

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YAŞAYAN HUKUK KAVRAMININ
BOURDIEU SOSYOLOJİSİ BAĞLAMINDA
HUKUK-POLİTİK ELEŞTİRİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Alper ÇAVUŞOĞLU
2501210459

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. Sevtap METİN

İSTANBUL – 2024

ÖZ

YAŞAYAN HUKUK KAVRAMININ BOURDIEU SOSYOLOJİSİ BAĞLAMINDA HUKUK-POLİTİK ELEŞTİRİSİ

ALPER ÇAVUŞOĞLU

Eugen Ehrlich tarafından ortaya konan yaşayan hukuk kavramı, Ehrlich'in düşüncesinde toplumun temel yapıtaşı olarak görülen toplumsal birliklerin içerisindeki normatif yapıların, davranış pratiklerinin ve bunların oluşturduğu teamüllerin bütününe oluşturduğu bir düzeni simgeler. Günlük toplumsal yaşamı düzenleyen hukuk tipi olarak yaşayan hukuk, devletin kurduğu hukuk düzeninin de temelinde yer alır.

Bourdieu sosyolojisi bağlamında ise hukuk hem bir simgesel iktidar mekanizması olarak tahakkümü cisimleştirirken hem de oluşturduğu alan içerisindeki faillerin mücadelesine sahne olur. Bu anlamda, Ehrlich'in yaşayan hukukunun toplumsal birlikler içerisinde nasıl etkin bir şekilde uygulanabildiğini anlamak; diğer normatif yapılarla olan ve mücadeleyi de içeren ilişkilerinin nasıl sürdürülebileceğini tahayyül etmek ve nihayetinde yaşayan hukukun kendisini nasıl var edebildiğini görebilmek için Bourdieu sosyolojisinin kullanıldığı bir hukuk-politik inceleme yapmak faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eugen Ehrlich, hukuk sosyolojisi, Pierre Bourdieu, yaşayan hukuk.

ABSTRACT

LEGAL-POLITICAL CRITICISM OF THE CONCEPT OF LIVING LAW IN THE CONTEXT OF BOURDIEU’S SOCIOLOGY

ALPER ÇAVUŞOĞLU

The concept of living law, introduced by Eugen Ehrlich, symbolizes an order formed by the normative structures, behavioral practices and all the customs formed by them within social associations, which are seen as the basic constituent of society in Ehrlich's thought. Living law, as the type of law that regulates daily social life, is also at the basis of the legal order established by the state.

On the other hand, in the context of Bourdieu's sociology, law both embodies domination as a mechanism of symbolic power and is the scene of the struggle of agents within the field it constitutes. In this sense, it would be useful to conduct a legal-political analysis using Bourdieu's sociology in order to understand how Ehrlich's living law can be effectively implemented within social associations; to imagine how its relations with other normative structures, which include struggle, can be sustained; and finally to see how living law can establish itself.

Keywords: Eugen Ehrlich, legal sociology, Pierre Bourdieu, living law.

ÖNSÖZ

“Yaşayan Hukuk Kavramının Bourdieu Sosyolojisi Bağlamında Hukuk-Politik Eleştirisi” isimli bu çalışmamda farklı tarihsel dönemlerde, farklı hukuk ekolleri içerisinde yaşamış ve eserlerini vermiş olan iki sosyologun düşüncelerini birlikte ele almaya çalıştım. Bir buçuk yıllık bir emeğin ürünü olan bu çalışmaya dair ilk düşüncenin ortaya çıkışı aslında tez konusu aramaya başlamadan önce gelen anlık bir ilhama dayanıyor. 2022 yılında başvurduğum araştırma görevlisi kadro ilanına dair yazılı sınavda yaşayan hukukla ilgili bir soruyla karşılaşınca, o dönemde Bourdieu sosyolojisi üzerine çalışmamın da etkisiyle bu iki sosyologun düşüncelerini harmanlayan bir yanıt vermeye çalışmıştım. O anda gelen ilham, daha sonra yüksek lisans tez konumu belirlerken de fikrimin temelini oluşturdu. Söz konusu sınavın ardından tanıma imkânı bulduğum Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan ile aradan geçen iki yılı aşkın sürede tez konum başta olmak üzere pek çok konuda fikir alışverişinde bulunduk. Bunların yanı sıra bütün süreç boyunca yorumlarıyla tezimi geliştirmeme yardımcı olan sevgili hocama öncelikle teşekkürü bir borç bilirim.

Tez sürecimin alelade bir şekilde ilerlediğini söylemek zor. Tez konum hakkındaki fikirlerini belirten ve kapsamını belirlememde bana yardımcı olan ilk danışman hocam Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan idi. Kendisiyle yaptığımız uzun konuşmalarla konuyu nasıl sınırlamam ve nelere dikkat etmem gerektiğine dair fikirlerim şekillendi. Ayrıca taslaklarıma yaptığı yorumlarla elinizdeki çalışmanın nihayete ermesinde çok emeği oldu. Kendisine bu bağlamda teşekkür etmek isterim. Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan’ın tezin tamamlanmasından bir süre önce emekli olması nedeniyle Prof. Dr. Sevtap Metin ile tez yazım sürecine devam ettik. Kendisine de süreçteki yardımları için teşekkür ediyorum. Tez savunma jürimde yer alan Doç. Dr. Sercan Gürler’e de ayrıca teşekkürü borç bilirim, zira kendisi titiz incelemesi, yorumları ve ilgisiyle tezimi nihayetlendirmeme yardımcı oldu.

Tez yazım süreci, herkesin bileceği üzere zaman zaman sancılı, insanın kendi içerisine döndüğü ama aradığı cevapları orada bulamayabildiği, bu anlarda çevresindeki insanlara daha çok ihtiyaç duyduğu bir süreç. Bu tezin yazımı sürecinde, uzun yıllardır arkadaşım olan Kağan Şeker ile yıllardır yaptığımız entelektüel sohbetlerin ve

tartışmaların etkilerini bizzat hissetme imkânı buldum. Kendisi hem tartışmalarımızda getirdiği farklı perspektif hem de tezimin özellikle teknik detaylarına dair yorumlarıyla işimi kolaylaştırdı, müteşekkirim. Bu süreçte bütün duygusal yükü çeken, her koşulda bana destek olan ve salt manevi destek vermekle kalmayıp tezin editoryal düzenlemesini de yapmama yardımcı olan sevgili Esra Tuncel olmasaydı böyle bir tezin ortaya çıkması çok daha zor olurdu. Ona sonsuz teşekkür ediyorum. Son olarak da hayatın kendi günlük koşuşturmacasından kendimi soyutlayarak çalışmalarına odaklanmak istediğim zamanlarda bana anlayış ve destek gösteren aileme teşekkürü bir borç bilirim.

Alper ÇAVUŞOĞLU
İSTANBUL - 2024



İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM EUGEN EHRLICH'İN SOSYOLOJİSİ

A. Eugen Ehrlich'in Sosyolojisini Hazırlayan Koşullar	10
1. Yaşamı ve Akademik Hayatı	10
2. Bukowina'nın Siyasi, Sosyal ve Ekonomik Durumu.....	11
3. Kıta Avrupası Hukuk Geleneğinin Ortaya Çıkışı	15
4. Kapitalizmin Gelişimi, Aydınlanma ve Devrimler Çağı	18
B. Ehrlich Sosyolojisini Hazırlayan Düşünceler	21
1. Almanya'nın Kıta Avrupası Hukukuyla İlişkisi	21
2. Thibaut ve Kodlaştırma Talebi	23
3. Kodlaştırmaya Karşı Çıkış, Carl von Savigny ve Tarihçi Hukuk Okulu	24
a. Savigny'nin Hukuk Düşüncesi.....	24
b. Savigny'ye Yönelen Eleştiriler.....	29
4. Otto Friedrich Von Gierke	31

İKİNCİ BÖLÜM
EUGEN EHRLICH'İN YAŞAYAN HUKUK DÜŞÜNCESİ

A.	Devletin Hukuk Yapma Kapasitesinin Sorgulanması.....	33
B.	Ehrlich'in Toplum Düşüncesi.....	37
1.	Toplumsal Birlikler.....	37
a.	Toplumsal Birliklerin Hukukunun Tarihi	38
b.	Toplumsal Birlikler Nelerdir?	41
2.	Toplumsal Birliklerin Düzeni.....	45
a.	Birliklerin Hukuku	45
b.	Birliklerin Düzeninin Dört Sütunu	47
c.	Düzenin Sağlanmasında Cebri İcra Ne Kadar Etkilidir?	54
d.	Devlet Dışı Hukukun Tanınması ve Düzene Dahil Edilmesi	60
3.	Normativite, Normlar, Hukuk Normları ve Davranış Kuralları	63
a.	Hukuki İlişkiler ve Menfaatler	63
b.	Davranış Kuralları Olarak Hukuk	65
c.	Toplumsal Normlar, Hukuk Normu, Karar Normu, Hukuki Önergeler.....	68
C.	Hukukun Üç Kategorisi.....	69
1.	Hukukçuların Hukuku	70
2.	Devletin Hukuku	74
a.	Devletin Hukuk Tekeli	74
b.	Devletin Hukukunun Etkinliği	78
c.	Staatsvolk	79
3.	Yaşayan Hukuk.....	80
D.	Bilim Olarak Hukuk Sosyolojisi	83
1.	Hukuk Sosyolojisi ve Diğer Sosyal Bilimler	83
2.	Hukukta Boşluk Mefhumi	85
3.	Hukuk Sosyolojisinin Görevleri.....	87
4.	Kelsen ve Ehrlich Tartışması.....	89
E.	Ehrlich'ten Etkilenen Hareketler ve Düşünceler.....	92
1.	Hukuki Çoğulculuk	92
a.	Genel Olarak	92
b.	Klasik Hukuki Çoğulculuk.....	96
c.	Küreselleşmenin “Yeni” Hukuki Çoğulculuğu	98

d. Küreselleşmeci Olmayan Güncel Hukuki Çoğulculuk Çalışmaları.....	103
2. Amerikan Hukuki Realizmi ve Sosyolojik Hukuk Okulu.....	107
3. Ehrlich'in Düşüncesinden Etkilenen Sosyal Bilimciler	110



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAYAN HUKUKTAN MÜCADELE ALANI OLARAK HUKUKA: BOURDIEU'NÜN SOSYOLOJİSİ VE HUKUK DÜŞÜNCESİ

A. Bourdieu'nün Hayatı ve Düşüncesinin Şekillenışı.....	114
B. Bourdieu'nün Kavramları	117
1. Alan	117
2. Illusio (Çıkar)	120
3. Habitus	121
4. Sermaye, Simgesel Sermaye ve Simgesel İktidar	126
C. Bourdieu'nün Devlet Kavrayışı	131
D. Bourdieu'de Hukuk ya da Yargı Alanı	133
1. Simgesel İktidar Mekanizması Olarak Hukuk	134
2. Bourdieu'nün Hukuk Kavrayışında Hukukçuların Rolü.....	139
3. Yargı Alanı.....	142
4. Yaşayan Hukuk ve Bourdieu	150
5. Bourdieu Sosyolojisinin Sınırları ve İmkanları.....	153
E. Ehrlich ve Bourdieu'nün Tezleri Arasındaki Temel Yaklaşım Farkları ve Ortaklıklar 156	
1. Bourdieu Sosyolojisi Ehrlich Sosyolojisine Ne Katabilir?	161
2. Yargı Alanı ve Hukukçuların Rolü	162
3. Yaşayan Hukuk ve Toplumsal Birlikler.....	164
4. Hak Mücadeleleri Mi Yoksa Toplumsal Mücadeleler Mi?.....	168
5. Habitus Siyaseti.....	171
SONUÇ	176
KAYNAKÇA.....	180

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
bkz.	: bakınız
Bs	: Basım
C.	: Cilt
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması.
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UNIDROIT	: Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
WASP	: White anglo-saxon protestant

GİRİŞ

Yaşayan hukuk toplumsal pratiklerde tedricen ortaya çıkan davranış kurallarının temel oluşturduğu, toplumda sürekli dinamik olarak var olan ve toplumsal birliklerin ürünü olan hukuktur. Bu haliyle; hukukun dogmatizmine, her şeyi bildiğini ve her şeyi belirleyebileceğini iddia eden evrenselciliğine karşı sadece adlandırmasıyla bile önemli bir eleştiride bulunan bir kavramsallaştırmadır. Yaşayan hukukun dışında konumlanan mevzuattaki dogmatik hukuk, “ölü” değilse de hareketsizdir. Toplumdaki çatışmaların görünmez hâle getirildiği bir istikrar anlatısının kurulmasına yardımcı olur. Oysa, siyasi toplumlarda normatiflik ve düzenden bahsediliyorsa, en başından bir düzensizlik ve buna sebep olan bir çatışma hâli var olmuş olmalıdır. İşte bu çatışma hâli, aslında siyasetin ortaya çıkışıdır ve normatiflik bu siyasetin sınırlarını belirlemek üzere ilk toplumlardan beri var olduğu düşünülen bir olgudur. Siyasetin ve normatifliğin modern devletin yönetim kabiliyetiyle hukuk başlığı altında düzenlenmesi ya da bir başka deyişle hukukla dolayımlanması aslında doğrudan siyasetten doğan bir kurumun bu niteliğinin nihayetinde görünmez hâle getirilmesiyle sonuçlanmıştır. Uygulanan bu yönetime karşın; toplumun merkezinde yer alan çatışma unsuru ortadan kaldırılamaz, düzen tekleştirilemez ve toplumsal hayatın bütünü kontrol edilemez. Eugen Ehrlich, yaşayan hukuk kavramıyla her ne kadar radikal bir şekilde dogmatik hukuku reddetmese de devletin iktidarını sorgular ve bu nedenle de düşünceleri hukuk-politik bir çerçevede ele alınmayı hak eder. Elinizdeki çalışmada bu hukuk-politik değerlendirme Pierre Bourdieu’nün sosyolojisiyle birlikte ele alınacaktır.

Eugen Ehrlich’in yaşayan hukuk düşüncesi, esas olarak hukuka dair yaptığı üçlü bölümlendirmenin bir parçasıdır. Buna göre bir yanda devletin hukuku bulunur. Devletin hukukunun bir kısmı devletin iç işleyişini düzenleyen, devlet olmasa bir anlam ifade etmeyecek olan normlardır. Diğer bir kısmı ise mahkemelere ve idari organlara çeşitli konuları himaye edebilmeleri için sağlanan çeşitli karar normlarıyla devletin doğrudan eylemine, yani idari makamlarca işlem yapılmasına imkân sağlayan normlardır. Devletin hukukuna karşı Ehrlich’in eleştirisi, topluma bakıldığında her şey

onunla başlıyormuş gibi görünmesidir.¹ Oysa Ehrlich'in isabetle ortaya koyduğu üzere, aile hukuku ortaya çıkmadan önce de ailenin varlığı vakadır ya da miras hukuku ortaya çıkmadan önce de ölünün mallarının intikali bir şekilde düzenlenir. Buna karşın devletin hukuku, diğer bütün hukuki olguların ondan bağımsız varlığını perdeleyerek kendisini tek gerçeklik olarak sunma iktidarına sahiptir. Bu bağlamda devletin hukukunun en etkili aracının cebir yani zor kullanma yetkisi olduğu düşünülebilir. Ancak Ehrlich'e göre bu düşünce de doğru değildir. Kamu hukukunun, anayasa hukuku gibi pek çok alanında cebir unsuru yoktur ya da çok sınırlıdır. Özel hukukta ise, devletin cebir kullanmasından çok ticari ilişkilerin ve piyasanın kendi baskı mekanizmaları etkili olur. Bir Roma hukukçusu olan Ehrlich, bu durumu kredi gibi Antik Roma örnekleriyle birlikte ele alarak göstermeye çalışır.²

İkinci hukuk türü, hukukçuların hukukudur. Yani mahkeme kararlarında kendisini gösteren hukuktur. Bunun bir hukuk tipi olması da tarihsel bir arka plana dayanır. Devlet öncesi toplumlardan başlamak üzere uyuşmazlıkların çözülmesi toplumsallığın alamet-i farikalarından bir tanesi olagelmıştır. İlk ortaya çıktığı zamandan itibaren toplumun bir organı olarak hareket eden, giderek uzmanlaşan ve kendi iç rasyonalitesini inşa eden bir hukukçular zümresinin varlığını ortaya koyan Ehrlich, daha sonra yasama olgusunun gelişmesiyle beraber bu uzman hukukçuların oluşturduğu zümrenin devletin organı haline geldiğini belirtir. Nihayetinde hukukçuların entelektüel emekleriyle toplumsal olgulara hukuk dünyasında vücut vermesi faaliyeti hukukçuların hukuku şeklinde tanımlanabilir.³

Üçüncüsü, yani yaşayan hukuk ise toplumda süregiden normatifliği içine alan hukuktur. Toplumsal düzenlilikler ve pratikler olgusal olarak toplumda ortaya çıkarlar ve toplum tarafından benimsendikçe normatif güç kazanırlar. Bu pratiklerin normatif güç kazanmaları demek, toplumdaki eylemler için bir kerteriz noktası olma vasfını haiz olmaları demektir. Nitekim Ehrlich'e göre bütün toplumsal düzenin hukuku

¹ Eugen Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, Çev. Artun Mimar, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019, s. 139, 141, 156.

² A.e., s. 28, 73-76.

³ A.e., s. 123, 247.

yaşayan hukuktur.⁴ Üçlü bir bölümlendirme yapmış olsa da bu durum, bunların arasında bir geçişkenlik olmadığı anlamına gelmez, zira devletin hukuku toplum tarafından benimsedikçe yaşayan hukuk pratiklerinin içerisinde kendisine yer bulabilir ya da yaşayan hukuk pratikleri mahkeme kararlarında hükme esas alınabilir.

Ehrlich'in devletin hukukunu toplumsal düzenin sağlanmasında tali bir konumda değerlendirmesi boşuna değildir. Doğduğu ve yetiştiği coğrafya, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'na dahil olmakla birlikte, farklı etnik grupların bir arada yaşadığı, imparatorluğun merkezine uzaklığı nedeniyle merkezi hukuk mekanizmalarının etkisinin daha az hissedildiği bir yerdi. Merkezi hukuk mekanizmalarının etkisi daha az hissedildiği için farklı etnik grupların iç düzenleri ve iç hukukları toplumsal hayatın düzenlenmesinde önemli yer tutuyordu. Nitekim Ehrlich'in yaptığı pek çok saha çalışması, bölgedeki etnik grupların yaşantısına dönüktür. Bunun yanında, Cermen hukuk geleneğinde Tarihçi Hukuk Okulu'nun parçası olduğu, Alman hukuki pozitivistini yeniden yaratan kırılmadan etkilenen Ehrlich, bu görüşleri benimsemese dahi hukukun etkinliğinin sağlanabilmesi için bir hukuk sosyolojisi bilimi üretme gayesinde olmuş, bunun için de yaşayan hukukun incelenmesi gerektiğini öne sürmüştür.⁵

Eugen Ehrlich, toplumu değerlendirirken onun temel yapıtaşı olarak toplumsal birlikler adını verdiği grupları ele alır. Bunlar aslında, kendi normatif düzenleri olan gevşek ya da sıkı disipline sahip yapılardır. Aile, dernek, siyasi parti ve hatta devlet gibi çok fazla örnek verilebilecek olan bu birlikler, ona göre toplumsal yaşamı düzenleyen esas normları üretirler. Toplumdaki bireyler, hayatları boyunca farklı toplumsal birliklerin normatif alanlarının içerisine girerek onlar tarafından şekillendirilir ve böylece toplumsal düzeni deneyimlerler.⁶ Bu çoklu normatif düzenler düşüncesi daha sonra, Ehrlich'in düşüncelerinden etkilenen hukuki çoğulculuk düşüncesine ilham olmuştur. Bu düşüncenin taraftarları genelde merkeziyetçi devlet

⁴ Altan Heper, **Serbest Hukuk Akımı - Sosyal Bir Olgusu Olarak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 86; Ehrlich, **a.g.e.**, s. 50.

⁵ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 32, 468.

⁶ **A.e.**, s. 50, 392.

karşıtı, rölativist bir tutumla hukuk uygulamalarını eleştiriye açmışlardır. Bu eleştiri her zaman demokrasi ve özgürlükler açısından olumsal değerlendirilmemelidir, zira klasik hukuki çoğulculuk denen ilk dönem hukuki çoğulculuğu, sömürge coğrafyalarında, sömürgecilikle uyumlu hukuk düzenlerinin kurulmasını kolaylaştırma amacı taşımıştır. Yeni hukuki çoğulculuk ise, özellikle 1980 sonrasında kapitalizmin neoliberal politikalara yönlendiği ve aynı dönemde küreselleşmenin ivmelendiği bir momentte ortaya çıkmıştır. Bu yeni hukuki çoğulculuğu savunanların bir kısmı, merkeziyetçi devlet ve hukuk uygulamalarının ve hukuki formalizmin karşısında giderek daha fazla bağımsızlaşan tahkim ve arabuluculuk gibi uygulamaları gerek ulusal gerekse de uluslararası zeminde destekleyerek küresel kapitalizmin genişlemesine katkı sağlamışlardır. SSCB'nin dağılmasını takip eden, Fukuyama'nın "tarihin sonu" tezinin simgelediği bir ekseninde, yeni dünyanın küresel şirketlerin elinde kocaman bir köy haline geleceğini ve uluslararası – ulusötesi organizasyonların devletin aksine özgürleştirici bir rol oynayacağını düşünmüşlerdir. Ancak şimdiye kadar ortaya çıkan manzara, evdeki hesabın çarşıya uymadığını göstermektedir.

Çağdaş hukuki çoğulculuk üzerine çalışanların bir diğer kısmı ise küreselleşmenin sonuçlarına daha mesafeli ve hatta eleştirel bir pozisyonda kalmış ve toplumsal birliklerin, şirketlerde ve yerelerde ürettikleri pratiklerle devletin hukukuna nasıl etkide bulunabildiklerini incelemeye gayret göstermişlerdir. Belirtmek gerekir ki, Ehrlich'in çalışmalarında çoklu normatif yapılara cevaz veren düşüncelere rastlansa, hatta tezinden yapılacak ilk çıkarımlarından biri bu olsa da Ehrlich, farklı normatif düzenlerin nasıl bir araya gelerek bütüncül bir toplumsal düzeni inşa ettiği hakkında ayrıntılı bilgi vermez. Bu eksikliği doldurmaya çalışmak ve Ehrlich'in yaşayan hukuk düşüncesini eleştiriye tâbi tutmak için Bourdieu sosyolojisini kullanmanın faydalı olacağını düşünüyorum.

Eugen Ehrlich ve Pierre Bourdieu gibi iki ismi birlikte değerlendirme fikri riskli bir fikir olarak değerlendirilebilir. Zira, bu iki isim çok farklı toplumsal yapılar ve tarihsel momentler içerisinde, yarım yüzyıldan fazla arayla düşüncelerini geliştirmişlerdir. Ayrıca, Fransız modernleşmesiyle Cermen modernleşmesi arasındaki bölgesel ve yapısal farklılıklar bu iki sosyolojinin bir arada incelenmesini daha da

zorlaştırır. Yine de iki sosyolog da tezlerini bölgesel çıktılarla sınırlandırmamış, evrensel düzenlilikler ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu bağlamda ikisinin de sosyolojisi, toplumsal düzen üzerinde devletin kurduğu tahakkümü anlamlandırabilmek ve onun alternatifini düşünebilmek için önemli bir başlangıç noktası oluşturur.

Eugen Ehrlich ile Bourdieu'nün görüşleri genelde uyumsuz görülür ve görüşlerine sosyolojinin farklı bölümlenmelerinde yer verilir. Bu gerçekten de doğrudur, zira öncelikle Ehrlich toplumun temel birimi olarak toplumsal birliklere yani kolektif yapıların normatif yapısının hukuk üretme kabiliyetine odaklanırken, Bourdieu, her ne kadar hukuka odaklanan çalışmaları fazla olmasa da Ehrlich'in toplumsal birliklerini de içerebilecek bir kavram olarak toplumsal uzamda bulunan alanlardan bahsederken, bu alanlar içerisindeki faillerin* eylemlerine odaklanır. Alanın mantığının onların hareketlerini nasıl etkilediğini ve bu yolla düzenin kendi iç rasyonalitesini nasıl süregelen bir şekilde mensuplarının zihinlerinde yeniden ürettiğini göstermeye çalışır. Bu düşüncenin Ehrlich'e çok uzak olmadığını ortaya koymak gerekir. Zira Ehrlich'e göre de toplumsal hayatın gerçeklerinin, toplumsal birliğe dahil olan insanlara bazı kuralları ve sorun çözümlerini, sabit ve yazılı bir kural olmaksızın tedricen dayattığı vakadır.

Bourdieu sosyolojisiyle Ehrlich'in düşüncesi arasında tam olarak bir örtüşme olmasa da teorilerinin birbirlerini besleyebileceği kanaatindeyim. Öncelikle Bourdieu sosyolojisi, Ehrlich'in birliklerinin iç yapısının işleyişini anlamak için daha geniş imkânlar sağlar. Zira bu birlikler kendi normatif yapılarına sahiptirler ancak, bu normatif olguyu nasıl ortaya çıkarttıkları sorusunun yanıtını ararken Bourdieu'ye

* Bourdieu fail kavramını kasıtlı olarak kullandığını belirtir. Zira ona göre, örneğin aktör kavramının kullanılması halinde belirli bir rolün varlığından bahsetmek gerekir. Oysa failin tanımlanmış bir rolü yoktur. Özne kavramı kullanıldığında bilinç felsefesine girilir, eylemlerine ve dünya bilgisine vâkıf, buna bilinçli bir şekilde müdahale eden birisi akla gelir. Fail için böyle bir zorunluluk yoktur. Bourdieu'ye göre failin tanımı şu şekilde yapılabilir: "Toplumsal failler -ki bu, benim gördüğüm kadarıyla beşeri eylemlerin kendine has özelliğidir- gerek bireysel eylemlere göndermeyle ('Daha iyi kazanmak için bunu yaptı', 'Onurunu kurtarmak için istifa etti', vb.), gerekse tekel bireyleri aşan eylemlere, yani Marksist geleneğin 'nesnel anlam' dediği nesnel anlamlandırmalara göndermeyle, ereksel dilde tanımlanabilecek eylemlerde bulunurlar." (Pierre Bourdieu, **Genel Sosyoloji: College de France Dersleri (1981-1983)**, Çev. Zuhâl Emirosmanoğlu, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2021, s. 223-224).

başvurmak elverişli olacaktır. Bourdieu sosyolojisi, alan içindeki mücadelelere ve faillerin çıkar ile güdülenen eylemlerine odaklandığı için bu konuda katkı sunabilir. İkincisi, Ehrlich, toplumsal birlikleri ve onların yaşayan hukukunu çoğu zaman devletin hukukuyla karşıt konumlandırır. Bu iki tür hukuk yapısı arasındaki toplumsal mücadele sahaları ve imkânları Bourdieu'nün alan ve simgesel iktidar kavramlarıyla daha kolay anlaşılabilir. Bu nedenlerle elinizdeki tezde Ehrlich'in düşüncelerinin hukuk-politik incelemesinin önemli bir kısmı Bourdieu sosyolojisine atıfla yapılacaktır. Bu doğrultuda öncelikle Bourdieu sosyolojisinin genel hatlarından bahsetmek gerekir.

Bourdieu'nün deyimiyle sosyoloji bir kavga sporudur.⁷ Bu görüş doğrultusunda onun toplum kavrayışı çatışma ve mücadelenin analizini içerir. Farklı çıkarlara sahip toplumsal failler, Bourdieu'nün alan adını verdiği yerlerde karşı karşıya gelerek alanda geçerli olacak sözü söylemek veya eylemleri üretmek amacıyla mücadele ederler. Bu Bourdieu'nün tabiriyle bir simgesel iktidar mücadelesidir. Söz konusu mücadelede kullanılacak araçları ise Bourdieu sermaye olarak adlandırır. Sermaye tipleri temelde dört çeşittir: kültürel, ekonomik, sosyal ve simgesel sermaye.⁸ Örneğin sanat alanı ele alınırsa, kültürel sermaye müzisyen bir aileden gelmek ve dolayısıyla sürekli müzikle haşır neşir olmak veya şan eğitimi almış olmak olabilir. Ekonomik sermaye ise alanda gerçekleştirilecek faaliyetlerde kullanılabilecek maddi gereçlere sahip olabilmektir. Sosyal sermaye ise en basit şekliyle tanışıklık ilişkileri olabilir. Simgesel sermaye ise diğer bütün sermayelerin şeklini alabilen ve saygınlıkla somutlanan sermayedir. Alana katılan failler, sahip oldukları farklı sermaye konfigürasyonlarıyla birlikte birbirleriyle mücadele etmeye başlarlar. Bununla birlikte alanda egemen olan simgesel sermaye, aynı zamanda makbul ve makul sermaye konfigürasyonunu da belirler. Buna sahip olanlar egemen konumda yer alırken, diğerleri tâbi konumda yer alırlar ve mücadelenin sebebini de bu karşıtlık oluşturur.⁹

⁷ Taner Timur, **Marksizm, İnsan ve Toplum**, 4. bs., İstanbul, Yordam Kitap, 2020, s. 199.

⁸ Sercan Gürler, **Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 29.

⁹ David L. Swartz, **Simgesel İktidar: Siyaset ve Entelektüeller**, Çev. Eva Gurbanova, Cem Sili, Ankara, Fol Kitap, 2022, s. 92.

Toplumsal yaşamdaki bütün bu mücadeleler ve oluşan bilişsel ve nesnel yapılar toplumsal faillerin zihin dünyasını şekillendirir. Bu sayede Bourdieu'nün habitus dediği yatkınlıklar sistemi ortaya çıkar. Habitus sayesinde insanlar, karşılaştıkları olaylara otomatikleştirilmiş tepkiler verirler. Bunun salt kurallara verilen tepkiler gibi olması gerekmez, örneğin bir mahkeme salonuna giren avukat, mahkemenin yazılı olmayan kurallarını bilir ve bunun yanında nasıl davranırsa davayı kazanma ihtimalinin artabileceğini kestirebilir. Benzer şekilde, futbol oyununun kuralları açık olmasına rağmen bir futbolcunun gol atması için kurallara uyması yetmez. O oyuna dair pratik bilgisi sayesinde ne zaman pas atıp ne zaman ve ne şekilde topa vuracağını bilmesi onu başarılı olmaya yaklaştıran esas unsurdur. Habitus sadece şahsa özgü bir şey değildir, ayrıca aktarılabilir de. Örneğin bir memur ailesinde doğan çocuğun, memur habitusunu içselleştirmesi ve hatta gelecekte memuriyetle ilişkili bir mesleği seçmesi daha olasıdır. Nihayetinde alana dair toplumsal tecrübe, o alanın bir parçası olan bireyin zihninde katı bir şekilde yer işgal eder.

Bourdieu, kavramlarını toplumdaki iktidar ilişkilerinin ve tahakkümün direngen yapısını ortaya koymak amacıyla oluşturmuştur. Bu tercihi nedeniyle muhafazakâr olmakla eleştirilir. Bununla birlikte Bourdieu toplumsal değişimin mümkün olmadığını söylemez. Habitusun sağlıklı bir şekilde görevini ifa etmesi için nesnel yapılarla bilişsel mekanizmaların uyumlu bir şekilde işlemesi gerektiğinden özellikle kriz zamanlarında bu uyum bozulabilir. Örneğin ömrü boyunca köyde yaşamış bir kişinin sahip olduğu köylü habitusu, iş dolayısıyla şehre göç etmesi gerektiğinde onun pratik eylemsellikler geliştirmesini engelleyeceği için yetersiz kalır. Burada yarı bir habitusun varlığından bahsedilir. Oluşan bu yarıktan nelerin sızarak habitusu yeniden şekillendirebileceği ise bir siyasi güç meselesidir. Bourdieu bu doğrultuda, her ne kadar bir değişim ve sosyal hareket sosyologu olmasa da bir habitus siyaseti kurgulamak gerektiğini söyler. Bu habitus siyaseti sayesinde tahakküm ilişkileri apaçıklaştırılacak, kriz anlarında var olagelmış ön kabuller sorgulanmaya başlayınca, bunların yerini alacak yeni kabuller ve inşa edilecek yeni nesnel yapılar için alan açılacaktır.¹⁰

¹⁰ Swartz, **a.g.e.**, s. 323-327.

Bourdieu'nün hukukla ilgili değerlendirmeleri de aynı alan mücadelesi perspektifini yansıtır. Bourdieu hukuku iki yönden değerlendirir. Öncelikle bir simgesel iktidar mekanizması olarak hukuk, devletin simgesel iktidarının kodlaştırılmış halidir ona göre. Tarihsel olarak hukukçular, hukuk yapmanın metodları üzerinde uzmanlaşarak ve hukuk dilini inşa ederek kendilerine bir iktidar alanı açmışlardır. Avukat, yargıç, savcı veya akademisyen olan hukukçuların yargı alanı içerisinde karşı karşıya gelerek neyin yasal olup neyin olmadığına ilişkin mücadeleleri hukukun neliğine dair bir mücadeledir, ki bu da doğrudan devletin simgesel iktidarını etkiler. Yani hukuk bir yandan bir simgesel iktidar mekanizması olarak toplumsal meşruiyet üretirken öte yandan kendi içerisinde, alan mücadeleleri vasıtasıyla hukuk alanının sınırları belirlenir.¹¹

Elinizdeki çalışmada Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramıyla ilgili hukuk-politik değerlendirmelerde bulunulacak, özellikle Ehrlich'in çalışmalarında doyurucu bir şekilde açıklanmayan iki ana başlığın üstesinden gelmek için Bourdieu sosyolojisinden faydalanılacaktır. Birincisi, Ehrlich'in çalışmalarında farklı toplumsal birliklerin karşı karşıya gelmesi hâlinde ve farklı iç düzenler çatıştığında, düzenin nasıl sürdürülebileceğine dair yeterli bir açıklama yoktur. Bourdieu sosyolojisindeki alan mücadelesi nosyonu bu eksikliği aşabilir. İkincisi, Ehrlich toplumsal birlikleri toplumun temel yapıtaşı olarak aldığından, onların üyeleri üstündeki iktidarı nasıl kurduğu sorusuyla ilgilenmez. Oysa Bourdieu sosyolojisi, iktidar ilişkilerini ve tahakküm yapılarını apaçıklaştırma misyonu sebebiyle toplumsal birliklerin çalışma prensiplerini anlamayı kolaylaştırabilir.

Elinizdeki çalışma, üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, Eugen Ehrlich'in sosyolojisi, olduğu tarihsel koşullar içerisinde ele alınacaktır. Bu bağlamda kısaca Kıta Avrupası hukuk geleneğinin ortaya çıkışından bahsedilecek, Cermen coğrafyasındaki siyasi gelişmelerin hukuk alanına yansımalarıyla Ehrlich'in

¹¹ Pierre Bourdieu, "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", Çev. Richard Terdiman, **The Hastings Law Journal**, C.XXXVIII, 1987, s. 805-853.

görüşünün şekillendiği atmosfer anlatılmaya çalışılacaktır. Bunun ardından; ikinci bölümde Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramının tasvirine geçilecek, Ehrlich'in gözlemlediği ve tahayyül ettiği toplumsal düzenin unsurları incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümündeysse Pierre Bourdieu'nün sosyolojisi önce genel kavramlarıyla birlikte ele alınacak, ardından hukuka dair düşünceleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Nihayetinde Ehrlich ve Bourdieu'nün hukuk kavrayışları birbirlerini besleyici bir perspektifle ele alınacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

EUGEN EHRLICH'İN SOSYOLOJİSİ

A. Eugen Ehrlich'in Sosyolojisini Hazırlayan Koşullar

1. Yaşamı ve Akademik Hayatı

Eugen Ehrlich'in düşüncesi hukuk sosyolojisinin kurucu motifleri arasında yer alır. Düşüncesini anlayabilmek için öncelikle döneminin ve yaşadığı bölgedeki toplumsal koşulların bir özetini sunmak faydalı olacaktır.

Ehrlich, 1862 yılında, o sıralarda Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun bir parçası olan Bukowina eyaletinin Czernowitz adındaki başkentinde doğdu. Bu eyalet, I. Dünya Savaşı'nın ardından Romanya hakimiyetine girerken, kuzey yarısı 1940 yılında Sovyetler Birliği hakimiyetine geçti. Günümüzde eyaletin güney yarısı Romanya, kuzey yarısı ise Ukrayna'nın hakimiyeti altındadır. Ehrlich'in doğduğu Czernowitz kasabası ise Ukrayna hakimiyeti altında olan bölgenin sınırları içerisinde yer alır. Bölge üzerindeki hakimiyetin sürekli el değiştirmesinden anlaşılabileceği üzere bölge, Ehrlich'in hayatı boyunca ve sonrasında da devam edecek şekilde derin etnik ayrışmalara sahne olmaktadır. Bu çoklu etnik yapı, Ehrlich'in hukuka bakışını da şekillendirdi.¹² Farklı etnisitelerin kendi hukuklarını uygulayabildikleri bir ortamda, imparatorluğun dağılma sürecine girmesinin de etkisiyle merkezi devlet mekanizması zayıflıyordu ve bu durumun sonucu olarak Ehrlich, merkezi ve tekçi bir hukuk anlayışını benimsemiyor, imparatorluğun devamı için böyle bir anlayışın tesis edilmesini de önermiyordu. Zira, 18. yüzyılın sonlarında başlayan devrimler döneminin ardından başlayan savaşlar döneminin insanı olan Ehrlich, mevcut hukuk yaklaşımlarının imparatorlukların çözülerek ulus devletlerin kurulduğu, paylaşım savaşlarının yaşandığı bir dönemde yetersiz kaldığını gözlemlemişti. İhtiyaç, arayışı doğurdu ve Ehrlich çözümü toplumsal pratiklerde buldu.

¹² K. Alex Ziegert, "A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge", **Sydney Law Review**, C.XX, No.1 1998.

Ehrlich, Viyana Üniversitesindeki ihtisasını ve öğretim üyeliğini Roma hukuku alanında yapsa da araştırmalarını Roma hukukundan beri gelen şekilde toplumların hukuki yapıları üzerinde yürüttü. Çalışmalarında, Roma hukuku kavramlarına sıkça rastlanır, zaten Roma hukukunun düşünce dünyasına sirayet ettiği bir vakadır ancak o, Roma hukukunu pozitivist bir perspektifle ele almaz, onun sosyolojik yönleriyle, yani toplumdaki izdüşümleriyle birlikte incelenmesi gerektiğini düşünür. Salt Roma hukuku değil, günümüz hukukunu da incelerken uygulanması gereken yöntem budur Ehrlich'e göre. Sosyal bilimlerin bulgularının yasa yapımı sürecinde kullanılmasıyla daha iyi yasalar ortaya konulacak, hukukun etkinliği artacaktır. Bu nedenle Ehrlich, hukukçuların eğitiminde sosyal bilimlerin düşünce yapısı ve gözlemlerine yer verilmesi gerektiğini iddia eder.¹³

2. Bukowina'nın Siyasi, Sosyal ve Ekonomik Durumu

Hayatının önemli bir kısmını geçirdiği memleketi Bukowina'nın Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun merkezi ile olan mesafesi ve buna mukabil merkezi hukukun etkisinin azalması, Ehrlich'in kafasında merkeziyetçi bir hukuk anlayışının etkinliğine dair sorular oluşmasına neden oldu. Bukowina; Alman, Rumen, Macar, Ermeni, Rus vb. pek çok etnisiteye ev sahipliği yaparken onları bir potada eriten değil, özgül varlıklarını korumalarına imkân sağlayan bir bölge olma özelliğini uzun yıllar sürdürdü. Avrupa'nın her yerinde ulus devletlerin kurulduğu bu yıllarda etnik azınlıklara karşı görece hoşgörülü yaklaşan ve onlara bazı ayrıcalıklar tanıyan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nda azınlıklar anadillerini koruyabiliyor ve kendilerine ait uygulamaları yer yer sürdürebiliyorlardı.¹⁴ Yaşadığı bölgenin özgül koşullarının da katkısıyla ortaya çıkan bu çoğulluğu Ehrlich toplumu oluşturan temel

¹³ Stefan Machura, "Unfinished Business: An Appreciation of Eugen Ehrlich's Methods", Eylül 2022, (Çevrimiçi), [https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/unfinished-business-an-appreciation-of-eugen-ehrlchs-methods\(e4342f79-7a6d-4713-814e-9b3698cd27bd\).html](https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/unfinished-business-an-appreciation-of-eugen-ehrlchs-methods(e4342f79-7a6d-4713-814e-9b3698cd27bd).html), 04.08.2024, s. 2-3.

¹⁴ Monica Eppinger, "Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography", **Living Law: Reconsidering Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 28.

unsurlardan biri olarak ele aldı, nitekim yaptığı toplum tanımına göre: “Toplum, birbirleriyle karşılıklı ilişki içinde olan insan birliklerinin toplamıdır. İnsan toplumunu oluşturan bu birlikler bir hayli heterojendir.”¹⁵ Bu heterojenliğin sebep olduğu toplumsal yapının oluşturduğu toplumsal ilişkileri incelemek, hukuk başta olmak üzere devlete ve topluma dair çok fazla konuda sahip olunan bilgiyi genişletecektir. Ehrlich’in doğduğu coğrafyaya dair Drahomanov’un saptamaları, bu anlamda aydınlatıcı bir örnek olarak karşımıza çıkar.

Drahomanov’a göre Ukrayna’daki Yahudiler; aynı zamanda hem bir ulus hem bir dini grup hem de bir toplumsal sınıf teşkil eder. Yahudiler gibi, diğer toplumsal gruplara mensup kişilere, sınıfsal aidiyetlerine binaen etnik farklılıkları göz önünde bulundurularak (tahmin edileceği gibi en çok soylulara), devlet tarafından bazı ayrıcalıklar tanınmaktadır. Soylular, İmparatorluk hukuku tarafından tanınan bazı geleneksel hakları ellerinde bulundururken bir yandan da bunların yürütülmesi için kurulmuş özel mekanizmalarda söz sahibi olmaktadır. Soylu olmayanlar ise genelde pek çok ayrıcalıktan ve özellikle söz sahipliğinden muaf bırakılmışlardır. Bununla birlikte geleneksel örgütlenmelerine saygı duyulmuş ve hukuki ilişkilerden doğan hak ve yükümlülükler sahip olmaları temin edilmiştir. Ehrlich’in çalışmalarından bazıları, bu etnik grupların incelenmesi ve hukuki ve idari karar alma süreçlerinin ardından hukukun içine dahil edilmesi çabasına yönelmekteydi.¹⁶ Kaldı ki, Ehrlich’e göre zaten halihazırda Bukowina’da günlük yaşam, Avusturya Macaristan İmparatorluğu’nun hukukuyla değil, etnisitelerin başını çektiği toplumsal birliklerin hukukları ile himaye ediliyordu.¹⁷

Zayıf sanayileşmesi ve yavaş ekonomik gelişmesiyle de birleşince, farklı etnik grupların toplumsal yaşamda söz sahibi olduğu bu toplumsal yapıyı Ziegert “endüstri öncesi etnik bir kast toplumu” olarak niteler.¹⁸ Bukowina’ya dair huzurlu bir barış

¹⁵ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁶ Eppinger, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁷ Stefan Machura, “Eugen Ehrlich’s Legacy in Contemporary German Sociology of Law”, **Eugen Ehrlich’s Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, C.VIII, LIT Verlag, 2014, s. 43.

¹⁸ Ziegert, **a.g.e.**

tablosu çizerken temkinli davranılması gerektiğini gösteren tarihsel olgulara rağmen, Ehrlich'in bölgeye dair düşünceleri, İmparatorluk şemsiyesi altında farklı etnik grupların huzur içerisinde yaşadığı iddiasını içerir, ki ona göre bu durumu, büyük ölçüde günlük yaşamın hukuki ilişkilerini düzenleyen toplumsal normlar sağlar:

“Bukowina Prensliğinde halen büyük ölçüde birbirleriyle barış içinde yaşayan dokuz halk grubu bulunmaktadır. Ermeniler, Almanlar, Yahudiler, Rumenler, Ruslar, Rutenyalılar ve Slovaklar (çoğunlukla Polonyalı addedilirler), Macarlar ve Çingeneler. Yerleşik anlayışın bir hukukçusu şüphesiz, tüm bu halkların sadece tek bir, tüm Avusturya'da geçerli olan Avusturya hukukuna tabi olduğunu iddia edecektir. Fakat üstünkörü bir inceleme bile bu hukukçuyu tüm grupların günlük yaşamının hukuki ilişkilerinde farklı hukuki kuralları olduğuna inandırabilir. Çok eski bir prensip olan hukukun şahsilik prensibi fiili olarak, sadece kâğıt üstünde kalan mülkilik prensibinin yerine geçerek etkisini sürdürmeye devam eder.”¹⁹

Ehrlich'in 1895 yılında yayımladığı eserinde çizdiği olumlu havaya karşın etnik gruplar arasında yüzyılın başında artan şiddet olayları, örneğin Rumen milliyetçilerinin Yahudi üniversite öğrencilerine karşı giriştiği saldırılar, İmparatorluğun sağladığı özerklik koşullarına rağmen toplumsal hayatın pek de uyumlu olamadığını göstermiştir.²⁰ Kısa süre sonra başlayan I. Dünya Savaşı boyunca Ehrlich, Hollanda'daki Kalıcı Barış Örgütü'nün bir üyesi olarak savaşın sona ermesi için çalışmalar yürütmüştür.²¹ Bu sırada Ehrlich hala 1895'te yazdığı olumlu atmosfere özlem duymakta, Avusturya monarşisinin çok uluslu bir devlet yapısı olarak varlığını sürdürmesini istemektedir.²² Bu durum, Ehrlich'in “*Belle Epoque*” yani “Güzel Çağ” olarak adlandırılan, Birinci Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde huzur ve refah ortamı olduğuna dair Avrupa'da paylaşılan hayali bir inanışa sahip olduğunu düşündürür.²³

¹⁹ Eugen Ehrlich, “das lebende Recht der Völker der Bukowina”, **Recht und Leben, gesammelte Schriften zur Rechtsstaatsachen und zur Freirechtslehre/Eugen Ehrlich**, Ed. Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, s. 43'ten aktaran Heper **a.g.e.**, s. 49-50.

²⁰ Machura, “Eugen Ehrlich's Legacy”, s. 40.

²¹ Heper, **a.g.e.**, s. 56.

²² **A.e.**, s. 55.

²³ *Belle Epoque* bir inanış olarak adlandırılabilir, çünkü savaşın seslerinin dünyanın her tarafından hissedildiği, özellikle Avrupa'da griftleşen, gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkelerle uzlaşmaz çıkar çatışmalarının savaşın başlamasını kaçınılmaz kıldığı bir döneme dair bir güzellemedir. Bu yorum, gelecekte bakılarak yapıldığı için eksik ve hatta anakronik olduğu iddiasıyla karşılaşmamalıdır; zira o dönemdeki sınıfsal hareketlilikler, sertleşen işçi sınıfı mücadelesi, çeşitli yerlerde görülen isyanlar aslında apaçık gerçekliği ortaya koyar. Ancak özellikle soylu sınıfların paylaştığı sosyal ortam ve kültür-sanat dünyasındaki yaygın fikirler, bu dönemin huzur ve refah dönemi olduğunu adeta bir ideolojik propaganda şeklinde empoze etmekteydi. Bu öyle bir inanışa sebep olmuştu ki, savaşın başlamasının ardından hatta sonrasında dahi, sanki her şey bir anda nedensizce olmuş düşüncesi hasıl olmuştu. Örneğin Franz Kafka, savaşın ilk gününde, günlüğüne kayıtsızca “Bugün pek bir şey yok. Almanyaya Rusya'ya savaş açıyormuş. Öğleden sonra denize girdim.” yazarken; Stefan Zweig, 1942 yılında

Bununla birlikte savaşın büyüttüğü, yılların biriktirdiği etnik çatışmalar Ehrlich'in şahsi yaşamını doğrudan etkilerken Ehrlich, Avusturya monarşisini savunması ve Czernowitz Üniversitesi'nin savaş nedeniyle başka bir şehre naklini istemesi gibi nedenlerle Rumen milliyetçilerinin hedefi olmuş, derslerini Rumence anlatması talep edilmiş, bunun için çalışmaya başlasa da baskılara dayanamayıp Bükreş'e taşınmak zorunda kalmıştır.²⁴

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından "geometrik harita hesaplarıyla" kurulan ulus devletlerin tartışmalı bölgesel sınırlarına hapsedilen etnisiteler arasında uyuşmazlıklar ve çatışmalar devam ederken böyle bir ortamda tektipleştirici bir ulusal hukukun kodlaştırmalar vasıtasıyla inşa edilebilmesi, kimilerince iddialı ve hatta gerçekdışı olarak nitelenir.²⁵ Ehrlich, yaşayan hukuk ile kodlaştırmalar arasında yapısal bir fark bulunduğunu iddia eder: "Esas olarak bölgesel olan kodlaştırılmış hukukun aksine, yaşayan hukuk 'kişiseldir' ve insanların ait olduğu 'çevreler' tarafından tanımlanır."²⁶ Yaşayan hukukun bu özelliği, onun gerçek hayatı yürüten esas kuralları içerdiği iddiasının bir sonucudur. Çünkü gerçek hayatta karşılaşılan olgular çok çeşitlidir ve ancak kişilerin toplum içerisindeki ilişkilerinin incelenmesiyle hukuk hakkında bilgi sahibi olunabilir.

Sonuç olarak söylenebilir ki, Ehrlich'in görüşleri yıkılmakta olan bir imparatorluğun kriz koşullarında şekillenmiştir. Kriz ve savaş hali içerisinde, alışlageldik normatifliğin ortadan kalktığı bir olağanüstü durumun tecrübesi, muhtemelen Ehrlich'i devletin giderek zayıflayacağına inandırmış ve dolayısıyla devlet hukukunun dışında toplumsal hayatın devam etmesini sağlayan normatif düzenlerin göz önünde bulundurulmasının gerektiğine ikna etmiştir. Böylece, başkent

Avrupa'nın içinde bulunduğu savaş koşullarının etkisiyle eşiyle birlikte intihar etmeden önce yayınevine gönderdiği *Dünün Dünyası* isimli kitabında, savaşın başlamasından hemen önceki 1914 yazını uzun uzun övmüştü. İlgilenenler için bkz. Hasan Aksakal, **La Belle Epoque: Avrupa Modernitesinin Yalancı Baharı**, (Çevrimiçi) <https://www.ekdergi.com/la-belle-epoque-avrupa-modernitesinin-yalanci-bahari/>, 04.08.2024. Stefan Zweig, "1914 Savaşının İlk Saatleri", **Dünün Dünyası**, Çev. Burhan Arpad, (Çevrimiçi), <https://www.insanokur.org/1914-savasinin-ilk-saatleri-stefan-zvveig/>

²⁴ Heper, **a.g.e.**, s. 56.

²⁵ Ziegert, **a.g.e.**

²⁶ Machura, "Eugen Ehrlich's Legacy", s. 44.

Viyana’da üretilen ve himaye edilen hukukun etkinliği problemini konu edinen Ehrlich, gözünü gündelik hayatı himaye eden toplumsal birliklerin iç düzenine, yani yaşayan hukuka çevirmiştir.²⁷

Ehrlich’in özellikle Bukowina hakkındaki gözlemlerinin onun düşünce dünyasına etkisi derin olsa da bu etkinin kapsamını abartmak doğru değildir. Zira bu durum, Ehrlich’in düşüncesini etnisite ve kültürel farklılıklar üzerinden geleneğe, kültüre ve benzerlerine dayalı bir hukuk anlayışıyla sınırlamaya götürür ki aslında bu durum onun için pek de geçerli değildir, modern sanayinin yarattığı toplumsal yapıyla da ilgilenmiştir. Ancak Ehrlich’in Almancadan Türkçeye ve hatta İngilizceye çevrilmeyen pek çok eseri bulunduğu için, Ehrlich hakkındaki ön yargılar genelde eksik bilgiyle maluldür.* Benzer şekilde, kendisinin “yaşayan hukuk” kavramı çevresinde gelişen düşüncesi her ne kadar ilk bakışta buna cevaz verse de pozitif hukuka, hukuk dogmatikine temelden karşı olduğunu iddia etmek, aynı eksiklikle maluldür.²⁸ Bu yorumlar ve önyargılar, metnin ilerleyen kısımlarında sınamaya tâbi tutulacaktır.

3. Kıta Avrupası Hukuk Geleneğinin Ortaya Çıkışı

Eugen Ehrlich’in yaşadığı dönemin iktisadi ve siyasi koşulları onun düşüncesi üzerinde ne kadar etkiliyse, bir düşünce insanı ve üniversite profesörü olması sebebiyle, dönemin düşünce dünyasının koşulları da benzer şekilde etkiliydi. Kıta Avrupasının ve özellikle ortak dil ve kültürel etkiyle birlikte Almanya’nın düşünsel yaşamındaki tartışmalar farklı bir imparatorluğun içerisinde olmakla birlikte Cermen dünyasının bir parçası olan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu’nda vuku bulurken Ehrlich de elbette bu tartışmalara vâkıf olmaktaydı. Bunlardan hukuk alanında en belirleyici olduğu iddia edilebilecek tartışmaysa 19. yüzyılın başlarında başlayan

²⁷ Marc Hertogh, “From ‘Men of Files’ to ‘Men of the Senses’: A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich’s Sociology of Law”, **Living Law: Reconsidering Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 16.

* Kabul etmek gerekir ki, elinizde bulunan çalışma, yazar olarak Almanca bilmemem nedeniyle benzer eksikliklerle kaçınılmaz şekilde malul olmakla eleştirilebilir.

²⁸ Machura, “Unfinished Business”, s. 4.

kodlaştırma tartışmasıdır. Bu tartışma yaklaşık yüz yıl boyunca hukuk gündemini meşgul ederken, Alman siyasi birleşmesinin ve sonrasındaki büyümesinin başat konusu olageldi. Kodlaştırma karşıtlığıyla bilinen Tarihçi Hukuk Okulu, bu dönemin ürünüydü ve Ehrlich'in düşünce dünyasının şekillenmesinde önemli katkıları oldu. Bu nedenle bu okulun gelişimine ve düşüncelerine özel bir ilgiyle değinmek gerekir. Bu bağlamda, ilk olarak Kıta Avrupası'nda hukukun gelişimine dair tarihi izleği kısaca hatırlamak yerinde olacaktır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminin ortaya çıkışını incelemek için çok gerilere, 6. yüzyılda çıkarılan Corpus Iuris Civilis'e dönmek gereklidir. Söz konusu metin, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasının ardından onun mirasını devam ettirme iddiasını taşıyan Doğu Roma İmparatorluğu'nun bir iktidar alameti olarak yargılama yetkisini tek elde toplama amacına hizmet etmesi için kaleme alınmıştır. Yüzyıllar boyunca oluşmuş Roma hukuku külliyyatının kavramlarının, imparator emirnamelerinin ve hukuk bilginlerinin görüşlerinin bir derlemesini içeren Corpus Iuris Civilis, günümüze kadar uzanan Kıta Avrupası hukuk geleneğinin kurucu metinleri arasında yer alır. Böyle bir önemi haiz olmasına karşın, Corpus Iuris Civilis kıtasal önemini basıldığı dönemde değil, 11-12. yüzyıllarda *glossator*'ların* yaptığı çalışmalarla kazanır. Bu çalışmaların yapılması, temelde bir iktisadi üretim tarzının girdiği dönüşüm sürecinin bir parçası olarak görülebilir. Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasının ardından Avrupa'da feodalizm egemen toplumsal örgütlenme modeli haline gelmiş, ortadan kalkan merkezi siyasi iktidar, küçük küçük birçok şehir devletine, ufak prensliklere, lordlara ve Kilise gibi feodal aktörlere siyasi güç kazanma ve iktidar odakları inşa etme imkânı vermiştir. Bahsedilen her bir feodal aktörün, kendi iktidar alanı içerisinde yargılama yetkisine sahip olması, merkezi tek bir hukukun değil, çoklu hukukların görülmesine neden olmuştur. Bu çoklu hukuklara örnek olarak Kilise hukuku, kralların hukuku, lordların hukuku, örf-adet hukuku ve özellikle Orta Çağ'ın sonlarına doğru, yükselmekte olan tacirlerin hukuku verilebilir. Feodal Orta Çağ bu farklı feodal aktörler arasındaki, hukuku da içine alan şekilde iktidar mücadelelerine sahne

* Şerhçiler.

olmuştur. Bunların arasındaki en güçlü aktörün Kilise olduğunu iddia etmekte bir beis yoktur.

11. yüzyıla gelindiğinde hafif hafif gelişen ticaretin gerçekleriyle Kilise'nin uyguladığı dini hukuk uyuşmamaya başlamıştır. Örneğin faiz ve tefecilik yasağının olması, ticaretin önünde bir engel olarak görülmüş, buna mukabil, tedrici bir şekilde bir ticaret hukuku doğmuştur.²⁹ Kilise bu güç kaybı ihtimalini sezerek hukukuna yeni bir kaynak edinmek istemiş, bu doğrultuda üniversiteler ve hukuk fakülteleri Kilise'nin desteğiyle kurulmuştur. Üniversitelerde incelenen başlıca hukuki kaynak Corpus Iuris Civilis'tir. Bologna'dan başlayarak Avrupa'nın her yerinde açılan üniversitelerde glossatorlar Roma hukukunu çalışmış, üstüne şerhler düşmüş ve günün koşullarına uyarlayarak yeni hukuk kuralları ortaya koymuşlardır. Bunların ortaya koydukları hukuk külliyatı nihayetinde *Ius Commune*, yani müşterek hukuk adı verilecek olan Kıta Avrupası hukukunu ortaya çıkartmıştır. Bu tam olarak nasıl gerçekleşmiştir?

Şerhçilerin çalışmalarını yürüttüğü dönemde en güçlü yapı Kilise, çoklu hukuklar arasındaki en etkili hukuk mekanizmalarına sahip olan da Kilise hukukudur. Bunun da etkisiyle, toplumsal elitlerin ortak dili Kilise'nin kullandığı Latince'dir. Üniversitelerde bu ortak dili kullanarak aynı kaynaklar üzerinden, aynı metodolojiyi öğrenen öğrenciler kendi memleketlerine dönmüş ya da Avrupa'nın çeşitli yerlerinde hukukçu olarak görev almışlardır. Bu görevleri sırasında uygulamaları gereken hukuk, o bölgenin yerel gelenek, örf ve âdetlerinden beslense de bunların yetersiz kaldığı noktalarda, Roma hukuku eğitimleri devreye girmiş, Corpus Iuris Civilis'in bir bölümü olan Digesta'daki hukukçu yorumlarına ve kapsamı geniş olan Roma içtihatlarına başvurulmasıyla yerel hukuk, Roma hukukuyla birlikte genişlemiştir.³⁰ Avrupa'nın her yerine dağılan hukukçuların çalışmaları sonucunda, nihayetinde

²⁹ Feodal dönemde hukuki yapılar ve kapitalizmin yerleşikleştiği sırada bu yapıların dönüşümü üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Michael E. Tigar, Madeleine R. Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, Çev. Onur Karahanoğulları, Ankara, Epos Yayınları, 2016.

³⁰ Pascal Pichonnaz, "Kıta Avrupası Özel Hukukunun Uyumlaştırılması: Roma Hukuku Bize Ne Öğretebilir; Ne Öğretemez?", Çev. Ceren Soydan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.XXIII, No.3 2017, s. 356.

dönemin en güçlü siyasi yapısı olan Kilise'nin teolojisi ve doktriniyle uyumlu, Corpus Iuris Civilis'ten temel alan bir Roma hukuku olan *ius commune* ortaya çıkmıştır.³¹ İzleyen yıllarda Roma hukuku glossatorlar ve post-glossatorlar tarafından çalışılmaya devam edilmiştir. Kapitalizm öncesi dönemde ortaya çıkmasına rağmen, yıllarca şerhlerle dönemin koşullarına uydurulan Roma hukuku, kapitalist üretim tarzının yerleşmeye başladığı ilk zamanlarda da etkisini korumaya devam etmiştir.

4. Kapitalizmin Gelişimi, Aydınlanma ve Devrimler Çağı

Orta Çağ'ın sonlarına doğru gelirken özellikle Haçlı Seferleri ve 15. yüzyıldan itibaren başlayan Coğrafi keşiflerin Avrupa'ya zenginlik getirmesiyle ticaret giderek daha kârlı bir iş hâline gelmeye, tacirler daha fazla güç kazanarak nüfuz elde etmeye başladı. Bu tacirlerin önemli bir kısmı burjuva sınıfına mensuptu. Feodal Avrupa'da önceden bahsedildiği üzere çoklu hukuklar vardı var olmasına ama, ticaretin sağlıklı bir şekilde işlemesi için ticaretin hukukunun yeknesaklaştırılması ihtiyacı da ortadaydı. Tacirlerin farklı ülkelerde farklı uygulamalarla karşılaşması ticareti sekteye uğrattı, kârı azaltıyordu. Nitekim ticaret hukukunun evrenselleşmesine burjuvazinin duyduğu ihtiyaç, üniversitelerde verilen hukuk eğitiminin bütün Avrupa'ya yayılması ve iktisadi gerekliliklerin zorlamasıyla Feodal Avrupa'daki çoklu hukuklar dönemi tekleşme eğilimine girdi. Kapitalizmin gelişmesiyle feodal iktisadi düzende geçerli olan hukuk, yeni ihtiyaçlara yanıt veremeyerek yavaş yavaş ortadan kalktı. Bu sırada, ticaret hukukunu hantallaştıran, kuralları ve yasaklarıyla engeller çıkaran Kilise'nin iktidar alanı, burjuvazinin desteğini arkasına alan merkezi iktidarlar karşısında giderek azaldı. Reform hareketinin etkisiyle Kilise'nin etkisi iyice kırılırken müşterek hukuk, "laik bir hukuk" idealinin kurucu ögesi hâline geldi.³²

17. yüzyıla gelindiğinde, kapitalizm iktisadi gelişiminin belirli bir aşamasına ulaşmıştı, nitekim kısa bir süre sonra 18. yüzyılın ortasından itibaren başlayan Sanayi Devrimi'yle yaşanan toplumsal dönüşümler ve deyim yerindeyse Devrimler Çağı'nın

³¹ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 16. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2019, s. 150

³² Tigar ve Levy, **a.g.e.**, s. 132.

başlaması, devlet yapısında olduğu kadar hukukta da pek çok değişime neden oldu. Bu Devrimler Çağı'nın entelektüel ayağında ise Aydınlanma düşüncesinin önemli bir yer teşkil ettiği hiç şüphe götürmez. 17. ve 18. yüzyıllarda Aydınlanma düşüncesini iki ayrı fasılda ele alan Uslu, 17. yüzyıl Aydınlanma düşüncesinin ayırt edici özellikleri olarak; ikili ontoloji oluşturulması yani doğaüstü ve tanrısal göndergelerin, doğa ve topluma dair göndergelerle ayrı şekilde ele alınmasının savunulmasını; feodalizme, imtiyazlarına ve egemen sınıflarına karşı mücadele ederken “soyut, tarihsellik ve toplumsallık dışı” bir varlık hâline getirilen insanın kapitalizmin birey merkezci düşüncesiyle birleştirilerek yüceltilmesini ve bu sırada bireyin çıkarıyla toplumun çıkarını uzlaştıran devletin meşrulaştırılmasını ve nihayetinde, insanların özgürlüğü ve eşitliği söylemine karşın emekçi sınıflara yönelik sömürünün görünmez hâle getirilmesini anlatır. Aydınlanma düşüncesindeki insan aklına duyulan güven, onun doğa ve tanrı karşısında üstün bir konumda konumlandırıldığı eleştirisiyle karşılaşmış olsa da bu durum Uslu'ya göre yaygın değil, istisnaidir, zira Aydınlanma düşüncesi insanın mükemmelliğiyle değil sınırlılıklarıyla daha çok ilgilidir.³³

Hukuk açısından bakıldığında, özellikle teorik anlamda, teolojiye dayanan evrensel doğal hukuk düşüncesi, yerini insanın rasyonel aklına dayanan hukuka bırakıyordu. Aydınlanma Düşüncesi'nin tarihlendiği dönemden bir süre öncesinde yaşamış olan Hugo Grotius bu bağlamda akla dayanan doğal hukukun insan doğasından doğduğunu iddia ediyor, adeta Aydınlanma'nın hukuka bakışının öncü motifini eserlerinde sunuyordu. Nitekim, ona göre:

“Akıl doğal hukukun bilgi kaynağıdır. Doğal hukuk bir *dictatum rectae rationis*, yani aklın bir emridir. Bu akli hukuk, tanrı olmasa bile geçerlidir. Bu akli hukuk tüm insanların koyduğu hukuk için temel ve ölçü niteliği taşır, değişmez, değiştirilemez ve sonsuza kadar geçerlidir.”³⁴

Görüldüğü üzere; tanrısal akıl ve teolojik düşünce, yerini rasyonel akıl ve laik düşünceye bırakırken doğal hukuk yine de dogmatik, evrensel ve ebedi olma iddiasını sürdürmektedir.

³³ Ateş Uslu, **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.II, İstanbul, Yordam Kitap, 2021, s. 264, 305-306, 361.

³⁴ Heper, **a.g.e.**, s. 14.

Uslu'ya göre 18. yüzyıla gelindiğinde Kilise'nin güç kaybetmesiyle Aydınlanma düşüncesi, teolojiyle ve ikili ontolojiyle uğraşmayı bırakarak daha somut meselelere yöneldi. Çeşitli anlamlardaki soyutlamalar varlığını sürdürse de insan tarihselliği ve toplumsallığı içerisinde ele alınmaya başlandı. Yine de bu tarihsellik ve toplumsallık genel anlamıyla kapitalizmin anlatısıyla örtüşüyordu. Zira insan, piyasa mantığıyla düşünerek ve kâr hesabı yaparak kararlarını veren rasyonel insandı. Bu doğrultuda aydınlanma filozofları, feodal dönemin en güçlü kurumu ve temsilcisi olarak Kilise'nin egemenliğinin kırılmasında ve yeni bir iktisadi-toplumsal düzenin ortaya çıkarılmasında, çoğunlukla mensubu oldukları burjuvazinin sözcülüğünü üstlendiler. Bu doğrultuda eski düzenin unsurlarıyla mücadele için despotik iktidarlara desteklerken, genişleyen sömürgecilğin ve devam eden köleliğin yarattığı eşitsizliklere sırtlarını döndüler.³⁵ Yine de Aydınlanma düşüncesini yeknesak ve tek doğrultuda ilerleyen, kapitalizmle tamamen bütünleşmiş bir düşünce gibi anlatmak da doğru olmaz. Aynı dönemde farklı iddialara sahip Gracchus Babeuf gibi düşünürler, toplumsal eşitsizlikleri gündem ederek çalışmalar vermiş, Devrimler Çağı düşüncesine ilham olmuşturlardır.³⁶ Nitekim bu ortamda ortaya çıkan hukuki metinlerde getirilen sosyal ve siyasi haklar, giderek daha eşitlikçi bir hâl almaya başlamıştır. Somut kazanımlar olarak hukuki belgelerde de yer bulan bu eşitlikçi hâl yine de genel anlamda soyut bir niteliktedir, haklara sahip olmada ve bunları kullanmada var olan toplumsal eşitsizlikler göz ardı edilmekte, hatta haklara sahip olma konusunda “yurttaşlık” ya da “insanlık” gibi genel kategoriler oluşturularak bu toplumsal eşitsizlikler gözden kaçırılmaktadır.³⁷ Bu iddianın kanıtı, Aydınlanma'nın ilk döneminde bu hakların sadece burjuvazi ve soyluların elinde bulunduğu gerçeğidir. Ancak yüzyıllardır köylü isyanlarıyla sarsılan Avrupa'da, Sanayi Devrimi ile birlikte işçi sınıfı, bir başka deyişle proletaryanın ortaya çıkmasıyla söz konusu haklar

³⁵ Uslu, **a.g.e.**, s.361-363, 459-460. Kapitalizmin yükselişi ve feodalizmin kaybedişi elbette her coğrafyada aynı olmadı. Fransa, İspanya, İngiltere, Almanya gibi farklı örneklerde hep farklı çizgiler hâlinde ilerledi. Bu da Aydınlanma düşüncesinin bu coğrafyalardaki seyrini bir miktar farklılaştırdı. Uslu bu bağlamda, Almanya'da feodalizmin gücünü koruduğu dönemde, Aydınlanma düşüncesi içerisinde konumlanmakla birlikte metafizik öğeleri ağır basan bir düşüncenin güçlü bir şekilde var olduğunu söyler (Uslu, **a.g.e.**, s. 401). Bu metafizik düşüncenin tezi ilgilendiren kısmı Tarihçi Hukuk Okulu örneğinde daha iyi görülecektir.

³⁶ **A.e.**, s. 406.

³⁷ Ateş Uslu, **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.III, İstanbul, Yordam Kitap, 2021, s. 19-20.

toplumun bütünü için talep edilmiş, verilen mücadeleler sonucu bu haklar -genelde yine soyut bir şekilde kâğıt üstünde kalsa da- yavaş yavaş toplumun geneli için geçerli olmak üzere ve somut kazanımlar olarak kullanılabilecek şekilde kazanılmıştır. 1776 tarihli Amerikan Haklar Bildirgesi ve 1789 tarihli Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi hak bildirgelerinin yanında 1804 tarihli *Code Napoléon** ve 1812 tarihli Avusturya Medeni Kanunu gibi kodlaştırmalar hem akılcı doğal hukuka dayanan bu hakların kazanıldığının göstergesi olan³⁸ hem de mevcut iktisadi düzenin egemenliğini perçinlediği metinler olma özelliği taşır.

B. Ehrlich Sosyolojisini Hazırlayan Düşünceler

1. Almanya'nın Kıta Avrupası Hukukuyla İlişkisi

Dönemin Cermen toprakları, bir önceki bölümde bahsedilen tarihsel izleğin merkezinde yer almaktadır. Hukukun merkezileşmesi ve Kilise'yle merkezi iktidarlar arasında olan iktidar mücadelesinin en sert yaşandığı yerlerden biri Reform hareketlerinin de gösterdiği üzere Cermen coğrafyasıdır. Bu dönemde gözlemlenen bir olgu, Tarihçi Hukuk Okulu için özel bir anlam taşır ki, bu da daha 1495 gibi erken bir tarihte Alman Yüksek Mahkemesi'nin kurulmasıdır. Yüksek Mahkeme'nin kurulmasıyla, merkezi bir devlet aygıtının ve bunun hukukunun yokluğunda, başta örf-âdet hukuku olmak üzere çeşitli hukukları uygulayan diğer mahkemelerin verdiği kararların bu mahkemeye temyiz edilmesinin yolu açılmıştır. Yüksek Mahkeme, temelde müşterek hukuku uyguladığı için alt mahkemeler tarafından buna aykırı olan ve örf-âdet gibi yerel uygulamalara dayanarak verilen kararları reddetmiştir. Böylece hukukun yeknesaklaştırılması ve merkezileştirilmesi için önemli bir adım atılmıştır.³⁹ Bu doğrultudaki bir başka adım ise hukukçuların yetiştirilmesi ve yetkilendirilmesi ile ilgilidir. Müşterek hukukun ortaya çıkışında, Roma hukukunun incelendiği üniversitelerdeki eğitim materyalinin ortaklığının (Corpus Iuris Civilis'e yapılan

* Fransız Medeni Kanunu.

³⁸ Heper, **a.g.e.**, s. 17.

³⁹ Serhan Yıldırım, "19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2018, s. 14-15, 34.

şerhler) öneminden ve üniversitelerden çıkan mezunların Avrupa'nın farklı yerlerine dağılarak aynı hukuk kurallarını bazen doğrudan bazen tedricen uygulamaya başladıklarından bahsedilmişti. Almanya'da da olan budur. Öncelikle, İmparatorluk tarafından üniversitede Roma hukuku eğitimi almak teşvik edilmiş, mezunlarına imtiyaz tanınmış, daha sonra da hukukçular için hukuk eğitimi zorunlu hale getirilmiştir. Nitekim Engelmann gibi araştırmacılara göre bunda dağınık biçimde bulunan yerel hukuk kurallarının yerine Roma hukuku kurallarının uygulanmasının yargılamayı kolaylaştıracağı düşüncesinin payı büyüktür.⁴⁰ Modderman, durum bu şekilde olmasaydı ve örf-âdet hukukunun uygulanmasıyla toplumsal sorunlara etkili çözümler bulunabilseydi, Roma hukukunun içselleştirilmesine daha fazla tepki geleceğini iddia eder.⁴¹ 15. yüzyıl sonlarından itibaren Alman mahkemeleri “mütalaa” usulünü uygulamaya koymuş, Roma hukuku eğitimi alan üniversite profesörlerinin mahkemelerdeki davalar hakkındaki görüşlerini almaya başlamışlardır. Bu da Roma hukukunun imparatorluk hukukunun içine yerleşmesini sağlayan uygulamalardan biri olmuştur.⁴²

Tarihsel süreç içerisinde, Aydınlanma ile gelen rasyonel aklın egemenliği ve bunun kodlaştırmalar ile vücut bulması furiası ile Almanya'da aydın bir bürokratik elit tarafından yürütülen gecikmiş modernizm çalışması yani kapitalist piyasalarla bütünleşmek ve iktisadi modeli kapitalist birikim rejimiyle uyumlu hâle getirmek için hukukun araçsallaştırılması toplumu algılama çabasını beraberinde getirmiştir.⁴³ Bu gelişmeler, Almanya'da Tarihçi Hukuk Okulu'nun kurulmasına neden olacak tartışmaları ateşleyecektir.

Bahsedilen dönemde modernleşmenin gerçekleşmesi gerektiği konusunda önemli bir soru işareti olmamasına rağmen, modernleşmenin hukukunun ne olacağı konusunda Cermen coğrafyasında büyük bir tartışma yaşanmaktaydı. Ayrıca modernleşme düşüncesi, Alman ulusal birliğinin sağlanması gibi önemli bir amaçla

⁴⁰ A.e., s. 19.

⁴¹ A.e., s. 30.

⁴² A.e. s. 28.

⁴³ Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 41-42.

birlikte ilerlemekteydi. Napolyon dönemi, Avrupa'daki siyasi sınırların çizilmesi ve devletlerin varlığı açısından değişken ve çalkantılı bir dönem olmuştu. Fransızların önce Almanya'da, ardından Rusya'da kaybetmesi Avrupa'da oluşan *status quo*'nun tekrar sarsılmasına ve değişimin ne yönde olacağının tartışılmasına yol açmıştı. Bu bağlamda, iktisadi ve siyasi gelişmelerin sonucunda Almanya'da bu gelişmelerin akıbetini belirleyecek ayrışma Kuru'ya göre Alman devletlerinde hangi medeni hukukun uygulanacağına dairdi. Tartışmanın taraflarından olan bir grup, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'ndan beri Almanya'da uygulanan Kilise hukuku ve müşterek hukukun birleşiminden oluşan hukukun kullanılmasına devam edilmesini savunuyordu. Hâlihazırda kapsamlı içtihatlarla, geleneğe ve teamüle dayanan Alman hukukunun modernizasyonuna ihtiyaç yoktu onlara göre. İkinci bir grup ise Fransız Medeni Kanunu'nun iktibasını (resepsiyon) ve Almanya'da uygulanmasını savunuyordu. Zira bu yeni ve yenilikçi kodlaştırma, Fransız genişlemesi sırasında Avrupa'da ilgi çekmiş ve hayranlık uyandırmıştı. Gelişen kapitalist ilişkilere de hâlâ feodal üretim tarzının yarattığı toplumsal ilişkilerin ürettiği normların kalıntılarını içeren geleneğin dahil olduğu hukuktan daha kolay uyum sağlamaktaydı. Üçüncü görüş Fransızların yaptığını örnek almakla birlikte tamamen Almanlar tarafından üretilecek yeni bir medeni kanunun hazırlanmasını savunuyordu.⁴⁴ Bu da mevcut hukukun belirlenmesinin sadece bir normlar sistemi inşa etmek olmadığını, bunun ayrıca bir ideolojik inşa faaliyeti olduğunu ortaya koyar niteliktedir.

2. Thibaut ve Kodlaştırma Talebi

Alman hukukçu Anton Friedrich Justus Thibaut Almanya'nın ulusal birliğinin sağlanması amacıyla tıpkı Fransız Medeni Kanunu gibi bir kodlaştırma yapılması gerekliliğini savunan ilk isimlerden biridir. 1814 tarihli *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland** isimli çalışmasında örf ve âdetler ile bambaşka hukuki kaynaklardan beslenen çoklu hukuk yapısından akılla ulaşılan soyut ilkelerin oluşturduğu kodlaştırmaların yapılması gerektiğini savunmuştur.

⁴⁴ Gonca Kuru, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.XXII, No.1, 2017, s. 214.

* Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında.

Gerçekten de ortada ulusal birliğin sağlanmasının önüne geçecek boyutta bir hukuk karmaşası var gibi görünmektedir, zira Thibaut'un eserini yazdığı dönemlerde özel hukuk konusunda, Prusya'da Prusya Genel Eyalet Yasası, Köln'de Fransız Medeni Kanunu, Frankfurt'ta müşterek hukuk, Leipzig'de Saksonya Medeni Kanunu uygulanmaktadır. Her koşulda müşterek hukuk, boşluk doldurmak ve yorum yapmak gerektiğinde ikincil kaynak olarak kullanılmaktadır.⁴⁵ Buna karşın Thibaut, Roma hukukunun, 19. yüzyıl toplumunun sorunlarını çözmekte yetersiz kaldığını düşünmekte, alanına yıllarını vermiş uzman Roma hukukçularının dahi Roma hukukuna tamamen hakim olamayacağını savunmaktadır. Ona göre, Napolyon'un ordusunun dağıldığı, Avrupa'da siyasi anlamda yeni fırsatların ortaya çıktığı bir zamanda Alman ulusal birliğini sağlama imkânı belirmişti ve bu da ulusal bir kanunun birleştirici etkisiyle hukuk birliğinin sağlanması sonucu başarılabilirdi.⁴⁶ Ulusal bir kanun yapılmasına dair önerisinin gerçekleşmesi için 90 yıla yakın süre geçmesi gerekecekti.

3. Kodlaştırmaya Karşı Çıkış, Carl von Savigny ve Tarihçi Hukuk Okulu

Thibaut'un görüşlerine ilk karşı çıkış, Thibaut'un eseriyle aynı yıl içerisinde yazdığı *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** isimli çalışmasıyla Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny'den gelmiştir. Bu eserin etkisi o kadar büyük olmuştur ki, Avrupa'nın her yerinde kodlaştırmaların gerçekleştirildiği bir dönemde Alman ulusal birliği 1871 yılında kurulmuş olmasına rağmen tüm özel hukuk ilişkilerini himaye eden bir kodlaştırma 1900 yılına kadar yürürlüğe girmemiştir.

a. Savigny'nin Hukuk Düşüncesi

⁴⁵ Heper, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 215, 217.

* Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi.

Savigny, hukuk ile ilgili evrimci bir bakış açısına sahiptir. Bu evrimci bakış açısında hukuk aşama aşama gelişir ve ancak gelişimini tamamlaması durumunda, ortaya çıkmış olan kurallar bir kodlaştırma ile ilan edilebilir. Savigny, hukukun evrimsel gelişiminin ilk aşamasında örf, gelenek ve ahlâka dayalı, halkın ortak bilincinden (ya da ruhundan, Almancasıyla *volksgeist*) neşet eden ve yazısız olarak varlığını sürdürebilen bir görünüm olduğunu iddia eder. Bu aşamada, devletin herhangi bir yasama faaliyeti yoluyla hukuku belirleme yetkisi yoktur. Sonraki aşamada hukuk, örf ve gelenekler, ahlâk gibi kültürel öğelere dayanmaya devam etmesine karşın hukukçuların incelediği ve geliştirdiği bir bilim hâline gelir, son aşamada ise hukukçuların çalışmaları sayesinde hukuk teknik anlamda tam gelişkinliğe ulaşır, artık devlet devreye girer ve her olayı kapsayacak bir kodlaştırma yapılarak deyim yerindeyse “kusursuz hukuk” ihdas edilir.⁴⁷ Bu şemanın 19. yüzyıl Alman hukukçularının aklında yer ettiği söylenebilir. Öyle ki, dönemin hukukçularının ekseriyeti, kodlaştırmaların yürürlüğe girdikleri anda teamül hukukuna başvurulmasını gereksiz kılacak şekilde kapsamlı ve boşluksuz olabileceğini, boşluk kalmış olsa dahi bunun öğretisi ve içtihadın doldurması için ancak kasıtlı olarak bırakılmış olabileceğini düşünüyorlardı. Bu inancı sarsan bir gelişme Alman Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sadece iki yıl sonrasında, kanunda bir boşluk olduğunun fark edilmesiyle gerçekleşti. Bu durum hukukçular arasında şaşkınlığa neden olmuştu.⁴⁸

Bir Roma hukukçusu olan Savigny, müşterek hukuku evrimsel şemasındaki ikinci ayağa koyar. Onu soyut bir ideal olarak tarihdışılaştırarak dogma hâline getirmek gibi bir amacı olmadığı gibi, aslında bunun tam karşısında yer alır. Zira ona göre, Roma hukuku bir tarihsel dönemin ürünüdür, akıl aracılığıyla ulaşılan evrensel kaidelere sahip değildir, dolayısıyla ancak ortaya çıktığı (ve şerh edildiği) dönemdeki toplumsal koşullarla birlikte incelendiği ve değerlendirildiği müddetçe bilimsel bir

⁴⁷ Özcan, a.g.e. s. 42-43; Roger Cotterrell, **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, Çev. Saim Üye, 2. bs., İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019, s. 68. Savigny, aslında bu şemayı asla gerçekleştirmeyeceğini bilerek (belki de umarak) ortaya koyar. Zira, eğer hukukun kodlaştırılması için kültür ve hukukun evrimsel gelişiminin son noktası beklencekse, bu durum, tarihin dinamik akışı içerisinde pek de mümkün olmayacaktır.

⁴⁸ Heper, a.g.e., s.43.

şekilde incelenebilmesi söz konusu olabilir. Salt müşterek hukuk değil, bütün hukuklar ancak tarih, sosyoloji gibi sosyal bilimlerin dahil edilmesiyle incelenebilir, anlaşılabilir ve geliştirilebilir. Sosyoloji biliminin henüz adıyla sanıyla ortaya konulmadığı bir dönemde toplumsal olanı bilimsel olarak incelemeye dönük bu çağrı, Savigny'in en özgün yanlarından birini oluşturur.⁴⁹ Onun bu düşüncesinin Ehrlich'in düşüncesinin önünü açtığı söylenebilir. Öte yandan Savigny'nin tarihselliği önceleyen düşüncesi, Ehrlich'ten farklı olarak, “tarihsel bir hukuk bilimi” yaratma amacı doğrultusunda araçsal bir nitelik taşır yalnızca. Bu ne salt muhafazakâr saiklerle geçmişin ve geleneklerin yüceltilmesi ne de bugünün kurallarının tarih vesilesiyle meşrulaştırılması anlamına gelir.⁵⁰ Ancak belki de hukuki pozitivizmin Alman tarihsel deneyimine dayanan yeni bir başlangıcı olarak nitelenebilir.

Savigny en azından görünüşte halka, hukukun varlığı açısından kurucu bir rol verir. Tıpkı dil gibi, türeyiş efsaneleri, söylenceler, gelenekler, adetler, teamüller, kültürel anlamda devamlılık içeren her türlü öge halk ruhunu meydana getirir ve bu ruh, kanun koyucu gibi dışardan müdahale eden bir kurum olmaksızın halkın hukukunu inşa eder.⁵¹ Nihayetinde kültürel ögeler; toplumsal ilişkilerde ve toplum üyelerinin davranışlarında kendini gösteren kurallar olarak var olurlar. Hukuk bu somut, gözlenebilir olguların soyutlamasıdır.⁵² Bu gerçeği göz ardı ederek soyut değerlere ve ilkelere dayanan soyut kurallar yaratmak Savigny'nin düşüncesine göre doğru değildir. Hukukun kültürle ve halkın ruhuyla olan bağlantısından doğrudan iki sonuç çıkar: Birincisi, her hukuk geliştiği toplumun toplumsal koşullarına çare üretmek amacıyla ortaya çıkar, bu nedenle evrensel değil, sınırlı bir etki alanına sahiptir. İkinci sonuç ise, halkın ruhundan kendiliğinden doğan hukukun egemenin buyruğuyla, yani üstün bir otoritenin zora dayanan normlarıyla eşitlenemeyeceğidir.⁵³

⁴⁹ Kasım Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIV, No.1, 2016, s. 54.

⁵⁰ A.e., s. 63-64.

⁵¹ Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C.III, No.16, 2012, s. 49.

⁵² Akbaş, a.g.e., s. 59.

⁵³ Kuru, a.g.e., s. 221-222.

Halka yapılan bu vurguya karşın, Savigny, hukuk yapma yetkisini bir incelikle halkın elinden alır. Savigny’e göre hukukun gelişme evresinin ilk aşamasındaki doğrudanlık azaldıkça, yani işbölümü ve soyutlama arttıkça halkın hukuk bilinci körelmekte ve var olan hukuk bilinci, bu bilinci inceleme ve işleme uzmanlığını haiz olan hukukçularda (özellikle hukuk bilimciler ve mahkemeler) tecessüm etmeye başlar.⁵⁴ Savigny, bu noktadan itibaren, hukukun toplumsal yaşantıyla, yani halkın varlığıyla alakalı olan kısmının politik unsur, bilimsel varlığının ise teknik unsur olarak ayrıldığını söyler.⁵⁵ Dolayısıyla hukukun üretimine dair teknik süreçten halk dışlanmış olur. Bu bağlamda Savigny’nin düşüncesi nihayetinde, “Hukuk kanun koyucuya, yani devlete değil, gerçek anlamda bilgin olan hukukçulara emanet edilmelidir.”⁵⁶ demek suretiyle özetlenebilir. Bu bakış açısının sınıfsal motivasyonu ile ilgili Akbaş’ın yorumu fazlasıyla yerindedir:

“Hukukun geleceği Humboldt Üniversitesinin temsil ettiği ‘aydın-burjuva’ sınıfa bırakılmaktadır. Üstelik Savigny bunu son derece incelikli yapmaktadır. Zira hukuku, bilimsellik adı altında aydın-burjuva sınıfa bırakırken, son derece modern liberal bir kavrama dayanmaktadır: kendiliğindenlik. Kendiliğindenlik, liberal bir içerikle, hukuka ilişkin bir siyasal iktidar analizinin önündeki en büyük engellerden biridir. Hukuk kendi kendine işleyen bir mekanizmadır. Herhangi bir egemenin çıkarlarının sonucunda değil, doğal olarak bu form ve içerikle ortaya çıkmıştır. Bu anlamda Savigny’nin yaptığı, rasyonalist doğal hukuku eleştirirken bir tür sosyal-kültürel doğal hukuk geliştirmektir. Ne var ki, halkta tespit edilen hukuk, aslında aydın-burjuva dayatması olarak da görülebilir. Savigny, belli bir içerikle ortaya çıkan hukuku doğal bir olgu olarak meşrulaştırma işlevi görebilir, görmüştür.”⁵⁷

Bu yorum, Savigny’nin gerek sınıfsal gerekse de mesleki konumu göz önünde bulundurulursa kabul edilebilir. Soylu bir ailenin çocuğu olarak doğan Savigny’nin kodlaştırma karşıtlığı, mevcut düzenin korunmasını, gelişmekte olan iktisadi ilişkiler içerisinde burjuva hukukuna karşı feodal hukuku savunduğu iddiasıyla eleştirilmiş, bu durum Evgeny Pasukanis tarafından “Tarihsel hukuk okulu, feodal aristokrasisinin ve bir yönüyle korporatist küçük burjuvazinin tepkisinin ifadesi olarak değerlendirilebilir.” cümlesiyle özetlenmiştir.⁵⁸ Yine Roma hukukunun hakim

⁵⁴ Akbaş, **a.g.e.**, s. 59; Kuru, **a.g.e.**, s. 220; Friedrich Carl von Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, 2.bs, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2022, s. 43-44.

⁵⁵ Savigny, **a.g.e.**, s. 44.

⁵⁶ Akbaş, **a.g.e.**, s. 67.

⁵⁷ **A.e.**, s. 67.

⁵⁸ Evgeny Pasukanis, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, Çev. Onur Karahanoğulları, İstanbul, Birikim Yayınları, 2002, s. 65’ten aktaran Akbaş, **a.g.e.**, s. 67.

konumunu kaybetmesi ihtimalinin, Berlin Üniversitesi'nde fazlasıyla nüfuzlu bir Roma hukuku profesörü olması nedeniyle onun düşüncesini etkilediği iddia edilebilir. Bu doğrultuda Yıldırım, hukuk yapımı sürecinin halkın elinden alınarak uzman hukukçulara tevdi edilmesinin Roma hukukunun iktibasını temellendirmek amacıyla yapıldığını iddia etmekte, halkın hukuk yaratmaya devam ettiğinin kabulü hâlinde Roma hukukunun, imparatorluk hukukundaki belirleyici hukuk olarak meşruiyetini kaybedeceğini belirtmektedir.⁵⁹

Anlatılanlar ışığında hem Thibaut'un hem de Savigny'nin henüz ulusal birliğini kuramamış Cermen coğrafyasının mevcut toplumsal ihtiyaçlarına bir çare üretmek ve toplumsal düzenin tesisini sağlamak amacını taşıdıkları rahatlıkla söylenebilir. Nitekim Savigny, Thibaut'un kodlaştırma fikrine canhıraş bir şekilde muhalefet ederken dahi, onunla aynı amacı paylaştığını ancak amaca giden yol konusunda ayrıştıklarını ifade eder.⁶⁰ Kafasında kurguladığı (karşı çıktığı soyut evrensel kurallara taş çıkartan) soyut evrimsel şema, aslında herhangi bir ilerlemenin önüne geçecek şekilde hukuku, muhafaza görevine itmektedir. Kodlaştırmalara karşı çıkarken ileri sürdüğü başat gerekçe hukukun evrimsel gelişiminin son aşamasına geçmek için gereken teknik hukuki bilginin maksimize edilmesinin gerekmesidir; bu bağlamda ona göre, henüz hukuk bilimi hakkında gerekli araştırmalar (özellikle tarih alanında) yapılmamıştır, hukuki dil yeterince gelişmemiştir ve nihayetinde hukukçuların eğitimleri zayıftır, bu nedenle de hukukçular kodlaştırma oluşturabilecek yetkinlikte değillerdir. Devamla, dönemin kodlaştırmalarının (Fransız ve Avusturya medeni kanunları gibi) başarısız olduklarını iddia ederek, bunu Almanya'daki bir kodlaştırmının da başarısız olacağı iddiasının argümanı olarak kullanır.⁶¹ Ulusal birlik

⁵⁹ Serhan Yıldırım, "Tarihçi Hukuk Okulunda Germenci Yaklaşımlar", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, C.XXVI, 2013, s. 79; Yıldırım, **19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri**, s. 57.

⁶⁰ Akbaş, **a.g.e.**, s. 62; Kuru, **a.g.e.**, s. 223; Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, s. 153. Yine de bu tartışmaların o kadar da dostane bir ortamda gerçekleşmediğini de belirtmek gerekir. Akademik olarak güçlü bir konuma sahip olan Savigny, kodlaştırma tartışmasında karşısında bulunan Hegel'in öğrencisi ve düşüncesinin takipçisi Eduard Gans'ın Berlin Üniversitesi'ne atanmasını engellemiştir. (Yıldırım, **19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri**, s. 79). Bu durum, Savigny'nin görüşlerinin akademik sahayı ne ölçüde domine ettiğini de kanıtlar niteliktedir.

⁶¹ Akbaş, **a.g.e.**, s. 61; Özcan, **a.g.e.**, s. 42-43; Kuru, **a.g.e.**, s. 223.

kurulacaktır, ancak evrimsel süreç tamamlanana kadar mevcut müşterek hukukun varlığı o birliği sağlamaya yetecektir. Savigny, bu düşüncüyü şu sözlerle ifade eder: “Yerel bağlamda büyük bir çeşitlilik ve özgürlük söz konusuysa, genel düzeyde bütün Alman kavimlerince temel dayanak kabul edilen müşterek hukuk, devamlı ve çözülemez birliği ifade etmektedir.”⁶² Bu görüşün isabeti tartışılabilirse de 1871’de kurulan Alman ulusal birliğinde ilk kodlaştırmanın 1900’de yürürlüğe girmesi, Savigny’nin görüşlerinin ne kadar etkili olduğunu gösterir.

b. Savigny’ye Yönelen Eleştiriler

Tarihçi Hukuk Okulu’nun görüşleri, bütün Cermen hukuk düşüncesinde olduğu gibi, Avusturyalı bir hukukçu olan Eugen Ehrlich’in düşüncesi üstünde de etkili olmuştur. Ulusal birliğin kurulması sürecinde topluma dönerek, toplumu incelemeye dönük arayış, bunun diğer sosyal bilimlerle hukuku incelemeye yöneltmesi ve halkın arasındaki gündelik ilişkiler ile kültüre atfedilen önem Ehrlich ile Savigny arasında paylaşılan motifler arasında yer alır. Bununla birlikte Ehrlich’in Tarihçi Hukuk Okulu’nun mensubu olmadığını, Savigny’e sert eleştirileri olduğunu belirtmek gerekir. Eleştirilerini yaparken Savigny’nin karşısında konumlandığı Aydınlanmacı doğal hukukçuları da es geçmez Ehrlich. Devlet dışı bir hukuk olarak doğal hukuku savunanların, bunu gerçekleştirmek için yine devlete sarılarak yasama (kodlaştırma) yapılmasını talep etmesini eleştirdikten sonra Tarihçi Hukuk Okulu’nu da tarih bilimi yapma iddiasını sözde bıraktıkları, iddialarının temeline koydukları Almanya’nın örf ve adetleriyle; yine övgüde bulundukları ve devamını arzuladıkları Roma hukukunu araştırmaya ve modern Almanya’nın hukukuna uyarlamaya zahmet etmediklerini söyleyerek eleştirir.⁶³ Tarihçi Hukuk Okulu mensupları her ne kadar devletin pozitif hukukunun temelinde yer alan bir halkın hukukuna dikkat çekerek pozitif hukukun dışında bir araştırma alanına işaret etseler de Ehrlich’e göre;

⁶² Friedrich Carl von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, 3. bs., Heidelberg, Verlag von J. C. B. Mohr, 1840, s. 43’ten aktaran Yıldırım, **19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri**, s. 48; Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, s. 65.

⁶³ Ehrlich, **a.g.e.** s. 23; Akbaş **a.g.e.**, s. 66.

“(...) vardıkları nihai sonuç hukuk sisteminin mükemmelliği ve eksiksizliğidir. Tarihçi okul işte bunu ileri sürdüğünde, tıpkı devletten yasama talep eden doğal hukuk okulu gibi kendisine ters hareket etmektedir.”⁶⁴

Merkeziyetçi bir hukuk yapısına yapılan bu vurgu, Ehrlich’in Tarihçi Hukuk Okulu’ndan ayrılan bir başka yönünü ortaya koymaktadır. Onun düşüncesinde, geçmişe bağlı mistik bir kavram olan *volksgeist* tarafından oluşturulan ve onu simgeleyen tek tip bir hukuk mümkün değildir. Hukuk, sayısız müstakil toplumsal birliğin içinde oluşan farklı normatif yapıların birleşimiyle ortaya çıkan yaşayan hukuk formunda hayat bulabilir ancak.⁶⁵

Anlatılanlar ışığında; Savigny başta olmak üzere Tarihçi Hukuk Okulu’nun -ve aslında karşı çıktıkları Thibaut’un görüşlerinin de- bu bağlamda, dağınık ama yeni kurulmakta olan birliğin ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkarken, Ehrlich’in yaşayan hukukunun da dağınık çoklu hukukların olduğu bir ortamda, yıkılmakta olan bir imparatorluğun şafağında, birliğin korunması amacıyla ortaya çıktığı gözlemlenebilir. Her ne kadar yaşadığı Avusturya’da kodlaştırma faaliyetleri Almanya’ya kıyasla çok daha erken bir tarihte başlamışsa da bunun düzenin sürekliliği ve etkinliğinin sağlanması için yeterli gelmemesini tecrübe etmesi nedeniyle devletin merkezi bir hukukunun varlığını ve gücünü yadsımasının anlaşılır olduğu söylenebilir. Bu bakımdan, toplumu inceleme ve hukuku toplumdan damıtma ihtiyacı da farklı nedenselliklerden doğar. Savigny, hukukun *volksgeist*, yani halkın ruhundan doğduğunu savunurken halkı hukuk üretim sürecinden, hukuk bilincinin hukukçulara aktarıldığı iddiasıyla dışlar. Nihayetinde hukukçuların hukukunu, hukukun esası olarak görür.⁶⁶ Oysa Ehrlich devletin ve hukukçuların hukukunu tanımakla birlikte, bunların dışında halkın yaşayışında gömülü bir hukuki düzen olduğunu göstererek bunun devletin hukuku ve hukukçuların hukuku oluşturulurken temel kaynak olarak

⁶⁴ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 25-26.

⁶⁵ Assaf Likhovski, “Venus in Czernowitz: Sacher-Masoch, Ehrlich and the Fin-de-siècle Crisis of Legal Reason”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 61; Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Kökenleri**, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2021, s. 205.

⁶⁶ Bu düşüncenin halkçı kaygılardan çok feodalizmin kapitalizm tarafından yutulduğu bir çağda, ayakta tutulması ve değişimlerden korunma çabası olduğuna dair Akbaş’ın eleştirilerine katılıyorum. (Akbaş, **a.g.e.**, s. 68).

ele alınması gerekliliğini ortaya koyar. Eserlerinde Ehrlich tarafından yer yer provokatif bir şekilde hissettirilse de bunu hukukçuların hukukuna karşı halkın hukuku gibi bir karşıtlıkla idealize etmemek gerekir. Zira, Ehrlich devletin hukukunun dışında olan hukukların varlığından bahsederken, hatta bunları asıl hukuk olarak nitelerken dahi, pozitif hukukun ortadan kaldırılmasını savunan anarşist bir çizgiye atlamaz. Bunun yerine en azından yargıçlar tarafından kavranan şekliyle, sosyolojik incelemenin karar alma süreçlerinde bir belirleyen olmasını sağlamaya çalışır. Tarihçi okul mensupları da her ne kadar kodlaştırmalara karşı çıktılarsa da Roma kökenli çalışmalarla oluşturulmuş kanunların varlığını devam ettirmesi gerektiğini savunurlar. Yani yine geleneğe dönüş değil, pozitif hukukun seçimi açısından bir farklılık bulunmaktadır.

4. Otto Friedrich Von Gierke

Gierke, 19. yüzyıl Alman hukuk düşüncesinde sosyal hukuk anlayışının kurucularından biri olarak nitelenir. Ehrlich'in devletin dışında var olan ve aslında hukuka asıl niteliğini veren “yaşayan hukuk” düşüncesine ilham veren kişi de kendisidir.⁶⁷ Hatta Ziegert, Ehrlich'in sosyolojisini “Otto Gierke'nin etrafındaki milliyetçi Alman hukukçular okulunun yazılarının bilinçli ama oldukça spekülatif bir uzantısı” olarak anlatır.⁶⁸ Germanist anlayışın bir temsilcisi olan Gierke, kodlaştırmaya dair komisyonların kurulduğu yıllarda oluşturulan taslağı “Romacı, halka yabancı, sosyal nitelikte olmayan” bir metin olduğu gerekçesiyle eleştirir.⁶⁹

Gierke'ye göre hukukun belirleyici özelliği, her şeyden önce zor gücü ya da yargı yetkisi değil, toplumsal birliklerin oluşturduğu düzendir. Bu düzende hukuk kuralları, öncelikle topluluk içerisinde yer alan kişilerin birlik hiyerarşisi içerisindeki konumunu, hak ve yükümlülüklerini belirlemeyi sağlar. Bu kurallarla birlikte kişi, adeta bulunduğu toplumsal birlik içerisinde nasıl hareket edeceğinin bilgisine, bunlar

⁶⁷ Özcan, a.g.e., s. 54.

⁶⁸ K. Alex Ziegert, “Beyond “Living Law”: Eugen Ehrlich's General Theory of Law”, **Eugen Ehrlich's Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, LIT Verlag, 2014, s. 22.

⁶⁹ Yıldırım, 19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, s. 79.

yazılı olarak belirlenmese dahi vâkıf olur. Toplumsal çatışmaları çözmek için kullanılan karar normları hukuku nitelemeye yetmez, bunlar sadece sınırlı hukuk normu türüdür. Bunun yanında Gierke toplumsal birlikleri salt insan topluluğu olarak görmez, eşyaları da bu birliklerin ve hukuklarının bir parçası olarak sayar.⁷⁰ Dolayısıyla toplumsal birliğin hukuku içerisinde insanın eşyalarla ve diğer insanlarla olan ilişkileri bir bütün hâlinde ele alınır. Bu birlikler kendi içlerinde oluşturdukları davranış kuralları ve bunları uygulayan iktidar mekanizmalarıyla hukuka hayat verirler.⁷¹

Ehrlich, Gierke'nin çalışmasını salt toplumsal birliklerin iç hukukuyla sınırlamasını eleştirmiştir. Ona göre, herkes yaşamı içerisinde birçok toplumsal birliğin parçası olduğuna göre kişilerin, bu birliklerin sadece içindeki değil, arasındaki ve bunların oluşturduğu bütünlükteki konumunu ve mevcut hiyerarşiyi bilmesi gerekmektedir. Bu anlamda salt birliklerin kendi içindeki hukuku değil, “tüm hukuk sosyal hukuktur.”⁷² Özcan, Ehrlich'in bu olguları yaşayan hukuk olarak yeniden keşfettiğini söyler, ayrıca devletin dışında var olan toplumsal birliklere “aile, işyeri, lonca, iç disipline sahip profesyonel askerler topluluğu” gibi örnekler verir. Ona göre, ticaret ve deniz ticaret hukukunun Roma hukuku temelinde ortaya çıktıktan sonra ondan bağımsızlaşması, toplumsal birliklerin kendi normlarını devletin hukukunun dışında var edebilmesiyle benzer yollardan gerçekleşmiştir.⁷³

Sonuç olarak Ehrlich'in şerhleriyle birlikte Gierke'nin toplumsal birliklere dair nosyonunu geliştirerek bütün bir toplumsal yaşama egemen olacak şekilde genişlettiği, bu bağlamda devlet hukukunun karşısına daha bütünlüklü bir yaklaşım çıkardığı söylenebilir.

⁷⁰ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 30-31; Heper, **a.g.e.**, s. 77-78.

⁷¹ Özcan, **a.g.e.**, s. 54.

⁷² Heper, **a.g.e.**, s. 83; Ehrlich, **a.g.e.**, s. 50.

⁷³ Özcan, **a.g.e.**, s. 54.

İKİNCİ BÖLÜM

EUGEN EHRLICH'İN YAŞAYAN HUKUK DÜŞÜNCESİ

Ehrlich'in düşüncesini incelemeye başlamak için belki de en uygun noktayı *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri* isimli eserinin önsözünde kendisi şu sözlerle ifade eder: “Şu anda ve tüm zamanlarda, hukuki gelişmenin ağırlık merkezi yasamada, hukuk tekniğinde ya da mahkeme kararlarında değil, toplumun kendisinde yatmaktadır.”⁷⁴ Bu cümle ulus devletlerin kurulmakta olduğu bir zamanda sarf edildiği için dönemin ruhuna eleştirel bir ton taşıdığı gibi günümüz için de benzer bir eleştirel anlama sahiptir. Devletin bütün organlarıyla organize bir yapı oluşturduğu ve denetim imkânlarıyla bütün yurttaşları kontrol edebilecek şekilde kadir-i mutlaklığı düşüncesinin ideolojik olarak egemen olduğu günümüz dünyasında devletin hukuku; bütün toplumsal yapıyı yürüten bir işleve sahip kabul edilirken devletin hukukuna ortaya çıkan sapmaların veya sorunların tek çözüm adresiymişçesine yaklaşılır. Buna karşın, 20. yüzyıl başında olduğu gibi bugün de toplumsal hayatın sadece küçük bir kısmı devletin hukuku tarafından yürütülür. Sayıları giderek artan mevzuatlarla toplumsal hayat daha fazla düzenlenmeye çalışılsa da toplumsal hayat bir uyuşmazlık ortaya çıkana kadar yine kendi iç düzenini korur. Yine de Ehrlich'in gözünde devletin hukukunun yasama aracılığıyla ilan edilmesi veyahut hukuk tekniğinin pratiğe dönük kullanımı, yaşayan hukuka göre ikincil ya da olumsuz bir anlam taşımaz. Ehrlich, sadece toplumun bir düzen içerisinde idare edilebilmesinin imkân dahilinde olması için mevzuata ya da içtihatlara gömülmek yerine normatifliğin ve düzenin doğduğu topluma dönmek gerekliliğini savunurken, bu bağlamda hukuk sosyolojisine bir rota oluşturmaya çabalar.

A. Devletin Hukuk Yapma Kapasitesinin Sorgulanması

Toplumsal hayatın içinde insanlar devletin ve hukukun varlığını nadiren hissederler. Çoğu zaman toplumun genelinde egemen olan kurallara ya da mensup

⁷⁴ Eugen Ehrlich, "Önsöz", *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*.

olunan grubun veyahut içerisinde bulunulan alanın normlarına bilinçli bir şekilde vâkıf olarak ya da bunları sadece bilinçdışı süreçlerle hissederek uyarlar. Örneğin birisinin yaşadığı eve kapıyı çalmadan girilmemesi; konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği veya mülkiyet gibi hukuki kavramların kişide yarattığı hukuk bilincinden değil, toplumsal bilincin ortaya koyduğu normatif düşünceden ileri gelir. Bu normativite, toplumsal yaşam içerisinde gözlemlenen rutin uygulamalardan oluşur ve daha sonra hukuk olgusuna dönüşür. Jellinek, rutinin bir noktadan sonra beklenti oluşturmamasını ve insanların hareketleri üzerinde belirleyici etkisi olmasını “fiili olanın normatif gücü” olarak adlandırır.⁷⁵ Ehrlich de aynı doğrultuda bugüne kadar yaşanılacak gelecekte norma dönüşeceğini iddia eder.⁷⁶ Bazen rutin uygulama, hukuki ya da idari bir karardan ileri gelir. Ama toplumsal olarak öyle kanıksanmış, pratikte öyle nedensiz bir şekilde uygulanır hâle gelir ki ortaya çıktığı koşullar tamamen unutulur. Silbey, bu kanıksamanın sonucu olarak “satış sözleşmeleri, mülkiyet ve trafik kurallarının yalnızca hayatın etkili, doğal ve kaçınılmaz gerçekleri gibi” görüldüğünü söyler.⁷⁷ Toplumsal kurallar ve olgular her ne şekilde doğmuş olurlarsa olsunlar, onları düzenleyen hukuku salt devletin yarattığı düşüncesi görece yeni bir düşüncedir. Ehrlich, bu düşüncenin gelişimini, Roma hukuku profesörü olmasının etkisiyle Roma İmparatorluğu’ndaki toplumsal yaşam üzerinden tarihsel olgulara dayanarak ortaya koymaya çalışır.

Ehrlich, Roma’nın ilk döneminde uygulanan *ius civile*’yi Romalıların “milli örf ve âdet hukuku” olarak nitelerken Romalılarca, *ius privatum* başlığı altında yer alan *ius civile*’nin devletin hukuku olarak görülmediğini iddia eder. Buna karşılık *ius publicum*, devlet yaratımı bir hukuk olarak *leges** ve *edictum*** gibi kurallarıyla devletin hukukunu ortaya koymaktadır. Cumhuriyet döneminin sonlarına kadar örf ve âdet hukuku, devletin hukukuyla yan yana var olabilmiş, yasalar tarafından istisnalar hariç olmak üzere değişikliğe tâbi tutulmamıştır. Ancak ulus devletlerin ortaya çıktığı

⁷⁵ Heper, **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁶ **A.e.**, s. 86

⁷⁷ Susan S. Silbey, “After Legal Consciousness”, **Annual Review of Law and Social Science**, C.I, No.1, 2005, s. 332.

* Roma yasası.

** Magistraların kararları ve kuralları.

dönemde görüldüğü gibi, Roma İmparatorluğu'nda da devletin egemenliğinin bir uzantısı olarak yargılama tekeli sınındıkça ve devlet güçlendikçe hukuk yaratma tekeli için de mücadele etmesi anlamına gelmiştir. Böylece imparatorluğun son günlerine kadar topluma yabancı olan hukuk tekeli iddiası, Constantinus tarafından ilk kez dile getirilmiş, Iustinianus tarafından kodlaştırmalarla birlikte ortaya konmuştur.⁷⁸ Bu dönemde *Corpus Iuris Civilis* ile örf-âdeti dışlayarak hukuku düzenleme girişimi Iustinianus tarafından “Yasaların tek yapıcısı ve yorumcusu imparatordur ve eski yasalara imparator hoşgörüsü dışında değer verilmez.” sözleriyle ifade edilmiştir.⁷⁹ Bu düşünce Batı Roma İmparatorluğu'nun dağılmasıyla Kıta Avrupası'nda etkisini kaybetmiş, zayıf ve çoklu siyasi iktidarların çok hukuklu toplum yapısına imkân vermeleriyle unutulmaya yüz tutmuştur. Glossator ve post-glossatorların çalışmalarıyla 11. yüzyılda tekrar keşfedilen *Corpus Iuris Civilis*'in egemenin merkezi ve tekçi iradesini öne çıkartan anlayışı, Kıta Avrupası'nda merkezi iktidarların güçlenmesini takiben tekrar nüfuzunu artırmış, post-glossatorların yasa teorisine dair yaptıkları çalışmalar siyasi değişimin hukukla perçinlenmesine yardımcı olmuştur.

Şimdiye kadarki dünya tarihi, merkeziyetçi anlayışın siyasi ve daha önemlisi ideolojik anlamda bir zafer kazandığını göstermektedir. Burada ideolojik anlam neden daha önemlidir? Çünkü merkeziyetçi ve tekçi bir hukuk anlayışıyla, bunun uzantısı olarak hukuk ideolojisi, egemen ideolojinin bir parçası olarak onun ortaya çıkardığı toplumsal yapıyı ve düzeni meşrulaştırma misyonunu da içinde barındırır.⁸⁰ Bu hâliyle hukuk ideolojisi, hukuku bir fetiş nesnesi hâline getirerek araçsallaştırır. Collins'e göre bunu, öncelikle toplumsal yaşamın devamı için hukukun zorunlu olduğunu göstererek yapar.⁸¹ Bu söylem öyle bir noktaya getirilir ki insanlar hukuk olmaksızın bir toplumsal düzen tasavvur edemez hâle gelirler. Bu düşünce doğrultusunda, hukuksuz bir toplumun pejoratif anlamıyla “anarşi” ortamında bütün güvenliğin ortadan kalktığı bir yapı oluşturacağı düşünülür. Oysa normativite ile hukuk aynı şey değildirler. Yine Collins, bütün toplumsal kuralların hukuk olarak adlandırılmasını da hukuk

⁷⁸ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 20, 149.

⁷⁹ **A.e.**, s. 20-21.

⁸⁰ Kasım Akbaş, “İdeoloji Olarak Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, C.V, No.3, 2018, s. 58.

⁸¹ Hugh Collins, **Marksizm ve Hukuk**, Çev. Umre Deniz Tuna, 2. bs., Ankara, Dipnot Yayınları, 2016, s. 146.

fetişizminin görünümülerinden biri olarak niteler.⁸² Collins'in tanımındaki hâliyle hukuku fetiş hâline getirmek hatasına Ehrlich de düşer. Zira devletin hukukunun ve ondan görece özerk olmakla birlikte onunla simbiyoz hâlinde olan hukukçuların hukukunun dışında yer alan yaşayan hukuk tahlili, bütün toplumsal normların hukuk olarak adlandırılması sonucunu doğurabilir. Yine de burada hukuk kavramına verilen farklı anlamlara bir alan açmak gerekir. Ehrlich'in düşüncesinde yaşayan hukuk, toplumun her yerinde oluşmuş bulunan toplumsal birliklerin içsel düzeninden ibarettir. Yani içeriği toplum tarafından belirlenen bir düzeni imler aslında. Dolayısıyla Ehrlich, hukuku, Marksist doktrinden farklı bir şekilde, düzenin bir göstergesi olarak değil kendisi olarak ele alır. Son olarak Collins, hukuk fetişizminin üçüncü görünüşünü bütün toplumsal ilişkilerin hukuk tarafından himaye edilmesi ihtiyacı olarak özetler.⁸³ Aslında bu şekilde bakıldığında, Collins'in hukukun fetişleştirilmesine yönelttiği eleştiriler, Ehrlich tarafından devletin hukukunun tekleştirilmesine ve düzenin salt devletin hukukuyla sağlanabileceğine dair inanca yöneltir. Bu doğrultuda Ehrlich'in sözleri açıklayıcı olacaktır:

“Günümüzde devletin her yerde düzeni yarattığına inanmak çok basittir ve aşırı yüzeyseldir. Devletin yarattığı aile hukukuna rağmen (ki iddiaya göre her yerde aynıdır), tamamen benzer iki aile yoktur; (...) dernekler hukukuna rağmen, birbirine tamamen benzer iki dernek yoktur; özdeş mülkiyet, sözleşme, ticaret yasalarına rağmen, tamamen benzer iki tarım kuruluşu, işyeri, fabrika ve tabii sözleşme yoktur. Düzenlemenin ya da sözleşmenin lafzı ve bunların münferit birliklerde nasıl uygulandığı ve nasıl kurulduğu dikkate alındığında farklar çok daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır. Her yerde ağırlık merkezi birliklerin kendileri için yarattıkları düzendedir ve devlet ve toplum içerisindeki hayat, devletten ve toplumdan ileri gelen düzenden çok daha fazla ölçüde birliklerin düzenine bağlıdır.”⁸⁴

Ehrlich'in sözlerinden çıkarılacak sonuç, toplumun içerisinde devletin var etmek istediğinin haricinde farklı bir normatif yapı olduğudur. Bu normatif yapı toplum içerisinde farklılıklara imkân vererek bir dinamizm ve gelişim yaratır, aslında devletin hukuku da bu dinamizme kulak vererek ilerleyebilir. Ehrlich'in düşüncelerini daha iyi anlayabilmek için öncelikle onun toplum hakkındaki görüşlerini derinlemesine incelememiz gerekmektedir.

⁸² A.e., s. 148.

⁸³ Akbaş, **İdeoloji Olarak Hukuk**, s. 60.

⁸⁴ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 120-121.

B. Ehrlich'in Toplum Düşüncesi

1. Toplumun Temel Yapıtaşı Olarak Toplumsal Birlikler

Ehrlich'e göre; "Toplum, birbirleriyle karşılıklı ilişkileri olan insan birliklerinin toplamıdır."⁸⁵ Bu düşünce, çağının düşünce dünyasına egemen olan liberal düşüncenin bireyci tonuna bir karşı çıkış anlamına gelir. Ehrlich için toplumun temel yapıtaşı birey değil toplumsal birliklerdir. Nitekim yine Ehrlich'e kulak vermek gerekirse:

"Bütün hukuk sosyal hukuktur. Hayat, bütünüyle ayrı bir birey ve izole bir varlık olarak insan diye bir şey tanımaz. Hukuk da böyle bir varlığı tanımaz. Hukuk insanda sadece, her zaman hayatın onu konumladığı sayısız birliklerden birine üye olmuş birisini görmektedir."⁸⁶

Ehrlich'in bunu düşünme sebebi hukukun toplumsal ilişkileri düzenlediği düşüncesidir. Bu ilişkiler her insanın muhatabı olduğu toplumsal birlikler içerisinde gerçekleşir. Bununla birlikte Ehrlich'e göre hukukun salt dışardan bu toplumsal ilişkileri düzenlemesi yetmez, hukuk toplumsal birliklerin içinden doğmalıdır:

"Hukuk sosyal birliklerin dahili düzeni olduğu için içeriği zorunlu olarak bu birliklerin yapısı ve bunların iktisadi girişimlerini yürütme yöntemleri tarafından belirlenmektedir. Her iktisadi ve sosyal değişim, hukukta bir değişime neden olmaktadır; toplumun ve iktisadi hayatın hukuki temellerini, hukukta bunlara uygun bir değişim meydana getirmeden değiştirmek imkansızdır. Eğer hukuktaki değişimler keyfiyseler ve iktisadi birimlerin onlara ayak uyduramayacağı yapıdaysalar, bu sonuncuların düzeni telafisiz yıkılmaktadır."⁸⁷

Ehrlich bu görüşüyle toplumsal ilişkiler ile hukuk arasındaki karşılıklı belirleyici ilişkiyi ortaya koyar. Bu sırada hukukun ne tek başına her şeyi inşa etmeye veya tersine, yıkmaya muktedir olduğunu ne de toplumsal ilişkileri ayna gibi yansıtması gerektiğini söyler. Hukuk, toplumsal dönüşümün bir aracı olarak kullanılabilir ancak, bu toplumsal birliklerin ona ayak uydurabileceği şekilde olabilir. Düşüncesi sıklıkla, üstünkörü bir okumayla, örf-âdet hukukunu pozitif hukukun üstüne

⁸⁵ A.e., s. 33.

⁸⁶ A.e., s. 50.

⁸⁷ A.e., s. 59.

çıkarmakla ve örf-âdetlerin arasında yer alan örneğin kadın sünneti ya da çocuk gelin gibi uygulamaların yüceltilmesi sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilir. Oysa görüldüğü üzere Ehrlich'in böyle bir amacı yoktur. Onun odağı hukukun topluma ne yaptığı değil, hukukun toplum hakkında neler söyleyebileceği üzerinedir. Bu doğrultuda, Bukowina'da toplumsal birlikler içindeki yaşayan hukuka dair yaptığı çalışmalar, onun toplumsal düzeni anlamlandırmasında ve imparatorluğun hukukunun bu düzen üzerindeki etkisizliğini fark etmesinde önemli olmuştur.⁸⁸ Kaldı ki Ehrlich, yöntem olarak da bunun imkânsız olduğunu söyler:

“Sosyolojik hukuk bilimi okulu geleneksel örf ve adet hukuku kavramı kadar heterojen unsurlardan oluşan bir kavramdan yararlanamaz. Onu analiz etmeli, tamamlayıcı parçalarına ayırtmalıdır ve bunları ayrı ayrı tartışmalıdır. Bu parçalar şunlardır: Toplum içinde devletten bağımsız olarak hukuki kurumların oluşması, hukukçuların yazar, muallim ve hakim olarak hukuki önerme yaratması; ve mahkemelerin ve devletin diğer kurumlarının devlet dışı hukukla ne ölçüde bağlı olduğu. Bunlar tamamen ayrı bilgi alanlarıdır ve hepsini bir kavramda toplamak yalnızca kafa karışıklığına yol açar.”⁸⁹

a. Toplumsal Birliklerin Hukukunun Tarihi

Ehrlich, geliştirdiği yaklaşımla toplumsal birliklerin varlığını ve işlevini de tarihsel bir perspektifle inceler. Ona göre ilkel toplumlarda, bütün hukuk toplumsal birliklerin dahili düzeninden ibarettir. Bazı yerlerde dar olarak ailenin, bazı yerlerde geniş olarak klanın içerisinde normatif bir düzen kurulur ancak bunlar müstakil olarak var olur, geniş bir şekilde, modern devlette olduğu gibi sınırları belirli bir toprak parçası içerisinde ortaklaştırılmaz. Her aile veya klan örneğin, toprak uyuşmazlıklarını ve karşılıklı ilişkilerinin ürettiği sorunları kendi içlerinde ürettikleri teamül ve kurallarla çözer. Yani günümüzdeki anlamıyla hukuki ilişkiler mevcuttur, ama bunlar genel hukuk kurallarına başvurularak değil, o toplumsal ilişkilerde oluşturulmuş kurallara başvurularak çözülür. Bu anlamda, Ehrlich devlet öncesinde genelleştirilmiş veya ortaklaştırılmış bir taşınmaz ya da sözleşmeler hukukundan bahsedemeyeceğimizi iddia eder. İlk devletler klanların bir araya gelerek aralarında anlaşmaları ve aralarından bir kişiye yetki devri yapmalarıyla kurulmuştur ona göre.

⁸⁸ Hertogh, “From ‘Men of Files’ to ‘Men of the Senses’”, s. 16.

⁸⁹ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 465-466.

Ancak bu anlaşma ve bu anlaşmanın bir uzantısı olarak kurulan, yaşlılar heyeti ve danışma meclisi gibi kurumlar sözleşmesel ya da anayasal kurumlar değildir. Hatta sözleşme ve taşınmazlara dair, özellikle Roma hukukuna dayanan birçok düzenleme yapıldıktan sonraki dönemde, feodalizmin egemen olduğu koşullarda dahi çoğu zaman genelleştirilmiş bir sözleşmeler hukukundan bahsedebilmek söz konusu değildir. Zira feodal sözleşmelerin uygulanması, genel hukuk kurallarına değil, tarafların şahsi özelliklerine, servetine, nüfuzuna, askeri gücüne vb. bağlıdır.⁹⁰ Belirtmek gerekir ki; kuralların genelleştirilemez oluşu, kurumların anayasal güvenceye sahip olmayışı onları bugünkü hukuk kurallarından ya da anayasal kurumlardan daha az meşru yapmaz. Yalnızca egemenliğin meşruiyetini sağlamak açısından hukukun nasıl farklılık getirdiğini gösterir. Önceden bağılılıklarını bildirenlerle sürekli olarak ikili ilişkilerle iktidarını meşru kılmaya devam etmek durumunda olan hükümdar, modern hukukla birlikte egemenliğini süreklileştirmenin ve muteberleştirmenin daha kolay bir yolunu bulmuştur.

Ehrlich, pek çokları tarafından ilk anayasal belgelerden biri olarak kabul edilen Magna Carta'yı da kolektif bir anlaşma olarak niteler. Magna Carta bir feodal bir anayasa olarak kabul edilse ve ortaya çıkardığı devlet yapısı bir anayasal teşkilatlanma olarak değerlendirilse dahi, bunun feodal devlete dair çok az şey söylediği açıktır. Feodal üretim ilişkileri, kendi ilişkiler ağının ürettiği hukuka hayat vermeye devam eder. Bununla birlikte zaman içerisinde yeni toplumsal birlikler ortaya çıkmaya, iktisadi imkanların genişlemesiyle şehir devletleri gibi daha özerk yönetim formları var olmaya başladıkça hukukun içeriği de değişmeye başlamıştır. Ehrlich'e göre şehir devletleri feodal anayasanın dışına çıkarak genelleştirilmiş hukuk kurallarının, yani hukuki önermelerin ihdas edilmesinin ve uygulanmasının imkanını sağlamış, bu doğrultuda gayrimenkul hukuku, rehin hukuku, sözleşme hukuku, miras hukuku gibi alanlarda üretilen devlet hukuku kurallarında gelişme gözlemlenmiştir.⁹¹ Belirtmek gerekir ki, Ehrlich her ne kadar şehir devletlerinin feodal anayasanın dışına çıkmış olduklarını söylese de aslında şehir devletlerinin özerk bir şekilde varlığı tam da feodal

⁹⁰ A.e., s. 35-37.

⁹¹ A.e., s. 40.

sisteme içkin, sözleşmeye dayanan feodal imtiyazlarla mümkün olabilmıştır. Dolayısıyla, burada feodal sistemin dışına çıkan bir gelişme değil, içinde nüvelenen devrimsel bir sürecin başlangıcı söz konusudur. Yine de Ehrlich, şehir devletlerinde hukuki önermelere daha sık rastlanır da olsa bunların hukuk düzeninin küçük bir kısmını oluşturduklarını, malikane, şehir topluluğu, lonca ve ticaret birlikleri, dernek ve vakıflar gibi sosyal birliklerin iç hukukunun toplumsal düzeni oluşturduğunda ısrar eder. Bu nedenle o dönemi incelemek isteyen birisi yapılan hukuki düzenlemelere değil, sözleşmelere, beratlara ve benzerlerine bakmalıdır.⁹²

Ehrlich, hukuki düzenlemelerdense sözleşme ve benzeri toplumsal ilişkilerden doğmuş belgeleri inceleme zorunluluğunu feodal dönemle sınırlamaz. Zira ona göre eskinin toplumsal olgusu olan birçok kavram bugün hukukun içine dahil edilmiştir. Ancak öncel olan hukukun ürettiği kavram değil, olgunun kendisidir, dolayısıyla doğru bir yorumlama ancak olgunun kendisinin incelenmesiyle yapılabilir. Örneğin aile düzeninin kurulması aile hukukunun ihdas edilmesinden öncedir, sözleşmelerin yapılması sözleşmeler hukukundan önce başlamıştır ya da vasiyetnameler, miras hukukundan önce de bulunmaktadır. Hatta devlet de anayasadan önce var olmuştur. Dolayısıyla bugünün anlayışıyla soyut hukuki önermelerin somut olguların ardılı olmasına rağmen öncülüymüşçesine değerlendirilmesi, toplumsal ilişkilerden kaynaklanan uyumsuzluklarda ilk olarak hukuki önermelere yönelinmesi hukuki düşünme alışkanlığıdır Ehrlich'e göre.⁹³ Düşünme alışkanlığının bu biçimine çalışmanın önceki sayfalarında hukuk fetişizmi olarak yer verilmişti. Ehrlich'in söyledikleri bir noktada eksik bulunabilir. Ehrlich, kitabı içerisinde değişken yorumlarla yer vermiş olmasına rağmen, devletin hukukunun toplumsal ilişkilerde gömülü olan yaşayan hukuku sürekli olarak değiştirmeye çalışmasından neredeyse hiç bahsetmemiştir. Oysa aile, aile hukukundan önce vardır evet, ama aile hukuku bunu yansıtmaktan çok değiştirmek üzerine kurulmuştur. Hukuk, mevcut ideolojik işlevini, egemen ideolojinin toplumsal formasyona dair tahayyülünü meşrulaştırarak yerine getirir. Dolayısıyla azınlığın ya da çoğunluğun yaşaması fark etmeksizin, toplumda

⁹² A.e., s. 40-41.

⁹³ A.e., s. 42.

gözlemlenebilen aile düzeninin kanunlarda görülmemesinin en önemli sebebi yöneticilerin ve hukukçuların bunlara gözlerini kapamaları değil, hukukun var oluş sebebi itibarıyla var olanın üstünü örtmek ve yerine makbul görüleni koymak üzere ihdas edilmiş olmasıdır.

b. Toplumsal Birlikler Nelerdir?

Ehrlich, hukuku toplumsal birliklerin iç hukukundan türetmekle birlikte, bu toplumsal birlikleri *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*'nde müstakil olarak incelemeyi, farklı yerlerde farklı örneklerinden bahsetmekle yetinir. Bu birliklerin nasıl organize olduklarını, nasıl işlev gösterdiklerini anlatmaz, hatta bununla ilgilenmez. Zira Ehrlich toplumu homojen bir bütün olarak değil aksine heterojen birliklerden oluşan bir yapı olarak ele alır. Ehrlich'in görüşlerini, hukuki çoğulculuk teorisini desteklemek üzere genişletecek olan Griffiths toplumu Ehrlich'ten daha ayrıntılı bir şekilde, "birbiriyle ve devletle şaşırtıcı çeşitlilikte yapısal ilişkiler içinde olan, az ya da çok kapsayıcı, tamamen heterojen üyelik ilkelerine, toplumsal işlevlere vb. sahip, rekabet eden, üst üste binen, sürekli akışkan gruplardan oluşan kaotik bir karmaşa" şeklinde tanımlar.⁹⁴ Bu durumda yaşayan hukukun oluşturduğu toplumsal düzenin incelenmesi, birliklerin tek tek incelenmesinden daha öncelikli hâle gelir. Zira bu farklılıklar içerisinde ortak bir nokta bulmak pek mümkün görünmez. Nitekim Ziegert, Griffiths'e karşı çıkarak Ehrlich'in düşüncesinin aslında hukuki çoğulculuk düşüncesine çok da yakınsamadığını iddia eder:

"Ehrlich'in birlikleri ve onların iç düzeni ayrı yasal mikrokozmoslar değildir - normatif beklentileri yükleme işini yaparlar ve bu nedenle "henüz formüle edilmemiş" hukuktur; ve her zaman tekil olarak hukuktur. Sadece tek bir hukuk vardır - toplumun hukuk normlarının hukuku ve hukukçular bunları görmeyi ve tanımayı öğrenmek zorundadır."⁹⁵

Griffiths'in Ehrlich'ten bir hukuki çoğulcu çıkarma girişimi de Ziegert'in tekil hukuk iddiası da isabetli değildir. Yaşayan hukuk, toplumda norm üreten farklı siyasi

⁹⁴ John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, C.XVIII, No.24, 1986, s. 27.

⁹⁵ Ziegert, "Beyond Living Law", s. 24.

iktidar yapılarının hem içindeki hukuku hem de bunların kolektif olarak iç içe geçmiş bütünlüğünü içerir. Bu durumda, birbirine kati üstünlük kuramayacak iktidar yapılarının ürettiği tekil bir hukuktan bahsedebilmek mümkün olamaz. Ehrlich'in amacı, toplumda gözlemlenen olgulardan hukukçuların faydalanabileceği menfaatleri çıkarabilmektir. Ancak uyuşmazlıklarda doğrudan toplumsal normları uygulamak değildir. Zaten herhangi bir olayda uygulanabilecek norm, birlikten birliğe değişiklik gösterecektir. Bununla birlikte Ehrlich'in düşüncesinden doğrudan bütün siyasi iktidar yapılarına yargısal özerklik tanımaya dönük bir hukuki çoğulculuk da çıkarılamaz. Zira toplumsal düzeni kuranın yaşayan hukuk olduğunu iddia etmekle birlikte, uyuşmazlık sonucunda bu düzenin bozulduğunu düşünür Ehrlich. Dolayısıyla bu durum, yaşayan hukukun normlarının o konuda çözüm üretmediği anlamına gelir. Bu durumda toplumsal olguların gözlemlenmesiyle elde edilen menfaatler, yargılamada göz önüne alınsa da doğrudan uygulanacak normları belirlemez, düzeni yeniden tesis etmek resmi kurumların görevidir artık.⁹⁶

Machura, Ehrlich'in düşüncesini Durkheim ile birlikte ele alarak toplumu, ailelerden kendi yönetmeliklerine sahip fabrikalar gibi örgütlere, etnik gruplara kadar uzanan birliklerden oluşmuş olarak gördüğünü söyler.⁹⁷ Bunların iç hukuklarından doğan bir yaşayan hukuk anlatısı, aslında Durkheim'da gördüğümüz sosyal bilinç kavramına benzerlik gösterir. Ancak belirtmek gerekir ki, Ehrlich'in yaşayan hukuku ne Durkheim'ın sosyal bilinci ne Tarihçi Hukuk Okulu'nun volksgeist'i gibi mistik bir grup iradesine ya da kör bir dayanışmaya bağlı olan soyut bir kavramsallaştırmadır, toplumun ve toplumsal birliklerin içindeki günlük hayatın yürümesini ve çatışmalar çıktığında çözülmesini sağlayan bir yapıdır.⁹⁸

Bütün anlatılanlarla birlikte Ehrlich'in toplumsal birliklerinin son derece zayıf bağlarla kurulmuş toplumsal gruplar olabileceği gibi (örneğin bir etkinlik için bir araya gelmiş insanlar topluluğu bile birlik sayılabilir), örgütlü bağların kuvvetli olduğu sendika gibi gruplar da olabileceği söylenebilir. Yine; aile, fikir-sanat toplulukları ve

⁹⁶ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 125-127.

⁹⁷ Machura, "Eugen Ehrlich's Legacy", s. 44.

⁹⁸ Ziegert, "A Note on Eugen Ehrlich".

benzeri gruplar da üniversiteler de bileşenleriyle toplumsal birliklere dahildir. Elbette, örgütlülük seviyesi arttıkça normların birlik içerisinde uygulanabilme kabiliyeti de artacaktır. Günümüzde belki de en önemli ve toplumsal hayattaki en belirleyici toplumsal birlik devlet olarak karşımıza çıkar. Ehrlich, devlet içerisinde etkili olan toplumsal güçlerin bulunduğunu, toplumda sınıflar ve tabakalar ile bunların çıkarları arasında çatışmalar ortaya çıktığını ve devletin bu çatışmaların sonucunda bir grubun kontrolü altına girdiğini belirtir.⁹⁹ Bu durumda, devletle sınırlanmaksızın bütün toplumsal birliklerin içerisinde, normatifliği ele geçirmek üzere, çıkarların yönlendirdiği bir iktidar mücadelesi yaşandığı kabul edilebilir. Dolayısıyla toplumsal birliklerin ve bunların birleşerek oluşturduğu bütünün içinde bir huzur ve uyum ortamından çok, toplumsal güçler arasındaki karşılıklılık ilişkileri ve mücadelenin şekillendirdiği bir normatif düzen vardır. Toplumsal birlikler arasındaki güç dağılımında yaşanan değişimler toplumun hukukunu şekillendirir ve değiştirirken, devletin hukuku ile hukukçuların hukuku bu güç dağılımına göre konum alır. Toplumda yaşayan her birey, farklı birliklerin üyesi olarak bu farklı düzenlerin muhatabı olur.¹⁰⁰

Franz ve Keebet Von Benda-Beckman, yaşayan hukukun siyasi ve analitik yanlarını inceledikleri makalelerinde, yaşayan hukukun neliğini araştırır ve onu “yaşayan” kılan etmenleri sorgularlar. Onlara göre yaşayan hukukun toplumsal hayata hükmettiğini söylemekle yetinmek hiçbir şeyi açıklamaz, aksine bunu söylemek, toplumda görülen ve örf-âdet adı altında meşru gösterilmeye çalışılan, çoğunluk tarafından benimsenen pek çok baskıcı uygulamaya alan açma riski taşır.¹⁰¹ Oysa Ehrlich’in düşüncesi, örf ve âdetler arasında hiyerarşik bir sıralama yapmaya müsait olmadığı gibi doğrudan baskıcı uygulamalara cevaz vermekle de itham edilemez. Hem toplumsal birliklerin içerisinde hem de onların oluşturduğu toplumsal bütün içerisinde normatif unsurların belirlenmesi için sürekli bir mücadele yaşanır. Yaşayan hukukun canlılığını da işte bu dinamizm sağlar. Bu mücadelelerin hukuku ve toplumsal

⁹⁹ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁰⁰ **A.e.**, s. 392, 402.

¹⁰¹ Franz ve Keebet von Benda-Beckman, “Living Law as a Political And Analytical Concept”, **Eugen Ehrlich’s Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, LIT Verlag, 2014, s. 84.

m¼cadeleleri d¼n¼řt¼rmeye imk¼n veren dinamik yapısı hukukun toplumsal koşullara ayak uyduracak seviyede canlı kalabilmesini sağlar.

Bunun dışında, neyin yaşayan hukuk olarak kabul edilebileceği meselesi aslında salt pozitivist anlamda bir adlandırma meselesi değil, kendisini sosyolojik anlamda hukuk olarak dayatabilme kabiliyeti meselesidir. Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse, hukuki pozitivist d¼ř¼ncede; hukuk kuralları, içeriğinden ve uygulanabilirliğinden bağımsız olarak bir normlar hiyerarşisi içerisinde, yetkilendirilmiş kurumlar tarafından çıkarılması halinde hukuk olarak kabul edilir ve bir simgesel g¼ce sahip varsayılır. Ancak pozitivist bakış açısının dışına çıkılarak s¼re tam tersine çevrilebilir. Doğru, hukuk simgesel bir g¼ce sahiptir, ancak bu simgesel g¼, ancak bir failin elinde harekete geçirilebildiği ¼l¼de kullanılabilir. Kad¼k yasalar -ki en çok tercih edilen ¼rneklerden biri 671 sayılı ve 1925 tarihli şapka İktisası Hakkında Yasa'dır- bu bağlamda ¼rnek verilebilir. Ortada hukuki bir d¼zenleme vardır, ancak toplumsal değişim ve modanın gelişimi sonucunda şapka takılması zorunluluğu anlamsızlaşır ve s¼z konusu d¼zenleme, sosyolojik anlamda hukuk ¼zellięini kaybeder. Dahası, yasayı uygulamakla m¼kellef olan devlet kurumları da yasa ilga edilmemesine karşın yasayı uygulamaktan imtina eder.

Kad¼kleřme, toplumsal d¼zeni sağlama iddiasındaki dogmatik hukuk içerisinde m¼mk¼nse yine aynı d¼zeni sağlama iddiasındaki yaşayan hukukta da m¼mk¼n olabilir. Dogmatik hukukun bu bağlamda başvuracağı fail devletken, yaşayan hukukun başvuracağı fail toplumsal birlikler ile temsil edilen toplumsal faillerdir. Toplumsal fail, herhangi bir normu hukuk kuralı olarak ilan edebilir veya onu bir hukuk kuralı olmaktan men ederek simgesel g¼ten mahrum kılabilir. Bu durumda s¼rd¼r¼lecek m¼cadelenin kazanımlarıyla baskıcı gelenek hukuku ¼geleri toplumda var olan normatif d¼zenden dışlanabilir. ¼nk¼ bu ¼gelerin varlığı, onları takip eden insan sayısından bağımsız olarak evrensel ilkeler ve toplumsal m¼cadele mirası nedeniyle baskılanacak, bir simgesel g¼ce sahip olmaları s¼rekli olarak engellenecektir. Ehrlich için de bu konuda bir soru işareti yoktur, zira ona g¼re "Toplumsal olarak geçerli olan ancak devlet tarafından konulan bir yasağı ihlal eden bir normu sosyolojik anlamda bir hukuk normu olarak kabul edip edemeyeceğimiz bir

toplumsal güç sorunudur."¹⁰² Bu salt devletin hukukuyla yaşayan hukuk öğeleri karşılaştığında değil, yaşayan hukukun içinde toplumsal birliklerin kendi iç düzenleri ve hukukları çarpıştığında da geçerli olan bir şemadır. Buradan hareketle Bart von Klink, yaşayan hukuku “toplumsal mücadelede hayatta kalan hukuk” olarak değerlendirir ve sonunda yaşayan şeyin hukuk değil “çıplak iktidar” olduğunu iddia eder.¹⁰³

Ehrlich, hukukun dinamizmini gözlemlemek için üç kaynağa bakılmasını önerir; bunlardan ilki mahkeme kararlarıdır. Bunları incelemek kuralların ve hukuki olguların yorumlanmalarının zaman içerisinde nasıl değiştiğini gözlemlemek açısından önemlidir, tabii kararların verilmesinde pek çok faktörle birlikte hukuk kurallarının belirleyici olduğunu unutmadan. İkinci kaynak olarak, henüz yargı nezdinde hukuki bir ihtilafa dönüşmemiş hukuki ilişkileri görür. Üçüncü kaynak olarak ise gündelik hayatın gerçeklerinin hukukileşmemiş kısımlarının yarattığı kurallar ele alınmalıdır. Ona göre, hayat, hukuk kurallarından ayrı olarak, öncelikle kendi kurallarını yaratır.¹⁰⁴

2. Toplumsal Birliklerin Düzeni

a. Birliklerin Hukuku

Hukuk, Ehrlich’e göre ister toplumun iç ilişkilerinden doğarak tedricen simgesel bir güce ulaşsın, ister yönetici elit tarafından ihdas edilerek toplumun geneli için uygulansın, her şekilde bir düzen işlevini içinde taşır. Ziegert’e göre, Ehrlich’in düşüncesinde hukuk; “kendisini yapılandıran ve bu sırada toplumun ‘iç düzenini’ hukuki düzen olarak yeniden kuran toplumsal işlemler aracılığıyla bütünlüğünü üreten ve yeniden üreten bir sistem” olarak görülmelidir. Bu bağlamda hukukun düzen işlevi

¹⁰² Bart van Klink, “Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 140.

¹⁰³ A.e., s. 140.

¹⁰⁴ Eppinger, a.g.e., s. 22.

salt devletin hukuku aracılığıyla sağlanmaz, aksine Ehrlich, düzenin salt hukuki önermelerle sağlanabileceği fikrine karşı çıkar. Yaşadığı 20. yüzyılda devletin giderek karmaşılaşan, insanların hayatına daha çok müdahale imkânı tanıyan operasyonel yetkinliklere sahip olduğunu gözlemlese de salt buna dayanan bir düzenin, toplumsal birliklerin iç düzeninin sağlayabileceğinden daha zayıf olacağını iddia eder.¹⁰⁵

Toplumsal birliklerin iç düzeni içerisinde hukukun rolünü anlamak için Ehrlich hukuki normlar ve hukuki önermeler şeklinde bir ikili ayrıma gitmektedir. Ona göre iç düzenin asıl belirleyeni normlardır. Bunlar ifade edilmesi ya da yazılı hâle getirilmesi gerekmeden birlik içerisinde hüküm süren âdete veya teamüle dönüşmüş buyruklardır. Buna karşılık, hukuki önermeler, kesin ve herkesi bağlayacak şekilde kural formatında formüle edilir.¹⁰⁶ Bu anlamda hukuki önermelerin, hukuki normlara kıyasla soyut, genel ve evrensel nitelik taşıdıkları söylenebilir. Bununla birlikte, hukuki önermeler ve hukuki normlar birbirleri arasında geçişlilik olmayan tamamen uyumsuz kavramlar değildir. Şöyle ki hukuki normlar, zaman içerisinde hukuki önermeler şeklinde formüle edilebilir. Yine hukuki önermeler de toplumsal birliğin içerisinde doğmamış olsa bile, ihdas edildikten sonra birliğin iç işleyişine uyum gösterebilirse bu durumda zaman içerisinde normlaşır.¹⁰⁷ Yani aralarında döngüsel bir ilişki vardır.

Ehrlich hukuku bir düzen olarak nitelerken, onu ilk akla gelen şekilde merkezi bir iktidar aygıtının kontrolündeki bir yapı olarak ele almaz. Gierke'nin birliklere dair söylediklerinden hareketle Ehrlich'e göre bireyler; mensuplarının hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek için, kısaca o birlik içerisinde nasıl hareket edileceğini anlamak için birliklerin yazılı olmayan kurallarına tâbi olur. Bu kuralların bilinçli bir şekilde bir iktidar merkezi tarafından da yaratılmış olması gerekmez, çoğu zaman tam aksi geçerlidir, toplumsal hayatın gerçekleri bazı kuralları ve sorun çözümlerini tedricen dayatır ya da tercih ettirir. Bu anlamda yaşayan hukuk Ehrlich'in düşüncesinde dağınık değil, tutarlı ve kapsamlı bir kurallar bütünü oluşturur.¹⁰⁸ Tezin

¹⁰⁵ Ziegert, "A Note on Eugen Ehrlich".

¹⁰⁶ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁰⁷ **A.e.**, s. 44.

¹⁰⁸ Jeremy Webber, "Naturalism and Agency in the Living Law", **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 213.

ikinci kısmında ele alınacak olan Bourdieu'nün düşüncesinde de benzer bir yaklaşım gözlemlenir. Toplumsal yaşam içerisindeki faaliyetleri oyun metaforuyla açıklayan Bourdieu'ye göre, insanlar farklı toplumsal alanların mensubu olabilir. O alana mensup olmakla ya da herhangi bir alanla ilişki içerisinde girmekle, o alana özgü olan kuralları, hiyerarşiyi ve o alandaki olanaklarını hissetmeye ve içgüdüsel olarak sindirmeye başlarlar. Bourdieu bunu habitus olarak isimlendirir. Ehrlich'in düzeni ve onun eşdeğeri hukuku toplumsal pratiklerde gözlemleyerek özümseyen insanıyla, Bourdieu'nün alanın mantığını içselleştiren insanı arasındaki fark temelde terminolojik bir farklılık olarak görülebilir. Bourdieu'nün Ehrlich'e kıyasla bireyi öne alan bir sosyolog oluşu göz önüne alınırsa, farklı yollardan benzer sonuçlara ulaştıkları iddia edilebilir.

b. Birliklerin Düzeninin Dört Sütunu

Ehrlich özel hukuka baktığında birlikleri asli unsur olarak görür. Genel anlamda mal üretiminin, değişiminin ve tüketiminin gözlemlendiği iktisadi hayatın hukuku olan özel hukuk, birliklerin içerisinde sürmektedir. Buna aile gibi, ilk bakışta iktisadi hayatla bağlantısı kurulamayabilen birlikler de dahildir.¹⁰⁹ Oysa, üretimi yapan bireylerin üretim konusundaki yetkinliklerini kazandıkları ve yeniden üretim faaliyetinin gerçekleştiği yer olarak aile, iktisadi hayatın devamı için çok kritik bir öneme sahiptir. Ehrlich'in özel hukukun birliklerin hukukundan teşekkül ettiğine dair iddiasına karşı özellikle günümüzde bireyin kutsandığı ve bireyciliğin piyasalar tarafından yüceltildiği, dolayısıyla artık insanın birlikler içerisindeki konumu vasıtasıyla değil yalnızlaştırılmış kendisi olarak toplumda var olabildiği argümanı üretilebilir. İlk bakışta tutarlı bir argüman gibi görünse de doğruluğunu kabul etmek mümkün değildir.

Günümüzde insanlar ancak konu dayanışmaya ya da örgütlenmeye gelince yani sosyal bağların gelişmesi zorunlu kılınca yalnızlaştırılır. Oysa piyasa dinamikleri tarafından gerek somut etkileşim bağlamında gerek istatistiksel hesaplamalar

¹⁰⁹ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 51, 91.

dahilinde daima gruplandırılır. Reklam stratejileri, en doğru gruplamaların yapılmasıyla bunlara dönük en doğru stratejilerin geliştirilmesi üzerine kuruludur. İnsanlar, karşısına çıkan reklamlar teknoloji maharetiyle şahsileştirilse dahi, beğeni algısı ve estetik yargı açısından gruplaştırılır, hatta bir tek olarak bütünleştirilir ki, örneğin herkes Apple marka telefon sahibi olmak istesin. Bunun için şahsileştirilen reklamlarda öne çıkarılan şeyler kişiden kişiye değişebilir, ama sonuç olarak bir meta sahipliği üzerinden statü devşirilebileceğine dair inançla oluşturulan tüketiciler grubunun bütün yargıları tekleşme eğilimine sokulur.¹¹⁰ Örnekten anlaşıldığı üzere, günümüzde mevcut iktisadi düzen içerisinde insanlar piyasalarla bireysel olarak etkileşime girer gibi görünür ancak aslında piyasalar tarafından her gün gruplaştırılır. Yine de bu gruplaşmaların birlik oluşturması kendiliğinden gerçekleşmez, her bireyin birlik hiyerarşisindeki yerini; yükümlülük, ödev ve haklarının belirlendiği bir örgütlülük seviyesi ve bunun göstereni olarak normatif unsur aranır. Ehrlich, bu normlarla insan aklının eşleştirdiği olguları dört ana başlıkta ele alır. Bunlar; teamül, egemenlik, zilyetlik ve irade beyanıdır.¹¹¹ Hukuk bu olgulardan doğarak gelişir ve kimi noktalarda hukuki önermelere dönüşerek hukuki güvence altına alınır.

Ehrlich'e göre teamül, birlik içerisindeki üyelerin birbirleriyle olan ilişkilerini ve birlik içerisindeki statülerini ve konumlarını belirleyen uygulamalardır.¹¹² Klan, aile, hane gibi ilksel birliklerin iç düzenini sağlayan bu uygulamalar, geçmişte âdetken zaman içerisinde norma dönüşeceklerdir.¹¹³ Aile dahil olmak üzere bütün birliklerde teamül ekonomik-maddi ilişkilerin güdümünde gelişir. Birliklerin iktisadi yapısını

¹¹⁰ Bu bağlamda güzel bir örnek, Star Wars film serisinin yapımcısı George Lucas'ın 2014 yılında Charlie Rose'a verdiği bir röportajda karşımıza çıkar. Söz konusu röportajda Lucas, beğeni algısının kâr elde edenin peşinden gitmek için standartlaştırılmasının farklı ve yaratıcı sinema eserlerinin üretilmesine nasıl ket vurduğunu anlatır, film yapımında, o dönem otoriterlikle eleştirilen SSCB'deki yönetmenlerden daha az özgür olduğunu savunur. Bkz. <https://charlierose.com/videos/23471>. Bu tek taraflı bir şekilde ürün üstünde etkili olan bir süreç değil, ayrıca onun beğenisine sunulduğu seyircinin estetik yargılarının tekleştirilmesinden kaynaklanan bir doğal sonuçtur.

¹¹¹ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 89.

¹¹² Ehrlich teamülü bu şekilde tanımlamakla birlikte, ast-üst ilişkisi ile egemenlik ilişkisi arasında bir ayrım çekmek gerektiğini belirtir. Zira, "Örgütlü bir birlik içerisinde üst bir konumu işgal eden bir kişinin emri egemenlik gücüne sahip bir kişinin emrinden tamamen farklıdır. Birinci emir birlik adına verilmektedir, ikinci emir ise üst konumu işgal eden kişi adına." Dolayısıyla egemenlik olgusunu daha çok şahsi bağıllık ilişkileri çerçevesinde ele alır. (**A.e.**, s. 91 vd.)

¹¹³ **A.e.**, s. 89.

incelerken yine aile üzerinden örnekler veren Ehrlich'e göre, bu birliklerde üç şey ayırt edilmelidir:

“Çalışan ya da tüketen insan grubu; iktisadi hayatın maddi temeli, yani üretim araçları ve hammadde ve son olarak bu insan grubunun örgütsel hayatının devletin mahkemelerinin korumasını kazanan hukuki görünüşü. Bunun, toplumun iktisadi yapısıyla bu yapının hukuki görünüşleri arasındaki ilişkinin temel özelliklerinin bir özeti olduğunu söyleyebiliriz.

Çiftçi, karısının, çocuklarının, erkek ve kadın hizmetçilerinin yardımıyla yönettiği çiftlikte, tohum ve yumru, koyun ve sığır yetiştirmektedir. Bu birliğin iktisadi içeriği budur. Hukuki görünüşü mülkiyet hakkı, intifa hakkı ya da ürün kirası; aile üyelerini birleştiren aile hukuku, erkek ve kadın hizmetçileri çiftliğe bağlayan iş sözleşmesidir.”¹¹⁴

Dolayısıyla hukuki kavramlar, toplumsal birlik içerisindeki var olan düzende hiç de kavramsallaştırılmamış, sadece pratikte ortaya çıkmış bazı rutin uygulamaların sonucudur. Bu rutin uygulamaların gözlemlendiği hukuki olgular birlikten birliğe değişim gösterir. Örnek olarak yine aile birliğini ele alan Ehrlich, farklı ekonomik gruplara mensup ailelerin hukuk olguları açısından farklı bir görünüm sergilediklerini iddia eder. Köylü, şehirli orta sınıf ve işçi sınıfı ailelerini karşılaştırdığı örneğinde; köylü ailesini üretim, mülkiyet ve tüketimin bir aradalığı ve ortaklığı üzerinden tanımlayan Ehrlich; orta sınıf aileyi ise genelde aile reisinin kazandığıyla geçinen, bireysel mülkiyete cevaz veren ama ana amacı birlikte ikamet etmek olan bir birlik olarak tanımlar. İşçi sınıfı ailesinde ise çalışmaya müsait olan herkesin çalışması gerekir, elde edilen kazanç bireyde kalır ancak aile birliğinin ihtiyacı ölçeğinde katkı sunması zorunluluğu bulunur. Bu durum, yani maddi koşulların zorlamasıyla oluşan iç ilişkiler; üyelerin birliğin devamı için gereken mal ve hizmetleri birliğe sunması, karşılığında da kendi ihtiyaçlarını temin edebilmesiyle oluşan karşılıklılık ilişkisi birlik içerisindeki hukukun olgularını da belirler. Hem birlik dışıyla kurulan sözleşmelerin yapısı hem teamüller hem de egemenlik ilişkileri bu koşullar temelinde şekillenir.¹¹⁵ Dolayısıyla iyi bir hukukçu, hukuk olgularında iktisadi hayattaki değişimlerle tetiklenen gelişmeleri, yaşayan hukukun dinamizmini gözlemlemek durumundadır. Hukukun olgularına salt kavramsal bir pencereden bakan kişi, sözleşme

¹¹⁴ A.e., s. 52.

¹¹⁵ A.e., s. 54, 91.

özgürlüğü olmasına rağmen bugün bir feodal tımar sözleşmesi kurulamayacağı gerçeğini anlamlandırmakta zorlanacaktır.

Ehrlich'in hukuk olgularının arasında saydığı bir başka olgu zilyetliktir. Zilyetlik olgusu önemlidir, çünkü Ehrlich zilyetlik olgusunu anlatırken onu mülkiyetle karşı karşıya getirir, böylece toplumun ürettiği hukuk ile devletin ürettiği hukukun farklarını ortaya koyar. Ona göre zilyetliğin kökeni toplumdadır, buna karşılık mülkiyet bu zilyetliğin devlet tarafından mahkemeler ve kolluk kuvvetleri aracılığıyla korunmasıdır. Bu anlamda, birisi yaşayan hukuk tarafından himaye edilirken öteki devletin hukuku tarafından belirlenir.¹¹⁶ Mülkiyetin zilyetlikten farkını yine tarihsel süreç içerisinde değerlendiren Ehrlich zilyetliği, devlet öncesinde iktisadi ihtiyaçlardan (aslında yaşamın devamı için de denebilir) doğan bir olgu olarak niteleyerek salt iktisadi içeriği haiz olan, toprak üzerindeki mülkiyet hakkı olarak niteler. Hukuk doktrini tarafından kavramsallaştırıldığı şekliyle mülkiyet hakkı içinde durum farklıdır:

“Çok uzak geçmişte çok az görülen, nadir köylülere ait toprakların satın alınması durumları dışında büyük taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı varlığını devlete borçludur. Köylünün iktisadi mülkiyet hakkının aksine büyük taşınmaz mülkiyeti devlet gücüyle yaratılmış olan, egemen sınıfların politik bir mülkiyet hakkıdır. Bu durumda son tahlilde, yalnızca politik gücün ifadesidir. *Populus Romanus, solum provinciale* üzerinde mülkiyet hakkı ileri sürdüğünde, İngiltere kralı kendisini bütün İngiltere toprağının maliki ilan ettiğinde, fetih hakkına binaen toprak üzerinde keyfi iradelerine göre tasarruf edebileceklerini kast etmişlerdir. ‘Feodal lordsuz toprak olmaz’ ilkesi devleti yöneten güçlerin, kralın ve soylu sınıfının, köylü toprak sahiplerinin direnişini alt ettiğini yansıtmaktadır sadece.”¹¹⁷

Ehrlich'in söylediklerinden hareketle, zilyetliğin iktisadi zorunluluğa dayalı iktisatla sınırlı olan içeriğinin hukuka mülkiyet olarak tercüme edilmiş olması, asıl gerekliliğin bozulmuş bir yansımasıdır. Bu da ideolojik bir söylemle birleşerek toplumsal yaşam içerisinde zilyetliğin kavranışını değiştirmiştir. İnsanların yaşamsal faaliyetlerini sürdürmek için ister zilyetlik ister mülkiyet adı altında bazı şeylere sahip olma ihtiyacı varsa bu ihtiyacın ortaya çıkardığı iddia edilen mülkiyeti toprakla sınırlamaksızın, günümüzde metalara (yani ticari amaçlarla üretilmiş ürünlere) sahip

¹¹⁶ A.e., s. 378.

¹¹⁷ A.e., s. 381.

olma şeklinde algılanmasının nedenini toplumsal gelişimden çok egemen sınıfın, üretim ilişkilerine dair tercihinin, toplumsal normları belirleyecek şekilde etkili olmasında aranması gerekir. Burada ufak bir parantez açarak Ehrlich'in, görüşünü geçmişle karşılaştırmak adına pragmatik olarak ya da döneminin değişen üretim ilişkilerinin yapısını yeterince kavrayamaması nedeniyle zilyetlik ve mülkiyete dair karşılaştırmasını ve bu kavramlara dair eleştirilerini salt toprak mülkiyeti üzerinden geliştirmesini eleştirmek gerekir. Zira bu sınırlı yaklaşımla, Sanayi Devrimi ile birlikte toplumsal hayata dahil olan; emek ve artı değer sömürsüne dair bütün tartışmalar değerlendirmenin dışında kalır.

Ehrlich'in dört sütun olarak tahayyül ettiği hukuki olguların sonuncu sütunu irade beyanıdır. İrade beyanı olgusunun içerisine Ehrlich; sözleşme, esas sözleşme (devlet hukuku bağlamında gelişmiş hali anayasadır), miras, vasiyetname gibi olguları alır.¹¹⁸ Bahsedilen unsurlardan anayasa dışındakilerin hepsi devletli toplumlardan önce de vardır. Bir sözleşmeler hukuku olmadan önce insanlar aralarında sözleşmeler yapmışlardır ya da miras hukukundan önce varlıklarını miras olarak bırakabilmişlerdir. Vasiyetname, modern öncesi koşullarında meşru kabul edilen bir veraset devri modelidir. Tarihsel süreç içerisinde çokça dönüşüm geçirmişlerdir. Örneğin, feodal toplumdaki mirasın asıl anlamı, feodal yükümlülükler zinciri içerisinde bir boşluk yaratılmamasıdır. Serf ölürse mirasçıları lorda hizmet etmeye devam etmelidir. Mirasçısı yoksa yan soyları bu göreve koşulmalıdır. Bütün bu irade beyanları, içeride ve dışarıda ilişkilerin kurulmasını sağlayarak toplumsal düzeni tesis eder. Günün sonunda merkezileşmiş bir siyasi iktidar olarak güçlendikçe devlet, toplumun içerisinde düzenlenen ve çeşitli birlikler içerisinde özgül olarak değerlendirilen bu hukuki olguları değiştirmek, birleştirmek ve bir şekilde himaye edebilmek için nüfuzunu kullanmıştır. Onları mahkemeler aracılığıyla talep edilebilir hâle getirerek, birliklerin iç düzenini devletin düzenine uyumlu olmaya zorlamışlardır. Bu anlamda toplumsal normlar yer yer salt toplumsal düzeni sağlama değil, devletin hukukunu toplumsal birliklerin iç hukukuna sindirme misyonu ile yüklüdür.¹¹⁹ Yine de Ehrlich'e

¹¹⁸ von Benda-Beckman, **a.g.e.**, s. 73.

¹¹⁹ Ehrlich, **a.g.e.**, s. 154, 384-386.

göre, devlet bu çabasında hâlâ tam anlamıyla başarılı olamamıştır. Kodlaştırmalarla birleştirilen veya resepsiyonlarla başka devletlerin hukukundan aktarılan hukuki düzenlemeler ve uluslararası düzenlemelerle yürütülen uygulamalar arasındaki bölgesel farklılıklar mevzuat farklılığından değil, hukuki olguların bölgesel olarak farklı yorumlanmalarından ileri gelir. Toplumsal değişim içerisinde bu olgular sürekli olarak değişime tâbi olur. Mevzuat sabit kalsa da mevcut toplumsal ilişkilere bu olguların ışığında yanıt verilir.¹²⁰ Tamanaha bu konuda daha ileri gider. Ehrlich'in görüşünde “pozitif hukuk sosyal normları yansıtmıyorsa ve aslında sosyal düzeni korumuyorsa, kanun olma iddiasındaki üstün hakkını kaybettiğini” iddia eder ve “bu nedenle bu üstün konumun geri verilmesi veya en azından ‘yaşayan hukuk’ ile paylaşılan, bu ölçütleri karşılayan gerçekten yaşayan toplumsal normlarla paylaşılması gerektiğini” söyler.¹²¹ Bu yoruma karşın, Ehrlich'in devlet hukukuyla yaşayan hukuk arasındaki döngüsellığe dair söylediklerini akılda bulundurmak gerekir. Devletin hukuku salt sosyal normları yansıtmakla kalmaz, güç ilişkilerinin cevaz verdiği ölçüde onları değiştirmeye de kabildir. Tamanaha'nın yorumu bu nedenle bu iki hukuk arasındaki ilişkiyi tek taraflı olarak eksik ele alır.

Hukuki ilişkilerin oluşturduğu toplumsal düzen temel kurumlarda belirginleşir. Dünya üzerinde hukuku hakkında hiçbir fikre sahip olunmayan bir yere gidildiğinde, Ehrlich'e göre bu yer ister bir modern toplum olsun isterse ilkel; aile, evlilik, sahiplik gibi unsurların varlığı farklı görünüşler altında olsa da hissedilebilir. Bu kurumlar somut olarak temas edilebilecek şeyler değildir, ancak bir karı-kocanın birbirine nasıl yaklaşacağı, sahipliğe neden saygı gösterilmesi gerektiği gibi olgular bize bir düzenin varlığını hissettirir.¹²² Nitekim bu nedenle, yani bu kurumların devletten bağımsız bir şekilde oluşmuş olduğu gerçeğinden hareketle, bu kurumlarla ilgili yapılacak çalışmalar, daha etkin bir şekilde işlemesi için uygulanacak politikalar ve yapılacak düzenlemeler için topluma bakılmalıdır.¹²³ Bu noktada Ehrlich'in tarihsel

¹²⁰ A.e., s. 135-136.

¹²¹ Brian Z. Tamanaha, **A General Jurisprudence of Law and Society**, Oxford University Press, 2001, s. 31'den aktaran David Nelken, “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, **Theoretical Inquiries in Law**, C.IX, No.2, 2008, s. 464.

¹²² Eugen Ehrlich. “The Sociology of Law”, Çev. Nathan Isaacs, **Harvard Law Review**, C.XXXVI, No.2 1922, s. 131.

¹²³ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 388.

yaklaşımından uzaklaşarak batı merkezli bakış açısıyla retrospektif bir değerlendirme yaptığını ve kendi eleştirisini “unuttuğunu” belirtmek gerekir. Zira, Ehrlich bizzat kendisi Tarihçi Hukuk Okulu’nu feodal mülkiyetle Roma’daki mülkiyeti ve modern mülkiyeti aynı torbaya atarak eşitlemeye çalışmakla eleştirir. Oysa birbirinden tamamen farklı toplumlarda aynı olguların ortaya çıkmasını bir ihtimal değil bir gerçeklik olarak anlatması tam da eleştirdiği davranışa sebep olur. Üstelik ilkel toplumlar genel bir kategorileştirmeye aynı başlıklar altında değerlendirmeye pek de müsait olmayan bir çeşitliliğe sahiptir. Örneğin; çokeşliliğin genel kural ve çocukların soybağıyla bağlı olduğu, nihayet ebeveynleri tarafından değil tüm klan tarafından yetiştirildiği ilkel toplum örneklerinde gözlemlenen ilişkileri farklı tip bir aile yapısı olarak değerlendirmek, günümüz ailesiyle öyle ya da böyle bir bağlantısı olduğu düşüncesini içerir. Oysa böyle bir durum söz konusu değildir.

Hukukun devlet için yarattığı normatif düzen, diğerlerini yutarak kendisini her sorunun kaynağını bulmaya ve cevabını üretmeye muktedir olarak sunar. Bununla birlikte devletin yarattığı hukuk düzeninden farklı düzenler toplum içerisinde hâlâ hüküm sürer. Bazı durumlarda devletten daha etkili şekilde uygulanabilecek normlar üretir. Zaten insanlar bu hukuk dışı normların olmadığı alternatif bir gerçeklikte, toplumsal hayatta karşılaştıkları her sorun için mahkemelere başvurmak zorunda kalsalardı, sorunların çözümü giderek karmaşıklaşarak imkânsız hale gelirdi.¹²⁴ Hukuk düzeninin mecburi şekilde ataletle sahip olması, toplumun içerisindeki ayrık düzenleri toplumun devamı için zorunlu kılar. Cebri unsurun yokluğunda, birliklerin ürettikleri normların sürekli ihlal edilebileceği düşünülebilir, oysa devletin iktidarına karşın hukuk normları sürekli ihlal edilir. Ehrlich, hukukun baskı kuran ve cebir uygulayan tek birlik olmadığını, aile gibi birliklerin daha çok baskı kurduğunu söylerken, insanların kurallara uymasının esas sebebinin cebir unsuru değil toplumsal ilişkilerin yarattığı zorunluluk olduğunu iddia eder.¹²⁵ Bu durumda cebri icranın hukukilik için önemini daha ayrıntılı incelemek gereklidir.

¹²⁴ A.e., s. 64.

¹²⁵ A.e., s. 64-65, 70.

c. Düzenin Sağlanmasında Cebri İcra Ne Kadar Etkilidir?

Devlet, somut varlığını yaşamımızda her an hissetmesek de düşünce dünyamızı her an şekillendirebilen bir güce sahiptir. Bu bir grup insanın kötücül düşüncelerle makinelerin başına geçerek yaptıkları bir şey değildir; tarihsel anlamda devletin merkezileştirdiği iktidarın toplumsal yaşamdaki yeri, insanları devlet olmadan düşünemeye hâle getirir. Örneğin Bourdieu, yıllarca devleti dışardan ve eleştirel şekilde incelemeye çalışan bir sosyolog olarak, devletin simgesel gücünün etkisiyle şekillendirilmiş bakış açısından uzun süre kurtulamadığını kabul eder, bunu fark etse de yer yer refleks olarak hâlâ devlet merkezli olarak düşünebildiğini söyler.¹²⁶ Gerçekten de toplumsal bir gelecek tahayyülünde üstesinden gelinemeyecek bir küresel kriz haricinde, devletin ortadan kalkacağı bir senaryo hayal etmek modern devlette yaşayan insanlar için çok zordur. Buna rağmen hayal edebilenlerse bu alternatif geleceği distopik bir arka planda güvenliğin tamamen ortadan kalktığı ve herkesin birbiriyle mücadele ederek hayatta kalmaya çalıştığı bir ortam olarak hayal ederler. Devletin ve dolayısıyla hukukunun ortadan kalkmasının ardından böylesine bir güvensizlik ortamı olacağına dair inanış, aslında devletin tekel olarak sahip olma iddiasında olduğu cebir unsurunun toplumsal düzeni sağladığı inanışından beslenir. Bu belki de en çok, bütün hayatını hukuki metinleri incelemeye ve devlet teşkilatlarıyla iletişim halinde geçiren hukukçular için geçerlidir. Dolayısıyla en çok hukukçular devletin dışında var olan bir düzenin varlığını, mahkemelere ya da başka kurumlara başvurmaksızın bunların kendi düzenini yürütebileceğine inanmakta zorlanırlar. Aralarından bir kısmı, en azından antropoloji ve tarihe ilgisi olan küçük bir kısmı, devlet öncesi toplumlardaki komünal yaşamın farkındadır, ancak en iyi ihtimalle bunun günümüz karmaşıklığındaki bir toplum için geri dönülmesi imkânsız bir ütopya olduğu düşüncesiyle devletin dışındaki normatif düzenleri incelemekten kaçınır. Oysa devletin zor gücünün dışında insanların normlarla kurduğu ilişkiyi incelemek, hukuk düzeninin insan hayatındaki yerini anlamayı kolaylaştıracaktır.

¹²⁶ Swartz, a.g.e., s.199.

Ehrlich öncelikle hukukun her alanına yayılmış bir cebir uygulamasının olmadığını iddia ederek başlar. Özellikle anayasa hukukunda cebir uygulanacak unsurlar çok azdır ya da pratik olarak imkânsızdır. Örneğin, mecliste çoğunluğa sahip olan siyasi partilerin milletvekilleri ya da yine çoğunluğa sahip yürütme üyelerinin anayasayı ihlal etmesi hâlinde bunların mahkemeler tarafından sorumlu tutulma ihtimali, kanunlar aksini söylemesine karşın çok düşüktür. Sorumluluk mekanizmasının işlemlerini ve cezalandırmanın gerçekleştirilmesini mümkün kılacak şey bu durumda toplumsal tepkinin giderek büyüyen bir infial yaratması hatta kamuoyunun uyguladığı baskının devrim ihtimaline kadar gidecek bir öfkeye evrilmesidir. Ancak, der Ehrlich, nasıl hukukun tamamen dışında bir etmen, hatta hukukça yasaklanmış bir cebir eylemiyle gerçekleştirilen yaptırım hukukun asli bir unsuru kabul edilebilir? Nitekim toplumsal normlar her zaman bu tip yaptırımlara sahip olur ve çoğu zaman devlet hukukundan daha etkilidir.¹²⁷ Dolayısıyla cebir unsurunu hukukun asli bir unsuru olarak görmemiz mümkün değildir. Bununla birlikte cebir, bütün toplumsal norm düzenleri gibi devletin hukuk düzeninde de elbette gözlemlenir, sadece temel ayırt edici özelliği olduğu söylenemez.

Cebirin iki görünüşü olan ceza hukuku ve özel hukuktaki cebri icrayı inceleyen Ehrlich, ilkinin toplumsal kriz anlarında veya iktisadi sorunlarla birlikte gelişen suç işleme faaliyetinin artışına karşı geliştiğini, ki bu zamanlarda bile nüfusun çok ufak bir kısmının suç işlediğini, toplumun bir organı olarak devletin toplumu, “toplumdan dışlanmışlara karşı” koruduğunu iddia eder. Bu durumda toplumsal birliklerin içerisinde kalabilenler ceza hukukundan uzakta kalacaklardır.¹²⁸ Ehrlich’in düşüncesi burada da suç işleyen insanların toplumdan nasıl dışlandığını, tekrar topluma kabul edilip edilmeyeceklerini veya bunun nasıl gerçekleşeceğini incelemediği için eksik kalır. Yine de toplumun kendi içsel düzeninin, devletin aktif müdahalesi olmadan da işleyebileceğini göstermesi önemlidir.

¹²⁷ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 28-29.

¹²⁸ A.e., s. 68, 73.

Cebirin özel hukuktaki görünüşü olan cebri icra ile ilgili olarak da Ehrlich, gücünün abartıldığını iddia eder ve kredi örneği verir. Tarihte parasallaşma olgusunun ortaya çıkmasından önce kredi; kişinin servetine, toplumsal konumuna, kişisel ilişkilerine ve dürüstlük gibi özelliklerine bakılarak verilirdi. Hatta Ehrlich'e göre peşin para veya rehin gibi teminatlar karşılığında yapılan karşılıklı kredi işlemleri bırakın cebri icrayı, herhangi bir hukuk düzenini bile gerektirmez, basitçe zilyetlik devridir. İnsanlar, ödemelerini günümüzde bile toplumsal konumlarına zarar gelmemesi gibi ahlaki gerekçelere dayanarak ya da borç almaya devam edebilmek için gerekli güveni sürdürebilmek amacıyla pragmatik sebeplerle yaparlar. Bu bağlamda, cebri icra toplumsal ilişkilere kıyasla ikincil bir konumda kalır Ehrlich'e göre. Devamla, kumar borçlusunun borcunu ödemesine dair bir örnek vererek bunun hukuk düzeni tarafından talep edilememesine karşın ödenmesi olgusunu argüman olarak sunar. Bu durumda cebri icra, tıpkı cezadaki görünüşünde olduğu gibi, toplumdan bir anlamda dışlanan müflislere, hilekârlara vb. yönelmesi için ihdas edilmiştir ona göre. Ancak hukukçu baktığında cebri icranın varlığını zorunlu görür, çünkü olay hukukun davet edilmesi aşamasına gelene kadar, yani düzenin sağlanması değil, düzensizliğin çözülmesi aşamasında yerel çözümler fayda vermeyene kadar hukukçu olayın içerisinde değildir, bununla ilgilenmez. Elbette devletin hukuku içerisinde düzenlenmese insanlar tarafından uyulmayacak olan normlar da olabilir. Bunlar genel anlamda devletin, en önemli tarihsel var oluş amaçlarından görülen ordu ve vergiyle ilgilidir. Ehrlich'e göre hukukla düzenlenmese ve cebri icrayla desteklenmese askeri sistem ile vergi sistemi bir anda ortadan kalkar.¹²⁹

Assaf Likhovski, kaleme aldığı ilgi çekici makalesinde Ehrlich'in yaşayan hukuk düşüncesiyle Leopold Ritter von Sacher-Masoch'un eseri olan *Kürklü Venüs* arasındaki benzerlikleri inceler. Söz konusu eserde, bir Galiçya soylusu olan Severin von Kusiemski'nin kendisine bir eşya gibi davranmasını istediği bir kadınla olan ilişkisi anlatılır. Severin von Kusiemski, aşık olduğu Wanda isimli kadının kendisini kölesi olarak kullanmasını ister. Wanda önceleri bunu reddetse de daha sonra bir sözleşme kaleme alarak kendisi istediği müddetçe Severin'in onun kölesi olarak her

¹²⁹ A.e., s. 73-76, 79-80.

istediğini yerine getireceğini, hatta isterse onu öldürebileceğini içeren bir sözleşme hazırlar. Kendisinin tek yükümlülüğü, Severin ile birlikte olduğu tüm zamanlarda kürk giymesidir. Aşk şeklinde başlayan ilişki, Severin'in tekrar tekrar aldatılması ve gördüğü fiziksel şiddet sonucunda hem psikolojik hem de fiziksel acıyı beraberinde getirir. Ancak Severin bundan kendisini de şaşırtacak şekilde zevk almaktadır. Wanda da giderek işkenceye alışmakta, bunu yapmaktan zevk almaktadır. Severin'in kendisini, bütün hukuki güvencelerden yoksun kılarak bir erkin keyfiyetine tâbi kılmasını Likhovski Ehrlich'in düşüncesinde devletin temsil ettiği konuma benzeter. Masoch'un romanından Likhovski'nin çıkardığı düşünce, insanların özgür iradeye sahip olmayı istememeleridir. Likhovski, Ehrlich'te de benzer bir tema görür. Zira Ehrlich'e göre insanlar kurallara itaat ederken devletin yaptırımlarını düşünmezler, onları buna iten esas sebep “bireyin bağımsız düşünmeme ve hareket etmeme arzusudur”.¹³⁰ Devamla, Ehrlich özgürlük ve bağımsızlığın yalnızca düşünür ve sanatçılara has olduğunu iddia ederek Immanuel Kant'ın meşhur “Aydınlanma Nedir?” isimli makalesine atıfla, Aydınlanma düşüncesinin “düşünmeye cesaret eden ergin insanı”¹³¹ seçkin bir gruba mensubiyetle sınırlar. İnsanlar alışkın oldukları şeyleri yapmayı severler ve düşünmeye, entelektüel etkinliklere zaman ve enerji ayırmaktan nefret ederler ona göre. Kadınları da mizojini içeren bir bakışla aynı şekilde ele alan Ehrlich, onların da “sağlam iradeli erkekleri beğendiğini”, onların yerine karar alarak onları düşünme zahmetinden ve derdinden kurtaran erkeklere karşı “içten bir minnettarlık duyduklarını” iddia eder.¹³¹

Ehrlich bu yorumlarında sorumluyu yanlış yerde arar gibi görünür. Hayatlarını tek başlarına idame ettirebilecekleri üretim araçları başta olmak üzere bütün imkânları ellerinden alınmış olan insanları gönüllü bir kölelikle itham ederek sorumlu tutar zira. Salt geçim derdiyle entelektüel çabaları tali görmeleri, ona göre yoksulların hatasıdır, onları bunlardan mahrum bırakanların değil. Yine kadınların, ikincil konumda olmasının sebebinin binlerce yıldır mahkûm edildikleri maddi koşullar ya da zorlandıkları toplumsal pratikler olmadığını, kadınların bir şekilde geliştirdikleri

¹³⁰ Likhovski, **a.g.e.**, s. 58-59.

¹³¹ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 83.

içgüdülerin, erkeklerin karşısında ikincil konumda kalmalarına sebep olduğunu düşünür. Oysa insanlar gerçekten karar ve sorumluluk almaktan kaçınıyorlarsa bunun esas sorumlusu apaçık bir şekilde ortadadır. Bunun üstünü örten ideolojik perdenin kaldırılması gerekir yalnızca. Kaldı ki, insanları bir yandan sorumluluk almaktan kaçınmakla ve bağımsız düşünememekle itham ederken öte yandan toplumsal düzeni inşa eden pratikleri ve hukuku oluşturduklarını söyleyerek onlara ciddi bir sorumluluk yüklemek ve bunun da devletin ve hukukçuların hukukunu belirlemesi gerektiğini iddia etmek uyumsuzdur. Çünkü bu durumda “sıradan” insanlar, yaşayan hukuku oluştururken de egemen görüşlerin doğrudan etkisi hatta emri altında olacak, oluşturdukları hukuk da bu doğrultuda egemenlerin hukuku olacaktır. Bu üstenci görüş benimsenirse aslolanın yaşayan hukuk olduğunu söylemekle egemenlerin hukuku olduğunu söylemek arasında teorik açıdan bir fark olmayacaktır.

Likhovski, sonuç olarak hem Ehrlich hem Masoch’un hukuki formalizme ve onun çıktısı olarak mevzuata şüpheyle yaklaştıklarını, cebrin normlara uyulmasında onur gibi ahlâki değerlere kıyasla ikincil bir değeri olduğunu ve devletin dışındaki “egzotik” olanın “evrensel hakikâtlarin keşfedilmesi için bir kaynak olarak incelenmesi gerektiğini” düşündüklerini belirtir.¹³²

Son olarak Ehrlich, dönemindeki tartışmalara bir yanıt olarak devletin, özellikle bir kısım Marksist tarafından savunulduğu şekliyle bir sınıfın aygıtı olarak kullanıldığı fikrine karşı çıkar. Ona göre:

“Eğer bugünün hukuk düzeninin devletin yardımı olmaksızın ayakta kalamayacağı ve devletin sadece mülk sahibi olmayan geniş kitlelere karşı mülk sahiplerinden oluşan küçük ve sayısı giderek azalan bir azınlığın örgütü olduğu fikri doğru olsaydı hukuk düzeni ve devlet çoktan mahkûm edilmiş olurdu. Fakat yukarıdaki incelememiz hukuk düzeninin korunmasına yönelik devlet imkanlarının, aslında, geniş kitlelere karşı değil, toplumdan dışlanmış, bütün sosyal ilişkilerden kopmuş küçük bir kitleye karşı kullanıldığını gösterdi. Geniş kitleleri kontrolü altına almak için devletin çaba harcamasına gerek yoktur; kitleler hukuk düzenine gönüllü olarak uymaktadırlar zira hukuk düzeninin kendi düzenleri, her birine üye oldukları iktisadi ve sosyal birliklerin düzeni olduğunu fark etmektedirler. Bu nedenle küçük bir azınlığın bu birlikleri büyük çoğunluğu sömürmek amacıyla kullandığı doğru olamaz.”¹³³

¹³² Likhovski, **a.g.e.**, s. 68.

¹³³ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 81.

Bu gönüllülük iddiası akıllara Ehrlich'in çağdaşları olan klasik liberallerin ileri sürdüğü piyasada herkesin rasyonel kararlar aldığına dair inanışıyla -ki bu Likhovski'nin gönüllü tâbiyet teziyle de uyumludur- benzerlik gösterir. Aslında bunun zorunluluklarla ve iktisadi ilişkilerin sessiz baskısını takiben gerçekleştirilen bir ideolojik endoktrinasyonla sağlandığı bilinir. Oysa işçilerin, kendilerine istemedikleri şartlar sunan işverenlerle anlaşmayacağı, dolayısıyla işverenle sözleşme yapılması sürecinde ve çalışma sırasında iki eşit taraf olarak karşı karşıya geleceğini iddia eden liberal düşüncenin inandırıcılığı çoktan ortadan kalkmış durumdadır. Kaldı ki, Ehrlich'in iddia ettiği şekilde geniş kitlelerin açıkça cebir yoluyla ikna edilmesi ya da zorlanmasına gerek yoktur. Mevcut sisteme dönük rızayı üretebilmek için kapitalizm öncesi dönemde şiddet şeklinde bir baskı mekanizması görülebilirse de bu durum kapitalizmle birlikte kendisini iktisadi ilişkilerin sessiz baskısına bırakmıştır. Yani hayatını idame ettirmeye çalışan işçi, emeğini ücret karşılığında piyasaya sunmak ve bu sırada onun dayattığı kuralları kabul etmek durumundadır.¹³⁴ Dolayısıyla kitlelerin hukuk düzenine baktıklarında sosyal birliklerde karşılaştıkları kuralların devlet hukukunca uygulandığını gördükleri ve onu meşru kabul ettikleri doğrudur. Ama bu zaten tam da Marksistlerin iddiasını doğrulamaktadır: İnsanın bilincini belirleyen şey içinde bulunduğu toplumsal üretim ilişkileridir. Dolayısıyla üretim ilişkilerinin içinde bulunduğu vaziyet; devletin yapısını ve hukuku belirler, tersini değil. Bu, devletin hukuku için geçerli olduğu ölçüde yaşayan hukuk için de geçerlidir. İktisadi anlamda tedricen başkasının emeğine el koyarak genişleyen sınıfların, bu el koymayı ve sömürüyü görünmez hâle getiren ve tarafsızlaştıran bir yapıyla birlikte sürekli kılınması sonucunda toplumsal üretim ilişkilerini yaşayan hukuk yansıtırken, devletin hukuku bu görünmezleştirmenin ve ideolojik güdülenmenin sürekliliğini temin etmektedir.

Yine Ehrlich'e göre:

“Birliklerdeki egemen grupların çıkarlarının birliğin tümünün ya da diğer üyelerinin çıkarlarıyla çatıştığını söylemek bütünüyle yanlıştır. (...) Bir toplumun düzeni zayıf olabilir,

¹³⁴ Berke Özenç, **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 135.

liderlerine uygunsuz avantajlar sağlayabilir, geri kalanlara ağır yükler yükleyebilir ancak bu, hiç düzen olmamasından iyidir.”¹³⁵

Aslında hiç düzen olmaması gibi bir alternatif durum söz konusu değildir. Hukuki olguların hukuktan, yaşayan hukukun devletin hukukundan önce geldiğini iddia eden Ehrlich, toplumsal düzenin de devlet düzeninden önce geldiğini elbette bilir. Hatta, bunun siyasi toplum için kaçınılmaz bir gerçeklik olduğu da iddia edilebilir. Dolayısıyla ehven-i şer olarak yansıtmaya çalıştığı durum, aslında bilinçli bir tercihtir.

d. Devlet Dışı Hukukun Tanınması ve Düzene Dahil Edilmesi

Toplumsal hayatın dinamizmi, zaman içerisinde yıllardır var olan birliklerin yapısının değişmesine ve bu bağlamda hukukunun gelişmesine, etki alanının genişlemesine neden olabilir. Değişen toplumsal koşullar içerisinde yeni birlikler ortaya çıkabilir. Devletli toplumlarda, bu yeni durumun önce toplum, daha sonrasında ise devlet tarafından anlamlandırılması gerekir. Ehrlich’e göre eğer toplumda yeni bir birlik ortaya çıkarsa, toplum bunu yaygınlığına ve önemine binaen fark etmelidir. Zaten aksi mümkün değildir, örneğin her aile içerisinde birbirine yakınsayan normatif unsurlar olsa dahi aileler kendi özgül niteliklerini taşırlar. Bunların normatif düzeninin toplumun bir meselesi olabilmesi ve toplumun hukukunu etkileyebilmeleri için belirli bir etki alanına sahip olması gerekir. Ehrlich’in düşüncesinde toplumsal birlik böyle yaygın ve sürekli bir olgu olarak karşımıza çıktığında toplum aksiyon almak durumunda kalır:

“Belirli bir türdeki insan grubu, mesela özel bir aile hayatı biçimi, yeni bir kilise, yeni bir siyasal eğilim, bir bağımlılık ilişkisi, bir zilyetlik biçimi, bir sözleşme içeriği; yaygın olarak vuku bulduğu için önemli ve sürekli bir fenomene dönüştüğünde toplum onu fark etmelidir. Onu ya reddetmeli, gerekirse onunla mücadele etmeli ya da sosyal ve iktisadi ihtiyaçların tatmin edilmesinin uygun bir aracı olarak onu genel sosyal ve iktisadi düzenin içine almalıdır. Bu yapıldıktan sonra toplumun organizasyonuna yönelik yeni bir biçim halini almaktadır ve bu suretle bir sosyal ilişkiye, bazı şartlar altında da bir hukuki ilişkiye dönüşmektedir.”¹³⁶

¹³⁵ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 67-68.

¹³⁶ A.e., s. 122.

Ehrlich toplumun bu yeni duruma karşı tavır alması gerekliliğinden bahsetse de bunun ne şekillerde görülebileceğine eğilmemiş, bununla pek de ilgilenmemiştir. Ehrlich'in teorisinde eksik bırakılan bu kısmı Ralf Michaels devletin alabileceği tutumlar üzerinden tamamlamıştır. Michaels'a göre devlet böyle bir durumla karşılaştığında varlığını doğrudan reddetmek, umursamamak veya yasaklamak yerine üç yola başvurabilir: içirme (*incorporation*), saygı gösterme (*deference*) ve yetkilendirme (*delegation*).¹³⁷

Michaels, devletin içirme yoluyla devlet dışı hukuku tanımasına *Lex Mercatoria* örneğini verir.¹³⁸ *Lex Mercatoria*, Feodal Avrupa'da, özellikle deniz ticaretinin geliştiği şehir devletlerinde mevcut feodal yapının içerisinde yer almakla birlikte şehir genelinde geçerli olan hukukun dışında, iktisadi-ticari şartlara ve örf-âdete dayanan bir ticaret hukukudur. Bu hukuk, loncalar tarafından uzunca bir süre uygulanmış, daha sonrasında diğer feodal yargı kurumlarının içtihatlarında ticari konularda *Lex Mercatoria*'ya başvurulmaya başlanmıştır. Tarihi böylesine eski olmasına rağmen *Lex Mercatoria*, günümüzde uluslararası tahkim kurumlarının yargı yetkisine sahip olduğu uluslararası sözleşmeler ile varlığını sürdürmektedir. Bu uluslararası sözleşmelere örnek olarak; UNCITRAL* tarafından hazırlanan CISG** ve UNIDROIT*** tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Prensipleri verilebilir.¹³⁹ Uluslararası ticaret yapmak isteyen pek çok ülke ve tacir, bugün küresel pazarların devlet dışı hukukuna, yani ulusötesi kurallarına uymak durumundadır.

Michaels'a göre devlet dışı normlarla karşılaşan devletin başvurabileceği ikinci yol saygı göstermedir. Bu yola başvurmak bazı durumlarda zorunlu hâle gelir, zira devlet dışı bütün hukuk normlarını içerebilmek ya da resmi yollarla devlet hukuku

¹³⁷ Ralf Michaels, "The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism", **Wayne Law Review**, C.LI, 2005, s. 1228.

¹³⁸ A.e., s. 1231.

* Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu.

** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması.

*** Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü.

¹³⁹ F. İtir Bingöl, "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.XIX, 2017, s. 1958.

hâline getirebilmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda devlet, bazı topluluk veya topluluk olmayan gruplara özel işlemler kapsamında kendi kararlarını alabilmeleri adına imkân tanır. Devlet, özen yükümlülüğü gibi yükümlülüklerin kapsamının gelişimini ticari pratiklere ve mesleki etik kurallarına bırakabilir.¹⁴⁰

Son yol olan yetkilendirme ile devlet, toplumsal birlikleri ya da onların bazı işlemlerini kendi hukukuna tâbi kılarak düzenlemek yerine onların kendilerini düzenlemeleri için alan açar. Örnek olarak sendikaların işverenlerle yaptıkları toplu iş sözleşmeleri verilebilir. Bu sözleşmelerin hükümleri işveren ile işçi arasındaki bir anayasa gibi varlığını sürdürür.¹⁴¹

Her koşulda, hangi yol seçilirse seçilsin devletin hukuku bir taviz vermiştir ve bu bazen *Lex Mercatoria* örneğinde görülebileceği gibi tarihsel gelişim içerisinde bazı güç ilişkilerinin yerleşikleşmesi sonucunda kabul edilmiş veya sendikaların özerklik kazanmasında görülebileceği gibi mücadelenin sonucunda kazanılmış olabilir. Yine de Michaels’a göre devlet bunların kendi normatif düzenlerini belirli bir seviyeye kadar meşru görse de sadece “kendisine tâbi hukuklar” olarak tanır. Hukuki anlamda tam anlamıyla özerk olmaları engellenir ve devletin hukuku belirleme ve yargılama tekeli böylece sürdürülür. Devlet bunları özerk hukuklar olarak tanımasa dahi bunların etkisinden arî de değildir. Ancak bunlarla mücadele ederek, toplumsal alandan kaldırmak neredeyse imkânsız olduğundan incelikli bir yol bulunarak bunların devletin yasa yapma tekeline sürdürmesi teminat altına alınmıştır.¹⁴² Bunu Michaels şu şekilde özetler:

“Devlet, aynı anda hem devlet dışı normları kabul edip hem de onları hukuk statüsünden mahrum bırakarak, kendisini devlet dışı normlara karşı bağışık hâle getirir. Onları kendi hukukuna benzer olarak değil, farklı olarak kabul eder.”¹⁴³

Bu durum, ulus devletlerin kuruluş aşamasından beri hedefledikleri merkeziyetçi ve tekçi anlayışın doğal sonucudur. Günümüzde, bu tekçiliğin dışına

¹⁴⁰ Michaels, **a.g.e.**, s. 1233.

¹⁴¹ **A.e.**, s. 1234

¹⁴² **A.e.**, s. 1234-1236.

¹⁴³ **A.e.**, s. 1237.

ıkan bazı uygulamalar geçerlilik ya da görünürlük kazanabilse de bunlar birer “farklılık” ya da “zenginlik” olarak yabancılaştırılarak anaakımlaşmasının önüne geçilmekte, günün sonunda merkezietçi düşünce; yabancıyı, anormali ve dışarda kalacak olanı belirleyen normu üretmeye devam etmektedir.

3. Normativite, Normlar, Hukuk Normları ve Davranış Kuralları

a. Hukuki İlişkiler ve Menfaatler

Ehrlich’in temel yapıtaşı olarak toplumsal birlikleri gösterdiği toplum, bu düşünceden hareketle hem birliklerin içindeki hem de birlikler arasındaki toplumsal ilişkilerin karmaşık bir birleşiminden oluşan ilişkiler ağının üzerinde yükselir. Bu ilişkiler, tarihsel anlamda, ilk ortaya çıktıkları anda hukuki ilişkiler olarak ortaya çıkmazlar. İlişkilerin taraflarının karşılıklı ya da çatışan menfaatleri de her zaman hukuk tarafından korunacak çıkarlar olarak nitelendirilmez. Antonov’a göre bunun gerçekleşmesi için söz konusu ilişki ya da menfaatin üç aşamadan geçmesi gerekir. nce bir menfaat ortaya çıkar, bu toplumda yaygınlařtıķa veya yaygınlaşmasa dahi tanındıkça statü kazanır ve “gelenek, zilyetlik veya irade beyanı biçiminde erir”, en nihayetinde hukuka tercüme edilerek kurallaştırılır. Bu kurallar basit bir şekilde gelenek olarak görülebileceği gibi, devletin hukukunda ya da hukukçuların hukukunda içtihat olarak da kendine yer edinebilir.¹⁴⁴ Ehrlich’in çokça kez hukuk öncesi bir toplumsal olgu olarak adlandırdığı zilyetliğin, hukuksallaştırıldığı ölçüde mülkiyet kavramını ortaya çıkarması bahsedilen aşamalı gelişim durumuna örnek verilebilir. Buradan hareketle, toplumda ortaya çıkan olgunun her koşulda hukuka doğrudan yansımadığını, başta iktisadi veya siyasi sebepler olmak üzere siyasi iktidar mücadelesinin belirleyici olduğu menfaatlerin veya mücadelelerin doğrultusunda idealize edilmiş ve bozulmuş bir versiyonunun da hukuk kuralı olarak

¹⁴⁴ Mikhail Antonov, “State Law and Law Enforcement in Societal Systems”, 2014 (evrimii), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395229, 04.08.2024, s.17.

belirlenebileceğini söylemek gerekir. Bu durumda yine hangi menfaatin hukuk kuralı haline getirilerek devlet koruması altına alınacağı da bir siyasi iktidar meselesidir.

Siyasi iktidar meselesi olmakla birlikte şu kesindir ki, hangi menfaatlerin önceliklendirileceği çoğu zaman toplumun bir seçimi değildir ya da en azından toplumda en genelgeçer şekilde kabul gören menfaat değildir. Örnek olarak hukukumuzda çalıntı malın zilyetliğinin devrinin beş senelik zamanaşımına tâbi olması verilebilir. Çalıntı bir malın üçüncü kişiye satılması durumunda muhtemelen çoğunluk, malın mülk sahibine geri verilmesini daha adil bulacaktır. Ancak iktisadi sistem için mevcut ticari ilişkilerin güven içerisinde ilerlemesi daha önemlidir. Dolayısıyla söz konusu kural ile korunan değer ticarete güven olacaktır. Bu kural toplumda egemen olan ahlâk normlarına uymasa dahi kabul edilebilir bir marjda onu esnetmektedir. İşte bu marjı esnetebilmek siyasetin işidir. Bu amaçla gerçekleştirilen her fiil de kendisini hukuk ya da başka bir kılıf altında gösteriyor olsun, siyasi saik taşır.

Hukuki ilişkiler Ehrlich'e göre, hukuk tarafından korunan menfaatlerin yan yana ya da karşı karşıya gelmesiyle ortaya çıkar. Menfaatlerde olduğu gibi, hukuki ilişkilerde de o ilişkiyi hukuki yapan şey öncelikle onun hukuk kurallarınca tanımlanmış olması değil, toplumsal olarak tanınmış olmasıdır. Bu tanınmanın sonucunda, toplumsal ilişkinin hukukten korunması gereken çıkarlara sahip olduğuna karar verilirse, artık hukuki bir ilişkiden bahsedilebilir.¹⁴⁵ Nitekim Vogl'a göre, Ehrlich burada dar anlamda ve geniş anlamda hukuki ilişkiler arasında bir ayrım yapmış, dar anlamda hukuki ilişkilerin hâlihazırda hukuk kuralları tarafından korunmaya değer görülen menfaatleri gösterdiğini, geniş anlamda hukuki ilişkilerin ise toplumsal olarak tanınmakla birlikte hukuk tarafından henüz kurallaştırılmamış ancak korunmaya değer menfaatleri nitelediğini ve bu menfaatlerin hukuk tarafından tanınması için mücadele edildiğini ifade etmiştir.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Stefan Vogl, "Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan", **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 112.

¹⁴⁶ A.e., s. 112-113.

b. Davranış Kuralları Olarak Hukuk

Ehrlich'in düşüncesinde hukuk, toplumda normatifliği ve düzeni sağlayan davranış kurallarından yalnızca bir tanesidir. Toplumsal birlikler içindeki davranış kuralları, birliğin üyelerinin hak ve yükümlülüklerini belirlemek suretiyle düzeni oluşturarak birliğin bir arada kalabilmesini sağlar. Bunların etkin bir şekilde uygulanamamasıysa birliğin varlığını tehlikeye atar. Hukuk kuralları, davranış kuralı üreten diğer toplumsal iktidar mekanizmalarında ihdas edilen kurallara, salt hukuki olmasından gelen bir meşruiyetle daha üstün olarak nitelendirilemez. Ancak Ehrlich'e göre bu düşünce, "Hukuku bilmemek mazeret sayılmaz." ilkesine karşıttır, zira insanlar bilmedikleri davranış kuralına uyamazlar.¹⁴⁷ Ehrlich'in bu düşüncesine katılmak mümkün gözükmüyor. Zira Ehrlich'in de katılacağı üzere, toplumsal davranış kuralları genel olarak bir kitapçığa bakarak onları öğrenerek değil, bir toplumsal birliğin parçası olmak suretiyle onun iç işleyişini ve kurallarını deneyimleyerek ve hatta hissederek öğrenilir. Bunlara uyulmadığında, bu kuralın varlığını bilmemek yine bir mazeret sayılmaz, örneğin edep ve adap kurallarına aykırı davranan bir insan ayıplanır. Hukukun bu anlamda bir farkı yoktur. Hukukun tek farkı, eğer toplumsal mühendislik gibi amaçlarla topluma yabancı yeni davranış kuralları ihdas edildiyse bunların yurttaşlar tarafından hissedilmesinin, toplumdan doğan kuralların hissedilmesine kıyasla daha güç olmasıdır.

Hukuk kuralları bu anlamda diğer toplumsal normlarla birlikte düzeni inşa eder, düzen sadece hukuk kurallarına dayanmaz, bu bir yanılgıdır. Ayrıca bizzat hukuk kuralları da diğer toplumsal normlar tarafından şekillendirilir. Ahlâk, nezaket, görgü kuralları gibi hukuku şekillendirmelerinin beklenebileceği kuralların yanında Ehrlich, moda kuralları gibi kuralların dahi hukuki ilişkileri ve bundan doğan kuralları şekillendirebileceğini iddia eder.¹⁴⁸ Bunların birlikte inşa ettiği davranış kuralları

¹⁴⁷ Ziegert, "A Note on Eugen Ehrlich"; Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 16, 18, 47-48. Ehrlich'e göre her kural davranış kuralı da değildir. Toplumsal hayatı düzenlemedikleri için normatif kabul etmediği kurallar arasında hijyen kuralları, dil kuralları ve lezzet kuralları yer alır. (Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 47).

¹⁴⁸ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 62.

bütününün arasında bir fark olmadığını söylerken, iddiasını ahlâk ile hukuk karşılaştırması üzerinden açıklar:

“Hukuk ile ahlak arasındaki farkın hukukun heteronom, ahlakın otonom olmasına, hukukun dışardan dayatılmasına, ahlakın ise içerden gelmesine dayandığını, bugün sıklıkla söylendiği gibi, söyleyemeyiz. Davranış kuralları olarak bütün normlar aynı anda hem heteronom hem de otonomdurlar. Heteronomdurlar çünkü birliklerde doğmaktadırlar; otonomdurlar çünkü temellerinde birlikleri oluşturan bireylerin tutumu vardır. Aynı şekilde normlar, normlara itaatin yalnızca normların biçimlendirdiği bir kanaatten ileri geldiğinde gerçek değere sahip olarak görülmesi anlamında otonomdurlar. (...) Bir norm, bir hukuk normu ya da başka türden bir norm olsun, insanların davranışlarını ona göre düzenlemeleri anlamında tanınmalıdır. Kimsenin kulak asmadığı bir hukuk ya da ahlak sistemi kimsenin takip etmediği bir moda gibidir.”¹⁴⁹

Dolayısıyla bütün davranış normları, uyulmak üzere ortaya konur ve toplum nezdinde düzeni sağlama amacıyla var oldukları ölçüde eşdeğerdirler. Hukuki kurumlar da davranış kuralı hâline geldikleri ölçüde geçerli olacaklardır. Ehrlich bu konuda hukuken tanınmış hakların kötüye kullanılması yasağını örnek verir. Öyle ki mülk sahipleri dahi, mülkleri üzerinde sınırsız bir hakka sahip olmalarına karşın bu haklarını çevrelerindeki insanları rahatsız etmeden kullanmak zorundadırlar. Yine sözleşmeler söz konusu olduğunda, iyi niyet, dürüstlük ve ticari teamüller gibi hukuk dışı normlara başvurulması gerekmektedir. Bu anlamda, Ehrlich’e göre sözleşmeler cebir vb. devlet yaptırımlarının etkisiyle uygulanabildiğinde değil, davranış kuralı haline geldiğinde etkili olacaktır.¹⁵⁰ Her ne kadar mülkiyet hakkı gibi hakların sınırları ve sözleşmelere dair hukuk kurallarını içeren mevzuat, Ehrlich’in dönemine kıyasla bize daha net bir çerçeve sunsa da, bunlara dair yapılan yorumların her koşulda hukuk dışı normlara dayandığını ve bir uyuşmazlık hâlinde karar verecek yargıçların zihinlerinin de bu hukuk dışı normlarca şekillendirilmiş olacağını akılda tutmak gerekir. Bir toplumsal ilişki ya da norm, hukuk kılıfı geçirilmiş olmaksızın toplumsal tanınmayla edindiği toplumsal nüfuz ile etkili olabildiğinden hukukçuların zihnine dahi etkide bulunabilir. Hatta Ehrlich’in iddiasına göre yine aynı doğrultuda, hukuken tanınmamanın ötesinde yasaklanmış bir normun dahi zamanla hukuki kabul edilebilmesi mümkün olacaktır: “Sosyal olarak geçerli olan ancak devletin bir yasağını ihlal eden bir normu sosyolojik anlamda hukuk normu olarak değerlendirip

¹⁴⁹ A.e., s. 167-168.

¹⁵⁰ A.e., s. 63, 114.

değerlendirmeyeceğimiz bir sosyal güç meselesidir.”¹⁵¹ İşte bu “sosyal gücün” oluşturulmasında ve kullanılmasında, Ehrlich’in birliklerinin kurucu bir rolü vardır. Ehrlich her ne kadar birliklere böyle bir görev biçmese de düşüncesinden doğrudan çıkarılabilecek mantıksal sonuç bu olacaktır. Toplumda ortaya çıkan hukuki ilişkiler veya normlar, devlet tarafından tanınmasa ve dahi yasaklansa da toplumsal birliklerin alanlarındaki devlet dahil farklı birliklerle birlikte vereceği normatiflik mücadelesi sonucunda ya devletin hukukuna rağmen var olacak ya da devletin hukukuna kabul edilecektir.

Ehrlich, hukuki norm ile hukuki olmayan normlar arasına ayırım çekmenin hem çok zor olduğunu hem de pratikte bir anlam ifade etmediğini söylemekle birlikte bunlar arasındaki ayırımı sosyal psikolojiye havale eder. Bu noktada, ahlâk kuralının çiğnenmesinin öfke, edepsizliğin tikslenme, nezaketsizliğin ayıplanma, hukuk kuralının ihlalinin ise isyan duygusunu tetiklediğini, hatta hukuk kuralının *opinio necessitatis*, yani tekrarlayan eylemlerin hukuki bir gereklilik oluşturduğuna dair inancın çiğnenmesi anlamına geldiğini iddia ederek bir ayırım çekmeye çalışmış¹⁵², bu denemesi tezinin belki de en çok eleştirilen kısmı olmuştur. Tamanaha, Ehrlich’in yaklaşımını “uygulanması zor ve hukuki ve hukuki olmayan normlar arasında güvenilir bir ayırım sağlamaktan aciz” olarak nitelemiştir¹⁵³, Rottleuthner ise Ehrlich’in hukuk normlarını oluşturan toplumsal birimi toplumsal birlikler olarak belirlemesine karşın hukukun algılanmasını tamamen bireysel bir tepki olarak duygularla açıklamasını eleştirmiştir. Zira birlikler duygu hissetmezler.¹⁵⁴ Duygulara dayalı ayırımı, Kelsen ile yaptıkları ve elinizdeki çalışmada sonradan değinilecek olan tartışmanın da konularından birini oluşturmuştur.

Ehrlich’e yöneltilen eleştirilere katılmamak elde değildir. Özellikle döneminde, kökeni ve meşruluk kaynağı olarak çoğu zaman soyut hatta bazen

¹⁵¹ A.e., s. 168, 171.

¹⁵² A.e., s. 166. Heper, a.g.e., s. 230; Antonov, a.g.e., s. 13.

¹⁵³ Brian Z. Tamanaha, “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C.XXV, 1995, s. 505’ten aktaran Hertogh, “From ‘Men of Files’ to Men of the Senses”, s. 6.

¹⁵⁴ Hubert Rottleuthner, “Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk”, Çev. Çiğdem Vardar, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, No.1 2013, s. 72-73.

doğüstü kaynaklara atıfta bulunulan bir dönemde hukuk sosyolojisi bilimini, hukukun kaynağını somut ve olgusal olarak keşfetmede bir yöntem olarak kullanan Ehrlich'in, konu normların ayrılmasına gelince tamamen sübjektifliğe dayanan bir yorum yapmış olması, onun teorisine eleştiriler yönelttilmesini haklı kılar.

c. Toplumsal Normlar, Hukuk Normu, Karar Normu, Hukuki Önergeler

Ehrlich'in hukuk sosyolojisini anlamak için toplumsal kurallara dair yaptığı ayırım önem taşır. Ehrlich'in hukuk kurallarını ya da normlarını düzeni sağlayan davranış kuralları olarak gördüğünden hâlihazırda bahsedilmişti. Ehrlich'in diğer bir kavramı olan “hukuki önerme” ise onun tanımıyla “bir kanunda veya hukuk kitabında yer alan hukuki kuralın kesin, evrensel olarak bağlayıcı formülasyonu”dur.¹⁵⁵ Bu anlamıyla hukuki önermeye örnek olarak, resmi organlarca (örneğin yasama meclisi) ihdas edilen ve emir içeren bir kanun maddesi verilebilir.

Bunlara ek olarak karar normundan bahsedebilir. Karar normları da bir davranış kuralı olmakla birlikte mahkemeler aracılığıyla bulunur ve ilan edilir. Yani aslında mahkeme içtihatlarıdır. Bunlar da zaman içerisinde hukuki önermeye, yani kanunlara dönüştürülebilirler.¹⁵⁶ Bu bir yasama işlemiyle gerçekleştirilebileceği gibi, hukukumuzdaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları gibi bir bağlayıcı hukuki önermeye dönüştürülebilir. Bunlara hükmi hukuk adı verilmektedir.

Ehrlich, bu haliyle normların toplum içerisinde iki farklı düzene yol açtığını belirtir. Hukukun olgularından; teamül, sözleşme, zilyetlik ve egemenlik ilişkilerinden doğan, daha doğru bir ifadeyle toplum tarafından kendiliğinden üretilen davranış kuralları birincil normatif düzeni oluştururken, mahkeme kararları ve hukuki önergelerle birincil düzenin unsurlarını “koruyan, değiştiren, şekillendiren ya da

¹⁵⁵ Salif Nimaga, “Pounding on Ehrlich. Again?”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 161.

¹⁵⁶ A.e., s. 159-161.

ortadan kaldıran” ikincil düzen de toplumda benimsendiği ölçüde davranış kurallarını oluşturur. Ancak bu iki hukuk düzeninin birleşimiyle toplumun hukukundan bahsedilebilir.¹⁵⁷ Bununla birlikte özellikle hukukçular, genelde bu iki hukuk düzeninden kurucu olanı değil, koruyucu olanı görme eğilimindedir. Bu hem bir kolaycılıktan hem de “mesleki deformasyon”dan ileri gelmektedir. Hukuk tarihçileri için, geçmiş dönemlerin kanun metinleri üzerinden bir çalışma yapılarak anakronik olması pahasına, yaygın olarak uygulanan ve yeknesak bir hukuk varmış gibi genel kurallar çıkarmak kolaydır. Günümüzde ise hukukçuların önüne gelen uyuşmazlıklar kanun metinlerine göre çözülür. Bu da hukuki önermeleri toplumsal yaşamın merkezinde, onun bütün sorunlarını çözen bir noktada konumlandırmalarına neden olur. Yine de hukuki önermelere yüklenen anlam çok da temelsiz değildir, sadece yetersizdir. Çünkü gerçekten de hukuki önermeler, toplumda ve toplumun hukuki olgularında değişiklik yapmaya muktedir olabilir. Ancak Ehrlich bunun için de hukuki önermenin davranış kuralı hâline gelmesi gerektiğini savunur. Önce hukuki önermeyi mahkemeler uygular, ardından bu uygulama yaygınlaştıkça insanların zihnine ve toplumsal pratiklerine yerleşir ve bir davranış kuralı hâline geldikten sonra hukuki önermenin yönelmek istediği doğrultuda toplumsal norm oluşmuş olur.¹⁵⁸

C. Hukukun Üç Kategorisi

Elinizdeki çalışmada, şimdiye kadar Ehrlich’in topluma bakışı anlatıldı. Anlatımda göze çarpacağı üzere, Ehrlich temel olarak üç ayrı aktöre yoğunlaşır: toplumsal birlikler aracılığıyla hukukunu üreten bütün bir toplum, yaptıkları yargılamalarla karar normlarına vücut vererek hukukun gelişimini sağlayan hukukçular ve toplumdaki hukuk düzeninin cebirle birlikte güvencesini sağlama amacıyla olan merkezîyetçi yapı olarak devlet. Bu üç ayrı aktörün ürettiği normları Ehrlich üç ana başlık altında toplar: yaşayan hukuk, devletin hukuku ve hukukçuların hukuku.

¹⁵⁷ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 198; Nimaga, *a.g.e.*, s. 159.

¹⁵⁸ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 193-194, 394-395.

1. Hukukçuların Hukuku

Hukukçuların hukukunu, yaşayan hukuk ve devlet hukukunun arasında bir yerde konumlandırabiliriz. Bu hukuk, devletin hukukunun çizdiği sınırlar içerisinde, yaşayan hukukun etkisi altındaki yargıçlar tarafından uygulanan hukuktur. İki tarafa da yaslanabilen yapısı nedeniyle, hukuk güvenliğini ve tutarlılığını sağlamak adına merkeziyetçi bir yapıyla hukukun tekleştirilmesi için mücadele eden devletin, yaşayan hukuk ile birlikte gelişebilmesini, içtihatlarıyla hukukçuların hukuku sağlar.¹⁵⁹ Bu durum, tarihsel anlamda hukukçuların uzmanlaşması olgusuyla açıklanabilir. Devlet öncesi toplumlarda, en azından yasama aracılığıyla hukuk üretiminin henüz gerçekleşmediği toplumlarda, toplumsal uyumsuzluklar hâlinde uygulanabilecek normları bulmak için hukukçulara yine ihtiyaç bulunmaktaydı. Ancak bu hâliyle hukukçular, toplumdaki teamüllere veya davranış kurallarına başvuracağı için, henüz toplumun organı olarak hareket etmekteydiler. Ne zaman ki, hukukçular yasamayla sınırlanmaya başladılar, o zaman devletin organı hâline geldiler.¹⁶⁰ Bu durumda dahi, yani antik yasama faaliyetinin Hammurabi Kanunları ya da daha ilerleyen zamanlarda Corpus Iuris Civilis örneklerinde görüldüğü gibi, hatta Ehrlich'in iddiasına göre Fransız Medeni Kanunu örneğinde dahi görülen, dar anlamıyla bir yasama faaliyeti değil, içerik bağlamında hukukçuların hukukunun bir araya getirilmesi faaliyetidir.¹⁶¹ Günümüzde de yasama faaliyetinin toplumsal yaşamı düzenleme noktasındaki etkisi giderek artsa da hukukçuların hukukunun aynı misyonu devam etmektedir. Bununla birlikte Ehrlich'e göre hukukçuların hukuku yasama faaliyetini belirlese dahi ayrı bir hukuk tipi olarak var olmaya devam eder, hükmi hukuk kanuna alınırken (kodlaştırılırken); yalnızca değiştirildiği, ılımlılaştırıldığı, mevcut koşullara uydurulduğu veya yeniden bulunduğu için hükmi hukuk olmayı bırakıp devlet hukukuna dönüşmez, hükmi hukuk ve devlet hukuku birbirinden ayrıdır.¹⁶²

¹⁵⁹ Can, **a.g.e.**, s. 206.

¹⁶⁰ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 123, 247.

¹⁶¹ Ehrlich, "The Sociology of Law", s. 140.

¹⁶² Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 410-411.

Hukukçuların ürettikleri hukuk normlarını hukuki yapan şey, Ziegert'e göre, devletin ya da toplumun organı olmalarından ya da devletçe yasalaştırılmalarından bağımsız olarak "karar vermenin uzmanlaşmış performansı" olmalarıdır.¹⁶³ Öyle ki Ehrlich'e göre:

"Hukukçuların yapıcı etkinliği olmadan, genelleştirmeleri ve teklife indirgemeleri olmadan, insan birliklerinin iç düzeninden genel hukuki önermeler çıkamaz. İç düzen bir hukuki norm olarak, kesin olmak gerekirse, bir karar normu olarak kalmaktadır."¹⁶⁴

Vogl, Ehrlich'in bir başka eseri olan *Die Juristische Logik*'i* incelediği çalışmasında, Ehrlich'in hukukçuların hukuku şekillendirirken "hukuki kavramları hukuki değil dilbilimsel bir temelde inşa ettiğini" düşündüğünü aktarır.¹⁶⁵ Zira her hukuki uyumsuzlukta, menfaatlerin uyumsuzluğu söz konusudur. Hukukçu önüne gelen uyumsuzlukta çatışan menfaatleri bulmalı, daha sonra bununla ilgili hukuki önermeleri araştırırken bu menfaatleri aramalıdır. Hukuki önermede doğrudan kast edilmese de çatışan menfaatlardan birinin korunması yönünde yorumlanabilecek bir nüve bulabilirse, buna dair normu dilsel temelde inşa ederek uyumsuzluğu çözecektir. Bunu yaparak yasa koyucunun iradesinden sapsa da ilamında yine yasa koyucunun yargısını ortaya koymuş olacaktır.¹⁶⁶

Hukukçuların entelektüel emekleriyle uzmanlaşması, hukukçuluğun bir meslek olarak ortaya çıkmasıyla birlikte ayrıca bir tabakalaşmaya/zümreleşmeye de yol açmıştır. Bu zümrenin üyeleri olarak, avukat, yargıç ve savcılar ile doktrin mensupları sayılabilir. Hukukçular zümresi, tarihsel olarak yargılama alanında salt adalet mefhumunu önceleyerek hareket etmemiş, kendi zümre içi menfaatleri ve rekabetleri de hukukun şekillenmesinde etkili olmuştur. Bununla birlikte hukukçuların içinde bulunduğu yargı alanı kapalı devre bir yapı değildir, dolayısıyla salt şahsi menfaatler ile şekillenmez. Dış etkilere fevkalâde açık bir alan olarak, toplumdaki yaygın inanışlar, adalet hissi, hak bilinci vb. unsurlar yargılama alanında hukukçunun

¹⁶³ Ziegert, **a.g.e.**

¹⁶⁴ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 354.

* Maalesef bu eserin Türkçe ve İngilizce'ye çevirisi bulunmadığı için elinizde bulunan tezde doğrudan inceleme imkanı bulunamamıştır.

¹⁶⁵ Vogl, **a.g.e.**, s. 110.

¹⁶⁶ Antonov, **a.g.e.**, s. 17; Vogl, **a.g.e.**, s. 110, 116.

zihninde yer eder. Yine toplumdaki farklı iktidar grupları arasındaki güç dengeleri de hukukçunun norm üretirken çatışan menfaatler arasında seçim yapmasında etkilidir.¹⁶⁷ Dolayısıyla bunları yansıtan yaşayan hukuk, hem toplumsal normların belirlenmesinde hem de hukukçuların bakış açısının ve menfaatlerinin, kendi alanları içerisindeki ilişkilerinin şekillenmesinde etkili olur. Bu anlamda hukuki önermelerin yorumlanması ve karar normlarının ortaya konması, aslında salt bir adalet mefhumu değildir, aynı zamanda hukuk alanının içerisindeki hukukçuların simgesel iktidar mücadelesine de sahne olur. Bu mücadelede Ehrlich, hukukçuların genelde “bir egemen gücün hizmetinde hukuku yok saydıklarını” kabul etmekle birlikte, nadiren de olsa egemen güce karşı direnişin adresi olabildiklerini söyler.¹⁶⁸ Özellikle toplumsal dönüşüm zamanlarında, devrimsel süreçler içerisinde toplumsal birliklerin normatif düzeninin, devletin dayattığı normatif düzenin çatlaklarından içeri sızdığı anlarda bunu mümkün kılacak bir pencere açıldığı iddia edilebilir.

Hukukçuların mücadelesinin, Bourdieu’nün kullandığı terminolojiyle bir simgesel iktidar mücadelesi olduğunu söylemek mümkündür. Bunun nedeni, söz konusu mücadelenin zora dayanan, somut yapılar üzerindeki bir mücadeleden çok, zihinleri şekillendirme ve hukuki olguların soyutlaştırılmasına dair bir mücadele olmasıdır. Ehrlich de tam bu doğrultuda, gerçek anlamıyla hukukun “hukuki önermelerden değil, hukuki kurumlardan oluştuğunu” iddia ederken, teorinin görevinin “bu kurumların gelişimine sebep olan esaslı güçleri keşfetmek” olduğunu söylemektedir.¹⁶⁹ Zira ona göre:

“Hukuk ve hukuki ilişki dokunulur gerçeklikte değil, insanların zihninde var olan düşünsel kavramlardır. Bilinçlerinde hukuk kavramını taşıyan insanlar olmasaydı hukuk diye bir şey olmazdı. Ama burada, her yerde olduğu gibi, kavramlarımız dokunulur gerçeklikten aldığımız malzemeye şekillenmektedir. Her zaman gözlemlediğimiz olgulara dayanmaktadırlar. Bu olgular hukuk ve hukuki ilişki kavramları insan zihnine girmeye başlamadan önce var olmalıydılar.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 212-213.

¹⁶⁸ A.e., s. 183.

¹⁶⁹ A.e., s. 88-89.

¹⁷⁰ A.e., s. 88-89.

Burada toplumda gözlemlenen olguların doğrudan kendisinin hukuk olarak ifade edilmediğini ve edilmeyeceğini, soyutlaştırma ve genelleştirme faaliyetinin aslında egemen güçlerce makbul kabul edilen olguların seçimi olduğunu kabul etmek gerekir. Hukuk her zaman toplumda olandan şekillenebilir, ama toplumda aynı konuya ilişkin her zaman bir tane mi olgu vardır? Hukuk dışı kurallardan, örneğin dil kurallarından bir örnek verelim. İstanbul Türkçesi, Türkçe dil kuralları açısından neden makbul Türkçe olarak kabul edilir? Türkiye’de yaygın olarak konuşulan pek çok farklı ağız bulunur, dışarıdan göç alan yapısı nedeniyle İstanbul başta olmak üzere büyük şehirlerde bu ağızlara yaygın olarak rastlanır. Ortaya çıktığı dönemde İstanbul Türkçesini hakkıyla konuşan bir avuç burjuva, aristokrat ve bürokrat-asker vardır. Ama yine de İstanbul Türkçesinin kuralları, ülkede kabul edilebildiği müddetçe karşı çıkılmayan normlar olarak kabul edilmişlerdir. Ya da İnkılap Kanunları ele alınabilir. Bazıları tartışılmaya devam edilse de büyük bir kısmı Osmanlı toplumunda yaygın olarak uygulanan toplumsal normların karşısında yer alsa da benimsenmiştir. Bu durumda, Ehrlich’in önerdiği yöntem toplumda var olan bir şeyi doğrudan soyutlaştırıp genelleştirmek olamaz. Elbette kabul görececek olan normları kanunlaştırmak her zaman daha kolaydır, ama devletin cebir ve şiddet gücü de kolay olmayanı kabullendirmek için önemli bir araç olarak karşımıza çıkar. Örneğin E.P. Thompson, çitleme hareketi ve Sanayi Devrimi boyunca görülen mülksüzleştirme ve proleterleştirme hareketlerinin “darağacının gölgesinde” gerçekleştiğini söylerken, feodal üretim tarzından kapitalist üretim tarzına geçişte hukukun ideolojik bağlılığıyla dönüştürücü etkisini ortaya koyar.¹⁷¹ Ehrlich’te ideolojinin etkisi bu anlamda küçümsenir ya da göz ardı edilir. Bu bağlamda; örneğin pek çok alternatifin arasında Roma İmparatorluğu’nda mülk sahibi özgür köylünün aile düzeninin, İngiltere’de şövalyelerin miras hukukunun genelleştirildiğini söyler, bunun pratik kurallar koymak adına yapıldığını düşünür.¹⁷² Oysa bu durum adalet yönetimi ya da yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürümesi için alınmış salt teknik bir karardan kaynaklanamaz, mevcut sınıf çatışmasının egemen veçhesiyle uyumlu bir siyasi tercih olmasalar, bu genelleştirmeler mevzuatta kendilerine yer bulamazlar.

¹⁷¹ E. P. Thompson. **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, Birikim Yayıncılık, 2004, s.100.

¹⁷² Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 359.

2. Devletin Hukuku

Devletin otoritesinin bir sonucu olarak onun cebir ve yaptırım gücüyle desteklenen emir ve yasak içeren hukuki önermelerle inşa edilmiş olan hukuk, devletin hukukudur. Ehrlich, devletin hukukunu, yasama ya da yürütme aracılığıyla ihdas edilen her türlü düzenleme şeklinde ele almamış, öncelikle “devletin dışında var olamayacak hukuk” olarak nitelemiştir.¹⁷³ Bu bağlamda, devletin hukuk üretme mekanizmaları tarafından üretilmiş, ancak daha sonra toplum tarafından kabul edilip davranış kuralına dönüştürülen hukuk kuralları, bu nedenle salt devletin hukuku olma niteliğini kaybeder.

a. Devletin Hukuk Tekeli

Ehrlich’e göre devletin, gerçekdışı bir şekilde, kendisini diğer normatif düzenlerin üstünde konumlandırabilmesinin dört nedeni vardır. Bunlar:

“Birinci olarak, yasama yoluyla hukuk yapımına katılması; ikinci olarak, devlet mahkemeleri ve kısmen diğer merciler aracılığıyla hukuk yönetimine katılması; üçüncü olarak, devlet mahkemeleri üzerindeki gücü ve denetimi ve böylece kanunların uygulanmasını sağlaması; son olarak, hukukla uyumlu olan olgusal durumun korunmasının birincil olarak ya da en azından nihai olarak, devletin cebir gücüyle gerçekleştirilebileceği fikri.”¹⁷⁴

Aslında Ehrlich’in saydığı bütün nedenler, merkeziyetçi devletlerin egemenlikleri bağlamında hukuk tekeli elinde bulundurma iddialarının doğal sonucudur. Güçlü bir merkezi iktidarın kurulmasıyla, hukuk ideolojisi de bu merkezi iktidarın bir aracı hâline gelmiş, dolayısıyla devletin hukuku üreten ve yöneten tek kurum olduğu düşüncesi giderek yaygınlaşmıştır. Bununla birlikte Ehrlich adalet düşüncesinin devletle birlikte ortaya çıkmadığını iddia eder. Devlet öncesi toplumlarda da gerek ihkak-ı hak, yani kişinin kendi hakkını gerekirse cebir uygulayarak eline alması, gerekse de toplumda tedricen sivrilmiş nüfuzlu kişilerin yürüttüğü

¹⁷³ A.e., s.139.

¹⁷⁴ A.e., s.141.

kurumsallaşmamış adalet mekanizmaları mevcuttur. Ancak bu mekanizmalarda suçlar ve cezalar salt geleneğe dayanır, genelde tıpkı bir mahalle tartışmasında görülebileceği gibi dostane çözümler bulunmasına çalışılır.¹⁷⁵ Devlet ortaya çıktıktan sonra da uyuşmazlık çözümünde ilk başvurulacak adres olmamakla birlikte adaleti sağlamakla görevlendirilir, ancak devletin hukukunun ortaya çıkması bundan çok sonra olur.¹⁷⁶ Devlet, Ehrlich'in düşüncesine göre kuruluş aşamasında "savaşçı soylu kabileler federasyonu" olarak nitelenebilecek bir askeri organizasyondur. Bu askeri organizasyonun idame ettirilebilmesi için haraç toplamak (ki Roma döneminde bunlar vergiye dönüşmüştür) devletin ana vazifelerinden bir tanesi olmuştur.¹⁷⁷ Adalet yönetimi fikrinin devletin görevi addedilmesinden önce devlet, kendi temsil ettiği düzeni korumak adına kurumlar yaratmış ve hukukunu ortaya çıkarmış, zaman içerisinde devletin hukuk alanı üzerindeki egemenliği genişledikçe önceden toplumsal uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına bırakılan hususlar devlet tarafından, ancak toplumun organı sıfatıyla uygulanmaya başlanmıştır. Ehrlich bunu şu şekilde anlatır:

"Devletin yarattığı hukukun büyük çoğunluğu, devletin toplumun bir organı olarak vazettiği birinci dereceden normları içermektedir. Bu türden normlar şunlardır: Devletin anayasası, devletin salt karar normları, sosyal ve iktisadi hayatın çeşitli bölümleri (örneğin eğitim, ticaret, finans) için devletin tesis ettiği kurallar. Ancak devlet hukukunun bir diğer çok önemli kısmı münhasıran ikinci dereceden normlar aracılığıyla toplum ya da devlet hukukunun korunması için tasarlanmıştır. Bu, devlet hukukuna dönüşmüş olduklarından, ceza hukuku ve usul hukukunu ve ayrıca *Gefährdungsverbote*'yi*, kolluk kurallarını kapsamaktadır. Öyleyse ceza hukuku, usul hukuku ve kolluk hukuku yalnızca ikinci dereceden normlar içermektedirler: Hayatı doğrudan tertip etmemektedirler; başka yollarla kurulmuş olan düzeni ayakta tutmak için tasarlanmışlardır."¹⁷⁸

Devamla, Ehrlich bu korunmanın nasıl gerçekleştiğinden söz eder:

¹⁷⁵ A.e., s. 142-143.

¹⁷⁶ A.e., s. 145. Ehrlich, adaletin devlet tarafından yargı teşkilatı aracılığıyla sağlanması olgusunun Avrupalı bir düşünce olduğunu iddia eder. Müslüman toplumlarda ona göre, yargılamayı yapan kadı, bölgesel otoriteler tarafından göreve getirilir ve devletten bağımsız hareket edebilir. Bu iddia hiç de yerinde gözüküyor, zira İslam'ın egemen olduğu coğrafyada "adalet dairesi" düşüncesi, yani devletin adaleti sağlamakla meşru olacağı düşüncesi en aşağı 9. yüzyıla dayanır. Aslen Sasani İmparatorluğunun hükümdarı Erdeşir'in vasiyetnamesine dayanan bu kavram, 8. yüzyılda vasiyetnamenin Arapçaya çevrilmesinin ardından öğrenilmiş, 9. yüzyılda İbn Kuteybe tarafından İslam literatürüne dahil edilmiştir. (Ateş Uslu, **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.I, İstanbul, Yordam Kitap, 2021, s. 301-305, 339).

¹⁷⁷ Ehrlich, "The Sociology of Law", s. 136-137; Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 140-141.

* Yaşamı, sağlığı ve mülkiyeti tehlikeye atan eylemleri yasaklayan kurallar. – Kitabı İngilizceye çeviren Walter L. Moll'un notu, Artun Mimar tarafından Türkçeye bu şekilde çevrilmiştir.

¹⁷⁸ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 156.

“Toplum belirli bir birliği, örneğin bir sosyal katmanı, bir sınıfı, bir siyasi partiyi ortadan kaldırmak, sömürmek ya da bastırmak isterse devlet, kendisine bağlı olan kuruluşlarıyla, mahkemeleriyle ve özellikle ikinci dereceden hukuki önermeleriyle, ceza hukukuyla, usul hukukuyla, kolluk hukukuyla zorbalık edebilir. Birlikleri dağıtır, toplantıları yasaklar, dinlere, siyasi partilere saldırır ve yasama yoluyla bunlara hukuki bir temel sağlar. (...) Ancak saldırılan kişilerin üstesinden gelinemeyeceği belli olursa toplum konumunu değiştirecektir. Böyle bir durumda yeni hücreyi eski yapıya kabul etme zorunluluğuyla karşılaşacaktır. Bu o zamana kadar saldırıya uğrayan birliğin topluma uyması ve toplumun da birliğe uyması anlamına gelmektedir. Toplum dengesini yeniden bulmalıdır. Bu yüzden sürecin büyük kısmı toplumun içinde gerçekleşmektedir. Sürecin bir başka kısmı ise hukuk tekniği tarafından yerine getirilmelidir. Yeni ilişki için yeni hukuki önermeler yaratılmalıdır. (...) Son olarak devletin anayasası, idari yargılama usulü ve bütünüyle devlet hukuku yeni düzene ayak uydurmalıdır.”¹⁷⁹

Ehrlich, toplumun, devletin alacağı eylem kararlarında böyle bir etkiye sahip olduğunu iddia etmekten çok bunu diliyor gibi görünür. Zira, kendisi de mutlakiyet rejimlerinde yani egemenin gücünü merkezi bir şekilde mutlaklaştırabildiği devletlerde dahi, devleti yöneten egemenin ve onun sivil-askeri temsilcilerinin toplumun egemen sınıflarından olduğunu ya da onlarla iyi ilişkileri olduğunu, hatta çoğu zaman salt bunların amacına hizmet ettiğini kabul eder.¹⁸⁰ Bu durumda devletin toplumun organı olarak toplumun kabul etmediği birlikleri bertaraf ettiği iddiasının abartılı, hatta isabetsiz olduğu söylenebilir. Doğru, devlet buna muktedirdir, ancak temelde yaptığı, toplumun taleplerini cebir veya ideolojik araçlar vasıtasıyla yöneterek egemen sınıfların menfaatleriyle uyumlandırmaktan ibarettir. Uyumlandıramadığı noktada ise yeni durumu kabul etmek ve kendi şartlarını dayatarak düzenlemekten başka çaresi kalmaz. Buna verilebilecek en çarpıcı örneklerden bir tanesi, Sanayi Devrimi’ni takip eden yıllarda özellikle Britanya’da, hızlı proleterleşmenin sonucunda, kötü çalışma koşullarında düşük ücretlere karşılık uzun çalışma saatlerinin genelgeçer olduğu tarihsel momentte örgütlenerek hak taleplerinde bulunmaya karar veren işçilerin sendikalaşma faaliyetlerinin 18. ve 19. yüzyıllar boyunca engellenmeye çalışılmasıdır. Devlet hem hukuku vasıtasıyla bu faaliyetleri yasaklamış hem de kolluk kuvvetleri ve mahkemeleri vasıtasıyla cebir uygulayarak örgütlenme faaliyetlerinin önüne geçmeye çalışmıştır. Ancak sürdürülen mücadeleler sonucunda haftalık çalışma saatleri sınırlandırılmış, kötü çalışma koşulları yumuşatılmış, çocuk işçilik

¹⁷⁹ A.e., s. 156-157.

¹⁸⁰ A.e., s. 155.

yasaklanmıştır. Sendikal faaliyetler devletler tarafından tanınmış ve özgür bırakılmıştır.

Aslında Ehrlich, bütün bunların farkındadır. Devleti toplumun bir organı olarak tanımlarken de anayasayı toplumun birincil hukukunun bir parçası sayarken de mevcut durumu değil, olması gerekeni anlatır aslında. Onun düşüncesinde hukukun uygulanmasının teminatı anayasa değil, siyasi iktidarın kontrolüdür. Bu doğrultuda şu yorumu yapar:

“Devletin mahkemelere ve idari mercilere verdiği hukuki emirlerde bulunan hukuki önermeler mahkemeler ve idari merciler üzerinde güç ve kontrol sahibi olan kişinin iradesine dayanmaktadır; ancak içerikleri her zaman devletten ileri gelmemektedir. Bugün yaygın olan, kanunda bulunan emir [*Gesetzesbefehl*] ile kanunun içeriği [*Gesetzesinhalt*] arasındaki ayrım günümüzde esaslı bir sosyolojik ferasete dayanmaktadır. Fakat emrin kimden çıkması gerektiği sorusuna verilecek cevap hiçbir şekilde devletin anayasasına değil, şu sorulara dayanan bir meseledir: Devletin askeri ve kolluk güçleri kimin elindedir, bu güçleri elinde bulunduran kişi bu suretle mahkemeler ve idari merciler üzerinde kontrol sağlayabilmekte midir, emirlerini yerine getirmeleri konusunda hakimleri ve kamu görevlilerini razı edebilecek midir? Eğer adalet yönetiminin ve idarenin can evini ele geçirdiyse, anayasal bir şekilde çıkarılan bir kanunun içeriği bile onun karşısında güçsüzdür ve anayasal olmayan devlet hukukuna bile yürürlük kazandırabilir.”¹⁸¹

Dolayısıyla hukukun uygulanması meselesi hukuki değil, tam aksine siyasi bir meseledir Ehrlich’in düşüncesinde. Bu durumda toplumsal birlikler, salt var oldukları için değil, bir siyasi iktidar merkezi oluşturabildikleri ölçüde devletin hukuku üzerinde hak iddia edebilecek ve onu şekillendirebileceklerdir. Ancak Ehrlich’te toplumsal birliklerin bunu kurgulayabilecekleri ya da bunun için mücadele edebilecekleri bir hukuk-politik ajandaya rastlanmaz. Tam tersine Ehrlich “aydınlanmış” bir yasa koyucu vasıtasıyla devlet hukukunun, yaşayan hukukun egemenliğini sağlamak adına etkili bir şekilde toplumun yönetimi için kullanılabileceğini düşünür. Hatta 1917’de kaleme aldığı bir makalesinde, devletin hukukunun baskın hukuk formu olduğunu kabul etmiş, birlikler arasındaki sorunları çözmeye mahir olduğunu belirtmiştir.¹⁸² Devletin doğrudan eylemi bu doğrultuda çok etkili bir yol olarak nitelenmiştir.¹⁸³

¹⁸¹ A.e., s. 191-192.

¹⁸² Brian Z. Tamanaha, “Review: A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'”, *Law & Social Inquiry*, C.XXXVI, No.1, 2011, s. 311.

¹⁸³ Antonov, a.g.e., s. 13; Eugen Ehrlich, “Montesquieu and Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, C.XXIX, No.6, 1916, s. 591.

b. Devletin Hukukunun Etkinliği

Ehrlich'e göre devletin hukuku iki ayrı görünümde ayırt edilebilir. İlk görünüm, mahkemelere ve idari organlara çeşitli konuları himaye edebilmeleri için çeşitli karar normlarının sağlanabilmesidir. Daha önce hukukçuların hukukunda ele alındığı üzere karar normları çoğu zaman içtihatlardan beslenerek ortaya çıkar. Ancak bundan bağımsız olarak doğmaları da mümkündür ve bu durumda devletin amaçlarına hizmet ettikleri müddetçe devletin hukuku niteliğini kazanırlar. Devletin hukukunun ikinci görünümü ise devletin doğrudan eylemine imkân sağlayan, idari makamlarca işlem yapılmasına dair normlardır. Örneğin geçmişin ceza yargılamasında, suç ve cezaların gösterildiği ve mahkemelerin başvurabileceği normlar bulunmaktaydı, ancak devletin mahkemeye zanlıyı zorla getirmesi gibi bir durum söz konusu değildi. Bu yükümlülüğü mahkemeye başvuran mağdur üstlenmekteydi. Daha sonra devletin yargılamanın sağlıklı yürütülebilmesi için re'sen harekete geçmesi fikri ağır bastı.¹⁸⁴

Nitekim Ehrlich'e göre "Devletin doğrudan eylemi bir karar normundan çok daha etkilidir." Ehrlich bu bağlamda emek tarihinden örnek verir. İşçilerin çalışma koşullarıyla ilgili kazanımlar elde etmeye başladığı 19. yüzyılda haftalık çalışma süresi kısıtlanmış, pazar günü çalışmasının önüne geçmek üzere yasal düzenlemeler getirilmişti. Buna karşılık işverenler bu yasal düzenlemelere uymamış, Ehrlich'in De Rousiers'ten aktardığına göre, kolluk güçleri düzenlemelere uyulmadığını tespit ettiğinde dahi ceza kesmeye cesaret edememişlerdi.¹⁸⁵ Sorun ancak Sanayi Müfettişliği adında bir kurumun ihdas edilmesi ve düzenli denetimlerin sağlanmasıyla çözülebilmışti, yani devlet doğrudan eyleme geçmişti. Günümüzde de hakkında düzenleme olmasına rağmen uyulmayan çok fazla yükümlülük ve yasak bulunur. Örneğin, Türkiye'de şirketlerin İş Sağlığı ve Güvenliği yükümlülükleri olmasına rağmen, her yıl yüzlerce işçi, tedbirsizlik nedeniyle iş kazalarında hayatını kaybetmektedir. Kayıt dışı çalışma, dünya ortalamasının çok üstündedir. Konut ve

¹⁸⁴ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 366-367.

¹⁸⁵ A.e., s. 370-371.

barınma sorunu, özellikle büyükşehirlerde artan fiyatlar ve kira bedelleriyle birlikte büyümektedir. Her sene Tüketici Fiyat Endeksi'nden yüksek olmayacak şekilde yapılması hüküm altına alınan kira bedellerine çok daha büyük artışlar yapılmaktadır. Söz konusu sorunlar, devletin doğrudan müdahalesi olmadığı için giderek büyümekte, normun varlığının bir önemi kalmamaktadır.

Nitekim Ehrlich, uygulamadaki isteksizliğin ve hukuki önermenin kendiliğinden harekete geçirmeye dönük bir yapısı olmamasından hareketle önermenin, devletin hukukunu tek başına etkin kılmayacağını belirtir. Bir hukuki önerme, amaca yönelik doğru araç olması ve toplumdaki rızasına dayanan gücü oranında etkilidir. Bu anlamda devletin, yurttaşları bir eylemde bulunmaya sevk eden normlarını o kadar da etkili görmez, zira yurttaşlar bu eylemi faydalı bulsalar halihazırda yapıyor olacaklardır. Buna karşılık yasaklayıcı normlar çok daha etkilidir.¹⁸⁶

c. Staatsvolk

Ehrlich'in toplum düşüncesine dair bahsedilebilecek son söz devlet hukukuyla birlikte ortaya çıkan *Staatsvolk*, yani “devletin halkı” kavramıdır. Ona göre devlet, tıpkı diğerleri gibi kendi kurallarını ve kurumlarını yaratan bir birliktir. Bu birliğin düzenine tâbi olanlar, kimliklerinden bağımsız olarak ulusal aidiyetleriyle o devletin halkını, yani aslında yurttaşları oluşturur.¹⁸⁷ Yine Ehrlich'ten aktarmak gerekirse:

“Bir devletin her tarafında anayasa, ordu, dil birliği; sadece görünüşte veya kısmi de olsa idari teşkilat birliği; çoğunlukla yükümlülüklerin, vergilerin ve haraçların toplanmasıyla ve iletişim araçlarının tesis edilmesiyle işleyen iktisadi bölge birliği; yasama birliği ve bunun sonucu olan hukuk tekniği ve yargı birliği ve son olarak kendisine devletin nüfusunun sürekli olarak aktığı ve kendisinden birçok yeni öneri çıkan başkent, ortak merkez – tüm bu şeyler *Staatsvolk*'u biricik birleşik bir bütün yapmaktadır. Toplumun hukuk yaratımı üzerinde derin bir etkiye sahip olmaktadır.”¹⁸⁸

¹⁸⁶ A.e., s. 374-375.

¹⁸⁷ A.e., s. 376.

¹⁸⁸ A.e., s. 377.

Ehrlich'in bu çıkarımları, henüz yaşadığı coğrafyada ulus devletin kurulmadığı bir zamanda yapmış olması önemlidir. İmparatorluklara kıyasla ulus devletlerin yurttaşlara yaklaşımı farklılaşmış ve takip eden dönemde görüleceği üzere farklılıkları ortadan kaldırııcı uygulamalarıyla *Staatsvolk*'un tek tipleştirilmesine dönük politikalar, toplumda yer alan çoklu hukukların da yer yer ortadan kalkmasına, yer yerse devletin hukukuyla bir şekilde uyumlanması sonucunu doğurmuştur. Elbette bu, toplumsal birliklerin günümüzde hukuk üretme ve uygulama kapasitelerini tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmez, yalnızca bunun kapsamı konusunda eskisi kadar özgür olmadıkları iddia edilebilir. Bazı toplumsal birlikler, elde ettikleri imtiyazlarla bu konuda daha özgür davranabilirler. Yerleşik uluslararası tahkim uygulamalarıyla devletin hukukundan farklı bir hukuka dayanarak hukuki problemlerini çözebilen tacirlerin imtiyazları buna örnektir.

Dünya üzerinde artık bir ulus devletin üstünde hak iddia etmediği neredeyse hiçbir toprak parçası kalmadı. Bütün bu devletler, ulus devlet paradigması içerisinde kendi halklarını oluşturdu, bunları yurttaşlık kavramı içerisinde bütünleştirmeye dönük politikalar üretti. Devletler geriye hiçbir toprak parçası bırakmamış olsalar da günümüzde hiçbir *Staatsvolk*'a dahil olmayan insanlar bulunuyor. Mevcut küresel göçler çağında, savaşlar sonucunda yurtsuz bırakılmış mülteciler herhangi bir yurttaşın elinde bulundurduğu haklardan mahrum bırakılmış durumdadırlar. Başka bir ülkedeki varlıkları genelde; ceza, idare ve uluslararası hukuk gibi alanlardaki tedbirlere dayanmakta olan “tetikte” ve güvencesiz bir statüye dayanır. Bu korunmasız durumları, onları standart bir *Staatsvolk* üyesinin sahip olduğu görece korumalı statüden mahrum bırakmaktadır, çoğu zaman sahip olabildikleri, uluslararası anlaşmalar ve pazarlıkların sonucunda elde edebildikleri kadar olmaktadır. Dolayısıyla devletin hukukunun, bu kişiler yönünden ifade ettikleriyle, *Staatsvolk*'un üyeleri açısından ifade ettikleri arasında farklar vardır.

3. Yaşayan Hukuk

Yaşayan hukuk, çalışmanın başından beri vurgulandığı üzere, toplumsal pratiklerde tedricen ortaya çıkan davranış kurallarının temel oluşturduğu, toplumda sürekli dinamik olarak var olan ve toplumsal birliklerin ürünü olan hukuktur. Rehbinden, Ehrlich'in düşüncesinde yaşayan hukukun bunun da ötesinde, "daha yüksek bir soyutlama düzeyinde, yani hukukçuların hukukuna ve devletin hukukuna tepki olarak üretilen bir düzeyde sosyal hukuk" olduğunu ifade eder.¹⁸⁹ Yani aslında yaşayan hukukun var oluşu bu diğer hukuka karşı diyalektiğe dayanan bir hukuk mücadelesinin unsurlarından biri olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte Ehrlich böyle bir hukuk-politik mücadeleden açık biçimde bahsetmez. İronik biçimde Ehrlich'in tezinin temelini oluşturmakla birlikte üstünde en az ayrıntıyla durduğu konu yaşayan hukuktur. Devletin hukukunun etkisizliğini göstermek, hukukçuların hukukunun iyileştirilmesinin imkânlarını aramak için çaba sarf eden Ehrlich, bunun için toplumsal pratiklere dönülmesini salık vermiş, ancak onun bu çağrısı öncü bir çalışmayla taçlandırılmamıştır. Özellikle akademik hayatının sonlarında saha araştırmalarıyla yaşayan hukuku daha derinlemesine incelemeye çalışsa da Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun ve elbette Avrupa'nın içinde bulunduğu hâl, çalışmalarını sağlıklı bir şekilde sürdürmesinin önüne geçmiştir.

Yaşayan hukuk mahkemelerin kararlarından, karar normlarından, hukuki önermelerden bağımsız olarak toplumda süregiden ilişkilerin hukukudur. Toplumsal düzenin devam ettiği hâllerde düzeni yaşayan hukuk sağlar, ancak her ihlalde düzen bir karmaşaya girer -bu küçük veya büyük olabilir- ve bu karmaşa, onu doğuran ya da doğmasını engelleyemeyen normlarla çözülemeyeceği için karar normlarına veya hukuki önermelere başvurulur.¹⁹⁰ Yaşayan hukuku nerede bulabileceğimiz sorusuna Ehrlich; birincil kaynak olarak modern hukuki belgeleri, ikincil kaynak olarak ise "hayatın, ticaretin, adet ve teamüllerin ve yalnızca hukukun tanıdığı değil, aynı zamanda görmezden geldiği ve göz yumduğu hatta onaylamadığı bütün birliklerin doğrudan gözlemlenmesiyle" bulunabilecekleri yanıtını verir.¹⁹¹ Nitekim tarihsel bir inceleme, özellikle emek tarihi açısından toplumsal birliklerin önemini gözler önüne

¹⁸⁹ von Benda-Beckman, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁹⁰ Hertogh, "A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich", s. 473.

¹⁹¹ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 487.

serer. Toplumsal birliklerin norm üretme ve bunu davranış kuralı olarak belirleyebilme yetisi siyasi mücadeleler tarihi içerisinde inişler ve çıkışlar gösterir. Nitekim, çalışmanın başında devrimler çağı olarak nitelenen dönemde, sendikal mücadelenin ürettiği talepler, iş hukukunu şekillendirmiş ve işçilerin taleplerinin toplum genelinde kabulünün ardından bir kazanım olarak hukuki önermelere dönüşmesini sağlamıştır. Ehrlich de tam olarak böyle bir şemayı öngörür. İşçilerin güçlendikçe iş sözleşmelerini kendi edep ve ahlâk ölçütlerine göre şekillendirebileceklerini ve mahkemelerin kararlarını da bu doğrultuda etkileyebileceklerini belirtir.¹⁹²

Özcan, devletin hukukuyla yaşayan hukuku karşılaştırdığı pasajında, ikisini de normatif bir düzen inşa etme amacıyla toplumun belirli kültürel bileşenleriyle temas ederek farklı rasyonelliklere sahip birer toplum tahayyülü inşa ettiklerini belirtir. Aralarındaki fark, yaşayan hukukun kural olarak “aydınlarca işlenmemiş kendiliğinden kültürüyle eklemlenmesi”, devletin hukukunun ise “siyasal iktidarın ideolojisinde ifadesini bulan daha bilinçli ve aydınlarca işlenerek rasyonelleştirilmiş bir düzen imgesi” oluşturmastır.¹⁹³ Vurgulamak gerekir ki, Ehrlich’in, etkilendiği Tarihçi Hukuk Okulu’nun aksine aydınlanma ve aydınlarla ilgili bir şerhi yoktur. Toplumun kendi hukukunu oluşturduğunu belirtmekle birlikte bunun toplumun içerisindeki çeşitli iktidar gruplarının mücadelesiyle birlikte şekillendiğini ifade eder. Toplumda entelektüel birikimleriyle sivrilen aydınların bu bağlamda yaşayan hukuku şekillendirmesi doğal olacaktır. Kaldı ki, aksi bir yorum aydınların entelektüel emeğinin salt devletin hukukunun üretilmesi için kullanılabileceği sonucuna götürür. Oysa Aydınlanma’yı anlatırken ele alındığı gibi aydınlar, burjuvazinin temsilcisi olarak kapitalist iktisadi değişimin gerçekleşmesi aşamasında entelektüel emekleriyle o değişimin bizzat inşa edilmesine katkı sunarken bunu ilk aşamada topluma dönük bir faaliyet olarak gerçekleştirirler, devlete değil. Bu bağlamda konunun daha net anlaşılabilmesi için Gramsci’nin geleneksel aydın ve organik aydın ayrımı açıklayıcı olacaktır. Gramsci’ye göre her sınıf, aydınlarını üretir. Temsil ettikleri sınıf içerisinde egemen ideolojinin sözcülüğünü gerçekleştirirler. Feodalizmden kapitalizme geçiş

¹⁹² A.e., s. 130.

¹⁹³ Özcan, a.g.e., s. 67.

aşamasında burjuvazi, kendi içerisinde organik aydınlarını çıkararak geçmişin değerlerine ve sistemine bağlı, eskinin organik, yeninin geleneksel aydınlarını yerinden etmiştir. Tanım gereği organik aydınlar, içinde bulunduğu sınıfın değerlerini özümsemiş ve siyasetle, bilimle toplum arasındaki bağlantıyı kuran kişiler oldukları için ilk aşamada esas ilgilendikleri şey Ehrlich'in kast ettiği anlamıyla yaşayan hukuk olabilir ancak.¹⁹⁴ Bununla birlikte yine Ehrlich'in kabul ettiği gibi, hukukçular zümresi genel olarak egemen sınıf blokuyla yakın ilişkiler içerisinde, bu bağlamda önemli bir kısmı yürüttükleri entelektüel faaliyetler dolayısıyla geleneksel aydın olarak kabul edilebilir. Ama bu durumda da yaptıkları katkı devletin hukukundan çok hukukçuların hukukuna ilişkindir. Buna karşılık, mevcut sistemin karşısında konumlanan hukukçular dahil organik aydınlar da alternatifin inşası için çaba göstereceklerdir. Böylece fark edilecektir ki, aydınların entelektüel faaliyeti, yaşayan hukukun devlet hukuku karşısında genişleyebilmesinin şartlarından bir tanesidir, bu durumda yaşayan hukukla devletin hukuku arasındaki fark aydınların dahil olamaz.

D. Bilim Olarak Hukuk Sosyolojisi

1. Hukuk Sosyolojisi ve Diğer Sosyal Bilimler

Yaşayan hukuk kavramı salt olgusal bir saptamaya yaramaz, aynı zamanda amaçsal bir değeri de haizdir. Yaşayan hukuk kavramının varlığı; bunu keşfedecek, inceleyecek ve mahkeme kararlarında kullanılmasını sağlayacak bir sosyolojik hukuk biliminin var olmasını da meşrulaştırır. Bu anlamda Ehrlich'in basitçe bir anti-pozitivist olarak nitelenemeyeceğini, aksine hukukun uygulamasının etkinliğini artırabilmek adına bir yaklaşım geliştirmek gerektiğini düşündüğünü ortaya koymak gerekir. Zira ona göre salt hukuki önermelerden yola çıkarak, hukukun kapalı normatif dizgesinin içine hapsedilmesi, onun etkinliğini azaltmaktadır. Ehrlich'e göre, Romalı hukukçular serbest köylülerin aile yaşantısını, İngiliz hukukçular ise şövalyelerin miras hukukunu gelecek için pratik kurallar üretme kaygısıyla genelleştirmiş, bu sırada

¹⁹⁴ Lusin Bağla, “Antonio Gramsci ve Aydınların Rolü Sorunu”, **Birikim Dergisi**, C.XXIII, 1977.

toplumdaki yaygın olgularla uyumuna önem vermemişlerdir. Aynı doğrultuda, Roma hukukunun Avrupa’da yeniden keşfi ve Roma hukuk tekniğinin kavramlarıyla birlikte iktibasıyla; tüzel kişi, mülkiyet, sözleşme gibi kavramlar Orta Çağ dünyasına tercüme edilmiş, bu sırada bu kavramlar ortaya çıktıkları dönemin ampirik içeriğinden yoksun kılınarak boşaltılmış, genelleştirilmiş ve bu kavramlar için soyut kurallar üretilmiştir.¹⁹⁵ 16. yüzyıldan itibaren yargıçların, önlerine gelen uyuşmazlıklarla ilgili kararlarını soyut ve genel hukuki önermelerden çıkarması düşüncesi hakim olmuştur. Bu bağlamda yargıcın asli görevi soyut önermeleri maddi olaya uygulamaktır. Bu da hukuk tekniğinin yönteminin zorunlu olarak soyutlama ve tümdengelimle dayanmasına neden olmuştur.¹⁹⁶

Akman da Ehrlich ile aynı doğrultuda, hukukçuların kendilerini soyut hukuksal düzenlemelerle sınırladıklarını düşünür. Ona göre, hukukçuların kendilerini bu şekilde sınırlamaları; “hukuk düzeninin, reel ekonomi politikle süregiden simbiyoz yaşamından, hegemonik iktidar ilişkilerinin uzantısı ve onların süreğenliğinin meşruiyet kaynağı olarak hem devletin ideolojik bir aygıtı hem de baskı aygıtının muharrik gücü olmasından ve doğrudan öznelere yönelmiş potansiyel zorlayıcı-baskıcı niteliğinden kaynaklanmaktadır.”¹⁹⁷ Bunun yanında, hukukçular hukuk sistematigi denilen, kurallarla tutarlı kararlar alınmasına dönük çabayla, bu sistematigin hem kurucusu hem de uygulayıcısıdır. Sürekli olarak bu iç tutarlığın sağlanması çabası ve verilen kararın bir dönüşü olmamasının getirdiği sorumluluk nedeniyle bunu meşrulaştırma ihtiyacı hukukçuları, hukuku uygularken pratiğe değil önermelere yönelmeye zorlar. Bu da Akman’a göre onların sosyal bilimler disiplinde çalışanlarla olan farklarını ortaya koyar ve hukukun incelenmesinde uzun yıllar sosyal bilimler yöntemlerinin kullanılamamasını açıklar. Ehrlich bu makus talihi değiştirmeye çabalayanlardan biridir.¹⁹⁸ Ehrlich, bu bağlamda pozitif hukuka karşı bir seferberliğe girişmez, ancak yargıçların karar verirken uygulayabilecekleri normlara

¹⁹⁵ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 298, 304, 328, 359.

¹⁹⁶ A.e., s. 15-16.

¹⁹⁷ Şefik Taylan Akman, “Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich’in Görüşleri”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.LXXIX, No.1, 2021, s. 257.

¹⁹⁸ A.e., s. 258.

ilişkin olgusal temelleri oluşturacak, metodolojiyi gösterecek bir hukuk sosyolojisi bilimini inşa etmek için çaba gösterir.¹⁹⁹ Bu amaçla, hukukçuların hukuk ideolojisine saplanarak hukuku, hukuki önermeler üzerinden anlamasına karşı çıkar, hukukun daha etkin bir şekilde kullanılabilmesi için ampirik temeller sağlamaya çalışır.²⁰⁰ Bu, hukuk biliminin sosyal bilimler içerisinde kaybolması anlamına gelmez, zira ikisinin yöneldiği doğrultu farklıdır. Ehrlich'e göre sosyal bilimlerin amacı bilgiyken hukuk biliminin amacı norm bulmaktır.²⁰¹ Hukuk sosyolojisi bilimi yaşayan hukuka dair yapacağı çalışmalarla yargıçları, savcılarını, akademisyenleri bir bütün halinde salt hukuki önermeleri takibin yarattığı konfor alanından çıkaracak bilimsel bilgiyi sağlayacaktır.²⁰² Ancak Ehrlich'in *Die Juristische Logik* isimli çalışmasında da görülebileceği gibi bu hiçbir zaman, yargıcın yasaya bağlı kalmamasını telkin etmez.²⁰³

2. Hukukta Boşluk Mefhumu

18. ve 19. yüzyıl kodlaştırmaları, daha önce bahsedildiği üzere, medeni hukukun her alanını kapsamak, eksiksiz ve bütüncül bir kanunlaştırma ortaya koymak inancıyla ihdas edilmişti. 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu'nun 17.000 maddeye sahip olması, bu inanç doğrultusunda ortaya konan çabanın bir örneğidir. Yine de Prusya Devletleri Genel Kanunu'nda da onu takip eden bütün kodlaştırmalarda da kısa süre sonra kanun boşlukları ortaya çıkmış, bu ilk zamanlar büyük bir şaşkınlığa yol açarken zamanla hiçbir kodlaştırmamanın kanun boşluğu yaratmama özelliğine sahip olamayacağı anlaşılmıştır. Günümüzde artık kodlaştırmaların boşluksuz olduğunu savunacak akli başında bir hukukçu bulunmamaktadır. Ehrlich, yaşadığı dönemde kimilerinin savunmaya devam ettiği, hukukun boşluksuz olduğu düşüncesine karşı çıkmıştır. Bununla birlikte bu durum,

¹⁹⁹ Antonov, **a.g.e.**, s. 5; Mikhail Antonov, "Normativity and Facticity of Law in the Legal Sociology of Eugen Ehrlich", **Law of Ukraine**, C.IV, 2013, s. 267.

²⁰⁰ Marta Bucholc, Maciej Komornik, "Eugen Ehrlich's Failed Emancipation And The Emergence Of Empirical Sociology Of Law", **Historyka Studia Metodologiczne**, C.XLIX, 2019, s. 31; Ziegert, "Beyond 'Living Law': Eugen Ehrlich's General Theory of Law", s. 31.

²⁰¹ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 358.

²⁰² Ziegert, "Beyond 'Living Law': Eugen Ehrlich's General Theory of Law", s. 31.

²⁰³ Heper, **a.g.e.**, s. 100.

onun yargıçlardan doğrudan yaşayan hukukun hükümlerini uygulaması gerektiğini talep ettiği anlamına gelmez. Aslında durum tam tersidir, Ehrlich'e göre hukuk sosyolojisi biliminin çıktılarına, ancak pozitif hukukta ihtiyacı karşılayan bir hüküm bulunmaması halinde başvurulabilir. Kanun koyucu tarafından öngörülememiş bir menfaat çatışması, hukuk sosyolojisi biliminin çıktılarıyla ve toplumsal olguların çözümlenmesiyle çözülebilecektir ona göre.²⁰⁴ Bu doğrultuda Ehrlich'e göre; "Sosyolojik bulguların rolü sadece yardımcıdır, bu bulgular yasal kuralın bağlayıcılığını ortadan kaldıramaz, ancak bu kuralın yorumlanmasında yardımcı olabilirler."²⁰⁵ Bir dava sürerken mevzuatta hukuki boşluğun olduğuna kanaat getirilse dahi yargıç Ehrlich'in görüşünde sanıldığı kadar özgür değildir. Yargıç içinde bulunduğu toplumun ideolojik, siyasi ekonomik vb. koşullarıyla şartlandırılmıştır. Bu koşullarla ters düşmemek adına bazen bilinçli olarak toplum tepkisini çekmemek için, bazense bilinci bunlar tarafından bilinçdışı süreçlerle şekillendirilmiş olarak hukuki uygulamalarıyla aldığı kararlara gerekçeler üretir.²⁰⁶ Bu elbette kendisine ait bir marj olmadığı anlamına da gelmez, zira toplumda bulunan hukuki normlar ve uygulamalar açıkça adaletsiz ve baskıcı olabilir. Bu durumda, yargıç bu normları doğrudan uygulamak yerine hukukun genel ilkelerinden hareketle bir sonuca ulaşabilir. Yine de Antonov'a göre, Ehrlich'in düşüncesinde yargıcın konumu bu hâliyle, Avusturya Medeni Kanunu'nda yer alan ve Türk Medeni Kanunu'na da tercüme edilen şekliyle "kanunda hüküm bulunmaması halinde yargıç kanun koyucu yerine geçerek karar vermesi gerektiği" kuralında olandan daha sınırlıdır. Yargıç, Ehrlich'e göre yaratıcı değildir, araçsal bir işlevi vardır. Hukukçuları araçsal bir işlevle sınırlaması sonucunda Ehrlich günün sonunda, toplumsal sorunların varlığı hâlinde devlet hukukuna başvurulmasının ve bunun etkinliğinin sağlanmasının gerektiğini kabul etmek durumunda kalır.²⁰⁷

Bu düşünce ışığında bazı noktalara dikkat çekmek gerekir. Ehrlich'in hukuk düşüncesi, nihayetinde devletin hukukunu tahkim edecek şekilde onu geliştirmek ve

²⁰⁴ Antonov, "State Law and Law Enforcement", s. 15; Machura, "Unfinished Business", s. 5-6; Bucholtz ve Komornik, **a.g.e.**, s. 34; Heper, **a.g.e.**, s. 53, 254-255.

²⁰⁵ Antonov, "Normativity and Facticity of Law", s. 267.

²⁰⁶ **A.e.**, s. 266; Heper, **a.g.e.**, s.303.

²⁰⁷ Antonov, "State Law and Law Enforcement", s. 19; Machura, "Unfinished Business", s.7.

etkinleştirmek amacına hizmet ettiği için, onun teorisini devlet hukukunu aşmak üzerine kullananlar için hayal kırıklığı yaratır. Bununla birlikte Ehrlich'in düşüncesinde hiç bahsetmemesine karşın, toplumsal mücadelelere alan açan bazı yönler bulunmaktadır ki, bunların önemli bir veçhesi hukuki gerekçelendirmede başvurulacak kaynaklara ilişkindir. Hukuk, toplumsal birliklerin içsel düzenini yansıttığı ölçüde onların taleplerini de içerecektir. Bu durumda, yargıcın ilk aşamada dayanacağı mevzuatın şekillendirilmesi için toplumsal mücadelelerin etkinliği önemlidir. İkinci aşamada ise, yani pozitif hukukta bir çare bulunamaması hâlinde, yargıcın yorum aşamasında hukuki duygularının yanında mevcut siyasi atmosferi, güç dengelerini tahlil ettiği o anda, devlet dışındaki toplumsal birliklerin varlıkları ve güçleri yargıcın vereceği kararı etkileyecektir.²⁰⁸

3. Hukuk Sosyolojisinin Görevleri

Ehrlich, kendi dönemindeki bütün imkânsızlıklara rağmen hukuk sosyolojisinin var olabilmesi için çalışmalar yürütmüş ve bu çalışmaların sonucunda hukuk sosyolojisine bazı “ödevler” yüklemiştir. Öncelikle ona göre; “Sosyolojik hukuk biliminin (*Rechtswissenschaft*) ilk ve en önemli görevi hukukun toplumu düzenleyen, hizaya getiren ve belirleyen kısımlarını salt karar normlarından ayırmak ve bunların organize edici gücünü göstermektir.”²⁰⁹ Aynı doğrultuda, “Sosyolojik hukuk biliminin birinci ve en önemli görevi, onları yöneten pozitif hukuka göndermede bulunmadan hukuki ilişkilerdeki ortak özelliklerin tanıtımını yapmak ve her ilişkiye özgü unsurları sebep ve sonuçlarıyla bağlantılı olarak incelemektir.”²¹⁰ Böylece toplumu düzenleyen normlara vâkıf olunacak, toplumun ona yabancı düzenlemelerle himaye edilmesinin önüne geçilecek ve böylece hukukun etkinliği sağlanacaktır. Burada belirtmek gerekir ki Ehrlich'in bu görüşü onun resepsiyonlara karşı çıktığı anlamına gelmez. Tam tersine resepsiyon olgusunun işlerlik kazanabilmesini toplumlar arasındaki hukuki olguların ortaklığı konusunda bir

²⁰⁸ Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, s. 358.

²⁰⁹ A.e., s. 49.

²¹⁰ A.e., s. 472.

gösterge olarak kabul eder.²¹¹ Bu durumda dahi hukuki olguların yerelliği yani içeriklerinin içinde bulunduğu toplum tarafından belirlenmesi esastır, bu nedenle herhangi bir ülkenin kanununun resepsiyon yoluyla alınması, o toplumda bulunan hukuki ilişkileri bir anda o ülkenin hukuki ilişkileri hâline dönüştürmeyecektir. Hukuki olgular, yine toplumsal algılanışla eşgüdümlü olarak ilerleyecektir zira bunlar hukuki önermelerle yaratılmazlar.²¹²

Devamla, Ehrlich, hukukun teorik bilimi olarak adlandırdığı hukuk sosyolojisinde, diğer sosyal bilimlerde olduğu gibi deney ve gözlem yöntemlerini kullanarak toplumdaki normların organize edici gücünü göstererek kanun koyucunun “metafizik spekülasyonlardan” arındırılmış gerçek iradesini karar alıcılara sunmayı amaçlar.²¹³ Esas olarak yargıçları “hedef kitle” olarak belirlemiştir, zira toplumsal düzen her ne kadar yaşayan hukukça sürdürülüyorsa da hukuki uyumsuzluk hâli bu toplumsal düzenin ve normatifliğin iflas ettiği bir an olarak karşımıza çıkar. Mahkeme kararıyla bu durum düzeltilir. Bu durumda da yargıç, düzeni yeniden kuran önemli bir görevi üstlenir. Ehrlich, mahkeme kararlarının gerçek hayatın salt düzenin bozulduğu hâlini himaye eden bir kısmını ele aldığı, bu nedenle de eksik olduğu şerhini koyarak bu eksikliğin sosyolojik yöntemle yani toplumsal hayatın gözlemlenmesi ve kararda göz önüne alınmasıyla giderilebileceğini iddia eder.²¹⁴ Her ne kadar hukuki önermeler karar üzerinde belirleyici bir etkiye sahipse de her karar da bir yargıcın düşünce dünyasından geçerek kaleme alınacağı için, bu yargıçların hukuk sosyolojisi kullanılarak eğitilmesinin elzem olduğunu düşünür.²¹⁵ Burada belirtilmesi gereken çok önemli bir husus ise, Ehrlich’in bu düşüncelerini “adaletin yerine getirilmesi” bağlamında ele almamasıdır. Zira ona göre neyin adil olduğunu belirlemek sosyolojinin işi değildir; ancak “(...) bir dinin kurucusunun, vaizin, peygamberin, ahlak vaizinin, pratik hukukçunun, yargıcın, politikacının işlevidir... Bilim yalnızca bilimsel olarak kanıtlanabilecek şeylerle ilgilenebilir.” Devamla, "Hukukun nasıl olması

²¹¹ A.e., s. 298.

²¹² A.e., s. 355.

²¹³ A.e., s. 32, 468; Antonov, “State Law and Law Enforcement”, s. 15; Machura, “Eugen Ehrlich’s Legacy”, s. 45.

²¹⁴ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 489.

²¹⁵ Machura, “Eugen Ehrlich’s Legacy”, s. 48.

gerektiği sorusunun kendisi sosyolojinin kapsamı dışındadır, çünkü bu bilimsel bir yöntemle ne tanımlanabilir ne de gösterilebilir."²¹⁶ Bu görüşlerinden hareketle Ehrlich'te Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'na benzer bir şekilde hukuku bilimselleştirme arayışı olduğunu, ancak bunu pozitivizme bağlılıkla pozitif bilimlerin yöntemlerini kullanarak değil, sosyal bilimlerin yöntemini kullanarak yapmaya çalıştığını söylemek mümkündür. Nitekim bu gayreti, günün sonunda onun normatifliğini, Kelsen'in yaptığına aksine *grundnorm* gibi bir belirsizliğin üzerine inşa etmeden bir teori inşa edebilmesini sağlar. Bu iki isim arasında yaşanmış olan tartışmaya değinmek bu anlamda faydalı olacaktır.

4. Kelsen ve Ehrlich Tartışması

Kelsen ile Ehrlich arasındaki tartışma, ikisinin de hukuk biliminin oluşturulmasına dönük çabaları göz önüne alındığında önemlidir. Kelsen'in Ehrlich'e yönelttiği ilk eleştirisi olgular ile normlar, olan ile olması gerekeni ayıramadığına ilişkindir. Aslında Kelsen burada "Hume'un giyotini" olarak anılan ilkeyi tekrar eder. Hume'a göre, tamamen tanımlayıcı olgusal ifadelerden ahlâki ya da yargısal bir karar çıkartılamaz.²¹⁷ Dolayısıyla örneğin bir davranışın yapılagelmesi, tekrarlanması bunun ilerde de yapılması gerekeceği anlamına gelemmez, buradan hareketle olgulara dayanarak bir yasa oluşturulamaz. Bu bağlamda Kelsen'e göre Ehrlich, olgusal olan ile açıklanabilir olan pratikle, bundan kaçınan kuramsal ve normatif olan arasındaki farkı ortadan kaldırır; hukukun normatifliğini anlamsızlaştırır.²¹⁸ Hukukun olgulara dayanmadan hukukçular tarafından türetildiğini iddia eden Kelsen'in görüşünün, Antonov'a göre iki sonucu olabilir ki ilki olgusal olanın normatif güce kendiliğinden sahip olamayacağıdır, ki bu konuda aslında Ehrlich'in bir itirazı yoktur. İkinci sonuç ise normların değerlendirilmesinde olguların incelenmesinden kaçınılmasıdır, ki Ehrlich'in tam olarak karşısında durduğu bu yaklaşımdır.²¹⁹ Kelsen'in bu argümanına

²¹⁶ Klink, *a.g.e.*, s. 145.

²¹⁷ David Hume, *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Soruşturma*, Çev. Oruç Aruoba, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 112.

²¹⁸ Klink, *a.g.e.*, s. 130-131; Heper, *a.g.e.*, s. 108; Antonov, "Normativity and Facticity of Law", s. 265.

²¹⁹ Antonov, "Normativity and Facticity of Law", s. 265.

karşı Ehrlich, olgusal olanla olması gerekeni ayıramadığı iddiasını kendisini aptal yerine koymak olarak gördüğünü söylerken Kelsen'in sözlerini çarpıttığını iddia eder. Zaten Ehrlich'in düşüncesinde olgular ve kurallar arasında kendiliğinden bir nedensellik bağıyla kurulmuş bir birliktelik yoktur; bu bağı ve normları entelektüel emekleriyle hukukçular ve kanun koyucular inşa eder ve hukuki ilişkiler yaratırlar.²²⁰ Rottleuthner'a göre Kelsen, eleştirisiyle hukuk bilim ile sosyolojiyi saf hukuk bilimi namına ayırır, bunu yaparken de sosyolojinin, hukuk normlarının gerçek hayattaki geçerliliğini inceleyebileceğini kaçırır.²²¹

Kelsen'in Ehrlich'e ikinci eleştirisi hukuk kurallarıyla hukuk normları arasında belirlediği farkların ve bu kavramlarla, devletin hukuku gibi kavramların anlamlarının muğlaklığına ilişkindir. Bu eleştiriye kısmen katılınabilir. Gerçekten de Ehrlich, bu kavramları üretirken yer yer birbirleriyle çelişen ifadeler kullanır. Örneğin, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri* isimli kitabının bir yerinde devlet hukuku için geniş bir anlamda "devlet tarafından oluşturulan hukuk" tanımını yaparken, bir başka yerinde "genel insan fiillerinin kurallarından farklı olarak mahkemelerin ve diğer devlet mercilerinin davranışları için kurallar" tanımını yaparak daraltır.²²² Bu iki farklı tanımın iki bambaşka anlam ortaya çıkaracağı açıktır. Ancak kitabın genelinden ve Ehrlich'in düşüncesinin temel mantığından hareketle, Ehrlich'in pozitif hukuka salt resmi kurumlarca ihdas edilmesi dolayısıyla pozitif bir anlam yüklememesini de göz önüne alarak, devletin hukukunu da geniş anlamda devlet tarafından üretilen hukuk olarak algılamadığı anlaşılabacaktır. Bununla birlikte hukuk kurallarıyla hukuk normları arasındaki ayırım Kelsen'in söylediğinin aksine epey açıktır. Bu doğrultuda Ehrlich'in daha önce de bahsedilen sözlerine burada da yer verilebilir:

"Hukuki önerme hukuk kuralının bir kanunda ya da hukuk kitabında kesin ve herkesi bağlayacak şekilde formüle edilmiştir. Hukuki norm küçük ya da büyük bir birlikte kelimelerle ifade edilmeden de hüküm süren, adete dönüşmüş hukuki buyruktur. Hukuki önermeler bir birlik içinde fiilen etkili olur olmaz, hukuki normlar meydana getirmektedirler."²²³

²²⁰ Heper, **a.g.e.**, s. 112-113; Antonov, "Normativity and Facticity of Law", s. 266.

²²¹ Machura, "Eugen Ehrlich's Legacy", s. 51-52.

²²² Heper, **a.g.e.**, s. 108, 109, 111.

²²³ Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 44.

Son olarak Kelsen, hukuk normlarının hukuk dışı normlarla farkının duygusal tepkiler ile ölçülmesi fikrini eleştirmekte, hukuk normunun hukuki düzenlemeden önce var olmasını ise zaten hakkında tartışma olmayan bir konunun açıklaması olarak ele almakta, Weber gibi sosyologlarla birlikte, Ehrlich'i devleti kanun yapım sürecinden dışlamakla itham etmektedir.²²⁴ Sunulan argümanlara, tartışan isimlere ve tartışmanın devamının gelmesine karşın, söz konusu tartışma Kelsen'in kavramsal zemindeki ısrarı ve Ehrlich'in yanlış anlaşıldığı iddiasıyla verimsiz bir şekilde sona ermiştir.²²⁵ Bu tartışmadan hareketle, Ehrlich'in hukuk kavrayışına dair bir sonuca ulaşılabilir. Hukuk, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacağı şekilde Bourdieu gibi araştırmacılar tarafından bir iktidar yapısı olarak ele alınabilir. Hukuku bir iktidar yapısı olarak diğerlerinden farklı ya da hukuki kılan şeylerin izahı, onun işlevini değilse de ayrı bir şekilde var oluşunu açıklayacaktır. Nitekim Antonov'a göre, Ehrlich de Kelsen'e benzer şekilde normatifliğe yönelir, ancak burada meşruiyetini *Grundnorm* gibi bir önvarsayımdan değil de somut olgulardan alan bir hukukilik görür.²²⁶ Somut olgulara toplum tarafından getirilen içerik, neyin hukuki olup neyin olmadığını belirler. Bu yorum nedeniyle Rottleuthner, Ehrlich'in toplumla hukuku özdeşleştirme sonucuna ulaştığını iddia eder.²²⁷ Bu kabul edilebilir bir iddiadır. Ehrlich'in düşüncesi hukukun varlığıyla hukukun etkinliği problemini aynı anda değerlendirdiği için hukukun var olabilmesi için, bunu etkin bir şekilde uygulayabilecek güçlü iktidarların varlığı aslında onun düşüncesinde şarttır. Modern devlet gözlükleriyle toplumsal normların toplumsal yaptırımlarla uygulanması çoğu zaman etkin bir hukuk uygulaması olarak görülme de antropolojinin verileri çoğu zaman tam aksini gösterir. Aksi bir düşünce, zaten hepi topu birkaç yüzyıllık geçmişe sahip modern devletin hukuki yapısından öncesini hukuksuz bir kargaşa olarak görmek sonucunu doğurur. Hukukun aslında çağlar boyu yöntemi çok az değişmiştir. Onu etkin şekilde uygulayabilen bir iktidar olduğu müddetçe hukuk, iktidarı elinde bulunduran kişiden bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi konumuna yükseltebilen bir retorik kurar. Dolayısıyla mevcut menfaatleri ve iktisadi ilişkilerin etkilerini görünmez hâle getirir.

²²⁴ Antonov, "State Law and Law Enforcement", s. 5; Machura, "Eugen Ehrlich's Legacy", s. 53.

²²⁵ Heper, **a.g.e.**, s. 122; Klink, **a.g.e.**, s. 134.

²²⁶ Antonov, "Normativity and Facticity of Law", s. 265.

²²⁷ Heper, **a.g.e.**, s. 112.

Ne zaman ki merkezi bir siyasi iktidar farklı uygulamalara ve hukuklara cevaz vermek durumunda kalır, o zaman hukukun aslında böyle bir tarafsızlığa sahip olmadığı ortaya çıkar ve farklı iktidar mekanizmalarının onu kendi menfaatleri için kullanabileceği gerçeği görünür hâle gelir. Bu anlamda, kendi yargısına varabilme ve onu egemen hale getirme mücadelesinden hareketle hukukun siyasetle eşdeğer görülebileceği iddia edilebilir.

E. Ehrlich'ten Etkilenen Hareketler ve Düşünceler

1. Hukuki Çoğulculuk

a. Genel Olarak

Hukuki çoğulculuk*, her toplumsal birliğin kendi içsel düzenini yansıtan hukuku olduğu ve devletin hukukunun bu anlamda toplumdaki tek geçerli hukuk

* Saim Üye, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk* isimli kitabında hukuki çoğulculuğun normatif bir anlam taşıdığını, bunun da hukuki çoğulculuktan yana olmak gibi bir politik tercih anlamına gelebileceğini iddia ederek kavramın, “hukuki çoğulluk” şeklinde kullanılmasının betimleyici niteliğiyle birlikte düşünülürse daha tarafsız ve isabetli olacağını düşünür. (Saim Üye, **Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. VII-VIII). Bununla birlikte hukuki çoğulluk ve hukuki çoğulculuk arasındaki asıl önemli fark, betimleyicilik ve normatiflik ile sınırlanmamalıdır. Hukuki çoğulluk, eğer farklı normatif düzenlerin “hukuk” şeklinde adlandırılacak bir yapı oluşturup oluşturmadığı tartışması bir kenarda bırakılırsa, tarihsel bir olgudur. Farklı dönemlerde, farklı kurumların ve yapıların normatif mekanizmaları karşı karşıya gelerek birbirlerinin yargısal iktidarına meydan okuyabilirler. Nitekim bu durum, elinizdeki çalışmanın ilk sayfalarında feodalizm örneği üzerinden gösterilmiştir. Oysa hukuki çoğulculuk, bu normatif düzenlerin devletin dışında var olabilmesinin imkânının sorgulandığı, modern devletle başlayan bir düşünce tartışmasının sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu tarihsel farklılık dolayısıyla, hukuki çoğulluk olgusunun sahip olmadığı siyasi anlam, yani merkeziyetçi devlet aygıtının tekçi anlayışına siyasi bir karşı çıkış, devlete ve hukuka dair özcü iyilik anlayışının sorgulanması, hukuki çoğulculukla birlikte ortaya çıkmıştır. Devamla; nasıl politik anlamda çoğulculuk, “çoğulcu demokrasi” toplumda kendisine yer bulan her görüşün meşru kabul edilmesi anlamına gelmiyorsa, hukuki çoğulculuk bakış açısından da her normatif yapı meşru ve dahi hukuki kabul edilmez. Kaldı ki, bir normatif yapının “hukuki” olmakla daha meşru olup olmayacağı da elinizdeki çalışmanın sorgulamalarından biri olarak ortaya konabilir. Nitekim, bir normatif yapının hukuk olarak nitelenmesi ya da yaşayan hukuka dahil edilmesiyle kendiliğinden devletin hukukuna hiyerarşik ya da ahlaki bir üstünlük sağlayamayacağı açıktır. Buradan hareketle, Santos’un hukuki çoğulluk ve/veya çoğulculuğa yüklediği politik stratejik anlam önemlidir: “Kanımca geniş bir hukuk kavramı ve çağdaş toplumlarda farklı biçimlerde bir arada bulunan hukuk düzenleri çoğulluğu fikri, muhalif postmodern anlamda yeniden kavramsallaştırıldığında, (bir zamanlar devlet hukukuna indirgenmiş olan) modern hukukun mümkün kıldığı sosyal düzenleme yelpazesinin ve yine hukukun özgürleştirici potansiyelinin tam olarak açığa çıkarılmasını hedefleyen bir kültürel politik stratejinin analitik ihtiyaçlarına hizmet eder.” Boaventura de Sousa Santos, **Toward a New Legal**

olamayacağı düşüncesini savunan Ehrlich'in düşüncesinden çıkarılabilecek bir düşüncedir. Zira, temel anlamıyla hukuki çoğulculuk, bir alan içerisinde çoklu hukuklara imkân tanınmasına işaret eder. Buna rağmen doktrinde bazıları Ehrlich'in hukuki çoğulculuk düşüncesinin öncüsü olduğunu iddia ederken, Ziegert gibi bazılarıysa tam aksine Ehrlich'in hukuki çoğulculukla ilişkisinin bir mite dayandığını iddia etmektedir.²²⁸ Ziegert'e göre;

“Ehrlich'in birlikleri ve onların iç düzeni ayrı yasal mikrokozmoslar değildir, normatif beklentileri yükleme işini yaparlar ve bu nedenle 'henüz formüle edilmemiş' hukuktur ve her zaman tekil olarak hukuktur. Sadece tek bir hukuk vardır, toplumun ürettiği hukuki normların hukuku ve hukukçular bunları görmeyi ve tanımayı öğrenmek zorundadır.”²²⁹

Ehrlich'in nihayetinde yaşayan hukukun ampirik olarak gözlemlendiği bir hukuk bilimi yaratma ve bununla devletin hukukuyla hukukçuların hukukunu besleme çabası Ziegert'in yorumunu haklı çıkarabilir gibi görünse de tekçi ve merkezîyetçi bir hukuk anlayışı Ehrlich'in ideal zemininin var olması ve yaşayan hukukun egemen kılınması hâlinde var olabilir ancak. Oysaki güncele dair yaptığı gözlemlerde ve çalışmalarda Ehrlich, sürekli olarak çoklu hukuklara rast geldiğini tekrarlar. Dolayısıyla Ziegert'in iddiası, Ehrlich'in düşüncesinin idealize edilmiş gelecek kurgusu için geçerliyen dönemine dair yaptığı yorumları açısından geçersizdir.

Griffiths ise Ehrlich'in hukuki çoğulculuğa katkı sunmayı amaçlamadığını, buna karşın hukuk merkezci ideolojiye karşı çıkarak bunu gerçekleştirdiğini iddia eder.²³⁰ Hukuki merkezîyetçilik ideolojisi, Griffiths'e göre, mevcut olan tek hukukun devlet hukuku olduğunu savunur, kurumlar ile hukuk ve adalet yönetimini sağlar ve bunun dışındaki normları dışlar. Bu anlayışta hukuk; “normatif önermelerin münhasır, sistematik ve birleşik bir hiyerarşik sıralamasıdır; bu önermeler ya yukarıdan aşağıya doğru egemen bir buyruğa bağlı olarak ya da aşağıdan yukarıya doğru, nihai

Common Sense, Birleşik Krallık, Reed Elsevier Ltd., 2002, s. 90'dan aktaran Saim Üye, **a.g.e.**, s. 439. Açıklanan nedenlerle ve uluslararası literatürde *legal plurality* ya da *plurality of laws* kavramlarından *legal pluralism* kavramı, Üye'nin “hukuki çoğulluk” olarak imlediği kavramla geçişken bir şekilde kullanıldığı için çalışmanın kalanında “hukuki çoğulculuk” kavramı kullanılacaktır.

²²⁸ Eppinger, **a.g.e.**, s. 39; Machura, “Eugen Ehrlich's Legacy”; Ziegert, “Beyond Living Law: Eugen Ehrlich's General Theory of Law”, s. 19

²²⁹ Ziegert, “Beyond Living Law: Eugen Ehrlich's General Theory of Law”, s. 22-23.

²³⁰ **A.e.**, s. 22.

norm(lar)a ulaşılan kadar değerlerini daha genel norm katmanlarından alarak incelenebilir.” Bu şekilde özetlenebilecek hukuki merkezîyetçilik Griffiths’e göre bir yanılısamadır, aslolan hukuki çoğulculuktur.²³¹ Griffiths’in düşüncesinde hukuki çoğulculuk, hukukun ya da sistemin değil, toplumsal alanın kendisinin bir niteliğidir. Bir alanda birden fazla hukuki düzen gözlemlenebiliyorsa buradaki toplumsal düzen hukuki çoğulculuk içerir. Yani aslında onun görüşünde, özellikle sosyal bilimlerin gözünde hukuki çoğulculuk empirik bir durumdan ibarettir. Buna karşılık, hukuki anlamda hukuki çoğulculuk farklı gruplara farklı kanunların uygulanmasıdır.²³² Ancak bu bağlamda yaptığı bir uyarı yerindedir. Zayıf anlamda bir hukuki çoğulculuk, aslında hukuki merkezîyetçiliğin bir görünüşü olmaktan öteye gidemez. Yani devleti, neyin hukuk olup neyin olmadığı konusunda karar verici bir organ olarak konumlandıran, çoklu hukukların var oluşunu devletin tanımına bağlayan bir çoğulculuk görüşü, günün sonunda merkezîyetçi anlayışı yeniden inşa eder, ki bunun en iyi gözlemlenebileceği yerlerden birisi yerel örf-âdetin sömürgeci devletler tarafından tanınmasıdır. Griffiths bunu bir hata olarak değerlendirerek, merkezîyetçi mekanizmanın tamamen dışına çıkılması gerektiğini iddia eder. Nitekim, Ehrlich’i de hukuk kurallarının şekillendirilmesine dayanan bir hukuk bilimi inşasıyla teorisini sınırlandırıp geri kalan sonuçlarla ilgilenmemesi yönünden eleştirir.²³³ Benzer doğrultuda Eppinger de Ehrlich’i hukuki çoğulculuğun öncüsü olarak ilan etmekle birlikte, teorisinin yol açtığı sorulardan normların çatışması hâlinde yargıcın ne yapacağı sorusuna hiç odaklanmaması nedeniyle eleştirir.²³⁴

Michaels’a göre hukuki çoğulculuk, geniş anlamda kavranarak, devlet dışı toplulukların da hukuk üretebileceğinin iddia edilmesidir.²³⁵ Her toplumsal grubun düzene sahip olduğu ve bunların norm üreterek düzenlerini süreklileştirdikleri doğrudur. Sosyal bilimlerin farklı alanlarında, farklı parametreler incelenerek bu normatif düzenlerle ilgili çıkarımlar yapılabilir. Bununla birlikte, Michaels bütün bu

²³¹ Griffiths, **a.g.e.**, s. 3-4.

²³² **A.e.**, s. 38; Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, **Law & Society Review**, C.XXII, No.5 1988, s. 871.

²³³ Griffiths, **a.g.e.**, s. 5, 8, 27.

²³⁴ Eppinger, **a.g.e.**, s. 39.

²³⁵ Michaels, **a.g.e.**, s. 1221.

normatif düzenleri hukuk kavramının içerisine dahil etme düşüncesine şüpheyile yaklaşır. Ona göre kesin olan bir şey vardır, o da devletin dışında düzenlerin var olmasından doğrudan hukuki bir özerkliğe sahip oldukları anlamının çıkarılamayacağı, bu düzenlerin kendinden menkul bir ahlâki üstünlükle devletin düzeninin karşısına dikelemeyeceğidir.²³⁶ Kaldı ki devlet, devlet dışı hukukları kendi hukuk mekanizması içine dahil etmeden veya en azından kontrolü altında tutmadan hukuk olarak nitelendiremez. Zira böyle yapmakla, egemenlik iddiasından feragat etmiş olacak ve kendisinin aşılması için kapı aralamış olacaktır. Örneğin yabancı devletlerin hukukları, bir başka devlet tarafından resepsiyon gibi yollarla uygulanabilir, bunda bir beis yoktur zira devletlerin hukukları ve uygulama biçimleri benzerlik gösterir, ancak toplumsal grupların normatif düzenlerinin hukuk üretme kapasitesinin tanınması ve bunların devletin hukukuna üstün olması talebi yapısal olarak devletle uyumsuzluk içerisindedir.²³⁷ Nitekim Michaels, tıpkı Griffiths gibi, hukuki çoğulculuğun mevcut uygulamasının hukuki merkezîyetçiliğin başka bir görünümü olduğunu ve devlet otoritesine bir tehdit oluşturmadığı için var olmaya devam edebildiği sonucuna ulaşır.²³⁸

Hukuki çoğulculuğun imkânına dair tartışma uzun yıllardır devam etmektedir. Kavramın kökeni daha eskiye dayansa da Pospisil'e göre mevcut kullanımı, Hoebel ve Llewelyn'in 1941 tarihli *The Cheyenne Way* isimli kitabına dayanır.²³⁹ Salt Batı'da değil, Türkiye'de de doktrinde bu tartışmanın tarihi eskilere dayanır. Örneğin Hamide Topçuoğlu'nun Fransız sosyolog Georges Gurvitch'in "Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları ve Bugünkü Cereyanlar" isimli metnini 1951 gibi erken bir dönemde çevirmiş olması önemlidir. Metin içerisinde yer yer hukuki çoğulculuk bahsine dair tartışmalara yer verilir. Belirtmek gerekir ki, hukuki çoğulculuk 1980 sonrasına kadar, yani küreselleşmenin yeni bir paradigma ortaya çıkarmasına kadar, post-kolonyal dönemde etnisite politikalarına dair bir arayışın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Merry, etnisiteyi temel alan ve sömürgecilikle ilişkilendirilen bu dönemi, klasik hukuki

²³⁶ A.e., s. 1237-1238.

²³⁷ A.e., s. 1250, 1259.

²³⁸ A.e., s. 1221.

²³⁹ Leopold Pospisil, "Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies", *The Journal of Conflict Resolution*, C.XI, No.1, 1967, s. 7.

çoğulculuk olarak isimlendirirken Michaels, bunun sömürgelerde yerel hukuk normları üzerinden sömürge yönetimlerinin meşrulaştırılması için kullanıldığı yorumunu yapar.²⁴⁰ Buna karşılık 1980 sonrasında gözlemlenen, Merry'nin tabiriyle "yeni hukuki çoğulculuk", küreselleşmenin gündemiyle ve kimlik politikalarıyla birleşerek özellikle sömürge geçmişi olmayan ülkelerde iş ilişkilerinin gelişmesi ve sektörel genişlemelerin yaşanmasıyla birlikte, ayrıca ulus ötesi şirketlerin sayısının artması ve devletin hukukundan bağımsız yargı mekanizmalarına dair arayışın başlamasıyla daha çok gündeme gelir.²⁴¹ Bunun yanında Merry, toplum içerisinde üniversiteler gibi farklı normatif düzenlere sahip yapıların da iktisadi sistemin çıkarlarının karşısında konumlanan yeni bir hukuki çoğulculuğa imkân verdiğini iddia eder.²⁴²

b. Klasik Hukuki Çoğulculuk

Griffiths klasik hukuki çoğulculuğun ilk ortaya çıkışını 1772 yılına tarihler. Bu dönemde Doğu Hindistan Şirketi eliyle gerçekleştirilen sömürgecilik faaliyetlerinde kurulan yeni yargı sisteminde, çoklu hukukların uygulanmasına değinilmiştir. Yapılan düzenlemelerde dile getirildiği üzere: "Miras, evlilik, kast ve diğer dini âdet ve kurumlarla ilgili tüm davalarda, Müslümanlar için Kuran'ın, Hindular için ise *Shaster*'in kanunlarına her zaman uyulacaktır."²⁴³ Bu doğrultuda, 18. yüzyıldan itibaren sömürgecilerin kurduğu siyasi yapıyla, kendi mülkiyet rejimleriyle ve diğer hukuki kurumlarıyla uyuştugu ölçüde dinden ilham alan örf-âdetin hukuk olarak kabulü hukuki çoğulculuk olarak karşımıza çıkar. Francis G. Snyder, bunu "sömürgeci tahakkümün ideolojisi" olarak niteler.²⁴⁴ Nitekim benzer şekilde, 20. yüzyılda sömürgecilik yerini emperyalizme bırakırken, dine dayanan örf-âdet de yerini insan

²⁴⁰ Michaels, **a.g.e.**, s. 1227; Merry, **a.g.e.**, s. 872.

²⁴¹ Nelken, **a.g.e.**, s. 451; Merry, **a.g.e.**, s. 872; Michaels, **a.g.e.**, s. 1227.

²⁴² Merry, **a.g.e.**, s. 870.

²⁴³ Griffiths, **a.g.e.**, s. 6. Griffiths, hukuki çoğulculuğu 18. yüzyıla tarihlemesine rağmen, çoklu hukukların feodal dönem ve öncesinde sıkça rastlanan bir olgu olduğu ortadadır. Nitekim Griffiths de bu olgunun varlığını reddetmez ancak, hukuki çoğulculuğun modern tarihteki yerini 1772 itibariyle aldığını söyler. Bu şekildeki hukuki çoğulculuk kavrayışı, onu modern devletle birlikte ele almanın bir sonucu olarak görülebilir.

²⁴⁴ Merry, **a.g.e.**, s. 875-876.

hakları ve demokrasi gibi kavramların emperyal devletlerin politik ajandası doğrultusunda şekillendirilmesine bırakır. Özcan da klasik anlamda hukuki çoğulculukta etnisitelerin ve yerli hukukunu tanımalarının onların “zararsız” kılınmasıyla mümkün olduğunu, örneğin yerlerinden edilen ve katliamlara maruz kalan Kızılderililerin bugün ABD’de hâlâ geçerli olan pek çok özyönetim düzenlemelerinin olduğundan bahseder.²⁴⁵ Fransızlar ise Afrika sömürgelerinde diğer örneklerden farklı bir yol izlemiş, Nijer ve Kamerun gibi ülkelere kendi hukuklarını ihraç ederek düzeni sağlamaya çalışmışlardır. Ancak örneğin Cezayir’de yerel halkı sömürgeciliğe karşı direnişin simgesi hâline gelen İslâmiyet’ten ayıramamaları sonucunda, oradaki hukukun yerelliğini muhafaza etmekle birlikte zararsız hâle getirilecek şekilde çokkültürlüleştirilmesini temin ederek egemenliklerini sürdürmeye çalışmışlardır.²⁴⁶

Ehrlich’in yaşadığı coğrafyadaki etnik yoğunluk ve alan çalışmalarında farklı etnik grupların geleneklerine odaklanması, klasik hukuki çoğulculukla olan bağlantısını daha belirgin hâle getirir. Onun çalışmaları her ne kadar devleti doğrudan karşısına almaya dönük bir ereksellik taşımasa da Nelken’e göre toplum mühendisliğinin revaçta olduğu ve toplumun şekillendirilmesi için hukuka sıkça başvurulduğu bir çağda onun söyledikleri, devletin sınırlanması doğrultusunda bir uyarı olarak anlaşılabilir.²⁴⁷ Nitekim her ne kadar etnik grupların toplumsal hayatına egemen olan yaşayan hukuku incelemeyi görev edinmiş olsa da Ehrlich, bu grupların devletin hukukuna karşı özerk bir hukuk yönetimine sahip olup olmamasının anlamını ya da devletin devlet dışı hukuka nasıl yaklaşması gerektiğini tartışmamıştır. Devletin hukukunun etkin olmadığını ve onun dışında işleyen pek çok normatif düzenin varlığını ampirik olarak ortaya koymaya çalışmıştır. Bu sırada bunlar arasında ahlâki ya da hukuki gerekçelerle bir hiyerarşi kurmamaya özen göstermiştir. Zira Nelken’e göre, başka türlü Ehrlich’in mafya gibi örgütlenmelerin içsel düzenini yaşayan hukuka dahil etmesini açıklamak zor olurdu.²⁴⁸

²⁴⁵ Mehmet Tevfik Özcan, “Çok Hukukluluk Hayaline İlişkin İhmal Edilen Notlar”, **Suç ve Ceza**, C.I, 2009, s. 218.

²⁴⁶ **A.e.**, s. 228-229.

²⁴⁷ Nelken, **a.g.e.**, s. 470-471.

²⁴⁸ **A.e.**, s. 466-467.

c. Küreselleşmenin “Yeni” Hukuki Çoğulculuğu

Küreselleşme olgusu, gündelik tartışmalarda dahi sıkça adı geçen, gerek ne zaman başladığı, gerekse de etkileri yönünden sosyal bilimciler tarafından epeyce tartışılmış bir konudur. 21. yüzyıl neoliberal kapitalizmiyle birlikte özellikle iktisadi yönüyle tartışılmasına karşın, küreselleşmenin olgusal olarak kapitalizmle doğmadığı söylenebilirse de kapitalizmle birlikte geliştiği kesindir. Sonuçta küresel iletişimi, ulaşımı kolaylaştıran teknolojik gelişmeler kendi başlarına kapitalizmin küreselleşmesini sağlamak amacıyla ortaya konmasalar da kapitalizmin ortak pazar ihtiyacını karşılamak adına kullanılmışlardır. Nasıl buharlı motor, Sanayi Devrimi’nin yaşanacağı düşüncesiyle yapılmadıysa ya da tek başına bu devrimi gerçekleştirmediyse, ancak sonuçları itibariyle Sanayi Devrimi için simgesel bir anlam arz ettiyse küreselleşme de 20. yüzyılın ikinci kısmından itibaren benzer bir dinamikle kapitalizmin gelişimindeki ana motiflerden biri olmuştur. Zira içinde bulunduğu toplumsal ve ekonomik koşullar, kapitalizmle eklemlenmenin yaşanabileceği elverişli ortamı hazırlamıştır. Küreselleşme olgusu, ortaya çıktığı dönem itibariyle genişleyen ve yeni pazarlar arayan burjuvazinin ideolojisine eklemlenmiş, özellikle 20. yüzyıldan itibaren dünya, büyük şirketler için istedikleri yerde işçi, hammadde ve sermaye bulabilecekleri bir “köy” hâline getirilmiştir. Hobsbawm’a göre bu iktisadi genişlemenin sonucunda; serbest piyasa küreselleşmesi, ulusal olarak toplum içindeki, uluslararası alanda ise devletler arasındaki toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri genişletmiştir. Yatırımın, emeğin ucuz olduğu ülkelere ihracı aracılığıyla yerli emekçinin ücretinin sürekli olarak baskılanması, iş güvenliğinin ve güvencesinin azaltılması, sosyal haklarının budanması siyasal ve toplumsal istikrarsızlıklara davetiye çıkarmıştır.²⁴⁹

Küreselleşme, televizyon ve sonrasında internetin yaygınlaşmasıyla kültürel alanda, uluslararası finans ve ticaret kuruluşlarıyla, ulusötesi şirketlerle ekonomi

²⁴⁹ Eric Hobsbawm, “Önsöz”, **Küreselleşme, Demokrasi ve Terörizm**, Çev. Osman Akinhay, İstanbul, Agora Kitaplığı, 2008, s. xii – xiii.

alanında, teknolojik ve hatta dilsel alanlar dahil daha birçok alanda ilerlemiştir. Bu ilerlemeyle günümüzde küreselleşme Özcan’a göre; “emtianın, finansın, teknolojinin, bilginin, bölgesel örgütlenmelerin ve iş yaşamına ait teamüllerin akışına dayanan, bununla, ulus devletlerin ülkesellikle sınırlı siyasal bünyelerini enine kesen yerküre ölçeğinde işleyen kapitalizmi ifade etmek üzere” kullanılmaktadır.²⁵⁰ Bununla birlikte, Hobsbawm’a göre siyasal ve askeri alanlarda hâlâ ulus devletlerin sözü geçmektedir. Devletlerin yetki alanını sınırlamak üzere Birleşmiş Milletler, Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü gibi pek çok ulus ötesi kuruluş kurulmuştur ancak bunlar da Hobsbawm’a göre uluslararası antlaşmalarca kendilerine tanınan sınırlı yetkilerden ya da askeri-ekonomik gücü itibarıyla dünyada sözü geçen ülkelerin kendilerine bahsettiklerinden daha fazla güce sahip değillerdir.²⁵¹

Küreselleşmenin hukuk alanına etkisi de bu gerilimlerin ve sınırlılıkların çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bir yandan uluslararası ticaret, ulus ötesi kuruluşların devletlerden giderek bağımsızlaşan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarıyla ilerletilmeye çalışılmakta, ancak bir yandan da devletlerin zor kullanma noktasındaki iktidarı ellerinde bulundurmaya devam etmeleri nedeniyle, ticari yaptırımların güvencesini dışarda ulus devletlerin uluslararası gücü, ulus içindeyse iktidarın zor kullanma kapasitesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla küreselleşmenin hukuka etkisini, ulus devletlerle uluslararası-ulusötesi organizasyonlar arasındaki bu etkileşimi göz önünde bulundurarak ele almak gerekir. Teubner’e göre küreselleşme çağında hukuk yapma yetkisi artık devletlerin tekelinde değildir, hukuk, çeperlerdeki devlet dışı topluluklar tarafından yaratılmaktadır²⁵², ki burada Teubner esas olarak ulus ötesi kurumları ve şirketleri kast etmektedir. Yeni hukuki çoğulculuk artık etnik grupların sömürgeci toplumlardaki varlığını inceleyen ya da sömürgeciliğin gözlenmediği toplumlardaki sıcak komünal ilişkileri inceleyen bir çalışma alanı değildir, küresel dünya “sıcak komünal bağlara değil soğuk teknik süreçlere dayanmaktadır.”²⁵³ Dolayısıyla yeni

²⁵⁰ Mehmet Tevfik Özcan, “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi Gerçeklik Mi?”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.LXXI, No.1, 2013, s. 981.

²⁵¹ Hobsbawm, **a.g.e.**, s. 11-12. Hobsbawm’ın söz konusu kitabı ilk kez 2007 yılında yayımlanmış olsa da saptamaları güncelliğini korumaktadır.

²⁵² Michaels, **a.g.e.**, s. 1213.

²⁵³ Nelken, **a.g.e.**, s. 444; Guenther Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, **Global Law Without a State**, Ed. Guenther Teubner, Dartmouth, Brookfield, 1997, s. 4.

hukuki çoğulculuk, Ehrlich'in yaşayan hukuku teorize ederken Bukowina'daki çoklu etnik yapının huzur içerisindeki yaşamına özlemin değil, neoliberal küreselleşmenin yarattığı eşitsizlik, adaletsizlik ve güvencesizliklerin izlerini taşır.

Ronen Shamir, neoliberal küreselleşme çağında şirketler, teknik-mesleki birlikler, muhasebe ve kredi derecelendirme kuruluşları ve standart belirleyici kuruluşların düzenlemeler yapma konusunda kendilerini daha yetkin hissederek özgürleştiklerini, devletin kuralları ve yönetmeliklerindense bunların ürettiği davranış kuralları, standartlar ve yönergelerin uygulanmaya başladığını tespit eder.²⁵⁴ Bu doğrultuda Özcan, neoliberalizmin 1980'lerin sonundan itibaren temel yaklaşımının kuralsızlaştırma olduğunu belirtir.²⁵⁵ Öyle ki, Özcan'a göre neoliberal dönemde kuralsızlaşma bir politika dahilinde gerçekleştirilir:

“Küreselleşme ile sermaye sahibinin kendi doğasından kaynaklanan hukuksal imgeleminin istemleri dizginlerinden boşalt[ıl]mıştır. Bu imgelem, onun ticari ilişkilerinde veya diğer edimlerinde niyeti, filli durum olarak ortaya çıkan taahhütleri veya söz vermeleri hariç, kamusal bir hukuk tarafından sınırlandırılmış olmamak istediğini dışı vurmaktadır. Herhangi bir tekel kapitalistin hukuksal imgelemi sürekli olarak, ulusal çıkar gibi bir amaç nedeniyle kendi hükümetince veya başka hükümetlerce konulan düzenlemelerden veya piyasa dışı sınırlamalardan kurtulma beklentisiyle beslenir. Bu beklenti bir şekilde küçültülmüş devlet arayışıyla yakından bağlantılıdır. Neoliberalizm sonrasında kapitalist, bütün kamu politikalarıyla ve siyasal sınırlamalarla bağını koparmıştır; bu noktada yeni hukuksal gelişme, demokratik karar alma yerine, kuralsızlaşma politikasının neticesi olarak ulusal ve uluslararası düzlemde sermayenin veya onu temsil eden kurumsal yapıların yönetişiminin ortaya çıkmasıdır. Bu koşullarda, ulusal ve uluslararası ölçekte adına *international soft law** veya daha incelikli şekilde modern *lex mercatoria* denildiği üzere, özel kişilerin hukuk yapmasını içine alan yeni tip bir hukuksal alanla karşı karşıyayız.”²⁵⁶

Bu kuralsızlaştırma salt mevcut kuralların uygulanmaması, etkinliğini kaybetmesi ya da hukuksuz uygulamaların yaygınlaşmasıyla değil; kuralların fazlasıyla teknikleştirilerek anlaşılabilir hâle getirilmesi, bu bağlamda uzmanlaşan

²⁵⁴ Ronen Shamir, “Corporate Social Responsibility: Towards a New Market-Embedded Morality?”, *Theoretical Inquiries*, C.IX, No.2, 2008, s. 371'den aktaran Nelken, *a.g.e.*, s.471.

²⁵⁵ Mehmet Tefik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, s. 279. Özcan ayrıca, özellikle ticaret hukukunun kuralsızlaştırılması konusundaki planların 1960'lı yıllardan itibaren yapıldığını, 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü'nün (WTO) kurulmasıyla bu planın kurumsallaştırıldığını iddia eder. Ardından imzalanan pek çok sözleşmeyle dünya siyasetinin kuralsızlaştırılması, görünüşte ülkelerin özgür iradeleriyle olmakla birlikte; bazen ülke yöneticilerine sağlanan bazı menfaatler, bazen yaratılan iktisadi krizler, bazen de zor kullanmak suretiyle gerçekleştirilmiştir. (Özcan, “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti”, s. 986-987).

* uluslararası yumuşak hukuk.

²⁵⁶ Özcan, “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti”, s. 988-989.

farklı gruplara uyumsuzluk çözümünde bir iktidar alanı açılmasıyla da gerçekleşir. Nitekim Merry yeni hukuki çoğulculuğun “bütün toplumda bulunan normatif emirler” olduğunu ve “resmi ve gayriresmi düzen biçimleri arasında daha karmaşık ve etkileşimli bir ilişkiyi kavramsallaştırmaya yöneldiğini”²⁵⁷ söylerken; Teubner artık grup ve topluluklardansa farklı söylem ve iletişim ağlarının çoğulculuğuna yönelinmesi gerektiğini iddia eder.²⁵⁸ Farklı hukuk düzenlerinin bir aradılığı, bunlar arasında kaçınılmaz olarak kural çatışmalarına neden olur. Bunlar arasındaki etkileşimi ele alan Boaventura de Sousa Santos, *interlegality** kavramını ortaya atmış ve bunu "hukuki çoğulculuk koşulları altında yaşayan bireylerin ve sosyal grupların hukuki deneyimleri, algıları ve bilinçleri üzerinde hukuki çoğulculuğun etkisi, her şeyden önce gündelik hayatlarının farklı ve genellikle birbirine zıt hukuk düzenleri ve hukuk kültürleri ile kesişmesi veya iç içe geçmesi" olarak tanımlamıştır.²⁵⁹

Nihayetinde küreselleşmenin hukuki çoğulculuğuna dair eserler ortaya koyan pek çok araştırmacı, eski hukuki çoğulculuğa nazaran bu yeni hukuki çoğulculuğun devletin hukuk üzerindeki tekeli sarsmaya aday olduğuna inanır ve kimisi daha da ileri giderek bunu bir siyasi ödev olarak önüne koyar. Oysa apaçık bir şekilde gözüküyor ki, küreselleşmenin ulus devletlerle “henüz” bir sorunu yoktur. Devletin küçültülmesi talebi, özellikle SSCB’nin yıkılması ve tek kutuplu konjonktüre geçilmesiyle kimilerince “tarihin sonu” teziyle eşgüdümlü olarak hevesli bir şekilde savunulmuş olsa da nihayetinde sistem, kendi mantığına içkin krizleri aşmak amacıyla devletlere sürekli olarak başvurmak zorunda kalmıştır, muhtemeldir ki kalmaya da devam edecektir. Devletler, küreselleşmenin ve küresel pazarın önünde duran engelleri sahip oldukları zor tekeliyle ortadan kaldırmaya, güvenlik politikalarıyla şirketlerin güvenliğini sağlamaya devam ettikleri müddetçe devletin hukukunun da sınanması veya aşılması gerekmeyecektir. Mevcut ulus ötesi organizasyonlar ve bunların tahkim gibi uygulamalarla devlet hukukunu aşmaya çalışmalarının hızlı uzlaşma gibi çeşitli pratik gerekçeleri olmasının yanında, esas olarak Özcan’ın belirttiği gibi “hukuki

²⁵⁷ Merry, **a.g.e.**, s. 873.

²⁵⁸ Teubner, **a.g.e.**, s. 4-5.

* Hukuklararasılık.

²⁵⁹ Michaels, **a.g.e.**, s. 1211.

bağlayıcılık yerine, üzerine pazarlık yapılabilirlik prensibine dayanan bir bakış açısını daha baştan yaşama geçirmesi”²⁶⁰ olarak görülebilir. Bu bağlamda ancak bir imtiyaz talebi olarak ele alınabilir. Nitekim bu imtiyaz talebinin hukuktaki karşılığı, uluslararası ticaret hukukunun yanı sıra spor hukuku gibi yüksek miktarda para akışının olduğu alanların devletin hukukundan mümkün mertebe özerkleşebilmesi olmuştur.

Neoliberalizmin etkili olduğu dönemle birlikte hukukta gözlemlenen değişimler, ayrıca formalizmden neo-formalizme geçiş süreci altında değerlendirilebilir. Formalizm temelde, kuralların uygulanmasında tarafsızlığı ve eşitliği sağlama iddiasıyla kati kuralların değerlerden bağımsız ve teknokratik bir şekilde ihdas edilmesidir.²⁶¹ Neo-formalizm, bu sabitçi yaklaşımın, hızlı gelişim gösteren 21. yüzyıl dünyasında karşılaşılan yeni sorunları çözmekte yetersiz kaldığını, artık ancak bireyselleşmiş anlaşmaların ya da uzlaşmaların, mümkünse belirsiz ve esnek yasal düzenlemelerin öz düzenleme mekanizmaları tarafından oluşturulmasının sorunları çözmeyi mümkün kıldığını iddia eder.²⁶² Neo-formalist yaklaşımı dönüşlü ve duyarlı hukuk olarak ikiye ayırır da ereksellikleri bakımından birleştirerek ele alan Kaynar’a göre bu bağlamda;

“Dönüşlü ya da duyarlı hukukun işlevi, hukuk kurallarını kullanarak farklı toplumsal tercihleri kendi terminolojilerine ‘tercüme etmek’ ya da ‘yeniden formüle etmektir’. Hukukçulara düşen ise, hukukun bu farklı toplumsal tercihlere nasıl duyarlı olabileceğinin ve bu tercihleri nasıl yansıtabileceğinin yollarını bulmaktır.”²⁶³

Neo-formalizm teorileri, dünya savaşları öncesindeki dönemin kapitalizmiyle birleşmiş olan formalizme karşı çıkarken hukukun ideolojik konumlandırılışına dair eleştirel yaklaşımların argümanlarını kullanırlar. Bununla birlikte, bu argümanları piyasaların hukuktan daha bağımsız olacağı, denetimden serbestleşecekleri bir projeksiyonla bükerler. Hukukun farklı düşünceleri, inançları ve kültürleri kapsamı

²⁶⁰ Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 279-280.

²⁶¹ Şule Şahin Ceylan, “Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell”, **Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan**, Ed. Saim Üye vd., Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 265-266.

²⁶² Ayşegül Kars Kaynar, “Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş”, **İktisat Dergisi**, No.536, 2017, s. 43.

²⁶³ A.e., s. 44.

gerektiğini iddia ederken bunu birlikte yaşamın esas şartı olarak değil, farklılıkların muhafazasıyla kimlikçi post-modern yalnızlaştırmanın bir aracı olarak kullanırlar. Zira kolektifliğin baltalanması ve bireyselleşmenin teşviki, kapitalist düşünümSELLİĞİN temel amaçlarındandır. Nihayetinde hukuk da bu bireyselleştirme ve biricikleştirme çabasından payını alır ve hukuki uyumsuzlukların kendi sözleşmesel şartları içerisinde kararlaştırılacak arabuluculuk ya da uzlaştırma kurumları aracılığıyla özelleştirilmesi gerektiği fikri gündeme gelir.²⁶⁴ Böylece Kaynar’a göre;

“Devletin özel aktörlerle ortaklıklar kurduğu, beraber risk üstlendiği ve riski azaltmak için sürekli ince ayarlar yaptığı piyasada hukuk kuralları da esnekleşir; sürekli revizyona açık hale gelir. Böylece ekonomi, siyaset ve hukuk alanları bir arada hareket ederek toplumun neoliberal dönüşümünün birer aktörü olmaktadır.”²⁶⁵

d. Küreselleşmeci Olmayan Güncel Hukuki Çoğulculuk Çalışmaları

Neoliberal dönemde hukuki çoğulculuk düşüncesine küreselleşmeyi kucaklayan düşünceler damga vursa da bu amaçsallığın dışında ya da doğrudan karşısında konumlanan bazı çalışmalar da yapılmaktadır. Bunlara bazı örnekler verilebilir. İlk olarak, şirketlerin mevcut hukuk mekanizmalarını nasıl etkileyebildiğine dair Lauren Edelman tarafından gerçekleştirilen bir çalışma ilgi çekicidir. *Legal endogeneity** kavramını ortaya atan Edelman, bunu "kurumsallaşmış örgütsel uygulamaların ve yapıların hukukilik ve uygunluk konusundaki yargı kavramlarını etkilediği incelikli ve güçlü bir süreç" olarak tanımlar. Örneğin, şirketlerin işleyişindeki işe alım, şikayet prosedürleri ve taciz karşıtı politikalar gibi içsel normlar, o kadar genelgeçerleşmiş, o kadar sindirilmiştir ki ABD’de zamanla 1964 tarihli Medeni Haklar Yasası’na uygunluğun simgesel bir göstergesi haline

²⁶⁴ A.e., s. 46.

²⁶⁵ A.e., s. 47. Kaynar’ın makalesinde sıkça atıf verdiği Guenther Teubner’in çalışmaları her ne kadar neo-formalizm akımının içinde değerlendirilse de Golia ile birlikte kaleme aldığı “Societal Constitutionalism” isimli çalışmasında Teubner, amacının ne “hukuk teorisinin sosyolojikleştirilmesi ne de neoliberal yaklaşımlar tarafından savunulan hukuksuzlaştırma/düzenlemeden arındırma” olduğunu, bunun yerine “politika ve kanun yapıcılarının öz düzenlemelerin kontrolünü hedeflemesi için” çalışmaları gerektiğini düşündüğünü belirtir. (Angelo Jr Golia, Gunther Teubner, “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”, *ICL Journal*, C.XV, No.4, 2021).

* hukuki içsellik.

gelmiştir. Yargıçlar tarafından bunların varlığı, şirketler içerisindeki ayrımcılık karşıtı düzenlemelerin varlığına dair bir karine haline gelmiştir.²⁶⁶ Normatif nitelik taşıyan bir toplumsal birlik olan şirketler, böylece kendi içsel normatif süreçlerini devletin hukukuna dahil edebilmişlerdir.

Sally Falk Moore ise, giyim endüstrisine odaklanan çalışmasında, bu sektörde gelişen örf ve adetlerin, devletin hukukundan çok daha etkili olduğunu ortaya koymaya çalışır. Bu sektörde var olabilmek için salt sözleşmeler yaparak bunlardan doğan hukuki yükümlülüklerle uymak yetmez, aynı zamanda karşılıklı hediyeleşme gibi uygulamalarla iyi niyet ilişkisinin sürekli olarak canlı tutulması gerekir. Ticari ilişkinin bu gayri resmi karşılıklılık ağlarıyla kurulabilmesi, sürdürülebilmesi ve sözleşmesel sorunların hukuki sorunlara dönüşmesinin bu ilişkiler sayesinde engellenebilmesinin yanı sıra; bu ticari ilişkinin tarafları, işveren sıfatıyla kendi işçileriyle ve sendikalarla kurdukları ilişkiler sayesinde işin makul bir süratte ve verimde devam etmesini sağlarlar. Bu da çoğu zaman hukuki olmayan yöntemlerle gerçekleşir. Bu bağlamda işçiler için, hukuki olanın kazanılması veya kazanılmış olanın uygulanması, öncelikle bir siyasi güç meselesidir. İşçiler ve sendikaları, gerek alan içindeki güçlerini seferber ederek mevcut devlet hukukundaki haklarının uygulanması için bir çağrıda bulunabilirler, gerekse de yine kendilerine yarattıkları alanı kullanarak iş anlaşmalarının yapılmasında dengeleyici unsur olarak yer alabilirler. Bu salt alan içindeki değil, alan dışındaki güçleri de harekete geçirebildiği ölçüde gerçekleşebilir. Yani söylenebilir ki, Moore'un aktardığı örnekte devletin hukukunun sınırlarını aşan şekilde ilerleyen ticari teamül ve alan içi siyasi ilişkilerle güç dengeleri uygulamayı ve normatifliği belirler.²⁶⁷ Moore bu normatif alanı “yarı özerk sosyal alan” olarak niteler. Bunun yanında, tam özerkliğin sosyal alanların, hukuk devletinin genişleyen etki alanı nedeniyle mümkün olmadığını belirtirken tam dominasyonun ise ordu gibi emir komutanın elzem olduğu kurumlarda dahi uygulanmadığını söyler.²⁶⁸ Böylece ona

²⁶⁶ Nelken, **a.g.e.**, s. 450.

²⁶⁷ Sally Falk Moore, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, **Law & Society Review**, C.VII, No.4, 1973, s. 721-729.

²⁶⁸ **A.e.**, s. 742-743.

göre, neredeyse bütün toplumsal alanlarda devletin dışında yer alan iktidar grupları mücadeleleri ölçeğinde etkili olarak normatiflik inşa edebilirler:

“Hem hukuki hem de hukuki olmayan kurallar, ihlal halinde benzer etkili yaptırımlara sahiptir. Örneğin hukuki kurumların müdahalesi olmadan ticari başarısızlıklar meydana gelebilir. Açıktır ki ne etkili yaptırımlar ne de bağlayıcı kurallar üretme kapasitesi devletin tekelindedir.

Bu örneğin analizi, aynı zamanda, birçok yasanın, etkilenen sosyal alandaki insanlar yaptırım için baskı yapma tehdidinde bulunduğu işler hale geldiğini gösteriyor. Bu insanlar haklarının farkında olmalı ve devletin zorlayıcı gücüne ulaşmak ve harekete geçirmek için yeterince örgütlü ve bağımsız olmalıdırlar. Bir mahkeme veya yasama meclisi, geleneği hukukileştirebilir. Bir yarı özerk sosyal alan ise hukuku kendisinin geleneği yapabilir.”²⁶⁹

Sally Engle Merry de çalışmalarında bu yarı özerk sosyal alanı inceler. Bu sosyal alan kural üretme kapasitesine, yani normatifliğe sahiptir, ayrıca kendi içindeki devamlılığı sağlayacak gelenekler ve simgeleri de üretir, ancak tek başına var olmaz. Daha büyük bir bütünün, bir “sosyal matrisin” parçasıdır. Bu sosyal matrisin bir parçası olarak yarı özerk sosyal alan dış etkilere açıktır ve bu da içerdeki iktidar mücadelesinin aynı zamanda diğer alanlardaki iktidar mücadeleleriyle ilintili olmasına neden olur. Buna karşın içerde gelişen kültür, dışardan gelecek müdahalelerin alanı tam olarak domine etmesinden korunurken, içerde dış müdahalelere direnmenin imkânlarını yaratır. Merry, 1980’lerde yapılan çalışmaların, devletin diğer normatif düzenlere nüfuz etme çabasını incelediği kadar, bu normatif düzenlerin direniş pratikleri ile devletin simgesel sermayesini ele geçirme çabasını da incelediğini aktarır.²⁷⁰ Merry devamla iki farklı örnek üzerinden devletin ve diğer normatif düzenlerin birbirlerinin simgelerini kullanarak nasıl kendi düzenlerini tesis ettiklerini anlatır.

İlk örnek, Boaventura Santos’un Brezilya *favela*’larında (gecekondu mahalleleri), suç örgütleri ve çetelerle iç içe geçmiş, Santos’un “Pasargada hukuku” adını verdiği düzen ile devlet hukukunun simge ve biçimlerinin kullanılması yoluyla düzenin nasıl sağlandığına ilişkindir.²⁷¹ Burada, *favela*’ya özgülenmiş normların

²⁶⁹ A.e., s. 743-744.

²⁷⁰ Merry, a.g.e., s. 878, 881.

²⁷¹ A.e., s. 881.

oluşturduğu düzen, Brezilya toplumunun genelindeki sınıflı toplum yapısını tekrar yaratır, ancak düzeni sağlayan silahlı güç devlet değil çetelerdir. Genel anlamıyla aynı sınıfa mensup insanların oturduğu *favela*'larda iyi ve kötü mahalleler arasında bir ayırım yapmak suretiyle oluşturulan tabakalı toplumsal yapı, ulusal hukukla ve kapitalist piyasayla daha içli dışlı olan bazı kişilerin toplumsal yapının sürdürülmesinde daha etkili olmalarına imkân tanır. *Favela* içerisinde kurulan gayri-resmi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarıyla, ortaya çıkan uyuşmazlıklara devletin müdahil olması gerekliliği ortadan kaldırılır. Böylece hem mahkemeler *favela* davalarına bakmakla uğraşmayıp iş yükü sorunu yaşamaktan ve olası bir hukukun etkinliği probleminden kendilerini kurtarırlar hem de sınıf tahakkümünü meşrulaştıran bir hukuk ideolojisinin *favela*'da kabulü kolaylaşır. Ayrıca şiddetin yaygınlaşmasının önüne geçilirken *favela*'da, görece daha izole bir atmosferde yaşayanların, şehir merkezlerindeki hayata da uyum gösterebilmesi ve belirli bir hukuk ve düzen düşüncesinin benliklerinde bulunması temin edilir.²⁷²

İkinci örnek ise tam tersinden devletin yerel âdetleri kullanarak kendi düzenini tesis etmesine ilişkindir. Sidney Silliman tarafından yapılan çalışmada ifade edildiği üzere Filipinler'de "mahallenin adaleti" [*neighbourhood justice*] denilen bir yerel gelenek doğrultusunda mahallelilerin uyuşmazlık çözümü için oluşturduğu yapılar bulunur. Ancak Filipinler devleti tarafından çıkarılan yasayla artık bu iş, tamamıyla geleneksel yapıların inisiyatifine bırakılmamış, çıkarılan yasa aracılığıyla bir kamu görevi olarak yürütülmesi amaçlanmıştır. Avukatların katılamadığı uyuşmazlık çözüm duruşmalarında, adalet, resmi hukuktaki ispat araçlarına bağlı kalmaksızın tarafların uzlaşması için incelikli kararlar alınmasıyla sağlanmaktadır. Böylece alışlageldik bir simgesel-geleneksel adalet işlevi, devlet gözetiminde ifa edilerek hem mahkemelerin iş yükünü azaltır hem de devletin kırsallarda meşruiyetini genişletmesi amacına hizmet eder.²⁷³ Merry, devletin hukukunun bütün bu toplumsal normatif sistemlerle bir karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunduğunu, zaman zaman karşıtlık zaman zaman da

²⁷² Boaventura de Sousa Santos, "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", **Law and Society Review**, C.XII, No.1, 1977, s. 89-90.

²⁷³ A.e., s. 882; G. Sidney Silliman, "A Political Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice Through Mediation", **Law & Society Review**, C.XIX, No.2, 1985, s. 280-281.

birliktelik geliştirerek toplumsal düzenin devamını sağladığını belirtir. Bu karşılıklılık ilişkisi nedeniyle, söz konusu normatif düzenlerin devletin hukukunu şekillendirme imkânları bulunur.²⁷⁴

Sonuç olarak hukuki çoğulculuk konusunda yapılacak araştırmalar için Merry, beş ana çıkarımda bulunur: 1) Bu çalışmalarla hukuki merkezîyetçi düşüncenin dışında düşünebilme imkânı oluşur. 2) Tarihsel bir bakış açısı kazanılması zorunludur, zira farklı normatif düzenler arasındaki diyalektik çatışmanın tarihi, bütün tarihi şekillendirir. 3) Hukuki çoğulculukla, hukuk düzeni bir grup emirden ibaret olmaktan çıkar, onun ideolojik ve kültürel doğası incelenebilir hâle gelir. 4) Hukuk çalışmalarında odağın, aslında istisnai durumlar olan uyuşmazlıklardansa düzenin tesis edildiği durumlar olan olağan döneme çevrilmesini sağlar. 5) Normatif düzenler arasındaki ilişkinin tarihsel bir diyalektik içerisinde ele alınması, egemen ve tâbi grupların arasındaki mücadelede tarafların ellerindeki araçları anlayabilmesini kolaylaştırır.²⁷⁵

2. Amerikan Hukuki Realizmi ve Sosyolojik Hukuk Okulu

Ehrlich'in çalışmaları, belki Almanya ve çevresindeki Cermen geleneğinden gelen ülkelerden daha çok, Kıta Avrupası hukukunun dışında konumlanan *Common Law* coğrafyalarında yankı buldu. 1920'li yıllardan itibaren Ehrlich, Amerikan hukuki realistlerinin ve yine ABD merkezli ve realistlerin öncülü kabul edilebilecek*

²⁷⁴ A.e., s. 884. Merry, bu bağlamda devlet hukukunun nasıl şekillendirilebileceğine dair sorunun ilgi çekici olmakla birlikte pek çalışılmamış olduğunu söyler. Elinizdeki çalışma, tam da Merry tarafından bahsedilen bu şekillendirme imkânlarının teorik altyapısının nasıl olabileceğine ilişkin bazı soruları tartışmaktadır. Bu sorunun tatmin edici cevapları ancak pratiğe dönük bir çalışmayla bulunabilecekse de bu çalışma belki de bu yolda atılmış bir ilk adım olarak ele alınabilir.

²⁷⁵ A.e., s. 889-891.

* Roscoe Pound, Sosyolojik Hukuk Okulu'nun kurucusu ve Amerikan Hukuki Realizmi'nin ilham kaynaklarından biri olarak görülür. Bununla birlikte Pound, yaşamının ilerleyen yıllarında, Amerikan Hukuki Realizmi'nin etkisindeki federal yapının merkezi kontrolünün giderek artmasıyla realizmin karşısında konumlanmıştır. Presser, Pound'un Amerikan Hukuki Realizmi'nin "ruhani babası" olarak nitelenebileceğini, ancak Pound'un Amerikan Hukuki Realizmi'ni muhtemelen bir "hayırsız evlat" olarak gördüğünü belirtir. (Stephen B. Presser, "Pound and the Law", <https://oll.libertyfund.org/pages/pound-and-the-law>, 15.10.2024). Bahsedilen hukuk düşünceleri arasındaki geçişkenlik ve ortak noktalarının Pound olması göz önüne alınarak, bu bölümde iki düşünce birlikte ele alınmıştır.

Sosyolojik Hukuk Okulu'nun çalışmalarını etkileyen önemli kişilerden biri oldu. Ehrlich tıpkı bir hukuki çoğulcu olmadığı gibi, bir hukuki realist de değildi. Ancak hukuki çoğulcuların Ehrlich'in yaşayan hukuk nosyonundaki devlet dışı hukuklar olgusuna yaslanması gibi, hukuki realistler de nosyonun “yaşayan” kısmına odaklanarak eserlerini verdiler ve ilgilerini hukukun olgusal olarak saptandığı yer olarak mahkeme kararlarına yönelttiler.²⁷⁶

Sosyolojik hukuk okulunun öncü isimlerinden olan Roscoe Pound, Ehrlich'in ABD'ye tanıtılmasında öncü olan kişilerden biridir. Öyle ki, Ehrlich'in en kapsamlı kitabı olan *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*'nin İngilizce basımında giriş kısmını kendisi kaleme almıştır. Bu girişte Pound, 19. yüzyıldaki hukuk biliminin temel sorunlarını; hukukun doğasını felsefi, tarihsel ve analitik olarak belirlemek, hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkiyi incelemek ve hukuk tarihiyle birlikte hukuku belirli kural ve kurumlar üzerinden açıklamak olarak özetlemişti. 20. yüzyılda ise ona göre, hukukun neliğine dair tartışmalar bitmişti. Artık onun ne yaptığı, nasıl yaptığı, çatışan çıkarları nasıl himaye edebileceği önemliydi. Bu arayışa binaen Pound, sosyolojik ve realist yeni akımların ortaya çıktığını belirtmişti.²⁷⁷ Bu arayış, onları uygulamaya, yani hukukun asıl olarak uygulandığı yer olarak düşündükleri mahkeme içtihatlarına götürecekti. Nitekim Ehrlich'in realistler için ön açıcı tarafını Pound, “hukukun hukuki kurallar bütünü ya da toplamından başka bir şey olmadığı önermesine ilk saldıran kişi” olması hasebiyle teslim etmiştir.²⁷⁸

Amerikan hukuki realizmi, genel anlamda, toplumun sürekli değiştiğini ve sabit hukuk kurallarının bu değişime ayak uyduramayacağını savunur. Hukuk, aktif bir şekilde mahkeme kararları ve içtihatlar aracılığıyla toplumsal hayatın dinamizmini, toplumsal faydayı maksimize edecek şekilde yakalamak durumundadır. Yargıçlar, toplumsal değişimi anlamak ve kararlarını buna göre şekillendirdikleri ilkeler üzerinden vermek zorundadırlar. Bu anlamda realistler, tıpkı hukuki çoğulcular gibi

²⁷⁶ Tamanaha, **a.g.e.**, s.298; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 55-56.

²⁷⁷ Roscoe Pound, “Introduction”, **Fundamental Principles of the Sociology of Law**, New York, Routledge, 2017, s. lxi – lxii.

²⁷⁸ **A.e.**, s. lxiii.

hukuki formalizme karşı çıkarlar. Pound bu doğrultuda, hukukun eksik kaldığı noktaların sosyolojik araştırmalarla elde edilen sonuçlarla doldurulmasını, hukukun toplumsal ihtiyaçları karşılaması gereği düşüncesinden hareketle, bir “sosyal mühendislik” aracı olarak kullanılması gerektiğini iddia eder.²⁷⁹ Kavram olarak sosyal mühendisliğin tercih edilmiş olması aslında Ehrlich’in düşünceleriyle çatışır. Zira, Ehrlich’in düşüncesinde, yaşayan hukuk aslolan hukuktur ve toplumun birlikler dahilindeki içsel düzenini yürütür. Bu durumda mahkeme kararlarıyla bu düzenin normlarının uygulanması, bir sosyal mühendislik olamaz. Sosyal mühendislik hâlihazırda o dönemde, hukuki realistlerin karşı çıktığı hukuki formalizm doğrultusunda kanunların sıkı bir şekilde uygulanması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu durumda Ehrlich’in düşüncesinin ABD’deki alımlanışı, hukuki formalizmi alt ederek liberalizmin temel düşünme setlerinden olan fayda odaklılığa öncelik verecek ancak hukuki formalizmden çok da farklı bir görüntü ihtiva etmeyecek bir karşı-hegemonik proje olarak düşünülebilir.

Pound’un düşüncesine göre hukuk ikiye ayrılarak incelenebilir. Bir yanda norm ve kurallardan ibaret olan kitaplardaki hukuk [*law in books*] öte yanda ise uygulamadaki hukuk [*law in action*] yani bu kuralların mahkeme kararları vb. aracılığıyla nasıl uygulanabileceği yer alır. Bu ayrımı, Ehrlich’in hukuki önermeleriyle yaşayan hukuk arasında yaptığı ayrıma benzetilir. Ancak belirtmek gerekir ki Pound ve Ehrlich esas olarak farklı aktörlere odaklanır. Ehrlich, hukukun düzen işlevine odaklanarak, yaşayan hukukta normatif düzenin nasıl işlediğine ve toplumsal birliklerin içerisindeki ve dışındaki insanların davranışlarına odaklanırken, Pound mahkemelerin ve hukuk görevlilerinin davranışlarına odaklanarak bu düzeni yürütürken normları hangi ölçütlere göre değerlendirebileceklerini incelemeye çalışır.²⁸⁰ Nitekim Akman’a göre;

“Uygulamadaki hukuk kitaplarda yazan hukuk ile hukuk uygulamacılarının güncel pratikleri arasındaki farklılık ve boşluklara odaklanmaktadır. Yaşayan hukuk ise yurttaşların yaşamları içinde toplumun üyesi olarak tabi bulundukları zorunluluklara atıf yapmaktadır. (...) Bu yönüyle yaşayan hukuk kavramı daha radikal bir pozisyonu işgal etmekte ve hukuk uygulaması

²⁷⁹ Ertuğrul Uzun, “Amerikan Hukuki Realizmi”, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015, s. 75, 77.

²⁸⁰ Hertogh, “A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich”, s. 473.

içinde hukukun nasıl işlediğinden ziyade toplumsal yaşam içinde pozitif hukuk düzeninin dışında ortaya çıkan hukukla bağlantılı süreçleri ele almaktadır.”²⁸¹

Ehrlich, daha önce bahsedildiği üzere, mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıkların gerçek hayatta ortaya çıkanlardan çok daha az olduğunu iddia ederek gerçek hayatın düzeninin mahkeme kararlarına bakarak anlaşılamayacağını, mahkeme kararlarının da bu anlamda sınırlılıklar taşıyacağını, mahkeme kararlarının eksikliklerinin sosyolojik araştırmaların bulgularıyla tamamlanması gerektiğini savunur.²⁸² Bu anlamda Ziegert de Ehrlich’in düşüncesinin hukuki realizme kıyasla çok daha radikal biçimde sosyolojik olduğunu belirtir.²⁸³

3. Ehrlich’in Düşüncesinden Etkilenen Sosyal Bilimciler

Ehrlich yalnızca yaşayan hukuk fikrini geliştirmiş olmasıyla değil hukuk sosyolojisinin kurucularından olma sıfatını da haiz olduğundan pek çok hukuk sosyologunu da etkilemiştir. Farklı ekollerden gelmelerine karşılık Ehrlich’in görüşleriyle benzer doğrultuda çalışmalar ortaya koyan bazılarını kısaca anmak yerinde olacaktır.

İlk olarak adı anılabilecek kişilerden olan Leopold Pospisil, 1923 doğumlu, hukuki çoğulculuk alanında önemli eserler vermiş bir hukuk antropologudur. Bir hukuki çoğulcu olması hasebiyle, görüşleri hukuki merkezîyetçiliğin karşısında yer alıyordu. Ayrıca tıpkı Ehrlich gibi, toplumda farklı normatif düzenlerin hüküm sürdüğünü düşünüyor, bunların bir aradalığının oluşturduğu büyük düzeni inceliyordu. Onun görüşüne göre, ilkel ya da genel anlamda siyasi örgütlenmeye sahip olmayan toplumlara bakıldığında, hukuk kolayca fark edilmeyebilir. Hukukun fark edilebilmesi için dikkat, toplumu oluşturan alt gruplara -ki Ehrlich’in birliklerine benzetebiliriz- yöneltilmelidir, orada hukuki olgular kolayca fark edilecektir. İster modern toplum ister kabile toplumu olsun toplum, onu oluşturan alt grupların bir mozaığıdır ve herkes bağlı bulunduğu grupların otorite, yükümlülük, yaptırım ve evrensellikten oluşan dört

²⁸¹ Akman, **a.g.e.**, s. 271.

²⁸² Ehrlich, **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, s. 489.

²⁸³ Ziegert, “A Note on Eugen Ehrlich”.

kavramsal bileşenle özetlenebilecek hukuk düzenine tâbidir.²⁸⁴ Bu hukuk düzenleri, bütün içerisinde çeşitli hukuki katmanlar oluştururlar:

"Hukuk sistemleri, ilgili alt grupların kapsayıcılık derecelerini yansıtan bir hiyerarşi oluşturduğundan, aynı tür ve kapsayıcılıktaki alt grupların (örneğin, aile, soy, topluluk, siyasi konfederasyon) hukuk sistemlerinin toplamına hukuk katmanları demeyi öneriyorum.

(...) Hukuk sistemleri, birbiri üzerine bindirilmiş farklı hukuk katmanlarına ait olarak görülebilir; daha kapsayıcı bir grubun sistemi, kendisini oluşturan tüm alt grupların üyelerine uygulanır."²⁸⁵

Ona göre, her hukuk katmanında da hukukun; otorite, yükümlülük, yaptırım ve evrensellikten oluşan dört kavramsal bileşeni olacaktır. Devamla Pospisil, Kapuaku yerlilerinin arasında yaptığı çalışmalara dayanarak hukuk katmanları arasındaki farklılıklara örnekler verir. Bazı cezalar sadece klan tarafından verilebilirken bazıları sadece aile tarafından verilebilir. Örneğin, idam cezası aile tarafından verilemez.²⁸⁶ Toplumda yaşayan her kişi, farklı katmanlardaki hukuklarla muhatap olacağı için farklı normların çatışması o kişinin hukukun neliğine dair düşüncesini ve hukuksallığa dair algısını belirleyecektir, nitekim toplumdaki farklı yapılar bu algıda üstün gelebilmek için mücadele halindedir.²⁸⁷ Görüldüğü üzere Pospisil'in düşünceleri Ehrlich'in toplumsal birlik düşüncesinin bahsetmekle birlikte çok odaklanmadığı bir yere, toplumsal birliklerin birbirleriyle olan ilişkilerine ve bunların toplumsal yaşamla insanların düşüncesini nasıl etkilediğine odaklanmaya çalışmış, böylece Ehrlich'in düşüncesine katkıda bulunmuştur.

Ehrlich'ten sonraki kuşak hukuk sosyologlarından olan Georges Gurvitch de tıpkı Ehrlich gibi toplumsal birliklere odaklanır. Bunu yaparken hukuki çoğulculuktan bahseder ve Pospisil gibi hukuk katmanlarını bu çoğulculuğu açıklamak için kullanır. Bir diğer önemli kavramı ise "normatif olgu"dur. Bu kavram, toplumsal hayatta

²⁸⁴ Griffiths, **a.g.e.**, s. 15; Pospisil, **a.g.e.**, s. 9; Merry, **a.g.e.**, s. 870; Mark Ryan Goodale, "Leopold Pospisil A Critical Reappraisal", **Journal of Legal Pluralism**, No.40, 1998, s. 130.

²⁸⁵ Leopold Pospisil, **Anthropology of Law: A Comparative Theory**, New York, Harper & Row, 1971, s. 107, 125'ten aktaran Griffiths, **a.g.e.**, s. 16.

²⁸⁶ Pospisil, **a.g.e.**, s. 13.

²⁸⁷ Goodale, **a.g.e.**, s. 133.

gözlemlenen gerçekliğin hukuki yaratmaya elverişli görünümüne işaret eder.²⁸⁸ Bu bağlamda Ehrlich'in hukuki olgusuna benzer.

Toplumsal birliklerin hukuk üretme kapasitesine odaklanan Gurvitch'e göre:

“Sadece gerçek kolektif birimler, örneğin gruplar, hukuk yapılarını doğurabilir. (...) Aynı zamanda sadece kapsayıcı toplumlar, yani grupların sentezi ve dengesi ‘hukuk sistemlerine’ vücut verir. Bu sistemlerde her biri farklı türde hukukların bir sentezini temsil eden farklı hukuk yapıları rekabet eder ve bir araya gelirler. Örneğin devlet hukuku, sendika hukuku, kooperatif hukuku, aile hukuku vs. birer hukuk yapısını ifade eder ve bunlardan her birinin içinde çeşitli hukuk türleri birbirleriyle rekabet eder veya bir araya gelir. Buna karşın feodal hukuk, burjuva hukuku, Amerikan hukuku, Fransız hukuku, çağdaş hukuk, arkaik hukuk ise birer hukuk sistemini ifade ederler ki, bunlardan her birinin içinde çeşitli hukuk yapıları çatışır veya denge arayışına girer.”²⁸⁹

Ona göre farklı grup tipleri, farklı hukuklar üretir. Örneğin örgütlü bir grupla, örgütsüz bir grubun ürettiği hukuk farklıdır. Örgütsüz bir kitlenin kalabalık eylemi genelde bir “hukuk düzeninden çok hukuk kaosu” neden olur. Ayrıca grupların genişliği ya da gelişmişliği gibi nitelikleri de hukukun yaratılma ve uygulanma tarzında etkilidir.²⁹⁰ Bu nitelik farklılıklarıyla birlikte, her koşulda mevcut grubun içerisindeki karşılıklı ilişkileri, farklı hukuk katmanlarında kurucu bir etkiyle “örgütlenmemiş yaşayan hukuk” ortaya çıkarır. Bu hukuk mevcut hukuk kurallarıyla tamamen çatışma hâlinde olabilir, bu nedenle Gurvitch hukukçuların organize bir hukuk ihdas etmek için öncelikle odaklanmaları gereken yerin burası olduğunu iddia eder.²⁹¹ Tıpkı Ehrlich gibi, Gurvitch de bu doğrultuda hukuk bilimine bir rota çizmek ister, ancak onun kafasındaki düşünce Ehrlich'ten biraz daha farklıdır. Ona göre “pozitif hukuk bilimi” ile “hukuk sosyolojisi” arasında bir ayrım çizgisi çekmek gerekir. Köse, Gurvitch'in bu ayrımını şu şekilde özetler:

“Ona göre pozitif hukuk bilimi, sadece belirli bir topluluğun, belirli bir zamandaki hukuksal tecrübesi için geçerli olan normatif örnek ve sembollerin uyumlu bir sistemini kurabilir. Bu sistemin gayesi ise mahkemelerin işini kolaylaştırmaktır. Fakat hukuk sosyolojisi, bütün toplumların ve grupların tecrübelerindeki hemen hemen sonsuz çeşitliliği her tecrübe tipinin

²⁸⁸ Can, **a.g.e.**, s. 272; Hızır Murat Köse, “Georges Gurvitch'in Hukuk Sosyolojisi Alanında Türkiye'ye Etkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.LI, No.3, 2002, s. 100-101.

²⁸⁹ Georges Gurvitch, **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. Muhammet Koçakgöl, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2021, s. 185.

²⁹⁰ Can, **a.g.e.**, s. 275; Gurvitch, **a.g.e.**, s. 222.

²⁹¹ Köse, **a.g.e.**, s. 102.

somut içeriklerini açıklama suretiyle ele alır. Böylece hukuksal simgelerin, açıklamaktan daha çok örtmüş olduğu hukukun asıl gerçekliğini bütünü ile ortaya çıkarır.”²⁹²

Son olarak Nicholas Timasheff’ten bahsedilebilir. Timasheff, Ehrlich’in yaklaşımının ABD’deki temsilcilerinden biri olarak konumlandırılır. Onun görüşünde hukuk bilimi ve hukuk sosyolojisi iki ayrı konuyu inceler. İlki, hukuk normlarını incelerken, ikincisi insanların toplumsal davranışlarını ele alır.²⁹³ Timasheff’e göre hukuk sosyolojisinde:

“Hukuk kuralları (...) etik kurallar veya normlardır. Çünkü her bir hukuksal davranış kuralı bir olması gereken predikatı ile birlikte olan bir önermedir. Hukuksal davranış örüntüleri aynı zamanda merkezi iktidar ve onun düzenli (*coordinated*) etkinliği tarafından desteklenir.”²⁹⁴

Koloş’a göre, Timasheff hukuku bir “toplumsal güç” olarak kavrar, bu güç insanların toplumda var olan davranış örüntüleriyle uyumlanmasını temin ederek toplumsal koordinasyonu sağlar. Onu benzerlerinden ayıran ise onun “etik-buyurucu niteliği”dir.²⁹⁵ Normatifliğin göstergesi ise bunların bir yargılama etkinliğiyle denetlenmesidir. Bu denetleme için bir merkezi iktidara ihtiyaç vardır, ancak bunun devlet olması gerekmez. Bu anlamda, Özcan’a göre, Timasheff’in görüşü, “devlet dışı hukukun varlığını düşünmemizi gerektirir.”²⁹⁶

²⁹² A.e., s. 101.

²⁹³ Umut Koloş, “Timasheff’in Hukuk Sosyolojisi Yaklaşımı ve Yöntemi”, **Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk II: Yöntem**, Ed. Yasemin Işıktaç, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2016, s. 188-189.

²⁹⁴ Nicholas S. Timasheff, **An Introduction to the Sociology of Law**, Cambridge, Mass., Harvard Uni., 1939, s. 15’ten aktaran Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 56.

²⁹⁵ Koloş, a.g.e., s. 192, 196.

²⁹⁶ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 56.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAYAN HUKUKTAN MÜCADELE ALANI OLARAK HUKUKA: PIERRE BOURDIEU'NÜN SOSYOLOJİSİ VE HUKUK DÜŞÜNCESİ

A. Bourdieu'nün Hayatı ve Düşüncesinin Şekillenışı

Pierre Bourdieu, 1930 yılında Pirene dağının eteğindeki Deguin isimli köyde dünyaya geldi. Köy, şehir hayatından oldukça izoleydi. Her köyde olduğu gibi sakinlerinin imkanları ve geleceğe dair beklentileri sınırlıydı. Babası bir posta memuru olan Pierre Bourdieu için de beklenti, okuma oranının çok düşük olduğu köyünden ayrılmaması, çiftçilik yaparak ya da yakındaki kasabalardan birinde edineceği zanaatle geçimini sağlamasıydı. Bunun yerine Bourdieu, birçok önemli insanın yetiştiği, Fransa'nın en prestijli kurumlarından biri olan École Normale Supérieure'de* (ENS) felsefe okuyarak mezun oldu. Kendi durumu Bourdieu için ayrıca şaşırtıcıdır, zira Bourdieu *habitus* adını verdiği yatkınlıkların insanların hayatında erişebileceği konumları sınırladığını iddia eder. Köylü habitusuna sahip birisinin seçkin okullarda okuması neredeyse hiçbir zaman mümkün değildir. Nitekim Bourdieu kendisinin doğduğu ortam ve ailesinin içinde bulunduğu durum düşünülürse ENS mezunu bir sosyolog olabilmesini bir mucize olarak niteler.²⁹⁷ Doğduğu köyde memurlara ve seçkinlere şüpheyle yaklaşan köylüler tarafından “öteki” olarak kodlanan Bourdieu, her ne kadar burjuvalaşmış ilan edilse de kendisini ENS'ye de ait hissedemedi. Aynı kurumdan çıkan pek çok düşünür gibi, ENS “aristokrasisine” karşı eleştirel bir tutum aldı.²⁹⁸ Kültür sosyolojisine dair geniş külliyatında, bu aristokratik entelektüellere karşı eleştirilerine sıkça rastlanır.

* Aynı kurumdan Albert Camus, Cahit Arf gibi isimler de mezun olmuştur. Ayrıca, Bourdieu'nün eleştirel bir şekilde sık sık değindiği Marksist görüşlerin sahibi olan Louis Althusser de uzun yıllar aynı kurumda öğretim üyeliği yapmıştır.

²⁹⁷ Levent Ünsaldı, **Pierre Bourdieu Sözlüğü -1: Habitus**, (Çevrimiçi) <https://www.youtube.com/watch?v=Q2sJr1ODEpg>, 04.08.2024.

²⁹⁸ Timur a.g.e., s. 188-189.

ENS'deki felsefe eğitiminden sonra Bourdieu orduya katılmaya karar verdi. Cezayir'de Fransız sömürgeciliğine karşı direnişin ivme kazandığı bir dönemdi. Ordu mensupları arasında dahi Cezayir topraklarının kime ait olduğu tartışılıyordu. Bourdieu, Cezayir'in Fransız toprağı olduğu propagandasıyla karşılaşınca üstleriyle tartışma içerisine girdi ve Cezayir'e gönderildi. Sohbet ettiği askerlerin, Fransız sömürgeciliğinin propagandasına ne kadar açık ve fikirlerini değiştirmenin ne kadar zor olduğunu gören Bourdieu toplumsal değişimin sıradan insanlar tarafından gerçekleştirilmesi fikrine uzaklaşmaya daha o dönemden başladı.²⁹⁹ Nitekim, Bourdieu'nün görüşleri dönemin Marksist yazınıyla eleştirel bağlamda çokça ortaklık içermesine ve çatışmacılığı, hatta kavgayı teorisinin merkezine koymasına karşın, Bourdieu bir devrim veya sosyal hareket teorisi oluşturma amacı taşımaz. Örneğin Cezayir tecrübesinden, gerek Cezayir meselesinin Fransız işçilerinin gözünde nasıl değerlendirildiği gerekse de Cezayirlilerin Durkheimcı anlamıyla mekanik dayanışmaya sahip olan yerel topluluklarına dair yaptığı incelemelerde, kavganın kendisinden çok düzenin bilişsel düzeydeki etkinliğini ele alır. Taner Timur, bu durumu çok güzel özetlemiştir:

“Bourdieu hayatı her yönüyle bir kavga olarak algılıyordu. Bu kavganın olası kazançları reel ya da sembolik olabilirdi; fakat herkes kendi alanında bir kavganın içindeydi. Oysa, kişisel tarihi ve eğilimleri Bourdieu'nun kavgasını doğal alanından uzaklaştırmış, habitus uyumsuzluğuyla da beslenen bir akademik kavgaya, bir sosyoloji kavgasına dönüştürmüştü.

(...) Hayatının son yıllarında gerçekleştirilmiş, yaşam öyküsünü anlatan bir belgesele de anlamlı bir şekilde ‘sosyoloji bir kavga sporudur’ ismi verildi.”³⁰⁰

Cezayir'deki tecrübesi onun sosyolojisi üzerinde derin etkiler bırakmış olmasına karşın, bu dönemde ortaya çıkan sosyal hareketliliklere bir katılım gösterdiği söylenemez. Cezayir'in bağımsızlığını savunmasına ve Fransa'nın baskıcı yönetimine karşı çıkmasına karşın çağdaşları Jean-Paul Sartre ve Simone De Beauvoir gibilerinin aksine herhangi bir metne imza atmamış, eylemlerin içerisinde yer almamıştır.³⁰¹

²⁹⁹ A.e., s. 191-192. Timur'un, Bourdieu'den yaptığı alıntıda Bourdieu; “hiyerarşiye ve kendilerine empoze edilen her şeye son derece itaatkâr oluşları bendeki son popülizm kalıntıları için büyük bir sınav oldu.” diyerek bu görüşünü açıklamıştır.

³⁰⁰ A.e., s. 199.

³⁰¹ Swartz, a.g.e., s. 261.

Sosyal hareketlere olan bu mesafeli duruşu, Cezayir'den Fransa'ya döndükten sonra da devam etmiştir. 68 kuşağıyla simgeleşen öğrenci eylemlerinin Fransız üniversitelerini de etkisi altına aldığı bir dönemde Bourdieu bu eylemlere tepkisiz kalmış, kültür sosyolojisi ve akademik profesyonelleşmeyle toplumsal tabakalaşmanın etkilerini incelemeye vakit ayırmıştır.³⁰² Bourdieu'nün asıl amacı, sınıflı toplumu verili olarak alarak hiyerarşi ve tahakküm ilişkilerinin ve yapılarının işleyişini toplumsal alanlar içerisindeki rekabeti de inceleyerek anlamaktır. Salt alanların kendisinin varlığını değil, bunların insanların bilinçlerinin istemsiz belirlenmesiyle nasıl yeniden üretilerek süreklileştirildiğini inceler. Bu doğrultuda iktidar ve ayrıcalıkların uygulanışı ve yeniden üretilişi Bourdieu'nün çalışmalarının ana eksenini oluşturur.³⁰³

Kendisi sosyal hareketleri incelemeye yönelmese de çatışmaya atfettiği merkezi anlam, teorisinin sosyal hareketler nezdinde ampirik incelemelere tâbi tutulabilmesini mümkün kılmıştır.³⁰⁴ Nitekim elinizdeki çalışmada da Bourdieu'nün düşüncesinin bu yönü teorik açıdan incelenecek ve Ehrlich'in teorisine sunabileceği katkılar değerlendirilecektir. Kaldı ki, Bourdieu de ömrünün sonuna doğru neoliberalizmin hegemonik hâle gelmesi ve özelleştirmelerin yaygınlaşmasını büyük bir tehdit olarak görmüş, bu dönemde sosyolojiye yüklediği “iktidar ilişkilerinin maskesini düşürmek” misyonunun tek başına yeterli olmayacağını düşünerek siyasi mücadele biçimleri aramaya ve var olanlara öncülük etmeye, gösterilerde eline megafonu alarak konuşmalar yapmaya başlamıştır.³⁰⁵ Bu bilgiler ışığında, Bourdieu'nün iktidarı ve tahakküm ilişkilerini eleştirel perspektiften ele alması ve doğrudan iktidarın meşruluk dayanaklarına saldırmasının salt bir siyaset sosyolojisi değil, genellikle gözden kaçırılan bir proje olarak sosyoloji siyaseti de sunduğunu iddia

³⁰² A.e., s. 19.

³⁰³ A.e., s. 122.

³⁰⁴ Bu alandaki çalışmalara; Chad Alan Goldberg'ın New Deal döneminde Amerikan İşçi Birliği'ni incelediği “Haunted by the Specter of Communism” isimli çalışmasıyla Dezalay ve Garth'ın Latin Amerika'ya ihraç edilen insan hakları hukuku gibi uzmanlık alanlarının ülkelerdeki alan mücadelelerini nasıl şekillendirdiğini inceledikleri *The Internationalization of Palace Wars* isimli çalışmaları örnek verilebilir. A.e., s. 47, 55.

³⁰⁵ A.e., s. 296.

eden Swartz’a göre sosyolojiye bu tarz bir yaklaşım toplumsal dönüşümlere de kapı aralayabilir.³⁰⁶

B. Bourdieu’nün Kavramları

Yıllar içerisinde gelişen Bourdieu sosyolojisini anlamlandırabilmek için onun temel kavramlarından da bahsetmek zorunludur. Bu çabaya girişmeden önce onun kavramlarını düzenli bir şekilde tasnif etmediğini ve düşün hayatı boyunca sabit bir şekilde kullanmadığını belirtmek gerekir. Bu kavramları aktarmada yaşanacak zorluk ise, kavramların iç içe olması nedeniyle birinden bahsederken mutlaka diğerine de değinmek gerekliliği olacaktır. Bu nedenle ayrı başlıklarda ele alınarak kısaca anlatılmaları zor olsa da bu zorluk olabildiğince sistemli bir şekilde aşılmaya çalışılacaktır.

1. Alan

Bourdieu, farklı faillerin değişen çıkarlarla aynı “oyunu” oynamaya karar verdikleri yerlere “alan” adı verir. Oyun, fark edileceği üzere metafor olarak kullanılır. Örneğin sanat, farklı faillerin katılımına imkân veren, kendine özgü bazı kuralları olan bir oyun alanıdır. Sanatçı olmak isteyen bir kişinin bu alanda var olmak için sahip olduğu gerekçeler ve elde etmeyi amaçladığı çıkarlar Bourdieu tarafından *illusio* olarak adlandırılır. Öte yandan, bir alana girmekle o alanın var olan kurallarının ve koşullarının zımnen veya açık olarak kabul edilmesi, yani *doxa*’sının tanınması gerekir. Bunun yazılı olarak belirlenmiş olması gerekmez, çoğu zaman bilinçsiz bir şekilde o alana girilmesiyle hissedilir. Bu durum, Ehrlich’in yaşayan hukukunun toplumsal birlikler içerisindeki işleyişiyle benzerlik gösterir. Bourdieu’ye göre, oyuncuların çeşitli içsel amaçlarının yanında oyunun iç kuralları ve düzenliliği değiştirme amacıyla oynanması da oyunun hakikatinin içindedir. Bu durum, alanın kendi içerisindeki failler arasındaki bir mücadele şeklinde görüleceği gibi, rekabet

³⁰⁶ A.e., s. 21-22.

içerisindeki alanların birbiriyle mücadelesi ve birbirine müdahalesi şeklinde de görülebilir. Böylece, eskiden alanın kuralları içerisinde yer almayan, hatta ona karşı hile anlamına gelebilecek yeni kurallar yaratılabilmektedir.³⁰⁷ Nitekim bu durum hukuk alanında sıkça görülmektedir. Örneğin grev, bir hak olarak tanınmadan önce yasaktı. Buna karşın 19. yüzyıl boyunca işçi sınıfı tarafından fiili olarak kullanılan bir mücadele metodu olarak varolagelmıştır. Siyasi alanda verilen mücadelelerin hukuk alanına doğrudan sonucu, grevin bir hak olarak hukuk alanına dahil edilmesi olmuştur.

Öte yandan Swartz'ın aktardığına göre;

“Alanlar, malların, hizmetlerin, bilginin veya statünün üretim, dolaşım ile temellük alanlarını ve aktörlerin farklı türdeki sermayeyi biriktirme ve tekelleştirme mücadelelerinde sahip oldukları rekabetçi konumları ifade eder. Alanlar, belirli sermaye türleri ve kombinasyonları üzerindeki mücadeleler etrafında örgütlenen düşünülmüş mekanlardır.”³⁰⁸

Bu alıntıda, Bourdieu'nün farklı bir kavramı olan sermayeden bahsedilir. Ekonomik, kültürel, siyasi ve simgesel sermaye şeklinde ana başlıklar altında incelenebilecek olan sermaye kavramı, insanların sahip olduğu ve fail olarak parçası oldukları alandaki yerlerini tayin edecek birikimlerdir. Mesela şan eğitime sahip olmak, sanat alanı için önemli bir kültürel sermaye örneğidir. Eğitimli olmayan bir ses, güzel olsa da sanat alanı içerisinde bir istisna olarak var olur ve hep eksik görülür. Dolayısıyla burada üçlü bir yapı görülmektedir: Öncelikle herkes yaşamında biriktirdiği yetenekler, eğitim, kalıtsal miras gibi unsurlarla sermaye bileşimine sahiptir ve alana bunlarla birlikte girer. Bu sırada alanlarda, ilk ortaya çıktığı andan itibaren oluşan ve zaman içinde değişebilen makbul sermayeye dair kabuller vardır. Dolayısıyla alana yeni katılan bir failin alandaki yeri alanın müesses mantığına göre belirlenir, failin alanda egemen konumda mı yoksa tâbi konumda mı yer alacağı ilk andan belli olur. Ancak alan içerisine bir kez girildiği anda bu sermaye tiplerine sahip failer arasında mübadeleler ve mücadeleler yaşanmaya başlar ve bunların sonucunda

³⁰⁷ Pierre Bourdieu, **Devlet Üzerine: College de France Dersleri (1989-1992)**, Çev. Aslı Sümer, 3. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2020, s. 123, 369; Gürler, **a.g.e.**, s. 25. Oyun metaforunun daha ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Craig Calhoun, “Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları”, **Ocak ve Zanaat**, Ed. Güney Çeğin, Emrah Göker, Alim Arlı, Ümit Tatlıcan, Çev. Güney Çeğin, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007.

³⁰⁸ Swartz, **a.g.e.**, s. 63-64.

bir sermaye tipi, diğerine kıyasla daha değerli kılınabilir. Bourdieu buradan hareketle alanları bu mübadele ve mücadelelerin yaşandığı pazar yerleri olarak nitelirmektedir.³⁰⁹ Her ne kadar sermaye, pazar gibi iktisadi terimler kullansa da alanın kurallarının değişiminin serbest piyasadaki günlük değişimler gibi hızlı değişimlere sahne olmayacağına, aksine bunların çok güçlü ve muhafazakâr düzenler inşa ettikleri için bunları dönüştürmenin zorluğuna dikkat çeker. Burawoy bu nedenle, Bourdieu'nun alanlarının aslında egemen sınıfların alanları olduğunu, ezilen sınıfların bu alanı deneyimlemekle sınırlandıkları iddiasıyla Bourdieu'yü eleştirir.³¹⁰

Burawoy'un eleştirisiyle koşut olarak Bourdieu'nün alanları, önceden belirlenmiş sermaye dağılımlarının belirleyiciliğine sahip olduğu için alanın failleri arasında bir hiyerarşinin tesis edilmesine imkân tanır. Ancak alanların varlığının esas amacı, alanların bütünü için geçerli olan bir simgesel iktidarı, yani alanın içerisinde neyin ne olduğunu ve olacağını adlandırma ve sınıflandırma iktidarına sahip olmaktır. Dolayısıyla bu iktidarı ele geçirme mücadelesi, alanın kendisini sürekli bir rekabet arenasına çevirir.³¹¹ Swartz, bu anlamda iki tip mücadele olduğunu belirler: “Değerli kaynaklar için mücadele ve neyin değerli bir kaynak olduğunu tanımlama mücadelesi.” Yani, mücadele stratejileri hem mevcut düzen içerisindeki meşru kabul edilen sermayelere erişme hem de bunları kökünden değiştirerek yeni bir meşru sınıflandırma ilan etmeye dönük olabilir.³¹² Bu anlamda, alanın içerisinde hiyerarşik olarak altta ve üstte konumlananlar arasında, daha fazla sermayeye sahip olanlarla daha az sermayeye sahip olanlar arasında daimi olarak bir çatışma öngörülür.³¹³ Bu çatışmanın varlığı alanın zorunlu unsurudur, zira Bourdieu'ye göre, çatışma yoksa ve sermaye eşitsiz bir şekilde yalnız bir failin elinde toplandıysa, o zaman alandan değil

³⁰⁹ A.e., s. 91-93; Gürler, a.g.e., s. 23.

³¹⁰ Michael Burawoy, “The Poverty of Philosophy: Marx Meets Bourdieu”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 112.

³¹¹ Gürler, a.g.e., s. 22-23; Pierre Bourdieu, **Language and Symbolic Power**, Çev. Gino Raymond, Matthew Adamson, Büyük Britanya, Polity Press, 1991, s. 242.

³¹² Swartz, a.g.e., s. 63-64, 95.

³¹³ Gürler, a.g.e., s. 23.

aygıttan bahsedilir: “Bu şekilde tarihsiz bir alan olacak bu alan içinde, kesinlikle hiçbir altüst etme olanağı olmayacaktır, artık tarih de olmayacaktır.”³¹⁴

Alan kavramın hukukla ilgili bağlantısını kurmak adına bahsedilebilecek son başlık iktidar alanı, siyasi alan ve devlet ayrımına dairdir. Siyasi alan, Bourdieu’ye göre, yine farklı faillerin karşı karşıya geldiği ve ellerinde bulunan sermaye birikimini halk desteği sermayesine dönüştürmeye çalıştıkları bir alandır. Siyasi alan, bir düzen tahayyülüne dönük mücadeleyi içerdiği için kurulu düzenin unsurlarıyla onun reforme edilmesi ya da tamamen değiştirilmesi gerektiğini düşünen failleri karşı karşıya getirir. Bu durumda siyasi alanda egemen konumda bulunan failler; kurulu düzenin temsilcisi olarak bürokratlar ve *status quo*’nun devamında çıkarı bulunanlardır. Özellikle uzmanlaşma olgusuyla birlikte çıkarlar merkezde toplanır. Örneğin Fransa’da SciencesPo, Ecole Nationale d’Administration gibi okullarda eğitim gören seçkinler siyasi alanı domine etmektedir.³¹⁵

İktidar alanı, her alanın içerisinde bulunan en makul sermaye tipinin hangisi olacağının ve alanlar toplamının kendi aralarındaki hiyerarşide hangisinin üstün olacağının belirlendiği bir mücadele alanıdır. Bu anlamda Swartz iktidar alanını şöyle özetler: “Artık iktidar alanında belirli bir sermaye biçimini biriktirmek için mücadele etmek ya da bir biçimin (kültürel sermaye gibi) tanımını tekelleştirmeye çalışmak değil, farklı iktidar biçimleri arasında en meşru olarak tanınacak iktidar için mücadele etmek söz konusudur.”³¹⁶ Devlet alanı denildiğinde ise bütün bu iktidar oyunun oynandığı; parlamento, kamu kurumları, bakanlıklar gibi kurumlar aracılığıyla yönetimin tesis edildiği, “iktidarın işleyiş mekanı” akla gelmelidir.³¹⁷

2. Illusio (Çıkar)

³¹⁴ Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 385. Devletin ideolojik aygıtları ve baskı aygıtları şeklinde geliştirilen Althusserci yoruma, Bourdieu’nün karşı çıkışı bu nedenledir. Zira Althusser’in aygıt olarak adlandırdığı alanların din ve devlet gibi kurumlar dahil olmak üzere tamamında sürekli çatışmalar yaşanır.

³¹⁵ Swartz, **a.g.e.**, s. 106-107, 112-113.

³¹⁶ **A.e.**, s. 64-65, 98.

³¹⁷ Gürler, **a.g.e.**, s. 44.

Bourdieu'nün bir diğer önemli kavramı olan *illusio*, bir önceki bölümde kısaca, kişinin “bir alanda var olmak için sahip olduğu gerekçeler ve amaçladığı çıkarlar” olarak özetlenmişti. Bourdieu'nün 1981-83 arasında College de France'da verdiği derslerin notlarından derlenerek ortaya konan *Genel Sosyoloji* isimli kitabında, bu kavramı libidoya benzettiği görülür:

“Oyun duyusuna sahip olduğunuzda, oyunun neden var olduğunu ya da var olma amacının ne olduğunu sorgulamazsınız; oynamak istersiniz, bir *libido vivendi*'niz vardır. Her oyun kendi libidosunu dayatır ve ‘ilgi=libido’ diyebiliriz. ‘İlgi=illusio’ da diyebiliriz hatta... Illusio, oyuna girme isteğine sahip olmaktır.”³¹⁸

Devamla Bourdieu, alana fail olarak katılan herkesin, alanda bulunmakta bir çıkar gördüğü için, yani o alana müdahil olmanın getirileri ve götürüleri arasındaki bir dengeyi gözeterek konumlandığını iddia eder. Bunu iddia ederken de bahsettiği çıkarın, kapitalist koşullarda yüceltilen ve faydacıların sıkça bahsettiği ekonomik çıkara indirgenmemesi gerektiğini söyler. Zira ona göre çıkar “göbekten bağlı olmaktır.” Memur veya memur çocuklarının kamusalın tarafında olmaya meyilli olmasını bu bağlamda çıkarın bir örneği olarak sunar.³¹⁹ Çıkar şeklinde ifade edilince, serbestinin ön planda olduğu bir tercih gibi algılsa da *illusio* çoğu zaman zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Örneğin bir avukatın hukuk alanına dahli salt bir tercih değildir, mesleki faaliyetlerini sürdürmesi için zorunlu, hatta varoluşsalıdır. Kaldı ki, insanlar çok farklı alanlarda ve çok farklı toplumsal birliklerde iştigal ederler ve çoğu zaman farklı alanlardaki çıkar ve zorunlulukları çatışır. Bu nedenle alanlara giren faillerin *illusio*'ları da aynı zamanda dış belirlenimlidir.

3. Habitus

Bourdieu sosyolojisinin en merkezi kavramlarından bir tanesi olan *habitus*, ister nesnel ister bilişsel düzlemde inşa edilmiş olsunlar, toplumsal yapıların insanların toplumdaki eylemlerine neden olan bilinçlerini nasıl oluşturduklarını anlamak için önemlidir. Aristoteles'ten beri Leibniz, Hegel, Mauss gibi pek çokları *habitus*

³¹⁸ Bourdieu, *Genel Sosyoloji*, s. 243.

³¹⁹ Bourdieu, *Devlet Üzerine*, s. 401, 418; Gürler, *a.g.e.*, s. 18.

kavramını kullanır. Bununla birlikte Bourdieu, habitus kavramını oluştururken Marx'tan yola çıktığını belirtir.³²⁰ 1969 tarihli erken bir çalışmada Bourdieu habitustan şu şekilde bahseder: “Geçmiş deneyimleri bütünleştirecek, her an bir algılar beğeniler, eylemler matrisi işlevi gören ve şemaların analogik biçimde aktarılmasıyla, benzer sorunların çözümüne imkan veren sonsuz çeşitlikteki görevin yerine getirilmesini mümkün kılan, kalıcı bir yatkınlıklar sistemi.”³²¹ 1981-1983 yılları arasında College de France'daki ders notlarının derlendiği *Genel Sosyoloji* isimli kitabında ise tanımını genişletmiştir: “Habitus, yani nesnel yapıların bedenselleşmesinin, içselleştirilmesinin, özümseşmesinin, ediniminin, nesnel düzenliliklerin ürünü olan bu yatkınlıklar bütünü, bir başka deyişle algı, düşünme ve eylem şemaları.”³²² Aradan geçen sürede, tanıma yapılmış olan en önemli ekleme bedenselleştirme vurgusudur. Zira Bourdieu'nün düşüncesinde toplumsallığın deneyimlenmesi beden aracılığıyla gerçekleşir. Dünyada yaşamayı mümkün kılan şeyler bilinçli olarak öğrenilmekten çok bilinçsizce, pratiğe dönük bilgiler şeklinde kavranmak üzere bedene yöneltilir. Bu nedenle Bourdieu'ye göre "En ciddi toplumsal buyruklar akla değil, bir 'hafıza yastığı' olarak ele alınan bedene yöneliktir".³²³ Toplumsal iktidar mekanizmaları, toplumsallaştırılmış bedene sahip olan insanın bedenine nüfuz ederek “toplumun olduğu gibi yeniden üretilmesine uygun hareket etmeye yönelik pratik eğilimlerin” bilinçli bir itaatle değil, bilinçsizce bir teslimiyetle bedene kazınmasını ve bu yolla mevcut toplumsal düzenin yeniden üretimini temin ederler.³²⁴ Bu anlamda insanlar hem içinde bulundukları koşulları özümseyen nesneler hem de onları üreten özneler olurlar. Nitekim, Bourdieu'nün habitus kavramını

³²⁰ Timur, **a.g.e.**, s. 206-207. Bu anlaşılabilir, zira Marx'ın felsefesinde insanların bilincini belirleyen temel unsurun yaşadıkları maddi koşullar (üretim ilişkileri) olduğunu ileri sürülürken, kapitalizmde emek ve mülkiyet arasındaki ilişkinin kesilmesiyle insanın kendi varlığına yabancılaşması anlatılır. İnsanların var olma bilinci, ancak kendilerine yabancılaştıkları koşullar ortadan kaldırılarak yeniden tesis edilebilir. Görüldüğü üzere Marx'ın düşüncesinde de bilinç merkezi bir yerdedir, bununla birlikte Bourdieu'nün iddiasına göre Marx, bilincin belirlenmesini iktisadi belirlenimci bir mantıkla ele alırken Bourdieu simgesel yapılar aracılığıyla bilişsel belirlenimi de göz önüne alır. Ancak Bourdieu'nün Marx'ın simgesel yapıları gözardı ettiği düşüncesinin eksik okumadan kaynaklandığını belirtmek gerekir.

³²¹ Pierre Bourdieu, “Intellectual Field and Creative Project”, s. 83'ten aktaran David L. Swartz, **Kültür ve İktidar**, s. 144'ten aktaran Gürler, **a.g.e.**, s. 11.

³²² Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 224.

³²³ Gabriella Paolucci, “Putting Marx in the Dock: Practice of Logic and Logic of the Practice”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 77.

³²⁴ **A.e.**, s. 74-77.

oluştururken örnek aldığını söylediği Marx’a göre de "İnsanlar kendi tarihlerini yaparlar, ama istedikleri gibi yapmazlar; kendi seçtikleri koşullar altında değil, zaten var olan, geçmişten gelen ve aktarılan koşullar altında yaparlar."³²⁵ Yani, öznenin dışında gelişen nesnel tarihsel koşullar öznenin eylemi üzerinde belirleyicidir.

Bourdieu’nün alan kavramını anlatırken kullandığı oyun metaforunda habitusun da yeri vardır. Bir futbolcu, maç öncesinde ne kadar antrenman yapmış olursa olsun, kazanmaya dönük stratejisini ve hamlelerini maç içerisinde, oyunun hengamesinin ve duygusal iniş çıkışlarının arasında yapar. Bu sırada geçmiş tecrübeleriyle yeteneğini birleştiren bir “pratik duyu” ona eşlik eder. Daha önce yüzlerce kez yaptığı bir vuruş, matematiksel olarak teorize edilebilirse bile anlık olarak ortaya konusu bu pratik bilgiye veya duyuya dayanır.³²⁶ Bu anlamda habitus, faillerin; “Tepki vermeye meyilli oldukları sıradan koşullu uyaranların teşhis ve tanınmasına dayalı pratik bilgi edimlerinde bulunmalarını ve açıkça amaç belirlemeden ya da rasyonel bir araç hesabı yapmadan -ama sonucu oldukları ve kendilerini tanımlayan yapısal kısıtların sınırları dahilinde- uyarlanmış ve sürekli yenilenen stratejiler oluşturmalarını mümkün kılar.”³²⁷

Yani aslında Bourdieu’nün görüşüne göre habitus, toplumsal olaylarla karşılaştığımız zaman, oraya kadar ürettiğimiz yatkınlıkların otomatik bir yanıt oluşturmalarıdır. Tıpkı bir avukatın mahkeme salonuna girdiğinde nasıl davranması ya da davayı kazanmak için nasıl konuşması gerektiğini bilmesi ve bunu otomatikleştirilmiş eylemler aracılığıyla ortaya koyması gibi. Bu doğrultuda en güncel tanımıyla Bourdieu habitusu Chomsky’den hareketle bir “eylem grameri” olarak ele alır. Habitus; duruma uygun düşen tutum ve davranışları doğaçlama kapasitesi ve bireysel pratiklerin doğurucu ilkesidir. Habitus sayesinde toplumsal hayatta bir durumla karşılaşıldığında eylem grameri kullanılarak doğaçlama bir yanıt üretilir.³²⁸

³²⁵ Burawoy, **a.g.e.**, s. 114.

³²⁶ Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 241; Calhoun, **a.g.e.**, s. 79.

³²⁷ Pierre Bourdieu, **Akademik Aklın Eleştirisi (Pascalca Düşünme Çabaları)**, Çev. P. Burcu Yalım, İstanbul, Metis Yayınları, 2016, s. 167’den aktaran Gürler, **a.g.e.**, s. 14.

³²⁸ Ünsaldı, **a.g.e.**

Peki habitus bu söylenilenleri nasıl yapar? Toplumsal yaşam içerisinde kurumlar aracılığıyla şeyler hakkında değer yargıları üretilir. Bunların başında okul, aile, mahkemeler gibi kurumlar gelir. Aynı grubun içerisinde yer alan bireyler, o grup içerisindeki kurumlar aracılığıyla yaratılan sınıflandırmaları, karşıtlıkları ve eşitsizlikleri bilinçsizce kabullenme eğiliminde olurlar. Bütün bir düzen, kendisinin mensuplarının bilincinde nesnelleştirilmesi için gereken araçları ve kurumları üretir. Bu nedenle Bourdieu alan sayısı kadar habitus olacağını söyler.³²⁹ Sonuç olarak bireyin kabullenışı ve buna uygun olarak geliştirilen stratejileri; kişinin toplumsal hiyerarşideki yerini anlamasını ve içselleştirmesini, daha sonrasında ise habitusu doğrultusunda en doğru stratejiyi seçerek “oyunu kazanmaya dönük” davranış biçimlerini geliştirmesini, yani habitusunda içselleştirdiklerini öngörülebilir eylemler olarak dışsallaştırmasını sağlar ve böylece mevcut düzenin yeniden üretilmesine neden olur.³³⁰ Örneğin hukukilik ve hukukdışılığa dair ayrım, yasallık ve yasadışılığa dair ayrımın tersine çoğu zaman habitus’un etkisine daha açık bir alan olarak gözükmemektedir. Zira yasal ve yasadışı arasındaki ayrım hukuk kaynaklarının incelenmesi vesilesiyle keşfedilebilir. Buna karşın hukukilik ve hukukdışılık arasındaki ayrım, dogmatik hukukun sınırlarının dışına taşarak toplumsal olarak meşru görülen ahlâk ve adalet duygusunun bir kural kitapçığine bakılmaksızın hissedilmesiyle daha çok ilgilidir.

Habitus var olan düzenin, *status quo*’nun ve teamüllerin eşitsizlikçi yapısını görünmez hale getirerek bir tahakküm yapısı olarak işlediği için son derece dayanıklı bir yapıya sahiptir. Bourdieu’nun ilk çalışmalarını yaptığı Cezayir’deki köylü toplumları habitusun muhafaza edici gücüne önemli bir örnek teşkil eder. Ancak belirtmek gerekir ki bu toplumlar, Durkheimci anlamıyla mekanik dayanışmaya ve zayıf iş bölümüne, basit organizasyonel zorunluluklara sahiptir. Oysa özellikle modernleşme olgusunun gelişmesi ve kapitalizmin bütün kılcallara yayılmasıyla dış müdahalelere dirençli habitusların varlığını sürdürebilmesi neredeyse imkânsız hale

³²⁹ Timur, **a.g.e.**, s. 209.

³³⁰ Liam Gillispie, “Pierre Bourdieu: Habitus”, Çev. Cevher Elgin, (Çevrimiçi) <https://www.hukukkritik.com/projects/pierre-bourdieu%3A-habitus>, 04.08.2024; Swartz, **a.g.e.**, s. 134-135.

gelmeye başlamıştır. Sanayi devriminden itibaren mülksüzleştirilerek köylerinden kopartılan ve proleter iş gücünü oluşturmak üzere şehirlerin çeperlerinde yaşamak durumunda bırakılan köylülere, hayatlarını idame ettirebilmek için sahip oldukları köylü habitusu yeterli gelmemiştir. Bir başka örnek olarak ise bursla kazandığı bir özel okulda zengin ailelerden gelen öğrencilerle birlikte okumak zorunda olan bir öğrencinin habitusunun çoğu zaman akranlarıyla sıradan bir ilişki kurmasının önüne geçmesi verilebilir.³³¹ Yine, maddi imkânlarını genişleterek bir şekilde üst sınıfa atlama imkânı bulan bir kişinin sahip olduğu yetenek ve gramer seti, üst sınıfta var olabilmesini sağlamak için yeterli gelmez. Bu gibi durumlarda yarık bir habitusun varlığından söz edilir. Özellikle toplumsal kriz ve değişim anlarında kişiyi çevreleyen nesnel koşullar ile kişinin bilincindeki habitusunun arasındaki uyumun ortadan kalkmasıyla habitus yarılr ve eskisi gibi bütüncül bir pratik duyu üretme yeteneğinden yoksun kalır.³³² Ehrlich'in yaşayan hukuku toplumsal düzeni sağlayan esas hukuk olarak niteledikten sonra, olağanüstü zamanlarda yaşayan hukukun çözüm bulamadığı haller olabileceğini söyleyerek devletin hukukunun çözüm yöntemlerine cevaz vermesi, benzer bir kriz durumunda düzenin yeniden tesis edilmesi arayışından kaynaklanmaktadır. Zira yarık bir habitus, bireylerce bedenselleştirilerek içselleştirilen düzenin devamına dönük bir soru işareti yaratır. Nesnel koşullar ile kişinin sahip olduğu habitusun arasında ortadan kalkan uyumun hukuk düzeni tarafından tekrar sağlanması bu nedenle düzenin devamı için elzemdir. Bununla birlikte hukuk düzeni, bu uyumsuzluğa üretilebilecek tek cevap değildir. Hukuk, düzenlerden sadece bir tanesidir.

Nihayetinde, habitusun hâlâ çok güçlü bir olgu olduğu söylenebilirse de bütüncül bir habitusun varlığını sürdürebilmesi günümüzde pek mümkün değildir. Bunun iki temel sebebi vardır. Öncelikle, insanların bilinçlerini belirleyen nesnel koşullar günümüzde çok hızlı bir şekilde değişmektedir. Eskiden kuşaklar sürebilen sınıflar arası geçişler (ki günümüzde artık genellikle aşağıya doğru bir akış söz konusudur), artık sadece yıllar içerisinde gerçekleşebilmektedir. Ayrıca, kitlesel

³³¹ Burawoy, **a.g.e.**, s. 116-117.

³³² Ünsaldı, **a.g.e.**

iletişim araçlarının gelişimi; telefonlar, bilgisayarlar ve internet vasıtasıyla herkese ulaşabilmesi, birbirinden yalıtk, bütüncül ve dayanıklı habitusların varlığını sürdürmesini zorlaştırmaktadır. Bir diğeri sebep ise Bourdieu'nun alanının içerisinde bulunan çatışma olgusunun kendisidir. *Status quo*'nun sürdürölmesiyle alanlar içindeki egemen sınıfların tahakkümü nesnelleştirilebilirken, tahakküm altında olanların o alanda var olabilmek için mücadele vermesinin zorunlu olması³³³, o alanın habitusu için daimi bir tehdit oluşturur. Maalesef Bourdieu çalışmalarında bu çatışma olgusunun dönüştürücölölüne ve yaratabileceğı fırsatlara odaklanmaktan çok tahakküm mekanizmalarının ifşa edilmesi için bütüncül habituslara odaklanmıştır. Bu nedenle de çalışmaları oğru zaman değışim ihtimalini barındırmayan, muhafazakâr bir yapının anlatımı olarak görölmüştür.

4. Sermaye, Simgesel Sermaye ve Simgesel İktidar

Bourdieu, alanları rekabet ve mücadelenin gerçekleştiğı bir oyun yeri olarak tanımladıktan sonra, oyunun kazananlarının sahip olduğı iktidarın elinde bulundurduğı ya da oyunu kazanmak için mücadele edenlerin sahip olmaya çalıştığı değıerli kaynakları sermaye olarak niteler.³³⁴ Alandaki iktidar mücadelesinin unsuru olan sermayeler dört ana başlıkta toplanır: Kültürel sermaye, sosyal sermaye, ekonomik sermaye ve simgesel sermaye. Bu başlıklar altındaki unsurlar, farklı toplumsal alanlar içerisinde farklı ana başlıklar altında kendisine yer bulabilir, örneğın el emeğı ticaret alanında ekonomik sermayenin içerisinde sayılabilirken köy toplumunda kültürel sermayenin bir parçası olabilir. Farklı başlıklar altında yer alması, sermayenin iktidar mücadelesi için anlamını değıştirmez. Emeğın veya insanların, nesnelerle birlikte sermaye gibi niceliksel bir kavramın içerisinde değıerlendirilmesi eleştirilebilirse de Bourdieu sermaye, pazar, banka gibi terimleri mevcut kelime dağarcığını belirleyen üretim ilişkilerinin bir sonucu olarak kullanmaktadır.³³⁵

³³³ Gillispie, **a.g.e.**

³³⁴ Gürleri, **a.g.e.**, s. 29; Swartz, **a.g.e.**, s. 63; Loic Wacquant, “Simgesel İktidar ve Grup Oluşumu: Pierre Bourdieu'nun Sınıfı Yeniden erevelemesi Üzerine”, ev. Erkal Ünal, **Cogito**, No.76, 2014, s. 209.

³³⁵ Örneğın siyasi parti liderlerini, “siyasi sermayenin simsarları” olarak değıerlendirirken “insan bankacıları” tabirini kullanmaktadır. Swartz, **a.g.e.**, s. 103.

Bourdieu için ekonomik sermaye; mal, mülk ve para başta olmak üzere genel anlamda servete tekabül etmektedir. Kültürel sermaye, okul ve aile başta olmak üzere toplumsal pratiklerin veya bir alana ait pratiklerin ve teamüllerin oluşturduğu bilgiye dayanan sermayedir. Sosyal sermayeyse genel anlamda tanışıklık ilişkileri ve referansları içerir.³³⁶ Simgesel sermaye, buna karşılık, diğer bütün sermayelerin hüviyetini alabilir. Zira Bourdieu'ye göre; “Meşru olarak kabul edilen, tanınan her farklılık bir ayrışma faydası sağlayan bir simgesel sermaye işlevine sahiptir.”³³⁷ Bu anlamda toplumda tanınan, meşru sayılan; başka şeylerin sınıflandırılması ve tanınması için ölçüt kabul edilen her şey ve saygınlık kazanan, hatta otorite ilan edilenlerin sahip olduğu özellikler simgesel sermaye tanımının içine girebilir. Bu anlamda simgesel sermaye, toplumsal olarak varlığı ve meşruluğu kanıksanmış, gerekçelendirmeye ihtiyaç duymayan şeyler için söylenebilir.³³⁸ Simgesel sermayenin simgesel iktidar olarak tanınmasının ardından diğer sermayelerden kendisini ayıran niteliği, başka şeylerin varlığını belirleyen ya da sınıflandırmasının yapılmasını sağlayan otorite olarak kaçınılmaz bir şekilde şiddet uygulamasıdır.³³⁹ Bu yorum bizi doğrudan simgesel şiddet ve iktidara götürmektedir.

Bourdieu'ye göre simgesel iktidar gerçekliği inşa etme gücüdür ve bunu kelimelerin anlamını belirleyerek, yeni sınıflandırmalar ya da algı ve beğeni kategorileri üreterek veya toplumsal üretim ve dağıtımına dönük bir vizyonu meşrulaştırarak ortaya koyarak yapar.³⁴⁰ Özellikle sınıflandırma kısmı önemlidir, çünkü toplumsal eşitsizlikler, alanlardaki tahakküm eden ve edilen arasındaki karşıtlıklar simgesel iktidarın ürettiği sınırlandırmalar üzerinden ortaya çıkar ve bu doğrultuda alanlardaki mücadeleler de bu simgesel iktidarın elde edilmesine dönük olur. Bu nedenle simgesel iktidarın araçları salt bilgi araçları olarak değil aynı zamanda

³³⁶ Gürler, **a.g.e.**, s. 30-32; Swartz, **a.g.e.**, s. 63.

³³⁷ Pierre Bourdieu, “Simgesel Sermaye ve Toplumsal Sınıflar”, Çev. Nazlı Ökten, **Cogito**, No.76, 2014, s. 198.

³³⁸ Swartz, **a.g.e.**, s. 162. Bourdieu, örnek olarak Akdeniz toplumlarında erkek onuru, eşrafın ya da Çin mandarinlerinin saygınlığı, ünlü yazarın itibarı gibi örnekler verir. (Swartz, **a.g.e.**, s. 162).

³³⁹ Bourdieu, “Simgesel Sermaye ve Toplumsal Sınıflar”, s. 201.

³⁴⁰ Yves Dezalay, Mikael Rask Madsen, “The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law”, **Annual Review of Law and Social Science**, C.VIII, 2012, s. 443; Bourdieu, **Language and Symbolic Power**, s. 166; Swartz, **a.g.e.**, s. 68.

tahakküm araçları olarak da işler.³⁴¹ Simgesel iktidarın aynı uzamda yer alan farklı faillerce nasıl deneyimlendiğine Amerikan toplumundan örnek veren Bourdieu, WASP* ve siyahi Amerikalıyı karşı karşıya getirir. Toplumsal alanda banliyölerde yaşayan ve düşük eğitim standartlarına sahip olan siyahi Amerikalının “bozuk” İngilizcesi değil, WASP’in sahip olduğu İngilizce’nin kullanılması makbul görülür.³⁴² Bu durum tahakküme bir örnektir. Benzer bir durum, Türkiye’de İstanbul Türkçesinin Anadolu ağızlarına tahakkümünde de söz konusudur. Dogmatik hukuk da benzer şekilde önemli bir tahakküm mekanizmasıdır, sahip olduğu simgesel sermayeyle neyin yasal olup neyin yasal olmadığını söyler ve bu çoğu zaman Ehrlich’in yaşayan hukuk olarak adlandırdığı normatif unsurların hukuk alanının dışına çıkarılmasıyla mümkün olur.

Simgesel iktidarın diğerlerinden ayırt edilebilmesi için temel bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bunlardan ilki, simgesel iktidarın simgesel sermayeye sahip olması zorunluluğudur. Bu anlamda simgesel iktidarın simgelere dayanması gerekmez, meşru olduğuna duyulan inançla alandaki karşıt uçlar tarafından tanınması gerekir.³⁴³ Simgesel iktidarın ikinci özelliği ise doğallaştırılmasıdır, böyle geldi ve böyle gidecekmiş gibi hissettirmesidir. Kapitalizmin iktisadi sistem olarak kurduğu simgesel iktidar buna örnektir. Kapitalizm küresel olarak geçerli ve egemen iktisadi model haline gelirken onun teşvik ettiği rekabetin insan “doğasına” uygun olduğu düşüncesiyle doğallaştırılır. Ayrıca temel kavramları tarihdışılaştırılarak sürekli hale getirilir. Örneğin kapitalizmin temelindeki özel mülkiyet kavramı, tarihsel bir biçimde ele alındığında dahi tarihdışılaştırılarak ele alınır. Böylece insanın üzerindeki mülkiyeti mümkün kılan köleci toplumlardaki özel mülkiyetle günümüzde emeğin sömürülmesine dayanan özel mülkiyet arasında bir devamlılık ve süreklilik ortaya konmaya çalışılır. Hatta daha ilkel toplumlarda, ok ve yaylar, takılar üstündeki sahiplik gibi uygulamalar dahi günümüzün özel mülkiyet paradigmasıyla değerlendirilir. Oysa

³⁴¹ Swartz, **a.g.e.**, s. 130-131; Mauricio Garcia Villegas, “On Pierre Bourdieu’s Legal Thought”, **Droit Et Societe**, C.I, No.56-57, 2004, s. 59; Gürler, **a.g.e.**, s. 40-41.

* *White anglo-saxon protestant* ifadesinin kısaltılmışı, yani, beyaz anglo-sakson protestan kişiler. Irk eşitsizliğinin tarihsel kökeni uzun olan ABD’deki imtiyazlı olduğu varsayılan grubu anlatır.

³⁴² Özgür Aydın, "Pierre Bourdieu DüşünümSELLİĞİNDE Devlet ve Simgesel Şiddet", Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2014, s. 50.

³⁴³ Gürler, **a.g.e.**, s. 41, 130; Swartz, **a.g.e.**, s. 68.

bunlar tarihsel olarak tamamen farklı anlamlara sahip pratiklerdir. Bundan daha vahimi, gelecek hakkında projeksiyonlar oluşturunca, bu doğallaştırmanın, onun dışında bir şey düşünölemeyecek şekilde genişletilmesidir. Dünyanın sonunu düşünmek kapitalizmin sonunu düşünmekten daha kolaydır. İşte bu ilişkilerin ve dolayısıyla toplumsal eşitsizliklerin doğallaştırılması sonucunda Bourdieu, simgesel iktidarın başka bir özelliğı olarak yanlış tanımanın ortaya çıktığını söyler. Ona göre; “Tahakküm altına alınanların tahakküm koşullarını normal, kaçınılmaz veya doğal sayıp içselleştirmeleri ve dolayısıyla toplumsal eşitsizliklerin gerçek doğasını onlara direnmek yerine kabul ederek” yanlış tanıma gerçekleşir.³⁴⁴ Yani mevcut koşullara bir rıza göstermeleri dahi gerekmez, Bourdieu’nün “pratik uyarlanma” kavramı uyarınca, bunların meşruiyeti hiç düşünölmeden kabul edildiğı için doğrudan ve sorgulanmadan uygulanması doğal görülür.³⁴⁵

Ancak yanlış tanıma, tamamen temelsiz ve aldatmaca değildir. Çünkü simgesel iktidarın gerçeklikle belli açılardan örtüşebilir olması gerekir.³⁴⁶ Yani, insanların bilincini belirleyen maddi koşullarla simgesel iktidarın mesajlarının uyuşması gerekir. Burada da ideoloji devreye girer. Zira gözlem faaliyeti, doğa bilimsel alanda olduğu gibi toplumsal alanda da sabitler ve değişkenler üzerinden yapılır. Bu sabit ve değişkenlerin neler olacağına karar vermek rasyonel aklın ya da rasyonel akıl olarak sunulan ideolojinin faaliyetidir.³⁴⁷ Swartz’a göre:

“Bourdieu, kurulu düzeni meşrulaştıran açık bir söylemden ziyade, bu ‘kurulu düzenin pratik gerekçelendirilmesine’ ulaşmaya çalışır. İdeoloji kavramı genellikle belirli simgelerin kullanımını, belirli kültürel mesajların dayatılmasını ve devlet eliyle yaratılan milliyetçilik örneğinde olduğu gibi belirli inançların telkin edilmesini akla getirirken, Bourdieu’nün

³⁴⁴ Swartz, **a.g.e.**, s. 67.

³⁴⁵ **A.e.**, s. 69.

³⁴⁶ Gürler, **a.g.e.**, s. 130.

³⁴⁷ Örnek olarak Bourdieu, modern eğitim sisteminin simgesel iktidarı, üst sınıfların ayrıcalıklarını sanki, alt sınıflarla eşit bir oyun oynuyorlarmış ve daha çok çalışarak ya da daha zeki olarak kazandıkları algısını yaratarak meşrulaştırdığını iddia eder. Bunu yaparken, eğitim imkânlarına erişim, aileden ve çevreden gelen sosyal ve kültürel sermayenin yetersizliğinin yol açtığı eşitsizlik gibi durumlar konu dışı bırakılarak tahakküm edilenlerin zihninde bir yanlış tanıma oluşturulur. (Swartz, **a.g.e.**, s. 70-71). Benzer doğrultuda Thatcher dönemi İngilteresinde, neoliberal politikaların yerleştirildiğı, önlerindeki sendikal engellerin kaldırıldığı dönemde üretilen ve toplumu çalışanlar ile asalaklar olarak ikiye bölen söylem örnek gösterilebilir. Bu söyleme göre, sosyal güvenceler toplumu tembelliğe itiyor ve çalışanların cebinden çalışıyordu. Nihayetinde başarılı olan bu söylemle üretilen meşruiyet sayesinde Britanya’da çalışan nüfus için ciddi kazanımlar olan kamusal sağlık, eğitim ve ulaşım hizmetleri yavaş yavaş özelleştirilerek ortadan kaldırıldı. Tahakküm edilenlerin yanlış tanıması bunu kolaylaştırdı.

(*simgesel iktidarın uyguladığı*)* simgesel şiddet kavramı bu tür ideolojik mesajları kabul edilebilir kılan önceden var olan pratik şemalar katmanını işaret eder. Dolayısıyla simgesel iktidar ve şiddet, devletlerin ideolojik iktidar kullanma kapasitesini kolaylaştırır ancak (...) bunlar tam olarak aynı şeyler değildir.”³⁴⁸

Bahsedilen simgesel şiddet, simgesel iktidarın uygulanış tarzıdır. Simgesel iktidar, bir kere otorite olarak kendisini tanıttığı andan itibaren, var olan toplumsal kategorilerin algılanışını bilişsel olarak şekillendirip sınırlarını belirleyerek şiddet uygular, alanların ve faillerin habitusunu biçimlendirir. Bourdieu için bu çok önemlidir, çünkü simgesel sistemlerin ve zihinsel kategorilerin, bir insanın ürünü olan toplumsal dünyanın göstereni olduğunu düşünür. Bunların simgesel şiddet aracılığıyla şekillendirilmesiyle toplumsal yapının sürekliliğini temin edecek yeniden üretimi sağlanır. Zira tahakküm altındaki kişi, tahakküm edene karşı çıktığında dahi sahip olduğu kavram seti tahakküm ilişkisinin kendisi tarafından biçimlendirilmiştir ona göre. Böylece kendi çıkarı doğrultusunda alana dahil olan kişi, alanın egemenlik ilişkisinin çıkarlarına uygun olarak üretilmiş kategoriler aracılığıyla oyunu oynamak durumundadır.³⁴⁹ Kaldı ki, çoğu tahakküm ilişkisi tahakküm edilenin tahakküm edenin özelliklerine, pratiklerine duyduğu mahcup bir hayranlıktan da beslenir. Bu nedenle simgesel şiddet, şiddetin “görünmez ve kibar bir formu” olarak nitelenebilir.³⁵⁰ Bu onun sadece bilişsel düzeyde sınırlı kaldığını göstermez.

Simgesel sermaye, nesnel göstergelere sahip ekonomik sermaye gibi sermaye tiplerinin otoritesini inşa ederek onlara bilişsel etkiler bahsedebileceği gibi (örneğin zenginlerin beğeni algılarının, moda anlayışlarının veya ahlâki normlarının yoksulların algısını şekillendirmesi), kaba kuvvetin kendisini de salt fiziksel bir unsur olmaktan çıkararak meşrulaştırabilir. Zira Bourdieu’ye göre tahakküm zora, silaha ve çıplak güce dayandığında bile simgesel bir boyutu haizdir.³⁵¹ Örneğin mafyatik örgütlenmelerin kurallarını ve kararlarını uygulatabilmesi salt silahla ya da maddi

* İtalik bana ait.

³⁴⁸ Swartz, **a.g.e.**, s. 148.

³⁴⁹ Gürler, **a.g.e.**, s. 43, 129; Swartz, **a.g.e.**, s. 128, 134, 147; Cihad Özsöz, “Pierre Bourdieu: Simgesel Şiddet, Eğitim, İktidar”, **Cogito**, No.76, 2014, s. 293.

³⁵⁰ Özsöz, **a.g.e.**, s. 293.

³⁵¹ Günce Berkurt, “Sosyolojinin Kaçınılmaz Nesnesi Devlet Üzerine: Pierre Bourdieu’nün 1989-1992 Yılları Arasında College de France’da Verdiği Dersler”, **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C.III, No.25, 2012, s. 48; Swartz, **a.g.e.**, s. 68.

güçle açıklanamaz. İtalya gibi örneklerde mafyatik örgütler, varlıklarını tarihsel ve toplumsal bir arka plana dayandırarak bir meşruiyet anlatısı inşa ederler. Bir başka örnek olarak küresel güneyde, silahlı örgütlerin soğuk savaş dönemiyle birlikte “komünizm tehlikesi” ile mücadele için devletler eliyle araçsallaştırılmaları, devam eden yıllarda bu örgütlerin toplum nezdinde meşru görülmelerine sebep olmuştur.

C. Bourdieu’nün Devlet Kavrayışı

Bourdieu’nün özellikle odaklandığı habitus ve alan kavramlarının üzerindeki belirleyici güç olan simgesel iktidarın organize hâli, devlette vücut bulur. Bourdieu’nün, 1989-1992 yılları arasında College de France’da verdiği derslerin bir derlemesi olan “Devlet Üzerine” isimli kitabındaki devlet tanımı onun düşüncesine dair genel bir fikir sunar:

“Devlet dediğimiz şeyin kısa bir tanımını yapmam gerekseydi; iktidar alanının ‘idari alan’ ya da ‘kamu hizmetleri’ alanı olarak tanımlayabileceğimiz bölümünün, yani devlet denildiğinde muğlak bir biçimde zihnimizde canlanan o bölümün, meşru fiziksel ve simgesel şiddet tekeli elinde bulundurmasıyla nitelendiğini söyledim. Yıllar evvel, devleti ‘meşru şiddet tekeli’ olarak tanımlayan Weber’in meşhur tanımını, bir ekleme yaparak ‘fiziksel ve simgesel şiddet tekeli’ olarak düzeltmiştim. Hatta simgesel şiddet tekeli, bizzat fiziksel şiddetin icrasının koşulu olduğuna göre, buna ‘meşru simgesel şiddet tekeli’ de diyebiliriz.”³⁵²

Bu geniş açıklamanın çeşitli kısımlarını ele almamız zorunlu gözüküyor. Devlet, iktidar alanıyla paralel bir gelişim çizgisinde ilerlemekle birlikte, esas olarak iktidar alanı içerisindeki mücadelelerin yürütülebilmesi için normatif düzeni tesis etmekle mükelleftir. Bourdieu, buradan hareketle; devleti “ortak faydayı gözetmekle yükümlü bir kurum” olarak gören Hobbes ve Locke gibi toplumsal sözleşmeci düşünürlerden ve tam tersine devleti ortak faydanın değil, egemen sınıfların bir aygıtı olarak gören araçsalci Marksist görüşlerin dışında bir noktada konumlanır. Zira ona göre bu iki kutup da devleti işlevlerine indirgemektedir, oysa işlevlerden yola çıkılarak yapının bütünü anlaşılamaz.³⁵³ Bourdieu’nün tanımına göre:

³⁵² Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 18.

³⁵³ A.e., s. 19-21.

“Devlet bir blok değil, alandır. İktidar alanının özel bir dalı olarak idari alan, bir alandır; yani özgün sermaye ve farklı çıkar biçimlerine bağlı karşıtlıklara göre yapılandırılmış bir uzamdır. Söz konusu uzamda cereyan eden antagonizmalar, ilgili zümrelerle bağlantılı örgütsel işlevlerin dağılımıyla alakalıdır.”³⁵⁴

Yani devlet, çeşitli sermayelerin bir araya gelerek inşa ettiği, bürokratik alan ve kurumların üstünde yükselen, diğer sermaye türleri ve onların sahipleri üzerinde iktidar kuran, iktidar alanındaki sermaye biçimleri arasındaki değişim oranını düzenleyen görece özerkliğe sahip ve üstün bir yapıdır.³⁵⁵ Ona bu üstünlüğünü veren esas işleviyse “toplumsal sınıflandırmaların üretilmesi ve kanonlaştırılması” ile bir düzenin tesis edilmesidir.³⁵⁶ Bu yapı içerisinde farklı gruplar, farklı alanlarda sınıflandırma ve adlandırma iktidarını elde etmek için mücadele gösterirler. Yani devlet, “alanlar halinde örgütlenmiş, iç mücadelelerle ve dışarıya karşı muhalefetle hem birleşmiş hem bölünmüş olan alt-evrenlerin çarpışma yeridir.”³⁵⁷ Ehrlich’in düşüncesine Bourdieu’nün katkı sunabileceği en esas alanlardan biri devlete biçilen bu rolden ileri gelmektedir. Zira simgesel sermayenin tek kaynağı devlet değildir, ancak eğer devletin varlığı devam ederken onun hukukunun dışında bir yaşayan hukukun varlığından bahsedilebilecekse, bunun normatifliğinin, simgesel iktidarını yani neyin ne olduğunu, neyin norma aykırı neyin uygun olduğunu söyleme iktidarını tesis etmeden kurulabilmesi mümkün değildir. Bunun nasıl yapılabileceği sorusuysa devletin yapısı incelenmeden anlaşılamaz. Zira, Bourdieu’ye göre devletin dışından bakmaya çalışarak devlet düşünüldüğü zaman dahi zihnimiz devletin zihnidir.³⁵⁸

Devletin içerisinde iktidarı makro ölçüde talep eden karşılıklı grupların mücadelesinin haricinde, mikro iktidar alanlarında çıkarlarıyla var olan failer de bulunur. Örneğin; devletin yaptığı bir yol yapım projesinde görevli memurlar, bürokratlar, belediye başkanları ve bunların haricinde örneğin projeye karşı çıkan dernekler ve meslek odaları gibi failerin oluşturduğu bir bürokratik alan

³⁵⁴ A.e., s. 37.

³⁵⁵ David L. Swartz, “Bourdieu on the State: Beyond Marx?”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 167-169.

³⁵⁶ Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 25.

³⁵⁷ A.e., s. 90; Gürler, a.g.e., s. 51; Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 65.

³⁵⁸ Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 199.

gözlemlenebilir.³⁵⁹ Ona göre, devlette kurumsallaşan herhangi bir toplumsal kazanım, çevresinde kümelenen bir çıkar grubu oluşturur. Örneğin, zorunlu eğitim devletin bir işlevi olarak varolageldiği için bir eğitim bakanlığının bulunması gerekecektir. Eğitimin zorunlu olmasıyla birlikte ulaşılmak istenen amaç ortadan kalksa dahi, bürokratik alandaki karşılığı nedeniyle bu toplumsal kazanım faillerce savunulacaktır.³⁶⁰ Bu failler aynı zamanda bir ideolojinin sözcüsüdür. Nitekim Swartz’a göre:

“Devlet aynı zamanda bir ideolojik üretim alanıdır. Bourdieu, evrenselliğin etkisinden ‘devletin etkisinin simgesel boyutu’ olarak bahseder ve bunu, kamu görevlilerinin çıkarları ve stratejileri açısından, devleti hem meşrulaştıran hem de kamusal çıkarların koruyucusu olarak kuran ve dolayısıyla toplumsal düzene hakim olma mücadelesinde önemli bir simgesel iktidara sahip olan ‘edimsel bir söylem’ üreterek sunar. Dolayısıyla, yurttaşlık bilinci, kamu düzeni ve kamu yararına yönelik çağrılar, devlet kurumlarının idari erişimini artırmak için mücadele eden devlet temsilcilerinin çıkar ve stratejilerinden kaynaklanıyor olarak görülür.”³⁶¹

Yani aslında devlet, salt soyut bir kavram olarak değil, bürokratlarının dahliyle bir meşruiyet alıntısını temin edecek bir ideolojinin oluşturulmasıyla simgesel iktidar için mücadele edilen bir alan olma vasfını haiz olur. Bourdieu, devleti anlatırken bu simgesel iktidarın ve parçası olduğu tahakkümün “korkunçluğuna” ilişkin saptamalarda ve gözlemlerde bulunsa da bunun ortadan kaldırılabilmesi için kapsamlı bir yöntem önermez. Devletin içerisindeki teknokratik bürokratikleşmenin sebep olduklarını, bunun arkasındaki sınıfsal çatışma ve çıkarları ifşa etmesine karşın bir değişim programı sunmaz.

D. Bourdieu’de Hukuk ya da Yargı Alanı

Bourdieu’nün sosyolojisini genel hatlarıyla ele alırken onun sosyolojisine içkin olan şeyin mücadele olduğu, bu mücadelenin de iktidarı, yani tahakküm kurabilme imkânını ele geçirmek için verildiği ortaya kondu. Hukuk, Bourdieu için bu mücadele içerisinde ikili bir öneme sahiptir. Birincisi hukuk, siyaset sosyolojisi içerisinde, devletin simgesel iktidarını tesis etme misyonuyla yüklenmiş bir mekanizma olarak

³⁵⁹ Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 35.

³⁶⁰ **A.e.**, s. 37.

³⁶¹ Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 186.

işler. Neyin yasal olup neyin olmadığına dönük sınıflandırma iktidarı, devletin yurttaşları üstünde kurduğu simgesel iktidarın hukukla dolayımlanmasıdır.³⁶² İkincisiyse, hukukun salt devletin bir aygıtı ya da simgesel iktidarın araçsallaştırdığı bir yapı olmakla sınırlanmaksızın, mücadelelerin yaşandığı bir alan olarak kurgulanmasıdır.³⁶³ Alan olarak hukuk, aslında bütün hukuki kişilerin karşı karşıya geldiği bir mücadele sahası olarak düşünülebilirse de Bourdieu, kısıtlı çalışmalarında hukuk profesyonellerinin eylemlerine odaklanmış; avukat, yargıç, savcı, akademisyen gibi uzmanlaşmış faillerin arasındaki mücadelenin (dış müdahalelere açık olmakla birlikte) alana rengini verdiğini iddia etmiştir. Ancak bu yaklaşım hak mücadelelerinin faillerinin dışlanması sonucunu doğurmaktadır. Bütünlüklü bir yaklaşımı sürdürebilmek adına Bourdieu'nün yaptığıнын yargı alanının bir incelemesi olduğunu ileri sürmek gerekir. Bu alanla ilgili düşüncelerini “La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique” isimli makalesinde birleştiren Bourdieu'nün hukuk alanı olarak bahsedilebilecek ve daha geniş olarak ele alınabilecek alan hakkındaki düşüncelerini farklı eserlerinden faydalanarak değerlendirmek mümkün olabilir.

1. Simgesel İktidar Mekanizması Olarak Hukuk

Bourdieu, devleti ve hukukunu bütünleşik olarak ele alır. Devlet, meşru simgesel şiddet tekeli elinde bulunduran yapı olarak simgesel iktidarını hukuk şeklinde nesnelleştirir ve kodlaştırır.³⁶⁴ Hukuk, içeriksiz bir şekilde, yöneten ile yönetilen arasındaki ilişkinin yazılı hâle getirilerek kodlaştırılması ya da egemenler için kontrol mekanizması olarak zorun meşrulaştırılması değildir, esas olarak var olan tahakkümü görünmez hale getirerek yanlış tanımanın gerçekleşmesini temin eder. Şöyle ki, Bourdieu'ye göre her simgesel iktidar ilişkisinde üstün olanın üstünlüğünün ikrar edilmesiyle onun kavram setlerinin ve düşüncelerinin egemenliği altına girilir. Ünsaldı'nın Sartre'a atıfla “kendini kandırma” kavramına benzeterek anlattığı yanlış

³⁶² Gürler, **a.g.e.**, s. 7.

³⁶³ Mikael Rask Madsen, “Reflexive Sociology of International Law: Pierre Bourdieu and the Globalization of Law”, **Research Handbook on the Sociology of International Law**, Ed. Moshe Hirsch, Andrew Lang, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, s. 190.

³⁶⁴ Gürler, **a.g.e.**, s. 45-46.

tanıma örneği şu şekilde işler: İlkel toplumlardaki potlaç ve armağanlaşma pratikleri ilk bakışta dayanışmacı toplumun birbirine destek olmak ve siyasi iktidarın sivrilmesini engellemek üzere ortaya çıkardığı bir pratik olarak gözlemlenebilir. Ancak armağanlaşma ilişkisi daha derinlemesine incelendikçe armağanı veren kişinin, armağanı kabul eden kişi karşısında zaman geçtikçe artan bir saygınlığa kavuştuğu, belli bir süre içerisinde karşılık olarak bir armağanın verilmemesi hâlinde karşılıklılık ilişkisinin giderek eşitsizliğe dönüştüğü görülür. Yanlış tanıma, bu ilişkinin arkasındaki nesnel gerçekliğin değil yüzeyinde gözükten dayanışmacı tablonun gerçeklik olarak sunumunun ikrarıdır.³⁶⁵ Bourdieu’ye göre devlet de hukuk aracılığıyla kavrandığında tahakküm ilişkisi, armağanlaşma örneğindeki gibi gizlenir. Bu anlamda hukukun kökeninde “keyfilikten ve gasptan başka bir şey olmadığını, hukuku akıl ve doğruluk içinde bulmanın olanaksız olduğunu ve -kuşkusuz siyasi düzende kartezyen bir ilk temele en çok benzeyen şey olan- anayasanın, hukukun kurulmasının temeli olan kanunsuz şiddet fiilini gizlemek için tasarlanmış bir kurucu kurgudan ibaret olduğunu” iddia eder.³⁶⁶

Hukuk, günlük yaşantıda son derece somut çıktılar sunan, mahkemeler aracılığıyla doğrudan sonuçlar üreten bir yapı olsa da Bourdieu için somut çıktıların kendisinden çok onların meşru kabul edilmesini mümkün kılan bilişsel süreçler önemlidir. Bilişsel süreçlerin kurucusu olan dil, kelimelerle gerçekliğin bilişsel yönünü inşa eder. Bu doğrultuda;

“Son sözü söyleyen olmak, meşru gerçeklik temsili üzerindeki iktidara sahip olmaktır. Bazı hallerde, gerçekliği yaratmak noktasında temsili dayatmak, gerçekliği dayatmaktır. O ana kadar adlandırılmayan bir şeyi adlandırdığınızda, onu kamusal kılmış olursunuz.”³⁶⁷

Bu nesnelin reddi değildir elbette, zira Bourdieu’nün düşüncesinde bilişsel tahakkümün başarılı olabilmesi için nesnel gerçeklikle uyuşması gereklidir ve hukukun işlevi; sosyal dünyadaki nesnel yapıların, bu yapılar tarafından üretilen

³⁶⁵ Levent Ünsaldı, **Pierre Bourdieu Sözlüğü -2: Sembolik Şiddet ve Tahakküm**, (Çevrimiçi) https://www.youtube.com/watch?v=eWRkU3atDQA&ab_channel=Levent%C3%9Cnsald%C4%B1, 04.08.2024.

³⁶⁶ Pierre Bourdieu, **Pascalian Meditations**, Stanford, CA, Stanford University Press, 2000, s. 168’den aktaran Swartz, **a.g.e.**, s. 59-60.

³⁶⁷ Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 393.

değerlendirme kalıpları aracılığıyla algılanmasını temin ederek bilişsel tahakkümü bir “bilgi aracı” olmak suretiyle sağlamaktır. Bu durum hukuku, “simgesel şiddetin en mükemmel biçimi” olarak ortaya çıkarır.³⁶⁸

Hukuk dilinin simgesel iktidarı tesis ederken kullandığı bazı yöntemleri incelemek gerekir. Öncelikle hukuk dili, hukuki yapıları ve aldıkları kararları tarafsızlaştırır. Normatif ifadeler, pasif bir formda ifade edilerek cümlelerin buyurucu niteliği ve buyuranın kimliği görünmez hâle getirilir. Böylece, hukuk dili bir tahakkümün değil düzenin ifadesi olmuş olur. Bu aynı zamanda bir insandışılaştırma pratiğidir.³⁶⁹ Kanunlar düşünüldüğünde, çoğu zaman onu oluşturan komisyondaki kişiler ya da oturumda oylanırken el kaldıranlardan bağımsız salt normatif değerleriyle var oldukları görülür. Tarafsızlığın bir başka uzantısı olarak hukuk biçimseldir, yazılı hâle getirilerek uygulanır ve bir kanon oluşturularak hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik sağlanır. Bu sırada, olgusal olanın herkese uygulanacak şekilde kodlaştırılması nedeniyle evrenselliği de temin eder. Evrenselleştirme, düzenin meşruiyetini ve otoritenin yetkisini artırarak en güçlü simgesel üretim mekanizmalarından birini oluşturur.³⁷⁰ Evrenselleştirme zaman zaman normalleştirme, zaman zaman ise resmileştirme işlevine sahiptir. Örneğin, Ehrlich’in de bahsettiği üzere, Romalı özgür köylü ailesinin nesnel gerçekliğinin norm-al-leştirilerek standartlaştırılması ve evrensel bir şekilde uygulanması söz konusudur. Bu normalin dışındakiler ise anormal ilan edilir. Burada olgusal olarak gözlenen ancak evrensel olarak sabit olmayanın hukuki bir sabit hâline getirilmesi görülür. Resmileştirme işlevini ise Bourdieu, bir zamanlar tabu olarak görülen davranışların kabul edilmesi ve hukuk düzenine dahil edilmesi olarak niteler. Örnek olarak eşcinsellerle ilgili düzenlemeleri -mesela eşcinsel evliliğin yasal olması- verir.³⁷¹ Hukuki dil aracılığıyla bu şekilde sistematikleştirilen hukuk, giderek doğallaşarak “kanıt gerektirmeksizin kendiliğinden meşru olduğu kabul edilen bir doxa haline gelir.”³⁷² Nitekim hukuki

³⁶⁸ Gianvito Brindisi, “Bourdieu, Marxism and Law: Between Radical Criticism and Political Responsibility”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 289.

³⁶⁹ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 820; Madsen ve Dezalay, **a.g.e.**, s. 438.

³⁷⁰ Gürler, **a.g.e.**, s. 65, 138-139; Bourdieu, “The Force of Law”, s. 820, 846.

³⁷¹ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 846; Gürler, **a.g.e.**, s. 139.

³⁷² Gürler, **a.g.e.**, s. 141-142.

dilin bu karmaşık yapısı Madsen ve Dezalay’a göre “hukukun simgesel iktidarının siyasetin siyaset yapmaksızın dayatılması sonucunu doğurmakta, dahası, bu durum sadece hukukun simgesel iktidarını uygulama yetkisine sahip olanların sahip olduğu bir hukuki sermaye olarak ortaya çıkmaktadır.”³⁷³ Yani Bourdieu’nün hukuku incelerken hukuk profesyonellerine atfettiği önem, hukuk dilini kullanabilme yetkinliğinden ileri gelmektedir.

Hukuk profesyonelleri, hukuk dilini çeşitli araçlar vasıtasıyla hayata geçirirler. Bunlardan biri adlandırmadır. Örneğin, bir taşınmaz satışının yapılması ve bunun bir senetle taraflara ve tapu kaydıyla kamuya ilan edilmesi, artık o toprak parçasının kimin mülkiyetinde olduğuna dair bir belirleme içerir. Evlilik akdi, tarafları karı-koca ilan ederek bir toplumsal birim olarak ailenin hukuki olarak kurulmasını sağlar. Yine mahkeme kararı sonucunda ortaya çıkan ilam, hukuki ve kendiliğinden meşru olanın resmi olarak ilanı niteliği taşır. Bourdieu bunu sihire benzetir.³⁷⁴ Keyfi bir hukuk düzeninde dahi, devletin simgesel iktidarını sürdürebilmesi, bu adlandırma iktidarını tutarlı bir şekilde elde bulundurmasıyla mümkündür. Hukuki dilin hayata geçirildiği bir diğer araç sınıflandırma iktidarındır. Toplumsal düzen için gerekli olan ayrımlardan; adil-adaletsiz, yasal-yasadışı, ahlaki-ahlak dışı gibi bir kısmı siyasi otorite tarafından belirlenerek hukuki otorite tarafından uygulanır ya da doğrudan hukuki otorite tarafından mahkeme kararlarına yansıtacak şekilde kurgulanır.³⁷⁵

Adlandırma ve sınıflandırmalar toplumsal yaşamda bulunan nesnel olguların evrensel bir şekilde idealize edilmiş versiyonlarıdır. Hukuk çeşitli araçlarla bilişsel olarak meşru bir dünya vizyonu kurarken aynı zamanda nesnel olgulardan da beslenir. Bu doğrultuda Bourdieu’nün çok önemli bir pasajına yer vermek gerekir:

“Hukukun toplumsal dünyayı yarattığını söylemek aşırı olmaz, ancak hukuku ilk yaratanın da bu dünya olduğunu unutmamak gerekir. (...) Sosyal dünyayı ürettiğimiz ve bu kategorilerin bu dünyayı ürettiği gerçeğini göz önünde bulundurarak yasanın yarı büyülü gücünün toplumsal koşullarını ve sınırlarını belirlemek önemlidir. Gerçekte, toplumsal dünyayı inşa etmemizin temelinde yer alan algı ve muhakeme şemaları, kolektif bir tarihsel emek tarafından üretilmekle birlikte, bizzat bu dünyanın yapılarına dayanmaktadır. Bunlar, tarihsel olarak oluşturulmuş,

³⁷³ Madsen ve Dezalay, **a.g.e.**, s. 438.

³⁷⁴ Gürler, **a.g.e.**, s. 126-127; Bourdieu, “The Force of Law”, s. 838-839.

³⁷⁵ Villegas, **a.g.e.**, s. 60.

yapılandırılmış yapılardır. Düşünce kategorilerimiz dünyanın üretimine katkıda bulunur, ancak yalnızca önceden var olan yapılarla uygunluklarının sınırları dahilinde olabilir bu.”³⁷⁶

Son olarak, Bourdieu’ye göre hukuk, sertifikasyon mekanizması aracılığıyla bir alan içerisindeki geçerli sermayenin belli bir grubun elinde birikmesini temin eder. Sertifikasyon aracılığıyla çeşitli unvanlar kazanılır (akademik, mesleki vb.) ve doğrudan bu unvanlar aracılığıyla alan içerisinde simgesel iktidar ilişkisi kurulmuş olur. Bu unvanlara ulaşma konusundaki eşitsizlikler yine hukuk tarafından görünmez hâle getirilir ve böylece hukuk, düzenin devamlılığını tesis eder.³⁷⁷ Hukukçular da Bourdieu’nün düşüncesinde, baroların kabul standartlarıyla, mesleki kurallarıyla, yargıcılık ve savcılık mesleklerinin sınav gibi katılım koşullarıyla unvan dağıtımının bir parçasıdır. Böylece hukuk alanında egemen olan hukuki sermayenin oluşan hukukçular grubuna ait olması temin edilir. Nitekim hukukçular nezdinde üretilen bu meşruiyet, yani hukuk dilinin oluşturulmasındaki emeğin ve uzmanlaşmanın oluşturduğu simgesel sermaye, hukuk düzenine “ımanı” süreklileştirme gayesi taşır. Bourdieu, Jacques Ellul’a atıf yaparak hukukun ortaya çıkışının, "bütün bir toplumu oluşturan gruplardan biri tarafından formüle edilen buyruğun, hukuki formülasyon olgusu aracılığıyla evrensel bir değer statüsü kazandığı noktada" meydana geldiğini söyler.³⁷⁸ Bu evrensel değerler yine bilişsel seviyede etkili olarak hukuki habitusta yerini alır ve hukukun normatifliğini günlük hayatta habituslara kazıyarak kuralların uygulanmasını sağlar. Hukuki anlamda habitus, burada kullanıldığı anlamıyla "hukuki anlamda kurallar ve nedenselliklerle fiziksel anlamda kurallar arasında bir ara kavramdır".³⁷⁹ Bu habitusu inşa eden bir diğer faktör de Bourdieu’nün Pascal’a atıfla bahsettiği, ama Ehrlich’e atıfla da kolaylıkla ulaşabileceği “gelenegin tüm otoriteyi oluşturduğu” ve toplumsal düzenin “hukuk ve gelenegin varlıkları ve süreklilikleri yoluyla ürettiği gelenek ile hukuka alışmaktan” kaynaklandığı düşüncesidir.³⁸⁰ Bu düşünce, Ehrlich’in yaşayan hukukunun kurduğu düzenin yerini devletin almasının nasıl kolayca gerçekleştirebildiğini anlamamıza yardımcı olur. Hukuk alanındaki bütün

³⁷⁶ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 839.

³⁷⁷ A.e., s. 838; Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 389.

³⁷⁸ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 844.

³⁷⁹ Kathryn M. Young, Katie R. Billings, “Legal Consciousness and Cultural Capital”, **Law & Society Review**, C.LIV, No.1, 2020, s. 36.

³⁸⁰ Bourdieu, **Pascalian Meditations**, s. 168’den aktaran Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 61.

aba bu nedenle, gelenek ve alışkanlığın sürdürölmesi, bunların keyfi niteliğinin hukuksuzluklar şeklinde ortaya çıkmayacağı şekilde hukuk sisteminin bütönlüğünün sağlanabilmesidir.³⁸¹

2. Bourdieu’nün Hukuk Kavrayışında Hukukçuların Rolü

Bourdieu, devleti merkeze alarak inceleme nesnesi hâline getirdiğı *Devlet Üzerine* isimli ders notlarının derlendiğı eserde hukukçuların tarihsel süreç içerisinde devletin varlığıyla ve gelişimiyle nasıl bütünleştiğini ve bir zümre olarak varlıklarını bir zorunluluk olarak nasıl dayattıklarını inceler. Alman tarihçi Ernst H. Kantorowicz’in çalışmalarından hareketle feodal Orta Çağ’dan merkezi krallıklarda güç yoğunlaşmasının yaşandığı döneme kadar devleti; “devleti üretirken hukukçu olarak üretilen hukukçuların ürettiğı bir hukuk kurgusu” olarak tanımlar. Bu niteliğı nedeniyle batılı devletlerin tarihi, hukukun ve hukukçuların rolü incelenmeden anlaşılamaz. Devleti onların kurduğı söylenemese de hukuk kurgusunu, yani *fiction juris*’i ortaya çıkarma yetkisi hukukçuları ayrıksı ve üstün bir konuma taşımıştır.³⁸² Burada hukukçuyla kanun koyucu arasındaki farkı ise görev yönünden belirler:

“Aralarındaki fark, yasa koyucunun güç kaynağının ilahi olması, yargı ve hukuk tekniklerini sıfırdan yaratmasıdır ama bunu yapmak için sadece *ex ingenio* (üstün özelliklerden ötürü) değil, *ex officio* (görev gereğı) eylemde bulunmaktadır. Hukukçu *ex officio* resmi kurgular yaratmak üzere görevlendirilmiş bir profesyoneldir.”³⁸³

Resmi kayıtları, antlaşmaları ve bürokrasiyle özdeşleşmiş operasyonları yürütmekle görevli hukuk profesyonelleri bir yandan feodal dönem şehir devletleri içerisinde Kilise hukukundan bağımsız bir hukuk doktrininin gelişmesini sağlarken öte yandan kapitalist birikimin monarşilerde yoğunlaşmasıyla birlikte oradaki iktidar mücadeleleriyle eklemlenmiş ve devletin varlığıyla hukuk piyasasının birleşimi bu dönemde gerçekleşmiştir. Temyiz mekanizmasının kurulması ve kraliyet yargısının Avrupa’daki çoklu hukukları merkezileştirerek tekleştirilmesi örneğın, kraliyet

³⁸¹ Gürler, a.g.e., s. 136.

³⁸² Bourdieu, *Devlet Üzerine*, s. 78.

³⁸³ A.e., s.77-78.

yargısına mensup hukukçuların dahliyle gerçekleşmiştir. Zira devletin evrensel varoluş iddiası, kendi hukuk piyasalarının genişlemesi için bir çıkar birliği yaratır. Bu anlamda Bourdieu, devletle hukukçuların ilişkisini bir yandan gerçekliği inşa etme kabiliyeti üzerinden devletin hukukçulara olan bağlılığı, öte yandan hukuk piyasasının birleştirilmesi üzerinden hukukçuların devlete bağlılığı olarak okur.³⁸⁴ Bourdieu, *Pratik Nedenler* isimli daha geç tarihli bir eserinde hukukçuların; “devleti var eden edimsel söylemi üretmekle kendilerini devlet aristokrasisine dönüştürdüğünü” ve “özgül sermayeleri ve tikel çıkarlarından dolayı, bu eyleyiciler, kendilerine konumlarını doğrulayan şeyler sunarken, yavaş yavaş hukukçuların basit bir kurgusu, *fiction juris* olmaktan çıkıp, işlevlerine ve işleyişine geniş çapta boyun eğilmesini ve ilkelerinin kabulünü dayatacak güçte bir düzene dönüşen devleti kuran ve kurumlandıran bir devlet söylemini ürettiklerini” iddia eder.³⁸⁵

Bourdieu’nün devlet içerisinde hukukun rolü ve hukukçulara yaklaşımı konusunda iki önemli nokta daha dikkat çeker. Birincisi, fark edileceği üzere Bourdieu devlet merkezli bir hukuk okumasına sahiptir. Bu Ehrlich’in incelediği toplumsal normatifliğin anlaşılması için eksik bir resim sunar. Fakat tahakküm ilişkilerini apaçıklaştırmaya çalışan Bourdieu için hukukun işlevi tam da bu açıdan önemlidir, yani simgesel iktidarın kurulmasındaki rolü önemlidir esasen. Yargıyı alan olarak tasarlarken de hukuk piyasalarının oluşturulması aracılığıyla hukukçuların devletle bütünleşmesini açıklarken de sadece bu simgesel iktidarın çevresinde gelişen mücadelenin, failleri nasıl ortak bir çıkar paydasında birleştirdiğini göstermeye çalışmaktadır. Oysa bir karşı mücadelenin nasıl kurgulanabileceği üzerine düşünseydi, belki yaşayan hukuk pratiklerine bir dönüş yapabilirdi. İkinci önemli noktaysa Bourdieu’nün düşüncesindeki hukukçuların sınıfsal konumudur. Tarihsel olarak hukukçular, hukuki sermaye üzerindeki tekelleriyle birlikte devleti yöneten aristokrasi

³⁸⁴ A.e., s. 253-255, 392; Swartz, “Bourdieu on the State”, s. 165. Oluşturulan istinaf ve temyiz kuramı temelde hukukun merkezileşmesini sağlarken gücün monarşide yoğunlaşmasını sağlamış, bu sırada hukukçuların devlet içerisindeki etki alanlarının genişlemesine neden olmuştur. Bu nedenle hukuk-politik anlamda bir kazan-kazan oyunundan bahsetmek mümkündür. (Pierre Bourdieu, **Pratik Nedenler**, Çev. Hülya Tufan, İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1995, s. 118). Yine Bourdieu’ye göre; “Cüppeliler veya hukukçular, devlete göbekten bağlı insanlardır ve çıkarlarının galip gelmesi için devleti galip getirtmek durumundadırlar: kamu(sal) ve evrensel olan onların çıkarıdır.” (Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 406).

³⁸⁵ Bourdieu, **Pratik Nedenler**, s. 129-130.

içerisinde kendilerine yer bulabilmişlerdir, ki Fransa’da bu, cüppe soyluluğu şeklinde görülmüştür. Mesleki eğitime erişim gibi, hukuk mesleklerine girişin çeşitli engelleri düşünüldüğünde sınıf aidiyetinin hukukçular için önemi daha net anlaşılır.³⁸⁶

Hukukçular arasındaki hukuki sermayeye erişim mücadelesi tarihsel olarak farklı veçhelere sahip olmuştur. Örneğin, Fransız Devrimi’nden sonra egemen olan akılcı düşüncenin kodlaştırmaları, Kıta Avrupasında kanunun her şeye kâdir olduğu düşüncesinin eseri idi. Bu durum, hâlihazırda zayıf olan yargıçların ve yasa koyucunun karşısında hukuk ve devlet bilgisine hâkim üniversite profesörlerinin hukuk alanındaki en güçlü aktör olarak var olmasına neden olmuştu. Bu sırada yargıcın görevi yasayı uygulamayla sınırlanmıştı.³⁸⁷ Fransa’da hukuk fakülteleri uzun yıllar boyunca hem devleti yönetenleri hem sosyal bilimlerle iştigal edenleri yetiştirmekle farklı alanlardaki simgesel iktidarlarını yoğunlaştırdılar. Ancak, sosyal bilimler üniversitelerde giderek özerkleşerek hukuk fakültelerinden ayrılınca ve doktrinin buna yanıtı kendi hukuk bilimini Hans Kelsen’in kullandığı deyimle “saf” hâle getirmek olunca hukuk bu alanlar üzerindeki simgesel iktidarını giderek kaybetmeye başladı.³⁸⁸

Oysa örneğin Britanya’da ya da ABD’de hukukun gelişim çizgisi farklı bir doğrultuda ilerlemiş, hukuk doktrininin değil yargıçların çevresinde gelişen bir yargı alanı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle *Common Law* coğrafyasındaki hukuk tartışması genel olarak hukukçuların devletle olan ilişkisi üzerinden değil, yargıçların toplumla olan ilişkisinden ileri gelmiştir. Kıta Avrupası hukuk geleneği içerisinde yer almakla birlikte geç uluslaşmış Türkiye gibi ülkelerde hukukçuların devletle olan ilişkilerinde özerk kalabilecekleri pek bir alan bulunmaz. Modernleşme projesi doğrultusunda araçsallaştırılan hukuk mantığı, hukukçuların sürekli olarak devlet aklı ve siyasetin güdümünde kalmasına neden olur. Bourdieu’nün hukukçular özelindeki değerlendirmesi karşıt örneklerle gösterildiği üzere evrensel değildir, aksine nevi şahsına münhasır bir Fransız bağlamına özgüdür. Ayrıca belirtmek gerekir ki,

³⁸⁶ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 842-843.

³⁸⁷ Villegas, **a.g.e.**, s. 69; Mauricio Garcia Villegas. “Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships, and Social Sciences in Europe and the United States”, **Law & Social Inquiry**, C.XXXI, No.2, 2006, s. 364.

³⁸⁸ Villegas, “Comparative Sociology of Law”, s. 359.

Bourdieu'nün hukukçuların sınıf aidiyetine dönük tespitleri, 21. yüzyıldaki gelişmelerle birlikte giderek geçersiz hâle gelmiştir. Zira artık hukuk fakültelerinde okumak eskisinden daha kolaydır. Proleterleşme olgusu bütün hukuk mesleklerine yayılırken artık hukuk meslekleri burjuva mesleği olma niteliğini kaybetmektedir. Pek çok ülkede yargıç veya savcı olmak için bir hukukçu ailesinden gelmenin yarattığı sermayeye sahip olmaktan çok nepotizmle bezeli bir sosyal sermayeye sahip olmak gerekmektedir. Bu da aslında Bourdieu'nün ortaya koyduğu; devletle çıkarları bütünleşik olan muhafazakâr ve bütüncül bir yargı alanından çok daha parçalı, olumlu ya da olumsuz yönde değişim potansiyeli barındıran bir safhaya geçildiğini göstermektedir.

3. Yargı Alanı

Bourdieu'nün hukukun yol açtığı simgesel iktidarı elde etmek için gerçekleştirilen mücadelelerin alanı olarak tasarladığı alan; Türkçe çevirilerde yargı alanı, yargısal alan, yasal alan, hukuk alanı gibi pek çok şekilde ifade edilmiştir. Bu alanı incelediği temel metninin Fransızcasının adının “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”, İngilizcesinin ise “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field” olduğu görülmektedir. *Juridique* ve *Juridicial* ibarelerinden, Bourdieu'nün bu metnindeki esas inceleme konusunun yargı faaliyetleri olduğu çıkarılabilir. Zaten metnin içeriğine bakıldığında da hukuk profesyonellerinin; avukatların, yargıç ve savcılarının, akademisyenlerin arasındaki rekabete odaklanıldığı görülmektedir. Bu sınırlılık nedeniyle incelenen alanın hukuk alanı olarak nitelendirilemeyeceğini, zira hukukun yargılamadan ibaret olmadığını, yargılamanın normatifliğin sadece bir kısmı olabileceğini söylemekte beis yoktur. Eğer bir hukuk alanından bahsedilecekse o alanın öznelere hukukçularla sınırlanamaz, yurttaşlık bağıyla hak sahibi olan herkes ve toplumsal mücadelelerin temsilcileri o alanın paydaşı sayılmalıdır. Sınırlayıcı bakış açısı esas alınırse hukuk profesyonelleri tarafından ihdas edilmemiş olan yaşayan hukuk, alanın içinden tamamen çıkacak, böylece hukukla olan ilişkisi öncüllük değil dışsallık üzerinden değerlendirilecektir.

Bourdieu'nün yargı alanının yasal alan şeklinde nitelendirilmesi de doğru değildir; çünkü bu şekilde yasamanın da görev alanına giren bir tanım yapılmış olmasına karşın Bourdieu bu metninde yine yasamayı bu alanın bir parçası saymamaktadır. Yasal alan tanımının tercih edilmesi hâlinde bürokratik alanın da bir kısmını bu alana dahil etmek gerekir, çünkü yasallığın uygulayıcısı olanlar bürokratlardır. Bu durumda örneğin, Bourdieu tarafından dogmatik hukuka yüklenen simgesel iktidar pozisyonuna karşın, memurların normlar hiyerarşisine aykırı bir şekilde anayasayı veya kanunları değil, bakanlıktan gelen genelge ve yazıları dikkate almaları, yani esasında kanunun üstünlüğünü tanımamalarının Bourdieu tarafından bir sorunsal olarak ele alınması gerekirdi. Oysa Ehrlich'in aksine, ne bürokratlar üzerinde ne de yurttaşlar üzerinde kanunların etkinliği Bourdieu'nun araştırma konusu olmamıştır. O halde Bourdieu'nun hukukla ilgili incelediği alanı yargı alanı olarak nitelemek yerinde olacaktır. Bu tezin devamında, Bourdieu'nun kast ettiği dar anlam anlatılmak istendiğinde yargı alanı, daha geniş anlamıyla hukuk mücadelesi kast edilmek istendiğindeyse hukuk alanı ifadesi kullanılacaktır.

Bourdieu'nun tanımıyla yargı alanı;

“Hukukun ne olduğuna karar verme tekeli için rekabet etme alanıdır. Bu alanda, teknik yeterlilik sahibi olan failler arasında kaçınılmaz olarak toplumsal çatışmalar yaşanır ve bu esas olarak, toplumsal dünyanın doğru veya meşrulaştırılmış bir vizyonunu kutsallaştıran bir metin külliyatını yorumlamak için toplumsal olarak tanınan kapasiteden oluşur.”³⁸⁹

Yani yargı alanı aslında, devletin simgesel gücünün kodlaştırılmış hâli olarak hukukun üstünde çeşitli sermayeler ile sahiplik iddiasında bulunan bir alandır. Kazanan, yani hegemonik anlamda hukuk alanını domine eden gruplar, hukukun yorumlanmasına dair kıstasları belirleme otoritesine sahip olur. Örneğin, ABD’de 1920’li yıllardan itibaren yargı kararlarında yaygın bir şekilde görülmeye başlanan Amerikan Hukuki Realizmi, bir süre sonra egemen doktrin olarak ABD’deki hukuk yorumunun merkez noktası olmuştur. Bu örneğe karşın hukuk okullarının hukuk yorumu üzerindeki etkisinin abartıldığı söylenebilir. Öncelikle Amerikan Hukuki Realizmi’nin ortaya çıkmasına cevaz veren koşullar hukuk alanının içinde değil

³⁸⁹ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 817-818.

dışında gerçekleşen iktisadi ve toplumsal değişimlere dayanmaktadır. İki savaş arası dönemde, piyasalar üzerindeki etki alanını genişleterek hegemon devlet olma arayışındaki ABD’de, hukuk yaklaşımının, sınırlayıcı formalizmin eleştirisi üzerinden gelişmesi şaşırtıcı değildir. Yani hukuk okullarının başarısı dışsal faktörlerin kolaylaştırıcılığına bağlıdır. Yine tarihsel olarak doğal hukukçular ile hukuki pozitivistler, kodlaştırma yanlılarıyla karşıtları arasındaki hukuk yaklaşımı farklılıkları hep simgesel sermayenin dağılımına ilişkin mücadelenin veçheleri olmakla birlikte siyasi ve iktisadi alandaki mücadelelerle birlikte ilerlemiştir.³⁹⁰

İkincisi, hukukçuların hukuka etkisindeki özgürlükleri ve iktidar alanları Bourdieu tarafından abartılmaktadır. Yargıçlar, savcılar, avukatlar ve hukuk akademisyenlerinin hukuk alanı içerisinde kazandıkları mevziler, o alan içerisinde iktidarı elde etmek için olduğu kadar, bunun dışındaki alanlarda söz sahibi olmaya yetecek sermayeleri biriktirmeye dönüktür. Dolayısıyla hukukçular, çıkarlara sahip olsalar da bu çıkarların her zaman o alanın içerisinden gelmesi gerekli değildir. Hukukçuların hem hukuk alanı içindeki hem de dışındaki çıkarları gereği, özgürlük alanları yorum yapma tekeline sahip olmalarına izin vermemektedir. Örneğin, Nazi Almanyasında hukukçular çok kuvvetliydi. Almanya’da da çok kuvvetli bir hukuk geleneği vardı. Bu Nazi Almanyasının uygulamalarına yaygın bir hukuki direniş oluşturmadı ve dahi hukukçuların hukuk üzerindeki özgürlüğü, hâlihazırda siyasi olarak kararı verilmiş olan davalara hukuki gerekçe üretmekten ibaret olarak kaldı. Nitekim hukukun kendisinin talileştirildiği, düzenleyici işlemlere, yargı alanı dışındaki uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını teşvik eden neoliberal kapitalizm koşullarında hukukçuların yargı alanına etkisi de giderek azalmaktadır.

Bourdieu, yargı alanı içindeki rekabetin uzmanlaştırma gerektirmesi nedeniyle zaman içerisinde sıradan insanlarla hukukçular arasında bir toplumsal ayrım ortaya çıkmasına neden olduğunu belirtir. Ortak adalet duygusunun bir temsili olarak hukuk, artık toplumsal adalet anlayışının değil, profesyonelleşmiş çıkarların ve kemikleşmiş hukuk ilkelerinin bir temsili hâline gelir. Bunun sonucunda sistemin kendi iç

³⁹⁰ Villegas, “On Pierre Bourdieu’s Legal Thought”, s. 61.

rasyonalitesini tarafsız bir görüntüyle sunması imkânı belirir.³⁹¹ Bourdieu'nün düşüncesinde mücadele böylece, sosyal haklarını savunmaya çalışan işçilerle onların bu haklarını budamaya çalışan işverenler arasında değil, bu haklara dönük hukuki yorum farkı bulunan mahkemeler arasında gerçekleşir. İlk derece mahkemeleriyle, istinaf mahkemeleri; yüksek mahkemeler kendi aralarında mevzuatın çizdiği sınırlar dahilinde hukukun ne olması gerektiğine ve ne anlam ifade ettiğine dönük bir mücadeleye girer. Farklı hukuk akımlarının düşünceleri, içtihatlar da yer bularak yargılamaya nüfuz etmek suretiyle yorum tarzını kabul ettirmeye çalışır.³⁹² Bu rasyonalitenin sürdürülebilmesi için, alandaki güç dengelerinin korunması gerekir. Bu bir yandan, hak taleplerinin, alan içerisindeki eylemlerin sınırlarını belirleyen “yargılama fonksiyonunun içsel mantığı” tarafından iç protokoller ya da kültür oluşturmak suretiyle sınırlanır. Alana dahil olmak isteyenler öncelikle “alan içindeki çatışmaların yalnızca hukuki olarak, yani alanın kurallarına ve geleneklerine göre çözülebileceğine” dair temel yasayı kabul ederler. Böylece, ilk aşamada toplumsal uyumsuzluk olarak ortaya çıkan sorun, hukuk dili aracılığıyla hukuki uyumsuzluğa dönüştürülür.³⁹³ Bourdieu bu şekilde yargılama durumunun, “ taraflar arasındaki doğrudan bir mücadelenin arabulucular arasındaki bir diyaloga dönüştürülmesinin altında yatan gerçeklikten uzaklaştırma ve uzaklaştırma yoluyla herhangi bir çatışmadaki çıkarları etkisiz hâle getiren tarafsız bir alan gibi işlediğini” söyler.³⁹⁴ Bu alanın yeknesaklığı; emsal kararlara uyulması, usuli sınırlar konulması gibi yazılı olan ve olmayan kurallar belirlenmek suretiyle hukukçuların habitusuna dahil edilerek sağlanır. Böylece, Bourdieu hukukun uygulanması konusunda, habitusun sınırları dahilinde yargıçların keyfiyete varan geniş bir takdir yetkisi olduğunu düşünmekle birlikte habitusun çizdiği sınırların var olduğunu ve bunun öngörülebilirliği sağladığını düşünür. Hukukun alan içi rasyonaliteyi inşa etme çabasının temelinde yatan keyfiyeti gizlemeye dönük bir çaba olduğunu iddia eder. Hukukçu habitusu, benzer aile

³⁹¹ Gürler, a.g.e., s. 94.

³⁹² Robert Van Krieken, “Legal reasoning as a field of knowledge production: Luhmann, Bourdieu, and law's autonomy.”, (Çevrimiçi), Ocak 2004, https://www.researchgate.net/publication/258500216_Legal_Reasoning_as_a_Field_of_Knowledge_Production_Luhmann_Bourdieu_and_Law's_Autonomy, 04.08.2024, s. 17-18; Gürler, a.g.e., s. 104.

³⁹³ Van Krieken, a.g.e., s. 15-16; Pierre Bourdieu, **Hukukun Gücü: Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru**, Çev. Sibel Demir, Ankara, Kalan Yayınları, 2005, s. 10; Bourdieu, “The Force of Law”, s. 831; Gürler, a.g.e., s. 117-118.

³⁹⁴ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 830.

kökenleri ve eğitime ulaşım imkânlarıyla birleşerek farklılaşan çıkarlara sahip olmakla birlikte aynı dünya görüşüne sahip bir hukukçular zümresi oluştururken, bu zümrenin çıkarlarının egemen sınıfların çıkarlarıyla aynı doğrultuda olmasını sağlar Bourdieu'ye göre.

Hukukçuların Bourdieu'nün görüşüne göre farklılaşmış bir zümre oluşturması Ehrlich'in toplumsal birliklerin içsel düzeni anlayışıyla örtüşür. Şöyle ki, hukukçuların zümre olarak kendi toplumsal birlikleri içerisinde gerçekleştirdikleri içsel bir düzen vardır. Bu düzen, ziyadesiyle çatışmacı bir iktidar mücadelesine de sahne oluyor olabilir. Bu mücadele, hukuk kurallarının dışında, ona pek de ihtiyaç duyulmayan bir mücadeledir. Bununla birlikte hukukçular zümresinin mensupları, aynı zamanda başka birçok farklı toplumsal birliklere de mensuplardır. Buralardan getirdikleri kurallar, kavram setleri ve düşünme yapıları, hukuk alanındaki hareketlerini en az zümre içi mücadele kadar etkileyecektir. Buna karşın hukuki habitusta uzun yıllar içerisinde oluşan sınırlılıklar hukukun toplumsal olanla bağının zaman içerisinde zayıflamasına ve toplumun adalet bilinciyle hukukçuların ulaştığı adaletin arasındaki açığın genişlemesine yol açabilir.³⁹⁵ Sosyolojik yöntemlerle hukukun ele alınmasını salık veren hukuk akımları tam da bu genişlemeyi engelleme amacındadır. Nitekim Bourdieu'ye göre adalet ihtiyacıyla birlikte ele alınabilecek şekilde hukuk, aslında doğal bir ihtiyaç değildir. Zira hukukçular, gerçeğin bir temsili, imgelemi olarak hukuku yaratırken var olan talepleri manipüle ederler, diğer alanlardaki çıkarları doğrultusunda farklı konuları toplumda sorunsallaştırmaya gayret ederler.³⁹⁶

Alan içi rasyonalitenin sürdürülmesinin bir diğer koşulu; güçlü bir meslek kanunu, alana giriş için yüksek bir giriş bedeli, içerme ya da dışlamada net prosedürler oluşturulması gibi uygulamalarla temin edilir.³⁹⁷ Baroların varlığı ve kayıt koşulları esasen buna örnektir, ancak yine Bourdieu'nün iddiası özgün Fransa örneğine hitap etmektedir. Fransa ve ABD örneklerini karşılaştıran Villegas'a göre:

³⁹⁵ Van Krieken, **a.g.e.**, s. 16-17; Gürler, **a.g.e.**, s. 118; Bourdieu, **Hukukun Gücü**, s. 47.

³⁹⁶ Gürler, **a.g.e.**, s. 120, 140-141.

³⁹⁷ Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 367.

“Fransız hukuk alanının anayasası, hukukun anlamı üzerindeki üniversite tekelinin sağlamlaştırılmasıyla ilişkilidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, aksine, hukuk alanının oluşumu, toplumsal sorunlara hukuki çözümler sunan bir hukuk pazarının üretilmesinden ve yeniden üretilmesinden ayrılamaz. Her durumda, ‘piyasa tekelinin her profesyonele garanti ettiği kârın boyutu, tekelin; üyelerinin üretimini, eğitimi ve her şeyden önce hukuki hizmet sunacak kişilerin ruhsat almasını ne ölçüde kontrol edebildiğine bağlıdır. Bu şekilde, hukuki hizmet arzı regüle edilmektedir.’”³⁹⁸

Türkiye gibi ülkelerdeyse, avukatlık mesleğinin kapalılığı usta-çırak ilişkisinin geleneksel kodları ve serbest piyasa mekanizmalarının zorlamasıyla bir süre devam ettirilmiş olsa da koşulların değişmesiyle avukat arzının artması, hukuk alanının homojenliğini kaybetmesine yol açmıştır. Yargıçlık ve savcılıkta benzer bir durum kamu personeli rejiminde yaşanan değişimlerle paralel bir şekilde gerçekleşmiş, bu meslekler bir devlet memurluğu olmakla sınırlandırılarak kadrolaşma alanı olarak görülmüş ve siyasetle iç içeliği dolayısıyla alanın sınırı farklı dönemlerde farklı siyasetlerin çektiği kadrolaşma sınırına uygun olarak belirlenmiştir. Kaldı ki, yargıçlar konusunda meslek dışına kapalı bir alandan bahsedilemez, Türkiye’de yüksek yargıda fazla sayıda hukuk mesleği dışından gelen yargıç bulunmaktadır.

Yargı alanının, kendi iç rasyonalitesini güçlü bir şekilde kurması iktidar ilişkilerinden ve diğer alanlardan özerk bir görüntü sunmasıyla mümkün olur. Bu görüntünün arkasında yatan iktidar ilişkilerinin haricinde hukuk profesyonellerinin bireysel nitelikleri nedeniyle de böyle bir özerk görüntü olamayacağı kolayca anlaşılabilir. Birincisi avukat, müvekkilin söylemiyle bağlıdır. Dolayısıyla yaptığı iş, toplumsal uyuşmazlıklardan doğan taleplerin hukuk talepleri olarak formüle edilmesinden ibarettir. Bu vasıtaıyla, kendileri bizzat hukukun bir yapıcısı değil, vekilin sözünün taşıyıcısıdır. Vekil sıfatları dolayısıyla hukuk alanının asıl faillerinin aslında hakka sahip olan bütün yurttaşlar olduğu söylenebilir. Yurttaşlık dediğimiz statü birçok hak ve yükümlülüğü birbirinde getirdiği için, toplumsal olarak meşru bir şekilde var olmak için, insanlar hukuk alanının varlığına, dahası, hukuk alanında var olmaya muhtaçtırlar. Buna en çarpıcı örnek olarak mülteci statüsünde bile sayılmayan sığınmacılar verilebilir. Ne yurttaş ne de mülteci olarak bir korunmaya sahip olabilen sığınmacılar, birçok haktan faydalanamamaktadır. Sahip oldukları her şey, kendilerine

³⁹⁸ Villegas, “Comparative Sociology of Law”, s. 365.

lütuf olarak sunulmaktadır. Dolayısıyla ulus devlet paradigmasında yurttaşlar için hukuk alanında var olmakta, hukuk tarafından tanınmakta çıkarlar vardır. Yine tersinden hareketle, yurttaşlar, yurttaş statüsüyle ve bunun getirdiği hak ve yükümlülüklerle varlıklarını hukuk alanının varlığına borçludurlar. Şu soruyu sormak elbette ki yerindedir: Hukuk alanının varlığı, bir yargıç ve bir avukat için olduğu kadar önemli midir bir yurttaş için? Zira yurttaş, bu statüsünden bağımsız bir insan olarak sıradan hayatına devam edebilecektir ama avukat veya yargıç; mesleğini, statüsünü ve kazanımlarını kaybedecektir.

Bourdieu'ye göre bir alan kurulduğu anda; “bu alanın mevcudiyetinde çıkarı bulunan ve meşru bir şekilde var olmalarını, söz konusu alanın varlığına borçlu olan bir insan grubu da teşekkül eder.”³⁹⁹ Taleplerin ya da uygulamaların hukuk alanına dahil edilmesi bu çıkarları ve çıkarlara talip olan grupları da genişletir ki bu aslında tam bir pazar mantığıdır. Yargı alanının kendi içerisindeki bölümlenmesi (iş hukuku, ceza hukuku gibi) rekabetle kurulmuş bir iş bölümü ortaya çıkarırken bu rekabetin taraflarının ortak habituslarıyla aynı inançlara sahip olması (örneğin hukukun üstünlüğü ya da anayasal devlet vb.) yeknesaklığı sağlar.⁴⁰⁰

Avukatların sınırlılığı vekil olmalarından ileri gelirken yargıçlarınki yasalarla bağlı olmaktan gelir. Yasalar çerçevesinde yaptığı yorum faaliyetiye ülkedeki politik dengeyi yorumlamayı zorunlu kılar. Hukuku esneten (ve belki de kendi bakış açısına daha uygun düşen) bir kararı, salt kendisi öyle düşündüğü için değil, konjonktür ve yargıya etki eden siyasi mekanizmalar buna cevaz verebildiği için alabilir bir yargıç. Yani kendi hayat görüşünü ve düşüncelerini katarak esnetebildiği yorum ve uygulamalar, yine hukuk alanı dışındaki iktidar mücadelelerinin önünü açmasıyla gerçekleşir. Yargılama tekniğinin işlevinin, çarpışan menfaatler arasında bir denge bulmak olduğu düşünülürse, hangi menfaatin hukuk tarafından korunmaya değer olduğu meselesi çoğu zaman yargıcın şahsi düşüncesinden çok siyasi alanın dikkatli

³⁹⁹ Bourdieu, **Devlet Üzerine**, s. 256.

⁴⁰⁰ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 817-819, 836-837. Örneğin kişisel verilerin korunmasıyla ilgili mevzuat AB ülkelerinde ve Türkiye’de yürürlüğe girdiğinden beri hukuk alanının içerisinde pek çok veri güvenliği şirketi ve uzmanlarıyla avukatlar farklı bir pazarın etrafında öbeklenmeye başlamışlardır.

bir değerlendirmesini gerektirir. Örneğin; kadın hakları mücadelesi, uzun yıllardır oy hakkı gibi, doğum izni hakkı gibi, kürtaj hakkı gibi kazanımların elde edilmesini sağlamıştır. Bununla birlikte 20. yüzyıl kazanımlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan siyasetler, günümüzde bu hak kazanımlarının gerek mevzuat değişiklikleri gerekse de mahkeme kararları aracılığıyla ortadan kaldırılması için siyaset yürütmektedir. Bu doğrultuda, örneğin kürtaj hakkı tartışma konusu edildiğinde, kadınların bedenleri ve hayatları üzerindeki söz hakları aileyle, toplumla karşı karşıya getirilmekte, çatışan menfaatlere dair bir değerlendirme siyasi ortamın değerlendirilmesini gerektirmektedir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin 2022'de, 49 yıllık Roe v. Wade içtihadından dönerek kürtaj hakkının anayasal bir hak olarak korunmasını kaldırması ve kürtaj yasağı konusundaki kararı eyaletlere bırakması⁴⁰¹ menfaatler dengesini oluşturan ilke ve hakların değişmesi nedeniyle değil, bu ilke ve hakları savunan tarafların güç dengelerinin değişmesi nedeniyle gerçekleşmiştir. Burada sorulması gereken soru şudur: Şimdiye kadar kadın hakları alanındaki ilerlemelerin mahkeme kararlarına yansımaları, yargıçların geleneksel görüşlerinden kopmasıyla mı, kendi iç mücadelelerinde kadın haklarına dair olumlu görüşlerin ağır basmasıyla mı olmuştur? Yoksa çeşitli toplumsal zor mekanizmalarının kullanılması ve eylemlerin gerçekleştirilmesiyle ortaya konan kamuoyu baskısı mı etkili olmuştur? Pek çok durumda yanıtın sonuncusu olduğu aşikârdır. Kadın mücadelesinin çeşitli propaganda ve mücadele mekanizmaları aracılığıyla oluşturulan toplumsal tepkiler sonucunda mahkeme kararlarına etki edilebilmekte, örneğin tutuksuz yargılanmaya dair mahkeme ara kararları hızlıca değiştirilebilmektedir.

Hukuk her ne kadar özellikle dil vasıtasıyla alanın içine alacaklarını hukukileştirmek suretiyle alsa da neyin hukuk olarak alınıp alınmaması gerekliliği hukukun kendi sistematik kapalılığı içerisinde değil dışsal baskılar ve değişimler sonucunda şekillenir. Yani adına ister hukuk alanı ister yargı alanı denilsin, bu alan diğer toplumsal alanlarla karşılıklı ve karmaşık ilişkilere sahiptir. Nitekim Bourdieu'ye göre bu alan;

⁴⁰¹ ABD Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu kararı için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

“Toplumsal yeniden üretimde oynadığı belirleyici rol göz önüne alındığında, simgesel düzenin sürdürülmesine ve dolayısıyla bu toplumsal düzenin kendisine aittir. Dış değişiklikler hukuk alanına daha doğrudan yansır ve alan içindeki iç çatışmalar daha doğrudan dış güçler tarafından belirlenir.”⁴⁰²

Örneğin 19. yüzyılın ikinci yarısında endüstriyel kapitalizmin gelişmesiyle eşgüdümlü olarak ticaret hukuku gelişmiştir. SSCB’nin kurulmasının ardından oluşan çift kutuplu konjonktürde işçi haklarının kazanımları iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku gibi alanların doğmasına yol açmıştır.⁴⁰³ Bu, devlet politikası dolayımıyla belirlenmeye örnektir. Bir de doğrudan siyasi alandan toplumsal eylemler ve toplumsal birliklerin faaliyetleri dolayısıyla belirlenim söz konusu olabilir, ki bu durumda da ilk aşamada hukuk dışı hatta suç olarak nitelenen fiillerin sonrasında hak olarak hukuk alanına dahil edilmesi görülür. Grev hakkının 19. yüzyılda elde edilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Toplumsal birliklerin içsel düzeni buralarda devreye girmiş, toplumsal birlikler (sendikalar) tarafından meşru olarak ortaya konmuş olan uygulamalar (grev) zaman içerisinde devletler tarafından meşru ve de hukuki kabul edilmek durumunda kalmıştır.

Bourdieu, bu doğrultuda, hukuk alanı içerisindeki tahakkümün aşılabilmesi için eleştirel bir argümanın temellerinin ancak alanın dışında, bilimsel veya siyasi alanlarda bulunabileceğini belirtir.⁴⁰⁴ Zira sınıflandırma ve adlandırma iktidarı olarak simgesel iktidarın kodlanmış hâli olan hukuk alanında egemen olmanın kendisi siyasi bir anlama sahiptir. Karşı karşıya gelen faillerin mücadeleyi kazanmalarını sağlayan şey hukuki argümanları, tezleri, makaleleri veya içtihatları değil, ya devletin gücüdür ya da toplumsal mücadelenin gücü. Dolayısıyla, dış müdahaleye bu kadar açık hukuk alanını salt hukukçulardan ibaret kılmamak gerekir.

4. Yaşayan Hukuk ve Bourdieu

⁴⁰² Bourdieu, “The Force of Law”, s. 850.

⁴⁰³ Bourdieu, **Hukukun Gücü**, s. 57.

⁴⁰⁴ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 851.

Bourdieu bir hukuk sosyolojisi üretmeye çalışan bir sosyolog değildir. Siyaset sosyolojisi, kültür sosyolojisi gibi alanları açıklamak için incelediği tahakküm ve iktidar kavramlarının hukukta cisimleştiğini kendisi de söylemesine karşın hukuku toplumsal olandan açıklamak, onu bir bilim hâline getirmek çabasından ileri gelmez. Hatta bunu yapmaya çalışan Ehrlich gibi sosyologları saf teorinin idealist şemasını yıkmakla ve doğalcılığı olumlamakla suçlar. Bourdieu'nün asıl amacı toplumsal gerçeklikle uyumlu bir hukuk bilimi ortaya koymak değil, alan ve habitus kavramlarıyla açıklayabildiği sosyolojik bir araştırma nesnesi olarak hukuku incelemektir.⁴⁰⁵ Bu anlamda Bourdieu, Ehrlich gibi, hukuku sosyal olandan çıkarmaya çalışanların çalışmalarına baktığında orada toplumsal normatifliğin bir övgüsünü görür. Oysa toplumsal normatifliğin kendisi de tahakküm ilişkilerine dahildir ve devletin hukukundan bağımsız bir normatifliğe sahip olması kendiliğinden daha meşru, daha adil ya da tahakkümden arî kılmaz. Yine de toplumda oluşan hukukun, hukuk dogmatizminin tekeline kırmak için önemli bir araç olabileceğini kabul eder.⁴⁰⁶

Bourdieu'nün düşüncesindeki hukukun, Ehrlich'in düşüncesindeki hukukun oluşmasındaki toplumsal alışkanlıklar ve pratiklerle benzerliği vardır. Zira ona göre de tıpkı habitusun ancak nesnel koşullarla uyum gösterdiği ölçüde işler olabilmesi gibi, hukuk kuralları da ona uyan olgusal durumlarda normatif bir düzen kurabilir. Böylece yaşayan hukukun habitusu şekillendirmesi mümkündür. Aslında aralarındaki yorum farkı inceleme nesnelerine farklı yaklaşımlarından ileri gelir. Bourdieu topluma baktığında tahakküm ilişkileri görerek bunun nesnel ve bilişsel yapılarla nasıl uygulandığını incelemeye çalışırken Ehrlich, böyle bir ayrıma gitmez. Hukuku üreten ve uygulayan yapıların ontolojik farklılıklarına odaklanarak ve bürokratlar topluluğu olarak devlet ile toplum arasına bir sınır çizerek hukuku yorumlamaya çalışır. Tıpkı Ehrlich'in yaşayan hukukun devletin hukukuyla ilişkisi bahsinde kabul ettiği gibi, Bourdieu'ya göre de hukuk kuralları, habitusun normatif işlevini yerine getirerek düzeni sağlayamadığı durumlarda devreye girer. Habitus ya da yaşayan hukuk düzeni kurarken yasa istisna durumlarında çözüm üretir ki bunun için habitusun bir kriz içinde

⁴⁰⁵ Brindisi, *a.g.e.*, s. 303; Villegas, "On Pierre Bourdieu's Legal Thought", s. 63.

⁴⁰⁶ Brindisi, *a.g.e.*, s. 303-304.

bulunması gerekir.⁴⁰⁷ Bu anlamda Bourdieu'ye göre habitus her ne kadar güvenilir bir mekanizma olsa da onun sağlayamadığı güvenliği ve rasyonaliteyi hukuk düzeni temin eder.⁴⁰⁸

Devamla, olgusal olanın hukuki olan statüsüne getirilmesi, toplumda normal ile anormal karşıtlığı şeklinde düşünülen ikiliklerin belirlenmesi için hukukun gücünü ortaya koyar. Örneğin, Bourdieu'nun verdiği örnekle, ailevi bağlılığı simgeleyen bir kurum olarak aile kurumunu aile hukuku altında hukuksallaştırmak, o hukukun dışında kalan benzer bağları toplumsal algıda anormal hâle getirir. Böylece Bourdieu'ye göre hukuk; “farklı pratiklerin olağandışı, normal olmayan ve aslında anormal ve patolojik görünme eğiliminde olduğu bir normallik temsilinin yüklenmesine evrensel olarak katkıda bulunur.”⁴⁰⁹ Ki bu durum, eşcinsel evliliklere bakışta günümüzde sıkça karşımıza çıkar. Hukukileştirmenin toplumda yarattığı değişim, bir kere sahiplenildiğinde geri dönülemez bir şekilde toplumun kültürünün bir parçası hâline gelebilir. Bourdieu bu konuda Jacques Ellul'un sözlerini aktarır:

“En başta yabancı olan ve deneyime dayanmaksızın uygulanan yasalar, yavaş yavaş faydalı olarak tanınırlar ve zamanla kolektivitinin kendi mirasının bir parçası olurlar. Kolektivite ilerleyen bir biçimde hukuk tarafından oluşturulmuştur; yasalar ancak toplum onlar tarafından oluşturulmayı kabul ettiği noktada ‘hukuk’ haline gelir... Bir süre baskı altında ve zorla uygulanan kurallar dizini bile toplumu terk ettiğinde toplum artık eskisi gibi değildir. Belli bir miktarda yasal ve ahlaki alışkanlıklar yaratılmıştır.”⁴¹⁰

Yani tıpkı Ehrlich'teki gibi, olgusal olanın, alışlagelenin normatifleşmesi gibi tam tersinden normatif olanın olgusal olan hâline gelmesi, yazılı kuralların yaşayan hukuk hâline gelmesi mümkündür. Bu şekildeki hukukileştirmenin tek sebebi güvenliği sağlamak veya ortaya çıkmış habitus krizine çözüm bulmak değildir, ayrıca herhangi bir alanın hukukileştirilmesinde ve o alanda müesses olan uyuşmazlık çözüm metotları yerine hukuki çözüm metotlarının getirilmesinde her alanın hukuk piyasasına dahil edilmesinde çıkarı bulunan faillerin çıkarı bulunur.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Villegas, “On Pierre Bourdieu's Legal Thought”, s. 65.

⁴⁰⁸ Bourdieu, “The Force of Law”, s. 849.

⁴⁰⁹ Bourdieu, **Hukukun Gücü**, s. 53.

⁴¹⁰ A.e., s. 51-52.

⁴¹¹ Gürler, a.g.e., s. 123.

5. Bourdieu Sosyolojisinin Sınırları ve İmkanları

Bourdieu sosyolojisiyle ilgili akıllarda oluşan en büyük soru işaretlerinden biri onun bir değişim sosyolojisi olarak kurgulanıp kurgulanamayacağıdır. Bu sorunun cevabını arayanların bir kısmı, Bourdieu'nün habitus kavramını oluştururken esin aldığını kabul ettiği, çoğu eserinde de karşısında eleştirel bir pozisyon aldığı Marksist doktrinle birlikte düşünmeyi seçmişlerdir. Marksizm'de yabancılaşma, yanlış bilinç, ideoloji gibi kavramlarda karşılığını bulan, kitlelerin belli otomatikleştirilmiş pratiklerin, egemen düşüncenin sınırları içerisinde hareket edecek şekilde koşullandırılmasını sağlayan yapılar Bourdieu'nün düşüncesinde de habitus ve simgesel iktidar gibi kavramlarla ifade edilir. Bununla birlikte Marx'ın düşüncesinde bu durum devrimci praksisle yani teorinin pratikle bütünleşmesiyle aşılabilecekken Bourdieu sosyolojisinde bilinç dışına verilen önem nedeniyle pratiğin sürekli olarak ikincilleştirildiği hatta yer yer hiç önemsenmediği görülür. Bu da Bourdieu'nün teorisinin değişime kapalı olduğu eleştirisinin yapılmasına neden olur.⁴¹² Bourdieu entelektüel eleştirisi yapmayı ve bedensel pratik üzerinden tahakküm yapılarını apaçıklaştırmayı amaçlarken Marx emek olgusu üzerinden bir devrim teorisi kurgulamayı amaçlar. Günün sonunda Marx'ın devrimci öznesi emekçiler olurken Bourdieu simgesel mücadelenin yaşandığı egemen sınıflara ve simgesel devrimler adını verdiği süreçlerin ortaya çıkışına odaklanır.⁴¹³

Simgesel devrimler fikri, kaçınılmaz olarak siyaset alanına dair bir incelemeyi zorunlu kılar. Ancak Bourdieu siyaset alanının içindeki mücadelenin de tıpkı hukuk alanı gibi “kriz dönemleri hariç” alan içi profesyonellerin çıkarları ve bunun oluşturduğu pazarın güdümünde ilerlediğini düşünür.⁴¹⁴ Burada şöyle bir itiraz geliştirilebilir, kriz dönemleri, insanlık tarihinde özellikle de son yüz yılda sanılandan çok daha sık yaşanmaktadır. Art arda gelen dünya savaşları, devamındaki soğuk savaş, 1980'lerin sonundan itibaren Ortadoğu'da yürütülen bölgesel savaşlar ve nihayetinde

⁴¹² Timur, **a.g.e.**, s. 242; Paolucci, **a.g.e.**, s. 98.

⁴¹³ Paolucci, **a.g.e.**, s. 98; Burawoy, **a.g.e.**, s. 106; Timur, **a.g.e.**

⁴¹⁴ Bourdieu, **Language and Symbolic Power**, s. 173.

bunların Kafkaslar ve Avrupa'ya sıçramış olması, 1960'lı yıllardan başlayarak ekonomik dönüşümlerin yaşandığı her yerde askeri darbelerin görülmesi gibi olguların yanında 20-30 yıllık aralıklarla kapitalizmin iç düzenlenişini tekrar sağlayan ekonomik krizler aslında “Son yüz yılda ne zaman kriz dönemi değildi ki?” sorusunu akıllara getirir. Kriz anının maddi varlığından çok bunun bilinç dışı yapılarda varlığının süreklileştirildiği ve belirlenen normatif sınırların dışına çıkışın bu kriz algısı üzerinden meşrulaştırıldığı neoliberal kapitalizm döneminde bu soru üzerine özellikle düşünmek gerekir.

Bourdieu, yine kriz dönemlerini dışarıda bırakmak üzere siyasi alanı incelerken alanın mensuplarından olan siyasi partileri örneğin, temsili demokrasinin bir etkisi olarak, kendi çıkarlarını, temsil ettikleri kitlelerin çıkarı olarak yansıtarak dayattıkları gerekçesiyle eleştirir.⁴¹⁵ Örneğin, kentsel dönüşüm projeleri deprem riski olan bölgelerde imar rantını görünmez hâle getirmek üzere kullanılan bir yöntemdir. Burada ranttan elde edilecek kâr, meşru bir gerekçe aracılığıyla saklanır. 1968'in gençlik eylemleri üzerine çok fazla çalışması olmasa da Bourdieu'nun düşüncesi, 1968'in kurumsal siyasi yapılara tepkili olan düşüncesini yansıtır. Salt siyasi partilere karşı değil, sendikalara ve sivil toplum kuruluşlarına da benzer eleştiriler getirir. Nitekim en sonunda, siyasi yapıların kaçınılmaz olarak iç çıkarlarının motivasyonu ile hareket edeceğini ifade etmek üzere Gramsci'ye atıf yapar:

“Kitlelerden ayrışıyoruz. Bu kitlelerle aramızda bir belirsizlik, yanlış anlama ve anlaşılmaz çekişmeler bulutu oluşuyor. Belli bir noktada, ne pahasına olursa olsun konumlarımızı korumak isteyen adamlar gibi görüneceğiz.”⁴¹⁶

Bourdieu sosyolojisinin simgesel sermayenin ve profesyonellerin bunun üzerindeki etkisine fazla odaklanmasına, kitlelere uzak kalışına ve siyasi yapılara karşı çekimser tavrına karşın Swartz, Bourdieu'nun düşüncesinde iktidar ilişkilerinin temellerine saldırmak için bir vizyon olduğu konusunda ısrarcıdır. Ancak, Bourdieu'nün entelektüelleri bir “devrimci özne” olarak konumlandırmadığı açıktır, zira entelektüel elitizmin eleştirisine eserlerinde sıkça rastlanır. Yine, mevcut

⁴¹⁵ A.e., s. 175.

⁴¹⁶ A.e., s. 184.

toplumsal düzenin yeniden üretiminde kullanılan direngen yapıların anlaşılması ve açıklanması dönüşüm ihtimalini dışlayan bir işlev görmez, aksine gerçekçi stratejilerin neye dayanması gerektiği konusunda yol gösterici olur. Nitekim, modern toplumlarda yaygın kabuller ve ortaklaşmış pratiklerin sayısı giderek azalmakta, bu da alanlarda mücadele eden tâbi konumdakilere daha çok fırsatlar sunmakta, alandaki kuvvet dengesinin değişmesi simgesel devrimlere alan açmaktadır.⁴¹⁷

Bahsedilen dönüştürme imkânı aslında alan mücadelesi kavramının merkezinde yer alır. Nitekim eğer alan, müdahalelere ve dönüştürücülüğe tamamen kapalı bir nosyon olsaydı, bu alan değil aygıt olarak adlandırılırdı ona göre. Althusser'in devletin aygıtları teorisine yönelttiği eleştiride alanla aygıt arasındaki farkı şöyle açıklar:

“Temel bir fark: Bir alanda mücadeleler, yani tarih vardır. Bana göre karamsar işlevselciliğin Truva atı olan aygıt nosyonuna çok soğuk bakıyorum: Bir aygıt bazı amaçlara ulaşmaya programlanmış bir cehennem makinasıdır. (...) Eğitim sistemi, devlet, kilise, siyasi partiler ya da sendikalar aygıt değil alandır. Bir alanda eyleyiciler ve kurumlar, oyunda kazanılması söz konusu olan özgül faydaları ele geçirmek için, farklı derecelerde kuvvetleriyle, dolayısıyla farklı kazanma şanslarıyla, bu oyun alanını oluşturan kurallara ve düzenliliklere uyarak (bazı konjonktürlerde tam da bu kurallar hakkında) mücadele ederler. Belli bir alana hâkim olanlar, onu kendileri için elverişli olacak şekilde işletecek konumdadır, ama ezilenlerin direnişini, muhalefetini, hak iddialarını, siyasal olan ya da olmayan iddialarını her zaman hesaba katmak zorundadırlar.”⁴¹⁸

Bourdieu alan içi mücadele olgusunu iki ana şekilde ele alır. Biri, taraflardan birinin en güçlü olduğu oyunun oynanmasını kabul ettirmesidir. Örnek olarak Bourdieu, tüy sıklet bir boksör olarak, boksun tek sıkletle değil, çoklu sıkletlerde oynanması gerektiğini, dolayısıyla tüy sıklet diye bir kategorinin varlığını karşıdakine kabul ettirmeyi bir zafer olarak niteler. Bunun dışındaki ikinci stratejiyse “kazanmanın meşru biçimlerinin yeniden tanımlanmasında bir devrim yapmaktır.”⁴¹⁹ Bu sırada kullanılabilecek en önemli araçlardan biri tahakküm ilişkilerinin ve yapılarının arka

⁴¹⁷ Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 259-260, 321-322; Timur, **a.g.e.**, s. 247.

⁴¹⁸ Pierre Bourdieu, Loic Wacquant, **Düşünsel Bir Antropoloji için Cevaplar**, Çev. Nazlı Ökten, 7. Bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 87'den aktaran Gürler, **a.g.e.**, s. 90-91.

⁴¹⁹ Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 364-365. Bourdieu bu stratejilerin, olağan zamanlarda yani tahakküm yapılarının habituslar üzerindeki etkisinin boşluksuz olduğu durumlarda kaybetmeye yazgılı olduğunu iddia eder. Hatta bazen, mevcut düzeni alt üst etmeye dönük girişimler, onu güçlendirmekle de sonuçlanabilir. (Bourdieu, **Genel Sosyoloji**, s. 365).

planındaki gerçekliğin gösterilmesidir. Ancak salt bu yeterli değildir. Öncelikle tıpkı bir sporcunun müsabakalara sürekli hazır olabilmesi için egzersizler yapması gibi habitus da bir eğitim süreciyle ve dönüştürücü bir siyaset tarafından şekillendirilmelidir.⁴²⁰ Ardından nesnel gerçeklik ile habitus arasındaki örtüşmenin kırıldığı anlarda yani yarık habitusun yaygın bir kriz şeklinde ortaya çıkmasıyla bu krizi aydınlatan bir eleştirel söylemle yeni nesnelliğin yapısal olarak inşası ve bir habitus siyasetiyle habituslar arasındaki bağın kurulması gerekir.⁴²¹ Bu bağlamda nesnel yapılar olarak toplumsal birliklerin varlığı önemlidir. Bunların geleneksel olarak üretmiş oldukları normatif kalıplar, kriz zamanlarında ortadan kalkan habitusun kurallarının yerini alabilecek bir nesnellik inşa edebilir.

Bununla birlikte Bourdieu bu habitus siyasetinin nasıl yapılabileceğine dair düşüncelerini detaylandırmamıştır. Yine de toplumsallaştırıcı eylemin önemine dikkat çekmiş, Swartz'a göre "Sadece kamusal gösterileri değil, aynı zamanda habitus'un ataletini gidermek için yeniden toplumsallaşma süreçlerini de içerecek kolektif girişimlere (siyasi kolektivitelerde siyasi emek) ihtiyaç olduğunu" görmüştür.⁴²² Nitekim, siyasi partilere yönelttiği eleştirilere karşın, onları hukuk, ordu, polis, kamu maliyesi gibi nesnelleştirilmiş siyasi kaynakların meşru kullanım tekeli için verilen mücadelenin en önemli faili olarak nitelemiştir.⁴²³ Ömrünün sonlarına doğru, neoliberal özelleştirmelerin yayıldığı momentte parasallaşmanın ve metalaşmanın, "katı olan her şeyi buharlaştırdığı" bir momentte kendisi de dönüştürücü bir siyasetin imkanlarının farkına vararak sokak eylemlerine katılmış, grevdeki işçilerle birlikte nutuklar atmıştır.⁴²⁴

E. Ehrlich ve Bourdieu'nün Tezleri Arasındaki Temel Yaklaşım Farkları ve Ortaklıklar

⁴²⁰ Burawoy, **a.g.e.**, s. 120.

⁴²¹ Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 323-327.

⁴²² Burawoy, **a.g.e.**, s. 121; Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 328.

⁴²³ Bourdieu, **Language and Symbolic Power**, s. 181.

⁴²⁴ Burawoy, **a.g.e.**, s. 126.

Eugen Ehrlich ve Pierre Bourdieu gibi iki ismi birlikte ele alma fikrini gündeme getirdiğimde yapılan ilk itiraz Ehrlich'in ve Bourdieu'nun çok farklı toplumsal yapılar içerisinde düşüncelerini geliştirdikleriydi. Doğru, bu iki ismin eserleri arasında yarım asırlık bir süre bulunuyor ve insanlık bu süreye iki dünya savaşı sığdırdı. Bunun yanında bölgesel farklılıklar, bu iki sosyologun düşüncelerini farklı şekillerde etkiledi. Ehrlich henüz uluslaşmasını ve modernleşmesini tamamlayamamış, tarihsel *gens* bağlarının siyasi hayatta hâlâ belirleyici olabildiği 19. yüzyıl sonu Cermen coğrafyasında, etnik azınlıkların yoğun olarak yaşadığı bir bölgede, yıkılmakta olan bir imparatorluğun zayıflayan iktidarı sırasında eserlerini kaleme aldı. Buna karşılık Bourdieu, Cermen coğrafyasının uluslaşma ve merkezileşmeye dair problemlerini çok uzun zaman önce çözmüş bir modern toplum olan Fransa'da çalışmalarını ortaya koydu. Tabii, doğduğu kasaba ve ilk fikirlerini oluşturduğu Cezayir bu bağlamın içine dahil değildir ve yüzlerce yıllık sömürge tecrübesiyle bambaşka bir örnek olarak Bourdieu üzerinde etki bırakır. Görüşlerini belirleyen etmenlere rağmen, iki sosyolog da bölgesel değil evrensel çıktılar sunan tezler ortaya koymuşlardır. Araştırma sorularını ortaya çıkaran bağlam farklı olsa da iki sosyolog da devletin kurduğu tahakkümü anlamlandırma ve onun alternatifini düşünme motivasyonu ile hareket eder. Nitekim, iki sosyologun çalışmaları, farklılıklarıyla ve benzerlikleriyle siyasi iktidarın yapısını anlamak ve onun normatifliğini sorgulamak adına önemli imkânlar sağlar.

Ehrlich ile Bourdieu arasındaki temel yaklaşım farkı, Ehrlich'in *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri* isimli eserinin önsözündeki sözleriyle başlar: “Şu anda ve tüm zamanlarda, hukuki gelişmenin ağırlık merkezi yasamada, hukuk tekniğinde ya da mahkeme kararlarında değil, toplumun kendisinde yatmaktadır.”⁴²⁵ Ehrlich ve Bourdieu'nün temel sorunsalı devletin normatifliğini sorgulamaksa da buraya varış yollarının farklılaşması işte burada başlar. Ehrlich, devletin hukukunun aslında esas belirleyen olmadığı fikrini, doğrudan onun dışında gelişen yaşayan hukuk üzerinden tarihsel bir şekilde ortaya koymaya çalışırken Bourdieu hukukun devlet için anlamını hukuk profesyonellerinin şahsi eylemlerini ve düşüncelerini de analize dahil eden bir

⁴²⁵ Eugen Ehrlich. "Önsöz", **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**.

sosyolojiyle anlatır. Ehrlich, bahsedilen sözlerinin ardından ilerleyen sayfalarda devletin hukukunun da toplumca kabul edilmesi hâlinde yaşayan hukuk kabul edilebileceğini söylediğinde aslında hukukçuların bu rolünü kabul etse de buna ağırlık vermez. Yine de yargı alanının niteliği göz önüne alındığında yaşayan hukuka olan müdahale ve Ehrlich'in döneminden sonra daha net bir şekilde gözüktüğü şekliyle yaşayan hukukun devlet hukukuna neden kaybettiğini anlamak için Bourdieu'ye dönmek faydalı olabilir.

Devletin ve yargıçların hukuk yaratması dışındaki hukuklaştırmanın yolu ise hem Ehrlich hem de Bourdieu için toplumsal pratiklerin alışkanlık hâline geldikten sonra normlaşmasından geçer.⁴²⁶ Ehrlich için etkin bir hukukun yaratılması, Bourdieu için tahakküm ilişkilerinin arkasındaki sır perdesinin kaldırılması için bu pratiklere bakmak gerekir. Bu durum, doğal bir süreç şeklinde ilerleyebileceği gibi, toplumdaki pratiklerden egemen ideoloji tarafından makbul görülenin seçilmesi ya da şekillendirilmesi şeklinde de görülebilir. Örneğin, aile kurumu geleneksel bir kurum olarak aile hukukunun ortaya çıkmasından önce de vardır ve her birlik içerisinde farklı şekilde var olabilecek kadar çeşitlidir. Buna karşın aile hukukunun kökeninde Romalı özgür köylünün aile pratikleri görülür.

Ehrlich'e göre köylü, işçi ve orta sınıf aileleri farklı pratiklere sahiptir, ki bunların kendi içerisindeki benzerlikleri ve süreklilikleri anlamlandırmak Bourdieu'nün habitus kavramıyla mümkündür.⁴²⁷ Hukukun buradaki işlevi, habitusun yetersiz kaldığı durumlarda ortaya çıkan sorunları çözmek üzere evrensel bir aile modeli yaratarak buna egemen ideolojinin talep ettiği sureti vermektir. Çalışmanın önceki sayfalarında da belirtildiği üzere, toplumda gözlemlenebilen aile düzeninin kanunlarda görülmemesinin en önemli sebebi hukukçuların bunlara gözlerini kapamaları değil, hukukun var oluş sebebi itibarıyla var olanın üstünü örtmek ve yerine makbul görüleni koymak üzere ihdas edilmiş olmasıdır. Hukukun yeterince başarılı olamadığı ve toplumda yaygın bir şekilde gözlemlenmesini engelleyemediği

⁴²⁶ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 34, 152.

⁴²⁷ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 49-50.

olgular hâlâ toplumsal pratikler içerisinde kendisine yer buluyorsa o zaman bunun bir siyasi iktidar meselesi olduğu söylenebilir. Nitekim Ehrlich'in görüşüne göre; "Toplumsal olarak geçerli olan ancak devlet tarafından konulan bir yasağı ihlal eden bir normu sosyolojik anlamda bir hukuk normu olarak kabul edip edemeyeceğimiz bir toplumsal güç sorunudur."⁴²⁸ Bu durumda yaşayan hukuku toplumsal mücadelede hayatta kalan hukuk olarak değerlendirmekte bir beis yoktur.⁴²⁹ O hâlde, bu güç sorununun hangi zeminde ele alınabileceğini anlayabilmek ve hangi sermayelerin mücadelede bir anlamı olacağını kestirebilmek için Bourdieu sosyolojisi fayda sağlayacaktır. Zira yaşayan hukuk ve devletin hukukunun mücadelesi -eğer böyle bir mücadele varsa- salt hukukçuların zihnindeki bir mücadele olamaz, toplumsal alanda bir yansımasının da olması gerekir. Çünkü nesnel gerçeklikle ilgisi olmayan soyut bir hukuk kuralının ne Bourdieu ne Ehrlich sosyolojisinde etkin olması mümkün değildir.

Gerek Bourdieu gerek Ehrlich'te ortak olan başka bir tema, toplumsal birlikler veyahut alanlar içerisindeki normatifliğin salt somut kurallar şeklinde değil, aynı zamanda pratiklere, habituslara ve bilinçlere sinmiş bilişsel bir baskı unsuru olarak da var olabilmesidir. Hatta birlik içerisindeki düzenin devam edebilmesi daha çok bu bilişsel düzeydeki kabullere bağlıdır. Nitekim toplumsal birliğin yapısına uymayan kurallar ihdas edilmesi, habitusla nesnel gerçeklik arasındaki bağı koparacağından düzenin yıkılmasıyla sonuçlanacaktır.⁴³⁰ Bu bağlamda Ehrlich, somut kurallara uyulmasını temin eden cebir unsurunu hukukun asli bir unsuru olarak görmezken genel olarak toplumsal ilişkilerin yarattığı zorunluluğun bir eylemin yapılmasını dayattığını iddia eder.⁴³¹ Bourdieu de alan içindeki *illusio* yani çıkarlardan bahsederken benzer bir zorunluluğun varlığına işaret eder.

Ehrlich'in tezi, devletin hukukuna karşı bütün eleştireliliğine ve onun temeline yaşayan hukuku koyma çabasına karşı bir düzenlilik tezidir. En kötü düzenin bile anarşiden daha iyi olduğu düşüncesi bunu ispatlar. Nitekim hukuk sosyolojisi

⁴²⁸ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 44-45. Ayrıca bkz. Klink, **a.g.e.**, s. 140.

⁴²⁹ Klink, **a.g.e.**, s. 140.

⁴³⁰ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 37-38.

⁴³¹ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 53.

tahayyülü de bu doğrultuda düzenin daha iyi işlemesi için hukukçuların eline daha etkili araçlar sağlamayı amaçlar. Bourdieu'nün tezi de her ne kadar mücadelelere alan açsa da Ehrlich'e benzer şekilde bir düzenlilik tezi olma niteliği taşır. Bourdieu için sosyoloji, bu düzenlilikleri anlamak ve koşullarını belirlemektir. Eğitimi sürdürdüğü dönemdeki sosyologların evrim ve değişim fikrine takıntılı olduklarını belirten Bourdieu, toplumsal hayatın sürekli bir değişim içinde olmadığını iddia etmiş, olduğu zamanlarda bile varlığını sürdüren sabitlerin yapılarını araştırmıştır.⁴³² Bu bakış açısıyla Bourdieu'ye göre hukuk, neyin yasal neyin yasak olduğunu söylemek suretiyle kurduğu simgesel iktidar aracılığıyla bir düzen inşa eder. Hukuk alanında ve diğerlerinde simgesel iktidar için verilen mücadeleler de başka düzenlerin inşası için verilir.

Sorulabilecek sorulardan biri şu olabilir: Hukuk düzeni, kendi alanının dışında gelişen ve hukuk kurallarına aykırı olan uygulamaları da meşrulaştırabilir mi? Özellikle neoliberalizmin ortaya çıkışından itibaren giderek artan bir şekilde yürütmenin yasama karşısında güçlenmesi, yasa yapımındansa sürat, kolaylık gibi arayışlarla idarenin düzenleyici işlemlerinin tercih edilmesi eğilimi, normlar hiyerarşisi içerisinde konumlandırılan idari işlemlerin hukuk denetiminden çıkarılmasıyla sonuçlanmıştır. Normlar hiyerarşisi dolayısıyla hukuk alanına ait olan yasal metinler, yargının denetim alanından çıkarılarak aslında tamamıyla siyasi alana bırakılmakta, ancak hukuk, düzenin bütünü için meşruiyet üretmeye devam ettiği için düzenin kendisine ait olan bu işlemler de hukuki meşruiyetten faydalanmaktadır. Bu durumda hukukun simgesel iktidarının salt hukuk alanı içerisindeki tutarlılık için değil, özellikle siyasal alanla iç içe geçmiş bir meşruiyet ihtiyacından ileri geldiği söylenebilir. Benzer bir iddia Ernst Fraenkel'in "İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı" isimli eserinde ortaya koyduğu önlem devleti ve norm devleti ayrımı hakkında da söylenebilir. Fraenkel'e göre norm devleti "Yürütmenin yasalar, mahkeme kararları ve idari işlemlerinde ifadesini bulduğu şekliyle hukuk düzenini ayakta tutmaya dönük

⁴³² Bourdieu bu sözleri, "Sosyoloji Bir Kavga Sporudur" isimli belgeselde sarf etmektedir. Ayrıntı için bkz.

https://www.youtube.com/watch?v=saZQigTgpFU&list=WL&index=1&t=76s&ab_channel=LignorK%C3%BClt%C3%BCrSanatYay%C4%B1nc%C4%B1l%C4%B1k

geniş egemenlik yetkileriyle donatılmış hükümet sistemi” olarak tanımlanabilecekken önlem devleti ise “Hukuki güvencelerle sınırlanmamış kısıtsız keyfilik ve şiddetin egemen olduğu sistem” olarak tanımlanabilir.⁴³³ Önlem devleti aslında, devletin varlığına yöneldiği varsayılan tehditleri bertaraf etmek için hukuk düzeninin yeterli gelmediği durumlarda başvurulacak yöntemlerin genel bir şemsiye altında ele alındığı bir kavramsallaştırmadır. Nazi Almanyası ve daha sonrasında Soğuk Savaş döneminde devletler tarafından desteklenen paramiliter yapıların eylemleri önlem devletinin sınırları içerisinde değerlendirilir. Ve evet, bir devlet ideolojisi etrafında örgütlenen bu yapıların hukuk dışına çıkmasına izin verilmiş olan faaliyetleri de devlete simgesel iktidarını veren hukuk tarafından açık ya da örtülü, doğrudan ya da dolaylı olarak meşrulaştırılabilir.

1. Bourdieu Sosyolojisi Ehrlich Sosyolojisine Ne Katabilir?

Ehrlich’in tezinin Bourdieucü değerlendirmesinin üç ana teması bulunur. Birincisi, devletin hukukunun varlık amacının sorgulanmasıdır. Devletin hukukunun varlık amacı, özellikle devletle siyasi alan ve hukuk alanındaki çıkar ilişkilerini incelemekten ve mücadeleleri anlamlandırmadan ortaya çıkarılamaz. Bu hem devletin tarihsel ve sınıfsal misyonu açısından hem de güncel bölüşüm ilişkileri açısından geçerlidir. Dolayısıyla Ehrlich’in tezinde devletin hukukuna dair başlatılan sorgulama, Bourdieu’nün tahakkümü ortaya çıkaracak bir sosyoloji bilimi arayışıyla zenginleştirilebilir. Devletin varlığıyla birlikte, Ehrlich tarafından toplumsal ilişkilerin düzenleyicisi olmayı sürdürdüğü düşünülen yaşayan hukukun varlığı bu bağlamda değerlendirilebilir. Önemli bir soru; yaşayan hukukun tahakküm kurup kurmadığıdır. Tahakküm, devlete has olmadığına göre ve siyasal toplumların hepsinde gözlemlenebildiğine göre bu sorunun yanıtı evet olacaktır. Zira toplumsal eşitsizlikler var olduğu müddetçe tahakküm de var olacaktır. O hâlde, mevcut toplumsal yapı içerisinde yaşayan hukuk da tahakküm kuracaktır. Dolayısıyla bu yapının içerisinde çıkan bir hukukun tümünden olumlanması Bourdieucü bir analiz, çok daha

⁴³³ Ernst Fraenkel, **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2020, s. 27.

uygulanabilir bir hukuk için gerekli düşünsel kurguyu bize sağlayabilir. Var olan tahakkümün sürekliliğini sağlamak için ise simgesel iktidar zorunludur. O hâlde, yaşayan hukuk, devletin hukukunun karşısında konumlanacaksa onun sahip olduğu simgesel iktidarı nasıl zayıflatabilir ve alternatifi nasıl inşa edebilir? Bu sorunun cevabına ulaşabilmek için, toplumsal birlikler içerisinde hangi sermayelere erişmek için mücadele verilmesi gerektiği sorusuna da yanıt aramak gerekecektir.

İkinci olarak yaşayan hukukun Bourdieucü değerlendirmesi, toplumsal birliklerin hukukunun yargıç, savcı ve yasama üyelerinin düşünce dünyasına olan etkisinin nasıl gerçekleşebileceğine dair ipuçları verir. Bu etki, hukuk alanı içerisinde gerçekleşecek tartışmalarla, mücadelelerle sağlanabileceği gibi hukuk profesyonellerinin üyesi bulunduğu diğer toplumsal birlikler ve alanlar içerisindeki mücadelelerle de gerçekleştirilebilir.

Üçüncüsüyse toplumsal birliklerin kurumsal bir siyasi fail olarak toplumsal mücadeleler vasıtasıyla hukuk alanında yer işgal ederek tanınmaya ve değişime neden olması imkânının tartışılabilmesidir. Bu durumda sendikaların, derneklerin verecekleri mücadelelerle birlikte içsel düzenlerini simgeleyen yaşayan hukuklarını nasıl toplumsallaştırabileceklerinin araştırılması gerekir.

2. Yargı Alanı ve Hukukçuların Rolü

Ehrlich'in hukukçuların hukuku kavramsallaştırmasında ele aldıklarıyla, Bourdieu'nün yargı alanına bakışı birbirine benzer çıktılar sunar. Zira ikisi de hukukun uzmanlaşmaya imkân veren hatta bunu zorunlu kılan bir alan olduğunu tarihsel izlek içerisinde ortaya koyar. Bunun sonucunda ortaya çıkan hukuk bilimi, hukukun mahkemelerde cisimleşen yapısı gereği yargıçların dava sırasında izleyecekleri ilkelere dair elinde bulundurdukları bir kitapçık gibi konumlandırılır. Bu bağlamda pozitivistler, mevzuata; doğal hukukçular, doğal hak ya da ahlâki ilkelere; Ehrlich gibi serbest hukukçular ise yargıcın devletin dışında da var olan teamüllere ve pratiklere bakmasını salık verir. Bu da yargıcın özgür iradesiyle karar veren ve adalet dağıtan bir

üstün kişi-makam olduğu inancından ileri gelmektedir. Oysa yargıçlar, kararlarında pek de özgür olmadıkları gibi, güncel siyasi havayı doğru okumazlarsa, ekonomik dengeleri doğru tartamazlarsa alacakları kararlarla -egemen sınıfların faydasına bile olsa- egemen sınıfların ve dolayısıyla kendilerinin başlarına iş açabilirler. Bu nedenle yargıçlık mesleği, bir kamu görevi olarak esasında mevcut siyasi dengeleri okuyabilme zorunluluğunu da içerir. Yargıçlar, gerek bilinçli olarak yaptıkları siyasi değerlendirme ve dengeleri tartma faaliyeti sonucunda ulaştıklarıyla gerekse de toplumsal tecrübesinin bilinçdışında birikerek oluşturduğu hukuki duygularıyla kararlarını üretirler.⁴³⁴ İki durumda da yargıçların kararlarının salt hukuk alanı içinde yapılacak müstakil bir mücadeleyle şekillenemeyeceği, siyasi alan gibi pek çok alanda yürütülen mücadelelerle el ele verilecek bir mücadeleyle kararların şekillendirilebileceği söylenebilir. Nitekim hukuk alanı içerisinde gerçekleşen mücadeleler sonucunda hukukçuların edebildiği sözün geçerliliği de yani adlandırma ve sınıflandırma iktidarının kendisi de devletin kendisi ya da toplumsal hareketler tarafından kullanıldığı müddetçe etkili olabilir.

Elinizdeki çalışmada hukuki çoğulculuğun küreselleşmeyle girdiği simbiyoz hâlden bahsedilmiştir. Hukukun hâlihazırdaki durumu da hukukçuların çalışmalarından çok küresel siyaset ve ekonomik gelişmelerle ilgilidir. Mahkemeler giderek daha informel, arabuluculuk ve tahkim gibi usullere taraflarca sözleşme serbestisi içerisinde değerlendirilebilecek şekilde veyahut bizatihi kanunun emredici hükümleriyle yerini bırakmaktadır. Özellikle iş davalarında arabuluculuk, yargı teşkilatlanmasının “kasıtlı” yavaşlığı ile el ele vererek, işe iade veya kıdem tazminatı gibi taleplerle dava açtığı sırada paraya ihtiyacı olan işçiyle, iş ilişkisi bittikten sonra dahi işçi maliyetlerini düşürmeye çalışan işverenleri karşı karşıya getirerek aslında işvereni değil işçiye müzakere etmek zorunda bırakmaktadır. “Kasıtlı yavaşlık” konusunu ayrıntılandırmak gerekirse, bunun bilhassa özelleştirmelerde sık başvurulmuş bir taktik olduğu söylenebilir. Kamu kurumlarına, okullara, hastanelere vs. bütçe verilmez. Bütçe verilmedikçe kamu görevlilerinin çalışma koşulları kötüleşir, nitelikli elemanlar özel sektörde iş aramaya başlar. Giderek artan masraflarla birlikte verilen

⁴³⁴ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 148-149.

hizmet giderek zayıflar. Bu sefer insanların aklında, “Ücretsiz de olsa bu sırayı beklemektense, bu acıyı yaşamaktansa parayla hızlıca hizmet alabileceği” düşüncesi ekilir ve bu durum yavaş yavaş toplum içerisinde meşru görülür. Böylece sanki devletin elindeki kurumlar niteliksizleşmeye mahkûmmuş imajı yaratılır. Benzer bir durum mahkemeler için de yaratılmaktadır. Mahkeme süreçleri, kamu yatırımlarının azalması, istihdamın kısıtlanması ve kamu personel rejiminin nepotik karakterinin güçlenmesi nedeniyle kadroların niteliksizleşmesi sonucunda giderek uzamaktadır. Böylece mahkemelerin ve dahi devletin hukukunun dışında yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm metotları teşvik edilmektedir.

3. Yaşayan Hukuk ve Toplumsal Birlikler

Toplumsal birlikler, Ehrlich’in yaşayan hukuk kavramının nesnelleştiği içsel düzene sahip gruplardır. Bununla birlikte, Ehrlich toplumsal birliklere dair kantitatif çalışmalar yapmaktan çok, bunların fazlasıyla heterojen olmasından ve muhtemelen döneminde bunlara dair ampirik çalışma yapmak çok daha zor olduğundan bu konuya odaklanmak yerine bunların oluşturduğu toplumsal düzeni incelemeye çalışmıştır. Günümüzde bu toplumsal birliklere odaklanarak bir çalışma yapılması daha mümkündür ve Bourdieu’nün tezi, toplumsal birliklerin aynı anda var oldukları alanlarda bir harmoni içinde değil genel olarak rekabetçi bir mücadelenin içinde olduğunu anlamak, çıkarlarının ne olabileceğini fark etmek açısından önemli çıktılar sunar.

Söz konusu olan toplumsal birlikler olunca hem toplumsal birliklerin içerisindeki düzeni oluşturan bireylerin arasındaki ilişkiler hem de toplumsal birliklerin bulundukları uzam ve alanlarda diğer toplumsal failler ile girdikleri ilişkilerin incelenmesi gerekir. Ehrlich’in görüşlerinden hareketle toplumsal birliklerin içsel düzenini hukuki çoğulculuk yönünden inceleyen örneklerden hukuki çoğulculuk meselesinde bahsedilmişti. Bu bağlamda Edelman’ın çalışmasıyla şirketlerin taciz karşıtı politikalar ve şikâyet prosedürleri gibi iç düzenlemelerinin zamanla mahkemeler için nasıl standartlaştırıldığı incelenmiş, Moore’un çalışmasıyla giyim

sektöründeki hediyeleşme pratiklerinin sözleşme ve hukukun dışında bir ticari ilişki için nasıl kurucu bir rol oynadığı gösterilmeye çalışılmış, Santos'un "Pasargada hukuku" ve Filipinler'deki mahalle adaleti uygulamalarıyla devletin hukukunun dışında yeşeren yaşayan hukuk örneklerine yer verilmişti.⁴³⁵

Öte yandan, toplumsal birliklerin diğer toplumsal failer ile girdikleri ilişkileri inceleyen örneklerden bir tanesi olarak ABD'de New Deal politikalarının* ortaya çıktığı dönemdeki sendikal faaliyetleri Bourdieucü bir şekilde inceleyen Chad Alan Goldberg'in çalışması verilebilir. 2003 tarihli makalesinde Goldberg, tarihsel blokun dağıldığı dönemlerde, yani habitusun yarıldığı ve sürekli bir simgesel iktidarın tesis edilemediği dönemlerde mevcut yapıların ve failerin "sivil toplumun siperlerini ve kalelerini, devlet alanı dışında hatırı sayılır bir ideolojik ve entelektüel otorite kurmanın aracı olarak ve aslında devlette resmi iktidarı ele geçirmenin gerekli bir koşulu olarak kullanarak mücadeleye girmesi ve sivil toplumun kendisinde yer kazanması gerektiğini" söyler.⁴³⁶ Nitekim makalesinde ele aldığı Amerikan İşçiler Birliği (Workers Alliance of America), 1930'lu yılların ekonomik buhranı takip eden yüksek işsizlik dönemlerinde ortaya çıkmış ve işçilerin pek çok sosyal hak kazanımında öncü rol oynamıştır. Bu duruma karşı reaksiyon gecikmemiş, İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasına kadar geçen sürede Amerikan karşıtlığı ve komünizm propagandası suçlamasıyla bu organizasyonun itibarı zedelenmeye çalışılmış, savaşın başlamasıyla savunma sektöründeki artan istihdamla birlikte siyasal baskıların etkisiyle birlik kısa süre içerisinde dağılmıştır.⁴³⁷

Toplumsal birliklerin bu Bourdieucü incelemesi önemlidir, zira Bourdieu'nün faileri pekâlâ toplumsal birlikler olabilirse de Bourdieu daha çok bireylere

⁴³⁵ Elinizdeki çalışmada bkz. s. 103 vd.

* "Büyük Buhran" adıyla anılan 1929 Bunalımını aşmak ve ekonomik düzelmeyi sağlamak adına Başkan Franklin D. Roosevelt tarafından uygulamaya konan ve sosyal politikaları da içeren ekonomi programıdır.

⁴³⁶ Chad Alan Goldberg, "Haunted by the specter of communism: Collective identity and resource mobilization in the demise of the Workers Alliance of America", **After Bourdieu**, Ed. David L. Swartz, Vera L. Zolberg, Hollanda, Kluwer Academic Publishers, 2004, s. 277.

⁴³⁷ **A.e.**, s. 268-275, 299. Bu anti-propaganda o kadar başarılı olmuştur ki, Ocak 1940'ta yapılan bir ankette, çalışmaya katılanların %70'i komünizmi büyük bir tehdit olarak görerek nazizmdense komünizminin soruşturulmasını daha önemli bulmuştur. (**A.e.**, s. 283).

odaklanmayı tercih etmiştir. Oysa toplumsal birliklerin hem onları oluşturan gerçek kişilerden bağımsız çıkarları olabilmesi hem de o gerçek kişilerin çıkarlarının toplumsal birlik dolayımıyla ifade edilebilir olması nedeniyle alanlardaki etkisi çoğu zaman bireylerin ferdi etkisinden çok daha fazla olur. Nitekim iktisadi alan incelendiği çoğu zaman gerçek kişiler değil; şirketler, sendikalar, meslek odaları gibi birliklerin oluşturduğu bir yumak görülür ve bu birlikler salt onların yöneticisi olan bireylerin çıkarlarıyla değil, hissedarları olan çok büyük bir toplamın çıkarları doğrultusunda şahsi çıkarlardan görece bağımsızlaşmış şekilde yönetilir.

Hukuk alanını incelediğimizde de toplumsal birliklerin etkisi azımsanmayacak derecede fazladır. Gerek kanunların yapılışı gerekse de mahkemelerin kararlarını belli bir hukuk yorumuna uygun şekilde vermesinin temin edilmesi için yapılan faaliyetler, içtihat oluşturmak için açılan davalar sendikalar, dernekler, barolar, meslek odaları gibi sivil toplum kuruluşlarıyla siyasi partilerin mücadelesiyle şekillenir. Örneğin, mahkeme kararlarının gerekçelendirmelerinde kullanılacak hukuk kaynaklarının belirlenmesine, toplumsal birliklerin dahliyle müdahale edilebilir. Bu anlamda Bourdieu sosyolojisi, Ehrlich'in hukuk anlayışına eksik olan nosyonu vermektedir: Toplumsal birliklerin sadece kendi içsel düzenlerini düzenlemekle kalmayıp, bir araya geldikleri veya mensuplarının iç içe geçtikleri durumlarda egemen hukuk anlayışının belirlenmesi, bu birlikler arasındaki siyasi mücadele tarafından belirlenir. Bu da aslında Ehrlich'in pek çok pratiği toplumun geneline yayması zorluğunu ekarte eder. Toplumun geneline yayma zorluğundan kasıt nedir?

Şöyle ki Ehrlich toplumsal birliklerin içsel düzeninin yaşayan hukuku oluşturmamasından bahsederken farklı anlayışların karşı karşıya gelmesi hâlinde ne yapılabileceğini yazmamıştır. Örneğin, geleneksel ataerkil aile yapısı içerisinde kadına biçilen rol üç aşağı beş yukarı bellidir. Bununla birlikte bu pratik eşitsiz bir pratiktir ve bu durum yüz yıllardır kadınların mücadelesiyle kerte kerte değiştirilmektedir. Kadınlar mücadelelerini, toplum içerisinde yine çeşitli toplumsal birlikler aracılığıyla ördükleri eylemselliklerle verirler. Bu durumda, geleneksel birliklerin kodlarına kazanmış cinsiyet eşitliğini imkânsız hâle getiren pratiklerle henüz toplumun geneline yayılmamış ancak yine de toplumdan beslenen yeni pratiklerin karşı karşıya gelmesi

hâlinde ne yapılması gerekir? Kimileri burada devletin müdahil olarak “ilerici” bir misyonu sahiplenmesi gerektiğini düşünür ki bu düşünce daha çok hukuku toplum mühendisliği olarak ele alan hukukçuların düşüncelerinde gözlemlenebilir. Ancak Ehrlich’te olduğu gibi, devlete hukukun üretimi noktasında ikincil bir merteye veriliyorsa, o zaman hem hukuk alanı hem de siyaset alanı içerisinde mücadeleyi verecek toplumsal hareketlerin örgütlü gücünü bu amaç doğrultusunda meşru kabul etmekten başka bir çare kalmaz. Ancak bu durumda da devletin hukuk üzerindeki tekeli reddedilse bile, hukukun simgesel iktidar anlamında elde ettiği tekeli kırılmış olmaz. Zira yine, hukukun mücadele sonucunda merkezileşmesi ve tekleşmesi eğilimi, devletin dışındaki failler tarafından kullanılır hâle gelir.

Bu durumda, Ehrlich’in toplumsal birliklerde gözlemlenen hukukların belirleyiciliğine dair söylediklerini, aynı zamanda bir siyasi söylem ya da program olarak almak mümkündür. Romalı ailesinin aile yapısı nasıl, aynı dönemde yaşayan Roma yurttaşlarının önemli bir kısmının aile yapısını yansıtmıyor, buna karşın içlerinden seçilen özgür köylü ailesininki makbul aile yapısı olarak yansıtılabiliyorsa, günümüzde de siyasi mücadelede toplumsal birlikler kendi iç hukuk düzenlerini devlet hukukuna dayatma potansiyeline sahiptirler. Bu; toplumsal birliğin içinde gelişen davranış kuralları, pratik ve teamüllerin devletin hukuku tarafından içerilmesi şeklinde olabileceği gibi ortak ideal ve ilkelerin benimsenmesi şeklinde de olabilir. Örneğin; ailede kadın erkek eşitliğini talep eden bir siyasi partinin yönetim kademesi içerisinde kadın-erkek dengesinin kurulması teamülü, zaman içerisinde norm hâline gelebilir ve bu durum, söz konusu toplumsal birlik nüfuz alanını genişlettikçe devletin hukukuna nüfuz edebilir. Bunun yanında; hiç o toplumsal birliğin içerisinde yeşermemiş bazı teamül, pratik veya normlar da halihazırdaki normların dayandığı bir ilkenin varlığı halinde, -ki bu örnekte kadın erkek eşitliğidir- devletin hukuku içerisinde yeşerebilir.

Bourdieu, toplumsal pratiklerin tekrarlanması hâlinde hukuka dönüşebileceğini kabul etmekle birlikte bu pratikleri toptan hukuk olarak nitelendirecek bir yaşayan hukuk kavrayışına sahip değildir. Onun düşüncesinde yaşayan hukukun bir parçası olan pek çok pratik, yargı alanının dışından yargı alanına gelen müdahaleler olarak nitelenebilir. Dolayısıyla bunlar, siyaset ya da sosyolojinin

konusu olabilirler. Zira sosyolojik olanın hukukileştirilmesi hukuk profesyonellerinin dahlini gerektirir ona göre. Buna karşın, Ehrlich'te hukuki olanla olgusal olan arasındaki ayrımın flu bırakılmış olması her olgusal pratiğin yaşayan hukuk olarak nitelenmesine neden olabilir. Oysa böyle bir yorum, hukukun bu pratiklerden ayrışan özgün yapısını tamamen göz ardı eder.

4. Hak Mücadeleleri Mi Yoksa Toplumsal Mücadeleler Mi?

Bu çalışma kapsamında toplumsal birlikler Bourdieu sosyolojisiyle birlikte değerlendirildiği için toplumsal birliklerin toplumsal mücadele düzleminde değerlendirilmesi gerekir. Toplumsal mücadelelerin tarihi sınıflı toplumların tarihiyle, yani eşitsizliklere karşı verilen mücadelelerin tarihiyle eşitlenebilir. Bununla birlikte toplumsal mücadelelerin hak mücadeleleri şeklinde formüle edilmesi, yani hukukileştirilmesi görece yeni bir olgu olarak ulus devletlerle birlikte ortaya çıkmış ve esasen son yarım yüzyılda bütün mücadeleleri kapsayacak şekilde genişlemiştir. Zira, hak paradigması Aydınlanma düşüncesinin evrensel insan ve hakları nosyonunun doğrudan bir sonucu olarak ortaya konmuş, ancak bu evrensellik, ancak bir ulusun yurttaşı olmakla koşullanan bir bölgesellikte garanti edilebilmiştir. Nitekim Douzinas'a göre:

“Modern özne, insanlığına, ötekilerin statüsünden hâriç tutularak evrensel insan doğasına kabulünü garanti eden vatandaşlığın siyasi haklarını elde ederek erişir. Vatandaş olmayan yabancı modern barbardır. Haklara sahip değildir çünkü bir devletin parçası değildir ve daha az bir insandır çünkü vatandaş değildir. Kişi daha az ya da daha çok vatandaş olduğu ölçüde daha az ya da daha çok insan olur.

(...) Haklar, insanların hükmedenler, hükmedilenler ve dışlananlar olarak ayrıldığı zeminde temellenir. Hangi kişilere belirli bir yerde veya zamanda hangi hakların verildiğini veya hangi haklardan mahrum bırakıldığını gözlemlersek, gücün çalışma şekli ortaya çıkar. Bu anlamda insan hakları, dönemin egemen yapısını hem gizler hem de onaylar ve onun mücadelesine yardımcı olur.”⁴³⁸

Dolayısıyla hak paradigması özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda devlete karşı halkın, egemen sınıfa karşı diğerlerinin zaferleri olarak ortaya çıksa da aynı zamanda,

⁴³⁸ Costas Douzinas. “İnsan Hakları Üzerine Yedi Tez”, Çev. Cevher Elgin, 2022, (Çevrimiçi) <https://elestirelhukuk.com/ceviri/insan-haklari-uzerine-yedi-tez/> 04.08.2024.

taleplerin gerçekleşebilmesi için icazet almanın gerektiği bir iktidar ilişkisinin kabulü açısından yeni bir tahakkümü ortaya çıkarır. Bu nedenle hak paradigmasından bahsedildiğinde öncelikle yurttaşlık statüsüyle ve dolayısıyla devletle göbekten bağlı bir paradigma akla gelmelidir. Devletin hukukuyla yaşayan hukukun karşı karşıya geldiği Ehrlich sosyolojisinde hak paradigmasının kullanılması, yine devletin hukukunun üstünlüğüne yazgılı bir sonuç ortaya çıkarır. Ayrıca bahsedilen yeni tahakküm, artan biyopolitik düzenlemelerle birlikte beden politikası aracılığıyla bedene kazınarak tıpkı Bourdieu'nün habitusu ele alırken belirttiği gibi insanlara haklar aracılığıyla belirli sınırlılıklar yaratılmasına neden olur.⁴³⁹

Bourdieu sosyolojisini kullanarak yurttaşların hukuk bilincini ve adli makamlara karşı tutumlarını inceleyen Young ve Billing'in çalışması bu sınırlılıkların anlaşılması için ufuk açıcudur. Onlara göre hukuki habitusun hukukçu olmayan insanların zihnindeki görünümü hukuki bilinç olarak ortaya çıkar. Hukuki bilinçle, insanlar hem sahip oldukları hakları hem de bunları nasıl kullanabileceklerini ya da kullanamayacaklarını deneyim ve gözlem aracılığıyla öğrenirler. Bu bağlamda Young ve Billing, farklı ırksal veya sınıfsal kökenlerden gelen insanların yargı makamlarına ve emniyet güçlerine karşı tutumları değişirken yine haklarını savunma anlamında yüksek kültürel sermayeye sahip olanların hak sahibi olduğu inancını daha çok öne çıkardığı ancak kültürel sermaye azaldıkça hak sahipliği iddiasının yargı makamlarına ya da emniyete başvurmaktan kaçınmak şeklinde azaldığını, hatta bu kişilerin devletin hukuksuz yaptırımlarına veya önlemlerine karşı daha zayıf davrandıklarını ileri sürer.⁴⁴⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, dünya tarihindeki hiçbir isyan veya devrimsel süreç, yüksek sosyal sermaye sahiplerinin kolektif hareketinden ileri gelmemiştir. Tam aksine Young ve Billing'in araştırmalarında kast edildiği hâliyle düşük kültürel sermayeye sahip kişiler toplumsal hareketlerin yürütücü gücü olmuştur. Bu durumda, hak bilincinin kendisinin dönüşüm potansiyelinden çok düzenin kendini yeniden üretimine yardımcı bir rolü olduğuna dair bir ipucu elde edilebilir.

⁴³⁹ A.e.

⁴⁴⁰ Young ve Billings, a.g.e., s. 50.

Yeniden üretime yardımcı rol, Douzinas tarafından hakların siyaseti depolitize etmesi olarak tanımlanır. Eskinin bildirgelerle sonuçlanan mücadelelerinin aksine, hak mücadeleleri artık düzeni değiştirme misyonunu kaybetmiş, meşru siyasi talepleri hak talebine indirgemiş durumdadır ona göre. Böylece siyasal mücadele, yasaya kabul talebine dönüşür ve kaçınılmaz olarak hukuk profesyonellerini sorun çözücü bir tarafsız makam olarak davet eder. Bu durumu kabul etmeyenler ise marjinal kılınarak ötekileştirilir. Hukukileştirmenin değişim ve devrim olasılığını dışlayan bu tarafını Douzinas “simgesel hadım” olarak niteler.⁴⁴¹ Bu simgesel hadımla, tıpkı Bourdieu’nün ve Marx’ın, egemenlerin düşüncelerinin toplumun düşünceleri olduğunu belirtmeleri gibi, mücadelenin kendisinin de egemenin çizdiği sınırlar içerisinde gerçekleştirileceği kabul edilmiş olur.

Devamla, haklar insanların maddi koşullarını görünmez hâle getirerek, sahip olduklarını tarihdışılaştırarak insanların gereksinimlerini onları soyutlaştırarak karşılar. Aslında bu soyutlaştırma sonucunda Douzinas’a göre haklar, “öznenin arzusunu uyandıran ama asla tatmin etmeyen fantastik bir tamamlayıcı hâline gelir.” Özne hep daha fazlasını ister ama bu arzusunun gerçekleşmemesini temin eden düzene başkaldırmayı asla tahayyül edemez hâle gelir.⁴⁴² Douzinas bu bağlamda yine de hakların ikili bir yapısı olduğunu söyler, bir yandan mevcut iktidar ilişkilerinin oluşturduğu yapıyı görünmez hâle getirirken bir yandan onun yarattığı eşitsizlikleri ve baskıyı ortaya sermek için bir araç vazifesi görebilirler. Ancak bu durumda dahi Douzinas üretilebilecek çözümleri yetersiz ve geçici bulur. Zira onları üreten düzen yerli yerinde duracaktır.⁴⁴³

Yine de söz konusu hak mücadeleleri karşısında Douzinas kadar karamsar olmaya gerek yoktur. Çevre mücadeleleri sonucunda küresel ısınmaya dair alınan tedbirler, maden ruhsatlarının sınırlandırılması, bazı ormanlık alanların ortadan kaldırılmasının önlenmesi yetersiz ve geçici değildir. Bu kazanımları daimi kılacak olan da salt mevzuata ya da mahkeme kararlarına yansımış olan hukuki önermeler ve

⁴⁴¹ Douzinas, **a.g.e.**

⁴⁴² Douzinas, **a.g.e.**; Costas Douzinas. “Komünizm ve Haklar Üzerine (II)”, Çev. Yusuf Enes Karataş, 2022, (Çevrimiçi) <https://elestirelhukuk.com/ceviri/komunizm-ve-haklar-uzerine-ii/> 04.08.2024.

⁴⁴³ Costas Douzinas. “Komünizm ve Haklar Üzerine (VI)”, Çev. Yusuf Enes Karataş, 2022, (Çevrimiçi) <https://elestirelhukuk.com/ceviri/komunizm-ve-haklar-uzerine-vi/> 04.08.2024.

karar normları değil, bunları sürekli kılacak hak mücadeleleri olacaktır. Bu anlamda kullanılan bir hak paradigması iktidarın hegemonik gücüne karşı siyasi bir araç olarak hizmet etme potansiyeline sahip olacaktır.⁴⁴⁴ Bu bağlamda toplumsal birliklerin dahli olmaksızın yeni bir simgesel anlatının oluşturulması mümkün değildir. Zira devlet var olduğu müddetçe yaşayan hukuku üreten toplumsal birlikler aynı zamanda toplumsal talepleri de üretirler. Bunu hak talebi olarak formüle ettiklerinde, Douzinas'ın söylediği paradoksal karşıtlık saklı kalmak üzere mücadelenin faili hâline gelirler. Hak paradigmasının eksiklikleri nedeniyle alternatif bir paradigma üretmek bu çalışmanın kapsamı dışında kalsa da toplumsal birliklerin gerek yerleşik hak paradigması içerisindeki dönüştürücülük potansiyelinin, gerekse de hak paradigmasının kendisinin dönüştürülmesiyle habitusun yarıldığı kriz anlarında toplumsal taleplerin başka bir düzenin inşası için kullanılabilecekleri muhakkaktır.

5. Habitus Siyaseti

Çalışma boyunca vurgulandığı üzere, toplumsal düzen kriz durumları haricinde herhangi bir cebri unsura ihtiyaç duymaksızın kendi içsel düzenini sürdürebilir. Ehrlich'in yaşayan hukuku, kendi iç rasyonalitesini sürdürebildiği ve devletin hukuku gibi bir dış müdahale unsuru olmaksızın da yaşayabildiği müddetçe bu düzeni tesis edebilir. Bu düzenin tesisi salt toplumsal ilişkiler içerisinde denetim mekanizmaları kurulmasıyla değil, aynı zamanda nesnel koşulların bilişsel düzeyde insanların habituslarına kazınmasıyla mümkün olur. Ancak özellikle kriz zamanlarında, bilişsel imgelerle nesnel koşulların arasındaki bağın kopmasıyla habitusun yarıldığı durumlar ortaya çıkar. İşte burada dönüştürücü siyasetler için bir imkân penceresi açılır. Ehrlich'in yaşayan hukuk düşüncesi de böyle bir tarihsel anda, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun yıkılma aşamasına girdiği, periferideki bölgelerinde merkezi yapıyı sürdüremediği bir anda, deyim yerindeyse habitusun yarıklarından sızarak ortaya çıkmıştır.

⁴⁴⁴ Villegas, "On Pierre Bourdieu's Legal Thought", s. 70.

Yarık habitus'un varlığının günümüzde geçer akçe olması, bir yandan egemen sınıfların tahakkümünü pürüzsüz bir şekilde kurmasını engellese de öte yandan ona karşı geliştirilebilecek organize bir tepkinin, organize bir normatifliğin var edilmesini de engellemektedir. Bu durumun aşılabilmesi için bir habitus siyasetinin kriz koşullarına hazırlıklı bir şekilde, hatta onu oluşturabilecek eleştirel söylemle birlikte inşa edilmesi gerekir. Swartz'a göre:

“Eleştirel bilimin mesajına açık bir habitus ya da açıklığı teşvik edecek bir habitus dönüşümü projesi olmalıdır. Eleştirel sosyolojik söylemin sadece krize neden olan nesnel yapıların maskesini düşürmesi değil, aynı zamanda bu yapılar ile aktörleri dahil eden habitus arasında bağlantılar kurması gerekir. Burada sorun sadece kültürel sermayeye erişimi artırmak değildir. Bu, yatkınlıkları dönüştürme sorunudur ve bu dönüşüm de ancak yeniden toplumsallaşma süreçleriyle gerçekleşecek gibi görünmektedir. Sadece baskıcı yapıların aydınlatılmasıyla habitusun değişmesi beklenemez.”⁴⁴⁵

Bu durumda, habitus siyaseti salt entelektüel, soyut tartışmalarla başarıya ulaştırılamaz. Hukuk söz konusu olduğunda hem adlandırma iktidarı dolayısıyla bilgi araçlarını üretmek için elverişli bir alana sahip olsa da yansıtma misyonu nedeniyle hukukun tek başına nesnel dünyayı devrimci bir şekilde değiştiremeyeceği vakadır. Nesnel dünyayla bilişsel mekanizmalar eş güdümlü olmadığında da habitusta yer edemeyecektir. Bununla birlikte habitus siyasetinin bir ayağı hukuk alanındaki mücadelelerce gerçekleştirilebilir ki bu da fiilen ortadan kaldırılan özgürlüklerin yasal varoluşlarının devam ettiğinin gösterilmesi suretiyle habitusla nesnel yapıların arasındaki bağın koparılmaya çalışılmasıdır. Burada aslında hukuk ideolojisinin apaçıklaştırılmasından bahsedilmektedir. Barınma hakkı, temiz suya erişim hakkı, eğitim veya sağlık hizmetlerine erişim hakkı pek çok ulusal ve uluslararası metinde anılır. Bu hakların varlıkları, mevzuatlarda yer almakla ortaya çıkmadığı gibi, mevzuatta yer almalarıyla nesnel varlıkları da garanti edilemez. Nitekim çağımızda, bu hakların kullanım imkânları piyasa mekanizmalarına teslim edilmiş durumdadır. Temiz suya erişim özel şirketlerce ücret karşılığı temin edilmekte, eğitim ve sağlık hizmetleri artan şekilde özelleştirilmektedir. Barınma hakkı, piyasadaki rant düzeninin bir parçası olarak fiili anlamda kısıtlanmaktadır. Ancak bu durum yine de hakların savunulmasının beyhude bir çaba olduğu anlamına gelmemektedir. Asla

⁴⁴⁵ Swartz, **Simgesel İktidar**, s. 327.

gerçekleştirilemeyecek olan soyut ve evrensel hak vaadinin olumsuzlanarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Douzinas’a göre böylece:

“Özgürlük, negatif ve savunmacı niteliğini terk edecek ve ötekiyle birlik içinde yaşayan her bir bireyin pozitif bir gücü hâline gelecektir. Eşitlik artık, eşit olmayan bireylerin soyut bir biçimde karşılaştırılması değil, güçlü bir topluluğa umumi ve tam katılım anlamına gelecektir. Mülkiyet, bir başkasının aleyhine serveti kişiler arasında pay eden bir olgu olmaktan çıkacak ve ortak bir olgu olacaktır. (...) Bunun gerçekleşmesi için, insan haklarıyla simgelenen politik devrimin yerini insanlığın kurtuluşuna yol açacak bir toplumsal devrimin alması gerekir.”⁴⁴⁶

Bu sırada toplumsal birliklere düşen, yeni toplumsallaşma süreçlerini inşa edecek birikimi yaratmak ve bunları yaşayan hukuk vasıtasıyla egemen kılmak olabilir. Eşitsizliklerin var olduğu bir toplumda, yaşayan hukukun varlığının devamı ancak devlete karşı simgesel iktidarını kabul ettirebilmesiyle mümkün olabilir. Egemenle kurulan ilişki, onun dili üzerinden kurulduğu için, verilecek simgesel mücadele egemeni düşünürken egemenin dilinin dışındaki bilgi araçlarının üretilmesiyle mümkün olabilecektir. Aksi takdirde bütün çabalar egemenin egemenliğini yeniden üretmesiyle mağlup olacaktır. Bu yeniden üretim faaliyetini sürdüren, hatta bu faaliyete özgülenmiş gibi hareket eden kurumların iyileştirilemeyeceğini, doğrudan ortadan kaldırılması gerektiğini savunan abolisyonizm görüşüne bu doğrultuda değinilebilir. Kavramın kökeninde Batı’da köleciliğin ortadan kaldırıldığı dönemdeki mücadele olmakla birlikte, çağdaş kullanımında eşitsizlik ilişkilerini; ırkçılık, ataerki, homofobi, kapitalizm ve diğer tahakküm yapılarını yeniden üreten ve şiddeti engelleyen değil, tam tersine ortaya çıkaran kurumları ortadan kaldırmaya dönük bir motivasyon bulunmaktadır. Özellikle siyahilere karşı işlenen polis cinayetlerinin ardından genişleyen bu hareket; polis, hapisane ve hatta aile gibi pek çok kurumun ortadan kaldırılmasını savunmakta, örneğin polisin gerçekleştirdiği güvenlik işlevini mahallelerde gerçekleştirmek adına alternatif çözümler üretmeye çalışmaktadır.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Douzinas, “Komünizm ve Haklar Üzerine (VI)”.

⁴⁴⁷ Charmaine Chua, “Abolition Is A Constant Struggle: Five Lessons from Minneapolis”, **Theory & Event**, C.XXIII, 2020, s. 130-131.

İsrail'in Gazze'de yürüttüğü soykırımcı savaş devam ederken ve uluslararası mekanizmalar bunu engellemekte aciz kalırken çalışma koşullarının kötüleşmesi ve sosyal hakların budanmasıyla eş zamanlı olarak giden barınma krizi küresel ölçekte gözlenirken, ırkçılık ve polis şiddeti giderek yaygınlaşırken ve nefret toplumların kılcallarına, ötekiye yönelecek şekilde yerleşirken bizim hâlâ bir konuda yazmamızın bir önemi var mı diye sorar Crilley.⁴⁴⁸ Bu soruya yanıtını ise abolisyonizm üzerinden verir. Ona göre; kapitalizm, cinsiyetçilik, ırkçılık gibi toplumsal marazların onları üreten toplumsal mekanizmaların iyileştirilmesiyle çözülmesi mümkün değildir ve bu mekanizmaların ortadan kaldırılmaları gerekmektedir. Ancak ortadan kaldırma tek başına yıkıcı bir proje değildir, aynı zamanda “sermaye ve özel mülkiyet mantığının, devlet şiddetinin ve ırksallaştırılmış öznelliğin dışında bir toplumsal düzen üretmeye” dönük kurucu bir projedir. Bu doğrultuda Ruth Wilson'a atıfla yapılması gerekenin yoklukla değil varlıkla ilgili olduğunu söyler; hedeflenen, yaşama son veren değil yaşamı destekleyen kurumların inşa edilmesidir.⁴⁴⁹ Kendi iştigal ettiği bilim alanını da abolisyonist düşünceden azade tutmayan Crilley, böyle bir zamanda bilimsel çalışmalar yapmanın ve yazılar yazmanın ancak “abolisyonist bir ethos ve praksisle” bir anlamı olacağını düşünmektedir.⁴⁵⁰

Benzer bir özeleştir ve temenninin hukukçular için de yapılması gerekir. Zira hukuk yüzyıllardır, bir simgesel iktidar mekanizması olarak tahakküm ilişkilerinin gizlenmesi için son derece elverişli bir araç olma vasfını haiz olmuştur. Hukukçular da bu doğrultuda vazifelerini ifa etmiş, nihayetinde hukuk aracılığıyla, toplumsal ilişkilerin kendiliğinden ürettiğinden çok daha baskıcı ve güçlü tahakküm yapılarını ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda, hukuk alanında söylenecek yeni bir sözle, Bourdieu'nün siyaset sosyolojisindeki simgesel mücadele bu bakış açısını praksisle birleştirerek inşa edilebilir. Bu anlamda Ehrlich'in toplumsal birliklerinin ve yaşayan hukukunun mekanizmaları, sermayenin tahakkümcü mantığından kurtulmuş

⁴⁴⁸ Rhys Crilley, “Should we be writing at a time like this? Reflections on abolition, political science, and international relations”, **The British Journal of Politics and International Relations**, C.0, No.0, 2024.

⁴⁴⁹ A.e.

⁴⁵⁰ A.e.

toplumsal ilişkilerin üretiminde, eşitsizlik ve adaletsizlik üreten yapıların lağvedilerek yerlerine yenilerinin konulmasında kurucu role sahip olacaktır.



SONUÇ

Elinizdeki bu çalışmada Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramının hukuk-politik incelemesi pek çok başlık altında yapılmakla birlikte belki de en çok Bourdieu sosyolojisine içkin olan mücadele nosyonu ile birlikte ele alındı. Zira, hukuki gelişmenin ağırlık merkezi toplumun kendisinde yatıyorsa ve toplumun kendisi bu gelişmeyi yaşayan hukuk şeklinde dışa vuruyorsa, nihayetinde yaşayan hukuk toplumsal mücadelelerin sonunda hayatta kalan hukuk şeklinde değerlendiriliyorsa, hukukçuların kafasını kanun metinlerinden ve binlerce sayfalık kitaplardan kaldırıp topluma yeniden bakması gerekir. Ehrlich'in sosyolojik hukuk bilimi bu yönde bir çağrıdır. Ancak Ehrlich, her ne kadar devletin hukukuna eleştirel bir şekilde yaklaşarak topluma dönüşmesini salık verse de bunu pozitivism karşıtı bir şekilde değil, hukuk uygulamasının etkinliğini artırarak düzenin daha organize bir şekilde sağlanabilmesi için bir öneri şeklinde kurgulamaktadır. Ona göre salt hukuki önermelerden yola çıkarak, hukukun kapalı normatif dizgesinin içine hapsedilmesi, etkinliğini azaltmaktadır.

Yaşayan hukukun incelenmesi, devletin hukukuna karşı özerkliğini koruyabilmesi, kendi iç rasyonalitesini devletin varlığına rağmen koruyabilmesi için Ehrlich'in çalışmalarından bir adım öteye geçmek zorunludur. Elinizdeki çalışmada Bourdieu sosyolojisi, bu bağlamda önemli bir yardımcı olarak incelenmiştir. Ehrlich'in çalışmalarından hareketle devletin varlık amacı, hukuk yapma kapasitesi ve zor kullanımının yani cebir yetkisinin hukukun etkinliğine olan etkileri ortaya konmaya çalışılmıştır. Ehrlich'in hukukçuların hukukunu anlatırken, Bourdieu'nün ise yargı alanından bahsederken ele aldığı şekliyle tarihsel olarak hukukçuların devletle girdiği karşılıklı ilişki ve bunun devletin simgesel iktidarını nasıl inşa ettiği anlatılmıştır. Söylenebilir ki, yaşayan hukukun 21. yüzyılda hâlâ var olup olamayacağı sorusu, simgesel iktidar mücadelelerinin nasıl yürütülebileceği sorusuyla birlikte değerlendirilebilir. Bunun için de özellikle devletle siyasi alan ve hukuk alanındaki çıkar ilişkilerini incelemek ve mücadeleleri anlamlandırmak zorunludur.

Yaşayan hukuk bir yandan toplumsal pratiklerde gözlemlenebileceği gibi, salt somut pratiklerde değil aynı zamanda bilişsel süreçlerle toplumsal faillerin zihinlerinde ve habituslarında yer ettiğinden toplumsal birliklerin hukukunun yargıç, savcı ve yasama üyelerinin düşünce dünyasına olan etkisinin nasıl gerçekleşebileceğini anlamak için yine Bourdieu sosyolojisinden faydalanmak gerekecektir. Ancak burada iki sosyolog arasında önemli bir nüans noktası bulunur. Ehrlich, yaşayan hukuku toplumsal düzenin temeline koyduğu için, hukukçuların doğru karara varması için yüzlerini toplumsal pratiklere dönmesi gerektiğini savunarak yanıtın toplumda olduğunu iddia eder. Bourdieu ise toplumsal pratiklerin faillerin düşünce dünyasına etkide bulunduğunu kabul etmekle birlikte, esas gerekenin yargı alanındaki faillerin arasındaki mücadeleye yoğunlaşarak onların arasındaki simgesel mücadelenin incelenmesi olduğunu savunur. Dolayısıyla sorunsallarına çözüm için biri “hukukçulara doğru”, diğeri “hukukçulardan doğru” bir yöntem izlemektedir.

Toplumsal olanın vurgulanması, salt toplumsal olgunun incelenmesi ve onun düzenliliğinin tespit edilmesini değil, aynı zamanda onun nasıl değiştiğini ve değişebileceğini de akıllara getirmelidir. Toplumsal değişim ise toplumsal birliklerin kurumsal birer siyasi fail olarak toplumsal mücadeleler vasıtasıyla hukuk alanında yer işgal edebilmesiyle mümkün olacaktır. Bu durumda sendikaların, derneklerin, siyasi partilerin verecekleri mücadelelerle birlikte içsel düzenlerini simgeleyen yaşayan hukuklarını toplumun geneline yayılabilecek şekilde toplumsallaştırabilmelerinin yollarının aranması gerekir. Böylece son derece direngen yapılarla sürekliliği temin edilen tahakküm ilişkilerinin kriz anlarında çözüldüğü, yani farklı toplumsal pratiklerin kitleselleşmesine yol açtığı anlarda habitus siyasetinin başarısı sağlanabilir. Tam da bu anlarda, yaşayan hukukun simgesel iktidarı nasıl tesis edebileceği sorusunun yanıtı ancak alan mücadelesi içerisinde şekillenebilir.

Geride kalan sayfalarda belirtildiği üzere, Bourdieu’nün düşüncesinde günümüz toplumsal ilişkileri tahakküm ilişkilerinden teşekkül eder. Devlet ise, bu tahakküm ilişkilerini koruyan ve sürdüren bir pozisyonda konumlandırılır. Bu doğrultuda, Ehrlich’in düşüncesi bağlamında tahakküm ilişkilerinin egemen olduğu

bir toplumdan doğan yaşayan hukuk da bu tahakküm ilişkilerinin bir parçası olmak durumundadır. Düzen ihtiyacı, yani tahakküm ilişkilerinin sürdürülmesi ihtiyacının yaşayan hukuk tarafından giderilemediği durumlarda, Ehrlich'e göre devletin hukukunun devreye girerek düzeni sürdürmesi gerekir. Ancak sorun, tahakküm ilişkilerinin kendisinden kaynaklanıyor ve devletin hukuku da toplumsal krize bir yanıt üretilmiyorsa toplumsal yaşam nasıl ilerleyebilir? İşte burada, hukuki çoğulculuk başlığında ele alındığı şekliyle farklı normatif yapıları içeren hukuklardan bahsedilebileceğini, bunların bir kısmının da alan mücadelesi içerisinde, egemen olan tahakküm ilişkilerinin karşısında yer alan norm ve pratikleri barındırabileceğini iddia etmekte beis yoktur. Nihayetinde, habitusun yarıldığı toplumsal kriz anları; henüz toplumun geneline yayılmamış yaşayan hukuk pratiklerinin daha geniş alanlara yayılmasına imkân verebilir, böylece toplumsal ilişkiler nezdinde o zamana kadar egemen olmuş tahakküm ilişkilerini zayıflatırabilir veya ortadan kaldırabilir.

Bahsedilenler ışığında Ehrlich'in düşüncelerinin güncel bir değeri olduğu açıktır. Toplumsal pratikleri, alışkanlıkları da içerisinde dahil eden yaşayan hukuk kavramının, bunların hepsinin hukuk şeklinde adlandırılması tartışmalı olsa dahi, günümüzde hâlâ toplumsal hayatı düzenlediği vakadır. Doğru; devletler Ehrlich'in yaşadığı döneme kıyasla çok daha güçlü mekanizmalarla ve geniş yetkilerle, toplumsal hayatın her alanını denetlemeye kâdirdir. Kanunlaştırma faaliyeti bu anlamda çok daha fazla kullanılmakta ve hatta kanunların dışındaki idari işlemlerin -genelgeler, kararnameler gibi- sayısı da giderek artmaktadır. Ancak yine de toplumsal hayat kendi normatif düzenini oluşturmaya devam etmektedir. Toplumsal birliklerin de kapitalizmin bireyliğe ve bireyselliğe yüklediği kuşatıcı anlama karşın hukuk alanındaki belirleyiciliği devam etmektedir. Bugün kadın hakları alanında yaşanan gelişmeler, küresel ısınmanın etkilerinin daha çok hissedildiği bir dönemde çevre konusunda elde edilen kazanımlar hep toplumsal birliklerin çabasıyla gerçekleşmiştir. Pek çok şirket ve sivil toplum kuruluşu kendi iç politikalarını çevreyle uyumlu ve çalışanları için güvenli hâle getirecek şekilde revize etmek zorunda kalmaktadır. Bu şekilde oluşan pratikler mahkemeler aracılığıyla bir standart oluşturulmasında kullanılmakta, böylece bunların toplumun geneline yayılması sağlanmaktadır.

Nihayetinde, Bourdieu sosyolojisi, Ehrlich'in sosyolojisinde eksik olan parçaları doldurabilir. Öncelikle sermaye ve simgesel iktidar kavramlarının kullanılmasıyla devletin hukukuna karşı yaşayan hukukun etkili olabilmesi için gerekli sermaye tiplerine ve verilmesi gereken mücadelenin mahiyetine ilişkin bir inceleme yapılabilir. Bunun yanında, devletle iç içe geçmiş olan tahakküm ilişkilerinin üstündeki gizlilik örtüsünün kaldırılmasıyla alternatif bir normatif düzen olan yaşayan hukukun mevcut eşitsiz toplumsal ilişkilerdeki varlığının sınırı, ancak Ehrlich'in görüşünün Bourdieu sosyolojisiyle birlikte ele alınmasıyla anlaşılabilir. Alan mücadelesi nosyonu ise, devletin hukukuna karşı yaşayan hukukun nasıl yaşamaya devam edebileceğini anlatan bir kavramsallaştırma olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

Akbaş, Kasım

: “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIV, No.1, 2016, s. 53-72.

: “İdeoloji Olarak Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, C.V, No.3, 2018, s. 50-71.

Akman, Şefik Taylan

: “Hukuksal Ampirizmin Hukuk Disiplini Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı ve Erken Gelişim Dönemi: Petrazycki ve Ehrlich’in Görüşleri”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.LXXIX, No.1, 2021, s. 251-274.

Aksakal, Hasan

: “La Belle Epoque: Avrupa Modernitesinin Yalancı Baharı”, (Çevrimiçi) <https://www.ekdergi.com/la-belle-epoque-avrupa-modernitesinin-yalanci-bahari/>, 04.08.2024.

Antonov, Mikhail

: “State Law and Law Enforcement in Societal Systems”, 2014 (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395229, 04.08.2024.

: “Normativity and Facticity of Law in the Legal Sociology of Eugen Ehrlich”, **Law of Ukraine**, C.IV, 2013, s. 263-272.

Aydın, Özgür

: "Pierre Bourdieu Düşünümselliğinde Devlet ve Simgesel Şiddet", Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2014.

Bağla, Lusin

: "Antonio Gramsci ve Aydınların Rolü Sorunu", **Birikim Dergisi**, C.XXIII, 1977, s. 84-92.

Berkkurt, Günce

: "Sosyolojinin Kaçınılmaz Nesnesi Devlet Üzerine: Pierre Bourdieu'nün 1989-1992 Yılları Arasında College de France'da Verdiği Dersler", **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C.III, No.25, 2012, s. 31-56.

Bingöl, F. İtir

: "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.XIX, 2017, s. 1953-1969.

Bourdieu, Pierre

: "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", Çev. Richard Terdiman, **The Hastings Law Journal**, C.XXXVIII, 1987, s. 805-853.

: **Language and Symbolic Power**, Çev. Gino Raymond, Matthew Adamson, Büyük Britanya, Polity Press, 1991.

: **Pratik Nedenler**, Çev. Hülya Tufan, İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1995.

: **Hukukun Gücü: Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru**, Çev. Sibel Demir, Ankara, Kalan Yayınları, 2005.

: “Simgesel Sermaye ve Toplumsal Sınıflar”, Çev. Nazlı Ökten, **Cogito**, No.76, 2014, s. 192-203.

: **Devlet Üzerine: College de France Dersleri (1989-1992)**, Çev. Aslı Sümer, 3. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2020.

: **Genel Sosyoloji: College de France Dersleri (1981-1983)**, Çev. Zuhale Emirosmanoğlu, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2021.

: **Akademik Aklın Eleştirisi (Pascalca Düşünme Çabaları)**, Çev. P. Burcu Yalım, İstanbul, Metis Yayınları, 2016.

: **Pascalian Meditations**, Stanford, CA, Stanford University Press, 2000.

Bourdieu, Pierre ve Wacquant, Loic

: **Düşünsel Bir Antropoloji için Cevaplar**, Çev. Nazlı Ökten, 7. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2014.

- Brindisi, Gianvito : “Bourdieu, Marxism and Law: Between Radical Criticism and Political Responsibility”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 285-312.
- Bucholc, Marta ve Komornik, Maciej : “Eugen Ehrlich’s Failed Emancipation And The Emergence Of Empirical Sociology Of Law”, **Historyka Studia Metodologiczne**, C.XLIX, 2019, s. 15-39.
- Burawoy, Michael : “The Poverty of Philosophy: Marx Meets Bourdieu”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 103-130.
- Calhoun, Craig : “Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları”, **Ocak ve Zanaat**, Ed. Güney Çeğin, Emrah Göker, Alim Arlı, Ümit Tatlıcan, Çev. Güney Çeğin, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007, s. 77-130.
- Can, Cahit : **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Kökenleri**, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2021.
- Chua, Charmaine : “Abolition Is A Constant Struggle: Five Lessons from Minneapolis”, **Theory & Event**, C.XXIII, 2020, s. 127-147.

Collins, Hugh

: **Marksizm ve Hukuk**, Çev. Umre Deniz Tuna, 2. bs., Ankara, Dipnot Yayınları, 2016.

Cotterrell, Roger

: **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, Çev. Saim Üye, 2. bs., İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019.

Crilley, Rhys

: “Should we be writing at a time like this? Reflections on abolition, political science, and international relations”, **The British Journal of Politics and International Relations**, C.0, No.0, 2024.

Dezalay, Yves ve Madsen, Mikael Rask

: “The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law”, **Annual Review of Law and Social Science**, C.VIII, 2012, s. 433-452.

Douzinias, Costas

: “İnsan Hakları Üzerine Yedi Tez”, Çev. Cevher Elgin, 2022, (Çevrimiçi) <https://elestirelhukuk.com/ceviri/insan-haklari-uzerine-yedi-tez/>, 04.08.2024.

: “Komünizm ve Haklar Üzerine (II)”, Çev. Yusuf Enes Karataş, 2022, (Çevrimiçi) <https://elestirelhukuk.com/ceviri/komunizm-ve-haklar-uzerine-ii/>, 04.08.2024.

: “Komünizm ve Haklar Üzerine (VI)”,
Çev. Yusuf Enes Karataş, 2022,
(Çevrimiçi)
<https://elestirelhukuk.com/ceviri/komunizm-ve-haklar-uzerine-vi/>, 04.08.2024.

Ehrlich, Eugen

: “Montesquieu and Sociological Jurisprudence”, **Harvard Law Review**, C.XXIX, No.6, 1916, s. 582-600.

: “The Sociology of Law”, Çev. Nathan Isaacs, **Harvard Law Review**, C.XXXVI, No.2, 1922, s. 130-145.

: **Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri**, Çev. Artun Mimar, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019.

: “das lebende Recht der Völker der Bukowina”, **Recht und Leben, gesammelte Schriften zur Rechtsstaatsachen und zur Freirechtslehre/Eugen Ehrlich**, Ed. Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967.

Eppinger, Monica

: “Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography”, **Living Law: Rediscovering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc

Hertogh, David Nelken, Portland, ABD,
Hart Publishing, 2009, s. 21-48.

Fraenkel, Ernst

: **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2020.

Gillispie, Liam

: “Pierre Bourdieu: Habitus”, Çev. Cevher Elgin, (Çevrimiçi)
<https://www.hukukkritik.com/projects/pierre-bourdieu%3A-habitus>, 04.08.2024.

Goldberg, Chad Alan

: “Haunted by the specter of communism: Collective identity and resource mobilization in the demise of the Workers Alliance of America”, **After Bourdieu**, Ed. David L. Swartz, Vera L. Zolberg, Hollanda, Kluwer Academic Publishers, 2004, s. 267-315.

Golia, Angela Jr ve Teubner, Gunther

: “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”, **ICL Journal**, C.XV, No.4, 2021, s. 357-411.

Goodale, Mark Ryan

: “Leopold Pospisil A Critical Reappraisal”, **Journal of Legal Pluralism**, No.40, 1998, s. 123-149.

Gözler, Kemal

: **Hukuka Giriş**, 16. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

- Griffiths, John : “What is Legal Pluralism?”, **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, C.XVIII, No.24, 1986, s. 1-55.
- Gurvitch, Georges : **Hukuk Sosyolojisi** Muhammet Koçakgöl, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2021.
- Gürler, Sercan : **Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Heper, Altan : **Serbest Hukuk Akımı - Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Hertogh, Marc : “From ‘Men of Files’ to ‘Men of the Senses’: A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich’s Sociology of Law”, **Living Law: Rediscovering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, Ed. David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 1-18.
- Hobsbawm, Eric : **Küreselleşme, Demokrasi ve Terörizm**, Çev. Osman Akınhay, İstanbul, Agora Kitaplığı, 2008.

Hume, David

: **İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Soruşturma**, Çev. Oruç Aruoba, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 1976.

Kars Kaynar, Ayşegül

: “Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş”, **İktisat Dergisi**, No.536, 2017, s. 34-49.

Klink, Bart van

: “Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen”, **Living Law: Rediscovering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 127-156.

Koloş, Umut

: “Timasheff’in Hukuk Sosyolojisi Yaklaşımı ve Yöntemi”, **Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk II: Yöntem**, Ed. Yasemin Işıқтаç, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2016, s.185-224.

Köse, Hızır Murat

: “Georges Gurvitch’in Hukuk Sosyolojisi Alanında Türkiye’ye Etkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.LI, No.3, 2002, s. 97-115.

Kuru, Gonca

: “Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.XXII, No.1, 2017, s. 201-228.

Likhovski, Assaf

: “Venus in Czernowitz: Sacher-Masoch, Ehrlich and the Fin-de-siècle Crisis of Legal Reason”, **Living Law: Rediscovering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 49-72.

Machura, Stefan

: “Eugen Ehrlich’s Legacy in Contemporary German Sociology of Law”, **Eugen Ehrlich’s Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, C.VIII, LIT Verlag, 2014.

: “Unfinished Business: An Appreciation of Eugen Ehrlich’s Methods”, Eylül 2022, (Çevrimiçi),

[https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/unfinished-business-an-appreciation-of-eugen-ehrlachs-methods\(e4342f79-7a6d-4713-814e-9b3698cd27bd\).html](https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/unfinished-business-an-appreciation-of-eugen-ehrlachs-methods(e4342f79-7a6d-4713-814e-9b3698cd27bd).html), 04.08.2024.

Madsen, Mikael Rask

: “Reflexive Sociology of International Law: Pierre Bourdieu and the Globalization of Law”, **Research Handbook on the Sociology of International Law**, Ed. Moshe Hirsch, Andrew Lang, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, s. 189-207.

Merry, Sally Engle

: “Legal Pluralism”, **Law & Society Review**, C.XXII, No.5, 1988, s. 869-896.

Michaels, Ralf

: “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism”, **Wayne Law Review**, C.LI, 2005, s. 1209-1259.

Moore, Sally Falk

: “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, **Law & Society Review**, C.VII, No.4, 1973, s. 719-746.

Nelken, David

: “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, **Theoretical Inquiries in Law**, C.IX, No.2, 2008, s. 443-471.

Nimaga, Salif

: “Pounding on Ehrlich. Again?”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 157-176.

Özcan, Mehmet Tevfik

: “Çok Hukukluluk Hayaline İlişkin İhmal Edilen Notlar”, **Suç ve Ceza**, C.I, 2009, s. 213-246.

: “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi Gerçeklik Mi?”, **İstanbul Hukuk**

Mecmuası, C.LXXI, No.1, 2013, s. 963-1002.

: **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, 2. bs., İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017.

Özenç, Berke

: **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014.

Özsöz, Cihad

: “Pierre Bourdieu: Simgesel Şiddet, Eğitim, İktidar”, **Cogito**, No.76, 2014, s. 290-311.

Paolucci, Gabriella

: “Putting Marx in the Dock: Practice of Logic and Logic of the Practice”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 71-102.

Pasukanis, Evgeny

: **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, Çev. Onur Karahanoğulları, İstanbul, Birikim Yayınları, 2002.

Pichonnaz, Pascal

: “Kıta Avrupası Özel Hukukunun Uyumlaştırılması: Roma Hukuku Bize Ne Öğretebilir; Ne Öğretemez?”, Çev. Ceren Soydan, **Marmara Üniversitesi Hukuk**

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XXIII, No.3, 2017, s. 343-364.

Pospisil, Leopold

: “Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies”, **The Journal of Conflict Resolution**, C.XI, No.1, 1967, s. 2-26.

Pound, Roscoe

: “Introduction”, **Fundamental Principles of the Sociology of Law**, New York, Routledge, 2017, s. lxi-lxviii.

Presser, Stephen B.

: “Pound and the Law”, <https://oll.libertyfund.org/pages/pound-and-the-law>, 15.10.2024.

Rottleuthner, Hubert

: “Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk”, Çev. Çiğdem Vardar, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, No.1, 2013, s. 63-76.

Santos, Boaventura de Sousa

: “The Law of the Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada”, **Law and Society Review**, C.XII, No.1, 1977, s. 5-126.

Shamir, Ronen

: “Corporate Social Responsibility: Towards a New Market-Embedded Morality?”, **Theoretical Inquiries**, C.IX, No.2, 2008, s. 371-394.

Silbey, Susan S

: “After Legal Consciousness”, **Annual Review of Law and Social Science**, C.I, No.1, 2005, s. 323-368.

Silliman, G. Sidney

: “A Political Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice Through Mediation”, **Law & Society Review**, C.XIX, No.2, 1985, s. 279-302.

Swartz, David L.

: “Bourdieu on the State: Beyond Marx?”, **Bourdieu and Marx: Practices of Critique**, Ed. Gabriella Paolucci, İsviçre, Palgrave Macmillan, 2022, s. 153-176.

: **Simgesel İktidar: Siyaset ve Entelektüeller**, Çev. Eva Gurbanova, Cem Sili, Ankara, Fol Kitap, 2022.

Şahin Ceylan, Şule

: “Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell”, **Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan**, Ed. Saim Üye vd., Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 255-274.

Tamanaha, Brian Z.

: “Review: A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'”, **Law & Social Inquiry**, C.XXXVI, No.1, 2011, s. 297-318.

: **A General Jurisprudence of Law and Society**, Oxford University Press, 2001.

- : “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C.XXV, 1995.
- Teubner, Gunther : “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, **Global Law Without a State**, Ed. Gunther Teubner, Dartmouth, Brookfield, 1997, s. 3-28.
- Thompson, E. P. : **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, Birikim Yayıncılık, 2004.
- Tigar, Michael E. ve Levy, Madeleine R. : **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, Çev. Onur Karahanoğulları, Ankara, Epos Yayınları, 2016.
- Timasheff, Nicholas S. : **An Introduction to the Sociology of Law**, Cambridge, Mass., Harvard Uni., 1939.
- Timur, Taner : **Marksizm, İnsan ve Toplum**, 4. bs., İstanbul, Yordam Kitap, 2020.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi : “Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi**, C.III, No.16, 2012, s. 43-54.

Uslu, Ateş

: **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.I, İstanbul, Yordam Kitap, 2021.

: **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.II, İstanbul, Yordam Kitap, 2021.

: **Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi**, C.III, İstanbul, Yordam Kitap, 2021.

Uzun, Ertuğrul

: “Amerikan Hukuki Realizmi”, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015, s. 75-90.

Ünsaldı, Levent

: **Pierre Bourdieu Sözlüğü -1: Habitus**, (Çevrimiçi)
<https://www.youtube.com/watch?v=Q2sJr1ODEpg>, 04.08.2024.

: **Pierre Bourdieu Sözlüğü -2: Sembolik Şiddet ve Tahakküm**, (Çevrimiçi)
https://www.youtube.com/watch?v=eWRkU3atDQA&ab_channel=Levent%C3%9Cnsald%C4%B1, 04.08.2024.

Üye, Saim

: **Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

Van Krieken, Robert

: “Legal reasoning as a field of knowledge production: Luhmann, Bourdieu, and law’s autonomy.”, (Çevrimiçi), Ocak 2004,

https://www.researchgate.net/publication/258500216_Legal_Reasoning_as_a_Field_of_Knowledge_Production_Luhmann_Bourdieu_and_Law's_Autonomy,

04.08.2024.

Villegas, Mauricio Garcia

: “On Pierre Bourdieu’s Legal Thought”, **Droit Et Societe**, C.I, No.56-57, 2004, s. 57-70.

: “Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships, and Social Sciences in Europe and the United States”, **Law & Social Inquiry**, C.XXXI, No.2, 2006, s. 343-382.

Vogl, Stefan

: Eugen Ehrlich’s Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 95-124.

von Savigny, Friedrich Carl

: **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, 3. bs., Heidelberg, Verlag von J. C. B. Mohr, 1840.

: **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, 2. bs, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2022.

von Benda-Beckman, Franz ve Keebet

: “Living Law as a Political And Analytical Concept”, **Eugen Ehrlich’s Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, LIT Verlag, 2014, s. 69-91.

Wacquant, Loic

: “Simgesel İktidar ve Grup Oluşumu: Pierre Bourdieu’nun Sınıfı Yeniden Çerçevelemesi Üzerine”, Çev. Erkal Ünal, **Cogito**, No.76, 2014, s. 204-229.

Webber, Jeremy

: “Naturalism and Agency in the Living Law”, **Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich**, Ed. Marc Hertogh, David Nelken, Portland, ABD, Hart Publishing, 2009, s. 201-222.

Yıldırım, Serhan

: “Tarihçi Hukuk Okulunda Germenci Yaklaşımlar”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, C.XVI, 2013, s. 63-91.

: "19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2018.

Young, Kathryn M. ve Billings, Katie R. : “ Legal Consciousness and Cultural Capital”, **Law & Society Review**, C.LIV, No.1, 2020, s. 33-65.

Ziegert, K. Alex : “A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge”, **Sydney Law Review**, C.XX, No.1, 1998, s. 108-126.

: “Beyond “Living Law”: Eugen Ehrlich’s General Theory of Law”, **Eugen Ehrlich’s Sociology of Law**, Ed. Anne Hellum, Knut Papendorf, Stefan Machura, LIT Verlag, 2014, s. 17-38.

Zweig, Stefan : “1914 Savaşının İlk Saatleri”, **Dünün Dünyası**, Çev. Burhan Arpad, (Çevrimiçi), <https://www.insanokur.org/1914-savasinin-ilk-saatleri-stefan-zvveig/>, 04.08.2024.