

davalaşmanın ekonomi ile de ilişkisine dair ekonominin gerilediği dönemlerde sözleşmelerin yerine getirilmemesi ve ilişkilerin bozulması nedeniyle daha çok davalaşıldığını da gösterir.¹⁰⁶

Bunlara ek olarak alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin ilginç bir sonuç da ortaya konmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, davalaşmayı azalttığı düşüncesi de istatistiksel olarak yanlışlanmıştır. Davalaşma ve alternatif çözüm yolları arasında beklenen ters korelasyon değil düz korelasyon vardır.¹⁰⁷ Yani alternatif uyuşmazlık çözümüne başvuru, davalaşma sayılarını düşürmemektedir.

Sonuç olarak bu çalışma *Haley*’in argümanlarını desteklemiş ve *Ramseyer*’in argümanını yanlışlamıştır. Çünkü *Ramseyer*’in iddiasının temeli olan öngörülebilirlikte büyük bir değişiklik olmamasına rağmen davalaşma artmıştır.

1.3. Ehrlich ve Yaşayan Hukuk

1.3.1. Genel Olarak

Yukarıda günümüz Japonya’sındaki uyuşmazlık çözme davranışını anlamlandırmaya çalışan modellere yer verildi. Ancak konunun başka bir boyutu da yasalardır. Elbette Japonya’daki bu uyuşmazlık çözüm biçimleri, başvuru sebepleri farklı farklı gösterilse de, yasal bir zemine sahiptir. Alternatif uyuşmazlık çözümünü düzenleyen bu yasal zeminin varlığı ve alternatif uyuşmazlık çözümüne başvuruluyor olması arasında bir ilişki vardır. Yani, yasal düzenleme olmasına rağmen başvurulmayabilirdi veya tam tersine yasal düzenleme olmamasına rağmen gayriresmi biçimde uyuşmazlıklar çözülebilirdi. Bu başlıkta aktarılan *Eugen Ehrlich*’in yaşayan hukuk düşüncesi bize, alternatif uyuşmazlık çözümünün resmi olarak düzenlenmiş olmasını ve bu resmi düzenlemelere başvuruluyor olmasını, yani yasal düzenlemenin neden işlevsel olduğunu açıklayabilecek teorik bir temel sunar.

Ehrlich temel olarak, hukukun resmi ve biçimsel kaynaklarının, bize hukukun gerçekte ne olduğunu (yani yaşayan hukukun) bilgisini sağlamada yetersiz olduğunu iddia eder.¹⁰⁸ Ona göre, “Yaşayan hukuk, yasalarla emredilmemiş olsa bile hayatta kendi hâkimiyetini kuran hukuktur.”¹⁰⁹ Yani

¹⁰⁶ Ibid., s. 51 ve s. 56’da Grafik 3.

¹⁰⁷ Ibid., s. 54.

¹⁰⁸ Raymond WACKS, *Understanding Jurisprudence*, Oxford University Press, New York 2005, s. 202.

¹⁰⁹ Eugen EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, çev. Walter L. Moll, Harvard University Press, Cambridge 1936, s. 493.

örnek vermek gerekirse, sözleşmeler hukuku, kitap veya yargı kararları okumaktansa empirik gözlemlerle daha iyi anlaşılacaktır.¹¹⁰

Ehrlich'e göre modern hukukçular “hukuk” kelimesinden sadece hukuk önermelerini yani yasa veya hukuk kitaplarındaki bağlayıcı kuralların formülasyonunu¹¹¹, yani kitaptaki hukuku, kitap kaynaklı hukuku anlar; çünkü onların günlük hayatının büyük bir kısmını oluşturan şey hukukun bu kısmıdır.¹¹² Oysa ona göre bu hukuk önermeleri mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlığı nasıl çözmeleri gerektiğini anlatan ve idarecilerin belirli durumlarda ne yapmaları gerektiğini anlatan talimatlardır.¹¹³ Bu nedenle *Ehrlich*'in göstermeye çalıştığı şey aslında bir hukuk araştırmacısının hukuku hukuk önermelerinden ibaret görmemesi gerektiğidir. Çünkü bu tür hukuk önermeleri çok yeni bir olgudur ve hukuk bunlardan ibaret değildir. Bu hukuk önermeleri bütün hukuku kapsamaz. *Ehrlich*, yasa yapmanın yeniliği üzerine şöyle söylemiştir:

*“Yasama, genel olarak devletin en eski, en asli ve ona has görevi olarak görülmüştür. Ama aslında, devlet, varlığının son döneminde yasa yapıcı olmuştur. Gerçek devlet, gücün askeri bir merkezi olmuş ve ne hukukla ne de mahkemelerle ilgilenmiştir. Gerçek devlet, henüz Avrupalılaşmamış olan, yasama bilmez. Musa'nın, Zerdüşt'ün, Manu'nun, Hammurabi'nin yasama faaliyetinden bahsederiz, doğru, ama bunlar sadece hukukçuların yazıları, yargıçların kararları ve birçok dini, ahlâki, törensel veya hijyenle ilgili toplamalardır. Doğulu bir despot, lütfederse, bir şehri yerle bir edebilir ve birkaç bin insanı mahkûm edebilir ama medeni evliliği krallığında yürürlüğe koyamaz.”*¹¹⁴

Hukuk önermelerinin orijinal hali, belli bir tür uyuşmazlık için getirilen çözümlerin, cezaların hatırlanarak daha sonradan aynı türde bir uyuşmazlığa uygulanmak için toparlanması ve yayılması ile oluşan ceza ve yaptırım tablolarından ibaretti.¹¹⁵ Ancak hayat karmaşıktıkça, yargıcın önüne yeni problemler geldikçe yargıçların yeni çözümler üretmesi gerekmektedir ve bu çözümlerin kaydedilmesine paralel olarak, öncekine benzer yeni bir davanın aynı hukuk önermesine göre çözülmesi talebi doğmuştur. İşte böyle bir yolla da yargı kararları, gelecek davaları karara bağlayacak normlar oldukları için hukuk önermesi haline gelmiştir.¹¹⁶ Hukukçular zaman içerisinde bu kararları toplamak ve not almakla da yetinmemiş ve genelleştirme yoluyla

¹¹⁰ WACKS, 2005, s. 203.

¹¹¹ EHRLICH, 1936, s. 38.

¹¹² Eugen EHRLICH, “The Sociology Of Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 36 (1922), No.2, s. 132.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid., s. 137.

¹¹⁵ Ibid., ss. 133-134.

¹¹⁶ Ibid., ss. 134-135.

hukuk önermeleri geliştirmişlerdir. Hukukçular daha sonra, mahkemeler tarafından henüz karar verilmemiş durumlar için hukuk önermelerini şekillendirmeyi ve zaman zaman mahkemelerin kararlarını öngörmeyi istemişlerdir. Bu durumda da yeni hukuk önermeleri, hukuk biliminin kendi içinden doğabilecektir.¹¹⁷ *Ehrlich* böyle, mahkemelerin kararlarına bağlı olmayan ama hukukçuların çalışmaları sonucunda ortaya çıkarılan hukuku “hukukçuların hukuku” olarak isimlendirir. Aktarıldığı üzere bu hukukçuların hukuku ilkel bir ceza/tazminat tablosu olmak ve mahkemelerin verdiği kararları derleyip genelleştirmek aşamalarından geçip artık mahkeme kararlarına yön verir ve hukuk önermeleri oluşturur hale gelmiştir. Zamanla, mahkemeler sadece hukukçuların eserlerine göre karar vermeye başlamışlardır.¹¹⁸

Ancak hukukçuların hukukunun yarattığı ciltler dolusu karmaşaya *Iustinianus* tarafından *Corpus Iuris* ile düzen getirilmiştir. İşte aynı bunun gibi, Alman Medeni Kanunu’nun, Fransız *Code Napoleon*’unun ve İsviçre Medeni Kanunu’nun, gerçek anlamıyla yasamanın bir eseri olduğunu söylemek yanlıştır çünkü bunlar ağırlıklı olarak zaten mevcut olan hukukçuların hukukunun toparlanmasıdır.¹¹⁹ *Ehrlich*’in buraya kadar ifade etmeye çalıştığı şey bugünkü modern hukuk sistemlerine yol açan sistemli düzenlemelerin aslında geçmiş yargı kararlarının ve hukukçuların çalışmalarının toparlanıp derlenmesinden ibaret olduğudur.

*“Bunlardan hareketle, birçoklarının yaptığı gibi tüm hukukun devlet tarafından yasalar aracılığı ile oluşturulduğunu varsaymak yanlıştır. Hukukun büyük bir kısmı evlilik, aile birliği, mülkiyet, sözleşmeler ve halefiyet sosyal ilişkilerinin kendiliğinden ortaya çıkan düzenlemeleri şeklinde, toplumun kendisinde hemen oluşur ve bu sosyal düzenin büyük bir kısmı asla hukuk önermeleri tarafından kapsamamıştır. Öte yandan hukuk önermeleri, yargısal açıklamalarla veya yargı kararlarından ve hukukçuların eserlerinden doğan hukukla ortaya çıkarlar.”*¹²⁰

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere *Ehrlich* hukuku tek başına hukuk önermelerinden ibaret görmez. Hatta hukuk önermelerinin de tek başına yasama organının üretimi olarak görülmemesi gerektiğini söyler. Çünkü söylediği üzere hukuk önermeleri bir dönem mahkeme kararları ve hukukçuların eserleri ile de oluşturulmuştur. Bu hukuk önermeleri de tüm hukuku kapsayamaz. Çünkü yargı kararları ve hukukçuların eserleri sadece mahkemeye taşınan uyuşmazlıklardan doğacak ve mahkemeye taşınmadan yürütülen hukuki ilişkiler ve çözülen uyuşmazlıklar hukuk önermelerine

¹¹⁷ Ibid., s. 135.

¹¹⁸ Ibid., ss. 135-136.

¹¹⁹ Ibid., s. 136.

¹²⁰ Ibid.

konu olamayacaktır. Hukuk önermelerinin dışındaki hukuk ise kendiliğinden belirli sosyal ilişkileri takiben hemen doğar:

“... Birçoklarının yaptığı gibi evlilik, aile ilişkileri, mülkiyet, sözleşmeler ve halefiyet sosyal kurumlarının hukuk önermeleriyle veya daha kötüsü sadece yasalarla ortaya çıktığına inanmak tamamen yanlıştır. Sadece devlet kurumları yasalar aracılığı ile oluşturulmuştur. Ancak hukuk önermelerinin büyük bir kısmı yargı kararları ve hukukçuların eserlerinden doğan hukuk aracılığıyla oluşturulmuştur. [Bu hukuk önermeleri] önceden düşünülme ile değil sonradan düşünülme ile oluşturulmuştur. Çünkü yargıçların ve hukukçuların belirli bir hukuksal uyumsuzlukla ilgilenebilmeleri için söz konusu olan [sosyal] kurum hayatta zaten var olmalı ve uyumsuzluğun doğumuna sebep olmuş olmalı.”¹²¹

Görüldüğü gibi Ehrlich’in hukuk sosyolojisi, insanların bağlayıcı bulduğu ve eylemlerini onlara göre düzenlediği sosyal ilişkiler olarak tanımlanan kurumlar üzerine kuruludur. Bu sosyal kurumlar ise dört temel hukuk olgusu olan alışlagelmişlik, hâkimiyet, mülkiyet ve irade beyanları ile düzenlenirler.¹²² Ya da başka bir ifadeyle bu dört temel olgu, sosyal kurumların iç işleyişini düzenler.¹²³ Bu temel hukuk olguları herhangi bir hukuki düzenlemeyi önceler. Yani evlilik, mülkiyet veya sözleşmeye ilişkin kurumlar bu hukuk olgularıyla düzenlenmiş olmayı gerektirir.

Örneğin imam nikâhının yaygın olduğu bir yerde bu yönde bir alışlagelmişlik olgusu vardır, yani orada evlilik kurumu olgularla bu biçimde (imam nikâhına uygun) düzenlenmiştir, resmi nikâha dair bir hukuk olgusu yoktur. Bu nedenle resmi nikâha ilişkin yapılacak düzenlemeler temelsiz kalacak ve etkili olamayacaktır. Benzer biçimde mülkiyet olgusunun olmadığı bir yerde mülkiyete ilişkin düzenlemeler de ya yapılmayacak ya da yapılırsa da kolay kolay geçerli olamayacaklardır. Bu nedenle de Ehrlich hukuku sosyal mühendislik aracından çok, sosyal güçlerden ortaya çıkan bir gelişim olarak görür.¹²⁴ Ama yine de Ehrlich’e göre:

“Hukuk önermeleri, sosyal gelişimin sadece bir sonucu değil ayrıca aracıdır da; toplumun onunla, iradesine uygun olarak, etki alanı içindeki şeyleri şekillendirdiği bir araçtır. Yasalar ile insan, sınırlı da olsa, hukuk olguları üzerinde güç elde eder; hukuk önermeleri aracılığı ile istenmiş bir hukuki düzen ile toplumda kendi kendine hareket geçen hukuk düzeni karşı karşıya gelir.”¹²⁵

¹²¹ Ibid., s. 139. Köşeli parantezler eklenmiştir.

¹²² Mathieu DEFLEM, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008, s. 90.

¹²³ Neil O. LITTLEFIELD, “Eugen Ehrlich’s Fundamental Principles Of The Sociology Of Law”, *Maine Law Review*, Vol. 19 (1967), No 1, s. 4.

¹²⁴ WACKS, 2005, s. 204.

¹²⁵ EHRLICH, 1936, s. 202-203.

Tüm bunlarla beraber, *Ehrlich* devletin yaptığı hukuku da yoksa saymaz ve sosyal güvenlik, ordu, ekonomi ve benzeri kurumların devletin yaptığı hukukla düzenlediğini söyler.¹²⁶ Ortaya çıkan yeni koşullar, yeni hukuk önermeleri ve kararları gerektiren yeni çıkar çatışmaları, yeni uyuşmazlık türleri demektir. Günümüzde bu ihtiyaç yasama aracılığı ile gideriliyor olsa bile bu yasama faaliyeti sonradan düşünülen bir faaliyettir.¹²⁷ Buna göre, artık günümüzde hukuk oluşturma işi büyük oranda yasama faaliyeti ile yapılıyorsa da bu faaliyet belirli bir sosyal birikime dayanmaktadır.

O halde artık, bu başlığın girişinde sorulan soruya, Japonya’da alternatif uyuşmazlık çözümünü düzenleyen yasalar neden işlemektedir, neden kullanılmaktadır sorusuna cevap verilebilir: bu yasalar işlemektedir çünkü yaşayan hukuka uygundurlar. Bu durumun tersini *Ehrlich* şöyle ifade eder: “Bir hukuk önermesi, hiç oluşmamış koşullar ve davalar için tamamiyle kullanışsız olabilir.”¹²⁸ Yani Japonya’da, zaten oluşmuş durumlar, zaten var olan koşullar yasayla düzenlemiştir. Bu ifade ile Türkiye’de arabuluculuğun geleceğine dair çıkarımlar yapılabilir. Bu mesele aşağıda ele alınacaktır.

Şaşırtıcı olmayan bir biçimde, *Kawashima* da kariyerinin bir döneminde *Ehrlich*’in yaşayan hukuk düşüncesinden etkilenmiştir.¹²⁹ Her ikisinin de araştırmaya odaklandıkları konu, hukuk önermeleri dışındaki hukuktur. *Kawashima*’da bu hukuk ethosu veya bilinci (ve bilinçaltı) olarak ortaya çıkarken *Ehrlich*’te yaşayan hukuk olarak ortaya çıkmıştır. Her ikisinin de görüşü, hukukun parlamentolardan, meclislerden ziyade dışarıda, insanların arasında aranması yönündedir.

Bu tür fikirlerin Japonya’da hukuk alanında çalışan bilim adamları tarafından ilgi görmesinin nedeni, medeni hukukun öngördüğü uygulamalar ile sosyal pratiğin, özellikle evlilik konusundaki, farklılığıdır.¹³⁰ Ayrıca Japonya’da savaş sonrası yaşanan özellikle Avrupa ülkelerinin hukuklarından faydalanılmasına yönelik hukuksal değişim hareketleri de bu tür tartışmaları etkilemiş olabilir. Reform yanlıları, muhafazakârlar ve yaşayan hukuk araştırmasına yönelenler bu tür bir tartışmayı başlatmış olabilirler.

¹²⁶ EHRLICH, 1922, s. 136-137.

¹²⁷ Ibid., s. 140.

¹²⁸ Ibid., s. 143.

¹²⁹ MATSUMURA, 1988, s. 1037.

¹³⁰ MURAYAMA, 2013, s. 567.