

TOPLUM VE HUKUK

1. HUKUK VE HUKUK SOSYOLOJİSİ İLİŞKİSİ

1.1. Genel Olarak

Hukukun doğasına ilişkin bir araştırma, *Hukuk nedir?* genel sorusunun parçaları olarak düşünülebilen iki sorunun yanıtlanması çabası olarak görülebilir. Bu alt sorular: Hukuk nedir ve hukukun değeri nedir, sorularındır.

Hukuk nedir?

Bu, çeşitli toplumlardaki hukukun fiili varlığının açıklanmasını ve onun temel özellik, yapı, yöntem ve altında yatan anlayış ve ilkelerin belirlenmesini ve analiz edilmesini gerektiren bir sorudur. Hukuk teorisinde bu “olan” sorunu olarak adlandırılır; çünkü hukukun olgusal olarak belirlenmesini içerir. Bir yandan pozitif hukuk olarak ortaya çıkan dogmatik hukuk biliminin konusu diğer yandan da sosyal yaşamın düzeni olarak sosyolojinin ve özel olarak da hukuk sosyolojisinin konusudur¹.

İyi hukuk nedir?

Bu var olan hukukun, bir amacı belirleyen bazı standartlara gönderme yaparak değerlendirilmesini gerektiren normatif bir sorudur. Hukuk teorisinde bu genel olarak “olması gereken” sorunu olarak anılır; çünkü var olan hukukun, iyi hukukun istenen amacı ve benimsenmiş standartlarına göre ne olması gerektiği çerçevesinde değerlendirilmesidir². Bu değerlendirmeye düşünce ise hukuk felsefesi ve de lege ferenda (geleceğin hukuku) olarak hukuk politikasına işaret eder.

Hukukun ne olduğuna ilişkin soruların kesin olarak birbirinden ayrılması sorunu üzerinde, daha çok hukuku pozitif bir olgu olarak ele alan yaklaşımlar durmaktadır. Ancak metodolojik olarak “olan-olması gereken” ayrımının farklı alanlar olarak ele alınması ve birbirine indirgenmemesi de gereklidir³. “Olan” alanına ilişkin değerlendirmeler olgusal çerçevesindeyken, “olması gereken” alanı normatif bir değerlendirmeye tabidir.

HUKUK NEDİR? -OLGULAR	İYİ HUKUK NEDİR? -DEĞERLER
--------------------------	-------------------------------

DOGMATİK HUKUK BİLİMİ HUKUK SOSYOLOJİSİ	HUKUK FELSEFESİ ADALET DEĞERİNE UYGUNLUK
--	---

HUKUK

1.2. Sosyolojiden Sosyolojilere

Sosyal bilimler, aynı sosyal gerçeğe bakan çeşitli pencereler olarak görünse de şüphesiz sosyoloji bu pencerelerin en geniş olanıdır. Diğer sosyal bilimler, sosyal gerçeği ancak belirli bir açıdan ele aldıkları halde sosyoloji, sosyal gerçeği bütün yönleri ile kavramak iddiasında olan bir bilimdir⁴.

¹ Yasemin Işıktaç, 1992.

² Vecdi Aral, 2001.

³ Tarık Özbilgen, 1971.

⁴ Özkalp, 1998.

Sosyoloji, felsefeden koptuktan sonra sosyal bilimlerin temeli olma özelliğini kazanmıştır; ancak bu onun giderek daha karmaşık ve uzmanlaşmaya bir hal almasına da engel olmamıştır. Bugün artık çok rahat bir biçimde “sosyoloji içinde sosyolojiler”den söz etme olanağına sahibiz⁵.

Sosyolojide uzmanlaşmanın;

- Sosyal olgunun karmaşıklığı ve gözlem tekniklerinin farklılığı,
- Genel sosyolojinin tartışmasız bir üst taban yaratmaması (ideolojik sınırlar),
- Eğitimde farklılaşmalar nedeniyle doğduğunu söyleyebiliriz.

Sosyolojide uzmanlaşmanın toplumsal yapılar, yerleşim birimleri ve sosyal gruplar arasında şekillendiğini görüyoruz:

1. Toplumsal yapılar alanı: yapısal incelemelerde din, örf-adet, aile, sanat, ahlak, hukuk, iktisat, eğitim gibi temel öneme sahip yapılar incelenmektedir. Etnografi ve antropolojinin de katkılarıyla bu alanın hukuk sosyolojisinde de en fazla çalışmanın yapıldığı alan olduğu görülmektedir.

2. Yerleşim birimleri alanı: Kent-köy, geleneksel-modern çerçevesi içinde daha spesifik olarak da sanayi sosyolojisi, iletişim sosyolojisi gibi alanlara ayrılabilir. Geçişimli toplumsal bir yapılandırmada bu ayrımın teorik kalacağına da dikkat etmek gerekir.

3. Sosyal gruplar alanı: Ancak bu ayrımın teorik bir araç olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir; çünkü toplumsal bir zemini böyle bir ayrıştırmaya tabi tutmak kolay değildir. Örneğin, fabrikalarda çalışan bir grup işçi üzerinde yapılan bir araştırma sosyal grup araştırmasına girebileceği gibi sanayi sosyolojisine, statüsü açısından da hukuk sosyolojisine konu olabilir.

1.3. Hukuk Sosyolojisi

Sosyoloji: “İnsanların bir arada yaşamalarıyla, insanlar arası olanla ilgili bir teori, sosyal süreçlerin ve sosyal oluşumların bilimidir”.

Hukuk Sosyolojisi: “Hukuku sosyal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parçası olarak ele alan ve diğer sosyal olaylarla olan ilişkisi içinde inceleyen bilimdir”.

Tanımlardan da anlaşılacağı gibi hukuk ve hukuk sosyolojisi aynı şeylerle ilgilenirler. Ancak hukuk ve hukuk sosyolojisinin konuya yaklaşımları farklıdır. Sosyolog, hukuk kurallarını belli bir toplumsal anlatım olarak ele alıp inceler. Çünkü toplumda yaşamın tüm yönlerinin hukuk düzenine yansıdığını görüyoruz. Hukuk, belirli bir toplumda birey ve grupların toplumsal ilişkileri ve eylemleri üzerinde normatif ve zorlayıcı bir etki yapar. Toplum tarafından meşru olarak kabul edilen ve kurallarla belirginleşen bir toplumsal kontrol mekanizmasıdır. Hukuk sosyolojisi özellikle toplumsal düzendeki diğer normatif düzenlemeler olan din, ahlak, örf ve adetten hukukun alanının ayrıştırılması konusunda, hukukun ussallaşması ve laikleşmesi, sorumluluk kavramının yerleşmesi ve sınırlarının belirlenmesinde, suçluluk kavramının analizinde, ailenin evrimi, boşanma ve hukuksal yetki kullanımları konusunda başarılı sonuçlar elde edebilmiştir⁶.

Hukuk sosyolojisi, hukuku, nasıl var olduğu, nasıl işlediği ve uygulandığında yarattığı çerçevesinde, özellikle de belirli bir toplumsal olgu olarak anlamaya çalışır⁷. Hukuk sadece toplumsal bir etken değil, aynı zamanda toplumsal bir ürün olarak da sosyolojik ilgiyi hak eder. Hukuk sosyolojisi, hukukun doğasını açıklayacak etkenleri bulmak için, genel olarak toplumun işleyişini yakından incelemeye çalışmaktadır. Bu anlamda, hukukun doğasını açıklamakta

⁵ Bauman, 1999.

⁶ Can, 2002.

⁷ Özbilgen, 1971.

yardımcı olmak üzere, sosyoloji, tarih, siyasal ve ekonomik çalışmaları içeren diğer toplumsal disiplinler gibi toplumsal bilimlerin bulgularına dayanmaktadır.

İlk bakışta hukuk ve hukukçular için, metinler ve kurumlar, pozitif hukuk kurallarını ifade eder; bu kuralların anlam ve kapsamalarının değişmiş kurallara dayanan dikkatli araştırılması, var olan hukukun anlaşılabilirliğini sağlar. Hukukçu, kuralları kural olarak inceler, kuralları normatif görünümüleri içinde ele alır; sosyolog içinse hukuk kuralları, objektif sosyal olgulardır. Hukuk “normatif bilim”dir; hukuk sosyolojisi ise bir “pozitif bilim”dir⁸.

Ancak diğer yandan hukuk ve hukuk sosyolojisinin ilişkisi bir yakınlaşma içindedir. Hukukçular, hukuk metinlerinin anlamlarını bulmak için sadece metin içi incelemelerle yetinmeyi bir yana bırakmak zorundadırlar. Salt biçimsel yaklaşımlar bırakılmış, hukuk kurallarının anlam ve amacını yorumlama ve bu kuralları kendi sosyal içerikleri çerçevesinde düşünme eğilimi gitgide yaygınlaşmaya başlamıştır. Böyle bir tavır hukukçuları sosyoloji alanında bilgilenmeye itmiştir⁹. Diğer yandan bir sosyolog da üzerinde çalıştığı metinlerin anlamını kavrayabilmek için hukuksal değerlendirmeleri önemsemek durumundadır. Türkiye’de hukuk sosyolojisi konusunda, daha çok hukuk eğitimi aldıktan sonra ilgisini sosyoloji üzerinde yoğunlaştıranlar çalışmaktadır. Az da olsa genel sosyoloji içinde, özellikle “etkinlik” kavramı çerçevesinde, hukuk sosyolojisi çalışmaları yapılmıştır. Bunun dışında siyaset sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi arasındaki ince sınıra da dikkat etmek gerekir. siyaset sosyolojisi özellikle siyasal katılma ve siyasi yönetim-sınıf ilişkileri konusunda, hukuk sosyolojisi alanında da kullanılabilecek bir çok çalışmaya yer vermiştir.

Bir bütün olarak görülmekle birlikte hukuk sosyolojisi farklı açılardan irdelenebilir. Genel sosyolojide olduğu gibi “**hukuk sosyolojisi tarihi**” ve “**problematik hukuk sosyolojisi**” ayrımlarını yapabiliriz. Tarihsel genel hukuk sosyolojisi “uygarlık” yani tarihi gelişim içindeki toplumsal yapıyı inceler, sosyoloji yasaları ile tipolojilere ulaşmaya çalışır. Temel amaç farklılık ve benzerlikleri saptamaktır. Ancak bu yaklaşım, apriori usavurma ve tümdengelim yöntemini yoğun bir biçimde kullandığı ve sosyolojinin olgularla doğrudan temas kurmayla tipikleşen yanından bir kopuş anlamını taşıdığı için eleştirilmektedir. Tarihsel genel hukuk sosyolojisi, olgularla dolaysız ilişki kurmayarak ve sosyal olguyla ikinci elden bir ilişkiye girerek metodolojik sorunlar yaratmaktadır.

Diğer yandan tarihsel genel hukuk sosyolojisi, toplumsal evrim düşüncesinin kabulünde dikey tarama olanağı sunduğu için yararlı olmuştur.

İkinci yaklaşım problematik hukuk sosyolojisidir. Problematik hukuk sosyolojisi, hukuk sosyolojisinin tarihsel ve sistematik kavranışından çok sosyolojik konular üzerinde çalışmaktadır.

1.3.1. Genel Hukuk Sosyolojisi

Hukuk sosyolojisi, uzun bir geçmişe sahiptir ve denilebilir ki, toplumsal yaşamın farklı görünümüleri üzerine yapılacak çalışmaların hukukun doğasını ve işleyişini anlamaya yardımcı olacağı fark edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Öyle ki, literatürdeki yeri *A Treatise on Human Nature [İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme]* (1740) adlı eserinde hukukun kaynağını insan doğasının bazı tuhafliklarına değil, toplumsal geleneklere borçlu olduğunu ileri süren ve hukuku gelişen bir toplumsal kurum olarak tanımlayan David Hume’da izleri görülecek kadar geriye götürülebilir.

Montesquieu, *The Spirit of Laws [Kanunların Ruhu]* (1748)da, hukukun alışkanlıklardan, yerel örflerden ve fiziksel ortamdaki kaynaklandığını söyleyen görüşü ortaya koymuştur. Montesquieu, iyi hukukun *toplumların ruhu* ile uyum içerisinde olan hukuk olduğu düşüncesindedir.

⁸ Aral, 2001.

⁹ Özbilgen, 1971.

Almanya'daki gelişmeler hukuk sosyolojisi açısından ayrı bir önem taşımıştır. Modernizme geç ulaşan Almanya, ulusal birliğini oluştururken, Tarihçi Hukuk Okulu ve bu okulun karşıt düşünceleri ile ilginç bir hukuk sosyolojisi gelişimine sahne olmuştur. ünlü tarihçi ve hukukçu Thibault, yeni ve etkili Fransız Medeni Yasası'nın çevrilmesi ile Alman hukuksal birliğinin kurulacağı iddiasındadır. Buna karşılık Von Savigny hukuk ve toplum arasındaki sıkı ilişkiye gönderme yaparak yabancı hukukun alınmasının (resepsiyon) reddi görüşünü ileri sürmüştür. Dikkatimizi toplumsal yapı içinde kendiliğinden oluşan ve daha çok örf ve adet hukuku olarak tezahür eden hukuka çekmiştir¹⁰.

Eugen Ehrlich'in yürürlükteki hukuk-yaşayan hukuk ayrımı da ayrı bir önem taşır. Kendiliğinden oluşan hukuka vurgu, iradeci hukuk anlayışı ile sosyolojik hukuk anlayışı arasındaki farka dikkatimizi çeker. Ehrlich'in yaşayan hukuk anlayışı N. S. Timasheff tarafından normatif bir elemana göre varlık kazanan hukukun merkezi iktidar tarafından sürekli desteklenmekle etkinliğini sağlayacağı noktasına ulaşmıştır.

Yıllar boyunca, toplumun doğası ile ilgilenen Comte, Marx, Weber ve Durkheim gibi yazarlar da, çeşitli toplumsal olguların hukuku nasıl etkilediğine ilişkin görüşler ortaya koymuşlardır¹¹. Bunun dışında Jhering, Jeremy Bentham'ın faydacı ilkelerini alarak hukukun toplumsal çıkara hizmet için var olduğu tartışmasında temel olarak kullanır. Hukuk, bireylerin ve bütün olarak toplumun çıkarları arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözmek üzere var olan zorlayıcı bir aygıt olarak görülmüştür. Bu koşullarda toplumun, tüm üyelerinin ortak çıkarı, tekil üyelerin çıkarlarından önde gelmektedir. Çünkü toplumsal yararı sağlamak için etkin bir şekilde işlemesi gereken hukuk mekanik olarak uygulanamaz¹². Weber, hukuk sosyolojisini genel sosyoloji teorisinin merkezinde görmektedir. Bu yaklaşımın Alman düşüncesinde "çıklarlar hukukçuluğu" olarak Philipp Heck'le en gelişmiş düzeye ulaştığı görülür. Böylece hukuki ilginin teorik kurgulardan "yarar kavramına" ve "korunmaya değer yarara" yöneldiği görülür¹³. Çıkar araştırması ve toplumsal denge kavramları hukuk-sosyoloji ilişkisinin temelini oturtur. İşte bu aşamada Weber, modern toplum üzerindeki çalışmaları ve "ideal tip" kuramı ile hukuk sosyolojisini sosyolojik anlama metodu ile bütünleştirmiştir. Bunu yaparken de kapitalist batı toplumunun gelişimini ve işleyişini anlamaya çalışmıştır. weber, batı toplumunun iki görünümünü anlamaya çalışırken dünyadaki büyük uygarlıklar hakkında tarihsel ve karşılaştırmalı çalışmalarla da ilgilenmiştir¹⁴. Bu iki görünüm; bir kurum olarak kapitalizm ve hukuksal düzende rasyonalitedir. Weber'de hukuk, üç 'ideal' gelişme aşamasından geçer:

. *Karizmatik* – Doğuştan gelen etki alanı yaratıcı kişiliklerin söylemi olarak hukuk karizmatik görünümündedir. Peygamber ve etkin kişi hukukları örnek verilebilir.

. *Geleneksel* – Karizma, soy aracılığıyla kurumsallaştırılmakta ve yasa koyucu yetki, bir ardıla geçmektedir. Böylece hukuk, monarşilerde olduğu gibi gelenek ve kalımsal statülerle desteklenmektedir.

. *Rasyonel* – İyi eğitilmiş ve profesyonel hukukçular, hukukun bu anlamda rasyonelleşmesini sağlarlar. Bu durumda hukukun otoritesi, karizmadan ziyade hukuk koyucuların kabul edilmiş meşruluğuna dayanmaktadır. Kişilerin etkinliği hukuk sisteminin ussallaşmış ve toplumsal kabulle belirginleşmiş zemini üzerinde yürür.

Weber'e göre, batı toplumlarındaki hukukun rasyonalitesi, batı kültürünün rasyonalitesinin bir sonucudur. Bu hukuksal akılcılık, bir dizi etkenin ürünüdür. Ekonomik güçler önemli ama zorunlu

¹⁰ Aron, 2000.

¹¹ Can, 2002.

¹² Işıktaç, 1999.

¹³ Güriz, 1985.

¹⁴ Weber, 2002.

olmayan bir rol oynamışlardır. Kapitalizm, gelişmiş hukuksal tekniklerin yayılıp serpilebileceği koşulları sağlamıştır. Kapitalist sistemin kurumları, hesaplama ile öngörülebilirdir ve bu boyutuyla söz konusu kurumlar, rasyonel olarak önceden ifade edilebilecek bir 'hesaplanabilir hukuksal sistem' gerektirmektedir. Bürokrasinin gelişimi, rasyonel hukukun yönetiminin sistemleştirilmesi için bir kurum oluşturmuştur hukuksal profesyoneller aynı zamanda ussallaşmaya da katkıda bulunmuşlardır¹⁵.

Durkheim, hukukun 'toplumsal dayanışmanın ilkesel formlarını ürettiğini' ileri sürerek, herhangi bir toplumun değerlendirilebileceği bir araç olduğu düşüncesindedir. Bu toplumsal dayanışma iki türe ayrılabilir:

. *Mekanik dayanışma* – Daha küçük ölçekteki homojen toplumlarda ortaya çıkar. Burada yasaların çoğunluğunun, cezai bir eylemde toplumun tümünün çıkarı etkileneceğinden ve tüm toplum bu yöndeki bir eylemi baskı altına alıp engellemeye çalışacağından, cezalandırıcı ve baskıcı bir doğada olması gerektiğini düşünmektedir.

. *Organik dayanışma* – Daha büyük bir işbölümünün olduğu, daha heterojen ve farklılaşmış toplumlarda bulunur. Bu toplumlarda, suça daha az toplumsal tepki vardır ve hukuk daha az baskıcı, fakat daha çok eski durumu sağlayıcı bir karakterdedir¹⁶.

Kıta Avrupası'nda teorik çalışmalar bu yönde gelişirken özellikle ABD ve İskandinav hukuk yaklaşımları "realist hukuk" yaklaşımları başlığı altında toplanmıştır¹⁷. Bunun farklı bir yön olduğu görülmektedir. Uygulamaya yönelik hukuk geleneğini İngiliz Common Law'ından ve onun benzer dava esaslı uygulamalarından alan A.B.D. hukuku ve Kıta Avrupası'ndan oldukça farklı olan ve Anglo-Sakson uygulamasına benzeyen İskandinav hukukları ilginç gelişmeler göstermiştir¹⁸. Jürili yargılama modeli ve federal devlet yapısı yani uygulamadaki farklılık, bunun en etkin gerekçeleri olarak gösterilebilir.

Amerikan Realizmi yüksek mahkeme baş yargıcı Holmes'le biçimlenir. Burada hukukun kesinliğinden çok yargıç uygulamalarına vurgu yapılmaktadır. Norm-kuşkucu (norm-sceptic) bir tutumla karşımıza çıkan Amerikan Realist yaklaşımı "dava sonuçlarını öngörebilme"yi hukuksal faaliyet olarak tanımamaktadır. Amerikan Realizmi gibi İskandinav Realizmi de aynen dava sonuçları üzerinde durmaktadır.

İskandinav Realizm'inde Rousco Pound, hukuku, birbiriyle yarışan toplumsal taleplerin doyurulması ve toplumsal değerlerin dağıtılmasındaki anlaşmazlık sorunlarını çözmekte yararlanılacak bir toplumsal teknoloji aygıtı olarak gördüğü bir düşünce ortaya koymuştur¹⁹. Çeşitli talepler ve çıkarlar, hukuksal yöntemleri ve önermeleri de içeren toplumsal verilerin analiz edilmesiyle bulunabilecektir. Talep ve çıkarlar hukuktan bağımsız olarak var olurlar ve bir bütün olarak toplumun yararına giderilmeleri ve aralarında denge sağlanması hukukun işlevidir. Pound, toplumu gelenek ve değerleri paylaşan üyeleri ile durağan, birbirine bağlı ve tümüyle homojen olarak görmektedir. Bu durumda, hukukun işleyişi genel bir uzlaşma atmosferinde olmalıdır.

Sosyal olgularla ilgili bütün sınıflamalar ve tipikleştirmeler belirli bir uygarlık içinde göreceli bir nitelik taşımaktadır. İşte hukuk sosyolojisi, bütün bu özel durumlar için ortaklaşa bir tip oluşturma girişimidir. Ancak, bu tür bir genelleştirme sosyal bilimlerin en zayıf yanlarından birisidir. Kendi terminolojisini yaratan sosyolog kendi tipolojisini de kurar. Sonuç olarak da bu terminolojik ve yöntemsel farklılıklar yüzünden bir görüş birliği oluşturmak mümkün olmamaktadır.

¹⁵ Bauman, 1999.

¹⁶ Durkheim, 1985.

¹⁷ Gürkan, 1994.

¹⁸ Güriz, 1985.

¹⁹ Güriz, 1985.

1.3.2. Pratik Hukuk Sosyolojisi

Bilindiği gibi sosyolojik araştırma üç düzeyde yapılabilmektedir. İlki, en genel anlamda ‘Toplum’ kavramı içerisindeki büyük teorilerdir. Bunları ‘Genel Teoriler’ olarak adlandırabiliriz. İşte eleştiri konusu olan asıl bu geniş kapsamlı teorilerdir. Sosyolojik açıdan yöntemsel sınırlar zorlanmaktadır. Özellikle sosyolojinin kurucu babalarının üzerinde durduğu çalışma bu alandadır. İkincisi, grup düzeyidir. Bu düzey en verimli çalışmaların yapıldığı alandır. Dördüncü bölümde hukuk sosyolojisinin ele alınış biçimi başlığı altında, daha dar kapsamlı bu çalışma alanlarına işaret edilecektir. Orta ölçekli çalışma alanları bu düzeydedir. Bir de toplumsal yaşamın kurucu unsuru olan insanın toplumsal davranışları üzerinden yapılan küçük ölçekli çalışma alanı vardır. Burayı daha çok psiko-sosyolojik çalışma alanı olarak isimlendirebiliriz. Ayrıca sorumluluk, pişmanlık, otorite ile ilgili noktalarda hem hukuk sosyolojisi hem kriminoloji, başarılı infaz teknikleri üretmede, suç ve ceza ilişkisinde yeni modeller kurmada da sosyo-psikolojik düzey kullanılmaktadır. Özellikle ‘uyma’ davranışına verilecek anlam bakımından hukuk sosyolojisinin ilgi alanındadır. Davranışçı, psikanaliz kaynaklı ve bilişsel hukuk sosyolojisi yaklaşımlarını bu başlık altında toplayabiliriz.

Bir taraftan kuramsal hukuk çalışmalarının diğer taraftan problematik toplumsal çalışmaların arasındaki sıkı ilişki, hukuk sosyolojisinin diğer toplumsal bilimlerdeki gelişmelerden etkilenmesini ve hukukun doğası üzerine görüşlerinin genişlemesini sağlamıştır²⁰. Yukarıda çok kısa bir değerlendirmesini yaptığımız hukuk sosyolojisi ağırlıklı çalışmalar bile konunun ne kadar farklı şekillerde ele alınabileceğini bize göstermektedir. Bu nedenle herhangi bir önermeyi, hukuk sosyolojisinin merkezi bir yaklaşımı olarak göstermek oldukça zordur²¹. Yine de, neredeyse tüm hukuk sosyolojisi yaklaşımlarının tipik bazı özellikleri vardır:

- . Genellikle sosyolojik hukuk yaklaşımlarında, hukukun bir dizi toplumsal kontrol yönteminden sadece bir tanesi olduğu inancı vardır. bu boyutuyla hukuk, toplumdaki işlevi ve yeriyle diğer toplumsal kontrol kanallarıyla birlikte iş görür.
- . Hukukun kapalı bir kavramlar, standartlar ve yapılar sistemi olduğu ve işleyişinde kendi kendine yetebileceği görüşüne genel bir karşı çıkış söz konusudur. Çünkü, hukukun çözemeyeceği belli sorunlar vardır. dolayısıyla hukuk, belirli toplumsal etki ve tepkilere açıktır. Bu boyutuyla hukuk sosyologları, “dogmatik hukuk biliminin” yetersizliğine gönderme yaparlar. Kalıplaşmış teorik hukuk bilimi hukuk sosyologlarınca eleştirilmektedir.
- . Hukuk sosyologları, ders kitapları ya da temel kaynaklar yerine hukukun gerçek doğasının kendisini ilan ettiği gerçek işleyişine –‘etkin hukuk’a- daha çok vurgu yaparlar. Bir düzen olarak hukukun görünümünden çok etkin hukuk ve hukukun etkinliği kavramları üzerinde durmaktadırlar.
- . Hukukun yapı taşlarını ortaya çıkarmada hukuk sosyologları, kesin değerleri tanımlayan belirli ilkeler kümesi olduğunu ve bu ilkelerin daha sonra hukukun temeli haline geldiğini ya da gelebileceğini ileri süren Doğal Hukuk okulu ile farklı görüştedirler. Hukuk sosyolojisi, hukuku toplumsal olarak inşa gerçekliğinin bir ürünü olarak gören göreceli bir yaklaşımı kabul eder. Hukukun temelleri, toplumdaki insanların durumlarını ve yerlerini ne şekilde gördüklerinde ve toplumun karşılaştığı sorunlara nasıl tepki gösterdiğinde bulunacaktır. Bu bir karşı okuma olarak da algılanabilir.
- . Hukukun doğasını anlarken sosyal bilimlerden yararlanmakta ve böylece hukuku toplumsal adalet için daha etkin bir araç haline getirmekte genel yarar vardır. Ancak, toplumsal adaleti neyin oluşturduğu ve bunun nasıl en iyi şekilde başarılabilirliği konusunda görüşler birbirinden ayrılmaktadır.

²⁰ Can, 2002.

²¹ Özbilgen, 1976.

1.3.3. Hukuk Politikası

Hukuk politikası, son zamanlarda geleneksel olarak hukuk sosyolojisi tarafından kaplanmış olan alanı tümüyle istila eden bir hukuk ve toplum sorunu yaklaşımıdır. Hukuk politikası, hiçbir kuramsal temele sahip olamaması ile hukuk sosyolojisinden farklılaşmaktadır. Diğer toplumsal olgulara bakarak hukuk fikrinin analitik anlayışını sağlamaya çalışan hukuk sosyolojisinden farklı olarak hukuk politikası, daha çok, çeşitli açılardan hukukun, genel olarak hukuk kuralı düşüncesi ya da bazı adalet anlayışları ile nitelenen özel hedeflerin gerçekleştirilmesinde nasıl daha iyi, daha etkin işleminin sağlanacağı gibi pragmatik konularla ilgilidir. Böylece hukuk politikasını bir anlamda toplumsal mühendislik olarak isimlendirebiliriz²².

Hukuk politikası ile ilgilenenler, hukukun doğasının açıklanması ya da hukukun toplumdaki yeri ya da Devlet'le ilişkisi ile ilgilenmemişlerdir. Diğer toplumsal kurumlar ve Devlet bağlamındaki konumu aslında tartışma dışı olan hukuk sisteminin özünde, toplumsal yaşamın merkezi unsuru olduğuna ilişkin genel bir kabul vardır. bunun yerine hukuk politikasıyla ilgilenenler, hukuksal sistemin işleyişinden kaynaklanan sorunlara görgül bir yaklaşımı ve 'kitaplardaki hukuk' yerine 'uygulamadaki hukuk'a daha çok bakan reform merkezli bir araştırmayı vurgulayarak hukukun, kabul edilmiş toplumsal bağlamında anlaşılmasını savunmaktadırlar. Hukuk politikasını siyaset sosyolojisinden de ayırmak gerekir. daha çok iktidar sorununa odaklanmış olan siyaset sosyolojisi, "siyasal" ve "toplumsal" ilişkisini irdeler ve planlamadan çok görgül verileri izler²³.

Hukuksal çalışmaların, hukuk politikası alanı özellikle son yıllarda değer kazanmıştır. Hukuk politikası, hukuk ve toplum sorununa yaklaşımında hem ideolojik hem de metodolojik olarak hukuk sosyolojisinden farklıdır. Hukuk sosyolojisi ve hukuk bilimi hukukun doğasının anlaşılmasını belli toplumsal olgular aracılığıyla sağlamaya çalışırken, hukuk politikası, toplumun doğasını, bir toplumsal kontrol aracı olarak hukukun araştırılmasıyla açıklamaya çalışır.

1.4. Hukukun Ele Alınış Tarzları

HUKUK

DIŞSAL	İÇSEL
ZORUNLULUK	SORUMLULUK
BUYRUKLAR -TEHDİTLE DESTEKLENMİŞ EMİRLER	HUKUK KURALLARI -DEĞERLER İLİŞKİSİ
YAPTIRIM KORKUSU	ÖDEV DUYGUSU
İTAAT	UYMA

. 'Zorunluluk' – Silahlı bir adamın bir kişiyi parasını vermesi için zorlamasında olduğu gibi, bir takım tehditler nedeniyle bir şekil davranmaya zorlanmaktadır.

²² Gürkan, 1994.

²³ Bottomore, 1987.

. ‘Sorumluluk’ – Kişinin, dışarıdan bu yönde zorlayıcı bir müdahale olmadan kendisini belli şekilde davranma ödevi altında hissetmesidir.

1.4.1. Hukukun İçsel-Dışsal Unsurları

İnsan davranışlarının alışkanlıktan ortak öğrenme alanına taşınmasında üç temel psiko-sosyal tavrın belirleyici olduğu görülmektedir: **İtaat, Özdeşleşme, Benimseme**²⁴. Sosyal etki sonucu ortaya çıkan gruba uyma davranışı, davranış düzenliliklerini yaratmaktadır. İtaat, başkaları tarafından kabul edilmek; özdeşleşme, değer verilen kişi veya gruba benzemek; benimseme, gerçeği anlamak biçiminde kişiye yarar sağlar. İtaat ve özdeşleşmede normatif, benimsemede ise bilgisel sosyal etki söz konusudur. Bu üç etki kullanılarak kişiler tarafından tutum oluşturulur. bireylerin tutumları sosyal normlara ve kültürel değerlere yansır. “Ortak Öğrenme” ile edindiğimiz tutumlar ve özellikle kalıplaşmış olan sosyal normlar aracılığıyla çeşitli objeler hakkında özet bilgiye sahip olarak tepkimizi önceden ayarlayabiliriz. Bu bağlamda örf ve adetler de sosyal kontrol mekanizmaları olarak işler, tutum alışların bir başka göstergesi olarak algılanır²⁵.

Emredici teorilerin temel sorunu, bu teorilerin, kendisinin ‘kabul edilmiş davranış standardı’ diye tanımladığı kural anlayışına sahip olmamalarında yatar. Herkesin farkında olduğu bir kuralın varlığı halinde –ki konumuz açısından bu bir hukuk kuralıdır- resmi organların hukuka uygun davranmaları için yurttaşları sürekli izlemesine gerek yoktur. Çünkü, kuralı bir değer olarak kabul ettikleri sürece yurttaşlar ona uyacaklardır. Aynı zamanda insanlar kuralı, -başkalarının davranışlarını olduğu gibi- kendi davranışlarını yargılamakta da kullanırlar²⁶. Değerleri ise, kendilerine veya başkalarına ait hukuka uygun olmayan herhangi bir davranış için eleştiriye temel olarak ve bu eleştiriye doğrulamak için kullanırlar.

ZORLAMA OLARAK HUKUK -DIŞSAL	KURALLAR OLARAK HUKUK -DIŞSAL/ İÇSEL	DEĞER OLARAK HUKUK -İÇSEL
------------------------------------	--	---------------------------------

YAPTIRIMLAR -GÜÇ	ETKİNLİK- BENİMSEME	AHLÂKÎ YÜKÜMLÜLÜK -BENİMSEME
---------------------	------------------------	------------------------------------

²⁴ Şerif, 1985.

²⁵ Işıқтаç, 1992.

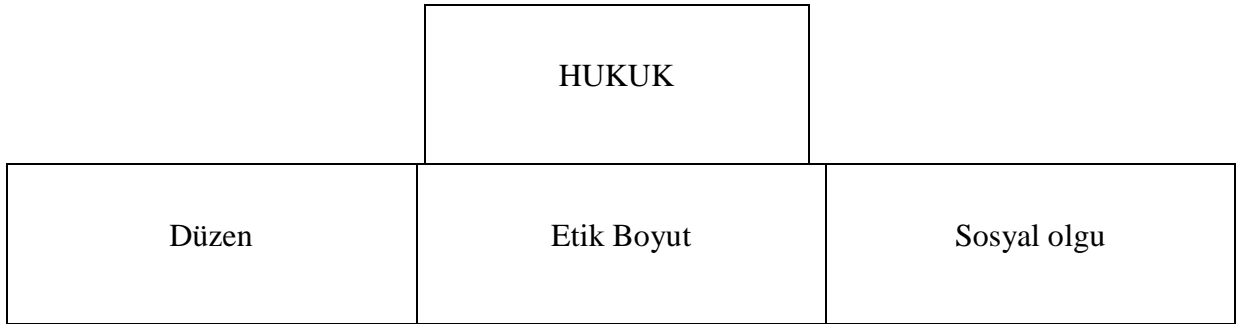
²⁶ Özbilgen, 1976.

2. HUKUKUN FONKSİYONLARININ HUKUK SOSYOLOJİSİYLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

2.1. Genel Olarak

Hukukun tanımını vermek aynı zamanda ve doğal olarak hukukun ne olduğunu söylemek anlamına gelecektir. Tarih boyunca pek çok teori, hukukun ne olduğuna cevap aramıştır. Bütün bu teorik çalışmalar genel olarak iki başlık altında toplanabilir. Bu teorik çalışmalardan ilki **“hukukun kesinliği, toplumsal barış ve düzen kavramları”** üzerinde yoğunlaşırken, ikinci grup **“hukukun amacını bazı toplumsal çıkarların ya da değerlerin gerçekleştirilmesi”** olarak görmektedir. Birinci tip yaklaşıma **“biçimsel hukuk teorileri”**; ikinci tip teorilere ise **“amaçsal ya da işlevsel hukuk teorileri”** adı verilmektedir. Biçimsel hukuk yaklaşımı hukuksal açıdan **“olması gereken”** ile pratik anlamda **“olan”** hukuk arasındaki boşluğun araştırılması ve daraltıcı bir tanımlamayla **“yaptırımla desteklenmiş bir emir olma”** ile hukuku sınırlayan Austinci hukuk anlayışları çerçevesinde ele alınmaktadır. Amaçsal yaklaşımsa, hukuku salt olması gereken anlamında ya da sosyal yaşamın bir işlevi olarak ele alıp, pratik anlamda hukukun gördüğü işlevleri ihmal edebilmektedir²⁷. Sonuçta her iki yaklaşım da çok dar bir hukuk anlayışı üzerinde konumlandıklarından, yetersiz kalmaktadırlar²⁸. Yukarıda da değinildiği gibi hukukun ne olduğu ve nasıl olması gerektiği sorularına henüz doyurucu bir yanıt bulunamamıştır. Hukuk, belirli tarihsel dönemlerde toplumsal kültürlerin ürünü olarak gelişmekte ve tarihi süreç içindeki kültürel gelişmeye paralel olarak hukuk ve hukuk üzerindeki düşünceler de yeni gereksinimlere yanıt bulmak için değişerek gelişmektedir. Hukukun niteliğini açıklamaya yönelik olarak bugüne değin ileri sürülen görüşler, hukuk kavramını çoğu kez sadece tek bir yönden belirlemeye çalışırken, bu teorilerinin tümünün birlikte, aradan geçen uzun tarihi süreç içinde hukuk kavramına duraksamadan çağdaş bir içerik kazandırmaya yöneldikleri görülür. Hukukçunun görevi, hukukun fiilen ne yaptığını, hukukun toplumsal yaşam üzerindeki etkisini ve sonuç olarak da bunların bir sentezini oluşturan toplumsal amacını göstermektir.

Bu anlamda hukukun kavranması için onun fonksiyonlarından yola çıkmak gerekir. hukukun fonksiyonlarını üçe ayırarak inceleyebiliriz:



2.2. Hukukun Düzen Fonksiyonu Açısından Ele Alınması

Hukuk dışarıdan daha çok toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik bir zorlama olarak algılanmaktadır. Hukukun bu zorlayıcılığı ona uyulmaması halinde kendisini gösterir. Hukukun sağladığı, “düzen fonksiyonunun bir ifadesi olan bu sonuç, aynı zamanda diğer sosyal normların

²⁷ Işıқтаç, 1999.

²⁸ Feeley, 1976.

gerçekleşmesi için bir alt platform oluşturmaktadır. Bu da hukukun asıl öneminin belirlediği noktadır²⁹. Düzen fonksiyonu zorlayıcılık ve biçimcilikle belirginleşir.

2.2.1. Zorlayıcılık

Hukukun zorlayıcılık karakteri ortaya konulduğunda, önemli bir tartışma odağı olan bu zorlayıcılığın temel dayanağının ne olduğu tartışmasına girmek gerekmektedir. Bu tartışmanın bir ucu iktidar ve egemenlik kavramına, diğer ucu ise dokunulmaz haklar alanına dayanır. Tartışma teorik düzeyde olsa bile, hukukun asıl amacı, toplumsal düzenin sağlanmasının garanti edilmesinden bir sapma olmamalıdır. Hukukun zorlayıcılığı, geleceğe yönelik bir perspektif olarak modern demokratik toplumda bir uzlaşma yani “toplum sözleşmesi” kavramına dayandırılmaktadır. Zorlama ile karşılaşan, kendisinin de dahil olduğu sözleşmeye uymayan kişi olacaktır. Yasa koyucunun hukuku zorla yerine getirebilme erki olan zorlayıcılık yani hukuk adına yaptırım uygulayabilme aslında adalet değerinden gelmektedir³⁰. Zorlayıcılık, devletin yetkili organlarınca uygulanacaktır. Hukukun diğer davranış kurallarından ayrılabilmesinin önemli bir kriteri olan bu zorlayıcılık, dış dünyada maddi olarak gerçekleşme olanağına sahiptir. Hukuk alanındaki zorlayıcılıktan doğan yaptırımlar, doğrudan doğruya dış dünyada uygulanma alanı bulmaktadır.

2.2.2. Biçimcilik

Hukuk, bireylerin davranışlarını ayrı ayrı değil, daha çok dış görünüşleri ve biçimleri bakımından düzenler. Yapılan bu düzenleme ile de bir biçim kazanır ve biçimle aktüalize olur. Hukukta asıl olan açıklık ve biçimciliktir. Çünkü, bireyin özgürlüklerinin sınırları alanında düzenlemeler yapan hukuk ister istemez bu alanda bazı zorlamalar ortaya koyar. Toplumsal düzenin sağlanması amacıyla yönelmiş olan hukukun, bireyin neleri yapmaması ve neleri yapması gerektiğine ilişkin önerileri içeriyor olması, sınırlarının açıklığının en temel gerekçesidir. Böylece de hukukta belirginlik, bireyin özgürce davranacağı alanın sınırlarının ne olduğunu göstermesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Hukukta formalizm, bir açıdan yazılı biçimde açıkça ortaya konulma, diğer açıdan ise yetkili organın belirlenmesi anlamına gelmektedir. Formalizmle aynı zamanda düzenin kurulması, hukuksal uygulamada kararlılık ve adaletle yakından ilgili bulunan hukuk güvenliği gerçekleştirilecektir³¹. Hukukta formalizm, bir zorunluluk olarak görülmekle birlikte aşırılıktan kaçınılması da gerekir. hukukta formalizm bir başka açıdan da yürürlük biçiminde görülür. Hukukun yürürlüğü ise iki şekilde kendini göstermektedir:

- Usulüne uygun çıkarılmış yasalardan söz edildiğinde biçimsel yürürlük,
- Biçimsel yürürlük kazanmış bir normun toplum tarafından benimsenerek yerine getirilmesinden fiili yürürlük anlaşılır. Fiili yürürlük aynı zamanda sosyolojik yürürlük anlamını da taşır. Çünkü burada psikolojik bir onama söz konusudur. Yürürlük, hukukun kavramsal bir işaretidir ve hukukun yürürlüğü kavramı bizzat hukuk kavramı ile sıkı bir ilişkide bulunur; yürürlüğün araştırılması aynı zamanda hukukun araştırılması anlamındadır³².

Daha ilerde dördüncü bölümde ele alınacağı gibi hukukun düzen fonksiyonu açısından irdelenişi daha çok dogmatik hukuk bilimi alanında olsa bile “hukukun görünüşleri” olarak normatif yapı ve onlara yüklenen anlam açısından sosyolojik değerlendirmelere konu olabilir.

²⁹ Işıқтаç, 1992.

³⁰ Aral, 2001.

³¹ Işıқтаç, 1992.

³² Aral, 2001.

2.3. Hukukun Adalet Fonksiyonu Açısından Ele Alınması

Hukukun idesi olarak adalet, adaletin işlevi ve içeriğinin doldurulması, hukuk-ahlak ilişkisi hukukun en tartışmalı alanlarıdır. Hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin temeli adaletinde aslında iyi bir şey olmasından kaynaklanmaktadır. Değer olarak adaletin içeriğinin doldurulması ya da adaletle uygun bir tanım vererek bununla hukuk arasındaki bağlantının net bir biçimde gösterilmesi bir çok zorluğu beraberinde getirmektedir³³. Ahlak, her zaman ve her toplumda kendisini hissettiren bir norm biçimi olarak görülür. İyi-kötü karşıtlığı, daha çocukluğumuzdan itibaren bizi bağlar, bizde görev, sorumluluk, pişmanlık gibi duygular halinde içten bir oluşuma da sahiptir. Ahlakla hukuk arasındaki ayırım batı düşüncesine Roma hukukundan gelmektedir. Roma hukukunda “honeste vivere” (dürüst yaşa) ahlaki bir durumu açıkladığı halde “neminem leadere” (başkasına zarar verme) hukuksal bir yükümlülük ortaya koyar. Konu ve içerik bakımından sıkı bir ilişki içinde bulunan hukuk ve ahlak, öncelikle insan ve insan davranışına yönelmiş olma açısından aynı düzlemde bulunmaktadır. Ahlakın özü, temelde niyet ahlakı olmakla birlikte bu niyetin davranış biçimine, somuta yansımaları ahlak açısından istenen bir şeydir. Toplumsal yaşamda sonuç doğurabilecek bu tür ahlaki seçimler, toplumsal düzeni koruma çabasında olan hukuk için de büyük katkılar sağlayacaktır. Niteliği gereği hukuk bireylerin birbirleriyle ilişkilerinde tipik olan davranışlarını düzenler. Buna karşılık bireylerin özelliklerinden doğan değişik görünüşleri ve “somut vicdani kararlarıyla belirlenecek olan davranış biçimleri”ni, soyut-genel, kavrama dayalı normları kapsamına almaz. Böylece hukuk, özgürce eylemde bulunacakları bir alanı olanaklı kılar ve koruması altına alır. Bu alanlarda bireyler ahlaka uygun kararları oluşturup gerçekleştirme olanağına kavuşurlar. Hukukun, ahlakın gerçekleşmesine katkısı buradadır. Ahlak da aynı zamanda hukuka uygun davranışa destek olur. Hukukun amacı olan adalet ve barış içinde düzenli bir yaşam, ahlaksal bir durumun ifadesidir. Ancak bu pozitif hukukun her bir normunun teker teker ahlak tarafından onanması anlamına gelmez³⁴. Bu ikili ilişkide örneğin Rawls, adaletin önceliği iddiasındadır. Adalet, kendi çıkarına uyma eğilimindeki rasyonel bireyin bir “ilk eşitlik pozisyonu”na razı olmasıdır. Böylece toplumsal işbirliği türleri e yönetim biçimleri belirlenebilir³⁵.

2.4. Hukukun Sosyal Olgu Fonksiyonu Açısından Ele Alınması

Hukuk ancak bir toplumsal yaşam içinde düşünülebilir. Hukuk toplumsal gerçeklikle bağlıdır ve toplum içinde fonksiyonunu görebilmek için, onun gereksinimlerini karşılamak, onun koşullarına uymak zorundadır. Bu hukukun pratik amacıdır.

Hukukun asıl amacı güvenlik ve denge içinde olan toplumsal bir düzeni sağlamaktır. Bu ideal olanıdır. Ancak daha ileride göreceğimiz gibi, hukuk bir biçimde siyasi iktidarın zorlama aracı olarak ortaya çıktığında, bir yandan bireyleri var olan düzene uymaya zorlarken diğer yandan da bu zorlamaya rağmen uyulmaması durumlarında kendisi için yeni olanaklar yaratmaya çalışır. Yani hem zorlar hem de zorlanır. Bu gerilim, bir yandan genel sosyolojinin ilgisinin hukuk sosyolojisine kaymasını sağlarken, diğer yandan hukuka olan ilgi ile hukuk sosyolojisini ortaya çıkartmıştır. Hukuk sosyolojisinin tipik inceleme alanı sosyal olgu olarak hukuktur. Bu anlamıyla toplumsal yaşam içinde davranışta bulunan bireyin davranışı, normatif bir emirle belirli biçimler olarak tanımlanmıştır. Hukukun emrettiği davranış aynı zamanda bir “iyi davranış imine” yani

³³ Işıқтаç, 1999.

³⁴ Hukukun uygulama alanının genişliği dolayısıyla, sırf düzen fonksiyonunun gerçekleşmesine hizmet etmekte olan bazı normlar (örneğin trafik kuralları, usul hukukuyla ilgili normlarda olduğu gibi) ahlak alanı dışında kalır. Hukuka uygun davranışla ilgili ahlaksal yükümlülük, tek tek hukuk normuna uyulmasını değil, tersine toplum için ve bireyin hayatı için düzenleyici fonksiyonda ahlaki bir değer taşıdığından bütün olarak pozitif hukuka uyulmasını öngörmektedir.

³⁵ Rawls, 1971.

adalete dayalı olduğu iddiasındadır. Bu, hukukun içselleştirilme süreçlerini merkeze çeker. Aslında burada normatif öngörme ile gerçeklik arasındaki fark, hukuk sosyolojisinin temel metodolojik sorunudur. Çünkü hukukun genel yaklaşımı çerçevesinde normatif oluşu ile gerçeklik alanı arasındaki fark büyük güçlükler doğurmaktadır. Olan-olması gereken ayrımında hukukun sosyal olgu olarak algılandığı alan “olan” alanı yani gerçeklik alanıdır ve asıl sosyolojik araştırma bu alan içinde varlık bulur.

2.5. Geçerlilik, Etkinlik ve Adalete Uygunluk

Şu soruların cevaplandırılması hukukun fonksiyonlarının kavranması açısından önemlidir:

- Hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey geçerli midir?
- Hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey etkin midir?
- Hukuk olarak nitelendirdiğimiz şey bir değeri gerçekleştirmekte midir?

İlk soru, doğrudan hukukun düzen fonksiyonu ve formal yanı ile ilişkilidir. Yanıt daha çok ilgili hukuk düzeninin kendisi ile bağlantılı olarak ortaya koymuş olduğu temel yasalar çerçevesinde verilebilir³⁶.

İkinci soru, geçerlilik açısından tartışma konusu yapılmayan bir uygulamanın gerçekten bir uygulama olarak iş görüp göremediği sorusudur. Bu, hukukun toplumsal yarar fonksiyonu ile daha yakından ilişkilendirilebilecek bir alandır ve cevabını daha çok etkin ya da neden etkin değil biçiminde, “olan” alanına ilişkin yani hukuk sosyolojisi teknikleriyle cevaplandırma şansına sahip olduğunu görmekteyiz.

Üçüncü soru ise hukukun, belirli bir değer, bir program gerçekleşmesi olarak gerçekten “iyi” bir uygulama olup olmadığı açısından değerlendirilmesidir. Normun adalete uygunluk sorunu, o normun belli bir hukuk düzeninin esinlendiği son değerlere veya amaçlara yanıt verip vermediği sorusudur.

Geçmişteki pek çok düşünürün “hukuk nedir?” sorusuna kesin bir yanıt vermek isteyen çabaları, ilgilerini yukarıdaki konulardan sadece biriyle sınırlamalarıyla sonuçlanmıştır. Hukukun bu çok boyutluluğu, hukukun diğer toplumsal olgularla çeşitli şekillerde ilişkili, karmaşık bir toplumsal olgu olduğu gerçeğinin de sonucudur. Bu, tekil bir takım açıklamalarla hukuk nedir sorusuna etkin bir yanıt bulmayı zorlaştırmaktadır.

Jeremy Bentham, John Austin ve Hans Kelsen tarafından benimsenen, hukuku temel olarak güç, zorlama ve yaptırım çerçevesinde açıklamaya çalışan yaklaşımlar, hukukun büyük oranda bazı davranışları zorunlu hale getirdiğine ilişkin esaslı bir gerçeği içermektedir³⁷. Bu, yasaların, toplumdaki insan etkinliklerinin organizasyonu içerisinde sahip olabilecekleri seçeneklerin ve olanakların kapsamının sınırlandığı anlamına gelmektedir. Hukuk alanının, özellikle ceza hukukunun, yaptırımlarla desteklendiği, birçok gelişmiş hukuk sisteminde resmi görevlilerin hukuka uygunsuzluğu tespit ettikleri her durumda bu yaptırımları uygulamaya çalıştıkları da doğrudur. Ancak ne yazık ki bu yaklaşım çok önemli bir noktayı gözden kaçırmaktadır. Bu da, pek çok toplumda yurttaşların hukuka, yaptırım korkusuyla değil, hukuk koyucunun otoritesine ve meşruiyetine olan saygılarından kaynaklanan yükümlülük duygusu ile uydukları gerçeğidir³⁸. Bireylerin, belli bir hukuk kuralının gereklerini beğenmedikleri halde yerine getirmeleri bununla açıklanabilir. Hart, kuvvet kullanmayı, hukukun özü olarak gösteren emredici teorilerin, insanları korku duygusuyla bir şey yapmaya zorlayan hukukun dışsal unsuruna, yani madalyonun sadece bir

³⁶ Işıқтаç, 1999.

³⁷ Güriz, 1985.

³⁸ Işıқтаç, 1999.

yüzüne baktıklarını ileri sürer. Bu ancak ‘kötü adamın’ hukuk görüşü olabilir ve Hart bunun, ortaya dengeli bir tablo çıkarmadığını söyler³⁹. Sadece egemenin buyruklarına ve resmi görevlilerin yaptırımlarına odaklanarak emredici teoriler, hukuku karakterize eden içsel unsuru gözden kaçırmaktadırlar. Hart’ın ‘içsel bakış açısı’ dediği bu şey, insanların hukuka itaat etmeleri için yükümlülük duygusunu hissetmeleridir. Bu da hukukun içsel ve dışsal algılanışını ortaya koyar.

3. SOSYAL YAPI OLARAK HUKUK

3.1. Genel Olarak

Ubi societas, ibi jus.

Kökene dilin incelenmesine dayanan yapısalcılığın toplum bilime önemli katkıları olmuştur. Farklı yapı kavramları olmakla birlikte;

- Bir yapının, öğelerinin basit bir toplamı olmadığı,
- Yapısal dönüşüm fikri (yapıların statik değil dinamik oluşu),
- Yapının içsel bütünlüğü (yapının anlamı, içsel yasaları ve kurallarıyla ilişkisi özgündür),

konusunda genel bir uzlaşım⁴⁰ söz konusudur. Yapısalcılığın farklılaştığı nokta, nesnel toplumsal olgular ile toplumu nesnel, problematik olmayan dışsal veriler şeklinde gören anlayışın reddedilmesidir. Sosyal olan da çeşitli açılardan yapı olarak görülebilir.

Sosyal yapı,

- Sosyal olgunun bütünlük içinde incelenmesi,
- Sosyal bağların objektif tanımlanışı açısından kullanılabilir.

İlk kullanıma ilişkin Parsons ve Merton’un yaklaşımlarını örnek verebiliriz. Her iki düşünür de sosyal yapıdan “sosyal sistem”i anlamaktadırlar.

İkincisi ise Durkheim metodolojisinde normal ve patolojik tanımlamasında kullanılmıştır.

Toplum halinde yaşayan insanlar, sosyal ve ekonomik problemlerinin çözümünde, ister ilkel toplumlardaki gibi sadece gelenek ve göreneğe, isterse de modern bir toplumda olduğu gibi gelenek ve görenek yanında yazılı hukuk kurallarına dayansın bir sosyal organizasyona gereksinim duyar. Buradan bir açılım yapabilmek için sosyal organizasyonun bir tanımını vermek gerekir. Toplumsal organizasyon “toplumsal ilişkiler ve işlevlerin kurumlaşmış düzeni”dir. Gelenek, görenek, örf ve adet, sosyal alışkanlıklar, kanunlar, aile tipleri, akrabalık grupları, yaşlılar grubu, toplumsal sınıflarla, politik, sosyal, ekonomik ve dinsel kurumların, sosyal organizasyonun içeriğini oluşturduğu belirtilmektedir. Sosyal organizasyon aynı zamanda; “bir toplumsal kümenin üyeleri ya da bir toplumun kümeleri arasındaki belli görev ve yükümlülükleri yerine getiren ilişkiler düzenidir”.

Hukuk, toplumsal bir ürün ve sosyal bir organizasyondur. Bireyleri, istemi doğrultusunda davranmaya zorlar; böylece davranışları düzenleyici etken konumundadır. Bu açıdan ele

³⁹ Hart, 1961.

⁴⁰ Yapısalcılığın gelişmesinde iki yaklaşım ortaya çıkar. İlki, eş zaman ve art zaman ayırımından yola çıkar. Diğeri tarihsel yaklaşımdır. Daha sonra bu yaklaşım özellikle Althusser’de Marksist yapısalcılık biçimini almıştır. Bu arada özellikle Giddens’in yapısalcılık anlayışı üzerinde de durmak gerekir. Toplumsal sistemlerin özellikleri olarak düzenlenmiş “kurallar ve kaynaklar” ya da “dönüştürücü ilkler” dizinini, Giddens yapı olarak tanımlamaktadır. Böylece yapısalcılık fonksiyonalizmle ilişkilendirilmektedir.

alındığında sosyolojik olarak “hukuksal” olanın belirlenmesi kolay görülmektedir. Yasa, hüküm ya da idari işlemin hukuksal nitelikte olduğu açıktır. Ancak salt bu alanla sınırlı kalan bir hukuk sosyolojisi “dar anlamda hukuk sosyolojisi” olarak adlandırılır. Bugün için hukuk sosyolojisinin “geniş anlamda hukuk sosyolojisi”ne dönüşmüş olduğunu görüyoruz. Açık ya da örtülü hukuksal alanla bağlantısı bulunan pek çok alan hukuk sosyolojisi içine taşınmaktadır. Mülkiyet, sorumluluk, aile, yabancılaşma ve yeni sözleşme tipleri vb. alanlar da artık doğrudan hukuk sosyologlarınca incelenebilmektedir.

Başlangıçta sosyolojik çalışmalar büyük ölçüde hukuku, yasalar ve mevzuatla özdeş saymışlardır. Bu yaklaşımın ilk göstergesi ilkel toplumlarla uygar toplumlar arasındaki farklılığın, hukuklarının yazılı olmaması kriteriyle ölçülmesidir. Oysa hukuk sosyolojisi salt bu göstergeden hareket etmez⁴¹.

a- Bir düzen olarak hukuk yani siyasal sistemin norm çerçevesi, toplumsal gereksinimlerin cevaplandırılması,

b- Toplumsal çatışmaların çözümlenmesi olarak hukuk ve hukukun içselleştirilmesi süreçleri,

c- Uygulama olarak hukuk, yargılama ve infaz uygulamaları da geniş anlamda hukuk alanı içinde yer alırlar ve hukuk sosyolojisinin ilgisini hak ederler.

Böylece modern anlamda hukuk sosyolojisinin alanının giderek genişlediğini görüyoruz. Geniş anlamda sosyoloji hukukun bir yapı olarak ele alınıp hem ortaya çıkış süreçlerini hem de ürünlerini değerlendirmeyi olanaklı kılar. Ancak yapı kavramına verilen önem, bugün daha çok değişim olarak anlaşılan sosyal olgunun reddi anlamına gelmeyip, bilakis değişimi açıklamak için de sosyal yapının kullanılabilir olduğunu göstermektedir⁴².

Toplumsal yaşamın varlığını koruyabilmesinin “olmazsa olmaz” koşulu, insanlar arası ilişkilerin bir düzene bağlanmasıdır. Güçlü olanın güçsüzü öldürüp, elindekileri zorla almadığı ve en azından “güvenlik” sağlayacak bir düzene duyulan gereksinim, hukuk tarihi içinde geliştirilmiş olan “sosyal sözleşme” kuramlarının da ana konusunu oluşturmaktadır⁴³.

Daha önce değinmiş olduğumuz hukukun fonksiyonları açısından bu konu ele alındığında, hukukun öncelikle bir düzen olarak görülmesi onun tipik yapısal özelliği olarak algılanır. Aslında toplumsal yapıda “yöneten-yönetilen” ayrımı da bu yapısal özelliğin göstergesidir. Yönetimin biçiminin değişiyor olması toplumsal düzen arayışını değiştirmez⁴⁴. İnsanlık için kaos-düzen karşıtlığından birisini seçmek her zaman öngörülmüş bir düzeni kurmak anlamını taşıyacaktı. Toplumsal yaşamın sürekliliğinin sağlanması hukukun temel sorunu olan “güvenlik”in sağlanmasına bağlıdır. Bu, hukuku, bir yandan “zor kullanabilme” yani etkinlik açısından irdelemeye diğer yandan da “içselleştirilmiş” rıza ile bağlı olma arasında değişen bir noktaya taşır. Aslında güç ve etkinlik arasındaki ilişki açısından yapılacak çok basit bir değerlendirme, birisinin tercih edilmesinin olanaksızlığını da bize gösterecektir. Güç kullanarak etkinliğin sağlanabilmesi, güçle ilgili bir sınır sorunu yaratır. Şöyle ki etkinlik-güç ilişkisinde etkinliği sağlayanların denetlenmesi ya da denetleyenlerin denetlenmesi gibi bir kısır döngüdür. Hiç güç kullanmadan etkinliğin sağlanması ise, herkesin herkese hakkını verdiği insan modeline ulaşmış olmayı gerektirir. Bu ise insanın karışık duygularla dolu psikolojik dünyasına uymaz. Demek ki başarılı bir hukuksal düzenin garantisini güçle sağlanan bir etkinlikten çok içselleştirilmiş bir hukuk düzenine bağlı olarak kurmak gerekir. Bu da hukukun etik boyutunun yani adaletin, daha başka bir deyişle adaletli bir düzenin sağlanması ile olanaklı olabileceğini göstermektedir⁴⁵.

⁴¹ Can, 2002.

⁴² Özbilgen, 1976.

⁴³ Can, 2002.

⁴⁴ Ülken, 1943.

⁴⁵ Özbilgen, 1976.

Hukukun sosyoloji ile ilişkilendirilebileceği “toplumsal yarar” fonksiyonu açısından da hukukun bir yapı yani düzen olarak görülmesi mümkündür. Hukuk, toplumsal yaşamda insanlararası ilişkileri düzenlemesi için vardır. Hukuk toplumsal gerçeklikle bağlıdır ve toplum içinde fonksiyonunu görebilmek için, onun gereksinimlerini karşılamak, onun koşullarına uymak zorundadır. Hukuk, toplumsal yarar fonksiyonunun toplumsal yaşamda ortaya çıkan gereksinimleri karşılamak için de kullanılacaktır. Bu anlamıyla hukuk toplumsal yaşamda şu gereksinimleri karşılamaktadır:

- Hukuk, insanın özelliklerinin toplumsal sonuçlarını dikkate alır.
- Hukuk, iktisadi yaşamın özelliklerine uyar.
- Hukuk, toplumsal geleneklerle belli bir uyum kurar.

3.2. Hukuk, İnsanın Özelliklerinin Toplumsal Sonuçlarını Dikkate Alır.

Toplumsal yaşam içinde hukukun rolünü anlayabilmek için, hem hukuk yapıcı olarak hem de hukuka uyma davranışının taşıyıcısı olarak insanın ona yüklediği anlam büyük önem taşımaktadır. Toplumsal düzenin sürdürülebilmesi büyük oranda bireyin var olan düzene uyma davranışı göstermesine bağlıdır. Burada uyma ve düzen kavramlarının öncelik-sonralık ilişkisi üzerinde çok fazla durmak istemiyorum. Çünkü burada sorunun hukuk sosyolojisi alanından giderek antropolojiye kaydığı anlaşılmaktadır. Toplumsal düzen ve insan davranışı arasındaki ilişki farklı biçimlerde ele alınabilir. Bu teorik tartışmalara da sadece değinmekle yetineceğiz. Özellikle psikolojik kökenli açıklamalar, bilişsel kaynaklı yaklaşımlar ve davranışçı yaklaşımlar konuyu irdeler. Biz Weberci davranışçı yaklaşımı çalışmanın temel dayanağı yapacağız. Genetik davranış kodları ve bilinçaltı süreçler, davranış kalıplarını etkilemekle birlikte öğrenme ve sosyalleşme ile kazanılmış davranışın belirleyiciliği de bu çalışmada bir ön kabul olarak alınmıştır.

Burada ortaya çıkan bazı metodolojik sorunlara da değinmek gerekir. Örneğin, ilk sosyal normun ortaya çıkışı ya da sosyal normsuz ortama ilişkin belirsizlik de bazı varsayımların kabulü ile konuya başlamayı kaçınılmaz kılıyor. Aynı şekilde özellikle gelenek, görenek gibi benzer davranış izleme ile ortaya çıkan norm kategorilerinin ya da bireysel alışkanlıkların ne zaman benimsenerek sosyal bir norma dönüştüğünün tarihlenmesi de olanaklı görülmemektedir. Bu nedenle sosyal normların ortaya çıkma ve birbirlerine dönüşme olanaklarının anlaşılması daha çok kurgusal kabuller üzerinde yürüyebilmektedir. Bu konu özel olarak hukuk sosyolojisi açısından önem taşımaktadır. Toplumsal yaşamı düzenleyen norm kategorilerinin birbirlerinden ayrıştırılması kadar ortaklaşa alanı oluşturan noktaların belirlenmesi de bir zorunluluktur. Burada sağlam bir zemin olarak tekil insanın sosyalleşme süreci ya da kendi davranışlarının izlenmesi aracılığıyla bir benzeşim kurarak sorunu aşma davranışçı yaklaşımın benimsediği yoldur ve konunun açıklanmasına olanak sağlayabilir.

Davranış, ister dışa vurulmuş, isterse içsel bir fiil, ister suskun kalma veya göz yumma olsun davranışta bulunan kişi ya da kişilerin sübjektif bir anlam vererek sergilediği insan eylemi olarak tanımlanabilir⁴⁶. Hukuksal davranışın da bir bölümünü oluşturduğu “toplumsal davranış” ise davranışta bulunan kişi ya da kişilerce gözetilen sübjektif anlam çerçevesinde, başka insanlara yönelen davranış tarzıdır⁴⁷. Her davranış toplumsal değildir. Örneğin, içsel tutumlar ancak başkalarının davranışlarına yönelmiş olmaları durumunda toplumsal davranış olurlar. Aynı şekilde her insanlar arası ilişki de toplumsal nitelik taşımaz. Sadece başkalarının tutum ve davranışlarına yönelen anlamlı tutum ve davranışlar toplumsal bir niteliğe sahiptir. Bisikletli iki kişinin birbiriyle çarpışması doğa olayı gibidir. Ancak çarpmamak için diğer sürücüyle yol verme, olay sonrası

⁴⁶ Weber, 2002.

⁴⁷ Weber, 1967.

gösterilen tepkiler, kavga ya da dostça çözümleme birer toplumsal davranıştır. Bu örneklerin de göstereceği gibi, toplumsal davranış tipikleştirilebilir.

Toplumsal davranış şu özellikleri gösterir:

- Toplumsal davranış ne çok sayıda insan tarafından sergilenen benzer davranışların ve ne de başkalarının davranışlarının etkisi altında sergilenen davranışların aynısıdır⁴⁸.
- Toplumsal davranış sadece kitle olgusunun etkisiyle ve tepkisel saikle sergilenen ve kitle ile arasında anlam bağlantısı olmayan davranış da değildir.
- Bir başkasının davranışının taklidi sadece tepkiden ibaret ise ve başkasının davranışına yönelik yapılmamışsa “toplumsal davranış” olmaz⁴⁹.

Bu şekilde karakterize edilen toplumsal davranış;

- amaçsal davranış,
- değersel davranış,
- duyusal davranış,
- geleneksel davranış türlerine ayrılabilir.

Ancak insanın kendi çıkarlarına uygun olana göre davranacağı ön kabulü yani Benthamcı anlamda haz-acı çatışkısında hazzıya yönelip acıdan kaçınacağı kabulü, bugün modern dünyanın açılımlarında temel sosyolojik yaklaşım olarak kabul görmektedir ve batı tipi insanın açık anlatımı olarak da ele alınabilir. O yüzden yukarıda ayrımını gösterdiğimiz davranışsal amaçların görüntüde bir ayrım olduğu kadar birbirleriyle olan geçişimli ilişkisine de dikkat etmek gerekir.

Toplumsal davranışların belirli bir düzende ortaya çıkışı sosyolojinin konu alanını oluşturuyordu. Bunun anlamı, bir yandan aynı kişi tarafından tekrarlanma diğer taraftan da aynı davranışın yaygınlaşması ve davranışların dönüşümü ile sosyolojinin ilgileneceğidir.

İnsanların belli davranış biçimlerine “olması gereken” düşüncesini de ekleyerek uymalarının nedeninin ne olduğu sorusu çoğu bilim adamı tarafından sorulmuş ve çeşitli cevaplar verilmiştir. Bu sorunun cevaplandırılmasıyla hukukun uygulama alanı ortaya çıkacaktır. Sosyal yaşamda insanların ve grupların tavır ve davranışları bazı kurallara ve otoriteyi belirten standartlara göre örgütlenmiştir. Bu standartlar “sosyal norm” ismini alır. Toplumsal yaşama düzeninin korunması için sosyal yaşamı düzenleyen ve farklı kategoriler içinde yer alan sosyal normlara aykırılık, farklı nitelikler gösteren yaptırımlara bağlanmıştır. Bu mekanizmalar “sosyal kontrol” mekanizmalarıdır.

Soruna sosyo-psikolojik açıdan yaklaşıldığında, kişisel farklılıklardan çok, benzer davranışların nedenleri üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu nedenlerin temelinde ise “sosyal etki” olayı yatmaktadır⁵⁰. “Sosyal etki” sonucu ortaya çıkan “gruba uyma davranışı” kişilerin benzerliğini ve dolayısıyla davranış düzenliliğini yaratır. Toplum içindeki eylemlerin eski çağlara gidildikçe düzenli ve alışılmış olana yöneldiğini söyleyen Weber, alışılmış olandan sapmanın, ruhsal bakımdan ortalama insan için, organik bozukluklar kadar rahatsızlık verici olduğunu ve muhtemelen bu nedenle, alışılmış olanın sürekliliğinin bu biçimde güvence altına alındığını söylemektedir. İnsan davranışlarının alışılmış şekillerinin ne zaman bağlayıcılık niteliği kazandığı,

⁴⁸ Örneğin, yağmurun başlamasıyla bir çok kişinin şemsiyesini açması ya da kitle içinde etki altında kalınan davranış gibi.

⁴⁹ Bir insanın başkasından görüp beğendiği ve kendisine uygun bulduğu bir tavrı aynen sergilemesi bizim anladığımız anlamda toplumsal davranış değildir. Zira bu davranış bir başkasının davranışına karşı yapılmış bir başkasının davranışına yönelmemiştir, aksine davranış sahibi gözlem yoluyla yeni bir fırsat görmüş ve ona yönelmiştir.

⁵⁰ Işıқтаç, 1992.

etnografik araştırmaların yetersizliği nedeniyle açık ve kesin olarak belli değildir. Buna karşılık insanların eskiden beri belli eylem şekillerine karşı kuvvete dayanan tepkiler gsterdiği bilinmektedir. Fakat bu tepkiler için belli bir “kural”ı bağlayıcı saydığı için değil, alışılmış olana aykırı eylemler onu psikolojik aıdan rahatsız ettiği için, eylemlerini belli dzenliliklere bağlı tutmaktadır. Yeniliklere karşı duyulan kuşkular, belli eylem şekillerinin bağlayıcı bir nitelik kazanmasını sağlamaktadır.

Bu psikolojik eğilime rağmen bazı yeniliklerin ortaya çıkışı “Weber” tarafından “dış yaşam koşullarının değişmesi” gerekçesine bağlanmıştır. Toplumsal yaşamın belirli dzenlilikler içinde sürmesi, bireyin dzen içinde yaşantısını sürdürebilmesi ve bir davranış standardı beklemesini sağlar. Böyle bir ortam sosyal etkileşimin genellikle çatışmasız ve uyum içinde sürmesi sonucunu doğurur. İnsanların benzer davranışlarının çoğunun, erken yaşlarda başlayan ve yaşamları boyunca devam eden “ortak öğrenme”nin bir sonucu olarak ortaya çıktığı da söylenebilir⁵¹.

Weberci anlamda davranışlar arası bir derecelendirme olanağı da vardır. şöyle ki; adet, toplumsal bir davranışın belli bir tarzda dzenlilik gsterme ihtimalinin bulunmasıdır. Somut tekrarın eski bir

⁵¹ Birey üzerindeki sosyal etkilerin yoğunluğu ve toplumca yaratılmış “toplumsal yaşama kurallarına” uymaya ilişkin örnek oluşturabilecek nitelikte üç ayrı deneyin verilerini kısaca gstermek istiyoruz. Böylece uyma davranışının kökenlerinin aydınlatılması mümkün olacaktır.

İlki, grup normunun oluşturulması deneyi olarak da adlandırılan M. Sherif’in deneyi;

Yapay olarak yaratılmış belirsiz bir fiziksel ortamda fiziksel gerçekliğin yerini sosyal gerçekliğin alıp almayacağı konusu üzerine yapılan bu deneyin verilerinden, grup normunun, birey tarafından kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Sabit bir ışık kaynağının tamamen karartılmış ortamda belirli süreler izlendiğinde denek tarafından hareket ediyormuş gibi algılanması, bu algılama sonucu saptanan yer değiştirmelerin, deneklerin grup halinde deneye katılmasında, grubun ortaklaşa bir yargıya yaklaştığı saptanmıştır. Fiziksel gerçekliğin belirsiz olduğu kişi durumunu belirlemek, bir yere tutunmak ister ve bu amaçla bir gerçek yaratır. Bu gerçek, kişi yalnız ise onun tarafından, eğer başkaları ile beraberse etkileşim sonucu grup tarafından yaratılır ve bu standartlara birlikte uyulur.

İkinci olarak Asch tarafından yapılan deney;

Laboratuarda belirli sayıda bireyden meydana gelmiş gruplara, sırayla bir çok kart çifti gsterilmekte, her çift kartın birinin üstünde eşit uzunlukta üç çizgi, diğerinde ise tek bir çizgi bulunmaktadır. Tek çizgi diğer karttaki üç çizgiden birisi ile aynı uzunluktaadır. Deneklere tek çizginin uzunluğu bakımından diğer karttaki hangi çizgiyle aynı olduğu sorusu yöneltilmektedir. Deneye katılanların sadece biri gerçek denek, diğer ikisi araştırmacının asistanıdır. Asistanların her defasında ne diyecekleri önceden saptanmıştır. Ve gerçekten tek çizgi diğer karttaki üç çizgiden birisi ile aynı uzunluktaadır.

Bir süre doğru seğeneği gsteren asistanlar deneğin güvenini kazandıktan sonra apaçık fiziksel gerçeğin varlığına rağmen yanlış seğenekleri gsterirler. Sıra kendisine en son gelmekte olan gerçek deneğin yanlış olmasına rağmen asistanlarca gsterilen seğeneği benimsediği saptanmıştır. Bu davranışta, uyma % 35 oranındadır.

Üçüncü deney ise Milgram’ın “itaat” deneyidir;

Tanımadığı bir bireye zarar verme emri alan bir bireyin bu emre uyup uymayacağı ya da ne dereceye kadar uyacağı laboratuvar deneyi ortamında incelenmiştir. Bu deneyde 40 denekten 26’sı suçsuz bir insana emre itaat sonucu zarar verebilmiştir. Rastlantısal olarak belirlenmiş deneklerin kişisel niteliklerine bağlı olarak bu olayı açıklamak mümkün değildir. Deneyi bir sosyal etki olayı olarak yorumlamak daha gerçekçi olacaktır. Milgram’ın laboratuvar deneyi de, grubun küçük ya da büyük oluşunun uyma davranışına etkisi; özellikle laboratuvar ortamında kişinin çevresindekilerin fikirlerine güveni fazla ise, fiziksel gerçek de fazla belirgin değilse, küçük grupların bile denek üzerindeki etkileri çok yüksek olmaktadır.

Bu deneyde, deneklerden birisinden araştırmacı tarafından verilen emre uyarak (diğer deneğin deneye katılma olayında yapacağı yanlışlıklara tepki olmak üzere) diğer deneğe elektrik şoku uygulandığını sanmasıyla ilgilidir. Aynı eylemi sürdürmekte olan insanların varlığı, deneği uyma davranışına itmektedir.

Her üç deneyin sonuçları birlikte değerlendirildiğinde, Sherif’in deneyinde, birey gerçeği tanımlamak için grubun kararına gereksinim duyar, çünkü grup tavrından başka ona bilgi sağlayacak bir kaynak yoktur. Asch’in araştırmasında apaçık fiziksel durum, bireye gereken bilgiyi sağladığından, bu bilgiyi edinmek için, bireyin gruba ihtiyacı yok demektir. Sherif’in araştırmasında birey grubun fikrine doğru olduğuna inandığı için, Asch’in araştırmasında ise yanlış olmasına rağmen uyar. Böylece Sherif’in deneyinde hiç yoktan bir norm oluşumu, Asch’de ise ortaya çıkan bir grup normuna uyma incelenmektedir. Deneylerle ilgili bibliyografya için bkz. Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, s. 2, dipnot 6.

alışkanlığa dayanması gelenek olarak isimlendirilir. Alışkanlıklardan örf ve adete geçiş, her durumda söz konusu olmaz. Bazı alışkanlıklar sadece bir kolaylık, bir tercih konusudur. Bunlara “usage” adı verilir. Alışkanlıklardan örf ve adete geçiş taktik, yararın anlaşılması ve otorite ile olur⁵². Çeşitli örf ve adetler birbirleriyle tutarlıdır. Adetler birbirleriyle uyum sağladığında ve bir sistem haline geldiğinde “folkways” (yapılış tarzı) adını alır. Gelenek, teamül ve hukukun aksine yaptırım açısından zayıftır. Toplumsal davranışın gerçekten düzenin meşru olduğuna inanılarak düzenlenmiş olması durumunda “geçerlilik” ortaya çıkacaktır⁵³. Bir kuralın yürürlükte olması, bir gelenekten ya da menfaatten kaynaklanan düzenliliklerden daha fazla şeyi ifade etmektedir. İnsanlar, toplum içerisinde gerçekleşen çeşitli davranış biçimlerini, toplum düzenini riske attığı oranda farklı değerlendirmelere bağlı tutmaktadır. İnsanların bazı eylemlerinin, ihmal, kusur ve giderek suç diye nitelendirilmesi, düzenin kendisini “garanti etmesi”ni sağlayan davranış örgütlerini gerektirir. Bu, sosyal normların doğuşunu ve sosyal organizasyonu sağlamaktadır. Diğer yandan gerek örf ve adet, gerekse hukuk bir düzenin geçerliliğine meşruluk niteliğini katar⁵⁴.

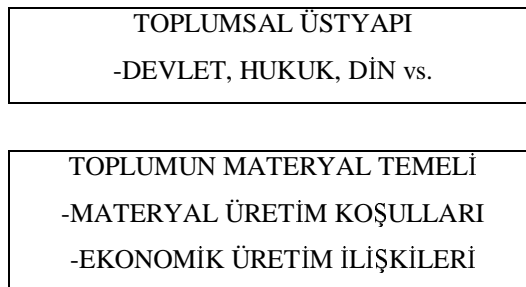
Toplumsal normların alışkanlıklardan hareketle ortaya konulması sonrasında bu normların aktarılmasını anlamak kolaylaşmaktadır⁵⁵. İnsan, sosyalleşmesi sürecinde normları ve kültürü öğrenirken, toplum dışı kalmamak için bu statülerde nasıl yer alacağını ve hangi rolleri yerine getireceğini de öğrenir. Toplum içinde yer alan bireyin, diğer bireylerle ilişkilerinde ve toplum içindeki konumunu gerçekleştirirmediği tutumlar sosyal olgudur. Sosyal olgu, gruplaşma içinde kendiliğinden ortaya çıkar. Sağlam bir devamlılık gösteren gruplar, belli nitelikte olaylar doğururlar; bu olaylar sosyal olay olarak nitelendirilir. Gruplardan toplumsal yaşam, toplumsal yaşamdan da sosyal olay doğar.

Diğer yandan insanın biyolojik var oluşu, insan yavrusunun doğumu, farklı cinslerde oluş gibi özellikler hukuk alanı içinde dikkate alınır. Örneğin, hak sahibi tanımlaması sağ ve tam doğmak koşulu ile ceninin anne karnına düştüğü andır. Hukuki işlem ehliyeti için biyolojik olgunlaşma sınırı olan on sekiz yaş ve temyiz kudretine yani kişinin “yaptığının bilincinde oluşuna” hukuk atıf yapmaktadır. Evlenme, boşanma ve ölüm hem doğal hem de hukuksal olaylar olarak hukuk alanında sonuç doğururlar.

3.3. Hukuk, İktisadi Yaşamın Özelliklerine Uyar

Sosyalleşme ile insan gereksinimleri arasındaki ilişki insanlar arası davranışların en büyük bölümünün ekonomik olarak açıklanabilmesine olanak sağlamaktadır.

Sosyal yapı-ekonomi ilişkisini en fazla irdeleyen, Marksist yaklaşımdır. Ancak Marksist literatürde doğrudan hukukla ilgili çalışmalara fazla yer verilmez. Çünkü bir üst yapı kurumu olarak ele alınan hukuk ikincil kalmaktadır⁵⁶.



⁵² Işıқтаç, 1992.

⁵³ Weber, 2002.

⁵⁴ Weber, 2002.

⁵⁵ Işıқтаç, 1992.

⁵⁶ Swingewood, 1998.

Marksist bakış açısına göre materyal yani insanların yaşadıkları fiziki, ekonomik ve çevresel vs. Koşullar, toplumsal gelişimi etkileyen en önemli faktörler olarak kabul edilir. Marksistler özellikle ekonomik faktör üzerinde dururlar. Bu, tüm diğer toplumsal ilişkileri belirleyen yiyecek, giyecek ve barınma gibi temel yaşamsal araçların üretimi sürecinde insanların içinde buldukları ekonomik ilişkilerdir. Toplumsal gelişimin şekillenmesinde bireysel fikirlerin rolü pratik olarak bir hiçtir; çünkü fikirlerin bizatihi kendileri toplumsal yaşamın materyal koşullarının sadece ürünüdür. Aynen bunun gibi, devlet, hukuk ve diğer yapılar gibi toplumsal kurumlar da sıkı sıkıya materyal toplumsal koşullara bağlı, bu koşullardan ayrı olarak var olmayan ve nihai olarak bu koşullar tarafından karakterize edilen üst yapının bir parçasıdır⁵⁷.

Marksist düşünce, toplumun gelişiminde bir aşamadan diğerine geçişin kaçınılmaz olduğunu iddia ettiği ve bu da toplumsallık gelişimi gerektiren üretim ilişkilerindeki değişimle birlikte ekonomik çevrede değişimler oluşması anlamına geldiği için, ekonomik determinizmle de karakterize edilmiştir⁵⁸. Toplumsal gelişim hakkındaki Marksist düşünceler böylece bir aşamadan diğerine geçişin kaçınılmaz olduğunu ve böyle bir geçişin toplumun materyal temelindeki dönüşümle doğrudan bağlantılı olduğunu göstermeye çalışarak, insan toplumunun ilerlediği tarihsel aşamalara büyük önem vermektedir. Bu, Marksist düşünce okulu içerisinde tarihsel materyalist toplum ve hukuk anlayışını oluşturur. Toplumların izlemesi gereken altı temel gelişim aşaması –ya da üretim tarzı- öngörülmüştür:

Toplumsal sınıf yok Çatışma yok	İLKEL KOMÜNALİZM	Devlet ve hukuk ilkel ve organik düzeyde
Efendiler ve köleler Çatışma ve sınıf mücadelesi	KÖLECI ÜRETİM TARZI	Devlet ve hukuk, yönetici sınıfın çıkarlarını korumak ve çalışanları sömürmek için gelişmekte
Feodal lordlar ve serfler Çatışma ve sınıf mücadelesi	FEODAL ÜRETİM TARZI	Devlet ve hukuk toprağa bağlı serflerin sömürülmesini sağlamakta
Burjuvazi ve proletarya Çatışma ve sınıf mücadelesi	KAPİTALİST ÜRETİM TARZI	Devlet ve hukuk üretim araçlarının özel mülkiyetini korumakta
Diktatörlük ve proletarya Devrimci sınıf mücadelesi	SOSYALİST ÜRETİM TARZI	Devlet ve hukuk kapitalist yapıları yıkmak ve komünizmi kurmak için kullanılmakta
Toplumsal sınıf yok Çatışma yok Sınıf mücadelesi yok	KOMÜNİST ÜRETİM TARZI	Devlet ve hukuk anlamsız olduğu için bitmiş ve komünist ahlakla yer değiştirmiş

Yukarıda tarif edildiği şekliyle toplumun tarihsel gelişimi Marksist teori tarafından kaçınılmaz kabul edilir. Bunun sebebi, Marksistlerin, tüm üretim tarzlarının doğasında bulunan giderilmesi mümkün olmayan çatışmaları Komünist toplumun kurulması için öncü olarak görmeleridir. Bu çatışmalar, toplumun sınıflara bölünmesinin ve dolayısıyla ortaya çıkan sömürgeci ekonomik üretim ilişkilerinin sonucudur⁵⁹.

Toplumun materyal temelindeki çatışma düşüncesi ve farklı ekonomik üretim ilişkileriyle yeni ve daha üst üretim tarzına dönüşmek suretiyle toplumun gelişimini sağlayan çözümün kaçınılmazlığı,

⁵⁷ Swingewood, 1998.

⁵⁸ Pasukanis, 2002.

⁵⁹ Pasukanis, 2002.

Marksist toplum ve hukuk teorisinin temelini oluşturur⁶⁰. Bu görüş ilk defa Alman felsefeci Hegel tarafından ortaya konan ve daha sonradan Karl Marx tarafından benimsenen diyalektik anlayışı üzerine kurulmuştur. Hegel'e göre diyalektik, tez-antitez-sentez bağlantısı içinde değişir. Sentez, daha sonra yeni bir tez olarak karşıtını doğurur. Karl Marx, Hegelci diyalektiği kabul etmiştir ve kendi deyimiyle, "onu tersine döndürmüştür". Gelişimin kendisi toplumsal yaşamın materyal koşullarındaki değişimler üzerine kurulmuştur; özellikle de ekonomik üretim ilişkilerinin üzerindedir. Bu materyal temel kendi içindeki çatışmalardan kaynaklanan değişimlere uğramıştır ve bunların düşüncelerle ilgisi de çok azdır. Her üretim tarzında kurulu üretim ilişkilerini de içeren bir tez bulunur. Bu, sınıf mücadelesinin unsurlarını içerisinde barındıran bir antitezle çarpışacaktır. Sonuç, yeni üretim tarzının doğuşunu haber veren farklı üretim ilişkileridir.

Tüm bunların içerisinde devlet, hukuk ve diğer kurumlar, yöneten sınıfın elinde kendi çıkarlarını korumak için kullanılmalarının dışında, pek az bir etkiye sahiptirler⁶¹. Bu kurumlar ne kendilerini oluştururlar ne de özerktirler. Bunlar üst yapının sadece bir parçasıdır.

Marksizm, bir üst yapı kurumu olarak tanımladığı hukuku ekonomik veriler karşısında ikincilleştirmektedir. Hiç kuşkusuz ekonomi, toplumsal yaşamın gerçekten de temelini oluşturur. Ancak politik, ekonomik ve hukuksal ilişkilerin karşılıklılığı, etkinin iki yönlü olduğunu da gösterecektir⁶². Toplumsal yaşamda en zor şey geleceğe ilişkin ön deyilerde bulunmaktır. Zaten burada artık bilim alanından çıkılıp sadece beklenti alanına girilmiş olur. Nitekim toplumsal yaşamdaki değişim, Marx'ın öngördüğünden çok farklı bir yönde gelişmiştir. Ancak ekonominin toplumsal yaşamın belirleyici ögesi olması durumu değişmemiştir. Hukuk, ekonomik olandan etkilendiği kadar ekonomik olanın düzenleyici çerçevesi olarak ekonomiyi etkiler.

Bugün için hukuk alanının en teknik ve geniş bölümünün, ekonomik insan ilişkilerini düzenlemekte olduğunu görüyoruz. Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku, mali hukuk, uluslararası hukuk gibi alanlar bunun en tipik göstergeleridir. Toplumların sınıfsal analizleri ve yönetimin hangi sınıfça kullanılmakta olduğu devlet modelinin isimlendirilmesine yol açmaktadır. Bir düzen olarak hukukun devamı, bu yapısal özelliklerin korunması anlamına gelir. Diğer yandan hukuk, toplumsal yapıdaki değişimler, özellikle de ekonomik değişimler karşısında ortaya çıkacak güçlükleri aşmak için çeşitli mekanizmalarla bu konudaki uyum yeteneğini arttırmaya çalışmaktadır. Özellikle yeni sözleşme tipleri gibi iktisadi yaşamda varlık kazandığı halde hukuksal düzenlemeye henüz konu olmamış bir çok sözleşme tipinin, liberal ekonomik modellerde sözleşme serbestisi ilkesinden yola çıkılarak çözümlenmeye çalışıldığını görmekteyiz⁶³.

⁶⁰ Morrison, 2000.

⁶¹ Ancak şu noktaya da dikkat çekmek gerekir. Marksizm çoğu zaman tek yanlı yorumlanmıştır. Tarihsel olarak ortaya çıkan tüm hukuksal ilişkilerin "içeriği"nin, onları kuran iktisadi ilişkiler tarafından kendiliğinden verildiğini ve böylece hukukun içeriğinin iktisadi olarak belirlendiğini savunmuşlardır.

⁶² Morrison, 2000.

⁶³ Bugün yasal bir düzenlemeye tabi tutulmuş olmakla birlikte leasing yani finansal kiralama Türkiye için ilginç örneklerden birisidir. Türkiye'nin temel üretim alanlarından birisi olan tekstil alanında son derece yüksek fiyatlı makine ve sistemlerin alınabilmesi için Avrupa'daki bu uygulama ülkemize getirilmiştir. Bu sözleşme ile üretici aldığı makine ya da kurduğu sistemi işleterek elde edeceği gelire borcunu öderken, malı satan, içinde mülkiyetin geçmemiş olmasından doğan avantajla geri ödeme garanti edilmiş oluyordu. Diğer yandan uzun vade ve taksitlendirme düşük sermayeli işletmeler için, sektörün diğer girdileri için para ayrılma olanağı yarattığı için daha az sermayeli küçük ve orta ölçekli firmaların da bu sektörde faaliyet gösterme olanağı yaratılmış oluyordu. Aynı şey yeni sözleşme türleri olarak joint venture, factoring ve know-how sözleşmeleri için de geçerlidir.

3.4. Hukuk Toplumdaki Güç İlişkilerine Uyar.

Toplumun bir prestij ve iktidar hiyerarşisi oluşturan sınıflara ya da tabakalara ayrılması, tüm tarih boyunca filozoflarla toplum teorisyenlerinin ilgilendikleri, toplumsal yapının hemen hemen evrensel bir özelliğidir⁶⁴. Kölelik, zümre ve kast, tabakalanma ayrımları olup bugün asıl önemin toplumsal sınıf ve statüye kaydığını söyleyebiliriz. Sınıflar, üretim ve şeylerin elde edilmesiyle ilgilerine göre tabakalanır. Statü ise belirli yaşam tarzı ve tüketim eğilimine göre tabakalanır. Toplumsal sınıf göreceli olarak açık bir gruptandır. Temel dayanağı ekonomiktir. Belirli bir ekonomik gelişmişlikle ilişkilendirilir. Toplumdaki ekonomik kaynakların büyük kısmını elinde tutan bir üst sınıf ve özellikle sanayide ücretli çalışan bir emekçi sınıfı vardır. Bir de bu iki sınıf arasında yer alan bir orta sınıf. Sanayi toplumlarında toplumsal tabakalanma durumu, toplumsal sınıfların varlığının yanı sıra statü gruplarının da varlığı ile karmaşık bir görünüm kazanmıştır⁶⁵.

Çağımızda toplumsal sınıf sorunu demokratik ve siyasal iktidar sorunu ile ilişkili olarak ele alınmış, fakat verilen cevaplar bu iki soruna da açıklık getirememiştir. Toplumsal farklılaşma ve toplumsal tabakalanma incelemelerinin bir etkisi de toplumsal statü ve toplumsal hareketlilik gibi siyasal iktidarla dolaylı bağlantılı kavramlara dikkat çekmesidir. Belirli toplumsal eylemlerin, özellikle belirli siyasal eylemlerin olasılığını kestirmekle bireylerin mülkiyetle ilişkileri açısından içinde buldukları toplumsal konumlarına bakmak gerekir. Her toplumsal grup üyesinin davranışlarını düzenlemek, toplumsal gruplar arasındaki çelişki ve çatışmaları gidermek ve grubun kendi değer ve tutumlarını toplumun tüm katmanlarına yaymak gibi eylemleri dengelemesi gerekir. Davranış düzenlemesinde ve grup tutumunun sürdürülmesinde toplumsal kontrol ile güç kullanımını arasındaki ilişki önemlidir. Toplumsal kontrol için gelenek, ahlak, din ve hukuk işlev görmektedir. Hukuk, bir yandan güç ilişkilerinin ve üstün tutulan çıkar durumlarının formüle edildiği uygulamayla biçim kazanırken, diğer yandan da ona karşı gelenlere bunun kabul ettirilmesine yardımcı olur.

- Toplumları bir arada tutan faktörler nelerdir?

- Niçin insanlar birbirleriyle ilişki kurmak ve bunları devam ettirmek isterler?

Bu soruları değerler, inançlar ve doktrinler açısından cevaplandırılan Durkheim “insanlar fikirler yaratırlar ve onları düzenlerler” demektedir; yani insanların davranışlarını düzenleyen normlardır. Böylece Durkheim’ın toplumsal gerçekliğin temelini “toplumsal bilinç”de gördüğünü anlıyoruz. Toplumsal bilinç de “bir toplumdaki bireylerin ortak inanç ve duygularının bütünü” olarak tanımlandığında, bunun bir ifadesi olarak hukukun merkezi bir konuma yerleşmiş olduğunu da kavrarız. Burada diğer yandan toplumsal bilincin farklılığına, yani bireysel bilinçlerin toplamı olmadığına da dikkatimizi çekiyor. İşte toplumsal yaşamın merkezindeki dayanışma bu bilincin bir ürünüdür. Durkheim, sosyal olguların doğal olgulardan farklı olması üzerinde durmaktadır. Doğa yasasına aykırılık otomatik bir durumu ortaya çıkarır. Toplumsal norma aykırılık durumunda ise zarar ya da aykırı davranışla yaptırım arasındaki bağlantının bir irade aracılığıyla kurulması gerekir. Belli davranışlar kendiliğinden, davranış failine zarar verdiği için değil, yasa koyucu onu mahkum ettiği için cezalandırılır⁶⁶. Böylece hukukun toplumsal yaşamda statüler kurduğu ve korunmaya değer menfaati, statü çerçevesinde bütünleştirdiğini görüyoruz.

İş bölümünün değişkenliği, biçim ve sonuçları diğer sosyal fenomenlerle de bağlıdır. Bir yandan sosyal yoğunluk diğer yandan da yaşamın zorluğu iş bölümünü zorunlu olarak ortaya çıkarır. Ancak bu iş bölümünün sağladığı dayanışma değişken ve izlenmesi güç olduğu için daha net

⁶⁴ Bottomore, 1998.

⁶⁵ Bottomore, 1998.

⁶⁶ Bauman, 1999. Bu farklılık sosyal normların “şeylere benzer” niteliği ya da üstlerinde nesnel araştırmaların uygulanabilirliğini değiştirmez. Tam tersine bu farklılık normların “şeylere benzer” doğasına katkıda bulunur. Normlar düzenliliğin ve insan davranışlarının, toplumsal düzenin rastlantısal olmayışını gösterir.

kriterler veren bir yönden yani “hukuk” yönünden gözlemlenmelidir. Ancak hukukun netliği de yine değişim içinde ele alınmalıdır. Hukuk kurallarının görünürlüğüne sağlayan yaptırım, farklı iş bölümlerinin isimlendirilmesinde kullanılır. Durkheim iş bölümünün kökenlerinin bireysel dayanışmanın toplumsal dayanışma ile sıkı bağına dikkat çekmektedir. “... Birey bir yandan daha özerk hale gelirken, niçin topluma daha fazla bağımlı olsun? İnsan aynı anda nasıl hem daha çok birey haline gelirken, hem de daha fazla dayanışma içinde olabilir? Bu iki hareket, çelişik görülmekle birlikte, kesinlikle birbirine paralel gelişir. Görünüşteki zıtlığı çözen, iş bölümünün durmadan büyüyerek gelişmesinden dolayı toplumsal dayanışmanın bir dönüşüme uğramasıdır⁶⁷”. Böylece iki farklı hukuk alanı da belirginleşmiş olur.

- **Mekanik dayanışmadan doğan hukuk:** Farklılaşmamış bir toplumsal yapının ürünü olarak mekanik dayanışma benzerliklerden doğar ve ceza hukuku alanına işaret eder. Baskıya dayanan hukuk olarak da adlandırabileceğimiz bu alan, bireyin pek ender olarak, üyesi bulunduğu gruptan ayrı varlık kazanabildiği toplumların özelliğidir. Mekanik dayanışma, bireyi doğrudan ve uyumlu biçimde topluma bağlayan bir benzerlikler yapısı olarak açıklanmakta, böylece bireysel eylem daima kendiliğinden, insiyatifsiz ve kolektif bir kimliğe bürünmektedir.

Toplumsal dayanışmanın bu biçimi, sanayi öncesi toplumda daha yoğundur. Yasalar baskıcı, cezalandırıcı ve yaygın nitelikte olup, uzmanlaşmış kurumlara değil, bütün topluma uygulanır⁶⁸.

- **Organik dayanışmadan doğan hukuk:** Toplumsal benzerlik aracılığıyla sağlanan dayanışmanın yerini farklılık ve toplumsal bağların kuvvetlendirilmesiyle sağlanan dayanışma almıştır. Bireyin, diğer bireylerle özgürce sözleşme yapabileceği ayrı bir yasal varlık durumuna gelmesi modern toplumların bir özelliğidir. Toplumsal yapı, ileri düzeyde bir karşılıklı bağımlılık, sanayiinin gelişmesi, yüksek nüfus oranı ile belirginleşir.

Toplumsal iş bölümünün normal olmayan tipleri de söz konusudur:

- **Anomik iş bölümü**

- **Zorlama iş bölümü**

- **Anomik iş bölümü,** bireyin kendi uzmanlık alanı içinde ayrıştırılmasına yol açan aşırı iş bölümü durumudur. Sermaye ve emek arasındaki iş bölümü bu tür içinde ele alınabilir. Bu olumsuz iş bölümü halinin yarattığı sakıncalar ancak karşılıklı iletişim olanakları ile giderilebilir⁶⁹.

-**Zorlama iş bölümünde** ise, kişinin yaşam boyunca kendi yapacağı işi seçmemiş olmasının yarattığı bir zorlayıcılık söz konusudur. Durkheim, sınıf çelişkesinin kaynağı olarak bireylerin yetenek ve becerileri ile toplum tarafından onlara zorla kabul ettirilen görevler arasındaki uyumsuzluğa dikkatimizi çekmektedir⁷⁰. Toplumsal yaşam içinde insanlar ısınmaya çalışan kirpiller gibidir. Bir yandan soğuktan korunmak, diğer yandan birbirlerine zarar vermeyecek kadar yakın olmak zorundadırlar. Sosyal yaşam koşullarının güçlüğünün doğurduğu zorunlu dayanışma ve iş bölümü toplumda farklı güç ilişkileri kurar. Bu güç ilişkilerinin toplumsal yaşam içinde “hukuk” aracılığıyla biçimlendirildiğini görüyoruz.

3.5. Hukuk toplumsal geleneklerle belli bir uyum kurar.

Bazı şeylerin bazı yapılaş tarzlarına bağlı oluşu, bireyi her zaman karar verme yükünden kurtarır ve yaşamını kolaylaştırır. Bireysel alışkanlıklar da aynı noktadan başlamaktadır ve bunların

⁶⁷ Morrison, 2000.

⁶⁸ Topçuoğlu, 1984.

⁶⁹ Morrison, 2000.

⁷⁰ Bottomore, 1998.

genelleşmesi toplumsal yapış tarzlarını ortaya çıkartır. Aslında hukukun ilk menşei araştırıldığında onun örf ve adetlerle ilişkisi açık bir biçimde gözükmektedir. Hukukun bu ilk ve temel kaynağı olan örf, bugün de onun biçimlenmesinde önemli bir rol oynar. Teknik olarak tüm hukukun bilinmesindeki güçlüklerle rağmen kural olarak insanların hukuka uygun davranmalarının temel bir nedeni de bunun öyle olması gerektiği konusundaki tutumlarıdır⁷¹. Hukuk düzeni, ana çizgilerinde toplumsal ilişkilere uygun düşer. Verilen sözün tutulması, yakın akrabalara bakma yükümlülüğü, yaş küçüklüğü mağdur olanların gözetim altında tutulması ve tehlike yaratıcı eylemlerden kaçınma gibi düzenlemeler herkesin onayını alır. Aynı şekilde adam öldürme, hırsızlık, kötü muamele, aldatma ve tehdit etme gibi davranışların yasaklanması da insanların onayını almaktadır. Hukuk böylece toplumsal yaşamda yaptığı düzenlemelerle, o toplumsal yaşamın katlanılabilir olduğunu ve toplumsal yapıdan gelen talepleri göz önüne aldığını da göstermektedir. Ancak gelenek kökenli normlar konvansiyonel yani rızaya bağlıdır. Bu kurallara tabi olanların rızalarına dayalı olarak yürürlük kazanır. Bu açıdan hukuktan farklılaşır. Gelenek olarak düşünülen, hukuksal formasyona sokulduğunda artık bu yönü ağır basacaktır. Hukukun bu bütünsel görünümüne bir istisna olarak yabancı bir hukukun alınmasını gösterebiliriz.

Sürekli değişim ve gelişim içinde olan toplumlar, başka toplumların buluşu ya da ürünü olan kurumları benimseyebilirler. Bir toplumun yaşam biçimini düzenleyen hukuk, bu tür değişime konu olan en temel alanlardan biridir.

Türk hukuku açısından yabancı hukukun kabulü (resepsiyon) ayrı bir önem taşımaktadır. Burada, var olan geleneklerle hukuk arasındaki uyum başlığı ile bir çelişme durumunun olup olmadığı üzerinde durmak gerekir⁷². Sadece resepsiyonla alınan yasalar değil, toplumsal yaşama düzeninin programı olarak hukuk alanında yapılacak her türlü değişim, toplumun bütününden ya da yasaların getirdiği düzenlemelere uyum gösteremeyen çeşitli kesimlerden tepki alabilir⁷³.

Toplumu oluşturan sınıf ve yapı farkları ile birlikte bulunan birçok toplumsal katmanın, her zaman birlikte hareket etmesini beklemek olanaklı değildir. Buna ek olarak, zihniyetin gelenekçi veya yenilikçi oluşu da önemli bir etkidir. Bu nedenlerle resepsiyonla ilgili değerlendirmeler yapılırken, resepsiyonun sadece hukuksal bir değişim olarak ele alınması yeterli değildir. Bu önemlidir, ancak bunun yanı sıra, tarihsel, sosyal ve politik nedenler ve bunlara eşlik eden diğer pek çok şart da göz önüne alınmalıdır. Tarihi perspektife fazla girmeden bu tür büyük bir resepsiyonun yapılış gerekçeleri olarak şunlar gösterilebilir:

- Oluşturulan yeni ulus devletin tek tip hukuk gereksinimini karşılamak,
- Yenilik ve gelişmeleri karşılamak,
- Bağımsızlık aracı olarak hukuksal kimlik oluşturmak

Türkiye açısından, Tanzimat'tan itibaren özlemi çekilen "zamanın ihtiyaçlarına uygun yasalar" a ulaşma hedefi ulusal kurtuluş hareketi ile bütünleşmiştir.

Aslında resepsiyon bir hukuksal kırılmadır. Yasalar bazında yapılan bu tür bir değişim, hele hukuksal zemini tümüyle farklılaştırıyorsa, hukuksal yürürlükten sosyolojik yürürlüğe geçiş o denli zor olur. Resepsiyonla alınan yasalarda, iktibas öncesi koşullar ve daha sonra ortaya çıkan gereksinimler doğrultusunda yapılan değişiklikler de hukukun ulusal kimliğini belirginleştirir. Prensipite aynı olan hukuklar arasında farklı uygulamaların çıkabiliyor olmasının, bu yasaların hem sosyolojik yürürlüğünün hem de ulusallaşmış olmasının doğal bir sonucu olduğunu kabul etmek gerekir⁷⁴. Ancak Türk uygulaması açısından bakıldığında, alınan yasadın (mehaz) bütünüyle bir

⁷¹ Işıktaç, 1992.

⁷² Can, 1982.

⁷³ Rheinstejn, 1956.

⁷⁴ Bozkurt, 1996.

kopuşun olduğunu değil, aksine, uygulamada örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının ve doktrininin de dikkatle izlendiğini görmekteyiz. Yargıtay çeşitli kararlarında bunu açıkça göstermiştir⁷⁵.

Resepsiyona yöneltilen en temel eleştiriler, resepsiyonun var olan değerlerle çatışacağı ve benimsenme açısından yaratacağı sorunlar yönündendir⁷⁶. Ancak günümüzde hukukta birleşme eğilimlerinin artışı bu eleştirileri geçersiz kılmaktadır. İnsan hakları öğretisi, uluslararası ticaret hukuku gibi konularda hukuk birliği artık tartışmasız alan içinde kalmıştır. Avrupa Birlik Hukuku gibi ortak kurallarla yeni hukuksal ve ekonomik birlikler oluşturulurken, ülkelerin kendi hukuk kurallarından vazgeçmesi her zaman gündemdedir.

4. HUKUKUN SOSYOLOJİK ELE ALINIŞ BIÇIMLERİ

4.1. Genel Olarak

Hukuk alanı bir bütün halinde yürümekle birlikte konu olarak bölümlere ayrılabilir. Bu bölümler hem dogmatik hukuk alanında çeşitli alt dallar olarak yasal düzenlemeler biçiminde karşımıza çıkmaktadır hem de hukuk sosyolojisi ile ilişkilendirilebilir.

(a) Kaynak – (Hukuku yaratan kişi veya kişilerin kim olduğu ve hukukun ifade ettiği iradenin kimin iradesi olduğu);

Hukuk kuralı koyma yetkisi ya da doğrudan doğruya bu yetkiye sahip olan makam, kaynak başlığı çerçevesinde ele alınmaktadır. Yasa koyma yetkisine sahip olan makamın kimliği siyasi rejimin modelinin de ne olduğunun anlaşılmasını sağlar. Diğer yandan hukuku doğrudan ortaya koyma anlamında kaynak “hukuk doğuran kaynak” “yaratıcı kaynak”dan söz edebiliriz. Bu anlamda örf ve adet hukuku da hukuk yaratan kaynaktır. Bir başka açıdan kaynak hukuk kurallarının aldığı dış görünümdür. Kanun, tüzük, yönetmelik gibi. Sosyolojik olarak kaynak, belli bir toplumsal yaşam içinde hukuk kurallarının oluşum sebebidir. Bu anlamdaki kaynak kavramını pozitif metinlerin gerekçelerinde açıkça görebiliriz. Hukuk alanında değişik anlamlar taşıyan kaynak kavramı, gerek tüm hukuk kurallarının, gerek hukuk düzeninin meydana getirilmesinde yani uygulama ve ortaya çıkışında önemli rol oynamaktadır⁷⁷.

(b) Sujeler – (Hukukun uygulandığı ya da uygulanabileceği kişi veya şeyler)

Bu başlık altında vatandaş-yabancı, hak sahibi-fiil ehliyeti sahibi, kısıtlı, temyiz kudreti sahibi veya haklardan yasaklanmış olma gibi statülerin özel önem taşıdığını görüyoruz⁷⁸. Diğer yandan kanun koyucu ya da uygulamacı kimliklerinin hukukta önemi de sujeler başlığı altında ele alınabilir. Örneğin, yüksek mahkeme hakimlerinin sosyolojik kimliği vb. araştırmalar bu başlık altında değerlendirilebilir⁷⁹.

(c) Konular – (Hukukun uygulanabileceği eylemler)

Bu başlık bir yandan hukuk, ahlak, din, örf ve adet ayırımına dikkatimizi çekmekte, diğer yandan uzlaşmazlıkların hukuk dışı çözüm yolları ile hukukun ayrıştırılması üzerinde durmaktadır. Alan ayrıştırılmasıyla salt hukuka özgü olan belirlenir. Her türlü hukuksal çalışma gibi hukuk

⁷⁵ Örneğin 28.11.1943 ve 13/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda “iç kanunlarımızı yorumlarken kendi memleketimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlamada ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz” denilmektedir. Bkz. **Resmî Gazete**, Sayı: 6365, 1946.

⁷⁶ Can, 1982.

⁷⁷ Işıқтаç, 1992.

⁷⁸ Dinçkol, 1996.

⁷⁹ Ünsal, 1980.

sosyolojisi de kendi zeminine kavuşur.diğer yandan uzlaşma eğilimlerinin Habermasçı anlamda iletişim birliği çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin tutumlarda olduğu gibi hukuksal sorunların da hukuksal olmayan yollardan çözümü olanakları araştırılmaktadır⁸⁰. Günümüzde özellikle uluslararası alanda giderek yaygınlaşan tahkim uygulamaları ya da Anglo-Sakson hukukundaki uygulamalarında davalı pazarlık teklifleriyle yargılamanın en kısa sürede çözümlenmesi olanakları bu başlık altında irdelenebilir. Dikkat edilmesi gereken konu bu eğilimlerin giderek artıyor olmasıdır.

(d) Kapsam – (Hukukun, davranışlarını düzenlemek istediği kişiler çerçevesindeki uygulanma alanı)

Sosyal norm kategorisi olarak hukuk diğer toplumsal norm kategorileriyle birlikte toplumsal yaşamda iş görmektedir. Özellikle hukukun salt düzen fonksiyonu çerçevesinde yaptığı düzenlemeler, örneğin, usul hukuku ya da süre, biçim, görev alanı gibi işin görülmesine dair düzenlemeler diğer toplumsal norm kategorilerinden kolayca ayrılır. Ancak etik boyut açısından bu ayrımı yapmak hiç de kolay değildir. Özellikle hukuk-ahlak ilişkisi “iyi” ve “adalet” değerlerinin yakınlığı oranında iç içe geçmiştir. Kant’la felsefi anlamda biçimlenen hukuk-ahlak ayrımı bir yandan salt hukuka özgü olanın belirlenmesini kolaylaştırırken diğer yandan hukukun güvenceye aldığı alanla bireyin seçiş yapmasını kolaylaştırarak bir özgürlük sağlar⁸¹. Karşılıklı bu ilişkiye rağmen hukuk ve ahlaka ait olanın belirlenmesi son derece önemlidir. Hem hukuk dogmatığı hem de hukuk felsefesi açısından kapsamın belirlenmesinde temel alınan bu ayrımın sosyolojik yansımaları da vardır.

Kapsamın belirlenmesi, hukuka ait alan için bir kolaylık sağlamakla birlikte yeterli değildir. Çünkü bu alan içinde usulüne uygun çıkarılmış ve yürürlük kazanmış bazı yasalara neden uyulmadığının yani “meriyet” sorununun da çözülmesi gerekir. Hukuk kapsamına girdiği, hatta hukuksal düzenlemenin konusu olduğu halde bazı yasalara neden uyulmadığı konusu da sosyo-psikolojik zemin araştırmasını gerektirir. Burada sorun bazen ilgili yasaların eskimiş olmasından kaynaklanabildiği gibi –örneğin matbu kağıdın ambalaj olarak kullanılmasının yasaklandığı yasa ya da düşünlerde men-i israfat kanunu gibi- sosyolojik etkinliğin sağlanmasından da kaynaklanabilir –yayalara trafik cezası uygulaması, temizlik kurallarına uyma vb. gibi-.

(e) Görünümler – (Egemenin iradesinin hukukta ifade edildiği şekliyle [(c) deki gibi] konulara uygulanabilecek hallar)

hukuk korunmaya değer menfaat olarak tanımlandığında “hak” kavramıyla karşılaşırız. Bu alan bir yandan yukarıda işaret ettiğimiz sujeler başlığıyla ilişkilendirilebilir diğer yandan da kapsam konusu ile ilgilidir.

Hukuk normunun farklı biçimlerde ortaya çıkışı ve normlar arası ilişki üzerinde de durulmaktadır. Örneğin, ilgili normun birincil, ikincil olması kadar yorum, tanımlama, emredici ya da tamamlayıcı norm oluşu uygulama açısından farklı özellikler arz eder. Bu sınıflandırmalar hukuksal sorunun çözümlenmesi içindir. Hukuk normunun muhatabının kim olduğunu da değiştirmektedir. Bir yandan norm uygulamacıya yönelirken bir yandan da yasaklar ve yetkilerle muhataba yönelmektedir⁸². Hukuksal ilişkinin bu içeriksel farklılığı hukuk sosyolojisinin daha çok hukukçular tarafından irdelenmesinin temel sebeplerinden birisidir. Çünkü bu tür analizlerin yapılabilmesi konuya hukukçu bakışını gerektirmektedir.

(f) Zorlama – (Hukukun gerektirdiği şeylere uygunluğa dayanan cezalar ve yaptırımlar)

⁸⁰ Morrison, 2000.

⁸¹ Morrison, 2000.

⁸² Dinçkol, 1996.

Zorlayıcılık, hukukun özellikle düzen fonksiyonu açısından bir sosyal kontrol aracı olarak kullanılmasıdır. Hukuk normatif bir düzen kurmakla birlikte bu normatif kurgunun gerçeklik alanında varlık kazanması gerekir yani etkin olmalıdır. Bu, hukukun bir yandan dilek, rica ve temenni olarak kalamayacağını gösterdiği için kurduğu düzene aykırılıkları ortadan kaldırma gücüne de sahip olmasını gerektirir. Zorlayıcılık bir yandan insan hakları doktrini diğer yandan hukuk politikası olarak düşük maliyet ve etkinlikle sınırlanır.

Etkinlik, geçerli ve yürürlükte olma ile tanımlanır. Bunun bir diğer anlamı da “hukukta açıklık” ilkesi gereği hukukun içeriğinin bilinmesidir. Ayrıca “hukuku bilmemek mazeret sayılmaz” genel kuralı da açıklık ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkar. Hukukun içeriğinin salt hukukçular tarafından bilindiği tarihi dönemlerden bugün hukukun herkesçe bilinmesi gereğine uzanan demokratik bir modele ulaşıldığı gözlenmektedir. Resmi Gazete aracılığıyla sağlanan “hukukta açıklık ilkesi”, teknik-içeriksel değerlendirmeler açısından “medya” ve “siyasi otoriteler” tarafından gerçekleştirilmektedir.

4.2. Hukukun Konusu Olarak Hak

“Hak” sözcüğü ahlaksal, sosyolojik, ekonomik ya da hukuksal olabilen farklı bağlamlarda farklı anlamlara gelebileceğinden, bir hakkı neyin oluşturduğu sorusu tartışmaya açıktır. Haklar konusundaki öneri ve tezlerin oluşturduğu sözcük dağarcığı, pek çok durumda terimin belirli yan anlamları arasında bir ayırım yapmayı zorlaştırmaktadır. Bu da genellikle adalet düşüncesinin zorunlu unsuru olarak, hukukun temel yapı taşı olan hakkın anlamı ve değerinin gözden kaçmasına neden olmaktadır⁸³. Hukuk terimi etimolojik köken olarak Arapça “hak” kelimesinin çoğulu olarak dilimize geçmiştir. Hak ve hukuk kelimelerinin farklılığı, normatif bir yapı olarak hukukun, hukuk kuralının korunmaya değer içeriği olarak hak kavramına tanım olanağı sağlar⁸⁴. Hukuk kavramının temel unsuru olan “hak” ise “bir şeye sahip olmak, kullanma veya yapma ya da yapmama anlamındadır”.

Sosyolojik olarak hak, hukuksal ilişkinin bireyle sosyal organizasyon arasında kurulan bağlantısı olarak tanımlanabilir. Hak; ödev, ehliyet, yetki, sorumluluk vb. kavramlarla ilişki içindedir ve sosyolojik açıdan “yararlanabilirlik” çerçevesinde ele alınmalıdır⁸⁵. Bu kavramları tanımlamak, alanın belirginleşmesi açısından işlevseldir.

Hak: ‘başkaları tarafından yerine getirilebilir bir edim, yapma ya da yapmama istemi’.

Ödev: ‘toplum tarafından derhal ya da gelecekte bir başkasının yararına bir şey yapması ya da birşeyden vazgeçmesinin emredilmesi, bu emre itaat etmediğinde ise cezalandırılması’.

Ehliyet: ‘A ile B arasındaki, A’nın (B ile ilgili olarak) belli bir usulde dilediği gibi davranmakta serbest ya da özgür olduğu, davranışlarının toplumun buyrukları ile B’nin yararına düzenlenmediği ve itaatsizlik gerekçesiyle bir ceza ile tehdit edilmediği hukuksal ilişki’.

Hukuk Dışı Alan: ‘toplumun lehine başkasının herhangi bir davranışını buyurmadığı kişinin hukuksal ilişkisi’.

Yetki: ‘A ile B arasındaki, A’nın istemli bir eyleminin yine B ile ya da bir üçüncü kişi ile arasında yeni bir hukuksal ilişki doğmasına neden olan hukuksal ilişki’.

⁸³ Işıқтаç, 1992.

⁸⁴ Almanca’da hukuk ve hak kavramının “recht” ile karşılanması, gerekse Fransızca’daki “droit” ve İtalyanca’daki “diritto” teknik anlamda bir çok karışıklığa yol açabilmektedir. İngilizce’de de Türkçe’de olduğu gibi hak karşılığı olarak farklı bir kelime yani “right”, hukuk karşılığı “law” kullanılmaktadır.

⁸⁵ Postner, 1981.

Sorumluluk: ‘A ile B arasındaki, B’nin istemli bir aylemi ile A’nın yeni bir hukuksal ilişki içine girebileceği ilişki’.

Dokunulmazlık: ‘A ile B arasındaki, B’nin A’nın var olan herhangi bir hukuksal ilişkisine etki edecek hukuksal yetkisinin bulunmadığı ilişki’.

Yetersizlik: ‘A ile B arasındaki, A’nın kendi istemli hiçbir eylemiyle B’nin bir hukuksal ilişkisini sona erdiremediği ilişki’.

Hakların “yararlanabilirlik” çerçevesi, diğer yandan hakların sınıflandırılmasıyla da ilişkilendirilir⁸⁶.

Dört tane temel hak vardır. Bunlar:

a- Talep hakları (yapılmasını talep etme),

b- Ehliyet olarak haklar; bunlar yapabilme, özgürlükler olarak algılanabilir.

c- Bir kişinin, diğer kişilerle hukuksal ilişkiler yaratması veya değiştirmesi ve dokunulmazlık anlamında, yetki ifade eden haklar,

d- Bir başka kişinin müdahalelerine karşı kişiyi özel bir yöntemle koruyan haklardır.

Bu temel haklar, tüm hukuksal ilişkilerdeki asgari müştereklerdir ve bir kişinin sahip olmayı talep edebileceği diğer haklar da bu dört kategoriden birine sokulabilir. Temel haklar, belli bir kişiye karşı kullanılan haklar olarak düşünülmelidir ve bunlar birbirinden, bir hukuksal ilişkinin karşı tarafı için beraberinde ne getirdiği ile ayrılır. Her bir tipik hak, en az iki kişi arasındaki bir hukuksal ilişki görünümündedir⁸⁷.

Yukarıdaki tanımlamalar gözönünde bulundurulduğunda şöyle bir karşılıklılık durumu ortaya çıkar:

. **Hükmi benzerlikler**, her zaman birlikte var olurlar, böylece, örneğin, bir kişinin talep hakkı varsa, bir diğer kişinin ödevi var demektir. Benzer şekilde, bir kişi yetkiye sahipse diğer kişi yükümlülük altındadır.

. **Hükmi karşıtlıklar**, aynı kişi tarafından aynı anda sahip olunamazlar. Böylece herhangi bir konuda dokunulmazlığa sahip olan kişi, aynı öznel konu ile ilgili olarak aynı anda sorumlu olmayacaktır. Bir konuda (kendisine) ehliyet verilmiş ya da özgürlük tanınmış kişi, aynı anda bir ödevle yükümlü olmayacaktır.

. **Hükmi çelişkiler**, her zaman bir hak bir kişi tarafından talep edildiği takdirde, onunla çelişik olarak bir başka kişinin bu haktan mahrum kaldığını göstermektedir. Örneğin A’nın bir şeye hakkı varsa, B de aynı şey hakkında bir ehliyete sahip olamaz. B bir şey hakkında bir yetkiye sahip olduğunda, C aynı anda bu şey ile ilgili bir dokunulmazlığa sahip olamaz.

4.3. Hukuk Normunun Kademeli Yapısı Ve Kurduğu Sosyolojik Koruma

Hak kavramı kişinin hukuken korunan menfaati olarak algılandığında, biraz yukarıda da değindiğimiz gibi, bireyle sosyal organizasyon arasındaki ilişkiyi kurmaktadır. Hukuk bir yandan haklar ve ödevler bağlantısı ile bireyin pozisyonunu belirlerken, diğer yandan henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşmesi muhtemel eylemlere ilişkin bir normatif sistem kurar⁸⁸. Bu normatif sistem kendi içinde farklı özellikler gösteren normlardan oluşur. Gerek kuralların tanıdığı haklar, gerekse kurallar arası ilişki açısından bu kademeli yapılanma daha çok hukuk dogmatığı

⁸⁶ Postner, 1981.

⁸⁷ Hart, 1961.

⁸⁸ Hart, 1961.

alanında göz önünde bulundurulur. Ancak “etkinlik” açısından normların bu hiyerarşik sisteminin ve içsel ilişkisinin hukuk sosyolojisiyle bağlantısını kurmak gerekmektedir. Sosyolojik olmaktan çok bu konunun hukuksal zemininin ağır basması, normların bu ilişkisinin hukuk sosyolojisi alanında çoğu kez göz ardı edilmesine yol açmıştır.

4.3.1 Birinci Kurallar

Bunlar ödev yükleyici temel hukuk kurallarıdır. İnsanların yapmaları ve yapmamaları gerekenleri belirleyerek toplumun üyeleri tarafından uyulması gereken zorunlulukları yaratırlar. Ceza hukuku, haksız fiil vb. bu tip kuralların örneklerindedir. Gelişmiş hukuk sistemlerinde bu kurallar normal olarak resmi organlar tarafından yaratılır, geçerli kılınır, yerine getirilir ve değiştirilir.

Ne var ki parlamentonun, mahkemelerin ve benzeri yapıların var olmadığı, “hukuk öncesi” bir toplum tasarlamak da olanaklıdır. Böyle bir toplumda da hukuk kuralları olabilir, çünkü yurttaşların çoğunluğu tarafından kabul edilmiş, benimsenmiş davranış standartlarını belirleyen, ağırlık ve otoritesinde uzlaşılan kesin kurallar bulunabilir. Bu kuralların hukuk olarak geçerliliği ise, yurttaşların kendilerini bu kurallara uyma yükümlülüğü altında hissetmelerini sağlayarak bir dönüm noktası yansıtan tutuma bağlıdır. Bu tutum da “içsel bakış açısı”dır. Bununla birlikte bu tür düzenlemeler, bir hukuk sistemi olmayacak ve yurttaşlar için bir dizi sorunu da beraberinde getireceklerdir:

. **Kesin olmama sorunu:** Belirli bir kuralın hukuk kuralı mı yoksa ahlak, örf-adet ya da din kuralı mı olduğunu belirlemek her zaman zor olacaktır.

. **Yasaların durağan doğası sorunu:** Hukuk kuralları bilinseler bile, yeni durumu kapsayacak şekilde var olan kuralda acil bir değişiklik yapılmasını veya bunu yapmayarak tamamen yeni bir kural yaratılmasını gerektiren durumlar ortaya çıkabilir. Bu kuralın tüm yurttaşların uzlaşmasıyla hızlı bir şekilde yaratılması pek de kolay olmayacaktır.

. **Verimsizlik sorunu:** Hukuk kurallarına uyulmadığında, bu ihlalin varlığını ve derecesini; ayrıca tazminatın kapsamını ve cezanın şiddetini tespit etmekte her zaman zorluk yaşanacaktır. Bu husustaki bireysel çabalar ise kaynakların boşa harcanmasına neden olacaktır.

Bu zorlukları çözmek için, birincil hukuk kuralları çerçevesinde, kuralların yaratılması, geçerli kılınması, dönüştürülmesi ve karara bağlanması süreçlerini belirleyecek farklı nitelikte kurallara ihtiyaç vardır.

4.3.2. İkincil Kurallar

Bunlar, birincil kuralların yaratılmasını ve işlemlerini düzenleyen ve sadece birincil kuralların içinde bulunduğu hukuksal düzenlemelerle ilgili yukarıda açıklanan sorunları çözmek amacıyla meydana getirilmiş, kurallar hakkındaki kurallardır. Genellikle ikincil kurallar, bazı kişilere ya da kişiler grubuna –bu tür bir yetki diğer ikincil kurallarla ilgili olarak da kullanılabilse de- özellikle birincil kurallarla ilgili bir şey yapma yetkisini verdiklerinden, yetki verici kurallardır⁸⁹.

Bir hukuk öncesi toplumda meydana gelebilecek sorunlarla ilişkili olarak, üç tür ikincil kurallar vardır:

1-Tanıma Kuralı

Bu kural, bir hukuk sisteminde diğer bütün kuralların varlığını ve geçerliliğini açıklayan nihai kuraldır. İkincil kural olarak sınıflandırılmışsa da aslında, hukuk sisteminin adeta kalbi gibidir.

⁸⁹ Hart, 1961.

Çünkü diğer kurallar, ancak bu kurala gönderme yapılmakla hukuk kuralı olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle tanıma kuralı, hukukilik ve geçerlilikle ilgili sorunları olduğu gibi, belirsizlik sorununu da çözer. Belli bir hukuk sisteminde resmi organların, hangi kuralların geçerli hukuk kuralları olduğuna karar vermek için kullandıkları biçimsel ölçüt olması bu kuralın niteliğidir⁹⁰. Dolayısıyla tanıma kuralı tek bir kural olabildiği gibi, yazıya geçmemiş ya da açıkça düzenlenmemiş de olabilir. Esasen bu kural, bir toplumdaki hukukun benimsenmiş biçimsel kaynaklarını belirleyen kurallar kümesi olabilir.

Kanun koyucu tarafından, söz konusu hukuk sisteminde çoğu kuralın hukukiliğinin ve geçerliliğinin usule uygunluğu yasalaştırılmasına bağlıdır. Öte yandan, bu ülkedeki hukuk sisteminde kabul edilmiş başka biçimsel hukuk kaynakları da olduğundan, tanıma kuralının asıl kısmına farklı öğeler de eklenmelidir. Böylece, geçerli hukukun kaynağı olarak diğer öğeleri de içeren daha kapsamlı bir tanıma kuralına ulaşabiliriz.

Tanıma kuralı, hukuk kuralı olan ve olmayan arasındaki biçimsel farkı ortaya koyarak hukukun belirsizliğinden kaynaklanan sorunları çözer. Böylelikle tanıma kuralı, hukuki ve geçerli, kesin, birincil ve ikincil kuralları sağlar. Bu şekilde tanıma kuralı, hukuk kuralları ile ahlak kuralları gibi diğer toplumsal kurallar ve insanların nasıl davranması gerektiğini belirleyen bazı zorlama biçimleri gibi diğer faktörler arasındaki ayrımın ortaya konmasına yardım eder⁹¹.

2- Değişirme Kuralları

Değişirme kuralları, bir hukuk sisteminde, ödev yükleyici birincil kurallar çerçevesinde kişilerin uymak zorunda oldukları hukuksal yükümlülüklerde değişiklik yapmayı mümkün kılmak için gereklidir. Bu değişiklikler, devletin yurttaşlara belirli ödevler yüklediği kamusal alanda olabileceği gibi, yurttaşların kendilerine ilişkin yarattıkları yasal olarak bağlayıcı belirli yükümlülüklerin bulunduğu özel alanda da söz konusu olabilir. Öyle ise değişirme kuralları iki tiptir:

i- Özel değişirme kuralları

Sözleşme hukuku kurallarında olduğu gibi, özel kişilerin diğerleriyle kurdukları hukuksal ilişkilerde değişiklik yapmayı mümkün kılar. Bu tür kurallar, kişilerin özel hakimiyet alanlarında yurttaşlara ödev yüklemekten ziyade onlara yetki verir⁹².

ii- Kamusal değişirme kuralları

Bu kurallar resmi organlara, kamusal yasama alanlarında gelişmelere uygun olarak toplumun ihtiyacı olan yasal düzenlemelerin yapılması amacıyla, hukuk sisteminin birincil ve diğer kurallarında değişiklik yapabilme yetkisini verir.

Yukarıda yasaların nitelendirilmesine ilişkin olan sınıflandırma bize, etki ve genişlik açısından çoğu zaman “hukuk” başlığı altında toplanan kümenin farklı özelliklere sahip bir yapı olduğunu gösterir. Bir yandan mantıksal tutarlılığın garantisi olarak normatif bir bütünlük farklı nitelikteki hukuk normlarıyla sağlanır; diğer yandan bir somutluk derecelendirmesiyle kişiler arası sorunların çözümü için “hukuksal karar” a çevrilebilecek bir araca dönüşür. Hukuk bu yapısal özellikleri ile güzel söz söyleme ya da tahakküm aracı olarak görünmekten çıkarak sosyal yaşamı kolaylaştıran bir organizasyon kimliğine bürünür.

⁹⁰ Hart, 1961.

⁹¹ Hart, 1961.

⁹² Postner, 1981.

4.4. Sosyal Kontrol Aracı Olarak Hukuk

Tarihsel bir betimleme yaptığımızda, modern toplumun karmaşık bir yapı gösterdiğini; toplumsal yaşamın devamının farklı nitelikte sosyal normlarla garanti altına alındığını ve başta hukuk olmak üzere yaptırımlarla desteklenerek sosyal organizasyonun bir etkinlik kazandığını görüyoruz. İşte bu etkinliğin garantisi olarak ortaya çıkan hukuki yaptırım (müeyyide), aslında sosyolojik anlamda bir sosyal kontrol mekanizması olarak tanımlanır.

Sosyal kontrol; bütün kültürel modellerin ve sosyal sembollerin örneğini betimleyen ve aynı zamanda toplumun ve onun parçası olan grupların ve üyelerin karşılıklı çelişkilerini giderme aracıdır. Sosyal kontrol, sosyal bütünleşme sürecinin çok önemli bir parçasıdır⁹³. İnsan, yaşamda bazı değer, inanç ve sosyal ilişkileri öğrenerek sosyal bir varlık haline gelir. Bütün bu öğrendiklerimiz kültür kavramı içinde değerlendirilebilir⁹⁴. Kültür, toplumda yaşayan insanların bütün öğrendikleri ve paylaştıklarını kapsayan bir bütündür. Kültür bize neyi yapıp neyi yapmamamız gerektiğini söylerken değer taşıyıcı bir yapı olarak da görünür. Değerler hangi toplumsal davranışın iyi, doğru ve arzulanan olduğunu belirten, paylaşılan ölçü ve fikirlerdir. Toplumsal yaşamın sürdürülebilmesinin zorunlu koşulu olarak ortaya çıkan ve her zaman her toplum için geçerli olacağı öngörülebilecek değerlerin varlığı yadsınamaz. Böylece olgular önce gözlemlenmekte; sonra akıl, mantık, ahlaksal duygular ve adalet gereksiniminin süzgecinden geçirilerek nelerin yapılması ya da yapılmaması gerektiği belirlenmektedir. Şu halde toplumda yaşanmış olaylara ilişkin bir yargının oluşturulmasının ve bunların “iyi” ya da “kötü” olduklarının belirlenmesinin ardından, yargıda dile getirilen değerleri güvence altına alacak dışsal kurallar somutlaştırılmaktadır⁹⁵. Her kültürde toplumsal düzeni sağlayan, bireylere yol gösteren doğru ya da yanlış olumluyu ya da olumsuzlu belirleyen kurallar, standartlar ve fikirler bulunur. Bütün bunlara norm adı verilir. Normu, yargılama ve değerlendirmenin kendisine göre yapıldığı ölçüt, uygulanması gerekli olan kural, yönerge olarak tanımlayabiliriz. Normlar yaptırımı olan kurallar sistemidir. Normlar ve değerler arasındaki en temel farklılık değerlerin soyut ve genel kavramlardan oluşması, normların ise belirgin ve yol gösterici oluşlarıdır⁹⁶. Toplumsal değerler kültürel ve özgün olmalarına ve çok dalgalı bir formülle gösterilmelerine rağmen, normların belirli, karmaşık ve özgün davranış süreçlerine dayandığını görüyoruz. Diğer yandan normların bağlayıcılıkları farklılaşabilir, çünkü aralarında derece farkları vardır. Yapmak zorundasın, yapılmalı ve yapılabilir biçiminde formüle edebileceğimiz beklentilere göre ayrılırlar. Toplumda yaşayan insanların, ne biçimde hareket edeceklerine ilişkin kuralları gösterirler. Normlar toplumda yaptırımlarla güvence altına alınmıştır. Toplumsal düzen, bu düzeni yürüten etkili bir toplumsal kontrol mekanizmasıyla sağlanır. Toplumsal kontrol toplumsallaşma süreciyle başlar ve her dönemde bireyler topluma uygun olan ve olmayan rol ve kuralları öğrenerek bu süreci gerçekleştirirler. Toplumun büyük bir çoğunluğunca benimsenen toplumsal normlara karşı gelme, uyumsuz davranma toplumsal kontrol mekanizmaları, özel olarak da hukuk düzeni tarafından engellenmeye çalışılır. Toplumsal normlara uymayan davranışlara suç ya da sapkın davranış adı verilir. Suçun ortaya çıkış süreçleri ve suç olgusu bu çalışmada başka bir bölüm içinde incelenecektir.

⁹³ Bauman, 1999.

⁹⁴ Swingewood, 1998.

⁹⁵ Can, 2002.

⁹⁶ Özkalp, 1998.

KAYNAKLAR

- Aral, V. (2001). **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Aron, Raymond. (2000) **Sosyolojik Düşüncenin Evreleri**, (Çev. Korkmaz Alemdar), Ankara: Bilgi Yayınevi.
- Bauman, Z. (1999) **Sosyolojik Düşünmek**, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul: Ayrıntı Yayınevi.
- Bottomore, T. B. (1987) **Siyaset Sosyolojisi**, (Çev. Erol Mutlu), Ankara: Teori Yayınları.
- Bottomore, T. B. (1998) **Toplumbilim**, (Çev. Ünsal Oskay), İstanbul: Der Yayınları.
- Bozkurt, G. (1996) **Batı Hukukunun Türkiyede Benimsenmesi**, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayını.
- Can, C. (1982) **Hukuk Sosyolojisi ve Tarihi Açısından Resepsiyon**, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Can, C. (2002) **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Gelişim Çizgisi**, Ankara: Seçkin Kitapevi.
- Dinçkol, A. (1996) **Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler**, HFSA, 2, 137-159.
- Durkheim, E. (1985) **Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları**, (Çev. Cemal Bali Akal) İstanbul: BFS Yayınları.
- Feeley, M. (1976) **The Concept of Laws In Social Science, A Critique and Notes on an Expanded View**, Law and Society Review, 10(3), 497-523.
- Güriz, A. (1985) **Hukuk Felsefesi**, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları,
- Gürkan, Ü. (1994) **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, (Gözden geçirilmiş 2. baskı) Ankara: Siyasal Kitapevi.
- Hart, H. L.A. (1961) **The Concept of Law**, Oxford: Clarendon.
- Işıқтаç, Y. (1992) **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Işıқтаç, Y. (1999) **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması**, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Morrison, W. (2000) **Jurisprudence**, London: Cavendish Publishing Ltd.
- Özbilgen, T. (1971) **Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, İstanbul: İ.Ü.H.F. Yayını.
- Özbilgen T. (1976) **Hukukun Sosyolojik Oluşum Prosedürü Açısından Bir Örnekleme Olarak Hak Arama Yolları**, Sosyoloji Konferansları, 3. 50-72.
- Özkalp, E. (1999) **Sosyolojiye Giriş**, (Genişletilmiş 9. bası) Eskişehir: Eğitim, Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı Yayınları.
- Pasukanis, E. (2002) **Genel Hukuk Teorisi Ve Marksizm**, (Çev. Onur Karahanoğulları) İstanbul: Birikim Yayınları.
- Postner, R. (1981) **The Economies of Justice**, Cambridge: Mass: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1971) **A Theory Of Justice**, Cambridge: Mass: Harvard University Press.
- Rhenstein, M. (1956) **Types of Reception**, Annales de la Fac. Droit d'İstanbul, 6.

- Swingewood, A. (1998) **Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi**, (Çev. Osman Akınhay) Ankara: Bilim Ve Sanat Yayınları
- Serif, M. (1985) **Sosyal Kuralların Psikolojisi**, İstanbul: Alan Yayıncılık.
- Topçuoğlu, H. (1960) **Hukuk Sosyolojisi**, (cilt 1) Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları.
- Topçuoğlu, H. (1984) **Hukuk Sosyolojisi**, (cilt:2), Ankara: Işın Yayıncılık.
- Ülken, H. Z. (1942) **İçtimai Üst Yapı Olarak Hukuk Tetkiklerine Giriş**, sosyoloji Dergisi 2, 22-66.
- Ünsal, A. (1980) **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara: SBF Yayınları.
- Weber, M. (1967) **Rechtssoziologie**, Berlin: Neuwied.
- Weber, M. (2002) **Sosyolojinin Temel Kavramları**, (Çev. Medeni Beyaztaş,) İstanbul: Bakış Yayınları.