

GİRİŞ

- **Hukuk sosyolojisinin konusunu** genel olarak, toplumsal yaşamda hukuksal düzenlemelerin yeri ve önemi oluşturur.
- **Hukuk sosyolojisi açısından hukukun**, “etkinlik problemi” merkeze alınarak tanımlanmaya çalışıldığını hemen belirtmelidir.
- **Bu yaklaşım iki nedenle önem taşır.**
 - **Birincisi** bu yaklaşım, pozitif hukuk odaklı tanımlarının aşılması anlamına gelir. **Yani** hukuku devletin yasama faaliyeti çerçevesinde ele alan çalışmalarda eksik kalan bir boyut, toplumsallık boyutu da çalışmalara dahil edilir.
 - **İkinci olarak** ise toplumsal yaklaşım sayesinde toplumsal sistem içerisinde hukuksal gelişim sürecinin izlenmesi mümkün olur.
- **Yaşayan hukuk kavramı** da *iki* özelliği ile karşımıza çıkar;
 - **Yaşayan hukuk sayesinde** hem sosyal gerçekliğe en uygun açıklamalar yapmak mümkündür,
 - **Hem de** kavram hukuka dair eleştirel düşünebilme imkanı tanır.
- **Etkinlik kavramı**; olguya, fiili ilişkiye, gerçekliğe vurgu yapar.

TOPLUMSAL OLGU OLARAK HUKUK

Toplumsal Olgular

- **Sosyolojinin** bir disiplin olarak ortaya çıkmasının *temelinde “olgu”* kavramı yatar.
- **Olgular**, dışımızda bulunan deney konusu olabilen her şeydir.
- **Olgular**, bireysel bilincin dışında olup, bilince bağımlı değildir. Bu anlamıyla **nesneldir**.
- **Olgular**, tarafsızdır, nesneldir, gözlenebilir ve irade dışıdır.
- **Bilincin, iradenin ya da düşüncenin dışında** olması nedeniyle, *olgu* kavramı genelde doğa bilimlerinde alanında kabul görür.
- Oysa **Durkheim**, “Her toplumda diğer doğa bilimlerinin incelediği olgulardan farklı karakterlere ayrılan belirli bir olgular kategorisi’nin “ varlığından söz eder.
- **Ona göre** “Bunlar, bireyin dışında bulunan ve sahip oldukları zorlayıcı güç sayesinde kendilerini bireye empoze(aşılayan) eden davranış, düşünüş ve duyuş tarzlarından ibarettir.”
- **Sosyolojinin konusunu toplumsal olgular** oluşturur.
- **Bu anlamda düşünüldüğünde**, toplumsal yapı ve kurumlar toplumsal birer olgudur.
- **Durkheim**, *toplumsal iş bölümünü*, toplumsal değerler ve normlar bütünü birer olgu olarak ele almış ve incelemiştir.
- **Hukuk olgusunu da**, benzer şekilde araştırma konusu yapmıştır. **Öyleyse** toplumsal olgu, failleri bireyler olmakla birlikte, giderek onlardan bağımsızlaşan *nesnellik* olarak karşımıza çıkar.
- **Söz gelimi suç** olumsuz içeriğine ve çağrışımlarına rağmen bir *olgudur* ve içeriğinden bağımsız olarak *nesnel* bir şekilde alınır, toplumla yaşamdaki diğer olgularla ilişki kurabilir.

Toplumsal Gerçeklik ve Hukuk

- **Hukuk sosyolojisinin**, onu diğer hukuk disiplinlerinden ayıran **en önemli özelliği**, *hukuku toplumsal bir olgu olarak ele almasıdır*.

- **Hukukun toplumla birlikte var olması, CİCERO'nun** ünlü deyişinde *“Ubi societas ibi ius (Eğer toplum varsa hukuk da oradadır.)”* şeklinde dile getirilir.
- **Hukuk**, esasen fiili bir ilişkinin de adıdır.
- **Bu fiili ilişki, bir** gerçeklik olarak görülebilir niteliktedir ve etkileri de somut olarak hissedilebilir.
- **Kağıt üzerindeki kurallar** bütünü olarak tanımlanan **hukuk**, sonuçlarını gerçeklik dünyasında yaratır.
- **Hukukun** kağıt üzerindeki kurguladığı normatif düzen ile gerçeklik dünyasındaki fiili ve somut düzen arasında her zaman mükemmel bir uyum olmaz. **Yani** gerçek dünya, kitaptaki yazılı kuraldan farklı uygulamaları da içerir.
- **Aslında normatif düzen ile gerçeklik arasındaki bu uyumsuzluk**, tam da hukukun salt kurgusal bir düzen değil, toplumsal bir olgu ya da gerçek olduğunun göstergesidir.
- **Hukukun bir gerçeklik olmasından** çıkartacağımız bir diğer **sonuç da** hukukun kendiliğinden, öylesine ortaya çıkmamış olduğudur.
- **Hukukun ya da hukuk normunun** gerek ortaya çıkışına, gerek uygulanışına etki eden çok sayıda toplumsal etken söz konusudur.
- **Normatif:** *“Norm”* sözcüğü, kural, ilke ya da yasa anlamında kullanılsa da aslında *“olması gerekeni ifade etme biçimi”* dir.
 - **Yani** insanların nasıl davranmaları gerektiğini ifade eden cümle ya da kurallara **“norm”** adı verilir.
 - **Bu anlamda “normatif”**, normlarla ilgili, normlar içeren anlamına gelir.

HUKUKUN ETKİNLİĞİ PROBLEMİ

Doğal Hukuk Yaklaşımı

- **Hukuk yaklaşımları** arasında en eskisi ve köklü gelenek olarak kabul edilmektedir.
- **Kökleri** eski Yunan düşünürlerine kadar uzanır.
- **Doğal hukuk** yaklaşımının temelinde **adalet düşüncesi** yer alır. **Bu yüzden** ancak *“adil olan düzenlemelere”* hukuk denmelidir.
- **Kural olarak**, doğal hukuk, insanlar tarafından konulan kuralların insan aklı, insan doğası ya da Tanrısal düzen aracılığıyla elde edilen doğal hukuk ilkelerine, bir başka deyişle, adalete uygun olması gerektiği fikrini savunan bir hukuk olgusudur.
- **Bu yaklaşıma göre**, hukuk ya da hukuk kuralları, insandan ve insan iradesinden bağımsız bir şekilde vardır. **İnsanlar** kendilerinin dışında zaten var olan bu kuralları akıl yoluyla keşfederler.
- **Doğal hukuk yaklaşımının** önemli bir kavşağını da **“sosyal sözleşme”** kavramı oluşturur.
- **Toplumun üyeleri**, bazı hak ve özgürlüklerini güvence altına alabilmek için, aralarında bir sözleşme yaparak bazı hak ve yetkilerini devlete devretmişlerdir.
- **Söz gelimi yaşama haklarını korumak üzere**, cezalandırma yetkisini devlete bırakmışlar; böylece hem devletin doğuşunun ve meşruiyetinin temeli oluşmuş, hem de devletin dahi dokunamayacağı, korunaklı bir hak alanı yaratmışlardır.
- **Sosyal Sözleşme:** Toplum haline gelmeden önce tabiat hali içerisinde yaşayan insanların kişisel olarak sahip oldukları bazı hak ve yetkileri siyasal topluma devretmeleri anlamındaki kurumsal sözleşmedir.

- **Hukuku ve devleti** ortaya çıkaran *sosyal sözleşmedir*.
- **Devletin ya da hukuk düzeninin** doğal hukuka uygun olmaması, kendileri açısından bir meşruiyet tartışmasını da doğuracaktır.
- **Sozial sözleşme** fikrinin merkezinde basitçe şu düşünce yer alır: *Genel irade veya kolektif bilinç tek tek bireysel kanaatları aşar ve onları yönlendirir*.

Hukuksal Pozitivizm

- **Hukuksal Pozitivizm**, hem varsayımsal bir sosyal sözleşme fikrine ve ne oldukları belirsiz doğal adalet ilkerine karşı çıkışın, hem de egemenliğin ve hukuksal düzenin kaynağının dünyevileşmesinin bir ürünüdür.
- **Temelinde**, yalnızca meşru yasakoyucu tarafından usulüne uygun olarak çıkartılan normların, hukuk olarak kabul edilmesi fikri yatar.
- **Hukuk**, insan iradesinden önce doğada mevcut bulunan ya da Tanrı iradesine bağlanabilecek normlar anlamına gelmez.
- **Hukuku var eden**, yine insanlar tarafından öngörülmüş yasa koyma kurallarına uygun olarak konulmuş olmasıdır.
- **Hukuksal pozitivist yaklaşım içerisinde** bir hukuk kuralını ya da normunu, **hukuksal kılan şey**, söz konusu kural ya da normun o hukuk düzeninde öngörülen usule uyularak çıkartılmış olmasıdır.
- **Doğal hukuk**, düzenlemelerinin içeriğinin doğaya, insan doğasına ya da Tanrı iradesine uygun olup olmadığına bakarken, **Hukuksal pozitivizm**, söz konusu düzenlemenin yetkili makamlar ve organlar eliyle ve önceden belirlenmiş usullere göre yürürlüğe konulup konulmadığını esas alır.

İradeci Hukuksal Pozitivizm

- En önemli temsilcilerinden **JOHN AUSTIN'e göre HUKUK**, egemenin yaptırıma bağlanmış buyruklarıdır.
- Bu hukuk tanımlamasının içerisinde **üç(3) unsurun** bulunduğu görülmektedir: **egemen, yaptırım ve buyruk**.
- **AUSTIN'e göre EGEMEN**, nüfusun çoğunluğu tarafından kendisine itaat edilen ve kendisi bir başkasına itaat etmek zorunda olmayan üstün iradedir.
 - **Egemenliğin** egemene bir sosyal sözleşme ile verilmiş olması da gerekmez.
- **YAPTIRIM**, yasanın, bağlayıcılık niteliğinin gereğidir.
 - **Egemenin** buyruğuna itaat edilmesini sağlayan yaptırımdır.
- **BUYRUK**, egemenin buyruğu altındakilerin nasıl davranmaları gerektiğinin söyleme, bir başka deyişle iradesini bildirme şeklidir.

Normativist Hukuksal Pozitivizm

- **Normativist hukuksal pozitivizm**, hukukun kendi içerisinde bir düzen olarak açıklama gereğinin sonucunda ortaya çıkar.
- Avusturyalı hukuçu **HANS Kelsen hukuk düzenini**, normların belli bir hiyerarşi içerisinde sıralanması ile açıklamaktadır.

- **Normalar**, gerçekliklerini bir üstte yer alan normdan almakta, bir silse halinde ilerleyen bu düzenin tepe noktasında “**temel norm**” yer almaktadır.
 - **Temel normun hemen altında** anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik şeklinde soyuttan somuta doğru giden düzenlemeler bulunur.
- **Bu yaklaşıma göre** bir normun geçerliliğinin ya da hukuksallığının **kaynağı**, hiyerarşik olarak üstte yer alan bir başka norm; o normun geçerliliğinin ya da hukuksallığının **kaynağı** ise yine onun üstünde yer alan bir başka normdur.

Hukuk Sosyolojisi Açısından Hukukun Etkinliği

- **Hukuk sosyolojisi açısından**, etkin olmayan, uygulanmayan ya da ihlali halinde düzenli olarak yaptırımla desteklenmeyen hukuk, hukuk değildir.
- **Hukuk sosyolojisi açısından hukuk**, basit bir yürürlük sorunu olarak ele alınamaz.
- **Bir hukuk normunun** usulüne uygun çıkartılmış olması, onu kendiliğinden etkin hale getirmez.
- **Nitekim** hukuksal düzenlemeler tarihi, usulüne uygun olarak çıkartılmakla birlikte fiilen uygulanmamış norm örneklerinin varlığını göstermektedir.
- **Türkiye** hukuk tarihinden çok bilinen bir örnek, **1920 tarihli Düşünlerde Men’i israfat (Düşünlerde israfın önlenmesi) Kanunu’dur. 1966** yılına kadar yürürlükte kalan bu yasanın etkin olarak uygulanmadığı bilinmektedir.

Hukuk Normunun Varlığı ve Toplumsal Düzen

- **Hukuk sosyolojisi**, hukuku kaynağı ya da içeriği ile değil, sonuçları ile tanımlamaya, daha doğrusu saptamaya daha yatkın bir bilim dalıdır.
- **Hukuk sosyolojisi yaklaşımının** bir hukuk düzeni söz konusu olduğunda **iki ayrı düzeyin** varlığının farkında olduğu görülmektedir.
- **İlki**, hukukun normatif düzenleme düzeyidir.
- **Normatif düzenleme ile kastedilen**, hukukun insanlara nasıl davranmaları gerektiğini en azından varsayımsal olarak bildirdiği düzeydir.
- **Normatif düzenleme** olmaksızın hukuktan söz edilemez.
- **Hukuk ancak, insanların** nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin düzenlemeler ortaya çıktığında var olabilir.
- **Kurgusal veya fikri düzeydeki** düzenleme, gerçekliği ortaya çıkartmaz.
- **Hukuk sosyolojisine göre**, etkin olmayan, bir başka deyişle, gerçek hayata uygulanmayan, insanların davranışlarını kendisine uydurmaya çalışmadıkları bir norm, hukuk olarak kabul edilemez.

Hukukun Etkinliğinin Saptanması: Yargılama

- **Bir normun etkin olduğu nasıl anlaşılır?**
 - **BİRİNCİSİ**, toplumun üyeleri bir norma düzenli olarak uymaktadırlar, dolayısıyla normun etkin olduğu söylenebilir.
 - **İKİNCİSİ**, norm ihlal edildiğinde düzenli olarak bir yargılama veya yargılama sonucunda da yaptırım konu oluşturmaktadır.
- **Normun varlığının** fiilen saptanabilmesi için öncelikle ihlal edilmesine ihtiyaç duyulur.

- **Böyle bir ihlal karşısında**, çeşitli mekanizmalar devreye girip norma uyulmasını sağladığında, normun varlığını da saptamış oluruz.
- **Yargılama**, soyur normatif düzenlemenin olgusal olarak görünür hale geldiği yerdir.
- **Yargılama**, hukukun kristalleşmesi anlamına gelir.
- **Hukuk sosyolojisi**, hukukun kaynağı olarak yalnızca devlet iktidarını görmediği için, mahkemeden ziyade yargılamadan söz etmek doğru olur.

Normun İhlali ve Sonucu: Yaptırım

- **Norm ihlali** bir yaptırım ile karşılaşmaktadır. **Yaptırım** norma uyum gösterilmesini sağlayan bir tepkidir.
- **Negatif(olumsuz)** yaptırımların yanı sıra **pozitif(olumlu)** yaptırımlarında olduğunu bilmek gerekir.
- **Olumlu yaptırım**, norma uyum davranışının ödüllendirilmesi şeklinde karşımıza çıkar. Gündelik yaşamda bunun her zaman farkında olmayabiliyoruz.
- **Olumsuz yaptırım ise** normun ihlali durumunda olumsuz içeikle karşılık verilmesidir.
- **Olumsuz yaptırımın amacı**, kendisine yaptırım uygulanan kişiye ceza vermek, eza çektirmek, zarara uğratmak olabilir.
- **Ancak olumsuz yaptırım** denilcede akla hemen ceza hukuku gelmez. **Farklı hukuk alanlarında da** olumsuz yaptırımlardan söz edilebilir.
 - **Sözleşme hukuku alanını** düzenleyen bir normun ihlal edilmesi, sözleşmenin geçersiz sayılması ile sonuçlanabilir.
- **Modern hukuk düzenlerinde** olumsuz yaptırımlar belirlenirken ölç alma, kısasa kısas gibi ölçütler esas alınmaz.
- **Yaptırım aynı zamanda, örgütlü ya da yayılmış**, bir başka sınıflandırmaya göre ise **biçimsel ya da biçimsel olmayan** şeklinde de ayrılır.
- **Örgütlü(Biçimsel) Yaptırım**, gerek yargılama usulünün, gerek bu usul sonucunda uygulanacak yaptırımın türü ve içeriğinin öngörülebilir olduğu yaptırımlardır.
 - **Hatta bu süreçler** resmi olarak düzenlenmiştir de.
 - **Olumlu hukuk yaptırımları**, örgütlü yaptırımların en güçlü örneğidir.
- **Ahlak kurallarının** yaptırımlarının ne kadar **örgütsüz/yayılmış(biçimsel olmayan)** olduğu görülür.
 - **Belli bir ahlak kuralına** uymadığı düşünülen kişiye karşı, toplumdaki bireylerin uygulayabileceği ahlaki yaptırım,örneğin kınama olabilir.
- **YAPTIRIM:** Normlara uyulmasını sağlamak üzere getirilen bazı zorlamalardır.
 - **Genelde** yaptırım denildiğinde, bir normun ihlal edildiğini ve bu ihlale karşılık gelmek üzere bir tür cezai içeriği de olan olumsuz yaptırım uygulandığını düşünürüz.
 - **Oysa yaptırım** olumlu olabileceği gibi, farklı sınıflandırmalar da söz konusudur.

DEVLET, TOPLUM VE HUKUK

- **Klasik hukuk yaklaşımları açısından HUKUK**, devlet ile birlikte ortaya çıkar.
- **Oysa hukuk sosyolojisi**, hukuk ile devlet ilişkisini daha farklı ele alır.
- **Buna göre**, devlet tarafından çıkartılmakla birlikte etkin olmayan normlar hukuk olarak kabul edilmez.

- **Öte yandan**, devlet tarafından çıkartılmamış olmakla birlikte, etkin olarak uygulanan toplumsal normlar ise hukuk kavramı içerisinde değerlendirilir.
- **Hukuk sosyolojisinin yaklaşımı**, *devletin koyduğu hukuku eksek olan olumlu hukukçu yaklaşımı aşmak zorundadır.*
- **Hukuk sosyolojisine elverişli saptama**, *iki(2) ek sorunu* araştırmaya da elverişli olmalıdır.
 - **BİRİNCİSİ**, devlet dışında kalan iktidar merkezinin de hukuka vücut verebilmeleri ve bununla ilişkili olarak hukukun devlet tarafından teşkilatlanması öncesinde bir tarih öncesinin veya teşkilatlandıktan sonra devlet dışındaki varlığını olabirliğinin aratılmasıdır.
 - **İKİNCİSİ**, Hukukun sadece hazır varlık olmayıp, aynı zamanda gün be gün yeniden üretilen, kapsamı genişletilen veya- post-modern kuralsızlaştırmada görüldüğü gibi- daraltılan, yani dinamik ve topluma etkide bulunan bir fenomenler öbeği (grubu) olmasını dışlamayan bir bakış açısına elverişli olmasıdır.
- **Hukuk sosyolojisi**, hukuka vücut verme potansiyeline sahip yapıların varlığını kabul ederken, esas olarak devlet kavramının yerine **iktidar** kavramını kullanmayı tercih eder.
- **Zira hukuku**, devlet olmaksızın da tanımlamak mümkündür, ancak en azından sosyolojik anlamda hukuk, iktidar olgusundan bağımsız tanımlanamaz.
- **Hukuk sosyolojisi**, hukuk ile iktidar ilişkisini analiz edebileceği sağlam bir zemin olanağı da sunar.
 - **Ancak hukuk sosyolojisinde**, hukuk ile iktidar ilişkisi de olgusal bir araştırmanın konusudur. **İktidar da sosyolojik bir olgudur.**
- **İKTİDAR**: *Siyaset bilimi anlamında iktidar*, yönetme gücünü elinde bulundurma durumu olarak adlandırılabilir.
 - **Öte yandan sosyolojik anlamda iktidar**, toplumun her alanında görülen bir güç ilişkisi biçimidir.
 - **Burada “güç”** ile yalnızca fiziksel güç kastedilmez. Emir ve itaat ilişkisinin olduğu her türlü ilişki, bir iktidar durumu doğurur.
 - **Emir ve itaat ilişkisi** ise fiziksel güçten, söz gelimi ekonomik güce varana kadar pek çok farklı unsur içerebilir.

YAŞAYAN HUKUK

- **Eugen Ehrlich**: Yaşayan Hukuk
- **Toplumsal düzen**, hukuksal ve normatif düzenlemelerden daha eski bir geçmişe sahiptir.
- **Dolayısıyla**, hukuksal düzenlemenin olmadığı toplumsal düzenden söz edebilmek elbette mümkündür.
- **Gerçekten de** henüs normatif hukuksal düzenlemelerin olmadığı toplumlarda dahi, evliliklerin kurulduğunu, mülkiyetin bulunduğunu, sözleşmelerin yapıldığını, ölenlerin mallarını miras bıraktığını biliyoruz.
- **Yaşayan hukuk**, toplumsal kültürün doğurduğu hukuktur.
- **Yaşayan hukuk**, zaman zaman normatif hukuksal düzenleme aşamasına da ulaşmış olabilir.
- **Buradaki “yaşayan”** sıfatı, canlılığı, etkinliği ve toplumla birlikte değişimin getirdiği dinamizme göndermede bulunur.
- **“Yaşayan hukuk” kavramı**, devletin değil toplumsal kültürün doğurduğu hukuktur.
- **Bu yaklaşım**, hukuku çok geniş bir toplumsal alanda araştırma olanağı da tanır.

- **İlkel toplumlar da**, modern toplumlar kadar, bu araştırmanın kapsamına girer.
- **Devlet olmasa da hukuk varolabilir.**
- **Hukuk**, toplumsal düzen sağlama işlevini, toplumsal denetim yoluyla yerine getirir.
 - **Toplumda geçerli davranış** kalıplarına uyulmasını sağlar.
- **Toplumsal denetim** *biçimsel* ve *biçimsel olmayan denetim* olmak üzere ikiye(2) ayrılır.
- **Biçimsel denetimin** en bilinen örneği, elbette devletin pozitif(olumlu) hukuk düzenlemeler yoluyla sağladığı kontroldür.
- **Biçimsel olmayan denetim ise**, toplumsal yapının içerisinde yayılmış olarak bulunan, toplumsal ilişkiler aracılığıyla sağlanan denetimdir.
 - **Esasen**, biçimsel olmayan denetim, toplumda ortak paylaşılan değerlerle sağlanır.

SON

AOFDersleri.com