musun? Proletarya ile burjuvazi. [...]" REED, John, Dünyayı Sarsan On Gün, (çev. Rasih Güran), 3. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, sf. 187.

³⁷⁸ HATIPOĞLU AYDIN, 2018, sf. 203.

SONUÇ

Hukuk dünyasının gerek yurt dışında gerek Türkiye’de gündemine girdiğinden bu yana AUÇY, değişik tartışmalara yol açmış, fakat en nihayetinde bugün dünya çapında hukuk ve yargı alanında geniş ölçekte uygulanan bir sistem olmuştur.

‘Moda’ bir alan olması vesilesiyle, AUÇY akademik literatürde bolca tartışılmış, hakkında birçok çalışma yapılmıştır. Ancak çoğu hukuk dogmatikğine sadık hukuk çalışmaları gibi, bu çalışmalar da kendini tekrardan ve olanı olduğu gibi aktarma ‘bilimselliğinden’ kurtaramayıp, bir iki örnek dışında (özellikle tez formatında) özgün bir çalışma ortaya koyamamış, hukuksal bakış açısını yeniden üreten bir işleve sahip olmuşlardır.

Arabuluculuğu eleştirel yönden ele alan eserler hem ülkemiz özelinde, hem de dünya ölçeğinde oldukça sınırlı sayıdadır. Arabuluculukla ilgili yapılan çalışmalarda betimleyici ve/veya olumlayıcı bir bakış açısına sahip olunmuş, yargılama hizmetlerinin piyasaya devri gibi bir gerçeğe yüzleşilmemiştir. Çalışmada da genel olarak bu eserlerden yola çıkılmış, bunlara karşı argüman geliştirilme çabasına girilmiştir. Ancak ifade edilmelidir ki literatür benzer daha pek çok çalışmanın yapılmasını beklemektedir. Bu husus önemlidir; zira mevzubahis yöntemlere eylemsel veya söylemsel herhangi bir karşı koyuşun olmadığı ortamda neredeyse her uyuşmazlığın özel çözümüyle baş başa kalma tehlikesi ufukta kendini göstermektedir. Gönüllü olarak reklamı yapılan yöntemlerin zorunlu olma sürecini de bu minvalde değerlendirmek gerektiği çok açıktır. Daha cesur bir şekilde dillendirmek gerekirse piyasaya devredilmemiş, eşit, parasız yargılanma hakkı için mücadele önümüzdeki zaman diliminde gündeme gelmeyi beklemektedir.

Genel olarak sınıflı toplumun, özel olarak da kapitalizmin tarihinde ‘bağımsız’ bir yargıdan bahsedilemeyeceği kuşkusuzdur. Nitekim yargı bağımsızlığına ilişkin kurgular da ancak modern toplumla beraber; yargının siyasi iktidarı denetleyen bir pozisyona evrilmesiyle belirmiştir. Yargı bağımsızlığı da böylece hukuk devletinin bir zorunluluğu

olarak görülüp adeta mistik bir kurgu olarak karşımıza çıkmıştır. Ancak çalışmada da yer yer değindiğimiz gibi aramızdaki yüzyılda verilen toplumsal mücadelelerle yargı alanında emekçi sınıflar lehine bazı kazanımlar sağlanmış, sınıf mücadelesi hukuki yollarla da yürütülmüştür. Ancak bu durum, günümüzde neoliberalizmin açtığı yolda gittikçe gözden kaybolmakta, önemini yitirmektedir. Yargısal kazanımlar sermayenin talepleri doğrultusunda kademe kademe geriletilmektedir.

AUÇY'ye ve arabuluculuğa eleştirel yönden bakan çalışmaların kısıtlılığının çok da şaşırtıcı olmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim AUÇY ve arabuluculuk 'pasta'sı günden güne genişlemekte, bir 'yargılama burjuvazisi' çoktan meydana gelmiş görünmektedir. Eleştiri getirecek herhangi bir kişinin çok kolay bir şekilde 'arkaik', 'her şeyi devletten bekleyen', 'dar ufka sahip', 'değişen ve gelişen dünyayı anlayamamış' olarak yaftalanması söz konusu olabilecektir. Tabii bunda bu burjuvazinin arkasına devlet desteğini almasının da payı göz ardı edilemez.

Çalışmada sıkça tekrar edildiği üzere arabuluculuk, 'mahkemelerin iş yükünün azaltılması', 'toplumda kamusal yargı mekanizmasının tahrip ettiği uzlaşma kültürünün yeniden tesis edilmesi', 'uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü', 'gizlilik ilkesinin yaşadığımız çağda ortaya çıkışındaki amacından uzaklaşması' gibi söylem pratiklerinin dışına çıkılarak doğrudan yargının özelleştirilmesi bağlamında ele alınmıştır. Özellikle belirtmelidir ki bu ele alış arabuluculuk sürecinin zorunlu bir yol olmasından bağımsız bir şekilde, 1970'lerin başında ABD'de ve 2000'lerde Türkiye'de ortaya çıktığındaki ilk formlarına yönelik olarak yapılmaya çalışılmıştır. Özelleştirilme süreci, arabuluculuğun, birçok hukuk alanında başvurulması zorunlu bir yol olarak kabul edilmesiyle artmış olsa da, arabuluculuğun en başta anlatıldığı gönüllü halinin de esasen özelleştirmeye giden yolun taşlarını döşediği önemle belirtmelidir.

Vurgulamak gerekir ki bu çalışma nihayetinde kamusal yargılama mekanizmasının bütünlüklü bir savunusu değil, onun adeta tüm sorunların anası gibi gösterilip karşısına çözüm olarak çıkarılan genel anlamda AUÇY'nin, özel olarak da arabuluculuğun eleştirisidir. Nitekim kamusal yargının sorunları, içinde yaşadığımız, onu deneyimlediğimiz siyasal ve ekonomik yaşama, politik düzene içkin sorunlardır ve bu

sorunların çözümü yargıyı özelleştirmek olmamalıdır. Yazarın bu sorunların çözümüne dair bütünlüklü bir çözüm bulma iddiası yoksa da, kamusal yargının tarihsel bir ilerleme olduğu çalışmada dile getirilmektedir. Sistem içi herhangi bir çözümün yargının sorunlarına esaslı bir yanıt olmayacağı da ayrıca belirtilmelidir.

Tüm bu hususlara paralel biçimde denilebilir ki, hukukun mistikleştirilmesi, politika üstü bir kurallar bütünü olarak görülmesi, üretim ilişkileriyle sıkı bir bağı olduğunun görmezden gelinmesi gibi bakışlara bir itiraz söylemi geliştirilmeye ve tabir yerindeyse ‘büyüsünün bozulmasına’ çalışılmış, ancak bu yolla hukukun esaslı bir şekilde kavranabileceği ortaya konmuştur. Bunu yaparken belirli bir tarihsel şematige sadık kalınmış, hukukun sadece hukuka bakılarak kavranamayacağı, diğer sosyal bilim disiplinleriyle harmanlandığında bir anlama çabası geliştirilebileceği nihayetinde bilginin ayrılmaz bir bütün olduğu vurgulanmak istenmiştir. İkinci bölümde de hukuka esas olan dönüşüm kaynağının neoliberalizm mefhumu olduğu ortaya konarak, arabuluculuğun bu mefhumdan kaynağını aldığı ve meşrulaştırılmasına dair söylemlerin yargının özelleştirilmesi gerçeğine yönelik birer örtü olduğu iddia edilmiştir.

Zorunlu kılınmasıyla tepkileri üzerine çekmeye başlayan arabuluculuk, esasında gönüllü bir yol olarak pazarlandığı baştaki reklamlarından bu yana, uyuşmazlık çözümünün bir kamu hizmeti değil de piyasaya tabi, alınıp satılabilen bir meta olma sürecinin en net görünümüdür. Klişe ama oldukça yerinde bir söylem olarak parası olanın adalet satın alabildiği bir düzen (yargılamanın kamusal yürütülüşünde de durumun çok farklı olmadığını belirtmekle birlikte) iyiden iyiye yerleştirilmekte, ekonomik anlamda güçlü olan tarafların neredeyse doğrudan mahkemenin kendisi olması gerçeği gitgide belirgin bir hale gelmektedir. Sermaye sahibi sınıfların kendi AUÇY şirketlerini kurmalarının önünde herhangi bir engel gözükmemektedir.

Arabuluculuğun gündeme getirildiği ilk zamanlarda ve kanunlaştırılması sürecinde de yeterli toplumsal tepkiyi toplayamamasının sebebini ise tüm çalışmada inatla üzerinde durduğumuz üzere hukuk camiasındaki hukuksal bakış açısının hakimiyeti olarak saptayabiliriz. Örneğin mahkemelerin iş yükünün çok fazla oluşu, davaların gereğinden fazla bir biçimde uzaması, yargılama giderlerinin pahalılığı dolayısıyla hak aramak

denilen sürecin herkese eşit biçimde sunulmaması gibi sorunlar vatandaşından tüm hukuk aktörlerine değin herkesin üzerinde uzlaşacağı problemlerdir. Ancak hukuku hukukla kavramanın yarattığı sakatlıktan dolayı bunlar sanki birden meydana gelmiş, hukukun ve mahkemelerin birer içsel sorunuymuş, mahkeme personeli yetersiz olduğu için söz konusu sorunlar meydana gelmiş gibi algılanmıştır. Mevcut sorunların çözümü olarak sunulan yargılamanın özelleştirilmesi çoğunlukla içselleştirilmiş, bu kapsamda yargılama piyasasının doğuşu da şahitlik ettiğimiz bir diğer olgu olmuştur.

Çalışmada belirtilen ancak sonuç kısmında tekrar etmekte fayda gördüğümüz bir diğer husus yargılama faaliyetinin devlet dışı fakat devletçe tanınan çözüm yollarının AUÇY ile başlamadığıdır. Tahkim adı verilen ticari uyuşmazlıkların ilkçağlardan bu yana görülen çözüm yöntemi kendine özgü yapısı ve kapsamlılığı nedeniyle çalışmada derinlemesine incelenmemiştir. Ancak tahkime yönelik ilginin artmasıyla AUÇY'nin yaygınlaştırılmasının son dönemlerde birbirine paralel biçimde geliştiğini de belirtmek yerinde görünmektedir. Nitekim bu paralellik, elbette devletin 'küçültülme'sini hedefleyen neoliberal dönemin hedefleriyle uyumlu biçimde yürümektedir.

Tezde genel olarak karanlık bir tablo çizildiğinin yazar farkındadır. Ancak bunun yapılması, kaynağını, İtalyan teorisyen ve siyasetçi Antonio Gramsci'nin yazar Romain Rolland'dan atıf yaparak dile getirdiği 'akılın kötümserliği, iradenin iyimserliği' sözünden ilhamla, mevcut bir sorunu tüm yönleriyle ele almaktaki eleştirel yönden ve buna nasıl çözüm üretileceğine, karşı çıkılması gerektiğine dair sorumluluktan almaktadır.

KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Kasım, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015.
- AKBAŞ, Kasım, ‘Hukukun Sefaleti’, Liberal Hakların, Hukukun, Devletin Sınırları, (ed. Bora Erdağı), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, (s. 173-196).
- AKBAŞ, Kasım, ‘İdeoloji Olarak Hukuk’, Hukuk Kuramı Dergisi, Yıl:2018, Cilt:5, Sayı:3, (s. 50-71).
- AKMAN, Şefik Taylan, ‘Roma Antikitesinde Sosyal - Politik - Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2012, Cilt:2, Sayı: 2, (s. 89-107).
- AKMAN, Şefik Taylan, Hukuk ve Politika İlişkisi, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016.
- AKMAN, Şefik Taylan, ‘İş Hukukunun Piyasalaşması: Emeğin Esnekleşmesi ya da Çalışma Yaşamının Kurlsızlaşması Bağlamında Klasik Liberalizmden Neo-liberalizme İş Sözleşmesinin Dönüşümü’, Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, (der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, (s. 217-246).
- AKŞİN, Sina, Kısa Türkiye Tarihi, 15. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.
- AKTAŞ, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, 1. baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006.
- AKTAŞ, Sururi, Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, 2. baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2018.
- ALBAYRAK, Hakan, ‘Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu’, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2018, Cilt:17, (s. 12-24).
- AMIN, Samir, Liberal Virüs: Sürekli Savaş ve Dünyanın Amerikanlaştırılması, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018.
- ARSAL, Sadri Maksudi, Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1941.
- BAKIRCI, Kadriye, ‘“Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru’, TBB Dergisi, Yıl:2019, Sayı:140, (s. 355-392)

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (çev. Sami Selçuk), 5. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015.

BEST, Antony / SCHULZE, Kirsten / MAIOLO, Joseph A., 20. Yüzyılın Uluslararası Tarihi, 3. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020.

BORATAV, Korkut, ‘Emperyalizm mi? Küreselleşme mi?’, Küreselleşme: Emperyalizm, Yerelcilik, İşçi Sınıfı, (der. E. Ahmet Tonak), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, (sf. 15-27).

BORATAV, Korkut, Türkiye İktisadi Tarihi: 1908-2007, 13. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

CENDEL, Tankut / DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Hukuku, 18. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

CİVELEK, M. Ali, ‘Ulus Devlet: “Bitti” Diyenlere Hatırlatmalar’, Gelenek Dergisi, Yıl: 2005, Sayı:85.

ÇİL, Selda, Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

ÇOBAN, Aykut, ‘Küreselleşmeye Karşı Olmak: Olanaklar ve Sınırlılıklar’, Praksis Dergisi, Yıl:2002, Sayı:7, (s. 117-164).

ÇULHAOĞLU, Metin, ‘Kapitalist Devlet Tartışmaları: İleri Adımlar İçin Gerekli Zemin’, Gelenek Dergisi, Yıl:2006, Sayı:86.

DE ANGELIS, Massimo, ‘Marx ve İlkel Birikim: Kapitalist Çitlemenin Sürekli Karakteri’, İlkel Birikim: Sermayenin Kaldıracağı, (der. Özey Göztepe), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2014, (sf. 89-115).

DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DOBB, Maurice, Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler: Geçiş Tartışmaları, (çev. F. Akar), 1. baskı, Belge Yayınları, İstanbul, 1992.

DOĞAN, İlyas, Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, 3. baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

DOĞAN, Zelal P., Louis Althusser’de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeoloji İlişkisi, Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:2019, Cilt:1, Sayı:1, (sf. 153-183).

EKİCİ, Ekrem, ‘Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi’, Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, (ed. Taner Yelkenci), 2. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017, (s. 259-291).

EKONOMİ, Münir, ‘Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği’, Çalışma Hayatında Esneklik – Fleibilität Im Arbeitsleben Sempozyumu (27-31 Ekim 1993), Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir, 1994, (s. 55-79).

ENGELS, Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, (çev. Erkin Özalp), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2019.

ENGELS, Friedrich, ‘Hukukçular Sosyalizmi’, Devlet ve Hukuk, (der. ve çev. Rona Serozan), 2. baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018, (sf. 167-181).

ENGELS, Friedrich, Tarihsel Materyalizm Üzerine Mektuplar, (çev. Öner Ünalın), 2. baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara, 2000.

ERDOĞAN, Ersin / ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arbuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arbuluculuk Taslağı, 1. baskı, SETA Yayınları, Ankara, 2016.

ERDUT, Tijen, ‘Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralsızlaşma’, TÜHİS Dergisi, Yıl: 2003, Cilt:18, Sayı:4, (s. 8-36).

ERGÜZELOĞLU KİLİM, Esra, Türkiye’de Adalet Yönetimi: Bağımsız Yargının Sıkı Bağları, 1. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

FINE, Ben, ‘İlkel Birikim’, (çev. Ali Doğan), Marksist Düşünce Sözlüğü, (der. Tom Bottomore), 5. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, (sf. 298-299).

FULBERTH, Georg, Kapitalizmin Kısa Tarihi, (çev. Sadık Usta), 4. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018.

GIABARDO, Carlo Vittorio, ‘American Legal Realism in Dispute Resolution: Alternative Dispute Resolution as a “Realist” Project’, Iuris Dictio, Yıl:2020, Sayı:25, (s. 63-81).

GOJBARG, Aleksandr G., ‘Hukuk Üzerine Bazı Düşünceler’, (çev. Taner Yelkenci), ‘Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi’ (ed. Taner Yelkenci), 2. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017, (sf. 203-211).

GÜN, Servet, Piyasa Hukukunun İnşası: Zorunlu Arbuluculuk, 1. baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2018.

GÜRİZ, Adnan, Sosyal Demokrasi İdeolojisi, 2. baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜRKAN, Ülker, Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.

GÜRKAN, Ülker, Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961

GÜRLER, Sercan, ‘Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernst Weinrib’in Yaklaşımı’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2008, Cilt:66, Sayı:2, (s. 91-127).

GÜZELSARI, Selime, ‘Küresel Kapitalizmin “Anayasası”: GATS’, Praksis Dergisi, Yıl:2003, Sayı:9, (s. 117-142).

HARVEY, David, Neoliberalizmin Kısa Tarihi, (çev. Aylin Onacak), 2. baskı, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2015.

HATIPOĞLU AYDIN, Duygu, Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018.

HATIPOĞLU AYDIN, Duygu, Santos’un Teorisinde Karşı Hegemonik Hukuk Arayışları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

HAYEK, Friedrich, Kölelik Yolu, (çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldırım Arsan, Atilla Yayla), 6. baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2015.

HAYEK, Friedrich, Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı, (çev. Mustafa Erdoğan), 1. baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1995.

HEPER, Altan, Serbest Hukuk Akımı, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

İŞIKLI, Alpaslan, İş Hukuku, 6. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.

KADRİ, Sadakat, Dava: Sokrates'ten O. J. Simpson'a Yargılamanın Tarihi, (çev. Gökhan Arıkan), 1. baskı, Kolektif Kitap, İstanbul, 2019.

KARAHANOGULLARI, “Onur, Marksizm ve Hukuk”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:2002, Cilt:57, Sayı:2, (s. 61-92).

KARS KAYNAR, Ayşegül, ‘Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş’, İktisat Dergisi, Yıl:2017, Sayı:536, (s. 34-50).

KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KENNEDY, Duncan, Modern Hukukun Kaderi, (çev. A. Zeynep Yıldırım Türkyılmaz), 1. baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017.

KETİZMEN, Muammer, ‘Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?’, Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, (der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, (s. 151-172).

KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

KOZANOĞLU, Hayri / GÜR, Nurullah / ÖZDEN, Barış Alp, Neoliberalizmin Gerçek 100’ü, 1. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.

KURT KONCA, Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, 1. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, ‘Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri’, Batider Dergisi, Yıl:2004, Cilt:22, Sayı:4, (s.47-76).

MANAV ÖZDEMİR, Eda, ‘İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri’, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2015, Sayı:5, (s. 185-222).

MARX, Karl / ENGELS, Friedrich, Alman İdeolojisi, (çev. Tonguç Ok, Olcay Geridönmez), 2. baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2013.

MARX, Karl / ENGELS, Friedrich, Komünist Manifesto ve Hakkında Yazılar, (çev. Nail Satlıgan), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2008.

MARX, Karl, Kapital, Ekonomi Politğin Eleştirisi: Cilt I, (çev. Mehmet Selik / Nail Satlıgan), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.

MARX, Karl, ‘Louis Bonaparte’ın 18 Brumaire’i’, Fransız Üçlemesi, (çev. Erkin Özalp), 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016.

MENKEL-MEADOW, Carrie, ‘Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)’, Georgetown Law Journal, Yıl:1995, Sayı:83, (s. 2633-2696).

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, 4. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

OĞUZ, Arzu, ‘Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği’, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2001, Cilt:50, Sayı:3, (s. 11-53).

OĞUZ, Şebnem, ‘Sermayenin Uluslararasılaşması Sürecinden Mekansal Farklılaşmalar ve Devletin Dönüşümü’, Kapitalizmi Anlamak, (der. Demet Yılmaz vd.), 1. baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2006, (sf. 147-212).

ÖNGEN, Tülin, 'İleri Teknoloji ve Değişen Çalışma İlişkilerinin Paradigması', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl:1995, Cilt:50 Sayı:1, (s. 279-295).

ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ÖZBEK, Mustafa Serdar, 'Avrupa Birliğinde Uyuşmazlık Çözümü', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2007, Sayı:68, (s. 265-320).

ÖZCAN, M. Tefvik, 'Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2006, Cilt:64, Sayı:2, (s. 119-144).

ÖZCAN, M. Tefvik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 5. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÖZCAN, Mehmet Tefvik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 2. baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.

ÖZDEK, Yasemin, 'Neoliberal Dönemde Yargının Dönüşümü', Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, (der. Bora Erdağı), 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, (s. 221-261).

ÖZDEK, Yasemin, 'Sosyal Devletin Yükselişi ve Çöküşü', Şirket Egemenliği Çağı, 1. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2011, (s. 1-102).

ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / ZABUNOĞLU, H. Gökçe, vd., Genel Kamu Hukuku - Kuramsal Yaklaşım, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZDEMİR, Ali Murat, 'Kolektif Emperyalizm', (der. Ali Murat Özdemir), Kolektif Emperyalizm: Mağribden Maşrika Dönüşümün Ekonomi Politikası, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, (s. 29-92).

ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

PASUKANIS, Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, (çev. Onur Karahanoğulları), 3. baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2013.

PEKCANITEZ, Hakan, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı', Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (19 – 20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

PIERSON, Christopher, Modern Devlet, (çev. Neşet Kutluğ, Burcu Erdoğan), 2. baskı, Chiviyazıları Yayınları, Ankara, 2015.

POGGI, Gianfranco, Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği, (çev. Aysun Babacan), 3. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

POULANTZAS, Nicos, Devlet, İktidar, Sosyalizm, (çev. Turhan Ilgaz), 1. baskı, Epos Yayıncılık, Ankara, 2006.

REED, John, Dünyayı Sarsan On Gün, (çev. Rasih Güran), 3. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.

RUBINSON, Robert, 'Realizing Dispute Resolution: Meeting the Challenges of Legal Realism Through Mediation', Nevada Law Journal, Yıl:2017, Sayı:18, (s. 1-32).

SANCAR, Mithat / AYDIN, Suavi, "Biraz Adil, Biraz Değil..." Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı, 1. baskı, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

SANCAR, Mithat / ÜMİT ATILGAN, Eylem, "Adalet Biraz Es Geçiliyor" Demokratikleşme Sürecinde Hakim ve Savcılar, TESEV Yayınları, İstanbul, 2009.

SARICA, Murat, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, 2. baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1977.

SAVRAN, Sungur, Kod Adı Küreselleşme: 21. Yüzyılda Emperyalizm, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.

SAVRAN, Sungur, 'Yalın Üretim ve Esneklik: Taylorizmin En Yüksek Aşaması', Devrimci Marksizm Dergisi, Yıl:2007, Sayı:3, (s. 131-173).

SELÇUK, Sami, 'Sokrates, Savunması ve Çağdaş Hukuk', Yargıtay Dergisi, Yıl:1994, Cilt:20, Sayı:1-2, (s. 29-52).

SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 7. baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.

SIĞRI, Ünsal / VAROĞLU, A. Kadir, Müzakere ve Arabuluculuk: İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, 1. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

SİNA, Ayşin, 'Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler', TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:123, (s. 419-450).

STEWART, Michael, 'Keynesçi İktisat Öğretisi', (çev. Şule Kurt), Liberalizm, Refah Devleti, Eleştiriler, (der. Kemal Saybaşılı), 1. basım, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1993

SUPIOT, Alain, Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, (çev. Bige Açımız), 2. baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 21. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- SÜZEK, Sarper, 'İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum', Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2015, Sayı:34, (s. 9-26).
- ŞAHİN CEYLAN, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ŞAYLAN, Gencay, Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.
- ŞAYLAN, Gencay, Yarın Endişesi, 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞENÖZ, Evrim, Mercek: 2019 'Yargı Reformu Stratejisi: Daha Fazla Özelleşen Yargı, Daha Fazla Piyasalaşan Hukuk', Hukuk Defterleri Dergisi, Yıl:2019, Sayı:20.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, 2020.
- T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2015.
- T.C. Adalet Bakanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2019.
- T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2009.
- T.C. Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Ankara, 2019.
- TANİLLİ, Server, Yüzyılların Gerçeği ve Mirası: İnsanlık Tarihine Giriş, 5. baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 1994.
- TANRIVER, Süha, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2006, Sayı:64, (sf. 151-177).
- TEPEDELEN, Mustafa Kemal, İş Hukukunun Temel İlkeleri, 1. baskı, Ankara, 2014.
- TIGAR, Michael E. / LEVY, Madeleine B., Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016.
- TİMUR, Taner, Küreselleşme ve Demokrasi Krizi, 2. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.
- TOPÇUOĞLU, Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri: Sosyoloji Açısından Hukuk, Cilt 1, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- TÜREL, Oktar, Küresel Tarihçe 1945-79, 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2017.

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1998.

Türkiye Barolar Birliği (TBB), Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara, 2012.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Onbirinci Kalkınma Planı (2019-2023), Ankara, 2019.

Türkiye Cumhuriyeti Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), (2006, 1 Temmuz), Resmi Gazete (Sayı:26215).

Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Ankara, 2013.

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), İş Mahkemeleri Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Ankara, 2016.

TÜRKOĞLU KARACAOVA, Ezgi Nur, ‘İş Hukukunun Dönüşümü ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’, Emek Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 10, Sayı: 15, (s. 25-50).

TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, ‘Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2005, Cilt:7, Sayı:1, (sf. 167-212).

TÜRNÜKLÜ, Abbas, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı’, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (19 – 20 Ekim 2007), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

ULAGAY, Osman, 24 Ocak Deneyimi Üzerine, 1. baskı, Hil Yayın, İstanbul, 1984.

ÜYE, Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, 1. baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.

WACKS, Raymond, Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş, (çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017.

WOOD, Ellen M., Kapitalizm Demokrasiye Karşı: Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması, (çev. Şahin Artan) 1. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2008.

WOOD, Ellen Meiksins, Sermaye İmparatorluğu, (çev. Oya Köymen), 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2016.

YAŞLI, Fatih, İdeoloji: Bir Kavramın İzinde, 1. baskı, Alabanda Akademi, Ankara, 2016.

YELDAN, Erinç, Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi: Bölüşüm, Birikim ve Büyüme, 18. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

YILDIRIM, Kansu, ‘Kapitalizmin Yönetimsel Restorasyonu: Krizler ve Yönetişim Mantığı’, Emperyalizmin Hayaletleri: Küresel Düzenlemelerin Bugünü, (der. Ali Murat Özdemir), 1. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, (s. 157-208).

YILMAZ, Ahmet, ‘Neo-liberal Dönüşüm Sürecinde Türkiye’de Devlet-Toplum İlişkileri: Toplumsal Sınıf Merkezli Bir Yaklaşım’, Marmara Üniversitesi, İ.İ.B.F., Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, 2005, (s. 107-140).

YURTSEVER, Haluk, Tarihten Güncelliğe Sınıf Savaşları ve Devlet, 2. baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2013.

YÜCESAN-ÖZDEMİR, Gamze / ÖZDEMİR, Ali Murat, Sermayenin Adaleti: Türkiye’de Emek ve Sosyal Politika, 1. baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.

ZABCI, Filiz, Dünya Bankası: Yanılsamalar ve Gerçekler, 2. baskı. Yordam Kitap, İstanbul, 2017.

İNTERNET KAYNAKLARI

AYDIN, Ali Rıza, Yetkilisinin Dilinden Arabuluculuk Gerçeği, 2018, <https://haber.sol.org.tr/yazarlar/ali-riza-aydin/yetkilisinin-dilinden-arabuluculuk-gercegi-230784> (erişim tarihi 02.11.2020).

COŞAR, Vedat Ahsen, Arabuluculuk Üzerine Bazı Notlar, 2019 <https://www.hukukihaber.net/arabuluculuk-uzerine-bazi-notlar-makale,6513.html> (erişim tarihi 01.09.2020).

DAY, Meagan, The Conference Room Is Replacing the Courtroom, 2018, <https://www.jacobinmag.com/2018/04/mandatory-arbitration-clause-class-action-lawsuit> (erişim tarihi 01.05.2020).

DEMİR, Şamil, Dava Şartı Arabuluculuğuna Yapılan Eleştiriler Üzerine Düşünceler, 2018, <https://www.samildemir.av.tr/2018/10/dava-sarti-arabuluculuguna-yapilan-elistiriler-uzerine-dusunceler/>. (erişim tarihi 28.10.2020).

Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), (2006, 1 Temmuz), Resmi Gazete (Sayı:26215), Erişim adresi: <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Dokuzuncu-Kalk%C4%B1nma-Plan%C4%B1-2007-2013%E2%80%8B.pdf> (erişim tarihi 02.04.2020).

GÜNAY, Yiğit, Küba'ya Karşı ABD Ablukası: Nedir?, 2009, <https://haber.sol.org.tr/yazarlar/yigit-gunay/kubaya-karsi-abd-ablukasi-nedir-2284>, (erişim tarihi 15.03.2020).

<https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm> (erişim tarihi 10.02.2020).

https://en.wikipedia.org/wiki/Bhopal_disaster (erişim tarihi 05.10.2020).

[https://en.wikipedia.org/wiki/Professional_Air_Traffic_Controllers_Organization_\(1968\)#:~:text=The%20Professional%20Air%20Traffic%20Controllers,broken%20by%20the%20Reagan%20Administration](https://en.wikipedia.org/wiki/Professional_Air_Traffic_Controllers_Organization_(1968)#:~:text=The%20Professional%20Air%20Traffic%20Controllers,broken%20by%20the%20Reagan%20Administration), (erişim tarihi 13.02.2020).

<https://istatistikler.uyap.gov.tr/> (erişim tarihi 02.10.2020)

<https://www.dunya.com/ekonomi/hisarciklioglu-umutsuzluga-prim-vermeyecegiz-haberi-415813> (erişim tarihi 15.10.2020).

<https://www.dunya.com/ekonomi/mahkeme-1000-gun-arabulucu-yarim-saat-haberi-478090> (erişim tarihi 02.11.2020).

<https://www.evrensel.net/haber/321479/hak-aramaya-zorunlu-engel-arabuluculuk> (erişim tarihi 03.11.2020).

<https://www.evrensel.net/haber/322005/hukukcular-zorunlu-arabuluculuk-yargiya-alternatif-olmamali> (erişim tarihi 01.11.2020).

<https://www.evrensel.net/haber/375432/verilerle-turkiyede-sendikalasma-ve-isci-hareketi>, (erişim tarihi, 01.03.2020).

<https://www.evrensel.net/haber/395715/dunyanin-en-zengin-yuzde-1i-geri-kalan-herkesin-iki-katindan-fazla-servete-sahip> (erişim tarihi 02.10.2020).

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/modern-kadilar-geliyor-10876949> (erişim tarihi, 01.10.2020).

<https://www.youtube.com/watch?v=hIUy0mLWUjw> (erişim tarihi 16.12.2020).

<https://www.youtube.com/watch?v=l3ueSeav1o8> (erişim tarihi 01.04.2020).