

UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE LLEWELLYN'İN GÖZÜNDEN BAKMAK: HUKUK UĞRAŞLARI KURAMI

*(Looking at Dispute Resolution with the Eye of Llewellyn:
Law Jobs Theory)*

Şule ŞAHİN CEYLAN*

ÖZET

Alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) modern devletin yargı faaliyeti ile şiddet ya da kaçınma gibi geleneksel yöntemlerin dışında kalan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına işaret eden genel bir kavramdır. AUÇ 1960ların Amerika'sında, yargıçların aşırıya kaçan yüklerini hafifletmek ve dava sayısını azaltmak için devlet tarafından oluşturulan bir dizi kolaylaştırıcı yöntemdir. Bir vakit sonra diğer ülkelere ve dahi Türkiye'ye de yayılmıştır. İlgili yöntemler yargı sisteminin sorunlarına yönelen pratik çareler oldukları için, tutarlı bir kuramsal temelden yoksundur. Bu makaleye göre, Karl Nickerson Llewellyn tarafından ortaya atılan "hukuk uğraşları kuramı" bu sorunu aşmak için yeterli bir çözüm sunabilir. Takip eden sayfalarda hukuk uğraşları kuramının temel nitelikleri, özellikle önemli bir hukuk uğraşı olarak sorunların giderilmesi, incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Alternatif uyuşmazlık çözümü, Toplumsal işlev, İşlevselcilik, Uyuşmazlık, Hukuk uğraşları.

Abstract

Alternative dispute resolution (ADR) is a general concept which addresses to the dispute resolution mechanisms apart from the modern state's judiciary function or traditional methods like violence or avoidance. ADR was constituted by state as a group of facilitative devices for to relieve the overwhelming burden of judges and to decrease the number of cases in 1960s America. After a while it has spread to the other countries and so to Turkey. Since the alternative methods are practical remedies for the problems of judicial system, they are deprived of a consistent theoretical foundation. According to this paper, "the law jobs theory" asserted by Karl Nickerson Llewellyn can offer a sufficient solution for overcoming this problem. The main features of law jobs theory, especially disposition of trouble cases as a substantial law job, will be examined in following pages.

Keywords: Mediation, Alternative dispute resolution, Social function, Functionalism, Dispute, Law jobs.

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, suleshn@gmail.com

Giriş

Uyuşmazlıkların devletin yargı mekanizması dışındaki kurum ve yöntemler aracılığıyla çözülmesinin en sık rastlanan örneği olan arabuluculuk, 22. 06. 2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunuyla iç hukukumuza resmen girmiş bulunmaktadır. Arabulucu, kişileri kendi rızalarıyla uzlaştıran, süreç boyunca nesnel ve yol gösterici bir tutum sergileyen üçüncü kişidir. Tarafları ortak bir noktada buluşturup çözüme teşvik etmekte; ancak yargıç ya da hakem gibi zorlayıcı bir güçten yararlanmamakta ve bağlayıcı ya da değil, herhangi bir karar vermemektedir. Dolayısıyla bir yöntem olarak arabuluculuk, betimlenen özellikleri taşıyan üçüncü kişinin yönlendirdiği, kolaylaştırıcı ve ılımlı bir süreç olarak nitelenebilir.

Aslında arabuluculuk uyuşmazlıkların devletin yargı mekanizması dışında çözülmesine olanak tanıyan bir dizi yöntemden yalnızca bir tanesidir. Hep birlikte¹ 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' üst başlığıyla anılan bu yöntemlerden bazıları mahkemelerin yargılama faaliyetine benzerken, diğerleri tamamen özgün nitelikler sergilemekte; bazıları taraflar ve üçüncü kişiyle, diğerleri bunlara ek olarak katılımcılarla yürütülmektedir. Yine de hepsi, resmi medeni veya ceza usul sisteminin içinde yer almayan, devletin şiddet tekelinden yararlanmayan ve bunu harekete geçirmeyen; çatışma yerine uzlaşmayı, resmiyet yerine gayri resmiyeti, hukuk yerine hukuk olmayı teşvik eden yöntemlerdir. Resmi yargılamadan ayırt edilmelerini sağlayan bu özellikler, toplum içinde kendiliğinden ortaya çıkan geleneksel çözüm yöntemleriyle paylaştıkları ortaklıkları da göstermektedir. Devletçe yürütülen yargılama faaliyetinin aksine, alternatif uyuşmazlık çözümü ve geleneksel yöntemler, modern devlet hukukunun dışında varlığını sürdüren, resmiyet ve bürokrasinin yerini gayri resmiyetin aldığı mekanizmalardır. Geleneksel yöntemler her toplumda kendiliğinden oluşur, kabul görür ve hatta bazen devlet hukukuna rağmen uygulanırken, alternatif uyuşmazlık çözümü bunların devlet tarafından tanınıp kurumsallaştırılmasıyla sonradan oluşturulur. Dolayısıyla, alternatif uyuşmazlık çözümünün hem devlet yargılamasının hem de geleneksel yöntemlerin alternatifi olduğunu, planlı ve bilinçli bir süreçte devletin izni ve gözetimi altında ortaya çıktığını söylemek mümkündür².

¹ Diğer yöntemler için bkz. Şule Şahin Ceylan, **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, Oniki Levha Yayıncılık, s. 296-313.

² Alternatif uyuşmazlık çözümünün tarihçesi, taraftarlarınca M. Ö 1800'e Mari Krallığı'nın (bugünkü Suriye) diğer krallıklarla olan uyuşmazlıklarını arabuluculuk ve tahkimle çözmesine kadar geriye yürütülse de, bunu iyimser bir varsayım olarak kabul edip, geleneksel yöntemler hanesine eklemekte yarar görmekteyim. Kuşkusuz uyuşmazlıklar, farklı toplumlarda ve tarih boyunca çeşitli yöntemlerle çözülmüştür. Ancak devletin sivil topluma doğru yayılmasının bir nişanesi olarak alternatif uyuşmazlık çözümünden, ilk kez 1968'de Amerika'da Ford Kuruluşu'nun Uyuşmazlık Sonlandırma Ulusal Merkezi ve Arabuluculuk ve Çatışma Çözüm Ulusal Merkezi'ni kurmasıyla medeni haklar, yerleşke ve toplum uyuşmazlıklarında yararlanılmıştır. Bkz. Jerome T. Barrett, **A History of Alternative Dispute Resolution**, Published in Affiliation with The Association for Conflict Resolution, www. adr. gov (1. 12.2012).

Amerika'da ilk kez kullanılmasından yaklaşık 20 yıl kadar sonra, yani 1980'lerin başından itibaren arabuluculuk ve diğer alternatif yöntemler, hem taraftar hem de eleştirilen kitlesini oluşturarak hızla yayılmıştır³. Kimilerince çare kimilerince tehlike olarak algılanan alternatif uyuşmazlık çözümü, bütünsel bir harekettir. Alternatif yöntemlerden herhangi birine resmi hukuk sistemi içinden veya hukuku kıstas olarak yöneltilen eleştiriler, diğerlerine de kolaylıkla uyarlanabilmektedir. Yine de sıklıkla yöntemlerin tümü arabuluculuk özelinde eleştirilmekte; üçüncü kişinin katılımı, sonucun tarafların kontrolünde olması, geleneksel kökenleri ve kolaylaştırıcı yapısı⁴ onu Weberci anlamda bir ideal tipe dönüştürmektedir⁵.

İster arabuluculuk ve diğer alternatif yöntemlerin uygulanmasını desteklesin, ister karşı çıksın, bu konudaki literatürün ağırlıklı kısmını, kuramsal çalışmalar yerine Amerikan hukuk sisteminin sorunlarına yönelen pragmatik ve doğaçlama tepkiler oluşturmaktadır. Zira alternatif uyuşmazlık çözümü, resmi yargı sistemi ni hedef alan eleştiriler ile hukuk ve adalet reformlarının etkisiyle ortaya çıkmış, literatürü de kendisi gibi ivedilikle oluşup yaygınlaşmıştır. Öte yandan Amerikan hukuk düşüncesinin içine kapalı yapısı ve genel olarak 'ana akım' Anglo-Amerikan hukuk felsefesinden kopuk oluşu da kuramsal temel eksikliğine neden olmaktadır⁶.

³ Eric K. Yamamoto, "ADR: Where Have the Critics Gone Essay", 36 *Santa Clara L. Rev.* (1996), ss. 1055-1067. Cahill bir genelleme yaparak, alternatif uyuşmazlık çözümünü çoğunlukla uygulamadaki hukukçuların desteklediğini ve akademisyenlerin karşı çıktığını belirtir. Destekçilerine göre, resmi usul kurallarından ve yerleşik içtihatlardan uzaklaşılması, adalete erişimi kolaylaştırmaktadır. Ayrıca süreç daha hızlı, ucuz, yetki verici, daha az mücadeleci ve esnek çözümler üretmeye uygundur. Karşı cephedeki eleştirilenler ise alternatif uyuşmazlık çözümünün, hukuki hakları ve teamüllerin gücünü ciddi şekilde zayıflattığını, önemli kamusal değerlerle ilgili uyuşmazlıkları siyaset alanından çıkararak kişiselleştirdiğini, toplumsal önyargıların ve güç farklılıklarının elde edilen sonuçları (resmi uyuşmazlık çözümüne oranla çok daha fazla) etkilemesine izin vererek, resmi sistemin eşitsizliklerini şiddetlendirdiğini iddia etmektedirler. Lauren B. Edelman, Mia Cahill, "How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)", Bryant G. Garth; Austin Sarat (editors), *How Does Law Matter?*, Northwestern University Press, 1998, Illinois, ABD, ss. 15-44.

⁴ Stephen B. Goldberg, Eric D. Green, Frank E. A. Sander, "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", 69 *Judicature*, 1985-1986, ss. 291-299, s. 292.

⁵ Bu anlamda Carrie Menkel-Meadow'un alternatif uyuşmazlık çözümünü entelektüel bir temele oturtma çabası takdire şayandır. Meadow, farklı uyuşmazlık çözü süreçlerinin ahlakiliğini ve mantığını gerekçelendirip açıklamak ve eleştirileri daha kolay cevaplamak adına, alternatif uyuşmazlık çözümüne hukuk felsefik bir altyapı sağlanması gerektiğini düşünür. Uyuşmazlık çözümü eklektik bir alan olduğu için, sadece hukuk ve hukuk kuramının değil, antropoloji, sosyoloji, uluslararası ilişkiler, sosyal ve bilişsel psikoloji, oyun kuramı, ekonomi ve siyaset felsefesinin kavram ve fikirleri ödünç alınmıştır. Yine de alternatif uyuşmazlık çözümü, disiplinler arası çalışmaya imkan vermesinin yanı sıra kendi entelektüel temelini kuracak zenginliktedir. Carrie Menkel-Meadow, "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", 16 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, ss. 1-37.

⁶ Bu genelleştirmeden muaf olduğu halde kuramsal temel sağlayamayan iki istisnadan biri, hukuk antropologlarının yapılmış alan çalışmaları, diğeri alternatif süreçler, ceza ve medeni usul sistemleriyle ilgili ampirik araştırmalarıdır. Çağdaş sosyal bilimler metodolojisini kullanıp, yargılamayı

Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümünün sonuca dönük, pragmatik çarelerden ibaret olması ve Amerikan düşüncesi ile hukuk felsefesi arasındaki mesafeli tutum yan yana gelince, mevcut kuramsal boşluğun nasıl doldurulabileceği sorusu daha da belirginleşmektedir. Bu makalenin de konusunu oluşturan seçenek, Karl Llewellyn'in hukuk uğraşları kuramıdır. Takip eden sayfalarda sırasıyla, kuramın genel hatlarına ve bir hukuk uğraşı olarak uyuşmazlık çözümüne değinilecektir.

Llewellyn'de Uyuşmazlık Algısı

Karl Nickerson Llewellyn, her türlü formalizmi reddeden Amerikan Hukuki Realist akımının en önemli isimlerindedir. Bakış açısı, evrensel bir yaklaşımla da uyumlu şekilde, analitik pozitivist yakındır. Hukuku, toplumsal pratiklere ve kurumlara dayandırmakta, ancak diğer kurum ve pratiklerden kolaylıkla ayırt edilmesini sağlayan genel bir hukuk kurgusu veya tanımı sunmaktan kaçınmaktadır⁷. Hayal gücünden yoksun, mekanik hukuk felsefesini, hem amprik hem de felsefi çalışmalarıyla eleştirir. Diğer realistler gibi o da hukuki kararların asıl temellerini ortaya çıkarmayı istemekle birlikte, dikkatini gerçek kişi olan yargıçların kararlarından daha geniş bir alana yöneltir. Kariyerinin ilk yarısında, amprik sosyal bilimlerin araçlarının, yargılamanın sınırlarını ifşa edebileceği inancındadır. Ona göre hukuk, sosyal bilimsel araştırmayla açığa çıkarılabilecek bir kültür olup, hukuk uygulamasının dışında yer alan bir mekanizmayla açıklanamaz⁸.

Llewellyn hukukun, devlet tarafından oluşturulan ve sokaktaki insana dışarıdan dayatılan bir dizi davranış kuralı olarak tanımlanmasına karşı çıkarak, merkezi kurallar yerine uyuşmazlığı (muhtemel ya da gerçek, önlenmesi ya da çözülmesi gereken) yerleştirir. Ona göre hukukun ilgisi öncelikle gerçek uyuşmazlıklarda olmalı; bunlar, tarafların ve doğrudan etkilenen diğer kişilerin sulhe kavuşacağı ve sonrasında büyük karmaşaların yaşanmayacağı şekilde çözülmelidir⁹. Hukuk bir kurumdur ve oldukça önemli iki yönelim sağlar. İlkine göre, bir kurumun gerçekleştirilmesi gereken bazı uğraşlar vardır ve bunları etkili biçimde karşılaması gerekir. İkincisine göre, bir kurumu değerlendirirken kullanılacak kriter, uğraşlarını ne kadar etkili biçimde yerine getirdiğidir¹⁰. Llewellyn'in ifadesiyle, "uyuşmazlıklarla ilgili yapılan şey, (ve bunun) akla uygun bir şekilde yapılması, hukukun işidir. Bunu

diğer hukuki süreçlerden ayırdıkları için kuramsal arayışın bir parçasını oluşturmazlar. William Twining, "Alternative to what? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics, Alternative Dispute Resolution", **The Modern Law Review** Limited 1993, (MLR 56: 3, May), ss. 380-392, s. 380-381.

⁷ William Twining, **General Jurisprudence-Understanding Law from a Global Perspective**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 104.

⁸ Christopher Berry Gray, **The Philosophy of Law -An Encyclopedia**, Vol. II, Taylor & Francis e-library, 2004, s. 518.

⁹ Tom Lamar, "Comment Llewellyn's "Bramble Bush"", 11 **J. Pub. L.**, 1962, ss. 412-418, s. 412-413.

¹⁰ Albert Keating, **Jurisprudence**, Ireland, 2011, Round Hall, s. 94.

yapmakla görevli kişiler, yargıç, şerif, katip, gardiyan veya avukat olmaları farketmeksizin hukuk memurlarıdır. Bana göre, bu memurların uyuşmazlıklara ilişkin yaptığı şey, hukukun kendisidir.¹¹

Uyuşmazlık çözümünü hukukun en mühim işlevi sayan ve hukuku da karşıladığı işlevler üzerinden tanımlayan Llewellyn, bu yaklaşımla uyumlu biçimde "hukuk uğraşları kuramını"nı geliştirmiştir. Bu, kurumların ve grupların iç düzeninin incelenmesine imkan veren bulgusal bir kuramdır. Bir yandan herhangi bir grup veya kurumun iç düzeninin incelenmesine olanak tanırken, diğer yandan bazı soruları akla getirir: Herhangi bir grupta, hukuk uğraşları nasıl yerine getirilmektedir? Bu grubun hukuku var mıdır? Hukuk uğraşları, ne dereceye kadar 'hukuk' tarafından karşılanmaktadır¹²? Esasen somut bir problemi çözmek için geliştirilen kuramın bu sorulara verdiği cevaplar, döneminin baskın görüşünden sapma eğilimindedir. 1930'larda bazı sosyal antropologlar, Amerika'daki Shoshone'lar ve Cheyenne'ler gibi "basit" kızılderililerin, egemenlerinin ve mahkemelerinin bulunmaması, kendi sosyal normlarıyla ilgili suskun ve çekimser kalmaları ya da kurallara göre düşünmemeleri gibi gerekçelerle, hukuklarının olmadığını ileri sürmektedirler. Llewellyn ise bu tip iddiaları reddederek, tüm insan gruplarında sorunların yaşandığını, yerlilerin hukukunun¹³ da bunların nasıl çözüldüğünü ortaya çıkararak keşfedilebileceğini belirtir¹⁴.

Dolayısıyla kuramın özü, uyuşmazlıkların önlenmesi ve şayet engellenemezse çözümlenmesi odağında gelişir. Buna göre herkes aile, klüp, gençlik grubu, okul veya ticari organizasyon, ticari birlik, siyasi parti, ulus devlet, dünya toplumu gibi grupların üyesidir. Herhangi bir insan grubu, varlığını sürdürmek ve amaçlarını gerçekleştirmek (amaçları olduğunun kabulüyle) için belirli ihtiyaçlarının karşılanmasını

¹¹ Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush* (1951), dan aktaran Lamar, s. 413.

¹² Twining, *General...*, s. 104, dipnot 75.

¹³ Kuşkusuz modern Batı hukuku dışında bir hukukun mevcudiyetini, ilkel toplumların da bir hukuk sistemi bulunduğunu iddia eden tek düşünür Llewellyn değildir. İşlevselci antropolojinin bu anlamdaki ilk örneği Malinowski'nin *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek* eseridir. Şule Şahin Ceylan, "Kitap Değerlendirmesi: Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175 vd.

¹⁴ Twining, *General...*, s. 106. Llewellyn her ne kadar 'Büyük Kuram' karşısında kuşkucu olsa ve belirli bir kapsam ve amaç dışında hukuka ilişkin genel tanımlar yapılmasını eleştirse de, zamanla hukuk uğraşları kuramını hukuk yaklaşımının en genel kısmı olarak geliştirmiştir. Twining, 106. Llewellyn'in Hoebel'le birlikte gerçekleştirdiği alan araştırması *The Cheyenne Way*, hukuk anlayışının ve bununla bağlantılı olarak hukuk uğraşları kuramının inşası bakımından oldukça önemlidir. K. N. Llewellyn, E. Adamson Hoebel, **The Cheyenne Way- Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence**, University of Oklahoma Press, US, 1941. Llewellyn hukuk uğraşları kuramını bir başka makalesinde açıklamış olup, konuyla ilgili atıflar sıklıkla bu çalışmaya yapılmaktadır. Karl N. Llewellyn, "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method", **Yale Law Journal**, Vol. 49, June 1940, Number 8, ss. 1355-1400. Bu makalede her iki metinden de yararlanılacaktır.

ya da belirli uğraşların gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır¹⁵. Llewellyn, tüm gruplar için zorunlu saydığı bu uğraşları 'hukuk uğraşları' olarak nitelendirir. İşlevselci geleneğin uzantısı olan hukuk uğraşları kuramı, hukuku, belirli sorunlara ve ihtiyaçlara cevap vermek üzere uzmanlaşmış bir kurum olarak değerlendirir¹⁶. Llewellyn'e göre hukuk uğraşları, önemli ve daimi niteliktedir. "İnsan davranışlarının bu şekilde düzenlenmesi ve ayarlanması, toplumun (veya grubun) bir toplum (veya bir grup) olarak kalması ve bir toplum (veya bir grup) olarak işlevde bulunabilmesi için yeterli miktarda bağımsız (zincirlerinden kutulmuş) ve eşgüdümlü enerjiyi toplayabilmesi adına gereklidir."¹⁷ Bu noktada grup olmak ve grup olarak kalmak arasında bir ayrım yaparak, grup *olmanın* sadece grup olmak anlamına geldiğini belirtir. Oysa bir grup olarak *kalmak* için, gruptan uzaklaşma eğilimlerinin üstesinden gelmeyi başarmak, bu tip kopuşların gerçekleşmesini engellemek gerekir. Bu önleyici tutumun yanı sıra grup içi organizasyonun, insan enerjisinden yararlanarak ve baskı kurmaksızın etkili halde tutulması zorunludur¹⁸.

Llewellyn herhangi bir yanlış anlamaya fırsat vermemek için, iki veya daha fazla kişiden oluşan her insan grubunda, bir takım hukuk uğraşlarının bulunduğu bahseder. Bu nedenle herhangi bir topluluk veya toplumdaki hukuk uğraşları, en azından ikili ilişkilerde gerçekleşir. Örneğin en büyük birim olan toplumda, toplumun alt birimlerinde ve her alt birimin kapsamındaki diğer alt birimlerde ayrı ayrı hukuk uğraşları mevcuttur. Llewellyn'in de benimsediği işlevselci görüş, her alt grubun kendi içinde sorunlarla başetme yollarının, yani hukuk uğraşlarının bulunduğunu kabul eder. Bu sorunların alt grup içinde çözülmesi, modern devlet tarafından tanınmalarına engel değildir. Zira devletin varlığı, alt birimlerde yürütülen işlevlerin yerini almamakta, her birim kendi içinde hukuk uğraşlarını yerine getirmektedir. Açıktır ki bu, hukukun çerçevesini en büyük birim olan devlet ya da tanınmış politik bütün ile sınırlayan modern düşünceden oldukça farklı bir anlayıştır¹⁹.

Hukuk Uğraşları

Hukuka yüklenen ve toplumun örgütlenmesiyle doğrudan bağlantılı işlevler sıklıkla, davranışların düzenlenmesi ve anlaşmazlıkların giderilmesi olmak üzere iki ana başlıkta değerlendirilir. Hukukun dağıtıcı ve örgütleyici ya da örgütleme ve denetleme işlevi olarak da isimlendirilen bu ayrım, hukuka oldukça sınırlı bir rol

¹⁵ Twining, *Alternative to...*, s. 396.

¹⁶ William Twining, **Blackstone's Tower: The English Law School**, London, 1994, Sweet & Maxwell, s. 177.

¹⁷ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1373, Llewellyn-Hoebel, s. 290.

¹⁸ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1373, Llewellyn-Hoebel, s. 290.

¹⁹ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1374, Llewellyn-Hoebel, s. 290-291. Böyle bir kabul, açıktır ki çoklu bir hukuk tanımının benimsendiğini göstermektedir. Roger Cotterell, **Law, Culture and Society- Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, England, 2006, Ashgate, s. 37.

biçmekte ve sosyal devletle birlikte genişleyen alanı karşılamaya yetmemektedir. Listeye, hayat şartlarını biçimlendirme, hukuk görevlilerini (kartel hukuku, işletme hukuku, çevre hukuku gibi) genişleyen yeni hukuk sahalarına göre örgütlenme ve faaliyetlerini meşru kılma ile hukuki gözetim sağlama (hukuki malzemenin ve görevlilerin vazifelerine uyumlaştırılması) gibi yeni işlevler de eklenmektedir²⁰. Llewellyn bu yaklaşımla da uyumlu biçimde, küçük ya da büyük her toplumsal grubun bir takım temel ihtiyaçlarının bulunduğunu ileri sürer. Bunların karşılanması ve grubun varlığını sürdürebilmesi için toplumsal bir kurum olan hukukun, kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmenin yolunu bulması, gruptaki otorite merkezinin kurulmasını ve tanınmasını sağlaması, bunların yürütülmesine olanak tanıyan usul veya yöntemleri oluşturması gerekir²¹. Llewellyn bu maksatla her toplumsal grupta karşılanması gereken beş farklı hukuk uğraşından, yani hukuksal işlevden bahseder²².

(I) Sorunların Giderilmesi (Sorun Çözümü): Llewellyn'in değindiği ilk hukuksal işlev sorunların giderilmesidir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminin norm yerine mahkemeleri merkeze alan ve hakimin yargılamadaki rolüne özel önem veren yapısı göz önünde tutulduğunda buna şaşırılmak gerekir²³. Llewellyn, hem antropoloji hem de alternatif uyuşmazlık çözümü literatüründe özel anlam verilerek kullanılan 'uyuşmazlık' kavramından bilhassa kaçınmakta ve bunun yerine daha genel bir karşılığı bulunan 'sorun'u tercih etmektedir. Uyuşmazlık veya çatışmaya göre oldukça geniş olan sorun kavramı, suç, şikayet ve uyuşmazlıkları kapsamaktadır²⁴. Bunlardan toplumsal düzeni bozan herhangi birinin ortaya çıkması halinde sonlandırılması gerekir. Llewellyn bu durumu, bir aracın ateş almaması ya da hiç çalışmaması halinde garaj bakımına çekilmesiyle örneklemiştir. Nitekim hukuk uğraşları arasında en kolay ayırt edilebilen, sorunların giderilmesidir. Bu kullanımıyla sorun, ikincil önemde ve katlanılabilir pürüzlere işaret eder. Grup yaşantısını alt

²⁰ Manfred Rehbinder, "Hukukun Toplumsal Fonksiyonları", (Çev. Ülker Gürkan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, ss. 455-475, 456-458.

²¹ Phil Harris, **An Introduction to Law**, New York, 2007, Cambridge University Press, 7. ed. s. 2-3.

²² Llewellyn, *The Normative..*, s. 1375 vd. Llewellyn *Cheyenne Way*'in farklı baskılarında (2.) işlevi iki ayrı uğraş olarak ele alır ve toplamda altı zorunlu uğraş olduğunu belirtir. Diğer sınıflandırmaya göre (2.) uğraş, davranış ve beklentilerin önleyici biçimde yönlendirilmesi, (3.) uğraş ise davranış ve beklentilerin değişime uyum sağlamak için önleyici biçimde yeniden yönlendirilmesidir. William Twining, "Two Works of Karl Llewellyn- II", **The Modern Law Review**, Vol. 31, Issue 2, March 1968, ss. 165-182, s. 175, William Twining, **Karl Llewellyn and the Realist Movement**, London, 1985 (ilk basım 1973), Weidenfeld and Nicholson, s. 175.

²³ Rehbinder, s. 458.

²⁴ Llewellyn-Hoebel, s. 293. Uyuşmazlık kavramının tartışmalı yapısına rağmen, bu metinde risk göze alınacak, takip eden sayfalarda makalenin asıl amaç ve konusuyla da bağlantılı olarak, 'uyuşmazlık' tercih edilecektir. Karışıklığa neden olmamak için Llewellyn'den aktarılan görüşler için sorun, alternatif mekanizmalarla ilgili kısımlar için uyuşmazlık kullanılacaktır. Bu eksende gelişen literatür ve sınıflandırma biçimleri için bkz. Şahin Ceylan, *Geleneksel...*, ss. 75-79, ss. 84-105.

üst etmesi, ancak giderek şiddetlenmesi ve yayılması halinde mümkündür. Grup içindeki ilişkiler ne kadar yakınsa, geleneksel kabullenme, duygusal yakınlık veya karşılıklı bağımlılık da o kadar artar ve grup dağılmaya karşı direnç gösterir. Öte yandan sorunun giderilmesi grubu ve kişileri rahatlatırken, çözümlenmemiş gerilimler birikime ve müstakbel patlamalara neden olabilir²⁵.

(2) Davranışların Düzenlenmesi (Önleyici Biçimde Yönlendirme Yoluyla Davranış ve Beklentilerin Yeniden Uyumlanması): Kişilerin birbirlerine karşı tutumlarının, etkili ve önleyici biçimde yönlendirilmesini ifade eder²⁶. Özellikle açık ve örtülü menfaat çatışmalarında önemi ortaya çıkmaktadır. Grubun içinde bulunduğu koşulların değişmesi halinde, grup üyelerinin davranış ve beklentilerinin de (çatışma ve anlaşmazlıklardan kaçınmak adına) aynı doğrultuya sevk edilmesi anlamına gelir. Mevcut düzenin korunması ve sürdürülmesi için karmaşa ve ihtilafın engellenmesi, yani birinci hukuk uğraşı olan sorun çözümünün gerçekleşebileceği somut düzenin bu uğraşla sağlanması gerekir. Sadece açık ve belirgin davranışların değil, taleplerin de yönlendirilmesi söz konusudur²⁷. Bu uğraşı etkileyen prosedür ve kurumlar, geleneksel ya da yenilikçi olabilir. İlkine sözleşme veya evlilik töreni, ikincisine yasama faaliyeti, yerel yönetimin aldığı kararlar veya bakanlık genelgesi örnek verilebilir²⁸. Asıl olan karmaşık bir toplumu bütün olarak ele alan bir organizasyon ağının değil, kişi ya da alt gruplar gibi daha küçük birimlerin yönlendirilmesidir²⁹.

(3) Otoritenin Paylaştırılması ve Otoriter Eylemi Meşrulaştırın Usullerinin Belirlenmesi (Sözlerin ve Söyleniş Tarzlarının Düzenlenmesi): Llewellyn'in üçüncü sırada yer verdiği bu uğraş, grup içinde karar verme erk ve otoritesine kimlerin sahip olduğunun meşru biçimde düzenlenmesi, sınırlarının belirlenmesi anlamına gelir. Sorunların giderilmesi, mahkemeler, resmi usul hukuku, avukatlık, arabuluculuk gibi kurumsal araçların; davranışların yönlendirilmesi, maddi hukuk kuralları, yasa metinleri, hukuk yayın evleri, trafik ışıkları, sağlık denetim birimleri, zabıtalık hizmetleri ve eğitim gibi kurumsal araçların etrafında şekillenirken, bu uğraş, devletlerin veya daha küçük grupların kurucu metinlerine işaret etmektedir. Otoriteyi kişi ve organlara dağıtan, 'sözün' onun vasıtasıyla söylenmiş sayılacağı

²⁵ Llewellyn-Hoebel, s. 293-294, Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375-1376.

²⁶ Llewellyn, Türkçe'ye yönlendirme olarak da çevrilebilecek 'channelling' kavramını, özellikle kanallama veya kanal açma anlamını yükleyerek kullanmıştır. Mühendislerin bir nehrin akışını kontrol etmek için yaptığı bu faaliyetin bir imge olarak hukuka aktarımı, kanallamayı yapan (örneğin kural koyan) dışsal bir otoritenin varlığına vurgu yapmaktadır. Sanne Taekema, "The Point of Law: The Interdependent functionality of State and Non-State Regulation", Hanneke Van Schooten-Jonathan Verschuuren (Edt.), *International Governance and Law State Regulation and Non State Law*, UK, 2008, Edward Elgar Publishing, s. 62.

²⁷ Llewellyn-Hoebel, s. 294-295.

²⁸ Norman Lewis, "Towards a Sociology of Lawyering in Public Administration", 32 *N. Ir. Legal Q.*, 1981, ss. 89-105, s. 92.

²⁹ Llewellyn-Hoebel, s. 296.

zamanı, yolu veya usulü belirleyen her kurumsal araç bu kapsamdadır³⁰. Llewellyn bu uğraşı, parlamento veya mahkemelerle sınırlamamakta, genel olarak idareye ve örgütlenmiş toplumsal hayata odaklanmaktadır. Otoritenin paylaştırılması uğraşı, gruptaki otoriteyi gösteren ve meşrulaştıran temel referans noktası, kılavuz olup³¹; Hart'ın modern hukuka övgülediği tanıma kuralının her toplumsal gruptaki karşılığıdır. Davranış kurallarını kimin koyacağını ve uygulayacağını göstermektedir³².

(4) Birleşme, Yönetim ve Teşvik Maksadıyla Grup veya Toplumun Bir Bütün Olarak Örgütlenmesi (Yürütme Ağı): Bu, grup kavramıyla ve bir bütün olarak kalabilmesiyle en yakından bağlantılı hukuk uğraşısıdır. Toplum için bir şeyler yapılmasını teşvik edip yönlendirerek, çokluluğun aşılmasını sağlamak anlamına gelir. Devletin yasama faaliyeti buna iyi bir örnek oluşturur. Farklı bakış açılarını yansıtan kamusal ve parlamenter müzakereler yapıldıktan sonra, yasama organı bunları birleştirecek ve toplumu yönlendirecek genel kuralları koymaktadır³³. Llewellyn'in yürütme ağı da dediği bu uğraş, grubun bir merkezde örgütlenmesine ve bütünlüğüne işaret eder. Yerine getirilmemesi halinde, pozitif ve kurucu olan, hukuksallık taşıyan herşey kolaylıkla dağılabilir. O yüzden Llewellyn ayrı bir başlık altında, ayrı bir uğraş olarak ele almıştır³⁴. Ona göre ilahiyat, töre felsefesi, ekonomik örgütlenme, eğitim ve vatanseverlik gibi kültürün diğer yönleri ve bunların sembolleri de benzer bir işlevi karşılamaktadır. Ancak bu keşişme hali olumsuz bir koşul olmayıp hayat şartlarını biçimlendirmekte, koordinasyon, yönlendirme ve teşvik uğraşına katkı sağlamaktadır³⁵.

(5) Hukuk Metodu (Kazai Faaliyet): Herhangi bir grupta, özellikle karmaşık olanlarda, teknik, uygulama, kalıp ve araçların, daha önce yer verilen dört işlevi karşılayacak biçimde gelişmesi önem taşır. Davranışların düzenlenmesi, sorunların giderilmesi, değişim için gerekli düzeltmelerin yapılması ve kabul edilebilir karar verme yollarının oluşturulması, yüksek düzeyde beceri, donanımlı araç ve kurumların varlığını gerektirir³⁶. İşte Llewellyn'in hukuk metodu dediği beşinci uğraş, tüm bu hukuk işlerine yayılmakta ve aslında bağımsız bir işlev olmayıp diğer uğraşların bir boyutunu teşkil etmektedir. Yani hukuk metodu uğraşı, diğer hukuk uğraşlarının karşılanabilmesine yardımcı olan, ikincil ve tamamlayıcı bir düzenleme biçimidir. Resmi kural ve kurumları etkili kılarak, özel bir dil geliştirerek ve doğru usule odaklanarak, ikna edici bir gerekçelendirmeye olanak sağlar³⁷.

³⁰ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1383-1384.

³¹ Lewis, s. 93.

³² H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, New York, 2. edition, 1994, Oxford University Press, s. 94-95.

³³ Taekema, s. 68.

³⁴ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375.

³⁵ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1390.

³⁶ Twining, *Alternative to...*, s. 386.

³⁷ Taekema, s. 69-70.

Özetle hukuk metodu, diğer hukuk uğraşlarının karşılanması için gereken hukuki malzemenin nasıl değerlendirileceğini ortaya koyar. Ancak hukuksal alanın bütününe yayılan hukuk metodunu, dikkatli bir şekilde ayırt etmek gerekir. Çünkü modern insan, bu uğraşı modern hukuktaki yargıca, özellikle de temyiz yargıcına özgüleme eğilimindedir. Oysa buradaki kullanımıyla, modern toplum dışındaki örnekleri de kapsamaktadır. Mesela reform amaçlı yasalastırma yapılması, idari nitelikteki sorunların çözülmesi, olgusal uyuşmazlıkların hızlı ve doğru biçimde düzenlenmesi, ceza hukuku sürecinin işlenmesi, hukuk kavramlarının yeniden formülleştirilmesi veya avukatlık hünerlerinin iki tarafı makul biçimde dengeleyerek geliştirilmesi bu niteliktedir³⁸.

Llewellyn sayılan beş uğraştan herbirinin ve bir bütün olarak hepsinin iki yönü bulunduğunu belirtir. İlkini uğraşların *yalın yönü*, ikincisini ise *arayışa ilişkin yönü* olarak isimlendirir. Hukuk uğraşlarının yalın yönü, sadece yaşamı sürdürmeye ilişkindir. Uğraşların, grubun devamını sağlamak adına asgari düzeyde ifa edilmesi anlamına gelir. Varlığın sürdürülmesi için yapılan vahşi mücadele veya bedeli ne olursa olsun düzenin sağlanması bu kapsamdadır. İyi ya da kötü performans karşılaştırmasına müsait değildir. Oysa her toplumun gelişebileceği istikameti gösteren, bolluğa ve nasıl yararlanılacağına işaret eden arayışa ilişkin (ideal) yön, uğraşların karşılaştırılmasına imkan verir. Uğraşların bu yönünün kendi içinde iki boyutu vardır. İlk uğraşın ekonomik, etkili ve düzgün bir şekilde yapılması, diğeri adalet, daha fazla adalet gibi değerlerin farkında olunması, gerçekleştirilmesidir³⁹.

Uğraşların arayış yönü, ilk boyutuyla karşılaştırma yapmaya olanak tanırken, adalet ve dolayısıyla değerlerle ilgili kısım bulanıktır. Bu nedenle her uğraşın değere ilişkin boyutuna ayrıca bakılmasında fayda vardır. Sorunların giderilmesi (ilgili kişilerin tatmin edilmesi anlamında) barış değerini ve (sorunun bozduğu dengenin yeniden kurulması anlamında) eski hale getirici adaleti içerir. Davranışların yönlendirilmesi, ilişki ve beklentilerin, menfaatlerin adilce dağıtımını sağlayacak şekilde organize edilmesine, yani beklentilerin güvenliğine ve dağıtıcı adalet değerine işaret eder. Otoritenin paylaşılması (karar verme erkinin meşru, saygın ve yetkin bir şekilde kullanılması anlamında) prosedürel eşitliği ve saygıdeğer kararları kapsar. Değer unsuru, toplumun örgütlenmesi uğraşında güçlükle formülleştirilmekte, şeffaf ve meşru yönetim ile bir kamu yararı imgelemine içermektedir. Beşinci uğraş olan hukuk metodu yani kurumsal mekanizma, bağımsız bir işlevi karşılamayıp, diğerlerinin bir boyutunu sergilediği için ayrı bir kategoride düşünülmelidir⁴⁰.

Bir Hukuk Uğraşı Olarak Uyuşmazlık Çözümü

Görüldüğü üzere Llewellyn'in hukuk uğraşları teorisine göre, bir grubun bütünlüğünü koruyup sürdürebilmesi, düzenleyici ve uyumlaştırıcı hukuk uğraşları-

³⁸ Llewellyn- Hoebel, s. 298-299, Llewellyn, The Normative..., 1392-93.

³⁹ Llewellyn, Cheyenne..., s. 292.

⁴⁰ Taekema, s. 59.

nın başarılı bir şekilde ifa edilmesine bağlıdır. Ancak hukuk, toplumsal bütünü devamını sağlasa da, tek başına düzenin kaynağı değildir. Eğitim ya da bilgi aktarım süreciyle, görme biçimleri, aile, öğretmenler veya diğer sosyal alandaki teşvik ve engellemelerle birlikte işlemektedir. Hukukun özelliği, doğru oranda ve tipteki düzenin onun aracılığıyla üretilmesi, normatif yapıyı esneterek 'serbest oyun' alanları sunmasıdır⁴¹. Llewellyn'e göre, eğer hukuk mevcut kuralların olgusal durumlara uygulanmasından ibaret olsaydı, nitelikli hukuk çalışanlarına (örneğin işbilir avukatlara) gerek kalmazdı. Hukuk çalışmasının konusunu, zor ve istisnai davalarda yargıçların nasıl karar verdiği ve daha geniş perspektifte uyuşmazlıkların hukuki kurumlarca çözülmesi oluşturur. Llewellyn'deki kullanımıyla hukuk ya da hukuki kurumlar, liberal ideolojinin ayrıştırıcı etkisinden ibaret değildir⁴².

Llewellyn ve Hoebel'in Cheyenne'lerle ilgili araştırması ortaya koymaktadır ki, modern ya da değil, iki ve daha fazla kişinin bulunduğu her grubun varlığını sürdürmesi için bahsi geçen beş uğraşın ifa edilmesi zorunludur. O yüzden uyuşmazlıkların çözülmesi, amaçların belirlenmesi, otoritenin kurulması, davranışların düzenlenmesi ve tüm bunların yapılabilmesi için kurumsal bir mekanizmanın oluşturulması gerekir⁴³. Bu işlevler gerçekte farklı mantıksal alt birimler olmayıp, birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadır. Aynı olayda birden çok hukuk uğraşına, dolayısıyla işleve rastlanabilmekte; uyuşmazlık çözümü de sıklıkla diğer işlevlerle içiçe geçmiş bir halde karşımıza çıkmaktadır⁴⁴.

Modern toplum yapısı ve hukuk devletinin getirilerinden birinin de, uyuşmazlıkların resmi hukuk sistemi içerisinde ve önceden belirlenmiş kurallara göre mahkemelerce çözülmesi olduğu bilinmektedir⁴⁵. Toplumsal kontrol asıl olarak devlet tarafından ve hukuk eliyle sağlanmakta, atanmış memurlar sistemli ve düzenli bir biçimde kamusal gücü kullanmaktadır⁴⁶. Modern hukuk devleti dışında bir model oluşturması bakımından, Cheyenne yaşantısı oldukça ufuk açıcudur. Kamusal ve özel menfaat alanlarında bir ayırım bulunmadığı için, hukuki uyuşmazlıklar her ikisine de dahil olmaktadır. Diğer bireylere, daha doğru ifadeyle toplumun geri kalanına karşı ileri sürülebilen bireysel haklar mevcut değildir. Tüm yasalar ve davranış kuralları, içeriksel ve sosyal olarak konumlanmıştır. Bu nedenle uyuşmazlıkların sonlandırılmasıyla ilgili olarak 'hukuk uğraşı'nın getirdiği çözüm, somut

⁴¹ Henrik Palmer Olsen, Stuart Toddington, **Law in Its Own Right**, Portland Oregon, 2000, Hart Publishing, s. 73-74.

⁴² Ian Ward, **An Introduction to Critical Legal Theory**, London, 1998, Cavendish Publishing Ltd., s. 142.

⁴³ John N. Adams, Roger Brownsword, "Law Reform, Law-Jobs, and Law Commission No. 160", **The Modern Law Review**, Vol. 51, No. 4 (Jul., 1988), ss. 481-492, s. 481.

⁴⁴ Llewellyn, Cheyenne., s. 297.

⁴⁵ Hukuk devletinin temel özellikleriyle ilgili olarak bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, 2008, Oniki Levha Yayıncılık, s. 200 vd.

⁴⁶ Roscoe Pound, **Social Control Through Law**, USA, 1968, Archon Books, s. 25.

durumdaki adaleti etkilemek için yayılmış (örgütlünün karşıtı anlamıyla) bir istekle yönlendirilmekte ve resmi kurallara uygunluk gibi denge sağlayıcı ya da eşitleyici bir kaygıyla sınırlanmamaktadır. Uyuşmazlıkların 'bir şekilde' ve modern devletin ağlarından uzakta çözülmesi, tam anlamıyla politik ahlakın tarihsel biçimde belirlenmiş kavramlarının reddi olmayıp, resmi sistemin alternatifini sunmaktadır. Asıl olan, bireysel adaletin gerçekleşmesinin toplumun genel menfaatiyle bağlantılı olduğu ve yerine getirilmesinin hukukun sosyal amacıyla çatışmayacağıdır. Uyuşmazlıkların tarafları tatmin edecek şekilde çözülmesi, hukuk uğraşlarının etkililiği ve benimsenme düzeyiyle ilişkilidir. Modern devlet yargılamasından farklı olarak, kurallar değil hukuki kurumların işlevleri ön plana çıkmaktadır⁴⁷.

Demek ki bir hukuk uğraşı olarak düşünüldüğünde, uyuşmazlık çözümü sadece mahkemelerle sınırlanmamakta, hem geleneksel yöntemler hem de alternatif uyuşmazlık çözümü aynı hukuki işlevi karşılamaktadır. Modern toplumda resmi yargılama mekanizmasına yüklenen bu işlevin diğer toplumsal kurumlarla ne kadar paylaşıldığı veya paylaşılması gerektiği, sıklıkla hukuk devleti tartışmalarıyla birlikte yürütülmektedir⁴⁸. İnsanlar her koşulda uyuşmazlıklarından bir kısmını mahkemelerin dışında çözdükleri için, uyuşmazlıkların mutlaka devlet tarafından ve resmi hukuk sistemi içinde ele alınmasının gerekip gerekmediği sorusu⁴⁹, ideolojik olmayan bir cevapla karşılanamaz. Asıl sorun, bir hukuk uğraşı olduğu kabul edilse bile, hangi türdeki uyuşmazlıkların ve bunlardan ne kadarının mahkemeler dışında çözülmeye müsait olduğudur.

Llewellyn her ne kadar 'sorun' adı altında suçlara, haksız fiillere, hukuka aykırı fiillere ve menfaat çatışmalarına yer verse de, bunların toplumun dağılmasına yol açması için tekrarlanması ve büyük bir ağırlık taşınması gerekir. Toplumun dağıtılacak şiddetli gerilimler yaşanmıyorsa, sorunların giderilmesi (işlevselci kabullere paralel olarak) grup yaşantısını güçlendirici etkiye sahiptir⁵⁰. Zaten Llewellyn'in sorunların giderilmesi üstbaşlığıyla ele aldığı uyuşmazlık, suç ve şikayetler de bireyler arasında gerçekleşen ikincil nitelikteki anlaşmazlıklara vurgu yapmaktadır⁵¹. Bu yoldan uzaklaşılır ve sorun kavramı birkaç kişi arasındaki uyuşmazlıktan fazlası ve geniş bir topluluğun düzeninin sarsılması biçiminde tanımlanırsa, devlet hukukunun tek ve zorunlu seçenek olacağı açıktır. Ancak Llewellyn'in ikincil ve birincil tip-

⁴⁷ Ian Wards, s. 142-143.

⁴⁸ Ann Margaret Herriot, "ADR a Threat to Democracy?", 19 **Alternative L. J.**, 1994, s. 75-76. Michele G. Hermann, "The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice", 3 **J. Contemp. Legal Issues**, 1989-1990, ss. 117-123, s. 118-119. Alternatif uyuşmazlık çözümünü hukuk devleti ve mevcut sistem için tehlike sayan, hiç değilse böyle bir boyutunun bulunduğu dikkat çeken yaklaşımların aksine, hukuk devletiyle karşılıklı ve olumlu bir ilişki içinde olduğu iddiası için bkz. Michael Moffitt, "Which is Better, Food or Water? The Rule of Law or ADR?", **Dispute Resolution Magazine**, Summer 2012, Vol. 16, Number 4, ss. 8-9.

⁴⁹ Taekema, s. 60.

⁵⁰ Rehbinder, s. 459.

⁵¹ Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375.

teki sorunlar arasında yaptığı ayırım, devlet yargılamasının sadece birincil ve büyük sorunlar bakımından zorunlu sayılmasını, daha önemsiz olanların⁵² başka yöntemlerle çözülmesini mümkün kılar⁵³. Hangi tip sorun olursa olsun, grubun yaşantısı değişip kesintiye uğramadan varlığını sürdürebilmesi için sürekli, hızlı ve pürüzsüz biçimde giderilmesi gerekir. Bu amaçla yararlanılacak mekanizmalar, duruma uygun özel hukuki kurumlar ve kısmi hukuki kurumlardır⁵⁴. İlkine, tamamen hukuksal olması bakımından mahkemelerde yürütülen yargılama faaliyetini, ikincisine ise geleneksel yöntemlerin sonradan kurumsallaştırılmış modellerini oluşturduğu için müzakere veya arabuluculuk gibi alternatif yöntemleri örnek verebiliriz.

Nitekim Llewellyn'in kuramı, uyuşmazlık çözümünün sadece devlet mahkemelerine özgü bir uğraş olarak sınırlandırılmamasına, farklı büyüklük ve nitelikteki gruplarda uygulanabilmesine ve devlet hukuku dışındaki kontrol mekanizmalarına imkan tanımakla, pek çok uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözülmesini haklaştırır. Aslolan hukuk uğraşlarıdır ve sorunların giderilmesi de dahil olmak üzere, bunları ifa edebilecek tek kurum devlet değildir. Kaldı ki kimi durumlarda, tam ya da kısmi hukuki kurumlar ve hatta hukuki olmayanlar, aynı hukuk uğraşını birlikte karşılayabilirler. Keza hukuk uğraşları kuramı, herhangi bir kurum, vasıta veya olayın bütünsel bir süreç olarak değerlendirilmesini gerektiren ve uğraşın kendisine odaklanan bir yaklaşımdır. Bu da bizi, modern uyuşmazlık teorisinin temel klişelerine götürür: Verili bir toplumdaki uyuşmazlıkların yalnızca küçük bir kısmı mahkemelere yanıtılmaktadır. Herhangi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ya da kurumunun değerlendirilmesindeki başlangıç noktasını, ilgili uyuşmazlıkların ve nasıl çözüldüklerinin gerçekçi ve demografik görünümü oluşturur⁵⁵.

Sonuç

Alternatif uyuşmazlık çözümü Amerikan hukuk sisteminde 60'larda ortaya çıkan, hızla ve coşkuyla yayılan bir hareket olma özelliği taşır. Toplumsal bir tepkinin sonucunda doğduğu, resmi yargı sisteminin kusurlarının zorunlu getirisi olduğu, hukuk sistemini düzelterceği, hukuk devletine zarar vereceği, kökenlerinin geçmiş zamanlara dayandığı, geleneksel toplumların birincil çözüm yöntemi olduğu, hızlı ve ucuzmuş gibi görüldüğü halde öngörülme-yen masraflar ürettiği, gerçekten

⁵² Alternatif uyuşmazlık çözümünün etkinlik alanının "önemli", "önemsiz" gibi değere ilişkin kriterlerle çizilmeye çalışılması, muhakkak ki yanıltıcıdır. Bunun yerine Santos'un hukukun bileşenleri saydığı retorik, cebir ve bürokrasi üzerinden yaptığı ayırım önerilebilir. Ona göre cebir ve bürokrasi mutlaka hukukun denetiminde olması gereken alanı, retorik ise alternatif uyuşmazlık çözümünün de pay alabileceği alanı gösterir. Boaventura De Sousa Santos "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", Richard L. Abel (Edt.), **The Politics of Informal Justice vol. 1- The American Experience**, New York, Academic Press, 1982, ss. 249-266, s.249.

⁵³ Taekema, s. 62.

⁵⁴ Rehbinder, s. 459.

⁵⁵ Twining, *Alternative to...*, s. 397-398.

hızlı ve ucuz olduğu, yargılama sürecini boş yere uzattığı, hukuki haklara zarar verdiği, hukuki koruma sağlamadığı, toplumda uyum ve uzlaşmayı desteklediği, zayıf kesimlerin ezilmesine neden olduğu, bireyleri özgürleştirdiği, devletin çok da belli etmeden sivil topluma müdahale etmesinin aracı olduğu, hukuktan ve resmi olandan uzaklaştırdığı, geleneksel yöntemleri deforme ederek kurumsallaştırdığı, mahkemelerin etkinliği ve gücünü azalttığı, mahkemelerin yükünü hafiflettiği, hukukun tek merkezliliğine zarar verdiği, hukuki çoğulculuğun önünü açtığı hakkında ileri sürülen görüşlerin yalnızca bir kısmıdır.

Esasen pratik ihtiyaçlar nedeniyle geleneksel yöntemlerden esinlenerek üretilen alternatif uyuşmazlık çözümü kolaylıkla kabul görmüş, teori ve uygulama iç içe geçerek, birbirini besleyerek süratle yayılmıştır. Söz konusu dalganın Türkiye'ye de ulaşmış olması, bu makalenin yazılma nedenlerinden ilkidir. Tamamen farklı bir hukuk sisteminin ürünü olan alternatif uyuşmazlık çözümü, Türkiye'ye aynı adla ancak yukarıda bahsi geçen sorulardan pek çoğu tartışılmadan taşınmıştır. Zaten orijinali de tutarlı bir kuramsal zemin sunmaktan oldukça uzak olduğu için, mahkemelere tanınan yargı erkinin bölüştürülmesinin ve uyuşmazlıkların farklı kurumlarca çözülmesinin hangi temele dayandırılabilceği gerçek bir soru halini almaktadır. İşte, Karl N. Llewellyn'in bu soruya makul bir cevap oluşturabilecek hukuk uğraşları kuramını tanıtmaya isteği, makalenin yazılma nedenlerinden ikincisidir.

Llewellyn her tip toplumsal birliğe uygulanabilecek nitelikte ve işlevselcilik izleri taşıyan bir kuram sunmaktadır. Hukukun birbiriyle bağlantılı beş tane işlevi, dolayısıyla beş farklı hukuk uğraşısı vardır. Bunlardan birincisi sorunların giderilmesi, konuyla ilgili olarak daraltırsak uyuşmazlıkların çözülmesidir. Asıl mesele bu ve diğer uğraşların yerine getirilmesi olduğu için, gerçekleştirecisi konumundaki kurumun sıfatı pek de farketmemektedir. Mahkemeler, okul aile birlikleri, hakem heyetleri veya arabulucular, uyuşmazlıkları çözebilecek olanlardan sadece bir kısmıdır. Mahkemeleri diğer ihtimallerden, modern hukuk devletinin resmi mekanizması oluşu ayırmakta; Llewellyn, norm yerine kurum ve işlevi öne çıkardığı için, ikincil derecedeki sorunların 'bir şekilde' çözülmesi yeterli olmaktadır. Neticede işlevselci geleneğin uyum ve düzenin sürdürülmesine olan düşkünlüğü, Llewellyn'de de aynen karşılık bulur. Toplumsal bütünlüğün ve her alt birimin bütünlüğünün korunması adına, hukuk uğraşları yerine getirilmelidir. Hangi kurumun bu rolü üstlendiği pek de belirleyici olmadığı için, alternatif uyuşmazlık çözümü seçeneklerinden biri, hatta kurumsallaşmış yapısıyla mahkemelerden sonra en güçlüsü olarak sahneye çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adams, John N.- Brownsword, Roger. "Law Reform, Law-Jobs, and Law Commission No. 160", **The Modern Law Review**, Vol. 51, No. 4 (Jul., 1988), ss. 481-492.
- Barrett, Jerome T. **A History of Alternative Dispute Resolution**, Published in Affiliation with The Association for Conflict Resolution, www. adr. gov (1. 12.2012)
- Cotterell, Roger. **Law, Culture and Society- Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, England, 2006, Ashgate.
- Edelman, Lauren B.- Cahill, Mia. "How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)", Bryant G. Garth; Austin Sarat (editors), **How Does Law Matter?**, Northwestern University Press, 1998, Illinois, ABD, içinde, ss. 15-44.
- Goldberg, Stephen B. Green, Eric D. Sander, Frank E. A. "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", 69 **Judicature**, 1985-1986, ss. 291-299.
- Gray, Christopher Berry. **The Philosophy of Law -An Encyclopedia**, Vol. II, Taylor & Francis e-library, 2004.
- Harris, Phil. **An Introduction to Law**, New York, 2007, Cambridge University Press, 7. edt.
- Hart, H.L.A. **The Concept of Law**, New York, 2. edition, 1994, Oxford University Press.
- Hermann, Michele G. "The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice", 3 **J. Contemp. Legal Issues**, 1989-1990, ss. 117-123.
- Herriot, Ann Margaret. "ADR a Threat to Democracy?", 19 **Alternative L. J.**, 1994, s. 75-76.
- Keating, Albert. **Jurisprudence**, Ireland, 2011, Round Hall.
- Lamar, Tom "Comment Llewellyn's "Bramble Bush"", 11 **J. Pub. L**, 1962, ss. 412-418.
- Lewis, Norman. "Towards a Sociology of Lawyering in Public Administration", 32 **N. Ir. Legal Q**, 1981, ss. 89-105.
- Llewellyn, Karl N. "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method", **Yale Law Journal**, Vol. 49, June 1940, Number 8, ss. 1355-1400.
- Llewellyn, K. N. Hoebel, E. Adamson. **The Cheyenne Way- Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence**, University of Oklahoma Press, US, 1941.
- Menkel-Meadow, Carrie. "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", 16 **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, ss. 1-37.
- Moffitt, Michael. "Which is Better, Food or Water? The Rule of Law or ADR?", **Dispute Resolution Magazine**, Summer 2012, Vol. 16, Number 4, ss. 8-9.

- Olsen, Henrik Palmer. Stuart Toddington, **Law in Its Own Right**, Portland Oregon, 2000, Hart Publishing.
- Özcan, Mehmet Tefvik. **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, 2008, Oniki Levha Yayıncılık.
- Pound, Roscoe. **Social Control Through Law**, USA, 1968, Archon Books.
- Rehbinder, Manfred. "Hukukun Toplumsal Fonksiyonları", (Çev. Ülker Gürkan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, ss. 455-475.
- Santos, Boaventura De Sousa. "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", Richard L. Abel (Edt.), **The Politics of Informal Justice vol. 1- The American Experience**, New York, Academic Press, 1982, ss. 249-266.
- Şahin Ceylan, Şule. **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, Oniki Levha Yayıncılık.
- Şahin Ceylan, Şule. "Kitap Değerlendirmesi: Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175 vd.
- Taekema, Sanne. "The Point of Law: The Interdependent functionality of State and Non-State Regulation", Hanneke Van Schooten-Jonathan Verschuuren (Edt.), **International Governance and Law State Regulation and Non State Law**, UK, 2008, Edward Elgar Publishing.
- Twining, William. "Two Works of Karl Llewellyn- II", **The Modern Law Review**, Vol. 31, Issue 2, March 1968, ss. 165-182.
- Twining, William. **Karl Llewellyn and the Realist Movement**, London, 1985 (ilk basım 1973), Weidenfeld and Nicholson.
- Twining, William. "Alternative to what? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics, Alternative Dispute Resolution", **The Modern Law Review** Limited 1993, (MLR 56: 3, May), ss. 380-392.
- Twining, William. **Blackstone's Tower: The English Law School**, London, 1994, Sweet & Maxwell.
- Twining, William. **General Jurisprudence-Understanding Law from a Global Perspective**, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Ward, Ian. **An Introduction to Critical Legal Theory**, London, 1998, Cavendish Publishing Ltd.
- Yamamoto, Eric K. "ADR: Where Have the Critics Gone Essay", 36 **Santa Clara L. Rev.** (1996), ss. 1055-1067.