

Hubert Rottleuthner

Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit

1. Empirische Rechtssoziologie und Wertfreiheit

Was hat die Rechtssoziologie mit einem so normativ und mit Wertungen beladenen Gebilde wie dem Rechtsstaat zu tun? Rechtssoziologie - verstanden als eine empirisch verfahrenende Disziplin - bedient sich eines möglichst "wertfreien" Rechtsbegriffs, wie etwa *Max Weber*. Zur Abgrenzung des Bereichs der Rechtssoziologie unterscheidet er bekanntlich zwischen Konvention und Recht. Er grenzt diese beiden "sozialen Ordnungen" dadurch voneinander ab, daß er zum Merkmal einer Rechtsordnung die Garantie ihrer Geltung durch die Chance des Zwanges macht, der ausgeübt wird durch einen eigens darauf eingestellten Stab von Menschen (im Unterschied zu einer diffusen "Mißbilligung" durch einen "angebbaren Menschenkreis" im Fall der Konvention.⁽¹⁾

Verfehlt ist eine Kritik an Webers "wertfreiem" soziologischem Rechtsbegriff, wenn behauptet wird, daß man damit jede "beliebige Regelungen aufnehmen" könne und jeglichen Anordnungen staatlicher Machthaber Rechtsqualität beigemessen werde.⁽²⁾ Verfehlt ist eine solche Kritik deshalb, weil *Max Weber* hier eine Definition geben will, die verschiedene Arten von "sozialer Ordnung" abzugrenzen erlaubt, aber er will kein Rechtsideal formulieren. Es geht um die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht und nicht um die Unterscheidung von Recht und Unrecht (*iustum et iniustum*). Ein derart "neutraler" Rechtsbegriff empfiehlt sich, wenn man Recht historisch und international vergleichend untersuchen will - auch wenn es sich dabei an heutigen und hiesigen (westeuropäischen) Maßstäbe gemessen um "Unrecht" handelt.

Bei Verwendung eines "wertgeladenen" Begriffs, wie er von einigen Rechtstheoretikern bevorzugt wird, würde man sonst allzu häufig vor der Frage stehen, ob es sich um Recht oder Unrecht handelt, um richtiges Recht oder um unrechtmäßige, ungerechte Normen.

Allerdings spielt die Frage des Rechtsbegriffs in der tatsächlichen Forschungspraxis der Rechtssoziologie kaum eine Rolle (mit Ausnahme der Untersuchungen von Rechtsanthropologen). Üblicherweise bezieht sich der Rechtssoziologe auf das formal-juristisch geltende Recht. Gänzlich wertfrei sind die empirischen Untersuchungen freilich wiederum auch nicht. So kann man als Rechtssoziologe z.B. durchaus Aussagen über die "Qualität" der Rechtsprechung machen. Nur stellt man dafür nicht eigene Maßstäbe auf, sondern bedient sich solcher Kriterien, die man in der wissenschaftlichen Diskussion als weitgehend konsentiert vorfindet. Diese Art von "empirischer Reduktion" ist ein triviales Verfahren, um relativ wertfrei Aussagen über Bewertungen zu machen. (Ähnliches gilt auch für die Evaluation von Gesetzgebungsakten, bei der man sich an den vorfindlichen Wertungen, Zielen, Zwecken des Gesetzgebers als Maßstab der Effektivität orientiert.)

Das ist alles ziemlich problemlos. Die Frage, wie man es als Rechtssoziologe mit einem grundlegenden Verfassungsprinzip wie dem der Rechtsstaatlichkeit hält, konfrontiert uns

⁽¹⁾ *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), 5. Aufl. Tübingen 1976, S. 17.

⁽²⁾ *Th. Raiser*, *Rechtssoziologie*, Frankfurt a.M. 1987, S. 90.

zunächst mit einem anderen Problem: wieweit läßt man sich als Rechtssoziologe auf die Begriffsarbeit von Juristen, hier von Staats- und Verfassungsrechtlern, ein? Üblicherweise besteht die Tätigkeit von Rechtssoziologen nicht darin, in Konkurrenz zur Interpretations- und Systematisierungsarbeit von Rechtsdogmatikern zu treten. Auf das Glatteis der Subtilitäten juristischer Auslegung begibt sich der Rechtssoziologe nicht. (Wenn ich ein Projekt über den faktischen Gebrauch von Rechtsmitteln durchführe, vermeide ich geflissentlich eine Diskussion über das systematische Verhältnis von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im Zusammenhang mit § 705 ZPO.)

Ebenso wird sich der Rechtssoziologe nicht mit der begrifflichen Explikation oder gar der Rechtfertigung von "Prinzipien" des Rechtsstaates befassen. Als distanzierter Beobachter schaut er zu, wer mit welchen Begründungen welche Prinzipien dem Rechtsstaat zuschreibt:

- Gewaltenteilung
- Grundrechte
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes
- allgemeine Rechtssicherheit im Sinne von Berechenbarkeit staatlichen Handelns
- richterliche Überprüfung exekutiver Akte, gerichtlicher Rechtsschutz
- richterliches Prüfungsrecht auch gegenüber dem Gesetzgeber, eventuell eine Verfassungsgerichtsbarkeit
- Unabhängigkeit der Gerichte; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; anwaltliche Vertretung
- Rückwirkungsverbot; nullum crimen, nulla poena sine lege
- Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen; z.B. auch keine exzessive Strafen
- etc.

Die Rechtssoziologie hat es stets den Staats- und Verfassungsrechtlern oder auch den Rechtsphilosophen überlassen, diese Prinzipien zu versammeln und zu explizieren, zu vervollständigen und zu rechtfertigen. Von ihrem Grundsatz her haben die Rechtssoziologen diese Prinzipien nie "als solche" (at face value) hingenommen.

2. Rechtssoziologische Relativierungen

Was den rechtssoziologischen "Grundansatz" angeht, so gibt es zwei Grundunterscheidungen bei der Betrachtung von Recht, die den Rechtssoziologen auf die Seite von Regel-Skeptikern bringen: die Unterscheidung von *normativ* - *faktisch* (law in the books - law in action; Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit; Rechtsnorm und lebendes Recht etc.) und die von *formel* - *informell*; d.h., welche Aspekte sozialen Handelns lassen sich nicht als "Befolgung" (oder als "Anwendung", "Gebrauch") von Rechtsnormen beschreiben?³

³ "Die heutige juristische Arbeit, wenigstens diejenige ihrer Formen, welche den Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität erreicht hatte: die von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz

beschreiben?³

Auf diesem Hintergrund kann man die rechtssoziologische Forschung daraufhin sichten, wie in ihr mit Prinzipien des Rechtsstaates umgegangen wird:

- Die klassischen Modelle der Gewaltenteilung sind schon längst in einer realistischen Betrachtungsweise aufgelöst worden (primäre Strukturierung der staatlichen "Gewalten" durch die Differenz von Regierungspartei(en) und parlamentarischer Opposition, die große Bedeutung föderaler Strukturen, die Bedeutung der "vierten" Gewalt etc.).
- Vor geraumer Zeit schon untersuchte N. Luhmann zentrale Grundrechte auf ihre "soziale Funktion" (nämlich des Erhalts eines bestimmten Grades der sozialen Differenzierung).⁴
- Die Unabhängigkeit der Justiz und auch die Gesetzesbindung der Richter werden dadurch "hinterfragt", daß nach sozialen Faktoren der Rechtsprechung gesucht wird; z.B.: welchen Einfluß haben bestimmte Merkmale der Richter - soziale Herkunft, Parteizugehörigkeit, Geschlecht etc. - auf ihre Entscheidungspraxis? Wie wirken sich Bedingungen der Justizorganisation auf die richterliche Tätigkeit aus? Das subjektive, gesetzesgebundene Verständnis der richterlichen Akteure wird vom rechtssoziologischen Beobachter mit objektiven Verhaltensmerkmalen konfrontiert - ein klassisches Muster "intellektualistischer Desillusionierung".⁵

³ "Die heutige juristische Arbeit, wenigstens diejenige ihrer Formen, welche den Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität erreicht hatte: die von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz geschaffene, geht von dem Postulat aus 1. daß jede konkrete Rechtsentscheidung "Anwendung" eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten "Tatbestand" sei, (...) 5. daß das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als "Anwendung" oder "Ausführung" von Rechtssätzen oder umgekehrt "Verstoß" gegen Rechtssätze gedeutet werden müsse, da, entsprechend der "Lückenlosigkeit" des Rechtssystems ja auch die "rechtliche Geordnetheit" eine Grundkategorie alles sozialen Geschehens sei." (M. Weber, Rechtssoziologie, § 1 am Ende, a.a.O. (Fn. 1), S. 508)

Soziales Handeln läßt sich im Lichte von Rechtsnormen beschreiben; die Frage ist aber, unter welchen Umständen dies eine angemessene Beschreibung ist. (Es wäre z.B. lächerlich, das Eheleben mit den Termini des Familienrechts beschreiben zu wollen, etwa als Erfüllung der "Verpflichtung zu ehelicher Lebensgemeinschaft". Die Sozialwissenschaften bieten konkurrierende und meist subtilere Beschreibungsmöglichkeiten an für jene Aspekte, die sich nicht mehr durch die "formellen" Elemente, d.h. die deskriptiven Begriffe in den Rechtsnormen erschließen lassen. Was sich nicht durch die Brille von Rechtsnormen betrachten läßt, macht die "informellen" Aspekte sozialen Handelns aus.

(Weitere Beispiele: Status von Parteien vor Gericht gemäß Prozeßordnungen oder sozialen Kategorien; Verfahrensabläufe oder Rolle des Vorsitzenden, der Beisitzer nach Prozeßordnungen oder Begriffen, z.B. des symbolischen Interaktionismus.)

⁴ N. Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965. Es ist übrigens bemerkenswert, daß J. Habermas diese unmittelbar einschlägige Arbeit in "Faktizität und Geltung" (Frankfurt a.M. 1992) überhaupt nicht erwähnt.

⁵ So M. Weber zur Strategie der Freirechtsschule zu Anfang dieses Jahrhunderts: "den, objektiv betrachtet, am meisten "schöpferischen" Rechtspraktikern (sei es) eigen gewesen, daß sie subjektiv sich nur als Mundstück schon (...) geltender Normen, als deren Interpreten und Anwender, nicht aber als deren "Schöpfer", fühlten. Daß man heute diesem subjektiven Glauben gerade der anerkannt erheblichsten Juristen den objektiv anders liegenden Tatbestand entgegenhält und aus diesem nun die Norm für das subjektive Verhalten machen möchte, ist-mag man sich zu dem Verlangen stellen wie immer - jedenfalls Produkt intellektualistischer Desillusionierung." (Rsoz., § 8 am Ende, a.a.O. (Fn. 2),

- Ähnlich ist auch der Umgang mit dem Gleichheits- oder Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der Justizforschung. Man untersucht z.B., ob Angeklagte oder Parteien in Straf-, Zivil- oder Arbeitsgerichtsverfahren unterschiedlich, ungleich behandelt werden, wenn sie bestimmte soziale Merkmale aufweisen, die im rechtlichen Kontext eigentlich irrelevant sein sollten (ob z.B. eine "objektive" Diskriminierung stattfindet "aufgrund" der Schichtzugehörigkeit der Betroffenen, des Geschlechts oder der Nationalität). Bei derartigen Untersuchungen arbeitet man mit Korrelationen zwischen solchen Merkmalen und dem Ausgang der Verfahren, ohne die richterlichen Argumentationen zu beachten.
- Das Institut des richterlichen Prüfungsrechts und allgemein der Verfassungsgerichtsbarkeit werden eher als Fragen der richterlichen Einstellungen untersucht oder zum Thema der Implementation von Verfassungsgerichtsentscheidungen durch den Gesetzgeber umgebogen.
- Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird dadurch relativiert, daß nach faktischen Handlungsabläufen innerhalb der Behörden und zwischen ihnen und ihren Abnehmern gefragt wird. Es taucht dann die Figur des "informellen Rechtsstaats"⁶ auf, der z.B. seine Ziele im Rahmen von Tauschprozessen mit Organisationen durchzusetzen versucht. Ähnlich interessieren den Rechts- oder Kriminalsoziologen am staatsanwaltlichen Handeln die "informellen" Aufweichungen des Legalitätsprinzips durch die verbreitete Praxis des "deals" mit der Verteidigung/dem Angeklagten.
- Die so oft bemühte Berechenbarkeit oder Erwartungssicherheit durch Recht sinkt für den realistisch-skeptischen Rechtssoziologen zu einer bloßen "Hintergrundsicherheit" (Luhmann) herab.

Was den nicht-relativierenden Umgang mit rechtsstaatlichen Prinzipien "als solchen" für den Rechtssoziologen so schwer macht, sind nicht nur die skeptisch-hinterfragenden Distinktionen von normativ / faktisch und formell / informell, sondern - und wohl noch viel fundamentaler - ein instrumentelles Rechtsverständnis innerhalb des rechtssoziologischen Diskurses. Recht - als eine Menge von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen - wird stets als Mittel, als Instrument zur Erreichung bestimmter Zwecke, Ziele, Funktionen angesehen (soziale Kontrolle, Integration, social engineering etc.). Von der Konzeption des Rechts als Ausdruck oder Widerspiegelung sozialer Prozesse hat man sich spätestens gegen Ende des 19. Jahrhunderts in der sozialwissenschaftlichen Betrachtung des Rechts verabschiedet. Dies - Instrument oder Ausdruck - ist aber nicht die einzige Alternative. Was überhaupt nicht in den Blick des Rechtssoziologen gerät, was aber gerade Rechtsstaatlichkeit ausmacht, ist das "Eigengewicht des Normativen" oder die Frage, inwieweit Recht auch "Maß der Macht"

S. 655) - Im Unterschied zum Freirechtler würde ein Rechtssoziologe allerdings darauf verzichten, seine Einsichten in objektive Tatbestände zur Norm für das Verhalten zu machen.

⁶ Vgl. E. Böhne, Der informale Rechtsstaat, Köln 1980 und die Beiträge in E. Blankenburg/K. Lenk (Hrsg.), Organisation und Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band VII, Opladen 1980.

sei.⁷ Ein derartiger Regel-Platonismus taucht allenfalls als subjektiv sinnvolle Fiktion (z.B. für den Rechtsstab wie bei M. Weber, s. Fn. 5) auf, bildet dann aber nur den Ausgangspunkt für relativierende Hinterfragungen.

3. Rechtssoziologie jenseits des "Normalen"

Was macht man aber als Rechtssoziologe, wenn man sich nicht mehr nur befaßt mit sozialen Hintergrundfaktoren richterlichen Handelns, mit Fragen der Dauer von Gerichtsverfahren, der Praxis zivil- oder strafverfahrensrechtlicher Regelungen, der Häufigkeit von Rechtsmitteln, dem Zugang zum Recht, der Selektivität der Gerichte, mit Umfragen über Einstellungen und Meinungen zum Recht, mit verschiedenen Arten von gesetzlichen Regelungsformen, mit Verrechtlichungstendenzen und Steuerungsdefiziten, mit der angeblichen Gesetzesflut oder Prozeßflut - wenn man also nicht mehr eine ruhige Normativität mit einer wenig beunruhigenden Faktizität konfrontiert; sondern wenn man sich als Rechtssoziologe, zumal als deutscher Rechtssoziologe auf die Untersuchung der jüngeren deutschen Vergangenheiten einläßt: auf den Nationalsozialismus und die DDR. Oder wenn man sich, allgemeiner, auch mit anderen Staaten befaßt, die nicht beanspruchen (können), ein Rechtsstaat mit den oben genannten Merkmalen zu sein?

Es liegt mir fern, Nationalsozialismus und die DDR gleichzusetzen (und sie z.B. beide unter den Begriff des "Unrechtsstaates" zu subsumieren)⁸. Zweifellos gibt es aber unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, oder eher der Nicht-Rechtsstaatlichkeit einige Ähnlichkeiten (wenn auch mit unterschiedlichen Ausprägungen und theoretischen Hintergründen):

- Gewalteneinheit tritt an die Stelle von Gewaltenteilung (im NS auf der Grundlage eines zwangsweise homogenisierten "Volkes", in der DDR auf der Grundlage einer

⁷ Insofern ist die Rechtssoziologie Eugen Ehrlichs auch keine Gegenposition zu dem instrumentellen Rechtsverständnis. Der Unterschied liegt darin, daß Rechtssoziologen, jedenfalls soweit sie neuere Gesellschaften untersuchen, von einem etatistischen Rechtsverständnis ausgehen (sich also vor allem auf Aktivitäten des Gesetzgebers und des Rechtsstabes beziehen - in ihren Definitionen von Recht, wie auch in ihren empirischen Arbeiten). Dagegen betont Ehrlich die Rolle des Rechts im sozialen Handeln, das in der Gesellschaft bereits "lebendes Recht". Für den staatlichen Bereich geht auch Ehrlich von einem instrumentellen Rechtsverständnis und Gebrauch aus; ein instrumentelles Gebrauchs des "lebenden Rechts" ist auch immer möglich. "Etatisten" wie "Pluralisten" können also gleichermaßen "Instrumentalisten" sein.

⁸ Vgl. dazu H. Rottleuthner, Deutsche Vergangenheiten verglichen, in: H. Grabitz/K. Bästlein/J. Tüchel (Hrsg.), Die Normalität des Verbrechens. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Berlin 1994, S. 480-502. Zur Unterscheidung von Rechtsstaat - Unrechtsstaat und zur Etikettierung des NS wie der DDR als "Unrechtsstaaten".

- Die Unterscheidung scheint eine innerdeutsche Eigentümlichkeit zu sein. Es handelt sich um einen Propagandabegriff, der wechselseitig (eben auch von den der DDR gegenüber der BRD) verwendet wurde (und nun von der BRD monopolisiert werden kann). Mir ist kein Fall bekannt, daß von bundesdeutscher Seite dieser Ausdruck auf andere Staaten angewendet wurde (z.B. auf Südafrika vor 1992).
- Eine derartige klassifikatorische Unterscheidung erlaubt zwischen NS und DDR. Die Unterscheidung von Recht/Unrecht ist für einzelne Handlungen tauglich, aber nicht für die Klassifikation ganzer Staaten.

Sie erlaubt keine Handlungsorientierung innerhalb eines Staates; es gibt keine klare Grenze, jenseits derer sich der Unrechtscharakter eines Staates evident offenbart. Das große Unrecht kommt schleichend.

nicht mehr durch Klassenantagonismen gespaltenen Gesellschaft).

- Es gibt keine Grundrechte mehr in der klassischen Tradition von Abwehr- und Abgrenzungsrechten gegen staatliche Ein- und Übergriffe (auf der Grundlage einer unterstellten Interessenharmonie zwischen politischer Führung und Volk).
- Es gibt kein richterliches Prüfungsrecht gegenüber legislativen Akten, keine Verfassungsgerichtsbarkeit (im NS war der Führer oberster Gesetzgeber und oberster Gerichtsherr in einem; in der DDR galt der Vorrang der parlamentarischen Souveränität).
- Es gibt keinen oder nur ungenügenden gerichtlichen Schutz gegen polizeiliche Maßnahmen (im NS wird die Polizei und allgemein der Bereich des Politischen mehr und mehr von gerichtlichen Überprüfungen ausgenommen; in der DDR wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit abgeschafft, der Bürger auf Beschwerden, dann Eingaben verwiesen oder die allgemeine Gesetzmäßigkeitsaufsicht der Staatsanwaltschaft bemüht)
- In beiden Regimen kommt es zu einer intensiven Steuerung der Justiz durch Staat und/oder Partei (mit durchaus unterschiedlichen Mitteln; offiziell wird am Prinzip der Unabhängigkeit festgehalten).
- Man kann nicht von einer Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns ausgehen. Legalität ist kein Funktionsmodus staatlichen Handelns, ist kein Strukturprinzip (aufgrund eines Kompetenzchaos mit permanenten Interventionen aller möglichen "Führer" und sonstigen Stellen im NS oder aufgrund des Dualismus von Staat und Partei in der DDR).
- Es kommt zu exzessiven Strafen (wobei es zwischen NS und DDR höllenweite Unterschiede gibt).
- Beide Systeme bedienen sich einer Geheimpolizei (die Tötungs- und Folterbereitschaft der Gestapo ist weitaus größer als die des Ministeriums für Staatssicherheit in der DDR).
- In beiden Regimen finden wir in unterschiedlichem Ausmaß eine Mischung von Staatsterrorismus und "Zuschauerhaltung" staatlicher Behörden gegenüber Rechtsverletzungen.

Es geht also einmal um ungerechte Rechtsnormen selbst (z.B. die gesetzlichen Maßnahmen gegen Juden, die Polenstrafrechts-Verordnung⁹ etc.), dann um die exzessive Handhabung einzelner Normen (z.B. die Zehntausende von Todesstrafen und Exekutionen im NS), weiterhin um die staatliche Verletzung von Rechtsnormen (d.h., Folter und andere Formen des "Staatsterrorismus", Verschwindenlassen von Personen,

⁹ Dies ist ein Merkmal des "Doppelstaates" bei E. Fraenkel, *The Dual State*, New York: Oxford University Press, 1941; dt. Rückübersetzung: *Der Doppelstaat*, Frankfurt a.M./Köln 1974.

¹⁰ Als Beispiele für Verletzungen des (formalen) Gleichheitssatzes (wenn man die Zugehörigkeit zu einer Konfession und deren Verwendung als "Rasse"-Merkmal nicht als rechtlich relevant, z.B. in der Frage der Staatsbürgerschaft, anerkennt) und für Verletzungen des Grundsatzes der gesetzlichen Bestimmtheit sowie des Verbotes unverhältnismäßiger Strafen.

aber auch Nicht-Aktivität des Rechtsstabes). Schließlich zeigt sich der nicht-rechtsstaatliche Charakter vieler Regime darin, daß staatliches Handeln zu einem großen Teil überhaupt nicht mehr als Befolgung oder Anwendung von Rechtsnormen beschrieben werden kann.¹¹

Aus solchen historischen und vergleichenden Betrachtungen kommt man nicht "wertfrei" heraus. Die Befunde nötigen zu einer expliziten Stellungnahme zu den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit (die man bislang in normalen Zeiten als Privatmann eher als Annehmlichkeit im Hintergrund des Alltags empfunden haben mag).

Allerdings sollte man sich auch vor einer "Horror"-Perspektive hüten, d.h. davor, daß man nur die gräßlichen Seite des Rechtssystems betrachtet (z.B. die "Verhandlungsführung" von R. Freisler am Volksgerichtshof, die Zehntausende von Todesurteilen im NS, die rassistische Rechtsprechung, die Waldheimer Prozesse in der DDR 1950 usw.). Daneben und sicherlich in der Mehrheit der Fälle gab es ganz "normale" Gesetze und Gerichtsverfahren, es wurden Kauf- und Mietverträge abgeschlossen, Ehen eingegangen und geschieden, Testamente aufgesetzt, Firmen gegründet etc. Es ist ja gerade diese Mischung aus Terror und Normalität, der solche politischen Systeme kennzeichnet. Auch bei der Untersuchung derartiger nicht-rechtsstaatlicher Regime wird der Rechtssoziologe dazu tendieren, den Rechtsalltag in Justiz, Verwaltung und sozialen Beziehungen nicht aus dem Auge zu verlieren.

4. Neue Sichtweisen

Aber man wird empfindlich gegen Verletzungen oder Aushöhlungen der Normen und des Normativen selbst. Rechtsnormen fungieren dann nicht mehr bloß als Relevanzkriterien zur Auswahl des Forschungsgegenstandes und als Startpunkte für empirische Untersuchungen. Rechtsnormen werden für den Rechtssoziologen vielmehr zu kritischen Maßstäben bei der Untersuchung der Realität oder selbst zu Gegenständen der Kritik (oder es wird das Fehlen von Normen aufgezeigt). Die "Rechtswirklichkeit" läßt sich nicht mehr als das normale Forschungsfeld der Rechtssoziologie verstehen, wenn Norm und Wirklichkeit sich nur noch um den Preis kühner Abstraktionen als wertfrei konzipieren lassen. In historisch seltenen Normallagen mag man sich eine derartige Neutralisierung leiten können und die in ihrem Wert unproblematischen Normen zum Ausgangspunkt von Untersuchungen ihrer Befolgung, Anwendung etc. nehmen. Wenn man aber erst einmal beides: Norm und Wirklichkeit, in ihrem Unwert erfahren hat, wird man auch ein Rechtssystem, das einem bislang als ziemlich normal erschien, viel kritischer betrachten.

Der Rechtssoziologe arbeitet zwar weiterhin mit den Grundunterscheidungen von normativ - faktisch und formell - informell. Aber die beiden Grundunterscheidungen erweisen sich selbst als nicht wertfrei. Das Normative und das Formelle sind nicht mehr der bloße Schein, das Faktische und Informelle hingegen das eigentliche Wesen, die Wirklichkeit (und damit das Metier der Rechtssoziologie). Wenn man die

¹¹ Vgl. oben Fn. 3. Dies trifft wohl auch für den Maßnahmestaat (im Unterschied zum Normenstaat) bei E. Fraenkel zu (a.a.O., Fn. 9). In der DDR waren die Aktivitäten der SED rechtlich überhaupt nicht näher normiert, sondern bewegten sich allein auf der Grundlage von Art. 1 der Verfassung von 1968, der die "führende Rolle der Partei" konstatierte.

Rechtswirklichkeit selbst mit ihren faktischen und informellen Abweichungen als Unrecht bewerten muß, kommt es zu einer positiven Besetzung des Normativen und des Formellen. Abweichungen davon sind nicht mehr bloß der Einsatzpunkt für die Rechtssoziologie, die Relevanzsignale für die empirische Forschung; sie sind zunächst einmal kiritisierenswert. Die Rechtssoziologie hat sich zu wenig um die Normen als solche, um die Formalität gekümmert. Mit dieser Einsicht verschiebt sich die Aufmerksamkeit auf andere Themenbereiche.

In ideologiekritischer Tradition wird man z.B. sehr aufmerksam gegenüber Homogenitätsannahmen, auf denen dann eine "einheitliche" starke Staatsmacht fundiert wird: die Betonung von Volk, Nation und anderen "Fundamentalismen"; die Ausgrenzung von "Fremden". Man achtet viel stärker auf strukturelle Sicherungen der sozialen und politischen Pluralität durch die noch verbliebenen Rudimente von Gewaltenteilung, durch Föderalismus, Mehrparteiensystem und intermediäre Organisationen. Wo soll dann über diesem Pluralismus die staatliche "Integration" beginnen?

Man wird hellhörig bei allen möglichen Anlässen eines instrumentellen Rechtsgebrauchs in Gesetzgebung und Justiz. Welche strukturellen Bremsen gibt es eigentlich gegen ein bloß zweckorientiertes Strafrecht und Strafprozeßrecht, wenn erst einmal eine Orientierung am Zweck der "inneren Sicherheit" erfolgt ist?

Was in der Tagespresse kurzfristig zu Skandalen stilisiert wird, kann nun das systematische Interesse des Rechtssoziologen erwecken: Staatsanwaltschaften, die nicht verfolgen; unliebsame (aber "unabhängige") Richter, die in den einstweiligen Krankenstand versetzt werden; Manipulationen bei der Geschäftsverteilung; informelle Absprachen zwischen Richtern; Telefonjustiz zwischen Justizverwaltung und Richtern; Gemauschel bei der Ernennung von höheren Justizpositionen etc. Es geht dabei weniger um einzelne Urteile und sonstige Ereignisse, über die man sich schnell empören kann, als vielmehr um die Bedrohung von Strukturen.¹²

Alle diese Beispiele werden nicht als Beleg für die Hohlheit der Normen genommen. Vielmehr werden rechtsstaatliche Normen als solche sehr ernst genommen. Diese kritisch-konfrontierende Einstellung wird dann noch verstärkt, wenn ein politisches System für sich selbst höchste rechtsstaatliche Ansprüche reklamiert und sich z.B. in seiner offiziellen Rhetorik gegenüber Unrechts-Regimen durch Betonung höchster Rechtswerte abzugrenzen versucht. Dies scheint mir etwa bei der manichäischen Etikettierung "BRD = Rechtsstaat, DDR = Unrechtsstaat" der Fall zu sein. Wer so hohe Ansprüche erhebt, fällt bei jeder Nicht-Realisierung sehr tief. (Und die "neuen Bundesbürger" sind sehr aufmerksam gegenüber solchen Diskrepanzen.) Übrig bleibt dann nur die billige Rhetorik, daß der Rechtsstaat eine permanente Aufgabe sei, daß wir alle fehlbar sind etc. ...

¹² Man vergleiche unter diesem Aspekt die Empörung über das (zweite) Deckert-Urteil einer Mannheimer Strafkammer (bis zu einer Bundestagsdebatte) mit der relativen Ruhe angesichts der danach erfolgten Manipulation der Geschäftsverteilung, um die unliebsamen Richter vorübergehend abzuziehen. Es spricht für den geringen Grad der Rechtskultur, daß diese Manipulation von den Massenmedien nicht "skandalisiert" werden konnte.

5. Die Konformität des Rechtsstabes

Zum Abschluß möchte ich ein Forschungsfeld skizzieren, das zwar in die traditionelle Domäne der Rechtssoziologie, nämlich in die Justizforschung, fällt. Ich möchte aber die neue Sichtweise demonstrieren, die nicht mehr - wie bisher - am Personal des Rechtsstab mit seinen Einstellungen und sozialen Merkmalen orientiert ist oder an bestimmten Merkmalen von Verfahren oder des gerichtlichen Geschäftsanfalls und seiner Erledigung. In den Mittelpunkt treten vielmehr grundlegende Organisationsprinzipien der Justiz, eben rechtsstaatliche Prinzipien der Justiz wie Gesetzesbindung und Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Wie kann man als Rechtssoziologe mit derartigen Prinzipien umgehen?

Rechtsstaatlichkeit zielt vor allem auf die Rechtsgebundenheit staatlichen Handelns. Es bedeutet unter anderem, daß der Rechtsstab normkonform agiert. Dafür stehen die Formeln von der Gesetzesbindung des Richters, das Legalitätsprinzip (für die Staatsanwälte) und der allgemeine Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Für die Richterschaft sind die Prinzipien der Gesetzesbindung und der Unabhängigkeit der Justiz auszutarieren. Anscheinend werden beide Prinzipien als miteinander verträglich angesehen. Manche sagen, daß die Gesetzesbindung die Voraussetzung für die richterliche Unabhängigkeit sei. Wie immer diese "prinzipielle" Unklarheit aufzulösen sei, es lohnt sich ein kritisch-realistischer Blick auf die "Faktizität". Es bedarf keiner tiefeschürfenden Analyse um festzustellen, daß die Bindung ans Gesetz gewiß nicht die einzige Einschränkung der Unabhängigkeit der Justiz darstellt. Eine historische und vergleichende Betrachtung zeigt allerdings ein Phänomen, dessen Untersuchung meiner Ansicht nach sehr fruchtbar für eine andere Art von Justizforschung sein kann - eine Forschung, die von rechtsstaatlichen Prinzipien ausgeht (Gesetzesbindung, Unabhängigkeit, darüberhinaus auch: gesetzlicher Richter, justizielle Gleichbehandlung) und die faktischen Mechanismen zu ermitteln versucht für ein anscheinend ubiquitäres Phänomen: die Konformität des Rechtsstabes.¹³

Mit ganz wenigen Ausnahmen scheint es jedem politischen Regime zu gelingen, die Mitglieder des Rechtsstabes in Übereinstimmung mit den Erwartungen des Regimes agieren zu lassen. Diese allgemeine Konformität des Rechtsstabes geht über eine bloße Normkonformität hinaus. Gesetzesbindung ist insofern nicht hinreichend für die Sicherung einer allgemeinen Konformität des Rechtsstabes. Denn die Gesetze sollen ja auch "im Sinne" der Jeweiligen Machthaber interpretiert werden. Legalität kann insofern nicht der ausschließliche Funktionsmodus sein. - Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit dafür, daß die Lösung dieses Problems mißlungen ist, sind anscheinend sehr selten: die Konflikte zwischen einer konservativ-autoritären Justiz und dem parlamentarischen Gesetzgeber in der Weimarer Republik, Roosevelts Kampf mit der Mehrheit der Richter am Supreme Court zu Beginn seiner Politik des New Deal, die Rolle der italienischen Justiz im Kampf gegen Tangentopoli, neuerdings vielleicht auch einige Aktivitäten der französischen Justiz. Generell scheint aber die Konformität des

¹³ Vgl. dazu H. Rottleuthner, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, in: Demokratie und Recht H.4/1987, S.373-394; The Conformity of the Legal Staff, in: M.Karlson/O. P. Jónsson/E. M. Brynjarsdóttir (Hrsg.), Recht, Gerechtigkeit und Staat, Rechtstheorie Beiheft 15, Berlin 1993, S. 441-450; Steuerung der Justiz in der DDR. Einflußnahme der Politik auf Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte, Köln 1994.

Rechtsstabes zur Zufriedenheit der Machthaber gesichert zu sein. Für den Rechtssoziologen ist es dann von Interesse herauszufinden, mit Hilfe welcher Mechanismen - über den Erlass von Gesetzen, an die die Richter gebunden sein sollen - es gelingt, daß der Rechtsstab sich im Spektrum des politisch Zulässigen und Erwünschten bewegt. Die klassischen Mechanismen sind wohl:

- die homogene Ausbildung von Juristen
- die Personalpolitik (die "richtigen" Leute an die wichtigen Positionen Bringen)
- der Instanzenzug (mit den "richtigen" Leuten an der Spitze)
- die juristischen Publikationen (Lehrbücher, Kommentare, aber auch die selektive Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen)

Detaillierte Untersuchungen hätten dann die historisch und lokal sicherlich variablen Mechanismen herauszufinden, die zur Lösung des Bezugsproblem verwendet werden. Zu denken wäre etwa an: die Bestimmung des "gesetzlichen Richters", überhaupt die Handhabung der Geschäftsverteilung, die Rolle von Gerichtspräsidenten, auch die Beziehungen zwischen Vorsitzenden und Beisitzern in einem Kollegium, Kommunikationen unter Richtern und zwischen Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten, Muster von richterlichen Karrieren etc.

Besonders aufschlußreich sind politische Umbrüche, nach denen die neuen Machthaber vor der Frage stehen, ob die Mitglieder des alten Rechtsstabes übernommen werden sollen und wie die eventuell übernommenen Mitglieder auf das neue Regime festgelegt werden können. (Die deutsche Geschichte dieses Jahrhunderts ist reich an politischen Brüchen und entsprechendem Anschauungsmaterial.)

Konformität beinhaltet zwei Aspekte: die Ausrichtung auf bestimmte inhaltliche Zielvorstellungen und ein hohes Maß von Homogenität, von Einheitlichkeit in der Rechtsprechung. "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" war z.B. ein in der DDR-Verfassung verankertes Prinzip: man kann es auch als einen Unterfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes interpretieren, eben als Prinzip der justiziellen Gleichbehandlung. Anscheinend gibt es dann Konflikte zwischen Rechtsstaatsprinzipien im Bereich der Justiz: denn die Unabhängigkeit der Rechtsprechung ist nicht zugleich mit ihrer Einheitlichkeit zu optimieren. Staaten scheinen sich danach unterscheiden zu lassen, welches Prinzip sie höher einstufen, welche Einschränkungen der Unabhängigkeit sie hinnehmen oder welches Spektrum an Uneinheitlichkeit sie tolerieren. Ein Vergleich zwischen der BRD und der DDR macht diese unterschiedlichen Gewichtungen deutlich. Sehr viele Steuerungsmechanismen in der DDR zielten darauf ab, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu garantieren - um den Preis massiver Einschränkungen der richterlichen Unabhängigkeit. In der BRD ist man dagegen bereit, ein sehr hohes Maß von Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung zu tolerieren (meistens wird es aber gar nicht bekannt, wie stark die Verfahrens- und Entscheidungspraxis von Gericht zu Gericht schwankt); man vertraut auf die homogenisierende Kraft des Instanzenzuges und auf informelle Mittel.¹⁴

¹⁴ Die bekanntesten Beispiele für solche informellen Mittel der Standardisierung sind etwa die "Düsseldorfer Tabelle" zur Berechnung des Unterhalts, Schmerzensgeld-Tabellen bei Verkehrsunfällen,

Abstract

As an empirically oriented social science, sociology of law has been little concerned with the explication and justification of the value-laden principles of the rule of law. Its encounter with such notions as the separation of powers, fundamental rights, the independence of the judiciary and other basic principles of the legal order usually has been limited to deploying the distinctions between norm and fact, of formal and informal systems to mark departures from these ideals in practice, to consider their social function or to relativize them as "purely formal" ideals. However, the experience of the Third Reich provides a reason to question more earnestly "the autonomy of the normative order" and the role of law as "the measure of power", rather than to relativize them by adopting a typically instrumentalist view of law. The perspective thus won also may shed a critical light on states that claim to observe the rule of law. Sociology of law itself should "take the rule of law seriously".

Übersichten über Mietminderungs-Quoten, über Minderungen im Reisevertragsrecht, Formeln zur Berechnung der Höhe von Vergütungen von Arbeitnehmer-Erfindungen; wohl eher gerichtsspezifische Daumenregeln gibt es für die Berechnung der Höhe von Abfindungen bei arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzlagen.

Hubert Rottleuthner

Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti

(Çeviren: Füsün Uyanış)

1. Görgül Hukuk Sosyolojisi ve Değerden Bağımsızlık

Hukuk sosyolojisinin, hukuk devleti gibi normatif ve değerlerle yüklü bir yapı ile ne ilgisi vardır? Görgül yöntem izleyen bir disiplin olarak kabul edilen hukuk sosyolojisi, Max Weber örneğinde olduğu gibi, mümkün olduğunca “değerden bağımsız” bir hukuk kavramı kullanmaktadır. Bilindiği gibi Max Weber, hukuk sosyolojisinin alanını belirlemek için örf ve âdet ile hukuk arasında bir ayrım yapmaktadır. Yazar, bu iki “sosyal düzen” arasındaki sınırı şu şekilde çizmektedir: Hukuk düzeninin belirleyici özelliğini ve aynı zamanda güvencesini oluşturan, hukuk düzeninin geçerliliğini sağlamakla görevli belirli bir grup insan tarafından gerektiğinde zor yolu ile geçerli kılınabilmesi imkânıdır (oysa örf ve âdetin geçerliliğini sağlayan, “belirlenebilir bir insan kitlesi”nin belirsiz ve karmaşık “kınama” olgusudur)¹.

Weber’in “değerden bağımsız” sosyolojik hukuk kavramını, “istenilen her türlü düzenlemeyi kapsayabileceği” ve bununla iktidar sahiplerinin her türlü yönerge ve buyruklarına hukukilik özelliği atfedilebileceğini iddia ederek eleştirmek, isabetli değildir². Çünkü, Max Weber burada, “sosyal düzenin” farklı türlerini ayırmaya elverişli bir tanım vermek istemektedir; onun amacı bir hukuk ideali biçimlendirmek değildir. Burada söz konusu olan *hukuk* ile *hukuk-olmayan* (iustum et iniustum) arasındaki sınırın belirlenmesi olup, hak ile haksızlık arasındaki sınırın çizilmesi değildir. Hukuk, tarihi açıdan ve uluslararası karşılaştırma içinde incelenmek istendiğinde, bu şekilde “yansız” bir hukuk kavramı salık verilebilir - her ne kadar “haksızlık” günümüze ve buraya (Batı Avrupaya) özgü kistaslar ile ölçülüyor olsa dahi.

Aksi takdirde, bazı hukuk kuramcılarının yeğledikleri gibi, “değer yüklü” bir kavram kullanıldığında, hak mı yoksa haksızlık mı, doğru hukuk mu yoksa haksız ve hukuka uygun olmayan normlar mı söz konusu ediliyor, soruları ile çok sık karşılaşılacaktır.

Bununla birlikte, hukuk kavramı sorunu, hukuk sosyolojisinin araştırma uygulamalarında (hukuk antropologlarının incelemeleri hariç) hemen hemen hiç bir rol oynamamaktadır. Normal olarak, hukuk sosyoloğu biçimsel-hukuki anlamda yürürlükte olan hukuka dayanmaktadır. Bununla birlikte, görgül araştırmalar da tümüyle değerden bağımsız değildir. Bir hukuk sosyoloğu elbette, örn. içtihatların “kalitesi” hakkında görüş bildirebilir. Ancak o, -bunu yaparken, kendine özgü ölçütler geliştirmeyip, bilimsel tartışmada büyük ölçüde kabul edilmiş olan mevcut kriterleri kullanacaktır. Bu çeşit “görgül indirgeme”, değerlendirmeler hakkında elverdiğince değerden bağımsız olarak görüş bildirmeyi sağlayan sıradan bir yöntemdir. (Yasama faaliyetlerinin etkililiği değerlendirilirken, yasakoyucunun var olan değerleri, hedefleri ve amaçları ölçüt olarak kullanıldığı zaman da aynı yaklaşım sözkonusudur).

¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), 5. Bası. Tübingen 1976, s.17.

² Th. Raiser, *Rechtssoziologie*, Frankfurt a.M. 1987, s.90.

Buraya kadar bir sorun yok. Ancak, bir hukuk sosyoloğu olarak, hukuk devleti gibi temel bir anayasal ilke karşısında nasıl bir tavır alınacağı sorusu, bizleri, öncelikle bir başka sorun ile karşı karşıya getirmektedir: bir hukuk sosyoloğu olarak, idare ve anayasa hukukçularının kavram hakkındaki çalışmalarını ne ölçüde tartışabiliriz? Normalde, hukuk sosyologlarının işi, dogmatik hukukçuların yorumlama ve dizgeleme konusundaki çalışmaları ile yarışmak değildir. Bir hukuk sosyoloğu kendisini, hukuki yorumun inceliklerine kaptırmaz. (Örn. Kanun yollarına başvuru hakkının kullanılması hakkında bir proje üzerinde çalışırken, § 705 ZPO bağlamında icra kabiliyeti ile kesin hüküm arasındaki sistematik ilişkiyi tartışmaktan bilinçli olarak kaçınırım).

Bunun gibi, hukuk devleti “ilkelerinin” kavramsal açıklamasını yapmak ve hatta bunları haklı çıkarmak da hukuk sosyoloğunun ilgileneceği bir uğraş değildir. O, uzak bir gözlemci olarak, hukuk devletine hangi ilkelerin, kim tarafından ve hangi gerekçelerle yüklendiğini izlemektedir:

- Güçler ayrılığı
- Temel haklar
- İdarenin yasayla bağlılığı, yasanın üstünlüğü ve temel hakların ancak yasa ile sınırlanabileceği
- Devlet faaliyetlerinin önceden hesap edilebilirliği anlamında genel olarak hukuki güvenlik
- Yürütmenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, hakların yargısal korunması
- Yasakoyucunun yargısal denetimi, belki anayasa yargısı
- Mahkemelerin bağımsızlığı; doğal yargıç; hak arama özgürlüğü; avukat tarafından temsil edilebilme
- Yasaların geriye etkili olması yasağı; nullum crimen, nulla poena sine lege kuralı
- Kısıtlamaların orantılı olması; örn. cezada ölçülülükü aşan mahkûmiyetlerin yasak olması
- vb.

Hukuk sosyolojisi bu ilkelerin biraraya getirilmesi, açıklanması, tamamlanması ve savunulması işini daima idare ve anayasa hukukçularına veya bunların yanı sıra hukuk felsefecilerine bırakmıştır. Hukuk sosyologları, temel çıkış noktaları itibarıyla bu ilkeleri hiçbir zaman “oldukları gibi” (at face value) kabullenmemişlerdir.

2. Hukuk Sosyolojik Görecelendirme

Hukuk sosyolojisinin “temel çıkış noktasına” gelince, hukuka yaklaşımları bakımından hukuk sosyologlarını, aşırı kuşkucuların saflarına çeken iki temel ayrım vardır: normatif - olgusal ayrımı (law in the books- law in action; hukuk normu ve hukuksal gerçeklik; hukuk normu ve yaşayan hukuk vs.) ve biçimsel- biçimsel olmayan (formell - informell) ayrımı; yani, sosyal davranışların hangi yönleri hukuk normlarına “uyulması” (veya

hukuk normlarının “uygulanması”, “kullanılması”) olarak betimlenemez?.³

İşte bu temel üzerinde hukuk sosyolojisi araştırmasında hukuk devleti ilkelerinin ne şekilde ele alındığını ortaya çıkarmak mümkündür:

- Güçler ayrılığının klasik modelleri çoktan gerçekçi bir bakış tarzı ile değiştirilmiştir (iktidar partisi/partileri ile parlamenter muhalefet arasındaki fark dikkate alınarak devlet “güçlerinin” birincil yapılandırması, federal yapıların büyük önemi,”dördüncü” gücün önemi vs.)
- Daha çok önceden N. Luhmann merkezi temel hakları “toplumsal işlevleri” (yani toplumsal farklılaşmanın belirli bir derecesinin korunması) yönünden incelemiştir⁴.
- Kazai içtihatların sosyal faktörleri araştırılarak, yargının bağımsızlığı ve yargıçların yasa ile bağlılığı da “sorgulanmaktadır”; örn. : yargıçların belirli özelliklerinin - sosyal kökenleri, bir partiye mensup olmaları, cinsiyetleri vb.’nin- verdikleri kararlara etkisi nedir? Yargı kuruluşunun içinde bulunduğu koşullar yargıçların faaliyetlerini nasıl etkilemektedir? Öznel, yasaya bağlı yargıç anlayışı, hukuk sosyoloğu gözlemci tarafından nesnel davranış karakteristikleri ile karşı karşıya getirilmektedir- bu, “yanılsamaların entelektüalist tutumla yok edilmesi”nin klasik bir örneğidir⁵.
- Yargı araştırması çerçevesinde eşitlik- veya eşit davranma ilkesinin ele alınışı da benzer şekildedir. Örn. ceza davalarındaki sanıkların veya hukuk ve iş davalarındaki

³ “Günümüzdeki hukuksal çalışmaların, en azından yöntemsel - mantıksal ussallığının en üst düzeyine ulaşmış olan biçimleri: ortak hukukun kazai içtihatları ile yaratılmış olanları, şu postülatlardan yola çıkmaktadır: 1. her hukuksal karar, soyut bir hukuk kuralının somut bir “olguya” uygulanması’dır. (...) 5. insanların toplumsal davranışları daima hukuk kurallarının “uygulanması” veya bunlara “uyulması” ya da tersine hukuk kurallarına “aykırılık” olarak yorumlanmalıdır, zira, hukuk sisteminde “boşluk bulunmaması”na paralel olarak, “hukuksal düzenlilik” de tüm sosyal olayların bir temel kategorisini oluşturmaktadır” (M. Weber, Rechtssoziologie, I sonu, a.a.O., (dn. 1), s.508). Sosyal davranışları hukuk normlarının ışığında betimleme olanaklıdır; ancak sorun, bunun hangi koşullar altında uygun bir betimleme olduğudur. (Örn. evlilik hayatını “evlilik birliği içinde bulunma borcunun ifası” şeklinde aile hukuku terimleri ile betimlemeye çalışmak gülünç olurdu. Hukuk normlarının içerdiği “biçimsel” öğeler, yani tanımlayıcı kavramlar ile artık açıklanamayan konular için sosyal bilimler çoğu zaman birbirleri ile yarışan ve daha incelikli betimleme olanakları tanımaktadır. İşte, hukuk normu gözlüğü ile bakıldığında artık görülemeyen şeyler, sosyal davranışların “biçimsel olmayan” yönlerini oluşturmaktadır. (Başka örnekler: Partilerin, usul yasalarına veya sosyal kategorilerine uygun olarak mahkeme önündeki statüleri; usul yasalarına ya da örn. simgesel etkileşimcilik gibi kavramlara göre yargılamanın akışı veya mahkeme başkanının ve üyelerin rolü.)

⁴ N. Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965. Konu ile doğrudan ilgili bu çalışmadan, J. Habermas’a ait “Faktizität und Geltung” (Frankfurt a.M. 1992) adlı yapıtta hiç söz edilmemiş olduğunu belirtmek gerekir.

⁵ M. Weber’in, serbest hukuk okulunun bu yüzyılın başındaki stratejisine ilişkin düşüncesine göre: “Objektif” açıdan bakıldığında, en “yaratıcı” hukuk uygulamacılarına özgü olan bir özellik; onların kendilerini, özne bir yaklaşımla, yürürlükteki normların “yaratıcısı” olarak değil de, sadece “ağızlığı”, yorumcuları ve uygulayıcıları olarak hissetmeleridir. Günümüzde, büyüklükleri tartışmasız olan bu hukukçuların, bu özne inançlarına karşı, nesnel açıdan farklı olan olayın ileri sürülmesi ve bu olaydan özne bir davranış normu oluşturulmak istenmesi,- böyle bir isteğe nasıl bakılırsa bakılsın - yanılsamaların entelektüalist tutumla yok edilmesinin bir ürünüdür.” (Rechtssoziologie, §8 sonu, a.a.O., dn.2, s.665). - Ancak, serbest hukuku benimseyen bir hukukçudan farklı olarak bir hukuk sosyoloğu, nesnel olaylara ilişkin kavrayışını, sözkonusu davranışın normu haline getirmekten feragat edecektir.

tarafının, hukuki bağlamda aslında önemsiz olması gereken belirli sosyal karakteristikler taşıdıkları takdirde, farklı veya eşit olmayan bir muamele görüp görmedikleri incelenmektedir (örn. ilgililerin mensup oldukları sınıf,cinsiyetleri veya uyrukları “nedeniyle”, “nesnel” bir diskriminasyon olup olmadığı gibi). Bu gibi araştırmalarda, yargıçların hüküm gerekçeleri dikkate alınmaksızın, bu çeşit karakteristikler ile davaların neticeleri arasındaki karşılıklı ilişkiler üzerinde çalışılmaktadır.

- Yargısal denetim hakkı ve genel olarak anayasa yargısı kurumları, daha çok, yargıçların tutumu sorunu olarak incelenmekte ya da anayasa mahkemesi kararlarının yasakoyucu tarafından uyulması sorunu şeklinde ele alınmaktadır.
- İdarenin yasaya uygunluğu ilkesi, devlet kurumlarının kendi içlerindeki ve birbirleri ile ve muhatapları ile olan fiili ilişkilerinin sorulması yolu ile görecelendirilmektedir. İşte o zaman, örn. hedeflerine başka kuruluşlar ile birtakım mübadele süreçleri çerçevesinde ulaşmaya çalışan “biçimsel olmayan hukuk devleti”⁶ figürü ortaya çıkmaktadır. Bunun gibi, savcının müdafî veya sanık ile yaptığı yaygın “(deal) pazarlık”, uygulaması ile yasaya uygunluk ilkesinin “biçimsel olmayan” bir şekilde gevşetilmesi de, hukuk veya ceza sosyoloğunu ilgilendirmektedir.
- Hukuka sağlanmak istenen hesap edilebilirlik veya öngörülebilirlik güvencesi gerçekçi-kuşkucu hukuk sosyoloğu için, Luhmann’ın deyimiyle, sadece bir “arka plan güvencesi” haline gelmektedir.

Hukuk sosyoloğu için, hukuk devleti ilkelerinin “oldukları gibi”, görecelendirme yapılmaksızın ele alınmasını güçleştiren, yalnızca normatif/olgusal ve biçimsel/biçimsel olmayan gibi kuşku ile sorgulayan ayrımlar, değil fakat - ve hatta çok daha temelde- hukuk sosyolojisinin söylemleri içindeki araçsal hukuk anlayışıdır. Yasalar ve mahkeme kararlarından oluşan bir bütün olarak hukuk, daima belirli amaçlara, hedeflere ve fonksiyonlara ulaşılması için bir araç olarak görülmektedir (sosyal kontrol, entegrasyon, sosyal mühendislik gibi). Toplum bilimsel bakış açısından, hukukun, sosyal süreçlerin bir ifadesi veya yansıması olduğu tasarımı, en geç 19. Yüzyılın sonunda terkedilmiştir. Ancak -araç veya ifade- şeklindeki bu yaklaşım tek alternatif değildir. Hukuk sosyoloğunun görüş alanına hiç girmeyen ve fakat hukuk devleti niteliğini asıl belirleyen, “normatif olanın kendi ağırlığı” ya da hukuk ne derecede “iktidar ölçütüdür”? şeklindeki sorudur⁷.

Bu tarz bir Kural-Platonizmi olsa olsa özne anlamlı bir fiksiyon şeklinde (örn. M.

⁶ Karş. E. Böhne, Der informale Rechtsstaat, Köln 1980 ve E. Blankenburg/K. Lenk (hazırlayanlar), Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band VII, Opladen 1980.

⁷ Bu bakımdan, Eugen Ehrlich’in savunduğu hukuk sosyolojisi, araçsal hukuk anlayışına karşı ileri sürülen bir karşı görüş değildir. Aradaki fark, hukuk sosyologlarının, hiç değilse daha yeni toplumlara ilişkin incelemelerinde, devletçi bir hukuk anlayışından hareket etmeleri (yani gerek hukuk tanımlamalarında gerekse görgül çalışmalarında her şeyden önce yasakoyucunun ve yargı mensuplarının faaliyetlerine dayanmalarıdır). Buna karşılık Ehrlich, hukukun sosyal davranışlardaki rolünü, toplumda zaten “yaşayan hukuku” vurgulamaktadır. Devlete ilişkin alan bakımından Ehrlich dahi araçsal bir hukuk anlayışı ve kullanımından hareket etmektedir; “yaşayan hukuk”un araçsal kullanımı da her zaman mümkündür. Demek ki, gerek “devletçiler” gerekse “çoğulcular” aynı ölçüde “araçsal” hukuk anlayışına sahip olabilirler.

Weber'de olduğu gibi "yargı mensupları" için, bkz. dpn.5) ortaya çıkar, ve ancak yalnızca görecelendiren arka plan araştırmalarının çıkış noktasını oluşturur.

3. "Normal" Olanın Ötesindeki Hukuk Sosyolojisi

Bir hukuk sosyoloğu, artık yalnızca yargıçların davranışlarının temelinde yatan sosyal faktörler, yargılamaların süresi sorunları, hukuk veya ceza yargılaması usullerinin düzenlenişi, kanun yollarına başvuruların sıklığı, hak sahiplerinin haklarına ulaşmaları, mahkemelerin seçiciliği, hukuk hakkındaki tutum ve düşüncelerine ilişkin anketler, hukuki düzenleme şekillerinin çeşitli türleri, hukukileştirme eğilimleri ve vergi açıkları, iddia edilen yasa veya yargılama yığılması gibi meseleler ile ilgilenmediği takdirde - yani artık rahat bir normatifliği pek fazla tedirgin edici olmayan bir olgusalılık ile yüzleştirmeyip de; özellikle bir Alman hukuk sosyoloğu olarak Almanya'nın yakın geçmişini - nasyonal sosyalizmi ve Demokratik Alman Cumhuriyetini (DDR) incelediği takdirde ne yapmak gerekir? Ya da, daha genel olarak, bir hukuk sosyoloğu dikkatini, yukarıda belirtmiş olduğum hukuk devleti özelliklerini taşımayan (taşıyamayan) başka devletlere çevirirse ne yapmalıdır?

Elbette nasyonal sosyalizm ile Demokratik Alman Cumhuriyetini eşit koşmak (ve örn. her ikisini "haksızlık devleti/hukuk dışı devlet" kavramı altında toplamak) istemiyorum⁸

Ancak, hiç şüphe yok ki, hukuk devleti olgusu, veya daha doğrusu hukuk devleti olmama olgusu bakımından (her ne kadar bu ikisi farklı gelişimde ve farklı temellere dayalı olsalar da) aralarında bazı benzerlikler mevcuttur:

- Güçler ayrımının yerini (nasyonal sosyalizmde cebren homojenleştirilmiş bir "ulus" temelinde, DDR'de ise artık sınıf farklılığı nedeniyle bölünmüş olmayan bir toplum temeline dayalı olarak) güçler birliği almaktadır
- Devletin müdahale ve tecavüzlerine karşı geleneksel anlamda savunma- ve sınırlandırma temel kaynakları (siyasi iktidar ile halk arasında iktidar lehine oluşturulan menfaat uyumu temelinde) artık yoktur
- Yasama faaliyetlerine karşı yargısal denetim yoktur, anayasa yargısı yoktur (nasyonal sosyalizmde Führer aynı anda hem en üst yasakoyucu hem de en üst yargıç idi; DDR'de ise parlamenter hakimiyete öncelik tanınmıştı).
- Güvenlik güçlerinin (polisin) aldığı tedbirlere karşı yargısal koruma ya hiç yoktur ya

⁸ Bu konuda karşı. H. Rottleuthner, Deutsche Vergangenheiten verglichen, in: H. Grabitz/K. Bästlein/J. Tüchel (hazırlayanlar), Die Normalität des Verbrechens. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Berlin 1994, s.480-502. Hukuk devleti - haksızlık devleti ayrımı ve gerek nasyonal sosyalizmin gerekse DDR'nin "haksızlık devleti" olarak etiketlenilmeleri konusunda:

- Görünüşe göre bu ayrım, iki Almanya'ya özgü bir tuhaftır. Burada, birbirlerine karşı (yani DDR'nin de Federal Almanya'ya karşı) kullanmış oldukları (ve şimdilerde Federal Almanya'nın tamamen tekeline alabileceği) bir propaganda kavramı söz konusudur. Bu kavramın Federal Almanya tarafından başka devletler (örn. 1992 öncesinde Güney Afrika) için kullanıldığına dair herhangi bir bilgi yok.

- Bu tarz sınıflandırıcı bir ayrım, basamaklandırmaya, örn. nasyonal sosyalizm ile DDR arasında dereceli bir ayrım yapılmasına izin vermemektedir. Hak/haksızlık ayrımı münferid davranışları ayırt etmek için uygun olmakla birlikte, devletleri bir bütün olarak sınıflandırmak için uygun değildir.

- Böyle bir ayrım, bir devlet içindeki edimlerin yönlerinin belirlenmesine de izin vermemektedir; esasen, bir devletin haksızlık karakterinin açıkça ortaya çıktığı belirgin bir sınır yoktur. Haksızlığın büyüğü kendini hissettirmeden gelir.

da yetersiz ölçüdedir (nasyonal sosyalizmde polis ve genel olarak siyasi alan giderek daha fazla yargısal denetim ve kontrolün dışında tutulmuştur⁹; DDR'de ise idari yargı kaldırılmıştır, vatandaş önce şikayet yoluna veya savcılığın genel yasaya uygunluk denetimi yoluna başvurabilirdi).

- Her iki rejimde de yargı, devlet ve/veya parti tarafından yoğun bir şekilde yönlendirilmektedir (bu yönlendirme birbirinden farklı araçlarla yapılmaktadır; resmi olarak bağımsızlık ilkesine dayanılmaktadır).
- Devlet tasarruflarının yasayla bağlı bulunduğu ilkesinden hareket edilemez. Nasyonal sosyalizmde akla gelebilecek her tür "Führer" in ve başka makamların sürekli müdahaleleri sonucu ortaya çıkan yetki karmaşası; veya DDR'de devlet ve parti arasındaki düalizm (iki başlılık) nedeniyle, hukuka uygunluk devlet tasarruflarını belirleyen bir işlev tarzı, yapısal bir ilke olamamaktadır.
- Abartılı, aşırı cezalar verilir (bu açıdan nasyonal sosyalizm ile DDR arasında oldukça büyük fark vardır).
- Her iki sistem de gizli polis kullanmaktadır (DDR'deki Devlet Güvenlik Bakanlığı'na kıyasla Gestapo öldürmeye ve işkence etmeye daha çok istekli idi).

Her iki rejimde hak ihlalleri karşısında, farklı kapsamlarda da olsa resmi makamların devlet terörü ile "seyirci tutumu" karışımını bulmaktayız.

Öyleyse burada, haksız hukuk normlarının kendileri (örn. Yahudilere karşı alınan yasal tedbirler, Polonyalılar Hakkında Ceza Kararnamesi¹⁰ vs.), münferit normların aşırıya kaçan uygulaması (örn. nasyonal sosyalizmde binlerce ölüm cezası ve infazı) ve hukuk normlarının bizzat devlet tarafından ihlali (yani, işkence ve "devlet terörünün" başka biçimleri, kişilerin ortadan kaybettirilmesi ve bunun yanı sıra hukuk devletinin pasif kalması) söz konusudur. Bunların yanı sıra, pek çok rejimin hukuk devleti olmama karakteri kendini, devlet tasarruflarının büyük ölçüde hukuk normlarına uyulması veya bunların uygulanması şeklinde betimlenemeyişinde göstermektedir¹¹.

Konu bu şekilde tarihsel süreç içinde ve karşılaştırmalı olarak ele alındığında, "değerden bağımsız" bir görüşe varmak mümkün değildir. Bulgular, hukuk devleti esaslarına açıklık getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte, kendimizi dehşet dolu bir bakış açısına kaptırmaktan, yani hukuk düzeninin yalnızca korkunç (iğrenç) tarafını (örn. R. Freisler hakkında halk mahkemesi önünde yapılan "yargılama"yı, nasyonal sosyalizmdeki binlerce ölüm cezasını, ırkçılık güden kazai içtihatları, 1950 yılında DDR'de görülen Waldheimer davalarını vs.) dikkate

⁹ E. Fraenkel, The Dual State, New York: Oxford University Press, 1941; tekrar Almancaya çevirisi: Der Doppelstaat, Frankfurt a.M./Köln 1974. Yazar'a göre bu, "çifte devlet" in bir özelliğidir.

¹⁰ (Biçimsel) eşitlik ilkesine aykırılığa (eğer belirli bir mezhebe ait olmak ve bunun bir "ırk"- belirtisi olarak kullanılması, örn. vatandaşlık meselesinde, hukuken önemsiz kabul ediliyorsa) ve yasallık ile cezada ölçülülük yasağına aykırılığa örnek olarak.

¹¹ 11 Karş. yukarıda dn.3. Aynı konu, normlar devletinden farklı olarak, E. Fraenkel'in bahsettiği önlemler devleti için de söz konusudur. (a.a.O. dn.9.). Demokratik Almanya'da SED'nin faaliyetleri hukuki normlara bağlanmış ve düzenlenmiş olmayıp, yalnızca "Parti'nin liderlik rolünü" sağlamlaştıran 1968 tarihli Anayasa'nın 1. maddesi hükmünün esasları çerçevesinde hareket etmekteydiler.

almaktan kaçınmalıyız. Bunların yanında ve kuşkusuz olayların çoğunluğunda gayet "normal" yasalar ve yargılamalar da vardı, alım-satım ve kira sözleşmeleri aktedilmektedir, evlenmeler ve boşanmalar vardı, vasiyetnameler düzenleniyor, şirketler kuruluyordu vs. İşte, esasen bu gibi siyasi sistemlerin karakteristiği terör ile normalliğin bu şekilde karışmışlığıdır. Hukuk sosyoloğu, bu gibi hukuk devleti olmayan rejimlerin incelenmesinde de, yargı, idare ve sosyal ilişkilerdeki günlük hukuk yaşamını da gözden uzak tutmayacaktır.

4. Yeni Bakış Açıları

Bununla birlikte, insan normların ve normatif olanın kendisinin ihlâline veya içinin boşaltılmasına karşı da duyarlılık kazanıyor. Çünkü bu halde hukuk normlarının işlevi, sadece araştırma konusunun seçiminde ve ampirik araştırmaların başlangıç noktasını oluşturmak şeklinde önemlilik ölçütleri olmak değildir. Bundan da öte, hukuk sosyoloğu için hukuk normları, gerçekliğin araştırılmasında kullanılan eleştirel ölçütler oluştururlar veya hukuk normlarının bizzat kendileri bu eleştirilere konu olurlar (ya da normların eksik olduğu gösterilir). Norm ve gerçeklik ancak cesurca yapılan soyutlamalar pahasına değerden bağımsız olarak ortaya konabiliyor ise, o zaman "hukuk gerçekliği" artık hukuk sosyolojisinin olağan araştırma alanlarından biri olarak görülemez. Gerçi, tarihsel açıdan ender görülen normal durumlarda bu tür bir nötrleştirme lüksüne gidilebilir ve taşıdıkları değerler bakımından sorun teşkil etmeyen normlar, kendilerine uyulmasının, uygulanmalarının vs. araştırılmasında çıkış noktası olarak alınabilir. Ancak, bir kere her ikisini: normu ve gerçekliği, değersizlikleri içinde kavradıktan sonra, o ana kadar oldukça normal görünen bir hukuk sistemine dahi çok eleştirel bir gözle bakılacaktır.

Hukuk sosyolojisi gerçi hâlâ normatif-olgusal ve biçimsel-biçimsel olmayan şeklindeki ayrımlardan yola çıkarak çalışmaktadır. Fakat, bu iki temel ayrımın bizzat kendilerinin değerden bağımsız olmadıkları görülmektedir. Normatif ve biçimsel olan artık sadece bir görünüş olmadığı gibi, olgusal olan ve biçimsel olmayan da gerçek öz, gerçeklik (ve böylece hukuk sosyolojisinin konusu) değildir. Hukukun gerçekliğini olgusal olan ve biçimsel olmayan sapmalarında, haksızlık olarak değerlendirmek zorunda kalırsak, normatif ve biçimsel olanın olumlu anlamda yüklenmesine varırız. Bu sapmalar sadece hukuk sosyolojisinin devreye girdiği noktalar, görgül araştırma için önem sinyalleri değildir; bunlar öncelikle eleştirmeye değer konulardır. Hukuk sosyolojisi, normların bizzat kendileri ile, biçimsellik ile yeterince ilgilenmemiştir. İşte bu kavrayış ile dikkatler başka konulara yönelmektedir.

İdeoloji-eleştirel geleneğe uygun olarak, örn. daha sonra güçlü, "birlikçi" bir devlet otoritesine temel oluşturan halk, ulus ve diğer "köktenci" unsurların vurgulanması; "yabancıların" dışı itilmesi gibi homojenlik varsayımlarına karşı son derece duyarlı olmaktadır.

Sosyal ve siyasi çoğulculuğun, güçler ayrılığından geriye kalan artıklarına, federalizme, çok partili sistem ve aracılık eden kurumlar yoluyla sağlanan yapısal güvencelerine çok daha fazla dikkat edilmektedir. Böyle bir çoğulculuk üzerinde, devletsel "entegrasyon" nereden başlayacaktır ?

Hukukun, yasama ve yargı tarafından araç olarak her türlü kullanımına karşı duyarlı olmaktadır. "İç güvenlik" bir kez hedef seçildikten sonra, salt amaca hizmet eden ceza ve ceza usul yasalarına karşı hangi yapısal frenler vardır ?

Günlük basında kısa sürede birer skandal haline getirilen olaylar, hukuk sosyoloğunun sisteme karşı ilgisini uyandıracaktır: Takibat yapmayan savcılıklar, geçici olarak hasta statüsüne geçirilen sevilmeyen (ama "bağımsız") yargıçlar; mahkemelerin işbölümünü etkilemeler: yargıçlar arasında biçimsel olmayan anlaşmalar; adliye yönetimi ile yargıçlar arasında telefonla adalet hizmeti; yüksek kademede adliye görevlerine atamalarda dedikodular v.s. Burada söz konusu olan, kişiyi derhal öfkeli edebilen münferid kararlar ve diğer olaylardan çok, yapıların tehlikede olmasıdır.¹²

Bütün bu örnekler, normların içlerindeki boşluğu ortaya koymak için kullanılmıyor. Daha çok bunlar, hukuk devletine ilişkin normlar olarak oldukça ciddiye alınmaktadır. Bu eleştirel ve yüzleştirici tutum, siyasi bir sistemin bizzat kendisi en yüksek derecede hukuk devleti olma iddiasında ise ve örn. haksızlık rejimlerine karşı resmi retoriklerinde en yüksek hukuk değerlerini vurgulayarak kendini bu rejimlerden ayırt etmeye çalışıyorsa, daha da artacaktır. Kanımca, "BRD = hukuk devleti, DDR = haksızlık devleti" şeklinde bir etiketlendirmenin inatla sürdürülmesinde olay budur. İddiaları bu kadar yüksek olanın, bunları gerçekleştiremediği her seferinde, düşüşü de o kadar derin olacaktır. (Ve Federal Almanya'nın "yeni vatandaşları" bu çeşit çelişkilere karşı son derece duyarlıdır). O zaman geriye kalan yalnızca, hukuk devletini gerçekleştirmenin sürekli bir görev olduğu, hepimizin hata yapabileceği vs. gibi ucuz bahanelerdir...

5. Yargı İleri Gelenlerinin Konformitesi

Son olarak, hukuk sosyolojisinin gerçi geleneksel bir uzmanlık alanına, yargı araştırmasına giren bir araştırma alanından kısaca söz etmek istiyorum. Ancak, ben burada, şimdiye kadar olduğu gibi, tutumları ve sosyal karakteristikleri ile yargı personeline veya yargılama usullerine ya da mahkemelerdeki iş yüküne ve işlerin görülmesindeki belirli özelliklere yönelik olmayan, yeni bir inceleme tarzını göstermek istiyorum.

Burada daha çok yargının temel örgütlenme ilkeleri, yani yargı organının yasaklarla bağlılığı ve bağımsızlığı gibi hukuk devleti ilkeleri ön plana çıkmaktadır. Bir hukuk sosyoloğu bu gibi ilkeleri ne şekilde ele alabilir ?

Hukuk devleti olmak, her şeyden önce devlet işlerinin ve eylemlerinin yasayla bağlılığına yöneliktir. Bunun bir anlamı da, yargı ileri gelenlerinin normlara uygun davranmasıdır. Yargıçların yasa ile bağlılığı (savcılar bakımından) yasallık ilkesi ve idarenin yasayla bağlılığına ilişkin genel ilkeler bunu desteklemektedir. Yargıçlar bakımından yasayla bağlılık ile yargının bağımsızlığı ilkeleri dengelenmelidir. Anlaşılan, her iki ilkenin birbirleri ile bağdaşabileceği kabul edilmektedir. Bazıları, yasayla bağlılığın yargıçların bağımsızlığının ön koşulu olduğunu söylemektedir. Söz konusu "ilkesel" anlaşmazlık nasıl çözümlenirse çözümlensin, "olgusalığa" eleştirel gerçekçi bir bakış atmaya değer. Yasayla bağlılığın, yargı bağımsızlığını kısıtlayan tek unsur olmadığını belirlemek için, çok derin analizlere ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte konuya

¹² Bu açıdan, Mannheim Ceza Mahkemesinin Deekert davasında verdiği (ikinci) hüküm karşısında duyulan öfke ile daha sonra o sevimsiz yargıçları geçici olarak uzaklaştırmak için işbölümü konusunda yapılan manipülasyon karşısında sergilenen nisbeten sakin tutum karşılaştırılabilir. Bu manipülasyonun medya tarafından "skandalize" edilememiş olması, hukuk kültürünün düşük seviyesini göstermektedir.

tarihi açıdan ve karşılaştırmalı olarak bakıldığında, kanımca, incelenmesi farklı türde bir yargı araştırması için çok verimli olabilecek bir fenomen karşımıza çıkmaktadır. Bu, anlaşılan her yerde görülen fenomeni: yargı ileri gelenlerinin konformitesini incelemek üzere, hukuk devleti ilkelerinden (yasalarla bağlılık, yargının bağımsızlığı ve bunların ötesinde: doğal yargıç, yargı önünde eşit muamele) yola çıkan ve olgusal mekanizmaları ortaya çıkarmaya çalışan bir araştırma olacaktır.¹

Görünen o ki, pek az istisna dışında, her siyasi rejim yargı ileri gelenlerinin, rejimin beklentilerine uygun biçimde davranmasını sağlayabilmektedir. Yargı ileri gelenlerinin bu genel konformitesi salt bir norm konformitesi olmaktan ötedir. Bu bakımdan, yasayla bağlılık yargı ileri gelenlerinin genel konformitesini sağlamak için yeterli değildir. Çünkü yasalar, sözkonusu iktidar sahiplerinin benimsedikleri "anlam doğrultusunda" da yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, yasalık tek işlev tarzı olamaz. - Yakın geçmişte, bu sorunun çözümünde başarısız olunduğuna ilişkin örnekler anlaşılan pek azdır: Weimar Cumhuriyetinde muhafazakâr - otoriter yargı ile parlamenter yasama organı arasındaki anlaşmazlıklar, Roosevelt'in yeni New Deal (Amerikan ekonomik kalkınma programı) politikasının başında Supreme Court yargıçlarının çoğunluğuna karşı sürdürdüğü kavga, İtalyan yargısının Tangentopoli'ye karşı verilen mücadeledeki rolü ve belki son zamanlardaki Fransız yargısının bazı faaliyetleri. Ancak, yargı ileri gelenlerinin konformitesi, iktidar sahiplerini hoşnut edecek şekilde, genel olarak sağlama alınmış görünüyor.

Hukuk sosyoloğu için ilginç olan, yargı ileri gelenlerinin hangi mekanizmalar yardımıyla-yargıçların bağlı olacakları yasalar çıkararak-siyasi bakımdan caiz olan ve arzu edilen çerçevede hareket etmelerinin sağlandığını ortaya çıkarmaktır. Klasik mekanizmalar şunlardır:

- Hukukçuların homojen bir öğretimden geçirilmeleri,
- Personel politikası (önemli konumlara "doğru" kişileri getirmek),
- Üst derece mahkemesi ve kanun yollarına başvuru usulü (tepede "doğru" kişilerin bulundurulması)
- Hukuki yayınlar (ders kitapları, şerhler ve hatta seçilmiş mahkeme kararlarının yayımlanması).

O zaman, ayrıntılı araştırmalar, ilişki sorununun çözümünde kullanılmak üzere, tarihsel ve yerel bakımdan değişebilen mekanizmaları bulup çıkaracaktır. Örneğin: "doğal yargıcın" belirlenmesi, genel olarak işbölümünün düzenlenişi, mahkeme başkanlarının rolü, toplu mahkemelerde başkan ile üyeler arasındaki ilişkiler, yargıçların kendi aralarında ve yargıçlar ile savcı ve avukatlar arasındaki iletişim, yargıç kariyerlerinin incelenmesi vs. gibi konular akla gelebilir.

Siyasi devrimler sonrasında yeni iktidar sahipleri, yargının eski ileri gelenlerini

¹ Karş. H. Rottleuthner, Rechtssoziologie und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung (Demokratie und Recht Dergisi Sayı 4/1987, s.373-384); The Conformity of the Legal Staff, b.y.: Recht, Gerechtigkeit und Staat, hazırlayanlar: M.Karlson/O.P. Jonsson/E.M. Brynjarsdottir, Rechtstheorie, ek kitap 15 Berlin 1993, s. 441-450; Steuerung der Justiz in der DDR. Einflussnahme der Politik auf Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte, Köln 1994.

görevde bırakmak gerekip gerekmediği ve görevde bırakılanların yeni rejime nasıl bağlanabilecekleri sorusu ile karşılaştıklarından, bu tür araştırmalar için siyasi devrimlerin incelenmesi özellikle aydınlatıcıdır.

(Bu yüzyılın Alman tarihi bu çeşit siyasi devrimler ve buna ilişkin araştırma malzemesi bakımından hayli zengindir).

Konformite iki ögeyi içermektedir: belirli içerikte amaçlara yönelme, yüksek derecede homojenlik ve içtihat birliği. "İçtihat birliği" örn. DDR.'de kökleşmiş anayasal bir ilke idi; bunu, eşit muamele ilkesinin, yani yargının eşit davranma ilkesinin bir alt çeşidi olarak yorumlamak da mümkündür. Anlaşılan, bu durumda hukuk devleti ilkeleri bakımından yargı alanında çelişmeler sözkonusudur: Çünkü yargının bağımsızlığı her zaman içtihat birliği ile olabilen en iyi duruma getirilebilir özellikte değildir. Devletleri, üstünlük tanıdıkları ilkeye göre, bağımsızlıklarına ilişkin hangi kısıtlamalara tahammül ettiklerine göre veya koordine olmamayı hangi kapsam ve çerçevede hoşgörü ile karşıladıklarına göre ayırmak mümkün görünmektedir. Federal Almanya ile Demokratik Almanya bu bakımdan karşılaştırıldığında, bu ilkelerden hangilerine daha fazla ağırlık verildiği açıklık kazanır. Demokratik Almanya'da pek çok sevk ve idare mekanizması, içtihat birliğini sağlamak hedefine yöneliktir- yargıçların bağımsızlığının ağır ölçüde kısıtlanması pahasına. Buna karşılık Federal Almanya'da ise, içtihat birliğinin büyük oranda sağlanamaması daha fazla hoşgörü ile karşılanmaktadır (ancak, yargılama usulleri ve mahkeme kararlarının uygulamada mahkemeden mahkemeye ne kadar değiştiği çoğu zaman bilinmemektedir bile); burada üst derece mahkemelerine başvuru silsilesinin ve biçimsel olmayan¹⁴ araçların homojenleştirmeyi sağlamadaki gücüne güvenilmektedir.

¹⁴ Örneğin, geçim masraflarının "Düsseldorf cetveli"ne göre hesaplanması, trafik kazalarında manevi zarar için tazminat hesaplama cetvelleri, kira indirim oranları, seyahat sözleşmelerine ilişkin indirimler, çalışanlar tarafından yapılan icatlar karşılığında ödenecek bedellerin hesaplanması için geliştirilen formüller, standartlaştırmak için kullanılan ve biçimsel olmayan araçların en bilinen örnekleridir, buna karşılık iş hukukundan doğan haksız işten çıkarma davalarında çalışana ödenecek tazminatın hesaplanması konusunda her mahkeme kendi esaslarını uygulamaktadır.

Ülker Gürkan -Çok teşekkür ederiz. Sayın Profesör bize açıkça gösterdiler ki, hukuk sosyolojisi yerleşmiş hukuk kurum ve normlarına kuşkuyla yaklaşp bunları "sinik asit" in temizlemesinden geçirmek zorundadır. Ancak bu takdirde gerçek yaşamdaki davranışlardan oluşan toplumsal düzen ile soyut davranış normlarından oluşan hukuk düzeni arasındaki uyum ve uyumsuzluk halleri açıkça ortaya konabilir. Daha önce de belirttiğim gibi, hukuk devleti için tesbit edilmiş bir takım ilkeler vardır. Bu ilkeleri çoğumuz biliriz; fakat bununla yetinmememiz, bunların gerisindeki gerçek duruma bakmamız gerekir. Hukuk Devletinde yargının önemine değindik. Dogmatik hukuka göre hakim önüne gelen anlaşmazlığı objektif bir biçimde değerlendirir ve uygun soyut kuralı uygular. Ancak bu iş bu kadar basit değildir. Basit olmadığını şuradan anlıyoruz: Hakimler benzer anlaşmazlıklarda aynı kuralı kullansalar bile farklı yorumlayarak farklı kararlar verebilmektedirler. Şu halde hukuk sosyolojisi bakımından, kural ve ilkeleri incelemek kadar, adalet dağıtmakla görevli hakimlerin kökenlerini, hangi farklı sosyal, ekonomik, siyasal çevreden geldiklerini, nasıl eğitim gördüklerini, nasıl bir dünya görüşüne ve politik inanca sahip olduklarını v.b. araştırmak gerekir. Bu alanda A.B.D. ve Almanya'da örnekler var. Sayın *Ökçesiz* ve *Atalay* ile birlikte biz de böyle bir çalışma yapmak istedik; Tüm Yargıtay hakimlerinin hukuk devleti hakkındaki görüşlerini saptamak ve bu arada toplumsal kökenlerini araştırmak üzere anket hazırladık, ancak pek ilerleme kaydedemedik.

Hukuk sosyolojisi ile uğraşanlar her soruna kuşkuyla yaklaşmak durumundadırlar demiştik, hatta zorunludurlar. Sebebine gelince, önce dogmatik hukuk açısından verilen hukuk tanımını ele alalım: Hukuk, kişilerle kişiler ve kişilerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması devletçe desteklenen yaptırımlar ile güvenceye bağlanmış kurallardır. Sosyolojik açıdan böyle bir tanım ile yetinilmez. Sosyolog objektiftir, ama değerlerin varlığını kabul eder, kendisi değerlendirme yapmaz. Şimdi size hukuk sosyolojisi açısından yapılmış bir tanım vereceğim. Burada, sayın Profesörün de işaret ettiği gibi, hukuk sosyologu sadece olanı gözleyip ifade etmekle yetinen kişi durumunda değildir. Sosyolojik açıdan hukuku şöyle tanımlayabiliriz. Bir toplumda müsbet bir değer, yani adaletin tecellisi sayılan, uyulması fiili bir sosyal güvence ile sağlanmış olan davranış kurallarıdır. Her toplumda değerler vardır, adalet anlayışı vardır, ancak kanun koyucunun koymuş olduğu kurallar acaba toplumca arzu edilen adaleti sağlıyor mu, sağlamıyor mu? İşte değerlerin ve adalet anlayışının objektif bir biçimde varlığını saptamak ve bu araştırmayı yapmak hukuk sosyolojisine düşen önemli bir görev olmaktadır.