

## HUKUK VE TOPLUMSAL YAŞAM

(Hukuksal ilişkilerin kaynakları üzerine bir deneme)

Dr. Artun ÜNSAL

### ÖZET :

Hukukun kaynakları üzerinde gerek filozoflar, gerek sosyologlar çok durmuştur. Örneğin, *Custom, Law and Morality* adlı yapıtında B.M. Leiser'in bu kaynakları: I — Tarihsel süreçte meydana gelen bir olay veya olaylar dizisine; II. Dürtülere: a) psikolojik b) etik; III. Halkın genellikle kurallara uyma eğilimine; IV. Belli bir kurala uyulmakta olduğunun açıkça görülmesine: a) pratikteki genel durum, yeni adetler, b) taraflar arasında belirli bir kuralı, benimseme ve ona kendiliklerinden uyma durumu; ve V. Siyasal otoritesinin iradesine bağladığını görüyoruz (1). Yazarın burada ayrıntılarına inemediğimiz ve bizce soyut kalan sıralamasının yanısıra, R. Pinto ve M. Grawitz toplumsal ortamın öğeleri olarak: 1. Toprak, 2. İnsan, 3. Aletler ve 4. Değerler, normlar ve davranışları ele almaktadırlar (2). Marksist görüşü paylaşan bilim adamlarının ise üretim ilişkilerini hukukun asıl kaynağı olarak değerlendirdiklerini biliyoruz (3).

Günümüzde, sosyal bilimcilerin çeşitli nedenlerle determinist yargılara varmaktan çekindikleri bir gerçek, üretim ilişkilerinin veya öteki nesnel öğelerin önemini kabul etseler de. Ne var ki, maddeci diyalektik yöntemin kurucuları bile, toplumların alt ve üstyapıları arasında zorunlu bir neden—sonuç ilişkisi aramanın yanlış olduğunu belirtmişlerdi. Hukuku basit bir üstyapı kurumu gibi görmek nasıl eleştirilmesi gereken bir bilimsel acelecilikse, «Davranışçı Okul» yandaşlarının toplumsal etkileşimi salt psiko-

---

(1) B.M. LEISER, *Custom, Law and Morality*, Anchor Books, Doubleday, New York, 1969, ss. 49—61.

(2) R. PINTO ve M. GRAWITZ, *Methodes des Sciences Sociales*, Dalloz, Paris, 1967, ss. 35—66.

(3) Örneğin M. ve R. WEYL, *La Part du Droit—Dans la Réalité et Dans Action*, Editions Sociales, Paris 1968, ss. 36—44.



sosyal kalıplarda ele almaları da, kanımızca, o ölçüde yetersizdir.

Çalışmamız bu tartışmalara bir cevap aramıyor. Burada yalnızca hukuksal ilişkilerin kaynağı üzerinde bir taslak denemesine girişilmiştir. Bu dar kapsam içinde, toplumsal yaşamın temel öğeleri olarak alınan insan, doğa, ekonomi, teknoloji ve toplumsal düzen arasındaki karşılıklı etkileşimin hukuk kurallarına dönüşmesini, çeşitli toplumlardan örneklerle, kolaylıkla anlaşılır bir çerçeveye oturtmayı amaçlamaktadır.

### G İ R İ Ő

«Ubi Societas Ibi Jus»», nerde bir toplum varsa orda hukuk vardır. Bu latince tümce yüzyıllardan beri söylenir. Hukuk, toplumsal yaşamın ayrılmaz bir parçası, toplumsal ilişkileri düzenleyici ve çeşitli yaptırımlarla donatılmış bir kurallar kümesi olarak her toplumda karşımıza çıkar. Kişisel bir tanımlama yaparsak, hukuk, belirli bir toplumda, o toplumca meşru sayılan, birey, gruplar ve sınıflararası ilişkiler ve davranışlar üzerinde fiziksel veya psikolojik yaptırımlarla yol gösterici veya cezalandırıcı niteliklere sahip olan ve belirli kişiler tarafından toplum adına uygulanan ve asgari bir örgütlenmeye dayalı ve o toplumun temel değerlerini savunan toplumsal baskı kuralları kümesidir. (4)

Toplum, benzer alışkanlık, adet yaşam biçimi ve ortak kültüre sahip ve bunun bilincinde bireylerden oluşan gruplar dizisidir. İster 900 milyonluk bir ülke, ister küçük bir kabile olsun, her toplumda, belli bir ekonomik iş bölümü, siyasal iktidar, maddi ve manevi değerler, inançlar, hukuksal kurallar, belirgin bir dayanışma, kısacası bir düzen vardır. (5)

En öz tanımıyla toplum, içinde yaşadığımız bir karşılıklı ilişkiler ağıdır. Üyeleri, temel gereksinimleri ve amaçları nedeniyle, birbiriyle ilişkiler kurmak ve sürdürmek zorundadırlar. Beslenme, üretme, ekonomik kaynakları, zenginlikleri paylaşma ve kullanma, varlığını ve türünün devamlılığını, koruma, cinsel tatmin, güvenlik, asgari bir düzen vb. gibi zorunlu gerek-

(4) Çeşitli hukuk tanımları, için bkz. J.P. GIBBS, «Definitions of Law and Empirical Questions», *Law and Society Review*, Mayıs 1968, Vol. II, Sayı 3, ss. 429—446; I. POSPISIL, *Anthropology of Law, A Comparative Theory*, Harper and Row, New York, 1971, ss. 51—96

(5) Bkz. A.R. RADCLIFFE—BROWN, «Primitive Law», in—*Structure and Function in Primitive Society*, Free Press, New York, 1965, s. 212—219; *Man in Society—Patterns of Human Organization*, Doubleday, New York, 1964, ss. 176—193; E.A. HOEBEL, «Law and Anthropology», in—M.H. FRIED, (ed.), *Readings in Anthropology*, Vol II, Thomas Y. Crowell, New York, 1959, ss. 296—310; POSPISIL, a.g.e., ss. 101—105.



sinmelerden doğan bu ilişkiler sürekli bir evrim içinde olan her toplumda çeşitli kurallarla güvence altına alınmıştır. *Hoebel'in* gözlemiyle «İnsanların uygarlık düzeyi yükseldikçe, hukuka olan gereksinmesi artar ve bu nedenle hukukunu daha çok geliştirir. Hukuk, toplumsal gereksinmelere cevaptan başka bir şey değildir» (6).

Birey, grup ve sınıflar arası etkileşim (karşılıklı beklentiler, çıkar birliği, ve/ya çatışmasına dayalı ilişkiler içinde, duygu, tutum ve davranışların oluşması, bunların bir takım tepkiler doğurması, ve toplumun üyelerinin birbirlerini etkilemesi) belirli kurallar çerçevesinde oluşur. Başka bir deyişle, söz konusu kurallar toplumsal etkileşimin ürünleri ve düzenleyicileridir.

Hukuksuz bir toplumdan söz edilemeyeceği açıktır. Hukuksal olgunun bir yerde, «toplumsal olgudan» başka bir şey olmadığı görüşü günümüzde benimsenmiştir. (7) Ne varki, bu, tüm toplumsal olguların hukuksal olduğu anlamına gelmez, örneğin din, ahlak, adet ve gelenek olguları gibi.

(6) E.A. HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1954, s. 293.

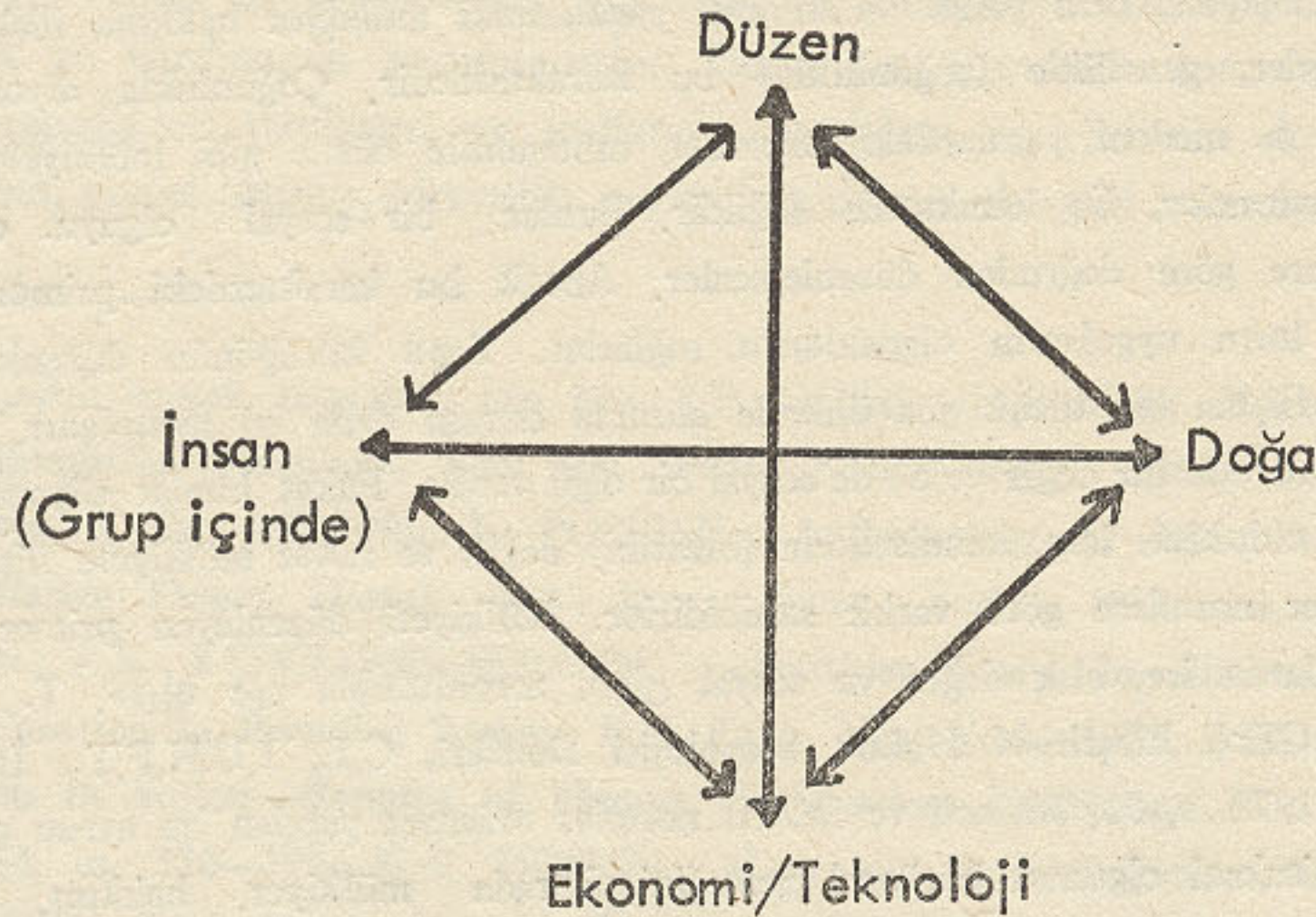
(7) Ancak, hukuk kuralları arasında bir ayrımın yapılması da zorunludur: «Hukukun , norm ve etik değerinin yanısıra yer alan üçüncü alemanı sosyal olgudur. Her hukuk normunda saltlıkla sosyal olguya rastlanır. Ancak burada kısaca primer (birinci derece) ve sögönder (ikinci derece) norm ayrımına dikkati çekmemiz gerekir. Primer norm, sosyal realitenin etik değere göre doğrudan düzenlenmesini sağlayan normdur. Örneğin anayasa, ceza yasası ve kentsel yasalardaki mülkiyet hakkına ilişkin maddeler, genellikle (çoğunlukla) bu karakterdedir. Çoğunlukla diyoruz; zira, medeni yasalardaki teferruat, mütemmim cüz... gibi mülkiyete ilişkin önermeler, bu karakterde değildir. Bunlar bir sosyal olguyu, etik değere göre doğrudan düzenlemezler. Ancak bu karakterdeki primer normların uygulanım olanaklarını sağlarlar. Tapu kütüğünün düzenlenmesine ilişkin bir tüzük göz önünde alınırsa durum daha iyi aydınlanır. Burada ne etik bir değer ve ne de sosyal bir olgu vardır. Fakat bunlar sögönder norm oldukları için, kendisellik (bizatihi) değil, ve fakat mülkiyete ilişkin primer normlara göre varlık sahibidirler. Mülkiyeti düzenleyen primer normlarda ise, etik değer ve sosyal olgu, zorunlulukla yer alır». T. ÖZBİLGEN, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C.I., İ.Ü.H.F.Y., İstanbul, 1971, s. 51. Birincil ve ikincil normlar arasında yapılan bu ayrım gene de hukuksal olgunun bütünsel gerçeğini, burada mülkiyet hakkını, toplumumuzun bugünkü aşaması içinde vermektedir. Göçebe bir kabile için tapu sicilinin o kadar önemli olmayacağı açıktır.



Hukuk günümüz toplumlarında, toplumsal denetimin, baskının ve sosyalleşmenin en belirgin ve etkin bir aracı olarak davranışlarımıza yön vermektedir. Bu yönüyle, toplumsal yaşamın bir çeşit *oksijenidir*.

Günlük yaşantımızda, ister bilinçli ister bilinçsiz, hukuk kurallarına genellikle uyar, ancak kişisel davranışlarımızı ne denli etkilediğini her an farketmeyiz: Tıpkı gözümüze görmediğimiz havanın yaşamımız için ne denli önemli olduğunu kısa bir süre nefessiz kalınca farkettiğimiz gibi. Çevremizde her gün işittiğimiz «hakkımı yediler» yakınması, «kırmızı yanınca dur yeşil yanınca geç» tekerlemesi, «yasak» «serbest» uyarıları veya «yarım hakim insanı candan, yarım hakim maldan eder» deyimini bize bir takım hak ve ödevler, özgürlük ve kısıtlamalar dizisi ve de bunları uygulayan özel organlarla çevrili olduğumuzu gösteren en basit örnekler değil midir?

Toplumsal davranışlar üzerindeki etkisinin yanısıra, hukukun günümüz toplumlarında yeni görevler yüklendiği ve gittikçe artan bir etkinliğe ulaştığı da görülüyor. Hızla gelişen veya gelişmek zorunda olan toplumlar da, devletin toplumsal yaşama karışması artık olağan karşılamakta. Çeşitli ülkelerde izlenen, «Sosyal Refah Devleti», «Karma Ekonomi», «Kamulaştırma» veya «Ulusallaştırma» siyasetleri, «Alt ve Üstyapı reformları», toplumlara yeni bir yön verme çabalarının öncelikle hukuksal yollarla gerçekleştirilmek istendiğini yansıtıyor. Gene, ilkökul eğitiminin veya bulaşıcı hastalıklara karşı aşının zorunlu tutulmasının, veya gayri meşru çocuklara da yasal ana ve babadan doğanlara tanınan hakların verilmesi, Devletin «Kamu yararı» ilkesi altında, toplumsal yaşamda artan rolünün ekonomi, teknik, sağlık, eğitim ve ahlâk alanlarına değin yayınladığını kanıtlar.



*İnsan + Doğa — Ekonomi/Teknoloji + Düzen*



Hukuk kurallarının temel gereksinimlerden doğan zorunlu ilişkileri ne denli düzenlediğini gösteren bir toplumsal yaşam tablosu çizilebilir. Bu tabloyu toplumsal yaşamın temel öğelerinden hareket eden bir çerçeve içine yerleştirmekte yarar vardır.

Toplumsal yaşam, insanın doğa ve hemcinsleri ile sürekli savaş ve bütünleşmesinin, kısacası etkileşiminin ürünüdür. Her iki temel öge arasındaki etkileşimi tüm toplumlarda izliyoruz. Doğaldır ki, bir Sümer, bir Eski Yunan, bir Hint, bir Kızılderili, bir Fransız, bir Japon veya Türk toplumdaki toplumsal ilişkiler ve dolayısıyla hukuk kuralları, gerek zaman gerek mekânda benzerlik veya farklılık gösterecektir. (8) Ancak, hepsinin kaynağında bu iki temel öğeyi-grup içinde insan ve doğa-ve etkileşimlerin ürünü önceki öğeleri - teknoloji, ekonomi ve toplumsal düzen - bulabiliriz. (9)

### I. DOĞA VE HUKUK KURALLARI

*Emile Durkheim*, «Doğa İnsanı değil, insan doğayı açıklar» derken çok haklıydı. İnsan doğa karşısındaki güçsüzlüğünü gün geçtikçe yenmekte ve bir çok ileri toplumda neredeyse doğaya egemen olmaktadır.

Kendini doğa karşısında güçsüz bulan insanın güvencesini uzun bir süre «doğa-üstü» güçlerde araması boşuna değildir. İlkel toplumlarda din ve hukuk arasındaki sıkı bağın temelinde de büyük ölçüde bu neden yatar. Yaşamak için üretmek zorunda olan insan, daha sonraları geliştirdiği teknolojisi ile doğaya egemen olmaya başlayacaktı. Buna paralel olarak, hukuk kurallarının da giderek, «ussallaşmaya» ve «laikleşmeye» yöneldiği *Max Weber*'den bu yana artık klâsikleşen bir gözlemdir. (10)

- 
- (8) «L'élaboration de la Règle de Droit et les Données Sociologiques», *Droit, Economie et Sociologie*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse, Dalloz, Paris, 1959, ss 21—33 deki makalesinde J. GAUDEMET, hukuk kuralının oluştuğu toplumsal ortamın özelliklerinin incelenmesi gereklidir derken, hukukun doğuş ve evrimine bakışta sosyolojinin katkısının büyük olduğuna bir kez daha değinir.
- (9) Örneğin, M. DUVERGER de *Sociologie Politique*, P. U. F., Paris, 1967, ss. 31—59, siyasal yaşamın çerçevesini çizerken, «fiziksel» ve «sosyal» öğelere değinmektedir.
- (10) Bugün bile çocuğunu «Allah Yoluna» kurban edenler var. Bkz. Yargıtay II. Ceza Dairesi, 24 Eylül 1965: Nikâhsız karısından doğma üç aylık çocuğunu kesen kişi bilinçaltında yoksulluk ve güçsüzlüğünden kurtulmak için başka bir yol bulamamış olsa gerek. Olayla ilgili olarak bkz. F. EREM, «Mızrap Çocuk», Broşür, Özel basım ve dağıtım.



Doğa derken, toplumun coğrafik koşullarını: Fiziksel konum (ova, dağ, çöl, nehir, göl, deniz) (11); iklim; doğal zenginlikler (bitki örtüsü, hayvan türleri, yeraltı ve yerüstü kaynakları): ve bunların yanısıra, demografik özelliklerini: Nüfusun niceliği, niteliği ve yerleşme birimlerinin yapılarını) anlıyoruz. Söz konusu doğal etmenlerin hukuksal kuralların (adet ve yasalar) «oluşması» veya «saptanması» üzerindeki etkisini çeşitli toplumlardan alınan birkaç örnekle göstermeye çalışalım.

#### A. İKLİM

*İbni Haldun*, ve *Montesquieu*'nün bu konudaki genellemelerini biliyoruz.

*İbni Haldun*, ünlü *Mukaddime*'sinde örneğin, göçebelerin sert iklim koşulları içinde, geleneklerine bağlılıkları ve toplumsal dayanışma duygularının (asabiyye) gücüne değinirken, yerleşik toplumlarda bu dayanışmanın zayıfladığını ve dolayısı ile başta bulunanların saptadıkları, «organize hukuk»un ağırlık kazandığını ileri sürer. (12) *Montesquieu* ise, soğuk iklimlerde yaşayanların çalışkan, soğukkanlı ve disipline yatkın olmaları nedeniyle, bir siyasal iktidar tarafından konmuş davranış kurallarına, yani yasalara gerek duymadıklarını, oysa, sıcak iklimde yaşayanların tembel, başıbozuk ve şiddetle yönetilmeğe alışkın olduklarını savunur. (13)

Söz konusu genellemelerin doğruluğu bugün rahatça tartışılabilir. Bununla beraber, iklimin hukuk kuralları veya uygulanışı üzerinde pek etkisi olmadığı da söylenemez. Ünlü Fransız antropologu *Marcel Mauss*, bir «toplumsal morfoloji» araştırması olarak tanımladığı Eskimo toplumlarında mevsimsel değişmeler üzerine denemesinde (14) mevsimlerin hukuksal ilişkiler üzerindeki etkilerini ilginç gözlemleriyle dile getirir. «Yaz Hukuku» ve «Kış Hukuku».

(11) Hatta Gök! Teknolojisi geliştikçe insanın doğada hareket olanakları artmaktadır. Örneğin, uçakların ve suni peyklerin yapılabilmesi hava ve uzay hukukunun doğmasına neden olmuştur.

(12) İBNİ HALDUN, *Mukaddime*, (Çeviren, Z.K. UGAN), M.E.B., İstanbul, 1954, C.I., s. 346.

(13) MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çeviren F. DALBAŞ) M.E.B., Ankara, 1963, ss. 415—437.

(14) M. MAUSS, «Essai sur les Variations Saisonnières des Sociétés Eskimos», in—*Sociologie et Anthropologie*, P.U.F., Paris, 1968, ss. 450—70; (MAUSS'un görüşleri ileride Amerikalı POSPISIL tarafından eleştirilecektir. Bu yazara göre, «kış ve yaz» hukukları arasında kesin bir çizgi yoktur, yan yana uygulanırlar. Bkz., POSPISIL, *Anthropology of Law*, s. 101.)



Yazın birey ve aileler çadırda yaşarlar. Ancak, av mevsimi olduğundan, çadırlar birbirlerinden uzakta kurulur. Balina avı hariç, av ortaklaşa yapılmaz. Kışın ise, küçük (çekirdek) aileler biraraya gelip büyük (kök) aileyi oluştururlar. «Yaz ailesi» «kış ailesi»nden farklıdır. Örneğin ilkinde, ailenin başı babadır. Nerelere gidileceğini, nerede avlanılacağını o saptar. «Kış ailesi»nde şef, daha çok kişisel özellikleri ile bu göreve getirilir; belli bir kan bağı aranmaz. Bu şefin, bir bir «pater familias», yani büyük ailenin gerçek başı olmaktan çok, yabancıları ağırlamak, her küçük ailenin büyük igloo içinde oturacağı yeri saptamak ve av paylarını bölüştürmek gibi görevleri vardır. Kısacası, otoritedeki değişmeyi, mülkiyet ilişkilerindeki değişiklik izler: Yazın her avcının vurduğu av yalnız kendi küçük ailesinindir; oysa, kış avları büyük ailenin tüm üyeleri arasında eşit olarak üleştirilir.

İklimle hukuk arasındaki ilişkilerin belki de en canlı simgesini İslam Hukukunun temeli olan *Şeriat* sözcüğüne bulabiliriz. Sıcak çölde yaşayan Arap toplumları için su ne kadar önemli bir kurtarıcıdır; *Şeriat* sözcüğünün Türkçe'de tam tamına anlamının ise «sulak bir yere giden yol» olduğunu öğrenirsek, «Tanrı'ya giden yol»un çöl iklimine ne kadar uyduğunu görürüz. (15).

### B. YERLEŞİLEN ARAZİ

Su kenarında kurulan toplumların örgütlenişi bir bakıma suyun «huyuna» bağlıdır. Özellikle ilk çağlarda, Eski Mısır'a baktığımızda (16) Nil'in taşma olayının her yıl belirli bir dönemde gerçekleşmesinin, suladığı bölgelerdeki ekonomik yaşamın da düzenli bir biçime sokulmasını zorunlu kıldığını izliyoruz: Merkezsel bir yönetim ve yoğun bir Devlet bürokrasisi, bu koşulların ürünüdür. (17) Özel toprak mülkiyetinin olmadığı (Firavun tüm toprakların sahibidir), güdümlü bir ekonomi ortaya çıkar. Özel hukuktan çok, kamu hukuku ön plandadır. Ticaret bile Firavun'un özel memurları tarafından yapılır.

Öte yandan, Mısır'ı komşu ülkelerden ayıran kızgın çöllerin aşılma-

(15) Bedevi kabilelerin hukukun, örf ve adetlerin özellikleri üzerinde bkz. J. CHELHOD, *Le Droit dans la Société Bedouine* (Recherches ethnologiques sur le orf ou droit coutumier des Bédouins), Marcel Rivière et Cie., Paris, 1971.

(16) R. CHAMBLISS, *Social Thought*, The Dreyden Press, New York, 1954, ss. 42—74.

(17) Örneğin, Aşağı Nil, yani Beyaz Nil bölgesinde (Sudan—Uganda arası) bugün yaşayan Nuer, Dinka gibi kabilelerin ekonomik ve siyasal yaşamında doğal koşulların önemi konusunda bkz. L. MAIR, *Primitive Government*, Pelican, Londra, 1970, ss. 21—26.



sındaki zorluk, onun büyük ölçüde, içine dönük, kapalı bir ekonomiye sahip olmasına yol açmıştır denilebilir. Buna karşın, Fırat ve Dicle arasında (Mezopotamya) yerleşen Babil ve Sümer toplumları daha değişik bir doğal yapıdan etkileniyorlardı. Nehirler düzensiz şekilde taşıdığından, belirli bir sulama sistemi, barajımsı kanallar gerekiyordu. Ancak, çöl veya dağ dizileri gibi, yabancı ülkelerin saldırılarını önleyebilecek doğal engeller pek olmadığından, bu bölge sık sık el değiştirecekti. Toplumlar arası karışmanın, karşılıklı ilişkilerin böylesine yoğunlaştığı bir ortamda ticaretin gelişmemesi, bir yerde olanaksızdı.

Bu koşullar altında Mezopotamya'da özel toprak mülkiyetinin egemen olduğunu görüyoruz. (18) Ticaretin ne denli geliştiği, bu bölgede yapılan kazılarda ortaya çıkarılan çivi yazılı tabletlerde dinsel metinlerden çok, hesap işlemleri, hukuksal sözleşmeler, vasiyetnameler, iş mektupları ve yasaların (Lipit-İştari, Hamurabi gibi) bulunmalarıyla kanıtlanabilir. Kısacası, Mezopotamya hukukunun daha çok bireyci olmasında ve bir ölçüde de, laikleşmeye yönelişinde, coğrafik konumun etkisi olduğu ileri sürülebilir.

Doğal sınırların çoğu yerde siyasal sınırlara dönüşmüş olduğu görülen evrenimizde akarsu ve denizlerin ulaşım kolaylığı nedeni ile toplumlararası ilişkilerin artmasında da önemli bir rol oynadığı unutulmamalı: Ron, Ren ve Tuna nehirleri geçtikleri ülkelerde ortak bir ticaret hukukunun gelişmesine yol açmıştır. Akdenizde Finikeli, Yunanlı ve Kartacalıların yerini yüzyıllar sonra İtalyan, Fransız, İngiliz, Hollandalı tüccarlar dolduracaktı. Uluslararası Hukukun ünlü isimlerinden *Grotius*'un Hollanda'da doğmuş olması basit bir raslantı mıdır?

Yeni hukuk kurallarının oluşmasında doğal koşulların etkisi üzerinde geçen yüzyıldan canlı bir örnek verelim: İnsanoğlunun pratik zekâsını bir kez daha gösterdiği bu örnek Kaliforniya'da altına hücum (1848-50) döneminden alınmıştır. ABD'nin ılıman iklimli, yağışı ve suyu bol Doğu eyaletlerinden gelen maceracılar daha kurak olan Batı eyaleti Kaliforniya'da akarsulardan yararlanmayı düzenleyen kurallarda değişiklik yapmak zorunda kaldılar. Oysa Doğu eyaletlerinin, gene yağışlı bir ülke olan İngiltere'nin «Common Law»undan benimsedikleri gelenek ve yasalarına göre, topraklarının içinden veya kenarından bir akarsu geçen mülk sahibi o sınırlar içinde sudan yararlanan tek kişiydi. Tek bir kısıtlama vardı. O da akarsuyu doğal akışından alıkoymamak ve öteki toprak sahiplerinin çıkarlarını da engelliyecek biçimde kullanmamak.

---

(18) CHAMBLISS, a.g.e., ss. 19—27.



Kaliforniya'nın tek ve cılız ırmaklarından oluşan su kaynakları altın arayıcıları için çok önemliydi. Çünkü çakıl, kum ve toprağı elerken su gerekliydi. Yeni kural şöyle belirlendi: Su, üzerine ilk hak ileri sürenin olacaktır. ancak bu sudan yararlandığı sürece. Sonradan gelenler, örneğin «madenini» yüz üstü bırakmış bir arayıcının «suyu»nu kullanıp şansiarını denebileceklerdi. (19)

Günümüzden ve son bir örnek. Türkiye gibi «zelzele kuşağı»nda bululunan ülkelerde son yıllarda çeşitli yasal ve yönetsel tedbirlerle, yeni yapılarda dayanıklılığı artıracak tekniklerin kullanılmasının zorunlu tutulmağa başlandığı görülüyor.

### C. DOĞAL KAYNAKLAR

*Montesquieu*, verimli topraklara sahip toplumlarda esirlik kurumunun, fazla el emeğine duyulan gereksinme nedeniyle ortaya çıktığını ileri sürüyordu. (20) *Friedrich Engels*'de babaerkil ailenin doğuşunu bolluk ve mal birikimine (tarla ve davar) bağlayacaktı. (21) Günümüz antropologlarından *Abraham Kardiner*'e göre, Güney Pasifik'teki Markiz adalarında rastlanılan çok erkekle evliliğin - poliandri - temelinde kuraklık ve kıtlık tehlikesi ile sık karşılaşılması yatmaktadır. Poliandri, söz konusu bölgede çok olağan sayılan yamyamlığın yanısıra, bir çeşit doğum kontrolüne yarıyordu. (22)

(19) Bkz. M. ŞERİF ve C. ŞERİF «Formation of Social Norms in Actual Groups», in—*An Outline of Social Psychology*, Harper and Row, New York, 1956. ss. 269—270.

(20) MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, ss. 438—466.

(21) F. ENGELS, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, Sol Yayınları,

1, Ankara, 1971, ss. 54—89.

(22) Bkz. J. STOETZEL, *La Psychologie Sociale*, Flammarion, Paris, 1963, s. 68.



Doğal kaynakların çok sınırlı olduğu kutuplarda yaşayan Eskimo toplumlarında, örneğin Grönland'da, ailelerin yiyecek istifi yapması bir cürüm kabul edilir. (23) Oysa gıda kaynaklarının bol olduğu birçok toplumda böyle bir yasaklama söz konusu olmaz. Ancak, bu yörelerde de, örneğin kıtlık veya savaş dönemlerinde, karaborsacılık ve istifçilik yapan kişilerin şiddetle cezalandırıldığını da unutmamak gerekir.

Eskimo toplumlarında toplumsal bakımdan «mazur» görülen ve hukuksal açıdan da özel ayrıcalıkları bulunan eylemlerin varlığından da söz edelim: Hasta bünyeli çocuklar, ağır hastalar ve çok yaşlıların öldürülmesine göz yumulur. Doğal kaynakların sınırlı olduğu böyle bir ortamda, uygar toplumlarda yaşayanların kabul edemeyeceği, «sadece güçlüler yaşasın» görüşü rahatlıkla uygulanabilmektedir. (24)

Bu arada tümüyle güncel bir soruna da eğilebiliriz: Petrol. Bu önemli doğal kaynağa sahip olan ülkelerde son yıllarda görülen kamulaştırma ve ulusallaştırma eğilimlerini hatırlıyalım. Örneğin, Türkiye'de yürürlükte olan Petrol Yasasının bazı gruplarca eleştirildiğini, özellikle komşu Yunanistan'la Ege Denizi kıta sahanlığının bölüşülmesi konusunda anlaşmazlık çıktığını ve 1958 Uluslararası Cenevre Anlaşmasının hükümlerinin tartışıldığını, deniz zenginliklerinin «tüm insanlığın yararına» kullanılması için çalışıldığını biliyoruz. (25) Kısacası, doğal kaynakların sınırlılığı, ulusal çıkarlar, çok uluslu şirketlerin kâr güdülerini arasındaki çatışmanın hem hukuksal, hem de siyasal boyutlara kolaylıkla ulaştığı bir evrende yaşıyoruz. Öyle ki, başlıca geçim

---

(23) T.C.N. GIBBENS ve R.H. AHRENFELDT, **Cultural Factors in Delinquency**, Tavistock Publications, Londra, 1966, s. 7.

(24) Ne var ki. bambaşka bir amaçla, kurtulmasından umut kesilen bazı hastaların yaşamlarına son verilerek daha fazla acı çekmelerini teorik olarak yasaklayan Ceza kanunları son zamanlarda yumuşatılmaya başlamıştır, örneğin Hollanda'da. Bkz. «Législation de l' Euthanasie Pourrait être Assouplie», **Le Monde**, 10 Mart 1973.

(25) Deniz Hukuku ile ilgili son gelişmeler için bkz. Cemşid Mümtaz, «Partager Equitablement un Patrimoine Commun», **Le Monde**, 20 Haziran 1974, s. 2.



kaynağı balıkçılık olan ve doğanın hiç de cömert olmadığı İzlanda, yabancı bandıralı gemilerin gittikçe artan avlanmasına karşı, karasularını 200 mile çıkarma kararı aldığı günü «Ulusal Bayram» ilân etmektedir..

Öte yandan, «doğanın korunması» yolunda çeşitli ülkelerde yürütülen çabalar, yeni yasaların ve çeşitli yasakların saptanmasına neden olmaktadır. Örneğin, zararlı ürün artıklarının fabrikalar tarafından deniz veya ırmaklara akıtılması hem insan sağlığının hem de balık türlerinin korunmasını gün geçtikçe tehdit etmektedir. İnsanlığın protein açığı ile savaştığı günümüzde, bu konuda bir İtalyan mahkemesince, Saint Gola ırmağı kıyısındaki fabrikalardan çıkan ürün artıkları ile balık türlerinin tükenmesine yol açıkları saptanan 17 sanayicinin dört yıl hapis cezasına çarptırılması olağan karşılanabiliyor. (26) Tarihe döndüğümüzde, göçebe Moğol toplumunda hayvan sürülerinin sulama gereksinmesi çok büyüktü. Orta Asya steplerinde çok bol bulunmayan su, gerek insan, gerekse hayvanların sağlığı için temiz tutulmalıydı. Cengiz Han'ın *Büyük Yasa*'sından birkaç ilginç örnek verelim: «Kim kül veya su içine işerse ölümle cezalandırılır»; «Suya elleri daldırmak yasaktır; su almak için bir kap kullanmalıdır» (27).

#### D. YERLEŞME BİRİMLERİ

«Ferman Padişahınsa, dağlar bizimdir», Köroğlu'nun bu ünlü haykırışı, hukuksal ilişkiler ve kurumların etkinliğinin bir yerde, çeşitli yerleşme birimlerinin özel yapılarından soyutlanamayacağını yansıtmaktadır. Bir başka yönden, geçmişte, gittikçe genişleyen ve karmaşıklaşan ülkelerin değişik toplumları egemenlikleri altına alırken aralarında birleştirici etmen olarak hukuka başvurdukları bir gerçektir: Roma Hukuku, Moğol Hukuku gibi. Günümüzde de, geniş topraklar üzerine yayılmış irili, ufaklı toplumları bir araya getiren anayasaların daha çok federatif bir rejimi seçmeleri bir rastlantı olmamalı: A.B.D., Brezilya, Sovyetler Birliği gibi.

Endüstrileşme süreci ile bir arada giden nüfus artışı, iş bölümü ve kentleşme hareketlerinin geleneksel ilişkileri büyük ölçüde değiştirdikleri göz-

A.Ü.H.F.Y., Ankara, 1967, ss. 143—144.

(26) Günaydın, 21 Nisan 1974.

(27) Bkz. C. ALINGE, (Çeviren C. Üçok), *Mogol Kanunları*,



lenmektedir. Yeni yerleşim birimlerinde, yeni haklar ve ödevler ortaya çıkmaktadır. Küçük yerleşim birimlerinde geleneklerle çözümlenen anlaşmazlıkların, örneğin kan davası, yerini günümüzde Devletin yargıçları önünde karara bağlanan anlaşmazlıklar almaktadır. (28) Ama bu gün bile, örneğin Türkiye'de, ne jandarmanın ne de yargıcın ulaştığı dağınık ve uzak yerleşme birimleri vardır.

Ticaret ve İş Hukuklarının geliştiği yerler kentlerdir. Ülkemizde sosyal sigortalar, sendikacılık, kırsal yörelere ancak yeni yeni girmeye başlamıştır. Gene klasik «mülkiyet» kavramının evrimini kentlerde çok daha kolaylıkla izleyebiliriz. Örneğin, kamulaştırma ilkesi, özel mülkiyet konusunda, köyden çok kente uygulanan hukuksal bir kısıtlamayı içerir. (29)

---

(28) Eskimo toplumlarında örneğin, «cinayet işleyen kimse, genel olarak, toplumun tepkisini beklemeden köyü terkeder. Fakat cinayetlerinin sayısı artarsa bütün köy birleşerek suçluyu öldürebilir. Çünkü kan davası gütmek küçük Eskimo gruplarının sosyal dengesini altüst edebileceği gibi, avcı sayısının bütün köy için tehlikeli olacak derecede azalması nedeniyle, ekonomik yapılarını da kökünden sarsabilir» C. WELLS, *İnsan ve Dünyası*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1972, s. 125. Günümüzde köy toplumları üzerinde «sınırlı varlık» kuramını geliştirmiş olan ünlü antropolog G.M. FOSTER, «Peasant Society and the Image of Limited Good», in—J.M. POTTER, M.N. DÍAZ ve G.M. FOSTER, *The Peasant Society*, Little Brown and Co, Boston, 1967, ss. 300—321, köylük yerlerde, toprağın, zenginliğin, sağlığın, dostluğun, aşkın, erkekliğin, şeref, saygının, gücün, etkinliğin, güvenliğin, sınırlı miktarda bulunmaları ve bunları çoğaltma olanaklarının köylünün elinde olmaması nedeniyle, köylü ve ailesinin çıkarlarını ancak öteki köylü ve ailelerinin zararına kollaşabildiğine değinir. Hırsızlık, adam vurma veya kız kaçırma bir anda tüm toplumsal sonuçları ile karşımızdadır: Şiddetli tepki ve intikam duygusu.

(29) Nitelikim, büyük kentlerde arsa fiyatlarının sürekli artışını önlemek amacı ile, son günlerde bir çok batılı ülkede bireylerin mülkiyet hakkını kısıtlayıcı bir takım yetkiler getiren yasa tasarıları meclislere sunulmuştur. Bkz. «La Réforme foncière-Un nouveau Droit de la Propriété», *Le Monde*, 29 Mart 1975, s. 10.



## II. İNSAN VE HUKUK KURALLARI

Birey toplumdaki ayrı düşünülemez; onu bağlı bulunduğu toplumsal gruplardan ve yapıdan soyutlamak olanaksızdır. Salt biyolojik ve psikolojik yönleriyle ele alınsa bile, insanın içinde bulunduğu toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal koşullarının dışında kalamıyacağı açıktır. (IV. Bölümde bu konuya yeniden dönülecektir)

### A. BİYOLOJİK AÇIDAN İNSAN

Karşımızda, doğan, yaşaması için gıda ve bakım gereken, ileride karşı cinsten biriyle cinsel ilişkilere girip çocuk sahibi olan, zamanla yaşlanan ve sonunda ölen bir varlık vardır. Ancak, insanı öteki canlılardan ayıran en önemli niteliği toplumsal bir varlık olmasındandır. Aristo'nun «sosyal hayvan» tanımı bunu en öz biçimde yansıtır.

Hukuk kurallarının biyolojik insanla (30) ne denli ilgilendiğini gösteren bir kaç örnek verilebilir:

Yeni doğan çocuğunu terk eden, besleyemiyen veya ona kötü davranan kişi yasalar önünde sorumlu tutulmaktadır. Belli bir yaşa kadar korunması gerekli olan çocuklar üzerinde toplum hassastır. Günümüzde yeni doğan bebeklere bazı aşuların, örneğin, çiçek tifo, yapılmasının zorunlu tutulması, onların sağlıkları konusunda, ailelerinin yanısıra, toplumun da titiz davrandığını göstermez mi? Gene günümüzde, bazı ülkelerde çocuğun doğmasını önleyen tekniklerden biri olan kürtajın halâ yasaklandığını, bazı ülkelerde ise izin verilmeye başlandığını izliyoruz. (31)

(30) Bkz. W.J.M. MACKENZIE, «The Biological Context» in—*Politics and Social Science*, Pelican, Londra, 1967, ss. 23—30.

(31) Biyolojik özelliklerin toplumsal yaşam sürecinde çeşitli «bahaneler»e de yol açtığı görülmüyor mu? Örneğin, biyolojik özelliklerden başka bilimsel kaynağı olmayan ırk ayrılıklarının bir çok ülkede siyasal ve sosyal boyutlara büründüğü, Güney Afrika'da örneğin, beyaz azınlığın zenci çoğunluğun kaderi üzerinde söz sahibi olduğu izleniyor. Gene, her gün işittiğimiz kadın ve erkek ayrımı, «kadın hakları» tartışmaları 18 yaşından küçüklere vasi tayini, «rüşd» sorunu salt biyolojik özelliklerin hukusal siyasal ve ekonomik kısıtlamalara veya ayrıcalıklara temel olduğunu göstermez mi? Belli bir soylu kandan gelen kişilerin örneğin, Kral hanedanlarında, sosyal ve siyasal ayrıcalıklara sahip olduklarını tarih boyunca gördük. Öte yandan, «ak sakallılar»ın kırsal toplumlarda saygı görürken, ileri endüstri toplumlarında ise nerdeyse bir an önce ölmeleri istenen gruplara dönüştüğü de bir gerçek: Emeklilik yaşının hep ileriye alınma çabaları, bir yerde salt fizyolojik güçsüzlere dayanmaktan çok, nüfus patlamasını ve istihdam sorunlarının baskısını yansıtmıyor mu?



## B. PSİKOLOJİK AÇIDAN İNSAN

Birey ve hukuksal psikolojisi birçok psikolog ve sosyologu ilgilendirmiştir. (32) Örneğin, bireyin topluma uyum süreci olarak tanımlanan «sosyalleşme» yani toplumdaki çeşitli davranış kurallarını benimseme, konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bunlardan birkaçını özetliyelim:

*Sigmund Freud*'a göre insan doğuştan sosyalleşmeye yatkın değildir. Çocuklarda 6 yaşlarına kadar süren «zevk dönemi» sonra yerini «mantık dönemi»ne bırakır. Çocuk ailesinin baskısı ile giderek, toplumsal kuralların baskısını özleştirir, (superego), güdüsel isteklerini (id) frenler (ego) ve içine atmaya başlar (repression). Gene Freud, «Totem ve Tabu»sunda (33) insanın cinsel güdülerinin, toplumsal baskı ve içe atma yoluyla, dinsel ve hukuksal boyutlara ulaştığını ileri sürer (34). İlkel toplumlarda ahlaksal ve hukuksal yükümlülükler birbirinden ayrılmıştır. Örneğin, çok yakınlarla cinsel ilişkilerde bulunmama, anayı, babayı, kardeşi öldürmeme gibi. Psikolojik baskı altında tutulan doğal güdüler bireyin bu tabulara veya yasaklara daha kolaylıkla uymasını sağlar.

*Freud*'un isim babası olduğu «Ödip kompleksini» alalım. Bu kuramın bütün toplumlarda geçerliliği üzerindeki tartışmalara girmeden, ileri toplumlarda, psikolojik insanın «Ödip kompleksi» ile birlikte çeşitli ahlâksal ve hukuksal yasaklarla karşı karşıya olduğu da bir gerçektir. Örneğin, Medeni Kanunumuzun 92. maddesi ana ve baba, dede ve nine, oğul ve kız ile evlenmeyi yasaklamıştır. Sosyolojik açıdan, bunu ekonomik, ahlaksal ve biyolojik

---

(32) J.L. TAPP, «Psychology and the Law; The Dilemma», *Psychology Today*, Şubat 1969, ss. 17—22.

(33) S. FREUD, *Totem and Taboo*, The Hogarth Press, Londra, 1964, ss. 1—17.

(34) FREUD'un bu görüşlerine karşı çıkan Marksist eleştiriler için bkz. G. OSIPOV, *Sociology*, Progress, Moskova, 1969 ss. 99—104. G. POLİTZER özellikle FREUD'u «idealist» olmakla suçlarken, «Somut psikoloji» üzerinde durur. Bkz. *Ecrits II, Les Fondements de la Psychologie*, Editions Sociales, Paris, 1973, ss. 48—188.



temelleri olan «egzogami» gerekçesine bağliyabiliriz (35). Ne var ki, konumuz açısından, bireyin yakınlarına karşı da duyabileceği cinsel dürtülerin, toplumun kurallarıyla çatıştığını ve bu yasağın psikolojik özümseme yoluyla, uyulması çok zorunlu doğal bir yasa olarak bireyce benimsendiğini görüyoruz.

*Durkheim*'in ekonomik iş bölümü ve toplumsal ilişkiler üzerindeki etkisini yansıtan toplumsal dayanışma tipolojisine değinelim: «Mekanik dayanışma» ve «Organik dayanışma» (36). Buna benzer bir tipoloji de ünlü İsviçreli psikolog *Jean Piaget* tarafından geliştirilmiştir (37).

*Piaget*, bireylerin sosyalleşmeye yatkınlaşma ve kuralları benimseme süreci üzerine bulgularını *Le Jugement Moral chez l'Enfant* (Çocukta ahlâk yargısı) adlı yapıtında (1932) «Baskı ahlakı» ve «İşbirliği ahlakı» başlıkları altında açıklarlar.

Toplumsal normlar önce bireyin «dışında» kalırlar: Çocuklar 8 yaşlarına kadar kendilerine uygulanan kurallara uyarken meknik bir biçimde davranırlar. Katı bir hukuk anlayışı içinde, kurallara uymadıkları taktirde cezalandırılmaktan çekinirler; büyüklerin otoritesinin nedenini hiç düşünmeden.

Oysa, çocuklar 9-12 yaşlarına gelince, aynı kurallara birer sindirici etken olarak bakmamakta, bunların kendilerine eşit davranılmaları, birbirlerine saygı beslemeleri için yararlı birer etken olduklarının bilincine varmaktadır:

Daha küçük yaştaki çocuklar, psikolojik ilintiyi kurmaya çalışmazlar. Kabahatler ve cezalar onlar için yalnızca bir eşit teraziye konacak basitlikle şeylerdir. Ve bu mekanik ahlâk çeşidi, hata yapınca cezalandırılan adaletin (justice retributive) katılığı... onları sorunun insani yönü karşısında duygusuzluğa iter. Cezalandırıcı adaleti, bölüştürücü adaletin (justice distributive) üstünde tutan çocuklar, büyüklerin baskısını kuru kuruya benimsiyen-

(35) Örneğin göçebe Ordos Mogollarında, klan üyelerinin birbiriyle evlenmeleri kesinlikle yasaklanmıştı. Ama örneğin, ağabeyi ölünce kardeşi dul yengesi ile evlenebiliyordu. Bkz. L. KRADER, *Social Organization of the Mongol—Turkic Pastoral Nomads*, Indiana U. Publications, Mouton, Lahey, 1963, s. 24; Z.F. FINDIKOĞLU, «İslam—Türk Hukukunda Eksogami», in—*Hukuk Sosyolojisi*, İ. Ü. İ. F. Y. İstanbul, 1958, ss 332—356.

(36) E. DURKHEIM, *The Division of Labor in Society*, The Free Press, New York, 1965, ss. 1—132.

(37) *Piaget*'in görüşleri üzerinde başarılı bir özet için bkz., P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Russel Sage, Cal. 1969, s. 20 ve ilerisi.



lerdir. Oysa, kendilerine eşit davranılmasını cezalandırılmanın üstünde tutan çocuklar ise, öbür akranları ile karşılıklı ilişkiler ve daha ender olsa bile, kendileri ve yetişkinler arasında doğan ilişkiler sonucunda, psikolojik durumları çok daha iyi anlamakta ve yargılarını yeni ahlâksal tipin normlarına göre yapmaktadırlar.

*Piaget*, çocukta işbirliği, karşılıklılık duygularının uyanmasını ölçmek için bilye oyununu seçmiştir. Bilye oyununun kurallarını çocuklar ne ölçüde algılar, anlar ve benimser? Çocuk 2-5 yaşları arasında, kuralları otomatik olarak dıştan algılama döneminden sıyrılmaya başlar ve zorunlu bir kuralın varlığının bilincine yaklaşır. Artık dışardan gördüğü örnekleri taklit etmeye yönelcektir. Kendi başına bilye oynarken, kendinden büyük çocukların yaptığını yapmaya çalışır. Ancak, tek başına bilye oynayan bir çocuk için kuralın ne değeri vardır? Akranları ile oynasa bile, belirli kurallara göre kazanmak veya kaybetmek onun için o kadar önemli değildir. Çocuklar, işbirliği ve rekabet havasına 6-9 yaşlarında girerler. Kuralların gerekliliği üzerinde hepsi birleşir. Fakat bu kuralların neler olduğu hakkında bu yaşta keskin bir açıklıkla cevap verememekte, herhangi bir anlaşmazlıkta her kafadan değişik bir görüş çıkmaktadır: «Mızıkma»

Bilya oyunu kurallarının kesinlikle bilinme ve uygulanma dönemi ise 11 yaşlarında başlar. Mızıkma, yerini oyunun kurallarına dikkatle uymaya bırakır. Kısacası, artık mahallede oynayan çocuklar için işbirliği, karşılıklı çıkarlar ve arkadaşlık duygusu benimsenmiş, oyun kurallarına bu kez bilinçli ve gönüllü bir uyum sağlanmıştır.

Bilya oyunu kurallarından bir başka düzeye çıkıldığında, örneğin yürürlükteki hukuk kurallarının, toplumsal yaşamda bireylerin karşılıklı hak ve ödevlerini saptadığını ileri sürebiliriz. Tabii, Türkçe'deki «zor oyunu bozar» deyimini unutmamak koşuluyla...

Amerika'da yaşayan ünlü sosyal psikoloğumuz *Muzaffer Şerif* de davranışların belirli kurallara göre düzenlenmiş oluşunun «insanın temel davranış psikolojisinde yattığını» ileri sürer (38). Toplumsal etkileşimin kaçınılmaz bir biçimde kurallarla düzenlenmiş olması psikolojik nedenlere dayanır: Her şeyden önce, insan çoğu gereksinmesini tek başına yaşayarak karşılayamaz. «Sorunlarını çözmek, ve gereksinmelerini sağlamak için», davranışlarının

---

(38) M. ŞERİF ve C. ŞERİF, *Social Psychology*, Harper International, New York, Londra, Tokyo, 1969, s. 188.



toplumsal bakımdan düzenlenişinin «getekli bir araç» (39) olduğu görülür. Toplumsal kuralların oluşmasında psikolojik etmenlerin önemi ortadadır. (40)

### III. EKONOMİ, TEKNOLOJİ VE HUKUK KURALLARI

Yaşamak için üretmek, işte insanın temel zorunluluğu. Doğal kaynaklardan yararlanılması, yani kaynakların yaratılması, kısacası zenginliklerin üretilmesi gerekmektedir.

#### A. ÜRETİM, MÜLKİYET VE HUKUK

Neyin, nasıl ve kimler tarafından üretildiği, nasıl paylaşıldığı her toplumun ekonomik koşullarına göre belirlenir. İster bir kişinin avladığı balinanın tüm klana ait olduğu Eskimo toplumunda, ister ava başkalarından önce çıkan aç gözlü avcının cezalandırıldığı kıızılderili toplumunda; veya pater familias'ın tüm toprakların tek sahibi olduğu eski Roma Gentes'inde; veya;— ekonomisi başka kabilelerin zenginliklerini talana dayalı göçebe toplumunda; ister üretim araçlarının devletleştirildiği Sovyet toplumunda yaşanılsın, temel sorun aynıdır: Kıtlığı yenmek, üretmek ve tüketmek. Yalnız, zenginlik kaynaklarının kimlerce ve nasıl paylaşıldığı farklılık göstermektedir.

Avcı toplumları için avlanma alanlarının, göçebe toplumlar için davar ve otlakların, yerleşik toplumlar için toprak ve mer'aların, günümüz toplumlarında ise büyük endüstri işletmelerinin ön plana geçtikleri gözlenmektedir.. Marksist görüş üretim ilişkilerine ağırlık tanır. Tüm toplumsal ilişkilerin temelinde (ve dolayısı ile hukuksal ilişkilerin de) üretim ilişkileri yatmaktadır. Üretimden sonra da bu ürünlerin mübadelesi gelir (41). Marksist sosyoloji için en önemli ögeler budur. Ne var ki, bundan hukukun yalnız pasif bir üstyapı kurumu olarak görüldüğü anlamının çıkarılmaması gerekir.

Engels ünlü «Felsefe İncelemeleri»nde «...Maddeci tarih görüşüne göre, tarihin belirleyici etkeni, nihai aşamada; gerçek yaşamın üretimi ve yeniden üretimidir. Ne Marx ne de ben, bunun ötesinde bir şey söylemedik. Bundan

(39) *Ibid.*

(40) Markist kuramın, «bilinç»i «ta başlangıçtan beri sosyal bir ürün» olarak kabul ettiğini ve temelinde üretim ilişkilerini gördüğünü hatırlatalım. Bkz. K. MARX ve F. ENGELS, *Alman İdeolojisi*, Sosyal Yayınları, İstanbul 1968, s. 55.

(41) F. ENGELS, *Anti—Dühring*, Editions Sociales, Paris, 1950, s. 307.



sonra biri kalkar da, bu önermeye, ekonomik etken *tek* belirleyici etkendir de-  
dirtecek kadar işkence ederse, onu, boş, soyut, saçma bir tümceye dönüştü-  
rür. Ekonomik durum temeldir ama üstyapının çeşitli ögeleri de... tarihsel mü-  
cadelelerin akışı üzerinde etkide bulunurlar ve çoğu durumda öncelikle *bi-  
çimlerini* belirlerler» (42) diyordu.

Üretimle hukuk arasındaki ilişkinin en somut örneğini mülkiyet ku-  
rumu vermektedir. Özel mülkiyet, kamu mülkiyeti, toprak mülkiyeti, taşı-  
nabilir zenginliklerin mülkiyeti vb. köleci, feodal, burjuva veya sosyalist, her  
toplumda çeşitli hukuksal kurallarla güvence altına alınmıştır. Ancak, kural-  
lar toplumların özel yapısına göre farklılık gösterir. Klâsik özel mülkiyet  
kavramının artık tanınmadığı bir toplumda örneğin, miras hukukunun, baş-  
ka bir deyişle, zenginlik kuşaktan kuşağa aktarabilme hakkının sınırlı  
kalması doğaldır.

### B. TOPLUM, TEKNOLOJİ VE HUKUK

Bir toplumun ekonomik koşullarının (teknolojisinin, üretim güçlerinin,  
üretim ilişkilerinin, iş bölümünün) (43) değişmesini ve hukuksal ilişkiler, yani  
çeşitli ayrıcalıklar, haklar ve yükümlülükler üzerindeki etkisini *Marx* ve *Durk-  
heim* gibi kurucu sosyologlar hemen farketmişlerdi. Marx, el değirmeni fe-  
odal toplumu, buhar makinası burjuva toplumunu yansıtır derken, serflerin  
endüstri işçilerine dönüşmesiye yeni bir hukuk düzeninin ortaya çıktığını bi-  
lirtiyordu: Hukuksal ilişki, kendisinde ekonomik ilişkilerin yansıdığı bir ira-  
deler ilişkisinden başka bir şey değildir. Gene, *Durkheim* basit «tek boğum-  
lu» toplumdaki «çok boğumlu», karmaşık topluma geçişte hukuksal ilişkilerin  
ana niteliklerinin değiştiğini vurgulayacaktı. Bu arada, *Sumner Maine*'in ün-  
lü «Statüden Sözleşmeye geçiş» genellemesini (44) unutabilir miyiz?

(42) Nakleden G. POLİTZER, *Principes Elémentaires de Philosophie*, Editions Sociales, Paris, 1966, ss. 237—38.

(43) K. MARX ve F. ENGELS, *Alman İdeolojisi*, ss. 40—46.

(44) H.S. MAİNE, *Ancient Law* (1861), Yeniden gözden geçirilmiş bası, Dutton, New York, 1960, s. 100; Toplumun karmaşıklaşması sürecinin hukukun evrimi ile ilintisi üzerinde bkz. R. D. SCHWARTZ ve J. C. MILLER, «Legal Evolution and Societal Complexity», in—S. N. EİS-ENSTADT, *Readings in Social Evolution*, Pergamon Press, London, 1970, ss. 155—178.



Günümüzde, teknolojik aşamaların toplumsal değişme üzerindeki önemi herkes tarafından kabul edilmektedir. Hukuk da toplumsal değişmeye paralel olarak (45), belirli bir değişme ve yayılma göstermektedir.

Öte yandan, az gelişmiş ülkelerin genellikle hukuk sistemlerini teknolojik düzeyi yüksek Batılı ülkelere esinlenerek düzenlemeleri, teknoloji—hukuk ilişkilerini bir başka yönden yansıtır. Tanzimattan bu yana, Türk hukuk sisteminde yapılan Batı kaynaklı reformlar «Muasır Medeniyetlere» ulaşma çabasını belgelemez mi?

Günük yaşamdan bir kaç hukuksal örnek verelim:

Yeni bir buluş, bulucusuna belirli bir süre takım hukuksal haklar sağlamaktadır. Çünkü bir çok ülkede benimsenmiş olan «patent hakkı» ayrıca yasal güvenceye de kavuşturulmuştur. Yararlı olduğu kadar tehlikeli bir buluşun, örneğin atom enerjisinin, yalnız barışçıl amaçlarla kullanılması yolunda, bir çok ülkeyi, karşılıklı kısıtlayıcı anlaşmalar imzalamaya ve dolayısı ile uluslararası hukuka katkıda bulunmaya zorladığı görülüyor. A.B.D. ve Sovyetler Birliğinin öncülüğünü yaptıkları, atom silâhlarının ancak yer veya sualtında denenmesine izin veren 1963 Moskova Anlaşması veya yıllardır kesin bir uluslararası uzlaşmaya varılmadan sürüp giden S.A.L.T. - Stratejik silahların sınırlandırılması— görüşmeleri de böyle bir hukuksal çabayı yansıtır.

İnsanı kağıttan uzay gemisine ulaştıran teknolojisi elbette hukuksal boyutlarını birlikte getirecekti. Uçaklar ortaya çıkmadan nasıl bir hava hukuku söz konusu değildiyse, aya ulaşan bilimsel ve teknolojik güce sahip günümüz toplumlarında, uzay hukuku tartışmaları çok doğaldır.

Otomobil basit bir buluş değildir. Toplumsal yaşamda oynadığı rol «lüks değil, gerek» deyimi ile açıkça belli olmaktadır. Motorlu araçlar kullananlar için ehliyetin, sigortanın, verginin zorunlu tutulması, sarhoş araba sürme veya fazla sürat yapmanın yasaklanması vb. bu buluşun toplumsal yaşamda doğurduğu zararlı «yan etkileri» bir ölçüde önleme amacını taşımaktadır. Kısacası, hukuk, burada da düzenleyici görevini yerine getirmektedir. Tıpkı, iş hukukunun endüstri devrimi sonunda gelişmesi, Ortaçağın iki üç işçili demirci atölyesi ve loncaları için geçerli olan ilişkilerin bugün yüzlerce işçinin çalıştığı demir-çelik işletmeleri ve sendikaları döneminde değişikliğe uğ-

---

(45) Toplumsal değişimin hukuk üzerindeki etkisi ayrı bir çalışmamızın konusu olmuştur. Bkz. A. ÜNSAL, «Toplumsal değişme ve Hukuk», Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Mart 1972, cilt 4, sayı 1, ss. 114—141.



ramalarının kaçınılmaz olduğu gibi.

Teknoloji ve hukuk arasındaki bağlantıyı son bir örnekle canlandıralım. Bugün, özellikle ABD'de, bilgi sayar makinalarının hukuksal amaçlarla kullanılmasına gidilmektedir. Hukuk olgusunu, bu arada çeşitli yasa ve içtihadı bilgi işlem teknikleri ile değerlendiren çeşitli araştırmalar yayınlanıyor. Türkiye'de bile hukuksal yapı değişikliklerini «sibernetikleştirmeyi» önerenler var. (46)

#### IV. TOPLUMSAL DÜZEN VE HUKUK KURALLARI

İnsanın «Toplumsal bir ürün» olduğu üzerinde herkes birleşiyor. Bireyler temel gereksinimleri nedeniyle grup içinde yaşarlar: Aile, mahalle, okul, cami, ordu, üniversite, spor klübü, fabrika, büro vb. grupların beşidir. Toplumda yaşayan ve çeşitli grupların üyesi olan bireyler arasında doğan zorunlu ilişkiler, giderek kurumsallaşır.

##### A. GRUPLAR VE KURALLAR

Grup toplumsal bir birimdir. Şerif, grubun «rol ve mevki ilişkileri içinde, belirli bir zaman ölçüsünde bulunan ve en azından grup yaşamını ilgilendiren konularla ilgili olarak davranışlarını düzenleyen, kendi değer kümesine veya kurallarına sahip olan bir çok kişiden oluştuğunu» söyler (47).

Çeşitli gruplar içersinde yaşamlarını sürdüren bireyler, değişik rol ve mevkilerde bulunurlar. Son yıllarda, özellikle sosyologlar tarafından incelenen rol ve mevki kavramlarının hukukçulara büyük kolaylıklar sağlayabileceğini ileri sürenler var. Grawitz'in ilginç görüşüne göre, hukuk kuralları sayısız toplumsal rolleri tanımlar, saptar ve açıklar (48). Örneğin, evli-bekâr, karı-koca, ev sahibi-kiracı, borçlu-borçveren, işçi-işveren veya yöneten-yönetilenler gibi. Toplumsal bir kavram olan mevki, burada toplumun üyelerinin hak ve ödevlerini kısacası, kimlerin, nasıl davranabileceklerini hukuksal bir çerçeve içinde açıklamaktadır.

(46) T.A. IRTEM, «Anayasa—Laboratuvarı ve Sibernetik», *Cumhuriyet*, 7 Haziran 1970, s. 2.

(47) ŞERİF ve ŞERİF, *Social Psychology*, s. 131.

(48) M. GRAWITZ, «De l'Utilisation en Droit de Nation Sociologiques», *Année Sociologique*, Vol. 17, P.U.L. Paris, 1966 ss. 415—434.



Bilindiği gibi, Sahip-Köle, Vatandaş-Metek, Senyör-Serf, Süzeren-Vassal, Asiller-Rahipler ve Burjuvalar arasındaki ilişkiler, Hindistan'daki Kast Sisteminde de olduğu gibi, sosyal, ekonomik ve siyasal sonuçlara yol açarken, hukuksal bir temele de dayandırılıyordu. Modern «açık toplum»larda sınıfsal ayrılıklar elbette kağıt üzerinde hukuksal bir temele dayanmamaktadır. Ancak her toplumda hukukun bir ölçüde, egemen grup ve sınıfların değer, inanç ve çıkarlarını yansıtan bir içerik taşıdığı da bir gerçektir. Bununla beraber, hukuksal yaşamı yalnız iktidardaki sınıflar iradesine bağlayan görüşler bizzat markist sosyologlarca da reddedilmekte, bunun Marksizmin bir karikatüründen başka bir şey olmadığı yinelenmektedir (49).

Öte yandan, grup dinamiğinin yarattığı, «spontane» yani kendiliğinden oluşan hukukun —başka bir deyişle, ana toplumun hukuk düzenine paralel olarak etkinliğini sürdüren çeşitli «alt—kültür» hukuk düzenlerinin - birçok sosyolog ve hukukçunun ilgisini çekmesi doğaldır (50). Hukuku sadece yazılı metinlerde arayanlar, vergi kaçırmayı kârlı bir alışkanlık haline getirmiş olan bir kişinin, dostları ile giriştiği bir kumar partisi sonunda eğer borçlanırsa (ülkesinin yasaları kumar borçlarını hukuksal bir borç olarak kabul edip ödenmesini zorunlu tutmasa bile, gene de) borcuna sadık kaldığını gözden kaçırmamalıdır.

Bir sendikanın, bir Tabipler Odasının verdiği bazı cezaların, söz konusu kuruluşların üyeleri üzerinde Devletin yasalarından çok daha etkili oldukları sık sık görülmekte. *Whyte*'ın klâsikleşmiş «The Sreet Corner Society» adlı çalışmasında, kentin yoksul bölgelerinde oturan çocukların kurdukları çeteler-

(49) M. ve R. WEYL, *La Part du Droit*, s. 41.

(50) Bkz. *Günaydın*, 14 Temmuz 1975: «İrlanda tedhiş örgütünün üyeleri kendilerine ihanet eden iki kızın saçlarını kökünden kazıdı»; *Hürriyet*, 3 Nisan 1973: Antakya'nın Reyhanlı ilçesi Harran köyünde oturan bir aşirette «Bir baba zina yapan kızını aile meclisinin kararı ile kesti». Kırsal aile düzeninden bir örnek daha Samsun'un Alaçam ilçesinde Sekercek köyünden: «Aile meclisi karar verdi: Genç anne ile gay rimeşru çocuğunu haşlayarak öldürdüler», *Hürriyet*, 24 Mayıs 1973; «Davul zurna ile dayak atıldılar», Konya'nın Kırbakan bucağı Süleyman Hacı köyünde bir kıza sarkıntılık yapan bir gence kurbanının akrabaları tarafından verilen ceza bu oldu. *Cumhuriyet*, 30 Eylül 1972; «Camiden çaldığı kilimleri sırtına bağlayıp, ceza olsun diye şehirde dolaştırdılar», *Günaydın*, 31 Mart 1974.



de davranış kurallarının nasıl oluştuğu, bunlara nasıl uyulduğu ve uymayanlara ne gibi cezalar verildiği hakkında ilginç veriler vardır. (51)

Grupların toplumsal örgütlenme açısından önemleri ortadadır. Şerif, toplumsal bir örgütün yani belirli bir yapının, birbirine bağımlı roller ve hiyerarşik mevkiiler ağı olduğuna değinir. Bu ilişkiler ağı, kurallara yönelik olan toplumsal bir birimde (büyük veya küçük) üyelerinin karşılıklı beklenti sorumluluk ve gücünün saptanmasını belirler, der (52) Kısacası toplumsal grupların yaşamında «yazısız» ve «yazılı» hukuk kurallarına gerek olduğu açıktır.

### B. TOPLUMSAL KURUMLAR VE HUKUK KURALLARI

Toplumsal yaşamın zorunlu sonucunda doğan kurumlar birer, değer, inanç ve kurallar kümesi olarak, toplum üyelerinin karşılıklı beklenti, tutum ve davranışlarını, toplum içindeki yerlerini, sorumluluk, yüküm ve yetkilerini, kısacası ekonomik, sosyal ve siyasal güçlerini, kaçınılmaz biçimde belirlerler. (53) Gelenekler, adetler, töreler, ahlâk ve din ve kurallarının yanısıra, hukuk kurallarının da toplumsal denetim aracı arasında özel bir yeri vardır (54). Hukuk kuralları aslında, toplumdaki öteki kurumların yaşamlarını, evrimlerini çevreleyen bir koruyucu bulut görevini yerine getirmektedirler. «Vücut için kemikler neyse, siyasal kurumlar için de hukuk'un önemi odur» (55). Bir bakıma, toplumun egemen ideolojisini hem yansıtır hem de bekçiliğini yapar. Birey, grup ve sınıflararası ekonomik, sosyal ve siyasal çıkar çatışmalarının bir sonucu, daha doğrusu, geçici dengesidir.

- 
- (51) W.F. WHYTE, «Corner Boys; A Study of Clique Behavior», *The American Journal of Sociology*, Vol XLVI, Mart 1941, ss. 647—664.
- (52) ŞERİF ve ŞERİF, *Social Psychology*, s. 150.
- (53) «İnsan toplumsal bir üründür onu sürükleyen değerler ve davranışı büyük ölçüde bir toplumdaki egemen değerlerde belirlenir», R. PRESTHUS, *The Organizational Society*, (An Analysis and a Theory), Vintage books, New York, 1962, s. 94.
- (54) Bkz. A. GREEN, «The Law and Social Control», in—*Sociology*, McGraw—Hill, 1965, ss. 528—55». Bkz. H.J. BERMAN ve W.R. GREINER, *The Nature and Functions of Law*, Brooklyn, The Foundation Press 1966; E.A. HOEBEL, «Law and the Social Order», in—S. RAPPORT ve H. WRIGHT, (Eds.), *Anthropology*, Washington Square Press, New York, 1968, ss. 194—211.
- (55) F. POLLOCK, «The History of English Law as a Branch of Politics» *Essays in Jurisprudence and Ethics*, Londra, 1882, nakleden, MACKENZIE, *Politics and Social Science*, s.—278.



Hukuku sınıflararası çatışmanın bir aracı olarak yalnız marksistler görmüyor artık. Örneğin, Amerikalı araştırmacı *Schur*'un da değindiği gibi, bir toplumda geçerli tek bir değerler kümesi yoktur (56). Hukukun toplumda sadece bütünleştirici yönde işlevi olduğu görüşü yanlıştır; toplumlar belli bir ölçüde, sürekli çatışma içindedir.

Günümüz toplumlarında, örneğin ülkemizde kurumlar ve bunları düzenleyen hukuk kurallarından gelişigüzel bir kaç örnek verilebilir:

*Aile*: Medeni Kanun, madde 290, 311, 312, 82-240-Evlilik-Gayri meşru çocukların durumu. Türk Ceza Kanunu, 449 ve 450. maddeler yakın akraba ve «usul ve furuğ»yani, ana, baba aleyhine işlenen öldürme fiili için daha sert cezalar, ömür boyu hapis veya idam, öngörmektedir.

*Siyaset*: Anayasa-Siyasal partiler Kanunu-Seçme, seçilme hakkı;

*Eğitim*: Üniversiteler Kanunu-Sınav Yönetmelikleri;

*Ekonomi*: Ticaret Kanunu-Kredili Satışlar hakkında mevzuat; TCK Madde 358-368-«Ticaret ve Sanayie ve müzayedeye hile ve fesat karıştırmak cürümleri»;

*Sağlık*: TCK, madde 468-471-Kürtaj yapan ve yaptıranların cezalandırılması;

*Savunma*: Anayasa-Askerlik hizmeti yükümlülüğü-Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu;

*Din*: Anayasa-Vicdan ve dinsel inanç özgürlüğü, TCK, madde 175-178-«Din hürriyeti aleyhinde cürümler»;

*Ahlak*: TCK, madde: 567-577-«Ahlaki umumiyeye müteallik kabahatler» - Müstehcen yayınların toplatılması;

*Spor*: Profesyonel lig yönetmeliği-Şike yapanların cezalandırılması;

*Sanat*: Medeni Kanun-Telif hakkı (Copyright), gibi.

*Sonuç* olarak, hukuku, «kara kitaplarda» değil, yasaların dışında da, geleneklerde, alışkanlıklarda, tutum ve davranışlarda kısacası, yaşamımızın her alanında aramamız gerektiği bir gerçektir. Yazılı veya yazısız olsun, hu-

(56) E.M. SCHUR, *Sociologia del diritto*, II Mulino, Bologna, 1970, s. 104. Özellikle, bkz. R. DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford Univ. Press, 1959.



kuk kurallarının kaynağı toplumdur. Toplumun temel öğeleri olan doğa ve çeşitli toplumsal gruplar içinde yaşaması zorunlu olan insanın etkileşimlerinin ürünü öteki öğelerin, ekonomi, teknoloji ve toplumsal örgütlenmenin - yani düzenin - bir sonucudur hukuk (57).

Gerek zamanda gerekse mekânda farklı sosyal, ekonomik, politik ve kültürel koşullara sahip değişik toplumlardan örnekler verilerek, ayrı ayrı incelenen her ögenin aslında toplumsal bütünden soyutlanamayacağı ve birbiriyle sürekli bir etkileşim içinde buldukları açıktır (58). Ancak, sunuş kolaylığı açısından böyle bir yol seçilmiş ve zorunlu olarak, temel alınan öğeler arasında önemleri yönünden hiyerarşik bir sıralamaya gidilmemiştir.

Hukuksal ilişkilerin kaynağı konusundaki bu çalışmamızın bir *taslak demesi* olmaktan öte bir amaç taşımadığını bir kez daha belirtelim. İlerki çalışmalar için bir başlangıç olmasını umduğumuz yukarıdaki şema, zorunlu olarak statik bir görünüm içinde verilmiştir. Oysa, sürekli evrim içindeki toplumlarda insanlar doğaya gittikçe egemen olmakta, geliştirdikleri teknolojileri ile geleceğin toplumlarının temelini atmakta ve yaşamlarını düzenleyen değerler ve kuralları, siyasal ideoloji ve kurumları bundan etkilenmektedir. Kısacası, toplumsal gerçek dinamik boyutları ile karşımızdadır. Hızla sanayileşen evrende, hukuksal ilişkiler toplumsal gerçeğin bir parçası olarak gerek ülke içi gerekse uluslararası alanlarda gittikçe önem kazanmaktadır.

---

(57) «Hukuk bir toplumsal düzen biçimidir; hukuksal düzen bir toplumu bir arada tutmanın önemli bir yoludur. (...) Hukuku belli kurallar kümesi yerine, bir eylemler ve fikirler kümesi olarak tanımladığımızda, davranışlarımızı ve düşüncelerimizi belirleyen öteki modellerle karşılıklı ilişkileriyle inceleme olanağına kavuşuruz. Böylelikle, tüm toplumsal süreç içersinde hukukun payını incelersek, gerek hukukun, gerekse toplumun kendisinin anlaşılması çok daha kolaylaşır». BERMAN ve GREINER, a.g.e., s. 7.

(58) Türkiye'nin ne denli hızlı bir geçiş dönemi yaşadığını şu örnek yansıtmıyor mu? «Başlık parası veremiyen genç, nikâhta bono imzaladı». *Hürriyet*, 16 Mayıs 1974; «yeni gelinin babası, bonoları geleneklere uymak için imzalattığını, başlık parasının hak olduğunu söylemiştir.» (Altını biz çizdik). Nüfusun yüzde 60'a yakın bir bölümünün hâlâ kırsal alanlarda yaşadığı ülkemizde, kentsel yaşamın gereklerinden biri olan bononun böylelikle, traktör alışverişlerinin dışında da, yeni bir işlev kazanmaya başladığı anlaşılıyor..