

HUKUKUN SEFALETİ

Rona SEROZAN

Hukuk nedir?

Hukuk, insan beyninden, durup dururken, kendi başına fişkırmamıştır; evrensel, öncesiz, sonrasız bir «saltık değer», bir «doğru buyruk» da değildir. Toplumbilim araştırmalarının ortaya çıkardığı gibi, toplumun ilkel komünal üretim biçiminden ayrılarak sınıflara bölündüğü evrede beliren bir tarihsel oluşumdur. Toplumlar tarihine paralel bir gerçek tarihi vardır. Bir «düşünce sistemi» değil, bir «ekonomsal ilişkiler sistemi» dir.

Hukukun kökü, insan yaşamının maddî koşullarında yatar. Yaşamak için sürdürdükleri toplumsal üretimde, insanlar, kendi iradeleri dışında belirli birtakım ilişkiler kurarlar. «Üretim ilişkileri» dediğimiz bu ilişkilerin tümü, bir toplumun ekonomsal yapısını, gerçek temelini oluşturur. Hukuk, işte bu «temel» üstünde yükselmiş bir «üst yapı» dir.

Bir toplumda geçerli hukuk düzeni, o toplumda yerleşik ekonomsal yapının yansımasıdır; eşdeyişle, ekonomsal «öz» ün «biçim» idir: Feodal üretim ilişkilerinde mutlakiyetçi - dinsel hukuk, serbest yarışmacı kapita'list üretim ilişkilerinde liberal - lâik hukuk, tekelci kapita'list üretim ilişkilerinde faşist - otoriter hukuk! (1).



1) Bunun gibi, örneğin hukuksal anlamda «mülkiyet» ve «sözleşme» de kendiliğinden ortaya çıkmamış, insanlar ancak «mülkiyet» ve «sözleşme» soyut kategorileri aracılığı ile mal değiştirebilecekleri için yaratılmıştır. Ayrıca bk. PASCHUKANİS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Frankfurt, 1966, sayfa 41 ve 46 s.s.

Bir toplumun hukuksal düzeni, o toplumdaki sınıf karşıtıklarının egemen sınıf yararına dondurulmasını erekseller. Belirli bir sınıfın egemenliğini, sınıflar arası çatışmayı yumuşatarak ve «düzen çitleri» içerisinde tutarak sürdürme aygıtıdır. Şu metafizik hukuk tanımında bile bu gerçeğin üstü kapalı itirafı saklı değil midir:

«Hukuk, (ahlâk ve din gibi) toplum içinde istenen düzenin sağlanmasına yarayan, toplumun dirlik - birlik, düzen - güven gereksinmelerini karşılayan bir değerler sistemidir!»

Bir toplumda egemen sınıf, çıkarlarını ve kendi yararına kuru'u egemenlik düzenini kaba güce başvurma yoluyla koruyabilir; tarih boyunca çokluk bu yola başvurmuştur da. Gelgelelim, egemen sınıf, bu açık baskı yolu yerine, kendi rasyonellerine ve çıkarlarına daha uygun düşün bir yol da seçebilir: Çkarlarını sarsarı, düzenin dışına çkanı, «yargıç» adını taktığı bir sivil kişiye havale edebilir. O da «düzenin adaleti» ni gerçekleştirerek, sıranın dışına çkanı hizaya getirir, onu, kaba güç uygulayıcıları olan «haciz memuru» na ya da «gardıyan» a hava'e eder. Böylelikle dolaysız - açık bir baskı ve egemenliği, dolaylı - maskeli bir baskı ve egemenliğe yüceltmiş olur.

Yasa egemenliği nedir?

Hukuk, egemen sınıfın açık zorbalığının, kaba gücünün yerine geçtiği ilk evresinde, yasa'ardan değil de yargıç kararlarından oluşurdu. Yargıç, huzuruna getirilen uyumsuzluk olgusunu ampirik yoldan hukuksal çözüme bağlardı. Eşdeğeyle: Yasa «koyma» ve «uygulama» tek eldeydi; yasama ve yargılama aynı elmanın iki yanı idi. Gelgelelim, insanöglu, zihinsel faaliyetini mekanikleştirmek için, tek bir somut olaya ilişkin yargıya, bu olaydan sonra gerçekleşebilecek benzer olay'ara da yaygın bir «genel» işlerlik gücü kazandırdı. Zaman'a bu yol, daha bir geliştirildi. Top'umsal yaşamın dinamiği, olayların çeşitliliğini arttırıp «önsel» (a priori) yargıları somut olayların milyarda birini kucaklayamaz duruma düşürünce, tek olaycı «önsel yargılar» (daha doğrusu «kurallar» alabildiğine soyutlaştırılmaya başlandı. Örneğin «başkasının gözünü çıkaran cezalandırılacaktır» kuralı, başkasının kulağını koparanın da çıkması üzerine, «başkasına zarar—veren cezalandırılacaktır» soyut kuralına çevrildi. (2)

2) Bk. WEBER, Rechtssoziolog'e. Neuwied, 1960 sayfa 186/87; COHN, Existenzialismus und Rechtswissenschaft, Basel, 1955, sayfa 51 l.s.

Yasa kurallarının somut özden, yaşam gerçekliğinden soyutlanması, kapitalist üretim ilişkilerinde doruğuna çıktı. Üstelik bu soyutlanış, bir «yabancılaşma» yla da çakıştı. Hukukun somut olgudan soyutlanışına, bir de hukuksal ideolojinin gerçek sosyo - ekonomsal kökeninden soyutlanışı katıldı. İnsan ürünü soyut yasa kuralları ve kurumları insana egemen oluverdi; insanın düşüncesini, mantığını, bilincini kısıvrak bağlayıp tutsak kıldı, «din» gibi gibi aşkınlıştı.

Hukuksal bilinçte oluşan bu katmerli soyutlanış, aslında kapitalizmde mal üretiminin soyutlanışının doğal bir yansıması olarak belirmişdir. Üretim ilişkilerinin soyutlanışının aynı zamanda insan bilincini de soyutlaştırışının sonucudur. Şöyle ki:

Kişisel gereksinimleri karşılamak üzere «kullanım değeri» üretiminin egemen olduğu kapitalizm öncesi dönemde, dolaysız - kişisel bir üretim geçerli idi. Üretici emek, insanın kendine özgü bir faaliyeti olarak görülüyordu. Kapitalizmde bu durum değışti ; dolaysız - kişisel üretimin yerini genel - soyut mal üretimi aldı. Mübadele edilen nesnelere (bu arada özel olarak işgücünün) soyut «mal» a indirgenerek genelleştirmesi, insanlar arası ilişkilerin nesnelere arası ilişkilerle buğulanmasına yol açtı ; değerin, paranın ve tüm toplumsal ilişkilerin soyutlanması sonucunu doğurdu; soyut düşünce şemalarını belirledi. Üretici işçinin, kendi emeğinin toplumsal niteliğini gözden kaçırıp, emeğini yarattığı maddede bilürleşmiş görmeye başlayışına, zihninde, emeği «mübadele edilebilir bir mal» a indirgemesine paralel olarak, insan, kendi beyni ürünü yasaları da «fetiş» leştirdi, gerçek kökeninden, somuttan kopararak bağımsızlaştırdı. Öyle ki işçi ile işgücü ve iş ürününün iç içe geçip nesnelleşmesi, mala dönüşmesi, toplumsal bilinç a'ından tecrid edilmesi gibi, tüm hukuksal ilişkiler de insanların gözünde «hayalî ilişkiler» biçimini aldı. Üretim eğrisinde oluşan maddî görüntüler, hukuksal ilişkilerin gerçek yüzünü gölgeledi. Nasıl insanlar arasında gerçekte «ekonomsal» nitelik taşıyan ilişkiler, mallar arasındaki ilişkilere dönüştülerse, gerçekte «ekonomsal» nitelik taşıyan ilişkiler de öylesine hukuksal ilişkilere dönüştü. «Hukuksal düzen», saltık - sürgit bir «kategorik emperatif» olarak görülmeye başlandı; hukukun ekonomsal - toplumsal somut gerçekliği elden kaçırıldı. Kısacası, kapitalizmde insana (feodal beye) tutsak olmaktan

kurtulur gibi olan insanoğlu, bu kez de nesnelere, düşünce kategorilerine tutsak oldu (3).

Soyut normların saltık - sürgit egemenliği ve metafizik - dogmatik - konformist hukuk uygulaması, kapitalist mal üretiminde şu etmenlerle de pekiştirildi :

1) Kapitalist üretim biçimi, girişimlerin önceden hesaplanabilirliğine, her yatırımın, her ekonomsal girişimin sonuçlarının önceden kestirilebilirliğine dayanıyordu. İmdi, ekonomsal çıkar çatışmalarının hukuksal düzeyde çözümlenişinden başkaca bir şey olmayan hukuksal yargıların da önceden görülebilmesi, kestirilebilmesi gerekli idi. Bunun için de, parlamento tarafından değiştirilmedikçe, yasa kuralları üzerinde oynanmamalı; yargıç, yasa koyucusunun mekanik kolu ya da bir 'yasa papağanı' olmalıydı. Yasalar katı, duruk bir veri olarak kabullenmeliydi. Bu gereksinmeye uygun düşen bir hukuk uygulamasının «supap» ı da «hukuksal güvenlik» ilkesi olmuştur. Hukuksal güvenlik ilkesine göre, benzer olaylarda her zaman benzer yargılar verilecekti. Önceden çizilmiş çizgiden sapılmayacaktı. Kısaca : Bugüne dek böyle gelmişse, bundan sonra da böyle gidecekti. Keyfîlik, indîlik, güvensizlik burjuvazinin asla kaldıramayacağı, katlanamayacağı bir şey olduğu için, başta pandektistler olmak üzere tüm işbirlikçi burjuva hukukçuları da kolları sıvamışlar ve ampirik Roma hukukunu soyut sistematik kategorilere dökmüşlerdi. Genel plânda ve hukuk uygulamasında bu «oyun» un örgüsünü de yine kapitalizmin çocuğu rasyonalist doğal hukuk okulu ile pozitivist ve normativist hukuk okulu dokudu (4).

3) Bk. DİVİTÇİOĞLU, Kapitalizm nereye gidiyor'a (İstanbul, 1970) Ön-söz'de sayfa 13; RENNEN/FREUND, Die Rechtsinstitute des Privatrechts, Stuttgart, 1965, sayfa 37, 92 ve 97; ABENDROTH, Festschrift für Arndt, Frankfurt, 1969, sayfa 16.

Emeğin nesneden (nesneyi yaratmanın yaratılan nesneden) koparak ayrılması, üç katlı bir yabancılaşmaya yol açıyor : İnsan, dışındaki doğaya yabancılaşıyor, kendi öz varlığına yabancılaşıyor ve de hemcinslerine yabancılaşıyor. İnsanlar arası ilişkiler «şey» leşiyor ; kişisel ilişkiler mallar arası ilişkiler gibi görünüyor.

4) Bk. NEUMANN, Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt, 1967, sayfa 24; BLOCH, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt, 1961, sayfa 69 ve 106 ; FRIEDMANN, Legal Theory, Third Edition, London, 1953, sayfa 150 i.s. ; PREUSS, Kritische, Justiz 1971/I, sayfa 16 ; PASCHUKANIS, sayfa 42/43 ; WEBER, sayfa 186/87.

Rasyona'ist doğal hukuk okulu, «özgürlük-eşitlik» sloganları ile burjuva demokratik devriminin öznel koşullarını hazırladı, yasalastırma eğilimi de ile de burjuvazinin çıkar ve rasyonellerine hizmet etti. Bu akım, özgürlük ve eşitlik sloganları ile devrimi bir yol kotardıktan sonra, artık burjuvazi için tehlikeli olmaya başlayınca, yerini analitik pozitivizme bıraktı. Analitik pozitivizm, burjuvazinin rasyonellerine, çıkarlarına ve gelecek güvenliğine uygun olarak, hukukçu-yu diyalektik boyutlardan yoksun bir «yasacı»nın kısır döngüsüne soktu. Yargıç, mekanik - analitik mantığın dar kalıpları arasına sıkıştı. Siyasal olayların üstünde ka'ma buyruğu ile şartlanarak, iyiden iyiye bulutlar üstüne çıktı... Genel, soyut ve değişmez yasaların mekanik uygulayıcısı oldu...

2) Yasa kurallarının hukukçuyu bir «ilk kelâm» imişçesine kıs-kıvrak bağlamasına yol açan bir başka etmen de kapitalizmin «bırakınız yapalım - serbestçe yarışalım» sloganında billûrlaşan oyun kuralı idi. Fizyokratlara, Manchester'cilere göre, feodalitedeki gibi somut - kişisel - keyfi bir hukuksal - siyasal iktidar, serbest yarışmanın mahiyeti ile bağdaştırılamazdı. Yasama ve yargılama iktidarı, belirli bir kapitaliste ya da kapitalistler zümresine bağlanmamalı, soyut - gayrî şahsî - sahipsiz - tarafsız bir güç tarafından temsil edilmeliydi. Özel ve somut «kişiler» in takdirleri, izinleri, buyrukları değil de genel ve soyut «yasa kuralları» egemen olmalıydı. Geniş bir müteşebbis kitlesinin herhangi bir ayrıcalıklı kişi veya zümrenin müdahalelerinden arınmış bir «bırakınız yapalım» pistinde serbestçe, eşitçe yarışabilmesi için, herşeyden önce yargıçın (devletin) ekonomsal kavgaya karışmaması, taraf tutmaması gerekliydi. Hukukçu «ekonomsal öz» ü kurcalamamalı, «hukuksal biçim» e kapanmamalıydı. Bu nedenle, hukukçu, yasa koyucusu ve uygulayıcısıyla, toplum üstüne çıkarılmış, mal ve iş pazarı i'e devlet birbirinden ayrılmıştı. Kuvvetler ayrılığı dogması işbu tabloyu çiziliyordu. Aynı nedenle, (siyasal) devlet ile (özel) toplum, kamu (ast - üst) hukuku ile özel (eşit bireyler arası) hukuk ; bencil bireyin (öznel) hakkı ile anonim devletin (nesnel) hukuku bencil - çıkarıcı insan (l'homme) ile siyasal - soyut - ülküsel yurttaş (citoyen). katı çizgilerle birbirinden ayrılmıştı (5).

5) Bk. KOGON, Festschrift für Arndt, sayfa 163-177; WEBER, sayfa 186/87; (ayrıca bk. aynı yazar, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 1922, sayfa 166 ve 174) BLOCH, sayfa 201 i.s. ve 239 i.s.; PASCHUKANIS, sayfa 114-131; NEUMANN, sayfa 24 ve 83/84.

İşaret edeyim ki bu model değişeli on yıllar olmuştur. Soyut - genel - gayri şahsî «hukuk devleti» tablosunun yerini tekelci malî sermayenin (faşist yönetimlerde açık seçik beliren) plütokratik iktidarı almıştır. Genel yasaların egemenliği; özel ayrıcalık yasalarının, yargısal denetim dışında tutulan «hükûmet tasarrufları»nın ve yasa gücünde kararnamelerin egemenliğine dönüşmüştür (5 a). Öyleyken hukukçu, hâlâ bu klâsik modelin dar kalıpları arasında pineklediği yerden çıkabilmiş değildir.

3) Yasa egemenliği masalı, burjuvazinin bir başka açıdan da çıkarlarına hizmet edegelmiştir. Kapitalizm, feodalitedeki «kişisel» egemenlik ve sömürüyü «sınıfsal» bir kisveye bürüdükten sonra, bu sınıfsal egemenliğini ve sömürüsünü objektif - soyut yasa egemenliği si- perinde saklama olanağını da bulmuştur. Kulun kula egemenliği, yasanın kula egemenliği gibi görünmektedir artık... Gözler iyice boyanmıştır. Gerçekten de, kapitalizmde artık feodalitede olduğu gibi do- laysız bir emek sömürüsü yoktur. Üretim ve sömürü düzenini feoda- litede apaçık cisimleştiren süverenin «angarya kuralları», kapitalizm- de «mülkiyet», «irade özerkliği», «sözleşme serbestliği» soyut kural- larına dönüşmüş ve böylelikle sömürü olgusu, yasa egemenliği ideolo- jik sis bulutu ardında kaybolmuştur. «Pazar cumhuriyeti» arkasında yatan «sermaye diktası», «sözleşme özgürlüğü» arkasında yatan «ar- tık - değer sömürüsü», «hukuken korunmuş çıkar ve irade iktidarı an- lamında hak» arkasında yatan «sermaye ve kâr devşirme yetkisi», «hak sahibi» arkasında yatan «mal sahibi», «kamu yararı» arkasın- da yatan «sınıfsal çıkar» gözler önünden kaçırılmıştır (6).

Görülüyor ki, yasaya körükörüne bağlılık, kapitalist üretim bi- çiminde burjuvazinin rasyonelleriyle, çıkarlarıyla uyumlu bir yön- temdir. Egemen sınıfın, yasaların soyut kavram ve kurumları ile mas- kelenmiş çıkarlarını «adalet kılıfı»na uydurmaktan başkaca bir şey

5 a) Bk. NEUMANN, sayfa 31 i.s.

6) Bk. PASCHUKANIS, sayfa 17 ve 120 ile NEUMANN, sayfa 23, 45 ve 84.

Kapitalizmin tekelcillik aşamasında (faşizmde), bu maskelerin sık sık düz- mesi tehlikesine karşı, tekelci burjuvazi daha süzme bir göz boyama gereci kullanmaktadır: Kurum (müessese) teorisi! Devlete, anonim şirkete ve işletme- ye «kişilik» varsayımsal maskesi yerine; sözleşmeye ve mülk yete de «hak» varsayımsal maskesi yerine «menfaat birliği» ve «düşünce ortaklığı» simgeleriyle bezenmiş idealist - metafizik «kurum» maskesi geçirmektedir, artık!

değildir. Yasaların egemenliği, yasa ortodoksluğu, bireysel ekonominin ve zembereği «kâr ile sömürü» olan kapitalist mal üretiminin ideolojisinin yansımasıdır.



Eşitlik ilkesi nedir?

Nesnel gerçekliğe asla uygun olmadığı herkesçe bilinen «insanlararası eşitlik» saymaca ilkesi de gökten zembille inmemiş, belirli sınıfsal rasyonellerle, ereklerle öngörülmüştür.

Anayasa'da ve Yurttaşlar Yasası'nda birkaç kez cisimlenmiş «eşitlik» v a r s a y ı m ı en başta kapitalist pazar ekonomisinin «değişim değeri» yaratma ve somut kişisel emekleri soyut toplumsal emeğe indirgeme isterini karşılamıştır.

Şöyle ki : İki malın birbiriyle değiştirilebilmesi için, eşdeyişle, bir malın «kullanım değeri» nin (yararının) «değişim değeri» ne çevrilebilmesi için, ortak bir ölçüye gereksinme vardır. Yararları (kullanım değerleri) birbirinden farklı bir apartman katı ile bir arabayı, bir avize ile bir ayakkabıyı birbiriyle eşdeğerli ve değiştirilebilir kılan tek bir «ortak ölçü» söz konusu olabilir : İnsan emeği! Bir malın değişim değeri, o malın içinde billûrlaşmış insan emeğine, yani o malın üretimi için harcanmış toplam insan emeğine eşittir. Birbirinden farklı nitelik ve nicelikte s o m u t kişisel emeklerin (bahçevanın, terzinin, kunduracının ; tembel ile çalışkanın, kabiliyetli ile kabiliyetsizin emeklerinin) «ortalama soyut toplumsal emek» e indirgenebilmesi için de bütün bu değişik nicelik ve nitelikteki emekleri «eşit» saymak gerekmiştir. Aristoteles'in saptadığı gibi : «Ortak bir ölçü ile ölçülebilirlik (bir payda) olmadan eşitlik, eşitlik olmadan da ortak bir ölçülebilirlik (bir payda) olamaz.» İmdi «değişim değeri» yasası ekseninde firdönen bir kapitalist pazar ekonomisi için, «eşitlik varsayımı», mülkiyet ve irade özerkliği varsayımları gibi zorunlu bir ön - şart olmuştur (7).

7) Bk. SELİK, Marxist değer teorisi, Ankara, 1969, sayfa 4

Eşitlik varsayımı, burjuvazinin bir başka çıkarına daha hizmet etmiştir. O da, bu sınıfın derebeyinden bağlarını koparmış serbest-özgür işçi (özgürleşmiş emek) gereksinmesidir. Açıktır ki işçiler ancak «eşit» sayılırlarsa aynı zamanda «özgür» sayılabilirler. Eşitlik olmadan özgürlük olamayacağı gibi, özgürlük olmadan da eşitlik olamaz. Doğaldır ki burada anılan eşitlik, «yasa ve yargıç karşısında varsayımsal (fiktif) bir eşitlik» tir. Nası ki «özgürlük» de bir varsayımın, bir konutun (postulat'ının) dikâlâsı ise... Özgürlük, kişinin seçenekler arasında seçme serbestliği, «tercih özgürlüğü» dür; fiillerinin gerçek faili olabilmesidir. Oysaki, belirli ya da hepten sendikalara karşı allerji besleyen işveren ile akşama aç kalmamak için iş sözleşmes kurma «zorunluluğu» altında bulunan işçinin sendikaya üye olma özgürlüğü de, sözleşme kurma özgürlüğü de aslında yoktur. İmdi özgür işveren ile köle işçi eşit de olamazlar (8).

Sonuç :

Hukuksal ideolojisinin temellerini ve bu temellerin kapitalizmin rasyonelleriyle kayıtlılığını, tarihselliğini ve de çürüklüğünü yakalamış bir hukukçu, bu temelleri sarsma olanağını bulmuş ; tüm takırlarından, saplantılarından çıkış yolunu açmış ; yabancılaşmasından sıyrılma fırsatını bulmuş demektir. Artık o, yasa kurallarına kö-rükörüne bağlılığın bir «oyuna gelme» olduğunu, değişmezlik - biçimsellik ve düzen (otorite) düşünce odaklarının bir toplumda egemen olan sınıfın özlemleriyle uyumlu olduğunu kavrayarak davranacak, bu bilinçle, analitik pozitivizmin gelenekçi - sürgitçi - kesinlikçi yasalılık ve biçimsel hukuk mantığı defterini dürecektir. Onun için, artık «egemen sınıfın yasaları» değil de «yürüyen toplumun ezeli yasaları» geçerlidir, bağlayıcıdır :

1) Yasa, zamanın kesintisiz akışı içinde (evrim ve süreç halinde) bütünsel bir kavrayışla ele alınmalıdır. Yoksa metafizik dünya görüşünün, «Böyle gelmiş böyle gider» anlayışının kör bakışı, çarpık

8) Bk PASCHUKANIS, sayfa 132 i.s. ; BLOCH, sayfa 176, 187 i.s. ve 247 i.s. ; FRIEDMANN, sayfa 442 (ayrıca bk. Kritische Justiz 1971/I, sayfa 32 - 34).

yaklaşımı ile değil! Her yasa, tarihsel bakış açısından bir «oluş» ve de «yok oluş» tur. Hem tarihsel «sahneye çıkış anı» na, göre, hem de geleceğe göre değerlendirilmek zorundadır. Her geçmiş aynı zamanda geleceği de kapsar. Yasa da kökü geçmişte olan bir «şimdi» ve bundan da öte (asıl önemlisi) bir «gelecek basamağı» dır.

Geçmiş yeniden yaratılamayacağı gibi, yaşatılamaz da. Evrende değişmeyen tek şey kesintisiz değişimdir. Yasal değer yargıları, yasal çözümler de bundan hariç tutulamaz (9).

Tarihin diyalektik gelişmesini dikkate alan bir hukukçu, yasayı tarihsel oluşumun belirli bir aşamasında ortaya çıkmış bir «tarihsel olgu» olarak ele alır, onu diyalektik bütünlüğü, tarihsel - toplumsal boyutları içerisinde değerlendirir. Benimseyerek değil, geliştirip özümleyerek uygular. Yasalar, birer «asgarî» özgürlük katalogu ve eşitlik programıdır. Geriye dönüşün söz konusu edilemeyeceği bir «turnike» oluştururlar.

Yasa kuralları, belli bir sınıfın egemenlik aracı, sür - git güvenesi olmaktan çıkarılmalı, toplumun özgürleşme, demokratlaşma, onurlulaşma sürecinin iteci olmalıdır. Amaç, hukukun üstünlüğünü, yasaların egemenliğini korumak değil «yasaların silâhlarla birlikte müzeye kaldırılacağı gelecek» i hazırlamaktır. Öyle bir «gelecek» ki, «başka bir tekbencinin özgürlüğü ile kayıtlı tekbenci özgürlük parseli» yerine «özgürlük ortaklığı»; «adalet kuralları» yerine «dayanışma kuralları»; «mülkiyet ve ticaret özgürlüğü» yerine «mülkiyetten ve ticaretten özgürlük» egemen olsun (10). İşte bu tarihsel doğrultuda, bu özgürlük yolculuğunda, yasal hukuk kuralının altında saklı olup, hukuksal ilişki imişcesine beliren maddî egemenlik ilişkileri, tarihsel kayıtlılıkları içerisinde görülmeli ve bu egemenlik ilişkilerinin, egemenliğe bağlı kitleler yararına çözülmesi gerekliliği ölçüsünde, hu-

9) RENNER, toplumsal yaşamın ileriyeye çevrik hareketliliği içerisinde hukuksal kurumların nasıl işlev değiştirdiklerini, hukuksal biçimlerin evrim sürecini, mülkiyet kurumunun «a'd'yet» işlevinden giderek «iktidar» işlevine dönüşme örneğinde açık seçik sergilemektedir. (Bk. RENNER, D'e Rechtsinstitute des Privatrechts, sayfa 73 i.s.). Gerçekten de «mülkiyet», bugün iş pazarında işveren sendikaları, mal pazarında karteller ve siyasa sektöründe ticaret ve sanayi odaları kimliğinde düpedüz «iktidar» işlevi görmektedir. (Krg. NEUMANN, sayfa 67).

10) Bk. BLOCH, sayfa 202 i.s.

kuksal ilişkilerin (normların) katı buzulları çözülmeli, yasa sulandırılmalı, esnekleştirilmeli, gereğinde «yasa boşluğu» kuramı ile aşılmalıdır.

Hukukçu, toplumsal güçlerin dinamiğine, diyalektiğin yasasına uyacak, toplumsal sürecin kesintisiz akışını «yasal barikatlar» ile tıkamıyacaktır. O, insanların elinden «tarihlerini yapma» fırsatını almayacak, tarihin tekerinin kesintisiz dönüşünü «yasa çomağı» sovakarak yavaşlatmaya çalışmayacaktır. Hukuk uygulaması, soyutun soyutu özgürlük ve eşitlik varsayımının somutlaşması ve gerçekleşmesi sürecinde tarih tekerini durdurma olmamalı; 'itme' ve 'hızlandırma' olmalıdır. Şöyle ki...

Özerklik, başta, feodalite ile burjuvazi arasında bir uzlaşmanın ürünü olarak, «kilise ve devlet dışılık» anlamına geliyordu ; dinsel ve devletsel güce karşı bir «kurumsal güvence» idi. Bugün, toplumdaki tüm egemen güçlere karşı bireysel ve de kurumsal özerklik; karşı güç - karşıt iktidar (Gegenmacht) olarak anlaşılmalıdır (11).

Demokrasi, dün bir siyasal devlet ve seçim biçimi idi. Bugün bir toplumun demokratlaşma süreci olarak görülmelidir (12).

Dünün klâsik - bireysel karşı koyma, devlete karşı bireysel özerkliği koruma hakları (status negativus) bugün iktidarı paylaşma ve iktidara katılma sosyal ve siyasal hakları olmuşlardır (status activus ve de positivus); üstelik salt devlete karşı değil, fakat devlet içinde devlet kuran bireylere karşı da ileri sürülebilmelidirler. İçeriği «onurlu ve özgür bir yaşamın sağlanmasını talep» olan «isteme hakları» sayılmalıdırlar (13).

«Sosyal devlet» ilkesi, dün burjuvazinin sınıfsal egemenliğini güvence altına almak üzere işçi sınıfına verdiği bir tavizin ürünü ola-

11) Bk. STUBY, Disziplinierung der Wissenschaft, Frankfurt, 1970.

12) Bk. RİDDER, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, Stuttgart, 1960 sayfa 11; HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, Karlsruhe, 1967, sayfa 52 i.s.

13) Bk. RİDDER, Festschrift für Arndt, sayfa 343 - 346, HESSE, sayfa 114/15, EHMKE, Festschrift für Arndt, sayfa 84, RAMM, Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB, München 1970 sayfa G 85 i.s. ve L 283 i.s.

rak, devlete ekonomsal dengesizliği «müdahale» yoluyla düzeltme ödevi yükleyen bir statik ilke idi. Bir toplumsal barışı sağlama, toplum kapitalizmini gerçekleştirme yolu idi. Eugün aynı ilke, özgürlüklerin somutlaştırılması, güncelleştirilmesi ve toplumun tüm kesimlerinin demokratlaştırılması yolunda, sömürülen yığınlara «isteme hakları» sağlayan, özel hukuk - kamu hukuku ikiciliğini kırarak halkın siyasal iradenin oluşumuna etkinliğini katan bir dinamik ilke olarak karşılanmalıdır (14).

Eğer memur grevi, genel siyasal grev, yönetime katılma kapıya dayanmışsa, hukukçu, yasa koyucuyu beklemeden yasa kapılarını açmalıdır. «Bulun yasa koyucuyu, toplayın 226'yı, çıkarın yasayı, getirin uygulayayım!» diyen bir hukukçuyu tarih ağır bir biçimde mahkûm edecek, özgürlüğe ve evrime karşı olmakla suçlayacaktır.

Ceza Yasası'nın 141 ve 142 nci maddelerini uygulayıp uygulamama arasında bir tercihte bulunma durumunda kalmış günümüz hukukçusunun en büyük şansı, daha dün «sınıf» ve «yabancılaşma» kavramlarına yer veren kişiye bu maddeleri uygulamış uğraşına gülecek ve dudak bükerek bakabilmesidir. Yakın bir gelecekte uğraşlarının akıbetine uğramak istemeyen bir hukukçu bu gerçeğin altını iyi çizmelidir.

2) Hukuk uygulaması, sanıldığı gibi apolitik, tarafsız bir «mekanik altlama» eylemi oluşturmadığına, tersine, her yasa kuralı ve yargıç kararı (nicelik farkı gösterse bile) son irdelemede bir dikâlâ siyasal tercih ve yan tutma oluşturduğuna göre, (15) yasa kuralları eleştirel - özgürlükçü bir değer yargısı ile sulandırılarak uygulanmalıdır. Devlet ve hukukun tarafsızlığı maskesinin pek sık düşmeğe başladığı şu son yıllarda, hukukçu bugüne dek saplandığı taknaklardan bir an önce çıkmalıdır artık... Hukuk uygulaması, dipten doruğa taraflı, som siyasal bir «kuvvet kullanma»dır. Sol yayınları yasaklayıp toplatın, devrimci dernekleri kapatan, grev erteleme kararını bozmayan, evlilik dışı çocuğa miras hakkı tanımayan, mülkiyeti koruyan hukukçunun «siyasal» değil de «saf hukuksal» karar verdiğine

14) Bk. RIDDER. Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, sayfa 11 - 28, ABENDROTH, Festschrift für Arndt, sayfa 67, RAMM, sayfa G 97 - G 103.

15) Bk. FRIEDMANN, sayfa 440 ve 447 ile yukarıda d'pnotu 5'de anımlar.

bugün hukukçudan başka hiç kimseyi inandıramazsınız. Politika olaylarının üstünde kalan apolitik hukukçu takımağın saplanmış bilinçsiz hukukçular, kurulu düzenin, egemen sınıfın bekçiliğini üstlendiklerini artık iyice kavramalıdır. Sınıflı bir toplumda tarafsız kalmak, politika dışı kalmak bir aldatmacadır.

İmdi soylu bir hukukçu, hukuk uygulamasında baskı altına alınmışların, özgür olmayanların, ekonomikal açıdan 'ast' durumunda olanların, sömürülenlerin, arkasızların, ezilenlerin yanını çekinmeden, duraksamadan tutabilecektir; tutmalıdır.

3) Somut yaşam gerçekliğinden alabildiğine soyutlanmış hukuksal düşünce somutlaştırılmalıdır. Günümüzde hukukçular, kapitalist üretim biçiminin ayrılmaz parçası olan putçuluğun (fetişizmin) kurbanları olarak, maddî hukukun somut - güncel ekonomikal çıkar çatışması öz yüzünü gözardına itmekte, salt soyut - gizil hukuksal ilişkiyi (normu) ön plâna almaktadırlar. Nedenle sonuca yer değiştiren bu çarpık, biçimsel, tekyanlı bakıştan da kurtulmak gerekir. İktisatçılar nasıl mallar arasındaki ilişkinin gerçekte «ekonomikal» nitelikte bir ilişki olduğunu kavramış'arsa, hukukçular da hukuksal ilişkilerin gerçekte «ekonomikal» nitelikte ilişkiler olduğunu kavramalıdır; kavramakla yetinmeyip, bu kavrayışa uygun bir hukuk uygulamasına da geçmelidirler.

Salt, yasa kuralının somuttan alabildiğine soyutlanmış olduğu gerçeği bile, hukuk uygulamasında hukuk dışı («metajuridique» diye dirsek çevrilen) olgu'ların gözetilmesine «olanak» verir; hattâ böyle bir gözetmeyi «zorunlu», «kaçınılmaz» kılar (16).

Kaldı ki, bir somut uyumsuzluk olgusu, sosyo - ekonomikal bağını içerisinde değerlendirilmedikçe; maddî ve manevî yaşam bütünlüğü içerisindeki odak noktasına oturtulmadıkça, adaletli bir yarıya varmak da olanaksızdır.

Yarıcılık, «kira sözleşmesi» nden çok önce, toprak sahibi ile

16) Bk. HOFFMANN, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, Frankfurt, 1969, sayfa 97 i.s.

üretici arasında bir üst - üst ilişkisidir ; üreticinin üretim fazlasına el koymadır ; sömürüdür.

Başlık, bir «hediye», bir «haksız zenginleşme», bir «cinsel ahlâka aykırılık olgusu» ndan çok önce ve ötede bir «köle satımı» dir.

Yarıcılıkta ve başlıkta, insansal özü ve içeriği sarıp sarmalayan çarpık hukuksal soyutlamalar arka plâna itilmeli, ilişkilerin gerçek ve somut özü, içeriği ön plâna alınmalıdır.

Bir sözleşmenin « tarafları », iradeleri özerk (!?), hak ehliyetlerinde eşit (!?) birtakım soyut « hak sahipleri » değildirler ; günlük kazancı 20 lira olan somut birey ile günlük kazancı 1000 lira olan bir başka farklı somut bireydir, somut « insan » dir.

Gel gör ki, hukukçu, paranın sağladığı iktidarı, parasal ayrıcalığın sağladığı üstlük statüsünü (sözde) tarafsızlık, yasaya bağlılık, eşitlik ve hukuksal güvenlik kılıfları geçirilmiş bir kayıtsızlık ve duyarsızlıkla hiçlemekte, boşlamaktadır. Bu tavır, yalnız insanlık dışı değil aynı zamanda bilim dışıdır da. Kanserli ile frengiliye aynı reçeteyi yazan tıpcı, bilimselliğin hangi kertesinde ise, böyle bir hukukçu da bilimselliğin işte o kertesindedir.

Toplumsal yaşam gerçekliklerini göz ardına iten ve kökeni ile maddî bağıntılarını ele almadan yasa kurallarını mekanik - analitik bir mantıkla uygulayan bir hukukçunun bilimle uzaktan yakından hiçbir ilintisi olamaz. Bilimsel olma iddiasındaki her hukukçu, somut uyumsuzlukta soyut hukuksal biçime, sözleşmeye değil, fakat somut ekonomsal öze, somut ekonomsal gerçekliğe ağırlık verecektir. Doğru bir hukuksal yaklaşım, her zaman olayın ekonomsal içeriğine yönelik olmalıdır (17).

4) Varlıklı ile yoksulu aynı kaba atmış (Anatole France'ın deyişiyle : Varlıklı ile yoksula dilenmeyi, ekmek çalmayı ve köprü altında yatmayı yasaklamış) o kabanın kabası mekanik ve şematik hukukçuluğun defteri dürülmelidir. Kapitalist mal üretiminin damgasını taşıyan « eşitlik ilkesi », soyutluk ve anlamsızlık karikatürünün çarpık çerçevesi içinden çıkarılmalı, diyalektik tarihsel maddeciliğin

17) Bk. PASCHUKANIS, sayfa 60 i.s. ; FRIEDMANN, sayfa 437 i.s.

potasında eritilmelidir. Kimin neyi ne kadarı hakettiğini bir başına buyruk saptayan Romalı aile babasının, hayvanlarına, kölelerine ve tüm aile fertlerine «bolluk sepeti» nden, arslan payını kendisine ayırıp dağıttığı «sus payları (suum cuique) adaleti» yerine, «herkesten yeteneklerine göre, herkese gereksinmelerine göre» dayanışma kuralına yaklaşan, götüren bir içerikli, özü, sosyo - ekonoimsal adalet anlayışı egemen kılınmalıdır.



Günümüzde, yaşamı evrime, yeniyeye göre değil de eskiye, yitene göre değerlendiren, insana yaban, insanlığa uzak iki düşünce kalakalmıştır : Dinsel ve hukuksal düşünce! Toplumbilim ustalarının «eğitilmemiş, ilkel düşünce» diye niteleyegeldikleri düşünce!erdir bunlar... Ön mantıksal (prelojik), gizemli (mistik), eleştiriden, kuşkudan uzak, katılmaya (participation), çağrışma (association) ve metafizik soyutlamalara yaslanan düşünceler... Evrende değişmeyen tek şeyin herşeyin kesintisiz değişimi olduğu şaşmaz tarih yasasına karşı daha ne kadar direnebileceklerdir bu taşlaşmış düşünceler acaba?