

**HUKUKA GERÇEKÇİ ELEŞTİREL BAKIŞ:
HUKUK SOSYOLOJİSİ
A REALISTIC CRITICAL OUTLOOK ON LAW:
SOCIOLOGY OF LAW**



Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ
Galatasaray Üniv. Hukuk Fak.

Özet: Kapalı mantıksal bir sistem olarak hukuk iç tutarlılığa sahiptir ve iç tutarlılık kuşkusuz çok önemli bir öğedir. Çok önemlidir çünkü, kavram ve anlayışları taşıyan kuralların mantıksal yapısı, en azından kuramsal olarak, bir hukuk sisteminin nesnellik ve tarafsızlığının (yani hukukun üstünlüğünün) güvencesidir. Ancak on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısı ile yirminci yüzyılın başlarında hukuk kuramında bir tür indirgemecilik hakim olmuştu. Bu anlayış hukuk sistemini mantıksal tutarlılığa indirgemiş, mantıksal boyutu abartarak sosyal gerçeklikle etik değeri ihmal etmişti. Buna ilk tepkiler önemli olmakla birlikte, günlük sosyal ya da adli gereksinimlere bağlı ve sistemsizdi. İkinci dönem ise yalnızca bir tepki değil yeni bir bilimin, hukuk sosyolojisinin, doğuşuna yol açmıştır. Dolayısıyla hukuk sosyolojisi karşıt iki yöne sahipti: öncelikle hukuk sisteminin içine kapanmasını önlemek için eleştirel olmak ve ikincisi, sosyal sorunların çözümüne yardımcı olacak güçlü bir kuramsal taban sağlamak.

Anahtar Sözcükler: Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Sosyoloji

Abstract: Positive law or a legal system as a closed logical system has its own inner coherence and this characteristic is a very important element of a system. It is important because the logical structure of norms which lead concepts and conceptions, at least in theory, is the guarantee of objectiveness or impartiality (thus 'rule of law') of a legal system. In the second part of the nineteenth century and the first decade of the twentieth century however, legal theory was dominated by a kind of reductionism. It reduced the legal system to logical coherence. Exaggerating the logical element, it neglected other aspects of law – namely social reality and ethics. The first reactions were important but they depended completely on temporary social or judicial needs and were unsystematic. The second phase was not only a reaction but also gave birth to a new science, the sociology of law. So sociology of law has to have two opposite aspects: first, in order to prevent legal systems being withdrawn it always has to be critical and second, to help solve social problems it has to build up a strong theoretical base.

Key Words: Sociology of Law, Jurisprudence, Legal Theory, Sociology

“Hukuki gelişmenin ağırlık merkezi ne yasamada, ne hukuk biliminde, ne de içtihatadır, ancak toplumun kendisindedir”.¹ Ehrlich

“Ubi societas ibi jus”.

“Nerede toplum varsa orada hukuk vardır”.

Hukuk Sosyolojisinin Varlık Nedeni: Pozitif Hukuk Karşısında Sosyal Realite

“Hukuk özel olarak (devlet tarafından) yaptırılmış kurallar bütünüdür” gibi bir tanımı bir çok kitapta görmek ya da bir hukuk tanımı yapması istendiğinde kişilerden cevaben almak oldukça sık rastlanan bir durumdur. Dahası bu tanımdan, gerek tanımı yapanlar gerekse cevap olarak alanlar tatmin olmuş görünmektedirler. Ancak ilginç olan, tarihsel süreçte **hukuk sosyolojisi** gibi bir bilim dalının doğmasına yukarıdaki tanım benzeri katı bir mantıksal – kavramsal tutumun yol açmış olmasıdır.

Günümüzün ileri derecede sanayileşmiş toplumlarında hukuk, siyasi tercih ve ideolojiler doğrultusunda, teknik yönü uzmanlar tarafından desteklenerek ve özel prosedürler izlenerek yazılı metinler biçiminde ortaya çıkarılmaktadır. Bu resmi metinler (kanunlar, tüzükler, yönetmelikler vb.) belli bir konudaki tek ve kesin cevabı verdiklerinden, **pozitif** hukuka (yani devlet otoritesi tarafından **konulmuş**, vazedilmiş hukuka) **dogmatik** hukuk adı verilir. Dogmatiktir çünkü getirdiği düzenlemeden farklı bir çözümün kabulü (en azından hukuk kurallarından emredici tipte olanlar için) olanaksızdır. Örneğin Medeni Kanun’un hemen herkesi kapsayan, temelde hukuken geçerli olacak biçimde kendi fiiliyle borç altına girebilmenin ana koşulu olan erginliği düzenleyen 11. maddesi “Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar” ifadesiyle herhangi bir tartışmaya yer bırakmayacak biçimde erginlik yaş sınırını belirtmiştir. 16 yaşında yeterince olgunlaştığını düşünen hatta gerçekten de olgunlaşmış bulunan kişi (12. maddede tanınan olanak dışında) iki yıl daha beklemek zorundadır.

¹ Steven Vago, *Law and Society*, 8th ed., New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2006, s.5.

Bu dogmatik – Pozitif hukukun uygulanmasının ise, genelden özele hareket eden basit bir tasım biçiminde olduğu kabul edilir. Yukarıda değinilen madde uygulanırken izlenecek mantık zinciri: Büyük Önerme (hukuk normu), küçük önerme (hayat olayı) ve sonuç (hukuki karar) biçimindedir.

‘Ergin olmak için 18 yaşını doldurmuş olmak gerekir’, ‘A adlı şahıs 18 yaşını doldurmuştur’, ‘A ergindir dolayısıyla hukukun erginliğe bağladığı sonuçlardan yararlanır ya da yükümlülüklerle tabi olur’. Acaba hukukun uygulanması bu denli basit bir mantıksal akıl yürütmeye indirgenebilir mi? Başka faktörleri de değerlendirmek gerekli midir? Bu noktada ilk akla gelen erginlikle ilgili maddenin **bağlayıcılığı** sorunudur. Medeni Kanun’un yukarıdaki tanım doğrultusunda ‘devlet tarafından özel olarak yaptırımlandırılmış kurallardan’ oluştuğunu söylemek, **geçerli** olduğunu bildirmektir. Yani, eğer bir hukuk kuralı geçerli ise bağlayıcıdır ve eğer devlet tarafından belirli resmi prosedürlere göre yürürlüğe konuldu ise geçerlidir. Anlaşıldığı gibi bu şemada hukuk kapalı bir sistem biçiminde kendi iç gerçekliğine sahip görünmektedir.

Ancak yine bir hukuki işlemle, evlilikle ilgili yaş sınırını düzenleyen Medeni Kanun’un 124. maddesi “Erkek ve kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez” hükmünü getirmektedir. Maddenin devamında özel koşullarla 16 yaşını doldurmuşların da evlenebileceği belirtilmektedir. Yukarıdaki akıl yürütme ile 15 yaşında bir kişinin evlenmesinin mümkün olmadığı açıktır. Dahası yine aynı yasanın 142. maddesine göre evlenme tarafların **rızasına dayanmak** zorundadır. Oysa hukuki gerçekliğin dışında bir gerçeklik vardır ki, aslında hukukun uygulanmak için var olduğu düşünülürse, önemli olan da bu sosyal gerçekliktir. **Berdel** yani genelde ergin olmamış kızların kendi rızaları aranmadan ya da **rızaları hilafına** aileler arasında takas edilmesi, yukarıdaki tasımda yer almayan, aslında pür mantıksal uygulamada alması olanaklı ya da gerekli de olmayan toplumsal bir gerçektir ve 17 ya da 16 yaşından küçük kızların fiilen evlendirilmesine yol açmaktadır. Berdel bir örf adet hukuku²

² Örf ve adet hukukuyla ilgili yapılan tanımlara ya da aranan şartlara göre Berdel’in vasfı tartışmalıdır. Örf ve adet için (1) maddi unsur: uzun süredir aynı biçimde uygulanma ile (2) manevi unsur: böyle davranmanın zorunlu olduğuna dair inanç konusunda teoride birlik varken 3. bir şart olarak devlet desteğinin yani devletin bir örfü hukuk olarak kabul etmesinin aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Devlet desteği özellikle örfün varlığı açısından değil de uygulanması açısından aranabileceğini ileri süren görüş sosyal realite açısından doğu görünmektedir. Bkz. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2005, ss.81-85, 82 dn.117; Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, 5. Baskı,

normu olarak varlığını genel gelenek ve kültür yapısı içinde sürdürmektedir. Dolayısıyla tam bu noktada dikkat edilmesi gereken, kanunu çiğneme davranışının, yani berdel'in bireysel ya da rastlantısal olmadığıdır. Berdel uygulayan aileler başka bir toplumsal norm sistemine uymaktadırlar, bu anlamda da yaptıkları davranışın bir gerekliliği yerine getirdiği düşüncesiyle bir tür meşruiyete sahip olduğuna inanmaktadırlar.

Aynı yasa 143/2,3'de "Aile cüzdanı gösterilmeden dini tören yapılmaz. Evlenmenin geçerliliği dini törenin yapılmasına bağlı değildir" düzenlemesini getirmektedir. Oysa yörelere göre farklılık taşımakla birlikte dini nikah bir realitedir. Burada yine dikkat edilmesi gereken nokta yalnızca dini nikah yaptırılanların en azından büyük kısmının bu nikah yapılmaksızın birlikteliği kabul etmemeleridir. Bu kez gelenekle birleşmiş dini inanç pozitif hukuktan farklı bir sosyal uygulamayı, bir tür hukuk vasfıyla ortaya çıkarmaktadır.

İşte hukuku kurallarla, bunların yapılış, yürürlük ve ortadan kalkış yöntemleriyle, kurallar arası mantıksal ilişkilerle, yorum ve boşluk doldurmayla sınırlayan dogmatik hukuk deyim yerindeyse kısa öykü yazarlığına benzemektedir. O kurguladığı temel olaya bağlı olarak yalnız belirli bir yaşam kesitini anlatıp öyküyü noktalamaktadır. Daha sonrası ya da öncesi onun alanı dışındadır. Örneğin evlilikle biten mutlu aşk öykülerinde evlilik sonrası üzerinde ya da evliliğin bekleneni verip vermeyeceği üzerinde herhangi bir biçimde durulmaz hatta, dramatik yapıyı bozacağı ve okuyucu üzerindeki etkiyi azaltacağı için böyle somut bir geleceğin ayrıntıları ima bile edilmez. Aynı biçimde dogmatik hukuk da kendi kavramsal çerçevesini ya da çözümlerini salt olarak kabul eder. Örneğin ceza hukukunda yargılama sonunda sanık hüküm giymiş, suçlu olduğu ispat edilmiş ya da beraat etmiş ve olay dogmatik hukuk açısından kapanmıştır, ta ki onu yine harekete geçirecek bir prosedür işletilebilsin yani yargılamanın yenilenmesi (iade-i muhakeme) nedenlerinden biri ortaya çıkmış bulunsun. Ancak sanığın cezalandırılmasının ardından ne olacağı, bunun sanık ve çevresi ile toplum açısından sonuçları, cezalandırmadan sonra sanığın topluma nasıl dönüş yapacağı, ceza sürecinin, normun varsaydığı

İstanbul: Beta Yay., 1999, ss.103-104; Yasemin Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, İstanbul: Alkım Yay., 1997, ss. 53-65, 99-107. Dolayısıyla Berdel pozitif hukukun emredici hükümleriyle çatıştığı için pozitif hukuku tarafından tanınan ya da uygulanacak olan bir örf adet hukuku kurallı değildir. Ancak sosyolojik açıdan Berdel'in örf adet hukuku olduğu kuşkusuzdur.

amacı gerçekleştirilmeye elverişli olup olmadığı ya görmezden gelinir ya da hukukun dışında diğer disiplinlerin alanı olarak kabul edilir.

Yukarıda hukukun yürürlüğünün bir uzantısı olarak geçerlilik kavramının kapalı bir sistem olarak işlediği belirtilmişti. Oysa hukukun ya da diğer herhangi bir kuralın yalnızca kavramsal var oluşla yetinmesi düşünülemez, kuşkusuz hukuk uygulanmak için vardır. Tam bu noktada ise toplumdaki kişilerin davranışlarını yöneten kurallar, yönetme amacı ya da iddiası ile yapılan kurallar olarak hukuku anlamak ya da tanımlamak mümkündür. Bu önemli fark eklendiğinde yukarıdaki tanım daha gerçekçi bir nitelik kazanmaktadır. Böylece hukuk toplumdaki kişilerin davranışlarını yönlendirmek için özel olarak devlet tarafından yaptırımlandırılmış kurallar bütünü biçiminde tanımlanmış olur. Böyle bir tanım yapıldığında ise hukuk yalnızca yürürlük ya da geçerlilik gibi kavramlarla yetinemez, artık normla uygulama eş ağırlıkta ve önemde olduğundan yazan hukukla uygulanan hukukun ne derece üst üste geldiği, uygulamanın gerçekte bir normun uygulaması olup olmadığı ve asıl önemlisi uygulanan kurallarla uygulamanın kuralları arasındaki farklar saptanmalıdır.

Bu soru ve gereksinimler hukukta, yürürlük ve geçerlilik kavramlarının yanına **etkililik** kavramını da yerleştirmeyi gerektirir. Etkililik hukuk normunun, yöneltildiği kişilerin davranışlarını gerçekten yönetip yönetmediği ile ilgilidir. Muhataplar normu bir davranış rehberi olarak alıp ona göre davranmakta mıdır? Örneğin gözaltına alma eylemi sırasında polisin şüpheliye davranışı yasalarla (Ceza Yargılaması Yasası ya da Polis Vazife ve Salahiyetleri Yasası vb.) örtüşmekte ise norm açısından etkililikten söz edilebilir. Aynı zamanda bir hukuk sisteminin toplamı dikkate alındığında normların gerçekleşme oranı o sistemin sosyolojik bakış açısından etkililiğini belirleyecektir.

Pozitif Hukuk Bilimine Tepki Olarak Sosyolojik Hukuk Bilimi

İşte sosyolojik yaklaşımlar ya da en geniş anlamıyla sosyolojik hukuk bilimi, hem Kıta Avrupa'sı hem de Amerika'da egemen olan, yukarıda tartışılanlara benzer sorunları hemen hemen yok kabul eden, 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 pozitivizmi 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.³ Aşağıda kısaca değinilecek olan hukukla ilgili kabulleri birbirlerinden oldukça farklı olsa da bu yaklaşımlar sonuçta hukukla sosyal gerçeklik arasındaki 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 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.⁴ 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

³ 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, Ankara: A.Ü. Huk. Fak. Yay., 1963, ss.16-29.

⁴ John Austin, *Lectures On Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 5th Ed., Vol. I, Lowe and Brydone 1885, ss.32, 80.

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.⁵

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.⁶ 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)⁷ olmuştur.

Sonuçta hukukun kapalı bir sistem olarak iç gerçeklik ve tutarlılığını amaç edinen ve bununla yetinen hatta, bunun hukukun tek gerçeği olduğunu ve nesnellik, yeknesaklık, kesinlik ve tahmin edilebilirlik açısından tek gerçeği olması gerektiğini ileri süren görüşlere ve genel geçer anlayışa karşı **sosyolojik**

⁵ 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, Ankara: Siyasal Yay., 2003, ss.335-354.

⁶ Niyazi Öktem, Ahmet U. Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 2. Bası, İstanbul: Der Yay., 2001, ss.338-341; Güriz, ss.227-236.

⁷ Willegas, "Comparative Sociology of Law...", s.351 vd.

temelli bir tepki; hukuka gerçekte nasılsa, nasıl uygulanıyor ya da yaşıyorsa 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 kabule ek olarak bazı ortak özelliklere sahip oldukları söylenebilir:⁸

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.⁹

⁸ M. D. A. Freeman, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 6th Ed., London: Sweet & Maxwell LTD., 1994, ss.509-510 ve dn. 2-7 vurgular bana ait.

⁹ Hukuki Realizm konusunda bkz. Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara: A.Ü. Huk. Fak. Yay., 1967; Ahmet U. Türkbağ, “Hukuki Realizm Akımı”, *HFSA*, S.4 Haz. H. Özçesiz, İstanbul Barosu,

4. Sosyal gerçekliği doğal değil insan eliyle kurulmuş kabul ederek **rölativizmi** esas alan bir yaklaşımı benimsememe. Nihai bir değer teorisi ya da çatışmalar için doğal çözümlerin bulunabileceği olasılığının (yani, belki Grotius'un **aposteriori doğal hukuku** ya da Stammler'in **değişken içerikli doğal hukuku** dışında) geniş anlamıyla doğal hukuk anlayışının reddi.¹⁰
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 oluşturmaktan 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 sosyolojik 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

İstanbul 2002, ss.105-114, Ehrlich için bkz. Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2nd Ed., London: Butterworths, 1992, ss.25-28.

¹⁰ Grotius için bkz. Öktem – Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s.142-143; Stammler için bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, ss.383-386.

boyamıştır. Günümüzde hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisi yöntemsel ya da teorik olarak oldukça farklı alanlar biçiminde görülmelerine rağmen birbirlerine oldukça yaklaşmış bulunmaktadır.¹¹

Sosyolojik Hukuk Biliminden Hukuk Sosyolojisine

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.¹² 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 tanım ya da bölümlenmesi yoktur. Ancak en genel kabul gördüğü düşünülen tanım, bölümlenme 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”.¹³ 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:¹⁴ Teorik hukuk sosyolojisi; sosyallik biçimleriyle sosyal gerçeklik düzeylerinin bir işlevi olarak hukukun görünümünü yani hukukun sosyal kaynaklarını inceleyen **sistematik – mikro**

¹¹ Krş. Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, London: Routledge, 1992, s.3.

¹² Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2. Bastı, Ankara: Siyasal Yay., 1994, ss.14, 44.

¹³ Gürkan, *Hukuk Sosyolojisi*, s.45.

¹⁴ Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, London: Paul Kegan, Trench Trubner & Co. LTD., 1947, ss.48-49; Gürkan, *Hukuk Sosyolojisi*, s.54.

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 teorisyenlerin tanımlarına yer vermektedir.¹⁵ 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.¹⁶ Hukuk sosyolojisinin temelde hukuku, sosyal kontrol araçlarından biri olarak kabul ettiğini de, itirazlara rağmen, söylemek mümkündür.¹⁷

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:¹⁸

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;

¹⁵ Cotterell, *The Sociology of Law*, s.6; Vago, *Law and Society*, ss.8-10.

¹⁶ Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, s.6.

¹⁷ "...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, bütinleştirme ve dağıtma gibi (organizasyon/bürokrasi kuralları) birçok işlevi vardır. M. Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, 3. Bası, Ankara 2004, s. 60.

¹⁸ Dragan Milovanovic, *An Intrudiction to The Sociology of Law*, 3rd. Ed., New York: Criminal Justice Press, 2003, s.4.

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, uyuşmazlık 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.