

Buna karşılık olarak, her iki kavramın birlikte ele alınarak tartışılmasında daha bütünlüklü bir perspektifin sağlanacağı da söylenebilir.

Yansızlık ister tekil ister bağımsızlık kavramıyla birlikte ele alınsın; kanımca somut gerçeği kavramak ve anlamak, makul bir tarafsızlık beklentisi inşa etmek ve yargı kararlarına karşı daha yapıcı eleştiriler üretmek bakımından, ön yargılı, sloganik yaklaşımlar yerine aydınlatıcı sorulara gereksinimiz var. Tüketici savını içermeyen aşağıdaki sorular gibi:

•Mutlak bir tarafsızlığın insan-özne-yargıç açısından olanaklı bulunup bulunmadığı?

•Makul bir tarafsızlık beklentisinin gerçekleşmesi için, yargı bağımsızlığının

hukuksal ve yapısal koşullarının var olup olmadığı?

•Yargıcın karar veya davranışlarında açık veya örtük şekilde referans yapılan ideolojik motiflerin yargıcın kültürel kimliğinin bir yansıması mı, yoksa stratejik bir rol algısının sonucu mu olduğu?

•Yargılama sürecini ve kararın oluşumunu ideolojik (başat-tikel) manipülasyondan koruyabilecek entelektüel ve bağımsız yargıç kimliğinin edinilmesi için zorunlu yapısal, düşünsel ve kültürel koşulların mevcut olup olmadığı?

•Bununla bağlantılı olarak: Sistemin; vicdanın yerini görevin aldığı, bağımsız yargıç kimliği yerine iktidarla özdeşleşen bürokrat yargıç kişiliği üretmeye eğilim gösterip göstermediği?

Hukuk Sosyolojisindeki Kuramsal Kırılmalar¹

Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ*

Toplumsal bir kurum olarak hukuku yine toplumbilimle incelemenin ya da araştırmanın çok doğal ve makul bir yaklaşım tarzı olduğu düşünülebilir. Ancak tarihsel olaylar akla bu denli açık görünen bu gerçeği doğrular biçimde gelişmemiş; hukuk ile toplum, hukukun yapımı, yürürlüğü ile toplumsal grup ve tabakalar arasındaki ilgi ve bağlantılar bir türlü açıkça ortaya konulamamış, hukuk çok farklı yerlerde aranmış, farklı tarzlarda araştırılmaya çalışılmıştır. Yani gerek hukukun yapımının, normun oluşumundan yürürlüğüne kadarki sürecin, gerekse hukukun uygulamasının toplumsallığı yeterince anlaşılammış ya da ihmal edilmiştir. Tarihsel olarak hukukun toplumsal olanla ilişkilendirme biçimine bakıldığında, bu bağlantı biçimlerinin dönemin koşullarının etkisiyle ortaya çıkan, bunların dar anlamda sonuçları ya da geniş anlamda özelemler oldukları görülmüştür.

Hukuku, sistematik olarak toplumla ilişkisi bağlamında ortaya koymak içinse (tarihsel süreçteki çok değerli fakat münferit çabaların dışında) hukuk sosyolojisinin ortaya çıkması gerekmiştir. Bununla birlikte Comte ile başladığı kabul edilen sosyoloji ile neredeyse eş

zamanlı olarak ortaya çıkan hukuk sosyolojisinde, disiplinler arası olmanın baskın olarak görülmüş, genelde de derinden sürekli olarak kendini hissettirmiştir.² Sosyoloji alanında çalışanlarla, hukukçular bu bilim dalında yapılacak araştırmalar ve kuramsal çalışmalar konusunda hep, neredeyse paradoksal bir zorlukla karşı karşıya kalmışlardır: Bir yandan sosyologların genel olarak sosyal norm oluşumu ya da karakterine ilişkin yaptıkları inceleme ve vardıkları sonuçlar hukuk açısından çok da tatminkar görülmemiştir. Hukukçular ise tekniğine hakim oldukları hukukun doğası ya da doğuşu, uygulanması ve ortadan kalkışı konusunda yine resmi hukuk metinlerde yazanın, prosedürel olanın ötesine geçmekte zorlanmışlardır. Geçen yüzyılın ilk yarısında ise yalnızca bu bilimi konu edinen, bu ikiliği aşma yolunda önemli bir gelişmeye inza atan iki temel karakter de (Gurvitch ile Timasheff) ortaya çıkmıştır. **Ancak bu dezavantaj, bu ikilik hem hukuk sosyolojisinin tarihini hem de kuramsal dönüşüm ve kırılmaları ortaya çıkaran en önemli öğedir.**

Hukuk sosyolojisi bir yandan Comte, Durkheim, Weber (ya da Marx

(1) Bu metnin "Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi" adlı, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Dergisi'nde yayınlanan (3. Dizi 16. Sayı, 2008/1, İ.Ü. Basım ve Yayınevi, İstanbul 2009) makalem ile büyük bölümü ortaktır.

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(2) İlk kez D. Anzilotti, *Filosofia Del Dritto e la Sociologia* adlı yapıtında "sociologia Juridica" ifadesini kullanmıştır, bkz. Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2. Bası, Siyasal Yay., Ankara 1994, s.44.

ve daha sonra da Habermas) gibi sosyolojinin köşe taşı olan kuramcılarının çalışmaları ile kendini bulurken, onların toplumsal olana ilişkin çalışmalarında az ya da çok ağırlığı olan bir bölümü oluştururken diğer yandan da Gény, Savigny (onun katkısı ya da etkisi tartışılır olmakla birlikte) Pound gibi hukukçuların çabaları ya da hataları(!) ile kimlik kazanmıştır. Bu konuda özellikle Gurvitch ve Timasheff'i anmak gerekir çünkü bu iki isim, yukarıda değinilen sosyologlar ya da hukukçulardan farklı olarak, hukuk sosyolojisinin, yani sosyoloji ya da hukukun değil, gerçek temsilcileri olmuşlar, spesifik olarak hukuk sosyolojisi çalışmışlar ve bu bilimin var olmasına büyük katkıda bulunmuşlardır.³

Hukuk sosyolojisi tarihsel süreçte, hem Kıta Avrupa'sı hem de Amerika'da egemen olan, hukuku yalnızca kavramlardan ve bunlar arasındaki mantıksal ilişkilerden ibaret gören anlayışın egemen olduğu bir dönemde (1800'lerin sonu ve 1900'lerin başında) tepkisel hareketler biçiminde ortaya çıkmıştır. Özellikle ilginç olan nokta hukuka egemen olan klasik anlayışın ve buna karşı gelişen sosyolojik tepkinin her ikisinin de aslında Aydınlanma kökenli olmasıdır. Ancak ilki Aydınlanma'nın erken dönemi ya da rasyonalist yönünü esas alırken ikincisi geç dönemi ya da felsefi pozitivismi temel almaktadır. Bu kavramcı yaklaşımı Fransa'da Yorumcu Okul, Anglo – Sakson dünyada Bentham ve Austin'in görüşlerine dayanan Analitik Pozitivizm ve Almanya'da Kavramlar İctihadı (ya da Tarihçi Hukuk

Okulu) temsil etmektedir.⁴ Aşağıda kısaca değinilecek olan hukukla ilgili kabulleri birbirlerinden oldukça farklı olsa da bu yaklaşımlar sonuçta hukukla sosyal gerçeklik arasındaki bağı bir biçimde koparmaktadırlar.

Öncelikle Fransa'daki gelişmeye bakıldığında döneminde olağanüstü ses getiren bir hukuk yapıtının Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil ya da Code Napoléon), hukukla özdeşleştirildiği, artık bu yasanın alanındaki tüm sorunları çözdüğüne ya da çözebileceğine inanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla hukuk, bu görüş açısından bakıldığında özetle, yalnızca kanun yorumuna indirgenmektedir. Analitik Pozitivizm için de sonuç hemen aynı olmakla, yani hukukla kanun özdeşleştirilmekle ve böylece de hukuk kanun koyucunun iradesine indirgenmekle birlikte izlenen yol oldukça farklıdır. Hukuku keyfilikten kurtarıp nesneliği yakalamak, çeşitlenen ekonomik ve sosyal gereksinimleri karşılamak için reform yapmakla görevlendirilen Austin, Bentham'ın yararçı felsefesi ve insan psikolojisi anlayışını esas alarak hukuku bu amaçlar doğrultusunda analitik ve normatif hukuk bilimi olarak iki temel alana ayırmıştır.⁵ Analitik hukuk bilimi pozitif hukukun, yani egemenin ciddi tehditlerle yaptırımlandırılmış istekleri olan emirlerin açıklanması, kavramsal ve mantıksal ilişki ile bağlantılarının saptanması, sonuçta onun olduğu gibi ortaya konulması ile ilgilidir. Oysa normatif hukuk bilimi, olan hukuku değil olması gereken hukuku tartışıp, değerlendirmeler yapacak disiplindir. Austin kendi açısından bu

ikili ayrımla hukuku Doğal Hukuk'tan, ahlaki ya da dini spekülatif düşünceden kurtarmaya çalışmaktadır. Ancak gerek analitik gerekse normatif hukuk biliminin sosyal gerçeklikle ilgilenmemesi Fransız muadilinde olduğu gibi hukuku kanuna, hukuk bilimini de kanun metni üzerinde çalışmaya indirgeme sonucuna ulaşmaktadır. Austin'in kuramında sosyal gerçekliğe açık tek kapı vardır. O da egemene itaatin kaynağının alışkanlığa bağlanmasıdır. Çünkü hiçbir yaptırım tüm bir halkı egemene itaate zorlayacak güçte değildir. Ancak bu kapı hem hukuk ve sosyal gerçeklik ilişkisinin niteliğini ortaya koymaktan uzak hem de Austin'in kuramı açısından tutarsızdır.⁶

Bu konuda özellikle Tarihçi Hukuk Okulu'nun görüşleri ilk bakışta farklılık arz eder ve ilginçtir çünkü bu anlayış kanun koyucunun hukuku yaratmadığını yalnızca var olan hukuku saptamakla yetindiği ileri sürmektedir. Bu anlayışın temel figürü Savigny'ye göre hukuk halkın içinden, toplumdan zamanla gelişerek ortaya çıkar. Her halkın sahip olduğu kültürel birikim, örf adetler, ananeler, var oluş efsaneleri bir halk ruhu meydana getirir ki, işte tıpkı dil gibi bu halk ruhu, halk hukukunu kendiliğinden oluşturacaktır. Kanun koyucunun görevi bu hukukun oluşmasını bekleyip, yazılı hale getirmektir.⁷ İlk bakıştan sosyal gerçekliği dikkate alır bir izlenim veren Tarihçi Okul halk ruhunu ve hukukunu saptamak için gittikçe artan bir özenle sosyal gerçekliğe yönelmek yerine, gittikçe mistik bir renk kazanarak aksine sosyal gerçeklikten uzaklaşarak

koyu bir kavramcılığa saplanıp kalmıştır. Ancak hukuku sonradan mecrasından uzaklaştırılacak olsa da, kanun koyucunun iradesi olmaktan çıkaran bu anlayışın olumsuz olduğu kadar (örneğin aşırı milliyetçi akımlara teorik destek sağlamak) olumlu etkileri de (sosyolojik tepkinin ve hatta hukuk sosyolojisinin, örneğin Ehrlich, Kantorowicz, Yargıç Holmes ya da Gurvitch gibi, kurucularına zemin hazırlamak)⁸ olmuştur.

Sonuçta hukukun kapalı bir sistem olarak iç gerçeklik ve tutarlılığını amaç edinen ve bununla yetinen hatta, bunun hukukun tek gerçeği olduğunu ve nesnel, yeknesaklık, kesinlik ve tahmin edilebilirlik açısından tek gerçeği olması gerektiğini ileri süren görüşlere ve genel geçer anlayışa karşı sosyolojik temelli bir tepki; hukuka gerçekte nasılsa, nasıl uygulanıyor ya da yaşanıyor öyle ya da bilimsel olarak bakmak isteyen ve bu gereksinimi hissedenden bir dönemde, hukuk bilimi (jurisprudence, juristic science), hukuk kuramı (legal theory) ya da hukuk felsefesinin (philosophy of law) bir eleştirisi olarak ortaya çıkmıştır. Bu tepki Almanya'da Serbest Okul, Fransa'da Serbest Bilimsel Araştırma ya da Bilimsel Araştırma Okulu, Amerika'da ise Hukuki Realizm ya da Sosyolojik Hukuk Bilimi akımları tarafından temsil edilmiştir. Bu yaklaşımların, yani hukuk sosyolojisinin doğumuna ve olgunlaşmasına yol açan hareket ve anlayışların, eleştirel olma ve sosyal gerçekliği bir biçimde dikkate alma gibi temel kabulleri dışında çok çeşitli görüş ve düşüncelere yer verdikleri söylenebilir. Ancak yine de yukarıdaki iki temel ka-

(3) Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Paul Kegan, Trench Trubner & Co. LTD., London 1947; N. S. Timasheff, *An Introduction To The Sociology Of Law*, Harvard Uni., Cambridge 1939.

(4) Mauricio Garcia Willegas, "Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships and Social Sciences in Europe and United States", *Law and Social Inquiry*, Vol. 31 Issue 2, 343-382, Spring 2006, s.349; Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C.1, 2. Bası, A.Ü. Huk. Fak. Yay., Ankara 1963, ss.16-29.

(5) John Austin, *Lectures On Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 5th Ed., Vol. 1, Lowe and Brydone 1885, ss.32, 80.

(6) Benzer bir tutarsızlığın farklı bir boyutta, Austin'in çok ileri bir versiyonunu sunan Normativist Pozitivist H. Kelsen'in kuramında tüm hukuk sisteminin etkililiğinde yani toplumda tek hukuk sistemi olarak uygulanıyor olmasında ve temel norm varsayımının kabulünde ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6. Bası, Siyasal Yay., Ankara 2003, ss.335-354.

(7) Niyazi Öktem, Ahmet U. Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 2. Bası, Der Yay., İstanbul 2001, ss.338-341; Güriz, ss.227-236.

(8) Willegas, s.351 vd.

ve daha sonra da Habermas) gibi sosyolojinin köşe taşı olan kuramcılarının çalışmaları ile kendini bulurken, onların toplumsal olana ilişkin çalışmalarında az ya da çok ağırlığı olan bir bölümü oluştururken diğer yandan da Gény, Savigny (onun katkısı ya da etkisi tartışılır olmakla birlikte) Pound gibi hukukçuların çabaları ya da hataları(!) ile kimlik kazanmıştır. Bu konuda özellikle Gurvitch ve Timasheff'i anmak gerekir çünkü bu iki isim, yukarıda değinilen sosyologlar ya da hukukçulardan farklı olarak, hukuk sosyolojisinin, yani sosyoloji ya da hukukun değil, gerçek temsilcileri olmuşlar, spesifik olarak hukuk sosyolojisi çalışmışlar ve bu bilimin var olmasına büyük katkıda bulunmuşlardır.³

Hukuk sosyolojisi tarihsel süreçte, hem Kıta Avrupa'sı hem de Amerika'da egemen olan, hukuku yalnızca kavramlardan ve bunlar arasındaki mantıksal ilişkilerden ibaret gören anlayışın egemen olduğu bir dönemde (1800'lerin sonu ve 1900'lerin başında) tepkisel hareketler biçiminde ortaya çıkmıştır. Özellikle ilginç olan nokta hukuka egemen olan klasik anlayışın ve buna karşı gelişen sosyolojik tepkinin her ikisinin de aslında Aydınlanma kökenli olmasıdır. Ancak ilki Aydınlanma'nın erken dönemi ya da rasyonalist yönünü esas alırken ikincisi geç dönemi ya da felsefi pozitivist temel almaktadır. Bu kavramcı yaklaşımı Fransa'da Yorumcu Okul, Anglo – Sakson dünyada Bentham ve Austin'in görüşlerine dayanan Analitik Pozitivizm ve Almanya'da Kavramlar İçtihadı (ya da Tarihçi Hukuk

Okulu) temsil etmektedir.⁴ Aşağıda kısaca değinilecek olan hukukla ilgili kabulleri birbirlerinden oldukça farklı olsa da bu yaklaşımlar sonuçta hukukla sosyal gerçeklik arasındaki bağı bir biçimde koparmaktadırlar.

Öncelikle Fransa'daki gelişmeye bakıldığında dönemde olağanüstü ses getiren bir hukuk yapıtımın Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil ya da Code Napoléon), hukukla özdeşleştirildiği, artık bu yasanın alanındaki tüm sorunları çözdüğüne ya da çözebileceğine inanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla hukuk, bu görüş açısından bakıldığında özetle, yalnızca kanun yorumuna indirgenmektedir. Analitik Pozitivizm için de sonuç hemen aynı olmakla, yani hukukla kanun özdeşleştirilmekle ve böylece de hukuk kanun koyucunun iradesine indirgenmekle birlikte izlenen yol oldukça farklıdır. Hukuku keyfilikten kurtarıp nesnelliği yakalamak, çeşitlenen ekonomik ve sosyal gereksinimleri karşılamak için reform yapmakla görevlendirilen Austin, Bentham'ın yararcı felsefesi ve insan psikolojisi anlayışını esas alarak hukuku bu amaçlar doğrultusunda analitik ve normatif hukuk bilimi olarak iki temel alana ayırmıştır.⁵ Analitik hukuk bilimi pozitif hukukun, yani egemenin ciddi tehditlerle yaptırımlandırılmış istekleri olan emirlerin açıklanması, kavramsal ve mantıksal ilişki ile bağlantılarının saptanması, sonuçta onun olduğu gibi ortaya konulması ile ilgilidir. Oysa normatif hukuk bilimi, olan hukuku değil olması gereken hukuku tartışıp, değerlendirmeler yapacak disiplindir. Austin kendi açısından bu

ikili ayrımla hukuku Doğal Hukuk'tan, ahlaki ya da dini spekülasyon düşünceden kurtarmaya çalışmaktadır. Ancak gerek analitik gerekse normatif hukuk biliminin sosyal gerçeklikle ilgilenmemesi Fransız muadilinde olduğu gibi hukuku kanuna, hukuk bilimini de kanun metni üzerinde çalışmaya indirgeme sonucuna ulaşmaktadır. Austin'in kuramında sosyal gerçekliğe açık tek kapı vardır. O da egemene itaatin kaynağının alışkanlığa bağlanmasıdır. Çünkü hiçbir yaptırım tüm bir halkı egemene itaate zorlayacak güçte değildir. Ancak bu kapı hem hukuk ve sosyal gerçeklik ilişkisinin niteliğini ortaya koymaktan uzak hem de Austin'in kuramı açısından tutarsızdır.⁶

Bu konuda özellikle Tarihçi Hukuk Okulu'nun görüşleri ilk bakışta farklılık arz eder ve ilginçtir çünkü bu anlayış kanun koyucunun hukuku yaratmadığını yalnızca var olan hukuku saptamakla yetindiği ileri sürmektedir. Bu anlayışın temel figürü Savigny'ye göre hukuk halkın içinden, toplumdan zamanla gelişerek ortaya çıkar. Her halkın sahip olduğu kültürel birikim, örf adetler, ananeler, var oluş efsaneleri bir halk ruhu meydana getirir ki, işte tıpkı dil gibi bu halk ruhu, halk hukukunu kendiliğinden oluşturacaktır. Kanun koyucunun görevi bu hukukun oluşmasını bekleyip, yazılı hale getirmektir.⁷ İlk bakıştan sosyal gerçekliği dikkate alır bir izlenim veren Tarihçi Okul halk ruhunu ve hukukunu saptamak için gittikçe artan bir özenle sosyal gerçekliğe yönelmek yerine, gittikçe mistik bir renk kazanarak aksine sosyal gerçeklikten uzaklaşarak

koyu bir kavramcılığa saplanıp kalmıştır. Ancak hukuku sonradan mecrasından uzaklaştırılacak olsa da, kanun koyucunun iradesi olmaktan çıkaran bu anlayışın olumsuz olduğu kadar (örneğin aşırı milliyetçi akımlara teorik destek sağlamak) olumlu etkileri de (sosyolojik tepkinin ve hatta hukuk sosyolojisinin, örneğin Ehrlich, Kantorowicz, Yargıç Holmes ya da Gurvitch gibi, kurucularına zemin hazırlamak)⁸ olmuştur.

Sonuçta hukukun kapalı bir sistem olarak iç gerçeklik ve tutarlılığını amaç edinen ve bununla yetinen hatta, bunun hukukun tek gerçeği olduğunu ve nesnel, yeknesaklık, kesinlik ve tahmin edilebilirlik açısından tek gerçeği olması gerektiğini ileri süren görüşlere ve genel geçer anlayışa karşı sosyolojik temelli bir tepki; hukuka gerçekte nasılsa, nasıl uygulanıyor ya da yaşanıyor öyle ya da bilimsel olarak bakmak isteyen ve bu gereksinimi hisseden bir dönemde, hukuk bilimi (jurisprudence, juristic science), hukuk kuramı (legal theory) ya da hukuk felsefesinin (philosophy of law) bir eleştirisi olarak ortaya çıkmıştır. Bu tepki Almanya'da Serbest Okul, Fransa'da Serbest Bilimsel Araştırma ya da Bilimsel Araştırma Okulu, Amerika'da ise Hukuki Realizm ya da Sosyolojik Hukuk Bilimi akımları tarafından temsil edilmiştir. Bu yaklaşımların, yani hukuk sosyolojisinin doğumuna ve olgunlaşmasına yol açan hareket ve anlayışların, eleştirel olma ve sosyal gerçekliği bir biçimde dikkate alma gibi temel kabulleri dışında çok çeşitli görüş ve düşüncelere yer verdikleri söylenebilir. Ancak yine de yukarıdaki iki temel ka-

(3) Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Paul Kegan, Trench Trubner & Co. LTD., London 1947; N. S. Timasheff, *An Introduction To The Sociology Of Law*, Harvard Uni., Cambridge 1939.

(4) Mauricio Garcia Willegas, "Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships and Social Sciences in Europe and United States", *Law and Social Inquiry*, Vol. 31 Issue 2, 343-382, Spring 2006, s.349; Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C.1, 2. Bası, A.Ü. Huk. Fak. Yay., Ankara 1963, ss.16-29.

(5) John Austin, *Lectures On Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 5th Ed., Vol. 1, Lowe and Brydone 1885, ss.32, 80.

(6) Benzer bir tutarsızlığın farklı bir boyutta, Austin'in çok ileri bir versiyonunu sunan Normativist Pozitivist H. Kelsen'in kuramında tüm hukuk sisteminin etkililiğinde yani toplumda tek hukuk sistemi olarak uygulanıyor olmasında ve temel norm varsayımının kabulünde ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6. Bası, Siyasal Yay., Ankara 2003, ss.335-354.

(7) Niyazi Öktem, Ahmet U. Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 2. Bası, Der Yay., İstanbul 2001, ss.338-341; Güriz, ss.227-236.

(8) Willegas, s.351 vd.

bule ek olarak bazı ortak özelliklere sahip oldukları söylenebilir.⁹

1. Hukukun biricikliğini reddetmek, hukuku yalnızca sosyal kontrol araçlarından biri olarak kabul etmek.

2. Hukuk bilimini, kavramlar bilimi olarak tanımlamayı, kapalı bir mantıksal düzen olarak görmeyi reddetmek. Özellikle mevcut hukukun biçimsel, mantıksal analizinin 20. Yüzyılın ürettiği yeni sorunlara çözüm getiremediğini Geny'nin vurgulaması, kavram bilimi anlayışının reddine zemin hazırlamıştır.

3. Hukuku yazılı kurallardan ibaret olarak görmeyi sistemli biçimde reddetme ve gerçekte ne olduğunu görmede ısrar etme. Özellikle Amerikan kaynaklı olan hukuki realizm ya da sosyolojik hukuk bilimi akımının temeli olarak kabul edilecek olan adeta Kartezyen kuşku ile gerçekte olana ilgi yalnızca Amerika ile sınırlı değildir. Realistlerin olgu kuşkuculuğu (dava dosyasına yansıyan olguların gerçekte olanlarla örtüşüp örtüşmediğine ilişkin güvensizlik) ile karar kuşkuculuğu (mahkemelerin gerçekten kuralları izleyip karar verdiklerine ilişkin güvensizlik), Pound'un uygulamadaki hukuk (law in action) kavramlarına karşılık Ehrlich'in karar vermek için kurallar ile yaşayan hukuku (living law) ayrımı vardır.¹⁰

4. Sosyal gerçekliği doğal değil insan eliyle kurulmuş kabul ederek rölativizmi esas alan bir yaklaşımı benimseme. Nihai bir değer teorisi ya da çatışmalar için doğal çözümlerin bulunabileceği olasılığının (yani, belki Grotius'un a posteriori doğal hukuku ya

da Stammeler'in değişken içerikli doğal hukuku dışında) geniş anlamıyla doğal hukuk anlayışının reddi.¹¹

5. Daha etkin bir hukuk bilimini yapılandırmak için hukuk sosyolojisi birikiminden seçki yapıldığı ölçüde aynı zamanda sosyal bilimlerin yöntemlerini de kullanmak.

6. İçeriği ya da nasıl ulaşılabileceği kesin olarak tanımlanmamakla birlikte sosyal adalete duyulan sürekli ilgi.

Hukuka sosyolojik yaklaşımlar, Aydınlanma ve Sanayi Devrimi süreciyle çok hızlı bir değişim yaşayan Batı toplumlarının karşılaştığı yeni sorunları çözme uğraşında kavramcılığın getirdiği çözümlerin yeterli olmadığını gösterebilmişlerdir. Ancak bu sorun merkezli belirlenme ya da deyim yerindeyse güdülenme, Pound'un hukuku sosyal mühendislik aracı olarak kabulüyle zirveye ulaşan bir indirgemeciliği ve aceleciliği ortaya koymaktadır. Uzun bir dönemde ayrıntılı ve tutarlı bir teorik alt yapı oluşturmadan çok hemen sorun çözmeye, hukuk yapımında, yargı sisteminde ya da hukuk eğitiminde reforma gitme arzusu ile hareket eden sosyolojik yaklaşımlar bu biçimleriyle daima eksik kalmışlardır. Ancak bu akımların çok ilginç bir sonucu daha vardır ki, yalnızca hukuk sosyolojisi ile ilgili değildir.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uygulanan bir sınıflandırma, hukukla ilgili branşları iki gruba toplama anlayışı, hukuk bilimi, hukuk felsefesi ya da hukuk genel teorisi gibi alanları bir gruba, hukuk sosyolojisini ise diğer bir gruba koyma biçimindeydi. Oysa sos-

(9) M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6th Ed., Sweet & Maxwell LTD., London 1994, ss.509-510 ve dn. 2-7 vurgular bana ait.

(10) Hukuki Realizm konusunda bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, A.Ü. Huk. Fak. Yay., Ankara 1967; Ahmet U. Türkbağ, "Hukuki Realizm Akımı", *HFSA* 5.4 Haz. H. Ökçesiz, İstanbul Barosu, İstanbul 2002, ss.105-114, Ehrlich için bkz. Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2nd Ed., Butterworths, London 1992, ss.25-28.

(11) Grotius için bkz. Öktem - Türkbağ, s.142-143; Stammeler için bkz. Güriz, ss.383-386.

yolojik karşı çıkış hukuk felsefesi ya da biliminden gelen (özellikle doğal hukuk ya da hukuki pozitivizmden) tüm itirazlara rağmen sanıldığı gibi yalnızca hukuk sosyolojisinin bağımsız bir disiplin olarak ortaya çıkmasını sağlamamış aynı zamanda hukuka tüm teorik yaklaşımları (sosyolojik alanı temel almasalar da) bir ölçüde sosyolojik renge boyamıştır. Günümüzde hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisi yöntemsel ya da teorik olarak oldukça farklı alanlar biçiminde görülmelerine rağmen birbirlerine oldukça yaklaşmış bulunmaktadır.¹²

SOSYOLOJİK HUKUK BİLİMİNDEN HUKUK SOSYOLOJİSİNE

Comte'un, kitabının 47. dersi'nde ilk kez 'sosyoloji' sözcüğünü 1893'te kullanmasıyla hemen eş zamanlı olarak 1892'de İtalyan Anzilotti de kitabında 'Sociologia Juridica' ifadesine yer vermiş ve hukuk sosyolojisini hukuki olayların ampirik incelemesi biçiminde özetlemiştir.¹³ Böylece bir alt dal olarak bağlı olduğu bilim dalıyla hemen aynı anda adı konulan hukuk sosyolojisi günümüze değin iki ana kaynaktan beslenmektedir. Bir yandan Durkheim, Marx, Weber gibi sosyolojik düşüncenin ana duraklarının hukuka ilişkin görüşleri hukuk sosyolojisi açısından önemli bir teorik alt yapı sağlarken, Gurvitch, Timasheff, Luhmann gibilerinin çalışmaları hukuk sosyolojisinin genel sosyolojiden kesin çizgilerle ayrılmasına olanak sağlamıştır. Sosyal alanın hemen hemen tümünde olduğu biçimde hukuk sosyolojisinin üzerinde ittifak edilen bir tanımı ya da bölünmesi yoktur. Ancak en genel kabul gördüğü düşünülen

tanım, bölünme ya da konu alanlarına hukuk sosyolojisini olabildiğince yalın biçimde tanıtmak için yer vermek gerekir.

"Hukuk sosyolojisi, hukuku sosyal olgu, dolayısıyla toplumsal yaşamın hem ürünü hem de düzenleyicisi olarak ele alan, doğuş, gelişim ve değişimini etkileyen toplumsal (faktörlerle) karşılıklı ilişki ve etkileşimini inceleyen bir bilim dalıdır".¹⁴ Daha kısa ve uzun tanımlar bulunmakla birlikte bu tanım hukuk sosyolojisi açısından, eğer bir tanım vermek gerekiyorsa, amaç, kapsam ve yöntemi içerdiği için yeterli görünmektedir. Hukuk Sosyolojisinin dallarıyla ilgili Gurvitch'in yaptığı sınıflama da şöyledir:¹⁵ Teorik hukuk sosyolojisi; sosyal hayatın sosyolojik olarak incelenmesi, sosyallik biçimleriyle sosyal gerçeklik düzeylerinin bir işlevi olarak hukukun görünümünü yani hukukun sosyal kaynaklarını inceleyen sistematik - mikro hukuk sosyolojisi, hukuku kolektif birimlere yani onu oluşturan topluluk türlerine göre inceleyen diferansiyel hukuk sosyolojisi ya da hukuki tipoloji ve belirli toplum tiplerinde hukukun değişme, gelişme ve yok olma eğilim ve faktörlerini araştıran yani hukuku değişen dinamik bir süreçte ele alan genetik ya da makro hukuk sosyolojisi olarak üçe ayrılır.

Ancak tanımlar ve ayrımlar oldukça çeşitli olduğundan bu alanda tanım vermemek bir bakıma gelenekleşmiştir. Bazı yazarlar doğrudan hukuka sosyolojik bakışı anlatmayı denemekte ya da sosyolojik açıdan yapılan hukuk tanımlarını vererek işin mahiyetini ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Örneğin Cotterell, Mills'in 'sosyolojik imgelem' kavramını tanıtmakta Vago ise bazı önemli teorisi-

(12) Krş. Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, London 1992, s.3.

(13) Gürkan, *Hukuk Sosyolojisi*, ss.14, 44.

(14) Gürkan, *Hukuk Sosyolojisi*, s.45.

(15) Gurvitch, *Sociology of Law*, ss.48-49; Gürkan, *Hukuk Sosyolojisi*, s.54.

yenlerin tanımlarına yer vermektedir.¹⁶ Ancak tüm bu tartışmalara rağmen hukuk sosyolojisinin, hukuku veri olarak aldığı ve onu değişim meydana getirme, uyumsuzluk çözme ya da politika yerleştirmede kullanılan bir araç olarak yani kısaca etkinliği ile tanımladığı kabul edilmektedir.¹⁷ Hukuk sosyolojisinin temelinde hukuku, sosyal kontrol araçlarından biri olarak kabul ettiğini de, itirazlara rağmen, söylemek mümkündür.¹⁸

Çoğu araştırmacı ise tanımını vermek yerine hukuk sosyolojisinin görevlerini saptamaya yönelmekte, özellikle onu hukuk felsefesi ya da hukuk bilimi alanından ayırmak için gereken ölçütleri ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu bağlamda hukuk sosyolojisinin çalışma alanını, örneğin Milovanovic, aşağıdaki başlıklarda saptamıştır:¹⁹

1. Sosyal kontrol biçimlerinin evrimi, istikrarı, işlevi ve haklılaştırılması;
2. Belirli bir siyasal ekonomik düzenle bağlantıları içinde hukuki düşünme ve akıl yürütme biçimleri;
3. Meşrulaştırma ilkeleri ve onlarla birlikte tedricen gelişen sonuçlar;
4. Sosyal kontrol ile onu destekleyen uzman kadro biçiminin gelişme "nedenleri";
5. Hukuki akıl yürütmenin "doğru" yöntemlerinin yayılması;
6. Hukuki öznenin biçimsel, soyut ve evrensel haklarla yaratılması;

7. Kullanımdaki hukuki-dilsel tutarlı sistemin ve onun siyasal ekonomik alanla bağlantısının evrimi ve

8. Hukuk biçimindeki özgürlük ve zorlamanın derecesi.

Hukuk sosyolojisi ile ilgili sayılan görevlerin bakış açısına göre değiştiği de açıktır. Milovanovic'in Marksist renkteki saptaması yanında diğer birçok yazar hukuk sosyolojisine hukukun yapılması, uyumsuzluk çözümü, hukuk mesleğinin icrası ile ilgili görevler verebilmektedirler. Doğal olarak hukuk eğitimi de hukuk sosyolojisinin konu alanı içindedir.

Hukuk sosyolojisiyle ilgili belirtilmesi gereken son bir nokta da yapılan bir çok ampirik araştırma ve teorik birikime rağmen hukuk sosyolojisi alanında daha yapılacak çok iş olduğudur. Ayrıca ülkemiz de Anadolu coğrafyasının tarihsel-kültürel çeşitliliği ile bu konuda zengin imkanlar sunmaktadır. Son dönemlerde tartışılan bir çok soruna bakıldığında, bunların neredeyse tümünün kolayca çözülmesi için değilse bile çok daha iyi aydınlatılması ve ele alınabilmesi için hukuk sosyolojisi alanında yapılacak çalışmalara gereksinim olduğu açıkça görülmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

•Austin, John, Lectures On Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, 5th Ed., Vol. I, Lowe and Brydone 1885.

•Can, Cahit, Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi, Savaş Yay., Ankara 1993.

•Cotterrell, Roger, The Sociology of Law, 2nd Ed., Butterworths, London 1992.

•Fitzpatrick, Peter, The Mythology of Modern Law, Routledge, London 1992.

•Freeman, M. D. A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence, 6th Ed., Sweet & Maxwell LTD., London 1994.

•Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 6. Bası, Siyasal Yay., Ankara 2003

•Gürkan, Ülker, Hukuki Realizm Akımı, A.Ü. Huk. Fak. Yay., Ankara 1967.

•Hukuk Sosyolojisine Giriş, 2. Bası, Siyasal Yay., Ankara 1994.

•Gurvitch, Georges, Sociology of Law, Paul Kegan, Trench Trubner & Co. LTD., London 1947.

•Işıқтаç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, Alkim Yay., İstanbul 1997.

•Milovanovic, Dragan, An Introduction to The Sociology of Law, 3rd. Ed., Criminal Justice Press, New York 2003.

•Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 12. Bası, Beta, İstanbul 2005.

•Önen, Mesut, Hukukun Temel Kavramları, 5. bası, Beta Yay., İstanbul 1999.

•Öktem, Niyazi, Ahmet U. Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 2. Bası, Der Yay., İstanbul 2001.

•Topçuoğlu, Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.1, 2. Bası, A.Ü. Huk. Fak. Yay., Ankara 1963.

•Türkbağ, Ahmet U., "Hukuki Realizm Akımı", HFSA S.4 Haz. H. Ökçesiz, İstanbul Barosu, İstanbul 2002.

•Vago, Steven, Law and Society, 8th ed., Pearson Prentice Hall, New Jersey 2006.

•Willegas, M. Garcia, "Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships and Social Sciences in Europe and United States", Law and Social Inquiry, Vol. 31 Issue 2, 343-382, Spring 2006.

•Yücel, M. Tören, Hukuk Sosyolojisi, 3. Bası, Ankara 2004.

(16) Cotterell, s.6; Vago, ss.8-10.

(17) Fitzpatrick, s.6.

(18) "...hukuk ile sosyal kontrol arasında yakın bir ilişki var ise de, hukukun sosyal kontrolden ayrı olduğu belirtilebilir. Bu ilişki örtüşme ve eşitlik olarak algılanmamalıdır. Hukukun (en azından devlet hukukunun) sosyal kontrol yanında yetkilendirme, icra, statü/yetki sağlama, tanımlama, meşrulaştırma, bütünleştirme ve dağıtma gibi (organizasyon/bürokrasi kuralları) birçok işlevi vardır. M. Tören Yücel, Hukuk Sosyolojisi, 3. Bası, Ankara 2004, s. 60.

(19) Dragan Milovanovic, An Introduction to The Sociology of Law, 3rd. Ed., Criminal Justice Press, New York 2003, s.4.