

HUKUK SOSYOLOJİSİ

ÜNİTE 5

HUKUK VE TOPLUMSAL KURUMLAR
Ayça MUTLUCAN



HUKUK VE KÜLTÜR

- **Modern pozitif hukuk**, kültürden giderek bağımsızlaşan bir normatif yapının ortaya çıkmış olmasının sonucudur.
- **Kültür**, bir değerler sistemi olarak tanımlanmaktadır.
 - **Kültür**, bir toplumun duyuş ve düşünüş birliğini sağlayan değerlerin tümüdür.
 - **"Değer"** gibi soyut bir ögeden söz ediyorsa da **kültür**, aynı zamanda insan yaratımı olan maddi dünyayı da içerir.
 - **Kültürü** insanın ortaya koyduğu, içinde insanın var olduğu tüm gerçeklik olarak tanımlamak da mümkündür.
 - **Dolayısıyla kültür**, doğayla karşı karşıya kalan insanın ilk günden itibaren yarattığı her şeydir.
- **Bu anlamda** düşündüğümüzde, toplumsal yapının her türlü kurumu, dolayısıyla **hukuk da** kültürel bir elemandır.
- **Ancak her bir kültürel eleman**, bir kez ortaya çıkmakla birlikte, aynı zamanda salt kültürel görünümünden ayrılarak, giderek bağımsız bir karakter de kazanır.
 - **Söz gelimi teknoloji**, elbette kültürel bir elemandır, ancak kendi içerisinde bağımsız bir gerçeklik de taşıyarak varlığını sürdürür ve kültürel yapıya atfedilen değer, duyuş ve düşüncelerden ayrılır.
- **Kültür**, bir toplumun üyeleri arasında paylaşılan, ama aynı zamanda bir değişim süreci içinde bulunan öğrenilmiş davranış kalıpları ve bu kalıpların ürünlerinin oluşturduğu yaşam biçimi olarak sınırlanmıştır.
- **Kültür dendiğinde dört farklı anlamın kastedilmiş olabileceğine dikkat çekilmektedir. Buna göre,**
 - **Bilimsel anlamda kültür**, uygarlıktır.
 - **Beşeri anlamda kültür**, eğitimidir.
 - **Estetik anlamda kültür**, güzel sanatlardır.
 - **Maddi ya da teknolojik anlamda** ise üretme, çoğaltma ve yetiştirmedir.
- **Kültür** konusunu inceleyen **antropologlar**, kültürün sahip olduğu bazı yapısal özelliklere dikkat çekmektedir.
 - 1- **Kültür paylaşılr.** Ortak bir kültürü paylaşan insanlar, kendi aralarında çeşitli bağlar oluştururlar.
 - 2- **Kültür öğrenilir.** Kültür anne ve babadan çocuklara, bir kuşaktan diğerine aktarılır.
 - 3- **Kültür sembollere bağlıdır.** Kültür sürdürülürken, çok sayıda farklı sembolden(simgeden) yararlanır. Söz gelimi dinsel kültür, bazıları ritüel (ayin) halini almış simgeler aracılığıyla süreklilik kazanır.
 - 4- **Kültür bütünleştiricidir.**
- **Kültürlenme:** yeni kuşakların kültürü bir önceki kuşaktan öğrenilmesi, yani, kültürün kuşaklar arasında aktarılmasıdır.
- **Entegrasyon:** Kültürün farklı yönlerinin birbiriyle ilişkili bir işleve sahip olmasıdır.
- **Kültür, çok sayıda işleve sahiptir. Bu işlevler;**
 - a. Bir toplumu diğerlerinden ayırmaya yarar.
 - b. Topluma özgü değerleri ifade eder.
 - c. Toplumsal dayanışma sağlar.
 - d. Toplumsal yapının şeklini ve içeriğini belirler.
 - e. Toplumsal kişiliğin oluşumunu sağlar.
- **Kültür ile hukuk arasındaki ilişki**, değer ile norm arasındaki ilişkidir. Zira **kültür**, değer ile anlam bulurken; **hukuk**, norm ile anlam bulmaktadır.
- **Kültür ile hukukun- dolayısıyla değer ile normun-** kesişen bir ortak alanları olduğu görülür.
 - **Bu ortak alan**, insan davranışlarının kontrolüdür.

- **Toplumsal yaşam içerisinde insanlar**, davranışların belli bir *maksime* uyarlarlar.
- **Maksim**: Latince "*kural*" anlamına gelen bu kelime, felsefeden ahlak ilkesi anlamına da gelmektedir.
 - **Söz gelimi Kant**, maksimi genel geçer olan nesnel ahlak yasasının karşısında, öznel ilke olarak tanımlamaktadır.
- **Toplumda geçerli normatif sistem**, yani hukuk, kural olarak o toplumun değerler sistemi, yani kültür ile taban tabana zıt düzenlemeler içermez.
 - **Zira** hukukun kendisi, zaten kültürel bir elemandır.
- **Geçmişte** çok benzer değer yargılarını paylaşarak var olan küçük öbeklerde yaşayan insanlar, modern toplumun koşullarında çok sayıda alt öbeklerin ve kültürün var olması sonucunda, hiçbir ortak değeri paylaşmadıkları insanlarla bir arada yaşamak zorunda kalmışlardır.
 - **Bundan dolayıdır ki** modern toplumda hukuk ve kültür çatışması yapısal, bir sorundur.
 - **İrk, cinsiyet, sınıf alt kültür** oluşturma potansiyeline sahiptirler.
- **Ötenazi**: Tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda, acı ve ağrı verilmeksizin ölümünün sağlanmasıdır.
- **Hukuksal düzenlemelerin** en temel metni *Anayasadır*.

HUKUK VE SİYASET

- **Modern pozitif hukukun** en önemli özelliklerinden **biri**, kendisini siyaset dışı, daha doğru bir ifade ile siyaset üstü ilan etmiş olmasıdır.
- **Hukukun** siyasetten ayrılmasına ihtiyaç duyulmasının nedeni, hem hukuku siyasal yaşamın günlük çekişmelerinden uzaklaştırmak, hem de siyasal ya da toplumsal yaşamdaki çalışmalarda hukuka arabuculuk görevini verebilmektir.
- **Hukukun** kendine özgü bir dilin olması onun siyasetten ayrı olduğu düşüncesini ortaya çıkarır.
- **Hukuk kendisini** tam olarak açıklayabilecek kavramlardan yoksundur.
- **Hukuk**, siyasal alanın çerçevesini belirler.
- **Modern devlet**, iktidarın hukuksal örgütlenişidir.
 - **Bu perspektiften(bakış açısından)** değerlendirildiğinde, *hukukun*, iktidarın tercihlerine bir tür dokunulmazlık kazandırmak gibi bir işlevinin olabileceği de görülür.
 - **İktidarın kendisini** hukukla kısıtlaması anlamında hukuk devleti de siyasal bir tercihin sonucudur.
 - **Hukuka vücut veren** en önemli etken **iktidardır**.
- **Hukuk alanını tanımlarken**, her halükarda siyaset alanının kavram ve araçlarının da ihtiyaç duyarız.
- **Hukuk** sadece normatif boyuttan oluşmaz.
 - **Normun ihlali** ya da uyuşmazlık durumunda ortaya çıkan *yargılama*, bir başka deyişle *hüküm oluşturma* boyutu da söz konusudur.
- **Hukuk alanında** akıl aracılığıyla "*doğru*" sonuca ulaşırken, siyasal alanda iradi olarak tercihte bulunmaktadır.
- **Hukuk ile siyasetin ayrı alanlar olduğunu ileri sürenler**, yargıcın hüküm kurarken, bir tercihte bulunmadığını; aksine, zaten verilmesi gereken karara, özel bir akıl yürütme ile ulaştığını iddia etmektedirler.
 - **Hukukun bu yönüyle** değerlerden bağımsız olduğunu savunulmaktadır.
- **Ex post facto**: "*Bir şey gerçekleştikten sonra*" anlamına gelen Latince söz öbeğidir.
 - **Türkçe'de** "*geçmişe yürüme*" ya da eski tabirle "*makale şamil*" şeklinde kullanılmaktadır.
 - **Bir olay**, olup bittikten sonra geriye doğru gidilerek hüküm ifade etmesi anlamına gelir.

Siyaset Ötesi Hukuk: Niklas Luhmann, Sistem Kuramı ve Autopoietik Hukuk

- **Alman sosyolog NIKLAS LUHMANN'ın SİSTEM KURAMI**, *autopoiesis* kavramına dayanmaktadır.
- **Kavram**, terminolojik olarak "*kendi kendini yeniden üretebilen*" anlamına gelmektedir.
- **Hukuk ile siyaseti** birbirinden ayıran yaklaşımlar, hukukun kendi kendini yeniden üreten bir yapıda olduğunu ileri sürmektedir.
- **Autopoiesis**: Yunanca kökenli bu kavram, iki sözcüğün, "*kendi*" anlamındaki "*auto*" ile "*yaratmak*" anlamındaki "*poiesis*" in birleşiminden oluşmaktadır.
 - **Böylece** "*kendi kendisini yaratan*" gibi bir anlama gelmektedir.
 - **Biyoloji alanında**, özellikle kendi kendilerini yaratan biyolojik yapıları, hücreleri ifade etmek üzere kullanılmış, sonradan farklı alanlarda kullanılmaya başlanmıştır.
- **Luhmann'a göre** hukukun işleyebilmesi için siyasetin, hukukun uygulanabileceği ortamı yaratması gerekir; ama daha fazlası değil.
- **Neyin hukuk neyin hukuk olmadığı meselesi**, hukukun kendi kendisine çözdüğü bir sorundur.
- **Aslında Luhmann'ın kuramında da bir sistem olarak HUKUK**, diğer sistemlerle, örneğin siyasetle de ilişki halindedir.
 - **Ancak** sistemin iç işleyişi yönünden, çevrenin hukuka müdahalesi olamaz.
- **Luhmann'a göre** karmaşık bir yapı olarak *devlet*, iki farklı toplum sistemini kullanır.
 - **İlki**, iç iletişimini kurmak için "*iktidar*" kodunu (şifresini) kullanan siyaset sistemi,
 - **İkincisi**, hukuka uygun/aykırı şifrelemesiyle şiddet kullanma tekeli düzenleyen hukuk sistemidir.
- **Kararların** verildiği *yargı sistemi*, hukukun sadece bir alt sistemidir.
- **Luhmann**, hukuk ve siyaseti birbiriyle ilişkili, ancak bağımsız iki ayrı sistem olarak ele almakta, aralarında *dışsal ilişkisinin* düzeyi ne olursa olsun, kendi içlerinde özgün işleyişlerine sahip oldukları ileti sürmektedir.
- **Luhmann'ın** hukuk ile siyasetin ilişkisini yasama ve yargı fonksiyonları özelinde açıklamaya çalıştığı da dikkatlerden kaçmamalıdır.
- **Siyaset sistemi** ve **hukuk sistemi** *devletin* kullandığı toplum sistemleridir.

Yasallıkla Meşruluk Arasındaki Hukuk: Jürgen Habermas ve Söylem Kuramı

- **Habermas'ın kuramı**, Luhmann'inkiyle karşıtlıklar içermekte, bu iki düşünür, kuramlarını zaman zaman birbirlerinin kuramlarının eleştirisi üzerine kurmaktadır.
- **Habermas**, öncelikle "*yaşam dünyası*" ile "*sistem*" arasında ayrım yapmaktadır.
 - **Buna göre** *yaşam dünyası*, bireylerin sosyal etkileşim içerisinde yaşadıkları çevredir.
- **İletişimsel eylem ile oluşan gelenekler**, görenekler ile arka plan bilgisini yaşam dünyası verir.
- **Yaşam dünyasının yapısal bileşenleri** *kültür*, *toplum* ve *kişilikten* oluşur.
 - **Kültür düzeyinde**, yaşam dünyasının üyelerince paylaşılan ortak değerler ve bunların yayılması ile kültürün yeniden üretimi sağlanır.
 - **Sosyal etkileşim düzeyinde**, öznel arası paylaşılan normlar aracılığıyla kişiler arası ilişkilerin meşru düzeni sağlanır.
 - **Kişilik düzeyinde**, sosyalizasyon sürecinde kişiliklerin etkileşim yeteneği geliştirilmeye çalışılır.
- **Yaşam dünyasından bağımsız işleyen sistem**, uzlaşma dönük iletişimsel eylem temelli değil, para ve iktidarın araçsal yönetimiyle ilgilidir.
- **Sistem**, üretimin başarılı şekilde yürütmesi ve kar elde etme ve bürokratik verimlilik açısından bağlayıcı kararlara ulaşma yönelimli yönetim formasyonu temelinde malların mübadelesini hedefler.

- **Yaşam dünyası ile sistem arasında** *hukukun işlevi*, bunların birbirlerinden mutlak olarak ayrışmasını sağlamaktadır.
- **Başka deyişle HUKUK**, iktidarı hukuksallaştırarak, devletin ya da siyasal sistemin, yaşam dünyasından ayrı bir sistem olarak ortaya çıkmasını sağlar.
- **Habermas'a göre** siyasal kararların etkili olması isteniyorsa, bunlar pozitif hukuk biçimini kullanmak zorundadır.
- **Siyasal karar**, hukuksallaşarak bürokratikleşir.
- **Habermas'a göre hukuk**, yaşam dünyasında ortaya çıkar, ama siyasal alana aktarılır.
- **Öte yandan modern hukuk**, belli bir usule uygun olarak çıkartılmış hukuktur.
- **Bu usul de** demokratik katılımın sağlandığı *parlamentar usuldür*.
- **Dolayısıyla modern hukuk**, demokratik süreçlere uygun olduğu sürece meşru olacaktır.
- **Habermas'a göre hukuk**, siyasal alanın kurucusudur ancak hukukun kendi meşruluğu da ancak yurttaşların siyasal alandaki faaliyetleri ile sağlanmaktadır diyebiliriz.

HUKUK VE EKONOMİ

- **Klasik iktisat doktorininde**, piyasanın sanki bireylerden tamamen bağımsız bir işlerliğe sahip bulunduğu ve bireylerin de bu piyasada rasyonel olarak hareket edip, tercihte bulundukları varsayılır.
 - **Bu yaklaşımda**, ekonominin insan ya da herhangi bir organ eliyle düzenlenecek normatif bir alan olmadığı düşünülür.
- **Ekonomi**; verimlilik, etkililik, karlılık gibi kavramlar üzerinde işleyen, bu kavramların ifade ettiği değerlere ulaşılabilmesi için ise rasyonel darandırılması gereken sahadır.
- **Oysa hukuk alanında hukuka uygunluk**, adillik gibi kavramlar da geçerlidir ve bunlar normatif olarak düzenlenmiştir.
- **Dolayısıyla hukuk ve ekonomi alanları** arasında karşımıza çıkması muhtemel olan sorular şunlardır:
 - Özgür iradelerin rasyonel (akılcı) tercihlerine dayalı bir alan, normatif olarak düzenlenebilir mi?
 - Ekonomik alandaki tercihlere ilişkin hukuksal bir sınırlama getirilmeli mi?
 - Bir uyuşmazlık durumunda yargısal karar verilirken, ekonomik alanın kendine özgü nitelikleri de göz önüne alınmalı mı?
 - Hukuk, ekonomik alanda elde edilen refahın paylaşılması için bir araç olarak kullanılabilir mi?
- **Ekonomi**, en liberal sistemlerde bile, tamamen kendi işleyişine bırakılmış bir düzen olarak düşünülemez.
- **Hemen her hukuk sistemi**, ekonomik alana ilişkin düzenlemeler, bazı yasaklar ya da farklı düzeylerde serbestlikler içerir.
- **Bunun en bilinen örneği**, alımına ve satımına yasaklar getirilen bazı malların varlığıdır.
- **Tüketici hukuku**: büyük oranda ürünleri satanlar ile alanlar arasındaki ilişkileri düzenler ve tüketicilerin yanıltılıp aldatılmasının önüne geçmeye çalışmaktadır.
- **İş hukuku**: işveren ile işçi arasındaki ilişkilere yön veren ve esasen piyasada işverene göre korunaksız durumda kalan işçi lehine düzenlemeler içermesi beklenen alandır.
- **Sermaye piyasası hukuku**: sermaye piyasalarını ve bu piyasadaki araçları düzenler.
- **Rekabet hukuku**: ekonomik oyuncuların piyasadaki davranışlarının, birbirleri için haksız rekabet yaratmaması için ortaya çıkmıştır.
- **Modern toplumlar**, ekonomik iktidarın siyasal ya da hukuksal iktidarla hemen hemen eşitlendiği toplumlardır.
- **Ortak iyi**: Felsefe, etik ve siyaset biliminin kullandığı kavramlardan biri olan "*ortak iyi*", bir toplumdaki üyelerin hepsi ya da büyük bir kısmı için faydalı olan ya da bunlar tarafından paylaşılan değer anlamında kullanılmaktadır.

- **Mülkiyet, sözleşme, ticari işletme ve veri** hem hukuksal hem de ekonomik kökenlidir.
- **Hukuk ve ekonominin yönleri:** Normatif, Yol gösterici, pozitif ve analitik.

Hukukun Ekonomik Analizi: Richard A. Posner

- **Richard Posner**, yargılamadaki hukuksal akıl yürütmenin yerine, iktisadi akıl koymayı hedeflemektedir.
- **Posner**, ekonomide *Chicago Ekolü* diye bilinen neo-klasik ekonomik yaklaşımı benimsemektedir.
- **Posner'in hukuk alanına ilişkin iddiası**, serbest piyasa ekonomisinde geçerli olan rasyonel tercih modeline dayalı aklın, hukukun her alanında uygulanabileceğidir.
- **Posner**, "Adaletin temel, belki de en bilinen etkinliktir. Çünkü kıt kaynakların olduğu bir dünyada israf ahlaksızlıktır." Diyerek, hukuksal kararı ekonomik sonuçları ile tahlil etme eğilimini gösterir.
- **Etkinlik kavramından en anlamalıyız?** Burada etkinlik ile aslında refah artışı kastedilmektedir.
- **Hukukun ekonomik analizi** yaklaşımını benimseyen kuramcılar, etkinlik kavramıyla **Pareto** etkinliğini kastetmektedirler.
- **Pareto etkinliği:** Hiç kimsenin durumu daha kötü hale getirilmeden birilerinin durumlarının iyileşmesi anlamında İsviçreli ekonomist Pareto'nun refah artışına ilişkin benimsediği ilkedir.
 - **Bu anlamıyla refah** artışı Pareto etkinliği olarak adlandırılmaktadır.
- **Toplumdaki kaynakların** mükemmel ve dengeli dağılımının gerçekleştiği, birisinin refahında kötüleşme olmadan bir başkasının iyileşemediği eşitlik hali **Pareto Optimum** olarak adlandırılmaktadır.
- **Posner'a göre** hukukun amacı adalet sağlamak, adalet ise etkinlik olduğundan ve etkinlik kavramı ile refah artışı kastedildiğinden, hukuksal düzenlemenin refah artışı sağlaması beklenmelidir.
- **Pozitif kuram kendi içinde iki soruyla uğraş alanı belirler:**
 - 1- Bir politikanın davranışsal etkileri nelerdir ve bu politika etkin sonuca götürebilir mi?
 - 2- Eğer tek amacı etkinlik olsaydı hukuk neye benzerdi ve gerçekte hukuk buna benziyor mu?
- **Normatif kuramın da iki sorusu vardır:**
 - 1- Etkinlik hukukunun amacı olabilir mi?
 - 2- Eğer olabilirse, hukuk bu amaca en iyi biçimde hizmet etmek için nasıl bir reforma tabi tutulmalıdır?
- Görüldüğü gibi, **Hukukun Ekonomik Analizi(Çözümlemesi)** yaklaşımını benimseyenler, hukukun kavramları yerine, iktisadın kavramlarını kullanmakta ve hukuksal yapıda iktisadi aklın egemen olmasını gerekliliği savunmaktadırlar.

HUKUK VE İDEOLOJİ

- **İdeoloji** "gerçeklik hakkında bilgi" sorunu ile yakından ilgili bir kavramdır.
- **Frankfurt Okulu kuramcılarına** dile getiren, bilimin kendisinin de bir ideoloji olarak karşımıza çıkabileceği düşüncesi de akılda tutulmalıdır.
- **İdeoloji**, bilinç durumunu ya da düzeyi olarak ifade edilebilir.
 - **Dolayısıyla hukuk ideolojisi de** hukuka ilişkin bilinç durumunu ya da düzeyini ifade etmektedir.
 - **Daha da kaba bir ifade ile "hukuk ideolojisi"** hukuka duyulan inancı, gerçek dünyanın hukuksal bir dünya görüşü ile açıklanabileceğine ve sorunların hukuk aracılığıyla çözümlenebileceğine ilişkin inancı ifade eder.
- **Hukuk ideolojisi**, hukukun arkasında bulunan ya da hukukun dayandığı bir ideoloji olmasından ziyade, hukukun kendisinin de bir ideoloji olduğu anlayışı ifade eder.

- **Hukuk ideolojisinin yansımaları:**

1. Toplumu ve dünyayı algılayışımızı hukuksal kavramlar biçimlendirir.
2. Hukuksal kavramlar bilincimizi belirler.
3. Hukuksuz bir yaşam düşünülemez.
4. Hukuku toplumsal olgu değil, toplumsal olguyu hukuk yaratır.
5. Toplumdaki mevcut sosyal düzen kurallarının hepsinin hukukî bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir.
6. Hukuk, toplumsal yaşamın her alanını düzenleyebilir. İşte bütün bunlar, aslında hukuk ideolojisinin birer sonucudur.

- **Hukuksal bilinç**, mevcut hukuksal düzenin işleyişine "rıza" gösterme olarak da anlaşılabilir.
- **Hukuk, iktidarın**, hakimiyeti altındaki insanların rızalarını kazanmada başvurduğu bir araçtır.
- **Yurttaşlar**, günlük faaliyetleri içerisinde, bilerek ya da bilmeyerek hukuksal düzene uygun davranarak; güvenseler de güvenmeseler de uyumsuzluklarının çözümünde devletin hukuksal mekanizmalarına başvurarak, rızalarını gösterirler.
- **İskandinav hukuksal realizmin öncü düşünürlerinden Axel Hagerstrom'un** hak, ödev, hakkın devri, geçerlik gibi hukuksal yapının bazı önemli kavramlarını, boş inançtan kaynaklanan mit, kurgu, sihir ya da kafa karışıklığı diye nitelendirdiği, bu kavramların metafizik dünyanın hayal ürünü olduğunu yani aslında bir gerçekliğe sahip olmadığını ileri sürdüğünü bilinmektedir.
- **Hagerstrom'a göre**, hak ya da ödev gibi kavramlar "gerçek" değildir.
 - **Söz gelimi hak**, bir şey üzerindeki güç olarak tanımlanmaktadır.
- **Hagerstrom**, modern hukukta kabul edilen hak ya da ödev kavramlarının temelinde, antik inanışlar olduğunu ileri sürmektedir.
- Benzer "ritüel" vurgusu **Karl Olivecrona'nın** evlilik sözleşmesi hakkındaki açıklamasında görülmektedir.
 - Buna göre evlilik sözleşmesinde, bir ritüel yerine getirilerek, insanlar arasında hukuksal ama gerçek olmayan bir bağ kurulmakta ve sadece bu hukuksal bağ, bundan böyle gerçek dünyada da sonuç doğurur hale gelmektedir.
- Hukuk ideolojisinin ortaya çıkartılmasına yönelik bir başka yaklaşıma **A.J Greimas'ın** göstergebilimsel çözümlemesinde rastlarız.
- **Bilindiği üzere**, yapısalcı göstergebilime göre **dil**, dünyayı yalnızca tanımlamaz, aynı zamanda onu biçimlendirir ve yeniden inşa eder. **Bu nedenle de ideolojiktir.**
 - **Aynı durum**, elbette hukuk açısından da geçerlidir.
- **Greimas**, bu düşünceye paralel çözümlemesini Ticaret Hukuku ile örneklendirir.
 - **Ticaret hukuku'na göre** bir ticaret şirketi, sermaye unsuru ile kişi unsurunun bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.
 - **Oysa Greimas'ın çözümlemesi**, kişi unsurunun geçiciliğini, bir başka deyişle sermayenin asliliğini ortaya koyar.
- **Kapitalist toplumlarda hukuk ideolojisinin temin etme zorunluluğu olduğu noktalar:** *Bireyin özerkliği, yaşam, özgürlük, mülkiyet.*

ÜNİTE SONU