

HUKUK KÜLTÜRÜ

*Dr. Murat Yüksel**

GİRİŞ

Karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi için hukuk kültürü kavramının teorik yararlarının genel anlamda incelenmesi son derece önemlidir. Karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi için genel olarak şu sorunlar, cevap arayan temel sorunlar olarak belirir: Kültür nedir? Dünya sistemleri üzerine, milli hukuk kültürleri üzerine ya da özel kurumlar üzerine yoğunlaşmalı mıyız? Kültürü belli bir nüfusun davranışlarını ya da fikirlerini düzenleyen olarak mı ele almalı ya da kültürün daha postmodern bir yönünü mü benimsemeliyiz? Hukuk kültürü nedir? Politikacılar, meslekten hukukçular ve hukuk bilimcileri tarafından kullanılan hukuk tanımlarıyla ya da hukukun popüler tanımlarıyla ne derece ilgiliyiz? Bütün bunların hukukun sosyolojik tanımlarıyla ilgisi nasıldır? Hukuk çalışmalarına nasıl ulaşabiliriz? Diğer kültürleri daha çok öğrenmeyi amaçlamalı mıyız ya da kendi kültürümüzü doğru olarak kabul etmeli miyiz? Kültürü anlamak için ne tür kaynaklar kullanmalıyız? Davranışları, kelimelerden daha çok mu göz önünde bulundurulmalıyız? Bazı toplumların bize anlattığı şeylere ya da onların dünyaya bakışlarını yansıtan araştırmalara güvenmeli miyiz?¹

Bir araştırma konusu olarak hukuk kültürü, hem teorik hem de metodolojik problemlerle ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi ise, hukuk kültürünün teorik yönleriyle ilgili olduğu kadar, hukuk kültürünün görünen yönlerindeki metodolojik problemlerin analiz edilmesini de hedeflemektedir.

Bu çalışmada hukuk kültürü kavramı ve bu kavramın değişik kullanımları üzerinde durulmuştur. Burada özellikle belli başlı Amerikan hukuk ve toplum bilimcilerinin ve Avrupalı hukuk sosyologlarının hukuk kültürü kavramı üzerindeki tartışmaları üzerinde odaklaşmıştır. Genel olarak dava oranları, hukuki kurumlara yönelik tutumlar, ceza oranları, hukuku kimin talep etmesi gerektiği hakkındaki varsayımlar, çocuk davalarını soruşturma uygulamaları, karşılaştırmalı hukuk sistemleri içindeki avukat imajı benzerlikleri ve

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ David Nelken, *Comparing Legal Cultures: An Introduction*, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 1-2.

farklılıkları, hukuki bilinç ve hukuk ideolojisi gibi sorunların çoğu hukuk kültürünün değişik boyutları kapsamında değerlendirilir. Bu bakımdan bu çalışmada hukuk kültürlerinin farklı inceleme yollarının ortaya konması ve bir diğer perspektiften diğer hukuk kültürüne bakış üzerinde durulmuştur.

1.Kültür Kavramının Kuramsal Çerçevesi

İnsan olgusunu, toplumsal-kültürel ayrılık ve benzerlikleri içinde sosyal-kültürel değişkenlerin yöresel ve evrensel boyutları üzerinde açıklamaya çalışan sosyal antropoloji bu amacına soyut bir kültür kavramı aracılığıyla yaklaşma geleneğine çoğunlukla bağlı kalmıştır. Tylor'a göre kültür, toplumun bir üyesi olarak insanın kazandığı bilgi, sanat, ahlak, gelenekler ve benzeri diğer yetenek ve alışkanlıkları kapsayan karmaşık bir bütündür. Gerek Tylor'un kültür tanımı, gerekse sosyal antropolojinin yukarıda belirttiğimiz yaklaşımındaki kültüre ilişkin kavramlar çağdaş antropolojinin benimsenmiş konusunu oluşturmuştur².

Tylor'un yukarıda değindiğimiz kültür tanımında aynı türde olmayan ve aynı varlık alanında bulunmayan dört ana değişkenin, kültürün bütünlüğü kavramı içinde birbirine bağlılığı dikkatimizi çeker. Bu değişkenler *toplum, insan, kültürel muhteva ve öğrenme sürecidir*. Tanım, aynı zamanda kültür ile bütünlük kavramları arasında ve kültürün bütünlüğünü oluşturan ana değişkenler arasında çeşitli ilişkiler kurmakta; değişkenlerin bazı belirgin ya da açık olmayan özelliklerine değinmektedir. Bu tanımda kültür kavramı ile bütünlük kavramları arasında anlamsal bir ilişki ve özdeşlik kurulmaktadır. Burada kültür, bütünlük kavramına bağlanırken, kültürün somut bir eylem, olgu veya şey değil soyut bir yapı veya ilişkiler alanı olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle kültürün ne olduğu değil, nasıl olduğu üzerinde durulmaktadır. Yine bu tanım, insanı soyut kültür kavramıyla soyut ya da somut bir yetenek ve alışkanlıklar sistemi arasına canlı bir varlık alanı olarak yerleştirirken, kültürel bir muhtevanın insan tarafından kazanıldığı gözlemine ağırlık vermektedir. Kültürel muhtevayı kimin ve nasıl öğrettiği belli olmamakla birlikte tanımın işlevsel bakımdan en önemli niteliği insan tarafından öğrenildiği gözlemidir. Yine bu tanımda kültürün bütünlüğüne paralel olarak muhtevanın da bütünsel niteliğine değinilmektedir. Burada kültürel muhteva, yetenek ve alışkanlıkların tümünü kapsamaktadır. Son olarak bu tanımda kültürel muhtevayı kazanan insanın bir toplumun üyesi olması ön şartı koşulmuştur. Her ne kadar kuramsal anlamda insanın bir toplum üyesi olmadan da bir dizi yetenek ya da alışkanlıklar elde edebileceği düşünülse bile bu tanım bunları kültür kavramı ve kültürel muhteva dışında tutmaktadır. Bu tanıma göre kültür bütünü, kültürel muhtevanın

² Bozkurt Güvenç, *Kültür Konusu ve Sorunlarımız*, İstanbul 1985, s. 13-22.

karmaşık bir fonksiyonudur. Diğer bir deyişle kültür, yukarıda değindiğimiz dört değişkenin bir fonksiyonudur³.

Kültür kavramı ve tanımı ile Sorokin'in bileşik sistem kuramı arasında kapsam ve ilişkiler yönünden sıkı bir ilişki vardır. Örneğin kültür kavramının bütünlüğün bileşenlerine veya parçalarına bağımlılığı, sistemin her önemli parçaya bağımlılığı ile eş anlamlıdır. Yine kültür kavramının bileşenlerinin veya parçalarının bütüne bağımlılığı, her önemli parçanın bütün sisteme bağımlılığına benzemektedir. Başka bir benzerlik ise kültür kavramının her değişken parçasının diğer değişken parçalara bağımlılığı, sistem kuramında her önemli parçanın sistemin diğer parçalarına bağımlılığı ile aynı anlama gelmesidir. Böylelikle kültür kavramı ile kavramın dört değişkeni arasındaki ilişki ve bağımlılıklar veya başka bir deyişle bütünün karmaşıklığı çok daha kolay anlaşılabilir⁴.

Taylor'un kültür tanımı, soyut bir toplum, soyut bir insan, soyut kültürel bir muhteva ve soyut bir öğrenme/kazanma süreci kavramlarının bütünlüğü düşüncesi üzerinde kurulmuş, evrensel fakat tekilci bir soyutlamadır. Sistem kuramı ise bugünkü ve gelecekteki bütün sosyal kültürel sistemleri, bu sistemler içindeki ve arasındaki genel ve özel ilgi, ilişki ve bağımlılıkların tümünü kapsayan çoğulcu bir model getirmektedir. Burada tümüyle bağımsız görünen sosyal sistemlerinin birbirinden bağımsızlıkları değil, birbirleriyle bağımlılıkları söz konusudur⁵. Bu noktada kültür varlığını oluşturan kurum ve değişkenlerin de birbirinden bağımsızlığı değil bilakis karşılıklı olarak birbirlerine bağımlılıkları söz konusudur. Böylelikle genel sistem kuramlarındaki bütünlük kavramı, ilkelerin ve denemenin genel sonuçları ışığında, bütüncül bir kültür kuramında ya da kültür kavramında bulunması gereken temel değişkenler saptanmıştır.

Max Weber'e göre ise kültür, dünyada sonsuzcasına anlamsız olayların sınırlı bir parçasının insan varlıklarının görüş noktasından anlam ve önemle donatılmasıdır. Bu tanım, kavramın hem metodolojik duruşuna hem de kültürel değişme görüşüne uygulanır. Metodolojik olarak kültürel varlıklar sıfatıyla bizim hem bilgiye değer vermemizden hem de toplumsal gerçekliğin belli boyutlarını değerli görmemizden ötürü kültür bilimleri nesnellığe erişebilir⁶.

Kültürü tanımlamak zordur. Hatta bazı düşünürlere göre boşuna bir çabadır. Değişik kültür tanımlamalarında farklı kullanışlar ve algılayışlar söz konusudur.

³ Güvenç, s. 22-23.

⁴ Güvenç, s. 24-26.

⁵ Güvenç, s. 36.

⁶ Ralph Schroeder, *Max Weber ve Kültür Sosyolojisi*, Çev. Mehmet Küçük, Ankara 1996, s. 18.

Fakat bu farklı algılayışların ortak paydasında eğitim-öğretim süreci vardır. Bu noktada kültür, eğitim süreciyle kazandığımız muhteva; eğitim ise bize kültürel muhtevayı kazandıran edinme-öğrenme sürecidir⁷.

2.Karşılaştırmalı Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Kültürü İlişkisi

Sınırları belirlenmiş kesin bir hukuk kültürü kavramını ortaya koyma karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin açık bir ilgi alanını oluşturur. Diğer bir deyişle bu, farklı özel hukuk sistemlerinin genel mukayesesini sunan bir hukuk sosyolojisi demektir⁸.

Max Weber'in çalışmalarından bu yana karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi alanında çok sınırlı bir mesafe katedilmiş, farklı toplumlardaki ve kültürlerdeki zıt hukuki kurumları ve süreçleri mukayese etmek gereği üzerinde durulmamıştır. Devletler arasındaki artan ilişkiler ve bu ilişkilerin çok yönlü etkileri farklı ülkelerdeki hukuki tutumları, değerleri ve süreçleri tanımlama ve diğerlerini anlama görevini doğurmaktadır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin temel görevi, genel olarak farklı ülkelerdeki hukukun merkezi özelliklerini tanımlamak ve mukayese etmektir. Bu yönüyle karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi, hukuk kültürünün niteliğini anlama ve açıklama amacına hizmet etmektedir⁹.

Hukuk kültürü kavramı üzerine odaklaşma, gerçekte hukuk sosyolojisinin ve karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin genel esaslarını birleştiren bir olanak olarak görülebilir. Karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi veya dünyadaki farklı hukuk sistemlerinin kıyaslanması bilimsel anlamda bir girişim örneği sunmuş olmakla birlikte ayrıca devletlerin hukuk sistemleri arasında yapılan kıyaslamalar için de açık bir kavramsal çerçevenin geliştirilmesini sağlamıştır¹⁰.

Hukuki benzerlik fikri, kendi zorlukları ne olursa olsun farklı devletlerin hukuk sistemlerini ya da onların içindeki hukuk doktrinlerinin temel unsurlarını mukayese edebilmek için bunların yeterli benzerliğe sahip olarak ele alınmasını önerir. Fakat bir grup olarak ele alınan karşılaştırmalı sistemler ya da sistem unsurları belli bir analitik amaç için diğerlerinden ayrılır¹¹.

⁷ Güvenç, s. 111.

⁸ Roger Cotterrell, *The Concept of Legal Culture*, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p.13.

⁹ Nelken, p. 1.

¹⁰ K. Zweigert / H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Vol. 1, 2 nd, Ed. T. Weir, Oxford, 1987, p. 2.

¹¹ R. David / J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3 rd, London 1985, p. 17; Zweigert / Kötz, p. 5.

Karşılaştırmalı hukukun temel kavramsal mekanizmaları, hukuk sosyolojisi için yetersiz görünebilir. Bu noktada karşılaştırmalı hukukun en temel yetersizliklerinden biri, hukuk doktrini ve işlemlerinin var olduğu politik, sosyal ve ekonomik matrisin karşılaştırmalı analizinden ayrılan doktriner kıyasın teorik değerini yeteri bir biçimde kanıtlayamamasıdır¹². Yine karşılaştırmalı hukukun politik bir toplumun temel unsurlarından kabul edilen yasaların ve hukuk sisteminin mukayesesini mümkün kılacak bir çerçeve sağlamak için yetersiz olduğunun ileri sürülmesi karşılaştırmalı hukukun bir diğer eksikliği olarak kabul edilir¹³.

Yine kimi hukuk sosyologlarına göre, karşılaştırmalı hukukun kaderinin mukayeseli hukuk problemleri çözmek olması gerçek anlamda bir hukuk sosyolojisi demektir. Ya da bu durum en azından hukuk sosyolojisine katkıda bulunan pozitif hukuk sosyal bilgisinin bir bileşkesi olarak nitelendirilir¹⁴.

3. Hukuk Kültürü Kavramı

Hukuk kültürü, her bir ülkenin medeniyetinden ve tarihinden türer. Bu bakımdan hukuk kültürü, yaşam koşullarını ve yaşam tarzlarını belirlemede çok önemli bir yere sahiptir. Hukuk kültürü kavramı, büyük ölçüde genelleştirmelere izin vermekle birlikte değişebilmektedir. Ayrıca hukuk kültürü kavramı, mukayeseli araştırmaların yapılmasını da talep edici bir özelliğe sahiptir¹⁵.

Friedman'a göre, hukuk kültürü yoluyla hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar açıklanır. Bu yönüyle hukuk kültürü, hukukun kaynağıdır. Hukuk kültürünün kendi normları, hukuk normlarını yaratır. Bu bakımdan hukuk kültürü, toplumda hukuk normlarının etkisini belirleyen şeydir¹⁶.

Friedman'a göre hukuk sisteminin en önemli özelliklerinden biri hukuk sistemlerinin hızlı bir değişim sürecinde olmasıdır. Ona göre eğer hukuk kültürü hukuka ilişkin fikirler, tutumlar ve değerler ise cinsiyete ve doğaya yönelik

¹² Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975, p. 201.

¹³ M. R. Damaska, *Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven 1986, p. 6-7.

¹⁴ J. Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, Louisiana 1963, p. 10.

¹⁵ Hanne Peterson, *Gender and Nature in Comparative Legal Cultures*, Ed. David Nelken, *Comparing Legal Cultures*, Vermont 1997, p. 135.

¹⁶ Friedman, p. 201.

fikirlerdeki, değerlerdeki ve tutumlardaki hukukun, mahkeme kararlarının ve mevcut hukuk normlarının etkisi değişecektir¹⁷.

Friedman'a göre hukuk kültürü kavramı, Cotterrell'in ileri sürdüğü gibi gereksiz kavramlardan biri değildir. Hukuk kültürü şüphesiz ki bu şekilde değerlendirilecek bir kavram da değildir. Sosyal bilimlerin temel yapı taşları olan sosyal yapılar, kurumlar ve sistemler gibi temel kavramlar belirsiz ve geneldirler. Ayrıca onları tanımlamak ve onların sınırlarını belirlemek zordur. Bu olgu, zorunlu olarak elbette ki hukuk kültürü gibi sosyal bilimlerin temel kavramlarını tutarsız, çelişkili ve anlamsız kılmaz¹⁸.

Hukuk ve toplum çalışmaları hakkındaki problemler yalnızca hukuk sistemleri ya da doktrinleri gibi karmaşık konulardan değil avukatlar, hakimler ya da mahkemeler gibi basit kavramlardan bile kaynaklanabilir. Hukuk kültürü de bu kategoride yer alan bir kavramdır. Bazı kavramlar bir olgu dizisini, bir genel kategoriyi düzene koymak için son derece faydalıdır. Belirsiz ve özel olan kategoriler daha genel bir kategoriye dahil edilebilir. Friedman'a göre hatta parçalar bütünden daha yeni ve işlevsel olabilir. Kamuoyu ve yaşam standartı gibi kavramlar bu tür bir genel kategorik kavramdır. Bir kasabadaki evlerde ya da kulübelerde araştırma yapmadıkça neyin bir yaşam standartı olduğunu söylemek kolay değildir. Evlerde kaç tuvalet var? Kaç kişi televizyon, video, radyo ve müzik setine sahip? Bu insanlar bir günde ortalama olarak kaç kalori almakta? Ortalama bir işçi ne kadar çalışmak suretiyle bir çift ayakkabı alabilmekte? Ancak bu araştırmalardan sonra yaşam standartı anlamlı bir kavram olarak belirir¹⁹.

Bir alt kategoriler kataloğu belirlemek kolay olmamakla birlikte genel olarak aynı şeyleri hukuk kültürü için de söylemek mümkündür. Fakat yaşam standartı kavramının ne demek olduğu olabildiğince açık olmasına rağmen aynı şeyleri hukuk kültürü için söylemek mümkün değildir. Üstelik birçok hukuk bilimci, hukuk kültürü kavramını Friedman'ın kullandığı anlamdan çok farklı şekilde kullanmaktadır.

Friedman'a göre hukuk kültürü hukuka, hukuki kurumlara yönelik fikirlere, değerlere, tutumlara ve beklentilere yöneliktir. Kamuoyu gibi hukuk kültürü de ölçülebilir bir olguya ilişkindir. Hukuk kültürü, gerçekte ölçülebilir bir olgular dizisini kapsayan bir şemsiye terimdir. Hemen hemen her toplumda hukuk kültürü hakkında kesin olarak çok az bilgiye sahip olunulduğu bir gerçektir. Zira

¹⁷ Peterson, p. 136.

¹⁸ Lawrence M. Friedman, *The Concept of Legal Culture: A Reply*, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 33.

¹⁹ Friedman, *The Concept of Legal Culture*, p. 34.

hukuk kültürü hakkında veri toplamak için ciddi anlamda hiçbir çaba harcanmamıştır²⁰.

Hiçbir iki halk hukuk hakkında aynı fikirlere, tutumlara ve değerlere sahip olmadığı gibi aynı politik bakış açısına da sahip değildir. Yine ayrıca hiçbir iki toplum aynı müzik ya da filminden aynı tadı almazlar. Şühesiz ki hukuk hakkındaki fikirlerin ve değerlerin tasnifinde modeller vardır. Bu tarz modeller diğer kategorilerin hatalı yönlerini izlemiş olsa bile her tanımlanabilir grubun hukuk kültürü hakkındaki açıklamaları anlamlı olabilir. Şüphesiz ki bu modellerden bazıları diğerlerinden daha ilginç ve kesindir.

Friedman'a göre hukuk kültürü hakkında en önemli şey hukuk kültürünün hukuki statik ya da değişim süreci içinde zorunlu bir müdahale değişkeni olmasıdır. Herkesin kabul ettiği gibi yeni icatlar (doğum kontrolü, bilgisayar teknolojisi, savaş teknolojisi vs.) toplumda büyük değişimlere neden olmaktadır. Bazı değişimler ise deprem, savaş, salgın hastalık, devrim vb yeni durumların neticesidir. Bu her iki grup, olayların ve durumların hepsi hukukta değişime neden olmaktadır. Bu olayların ve durumların hukukta değişime yol açması ise şu şekilde gerçekleşmektedir: Bir motorlu araç icat edildiğinde başta yol kuralları olmak üzere tazminat hukukunda, sürücü lisans düzenlemesinde, alkollü araba kullanımında, sağlık düzenlemesi gibi birçok konuda bir yığın değişim görürüz. Bu değişim kendiliğinden gerçekleşmemekte, değişimler toplum tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan bu değişim, siyasi ve hukuki sürecin başlatıcısı ve sonuçlarıdır. Bu süreci hareket ettiren ya da onların biçimlenmesinde rol oynayan etken ise hukuk kültüründeki değişimi doğrudan doğruya etkileyen baskılardır²¹.

Değişim, tek başına yeterli değildir. Değişim, ancak yeteri kadar önemliyse tutumlar, beklentiler ve arzular hakkında değişikliğe neden olabilir. Bu durum ise halkın hukuk sisteminde ve hukuk düzeninde yeni talepler ileri süreceği ya da eski talepleri değiştireceği bir durum yaratır. Eğer siz arabanın icat edildiği bir toplumda yaşıyorsanız veya savaş ortamında bulunmaktaysanız bu durumda halkın talepleri ya da hukuk düzenindeki değişim kaçınılmazdır. Bu anlamda hukuk kültürünün başlı başına karmaşık bir etkileşimin ürünü olduğunu söylenebilir. Dolayısıyla bu yüzden aynı salgın hastalık ya da aynı icat B toplumuna kıyasla A toplumunda kaçınılmaz bir şekilde farklı bir etkiye sahip olabilir²².

20 Friedman, The Concept of Legal Culture: , p. 34.

21 Friedman, The Concept of Legal Culture: , p. 35.

22 Friedman, The Concept of Legal Culture: , p. 35.

Sosyal değişimler, toplumlar da farklı farklı hukuki sonuçlara neden olabilir. Sosyal değişimler, ayrıca hukuk kültüründe de değişmelere neden olabilir. Hukuk kültüründeki bu değişim bir toplumdan diğerine göre daha iyi bir şekilde gerçekleşmiş olabilir. Hukuk kültürü düşünce ve fikirler halleri için genel bir durumdur. Bu düşünce halleri olaylar ve durumlardan etkilenir. Bu etkilenme eylemlere yol açar. Ayrıca bu düşünce halleri başlı başına hukuk sistemi üzerinde doğrudan doğruya bir etkiye sahiptir. Bu düşünce halleri, genel anlamda ampirik olarak gözlemlenebilir. Fakat bu, Friedman'a göre kolay bir şey değildir. Tutumları ölçmek ise asla kolay değildir. Hatta bazı tutumları ölçmek ise özellikle zordur. Örneğin cinsel davranışları ölçmek çok zordur. Ne var ki hiç kimse, tutum ve davranışların olmadığını ve genel olarak onların ölçülemediğini ileri süremez²³.

Cotterrell'e göre ise hukuk kültürü kavramını hukuk sosyolojisinin teorik bir parçası olarak kullanmak mümkün değildir. Cotterrell, ileride de değineceğimiz üzere bütün kültür seviyelerinde ve bütün toplumlar da karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin kabul ettiği büyük problemlerin var olduğunu, fakat faydalı bir şekilde kıyaslayabileceğimiz hukuk kültürü parçalarını da kapsayan küçük parçaların da varolabileceğini ileri sürer.

Yine Friedman'a göre karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinde anket yapmak ve böylelikle farklı toplumlar için mukayeselere gitmek suretiyle analizde bulunmak hukuk kültürü için ilginç bir bulgu olur ve karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi için ilginç bir katkı olurdu. Örneğin cinsel istismar konusunda yapılacak bir anket suretiyle cinsel istismara uğrayan hangi tür toplum kadınlarının polise başvurmadan çekinmeyişi üzerine yapılacak bir anket mukayeseli hukuk kültürü çalışmaları için son derece faydalı olacaktır. Zira böylelikle karşılaştırmalı hukuk kültürleri hakkında daha ikna edici genel ve gerçekçi bir şeyler söyleme olanağı elde edilmiş olacaktır. Örneğin farklı iki toplum kadınları hakkında yapılacak bir araştırma, hukuk kültürleri hakkında farklı sonuçlar verecektir.

Friedman, kendi önerisi olan hukuk aileleri kavramının Cotterrell tarafından hukuk sosyolojisi açısından faydalı bir kavram olmaması nedeniyle reddedildiğini ileri sürmektedir. Zira Cotterrell'e göre hukuk aileleri arasındaki tarzsal farklılıklar kimi ülkelerdeki sosyo ekonomik koşullarla uyumlu olmayabilir. Bundan dolayı aileler sınıflandırması kişisel özelliklerin keyfi kümesine dayalıdır. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuktaki basma kalıp sınıflandırmalar, sosyolojik olarak faydasızdır ve bir ölçüde keyfidir. Medeni hukuk ve common law gibi aileleri ve sistemleri sınıflandırmak için kullanılan

23 Friedman, The Concept of Legal Culture: , p. 35.

teamül Cotterrell'e göre hukuk sisteminin canlı ve hayati unsurları arasındaki ilişkiyi ayırt edemez²⁴.

Cotterrell, Friedman'ın kullandığı terim olan hukuk kültürü kavramının bilimsel bir fonksiyondan ziyade, çoğunlukla sanatsal bir fonksiyon taşıdığını ileri sürmektedir. Cotterrell, bundan dolayı hukuk kültürünün kabaca tarif edilen genel bağların etkisini kabul ettiğini savunur. Oysa Friedman'a göre burada bilimin bazı zımni tanımlaması var gibi görünür²⁵. Bu yüzden de Friedman kavramların, genel terimlerin, ideal tip ve benzeri kurguların bilimsel olmadıklarının ileri sürülemeyeceğini varsayar. Friedman için bunlar, bilimseldir veya onlar bilimsel bir teşebbüsün faydalı apartman blokları gibidirler. Diğer bir deyişle bunlar, daha az sanatsal ve daha çok bilimsel olan yaklaşımlar, hipotezler, açıklama modelleri ve diğer teklifler sunabilir. Bu ise Friedman'a göre hukuk kültürünün kesinlikle bilimsel olduğunun bir göstergesidir²⁶.

4. Hukuk Kültürü Kavramının Sosyolojik Kullanımları

İç hukuk kültürü kavramına atfedilen anlamları özetlemek için yapılan en son teşebbüslerden biri²⁷ hukuk kuramı ve hukuk dogmatikliği ile çakışan kavramları bir kenara koymak suretiyle üçlü bir ayrıma gitmektir. Bunlardan ilki hukukçular tarafından kullanılan usamlama modellerine soyut normatif öncüllerden özele veya kararların gerekçe ve standart düzenleme tekniklerini kullanarak bireysel hukuki sonuçlara gitmektir. İkinci olarak kendi fikirlerini oluşturduğu özel sözlüklerdir. Üçüncü ve son olarak ise bir özel profesyonel grup olarak hukukçular sınıfının büyümesi ve devamlılığına katkıda bulunan hukuk politikaları, usamlama modelleri, ideolojiler ve değerlerdir²⁸.

Hukuk kültürü kavramın geçerli kullanımını düzenleyen bu modeller, uygulamada en az üç açıklayıcı bir kullanım bulmaktadır. İlk olarak hukuk kültürü kavramı, her hukuk sisteminde farklı bir şekilde gerçekleşen gerçek bir

24 Friedman, *The Concept of Legal Culture*: , p. 36.

25 Cotterrell ayrıca Friedman'ın seçim kültürü ve genel adalet beklentisi hakkındaki çalışmalarına da eleştiri getirir ve Friedman'ın önerdiği fikirlerin bilimsel ve pür anlamda teorik olmadığını ileri sürer. Oysa Friedman burada modern hukuk eğilimlerini açıklamaya çalıştığını ve büyük ölçüde denenebilir ve olası teklifler önerdiğini ileri sürer. Bkz geniş bilgi için Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge 1990.

26 Friedman, *The Concept of Legal Culture*: , p. 37.

27 V. Aubert, *"The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State"*, Ed. G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1986, p. 28.

28 Carlo Penisi, *Sociological Uses of The Concept of Legal Culture*, Ed. David Nelken, *Comparing Legal Cultures*, Vermont 1997, p. 105.

tarihi olguyu tanımlamaktadır. Bu kavram, ya iyi şekilde tanınmış bir sosyal sınıfın öngördüğü bir sürecin sonuçlarına ya da bu sürecin unsurlarına ilişkin olabilir. Bu sınıf, hukuka özel modellerle katkıda bulunmak suretiyle siyasi ve sosyal yapı ile kendi ilişkisini kurmak için bir kavramsal yapıyı paylaşarak nitelenir. İkinci olarak ise bu terim, bu sürecin en önemli sonuçlarından birine ilişkindir. Buna göre hukuk kültürünün normatif sonuçlarından biri, hukuk kültürünün normatif niteliğine ilişkindir. Son ve üçüncü olarak terim, hem hukuk sisteminde geçerlilik, esneklik ve yeknesaklık hem de sosyal kontekste kesinlik, önceden görülebilirlik, etkililik ve sorumluluk gibi farklı fonksiyonları anımsatmaktadır²⁹.

Hukuk kültürü kavramı, şimdilerde ise daha az geçerli olan kültür kavramının sosyolojik kullanımına ilişkindir. Aydınlanma sürecinde kültür kavramı ise subjektif bir kavram olarak değil, objektif bir kavram olarak kullanılırdı. Daha sonraları ise Heider ve Alman etnografyacılar kültür kavramını, doğa fikrine (idea of nature) zıt olarak tarihsel varlığın ayırıcı bir unsuru olarak tanımlamıştır. Doğa/kültür, kültür/medeniyet, kültür/şahsiyet, kültür/toplum, kültür/farklı kültürler (elit-halk, maddi-manevi vb) gibi ayrımların herbiri kendi başvuru alanlarına sahiptir. Bu noktada antropolojik geleneğin kendi kavramları sosyolojiye intikal etmiş, kültür kavramını sistemleştirmek için yürütülen protestan çaba sosyal ilişkilerin normatif boyutunu ve sosyal sistemin normatif yapısını açıklamayı amaçlamıştır. Fakat Protestan fikirlerin gelişimi Neo-Kant gelenek içersinde yer alan Weber'in orijinal görüşlerini ve Windelband ve Rickert'in görüşlerini çürütmek eğilimini taşımıştır³⁰.

Weber'e göre doğa ve kültür arasındaki fark ne konuya ne de yöntemle ilişkindir. Bu fark, tamamen açıklayıcı niyetten kaynaklanmaktadır. Eğer olgular, açık genel yasaların amaçları için tanımlanırlar ve açıklanırsa olgular doğaya ait kabul edilir. Yok eğer olgular, tarihsel sosyal anlamların bireyselliği bakımından değere ilişkin olarak yorumlanırsa bunlar kültür olarak kabul edilir³¹.

Weber'in analizleri geçerli antropolojik ve felsefi tartışmaların ışığında yeni bir önem kazanmıştır. Günümüz çalışmaları farklı sosyal sistemlerin hukuk kültürleri arasındaki mukayese problemlerinin, hukuk olgularının özel bir sosyolojik tanımlaması olmaksızın formüle edilemeyeceğini açıklamaya çalışır.

²⁹ Penisi, p. 105-106.

³⁰ Penisi, p. 106.

³¹ Max Weber, "R. Stammler's "Surmounting of the Materialist Conception of History", British Journal of Law and Society, 1975, p.129.

Hukuk kültürü kavramının açıklığı neyin hukuk olarak değerlendireleceğinin tanımlanmasının ölçüsünü gerektirir. Ayrıca kavramın unsurları, hukuka ait olan kültürün en geniş unsurları arasındaki bir ayrımı ve nedeni gerektirir. Bu anlamda hukuk kültürü kavramı, bir sosyolojik söylem için hukuka atfedilen anlamı doğrulaması için nitelendirilmelidir³².

5. Hukuk Kültürü Kavramının Tanımına İlişkin Geçerli Öneriler

Hukuk kültürü kavramı hakkındaki tartışmalar üzerine analiz, hukuk kültürünün tanımını ortaya koymaya çalışır. Cotterell, Friedman'ın kullandığı bu kavrama çeşitli itirazlar ileri sürer. Cotterell'e göre, Friedman'ın kullandığı bu kavram belirsizdir ve zayıftır. Ayrıca Friedman'ın kullanımı hem geniştir hem de çok dardır. Çünkü bu kavram, farklı hukuk türlerini ayırmak için farklı olabilecek herhangi bir özel unsuru göstermez³³.

Friedman, hukuk kültürüne açıklayıcı bir rol atfeder ve bilindiği gibi hukuk kültürünü iç hukuk kültürü ve dış hukuk kültürü olarak ikiye ayırır. Penisi'ye göre bu ikili anlam, hukuk kültürünün iki unsuru arasındaki ilişkiler hakkında belirsizlik taşır. İç hukuk kültürünün yasalaştırmanın, kıyasların, varsayımların ve yorumlayıcı usullerin kullanımı vb tipik özelliklerini bilme bize farklı sosyal çerçevelerdeki etkileri anlamamıza yardım etmez³⁴.

Cotterell'e göre hukuk kültürü kavramı hakkındaki bu zorluklar, hukuk ideolojisi teriminin hukuk kültürü terimiyle yer değiştirilmesi, diğer bir deyişle onun yerine kullanılması suretiyle yenilebilir. Zira hukuk ideolojisi, hukukun mesleki uygulamalarına ilişkilidir ve ancak yeteri kadar analiz etmek suretiyle detaylandırılabilir. Bu terim, kendi terimleri arasındaki herhangi bir iç tutarlılık ya da zorunlu bir tutarlılık anlamına gelmez. Fakat bu terim, belli sistemlerin direncini faydalı bir şekilde vurgulamaktadır³⁵.

Penisi'ye göre ideoloji kavramı, hukuk meslekçileri için hukukun değişik anlamlarını açıklamak için kesinlikle faydalıdır. Fakat ideoloji kavramı, tek başına genel kültüre ait olan kavramlardan hukuka ilişkin olan kavramların anlamlarını ayırmak için bize yardım edemeyebilir. Ayrıca hukuk ideolojisi sadece hukuk olguları üzerine sosyolojik dikkat yöneltmemizi kabul etmez, hukuki olgular dışındaki olgulara da dikkat yöneltmemiz gerektiğini savunur³⁶.

32 Penisi, p. 106.

33 Penisi, p. 107.

34 Penisi, p. 107.

35 Penisi, p. 107.

36 Penisi, p. 107.

Cotterell, ilk olarak hukuk uygulayıcılarının ne anlama geldiğinin tanımlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu noktada Cotterell, ilk olarak hukuk uygulayıcıları kavramının ne demek olduğunu tanımlamak suretiyle işe başlamıştır. Daha sonra hukuk uygulayıcılarının hukuka ilişkin tutumlarını ve davranışlarını analiz etmiştir. Çünkü Cotterell'e göre bu tutum ve davranışlar bu aktörler tarafından açıklanmaktadır. Bu anlamların ve açıklamaların hukuki nitelikleri daha geniş bir ampirik hukuk teorisinde önceden tanımlanabilir. Ayrıca bu aktörler, hukuk mesleği uygulayıcıları olarak gözönünde bulundurulur. Bu ise hukuki olguları açıklamayı ya da tanımlamayı denemeyi tehlikeye atmamız anlamına gelir. Bu, zorunlu olarak hukuk teorisi için bir problem değildir. Şüphesiz ki bu, sosyoloji için komik bir durumdur. Çünkü o kendi gücünü tahrip eder ve kendi taleplerini gereksiz yere tekrar etmek suretiyle anlamsız kılar³⁷.

Blkenburg ise hukuk kültürü kavramının, doğal hukukun doktriner tanımına dayandığını ileri sürer. Diğer taraftan Blkenburg, hukukun kamusal anlayışına dayalı bir yaklaşımın çağdaş kültürel hukuk sistemlerinin hukuki eylem niteliklerinin özgünlüğünü yadsıyabileceğini ileri sürer. Blankenburg, iç hukuk kültürü için anahtar bir kavram olarak kendi kendine idrak anlayışına dayanma eğilimindedir. Hukuk kültürü kavramı, böylelikle gözlemlenebilir bir şekilde hareket eden bir dizi kurumu gösterir. Onlar, belli kültür aktörlerini hukuki olarak tanımlayan bu çeşit kurumlardır. Blankenburg, bu noktada kendi kavramının dört seviyeyi bütünleştirmeye hizmet ettiğini ileri sürer. Ona göre bu dört seviye şunlardır:

- 1) Uygulayıcıların ve kamunun hukuki bilinç seviyesi
- 2) Hukuki normları ve kurumları üreten davranış seviyesi
- 3) Hukuki kurumların nitelikleri seviyesi
- 4) Corpus of Law a biçim veren normlar ve kurallar seviyesi

Bu yaklaşım, Blankenburg'un belirttiği gibi devlet sistemleri hakkındaki hukuku tespit etmek için geleneksel zorunlulukların üstesinden gelebilir. Bu yaklaşım, ikili zıtlık tanımından (hukuki/hukuki olmayan vb) daha karmaşık bir tanım ileri sürer. Fakat Blankenburg'un yaklaşımıyla da daha önce tanımlanan problemler varlığını sürdürür³⁸.

Burada iki temel yaklaşım görülür. Bunlardan ilki hukuk uygulayıcılarının ve bürokratların farklı kültürlerinin hukuki niteliğinin açıklanması örgütün yapılan

³⁷ Roger Cotterell, The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy, London, p.114.

³⁸ Penisi, p. 108.

bir ön tanımından gelmektedir. Ayrıca bu hukuki açıklama, aktörlerin kendi kendini yönetme temelinde çözümlenemez. İkinci olarak ise hukuk hakkındaki sosyal bilginin teorik bütünleşmesi hukuk kültürü tarafından işaret edilen ilişkileri referans yoluyla tatmin edemez. Bu noktada Blakenburg, açıkça kavramsal modeller ve sosyal kurumların davranışları arasındaki ilişkinin farkına varamamıştır³⁹.

Bu noktada hukuk kültürü seviyeleri arasındaki ilişkiyi inceleme gereksinimi üzerine vurgu şu anlamlara gelebilir:

a- Anlam tarzlarına bakmak

b- Anlamlar arasındaki ilişkilerin az ya da çok kavramsal ilişkilere neden olup olmadığını görmek

c- Davranışlar ve davranış modelleri arasındaki ilişkileri incelemek

Bir örnek vermek suretiyle (seviye 1) ile (seviye 4) hukuk uygulayıcılarının ve kamunun hukuki bilincine ilişkin seviye 1 ve Corpus Law olarak adlandırılan sisteme biçim veren kurallar ve normlar sistemi olan seviye 4 arasındaki ilişkiyi inceleyecek olursak; burada iki seviye arasındaki ilişki anlamlı bir ilişki olarak görünür. Aynı ilişki (seviye 4) ile adli kurumlar seviyesi olan (seviye 3) arasındaki ilişki için de söylenebilir. Fakat bunlara zıt olan kurumsal davranışlar (seviye 2) ve hukuki bilinç (seviye 1) arasındaki ilişkidir. Bu anlamda hukuk kültürü bir anlamlar ilişkisidir. Zira hukuk kültürü davranış seviyesinden ya da hukuki bilinç seviyesinden anlaşılan şeyin ne olduğunu ortaya koyar.

Blakenburg'un hukuk kültürü kavramı heterojenik olguyu gerektirir. Ayrıca bu kavram daima uyumlu olmayan teorik yaklaşımlar kullanılarak açıklanmayı da gerektirir. Bir bakıma bu kavram, yorumlayıcı bağı gösterir. Diğer bir deyişle bu kavram, yorumlayıcı olayların anlamını kavramsal modellerin ışığında yeniden kurar. Bir başka deyişle kavram, aktüel olarak anlamlarını yeniden kurmaktadır. Üçüncü durumda ise hukuk kültürü kavramı, değişken tanımlayıcı davranışlar arasındaki ilişkiyi yeniden kurar. Bunlardan ilki sosyolojik teorilerin işaret ettiği tipik ilişkilerdir. İkinci olarak bir hermeneutik ilişkiyi gerektirir. Üçüncü olarak ise istatistiksel olarak tahmin edilebilir bir ilişkiyi gösterir ve diğerleri bağımsız olarak geçerlidir⁴⁰.

6. Hukuk Kültürü Kavramı Açıklayıcı mıdır?

Blankenburg'un hukuk kültürü olarak adlandırdığı ilişkiler açıklayıcı mıdır? Buna cevap verebilmek için herşeyden önce ikinci ve üçüncü ilişkileri göz önünde bulundurmalıyız. Penis'i'ye göre ikinci ilişki, hiçbir şeyi açıklamaz

³⁹ Penisi, p. 108.

⁴⁰ Penisi, p. 108.

sadece anlamların çerçevesini açıklar. Üçüncü ilişki ise, yalnızca sadece bir koşulda hukuk olgusunun sosyolojik açıklaması olabilir. İlişkileri hukuk kültürü olarak düşünülen göstergeler, hukuk olgusu bakımından konu ile ilgilidir. Bu çerçevede konuya uygunluk, aynı zamanda bir ilişkinin kendi referansları yoluyla normların ya da kategorilerin yeniden inşası demektir. Hatta bu koşul yerine getirilirse hukuk kültürü kavramı bu eylem modellerinin anlamının bir parçası olarak belirli olguların açıklanmasına hizmet edebilir⁴¹.

Fakat hukuk kültürü aynı zamanda bu ilişkileri gösteremez. Zira hukuk kültürü ya kendi kendine açıklanır ya da bu davranış modellerinin anlamından uzak tutulur. Bu anlamda hukuk kültürü kavramı, farklı ilişkilerin açıklanması ve keşfedilmek zorunda bırakılması suretiyle artık bir dizi anlama işaret etmez⁴².

Bu noktada şu sorular sorulabilir: hukuk kültürü bir davranışın açıklanması olarak düşünülebilir mi? Bir davranış, Blakenburg'un hukuk kültürü olarak tanımladığı yorumlayıcı ilişki yoluyla açıklanabilir mi? Bu noktada David Nelken, haklı olarak genel kültür ile hukuk kültürü ve açıklama ile tercih arasındaki ilişkilere göre Blakenburg'un ve Cotterrell'in önerilerini ortaya koyar. Nelken'e göre Blakenburg, hukuk kültürüne açıklayıcı bir değişken rolü vermek istemesine rağmen, hukuk kültürü kavramı belirsizliğini sürdürür⁴³.

Bu çıkmaz yolun çıkışı hukuk kültürü tanımımızın yorumlama ve açıklama arasındaki tercihi nasıl etkilemesi gerektiğini tanımlamaktadır. Hukuk sosyologları için bu iki sorun birbiriyle bağlantılıdır. Bu noktada hukuku daha geniş olan kültürden ayırmak için kullanılan ölçü, kültürün kendi uygulayıcıları tarafından kullanılmalıdır. Ayrıca bu farklı kültürlerden ayrıldığı için mukayeseli araştırma problemi araştırmaksızın değiştiremez. Zira o işlemsel seviyede kendi kendini yeniden kuracaktır. İkinci olarak problem, göstergeler alınmak yoluyla çözümlenemez. Nelken' in de belirttiği gibi, göstergelerin yorumu yalnızca teknik bir konu değildir. Bir suçluluk endeksi ya da dava açma endeksi açıklama gerektiren kültürel bir sürecin sonucudur⁴⁴.

Şimdiye kadar ki tartışmayı özetlersek Penisi'ye göre, hukukun sosyolojik analizlerinin amacı hukuk için bir özel anlam referansı olarak hukuki olgunun açıklanmasıdır. Eğer hukuk olgusu açıkça herbir sistemdeki hukuki özgünlüğü tanımlaması bakımından diğer sosyal olgulardan ayrılırsa farklı hukuk sistemleri arasındaki mukayeseler bu açıklamalarda önemli bir rol oynar. Hukuk

⁴¹ Penisi, p. 108.

⁴² Penisi, p. 109.

⁴³ Penisi, p. 110.

⁴⁴ Penisi, p. 110.

kültürünün herhangi bir tanımı analiz edilen şeyin epistemolojik geçerliliğini, açıklamaların kapasitesini ve disiplinin köklü amacını gözönünde bulundurmalıdır. Hukuk kültürü kavramı, sosyoloğun ancak sosyal olgunun hukuki niteliğini tanımlama anlamına sahip olduğuna emin olduğunda bir rol oynar ve anlam ifade eder⁴⁵.

7. Hukukun Sosyolojik Bilgisi

Penisi'ye göre hukukun sosyolojik bilgisi alanında şu sorunlar belirir: Belirli bir kültürel kontekste hukuka ilişkin olarak düşünebileceğimiz şey nedir? Bir diğer kültürel kontekste hukuk olarak düşünülen şey ile böyle bir kültürel kontekste hukuki olarak tanımlanan şeyi biz nasıl kıyaslayabiliriz. Birinci sorun bakımından hukuki olarak düşünülen şeyi açıklamak temel sosyal problemlerin kaynağını analiz etmek için zorunludur. Hukukun sosyolojik bilgisi ampirik olarak geçerli olan denenebilir bilgiyi elde etmeye çalışır⁴⁶.

Hukuk normları, bir sosyal eylemin parçası olarak analiz edildiğinde hukuk normları böylelikle bir sosyolojik problemin parçası olur. Sosyologlar için hukuk zorunlu olarak bir sosyal olgu değildir. Hukuk, doğanın ve çevrenin bir parçası olabilir. Hukuk normları, eğer bu özel anlamların konu ile ilgili olduğu yerde bir kavramlaştırma içine sokulursa sosyal olgunun bir parçası olabilir. Sosyal normların, hukuki olarak düşünülmesi için aktüel eylemlerin parçalarının anlamları olarak düşünülmesi gerekir. Kültürel olgu ile ilgili olan bu çeşit bir hukuk sosyolojisi daima farklı teorik stratejiler arasındaki bir tercihle karşı karşıyadır. Bu noktada farklı teorik stratejiler ise başlıca şöyle sıralanabilir⁴⁷:

- a- Hukuku diğer kültürel anlara asimile eden yaklaşım
- b- Bir çeşit özel norm olarak hukuku inceleyen yaklaşım
- c- Hukuka bir doğal arka planı rolü atfeden yaklaşım

Ampirik doğrulama ile ilgili olarak sosyologlar için hukuk normları, basit olarak emredici ifadeler değildir. Bu noktada hukuk normları, anlam atfının sonucu olarak düşünülmelidir. Bu atıf, herşeyden önce özel bir teknik yorumlayıcıdır. Yine bu atıf, kurumsal aktivite türünün sonucudur ve genellikle iç hukuk kültürüne atıf yapar. Bu noktada bir normun hukuki anlamı, farklı hukuk teorilerinin kılavuzluk ettiği kurumsal eylemin sonucudur⁴⁸.

Sosyolojik olarak anlamlı olmak için hukuk normlarına atıf yapan sosyal eylem hakkındaki öznelerarası denenebilir bilgi, aktörün bakış açısını

⁴⁵ Penisi, p. 110.

⁴⁶ Penisi, p. 110-111.

⁴⁷ Penisi, p. 111.

⁴⁸ Penisi, p. 111.

gözönünde bulundurmalıdır. Sosyolojik bilgi için alternatif stratejiler düşünülmelidir. Genelleştirme belli bir olayı ya da eylemi anlamlı yapmak için zorunludur. Bu noktada ideal tip açıklamalarının yapısı, kabul edilebilir genelleştirmeler için bir şart olarak kültürel anlamın sürekliliğini göz önünde bulundurmalıdır⁴⁹.

Dava açma istatistiklerini kullanmak suretiyle kıyas, kültürel anlamda hukuki olarak tanımlanan sosyal olguları anlamak için kesinlikle önemli bir etkinliktir. Bu kıyas, ampirik anlamda denenebilir bilgileri inşa etmek için ve sosyal eylemlerin kesin alanlarına, hukuk mesleğinin özel türlerine ve bürokratik örgütün sınırlı alanlarına atıf yapmak için kesin olarak zorunludur. Fakat kıyas yapabilmek için diğer bir deyişle belli bir kontekste açıklamaları olanaklı kılan genelleştirme limitini kontrol etmek için, benzer ölçüler yoluyla benzer hukuki olguları tanımlamak zorunludur. Bu noktada şu söylenebilir: eğer hukuk normları sosyal eylemlerin anlamının muhtemel parçaları olarak kavramlaştırılırsa hukuk, bir sosyolojik bilgi nesnesi olabilir⁵⁰.

7.1. Bir Amaca Yönelme Eğilimli Bir Sosyal Süreç Olarak Hukuk Kültürü

Amaç, hukuk kültürü kavramının kavramlaştırılması için varsayımsal olarak kabul edilmiştir. En geniş anlamda amaç ise bir dizi kurumsallaşmış eylem dizisi yoluyla kültürel ve tarihsel olarak paylaşılır. Bununla birlikte amaç, hukukun geniş bir tanımını yapmak için zorunludur. Kurumsallaşmış yetenekler ve mesleki tekniklerin uygulanması yoluyla nitelenen bir aktiviteler alanı bir amaç yoluyla organize edilebilir⁵¹.

Hukuk kültürü, sosyolojik olarak başlı başına nitelikli bir eylem sürecidir. Bu bakımdan hukuk bilgisi bir araştırma aracı olmayıp, araştırmanın bir konusunu oluşturur. Yine hukuk bilgisi, bir bakıma araştırma projesinin bir parçası olarak kabul edilir. Ayrıca hukuk bilgisi, belli bir eylem akışı için muhtemel anlam olarak belli bir dizi normun niçin ve nasıl yeniden inşa edilmesinin açıklanmasına yardım eder⁵².

Hukukçular tarafından belirtilen bir normun hukuki anlamı, normun değişken anlamının tanımlanması değildir. Hukuki eylemin kurumsal karakteri herhangi bir siyaset ya da hukuk torisinden gelmez. Hukuki eylemin bu kurumsal karakteri sosyolojik stratejinin özel etkisidir. Bu, bir bakıma bizim

⁴⁹ Penisi, p. 112.

⁵⁰ Penisi, p. 112.

⁵¹ Penisi, p. 112.

⁵² Penisi, p. 113.

sosyolojik kurum kavramına atıf yapmak zorunda olmamız anlamına gelir. Bir sosyolojik kurum, sosyal aktörler için mantıksal olarak anlamlı olabilecek kuralların ve normların olduğu şey ampirik gözlemlerin sonucu olarak nitelendirilmelidir. Bu noktada aktörlerin bakış açısından amaç, kurumsal amaçları sürdürmektir⁵³.

Penisi'ye göre sosyologlar için buradaki temel kaygı, en geniş sosyal ve kültürel anlamda hukuk sistemlerinin ve hukukun rolünün ne olduğunun belirlenmesidir. Bu ise, belli bir sosyal çerçevede hukuk normlarını diğerlerinden ayıran nedenlere ve sosyal anlamlara işaret eder. Bir sosyal sistemin dini, politik ve sosyal kimliği bu nedenler ve anlamlar üzerine inşa edilir. Bu bakış açısından kurumun kavramı aktüel normatif kontekste önceden tanımlanan bir dizi rolü gösterir. Bu, ayrıca aktüel ve yapısal karar dizisinin eylem akışını ve rollerini de gösterir. Bu bakımdan kurumların tipik bir örnek bağı bir sosyolojik tanımlama yoluyla teşhis edilen hukuki prosüdür olabilir⁵⁴.

7.2. Hukuki Olgunun Ampirik Analizi

Mukayeseli gözlemler elde etmeyi amaçlayan sosyologların hukuk olgusu kavramıyla kastettiği şey nedir? Penisi'ye göre sosyologların, normların ne tür etkilere sahip olduğu konusunda değerlendirme yapması gerekmez. Fakat sosyologlar tarafından hukuk kültürü olarak adlandırılan sürecin yeniden inşası temelinde üzerinde önemle durulan şey, aktörlerin bu normlara verdiği anlam ve bu davranışları açıklamanın nasıl mümkün olacağıdır. Sosyologlar, bu sorunlar üzerinde durabilir. Bu noktada iç hukuk kültürü, hukukun bir özel sosyolojik temasının inşasına yönelik bir ilk adım olarak düşünülebilir. Bu ise, hukuka ilişkin her sosyolojik tatışma için zorunlu bir ön koşuldur. Çünkü bu, eylem süreci olarak hukuk kültürünü tanımlar. Diğer bir deyişle bu, Penisi'ye göre yetersiz bir koşuldur⁵⁵.

Yine Penisi'ye göre hukuku yeniden tanımlama amacı çerçevesinde yeniden inşa edilen hukuk normları, desteklenebilir ve daha ileri bir eylem sürecinin muhtemel anlamı olarak analiz etmede belirir. Bu durum, hukukun özel olarak sosyolojik açıklama olanağını teklif eder. Bir kurumsal eylem türünün (iç hukuk kültürü) ürünü olarak yasallık niteliği özel olayları inşa etmek için sosyologlar için bir belge niteliğindedir. Burada özetlenen yaklaşıma göre hukuk olgusunun sosyolojik bilgisinin amacı sosyal düzenleyicilerin beklenen sonuçlarıyla hukuk düzenleyicilerinin tanımladığı olayların öngörülen sonuçlarıyla kıyaslama olanağına ilişkindir. O daha sonra onların ilişkileri hakkındaki bir hipotezi

⁵³ Penisi, p. 113.

⁵⁴ Penisi, p. 113 - 114.

⁵⁵ Penisi, p. 114.

formüle etmeye ihtiyaç duyar. Burada kıyas, genelleştirmeler yapmak için zorunlu bir araçtır. Bu itibarla iç hukuk kültürü olarak adlandırılan kurumsal sosyal eylemdeki uygun kültürel çeşitlilik, geniş anlamda kültürden ayrı tutulmalıdır⁵⁶.

8. Hukuk Kimliğini Belirlemede Mukayeseli Hukuk Kültürleri

Hukuk kültürü yeni ilişkiler kurmada, dil becerilerini kullanmada ve görülebilir ve elde edilebilir fikir oluşturmada fırsatlar sunar. Mukayeseli araştırmaların yer aldığı eserler ilginç, yeni ve aydınlatıcı olabilecek şeyleri görme olanağı sağlar. Bu noktada birçok mukayeseli hukuk araştırması, Geertz (1973) ve Rosen (1989) gibi antropologlar için ilginç olmuştur. Başka ülkelerin sistemleriyle kendi ülkemizin sistemini daha iyi mukayese etmede, daha etkili problem çözme yöntemi belirlemede ve daha iyi bir yönetimi ortaya çıkarmada mukayeseli araştırmalar son derece faydalıdır⁵⁷.

Antropologlar ve sosyologlar, geçmişte doğan ve bugün hukuki aktarımlardan doğabilecek sosyal kültürleri arasındaki yanlış benzerliklerden doğan karmaşa ve problem türlerini araştırır⁵⁸. Kültür çalışmalarında mukayeseli hukukun, mukayeseli hukuk çalışmalarında ise kültürün rolü güç ve hassastır. Mukayeseli hukuk ve kültür çalışmaları, benimseyenlerin (alıcıların) ve modellerin yanlış kullanımıyla ilgili noktalar, özellikle hukukun tek yanlış hareket yörüngesine ve aktarım normlarının (özellikle değer ve standartların) reddi problemleri üzerinde durur. Mukayeseli hukuk çalışmaları, ayrıca hukuk normunun ve hukuki aktarımın başarısızlığının ve zayıflığının nedenlerini açıklama konsusuyla da ilgilidir. Mukayeseli hukuk çalışmaları bu konuda özellikle sömürge ülkelerin deneyimleri ile ilgili olan başarısız örnekler üzerinde durur⁵⁹.

Diğer taraftan mukayeseli hukuk çalışmaları, hukuki aktarımın modernizmin en iyi yolu olduğunu göstermiştir. Ayrıca mukayeseli hukuk çalışmaları, hukuki aktarımın hukuk kültüründe ya da sosyo kültürde bir kararsızlığa yol açmayacağını göstermiştir. Mukayeseli hukuk çalışmaları, bunu yaratıcı çabaları ve başarılı hukuki aktarımları açıklamak suretiyle yapmaktadır.

⁵⁶ Penisi, p. 115.

⁵⁷ Michael King, Comparing Legal Cultures in the Quest for Law's Identity, Ed. David Nelken, Comparing Legal Cultures, Vermont 1997, p. 119.

⁵⁸ L. A. Obiora, 'Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses', 1988, 46 Am. J. Comp. L., p. 683; G. B. Fletcher, Comparative Law as a Subversive, Discipline, 1998, 46 Am. J. Comp. L., p.683.

⁵⁹ Esin Örüçü, Critical Comparative Law: Considering Paradoxes in Transition, Deventer: Kluwer 1999, p. 7.

Mukayeseli hukukun buradaki rolü, örnekler ve açıklamalar sunmaktır. Bununla birlikte bu alanda çalışan araştırmacıların tümünün de tarafsız olduğu söylenemez⁶⁰.

Diğer kültürlerle ilişkin gözlemleri kullanmak bir ülkenin hukukunun ve hukuk sistemlerinin eksikliklerini ortaya çıkarmak için yararlıdır. Mukayeseli hukuk çalışmaları, mukayeseli kültür uygulamalarını ortaya çıkarmaya çalışır. Bununla birlikte mukayeseli hukuk araştırmacıları, teorik bir çerçevede bir eleştirel çalışma içindedir. Ancak mukayeseli hukuk araştırmacıları, kavramları kendi terimleriyle tanımlar. Fakat bu anlayış, diğer bütün teorik perspektifler için hatalıdır ve bir risk oluşturmaktadır⁶¹.

Mukayeseli araştırmalar, sosyal dünyanın bazı pür nosyonlarına biçim verir. Mukayeseli araştırmaların mukayeseler getirdiği anlamlar sosyal kaynaklıdır. Bunlar, ilişkilerin geçerli ya da geçersiz olduğunu, gerçek ya da yanlış olduğunu; politik olarak doğru ya da yanlış olduğunu ve haklı ya da haksız olduğunu öğrenmemize izin verir. Mukayeseli araştırmalar, siyasi ve coğrafi bağları ve özellikle hukuk kültürü nosyonuna dayalı farklı kültürlerin eğilimlerini anlamlı kılar⁶².

Bu noktada bir autopoietic sistemler teorisi, kendi referans sistemlerinin varlığını savunur. Sistemler, kendi unsurlarından kendi varlıklarına anlam vermek için aynı tür iletişimlere atıfta bulunan bir iletişim ağı üretirler. Güntümüz sosyolojisi bağlamında Luhmann'ın özel bir yeri vardır. Zira Luhmann, büyük geleneğin toplumu bir bütün olarak kavrama iddiasını şaşmaz bir biçimde yeniler. Luhmann, bilimci bir biçimde sınırlandırılmış, toplumu içermeyen bir sosyolojinin karşısına, sosyal sistemler ve toplum arasındaki ayırmadan yola çıkan bir toplum kuramı programı öngörüyor⁶³. Burada Niklas Luhmann'ın görüşleriyle uyum sağlamak zordur. Zira Sciulli'ye göre autopoietic sistem olarak bir ülkeyi tanımlamak için herhangi bir neden yoktur. Bu noktada autopiesis, teorik olarak ve kavramsal olarak bir talep kategorisidir⁶⁴.

King'e göre bir sistem olarak kültürü olarak ele almak için, terimin genel olarak kabul edilmiş bir anlama sahip olduğunu vurgulamak gerekir. Birey, geleneklerin, medeniyetin, bir özel zamanın ya da toplumun başarısı karşısında

⁶⁰ Örtücü, p. 7.

⁶¹ King, p. 120.

⁶² King, p. 120.

⁶³ Jürgen Habermas, *Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine*, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul 1998, p. 381.

⁶⁴ D. Sciulli, An Interview with Niklas Luhmann, *Theory, Culture and Society*, 1994, p. 46-47.

terime kendi sözlük tanımını verebilir. Diğer bir taraftan birey, daha antropolojik bir tanımı, bir dizi paylaşılmış anlayışı, inancı, tutumu, köklü fikirleri, değerler kompleksini, algılayış ve usamlama modellerini benimseyebilir. Burada birey, en azından iletişim sisteminin esaslarına sahiptir. Fakat birey, bugün çok geniş bir etnik grup, dini ve politik birlikten oluşan bir ülke ya da bir Avrupa ülkesi için inanç, tutum vb şeyleri nasıl tanımlamaya kalkışabilir. Zira Avrupa ülkelerinin kültürel özelliklerini kategorize etmeye girişmek devamlı olarak komik olmak ve klişe tuzağına düşmek demektir⁶⁵.

Yine King'e göre kültür terimi, stenografiden başka bir şey değildir. Bu ise sosyal bilimlerde analitik bir araç olarak kabul edilemez. Bu bakımdan kültürel özgünlüğü sürdürmedeki açık klişelerden kurtulmanın açık yolu, ortak inanç ya da tipik usamlama yollarından ziyade kurumları kıyaslamaktır. Zira bir ülkenin kurumları belli inançların ya da tutumların beklentilerini teşvik eder ve etkiler⁶⁶.

King'e göre burada sosyal bilimciler için görev, milli ve milli üstü arasındaki bir rekabette iki rakip takımı tanımlamaktır. Bu görev, sosyal olgular için bazı açıklama yollarını bulmaktır. Genel olarak bilindiği gibi milli hükümetler, ekonomiler üzerindeki dalgalanmaların derin ve yoğun etkilerini önlemede güçsüzdürler. Bu noktada mukayeseli araştırmalar, artık dünyanın homojen bir bütün olmadığını kanıtlar. Bu durum autopoietic gözlemcilerin perspektifinden bakıldığında zerre kadar önemli değildir⁶⁷.

Niklas Luhmann için bütün olası anlamların özeti dünya toplumdur. Hukuk, politika, ekonomi, sanat ve eğitim gibi farklı iletişim sistemleri, varlığını ancak ve ancak evrensel bir anlam ağının parçası olarak sürdürebilir. Örneğin Botswana'daki bir ücra kasabadaki aile bile, O. J. Simpson duruşmasını televizyondan seyredebilmekte ve anlamaya çalışabilmektedir. Luhmann'a göre onların gördüğü şey hukuktur. Bu özellik ise hukuku diğer iletişim araçlarına göre (sağlık, din, politika vs.) farklı kılar⁶⁸.

Beyer'e göre din de, dünyayı evrensel bir biçimde görme yollarından biridir. Dünyanın farklı kesimlerinde halklar dini inançları bakımından ayrılabilirler ve dünyayı farklı şekillerde anlayabilirler. İnsanlar yaşamlarına anlam ve yapı vermek için dine dayanırlar. Din de diğer sistemler gibi ayrı bir kurum ve fonksiyonel bir kimliğe sahip olarak tanımlanabilir⁶⁹.

⁶⁵ King, p. 121.

⁶⁶ King, p. 121-122.

⁶⁷ King, p. 122.

⁶⁸ King, p. 122.

⁶⁹ Peter Beyer, *Religion and Globalization*, London 1994, p. 2.

Politikalar ya da hukuk, modern toplumun genel bir özelliğidir. King bu noktada şu soruyu sormaktadır: Farklı milli devletlerin fikirleri, milli sınırlara dayalı ayrımlar ve ülkelerin ve kıtaların birbirine bağlılığı niçin çok önemlidir? Bu ayrımlar, her zaman vardır ve mukayeseli araştırma çalışmaları böyle ayrımları ortaya koymakta ve desteklemektedir. Farklı milli devletlerin fikirlerine dayalı her türlü kategorileşme ve ayırım yapma politik iletişim içinde açıkça fonksiyoneldir. Dünyada her ne olursa olsun milli kültürler sesiz bir şekilde gelişimini sürdürecektir. Fakat modern dünyada farklı hukukların, ekonomik sistemlerin, fikirlerin, sanatların hatta politikaların bütünüyle milli kültür gibi bir zayıf kültür üzerine anlayışlarını inşa etmeye çalışmalarına itiraz edilebilir. Irk, cinsiyet, refah dağıtımına dayalı nüfus gibi şeylerin evrensel ayrımları yalnızca milli değişimler bakımından yenilenebilir⁷⁰.

Autopoietic teoriye göre, dünyadaki olayları anlamaya çalışan milli kültür, milli kimliği kullanan sistemlerden farklılaşır. Çelişkilerden ve gereksizlikten kaynaklanan sosyal sistemler kaçınılmaz bir biçimde gerçekliği azaltmakta, ayrıca kaosa ve düzensizliğe neden olmaktadır. Sosyal autopoiesisin kurucusu Luhman'a göre modern toplum, alt sistemlerin farklılaşması üzerine odaklaşarak ve özel fonksiyonları kullanarak oldukça farklı bir sistem farklılaşması modeli gerçekleştirmiştir. Göreli olarak dinin, politikanın ve ekonominin farklılaşması ile Ortaçağ Avrupa'sındaki özel koşullardan baktığımızda, Avrupa toplumu fonksiyonel olarak farklı bir sistemden gelişmiştir⁷¹.

King'e göre farklılaşmış fonksiyonel alt sistemler bakımından toplumdaki anlam üretimini gözönünde bulundurmak, halk ve toplum için anlamlı olarak milli sınırların varlığını yadsımamaktadır. Bu ise, dünyayı bir inceleme şeklinden ziyade milli ya da kültürel ayrımlara dayalı olarak anlamlar görmektir. Bunların açıklayıcı ve olası güçleri kesin olarak sınırlıdır. Bazı durumlarda ise büyük ölçüde şüphelidir. Zira onların geçerliliği kendi kompleksini yalnızca kendi terimleriyle üretebilen kapalı iletişim ağına bağlıdır⁷².

Yine Niklas Luhmann'a göre modern altsistem ve onun çevresinden ekonomik altsistem ve onun çevresinden bilimsel altsistem ve onun çevresinden eğitim altsistemi ve onun çevresinden vb ayrılır. Herbir altsistem, kendi iletişim süreci için kendi fonksiyonunun önceliğini kabul eder. Bu noktada bütün diğer altsistemler, kendi çevresine veya tersine aittir⁷³.

⁷⁰ King, p. 129.

⁷¹ Luhmann, p. 132.

⁷² King, p. 125.

⁷³ Luhmann, p. 132.

Örneğin din dünyayı yalnızca dine göre anlayabilir. Bu dünyanın sınırlı bakışı içinde diğer altsistemler, dinin inşası için dini terimlerde belirir. Modern dünya toplumu içinde iletişim altsistemleri ise onların kapalı ya da autopoietic doğası yoluyla ve bir diğerine bağımlılığı yoluyla nitelenir. Kültür terimi siyasi, hukuki, dini, ya da sanatsal iletişim altsistemleri içinde anlam bulabilir. Terime bu sistemlerin herbiri tarafından yapılan atıfla bulan anlam çok farklı olabilir. Örneğin Fransa'da politikaların, Amerikan Devletinin yaygın etkisinden Fransız kültürünü korumaktan sözettiği yerde, hukuki anlayış hükümet belgelerinde ve resmi iletişimde ingilizce terimlerin kullanımını ortadan kaldırılmasıyla sınırlanmaktadır⁷⁴.

Michael King'e göre de Roger Cotterrell, haklı olarak Lawrence Friedman'ın farklı ülkelerin hukuk kültürlerini kıyaslama girişiminin belirsizliğini ve tutarsızlığını eleştirmektedir. Yine King'e göre autopoietic teoriden bakıldığında bu tartışmalar ilginçtir. Farklı kurumsal kültürlere göre dünyayı düzenleme gibi teşebbüsler King'in tanımladığı fonksiyona ve kodlamaya dayalı autopoietic ayrımlara çok yakın olarak belirebilir⁷⁵.

Bu noktada King, bir hukuk kültürünün var olup olmadığını sormaktadır. Yine King bir politik kültürün, bir bilimsel kültürün, bir dini kültürün vb bir kültürün var olup olmadığını sormaktadır. Eğer bu kültürlerin bir arada var olabilmesi mümkünse bunların sınırları nasıl tanımlanabilir? Yine bunların her biri diğeriyle nasıl bir ilişkiye sahiptir? İşte King, bu sorulardan yola çıkmak suretiyle bu sorulara tatmin edici bir cevap vermenin imkansız olduğunu ileri sürmektedir. King'e göre farklı kültürlere dünyanın bölünmesi ciddiye alınmaz. Zira bu kültür nosyonun, doğal bilinemezliğinden kaynaklanmaktadır⁷⁶.

Yine King'e göre autopoietic iletişim sistemi kavramının tersine, sert sosyolojik gözlemleri ve ampirik araştırma taleplerini tatmin edici bir tarzda tanımlamak imkansızdır. Bu, bütünüyle halkın ve sosyal sistemlerin kullandığı kültür kavramının yoludur. Burada problem, hem hukuk terimi hem de kültür terimi için söz konusudur. Anlaşıldığı gibi hukuk kültürünün autopoietic denklğine gelebilecek en yakın kavramlar hukuk ve onun çevresidir. Bu, yasal ya da yasa dışı gibi kodlamayı ya da seçimi kullanarak hukuk tarafından inşa edilen dünyaya yapılan atıftır⁷⁷.

King, hukuk kültürü kavramının imajının yardımcı olmaktan ziyade yanıltıcı olduğunu düşünmektedir. Ona göre autopoiesis, göreceli epistemolojik yaklaşım

⁷⁴ King, p. 125.

⁷⁵ King, p. 126.

⁷⁶ King, p. 127.

⁷⁷ King, p. 127.

tarzından daha ileri gitmekte ve toplumun farklı bilgi kısımlarına bölündüğünü kabul etmektedir. Bu noktada bir iletişim sosyal alt sistemi olarak hukuk, tamamen kendi seçimi dışında gerçekliğe yaklaşamaz. Hukuk için çevre, olayların yalnızca hukuka uygunluğu veya aykırılığı bakımından anlaşılabilir bir dünyadır. Üstelik hukuk, başlı başına kendi kimliği, kendi imajı ve bu hukuki çerçevesi içinde vardır. Fakat aynı zamanda hukuk, bu çerçevede hukuki olmayan herşeyden ayrılmak zorundadır. Bir sosyal alt sistem olarak hukukun kendi imajı yalnızca hukuka uygunluk/hukuka aykırılık bakımından kodlanabilir. Bu ise, bir autopoietic sistem olarak hukukun temel unsurudur⁷⁸.

Autopoietic teoriye göre hukuk, bir iletişimdir. Böyle bir iletişimin özel bir jeopolitik çevreye cevap vermek zorunda olması olgusu modern toplumda hukuki değişimin evrensel doğasını değiştirmez. Bu, ister farklı zamanlarda isterse farklı statülerde olsun hukuku dış çerçevede olan olayları kendi kavramsal sınırları içinde yeniden kurmakla sınırlandırır. Geleneksel ve usuli farklar var olmasına rağmen hukukun hukukiliğinin ya da hukuk dışılığının bölgeselliğini azaltmak görevine kalkışması temel olarak hiçbir yerde hiçbir şekilde değişmez. Bu bölgesel farklılık, zor problemlerin çözümü için hukukun marifetini gösterme anlamında ilginç olabilir⁷⁹.

Fakat farklı çerçevedeki hukuki değişimin etkileri ve nedenleri hakkındaki bazı genel kuralları bu örneklerden ortaya çıkarmak autopoietic teorisinin istediği ya da üstlendiği bir görev çeşidi değildir. Fakat hiçkimsenin buna teşebbüs etmeyeceği anlamına gelmez. Hem coğrafi hem de geçici olarak farklı çevrede hukukun tarihsel çalışmalarını autopoietic olarak üstlenmek hala mümkündür. Bu noktada bu çalışmaların nedenleri tanımlamaya ilgilenmemesi üzerinde durulmalıdır. Fakat hukuk, kendi çerçevesinde olan olayları incelemekle ve onlara cevap vermekle sınırlandırılmalıdır⁸⁰.

Hukuk sistemleri arasındaki doğrudan kıyaslamalar autopoietic teori içinde mümkün olmayabilir. Zira King'e göre özel sosyal konteks içinde gelişen iletişim sistemleri çalışmaları teorik yaklaşımların bütünlüğüyle bağdaşmaz. Bu noktada İngiltere veya herhangi bir başka ülkeden çok farklı yapılar ve uygulamalar geliştiren Fransa'daki hukuk sistemi biçimini incelemek çok meşru olabilir. Örneğin bir çocuğun kontrolsüz olması ve evinden kaçması durumunda ya da herhangi bir suçla suçlanması durumunda çocuk için Fransız çocuk

⁷⁸ King, p. 127.

⁷⁹ Niklas Luhmann, "The Third Question: The Creative Use of Paradox in Law and Legal History", *Journal of Law and Society*, 1953, p.153.

⁸⁰ King, p. 128.

yargılaması kanun dışılığı düzenler. Bu itibarla Fransa'da ilk kez 1850'li yıllarda suçlu çocukları eğitmek için çocuk koruma evleri kurulmuştur⁸¹.

Autopoietic teorisyenler için bu farklı yaklaşımlar, hukuk kültürleri ile hukuk sistemleri arasındaki değişimler olarak değil hukuk ve diğer sistemler arasındaki ilişkilerdeki farklılıklar olarak yorumlanabilir. Mukayeseli hukuk kültürü kavramının biçimlendirilmesinde temel konulardan biri farklı ülkelerin kuru ve şekilci kıyaslamalarının ötesine geçerek hukuk bilimcilerini teşvik etmek ve hukuk sistemini bir antropolojik yorum tarzına açmaktır. Genel kültür, politika ve ekonomi vb herşey ile hukuk kültürü şeridi içindeki mahkemeler ve onların aktiviteleri çerçevesinde bir takım problemler var görünür. İkinci olarak milli özellikler bir ölçüde herbir ülkenin hukukunu ve mahkemelerinin içeriğini ve biçimini bir ölçüde belirler. Bu ülkelerde hakimlerin ve avukatların rollerini ifa edenlerin davranışları ve tutumları hepimizin yaşadığı global toplum ışığında artan bir şekilde sorgulanmaya ihtiyaç duyar. Bu noktada jeopolitik ve milli sınırlar içinde çalışan mukayeseli araştırmacılar için hiçbir temel nesne yoktur. Doğal olarak bu durum milli ve kültürel klişelere yol açar. Hatta bu, birçok global unsurun yadsınmasına neden olur. Son olarak mukayeseli hukuk kültürçüleri için bir teori araştırmasında bir tanımlama kategorisi ile sınırlandırma riski her zaman var görünür⁸².

King, temel olarak global bir toplum içindeki bir iletişim alt sistemi olarak tanımlanan autopoiesis teori içinde bir teorik perspektif üzerinde durur. Ayrıca King, hukuki terimlerin kendi çevresini yeniden üretme şekli üzerine ve hukuk ile diğer iletişim sistemleri arasındaki ilişki üzerine dikkatini yoğunlaştırır. Yine King'e göre bu teorik yaklaşımlar, gözlem ve uygulamaların başarısı ile ilgili değildir. Ayrıca bu açıklamalar farklı ülkelerdeki halkların davranış şekillerinde önemli farklılıkların bulunup bulunmadığının anlaşılmasına hizmet etmez. Bu açıklamaların yapabileceği tek şey, bu açıklamalara ve tahminlere dayanmaktır. Fakat burada hiçbir problem çözülmez. Burada sadece bu açıklamalar, problemlerin çözümünü formüle etmeye yarar⁸³.

Bu noktada Niklas Luhmann'a göre ise sistemler, genel olarak kendi girdileri ve çıktıları ile çevrelerindeki seçilmiş olguları ya da olayları kontrol edebilir. Fakat bunlar, çevrelerindeki karşılıklı bağımlılıkları kontrol edemezler. Bununla birlikte biz sisteme ne kadar güvenirsek, bu durum karşılıklı

⁸¹ King, p. 132.

⁸² King, p. 132.

⁸³ King, p. 133.

bağımlılıkları yeniden yorumlayacağımız ve yeni problemler yaratacağımız yeni sistemlerin doğmasına ve büyümesine neden olacaktır⁸⁴.

9. Mukayeseli Hukuk Kültürlerinde Cinsiyet ve Doğa Sorunu

Hukuk kültürü, herbir ülkenin medeniyetinden ve tarihinden türemekle birlikte kadınların yaşam koşullarını ve yaşam tarzlarını belirlemde çok önemli bir konuma sahiptir. Hukuk kültürü kavramı, büyük ölçüde genelleştirmelere izin vermekle birlikte değişim olgusuna açıktır. Bu noktada hukuk kültürü kavramı, değişim olgusu nedeniyle de sürekli olarak mukayeseli araştırmaların yapılmasını talep etmektedir⁸⁵.

Lawrance Friedman'a göre mukayeseli hukuk kültürü çalışmalarını hem genel anlamda hem de pratikte gerçekleştirmek zordur. Fakat hukuk kültürü hakkındaki veriler gittikçe kültürler arası olmak zorunda olacaktır. Ayrıca bu veriler, değişik hukuk kültürleri arasındaki ayrılık ya da farklılık sorunlarını aşmak için sınırları aşmak zorundadır⁸⁶.

Friedman'a göre hukuk sisteminin en önemli özelliklerinden biri, hukuk sistemlerinin hızlı bir değişim sürecinde olmasıdır. Yine hukuk kültürü, günümüzün aktüel sorunları olan cinsiyet ve doğa sorunlarının gelişimindeki değişim konusunu tanımlamayı ve analiz etmeyi de araştırır. Friedman'a göre eğer hukuk kültürü hukuka ilişkin fikirler, tutumlar ve değerler ise cinsiyete ve doğaya yönelik fikirlerdeki, değerlerdeki ve tutumlardaki hukuku, mahkeme kararlarını ve mevcut hukuk normlarının etkisini değiştirecektir⁸⁷.

Hukuk sistemlerindeki uyuma problemlerini çözmek için farklı milli ve bölgesel hukuk kültürleri mukayese edilebilir. Geleneksel olarak batı hukuk kültürlerinde kadınlar, erkekler karşısında ikincil bir konuma atılmıştır. Hem hukukun hem de hukuk kültürlerin konumlarını tanımlamak oldukça zordur. Fakat herikisinin de değişen gelişimine katkıda bulunmak zorunludur. Kültür ve doğa arasındaki ilişkiler tarzı hakkındaki artan ve değişen hassasiyet, daha sonra çağdaş doktrinler hukuk kuramı anlayışını etkilemiştir. Batı hukuk kültürlerinde kadınların erkekler karşısında değerinin düşmesi, ikincil ve tabi konumları batı toplumları içinde bazı uyumsuzlıklara ve bu toplumlardaki fikirlerin, değerlerin ve tutumların bazılarının sorgulanmasına neden olmuştur. Kadının değerinin düşmesi aynı zamanda batı hukuk kültürlerinde bir erkek hegemonyasına katkıda bulunmuş ve bunu sürdürmüştür. Fakat son onlu yıllarda özellikle hukuk

⁸⁴ Luhmann, 1982, p. 134.

⁸⁵ Hanne Peterson, *Gender and Nature in Comparative Legal Cultures*, Ed. David Nelken, *Comparing Legal Cultures*, Vermont 1997, p. 135.

⁸⁶ Peterson, p. 136.

⁸⁷ Peterson, p. 136.

Hukuk kültürü ile sosyal gelişme arasındaki ilişkiyi ortaya koyabilmek için öncelikli olarak mekanik dünya görüşüne değinmek gerekir. Bu anlayışa göre insani ve insani olmayan doğa arasındaki ilişki tarzı dünyaya bakışın bir parçasıdır. Dünyaya bakış, toplum ve evren içinde bir özel topluluğun inançlarının bir sentezidir. Batı dünyasında ise 17. Yüzyıl, bilimsel devriminden bu yana hakim olan dünya görüşü mekanik dünya görüşüdür⁹⁵.

Organik çevrenin yerini alan mekanizma dünya bilgisinin kesin ve tutarlı olması mantığına dayalıdır. Yine bu görüşe göre doğa yasaları tanrı tarafından konmuştur. Burada organik işlemin önceliği matamatiksel yasaların ve saptamaların sağlamlığına teslim olmuştur⁹⁶. Bu bakış açısı, evrenin bir makine gibi incelenmesine dayanır. Modern bilimin bakışı ön programlı bir makine gibidir. Bu mekanik dünya görüşü, modern toplumlardaki düşünceye, anlayışa ve hayellere nüfus etmektedir. Bu bakışa göre bir toplumun sembolleri ve doğanın imgeleri kendi kollektif bilincini açıklar. Ayrıca bunlar mitolojide, bilimde, dinde, felsefede, dilde ve sanatta belirir⁹⁷.

Merchant'a göre modern hukuk kültüründeki hukuki düşünüş elbette mekanist dünya görüşü tarafından elbette etkisizliğe terkedilemez. Avrupa filozofları tarafından türetilen mekanik dil Amerika'nın belli başlı bilim adamlarının çalışmalarını etkilemiştir⁹⁸. Mekanik dünyada düzen, yasaların belli bir rasyonel sistemi içinde herbir kesimin öngörülebilir davranışı demek olarak tanımlanabilir. Bu anlayışa göre düzen ve güç birlikte kontrolü oluşturmuştur. Doğa ve toplum üzerindeki rasyonel kontrol ise realiteyi tanımlamak yoluyla elde edilmiştir⁹⁹.

Bu noktada birçok batılı yazar, batı hukuk düşüncesinin kozmolojik ve kültürel temellerini açıklama çabasına girmiştir. Hukuk kültüründeki değişimin nedenini açıklamak aktüel ekolojik ve sosyal koşulların bir araştırmasını gerektirir. Bir ekolojik istikamete hukukun yeniden yönelimi hukuk etiğindeki vurgunun değişimini ve doğanın hukuki öznelliğinin bilgisini açıklayacaktır. Bu değişimin hukuki etik temeli, basmakalıp batı etik sistemlerinin sorgulanmasından kaynaklanmıştır. Örneğin Beat Sitter, doğal hukukun güncelleşmesi anlayışını ileri sürer. Sitterin doğal hukuk düşüncesi, insan doğası ve onun sosyal varlığının koşulları üzerine odaklanmaktadır. Sitter'e göre biz,

⁹⁵ Carolyn Merchant, *Ecological Revolutions*, London 1989, p. 70.

⁹⁶ Carolyn Merchant, *The Death of Nature, Women, Ecology, and The Scientific Revolution*, New York 1990, p. 102.

⁹⁷ Merchant, *Ecological*, p. 19.

⁹⁸ Merchant, *Ecological*, p. 200.

⁹⁹ Peterson, p. 142.

bugün insan davranış normlarının ekolojik karmaşadan nasıl türediğini kendimize sormalıyız¹⁰⁰.

Sonuç

Hukuk kültürü kavramının sınırlarını belirlemek karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin temel ilgi alanlarından birini oluşturur. Bu, farklı özel hukuk sistemlerinin genel mukayesesini sunan bir hukuk sosyolojisi demektir. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin temel görevi, genel olarak farklı ülkelerdeki hukukun merkezi özelliklerini tanımlamak ve mukayese etmektir. Bu yönüyle karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi, hukuk kültürünün niteliğini anlama ve açıklama amacına hizmet etmektedir.

Hukuk kültürü kavramı üzerine odaklaşma, gerçekte hukuk sosyolojisinin ve karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin genel esaslarını birleştiren bir olanak olarak görülmüş ve karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi veya dünyadaki farklı hukuk sistemlerinin kıyaslanması bilimsel anlamda bir girişim örneği sunmuş olmakla birlikte ayrıca devletlerin hukuk sistemleri arasında yapılan kıyaslamalar için de açık bir kavramsal çerçevenin geliştirilmesini sağlamıştır.

Hukuk kültürü, her bir ülkenin medeniyetinden ve tarihinden türer. Bu bakımdan hukuk kültürü, yaşam koşullarını ve yaşam tarzlarını belirlemede çok önemli bir yere sahiptir. Bu yönüyle hukuk kültürü kavramı değişken bir kavramdır. Ayrıca hukuk kültürü kavramı, mukayeseli araştırmaların yapılmasını da talep edici bir özelliğe sahiptir. Hukuk kültürü yoluyla hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar açıklanır. Bu yönüyle hukuk kültürü, Friedman'a göre hukukun kaynağı olarak kabul edilir. Bu bakımdan hukuk kültürünün, toplumdaki hukuk normlarının etkisini belirleyen şey olduğu düşünülür.

Cotterrell ise Friedman'dan farklı olarak hukuk kültürü kavramını, hukuk sosyolojisinin teorik bir parçası olarak görmemektedir. Cotterrell, bütün kültür seviyelerinde ve bütün toplumlarda karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinin kabul ettiği büyük problemlerin var olduğunu, fakat faydalı bir şekilde kıyaslayabileceğimiz hukuk kültürü parçalarını da kapsayan küçük parçaların da varolabileceğini ileri sürer. Yine Cotterrell'e göre, Friedman'ın kullandığı bu kavram belirsizdir ve zayıftır. Ayrıca Friedman'ın kullanımı hem geniştir hem de çok dardır. Çünkü bu kavram, farklı hukuk türlerini ayırmak için farklı olabilecek herhangi bir özel unsuru göstermez.

Cotterrell'e göre hukuk kültürü kavramı hakkındaki bu zorluklar, hukuk ideolojisi teriminin hukuk kültürü terimiyle yer değiştirilmesi, diğer bir deyişle

¹⁰⁰ Peterson, p. 144-145.

onun yerine kullanılması suretiyle yenilebilir. Zira hukuk ideolojisi, hukukun mesleki uygulamalarına ilişkilidir ve ancak yeteri kadar analiz etmek suretiyle detaylandırılabilir. Bu terim, kendi terimleri arasındaki herhangi bir iç tutarlılık ya da zorunlu bir tutarlılık anlamına gelmez. Fakat bu terim, belli sistemlerin direncini faydalı bir şekilde vurgulamaktadır.