

# TOPLUMSAL NORM VE CEZA YAPTIRIMININ DOĞASI ÜZERİNE

Erkan Sarıtaş

*“Ceza Hukuku ve Kriminoloji’ye olan ilgimin  
mimarlarından ilki ve bu alanda üretebildiğim  
her şeye istinaden yaşadığım gururu  
tartışmasız borçlu olduğum çok değerli hocam  
Prof. Dr. Füsun Sokullu – Akıncı’ya  
sonsuz şükran ve sevgilerimle...”*

## GİRİŞ

Ceza yaptırımı, suç olarak isimlendirilen ve esasen teknik olmanın ötesinde, “toplumsal olarak” tanımlanmış bir davranış tipine karşı, iktidar odağının önceden belirlenmiş bir departmanının, yine önceden belirlenmiş bir prosedüre göre gösterdiği reel ve rasyonel tepkidir. Bu tepkinin, bir “*olması gereken*” penceresinden sistemleştirildiği ve netice olarak ortamdaki “başvuru değerlerine” göre biçimlendirildiği açıktır. Ancak, bu rasyonel tepkiye bir “*olması gerekenin*” biçim ve yön veriyor olması, onun toplumsal olarak somut bir olgu biçimini aldığı ve neticede toplumsal etkiler doğurduğu, kısaca bir “*olan*” olarak ortaya çıktığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bir davranış tipinin “*olması gereken*” davranış kalıplarının dışına çıkması durumunda, ona gösterilen tepkinin yani yaptırımın bu “*olması gerekene*” göre biçimlendirilmesindeki başarının, bununla elde edilmesi amaçlanan neticeler söz konusu olduğunda kendini gösterememesinin nedeni de yaptırımın tatbiki aşamasının toplumsal bir olgu biçimini alması gerçeğidir. Öyleyse yaptırım, yalnızca normatif yönleri olan ve bu alanda kalması gereken bir kavram olmaktan uzaktır. Aksine, iktidarın, hukuk denilen kendine özgü “idare etme aracının” hiç olmadığı toplumlarda dahi kendine has yaptırım sistemlerinin peyda edilmiş olması yaptırımın bizim anladığımız anlamda normatif bir sisteme has olmadığını göstermektedir<sup>1</sup>.

Bir davranış kalıbına gösterilen tepkinin, son tahlilde rasyonel olması, kökenlerinin de mutlaka rasyonel olduğunu göstermeyecektir. Toplumdaki iktidar odaklarının kendilerine has gelişim çizgileri, beraberinde ellerindeki araçların da gelişimini sağlamıştır ve dolayısıyla rasyonel olma niteliği de bu gelişimin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle ceza yaptırımının özelleşmiş bir yaptırım türü olması ve kendine has bir rasyonelitesinin bulunması, onun bir “modern dönem icadı” olarak algılanmasını sağlamaya yetmeyecektir. Zira toplumsallığın var olduğu her sistemde -ister bilinçli ister bilinçsiz, ister son derece etkili isterse etkisiz olsun- mutlaka bir yaptırım sisteminin olduğu görülmektedir. Bu yaptırım sisteminin rasyonellik kazanması, ancak belirli bir gelişim sürecinin etkisi ile olur. Fakat bu, rasyonel bir yaptırımın; mesela ceza

<sup>1</sup> Bkz. M. Tefvik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 2. baskı, İstanbul, Sert Yayınları, 2003, s.74.

yaptırımının, toplumsal olgulara dayanan kökenlerinin inkarına olanak veremeyecektir. Bu genel çerçevede ceza yaptırımının tüm yönleri ile kavramsal olarak ortaya konulabilmesi için onun toplumsal kökenlerinin aynı kavramsal yapı içinde sunulabilmesi gereklidir. Bu toplumsal kökenler, ceza yaptırımının neticesi ve etkisinin de doğru bir şekilde ortaya konulabilmesini sağlayacaktır.

Bu çalışmamızda biz, yaptırımın ve özelde ceza yaptırımının toplumsal düzen içindeki yeri, kökenleri, işlevi ve yapısı üzerine temel bir kavramlaştırma ve analiz yapmaya çalışacağız. Bu çerçevede evvela yaptırım sözcüğünün doğru bir şekilde kavramlaştırılması ve bir toplumsal norm ile bağlantılı olarak yaptırımın nasıl oluştuğu, ne suretle geliştiği ve nasıl uygulandığını ortaya koyma gayreti içinde olacağız. Bu süreçte özellikle toplumsal normun nasıl oluştuğu ve akabinde hukuk normuna nasıl evrildiği, yaptırımın bir toplumsal normun meydana gelmesindeki etkisi, tüm bu gelişim sürecinde iktidar mekanizmalarının rolü ve norm karşısında bireyin davranışını birinci bölümde, yaptırımın şekilleri ve uygulanmasını ikinci bölümde, özel bir yaptırım türü olan ceza yaptırımının anlamı, nitelikleri, işlevi, çeşitleri ve sınırlarını ise üçüncü bölümde ele alacağız.

## A- GENEL OLARAK “YAPTIRIM” KAVRAMI

### 1- Yaptırımın Kökenleri ve Kavramsallaştırılması

Kavramın etimolojik kökeni bir tarafa bırakılırsa, temelde yaptırımın “reaksiyonel” bir olguyu ifade ettiği görülecektir<sup>2</sup>. Bu olgu, belirli bir olay karşısında takınılan içsel tavrın, olayın süjelerine yönelik olarak belirli bir biçimde dışsallaştırılmasına karşılık gelir. Buradaki olay, tekil veya karşılıklı olabilir ancak her durumda “toplumsal olarak bir anlam” ifade etmesi şarttır. Burada “toplumsal anlamla” kastedilen, eylemin mutlaka “toplumsal yapının değer yargılarına yönelmiş” bir şekilde ortaya çıkmış olması değildir. Ancak bu kavramsal çerçeve içinde değerlendirilebilmesi için davranışın, en azından tekil anlamda tek bir insan zihninde dahi değersel bir karşılığının olması gerekir. Bununun, bütünsel bir anlamda kabul edilen, sistemleştirilmiş bir yargı biçimini alması -hemen çoğu zaman bu şekilde cereyan etse de- şart değildir. Bir çocuğun davranışı, toplumsal anlamda bütünsel hiçbir değer yargısı ile çatışmasa bile, bu davranışın aile üyelerinden birinin nezdinde bir anlam ifade etmesi, bir değerlendirme objesi olması ve buna uygun olarak bir karşılığının bulunması, o davranışın bir toplumsal etkisinin olduğunun kabulü için gerekli ve yeterlidir. Bu şekilde bir davranışa yönelmiş temel reaksiyon, evvela davranışa yönelik olarak kabul edilen içsel değerlendirme kriterlerine göre soyut olarak biçimlenecek, yaptırım biçimini alacak olan somutlaştırma ise ancak bir sonraki aşamada ve buna gerek olduğu için söz konusu olabilecektir. Öyleyse yaptırımın temel işlevsel sürecini anlayabilmek için iki temel kavrama, yani *toplumsal davranışa* ve *değer yargılarına* başvurmak gerekmektedir.

<sup>2</sup> “Bir yaptırım, toplum veya üyelerinin önemli bir miktarının davranış biçimine gösterdiği tepkidir; bununla (davranış) onanır (pozitif yaptırım) veya onanmaz (negatif yaptırım)”. A.R. Radcliffe- Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, çev: M. Tevfik Özcan, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, (HFSA)**, 1. Kitap, İstanbul, Nüans Basın-Yayın, 1993, s.121. Ayrıca bkz. Georges Picca, **Kriminoloji**, çev: Ebru Erbaş, İstanbul, İletişim, 1992, s.18-19; Zeki Hafızoğulları, **Ceza Normu – Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. baskı, Ankara, Us-A Yay., 1996, s.144.

## a- Yaptırımın Kökeni

### (1)- Toplumsal Davranış ve Değer Yargıları

İnsan davranışlarının “toplumsal davranış” şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulması ilk bakışta garip gelebilir. Ancak belli bir davranışın her zaman toplumsal bir etkiye sebebiyet vereceğini söylemek de mümkün değildir. Örneğin toplayıcı iki kabile açısından, üyelerinden birinin, “bir ağaçtan meyve koparma” şeklindeki davranışı, her bir kabilenin içinde bulunduğu fiziksel koşullara göre; ya o eylemin hiç umursanmaması ya da tersine, görece şiddetli bir reaksiyon alması şeklinde bir sonuç doğurabilir. Yukarıda verdiğimiz “çocuğun davranışı” örneğinde de olduğu gibi toplumsal davranış, “toplumdaki tekil anlamda herhangi bir bireyin, *belirli bir değerlendirme objesi* olarak alacağı şekilde dışsallaşmış bir davranışa” karşılık gelmektedir<sup>3</sup>. Buradaki değerlendirme kriterlerinin ezici bir oranla o toplumu oluşturan kültürel varlığa ait olması mümkündür, ancak tamamen kişisel deneyimin ürünü de olabilir. Bununla birlikte bu ikinci ihtimali şimdilik değerlendirme dışı bırakıyoruz, zira bir sonraki aşamada ele alacağımız “*değer yargıları*” kavramı zorunlu olarak topluma ait kültür ile açıklanabilecektir.

Toplumsal yapı içinde esasen her bir insan, hem başka insanlara yönelik “bir değerlendirme çekeri” hem de başka insanlara ait değerlendirmelerin “somut konusu”dur. Bir başka ifade ile ne değer yargılarının tekil ve sübjektif oluşturucusu olarak her bir birey statiktir; ne de bu değer yargılarının somutlaştırılma objesi olarak diğer birey ya da bireyler hep aynı şekilde tepki vermeye eğilimlidir. Dolayısıyla hem objenin hem süjenin değiştiği bir ortamda, ilk bakışta kişilerin, davranışlarının toplumsal olarak nasıl cevap alacağını öngörmelerinin mümkün olmadığı düşünülür. Dolayısıyla zorunlu olarak insanların olduğu her yapı -cinsellik gibi en temel güdülerden gittikçe karmaşıklaşan mübadele istemlerine kadar- sayısız karşılıklı talep ve cevaplardan ve her biri bağımsız birer değişken vasfında olan “topluluk üyelerinden” oluşan karmaşık bir “sisteme” vücut verecektir. Bu sistemdeki sayısız değişken ve her bir değişkene ait davranış tiplerinin sonsuz genlikte öngörülmezliği, beraberinde sistemin “başlangıç durumlarına hassas bağımlı” olmasını sonuçlayacağı içindir ki başlangıç durumlarındaki çok küçük değişikliklerin, katlanarak büyümesi ve neticede sistemi derin bir kriz içine sokması her zaman mümkündür ve böyle bir sistemde her şey “öngörülmez” olacaktır<sup>4</sup>. Bu yapıdaki toplumsal sistemin kendi varlığını devam ettirebilmesi için her değişken duruma karşılık, her defasında kendisini yeniden organize edebilmesi yani “*self-organizasyon yeteneğine sahip bir karmaşık sistem*”<sup>5</sup> özellikleri taşıması şarttır<sup>6</sup>. Bunun temel koşulu ise sistem içi bilginin, yani toplumsal olarak tüm toplumun kabulüne mahzar olmuş yargının, hem de toplumun belli bir andaki her bireyine ulaşma anlamında *yatay*, hem de zamana bağlı olarak her defasında derinleşen nesillerle aktarılmaya anlamında *dikey* olarak iletilmesi gereklidir. Zira karmaşık bir sistemde, sistemin her değişkeninin bağımsız davranışı sisteme bir girdi olarak sunulacakken, bunun yarattığı her netice (mesela karşı davranış) sistemde bir çıktı olarak alınacak, ancak her çıktı, buna göre yeni bir davranış geliştirilmesi söz konusu

<sup>3</sup> Krş. Wolfgang Detel, “On The Concept of Basic Social Norms”, **Analyse & Kritik**, C:30, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2008, s.469-470.

<sup>4</sup> Bkz. Paul Cilliers, **Complexity and Postmodernism, Understanding Complex System**, London, Routledge, 1998, s.3-4.

<sup>5</sup> Bkz.Melek Vergiliel Tüz, **Kaos Ortamında Self Organizasyon Davranışı**, İstanbul, Alfa, 2001, s. 26, 48-49.

<sup>6</sup> Bkz. Cilliers, **a.g.e.**, s.10, 89, 91.

olacağından yeni bir girdi halini alacaktır<sup>7</sup>. Bu *dengeleyici geribesleme* (*balancing feedback* veya *negative feedback*) *itikisi* zorunlu olarak merkezde belli çıktıkların üst üste binmesini sonuçlayacaktır. Zira aynı veya benzer girdiye verilen her cevap olarak çıktı, bir sonraki girdinin eksenini de belirleyecek ve her defasında tekrarlanan bu süreç bir müddet sonra çıktıkların aynılaşmasını ve gitgide soyutlaşmasını sonuçlayacaktır. Toplumsal sistemdeki bu zorunlu geribesleme süreci, mutlak bir şekilde üst üste binen çıktıkların -yani belirli davranışlara gösterilen belirli tepkilerin- bir tip olarak yerleşmesine ve yayılmasına sebebiyet verecektir. İşte genel olarak kültürün bir parçası olarak *toplumsal değer yargıları* bu şekilde oluşur ve gelişir. Dikkat edilirse bu değer yargıları toplumun karmaşık yapısının, varlığını devam ettirmek için zorunlu olarak oluşturduğu *geribesleme itikisinin* ürünleridir ancak bu *geribesleme itikisinin*, toplumu yeniden organize olabilen bir karmaşıklık seviyesine çıkarabilmesi için de bu değer yargılarının varlığı şarttır<sup>8</sup>. *Haviland ve arkadaşlarının* değer yargılarının da birer parçası oldukları *kültür* kavramını izah ederken kullandıkları cümleler de aynı olguya görece daha basit bir ölçekte dikkat çekmektedir:

“Her toplum hayatta kalmak ve refah içinde yaşamak için işbirliği içerisinde olan insanlar topluluğudur. Bu amaca ulaşmak için her birey toplum içinde daha önceden kestirebilecek davranış modelleri geliştirmek zorundadır. Aksi takdirde birey, herhangi bir durumda diğerlerinin nasıl davranacağını bilemezse grup hayatı ve işbirliği ortamı oluşturmak söz konusu olamaz. İşte kültür, insan davranışlarına sınırlar koyar ve hayatı önceden kestirilebilir bir yola oturtur.”<sup>9</sup>

Değer yargıları, işte genel olarak bu kültür ağının birer unsurudur. Herhangi bir davranışla ilgili olarak, onun kendine göre doğru veya yanlış olduğunu belirleyen, toplumdaki soyut ve objektif değer yargılarıdır. İnsanların, herhangi bir davranış karşısında pozisyon alırken başvuracakları temel ölçütler evvela toplumsallaşmış değer yargılarıdır ve bu değer yargılarına göre söz konusu davranışı anlamlandıracaklardır. Peki değer yargılarının bu soyut ve genel kültürel ağı oluşturmaları süreci nasıl gelişir? Bu sorunun cevabı önemlidir; zira tekil anlamda kişilere ait değer yargılarının toplumsal norm olma yolunda geçirmeleri gereken en önemli uğrak onların birer *yaptırım* edinmeleri sürecidir. Bu sürecin doğru anlaşılması, yaptırım kavramının anlamını ve toplumsal kökenini anlamamızı da sağlayacaktır.

## (2)- Toplumsal Değer Yargıları

Birel değer yargıları, tekil ve sübjektif oldukları ilkel evrelerinde, henüz soyut davranış kalıplarını ifade etmemektedirler. Daha doğru bir ifade ile sübjektif değer yargılarının en temel anlamı ve fonksiyonu, toplumda tekil anlamda her birey için “kendilerine has” temel başvuru kaynakları olmalarıdır. Onlar,

<sup>7</sup> Krş. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.122.

<sup>8</sup> “İtaati temin etmede uzlaşma ve zor kullanma arasındaki özel denge ne olursa olsun, her toplumdaki düzen, her şeyden önce toplumun mensupları arasında gündelik yaşam faaliyetlerinin nasıl düzenleneceği ve belirli bir bağlamda kabul edilebilir olan ve olmayan davranışların neler olduğuna dair varolan belirli bir anlayışa dayanır. A kişinin aşına olduğu koşullarda B'nin nasıl bir davranış sergilemesi gerektiğini ve kendi davranışlarının da nasıl karşılanacağını tahmin etmesine imkan veren bu tür paylaşılan kabullerin bulunmaması durumunda toplumsal yaşamın var olması, çok zordur.” Simona Roberts, **Hukuk Antropolojisine Giriş**, Ankara, Birleşik Yay., 2010, s.28.

<sup>9</sup> William A.Haviland, Harald E.L.Prins, Dana Walrath, Bunny McBride; **Kültürel Antropoloji**, İstanbul, Kaktüs Yay., 2008, s.103

belirli davranış tiplerinin birey açısından, “değerli, olumlu, doğru” ya da “değersiz, olumsuz, yanlış” olduğunu belirleyen temel ölçütlerdir. Ancak dikkat edilirse sübjektif (yani değer yerindeyse “*nev’en tayin edilmiş bireysel mülkiyet objeleri*”) oldukları süreçte, değer yargılarının “doğrudan davranış düzenlemesine ilişkin toplumsal araçlar” olma vasıfları yoktur. Bir davranışın değerli/olumlu/doğru ya da değersiz/olumsuz/yanlış addedilmesi tek başına, insanların kendilerini, o davranışı gerçekleştirmek ya da o davranıştan kaçınmak zorunda hissetmeleri sonucunu doğurmaz. Gerçekten, belli bir davranışa ilişkin henüz toplumsal bir değer yargısının gelişmediği bir süreçte, o davranışa yönelik algı ve ona bir değer verilmesi açısından her birey kendine has ve yekdiğerinden farklılaşan bir yaklaşıma sahip olacaktır. Bu süreç, insanlığın belirli bir gelişim aşamasına işaret ettiğinden, karmaşık toplumsal ilişkilerin geliştiği günümüzde artık doğrudan gözlemlenebilecek bir süreç olmaktan çıkmıştır. Ancak bu “*tepkisel tekilliğin*” yaptırımı giden bir aşama olarak var olduğu kabulü, sorunun somut kökeninin aydınlatılabilmesi için mantıken zorunludur. Bir insanın başka bir insana ait davranışa verdiği anlam, ilk etapta somut ve o bireye ait bir şey olunca, bu şekilde karşılıklı olarak “o toplumdaki her bir birey sayısı kadar farklılaşmış sübjektif değer yargılarının” oluşması kaçınılmazdır. Ancak her bir bireyin kendine has bir değer yargısı prototipi oluşturma imkanı ve kendi oluşturduğu bu değer yargısına göre hareket etme eğilimi varsa, toplumun kahir ekseriyetinin kabul ettiği “toplumsal düzeyde değer yargıları” nasıl oluşacaktır? Bu noktada “birel değer yargıları”nın bir sonraki aşamada daha farklı bir noktaya ulaşması için başka bazı şeylerin eklenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Tekil ve sübjektif değer yargılarının tek başına davranış düzenlemesi olusuna etki edemeyecekleri savının temel dayanağı şuradadır: Henüz altı yaşındaki A’nın, annesine, oyuncaklarını eskidiği için atmasının son derece üzücü ve dolayısıyla yanlış olduğunu söylemesinin yahut uçakta yanındaki adamın horlamasının ne kadar rahatsız edici olduğuna kanaat getirip üste bunu dillendirme cesareti gösteren B’nin bu davranışının, “anne” ya da “fazla rahat yolculuk arkadaşı” üzerinde reel anlamda ne derece tesiri olacaktır? Annenin oyuncakları yine de atmayacağını yahut da sinir bozucu yolculuk arkadaşının omzunu silkerak uyumaya devam etmeyeceğinin garantisini kim verebilir? Dikkat edilirse her bireyin kendisine has değer yargısına sahip olması, yalnızca bu haliyle, teorik olarak bir başkasından bu yargıya göre hareket etmesini isteme imkanı vermeyecektir. Zira toplumdaki kişi sayısı kadar farklı değer yargısı, en az bir bu kadar da farklı davranış tipine vücut verecektir ve hiçbir kişisel/sübjektif değer yargısının diğer toplumsal dinamiklerin sıfır olduğu bir düzeyde bir başkasının davranışlarına doğrudan etki etme kudreti yoktur. İşte tam da bu noktada davranış düzenlemesinin anahtarının, teorik olarak başkaları üzerinde etkisiz olmak durumunda olan bu değer yargılarına, pratikte belirli bir etkinlik sağlanması sürecinde olduğunu görmek gereklidir. Zira tek başına bir değer yargısının bu “etkisiz olma” niteliği, bir müddet sonra beraberinde “anlamsızlığı” da getirecek ve tekil anlamda sübjektif bir değer yargısının objektifleşmesi/toplumsallaşması çoğu kez imkansızlaşacaktır. Peki ne olmuştur da bazı değer yargıları bu teorik sıkıntıyı son derece etkin bir şekilde aşabilmiştir? İşte bu noktada işin içine farklı bir kavramın dahil edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır: “*değer yargılarının seçilimi*”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> *Hayek*’in toplumsal normlar arasında “bir düzen hasıl edecek kurallar” şeklinde bir sınıflandırmaya gitmesi, buradaki “seleksiyon” kavramı ile ifade etmeye çalıştığımız olguya kavramsal olarak yaklaşırsa da özû itibarıyla bundan son derece farklı bir noktaya değinmektedir. Zira yazarın “düzen” olarak ifade ettiği olgu, tek bir olguya işaret etmez

Doğal anlamda güçlü olanın ayakta kalması hep biyolojik kuramlarla birlikte anılmış ise de bu kavramın kökeni toplumsal olgulardadır ve aslında “seçilim” ya da daha bilinen tabiri ile “seleksiyon”, toplumsal bilimlerin ihraç ettiği ender kavramlardan biridir<sup>11</sup>. Toplumsal yapının karmaşıklığının aslında matematiksel bir mantık üzerinden ifade edilmesi gerekirse bu karmaşıklığın temelinde bu matematiksel mantığın temel bir tespit aracı olarak “değişkenler”in toplumsal yapılarda en ileri seviyede karşımıza çıkmalarının yattığı görülmektedir. Bir anlamda, *toplumsal yapılar başlangıç durumlarına hassas bağımlı ancak re-organizasyon yeteneğine sahip karmaşık sistemlerdir*<sup>12</sup>; çünkü temel yapı taşları olan her bir insan “rasyonel hareket etme yeteneğine sahip” bağımsız bir değişkendir. Gerçekten, en fakirinden en zenginine veya yeni konuşmaya başlayan bir çocuktan ömrünü konuşmakla geçiren yaşlı bir bilgeye kadar her insan bir “değer yargısı üreticisi” olmaya adaydır; çünkü her biri, toplumsal geribesleme sürecinin aktörleridir ve hangisinin davranışının zamanla davranış düzenlenmesine yön veren bir tipleşmeye sebebiyet vereceğini kestirmek -salt kişi bazlı düşünülünce- kuramsal düzeyde mümkün değildir. İşte bu noktada her bir bağımsız değişkenin yarattığı binlerce tekil ve sübjektif değerlendirme cümlesinden, ancak “belirli bir şekilde destelenenlerin” toplumsal yapı içindeki *geribesleme itkisinde* (bireysel eylem olan girdilere cevap verme noktasında) temel başvuru değerlerine dönüşme ihtimalleri bulunduğunu belirtmemiz gerekmektedir<sup>13</sup>. Eğer herhangi bir değerlendirme cümlesi ya da başka bir ifade ile sübjektif/bireysel değer yargısı bu destekten yoksun ise o yalnızca bir “değerlendirme teşebbüsü” olarak kalacaktır, onun ileriki aşamada toplumsal bir değer yargısı vasfını kazanması mümkün değildir. Aslında pek çok kişiye şiirsel bir ifade gibi gelse de bu “desteklenme” hiç birimize yabancı olmayan, aksine ilkel ya da modern tüm toplumsal yaşantımızı sarmış bir sözcüğün, fazla rahatsız edici olmayan ifadesinden başka bir şey değildir; *iktidar*...

### (3)- Değer Yargılarının İşlerliğinde İktidarın Rolü ve Yaptırım

Değer yargılarına ilişkin geldiğimiz nokta açısından, bir değerlendirme ifadesinin toplumsal yapı içinde “tipleşmesinin” yani “benzer değerlendirme ifadelerine ilişkin toplumsal seçimden başarı ile çıkmış baskın tip olmasının” en temel harcının, onun toplumsal anlamı olan bir iktidara dayanması olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Buradaki *iktidar* sözcüğünü dar anlamda

---

ve içerik itibariyle çok farklı alternatiflerden yalnızca o an için kendini kabul ettirmiş olanı “düzen” olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle yazarın, toplumsal kurallar arasında “düzene imkan veren” veya “buna imkan vermeyen” kurallar şeklindeki ayırımını, yine yazarın “toplumsal iktidar merkezlerinin normun oluşumdaki rolünün inkarına” yönelik bakış açısı çerçevesinde değerlendirmek gereklidir. Dolayısıyla herhangi bir toplumsal düzene yön veren kurallar dayandıkları iktidar merkezlerinin gücü ve etkinliği nedeniyle alternatif kuralları elerler, yoksa elenen kuralların her durumda “düzen hasıl edecek türden kurallar olmamaları” gibi bir varsayım bu yarıştan mağlup çıkmalarının nedeni olarak görülemez. Krş.Friedrich A. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, **Cilt-1: Kurallar ve Düzen**, çev: Atilla Yayla, 2. bası, b.y.y., Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1996, s.67-68.

<sup>11</sup> Bkz. Hayek, **a.g.e.**, s.36.

<sup>12</sup> Bkz. Cilliers, **a.g.e.**, s. 89 vd.

<sup>13</sup> “Sosyal etki kaynağının, yani sosyal uyma davranışını meydana getiren kişi veya grubun, algılanan mevkii ne kadar yüksekse bireylerde meydana getirdiği uyma davranışı da o kadar fazla olmalıdır”, Çiğdem Kağıtçıbaşı, **İnsan ve İnsanlar-Sosyal Psikolojiye Giriş**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s.65.

kullanmadığımızı ve otoriteyi de kapsar bir mahiyette<sup>14</sup> ele aldığımızı peşinen ifade edelim. Bu nedenle toplumsal yaşamda kullanılabilecek tüm etki ifadeleri yani *güç, nüfuz, otorite*<sup>15</sup>, *tahakküm* vs. hepsi burada genel olarak *iktidar* sözcüğü ile anlatılmaya çalışılmıştır. Bir babanın çocuğu üzerinde, yaşlıların gençler üzerinde, güçlü A'nın güçsüz B üzerinde var olan ve edilgen tarafın "kendi çıkarlarına aykırı davranmalarını"<sup>16</sup> sonuçlayabilme potansiyeline sahip her etki<sup>17</sup> aslında bir tür iktidara vücut vermektedir<sup>18</sup>. Esasında bu anlamıyla iktidar, çoğu zaman toplumun bütününe yayılmıştır<sup>19</sup>. Her biri birer toplumsal değişken olma vasfına sahip bireyler, mekana, zamana ve muhatabına göre belirli bir iktidarın öznesi olabilirler<sup>20</sup>. Dolayısıyla annenin "oyuncakları eskidiği için atılması gerektiği" yönündeki görüşü ile A'nın tam aksi yönde düşünmesi ve annesi istemesine rağmen oyuncaklarını saklamasına ilişkin tartışmada ortaya çıkan "A ile annesi arasında birbirlerinin eylemlerine yönelik değer yargıları çatışmasında" neden ezici bir çoğunlukla annenin zaferi ile karşılaşıldığını anlamlandırabilmek için en basitinden "annenin, A üzerinde bir iktidarı (ya da otoritesi/nüfuzu) olduğu" gerçeğini göz önünde bulundurmamak gereklidir.

Ancak söz konusu olan, "değer yargılarının toplumsal kabulünün yolunu açan iktidarın" tanımlanması olunca, önemli olan o değer yargısının ait olduğu

<sup>14</sup> Krş. Conrad Phillip Kottak; **Antropoloji – İnsan Çeşitliliğine Bir Bakış**, çev: Serpil Altunek vd. Ankara, Ütopya, 2007; Norman P. Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, çev: Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, b.y.y., Liberte, s.2003, s.104 vd.

<sup>15</sup> Otorite sözcüğü sosyolojide geleneksel olarak "iktidar" kavramından az çok farklı anlamlarda kullanılmıştır. *Weber*'in "kişinin kendi istencini başkalarının karşı koymalarına rağmen yerine getirebilme gücü" olarak tanımladığı (Bkz. Max Weber, **Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı**, çev: Özer Ozankaya, İstanbul, İmge, 1995, s.92) iktidar hakkında düşünceler üreten toplu, ancak belirli düşünceleri çerçevesinde onu bir otorite olarak algılar. Burada otorite toplumun hakkında düşünceler ürettiği iktidara yönelik gönüllü bir uyma davranışını ifade eder. Ona göre otorite ister geleneksel, ister rasyonel ister karizmatik olsun hepsinin temelinde gönüllü bir uyum söz konusu olduğundan aynı zamanda otorite, kendisinin meşru görüldüğü iktidara da karşılık gelir. *Weber*'in bu tamamen rasyonel otorite algısına karşılık *Freud* ve takipçileri otoriteyi çocukluk döneminde anne babanın davranışlarına yönelik algıların erişkinlik döneminde ve dolayısıyla da kitlesel davranıştaki yansımaları ile açıklamaya çalışmışlardır. Onlara göre otorite çocuğun anne babasına hem bağımlı olması hem de ona (kız çocuğu ise annesine erkekse babasına) karşı duyduğu rekabet duygusunun yarattığı karşıtlıkta temel bulur. *Sennet* haklı olarak otoriteye yönelik bu modern yaklaşımların ikisinde de bir boyutun eksik olduğunu ifade etmektedir; "güçlü ile zayıf arasındaki fiili etkileşim" (Richard Sennet, **Otorite**, çev: Kamil Durand, 3. bası, İstanbul, Ayrıntı Yay, 2011, s.33-35).

<sup>16</sup> Bkz. Barry, **a.g.e.**, s.98.

<sup>17</sup> "M.G. Smith, iktidarın, iknadan zorlamaya kadar uzanan bir dizi araca başvurarak insanlar ve şeyler üzerinde etkin bir şekilde eylemek kabiliyeti olduğunu belirtiyor. J. Beattie açısından iktidar, sosyal ilişkilerin özel bir kategorisidir; bireyler ve gruplar arasındaki ilişkileri düzenleyen şu ya da bu sistem içerisinde başkalarını zorlama olanağı içerir. Bu da J. Beattie'yi Max Weber'in takipçisi kılan şeydir. Max Weber'e göre iktidar, belirli bir sosyal ilişki içerisinde, bir faile, bu ilişkiyi kendi hesabına belirleme yönünde verilen imkandır." Georges Balandier, **Siyasal Antropoloji**, çev: Devrim Çetinkasap, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s.35.

<sup>18</sup> Weber, **a.g.e.**, s.92, Bertrand Russell, **İktidar**, 4. bası, İstanbul, Cem Yayınevi, 2002, s.33; Thomas Hylland Eriksen, **Küçük Şeyler- Büyük Meseleler: Sosyal ve Kültürel Antropoloji**, çev: A. Erkan Koca, Ankara, Birleşik, Yay., 2009, s.94-95, 251-254.. Krş. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.56-60.

<sup>19</sup> M. Tevfik Özcan, **İkel Topumlarda Toplumsal Kontrol**, İstanbul, Özne Yay., 1998, s.198-199. Ayrıca bkz. Balandier, **a.g.e.**, s.36.

<sup>20</sup> Bkz. Eriksen, **a.g.e.**, s.252.

kitlenin, toplumdaki heterojen iktidar yapısının kümeleştiği bir alanı elinde bulundurmasıdır. Dolayısıyla kuramsal olarak ancak bu kitlenin sahip olduğu değerler, yukarıda belirtmeye çalıştığımız ve “değer yargılarının tipleşmesini önleyen” kuramsal sıkıntıyı aşabilir nitelikte olacaktır. Buna direnen karşı değerler ise zamana yenik düşerek eleneceklerdir; işte bizim, bu süreci “değer yargılarının seçilimi” olarak ifade etmemizin nedeni de tam olarak budur. Öyleyse, her bir şahıs özelinde oluşan ve salt sübjektif olan değer yargılarının objektifleşerek kolektif (toplumsal) değer yargılarına dönüşmesi sürecinde, toplumsal geribeslemede sürekli çıktı halini alan değerlendirme ifadelerinin bu vasfı kazanmalarındaki başat etki, bunların diğerlerine oranla, o alana ait iktidarı elinde bulundurmaları olgusudur. Peki iktidarın hangi niteliği bir değer yargısının bu vasfı kazanmasında etkili olmaktadır?

### **b- Yaptırımın Kavramsallaştırılması**

Esasında insanın toplumsal bir varlık olma niteliği, diğer toplumsal varlıklardan -örneğin karıncalardan- farklı olarak içgüdüsel nitelikte değildir ve dolayısıyla insan açısından toplumsal yapıya uyum, otomatik olarak tekrarlanan genetik bir bilgi niteliğinde olmaktan uzaktır. Bunun sonucu olarak insan sorgulamak, çıkarları yönünde hareket etmek ve özgürlüklerini maksimize etmek için her yolu deneme eğilimindedir. İşte, diğer toplumsal canlıları toplumsallaştıran “güdü’nün” insanlarda olmaması, onun bu toplumsallıkla çatışması sonucunu doğurur. Tam da bu noktada iktidar merkezleri, insanları, değer yargılarını belirlemek suretiyle sınırlarını ve şeklini kendilerinin çizdiği “toplumsallığa” daha doğru bir ifade ile “eğer toplu olarak yaşamak istiyorlarsa toplumsal yapıya uymaya” zorlamak durumunda kalmaktadır. Bu zorlama açısından temelde bir noktanın belirlenmesi zorunludur: Bu her zaman asgari seviyede olma eğilimindedir; zira fazlası iktidar merkezleri açısından hem daha fazla güç harcanması hem de daha fazla risk demektir<sup>21</sup>. Doğal olarak toplumsal iktidarlar, asgari bir güç ile azami faydayı; yani değer yargılarının en üst seviyede kabulünü amaçlarlar<sup>22</sup>. Bunun için her bir davranışın, her zaman izlenip yönlendirilmesi mümkün olmadığından, yukarıda belirttiğimiz geribesleme itkisine bireysel davranış olarak dahil olan her bir *girdiye* karşılık sistemden çıkan *çıktıya*, soyut önermenin ötesinde, somut eyleme yönelik olarak yeni bir “bilgi” eklenir. Bu bilgi, davranışın değer yargıları ile uyumlu olması ya da çatışması durumunda fazladan “ne olacağını” da ifade eder. Bu, “davranışın alkışlanması” veya “annenin ters bakması”ndan tutun da “failin canlı olma vasfının ortadan kaldırılmasına” kadar varabilir. İşte bu bilgi “yaptırımın” bilgisidir. Öyleyse yaptırım, *toplumsal iktidar odaklarının*<sup>23</sup>, *toplumsal yapı içinde ağırlıklı olarak topaklandıkları alanlara ilişkin ürettikleri değer yargılarının işlerlik kazanabilmesi ve varlıklarını devam ettirebilmesini sağlamak ve/veya muhafaza etmek için, değer yargılarının olduğu toplumsal geribesleme*

<sup>21</sup> Beattier, haklı olarak iktidarın zorlama kapasitesinin ona maruz kalanlar açısından tehlikeli olarak addedilecek kadar büyük olduğunu ve bunun aşkınlığının iktidara maruz kalanlar açısından ölümcül bir risk teşkil edeceğini, bu nedenle örneğin kabile şefinin her an kendi rolünün masumiyetini açığa vurmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bkz. Beattier, **a.g.e.**, s.39.

<sup>22</sup> Krş. Hayek, **a.g.e.**, s.74.

<sup>23</sup> Bu genel kavramsallaştırma girişiminin temelinde yer alan iktidar kavramının, bir toplumsal realiteye atıf yaptığını özellikle belirtmek gerekir. Bu kavramla, ne olanın yadsınması ne de olması gereken tarifinin verilmesi amaçlanmamış, aksine, yaptırım kavramının tarifinde bir toplumsal kurum olarak iktidarın temel başat karakterine vurgu yapılmaya çalışılmıştır.



itkisine, davranışın karşılığı olarak kodlanan reaksiyon bilgisinden başka bir şey değildir.

Burada aslında ifade ettiğimiz şey kısaca, değer yargılarının kültürün ve dolayısıyla da toplumsallığın önemli bir ayağı olması nedeniyle bunların kendilerine verilen rolü oynamak amacıyla, “gerekli ve yeterli bir araca” sahip olmaları ve bunun da *yaptırım* olarak belirlenmesidir. Dolayısıyla, her ne kadar kavramın tüm yönleri ile ifade edilebilmesi için “toplumsal olma” vasfına sahip hale gelmiş değer yargılarına atıf yapılmak zorunda kalınmış ise de yaptırım bu geldiğimiz aşamada henüz “bireye ait bir değer yargısının”, üzerinde iktidar sahibi olduğu başka birine ait bir davranışa yönelik ifadesinin etkinliğini gösteren, tekil bir reaksiyon olma seviyesindedir. Ancak pek tabiidir ki birel değer yargılarının kolektifleşmesi ve bu suretle kültürün bir parçasını oluşturmaları aşamasında, yaptırımlar da buna paralel olarak seviye atlayarak toplumsal geribesleme itkisinin ve dolayısıyla kültürün birer parçası olacaklardır. Bu noktada işin içine *toplumsal norm* kavramının girmesi kaçınılmazdır.

## 2- Toplumsal Yapı, Norm ve Yaptırım

### a- Değer Yargılarından Norma Geçiş Süreci

Yukarıda değer yargılarının ve buna bağlı olarak yaptırımın oluşumunu ifade etmeye çalıştık. Ancak hemen görüleceği üzere, değer yargılarının objektifleşmesi sürecinde dahi geldiğimiz nokta, tekil bir davranışa gösterilen tepki derecesindedir. Bundan, henüz varılmak istenen “tüm”ün yani “*olması gereken*” çıkarılması mümkün olamamıştır. Yaptırımın, değer yargılarına uymayan bir davranışa gösterilen reaksiyon olması, onun aynı davranışa karşısında sürekli tekrarlanması sonucunu doğuracaktır. Bu reaksiyonel yapının temelinde yer alan değer yargıları ile bu reaksiyonların arasındaki yakın ilişki, yaptırımın değer yargılarının seçiliminde ve neticede norma dönüşmesi sürecinde gösterdiği önemde yatmaktadır. Esasında bu süreçte başat rol, toplumsal iktidar merkezleri üzerinde olsa da “değer yargıları” ve “yaptırım” insan toplumsallığının ürünü; dolayısıyla da iktidar merkezleri için “oyun mutlak araçları” niteliğindedir. Dikkat edilirse, değer yargılarının oluşması süreci belli bir gelişime bağlıdır ve herhangi bir değer yargısının başat hale gelerek toplumsal değer yargısı vasfını kazanmasına ilişkin sürecin, toplumsal sistemin karmaşıklığından kaynaklanan sistem-üstü bir vasfı bulunmaktadır<sup>24</sup>. Ancak hatırlatılmalıdır ki, bu noktada dahi tekil bir davranışa gösterilen reaksiyon olarak değer yargısına dayanan yaptırım, toplumsal yapı içinde evrimini büyük oranda tamamlamış ancak henüz normatif yapı içinde göreceği fonksiyonun yalnızca bir prototipi olma vasfının ötesine geçememiştir.

Bu noktada değer yargısının oluşması sürecindeki iktidar ilişkilerinin, bu yolla, toplumsal normun hammaddesini şekillendirdikleri açıktır<sup>25</sup>. Ancak

<sup>24</sup> Bununla birlikte bunun, bir normatif yapının veya bunun öncülü olarak değer yargılarının kendiliğinden oluştuğu anlamında algılanmamasına özellikle dikkat çekmek gerekmektedir. “Kendiliğindenlik”, toplumsal iktidar merkezlerinin gösterdiği başat rolün yadsınması anlamına gelecek ve temelde yapılan bu nitelime yanılışı, normun oluşması sürecinde katlanarak büyüyecektir (Krş. Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.45). Oysa somut bir davranışa gösterilen tepkinin, zamanla tekrarlanması, bir değer yargısının soyutlaşma ve kolektifleşme yoluna girmesine sebebiyet verecek olsa da bu değer yargısının kalıcı olması -yani hem soyutlaşması hem de objektifleşmesi- belirttiğimiz üzere rasyonel olmasa bile asgari anlamda bilinçli bir müdahalenin ürünü olabilecektir.

<sup>25</sup> Toplumsal normların oluşması sürecine ilişkin hemen pek çok kuramda iktidar ilişkileri bilinçli olarak göz ardı edilmiş, adeta ilk insanlarda mutlak bir eşitlik söz konusu

bir değer yargısı salt iktidara dayalı olunca ve dolayısıyla sübjektiflik niteliğini muhafaza edince, o iktidar merkezinin yazgısına boyun eğecektir. Zira sadece güç, tekil bir değer yargısının norma dönüşmesi için hiçbir suretle tek başına yeterli değildir: İktidar merkezlerinin yalnızca cebri<sup>26</sup> nedeniyle kabul edilen bir davranış kalıbı o gücün yitirilmesi ile varlığını koruyamayacak, ya o alanı başka bir gücün kendine has algısı dolduracak ya da bu alan boş kalmaya ve zamanla, önceden tahakküm altında olanların zamanla süreci tersine çevirmesi ile gelişen bir yapı içinde kendi değer yargıları ile dolmaya başlayacaktır<sup>27</sup>. Öyleyse salt iktidarın etkilerine dayalı davranış düzenlemesinin, toplumsal ortak yargılar haline gelmesi yani normun oluşuma sebebiyet vermesi mümkün olmayıp, davranış kalıbı olarak sunulan önermelerin –bir şekilde- hem objektifleşmesi hem de soyutlaşması şarttır<sup>28</sup>.

---

imiş gibi sayılısal temelli bir bakış açısı ile açıklama yapılmaya çalışılmıştır. Ancak *Haferkamp*'ın da işaret ettiği gibi bu görüşler en başta “normların niçin sıklıkla dıştan, baskı olarak kavrandığının pek az anlaşıldığı için tatmin edici değildir” (Hans Haferkamp, “*Normların Oluşumu ve Gelişimi*”, çev: Korkut Kanadoğlu, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi**, 2. Kitap, Ed: Hayretin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yay., 1995, s.130). Yine bu bakış açıları yani “başlangıçta sosyal eşitsizliklerle açıklama çabasına yer vermeyen çalışmalar sınırlı bir değere sahiptir ki burada sadece eşitler arası norm oluşumu açıklanmakta ve sık sık buna uygun şartlar verilmektedir. Gerçi aynı şartlarla çalışmaya devam edildiğinde denebilir ki bu açıklamalar olayların çok büyük çoğunluğu için toplumdan bağımsız (eşitsizlik anlamında) çalışmalardır” (Haferkamp, **a.g.m.**, s.135).

<sup>26</sup> Buradaki “yalnızca cebri nedeniyle” ifadesi, uyma davranışının nedenine değil, görünür bir dışsal etki ile ilişkilendirilmesine atıf yapmaktadır. Yoksa iktidar yalnızca bir cebirden ibaret değildir aksine, çoğu zaman daha az bir efor ile maksimal faydanın elde edilebilmesi amacıyla iktidar “meşruluk öğeleri” oluşturma arayışındadır ve iktidarın özellikle kurumsallaşması ya da uzun süre devamı bu öğelerin ne derece güçlü olduğuna bağlı olacaktır. Bu öğeler ise mesela anne ile çocuk örneğinde çocuğun anneye mutlak bağımlılığı veya duyduğu yoğun sevgiden tutun da kabile şefine yönelik “kut” anlayışına ya da “tanılar veya atalarla uzlaşma” rolüne atıf yapılmasına kadar varır. *Battier*'in ifadesi ile iktidar, kolektif bir gönenc ve emniyet durumu yaratarak doğrular ve bu gereksinim iktidarı elerinde bulunduranların ödedikleri bedeldir. Yine *Beattier*'in *R. Firth*'den naklettiği gibi “İktidar, yönetilenlerin bir kısmının onayını arar ve alır: bu onay kah kanıksanmış bir ilgisizlik, kah başka bir alternatif düşünememe, kah ortak kimi değerleri kayıtsız şartsız kabul etme yüzündendir. Ama her halükarda, yönetilenler iktidara sınır koyarlar; iktidarı (kabile tarafından seçilmiş ihtiyar meclisleri veya konseyleri gibi) ‘resmi kurumlara’ ve (kamuoyunu dışa vuran hareketler veya dedikodu gibi) ‘gayri resmi kurumlara’ başvurarak belli hudutlar içinde tutmaya çalışırlar” *Beattier*, **a.g.e.**, s.40-41.

<sup>27</sup> Haferkamp, **a.g.m.**, s.137.

<sup>28</sup> *Haferkamp*, normun oluşma süreci ile ilgili olarak “birlikte hareket” mefhumunu temel almaktadır. Yazara göre birlikte hareket eden bireyler açısından tek başına gerçekleştirilemeyen davranışlarda belirli bir uzlaşma arama yoluna gidilir. Bu halde birlikte davranışların her biri, bu toplu davranışı kendi dış dünyalarının sürmesi olarak algılar. Ancak bu algılar pek çok kez tekrarlanınca birlikte davranış zihinsel bir temsil imkanı sağlar ve bir sonraki aşamada artık bu temsil, davranış sürecinden daha uzun sürer, bu da davranışın genelleşmesi sonucunu doğurur. İşte toplumsal norm bu şekilde gelişir. (Haferkamp, **a.g.m.**, s.134-135). *Haferkamp*'ın normun oluşumuna ilişkin çizdiği bu genel süreç, ilk başta aslında kendisinin de eleştirdiği iktidar mekanizmalarının gözden kaçırılması yanlışına düşmektedir (Bkz. yukarıda dpnt.25). Bir kere bu tezde, (“birlikte davranışın” normun oluşum sürecinde bir etkisi olabilirse de) aynı davranışın genelleşerek “olması gerekene” teşmili noktasında hangi mekanizmanın etkili olacağı belirtilmemiştir. Kaldı ki birlikte davranışın zihinsel temsiline gitgide soyutlaşması için yalnızca “bu temsil olgusunun davranış sürecinden uzun sürmesi” yetmeyecektir. Bu nedenle toplumsal normun oluşumuna ilişkin bu bakış açısı, so-

### (1)- İktidar Merkezlerine Ait Algının Homojenleşmesi

Her bir toplumsal iktidar odağına/merkezine ait tekil değer yargılarının, toplumsal ortak yargılar haline gelmesinde önemli olanı, “iktidar merkezlerine ait algının homojenleşmesi” sürecinde aramak gerekmektedir. Her bir iktidar merkezi, yukarıda belirttiğimiz seleksiyon (seçim) sürecinden başarıyla çıksa da neticede yine de somut ve sübjektif nitelikte olmaktan kurtulamamış değer yargılarına sebebiyet vereceğinden, bu tekil ve sübjektif değer yargılarından, kolektifleşmiş toplumsal değer yargılarına giden süreçte benzer iktidar merkezlerinin herhangi bir şekilde homojen algılar noktasında bir araya gelmesi ve bu birlikteliğin, söz konusu tekil ve sübjektif yararları, bu iktidar merkezlerinin etki alanı ölçüsünde objektifleştirmesi gerekmektedir. Bu objektifleştirme, “somut eyleme yönelik algının” bir sonraki aşamada “soyut bir değer yargısına” dönüşmesi noktasında köprü vazifesi görecektir.

İktidar merkezlerine ilişkin algının homojenleşmesi çok farklı şekillerde söz konusu olabilir. Evvla, benzer nitelikteki pek çok toplumsal iktidar merkezinin benzer eylemlere, benzer tepkiler göstermesi, bu homojenleşmenin kendiliğinden ve irrasyonel olarak meydana çıkmasına neden olur. Örneğin mevsime bağlı sürekli yer değiştiren bir kabilenin ilk defa yerleştiği bir bölgede, aynı köyde yaşayan ve küçük çocukları olan annelerin, bu çocukların yakındaki büyük nehirde oynamasını uygun bulmaması durumunda, her bir çocuğun bu yöndeki davranışına karşılık, her bir anne, yek diğerinden bağımsız ve hatta ondan hiç etkilenmeden benzer bir tepkiyi gösterebilir. Bu durumda aynı davranışa yönelik olarak tekil her bir çocuğun davranışı üzerinde birincil iktidar merkezi olan her bir annenin, sadece eylemin vasfına ilişkin olarak gösterdiği bireysel tepki, yalnızca koruma içgüdüsünün niteliği gereği, aynı durumdaki tüm annelerin aynı eyleme ilişkin algısını homojenleştirecektir.

---

yutlaşma ve objektifleşme sürecini açıklamada yeterli değildir. Benzer şekilde *Weber* de toplumsal normların oluşum sürecine ilişkin modelinde evrensel davranış kalıplarına dönüşen bireysel toplumsal davranışlardan yola çıkmakta ve iktidar ilişkilerine atıf yapmaksızın toplumsal normu tanımlamaktadır (Bkz. Setel, **a.g.m.**, s.469-470). *Özcan* ise toplumsal normların oluşması açısından haz- acı ikileminden yola çıkarak haz veren davranışların bireyde alışkanlık olarak yerleştiğini, tekil bireylerin ruhsal yaşamlarında gerçekleşen alışkanlıkların ve bunların toplumsal bir standartta ortalama oluşturmalarının toplumsal normların oluşumunda ilk basamağı oluşturduğunu belirtmektedir (*Özcan*, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol**, s.48 vd., Ayrıca bkz. *Özcan*, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.85 vd.). Oysa toplumsal normların ve toplumsal ortalama standartların pek çok zaman çakışması, ikisinin aynı kavramın farklı görünüşleri ya da aynı sürecin farklı aşamaları olarak algılanması sonucunu doğurmamalıdır. Zira, standartlar belki alışkanlıkların sonucu olabilir, ancak standartlar noktasında bir menfaat çatışmasından bahsedebilmek, doğal olarak da kişinin kendi zihnine dışsal bir “olması gerekene” boyun eğmek durumunda olmasından söz edebilmek mümkün değildir. Toplumsal norma giden süreç, “alışkanlıkların” genelleşmesi ile değil, bu alışkanlıklardan çıkarsınanan soyut kalıplara başkalarının da uyması gerektiği yönündeki bilinçle işler hale gelmektedir. Oysa bu süreçte değer yargılarının nasıl oluştuğu, bunlara yaptırımın bilgisinin nasıl eklendiği ve “olana” ilişkin yargıların, “olması gerekene” doğru nasıl evrildiğini anlamadan toplumsal normun nasıl oluştuğunu izah edebilmek mümkün olmayacaktır. Bu sürecin ve toplumsal normun geldiği son aşamanın ise “alışkanlıkların genelleşmesi” ile açıklanabilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle *Özcan*, Sumner’in varsayımının bu konuyla ilgili gözlem ve deneylerle insanlar arasındaki iktidar ilişkilerinin sıfır noktasında olduğunda dahi beklenen norm oluşumu sonuçlarını verdiğinin görülerek doğrulandığını ifade etmiş (Oysa bkz. Aşağıda dipnot 36) ancak hemen aynı paragrafta bu sefer, “toplumsal normların, toplumdaki nüfuz süreçlerinden bağımsız olamayacağını” belirtmek durumunda kalmıştır (*Özcan*, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.90).

Benzer bir durum görece daha farklı bir şekilde, ancak bu sefer asgari düzeyde rasyonel olarak, “benzer çıkarlara sahip” ancak temelde “aynı vasıflara sahip olmayan” iktidar merkezlerinin, bu benzer çıkarlara yönelik eylemlere ilişkin algılarının homojenleşmesi noktasında da kendini gösterir. Örneğin, daha önceden göçebe olan bir kabilenin yerleşik hayata geçmesi neticesinde belli bir grup veya jenerasyonunun doğrudan toprak mülkiyetine sahip olması durumunda, bu mülkiyet konusu topraklardan yalnızca bir kısmına yönelmiş bir eylem dahi tüm toprak mülkiyeti sahipleri tarafından aynı şekilde değerlendirilir<sup>29</sup>. Burada, algnın homojenleşmesi yine somut bir eylem tipine ilişkin olsa da o eylemin konusu itibarıyla birden çok kişiyi ilgilendirmesi, henüz soyutlaşma öncesinde eyleme yönelik değerlendirmelerin aynı ekseninde olması açısından önemlidir. Burada dikkat edilirse bir önceki “anneler” örneğinden farklı olarak algı ve tutum, asgari düzeyde de olsa rasyonelleşme yolundadır. Zira algnın temelinde tamamen içgüdüsel bir tepki değil, belli bir çıkar değerlendirmesine yönelik asgari bir planlama vardır.

Toplumsal iktidar merkezlerinin algılarının aynı yönde olması, bu merkezlerin kabaca aynı yönde düşünmelerinden değil de görece daha karmaşık bir ilişki ağı geliştirmelerinden de kaynaklanabilir. Burada her bir iktidar odağı, birbiri ile karşılıklılık temelinde aynı iktidar ağının parçaları olarak hareket eder. Doğal olarak her birinin tekil algısı, yekdiğerinin başka bir alana ilişkin tekil algısına eklenir. Neticede belirli alanlara ilişkin algılarda karşılıklı ödünler verilir ve bir alanda geri çekilen belli bir iktidar odağı, başka bir alanda buna mukabil olarak çekilen başka bir iktidar odağından boşalan yeri doldurur. Örneğin görece az üyeli bir topluluktaki yaşlıların bu şekilde bir ilişkisi olması oldukça muhtemeldir<sup>30</sup>. Burada dikkat edilirse rasyonel olma vasfı bir önceki paragraftaki tipe göre görece yükselmiştir. Zira burada işin içine karşılıklılık girdiği için, her bir yaşlı, tanımlanan davranışlarını zorunlu olarak belirli bir planlama dahilinde yapar.

Toplumsal iktidar odaklarının kendiliğinden ya da coğrafi etkenler, avlanma stratejileri ya da dinsel düşünceler gibi tamamen dışsal ya da görece içsel nedenlerle belirli bir iktidar piramidine sebebiyet vermeleri de olasıdır. Burada bu iktidar piramidine sebebiyet veren neden, bu piramidin oluşum tipine göre –ama çoğunlukla yukarıdan aşağıya olacak şekilde- belirli bir eyleme ilişkin algnın homojenleşmesine de neden olacaktır. Örneğin kaynakların çok kıt olduğu bir bölgede belirli bir avlanma stratejisinin topluluğun tüm erkeklerince uygulanması zorunlu ise, avlanmayı yönetecek şefin, avın başarısına yönelik olarak grup üyelerinin davranışlarına dönük algıları yukarıdan aşağı tüm topluluk üyeleri -bu arada aynı ailenin babadan en küçük çocuğa kadar tüm üyeleri- tarafından kabul edilerek homojenleşir. Bu nedenle dikkat edilirse burada, kökeni bazen irrasyonel olsa da “algıların homojenleşmesinin” rasyonel olma niteliği biraz daha artmıştır.

<sup>29</sup> Örneğin *Özcan*, konik soyda iktidar ilişkilerini incelerken *Tanala* kabilesinde babanın belli bir tarım bölgesine yerleştikten sonra kendisi sağ olduğu sürece oğulları üzerinde sürgüne ve hatta öldürmeye varan bir iktidara sahip olduğunu ve büyük suçları işleyen çocuğu sürgüne gönderme, buna direnmesi durumunda da öldürme yetkisinin kabul edildiğini belirtmektedir (*Özcan*, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.174-175). Bu toplumda babanın bu yetkisi aslında aynı durumdaki tüm babaların da yetkisi olacağından, aynı durumdaki aynı iktidar merkezlerine ilişkin bu temel algı bu nedenle toplumun tümünde homojenleşmiş olmaktadır.

<sup>30</sup> Örneğin Avustralya'daki *Dieri* kabilesinde toplumsal karar alma açısından yaşlılar konseyi son derece önemli bir konumdadır. Öyle ki bu konsey kabilenin bütününe ilgilendiren konularda karar alabildiği gibi suçları yargılayarak cezalandırma yetkisi de yine bu konseydedir. (Bkz. *Özcan*, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol**, s.170-171)

Son olarak bu homojenleşmenin jakoben bir tarzda vuku bulması da mümkündür. Burada belirli bir iktidar merkezi, diğer iktidar merkezleri üzerinde etki sahibi olmakta, böylece her bir iktidar merkezi bir başka iktidar merkezine bağımlı hale gelmekte, toplumsal değer yargılarını oluşturabilecek bu asıl iktidar merkezi, rasyonel bir şekilde ve tamamen kendi güç ve imkanlarına dayanarak toplumsal iktidar merkezlerini kendi eksenine çekmektedir. Bu belirttiğimiz iktidar merkezi, mesela tek bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Önemli olan rasyonel bir şekilde “tek bir iktidar merkezi olarak” hareket edilmesi ve bu iktidar merkezinin şekillendirdiği veya onayladığı algının, zorunlu olarak o toplumun değer yargısı haline gelmesidir. Burada başat iktidar merkezinin temelde (topluluğa dışsal baskın bir güç olarak) siyasi, (topluluk içi üretim süreçlerine egemen bir güç olarak) ekonomik veya (topluluğun uhrevi hayatını yönlendirici bir güç olarak) dinsel vasıfta olması mümkündür. Bu haliyle buradaki iktidar merkezinin köktenci karakteri, kullanılan aracın mesela askeri, ekonomik veya dini olmasına ya da bunların birden fazlasının bir arada kullanılmasına bağlı olarak toplumsal dinamiklere farklı açı ve şiddette etki edecek ve buradaki algının homojenleşmesi süreci de haliyle kendine has nitelikler gösterecektir.

Toplumsal iktidar merkezlerine ilişkin algılarının homojenleşmesi, buna bağlı belli değer yargılarının toplumsal geri besleme itkisi içinde süreklileşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu değer yargıları geribesleme etkisindeki ağırlıklı rollerini, dayandıkları toplumsal iktidarın güç ve imkanlarına borçludur ve bu suretle kalıcı olmaları son derece muhtemeldir. Ancak dikkat edilirse bu ihtimalde dahi henüz bu değer yargıları *somut olaya* veya *somut eyleme* ilişkindir ve henüz somuttan soyuta geçiş mümkün olamamıştır. Bunun için somut duruma yöneltilen olumlu/olumsuz nitelemesinin, “bu somut durumla” olan bağlantısının kesilmesi gereklidir. Bunun da sonraki durağı hiç şüphesiz, “değer yargılarının anonimleşmesi” olacaktır.

## (2)- Değer Yargılarının Toplumsal Düzeyde Anonimleşmesi

Toplumsal iktidar merkezlerine ilişkin algının homojenleşmesi, bu iktidar merkezlerinin etkilediği toplumsal yapının, ardı ardına gelen aynı eylem tiplerine veya somut durumlara “bir zincir şeklinde” ancak halen dahi “somut iktidar merkezine göre biçimlenecek şekilde” aynı tepkiyi vermesi sonucunu doğuracaktır. Bu, subjektif değer yargılarının objektifleşmesi sürecinin ilk ayağını oluşturur, ancak bu objektifleşmenin tamamlanabilmesi için bu değer yargılarının subjektif ve somut kaynaktan tamamen kopuşu ve az-çok kalıcı hale gelmeleri gerekir.

İktidar merkezlerinin değer yargıları toplumun tamamına sirayet etse ve diğer yargılara baskın olsa da halen dahi kendilerini üreten iktidar merkezinin gücüne bağımlı durumdadırlar. Bu durumun değişmesi ve değerlerin tüm toplumsal yapıya ait hale gelebilmesi için, o değer yargısının toplumsal düzeyde kendisini oluşturan iktidar merkezinden kopması ve anonimleşmesi gerekir. Bu anonimleşme, aslında o değer yargısını, kendi çıkarları doğrultusunda şekillendiren iktidar merkezinin bir başarısızlığı yahut bir geri çekilmesi değildir. Aksine anonimleşme, o değer yargısının sahibi olan iktidar merkezinin daha az enerji ile çıkarlarını maksimize etmesini kolaylaştırır. Çünkü artık, ona ait çıkarlar sadece kendisi tarafından değil, ilgili ilgisiz hitap ettiği herkes tarafından korunmaya adaydır. Yukarıda belirttiğimiz anne – çocuk örneğine dönersek, çocuk annesinin yaptırımından değil de kuralın “annesinden bağımsız anonimleşmiş karakterinden” korkarak ırmağa girmekten çekiniyorsa, annenin bu değer yargısı yoluyla korumaya çalıştığı (manevi) çıkarının zedelenmesi ihtimali ciddi anlamda azalacak, dolayısıyla annenin bu değer yargısının gereğine

uyulması için göstermesi gereken enerji önemli ölçüde düşecektir. Peki bu “anonimleşme” nasıl olacaktır?

Her bir değer yargısının, “kendisini oluşturan iktidar merkezinin, kendilerine ait çıkarların maksimize olduğu noktaya yönelmiş tutumunun neticesi” olduğunu belirtmiştik. Aslında bu yargı, anonimleşme kavramının önündeki ilk engeli karşımıza çıkarmaktadır: eğer tutum, çıkara bağlı ise onun bu çıkara sahip olan yapıdan soyutlanması hiçbir zaman mümkün olamayacaktır. Zira her çıkar, somut olarak belli birey ya da bireyleri işaret eder. Eğer bu engelin aşılmasının bir yöntemi varsa, o da aslında çıkar kavramının anonim karakterinde aranmalıdır. Peki ama nasıl?

Esasen herhangi bir insana ait somut her çıkar, teorik olarak “her insana ait olmaya” meyillidir; besin, toprak, ün, saygınlık, kabul edilme, karşı cins vs. bunlar her insanın, en azından kuramsal düzeyde sahip olabileceği şeylerdir. Bu nedenle her insan, yine kuramsal olarak da olsa temelde bu çıkarlara ulaşma imkânına sahiptir. Doğal olarak o çıkar, aslında kuramsal düzeyde anonimdir; belli bir kişide maksimize olması muhtemelen, o mekân ve zamanın bir tezahüründen fazlası değildir. Bu nedenle herkes “potansiyel olarak” aynı çıkara sahip olma imkânına sahiptir. İşte çıkarın anonim karakteri, soyut olarak ona bağlı algının da homojenleşmesini sonuçlamaya meyillidir. Bu nedenle bir başkasının her yıl işlediği tarlaya zorla el koyma eyleminin “kötü/yanlış/olumsuz” olduğu yönündeki değer yargısı, o kimsenin çıkarını korumaya yönelik olsa da esasında o tarlaya el koyan kimsede de hitap etmektedir. Zira onun o tarlaya el koyması, ihlal ettiği değer yargısına ilişkin korumaya, bu aşamadan sonra artık bizzat kendisinin de sahip olması sonucunu doğuracaktır. Daha basit bir ifade ile – pratikte bazen çok zor olsa bile- potansiyel olarak, herkes iktidar merkezinin yerine geçme kudretine sahipse, herkes ona ilişkin değer yargısına soyut düzeyde sahip çıkmaya da meyillidir. Bunu, çaldığı arabayı parçalayıp satmasından kazandığı parayla, vergisini de ödeyerek sıfır kilometre araba satın alan hırsızın durumundaki ironi ile karşılaştırabiliriz: Bu sefer arabasına alarını kendisi taktıracak, arabası çalındığında bu sefer kendisi lanet okuyacaktır. Doğal olarak ilgili iktidar merkezine ilişkin algı, sadece ona ilişkin olmakla kalmayacak, potansiyel her iktidar merkezine yayılacaktır.

İktidar merkezlerinin el değiştirmesine ilişkin sürecin genele yayılması da bu süreci pekiştirecektir. Bu yayılma iki yolu izleyebilir: Birincisi zamana bağlı zorunlu devirdir. Her iktidar merkezi olarak insan veya insanlar ancak belirli bir zaman yaşayacaktır, doğal olarak çıkarların devri bir zorunluluktur. Her çıkar devri, o çıkara sahip insan sayısını arttıracaktır: aynı tarladan yararlanan insan sayısı, dede ile torun arasında geçen kısa zaman diliminde on katına artabilecektir. İkinci yol, aynı zaman dilimi içindeki zorunlu devirler veya paylaşımlardır. Bu ihtimalde süreç ya tamamen doğaldır (örneğin evliliğe ilişkin normların kabulü noktasında evvel bekar olanların evlenmesi gibi) ya da dışsal etkenler (örneğin savaşta ölenlerin eşlerinin sağ kalanlarca alınması gibi) veya karmaşık etkenler (sistemler olarak toplumlarda çok küçük nedenlerin bile yol açabileceği kaos dönemlerinde iktidar merkezlerinin el değiştirmesi) gibi doğal olmayan şekillerde vuku bulabilir.

Her ihtimalde artık somut durumlara ilişkin tepkiler olarak değer yargıları, kendilerini oluşturan iktidar merkezlerinin somut sahiplerinden kopmuştur. Artık değer yargıları, görece sınırlı ve basit bir temelden kaynaklansalar da objektifleşmeye başlamışlardır. Çünkü, sübjektif kaynaktan kopuş, değer yargısını da objektifleşmeye itmektedir. Bu aşamada, somut bir eylem tipine ilişkin algı ve bunun şekillendirdiği tutum, benzer durumdaki pek çok bireyin ortak reaksiyonlarını şekillendirecektir. İşte bu ortak reaksiyonlar, tekil anlamda

sübjektif algının, objektif değer yargılarına dönüşmesi ile mümkün olabilmektedir.

### (3)- Toplumsal Değer Yargılarının Yaptırımları ve Toplumsal Normlar

Yukarıda belirttiğimiz üzere tekil her bir değer yargısı, toplumsal iktidar merkezlerine ilişkin algının homojenleşmesi ve buna bağlı olarak giderek anonimleşmesi sonucunda soyutlaşmaya ve objektifleşmeye başlayacaktır. Bu objektifleşmenin doğal sonucu, somut eylemlere yönelik tutumların belli bir tiplleşmeye gitmesidir. Bunu henüz yazının başında, toplumsal geribesleme itkisinin bir sonucu olarak ifade etmiş ve ana hatları ile ortaya koymaya çalışmıştık. Burada biraz daha ayrıntıya girebilmek için insan topluluklarının çok temel bir özelliği olan *karmaşıklık* kavramına değinmek gerekmektedir. Karmaşıklık, herhangi bir sistemin birden fazla bağımsız değişkeninin belli bir şekil ve bütün içinde bir arada faaliyet gösterebilmesini ifade eder<sup>31</sup>. Bu faaliyet göstermede her bir sistem unsuru, kendine has ve mutlak öngörülebilirlikten son derece uzak bir davranış fazında salınır<sup>32</sup>. Kabaca ifade etmemiz gerekirse; A ve B unsurlarından oluşan bir sistemde A'nın belli bir hareketine karşılık B'nin göstereceği reaksiyon, sisteme yeni bir bilgi olarak girmekte ve buna A'nın göstereceği karşı reaksiyonu etkilemekte ise bu sistemin karmaşık olduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz gibi karmaşık sistemlerde, sistemin her değişkeninin bağımsız davranışı sisteme bir girdi olarak sunulacakken, bunun yarattığı her netice (mesela karşı davranış) sistemde bir çıktı olarak alınacak, ancak her çıktı, buna göre yeni bir davranış geliştirilmesi söz konusu olacağından yeni bir girdi halini alacaktır. Toplumsal bir sistem söz konusu olduğunda insanın her bir davranışını "girdi", buna gösterilen toplumsal reaksiyonu ise "çıktı" olarak ifade etmemiz mümkündür. Ancak burada, belli bir davranış tipine gösterilen reaksiyonun kendisi de sistem için yeni bir girdi olup, insanlar bu yeni girdiye göre davranışlarını düzenleyeceklerdir. Burada somut davranışa gösterilen toplumsal reaksiyon olarak "tutumlar", yukarıda belirttiğimiz süreç neticesinde ağırlıklı olarak aynı yönde olacaktır. Bu durum, sistemdeki çıktıların sıklıkla üst üste binmesini sonuçlayacaktır. Zira aynı veya benzer girdiye verilen her cevap olarak çıktı, bir sonraki girdinin eklenini de belirleyecek ve her defasında tekrarlanan bu süreç, bir müddet sonra çıktıların aynılaşmasını ve gitgide soyutlaşmasını sonuçlayacaktır<sup>33</sup>. İşte toplumsal değer yargılarının objektifleşmesi ve soyutlaşmasında bu mekanizmanın belirleyici olmasının nedeni budur.

Toplumsal geribesleme itkisinde, önce tekil iktidar odaklarına, giderek de tüm topluma yayılan değer yargılarının gittikçe soyutlaşan ve objektifleşen nitelikleri, davranış düzenlemesinde önemli bir rol oynasa da geribesleme itkisine sunulan her bir davranış tipine verilen reaksiyonun, salt değer yargısının tekil ifadesi olması, onun "olması gereken" olarak tüm topluma teşmilini sağlamayacaktır. Mutlaka her toplumda, değer yargılarından sapmalar, hatta bu değer yargılarına meydan okumalar söz konusu olacaktır. Öyleyse belli değer yargılarının "olması gereken" olarak kabulü için, içsel ve/veya mekanik bir onaylamanın ötesinde, dışsal bir zorlamanın da söz konusu olması gerekir. Öyle ki, bu dışsal zorlama yukarıda belirttiğimiz *geribesleme itkisinde*, belirli ve noktasal reaksiyonlar olarak "çıktıların" tiplşmesini sağlayacaktır. Bu da her bir davranış tipi olarak girdilere karşılık gösterilen reaksiyonlara eklenen yaptırımın,

<sup>31</sup> Nemci Gürsakal; **Sosyal Bilimlerde Karmaşıklık ve Kaos**, b.y.y., Nobel Yay., 2007, s.47 vd.

<sup>32</sup> Bkz. Gürsakal, **a.g.e.**, s. 49-51; Cilliers, **a.g.e.**, s.89 vd.

<sup>33</sup> Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.34.

neden “değer yargılarının oluştuğu toplumsal geribesleme itkisine, davranışın karşılığı olarak kodlanan reaksiyon bilgisinden başka bir şey olmadığını” da ortaya koymaktadır. Burada, değer yargıları o geribesleme itkisinin “ortamdaki başvuru değerleri” halini alacaktır, ancak bu değerler -mesela suyun kaynama sıcaklığı gibi- karşı konulamaz doğal kurallar olmadıklarından toplumsal yapıdaki her girdi bu değerlere uygun olmak “zorunda” olmayacaktır. Öyleyse tüm bu iktidar sisteminin ve bundan kaynaklanan yerleşmiş kültürlü düzenin muhafazası için, ortamdaki başvuru değerlerinden her bir sapma, bu sapmaya zıt bir reaksiyon verilerek toplumsal sisteme yönelik tehdit olmaktan çıkarılır<sup>34</sup>. İşte başlangıçtan beri ifade etmeye çalıştığımız yaptırım kavramının bu reaksiyonel karakteri, ortamdaki başvuru değerleri olarak değer yargılarının, bir “olması gerekene” teşmilini yani toplumsal norm haline gelmesini sağlayacaktır. Öyleyse herhangi bir değer yargısının, objektif ve soyut olmasının yanı sıra, ona, aykırı olan davranışa yönelik gösterilen reaksiyon bilgisinin eklenmesi, o değer yargısının bir *toplumsal norm* haline gelmesi için gereklidir. Çünkü toplumsal davranışlara gösterilen reaksiyonlar, geribesleme itkisinin işlerlik kazanmasını sağlayan ve “ortamdaki başvuru değerleri” haline dönüşen değer yargıları tarafından biçimlendirilirler. Ancak bunlar, o değer yargıları yoluyla korunan iktidar odaklarına ilişkin çıkarların birer ifadesi olduklarından, bunlara yönelik karşı-eylemler, o değer yargılarının “*olması gerekene* ilişkin olma” iddialarına karşı gelir. İşte bunun ortadan kaldırılması ve “olanın”, “olması gerekene” teşmili için var olması gerektiğini belirttiğimiz dışsal zorlama, ancak yaptırımlar yoluyla söz konusu olabilir. Öyleyse toplumsal değer yargılarının birer “olması gereken biçimini almış hali olarak toplumsal normlar” ancak yaptırımlar vasıtası ile bu şekilde bürünebilirler<sup>35</sup>.

Değer yargılarından norma geçiş sürecine ilişkin bu betimleme esasında temel bir tespitimizi de ortaya koymaktadır: *Toplumsal norm, toplumsal iktidar odaklarına ait tekil ve sübjektif değer yargılarının toplumsal düzeyde anonimleşerek objektifleşmesi ve bu değer yargılarının, kendilerine ilişkin bilgiye yaptırımın bilgisinin eklenmesi yoluyla soyutlaşması suretiyle oluşur*<sup>36</sup>. Her bir toplum-

<sup>34</sup> Barnes ve Teeters, toplumsal yerleşik düzenin ve iktidar ilişkilerinin muhafazası gerçekliğine değinmeye ihtiyaç duymaksızın ilkel topluluklarda cezanın, Tanrıları hoşnutsuz eden eylemlere mukabil, yine temelde Tanrıları memnun etmek için uygulandığını ifade etmişlerdir. Her ne kadar bu gibi açıklamalar “İlkel” olarak tanımlanan insan gruplarında mistik kökenli etkilerin dışında neredeyse hiçbir toplumsal dinamiğin olmadığı şeklindeki 19. yüzyıl Batılı paradigmasına dayansa ve bu haliyle gerçeklikten son derece uzak olsa da aslında bu haliyle dahi dini bir iktidarın toplumsal normlara yön verdiği gerçeğini göz ardı edememektedir. Nitekim yazarların çalışmalarının devamında cezaı bir “toplumsal hesaplaşma” olarak tanımlamaları ve verdikleri “cezalandırma” örnekleri hemen yazının başındaki bu düşünceleri ile taban tabana zıttır. Bkz. Harry Elmer Barnes, Negley K. Teeters, “İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri”, çev: Devrim Aydın, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2011/4, Ankara, 2011, s.163 vd.

<sup>35</sup> Eriksen, bütün normlarda ortak olan şeyin “yaptırımlarla bağlantılı oluşları” olduğunu belirtmektedir bkz. Eriksen, *a.g.e.*, s.103. Hakeza, *Gibbs* toplumsal normu tanımlarken üç mutlak unsur kullanır: 1-belirli bir sosyal durumda davranışın ne olması gerektiği konusunda görüş birliği 2-davranışın ne olacağı hakkında grubun üzerinde anlaşıldığı bir beklenti ve 3-davranışa uyulmadığı zaman herkesin “ceza vericiliği” üzerinde anlaşıldığı bir yaptırım. J. Gibbs, “Norms: The Problem of Definition and Classification”, *American Journal Of Sociology*, 70, s.586-594’dan nkl. Doğan Cüceloğlu, *İnsan ve Davranışı – Psikolojinin Temel Kavramları*, 13. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2004, s.547.

<sup>36</sup> Toplumsal normun oluşması sürecinden hemen tüm kaynaklarda atıf yapılan Muzaffer Şerif’in “grup normunun oluşması” deneyi açısından bu noktada bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu deneyde Şerif, birbirlerini hiç tanımayan kişileri teker te-



sal norm kaynağı hangi alana ilişkin olursa olsun kendine has bir yaptırım sistemine sahiptir ve toplumsal normları işler kılan da bu yaptırım sistemidir. Bu yaptırımın işlerliğinin mutlak ya da görece sınırlı olması da bu gerçeği değiştirmemektedir. Bu nedenle toplumsal normlar<sup>37</sup> mutlaka yaptırımlarla biçimlenir ve iki kavramı birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir.

ker laboratuara almış, bu kişilere tamamen karanlık bir odada ufak bir ışık kaynağını kısa aralıklarla göstererek ışığın her seferinde ne kadar ve hangi yönde hareket ettiğini söylemelerini istemiştir. Bu deneyde denekler önceleri her seferinde farklı sayılar vermekle birlikte gittikçe verilen sayılar çok dar bir aralıkta tekrarlanmaya başlamıştır. Gerçekte, burada ışık hiçbir zaman yerinden kıpırdamamaktadır çünkü tamamen karanlık bir odada statik bir ışık noktasına bir müddet bakıldığında bir algı yanılması oluşur ve gözlemci ışık sanki hareket ediyormuş hissine kapılır. Deneyin asıl evresi birden fazla denegin gruplar halinde odaya alınmasıdır ki bu evrede denekler önceki evrede söyledikleri ile uyuşmayan bir biçimde grup halinde bir standart oluşturmuşlar ve son evrede tekrar tek başına odaya alınan kimseler aynı standardı tekrarlamışlardır (Bkz. Muzaffer Şerif, **Toplumsal Kuralların Psikolojisi**, çev: İsmail Sandıkçıoğlu, Alan Yay., İstanbul, 1985, s.82 vd.) Bu deney genel olarak önce kendi standartlarını geliştiren bireylerin bir grup içinde ortak toplumsal bir standart geliştirmekte oldukları ve zamanla bu standarda uyum sağlamaya yöneldikleri şeklinde yorumlanmıştır (Bkz. Şerif, **a.g.e.**, s.89 vd, Kağıtçıbaşı, **a.g.e.**, s. 54 vd., Shelley E. Taylor, Letitia Anne Peplau, David O. Sears, **Sosyal Psikoloji**, çev: Ali Dönmez, Ankara, İmge, 2007, s. 213.) Aslında gerçeğe ilişkin subjektif algıların grup davranışında nasıl değişime uğradığının tespiti açısından bu deney kritik bir öneme sahiptir ve “standartta yönelik birey psikolojisini” açıklamayı hedeflemesi açısından önemli bir aşamayı ifade etmektedir (Bkz. Taylor, Peplau, Sears, **a.g.e.**, s.214). Ancak bu deney – ki zaten böyle bir iddiası da yoktur- olması gerekene ilişkin olan “toplumsal normların” doğuşunun ya da gelişiminin her hangi bir aşamasına ışık tutmaktan son derece uzaktır. Zira bu deneyde aslında gösterilen süreç “fiziksel gerçekliğe ilişkin algının standartlaşması” olup, kişi burada dışsal bir gerçekliğe ilişkin başkalarının algılarına güvenerek kendi algılarından vazgeçmekte ve gerçekliğin algılanması noktasında gruba göre hareket etmektedir. Ancak burada, hiçbir suretle ne “toplumsal gerçeklik olarak toplumsal davranış türüne” ne de “buna ilişkin değer yargılarından mütevellit olması gerekene” ilişkin herhangi bir standartlaşma süreci söz konusu olmadığı gibi buna götüren herhangi bir başlangıç, yani *olana ilişkin* standartlaşan algılar ile *olması gerekene* ilişkin benzer türde algılar arasında bir bağlantı noktası da söz konusu değildir. Oysa bir cismin rengine ilişkin algı ile bir kişinin eyleminin niteliğine ilişkin algı, birisine ilişkin bilgiden yola çıkılarak diğerine ilişkin herhangi bir metaforun yapılamayacağı bambaşka alanlara tekabül etmektedir. Kaldı ki bu deneydeki topluluk üyeleri birbirlerini hiçbir suretle tanımadığından bu kişilerin bir “toplumsal yapı” içinde telakki edilmeleri ve aralarındaki etkileşimlerin herhangi bir toplumsal yapı ile karşılaştırılması da imkansızdır. Bunun sonucu olarak standartlaşmada, toplumsal yapıda son derece önemli olan “iktidar ilişkileri” tamamen göz ardı edilmiştir ki bizce “toplumsal iktidar ilişkileri”, “*olması gerekenin*” oluşumu için göz ardı edilmesi imkansız bir faktör niteliğindedir. Bu ve mesela *Asch*’in “uyuma” deneyi gibi deneyler açısından “uyuma” ifadesi kullanılmaktaysa da aslında burada “objektif ve işler bir standarda *uyma*” değil, “dışsal gerçekliğe ilişkin subjektif ve yeni ortaya atılmış bir fikre *katılma*” vardır (Krş. Kağıtçıbaşı, **a.g.e.**, s.57, Taylor, Peplau, Sears, **a.g.e.** s.214-215).

<sup>37</sup> *Raimo Tuomela*, toplumsal normları toplumun geneline yayılmış ve açık veya örtülü olarak kabul gören ve bir otorite ya da grubun belirlediği kimselerce meydana getirilen kurallar (*r-norms*) ve tarafların kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemek için meydana getirdiği (bir nevi sözleşmesel) kurallar (*s-norms*) olarak ayırmaktadır (Raimo Tuomela, **The Importance of Us**, y.y., Stanford, 1995, s.13-28’den nkl. Detel, **a.g.m.**, s.471). Burada ikinci norm tipi açısından eğer kişiler arasındaki toplumsal ilişkileri düzenlemek adına “toplumsal” olma vasfı verilmiş ise burada her iki norm tipinin de “toplumsal” olma niteliği olduğu tartışmasızdır. Ancak bizim “toplumsal norm” olarak ifade ettiğimiz norm tipleri genel geçer normlardır ve bireyler arasındaki sözleşmeler ancak bu normlara dayandıkları için onlar tarafından desteklenen eklenti normlar vasfı alabile-

### **b- Toplumsal Davranış, Toplumsal Yapı ve Yaptırım**

Herhangi bir toplumsal normun oluşum sürecinde *toplumsal davranış-bireysel reaksiyon-bireysel değer yargıları- toplumsal değer yargıları* ve nihayetinde *toplumsal norm* şeklinde vuku gelişimi kısaca ifade etmeye çalıştık. Bu süreç aslında, yaptırım kavramının toplumsal temellerinin anlaşılması açısından son derece önemlidir. Bu görece basit gelişim süreci, bizce tüm toplumsal yapılar için geçerlidir ve genel olarak bu süreç toplumsal normların oluşumu için temel bir süreçtir<sup>38</sup>. Bu da doğal olarak verili bir toplumsal düzene ulaşma noktasında, bu sürecin zorunlu bir aşamaya karşılık geldiğini anlatmaktadır. Oysa toplumsal düzen dediğimiz kavram statik değildir ve herhangi bir toplumsal yapıdaki mevcut düzen, başkaca bir düzen söz konusu olamadığı için var olur; bu haliyle hiçbir suretle “alternatifsiz” de değildir. Bir toplumsal düzenin bu şekilde gelişimi “koşullar bunu gerektirdiği için” önermesi ile yorumlanmalı ve anlaşılmalıdır, ancak dikkat edilmelidir ki burada bahsedilen hiçbir koşul da mesele toplumsal yapı olunca statik olmayacaktır. Doğal olarak belirli iktidar merkezlerinin kendi çaplarındaki rasyonelliklerinin biçimlendiği, ancak merkezi bir planlama olmaksızın gelişen toplumsal yapının karmaşıklığı, aynı zamanda bu toplumsal yapının doğallığını da ifade eder. Buradaki doğallık, aşağıda ifade edeceğimiz “hukuk sisteminin yapay olma niteliğinin” belirlenmesinde son derece önemlidir.

Herhangi bir insan açısından, dahil olduğu toplumsal yapıdaki toplumsal normlar -bunu ister içsel olarak benimseyen ister benimsemeyen- belli iktidar odaklarına ilişkin tekil ve sübjektif algıların giderek anonimleşmesi ile oluşan ve kendisine her durumda “dışsal” olan davranış kalıpları niteliğindedir. Doğal olarak herhangi bir insan açısından hiçbir toplumsal norm, ilk etapta “kendisine ait” ve “kendi davranışlarını” belirleyen içsel faktörlere dahil değildir. Bu nedenle kural olarak, herhangi bir insanın, onu belli bir davranışa götüren içsel-bilişsel muhakemesi sırasında her durumda toplumsal normların bilgisini de hesaba kattığı iddia edilemez. Çünkü toplumsal normların içselleşmesi, ancak insan zihninin buna imkan verdiği ölçüde mümkün olacaktır. Bu bir kural olarak toplumsal yapıya ilişkin çözümlemede akıldaki tutulmalıdır.

Kural bu olmakla birlikte, yine de bir insan, davranışlarını belli bir amaca göre biçimlendirirken, içinde bulunduğu toplumsal yapıdan -sanki bu hiç yokmuş gibi- soyutlanmış olarak da davranamayacaktır. Çünkü toplumsal-

---

cektir. Şu halde (A)'nın (B) ile yaptığı satım sözleşmesini “ifaya zorlanması”, bu ifanın ne oranda yapılacağıının hududunu aradaki sözleşme hükümleri belirliyor olsa bile, aralarındaki sözleşmenin dolayısıyla da o sözleşmenin taraflarının yaptırımı değil, sözleşmesel ilişkileri genel olarak düzenleyen toplumsal normun ve onun dayandığı toplumsal iktidar merkezinin yaptırımıdır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi bu ilişkinin iyice griftleştiği modern topluma ait sözleşmelerde dahi bu temel yargı varlığını korumaktadır.

<sup>38</sup> Toplumsal normun oluşması açısından belirttiğimiz bu sürecin bazı kısımlarının çok kısa bir sürede geliştiği ya da kısa vadeli kırılma noktalarının olduğu örneklerle karşılaşmak da elbette mümkündür. Örneğin, İlahi bir kaynağa dayanan sözgelimi, maddi iktidar merkezlerinin var olan yapısına keskin ve hızlı bir darbe vuran Peygamberler gibi farklı tipte ve insanların gönüllü olarak kabul ettikleri iktidar merkezleri açısından bu İlahi kaynağın buyruklarının kabulü zaten bu iktidar merkezinin kabulünün doğal sonucu olacağından bu gibi hallerde İlahi kökenli normların kabulü açısından belirttiğimiz süreç son derece hızlı gelişecek, bu normlar değer yargıları seleksiyonundan süratli ve mutlak bir şekilde zaferle çıkacak, zaten belirli bir iktidar merkezinden ziyade çoğunlukla “tüm insanlığa” hitap ettikleri için ayrıca bir soyutlaşmaya ihtiyaç duymayacaktır. Elbette bu şekilde bir kırılma, zaten nevi şahsına münhasır bir durumu yansıttığından bu kendine özgü koşulları içinde değerlendirilmelidir.

lık, belli bir doğal sürecin sonucudur ve bu toplumsallığa yön verenin, belirli iktidar merkezlerinin yine belirli yönde kümelenebilmiş algıları olması, insanın, kendi benliğine sahip olduğu an itibarıyla “bu toplumsal yapının içinde bulunduğu” gerçeğini değiştirmemektedir. Bunun sonucu olarak “anne, baba, aile, arkadaş, cinsellik, vs.” gibi kavram ve kurumlar, herhangi bir toplu yaşamda insana ait olan, ancak “doğal olarak bulunan” kavram ve kurumlar olarak karşımıza çıkacaktır. Doğal olarak insan, belirli davranışlarının, diğer insanlara belirli etkiler yaptığını bilir ve bunun için, bu etkilerin arka planındaki değer yargılarını bilmesi şart değildir. Bu nedenle, hukukun hiç var olmadığı ilkel bir toplumda, başkasının şahsi kullanımında olan bir av eşyasını onun bilgisi dışında alan kimse, diğerini bir zorluğa-olumsuzluğa uğrattığını, o’nu, kendisinin uğramak istemediği bir etkiye maruz bıraktığını bilir. Normatif bir yapıya göre sahip olan bir toplumda dahi bu kişi, bunu yasaklayan ve yaptırıma bağlayan normdan hiç haberdar olmasa da bu belirttiğimiz durum bilecektir, zira bu, “başkasının kullanımındaki bir eşyayı ondan alma” davranışının “doğal” sonucudur. Bu açıdan toplumsal yapı içinde, bir insan zihninde, “bir başkasını öldürebilecek şekilde atılan mızrağın, onun tüm yaşamsal menfaatlerini yok edeceğine ve aynı zamanda mesela annesine büyük bir acı yaşatacağına” ilişkin bilgi ile “mevsiminde tarlaya atılan tohumun zamanı gelince filiz vereceğine” ilişkin bilgi arasında niteliksel bir fark yoktur.

İkinci aşamada herhangi bir toplumsal yapının soyut anlamlar yüklediği “somut durumlara” ilişkin bilgiler de esasında “doğal yapılara” ilişkin bilgilerdir. Bu nedenle bir eşyanın veya bir kadının ya da erkeğin bir başkasına aidiyeti de (modern yapıda mülkiyet ve evlilik kurumlarını karşılayacak şekilde) doğal ve reel kavramlardır. İnsanın toplumsal çevresine ilişkin, ancak ona ait rasyonelliğe meydan okumayan, aksine tüm biyolojik organizmalar ya da fiziksel gerçeklikler gibi onun etrafını saran bu kavramlar elbette ki kişiler açısından “dışsal”dır, ancak halihazırdaki biçimleriyle hiçbir suretle “başkaca bir rasyonelliğin ürettiği yapay kavramlar” olarak da algılanmayacaklardır. Aksine kişilerin zihinleri, başkalarından önce kendilerinin bu kavramlara yönelmelerini sağlarlar ve bu doğal yöneliş, evvela bir taş ustasınınca doğal olanın tam ortasına kondurulmuş bir duvarın zamanla doğal ortamın bir parçası olarak algılanması gibi, kişiye hiçbir durumda “yapay, dışsal” gelmez. Kişi, bu kavramlardan kaynaklanan ya da bunlara dayandırılan, gelişmiş formdaki normatif yapının dışsallığını fark edecektir, dolayısıyla buna ilişkin temel bir algısı da oluşabilir, ancak bu normların dayandırıldığı kavramlar yine de yapay bir form olarak algılanmayacak, doğal çevrenin bir parçası gibi görülecektir. Örneğin, (A) açısından, “ (B) ile evli olan (C) ile cinsel ilişki kurmasını yasaklayan” kural, toplumsal yapıya ait, doğal olarak kendisine dışsal bir kuraldır, ancak bu kuralın temelindeki (B)’nin (C) ile öyle ya da böyle “evli” olması, (C)’nin saçının rengi kadar gerçektir ve o, bu kavramın gereklerini reddetse, böyle bir kavramın varlığını dahi yadsırsa da bu kavramın işaret ettiği “evli” olma durumunu (B) ve (C)’nin üzerindeki elbise kadar net algılayabilmektedir. Doğal olarak herhangi bir kişinin kendi ürettiği düşünsel yapının dışındaki bu kavramlar, ona göre “başka zihinlerin ürettikleri ve kendine dayattıkları yapay formlar” değil, kendisini içinde bulduğu toplumsal yapının, “doğal olarak gelişmiş” ve “varlığını muhafaza eden” kurumlarıdır. Bu nedenle herhangi bir kişi açısından içtiği su, avladığı hayvan ya da aile efradından biri kadar “gerçek” ve “doğaldır”lar.

Son olarak bireyin kendisini, benliğini kazanır kazanmaz içinde bulunduğu toplumsal yapıya ilişkin karşılıklı ilişkiler ağı ve kültür için de aynı şeyler geçerlidir. Bu kültüre ait bir takım kurallar yine kişinin kendi zihninin ürünleri olmasa ve doğal olarak da kendi rasyonelliğinin dışında bulunsa da bu kurallar, kime, neden ait oldukları belli olmayan doğal olarak –eşit olmayan üstün ve

mutlak bir rasyonelliğe atıf yaptığından Yaratıcı'ya ait olduğu kabul edilen kurallar bir tarafa bırakılırsa- farklı bir rasyonelliğin yarattığı veya dayattığı kavram ve kurumlar değildir. Bu nedenle *atalara saygı* kuralları ya da *tabular* ve yahut *eşe karşı yükümlükler* gibi bu kural ve kurumlar, herhangi bir topluluk üyesi için bir hayvanı avlamak için uyması gerektiği kurallar ile hiçbir fark taşımamaktadır<sup>39</sup>.

Belirttiğimiz bu üç aşamadaki doğal kurum ve kurallar, aslında davranış düzenlemesi açısından, kişinin normatif bir muhakeme yapması ile ilgili değildir ve herhangi bir eylemin gerçekleştirileceği an için fail nezdinde o eylemin içinde bulunduğu doğal koşullar ve fiziksel olgulardan farksız bir formda hazır bulunurlar. Bu nedenle bu kural ve kurumlar, toplumun şahsa dayattığı davranış düzenlemesi kuralları olarak değil, kişinin, o davranışın doğal niteliğine ilişkin olarak kabul ettiği ve kişiyle davranışı arasındaki psikolojik bağın içeriğinde yer alan faktörlerdir. Bir kimse bir başkasına ait eşyayı alırken, eşyanın rengi onun için ne tür bir gerçeklik ise bu eşyayı almasının onun sahibine yapacağı etki de o tür bir gerçekliktir<sup>40</sup>. Herhangi bir dışsal kural, faili bu konuda ister desteklesin ister ayıplasin, nasıl ki bu yargılar eşyanın rengini değiştirmeyecekse, o eşyanın alınmasının yarattığı toplumsal etkiye ilişkin bilgiyi de aynı şekilde değiştirmeyecektir.

Kişi, belirli bir davranışta bulunurken bu doğal yapının tamamını görür ve davranışını buna göre konumlandırır. Ancak burada işin içine bir de davranışın sosyal anlamı noktasında “kişinin kendi değer yargıları” dahil olur ve kişi kendi yapacağı bu davranış öncesinde, kendi değer yargılarına göre, bunun doğru mu yanlış mı olduğu muhakemesine girer. Dikkat edilirse buradaki muhakeme, artık bir *olması gereken* referans alınarak yapılmaktadır, ancak buradaki *olması gereken*, bizzat kişinin kendi değer yargılarına göre biçimlenmektedir. Doğal olarak, kişinin bu içsel süreci de doğal davranış örüntüsüne dahildir. Bu nedenle normun mesela “bir başkasına ait eşyayı ondan izinsiz alma” şek-

<sup>39</sup> Bkz. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.272-273. Yeri gelmişken şu hususu belirtmemiz gerekmektedir ki aktardığımız bu hususlar, bu aşamadaki kuralların hiçbir suretle reddinin de söz konusu olmayacağını ifade etmemektedir. Nasıl ki, av için artık yerleşmiş kurallar bile zamanı gelince reddedilebilirse, toplumsal yapının getirdiği temel bazı toplumsal kurallar da yeri gelince reddedilebilir. Buna yukarıda verdiğimiz örnekte mesela (A) açısından (B) ile evli olan (C) ile cinsel ilişkiye girmeme” şeklindeki kuralın hatta bunun temelindeki “evlilik kurumunun” reddi de elbette mümkündür. Ancak böyle bir red ilk etapta, toplumsal yapı içinde, umutsuzca “bizzat toplumsallığın kendisine” karşı gelmekten daha farklı bir neticeye sebebiyet vermeyecektir. Ayrıca burada evlilik kurumunun reddedilmesi, “böyle bir kuruma aslında gerek olmadığı” şeklinde geleceğe yönelik bir yargıya dönüşmeye mahkumdur ve bu bakış açısı dahi (A) ile (B) arasındaki mevcut evliliğin gerçekliğini gizleyemeyecektir. Zira genel olarak tüm bu kurum ve kavramlar, kişi açısından, o toplumsallığın kendisi kadar gerçektir.

<sup>40</sup> Dikkat edilirse burada hukukun bir kurumu olan “mülkiyet” sözcüğüne bilinçli olarak atıf yapılmamıştır. Zira bu kavram zorunlu olarak bir kimsenin, aldığı malın başkasına ait olması noktasında hukuka göre bir değerlendirme yapmasını sonuçlayacaktır. Zira, mülkiyet hukuka ait bir kalıptan öte bir anlama sahip değildir (Bkz. Erkan Sarıtaş, “Türk Ceza Hukukunda Mala Zarar Verme Suçu ve Kriminolojik Açından Vandalizm”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2009, s.45). Hukuka sahip olmayan toplumlarda da bir şeyin (işimler, danslar, şarkılar, efsaneler, törensel araçlar ve takılar, hediyeler, silahlar ve ev eşyaları gibi) “bir kişiye aidiyeti” fikri vardır (Bkz. T.B. Bottomore, **Toplumbilim**, çev: Ünsal Oskay, İstanbul, Der Yay., 1998, s.148). Bu nedenle de bir kimsenin, aldığı bir eşyanın “başkasına aidiyeti” noktasında değerlendirme yapması için, temelde, hukuka ve bunun sistemleştirdiği mülkiyet kavramına atıf yapması şart değildir.

lindeki önermesi norma ilişkin “dışsal” bir önerme halinde iken, “başkasına ait eşyayı ondan izinsiz almamalıyım” kişinin içsel yargısı niteliğindedir<sup>41</sup>. Kişinin, eylem öncesinde hesaba kattığı bilişsel muhakeme unsuru ise normun önermesi değil, kendi değer yargısıdır. İşte doğal davranış örüntüsüne dahil olan da kişinin bu kendi değer yargıları olacaktır.

Bu belirttiklerimiz, *bir eyleme ilişkin bilişsel muhakeme sürecinde kişinin temelde “doğal” olanın bilgisi ve “kendi iradesine” göre hareket edeceği gerçeğini gözler önüne sermektedir*. Toplumsal yapı içinde kişinin belirli bir davranışta bulunurken o davranışa gösterilecek olası tepkilere ilişkin muhakemesi, yani başka iradelerin ürünü değer yargılarını mesela hukuk normlarını hesaba katması bu bilişsel muhakemenin zorunlu kapsamında değildir<sup>42</sup>. Bu nedenle başkasının kullanımındaki eşyayı alan kişinin, bunun eşyanın sahibine uğratacağı olumsuzluğa ilişkin bilgisi eylemin doğal vasfına ilişkin ve toplumsal yapı içinde mutlak var kabul edilecek bir bilgi iken, gerçekleştirdiği eylemin başkalarının doğru veya yanlış kabul edilmesi eylemin doğal vasfına ilişkin bir bilgi değildir. Bu kurallar referans alınarak bir muhakemeye girilmesi, ancak bu normların kişi bilincinde içselleştiği ölçüde mümkündür yoksa bu, “eylemin vasfına ilişkin bir özellik” veya “ona ait bir nitelik/unsur” olmayacaktır.

## **B- TOPLUMSAL YAPI İÇİNDE YAPTIRIMIN ŞEKİLLERİ, UYGULANMASI VE ÖZELLİKLE “HUKUKUN YAPTIRIMI”**

### **1- Yaptırımın Şekilleri ve Uygulanması**

#### **a- Yaptırımın Şekilleri**

Yaptırımın belirli bir “reaksiyon bilgisi” olduğunu ifade etmiştik. Bu ifade tarzıyla yaptırımın, dilimizdeki ilk çağrıştırdığı “zor kullanma” veya “ödetme” anlamlarından daha geniş bir anlamsal içeriğe sahip olduğu anlaşılabilir. Yaptırım, herhangi bir davranış tipine gösterilen reaksiyon olunca, o davranış tipinin ortamdaki başvuru değerleri olan toplumsal normlara karşı aldığı pozisyona göre reaksiyonun rengi, şekli ve şiddeti de belirlenecektir. Ancak hemen fark edilebileceği üzere bu reaksiyon mutlaka *olumsuzlama* şeklinde olmayacak, aksine söz konusu eylemin norma uyması, bu eyleme aksiyona dönüştürülen talebin, istenildiği şekliyle karşılanması şeklinde bir yaptırıma da uğrayabilecektir. Bu nedenle yaptırımın anlamsal genişliği sadece olumsuz reaksiyonları değil olumlu reaksiyonları da kapsar<sup>43</sup>. Belki kelimenin yapısı gereğince kulağa tırmalayıcı gelebilirse de aslında “belli bir prosedüre göre birlikte yaşamaya başlayan (evlenen) genç bir erkek ve kadının” bu durumlarının, toplumsal olarak kabul görmesini ve birbirleri üzerindeki haklarına herkesin saygı göstermelerini istemeleri de toplumsal geribesleme sürecine, ortamdaki başvuru değerleri olan toplumsal normlara uygun olarak yöneltmiş bir talep (girdi) olduğundan, bunun uygun görülmesi ve kabullenilmesi de sistemin yanıtı (çıkıtı) olacaktır ve işte bu da bir tür reaksiyon ve dolayısıyla yaptırımdır. Bu nedenle genel olarak mesela bir kişinin eşya üzerindeki hakimiyetinin tanın-

<sup>41</sup> Krş. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.605-606.

<sup>42</sup> Bkz. Aşağıda B, 2, b.

<sup>43</sup> Bkz. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.605, A.R. Radcliffe-Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFS**, s.135; Eriksen, **a.g.e.**, s.103. Hatta, *Artuk/Gökçen/ Yeni dünya*, Arapça kökenli bir kelime olan “ceza”nın dahi bu dildeki anlamının “iyi veya kötü olabilen bir karşılık” anlamına geldiğini ve bu bakımdan cezanın ödül manasında kullanılmasının da mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Ancak yine yazarlar bu terimin Türkçe’de yalnızca, kötülüklerle verilen karşılık olarak kullanıldığını belirtmektedirler. Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya; **Ceza Hukuku Genel Hükmümler I**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.6

ması, hatta ona genel bir kalıp olarak “mülkiyet” vasfı verilmesi yahut bir kimsenin bir başkası üzerindeki etkilerinin kabul edilmesi ve hatta bir kimsenin bir başkasını belirli bir şekilde öldürmesi (örneğin meşru savunma) durumunda, “doğru yaptığının” söylenmesi ve bu suretle tüm bunların onaylanması da toplumsal sistemin bir reaksiyonu dolayısıyla yaptırımıdır<sup>44</sup>.

Ancak yaptırımı günlük dilde daha çok sapıcı davranışa gösterilen belli bir tür reaksiyon olarak ifade ettiğimizi<sup>45</sup> yani genellikle negatif yaptırımı kastettiğimizi<sup>46</sup> de biliyoruz. İşte bu daha dar anlamıyla yaptırım, bizi ileride ceza yaptırımına da götürülecek bir kavramlaştırmaya itmektedir. Bu anlamıyla yaptırım mutlaka, “çıktı bilgisi”ne dahil olduğu normatif yapının kabul etmediği/onaylamadığı davranışa gösterilen bir reaksiyon olma niteliğindedir. Bu reaksiyonun süresi, şekli veya şiddeti, ait olduğu toplumun kültürel yapısı ile sıkı sıkıya bağlıdır ve son derece ilginç örnekler söz konusu olabilmektedir<sup>47</sup>. Ancak netice itibarıyla hepsinde ortak özellik, “normdan sapan kişiyi bir olumsuzluğa uğratmak” şeklinde ortaya çıkar. Bu olumsuzluğun neticesi, kişiyi tekrar o davranışı yapmamaya yönlendirebilir veya diğer kişiler üzerinde bir etki doğurabilir. Ancak bu olumsuzluğun başat amacı bu şekilde rasyonel olmak zorunda olmadığından, kültür artık etkisizleşmiş yaptırım biçimlerini de önümüze koyabilir<sup>48</sup>.

Yaptırımın belirli bir olumsuzluğa işaret etmesinin ilk olası biçimi, “kişinin yanlış yaptığının kendisine bildirilmesi”dir. Bunun derecesi ve etkisi, kültürel yapıya göre çok değişik şekiller alabilir. Ancak temelde kişinin bir yanlışının yüzüne vurulması, daha kapsamlı bir yaptırım öncesinde “temel uyarıya” denk gelmektedir. *Eskimolardaki* nith-şarkıları bunun son derece ilginç, klasik örneklerinden biridir<sup>49</sup>. Burada sosyal anlamda sapıcı bir davranışta bulunulması durumunda toplumda bu işi becerebilecek kişilerden biri ve muhtemelen bir toplumsal iktidar odağı, halka açık bir yerde, herkesin duyabileceği şekilde haksızlık yapının yüzüne bağarak, o kimsenin bir daha haksızlık yapmaması gerektiğini bu şarkılarla ile dilendirmektedir<sup>50</sup>. Burada kişinin yüzüne vurulması, nihai bir yaptırım türü olarak modern anlamda kulağa pek kullanışlı gelmese de “faili meçhul bir hadise” açısından, meçhul olan faili etkilemesi için, ancak toplumun geneline yönelik bir bildirimde bulunulması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin Yeni Gine’deki *Orokaiwahilar*’da bir erkek, kendisine ait bir hindistancevizinin çalındığını gördüğünde, geriye kalan kabuk parçalarını yakınlardaki bir palmyenin görünür kısmına asarak herkesin durumdan ha-

<sup>44</sup> Bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.74.

<sup>45</sup> Eriksen, **a.g.e.**, s.103.

<sup>46</sup> Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.76.

<sup>47</sup> Bkz. Radcliffe-Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFSA**, s.136.

<sup>48</sup> Roberts “yok sayma” veya “dışlama” şeklindeki yaptırımın ilkel topluluklarda önemli bir anlaşmazlık çözüm aracı olduğunu belirttiikten sonra (Roberts, **a.g.e.**, s.63 vd.) *Woodburn*’a atfen Tanzanya’da yaşayan *Hadzalan* yaşadıkları bölgenin coğrafi koşulları nedeniyle bu topluluğun çok zayıf veya yaşlı üyelerinin dahi neredeyse kendi başlarına yaşamalarını sürdürebildiklerini, bu nedenle küçük kavgaların bile bütün bir kampın dağılmasına yol açabileceği belirtmektedir. Şu halde bu topluluk açısından da “yok sayma” bir yaptırım biçimi olarak görülmekteseyse de topluluk üyeleri arasında pratikte bir etkisi yoktur. Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.82.

<sup>49</sup> Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.59, Kottak, **a.g.e.**, s. 293, Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.611, Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.253-254.

<sup>50</sup> Roberts, **a.g.e.**, s.59, Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.611.

berdar olmasını ve bu arada hırsızın bundan utanç duymasını amaçlamaktadır<sup>51</sup>.

Yaptırımın ikinci olası biçimi, kişiye, kendi yaptığı yanlış düzeltmesinin dikte edilmesi veya en azından eylemin, güçlü ve çoğu zaman üstü kapalı olarak kendine has bir tehdit unsuru barındıran bir onarma teşvikiyle karşılanmasıdır. Kişinin, mesela yıktığı evi onarması veya meydan verdiği zararı tazmin etmeye davet edilmesi bu şekil bir yaptırımdır. Burada klasik zararın giderilmesi usulü son derece önemlidir ve bu, hem bu yaptırım biçimi hem de tazminatın zorlanmasını ifade eden ve bir alt paragrafta incelediğimiz cebri icra için de geçerlidir. Tazminat, esasında yaptırımın en basit ve kolay tatbik edilebilen türüdür ve bazı toplumlarda hemen hemen her norma aykırı davranış, bir tür tazminatla karşılanabilmektedir<sup>52</sup>. Burada fiili işleyen kimse (fail), neden olduğu neticeye mukabelen<sup>53</sup> maddi değeri olan ve kendisi tarafından bulunmak zorunda olan bir karşılığı<sup>54</sup>, ya kendisine karşı eylemi ika ettiği kişiye ya da mesela bir şölen şeklinde tüm topluma sunar. Bazı toplumlarda tazminat misliyle uygulanarak daha caydırıcı bir özellik de kazanabilir. “Örneğin bazı Afrika kabilelerinde hırsızın çaldığı şeyin değerinin iki katıyla mağduru tatmin etmesi aranır”<sup>55</sup>. Bu, kişiye normalde yapmaması gereken bir külfet yüklediği için bir olumsuzluk durumu olduğu kadar, normdan sapma ile toplumsal sistemde meydana gelen ve çoğu zaman mağdurun üzerinde biriken gerginliği, en azından istenç bazında ortadan kaldırdığı kabul edilen bir supap görevi de görmektedir.

Aslında bu kapsamda değerlendirilebilecek önemli bir yaptırım biçimi kişinin doğaüstü güçlere havalesi, dinen kınanması veya ona olumsuz anlamda etki edecek dini istemlerin yöneltmesi ya da ilkel topluluklarda görüldüğü üzere büyü yapılmasıdır<sup>56</sup>. Roberts’in işaret ettiği gibi “büyüye başvuru ve yaşanan ciddi talihsizliklerin buna mal edilebildiği bir toplumda, bu tür bir saldırı korkusu, davranışların kontrol edilmesinde kişiler arasında uygulanan doğrudan şiddet kadar önemli bir rol oynamaktadır”<sup>57</sup>. Büyünün etkili olduğu toplumlarda “birey komşusunun kara büyüyle karşılık vereceğini düşünürse ona bir rahatsızlık vermeden önce iki kez düşünür”<sup>58</sup>. Burada, büyüün gerçek bir yaptırım olamayacağı çünkü gerçekte fail üzerinde bir etki oluşturmayacağı düşünülebilir. Oysa pek çok toplumda insanların büyü hakkında aksi yönde

<sup>51</sup> Roberts, **a.g.e.**, s.60.

<sup>52</sup> Bkz. Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi, (HFSA)**, 1. Kitap, İstanbul, Nüans Basın-Yayın, 1993, s.144, Barnes, Teeters, **a.g.m.**, s.165

<sup>53</sup> Radcliffe- Brown, pek çok toplumda görülen başlık parasının da aslında bir tür tazminat olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre “çok sayıda toplumda bir kadını eş olarak almak, ailesi ve hısımlarının haklarının ihlali olarak düşünülür; neticede, onlar (aile ve hısımları -çn) kadından ayrılmayı kabul etmeden önce, bir tazminatı veya bu yolda bir sözü almış olmalıdır. Bu durumlarda tazmin etme usulü, mülkiyet haklarının bir bedel mukabilinde eldeğiştirmesi olan alım satımla bazı benzerliklere dayanır” Radcliffe-Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFSA**, s.140. Krş. Eriksen, **a.g.e.**, s.179-180, Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.450.

<sup>54</sup> Radcliffe- Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFSA**, s.139.

<sup>55</sup> Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.143.

<sup>56</sup> Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.61 vd, 91 vd., 106 vd.,

<sup>57</sup> Roberts, **a.g.e.**, s.39. Roberts bu savına örnek olarak “Malinowski’nin açıkça büyü korkusunun Trobrianlar’daki onanan normlara uygun davranışlar oluşmasının başlıca saiki olduğuna işaret ettiğini ve ona göre diğer saiklerin bunu izlediğini” göstermiştir.

<sup>58</sup> Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.611.

düşündüğü<sup>59</sup> ve böylelikle büyüünün, en azından psikolojik bir olumsuzluk yarattığı da bir gerçektir.

Yaptırım açısından karşılaşılabilecek bir diğer olasılık kişiye, belli bir şeyin ifası hususunda ciddi bir zorlamanın yapılmasıdır. Hukukta *cebrî icra* olarak ifade edilen bu durumda, toplumsal iktidar merkezi, kişiyi belli bir şekilde davranmaya veya belli bir şekilde davranmaktan imtina etmeye zorlar. Burada belli bir şekilde davranma, mesela çaldığı şeyi geri vermesi ya da işgal ettiği tarlayı boşaltması şeklinde söz konusu olabileceği gibi, daha kökten çözümlere; mesela ömür boyu sürgün şekline de bürünebilecektir<sup>60</sup>. Her durumda burada, bir önceki paragraftan farklı olarak, bunu faile cebren uygulanabilecek bir toplumsal güce ihtiyaç vardır. Bu nedenle norma aykırı davranış karşısında tüm toplumun ya da kültürel yapıya göre belirli bir toplumsal birimin, yaptırımın gereğini icra etmesi gerekecektir.

Bir kimsenin yaptığıın karşılığı olarak kendisine benzer bir şey yapılması, esasında klasik yaptırım sözcüğüne en çok yakıştırılan ve kısaca “*kısasa kısas*” olarak da ifade edilen yaptırım biçimidir. Klasik örnek “bir kimsenin gözünü çıkarmanın gözünün çıkarılması” olarak ifade edilir. Çoğunlukla kısasa kısasın kabul edildiği toplumlarda mağdurun veya ailesinin, faile (ya da failin yakınına<sup>61</sup>) bir yaptırım uygulaması, kısasa kısas sınırları içinde kalmak şartıyla, “adalete dayanan (haklı) bir eylem” olarak kabul görmektedir<sup>62</sup>. Ancak bu halde verilen zarar, kural olarak eylemle çekilen ezaya eş değer olmalıdır<sup>63</sup>. Bununla birlikte, eğer verilecek zarar çekilen ezayı zaten aşmıyorsa, bu yaptırım biçimi mutlak orantı istenen veya bunun zorunlu olduğu bir yaptırım biçimi de olmayabilecektir. Mesela bir kimseye verdiği ezaya oranla faile çok daha basit bir bedensel yaptırım uygulanabilir. Bu duruma örnek olarak *Avustralyalı Aborjinlerde*, muhtemelen bir kan davasını önlemek için, bir erkek öldürüldüğü zaman onun yakınlarının öldüren kişiye mızrak atmasına ve böylece onların yaralamalarına imkan verilmekte, ancak bu mızraklarla bu kimselerin ölmemesine mutlaka dikkat edilmektedir<sup>64</sup>.

Bedensel yaptırımın tek türü kısasa kısas değildir. Özellikle kısas yapılması mümkün olmayan durumlarda, farklı değerlere yönelmiş bazı eylemlere karşılık bedensel yaptırımlar uygulanabilir. Mesela çok eski çağlardan bu yana pek çok orta doğu toplumunda olduğu gibi hırsızlık yapanın elinin kesilmesi veya Eski Türklerde olduğu gibi “araba tekerleği altında ezilmesi”<sup>65</sup> bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dikkat edilirse burada kısasın uygulanabileceği bir

<sup>59</sup> “Sudan’da *Azandeler* arasında kendisine büyü yapıldığına inan kişiler bir kahine başvurabilir; kahin gerekli ayinleri yerine getirdikten sonra, büyü yapan cadının kimliğini ortaya koyar. Bu durum ortaya çıkınca cadı daha fazla sorun çıkmaması için işbirliği yapmak zorundadır. Eğer kurban ölürse ölenin akrabaları cadıya karşı büyü yaptırabilirler ve bu sırada bir köylünün ölmesi hem cadının suçunun hem de büyüünün etkisinin kanıtı olarak kabul edilir. *Azandeler* için büyücülük, hem toplumsal düzeni bozan davranışlara karşı bir yaptırım hem de doğal düşmanlık ve ölümle başa çıkma yoludur” Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.611.

<sup>60</sup> Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.63-64.

<sup>61</sup> Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144.

<sup>62</sup> Radcliffe- Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFSA**, s.139. Krş. Barnes, Teeters, **a.g.m.**, s.165.

<sup>63</sup> Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144; Picca, **a.g.e.**, s.77.

<sup>64</sup> A.R. Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144., Roberts, **a.g.e.**, s.55.

<sup>65</sup> Çoşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt; **Türk Hukuk Tarihi**, Yeniden Düzenlenip, Gözden Geçirilmiş Eklili Onuncu Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2002, s.20.



eylem olmadığından failin bu şekilde bir ezaya uğratılması o topluma ait kültürün farklı öğeleri ile açıklanabilecektir. Yine bu yaptırım biçimi kapsamında pek çok toplumda kırbaçlama, sakatlama, dağlama, kızak ve boyunduruk vurulması, suya batan tabure, hatta kadınlara ağız tıkacı takılması gibi çok değişik fiziksel ceza örnekleri uygulanmıştır<sup>66</sup> ki bunların bazıları günümüzde de uygulanmaktadır.

Bugün yaptırım ve özellikle aşağıda ele alacağımız ceza yaptırımı diyince akla gelen ilk şey, hiç kuşkusuz hürriyeti bağlayıcı yaptırımlardır. Hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar, son derece kompleks bir aşamalar sistemi gerektirdiğinden, diğerlerine oranla daha geç gelişmiş ise de görece basit olarak kadim toplumlarda da görülebilmektedir. Bu yaptırım çeşidini diğerlerinden ayıran özellik, etkisinin uzun vadede görülebilmesidir ve esasında ilk kez uygulandığı bir toplumda başarı açısından fazlaca riskli bir tercihtir; zira sonuçlarının ne olacağı kestirilebilir değildir. Ancak pratikte, yaptırımın reel amacı açısından uzun vadede son derece yararlı sonuçları olması karşısında, en azından rasyonel bir “yaptırım sisteminin” işlediği bir toplumda bunlar öngörülebilir olacaktır. Zira eğer yaptırımın reel amacı, toplumsal geribesleme etkisinin mekanik işleyişini devam ettirebilmek ise hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar pek çok açıdan bu amaca hizmet edebilecektir: *Bir kere* bu yaptırımlar ile herhangi bir davranışın sistem tarafından karşılanmasındaki “yaptırım bilgisi” son derece güçlü bir etkiye sahip olacaktır; zira hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar güçlü bir “olumsuzluk” özelliğine sahiptir. *İkinci olarak* kendisine yaptırım uygulanan kişinin sınırlı bir süre de olsa sistem dışına çıkarılması, o kişinin, başlangıç durumlarına hassas bağımlı toplumsal sistem içinde yarattığı sınırlı çalkalanmanın etkilerini minimize edecektir. Zira herhangi bir toplumsal sapıcı eylemin -hele bir de mağduru varsa- karşı bir eyleme sebebiyet vermesi; mesela bir öldürmenin kan davasına dönüşmesi, ailelerin birbirlerine saldırması son derece muhtemel olduğundan bu etkinin sınırlanması açısından, failin olay bölgesinden uzak tutulması son derece önemli olacaktır. Bu çerçevede yalnızca hapis ve benzeri yaptırımları değil, sürgün, kürek, zorunlu askerlik vb. uygulamaları da bu kapsamda saymak gerekmektedir.

Son olarak bedensel yaptırımlar kapsamında da telakki edilebilecek olan ancak özel bir önemi olmasına binaen ayrı bir paragraf açtığımız ölüm yaptırımı, yani idama da yaptırım türleri içinde değinmek gerekir. İdam en basit tarifıyla, toplumsal sapıcı davranış failinin, toplumsal iktidar merkezinin işaret ettiği kişilerce yaşamına son verilmesidir. Bu son derece farklı şekillerde olabilir ve pek çok kültürde farklı idam şekilleri ile karşılaşmak mümkündür. Ancak temelde asıl dikkat edilmesi gereken husus, idamın yazının başından beri temel başvuru kaynağımız olan *toplumsal geribesleme itkisi* açısından gösterdiği önem noktasındadır. Bu itkinin bizzat kendisine yönelmiş bir eylemin, salt basit bir yaptırımla geçiştirilmesi, sistemin kendisini, var olan haliyle muhafaza etmesini son derece zorlaştırdığından, idam pek çok iktidar merkezi için son derece kolay bir çözüm tarzı olarak alınmıştır. Zaten bu nedenle idamın var olduğu toplumların, tarih boyunca, idamın olmadığı toplumlara sayıca ezici üstünlüğü söz konusu olduğu gibi, idam aynı şekilde modern toplumların içerisinde de varlığını devam ettirmektedir. Bu reel etkisinin yadsınamazlığına karşılık, idamın bir ceza yaptırımı olarak ele alınmasının genel yaptırım sistemi içinde karşı konulmaz sıkıntılara yol açacağı da bir gerçektir ve modern toplumlarda idamdan yüz çevrilmesi de çoğunlukla bu noktadan kaynaklanmaktadır.

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi ve oldukça ilginç örnekler için bkz. Barnes, Teeters, **a.g.m.**, s.169 vd.

### **b- Yaptırımın Uygulanması Süreci**

Herhangi bir davranışın yaptırımı muhatap olabilmesi için onun toplumsal bir davranış niteliğinde olması gerekliliğine ve bunun anlamına birinci bölümde işaret edilmişti. Bir toplumsal davranışın toplumsal geribesleme itki-sine sunduğu talep yani girdinin ilk muhatabı, o davranış tipine ilişkin herhangi bir tutum alabilecek ilk iktidar odağı olacaktır. Bir çocuğun davranışı açısından mesela annesi bu durumdadır. Bu ilk iktidar merkezinin hareket alanı, ona genel olarak “toplumun tümünü kaplayan merkezleri ağının tanıdığı muhtariyet” kadar olacaktır. Bu nedenle, geleneksel bir toplumda mesela çocuğun babasının, onun herhangi bir davranışına reaksiyon göstermeye gerek duyduğu anda, artık annenin reaksiyon yetkisinin sınırına gelinmiştir. Bu aşamada artık annenin değil babanın tutumu ve bu tutuma eklenen yaptırım bilgisi önem kazanacaktır. Bu, işin içine, o davranışın yayıldığı toplumsal alan kadar fazla iktidar merkezinin girmesi anlamına gelmektedir. Örneğimize sadık kalırsak, çocuğun bu davranışına reaksiyon gösterecek toplumsal iktidar merkezlerine ilişkin alan, babanın da üzerinde iktidara sahip olan büyükanne ve büyükbaba, soyut bir otorite merkezi olarak yakın akrabalar, mensup olunan sülalenin liderleri, kabilenin şefi, kabileler topluluğunun büyük şefi gibi sürekli büyüyen halkalar şeklinde genişler. En tepeden aşağıya doğru her bir halka, eylemin tipine ve yayıldığı alana ve esasında ihlal ettiği menfaatin niteliğine ve ihlalin ağırlığına göre diğer bir halkaya belli bir hareket alanı verir ve bu alanın dışına çıktığında artık kendisi müdahil olur. Mesela çocuğun ailenin içinde kalabilecek küçük haylazlıklarına annenin müdahale etmesi beklenir ve bu haylazlıklar diğer çıkar çevrelerini tehdit etmediği sürece doğrudan hiçbir başkaca müdahaleye gerek duyulmaz. Ancak bu çocuğun haylazlıkları baba tarafından görmezden gelinemeyecek dereceye ulaşmışsa ya da doğrudan babanın dikte ettiği kuralların ihlali söz konusu ise devreye artık baba girecektir. Olur da bu çocuk tüm sülalenin kabul ettiği bir norma aykırı davranır, ancak bu olay sülale içinde kalırsa işte bu ihtimalde çocuk artık sülalenin soyut iktidarının kınama ifadelerinden nasibini alacaktır. Eğer çocuk, örneğin haylazlıklarını bir başka kişiye ait eşyayı çalma mertebesine ulaştırmışsa artık işin içine kabile şefi ya da daha üst bir iktidar merkezi ya da hukukun başat gücü olduğu bir toplumda hukuk kurumları girecektir. Demek ki yaptırımın uygulanışı tek bir merkeze göre değil ihlalin ağırlığına göre sistemleşmiş bir toplumsal iktidar merkezleri ağına göre şekillenmektedir<sup>67</sup>.

Yaptırımı uygulayacak olan merkez bu iktidar ağına göre belirlense de o, bu yaptırımı doğrudan kendisi uygulamak yerine başka bir mekanizmaya bırakabilir ve yapısı gereği kuramsal olarak seyrek karşılaşılması gereken bu durum, özellikle son derece karmaşıklaşmış iktidar merkezleri açısından neredeyse alışılmış bir sürece dönüşebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yaptırımın somut karakteri ile normun soyut yapısının görünüşteki zıtlığıdır. Yukarıda, bir sosyal normun oluşabilmesi için toplumdaki pek çok iktidar mer-

<sup>67</sup> Eğer toplumsal iktidar merkezi mesela yalnızca ailelerden oluşmakta ve bunun üzerinde yalnızca toplumun soyut iktidarı tanınmaktaysa, ailenin herhangi bir bireyine karşı ilk elden yaptırım uygulama yetkisi de o ailenin iktidar merkezinde olacaktır. Ancak bu halde toplumsal iktidar merkezi, ailenin iktidar merkezine dolaylı yoldan bu yaptırımı uygulama noktasında bir görev de yükleyebilir. Örneğin sayısız kez yalan söyleyen, izin almaksızın diğer avcılarının eşyalarını alan, bir komşusunun karısıyla cinsel ilişkiye girmek için kocasının buna izin verdiğini söyleyerek onu oyuna getiren Grönland’lı genç bir Eskimo erkeğin annesi tarafından öldürüldüğü, bu eylemin toplumda geniş bir kabulle birlikte olumlu karşılandığı aktarılmıştır. Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.88-89.

kezlerine ait algının homojenleşmesi ve değer yargılarının anonimleşerek bu iktidar merkezlerinden soyutlanması gerektiğini ifade etmiştik. İşte bu soyutluk, aslında kaynağını oluşturan iktidar merkezinden kopuşun bir sonucu olunca, o iktidar merkezine ait çıkara yönelmiş eyleme ilişkin yaptırımı uygulama sürecine çoğu zaman iktidar merkezi dışındaki kimseler de iştirak edeceklerdir<sup>68</sup>. Örneğin birinin eşyasını çalan kimseye karşı, mülkiyetin korunmasının toplumsal norm halini aldığı ve mesela buna aykırı davrananların sözler ve bakışlarla kınandığı bir toplumda, o eşyanın bir benzerine hayatı boyunca hiç sahip olmayan ve dahi olamayacak kişiler de bu “yaptırım imecesine” katılarak faile birkaç söz söyler veya onu kınayan bakışlarını gösterirler<sup>69</sup>. Burada aslında norma aykırı davranan kimse, somut bir şahıs olduğundan ona gösterilen tepki de somut olmak zorundadır ve soyut norm ile somut şahıs arasındaki yaptırım ilişkisinin kurulabilmesi için somut araçların kullanılması kaçınılmazdır.

Bu noktada son olarak yaptırımın bizzat mağdur veya yakınlarınca uygulanmasının da mümkün olabileceğini belirtmek gereklidir. Bir çok ilkel toplum açısından norma aykırı bir davranış sergileyen bireye karşı eylemin mağduru veya mağdur öldürülmüş ise yakınları tarafından yaptırım uygulanması (karşılık verilmesi) doğal bir şekilde kabul görmektedir<sup>70</sup>. Burada söz konusu yaptırım, yine toplumsal bir yaptırımdır, ancak bu sefer uygulayıcılar bizzat mağdurlardır<sup>71</sup>. Bireysel yaptırımın kabul edildiği toplumlarda, toplumsal iktidar merkezleri ise bu çeşit bir karşılığı meşru kabul ederek desteklemekle yetinirler<sup>72</sup>. Yukarıda verdiğimiz *Avustralyalı Aborjinler* örneğini hatırlarsak, bu topluluklarda bir erkek öldürüldüğü zaman onun yakınlarının öldüren kişiye mızrak atmasına ve böylece yaralamalarına imkan verilmesi, ancak bu mızraklarla bu kimsenin ölmemesine dikkat gösterilmesi<sup>73</sup> bu belirttiğimiz uygulamaya örnektir.

### c- Yaptırımın Amaçları Çerçevesinde “Yaptırımın İktidarı” ve “İktidarın Yaptırımı”

Yaptırımın, toplumsal iktidar odaklarının, toplumsal yapı içinde, ağırlıklı olarak topraklandıkları alanlara ilişkin ürettikleri değer yargılarının işlerlik kazanabilmesi ve varlıklarını devam ettirebilmesini sağlamak ve/veya muhafaza etmek için, değer yargılarının olduğu toplumsal geribesleme itkisine, davranışın karşılığı olarak kodlanan reaksiyon bilgisi olduğunu ifade etmiştik. Bu tanım, aslında yaptırımın toplumsal açıdan temel işlevini de açıklamaktadır. Mekanik olarak işlediğini belirttiğimiz ve insanlardan müteşekkil her toplumsal yapıda var olduğunu iddia ettiğimiz *toplumsal geribesleme itkisinin*, toplumsal yapıya ait doğal süreçler sayesinde “normatif bir sosyal yapıya” vücut verdiğini söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Esasında burada normatif yapının her bir unsuru olarak sosyal normlar, bilinçli bir iradenin ürünüdürler, bunun neden

<sup>68</sup> Bu noktada eşi ile kavga edip onu ve çocuklarını ölüme terk eden bir Eskimo'ya karşı, onun bir arkadaşının nith-şarkısı ile yaptırım uygulaması ilginç bir örnektir. Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.86-87.

<sup>69</sup> “Her ne kadar her toplumda nispeten daha güçsüz gruplar var gibi gözükse de bir toplumun dayandığı değerler konusunda, bu değerler nedeniyle kaybeden kesimler arasında bile yaygın bir kabul vardır.” Eriksen, **a.g.e.**, s.255.

<sup>70</sup> Bkz. Roberts, **a.g.e.**, s.55 vd., Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144, Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.241 vd.

<sup>71</sup> Krş. Barnes, Teeters, **a.g.m.**, s.165.

<sup>72</sup> A.R. Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144.

<sup>73</sup> A.R. Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.144., Roberts, **a.g.e.**, s.55.

böyle olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak hepsinden müteşekkil normatif sistem açısından bunu söylemek her zaman doğru olmayacaktır. Çünkü belirttiğimiz bu *geribesleme itkisi*, herhangi bir iradenin ürünü değildir ve esasen kendi yapısı icabı buna müsait de değildir. Ancak eğer insanlardan oluşan bir sosyal sistem ayakta durabiliyorsa, bu, yalnızca bu şekilde bir geribesleme itkisi varsa mümkün olabilmektedir.

Bu geri besleme itkisi, sistemin karakterine bağlıdır ancak bu itkinin yatağı da değer yargıları ve neticede vardığı sosyal normlardır. Zaten bu nedenle sisteme sunulan talebe verilen yanıtı şekillendiren *toplumsal normlar* olduğunu ifade etmiştik. Yine, bu yanıtın etkisinin söz konusu olabilmesi için bir yaptırım bilgisinin de eklenmesi gerektiğini söylemiştik. Bunun nedeni tamamen sistemin *kendişlerliğidir*. Zira bu geribesleme itkisinin sistemi ayakta tutabilmesi için kişilerin belirli davranışlarına nasıl tepkiler verileceğini öngörmeleri ve davranışlarını buna göre şekillendirmeleri gerekir<sup>74</sup>. Kişi yanlış yaptığı zaman olumsuz, doğru yaptığı zaman olumlu yaptırımla karşılaşacaktır ki bir sonraki aşamada davranışlarını buna göre şekillendirsin. Kişinin davranış düzenlemesi açısından mutlaka bir musibetle karşılaşmış olması elbette şart değildir; benzer durumlardaki kişilerin bir musibetle karşılaştığını görmeleri de yeterlidir. Bu, ağaca çıkmayı düşünen kişinin, kendisinden evvel çıkıp da düşün kişinin çektiği acıyı gözlemlemesinin meydana getireceği etki gibidir.

İnsan, sonsuz çeşitlilikte güdülleri, sınırsız istekleri ve doymak bilmeyen ihtiyaçları olan bir canlıdır; oysa iktidar merkezlerinin kontrolündeki toplumsal bunların her birini sınırlandırmak zorundadır. Zira bu isteklerin ucu, mutlaka bu iktidar merkezlerinin çıkarlarına dokunacaktır. İşte bu noktada toplumsal iktidar merkezleri, değer yargılarını ve neticede toplumsal normları belirlemek suretiyle, insanları sınırlarını ve şeklini kendilerinin çizdiği toplumsalığa zorlamak durumunda kalmaktadır. Bu zorlama -mesele doğrudan zorlama olunca- esasen asgari seviyede olma eğilimindedir, zira fazlası hem daha fazla güç hem de daha fazla risk demektir. Doğal olarak temelde toplumsal iktidar merkezleri, minimal bir güç ile maksimal faydayı yani toplumsal normların en üst seviyede kabulünü amaçlarlar. Bunun için her bir davranışın, her zaman izlenip yönlendirilmesi mümkün olmadığından, yukarıda belirttiğimiz geribesleme itkisine bireysel davranış olarak dahil olan her bir girdiye karşılık sistemin ürettiği çıktıya, soyut önermenin ötesinde, somut eyleme yönelik olarak yeni bir “bilgi” eklenir. Bu bilgi, davranışın değer yargıları ile uyumlu olması ya da çatışması durumunda fazladan “ne olacağını” da ifade eder. İşte bu bilginin eklenmesi, yani yaptırımın sunulması, bu genel sistemin işleyişine yönelik reaksiyonel korumayı da sağlayacaktır.

## 2- Yaptırımın Rasyonelleşmesi ve “Hukukun Yaptırımı”

### a- Toplumsal Normlardan Rasyonel Hukuka Geçiş Sürecinde Yaptırımın Rasyonelleşmesi

Hukukun, toplumsal normların belirli bir gelişim aşamasına işaret etmesi nedeniyle yaptırımın kökeni hukuk öncesine aittir. Bu açıdan eğer bir sosyal olgu olarak yaptırım ele alınacaksa, yaptırımın kökeninin, sosyal normla birlikte gelişiminin ve toplumsal işlevinin hukuktan bağımsız olarak incelenmesi şarttır. Ancak ileride işaret edeceğimiz ve şimdide kadar da kısmen değindiğimiz üzere, “belli bir rasyonellik içinde sunulan yaptırım sistemleri bütünü” ve teknik anlamda (suç karşılığı olarak) “ceza yaptırımı” kavramları *hukuka özgü kavramlardır*. Dahası, yaptırımın modern işlevi ancak hukuk sistemleri

<sup>74</sup> A.R. Radcliffe- Brown, “Toplumsal Yaptırımlar”, **HFS**, s.135.

göz önünde bulundurularak incelenebilir. Öyleyse yaptırım kavramını, bir kez de toplumsal normlardan rasyonel hukuka geçiş sürecinde incelemek gerekmektedir.

Toplumsal normların gelişim sürecini izah ederken belirli bir soyutlaşmadan söz etmiştik. Bu soyutlaşma, değer yargısının somut iktidar merkezinden kopması ile mümkün olabilmektedir. Toplumdaki iktidar merkezleri arasındaki ilişki, belirli iktidar merkezlerinin, yine belirli toplumsal alanlarda kümeleşmesini sonuçlayacaktır. Zira iktidar, pek çok farklı olguya göre biçimlense ve dolayısıyla “farklı iktidar alanları” söz konusu olsa da bu farklı alanların birçoğunda aynı mekanizmanın söz sahibi olması mümkün ve pek çok durumda da kaçınılmazdır. Örneğin ataerkil bir kabiledede yaşlı ve toprak sahibi bir erkek, hem yaşlı olduğu için ailesi üzerinde ailevi; hem mülkiyet sahibi olduğu için ekonomik; hem de erkek olduğu için cinsiyete bağlı bir güce sahiptir ve bu ortak özellikler pek çok farklı alana yayılmış bulunan iktidar olma niteliğini bu kişi etrafında kümelemektedir. Benzer durumdaki diğer kabile üyeleri de aynı kümelemenin diğer aktörleri olarak kabul yerlerini alırlar. Eğer bu kümeleme, örnekteki, basit halinin çok ötesine geçerek toplumun genel sathındaki “tüm iktidar alanlarına ilişkin olma” vasfı kazanırsa, bu imkana sahip olan iktidar merkezi ile diğer tüm iktidar merkezleri arasında belirli-belirsiz bir hiyerarşi meydana gelecektir. Bu hiyerarşinin muhafaza edilmesine ilişkin, başat iktidar merkezinin talep ve mücadelesi herhangi bir nedenden dolayı başarılı olabilir ve burada bizim başarı olarak kabul ettiğimiz şey, aslında o iktidar merkezinin bu niteliğinin kurumsallaşmaya başlamasından başka bir şey değildir<sup>75</sup>. Mesela uzun bir zamana yayılan bir çatışmanın tarafı olan bir toplumda “bir savaş önderinin” ya da dini yapının hızla evrildiği bir toplumsal yapıda “kendisine kutsallık atfedilen bir soyun” gittikçe bu alanların dışına çıkarak temel bütün iktidar alanlarına egemen olması suretiyle bu ihtimali örneklendirmesi mümkündür. Bu egemenliğin belirli bir şekilde uzun bir süre devam etmesi ve kendisine meşruiyet mekanizmaları oluşturarak gittikçe kurumsallaşması neticesinde toplumun geneline yayılan iktidar alanları, aynı kişi ya da kişilerin hiyerarşinin en tepesinde olacağı şekilde örgütlenir. Bu halde kurumsallaşan iktidar merkezi veya genel bir ifade ile devlet, o toplumun tüm iktidar odaklarının üzerinde yer aldığından, bu iktidar odaklarından kaynaklanan ancak soyutlaşmış tüm normatif yapıyı da “rasyonel bir şekilde” yeniden biçimlendirmek durumunda kalacaktır. Elbette sistemin ayakta durması ve soyut normların tekrar somut iktidar merkezlerine ricat etmemesi açısından, tüm iktidar merkezlerine ait çıkarların belirli oranda dengelenmesi de gereklidir<sup>76</sup>. Hukuk sistemi açısından, tüm iktidar merkezlerine ait tüm çıkarlar, belirli bir revizyonu takiben öyle bir dengelenir ki sistemin tümünün net olarak kimin çıkarlarına, ne oranda hizmet ettiğinin tespiti imkansız hale gelir<sup>77</sup>. Bu dengelenme ve

<sup>75</sup> Krş. Blandier, **a.g.e.**, s.149 vd.

<sup>76</sup> Krş. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.49.

<sup>77</sup> Bu nedenle toplumsal normlardan hukuka geçiş sürecinde toplumun bütününün farklı bir organizasyon yapısına ihtiyacı olmasının çok önemli bir faktör olduğunu kabul etmek gerekir. Bu ihtiyaç öyle bir seviyeye ulaşır ki toplumsal normlar ne derece anonim olursa olsun artık belli bir merkezi yapıya kavuşmuş olan iktidar ağı, toplumsal normların mevcut halleriyle, geribesleme itkisine bağlı toplumsal düzeni muhafaza edemeyeceğini, var olan yaptırım sisteminin mevcut çıkarlarının maksimize edilmesinde yeterli araç olma vasfını koruyamadığını kabul eder. Aslında bu süreç dikkat edilirse rasyonel bir bakış açısını gerekli kılmaktadır. Bu şekilde bir “uyanış” ister “artı ürün” gibi ekonomik, ister “kuraklık” gibi doğal, isterse de “düşman istilası tehlikesi” gibi siyasi koşulların ürünü olsun her durumda tepkinin belirli bir merkezden yayılması ve bu durumda her bir iktidar merkezinin başat güç olma iddiası ile yeni düzene

rasyonel şekillenme<sup>78</sup>, yargılama organları ve kolluk birimleri gibi gerekli unsurların da eklenmesi ile mevcut normatif yapıya “hukuk sistemi” vasfı verecektir.

Bu noktada asıl önemli olan husus, hukukun kapsayıcı karakteri nedeniyle hukuksal normların da sosyal normlar havuzu içinden itinayla seçildiği gerçeğidir<sup>79</sup>. Çünkü hukuk sisteminde normlar, birbirine eklenmiş, çok farklı iktidar merkezlerinin tercihleri değil, aksine aynı iktidar merkezinin tüm alanlara ilişkin tercihlerini ifade eder. Elbette hukuk sistemi, diğer tüm normları yok etme isteğiyle hareket etmez. Aksine, hem kendi normlarının kaynağı pek çok durumda diğer sosyal normlardır, hem de hukuk mesela pek çok yerde örf ve adete veya ticari teamüllere atıf yapabilir. Ancak hukuk normları, karışık bir yapı görünümündeki diğer tüm toplumsal normlardan farklı ve daha üstte bir yerdedir.

Bu sürecin rasyonelliği elbette yaptırım meselesine de etki edecektir. Bu noktada artık herhangi bir etkiye gösterilen anlık reaksiyonların teamülleşmesinden ziyade, akla uygun ve etkileri gözlemlenebilir yaptırımlar tercih edilecektir. Burada hukukun bir bütün olması, yaptırımların da belirli bir sistem dahilinde teşkilini sağlayacaktır<sup>80</sup>. Artık belirli eylem tiplerine gösterilen reaksiyonlar, eylemin ağırlığına göre gittikçe ağırlaşan tarzda tespit edilecektir. Gerçi gelişmiş bir hukuk sistemine sahip olmayan toplumlarda da aynı sonuç söz konusu olabilmektedir, ancak bunun hukuk sistemi kadar garantisi olmadığı da açıktır. Burada -belki tüm hukuk sistemlerinde olmasa da genelde- yaptırımların belirliliği derecesinin artması meselesine de dikkat çekmek gerekir. Hukuk sisteminin mevcut olmadığı bir toplumsal yapıda, herhangi bir davranış tipine gösterilecek tepkinin belki az çok ağırlığı belirlenebilir, ancak türünün ve şiddetinin net bir şekilde her durumda önceden belirli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Oysa hukuk sistemlerinde en temel özelliklerden biri -ister yazılı hukuk ister teamüli hukuk olsun- belirli normlara aykırılığın cevabının belirli bir yaptırım olmasıdır<sup>81</sup>. Bu “belirlilik özelliği” belki, tüm norma aykırı davranış biçimleri için geçerli değildir ancak sistemin genel özelliği olarak, pek çok davranış biçimi için söz konusu olduğu da kabul edilmelidir.

Hukuksal yaptırımın belli bir rasyonelliğe ulaşmasının doğal sonuçlarından biri, bunların uygulanmasının da aynı rasyonellikten nasibini almasıdır. Artık, yaptırımın uygulanması noktası da az-çok belirlidir ve bunun için özellikle teşkil edilmiş kişiler veya kurumlar vardır. Bu kişi veya kurumlar, hangi

---

yön verme isteğinin söz konusu olması nedeniyle ister istemez rasyonel bir bilince dayanacaktır.

<sup>78</sup> “Zamanla siyasi gücün merkezileşmesi, bastırmanın düzenlenmesine ve akılcılaştırılmasına olanak tanyacaktır” Picca, **a.g.e.**, s.77. “İktidarın aktif merkezinin toplumsal düzene yönelik bir kamusal ilgiyi ifade eden her davranışı, daha içerikli bir ifade ile rasyonel davranış olarak iktidar eylemi, hukuka vücut verme potansiyeline sahiptir” Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.59.

<sup>79</sup> *Bottomore* esasında hukuk ile diğer norm türleri arasında özellikle Avrupa toplumlarında açık bir farklılaşmanın olduğunu belirtmekte ama buna şunu da eklemektedir: “Bu farklılaşma ve ayırım, bununla beraber bu üç toplumsal kontrol biçiminin birbirine karşı mutlak bir bağımsızlık kazandığı anlamına gelmemektedir. Birçok toplumda ahlak kuralları bu gün de dinsel anlayışın kuvvetle etkisi altında bulunmakta; bu gün toplumlarda hukuk, ahlak kavram ve anlayışlarını kendisine temel almaktadır.” *Bottomore*, **a.g.e.**, s. 287.

<sup>80</sup> Krş. Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.148-149.

<sup>81</sup> Zaten bu nedenle genel olarak hukuk normlarının diğer toplumsal normlara göre daha “belirgin” oldukları ifade edilmektedir. Bkz. *Bottomore*, **a.g.e.**, s. 288, Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.149.

sıfat veya nitelikleri icabı bu yetkiye sahip olurlarsa olsunlar, her durumda, onların bu yetkileri anlık olarak ortaya çıkmaz ve bunların, toplumun genelinde itirazla karşılaşması pek muhtemel değildir. O hukuk sisteminin karakteri, onu şekillendiren iktidar merkezinin toplumsal konumu veya genel olarak topluma ait kültürün etkisi, bu yaptırım uygulama prosedürünün ya çok basit ya da son derece kompleks olmasını sonuçlayabilir. Ancak neticede, hukukun var olmadığı toplumlarda sosyal normlardan sapıcı eylemlere gösterilen tepkiden farklı olarak, burada yaptırımın uygulanması –gerçi her durumda politik bir sürecin içinde yığılsa da<sup>82</sup>- sonuçları neredeyse öngörülebilir bir sürece yön vermektedir<sup>83</sup>.

### b- Hukuk Normları ve Bireysel Davranış

Bireysel davranış açısından her insan, bizzatihi kendisi değer yargıları meydana getirdiğinden, kural olarak kendi değer yargılarına göre hareket etme eğilimindedir. Bu, kişinin az çok kendi rasyonel bilincine göre davranması neticesi doğurur. Kişi, böyle bir davranışta bulunurken belirli bir neticeye yönelir ve bu neticeyi gerçekleştirilmeye yönelik davranışı, o neticenin ait olduğu tüm “doğal” süreci hesaba katar. Yukarıda belirttiğimiz gibi “davranışın sosyal neticeleri” de bu doğal sürecin bir parçasıdır. Bunu ifade etmeye çalışırken belirttiğimiz bir örneği burada tekrarlırsak; bir kimse bir başkasına ait eşyayı alırken, eşyanın rengi onun için ne tür bir gerçeklik ise bu eşyayı almasının onun sahibine yapacağı etki de o tür bir gerçekliktir. Çünkü sosyal yapı içinde yaşadığının farkında olan kişi, belirli bir davranışta bulunurken onun yalnızca fiziksel sonuçlarını değil, sosyal sonuçlarını da görür ve buna göre hareket eder<sup>84</sup>. Kişinin belirli bir davranışının, bir başkasının menfaatini ihlal etmesi de bu tarz bir sosyal sonuçtur ve doğal olarak kişinin bildiği ve istediği netice bu sosyal sonucu da kapsar.

Ancak aynı şeyi hukuk normları ve mesela o menfaatin hukuk tarafından korunup korunmadığı meselesi için söylemek mümkün değildir. Çünkü hukukun bilgisi “olanın” bilgisi değil “olması gerekenin” bilgisidir. Aslında ilk “olması gereken” bilgisi, kişinin “bizzat kendisinin şekillendirdiği olması gereken” ilişkin bilgisidir. Bu da kişinin kendi değer yargılarına başvurması demektir. Esasında her davranış açısından aktüel olarak bu şekilde bir muhakeme yapılır; zira kişinin kendi değer yargıları kendi bilincine dahildir, hatta onları meydana getiren bizzat kişinin kendi bilincidir. Oysa hukukun bilgisi, kişi bu hukukun meydana getirilmesine mesela demokratik toplumlarda dolaylı olarak iştirak etmiş dahi olsa, dışsal bir rasyonelliğe ilişkin bilgidir ve toplumsal yaşama muhtaç olan insana bu yaşam karşılığı dayatılmış, onu meydana getirdiği geribesleme itkisi sayesinde buna zorlamış bir mahiyettedir. Bu dışsal dayatma, hukuku şekillendiren iktidar merkezlerinin sınırlı veya geniş rasyonelliğinin bir parçası olarak tümüyle yapay, kişinin dışında olan ve onun herhangi bir davranışı sırasında yukarıda belirttiğimiz gibi doğal olarak var olmayan ve hatta azami anlamda değişken olan olgulara dayanır. Doğal olarak hukuk, ki-

<sup>82</sup> “Hukuk ziyadesiyle... ve adamakıllı politiktir. Hukukçular ve hakimler siyaset teorisindeki geniş anlamli politikadan kaçınmazlar” R. Dworkin, **Law's Empire**, London, Fontana, 1986, s.146'dan nkl. Barry, **a.g.e.**, s.52.

<sup>83</sup> Bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.80.

<sup>84</sup> Krş. Ceza hukukunda “Sosyal hareket teorisi” bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. baskı, Ankara, Seçkin, 2010, s.133-134, Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. bası, Ankara, Seçkin, 2008, s.166-167, M. Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2007, s.46-48.

şinin bilinci açısından tamamen yapay ve dışsaldır; herhangi bir davranışın içinde bulunduğu “doğal resme” dahil değildir<sup>85</sup>. Dolayısıyla hukuk normları, kişinin kendi bilincine içselleştiği ya da kendi değer yargılarıyla örtüştüğü kadarıyla onun bilişsel muhakemesine dahildir ve doğal olarak hiçbir suretle genel bir ifadeyle tüm hukuk normlarının ve kurumlarının insan bilincine dahil olduğundan ve bunun aktüel ya da başkaca bir suretle davranış öncesi muhakemede hesaba katıldığından bahsetmek mümkün değildir. Kişinin belirli bir davranışta bulunurken “bildiği” ve “istediği” şey “doğal” olanın bilgisidir ve kişinin “her durumda, istisnasız olarak” hukukun bunu nasıl algıladığı ve yorumladığını bildiğinden ve buna göre hareket ettiğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle örneğimize döndüğümüzde kişinin “bildiği” ve “istediği” şey başkasının eşyasını almak ve bunun o kişinin bir menfaatini ihlal etmesi gerçeğidir. Bu menfaatin hukuk tarafından korunup korunmadığı, eylemin doğal vasfına ve dolayısıyla kişinin o eylemi gerçekleştirirken “bildiği” ve “istediği” şeye dahil değildir<sup>86</sup>. Kişinin davranış öncesindeki bilişsel muhakemesinde hesaba kattığı ise kendi değer yargılarıdır ve hukuk normları ancak kişi zihninde içselleşmiş ise davranış örüntüsü öncesinde hesaba katılabilecektir<sup>87</sup>.

Bu değer yargıları açısından, hukuk normlarına ilişkin önermelerin ne kadarının içselleştirildiğinin kesin bir şekilde tespiti mümkün değildir. Zaten bu nedenle herhangi bir eylem açısından hukuk ise kişinin bu bilişsel muhakemesine kendi bilgisinin dahil olup olmadığı ile temelde ilgilenmez; kişilerin hukuka ilişkin normu bilmesi “emredilir”, bu emre herkesin riayet etmesi “beklenir” ve eylem sonrasında da kişinin bu normu eylem öncesindeki muhakemesinde hesaba kattığı ve buna aykırı davrandığı “varsayılır”. Doğal olarak kişi belirli bir davranışı hukuk normuna aykırı şekilde gerçekleştirmiş ise hukuk mutlaka buna bir sonuç bağlayacaktır, kişinin kendi normuna vakıf olup olmaması önemli değildir; zira hukuk onun bu norma vakıf olduğu karinesine ile hareket eder. Ancak hukukun belirli bir şekilde sistemleştiği ve kendi iç tutarlılığında “hukuka aykırı eylemlerin” de mazur görülebileceği bir yapı teşkil edilmiş olabilir ve bu da tamamen aynı neticeye sebebiyet vermiş iki kişinin, belirli durumları sebebiyle farklı yaptırımlara maruz kalmasını sonuçlayabilir. İşte burada hukukun yapaylığının kişinin doğal eylemine zıtlığı daha kolay anlaşılabilir. Zira kişinin sosyal davranışına tepki, sosyaline getirdiği ve iktidar merkezlerinin dayattığı yapay bir durumdur. Dolayısıyla belli bir davranışa gösterilen sosyal tepkiyi biçimlendiren hukukun, neyi kınayıp neyi kınamadığı tamamen bu yapay iradenin kendi takdiridir. Mesela hukuk sistemi, kişinin norma aykırı davranışını, hiçbir mazeretine dikkat etmeden doğrudan yaptırıma bağlayabilir. Aksine mesela kişinin hukuk sisteminin genel bakış açısını, yine objektif bir ölçüye göre tespit edilecek oranda içselleştirmesine rağmen hukuka aykırı davranması (*haksızlık yanlılığı*) ya da daha basit bir şekilde eyleminin hukuk tarafından nasıl algılanabileceğini muhakeme etme yeteneğinden yoksun olması nedeniyle hukuka aykırı davranması (*akıl hastalığı, küçüklük vs.*) mazur görülebilir. Ancak bu ihtimallerin hepsi de neticede

<sup>85</sup> Bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.4-5.

<sup>86</sup> Krş. Ozansü, **a.g.e.**, s.101. Yazar, tamamen “ideal olana” ilişkin olarak kavramlaştırdığı kast modellemesinin kendi içinde tutarlı olması için, failin maddi unsurların algısal bilgisinin ötesinde normun korumak istediği “hukuksal değer” bilgisine de sahip olması gerektiğini ifade etmekte, böylece kişiye dışsal bir rasyonelliğin ürünü olan ve kesinlikle yapay bir formda bulunan “iktidarın algısına ilişkin bilgiyi” yani “hukukun bilgisini”, kişinin her durumda eylem öncesindeki içsel muhakemesinin bir unsuru olarak görmektedir.

<sup>87</sup> Krş. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.605-606.



“hukuka ait bilgi” karşısındaki kişisel durumları betimlediklerinden yine hukuk sisteminin kendisi kadar yapaydır.

Kişinin davranışının doğallığı ve bunun karşıtı olarak hukukun bilgisinin bu yapaylığının doğal sonucu, kişinin belirli bir davranışta bulunurken taşıdığı bilincin, bunun hukuki karşılığında bağımsız olmasıdır. Herhangi bir kişinin gerçekleştirdiği bir eylem açısından bu yapaylığın bilgisine sahip olarak ve mesela ona karşı belirli bir ihlal iradesi ile hareket ettiğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Zira kişinin davranışı yalnızca doğal olanın bilgisine ve kendi değer yargılarına göre şekillenmek zorunda olduğundan ve davranışı öncesi içsel muhakemede hukukun bilgisi ancak kişinin değer yargıları içinde içselleştiği ölçüde bu muhakemeye dahil olabileceğinden – ki bu halde dahi muhakemeye dahil olan aslında hukuk normu değil, bu normun önermesinin uyuşabildiği kişinin kendi değer yargısıdır- her durumda ona karşı bir irade geliştirilmesi de kişinin bilişsel muhakeme sürecine dahil bir unsur değildir. Bunun doğal sonucu olarak hukuka ilişkin bilginin, salt bu formel ve dışsal haliyle, kişinin eylem öncesindeki bilişsel muhakemesine dahil olduğu söylenemeyeceğinden borcunu ödemeyerek bir başkasının menfaatini ihlal eden kişi ile hırsızlık yaparak bir başkasının menfaatini ihlal eden kişinin, kendi davranışlarına ilişkin iradeleri arasında temelde hiçbir fark yoktur<sup>88</sup>.

### 3- Alt-kültürler ve Yaptırımların Çatışması

Hukuk sisteminin başat bir iktidar merkezi tarafından şekillendirilmesi olgusu diğer iktidar merkezlerinin tamamen dışlandığı şekilde anlaşılmalıdır. Diğer iktidar merkezleri kendilerini başat toplumsal iktidar merkezinin şekillendirdiği hukuk yapısına uydurdukları sürece varlıklarını devam ettireceklerdir. Ancak her durumda bu toplumsal iktidar merkezlerinin ve gittikçe onlardan soyutlanan kendi normlarının hukuk ile uyum içinde olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır. Hukuku meydana getiren iktidar merkezinin güç ve imkanı, tüm toplum nezinde yayılmış olsa da ona ait bazı kurallarla soyut olarak çatışan ve somut olay bazında da etkisini gösteren başkaca kurallar her zaman var olagelmıştır. Bu kurallar, kişinin içinde bulunduğu kültür çevresini oluşturan diğer tüm kurallarda olduğu gibi kendi yaptırım sistemlerini ve etki alanlarını da muhafaza ederler. Bu normlar ile hukuk normlarının çelişmesi, bu etki alanlarındaki farklı iktidar merkezlerinin bakış açılarından kaynaklansa da artık sosyal normların son raddesine varmış soyut karakterleri, net bir şekilde çatışmanın hangi temelden kaynaklandığının tespitine mani olmaktadır. Mesela kan davasına bağlı cinayetlerde görüldüğü üzere, her durumda cinayeti *yasaklayan* hukuk normu ile kan davası nedeniyle cinayeti *emreden* hukuk normunun aynı verili iktidar çevresi içinde varlığını devam ettirmesi karşısında, kan davasına ilişkin normun nereden peyda olduğu ve bunun hukuk tarafından neden dışlandığının tespiti artık mümkün değildir<sup>89</sup>. Ancak bu çatışmanın sosyal bir olguya dönüştüğü de bir gerçektir<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Krş. Ozansü, **a.g.e.**, s.25 vd.

<sup>89</sup> Bu noktada bkz. Picca, **a.g.e.**, s.63.

<sup>90</sup> Tam da bu nedenle *Özcan*'ın bireye aynı konuda iki zıt davranışı emreden normların bulunması durumunda, uzun vadede bunların ikisinin birden varlığını sürdüremeyeceği, ya bir kısmının ortadan kalkacağı ya da tümünün yok olup yerini yeni bir norma bırakacağı savı (*Özcan*, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.45), alkültürel norm çatışması alanında geçerli gözükmemektedir. Burada yazarın “uzun vadede” ifadesi ile ne kadar süreli bir zaman dilimini kast ettiği açık olmasa da Orta Doğuda yaklaşık bin iki yüz yıldır, önce İslam Hukuku ardından da laik hukuk tarafından açıkça yasaklanmasına rağmen *kan davalarını emreden normların* halen dahi varlığını son derece

Temel olarak farklı iktidar merkezlerinin çatışması ve daha güçlü olanın bundan baskın çıkması, işin doğası gereği şaşılacak bir şey değildir. Bir çocuğun davranışı açısından annesi ve babasının farklı düşünmesi durumunda, hangisi baskınsa neticede o başarılı olacaktır. Ancak eğer çatışan iki farklı toplumsal norm ise -her ikisi de kendilerini oluşturan iktidar merkezlerinden soyutlaşmış olduklarından- burada iktidar merkezlerinin derinlerde yatan muazzam çatışması, ilk etapta görünür olmayacaktır. İktidar merkezlerine ait çatışmanın görünür hale geldiği nokta ise somut eyleme gösterilen tepki olarak "yaptırımlar" noktasındadır. Zira ancak yaptırımın uygulanması anında -daha evvel ifade ettiğimiz üzere- işin bir ayağı "somut fail" olacağından, normun, bu "somut failin", "somut etkiler doğuran" eylemine uygulanması aşamasında iktidar merkezlerinin yine "somut aygıtları" devreye girecektir. Kan davası örneğimiz üzerinden gidersek, bu şekilde bir eylem gerçekleştiren kişi, hukukun somut aygıtları olan adli makamlar tarafından kıyasıya kovuşturulurken, kan davasının mutlak gerekliliğini kabul ve hatta dikte eden yerel iktidar merkezleri tarafından aynı oranda takdir edilecektir. İşte bu noktada iki iktidar merkezinin somut çatışması görünür durumda olacaktır. Öyleyse soyut normların çatışması olarak ifade edilen bu süreçte, bu çatışmanın temel kaynağı iki norm tipinin aynı eyleme gösterdiği farklı reaksiyonlar olarak *yaptırımlardır*. Dolayısıyla bu ihtimalde asıl olan, "yaptırımların" çatışmasıdır.

Doktrinle genel olarak hukukla çatışan bu normlar bütünü "alt kültürler" olarak ifade edilmekteyse de aslında burada birbirinden farklı iki kültürel yapı ya da aynı kültürel yapı içinde farklı kümelenmelerden<sup>91</sup> ziyade, bir bütün olarak kültürel yapıyı oluşturan birden fazla toplumsal normun bazı noktalarda farklılaşması söz konusudur. Ancak burada "kültür"ü, "alt kültür" olarak ifade edilen bu yapıdan ayırmak, aslında pratikte yanlış bir sonuca götürmeyecektir: Eğer genel olarak toplumu oluşturan "kültür", baskın iktidar merkezinin şekillendirdiği bir normatif yapı ile tanımlanabiliyorsa, aynı toplumda muhtariyetini pratikte kısmen muhafaza edebilen diğer toplumsal iktidar merkezlerinin, son derece sınırlı da olsa kendilerine ait bir normatif yapı teşkil etmelerinin "alt kültür" olarak nitelenmesi çok da yanlış olmayacaktır<sup>92</sup>. Bu anlamda alkültür mesela *Gordon* tarafından,

"Ulusal kültür içerisinde; sınıf, etnik köken, bölge ve kırsal bölge veya kent sakinliği, dini inanç gibi öğelere ayrılabilen toplumsal koşulların birleşiminden oluşan, ama bir araya geldiklerinde birey üzerinde bütüncül bir etkisi olan işlevsel bir bütün oluşturan bir alt bölüm"<sup>93</sup>,

*Kottak* tarafından ise,

---

etkili bir şekilde sürdürmeleri örneğinde, zikrettiğimiz zaman diliminin hiç de kısa olmadığı açıktır. Nitekim *Pospisil* aynı anda farklı normların geçerli olduğu bir yapının son derece uzun bir zaman boyunca var olabileceğini *Kapaukular* örneği ile göstermiştir. *Kapaukular*da her birey aynı zamanda ailenin, ev halkının, sülalenin ve bir konfederasyonun üyesi durumundadır ve birey tüm bu grupların farklı kurallarına uymak zorundadır. Mesela enest konfederasyon düzeyinde ağır bir suç iken, bazı küçük sülalelerde cezalandırılmaz hatta alt sülalardan birinde tercih edilen bir evlilik türüdür ve bu durumun çok uzun bir zamandır varlığını sürdürdüğü anlaşılmaktadır (L.Pospisil, **Anthropology of Law: A Comparative Theory**, New Yor, Harprt & Row, 1971, s.36'dan nkl. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.614).

<sup>91</sup> Her iki tipe örnek için de bkz. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.106-113.

<sup>92</sup> Bkz. Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.106, Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.119.

<sup>93</sup> M. Gordon, "The Concept of The Subculture and Its Application" in: **Social Forces**, 1945, s.40'dan nkl. Chris Jenks, **Alt kültür: Toplumsalın Parçalanışı**, çev: Nihal Demirkol, Ayrıntı Yay., 2007, s.22.

“ (...) aynı karmaşık toplum içinde bulunup, birbirlerinden farklı simgelere dayalı örüntü ve geleneklere sahip alt grup”<sup>94</sup>

şeklinde tanımlanmaktadır<sup>95</sup>. Nasıl tanımlanırsa tanımlansın alkültür – kültür çatışması birbiri ile yeni tanışmış iki kültürel yapının aynı alanda yaşamak zorunda olmasından çok daha çetrefilli bir anlama sahiptir. Çünkü aynı topluma egemen olan ideolojik, dini, sosyal vb. pek çok altkültürel norm olabilir ve bunların, ne kaynakları ne de gelişimleri yekdiğerlerinden tamamen bağımsız değildir.

Bir bütün olarak yaptırımların çatışması kavramı, bireysel davranış açısından hangi normun ne derece içselleştirildiği noktasında önem taşımaktadır. Hukuk normları kadar bununla çatışan altkültürel normlar da kişiye dışsal başka bir iradenin dayatmasıdır. Bu açıdan iki norm tipi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak belirli somut bir duruma ilişkin çatışmada, kişinin kendi değer yargılarının keşiştiği norm kümesi elbette eylemin belirli bir şekil almasını da sağlayacaktır<sup>96</sup>. Bu nedenle hukuk, her ne kadar toplumdaki başat iktidar merkezinin hüküm aracı olsa da bazı durumlarda alt kültürel norma uyularak hukuk normunun ihlali, hukukun sahip olduğu iktidar merkezinin bu gücünün sınırlarını da belirler. Hatta bu altkültürel normun etki alanı ne derece geniş ise hukukun etki alanı da o kadar daralır.

### **C- YAPTIRIMIN RASYONELLEŞMESİ SÜRECİNDE CEZA YAPTIRIMI**

#### **1- Ceza Yaptırımının Anlamı**

#### **a- Genel Olarak Ceza Yaptırımının Anlamı ve Diğer Yaptırım Türlerinden Farkı**

Yaptırım kavramı açısından biz, bu kavramın, toplumsal iktidar merkezlerinin, kendi şekillendirdikleri sosyal normlar karşısında bireyin her bir tekil davranışına gösterdikleri reaksiyonel cevap niteliğinde olduğunu, bu nedenle de temel olarak tüm yaptırım türlerinin aynı mantık içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmekteyiz. Elbette ceza yaptırımı olarak tarif edeceğimiz yaptırım türü açısından da bu temel yaklaşımımız geçerli olacaktır. Gerçekten, ceza yaptırımına yönelik hukukun nitelendirmesi oldukça farklı olsa da bu kavramın sosyolojik ve sistem-bilimsel anlamı, “yalnızca bir yaptırım türü olmasının” ötesine geçmeyecektir. Bu kavramın anlamının tespitinde önemli olan, ceza yaptırımının bir yaptırım türü olarak yekdiğerlerinden ayırt edilmesinin sağlanmasıdır. Ancak ceza yaptırımı kavramı dar anlamda modern hukukun tekelinde bir kavram olarak görülmeye müsait olduğundan, öncelikle hukukun bu yaptırım türünü nasıl tarif ettiğine bakmak gerekir.

<sup>94</sup> Kottak, **a.g.e.**, s.55.

<sup>95</sup> Benzer tanımlamalar için bkz. Sarıtaş, **a.g.e.**, s.269.

<sup>96</sup> Burada özellikle “yüz yüze” olma durumunun davranışa etkisine değinmek gerekir. Yapılan çok çeşitli araştırmalar “yüz yüze sosyal ilişkilerdeki etkileme ve bunun sonucu olarak uyma davranışının ne kadar daha kuvvetli olduğunu bize göstermektedir” (Kağıtçıbaşı, **a.g.e.** s.66). Burada yüz yüze olma durumunun sosyal etkinin şiddetini arttırdığını belirtmek gerekir. Şimdi bir metaforla incelemeye konumuz olan hukuk ve alt kültürel norm arasındaki çatışmaya bakarsak, bu çatışma durumundaki bireyin, çevresinde “yüz yüze olduğu” kimselerin ona alt kültürel norma uyması gerektiğini empoze etmeye çalıştığını görebiliriz. Oysa alt kültürel normla rekabet halindeki hukuk yalnızca toplumun yüzeysel bütünlüğüne hakimdir, onun savunucuları alt kültürün üyesi olan bireye, çevresinde “yüz yüze” olduğu insanlar kadar yakın değildir. Burada bireyin yüz yüze olduğu insanların baskısını, belki de hiç görmeyeceği hukuk kurumlarının baskısına tercih etmesinin nedenini de sosyal psikolojideki bu yüz yüze olma durumunun etkisinde aramak gerekir (Sarıtaş, **a.g.e.**, s.270, dpnt.226).

Bugün için en genel anlamı ile ceza yaptırımını suç olarak ifade edilen ve unsurları sıkı sıkıya önceden belirlenmiş olan belirli bir eylem biçimine karşı gösterilen ve tipleri önceden açıkça belirlenmiş olan yaptırım çeşididir<sup>97</sup>. Bu tanımın, hukukun diğer bütün tanımları gibi genel hukuk sistemi dışına çıkma iddiası olmayan, aksine ısrarla “olması gereken” sathında kalan bir tanım olduğu ilk bakışta kolayca anlaşılabilir. Gerçekten dikkat edilirse ceza yaptırımını için hukukun bir başka kavramına “suça” atıf yapılmaktadır. Genel olarak suçun ne olduğunun sorulması durumunda ise benzer bir şekilde, “belirli niteliklere sahip bir eylemle ceza normunun ihlali” cevabının alınması<sup>98</sup> sosyolojik olarak yadırganmamalıdır.

Bu nedenle bu kavramın içeriğinin tespiti hususunda, neyin ceza olarak addedildiği noktasına ricat etmek daha başarılı bir deneme olacaktır. Elbette bu tarz bir yaklaşım da hukukun yerel ve zamana bağımlı olması gerçeği karşısında, ancak belirli bir yerde ve belirli bir zaman diliminde geçerli bir cevap sunabilecektir. Mesela Bugün ülkemiz için *ceza yaptırımı* “hapis cezası ve adli para cezası”nı (ve teknik anlamda ceza olmasa da yine de bir ceza hukuku yaptırımını olan güvenlik tedbirlerini) ifade etmekten çok başka ülke açısından buna idam, sürgün, el-ayak kesme, kırbaç vs. pek çok yaptırım türü eklenebilecektir. Öyleyse hukukun çizdiği sınırlar içinde kabaca ceza yaptırımını, “ait olduğu normatif yapının” belirli unsurlar yardımıyla suç olarak tanımladığı belirli tip eylemlere, yine o normatif yapının seçtiği, ya mutlak olarak ya da nispeten kabul edilebilir bir skala içinde “önceden belirlenmiş” olarak uygulanan ve kişiyi mutlak bir şekilde olumsuzluğa uğratan negatif yaptırımlar olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Bu şekliyle hukuken ceza yaptırımını, ancak belirli bir normatif yapıya göre belirlenmekte ve o normatif yapının teknik belirlemelerine göre içeriği değişmektedir.

Ceza yaptırımının sistemibilimsel açıdan tahlili noktasında ise bu şekilde bir normatif değişkenliğe niteliği itibariyle atıf yapılması gerekmektedir de modern hukukun bu kavramı şekillendirmesini sağlayan temel niteliklerinin tespiti daha yararlı olacaktır. Bu niteliklerin tespiti, herhangi bir hukuk sisteminde ceza yaptırımının, diğer yaptırımlardan neden ve nasıl farklılaştığı konusunda ortak asgari algının belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir. Bu nedenle *Eskimolarda* görülen “faili aşağılayıcı şarkı söyleme” yaptırımının uygulanması açısından bu yaptırımı uygulayanlar ile zina yapan kadını “recm cezasına” mahkum eden bir ülkede bu yaptırımı uygulayanların, uyguladıkları bu yaptırımının anlam ve işlevine yönelik temel çakışan algılarının tespiti, zaman ve mekan üstü olarak vasıflandırma çabasında olduğumuz ceza yaptırımının kökeninin ve anlamının belirlenmesini sağlayacaktır.

Yaptırım yalnızca, toplumsal geribesleme itkisine birey tarafından yöneltilen taleplere sistemin verdiği yanıt olarak genel bir şekilde tarif edilince, bu yanıtların tümünün aynı mantık içinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz gibi hem olumlu – hem olumsuz tüm cevaplar bir tür yaptırımdır. İşte ilk olarak ceza yaptırımının tanımlanmasında bu nokta önem göstermektedir zira ceza yaptırımını, bir takım felsefi çıkarımları bir tarafa bırakırsak, kendisine uygulanan fail açısından objektif anlamda *mutlak olumsuz (negatif) bir yaptırım* türüdür. Daha basit bir ifade ile ceza yaptırımını kendi-

<sup>97</sup> Ceza hukuku açısından “ceza yaptırımı” kavramına yönelik tanımlamalar için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 5. bası, Ankara, Seçkin, 2010, s.21 vd. Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.341, Artuk, Göcen, Yenidünya, **a.g.e.**, s.7-8.

<sup>98</sup> Kayhan İcel, Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım**, İstanbul, Beta, 1999, s.25.

sine uygulanan kişiyi mutlaka bir olumsuzluğa/yoksunluğa uğrattır<sup>99</sup>. Kişiyi bir tanıma, bir ödül bahşeden ceza yaptırımı kuralı yoktur<sup>100</sup>. Bu belirlenmiş, ceza yaptırımını pek çok diğer yaptırım türünden ayırmakta kullanabileceğimiz ilk uğraktır. Bu şekliyle ceza yaptırımı ancak “dar anlamda” bir yaptırım türüdür.

Ceza yaptırımı salt olumsuz (negatif) bir yaptırım türü olmanın yanı sıra failin uğradığı bu olumsuzluk yaptığı eylemin maddi neticelerinin giderilebilmesine yönelik de değildir. Bir ceza yaptırımının uygulanması neticesinde kural olarak, yaptırım konusu eyleme meydana getirilen maddi durumun dengelenmesinin sağlanması söz konusu değildir<sup>101</sup>. Mesela bir kimsenin başkasının malına zarar vermesi durumunda onun bu zararı gidermek zorunda bırakılması, yani zararı tazmine mecbur edilmesi –bu belirlediğimiz genel anlamı ile bir ceza yaptırımı değildir.

Ceza yaptırımına ilişkin toplumsal algı genellikle yaptırma muhatap olan eylemin toplumun tümüne yöneldiği yönündedir<sup>102</sup>. Genellikle bu eylemle, toplumun genel düzeninin hedef alındığı kabul olunur ve bu nedenle toplumun tekil her ferdi eyleme mutlak suretle reaksiyon gösterilmesi noktasında hemfikir<sup>103</sup>. Zaten bu nedenle çoğunlukla toplumsal yapı *kendiliğinden* harekete geçer ve eyleme gösterilecek reaksiyon mümkün olduğu kadar tüm toplum sahına yayılır<sup>104</sup>. Burada ya toplumun tamamı yaptırımın uygulanmasına -en azından izleyici olarak- iştirak eder ya da yaptırım şiddetle desteklenir. Pek çok Antropologun toplumdaki sosyal davranışları “bireye yönelmiş” ve “topluma yönelmiş” olarak ikiye ayırarak incelemeleri<sup>105</sup> ceza yaptırımının bu belirttiğimiz özelliği nedeniyledir ve genellikle bizim ceza yaptırımı olarak ifade ettiğimiz tür yaptırımlar bu ikinci gruba giren eylemlere yönelik olacaktır. Gerçekten, bazı durumlarda söz konusu eylemin hiçbir bireysel menfaati zedelediği halde öldürülmek gibi şiddetli bir reaksiyona muhatap olması söz konusu olabilmektedir; mesela enstet eylemlerinin şiddetle cezalandırılması bunun klasik bir örneğidir<sup>106</sup>. Ancak bireysel bir menfaati zedelemesine rağmen mesela insan öldürmenin de hemen hemen aynı reaksiyonla karşılaşması yukarıda belirttiğimiz ayırımın daha ziyade eylemin kuramsal bazdaki yaptırımına değil de bunun uygulanışına ilişkin pratik neticelere hasredilebileceğini göstermektedir.

Ceza yaptırımının bu niteliklerini belirtmekle, en azından modern ceza yaptırımının toplumsal bazda temellendirilmesi noktasında, asgari ortak unsurları ortaya koymaya çalıştık. Fakat, hemen belirtmemiz gerekir ki ceza yaptırımı şeklindeki bir kategorilendirme, eğer kavrama modern anlamının toplumsal temelleri noktasından yaklaşılmaktaysa, mutlaka hukuk terminolojisine bağımlı bir değerlendirme ile neticelenecektir. Zira toplumsal anlamda, bireysel

<sup>99</sup> Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.175-176.

<sup>100</sup> Burada belki akla mesela meşru savunma koşulları içinde gerçekleştirilen bir eyleme ceza hukukunun yaptırım uygulamaması meselesinin nasıl değerlendirileceği gelebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken meşru savunma koşulları içinde gerçekleştirilen bir eylemin hukuka uygun addedilerek onaylanması salt ceza hukukuna özgü bir karşılık değildir; hukukun bütünü açısından bu eylem onaylanmaktadır. Bu nedenle bu teknik anlamda bir “(müspet) ceza yaptırımı” değildir.

<sup>101</sup> Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.192.

<sup>102</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku- Genel Hükümler**, s.29.

<sup>103</sup> Örneğin bkz. Radcliffe- Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.147.

<sup>104</sup> Bkz. Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol**, s.74, 251 vd.

<sup>105</sup> Bkz.Radcliffe-Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.141, Krş.Haviland, Prins, Walrath, McBride, **a.g.e.**, s.615.

<sup>106</sup> Bkz. Radcliffe-Brown, “İlkel Hukuk”, **HFSA**, s.142.

eyleme gösterilen reaksiyonun, eylemin ağırlığına göre bazı özellikler edinmesi, yine de onun farklı bir kategoriye sokulmasına yetmeyecektir. Bu şekilde bir ayırım, ancak toplumsal norm sisteminin rasyonel bir şekilde yeniden dizayn edildiği bir sistemde, yani hukuk sisteminde tam anlamıyla mümkün olabilecektir.

### **b- Ceza Hukuku Açısından Ceza Yaptırımı**

Hukukun bütünü belli bir fonksiyon görmek için teşkilatlanırken, tarihsel gelişim çizgisi içinde bu fonksiyonu belirli alanlarda ve kendine has yöntemlerle yerine getirmeye matuf “hukuk bölümleri” özelleşmiştir. Bunların içinde ceza hukukunun yeri “belli eylemlere gösterilecek, belli tip bir reaksiyonu son derece sıkı şartlarla düzenleme” olarak belirlenmiş ve ceza hukuku buna göre şekillendirilmiştir. Ceza yaptırımının kendine has bazı toplumsal nitelikleri bulursa da bir yaptırıma teknik anlamda ceza yaptırımı vasfını verecek olan, ait olduğu normatif yapıdır. Bu da doğal olarak ceza yaptırımının belirlenmesinde bu normatif yapıya başvurulmasını gerektirmektedir<sup>107</sup>.

Ceza hukuku kendine has karakteri içinde evvela kendi genel ilkelerini -değişim yerindeyse yol haritasını- belirleyerek işe başlamaktadır. Bugün, hemen tüm ceza kanunları belirli genel ilkeler ile işe başlamakta ve sonraki aşamada yaptırım uygulanırken en çok bu genel ilkelere bakılmaktadır. Mesela ceza yaptırımı içeren normun ne zamandan itibaren uygulanmaya başlayacağı, ceza yaptırımlarının türlerinin ne olabileceği, birden fazla kişi bir eylemi birlikte gerçekleştirirse bunlara hangi yaptırımın nasıl uygulanabileceği ya da hareketin, failin dışındaki nedenlerle istenilen neticeye ulaşmaması durumunda bunun sorumluluğa etkisinin ne olacağı hep bu genel ilkeler tarafından belirlenir. Sonrasında ise her bir yasak normu ve bunun yaptırımı ayrı ayrı gösterilmektedir. Aslında ceza yaptırımının temel olarak uygulanması bu ikinci kısma göre şekillenir. Bu kısımda mesela adam öldüren bir kimseye hangi cezanın, ne ölçüde uygulanacağı belirlenir. Genel ilkelerin çizdiği sınırlar içinde uygulamacı bu kısma göre hükmünü verecektir.

Ceza yaptırımına ilişkin genel ilkeler ve yasak normları tarafından belirlenen çerçeve, tüm hukuk normlarında olduğu gibi belirli tür eylemlere yönelik olacaktır. Bu eylemler yasak normunda yaptırıma bağlanan eylemlerdir; insan öldürme, cinsel saldırı, mala zarar verme gibi. Bunların ilk özelliği “sınırlandırılmış” olmaları yani “genel kural” değil “istisnai” temsil etmeleridir<sup>108</sup>. Bu nedenle yasak normlarında belirli ve sınırlandırılmış tipik eylemler gösterilir; mesela her türlü zarar vermeden değil, “başkasına ait eşyaya bilerek ve isteyerek belirli şekillerde zarar verilmesinden” bahsedilir ve ancak bu ihtimal ceza yaptırımına bağlanır. Hukukun genel mantığı içinde bu normların istisnai temsil etmesi, bunların sıkı sıkıya sistemleştirilmiş belirli unsurlarla belirlenmesini gerektirmiştir. Bu nedenle (her hukuk sisteminde kendine has bir formül kullanılsa da) bir eylemin, ancak belirli unsurları ihtiva etmesi durumunda bir ceza yaptırımının muhatabı olması söz konusu olabilecektir<sup>109</sup>.

Belirli hukuk sistemlerine ilişkin farklılıklar olsa da genel olarak ceza yaptırımları ya mutlak olarak ya da sınırlandırılmış bir genlikte önceden belirlenmiştir. Bu yaptırım türlerinin ne olacağı, elbette hukukun genel karakteri

<sup>107</sup> Bkz. Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.171 vd.

<sup>108</sup> Bkz. Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.116.

<sup>109</sup> Bu unsurlara ilişkin çeşitli ayrımlar için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s.406 vd.; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, F. Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver; **İçel-Suç Teorisi**, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2000, s.3 vd.

gereği zamana ve mekana göre değişecektir. Ancak temelde uygulayıcı, ancak normun yasakladığı eyleme, yine normun belirlediği yaptırımı uygulayabilecekler ve diğer pek çok normla karşılaştırıldığında, ceza yaptırımı, en katı kuralların uygulandığı bir alandır<sup>110</sup>.

## 2- Ceza Yaptırımının Sınırları Özellikle Hukuksal Değerlerin Korunması Meselesi

### a- Ceza Yaptırımının Reel Sınırları

Ceza yaptırımının sınırlarını çizebilmek uğraşı, bu kavramın asgari sosyolojik unsurlarını belirledikten sonra, “kendi bilgi alanı içinde değerlendirmek” ve “ona ilişkin hukuki sınırları çizmek” dışında fazlaca bir imkana sahip değildir. Toplumsal iktidar merkezleri, kendi çıkarlarının azami seviyede olduğu toplumsal geribesleme itkisinin işlerliğinin sağlanması ve sistemin mevcut dengesinin muhafazası için normdan sapmaya yönelik gösterilebilecek yeter miktarda yaptırımları belirlerken, esasında insanın doğası ve genel politik manzara dışında, dışsal bir sınırlamaya tabi değildir. Zaten bu nedenle tarihin farklı zamanlarında, farklı eylemlere, farklı yaptırımlar uygulanmıştır ve aksi yönde bir düşünce ile örneğin “evli olmayan kişilerden cinsel birlikteliğinin” bir ülkede hiç yadırganmıyorken diğerinden idama sebebiyet vermesinin açıklanabilmesi mümkün değildir<sup>111</sup>. Ancak hukuk sisteminin uygulandığı modern toplumlarda, çıkar çevreleri arasındaki ilişkiler o derece komplekstir ki<sup>112</sup> bunların hepsinden müteşekkil bir sistemin, normatif yapısının izahı noktasında yalnızca hukukun çizdiği sınırlar içine hapsolmek kaçınılmazdır.

Artık modern toplumlarda hukukun görünüşteki sahibi olan toplumsal iktidar merkezi yanında pek çok farklı iktidar merkezleri doğmuş ve her biri değerinin hareket alanını önemli ölçüde sınırlamıştır<sup>113</sup>. Bunun yanında demokratik toplumlarda seçimle işbaşına gelen hükümetlerin kontrolündeki yasama organlarının biçimlendirdiği normatif yapı değişkenlik niteliğini artırmıştır. Artık son derece değişken toplumsal yapılar, son derece farklı politik anlayışlara sahip pek çok unsurun hukuk sistemine öyle ya da böyle bir etkide bulunabilmesini sonuçlamaktadır. Bunun sonucu olarak her bir iktidar merkezinin kendi çıkarları açısından, eldeki sahayı muhafaza adına, hukuk sisteminin belirli ilkeler çerçevesinde şekillenmesini sağlama düşüncesi, bu çıkar çatışmasında son derece önemli bir denge unsuruna sebebiyet vermiştir. Bu denge asgari bazı menfaatlerin hukuk tarafından tanınmasının yanında, hukukun bazı yaptırım aygıtlarının da belirli asgari sınırlar içinde kalması gerektiği fikirlerini doğurmuş ve bu esas, temel hukuk metinlerinde ifadesini bulmuştur.

Elbette herhangi bir toplumdaki bilginin dağılımı, o toplumda iktidar mekanizmalarının, kendi çıkarlarına ilişkin yapının muhafazasını sağlamak için toplumsal geribesleme itkisinin eksenini değiştirebilmesini sonuçlayabilmektedir. Ancak bu dahi, “sistemin kendisine yönelik” tepkinin ancak rasyonel olarak bir başka çıkar ve iktidar merkezince savunulması durumunda söz konusu olabilmekte ve bu durum, iktidar merkezlerinin çatışmasında eğer bunlardan biri mutlak olarak galip gelemeyecekse, (Magna Carta örneğinde olduğu gibi) kendine has bir dengeye sebebiyet vermektedir. Bu dengein sosyolojik temelleri kendini yine toplumsal ve politik alanda gösterse de bunun hukuka

<sup>110</sup> Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.29.

<sup>111</sup> Bkz. Picca, **a.g.e.**, s.13.

<sup>112</sup> Bkz. Charles Wright Mills, **İktidar Seçkinleri**, çev: Ünsal Oskay, Ankara, Bilgi, 1974, s.7 vd.

<sup>113</sup> Mills, **a.g.e.**, s.8. Ayrıca bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.121.

doğrudan etkisi olması ve dışarıdan alınan bu bilginin “sistem için” hale getirilmesi kaçınılmazdır. İşte ceza yaptırımının sınırları noktasında da bu şekilde bir gelişme, neticede “hukuk sahasında” (=hukuka için olarak) hangi durumlarda bir ceza yaptırımının (ne oranda, nasıl vs.) söz konusu olabileceği meselesinin tartışılmasına sebebiyet vermiştir.

Tekrarla ifade etmek gerekir ki esasen toplumsal iktidar merkezleri her durumda ve imkan bulunan her ölçüde yukarıda betimlediğimiz bu karmaşık dengeyi ve dolayısıyla hukuk sisteminin bütününe değiştirebilme imkanına sahiptir ki tarih bunun sayısız örneği ile doludur<sup>114</sup>. Bunu, bizatihi kendisi iktidarın bir hükmetme *aracı* olan hukukun “sistem için” sınırlamalarının engelleyemeyeceği gerçeği, tartışmadan uzaktadır<sup>115</sup>. Zaten tam da bu nedenle sözgelimi devrim ya da darbe dönemlerinde, herhangi bir ülke anayasasındaki yaşama ya da mülkiyet hakkının reel anlamda pek bir anlamının olmayabileceği acı tecrübelerle sabit olmuştur. İşte bundan dolayıdır ki “olanın dünyasında” yani içinde yaşadığımız “gerçekler dünyasında” ceza yaptırımının -insanın ve yukarıda belirttiğimiz çıkarlar dengesinin doğasından kaynaklanan ve politik manzaraya bağlı “taktiksel oto-kontrol sınırlandırmaları” dışında- hiçbir “gerçek” ve “mutlak” sınırı yoktur. Hiçbir başat iktidar merkezi, ceza yaptırımını uygulama noktasında insan doğası ve politik/sosyolojik gerçeklik dışında bir sınırlamayla karşı karşıya değildir. “Hukukun kendi sistematigi içindeki” yani “hukuka için” sınırlamalar, tüm bu nedenlerle bütünüyle salt “idealler dünyasına” aittirler ve ancak bir bütün olarak bu sınırlamaları kabul etme iradesi gösteren bir iktidar merkezi bu şekilde var olduğu sürece geçerli olabilecek niteliktedirler<sup>116</sup>. Tüm bu nedenler, hukukun yalnızca bir araç olması nedeniyle, onun bizatihi “kendi içindeki verilere atıfla” kabul edilen sözde sınırlamaların, onu şekillendiren yapıya yani mevcut iktidar merkezine etkisinin yalnızca “ideal anlamda olacağını” göstermektedir. Zira hukukun kendisi, (bilahare zorunlu olarak objektifleşme de) esasında toplumsal iktidar merkezinin idare etme araçlarından<sup>117</sup> biri konumunda olduğundan, bu aracın kendi sistematigi içinde kabul edilen içsel sınırlamaların, aracın sahibi ve bizatihi şekillendiricisi (dolayısıyla da onu her zaman değiştirmeye muktedir olan) devlet iktidarını reel anlamda sınırlamayacağı açıktır<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> *Hayek*'in hukuk kurallarını tanımlarken kullandığı “kendilerini tasarımı biçimde değiştirmeye muktedir olmamız yüzünden düzeni etkilemenin başlıca aracı haline gelen kurallar” ifadesi bu gerçeğin fazlaca basitleştirilmiş bir ironisini yansıtması açısından ilgi çekicidir. Bkz. *Hayek*, **a.g.e.**, s.69.

<sup>115</sup> Krş. Russell, **a.g.e.**, s.257 vd.

<sup>116</sup> Buradaki “sınırlamaları kabul etme iradesi gösteren” ifadesi de yanıltıcı olmamalıdır; zira bu sınırlamaları bizzat kabul eden de iktidar merkezinin kendisidir. Bunun toplumsal zorunluluklar sonucunda, çok da arzu edilmeden kabul edilmesi önemli değildir.

<sup>117</sup> Burada idare etme aracı olarak nitelediğimiz “hukuk”, elbette sistematikleşmiş toplumsal normlardan müteşekkil bir “sistemi” ifade etmektedir. Bu nedenle bu sistemin tüm yönleri ile henüz oluşmadığı bir toplumda hukuk bu vasfını bir bütün olarak haiz olamayacaktır. Bir sistem olarak hukukun idare etme araçlarından yalnızca biri olarak zikredilmesi ve bu açıdan, iktidarın, alt yapı kurumları ile bağlantısının nasıl olduğuna herhangi bir atıf yapılmaması, hukukun tipik bir sınıfsal sömürü aracı olarak görüldüğü *tarihsel maddeci* tahlil yönteminden oldukça farklı bir perspektifte hareket edildiğini de göstermektedir. Bu durum, iktidar kavramına verdiğimiz kapsayıcı ve değişken anlamla paralel olarak toplumsal sistemi başlangıç durumlarına hassas bağımı ve dolayısıyla karmaşık bir yapı olarak nitelememiz, bu çerçevede iktidar kavramını bu yapının tabii bir unsuru olarak kabul etmemizin doğal sonucudur.

<sup>118</sup> Bu gerçeklik mesela insan hakları gibi bir kavramın gerçek anlamda yalnızca toplumsal iktidar merkezi bunu kabul ettiği sürece bir anlamının olacağını da göstermekte-



Bu gerçeğin ifadesini yaptıktan sonra, zorunlu olarak hukuk sisteminin için değerlendirmesi (yani “olması gereken”) alanına girerek hukukun kendi içindeki sınırlamaların, özellikle ceza yaptırımı meselesine nasıl etki edebileceğini tartışmak gereklidir. Buradaki gayret, eğer toplumsal iktidar merkezi kendi vaaz ettiği hukukun içinde kaldığı sürece kendi norm koyma biçimini sınırlamayı öngörmüşse, bunun ceza yaptırımının uygulanması açısından da bir *sınır* var olmasına sebebiyet vermesinin mümkün olup-olamayacağı ve eğer buna müspet bir cevap verecek olursak, bunun ne ölçüde ve hangi araçlar vasıtasıyla yapılacağına tespitine yönelik olacaktır. Doğal olarak buradaki çıkarımlar yazının genel gelişiminden biraz farklı olarak “olanlar” dünyasına değil “olması gerekenler” dünyasına ilişkindir.

### **b- Ceza Yaptırımının “Hukuka İçkin (*Immanent to law*)” Sınırları (1)- Genel Olarak**

Ceza yaptırımının uygulanması “olması gerekenler” dünyasında, yani hukuka için olarak (hukukun kendi sistemi içinde) iki açıdan sınırlandırılabilir: Bunlardan ilki ceza yaptırımını içeren ceza normlarının hukuk sistemindeki normlar hiyerarşisi açısından sınırlanması, ikincisi ceza normlarının ancak belirli bazı alanlara uygulanabilmesini ifade eden herhangi bir ölçüt çerçevesinde sınırlanmasıdır.

Ceza normlarının, normlar hiyerarşisi açısından sınırlandırılabilmesinden bahsedebilmek için herhangi bir hukuk sisteminde ceza normlarının üstünde başkaca normların bulunması ve ceza normlarının bunlarla çalışmamasının esas olması gerekmektedir. Bu şekilde bir durum standart olarak Anayasaların ceza normlarını sınırlandıracak esasları içermesi ve herhangi bir kanun hükümünün Anayasaya aykırı olamayacağını öngörülmesi halinde söz konusu olabilir. Bunun en basit örneği bir ceza yaptırımı olan idam cezasının Anayasa’da yaşam hakkının hiçbir durumda sınırlandırılmayacağını içeren bir hükümle, herhangi bir ceza normunda bir yaptırım olarak öngörülmesinin imkansız kılınmasıdır. Ancak bunun ötesinde, ceza yaptırımlarının, mesela “kusursuz ceza olmaz” ilkesinin kabulü yoluyla yine Anayasal bir normla sınırlandırılması da mümkündür.

---

dir. Bir insanın yaradılıştan gelen bazı menfaatlerinin dokunulmaz olması öylesine şirsel bir cümledir ki temelde hiç kimsenin bunu inkar edebileceği düşünülemez olacaktır. Ancak sayılamayacak kadar çok örnek bize, “insanın insan olduğu için sahip olduğu” bu hakların pek çok durumda nasıl kolayca çığnenebileceğini de göstermiştir. Bu nedenle insan hakları gibi kavramlar da zorunlu olarak, “hukuk sisteminin için değerlendirmeleri” olarak kalacak ve bir önceki paragrafta belirttiğimiz kadar paylaşılmayacaktır. Aslında bu “insan hakları” kavramındaki “hak” sözcüğünün “hukukten korunan menfaat” olduğu, yani ancak iktidar merkezinin yönetme aracı olan hukukun “koruması koşuluyla” bir menfaatin bu aşamaya geleceği gerçeğinin yarattığı ilginç ironide son derece açık bir şekilde görülebilmektedir. Doğal olarak bütün bu kavramlar ancak “olması gereken dünyasında” ve yalnızca zorunlu olarak hukuk sisteminin kendi içinde kaldığı sürece anlam sahibidir. Belki de bu nedenle *Renteln*, yüzün üzerinde toplumdaki elde ettiği bulgulara istinaden deneyimsel olarak verdiği ilginç insan hakları gibi bir kavramın var olmadığını ifade etmiştir (Alison Dundes Renteln, **International Human Rights**, London, Sage, 1990’dan nkl. Eriksen, **a.g.e.**, s.275). Aslında bu insan hakları kavramının sınırlarının “olması gereken” sathında kalması aşamasında dahi, onu üreten Avrupa toplumunun toplumsal gerçeklerine bağımlı olması, ama hiçbir suretle evrensel bir “olana” işaret etmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu yorum pek tabiidir ki insan hakları kavramının, modern toplumların hukuk sistemleri yani “olması gereken” açısından “vazgeçilmez” olması niteliğini değiştirmemektedir.

Ceza normlarının normatif standartlar dışında sınırlandırılabilmesi noktasında, çoğunlukla teorik kalsa da kompleks bir ceza adaleti sisteminde ister istemez işler hale gelecek olan, önemli bir ölçüt *hukuksal değerler* ölçütüdür<sup>119</sup>. Hukuksal değerler ölçütü en kaba ifadesi ile “*herhangi bir ceza normunun ancak bir hukuksal değeri korumak üzere ihdas edilmesini*” ifade eder ve bu haliyle ceza yaptırımının öngörülmesini ve doğal olarak da uygulanmasını *hukuka içkin* olarak önemli ölçüde sınırlandırır. Hukuk sisteminin “kendi içkin ölçütü” niteliğinde olan hukuksal değer meselesini, bu nedenle hukuk sisteminin kendi mantığı içinde değerlendirmek gerekmektedir.

## (2)- Hukuksal Değerler ve Ceza Yaptırımı

Toplumsal düzen içinde toplumsal bir varlık olarak insan, kendi bireysel menfaatlerini toplumsal menfaatler karşısında her seferinde yeniden biçimlendirmek durumundadır. Toplum – insan ilişkisi, bir “geribesleme itkisi” çerçevesinde ve her iki tarafı da değişken bir tür karmaşık sistem modeli içinde, esasında bir *karşılıklı ödün* ilişkisidir. Yukarıda, toplumsal iktidar merkezlerinin sahip olduğu menfaatlerin korunması açısından, onların değer yargılarının, baskın olarak toplumsal geribesleme itkisine yön vereceğini belirtmiştik. Ayrıca buna paralel olarak bu menfaatlerin özü itibariyle tüm insanlara açık olması nedeniyle, sadece toplumsal iktidar merkezleri açısından değil, aynı menfaate teorik olarak sahip olma ihtimaline sahip tüm kişiler açısından aynı değeri ifade edeceğini, bununla da toplumsal iktidar merkezlerinin bu menfaatlere ilişkin algılarının toplumsal düzeyde anonimleşeceğini ifade etmiştik. İşte bu aşamada anonimleşen ve gittikçe soyutlaşan değer yargıları, belirli menfaatlere yönelmiş eylemleri yaptırma bağlamak suretiyle, bu menfaatleri koruyacak, bu yaptırım bilgisi ile birlikte, bu menfaatler soyut olarak toplumsal geribesleme itkisinin başvuru değerleri halini alacaktır. Toplumun teşkilatlanmış biçimi olan devletin, temel iktidar yapısını ve bunun şekillendirdiği toplumsal düzenin varlığını devam ettirme amacı çerçevesinde teşkil ettiği hukuk normları da bu menfaatlerin belli bir düzen ve “sınırlılık” içinde korunması amacına göre biçimlenir. Bu nedendir ki hukukun en temel kavramsal parçasığı olan “hak” da “hukuk tarafından korunan menfaat” olarak tanımlanmaktadır. Öyleyse *hukuksal değer* kavramının kökeninde de aynı menfaat ilişkisi yer almaktadır<sup>120</sup>.

Menfaat kavramının temelinde ise objenin kişi açısından taşıdığı “sübjektif değer” olgusu yatmaktadır. Bir başka ifade ile kişinin, obje ile arasındaki menfaat ilişkisi, ona bir değer atfettiği anlamına gelmektedir. Bu sübjektif değerın objektifleşmesi ise yukarıda belirttiğimiz süreç neticesinde, herhangi bir iktidar merkezine ait menfaatin anonimleşerek “toplumsal değer olma vasfı” kazanması durumunda söz konusu olabilecektir. Bu halde toplum o menfaate bir değer atfetmektedir<sup>121</sup>. Bu menfaat hukuk diline aktarılırken ise zorunlu olarak “hak” ve “özgürlük” olarak nitelendirilecektir. *Öyleyse en baştan beri, hukuksal değer hukuk tarafından tanınan kişisel menfaatler yani haklar ve özgürlüklerdir*. Bir hukuksal değer ancak bir hak veya özgürlük ile tanımlanabi-

<sup>119</sup> Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

<sup>120</sup> “Hukuk, icbar edici normlar sisteminden ibarettir. Bu normlar, cemiyeti olduğu kadar ferdî de bağlar ve müşterek gayelere ulaşmayı garanti ederler. Hukukun gayesi, hayata ilişkin beşeri menfaatleri himaye etmektir. Menfaatlerin himayesi, hukukun esasını, özünü teşkil eder”. *von Lizst’in* nkl. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, AÜHFY, 1970, s.90.

<sup>121</sup> Krş. Ünver, **a.g.e.**, s.67 vd.

lir<sup>122</sup>. Bu herhangi bir yarar ilişkisinin toplum sathında aldığı değer ifadesinin, hukuk tarafından kendine has kalıplarla tanımlanmasından başka bir şey değildir. Bu yönüyle hukuksal değeri “kişiler ile soyut ve somut objeler arasında var olup, hukuk tarafından korunan soyut<sup>123</sup>, objektif<sup>124</sup> ve ideal yarar ilişkisi” olarak tanımlamak mümkündür.

Bugün için ceza hukukunun temel fonksiyonunun, toplum için en önemli hukuksal değerleri kendine has bir şekilde korumak olduğu ifade edilmektedir<sup>125</sup>. Buna temel olarak da, herhangi bir ceza yaptırımının son derece ağır sonuçları olması nedeniyle, bunun ceza hukukunun temel mantığı içinde haklı gösterilebilmesi ve sistemin kendi içinde çelişmemesi için, ceza hukukunun, hukukun bütünüünün icra ettiği hukuksal değerleri koruma faaliyetini

<sup>122</sup> İtalya’da ilk kez *Carrara* tarafından sistematize edilen hukuksal değerın sübjektif hak olduğu görüşü için bkz. Toroslu, **a.g.e.**, s.90. Ancak teknik anlamda bir hak olarak tanımlanmayan hukuki durumların korunması açısından da bunların birer hukuksal değer olarak alınabilmesi mümkündür. Medeni hukuktaki zilyetlik durumu bunun en basit örneklerinden biridir.

<sup>123</sup> Hukuksal değerler tamamen ideal alana ait kavramlar olduklarından bunların maddi ve somut bir karşılıkları yoktur. Hukuksal değerler kişi ile soyut veya somut obje arasındaki menfaat ilişkisine atfedilen değer olduğundan maddi bir bünyelerinin olduğundan bahsedilmesi de mümkün değildir (Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.534, Sözüer, **a.g.e.**, s.144). Hukuksal değerlerin soyut olmalarının en önemli sonucu teknik anlamda bir hukuksal değerın zarara veya tehlikeye uğratılmasından bahsedilemeyeceği gerçeğidir (Özgenç, **a.g.e.**, s.151, Sözüer, **a.g.e.**, s.144) Burada zarara veya tehlikeye uğratılan koruma objesi yani hukuksal değerın ilişkili olduğu şeydir. Yoksa “kişi” ile “obje” arasındaki soyut yarar ilişkisinin zarara veya tehlikeye uğratılması zaten mümkün değildir. Örneğın bir kimsenin eşyasına zarar verilince o kişinin eşya ile arasındaki menfaat ile hukuk düzenindeki karşılığı olan mülkiyet hakkı değil, bizzat o eşya zarara uğratılmış olur. Zira mülkiyet soyut ve ideal bir kavram olarak hukuk düzeninde her zaman varlığını devam ettirir. Oysa bu eylemle o hukuksal değer yani hak ve özgürlük bir kez ihlal edilmiştir. Doğal olarak herhangi bir hukuksal değerın zarara uğratılmasından veya tehlikeye sokulmasından değil ihlal edilmesinden bahsedilmelidir (Krş. V. Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2010, s.42, 201)

<sup>124</sup> Yukarıda belirttiğimiz üzere esasen hukuksal değerın temelinde yer aldığımız belirttiğimiz menfaat kavramı sübjektiftir. Oysa hukuksal değer ile kişinin herhangi bir menfaati değil hukuk tarafından korunmuş doğal olarak da objektifleşmiş menfaatleri korunur. Zira hukukun kendisi objektif olmak zorundadır. Öyleyse hukuksal değer de kavramsal olarak objektif niteliktedir. Bu objektiflik hem hukukun ilgili olduğu tüm toplum ve normatif sistem açısından söz konusudur hem de hukukun tüm dalları için caridir. Bu çerçevede bir hukuksal değer, bu niteliğini tüm hukuk sistemi için gösterir. Yoksa belirli bir hukuk alanında hukuksal değer olarak kabul edilen bir soyut yarar ilişkisinin hukukun başka bir dalında bu niteliği taşımadığının kabulü mümkün değildir. Ancak pek tabidir ki her hukuk dalının koruma araçları birbirinden farklıdır. Bu nedenle herhangi bir hukuk dalı o hukuksal değerın korunması ilkesine herhangi bir somut katkı sunmayabilir. Örneğın herhangi bir hukuksal değerın korunması açısından yalnızca medeni hukuka ait koruma araçları kullanılmakla yetinilebilir. Bu ihtimalde ceza hukuku o hukuksal değerın korunması açısından bir yaptırım getirmez. Ancak pek tabidir ki bu halde de o hukuksal değerın ceza hukuku açısından bir hukuksal değer olmadığından bahsetmek mümkün değildir.

<sup>125</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.436 vd, özellikle 443, ayrıca bkz. 668 vd.; İçel, Donay, **a.g.e.**, s.10; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.30; Bernd Schünemann, “The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge Between the General and Special Parts of the Criminal Code”, in: **Buffalo Criminal Law Review**, vol:7, 2004, New York, s.552.

kendi sahası içinde yerine getirdiği kabul edilmektedir<sup>126</sup>. Genel olarak hukuksal değerler, hukuk tarafından korunan menfaatler olarak tanımlandığına ve ceza hukuku da hukukun bir parçası olarak fonksiyon icra ettiğine göre, ceza yaptırımının da ancak hukuksal değerleri koruma esası içinde anlamlı olabileceği kabul edilmektedir<sup>127</sup>.

Ceza hukukunun koruma sistemini, hukukun bütününe göre ifade etmek isterken, özellikle ceza hukukunun da hukuk sisteminin bir parçası olarak hukukun bütününe gördüğü fonksiyona göre yapılandırıldığını vurgulamak istedik. Ancak hukuksal değer meselesi açısından aşağıda özellikle değineceğimiz bazı hususlar, ceza hukuku ile diğer hukuk dalları arasında var olan son derece önemli ayrımları da beraberinde getirmektedir. Bu noktada evvela, her ne kadar hukukun bütünü açısından temel amaç hukuksal değerleri korumak olarak kabul edilse de ön planda hiçbir hukuksal değeri koruma amacını taşımayan yığınla norm olduğunu da kabul etmek gerekir. Bunlar, yalnızca genel olarak hukuksal değerlerin korunması amacıyla matuf hukuk sisteminin dallarını budaklanması sonucu gelişen ve asıl amaca tali olarak yardım eden normlar haline gelmişlerdir ve herhangi bir hukuk sisteminde bu şekildeki normlar, doğrudan hukuksal değerlerin korunmasına matuf normlardan çok daha fazladır. Ancak ceza hukuku alanında, bu şekilde bir kabulden bahsedebilmek mümkün değildir<sup>128</sup>. Çünkü ceza yaptırımları, toplumdaki en sert ve şiddetli, buna bağlı olarak da etkileri bakımından en güçlü yaptırımlardır<sup>129</sup> ve belirli nitelikte bir eyleme karşılık neden bu derece ağır yaptırımların uygulandığı meselesini herkesi tatmin edecek bir şekilde izah edebilmek kolay değildir. İşte modern demokratik hukuk devletlerinde kişilerin hak ve hürriyetlerinin başta türlü korunmalarının mümkün olmaması, ceza hukuku yaptırımlarının meşru ve makul kabul edilebilmelerinin yegane temelini teşkil eder<sup>130</sup>. Gerçekten bu şekilde bir yaptırım, ancak hukukun temel amacı olan hukuksal değerlerin korunması yolunda bir araç olarak kullanılıyorsa meşru kabul edilebilir<sup>131</sup>. Bu nedenle tüm ceza hukuku sistemi hukuksal değerlerin korunması anlayışı üzerine bina edilir. Bir başka ifade ile *hukuka için modern anlayış* açısından ceza hukukunun yegane amacı hukuksal değerlerin korunmasıdır<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> İçel, Donay, **a.g.e.**, s.4, Ayrıca bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.436 vd., Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı, 1994, s.142.

<sup>127</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.438-445.

<sup>128</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.789 vd. özellikle 792-795.

<sup>129</sup> Nils Joreborg, "Criminalization As Last Resort", in: **Ohio State Journal Of Criminal Law**, Vol:2:2004-2005, Ohio, USA, 2005, s.526.

<sup>130</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.445, 792-793; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.30.

<sup>131</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.792. Burada belirttiğimiz husus özellikle *Anglo-Sakson* hukukunda ifade edilen cezanın bir toplumsal kontrol aracı olduğu yönündeki pragmatik görüşün kabul edilemez olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Esasen ceza yaptırımı, neticesi itibarıyla genel ve özel önleme karakteri icabı toplumsal sorunların çözümünde bir etki elbette ki doğuracaktır. Ancak hukuka için bir değerlendirme yapılmak isteniyorsa, hukuksal değer öğretisine göre ceza, yalnızca söz konusu olan hukuksal değerlerin korunması meselesi ise bir "araç" olarak değerlendirilebilmelidir. Yoksa cezanın her türlü problemde araç olarak kullanılması onun olması gereken amaç ve işlevini anlamsız hale getirir. Krş. Douglas Husak, "Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment", **Ohio State Journal Of Criminal Law**, Vol:2: 2004-2005., Ohio, USA, 2005.

<sup>132</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.607, Sözüer, **a.g.e.**, s.147, Kimmo Nuotio, "Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law:A Legal Culturel Approce", in: **The Boundaries of The Criminal Law**, Ed: R.A. Duff vd., New York, Oxford Univesty Press, 2010., s.260, Koca, Üzülmöz, **a.g.e.** s.32, 37.

### (3)- Hukukun Meşruluk Sistemi İçinde Ceza Yaptırımının Son Araç Olması (Ultima Ratio) İlkesi

Ceza hukukunun yegane amacı hukuksal değerlerin korunması olunca, tüm ceza normları da hukuksal değerler üzerine bina edilirler<sup>133</sup>. Bu çerçevede her ceza normunun, mutlaka koruduğu bir hukuksal değer vardır<sup>134</sup>. Bu hukuksal değeri ihlale yönelmiş davranışlar seçilerek, bunların hepsi yahut bir kaç ceza yaptırımı ile karşılanır. Ceza normunun yaptırımı açısından da hukuksal değerler temel ölçüttür: Herhangi bir hukuksal değer, “hukuksal değerlerin dikey hiyerarşisi” açısından kabul edilen önemi, o hukuksal değere yönelmiş eyleme uygulanacak yaptırımın şiddetini de tayin eder. Peki herhangi bir ceza normu açısından korunan hukuksal değer nasıl tespit edilecektir? Ya da soruyu biraz değiştirelim: İktidar, hukukun kendi içkin sistemi çerçevesinde, istediği her eylemi ceza yaptırımı ile karşılayabilecek midir?

Ceza hukuku normları, hukuksal değerlerin korunması ilkesi üzerine bina edilir ve bu nedenle hukuk sisteminin kendi meşruluk sistemi içinde teknik olarak hiçbir hukuksal değeri korumayan bir ceza normunun varlığından bahsetmek mümkün değildir<sup>135</sup>. Ancak tüm hukuksal değerlerin de ceza hukuku ile koruma altına alınmasının mümkün olmayacağı açıktır ve buna paralel olarak herhangi bir hukuksal değeri ihlal eden her eylemin de ceza yaptırımı ile karşılanması mümkün değildir<sup>136</sup>. Açıkça görülebildiği üzere, ceza yaptırımlarının meydana getireceği yoksunluk, kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale teşkil etmektedir. Elbette hukuk, kendi ihdas ettiği hak ve özgürlükleri ihlal eden eylemleri yaptırımı bağlayacaktır. Ancak norma aykırı her davranışın ceza hukuku yaptırımı ile karşılanması gibi bir yöntem, hem insan haklarına dayalı demokratik toplumlar açısından uygulanma kabiliyeti bulamayacak hem de bu şekilde bir sistem istenilen sonuçları doğurmayacaktır<sup>137</sup>. Öyleyse hukuk sistemi içinde, hukuksal değerleri korumayı amaçlayan normlara aykırı davranışlar, korunan hukuksal değerlerin niteliğine ve eylemin ağırlığına göre ayrılacak, bazıları ceza normu ile karşılanacakken bazıları için ceza hukuku dışı yaptırımlarla yetinilecektir. Bu ayrımın yapılması açısından ise Roma Hukuku'ndan bu yana kabul edilen temel ilke “ceza hukukunun en son araç olması” yani “ultima ratio” ilkesidir<sup>138</sup>.

Hukukun yaptırım araçları, her hukuk alanına göre farklılaşmaktadır. Ancak hepsinde ortak nokta, hukuk sisteminin uygulanabilirliğini sağlama amacıdır. Mevzu hukuksal değerlerin korunması olunca da uygulanabilecek pek çok yaptırım yönteminin olduğu görülecektir. Ceza yaptırımı da bunlardan biridir ve hangi eylemin ceza yaptırımı ile karşılanacağını ceza normları belirler. Ceza yaptırımının da dahil olduğu tüm yaptırım türleri belirli bir “yaptırım sisteme” vücut vermektedir. Bu yaptırım sistemi içinde en hafiften an ağıra doğru sıralanan basamakların en üstünde yer alan ceza yaptırımının, ne zaman devreye gireceğini doğru bir şekilde belirlemek gerekir. Bu husus, esasen ceza hukukunun, hukuk sisteminin bütünü içindeki fonksiyonunun da en önemli noktasını teşkil etmektedir. Bu çerçevede *ultima ratio* ilkesi, hem ceza

<sup>133</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.601.

<sup>134</sup> İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **a.g.e.**, s.88, Ünver, **a.g.e.**, s.792-793.

<sup>135</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.614, 792-793, Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s.37.

<sup>136</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.673, Nuotio, **a.g.m.**, s.238 vd., Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.29-30.

<sup>137</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.429, Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.29-30.

<sup>138</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.692 vd., Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.30.

normlarının, “en erken ne zaman devreye girebileceğini” hem de “en geç ne zaman devreye girmesi gerektiğini” belirlemede başvurulan en önemli ilkedir<sup>139</sup>.

*Ultima ratio* ilkesi özetle “ceza kanun koyucusu belirli bir davranışı ancak ceza son araç niteliğinde ise yani aynı amaca ulaşmak bakımından daha hafif bir araç yok ise ceza yaptırımı altına alabilir”<sup>140</sup> şeklinde ifade edilebilir. Eğer herhangi bir hukuksal değer korunması açısından birden fazla hukuksal araç varsa bunlardan amacı sağlamaya hasıl olabilecek en hafifinden başlamak gerekecektir<sup>141</sup>. Buna göre ceza hukuku, diğer yaptırımlar hukuksal değerleri yeterince koruyamadıkları, caydırma ve ıslah konusunda başarılı olmadıkları zaman devreye konulmalıdır<sup>142</sup>. Bu ilkenin doğal sonucu olarak eğer başkaca bir yaptırım herhangi bir hukuksal değeri korumaya yeterli ise o alanda ceza normu ihdas edilmeyecektir<sup>143</sup>.

*Ultima ratio* ilkesi, eylem tipleri açısından, biri, *her bir hukuksal değer kendine has alanına*, diğeri ise *herhangi bir hukuksal değere yönelmiş ihlal edici eylemlerin ağırlıklarına* göre olmak üzere, iki farklı şekilde ayırım yapılmasını öngörmektedir:

Öncelikle her hukuksal değer ceza yaptırımı ile korunmamaktadır. Örneğin tüketici hakları kapsamındaki “teşhire uygun ürün satılmasını talep hakkının” karşılığı olan “arızalı ürünü değiştirme yükümünün” ihlali şeklinde bir eylem ceza yaptırımı ile karşılanmamaktadır. Zira bu şekilde bir eylem, eğer kazanç sağlamak amacıyla açıkça hile yapılmamışsa, dava yolu ile yaptırma bağlanmakta, soyut hakkın ihlalinden kaynaklanan somut zarar failden dava yolu ile tahsil edilebilmekte ve böylece bu şekilde bir dava açılmasına sebebiyet veren fail, bunun bedelini ödemektedir. Bu aşamada taraflar arasındaki hukuksal uyumsuzluk bu şekilde çözümlenebileceğinden, haliyle artık daha ağır bir yaptırma gidilmesine gerek yoktur. Ancak eğer fail, hileli hareketlerle kendisine yarar sağlamak için tüketicinin zararına bir eyleme girişmiş ise işte bu durumda ceza yaptırımı devreye sokulacaktır. Zira hileli hareketlere başvuran fail açısından artık diğer yaptırım türleri yeterli olmayacaktır. Bu noktada şu husus önemle belirtilmektedir ki *ultima ratio*, “hangi yaptırım sisteminin tercih edileceği” anlamında değildir. Zira ceza yaptırımları diğer yaptırımları bertaraf etmez<sup>144</sup>. Aksine, çoğu zaman yaptırım sistemleri beraber uygulanırlar. Örneğin taksirle yaralama, hem adli para veya hapis cezasıyla hem de tazminat hukuku yaptırımlarıyla karşılanır<sup>145</sup>. Bu nedenle buradaki mesele, ceza hukuku yaptırımlarının ne zaman devreye gireceği meselesidir<sup>146</sup>. Bu hususta öncelikle korunan hukuksal değer toplumsal önemine bakmak gerekecektir<sup>147</sup>. Hukuk-

<sup>139</sup> Otto Backes, “Diversion and Constitutional Crime Policy”, in: **Diversion and Informal Social Control**, Ed: Gunter Albrecht, Wolfgang Ludwig Mayerhofer, Berlin, de Grayter, 2010.

<sup>140</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.693.

<sup>141</sup> Husak, **a.g.m.**, s.536, Ünver, **a.g.e.**, s.693, Nuotio, **a.g.m.**, s.256, Backes, **a.g.m.s.**346, Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.30, Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, **a.g.e.**, s.39, 81.

<sup>142</sup> Joreborg, **a.g.e.** s.525, Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.29-30, Sözüer, **a.g.e.**, s.143, Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, **a.g.e.**, s.39.

<sup>143</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.693-695.

<sup>144</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.694.

<sup>145</sup> Husak, **a.g.m.**, s.540.

<sup>146</sup> Nuotio, **a.g.m.**, s.260. Bu noktada hukuksal değer kavramına sosyolojik bir temelden yaklaşması açısından önemli olan *Hassemer*’in görüşleri için bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.356 vd.

<sup>147</sup> Ünver, hukuksal değerlerin önemleri açısından korumanın sınırlarının belirlenmesi hususunu ifade etmek açısından “hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliği” ifadesini

sal değerler hiyerarşisinde en üstte yer alan yaşam hakkı, beden bütünlüğü, cinsel özgürlük vs. ye yönelik eylemler açısından ceza yaptırımı hemen her durumda devreye girmekte iken daha alt kademelerde yer alan hukuksal değerlere yönelik eylemler ise ya hiç ceza normu ile karşılanmamakta ya da kabul edilen ceza normu ile yaptırımlandırma çok sıkı şartlara bağlanmakta, çok istisnai hallerde (örneği hile olması vs.) ceza yaptırımları devreye sokulmaktadır<sup>148</sup>. Bu noktada esasen ceza normu ile korunmayan bir hukuksal değere yönelik eylemin, mevcut yaptırımı ile belirli sınırlar içinde tutulmaması yani yaptırımın yetersiz kalması ve bunun neticesinde o alanın bir toplumsal huzursuzluk alanı haline gelmesi<sup>149</sup>, toplumun bunu çözümlenemeyen bir sorun olarak görmesi durumunda ceza normu devreye sokulmaktadır<sup>150</sup>. Pek tabidir ki burada orantı, adalet, hümanizm vs. gibi değerler veya kurumlar da devreye girmektedir<sup>151</sup>. Ancak temelde artık bu tip bir sorun açısından ceza hukukunun son araç olarak başvurulması gereken yaptırım türü haline geldiğinin kabulü gerekir. Diğer ilkeler paralelinde eylemin cezaya layık olduğu değerlendirilmesi ise bir sonraki aşamada gündeme gelmektedir.

İkinci olarak, hangi hukuksal değerlerin ceza normu ile korunması gerektiği meselesinin yanında, belirli bir hukuksal değere yönelik eylemlerin hangi ağırlık ve nitelikten sonra ceza hukuku yaptırımı ile karşılanması meselesi de *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin mülkiyet hakkının ceza normları ile korunması genel kabul edilmiş bir olgudur. Ancak kural olarak yalnızca failin eylemi bilerek ve isteyerek veya en azından kanıksayarak işlediği durumlarda kişiye ceza yaptırımı uygulanacaktır. Ancak fail, eylemi bilerek yapmamış ya da neticeyi öngörmemişse ya da öngördüğü neticeyi istemediği net bir şekilde söylenebiliyorsa bu durumda kişinin bu eylemi bir hukuksal değer ihlaline sebebiyet verse de yalnızca tazminat sorumluluğunu gerektirecek, ceza hukuku anlamında bir sorumluluk doğmayacaktır<sup>152</sup>. Dikkat edilirse burada esasen mesele, hukuksal değerlerin ceza normu ile korunmasından ziyade, o hukuksal değere yönelmiş hangi ağırlıktaki eylemin ceza normu ile karşılanacağı meselesidir<sup>153</sup>. İşte bu noktada da yalnızca cezanın son araç olduğu durumlarda herhangi bir hukuksal değere yönelik eylemlerin cezalandırılması söz konusu olacaktır<sup>154</sup>. Örneğin mülkiyet hakkı ceza normu ile korunmaktadır, ancak ceza yaptırımının son araç olması ilkesi nedeniyle taksirle mala zarar verme eylemi bu kapsamda değildir.

---

kullanmıştır bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.503 vd. Özgenç ise bu durumu “hukuksal değerlerin kendi aralarında derecelendirmeye tabi tutulması” olarak ifade etmektedir. Özgenç, **a.g.e.**, s.154.

<sup>148</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.508.

<sup>149</sup> Krş. Ünver, **a.g.e.**, s.673 vd.

<sup>150</sup> Joreborg bunu ihtiyaç (need) olarak ifade etmekte ve bu şekilde bir ihtiyacın söz konusu olmasını cezai neticenin ihdası için şart olarak kabul etmektedir. Bkz. Joreborg, **a.g.m.**, s 527-528.

<sup>151</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.702 vd., Joreborg, **a.g.m.**, s.527 vd.

<sup>152</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.994-995.

<sup>153</sup> Özbek vd. bu farkı “failin gösterdiği ahlaki kötülük” şeklinde açıklamaktadırlar (Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, **a.g.e.**, s.39). Oysa burada ahlaki kötülük veya benzer kavramlar değil, herhangi bir hukuksal değer ihlaline yönelmiş eylemin toplum nezdindeki ağırlığı dikkate alınmaktadır.

<sup>154</sup> Joreborg, **a.g.m.**, s.526.

### 3- Ceza Yaptırımının Amaçları

#### a- “Reel Amaç” ve “İdeal Amaç” Ayrımı

Yukarıda, yaptırımın genel işlevlerini incelerken esasen yaptırımın reel tek işlevinin “toplumsal geribesleme itkisinin varlığını ve işleyişini muhafaza etmek” olduğunu, yaptırımın uygulanması ile elde edilmesi istenen sair neticelerin, ancak bu genel işlevin birer türevi olabileceğini belirtmiştik. Genel olarak yaptırım sistemi için belirttiklerimiz elbette ki ceza yaptırımı için de söz konusu olacaktır. Ancak ceza yaptırımının toplumsal temelleri olsa da esasen tam anlamı ile ifadesini hukuk sisteminde bulabileceğini belirttiğimize göre, bu işlev meselesini, bir de bu açıdan ele almak gerekmektedir. Dolayısıyla biri toplumsal “olana” ilişkin diğeri ise hukuki “olması gerekene” ilişkin iki işlevden bahsetmek ve ikincisinin ideal amaçlarının birincisine de nasıl kısmen yön verdiğini incelemek gerekmektedir.

Ceza yaptırımının reel işlevi, onun uygulanması ile elde edilecek olan toplumsal neticelerde aranmalıdır. Suç olarak isimlendirdiğimiz eylem genel olarak herhangi bir toplumsal davranış türü olsa da bunun toplumda algılanışı, diğer toplumsal davranış türlerine nazaran önemli ölçüde ağır neticeler<sup>155</sup> doğurduğundan bu eyleme gösterilecek reaksiyon ve bundan beklenecek netice de farklı olacaktır. Her ne kadar toplumsal iktidar merkezi toplumdaki başat yönlendirici güç olsa da sistemin genel işleyişi açısından soyut ve objektif isteklere mutlak kayıtsız kalabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kendisinin şekillendirdiği “toplumsal geribesleme itkisi”, iktidarın genel aracıdır, ancak zamana göre iktidara kimin sahip olacağı meselesi de toplumsal dinamiğin genel kurallarına bağlı olduğundan, iktidar merkezi toplumsal geribesleme etkisini, yani “*eylem (girdi) – norm (ortamdaki başvuru değeri) – yaptırım (çıktı) – norma göre şekillenen yeni eylem (yeni girdi) -...*” şeklindeki döngüyü muhafaza etmek zorundadır. Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz gibi yaptırımın ve dolayısıyla ceza yaptırımının temel işlevi, bu geribesleme döngüsünün varlığını ve işleyişini muhafaza etmektir<sup>156</sup>. Elbette ceza yaptırımın uygulanmasının başkaca sonuçları da olacaktır. Ancak bu sonuçların hepsi bu genel işlevin birer türevi olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır<sup>157</sup>.

Bu reel amaç, rasyonelleşmiş bir normatif yapının yani hukuk sisteminin de genel yapısını şekillendirmektedir. Ancak normatif yapının rasyonelleşmesi ve bir idealler alanı yaratması, toplumsal anlamda bir netice doğurması beklenmeksizin, işin içine başkaca “ideal” beklentiler katmaktaki<sup>158</sup> yahut yukarıda belirttiğimiz türevlere özel bir önem gösterilmektedir. Bu noktada faile yaptırımın ödetilmesi suretiyle *adaletin sağlanması*, failin işlediği eylem nedeniyle meydana gelen *kınamadan ibra edilmesinin sağlanması* ya da *genel ve özel önlemenin*, kendisine özel önem gösterilen bu türevlere örnek olarak verilmesi mümkündür. Bunlarda, mesela *genel önleme* olarak ifade edilen olgu; aslında yaptırımın bilgisinin, bunun etkilerini henüz doğrudan tecrübe etmemiş kimselere yayılması yoluyla toplumdaki geri besleme itkisinin işlerliğinin muhafaza edilmesine, *özel önleme* ise aynı neticenin, yaptırımın bilgisinin eylemi gerçekleştiren kimseye bizzat tecrübe ettirilmesi yoluyla, onun sisteme entegrasyonu-

<sup>155</sup> Bkz. Füsün Sokullu – Akıncı, **Kriminoloji**, 7. baskı, İstanbul, Beta, 2010, s.37 vd.

<sup>156</sup> Krş. Barnes, Teeters, **a.g.m.**, s.163.

<sup>157</sup> Krş. Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIII, Sayı:1-2, Erzincan, 2009, s.1 vd.

<sup>158</sup> Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s.445 vd.



nun sağlanması suretiyle elde edilmesine yöneliktir<sup>159</sup>. Ancak bu türler, normatif yapının genel özellikleri çerçevesinde ceza yaptırımının şekillenmesine de etki etmektedir. Mesela hangi eyleme ne miktar yaptırım uygulanacağı veya idam cezasının uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, cezasını çekerken pişmanlık gösterenlere özel bir uygulama yapıp yapılmayacağı ve hatta hapiste cezasını çeken kişiye, tahliye olmadan belli bir süre önce iş arama izninin verilip verilmeyeceği, hep yaptırımın genel işlevinin bu özel türlerinin, ceza yaptırımını veya sonrasına ilişkin infaz kurallarını etkileyebildiğini göstermektedir. Bu noktada yaptırımın idealleşmiş amaçları olan, ancak reel anlamda da etki gösteren “genel ve özel önleme” işlevine değinmek gerekmektedir.

### b- Genel Önleme

Bir önceki başlıktaki tanımımızı tekrarlırsak; *genel önlemenin “yaptırımın bilgisinin, bunun etkilerini henüz doğrudan tecrübe etmemiş kimselere yayılması yoluyla toplumdaki geri besleme itkininin işlerliğinin muhafaza edilmesi”* olarak ifade edilebilmesi mümkündür. Burada kişiye yönelik yaptırımın, henüz bu yaptırımı deneyimlememiş kişileri etkilemesi ve bu suretle onları bu şekilde bir eyleme yönelmekten alkoyması hedeflenmektedir<sup>160</sup>. Kökenleri oldukça eskiye dayanan<sup>161</sup> bu bakış açısı tarih boyunca pek çok topluluğu etkilemiş ve idam cezasının uygulandığı pek çok toplumda halihazırda yaptırımın bu anlayışa göre biçimlendirildiği ifade edilmiştir<sup>162</sup>. Temel olarak henüz hiç suç işlenmemiş farazi bir topluluk esas alınarak bir temel oluşturmaya çalışılırsa, bir yasak normuna ceza yaptırımının iliştilmesiyle, o normun kapsamına giren eylemin gerçekleştirilmemesinin temininin hedeflendiği hemen ilk bakışta kavranabilecektir. Ancak bu etkinin henüz hiç tecrübe edilmemiş olması, yaptırımın bilgisinin, değil yerindeyse “havada kalmasını” sağlayacak, kişiler normun ihlali durumunda ne olacağını “tahmin edebilecek” ama henüz kesin bir şekilde “bilmeyeceklerdir”. Herhangi birinin bu normu ihlali, yaptırımın bilgisinin somutlaşmasının sağlanması noktasında çok önemlidir. Bu ihtimalde soyut yaptırımın somut şahsa uygulanması, tüm toplum açısından yaptırımın bilgisinin -en azından izlemek/duymak vs. suretiyle- tecrübe edilmesi anlamına gelecek ve yaptırımın somut etkileri gözlemlenebilecektir. Genel olarak böyle bir durumda, toplumdaki her bir kişiye, normu içselleştirme noktasında tehdit kökenli bir teşvik yöneltilmekte ve “idealler dünyasına” ait genel önleme işlevi

<sup>159</sup> Krş. Sokullu-Akıncı, **a.g.e.**, s.101-102, George P. Fletcher, **Basic Concepts of Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 1998, s. 30, Larry J. Siegel, **Introduction to Criminal Justice**, 12th. Edition, Cengage Learning, 2009, s.491, Gennaro F. Vito, Jeffrey R. Maahs, Ronald M. Holmes, **Criminology: Theory, Research, and Policy**, 2nd. Edition, Jones and Bartlett Publishers, 2006, s. 57 vd, Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s.12-13, Osman Dolu, **Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji**, Ankara, Seçkin, 2010, s.96.

<sup>160</sup> Bkz. Fletcher, **a.g.e.**, s.31, Siegel, **a.g.e.**, s.491-492, Vito, Maahs, Holmes, **a.g.e.**, s.57, İçel, Donay, **a.g.e.**, s.11 vd., Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.202-203.

<sup>161</sup> Bkz. Richard Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair” çev: M. Yavuz Abadan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C:2**, İstanbul, 1936, s.415 vd., İlhan Üzülmöz, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: V, Sayı:1-4, Erzincan, 2001, s.261-262.

<sup>162</sup> Vito, Maahs ve Holmes, yapılan alan çalışmalarının büyük çoğunluğunun idam cezasının (genellikle uygulandığı) adam öldürme oranlarına hiçbir etkisinin olmadığını gösterdiğini, azınlıkta kalan bir grup çalışmanın ise idam cezasının ya daha vahşileştirici ya da caydırıcı bir etki gösterdiğini ya da bunların ikisini de aynı anda gösterdiğini aktarmaktadırlar. Bkz. Vito, Maahs, Holmes, **a.g.e.**, s.60

sayesinde toplumu oluşturan her bir şahsın, eylem öncesinde normatif bir muhasebe yapmaya itildiği kabul edilmektedir. Zaten genel önleme düşüncesinin kaynağını oluşturan 17. yy. klasik okulunun<sup>163</sup> temel dayanağı, insanın rasyonel bir şekilde *haz – acı* ikilemini nazara alarak hareket ettiği şeklindeki son derece idealize düşüncedir<sup>164</sup> ve bu düşünceye göre herhangi bir davranış öncesinde kişinin suç işlemeyle elde edeceği *hazza* yönelmesini bertaraf edebilecek tek ihtimalin, “aynı davranışın acı verici bir sonucunun yani bir cezasının da bulunduğunun bilinmesi” olduğu ifade edilmiştir<sup>165</sup>. Sonradan “rasyonel tercih teorisi” olarak yeniden formüle edilen bu görüşe göre genel olarak bizi davranışlara yönelten olgu bir amacın elde edilmesidir<sup>166</sup>. Bu görüş çerçevesinde herhangi bir şahıs açısından bu amacın elde edilmesi, bir muhasebeyi gerektirir. Genel olarak bu muhasebe, amacın hasıl olmasıyla elde edilecek menfaat ve amacın hasıl olması için gösterilecek enerji noktasındadır. Ancak amacın, sosyal sonuçları açısından elde edilmesi istenen menfaatten sonra veya onunla eşzamanlı olarak bir olumsuzluğun/acının tecrübe edilmesi ihtimali de vardır<sup>167</sup>. İşte *genel önlemede*, (pek çok örnekte umutsuzca da olsa) bu olumsuzluğun, davranışa ilişkin muhasebede dikkate alınmasının sağlanması amaçlanmaktadır<sup>168</sup>.

Ancak bu noktada şu husus açıkça ifade edilmelidir ki esasen insan eylemlerinin rasyonel tercihlerle dayandığı görüşü artık terkedilmiş, her durumda kişinin ancak sınırlı bir rasyonellikle hareket edebileceği kabul edilmeye başlanmıştır<sup>169</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi toplumu oluşturan her bir şahsın, eylem öncesinde normatif bir muhasebe yapmaya itilmesi ancak ideal anlamı olabilecek bir ifadedir; yoksa bunun reel anlamda pek bir değeri yoktur. Dolayısıyla genel önleme düşüncesinin, birey bazlı olarak normdan sapmaya etki etmesinin genel bir ifadesinin yapılabilmesi çok da kolay değildir<sup>170</sup>. Zaten bu amacın “idealler alanına” ait olduğu şeklindeki yorumumuz da bu tespitlerle uyusmaktadır. Ancak elbette “idealler alanına” ilişkin bu rasyonel amacın somut olarak uygulanmasının “reel alana” ilişkin sosyal sonuçları da olacaktır.

Sosyal sistemdeki geribesleme itkisinin işleyişine ilişkin açıklamalarımızı hatırlarsak, herhangi bir bireysel davranışın sosyal sisteme bir girdi olarak sunulduğunu ve sosyal sistemin buna tepkisinin de bir çıktı olacağını ifade etmiştik. Normal şartlarda bu tepki *dengeleyici geribesleme (balancing feedback)* olarak ifade edilen bir süreç içinde gerçekleşecektir. Bu sürecin temel özelliği, gerçekleştirilen eylemin, ortamdaki başvuru değerleri olan normlardan bir sapmaya karşılık gelmesi durumunda, sistemin buna tepki göstererek dav-

<sup>163</sup> Bkz. Sokullu-Akıncı, **a.g.e.**, s.94 vd., Üzülmaz, **a.g.m.**, s.265 vd.

<sup>164</sup> Bkz. Aktaş, **a.g.m.**, s.7 vd.

<sup>165</sup> Bkz. Dolu, **a.g.e.** s.84 vd.,

<sup>166</sup> Dolu, **a.g.e.**, s.93 vd., Zahir Kızmaz, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, c:7, s.217.

<sup>167</sup> Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.182.

<sup>168</sup> Bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s.13.

<sup>169</sup> Dolu, **a.g.e.**, s.94.

<sup>170</sup> Burada peşinen şu hususu da belirtmek gerekir ki cezanın caydırıcılığı, norma uymanın tek aracı değildir. Norm kişi özelinde içselleştirilmiş ise kişi zaten bu içsellikğin kapsamına giren bir eylemi gerçekleştirmek istemeyecektir. Ancak hem tüm normların, her durumda, herkes tarafından içselleştirilmesi mümkün değildir hem de normun içselleştirilmiş olması dahi ona aykırı davranmamanın garantisini veremeyecektir. Bu nedenle cezalandırma yasak normun ihlali olasılığının asgariye indirgenmesi açısından önemli bir işleve sahiptir.

ranışı ortamdaki başvuru değerlerine yani normlara uygun pozisyona çekmekte olmasıdır. Buna mukabil sosyal sistemlerde tek geribesleme “dengeleyici geribesleme” değildir bazı durumlarda “pekiştirici geribesleme” süreci ile de karşılaşılabilir. Bu süreçte kişinin gerçekleştirdiği davranış, ortamdaki başvuru değerlerinden sapma yoluna girse bile sistem ya buna tepki vermez ya da aksine destekleyerek karşılık verir ve bu halde sistemin genelinde aynı ya da benzer davranışların gerçekleştirilmesinin önü açılmış olur. Ünlü Amerikan Psikolog *Skinner*'in edimsel koşullanma deneylerinde ortaya konulduğu üzere “belirli bir edimsel davranışı bir pekiştirici izlerse, o edimsel davranışın ortaya çıkma olasılığı artar”<sup>171</sup>. Standart olarak bu, ancak eylemi işleyen şahsa yönelikmiş gibi algılanmaya müsaittir ve aslında gerçekten temel etki eylemi gerçekleştiren şahıs üzerindedir. Ancak toplumda genel olarak geribesleme etkisinin genel etkisi, sadece eylemi gerçekleştiren kişiler açısından değil, bunun bilgisinin ulaştığı herkes için geçerlidir. Bu nedenle mesela suç teşkil eden bir davranış açısından edimsel pekiştirici, bu eylemle istenen hedefin hiçbir olumsuzluğa uğramaksızın sağlanması olacaktır ve bu çıktı bilgisi, toplumun tüm üyelerinin eylemlerini şekillendirecektir<sup>172</sup>. Bu nedenle sapma üzerinde cezanın caydırıcılığının etkisi kadar, sapmanın ödüllendirilmesinin etkisi de dikkate alınmalıdır<sup>173</sup>.

Kişinin gerçekleştirdiği davranışın cezalandırılması, toplumsal tatmin noktasında da son derece önemlidir. Herhangi bir şahıs açısından, kendisi nefret etmesine ve imkan da bulmasına rağmen hasmını öldürmüyor iken, bir başkasının kolayca başkasını öldürmesi ve bunun neticelerinden umulduğu oranda olumsuz etkilenmediğinin deneyimlenmesi haliyle bir “adaletsizlik” algısı yaratacak ve ona mutlaka bir yaptırım uygulanması düşüncesini doğuracaktır. Bu durumda teorik olarak uyum gösteren kişinin zihninde suçlu kişi, kendi bilincinin de kabul ettiği bir ilkeyi ihlal etmekte, dolayısıyla onun rasyonalitesine de meydan okumaktadır. Burada genel önlemenin “olanlar dünyasına” ilişkin neticelerini irdelerken birden *adalet* kavramına atıf yapmamız yazının başından beri zorunlu olmadıkça “olanlar dünyası” içinde kalma çabamız açısından ilk başta çelişkili gelebilir, zira klasik olarak “adalet” ideler dünyasının bir kavramı, hatta en önemli kavramlarından biri olarak görülmekte ve tamamen “olması gerekene” teşmil edilmektedir<sup>174</sup>. Ancak tam da bu noktada biz, adaletin “olanlar” dünyasına ait bir temelinin olduğunu ifade etmek istedi-

<sup>171</sup> Cüceloğlu, **a.g.e.**, ; s.146.

<sup>172</sup> Bkz. Siegel, **a.g.e.**, s.491.

<sup>173</sup> Bu noktada *Aronson*'ün aktardığı bir deney ödüllendirilen suçların, takip eden suçlara nasıl zemin hazırladığı noktasında bir metafor sunma imkanı açısından önemlidir. Bu deneyde çocuklara içinde saldırgan bir kimsenin olduğu film izlettirilmiş, ancak bu filmin son bölümleri üç gruba ayrılan çocukların her biri açısından değişik şekilde neticelendirilmiştir. Bu çocuklardan birinci gruptaki çocukların izlediği filmde saldırgan filmin sonunda cezalandırılmakta, ikinci gruptaki çocukların izlediği filmde saldırgan filmin sonunda ödüllendirilmekte, üçüncü gruptakilerin izlediği filmde saldırgan filmin sonunda ne ödüllendirilmekte ne de cezalandırılmaktadır. Daha sonra çocuklara uygun ortamda kendilerine gösterilen filmdeki benzer koşullar altında “saldırganlık” yapma olanağı verilmiş ve davranışlar gözlemlenmiştir. Deney sonunda toplanan veriler, saldırganın cezalandırıldığı filmi izleyen çocukların diğer iki gruptaki çocuklara oranla daha az saldırgan davranış gösterdiğine, saldırganın ödüllendirildiği filmi izleyen çocukların ise diğer iki gruptaki çocuklardan çok daha fazla saldırgan davranış gösterdiğine işaret etmektedir. (Bkz. Elliot Aronson, **Toplumsal Hayvan**, çev: Türker Aykul, İzmir, Us Yayınları, 1995, s.177) Bu deney ödüllendirilen sapmanın diğer sapmalar açısından bir model oluşturmasını göstermesi bakımından önemlidir.

<sup>174</sup> Bkz. Hafızoğulları, **a.g.e.**, s.35-36.

ğimizden, aslında bu kavrama atıf yapmamız bu özel tercihimizin ürünüdür. Zira, yeni pek çok araştırma, bu şekilde kuramsal bir açıklamanın da ötesinde haksızlığı cezalandırmanın yani adalet düşüncesinin “fizyolojik bir temelini olduğunu” ampirik olarak da ortaya koymuştur. Bilim adamları, sonuçları *Science* dergisinde yayınlanan bir araştırmada davranışları daha önceden uygun şekilde planlanmış kontrollü bir deneyle sınanan ve bu sırada beyinsel fonksiyonları da bu elverişli görüntüleme yöntemleri ile incelenen deneklerin hem kendilerine hem de başkalarına karşı gerçekleştirilen haksızlıklara karşı, neticede hiçbir çıkarları olmamasına ve hatta zarara uğrama ihtimalleri olmasına rağmen cezalandırma güdüsüyle hareket ettikleri ve bunun beynin *dorsolateral ön korteks* bölgesinden sinyal tepki verdiğini gözlemlemiştirler<sup>175</sup>. Burada kendilerine karşı gerçekleştirilen haksızlıklara tepki verilmesinden ziyade önemli olan başkalarına karşı gerçekleştirilen haksızlıklara da tepki verilmesidir. Doğal olarak herhangi bir davranışın cezalandırılmasının toplumun bütünü açısından önleme etkisinin yanı sıra ve buna bağlı olarak bir “sisteme güven etkisinin” de olduğu kabul edilmelidir<sup>176</sup>. Adalet kavramının bu şekilde “olanlar dünyasına” ilişkin bir temelini olması son derece önemlidir, zira “olması gerekenler dünyasında” birer hükmetme aracı olarak normların, salt emir – yasak önermesi olmaktan ziyade neden ısrarla adalete yönelmelerine bu kadar önem verildiği, bu şekilde çok daha net anlaşılabilir.

Sonuç itibariyle genel önlemenin toplumsal işlevi açısından, herhangi bir eyleme yönelik olarak toplumsal normun yaptırımı bilgisinin somutlaşması ve bu suretle, soyut “olması gereken” kalıbının somut etkilerinin tecrübe edilmesinin sağlanması son derece önemli bir sonuçtur. Ayrıca sadece topluma belli bir mesajın verilmesi açısından değil, toplumdan gelen mesajların alındığının gösterilmesi açısından da genel önleme, ceza yaptırımının “reel amacının” önemli bir türevidir.

### c- Özel Önleme

Özel önleme terimini tarif ederken yukarıda, “toplumdaki geri besleme etkisinin işlerliğinin muhafaza edilmesi neticesinin, yaptırımın bilgisinin eylemi gerçekleştiren kimseye bizzat tecrübe ettirilmesi yoluyla onun sisteme entegrasyonunun sağlanması suretiyle elde edilmesine yönelik işlevi” tanımını vermiştik. Ancak bu, hemen fark edileceği üzere olgusal bir tanımdır ve özel önlemenin reel/sosyal işlevine atıf yapmaktadır. Oysa ceza hukuku açısından ceza yaptırımının özel önleme fonksiyonu noktasında, evvela ideal bir işlevin söz konusu olduğu kabul edilmektedir ve temelde ceza yaptırımının pek çok özelliği açısından bu kabulün son derece önemli etkileri söz konusu olmuştur.

İslahın (özel önlemenin)<sup>177</sup> ideal anlamını betimleyebilmek için, yine “idealler alanına ait” şu şekilde bir akıl yürütmeden geçmek zorundayız: Herhangi bir davranışın suç teşkil etmesi, onun belli bir haksızlığa vücut verdiği

<sup>175</sup> Bkz. “Haksızlığı Cezalandırmanın Sinirsel Temeli”, **BİLTEK-Bilim ve Teknik Dergisi**, Eylül 2004, s.8-9.

<sup>176</sup> Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.29-30.

<sup>177</sup> Anglo-Sakson yazınında özel önleme ve ıslah genellikle birbiri ile bağlantılı ancak birbirinden farklı kavramlar olarak ele alınmaktadır. Özel Önleme (*special deterrence*) cezalandırılan failin, ileride tahliyesini takiben gelecekte suç işlemekten caydırılmasını ifade ederken ıslah (*rehabilitation*) failin hapsedilmesi süresince uygulanan programın onun suç teşkil eden davranışlara yönelik ilgisinin ortadan kaldırılmasını sağlaması olarak tanımlanmaktadır.Bkz. Fletcher, **a.g.e.**, s.30. Ayrıca bkz. Siegel, **a.g.e.**, s.491 vd.

yani hukuk tarafından korunan bir hakkı ihlal ettiği anlamına gelecektir<sup>178</sup>. Bir kimse açısından, onun toplumun parçası olması, belli yükümlülüklerin de muhatapı olmasını sonuçlayacaktır. Bu yükümlülüklerle hukukun penceresinden bakıldığında, en başta norma uyma ve söz konusu bir ceza normuysa, yasaklanan davranış tipinden kaçınmanın ön planda olduğu görülecektir. Bu şekilde bir yükümlülüğe aykırı davranış, doğal olarak kişinin bir toplumsal kınamayı üzerine çekmesi, onun normun genel sahibi olan toplum tarafından kınanması sonucunu doğuracaktır<sup>179</sup>. Toplumsal kınama, kişinin üzerine bir etiket gibi yapışır ve kişi toplum tarafında bir rahatsızlık unsuru olarak görülür. Çünkü o, gerçekleştirdiği davranış ile hukuk tarafından sistemleştirilmiş olduğu düşünülen “toplumsal değerlere” karşı gelmiş, onları ihlal etmiştir<sup>180</sup>. Bunun eskiye ricat edilmesi mümkün olmadığından, temelde bu kınamanın kişi yaşadığı sürece var olması söz konusu olacaktır. Oysa bunun, mutlak bir şekilde toplumsal düzene olumsuz etki yapacağı da açıkça gözlemlenebilmektedir. Öyleyse kişiye uygulanan ceza yaptırımı ile temelde, meydana getirdiği bu davranış nedeniyle muhatap olduğu ve deyim yerindeyse üzerine yapışan bu kınama yargısından (kusurdan) ibra edilmesi sağlanmakta<sup>181</sup> ve topluma deyim yerindeyse “bu kınama yargısının somut etkilerinin faile uygulandığı ve fazlasına ihtiyaç olmadığı” mesajı verilmektedir. Özgenç bunu şu şekilde ifade etmektedir:

“Cezanın yegane amacı kefarete teşkil etmesidir. Bir başka ifade ile kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesidir; kısacası kişinin resosyalize edilmesidir. Böylece belli bir cezaya mahkum olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek böylece kusurundan ibra olacaktır”<sup>182</sup>.

Bu haliyle, ideal anlamıyla özel önleme, kişinin gerçekleştirdiği davranışı nedeniyle ancak kendisine bir kusur izafe edilebiliyorsa, bir başka ifade ile toplumsal olarak kınanabiliyorsa ceza yaptırımı uygulanmasını gerektirmektedir<sup>183</sup>. Eğer kişi suç işlemiş olmakla birlikte herhangi bir nedenle toplum tarafından mazur görülebiliyorsa artık bu kişiye bir ceza yaptırımının uygulanabilmesi de mümkün değildir, zira bu halde artık ibra edilmesi gereken bir kusur, dolayısıyla da ıslah edilmesi gereken bir kimse yoktur<sup>184</sup>.

<sup>178</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler**, s.155 vd., 567, dpnt.23. Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s.128-129.

<sup>179</sup> Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler**, s.333, Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s.295-296.

<sup>180</sup> Picca, yaptırımın kusurla orantılanması açısından bunun tarihsel temelini Hıristiyanlık düşüncesine dayandığını iddia etmektedir. Yazara göre “Avrupa’da bireysel sorumluluğa ve yaptırımı sorumluluğun genişliği ile oranlamaya önem, Hıristiyanlık düşüncesiyle verilmiştir. Ayrıca bu düşünce cezalandırmaya yeni bir öge de katmıştır: Günah işlediği için ceza görülmelidir, bu yeniden günah işlemek için de gereklidir. Yıldırma ve suçlunun ıslah edilmesi üzerine oturtulmuş olan modern ceza felsefesinin başlangıcı buradadır.” Picca, **a.g.e.**, s.78. Tarihsel olarak bunun ne derece doğru olduğu tartışılmaya son derece müsaittir, çünkü özellikle genel önleme ve genel anlamı ile ıslah düşüncesinin Hıristiyanlığa özgü olduğundan bahsedilebilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

<sup>181</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.29, 31, 565.

<sup>182</sup> İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)**, c:5, sy:1-2, 1996, s.453.

<sup>183</sup> İçel, Donay, **a.g.e.**, s.12, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.564, Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.45.

<sup>184</sup> Özel önlemenin bu ideal anlamı, ceza hukukunun yapısına ciddi anlamda etki etmiştir. Bu gün modern ceza hukukunun en temel ilkesi, kusursuz suç ve ceza olmaz ilke-

Özel önleme yani ıslahın reel anlamda etkisi noktasında ise ceza yaptırımının sonucunda uğranılan yoksunluğun failde bir etki bırakması nedeniyle, onu tekrar benzer eylemlerde bulunmaktan alıkoyması amaçlanmaktadır<sup>185</sup>. Burada aslında yaptırımın bilgisinin eylemi gerçekleştiren kimseye bizzat tecrübe ettirilmesi ve bu yoksunluğu tecrübe eden failin, sadece o davranışı değil, “genel olarak yaptırımla karşılanacak her tip davranışı” tekrarlamasının önüne geçilmek istenmektedir. Yukarıda genel önlemeyi incelerken *dengeleyici – pekiştirici geribesleme* farkına değinme imkanı bulmuştuk. Her iki geribesleme süreci arasındaki fark, genel önleme açısından da ciddi bir etki doğursa da bunun temel etkisi, bu süreci bizzat tecrübe eden kimse üzerinde olacaktır. Skinner’in “*belirirli bir edimsel davranışı bir pekiştirici izlerse, o edimsel davranışın ortaya çıkma olasılığı artar*” şeklindeki temel savını hatırlarsak, geribesleme itkisinin eyleme göstereceği reaksiyonun, o eylemin tekrarlanma olasılığını doğrudan etkileyeceğini de görmüş oluruz. Eğer suç teşkil eden ve böylelikle yasak normundan sapan eylemin, gerçekleştirilmekle ulaşılmaya istenen hedefe ulaşması sağlanır yani eylemi pekiştirilirse kişinin tekrar bu eylemi gerçekleştirme olasılığı artacaktır. Bu nedenle ıslah en temelde bu şekilde kuvvetli bir olasılığın bertaraf edilmesini sağlamaya yönelecektir. Kişi gerçekleştirdiği davranış sonucunda ulaştığı hedef karşılığında, bu hedefle karşılaştırılmayacak derecede

---

sidir ve ceza yaptırımı genel olarak bu ilkeye göre biçimlenmektedir (Bkz. İçel, Donay, **a.g.e.**, s.69-70, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.564 vd. Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s.40-41, Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.42 vd., Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, **a.g.e.**, s.76-77). Bu ilke gereğince, eğer kişi suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirmekle birlikte, kusurlu değilse, bu kişiye teknik anlamda ceza da uygulanmayacaktır (Bkz. Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s.295). Öztürk/Erdem bu hususu oldukça çarpıcı bir şekilde ifade etmektedir: “Madem ki cezanın meşruluğu, failin normu ihlal eden davranışına karşı bir kefalet olmasına dayanmaktadır, o halde normun muhatabının normun içerdiği emri anlayamaması ve buna uygun davranmaması durumunda artık cezanın bir anlamı kalmaz. Çünkü fail, ehliyetsizliği nedeniyle norma uygun biçimde davranma durumunda olmayan failin cezalandırılması onun obje haline getirilmesi sonucuna yol açacağından, insan haysiyetini de ihlal eder. Cezanın bir koşulu olarak kusurdan vazgeçilmek istenirse, bir insanın cezalandırılması ile bir hayvanın *terbiye edilmesi* arasındaki fark ortadan kalkar”. (Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.43.) Kişinin toplumsal açıdan tehlikeli olması (mesela akıl hastası olması) durumunda ise yine ceza hukukuna özgü ancak teknik anlamda ceza niteliğinde olmayan yaptırımlar uygulanmaktadır ki buna mesela bizim hukukumuzda güvenlik tedbirleri denilmektedir. Bu ilkenin pratik ceza hukuku ve cezanın infazı noktasında ciddi bir biçimlendirici etkisinin olduğu yadsınamaz durumdadır. Zira cezanın kefaret olma niteliği ve buna bağlı kusur ilkesi, her türlü norm ihlalinin değil, ancak kusurlu ihlalin cezalandırılması sonucunu doğurduğundan ceza yaptırımının uygulanmasını hukuk sahasında ciddi anlamda sınırlandırmıştır (Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.565, Sözüer, **a.g.e.**, s.143, Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, **a.g.e.**, s.76-77). Bunun yanında ceza miktarlarının tespiti noktasında da bu ilke önemli yer tutmuş ve kınanabilirlik derecesi verilecek cezanın miktarını da etkilemiştir (Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s.296). Bu nedenle ideal anlamda ıslah bakış açısı, ceza yaptırımı açısından “olması gerekeni” ciddi anlamda biçimlendirmiştir. Ancak kusur ve ıslah kavramlarının sosyolojik ilişkisi açısından burada ayrıntıya giremeyeceksek işek de yukarıda kısaca değindiğimiz “hukuk normları ve bireysel davranış” ilişkisine dair açıklamalarımız ekseninde bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira “hukuk normlarına aykırı davranma iradesi” ile içeriği doldurulan kusur kavramına dair hukuk sisteminin “varsayımsal” kabulü ile ıslah düşüncesinin yukarıda belirttiğimiz ideal anlamı ciddi anlamda paralellik arz etse de ıslah mekanizmasının reel etkisi açısından iki kavramın birbirinden çok hızlı bir şekilde uzaklaştığı görülmektedir. ıslah amacının pratikteki zaafiyetinin bir nedeni de kusura ilişkin bu varsayımsal kabuldür.

<sup>185</sup> Bkz. Vito, Maahs, Holmes, **a.g.e.**, s.63, Kızmaz, **a.g.m.**, s.211, 218.

etkili bir olumsuzlukla karşılaşacak ve bu olumsuzluğun onu benzer davranışlarda bulunmaktan alıkoyması umulacaktır. Burada sadece kişinin aynı davranışı değil, benzer şekilde yaptırımla karşılanacak benzer davranışları işleme olasılığı da azaltılmaktadır.

İslahın bu iki anlamının birbirinden kopuk olmadığı aksine ideal anlamın, az çok reel anlamına göre şekillendiğine dikkat etmek gerekmektedir. Ancak islahın ister reel, ister ideal amaçları söz konusu olsun, bunların ne derece etkili oldukları meselesi bu kurumun modern hukuk açısından nasıl düzenlenmesi gerektiği sorusunun cevabında son derece önemli bir etki doğuracaktır.

Kuramsal olarak herhangi bir ceza yaptırımına maruz kalan kimsenin, bu yaptırımın meydana getirdiği olumsuzluk durumunun etkisi ile işlediği eylemden dolayı bir pişmanlık duyması, en azından bundan sonra aynı eylemi veya aynı tür yaptırımı gerektiren benzer nitelikte eylemi gerçekleştirilmeme hususunda kendisini motive etmesi beklenir. Ancak bu, nasıl bir bilişsel sürecin sonunda söz konusu olabilecektir?

Yukarıda kişinin herhangi bir davranış gerçekleştirirken “olması gereken” ilişkin bilgiye göre muhakeme yapması gibi doğal bir zorunluluğun olmadığını belirtmiştik. Zaten birçok durumda bu şekilde bir muhakemenin aktüel olarak dahi var olmadığı artık tartışılabilir olmaktan çıkmıştır. Eğer kişinin herhangi bir eylem öncesinde normatif muhakeme yapma imkanı hiç olmamış ise zaten islahın bu aşamadaki etkisinden bahsetmek mümkün de olmayacaktır. Bu nedenle failin, eylem öncesinde bu şekilde bir muhakemeye girdiği örnekler üzerinden, islahın nasıl bir sosyo-psikolojik etki yaptığı ve neden bazı durumlarda bu muhakemeye rağmen hiçbir etki doğurmadığı<sup>186</sup> meselelerine değinmek gerekir.

Eğer fail içsel bir muhakeme yapma imkanı bulmuş ise suç teşkil eden herhangi bir davranışı gerçekleştirme öncesinde veya davranışı gerçekleştirme sonrasında kişide bir “içsel uyumsuzluk” söz konusu olacaktır. Bu içsel uyumsuzluk eylem öncesinde “bunu yapmak istiyorum” şeklindeki biliş ile “bunu yapmaktan kaçınıyorum” şeklindeki biliş arasında vuku bulacak ve kişinin bu uyumsuzluğu açısından eğer ikinci ihtimale ağırlık verilecekse, bu kişinin kendi bilincinde bir haklılık ögesine ihtiyaç duyacaktır. Zira bir şeyi istemek ve ondan kaçınmak arasında temelde elbette bir denge söz konusu olmayacaktır; istekler her durumda baskın gelecektir. Bu nedenle bilişsel olarak kaçınmanın haklı ve tercihe şayan olması gereklidir. Bunun sağlanabilmesi için gerekli olan haklılık ögesi ise dışsal veya içsel olmak üzere iki kaynaktan gelebilir. “İçsel haklılık” ögesi, kişinin herhangi bir bahane ile kendisinin meydana getirdiği haklılık ögesidir; mesela bir eylemi yapmamak için geliştirilen “bunu istiyorum, ancak bunu yapmak benim için o kadar da gerekli değil, eski tadı alamıyorum” şeklindeki haklılık ögesi tamamıyla içseldir<sup>187</sup>. Ancak her durumda kişiden, bu tarz bir içsel haklılık ögesini geliştirmesi beklenemeyeceği gibi zaten her suç işleme vakası, fail açısından bu tarz bir içsel haklılık ögesinin geliştirilemediğinin de somut göstergesi olmaktadır. Bu nedenle devreye “dışsal haklılık ögesi/öğeleri” girecektir. Kural olarak bu haklılık ögesi ya hiç tecrübe edilmeden ancak görülen bir hususa ilişkindir ya da bizzat tecrübe edilmiş olabilir. Ağaca çıkmayan ancak çıkan abisinin düşüp yaralandığını gören çocuğun durumu birinci ihtimale, bizzat ağaca çıkıp düşen çocuğun durumu ikinci ihtimale örnektir. Hemen fark edilebileceği üzere ikinci ihtimalde çocuk bu acıyı bizzat yaşamış, bunu bizzat tecrübe etmiştir. Bu nedenle bunun bir dışsal

<sup>186</sup> Bkz. Fletcher, **a.g.e.**, s.31

<sup>187</sup> Bkz. Aronson, **a.g.e.**, s.111 vd., 173 vd.

haklılık ögesi olarak kabulü çok daha kolaydır. Bu durumda herhangi bir anda ağaca çıkıp düşün çocuk açısından dışsal haklılık ögesi olan “ağaca çıkarsam düşerim ve bu canımı çok yakar” bilışı aynı eylemin tekrar meydana getirilmesi ihtimalini zayıflatan bir içeriğe sahiptir. İşte, ıslah düşüncesinin temel mantığı, suç işledikten sonra bir olumsuzluğa uğrayan bireye bu olumsuzluğun, suç işleme arifesinde yaşadığı uyumsuzluk noktasında kuvvetli bir dışsal haklılık ögesi kazandırmasıdır. Bu yolla yeniden suç işleme aşamasına gelen bireyde “bunu yapmak istiyorum” ile “bundan kaçınmalıyım” bilışleri arasındaki uyumsuzlukta ikinci bilış kuvvetli bir dışsal haklılık ögesine sahip olmaktadır<sup>188</sup>.

Bu temel tespit, aslında madalyonun diğer tarafına da bir kapı aralamakta ve yaptırımı rağmen “ıslah olmayan” bireyler açısından bu durumun nasıl açıklanabileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Buradaki haklılık ögesinin dışsal olması işin niteliği gereğidir; yoksa bir durumun zorla içselleştirilmesi mümkün değildir. Yani bireyi suçtan alıkoyan bu durum, cezanın şiddeti ve olumsuz etkisidir. Bu durumda failin tekrar suç işlememesinin nedeni, uğramış olduğu cezaya tekrar uğramama isteğidir. Ancak belirttiğimiz gibi pek çok olayda çoğu birey bu muhakemeyi yapacak fırsatı dahi bulamaz; olaylar hızlı gelişir ve o an için bu dışsal haklılık ögesi bireyi suç işlemekten alıkoyamaz. Pek çok diğer ihtimalde de fail açısından ceza tehdidi, bir dışsal haklılık ögesi olmaktan çıkar; çünkü ceza yaptırımı uygulayacak bir mekanizma etrafta görülmeyecektir. Bu ihtimaller herhangi bir suretle bertaraf edilebilecek ihtimaller değildir. Bir başka ifade ile bunlar, işin niteliği gereği ıslahın etkisiz kaldığı durumlardır ve farklı şekilde açıklanabilmeleri de mümkün olmayabilir. Buna ek olarak mesela suç işleyen kişinin damgalanması nedeniyle tekrar iş bulamaması, sosyal hayatını tekrar inşa edememesi gibi sebeplerle suç işlemesi durumunda da mesele ıslah kurumun yapısından kaynaklanmamaktadır. Keza yeniden suçun işlenmesi karşı konulamaz bir psikolojik rahatsızlıktan da ileri gelebilir. Tüm bu durumlar kendilerine has morfolojileri nedeniyle ıslah kurumunun neden işlevsiz kaldığı sorusu ile ilgili değillerdir<sup>189</sup>.

Suç işledikten sonra ciddi bir ceza almasına ve bu ceza infaz edilmesine rağmen, mesela tasarlayarak adam öldüren ya da cinsel saldırıda bulunan kimselere rastlanması halinde, bu durumun nasıl açıklanabileceği hususu çok daha ciddi bir muamma gibi gözükmektedir. Gerçekten bu tarz olaylarla sıkça karşılaşmakta, ancak bunlar yukarıda belirttiğimiz atipik nedenlerle açıklanamamaktadır. Bu hallerde kişiye ciddi bir yaptırım uygulanmasına rağmen, bu kimsenin nasıl olup da tekrar “düşünerek” ve “tasarlayarak” suç işlediği, yani suç öncesi bir muhakemeye girişme ihtimali olmasına rağmen, içinde bulunduğu uyumsuzluğu “eylemi gerçekleştirme yönünde” çözümlediği meselesi hala tam olarak cevaplanabilmiş bir soru değildir. Ancak, sosyal psikolojideki “kendi kendini haklı çıkarma güdüsü”, bu konuda asgari de olsa bir açıklama yapmaya olanak verilmektedir. Bu kavramı Aronson şu şekilde ifade etmiştir:

“Çoğu insan kendi eylemlerini, inançlarını ve duygularını haklı çıkarma tutkusunu taşır. Bir kimse bir şey yaptığında, tabii eğer olanak varsa kendisini (ya da başkalarını) bu yaptığının mantıksal ve akılcı olduğuna inandırmaya çalışacaktır. (...) kuramın temelini oluşturan varsayımlara göre, insanlar haklı olmaya güdülendirilmekten çok haklı (akıllı, akli başında, iyi) olduklarına inan-

<sup>188</sup> Krş. Aronson, **a.g.e.**, s.174-175.

<sup>189</sup> Suç ve suçlunun özelliklerine göre caydırıcılık mekanizmasının etkisi hususunda bkz. Dolu, **a.g.e.**, s.102-108. Ayrıca bkz. Kızmaz, **a.g.m.**, s.220 vd., Keza hapis hane koşullarının ıslah açısından etkileri hususunda bkz. Zahir Kızmaz, “Cezaevi ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, sy: 17, 2007, s.54 vd.



maya güdülenmektedirler. Bir kimsenin haklı olma güdüsü ile haklı olduğuna inanma güdüsü bazen aynı yönde işlerlik gösterirler”<sup>190</sup>.

İşte bu tutku, suç işlemesine ve bunun mukabilinde yıllarca hapisshane nede kalmasına rağmen kişilerin neden bu durumdan hiç etkilenmediği hususunda tatmin edici bir açıklamanın kapısını aralamaktadır. Bu halde kişi ikinci suçunu kolaylıkla işlemektedir, zira nasıl olduysa ilk işlediği eylemde kendi kendisini haklı çıkaracak bir şeyler bulabilmiştir. Ona göre bu ilk eylemi “gerektiği” için yapılmıştır ve kendisinin buna pekala “hakkı vardır”. Dolayısıyla onun açısından aslında kendisine uygulanan ceza haksızdır ve bu durum, daha öncesinde bir ceza yaptırımına maruz kalmasına ve üstelik yeniden suç işleme arifesinde bir değersel muhakeme yapma ihtimali olmasına rağmen onu benzer bir pozisyonda suç işlemekten alıkoyacak bir ıslahın hiç gerçekleşmediğini ortaya koymaktadır.

İslah düşüncesi, ister ideal anlamıyla ister reel sonuçlarıyla olsun ceza yaptırımının genel işlevinin önemli bir türevi olarak kabul edilmek durumdadır ve bu haliyle ciddi toplumsal etkileri vardır. Ancak hem, takip eden eylemler öncesinde kişinin eylemin normatif anlamı hususunda bir muhakemeye girişmesi her durumda mümkün değildir, hem de kendi kendini haklı çıkarma güdüsü böyle bir muhakemenin olduğu durumlarda bile önceden çekilen cezanın hiçbir etkisinin olmamasını sonuçlayabilmektedir. Bu nedenle her durumda, ceza yaptırımının ıslah işlevinin bir mucize yaratması da beklenmemelidir.

### SONUÇ YERİNE

Bugün için, modern anlamdaki ceza yaptırımı, ceza hukukuna has kurumlar ve kavramlar çerçevesinde tanımlanmaktadır ve bunun doğal sonucu olarak kavramın, tamamıyla “olması gereken” dünyasına yani normatif yapıya has bir kavram olarak algılanması şaşırtıcı değildir. Ancak ceza yaptırımı, az çok rasyonelleşmiş ve özelleşmiş bir yaptırım biçiminden başka bir şey değildir ve böylece özel bir türünün yansıttığı “yaptırım” kavramının sosyal temelleri, pek tabiidir ki, ceza yaptırımını da şekillendirecektir. Yaptırım ise, hiçbir durumda bir hukuksal icat değildir; iktidarın, hukuk denilen kendine özgü aracının hiç olmadığı toplumlarda dahi kendine has yaptırım sistemlerinin peyda edilmiş olması yaptırımın bizim anladığımız anlamda normatif bir sisteme has olmadığını göstermektedir. Bu nedenle yaptırımın anlaşılması ve kavramlaştırılması açısından zorunlu olarak bu kurumun, hukuk kavramından bağımsız toplumsal kökenlerine yani “olana” bakmak gerekmektedir.

Bu şekilde bir kavramlaştırma girişimi, bizi zorunlu olarak bireysel olmaktan çıkıp, belirli bir iktidar desteği ile benzerlerinden farklılaşarak “ayakta kalmayı başaran”, akabinde de gitgide topluma ait bir yapıya bürünen *değer yargıları* kavramına götürmektedir. Aslında değer yargıları, bir davranışı değerlendirmeye yetecek akli melekelerle sahip her insanın sahip olabileceği tekil ve sübjektif bakış açıları niteliğindedir. Bunların tüm topluma teşmili noktasında ise işin içine zorunlu olarak *iktidar* kavramı girmektedir; zira değer yargısı, ancak iktidar tarafından desteklenirse toplumsal kural olma vasfını kazanabilecektir. İşte yaptırıma ilişkin ilk parıltı, kendisini bu noktada göstermektedir; zira iktidarın, kendi yeğlediği değer yargısına somut desteği yaptırım noktasında olmaktadır. Ancak bu noktada henüz somut olan değer yargılarına iliştilenen yaptırımlar da somuttur. Bu somut değer yargılarının, iktidar merkezlerine ait algıların gittikçe homojenleşmesi, akabinde gittikçe soyutlaşmaları, bütün bir sosyal sistemdeki parçaların üzerinde karmaşık bir sisteme has me-

<sup>190</sup> Aronson, a.g.e., s.92, 96.

kanizmalar çerçevesinde kavranabilecektir. Zaten sosyal sistemi ayakta tutan bu karmaşık mekanizmalardır ve genel olarak bir toplumsal değer, bu girdi – çıktı mekanizmasında başvuru değeri olması noktasında en önemli araç yaptırımıdır. İşte yaptırımın bu sistem içindeki kavranışı, onun toplumsal normun oluşmasında ve gelişmesinde ne derece etkili bir unsur olduğunu da anlamamızı sağlamaktadır.

Ceza yaptırımının kendisini tam anlamıyla hukuk sisteminde bulabilmesinin doğal sonucu olarak yaptırımın ceza yaptırımına evrilmesi noktasında, toplumsal sistemin bu geribesleme mekanizmasındaki başvuru değerlerinin belirli ve merkezi bir iktidar tarafından sistemleştirilmesi, yani “hukuk sisteminin geliştirilmesi” gerekmektedir. İktidar merkezlerinin “soyut” karakterleri, bunlara sahip “somut” kişi ya da gruplar değişse de varlığını koruyacağından, kavramın kendisinden kaynaklanan nedenlerle, iktidar eylemleri ancak sosyolojik ve siyasal gerçekler çerçevesinde sınırlandırılabilir olacaktır ve tam da bu nedenle ceza yaptırımın reel sınırları da bu genel karakteristik nitelik tarafından biçimlendirilmek durumundadır. Hukuk, özünde etkili bir idare etme aracı olduğuna göre bu kavramın içkin sınırlamaları, iktidarın soyut yapısı açısından reel olarak anlamlı değildir. Yine de eğer hukuka içkin sınırlamaların, en azından bunları kabul eden o anki iktidar sahibi açısından bir anlam ifade edeceği söylenecekse, bu noktadaki en önemli aracın “hukuksal değerler” ölçütü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tüm bu yazı boyunca aslında belirtilen her çıkarışınım, ona ilişkin say-falar dolusu açıklamanın varmak istediği netice niteliğindedir ve bu pek çok farklı netice, ceza yaptırımının kavramsallaşması noktasında “olana” atıf yapışa da “olması gereken” açısından üretilebilecek pek çok bakış açısına da yardımcı olma amacı taşımaktadır. Bir kişinin nasıl davrandığı ona ait sosyal çevreden bağımsız olarak anlaşılabilir ve bu belirlenmiş, aslında kendisi de bir davranışa vücut verecek olan yaptırım mekanizması açısından da aynı önemi ihtiva etmektedir. “Olması gereken” açısından da en azından davranışın doğal sınırlarının bilinmesi, hukuka içkin olarak (mesela suçun teorik-hukuki yapısı için vs.) üretilecek bakış açısının kendi iç tutarlılığının ötesinde, toplumsal bir temelden hareket etmesini ve böylece, felsefi sayılıtlara bağımlı kalmasını önleme noktasında son derece önemlidir.