

BİLGİ-İKTİDAR İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA YASA DÜŞÜNÇESİ: İKTİDARIN YASAL(L)AŞMASI

Muharrem KILIÇ¹

Anlam(a) Sorunu ve Norm: Anlamsal Çözümleme

Modern insanın filozofisi ve düşünsel etkinliğinin mütehakimâne tutumu, ancak anlama temelinde varlık bulabilecek olan sahici düşünmeyi olanaksız kılmaktadır. Anlam sağlığının bozulması ya da tümünden ‘anlam yitimi’, modern insanın düşünsel *tragediası* olarak nitelendirilebilir. Bu düşünsel trajedinin yarattığı zihin durumunu sağaltıcı-onarıcı varoluşsal adım, düşünmenin eylemselleşmesidir. Heideggerci felsefeye referansla esasında, bizatihi ‘kendimizin düşünmesi ile anlaşılması mümkün olan düşünmenin neliği ve düşünmeyi öğrenmeye hazır olma’,² bu sağaltım sürecinin ön adımlarıdır.

Bireyin bizzat kendi düşünümseelliği ile kavranabilecek ve öğrenilebilecek olan bu sürece bir ön hazırlık yapmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Bir şeyi –düşünmeyi- öğrenmeye hazır olmak, ilkin ontolojik bir perspektifi ve epistemolojik bir donanımı gerekli kılmaktadır. Düşünmeye dair *ontos*’a ve *episteme*’ye dair söz konusu ön donanımsal hazır olma hali, anlamın/anlamanın sağlığını ve sahihliğini temin edici bir duruma işaret etmektedir.

Düşünmenin sahihliği, düşüncenin yani anlamın sahiciliği ve sahihliğini temin edici faktörü oluşturmaktadır. Zira düşünmenin yöneldiği finalistik hedef, bizatihi ‘anlam’ın kendisidir. Anlam ile anlama arasındaki diyalektiksel ilişki, anlamın sahici bir düşünme eylemi üzerinden kurgulanmasına olanak tanımaktadır. Sahih anlam kurgusunun, ulaşılabirliğin ve sahici düşünmenin varoluşsal aracının böylelikle bizatihi ‘anlama’ etkinliğinde mündemiç olduğu ifade edilmelidir.

Nitekim bu bağlamda kaydedilmelidir ki, “*Modern insan, felsefesinde, biliminde ve etkinliğinin her yönünde, soyutlayıcı, hesaplayıcı ve her şeyi hakimiyeti altına alıcı çulğun tavrıyla, bizzat bu tavrın kendisinin kurduğu bir tuzak içerisinde ve sahici düşünmeden uzaklaşmış durumdadır. Sahici düşünme... bir soyutlama ve açıklama etkinliği değil, bitimsiz bir anlama etkinliğidir.*”³

Bu tarihi-durumsal tespitin ifşa ettiği modern *tragedia*, ‘anlam yitimi’ ve ‘anlama’ nın perdelenmesi olarak deyimlenebilir. Anlamaya dayalı aklın yerini, ne yazık ki kategorize edici, tüm boyutları ile kuşatıcı ve sınıflandırıcı aklı esas kabul eden ‘açıklama’ etkinliği

¹ Prof. Dr. Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, muharremkiloc@akdeniz.edu.tr

² Heidegger, Martin, *Düşünmek Ne Demektir?*, (çev. Rıdvan Şentürk), Paradigma Yayınları, İstanbul 2009, s. 1.

³ Özlem, Doğan, “Giriş: Heidegger ve Teknik”, Heidegger, Martin, *Tekniğe Yönelik Soru*, (çev. Doğan Özlem) içinde, Afa Yayınları, İstanbul 1997, s. 13-15.

almıştır. Deyim yerindeyse, ‘anlamsal çöleşmeye ve tekbiçimliliğe’ götüren bu düşünsel modellemenin (açıklama) yarattığı hegemonik aklın, tutulma ile maluliyeti söz konusudur. Sözüünü ettiğimiz bu akıl tutulması, doğallıkla sahici düşünmeyi olanaksızlaştıran bir durumu var etmektedir.

Başlıkta problematize etmiş olduğumuz bu sorgulamanın ya da anlam arayışının dayandığı metodolojik çerçeve, Foucaultcu filozofik söylemin dayandığı kavramsal şemaya dayanmaktadır. Michel Foucault’nun (ö. 1984), doğrudan F. W. Nietzsche’den (ö. 1900) alıp felsefesine anahtar kavramlardan birisi olarak kullandığı ‘soykütük’ kavramı burada özellikle zikredilmelidir. Soykütüksel çözümleme, tarihsel olayların tahlilini öngörmektedir. Tarih, yaşanan zamanda yani ‘tarihsel şimdide’ işe yaraması için geçmişin küllerine doğru derinlemesine incelenmelidir. Soykütüksel sorgulamanın temel sorusunu da ‘iktidarın neliği’ sorusu/problematikliği oluşturmaktadır.⁴

G. W. F. Hegel’in (1831) efendi-köle diyalektiği üzerinden okuyacak olursak iktidar kavramının, yalnızca bilgi-bilimsel alanı değil bunun yanı sıra, toplumsallığın (hukuk, örf-adet vd. gibi) tezahür ettiği formel alanları da mütehakim bir biçimde kuşattığını ifade edebiliriz. Örneğin iktidar-efendi ile bilgi/bilim-köle arasındaki diyalektiksel ilişki açısından bakılınca şöylesi bir değerlendirmeye işaret edebiliriz: “*Bilim kuşkusuz yönetimin bir aletidir, ama aynı zamanda yönetim ve onun iktidarı da her nasılsa bilime hizmet etmeye zorlanır. Bilim ve iktidar arasında tuhaf bir efendi-köle ilişkisi gelişir.*”⁵

Söz konusu diyalektiksel ilişki biçimini kurgulayabileceğimiz hukukun temel yapı taşı ya da hukukun *arkhe*’sini (ana maddesi), bizatihi ‘toplumsallık’ oluşturmaktadır. Söz konusu toplumsallık, insanı biyolojik birimler olmaktan çıkarıp sosyolojik birimlere dönüştürür. Bu anlayış doğrultusunda her bir insan tekinin, “tarihin ya da yazılı tarih öncesinin her döneminde bir toplumda doğmuş ve daha ilk yıllardan başlayarak bu toplumca kalıplanmış” olduğu kabul edilir.⁶ Bu ön kabulün yani toplumsallığın ya da kalıplanmanın kuralsallaşması ile yukarıda değinildiği üzere hukuk, örf-adet ve teâmül varlık imkanı bulmaktadır. Dekonstrüktif bir çözümleme ile hukukun en temel birimini yani ‘toplumsallığı’, normatif bir dil ile formalize eden kural/norm oluşturmaktadır. Kural/norm formalize edici bir teknokratik süreçten geçtikten sonra, bir kanun ya da yasa hükmüne dönüşmektedir.

Kanunu/yasayı var eden ontolojik bağlamı ise insanın toplumsallık (*homo politicus*) durumu oluşturmaktadır. Toplumsallığın içkin kuralsallığı, kut-din-ahlak-örf-töre-adet ya da hukuk biçiminde (töz) varlık bulmaktadır. Bunu çözümleyici biçimde tözcü filozofik bir formülasyonla ifade edecek olursak;

Hukuk/var olan (töz/cevher); norm/var olanın özü (form/öz) ile yasa/var olanın mad-

4 Urhan, Veli, “M. Foucault ve Bilgi/İktidar İlişkisinin Soykütüğü”, *Kaygı, Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, sy. 9, s. 99-118.

5 Mayr, Federico; Forti, Augusto, *Bilim ve İktidar*, (çev. Mehmet Küçük), TÜBİTAK Yayınları, Ankara 1997, s. 64.

6 Carr, E. Hallet, *Tarih Nedir?*, (çev. Misket Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 37-38.

dei (madde/özdek) bileşiminden oluşmaktadır. Hukuk/töz=norm/öz+yasa/özdek biçiminde formülize edilebilecek olan bir formülasyonda normun yani özün/formun, yasa yani madde/özdek ile bütünleşmesi organizasyonel inşâi bir akıl ile hukuku/var olanı intaç etmektedir. Hukukun/tözün varlığını teminen normdan/kuraldan kanuna/yasaya doğru yaşanan evrilmenin aracını kanunlaştırma prosesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda kanunlaştırma, ‘içkin normun’ hukuksal entitede bedenlenmesini ya da ete kemiğe bürünmesini ifade etmektedir.

Böylece hukukun varoluşsal özünü teşkil eden norm/öz/form, kanunda dilsel bir kurguya ya da metinsel bir inşaya dönüşmektedir. Söz konusu metinsel inşa, biçimsel anlamda yasaklayıcı, serbest kılıcı ya da yetkilendirici bir buyruk olarak tezahür etmektedir. Bu dönüşümün ortaya çıkardığı madde/kanun, hangi perspektife bağlı biçimde yadsınırsa yadsın bir ‘norm metafiziğine’ dayanmaktadır.

Hangi düşünsel-filozofik kökenden neşet ederse etsin, ‘*norm metafiziği*’ norm-kanun-hukuk bileşenini belirleyici zemini teşkil etmektedir. Bu çıkarsama Foucault’cu bir retorik ile ifade edildiğinde, soykütüksel bir hakikat çözümlemesini deyimlemektedir.

Bu çözümlemenin yöneldiği ereği, doğallıkla ‘hakikat’ kavramı oluşturmakta ve bu kavram, insanı insan yapan yüksek değerlerden birisini teşkil etmektedir. Söz konusu erektsel yönelişin temel nedenini ise, “hakikat” kavramının insani yanımızın yapı taşlarından birini oluşturmasında buluruz. Bu yapı taşları, yaşamımıza anlam kazandıran ve varoluşumuzu anlamlandıran unsurlardır.⁷

Doğallıkla, hakikate yönelimli bu soykütüksel çözümlemenin özgün tarihsel bağlamına indirgenerek anlama konusu yapılması gerekmektedir. Bu bir anlamda öncelikle kanun/yasa düşüncesinin varlığına ve neliğine dair bir saptamayı gerekli kılmaktadır. Bu tarihsel temellendirmenin tamamlayıcı bir evresine tekabül eder biçimde kanunlaştırma kavramına ya da kuramına dair bir çözümleme de zorunluluk arz etmektedir.

Hukuk dili ile kalıba dökülmüş somut kurallar olarak kanunların pozitivitesi/formu, belirli bir tarihsellikte filozofik-sosyolojik bir ruh ile varlık bulmaktadır. Kanunu önceleyen verili filozofik-sosyolojik ve tarihsel bağlam, doğrudan yasayı var eden ruhu ve aklı biçimlendirir. Bu anlamda temel olarak her yasal düzenleme, kuşatıcı bir ruha/metafiziğe, kurucu bir akla ve tarihsel bir duruma dayanmaktadır. Yasa yapım süreci bu yönüyle yalnızca salt bir teknokrasiye değil, verili bağlamsal aklın tayin ettiği yön doğrultusunda teorik bir inşaya ve buna bağlı biçimde kurumsal bir yapılanmaya da tekabül etmektedir.

Söz konusu bağlamsal aklın besleyici damarlarını, ulusların değerler algısından genel kültürel kodlarına, tarihsel tecrübelerinden kurumsal yapılanmalarına, sosyolojik gerçekli-

7 Aral, Vecdi, *Tek ve Bağımsız Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 2.

ğinden ekonomik düzeylerine kadar oldukça çok yönlü bir referans alanı oluşturmaktadır.⁸ Temel yasalar bu yönüyle, ilgili alana ilişkin kolektif aklın, sosyolojik gerçekliğin ve tarihsel tecrübe ve birikimin, bir tecessüm ediş biçimidir.

Yasa Düşüncesi ve İktidar: Tarihsel Saptama

Öncelikle deyimlenmelidir ki, Herakleitos'un deyişi ile “*Her yasayı kent surlarını savunur gibi mücadele ederek korumalıdır.*”⁹ Yasaları muhafaza yükümlülüğü, filozof Herakleitos tarafından toplumsal varoluşun temel unsuru olarak nitelendirilmektedir. Sur metaforu ile düşünür, yasanın, toplumsallığın bir arada tutulması ve ortaya çıkması muhtemel saldırılara karşı korunaklılığının imkanı olduğunu ifade etmektedir. Bu metafor, aynı zamanda toplumsal dayanışma ve toplumsal dokunun muhafazası adına bir mücadele çağrısı olarak da karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle yasanın varlığının, böylesi ontolojik ve sosyolojik bir gerçekliğe tekabül ettiği filozof tarafından etkili bir biçimde ifadelendirilmiştir.

Tarihsel süreçte yasa düşüncesi ile içkin toplumsal gerçeklik arasında doğrudan ilişkili ontolojik bir bağdan söz edilebilir. Yasa düşüncesinin, insani varoluşun öncülü olan toplumsallığın bir ontik gereği olarak tezahür ettiği ifade edilebilir. Toplumsallığın verili doğal durumu olarak nitelendirilebilecek olan yasa fikrinin, çoğunlukla bir siyasal iradeye eklenerek iktidar alanı yarattığına tanık olunmuştur. Hukuk da dahil olmak üzere farklı toplumsallık biçimlerini kuran bu iktidar alanı, farklı tarihi siyasal rejimler biçiminde tezahür etmiştir. Öyle ki, iktidarın kendisini inşa ediş biçimi ile siyasal yönetim biçimleri arasında bir korelasyonun varlığını saptamamız gerekmektedir.

Bu saptama doğrultusunda, Antik Yunan'dan itibaren tevarüs etmiş olduğumuz iktidar ve yönetsel rejimler sınıflamalarına dikkat çekebiliriz. Tarihsel kökeninde ilk sınıflama örneklerini, ünlü Yunanlı tarihçi Herodotos (m.ö. 484-425) ve muallim-i evvel olan filozof Aristoteles (m.ö. 384-322) de görmekteyiz. Bunlardan Herodotos, egemenliğin sahipliği ve kullanım biçimine göre iktidarı ya da yönetim biçimlerini, ‘monarşi, oligarşi ve demokrasi/halk’ olarak sınıflandırmıştır.¹⁰

Öte yandan Aristoteles’e göre iktidar biçimleri veya siyasal rejimler, ‘krallık, aristokrasi ve anayasal yönetim’ olarak sınıflandırılmıştır.¹¹ Romalı düşünürlerden Polybios’a (m.ö. 204-122) göre ise siyasal rejimler, altı türe ayrılmaktadır. Bunlardan ilk üçü iyi yönetim biçimleri olarak nitelendirilir; ‘Krallık, Aristokrasi, Demokrasi’; diğer üçü ise, kötü yönetim

⁸ Bu bağlamda özellikle 19. yüzyıla dikkat çekmek icap eder. Zira bu yüzyıl, hukukun özellikle bilimselliğini kurma çabası üzerinden kendisine varlık zemini bulan hukuk alanındaki kuramsal yaklaşımların/ekollerin (Tarihçi hukuk ekolü, Kavramcı hukuk ekolü vd.) yarattığı zengin kuramlar çağıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969, s. 15-89.

⁹ Herakleitos, *Fragmanlar*, (çeviri ve yorumlar Cengiz Çakmak), Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2009, s. 117.

¹⁰ Herodotos, *Tarih*, (çev. Müntekim Ökmen), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2010, (Üçüncü Kitap, 82), s. 255. Tunçay, Mete, *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 7.

¹¹ Aristoteles, *Politika*, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 12. Basım, İstanbul, 2010 s. 81.

biçimleri olarak sınıflandırılır; ‘Tirani, Oligarşi, Demagoji’.¹² Montesquieu (ö. 1755) ise yönetim biçimlerini üç bölüme ayırmaktadır. Bunlar, ‘cumhuriyet, monarşi ve despotluk’ biçiminde sıralanmaktadır.¹³ Yasa düşüncesinin ya da normatif iradenin tezahür ediş biçimleri ile yukarıda değinmiş olduğumuz antikiteden itibaren formüle edilen iktidar sınıflamaları arasındaki ilişkinin kuramsal çerçevesinin, siyaset felsefesinde olduğu kadar siyaset sosyolojisi açısından da oldukça verimli bir tartışma zemini yarattığını kaydetmeliyiz. Ancak konunun bu boyutları açısından derinleştirilmesinin, bu çalışmanın hacimsel sınırlarını zorlayacağı vurgulanmalıdır.

Semantik imkan ile kavramsal analizin mümkün kılacağı anlam derinliği, kanun düşüncesinin soykütüğüne dair bir çıkarsama imkanı/imkanları yaratacaktır. Latince bir sözcük olan *lex* (kanun), *ligare* (bağlamak, menetmek) kökünden gelmektedir. Zira anlamsal açıdan *lex/yasa* sözcüğü, herhangi bir kişiyi bir eyleme geçmekten menetmeyi ifade etmektedir. Etimolojik bir çözümleme ile kavramın (*lex/yasa*) dayandığı iktidar alanı kendisini ifşa etmektedir. Buna göre burada, kişiyi belirli bir davranış biçimine veya davranışsal bir yönelime sevk eden, aşkın bir iktidar alanının ifşası söz konusudur.

Bu yasa fikrinin somutlandığı sözünü ettiğimiz iktidar alanlarının tarihsel bir antikitesi ve antropolojik bir kök salmışlığı söz konusudur. Nitekim öyle ki, antropolojik bulgularla hareketle, yasa düşüncesinin ve hukuk olgusunun, yerli kabile topluluklarından, feodal iktidar yapılarına ve ulus devletten küresel siyasal yapılanmalara kadar uzanan bir tarihsel süreçte hep var olduğu ifade edilebilir. Ancak bu noktada primitif/ilkel olandan mütakâmil olana doğru evrilen doğrusal bir gelişim seyrinden söz etmemiz mümkün değildir. Nitekim primitivite ile nitelenen bir çok kültürde oldukça incelmış, formel niteliği gelişmiş hukuk sistemlerine rastlanabilir.

‘İlkel toplumlarda’ gelenek, görenek, örf-adet, din, hukuk ve ahlak kurallarının iç içeliği söz konusudur. Ancak bu arkaik toplumlarda da yasadışıktan (yasa düşüncesi yoksunluğu) söz etmemiz mümkün değildir. Herhangi bir tarihi toplumsal tecrübenin bu açıdan basitliğini, primitivitesini ve yalınlığını öne sürmek isabetli bir yaklaşım olmasa gerekir. Zira her toplumun özgül tarihselliğinde, doğum, ölüm, evlenme, üretim gibi birçok toplumsal etkinlik alanlarında sahip oldukları ‘işlevsel gelenek ve kurallar’ söz konusudur.

Tarihsel algımız açısından ‘ilkel toplum’ nitelemesinin sorunlu bir tanımlama olduğunu bu vesile ile vurgulamalıyız. Modern tarih tasavvuruna içkin olan bu ötekileştirici nitelemeye karşı düşünsel rezervasyonumuzu ifade etmeliyiz. Modern tarih yorumuna dayalı bir okuma biçimi üzerinden ifade edilecek olursa ‘ilkel topluluklar’ da dahil olmak üzere, kutsal alan (din ve büyü) ile dünyevi alan ayrışması söz konusudur. Durkheim’a göre, bu

¹² Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, *Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları*, 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 46. Tunçay, Mete, *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 268.

¹³ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Fehmi Baldaş), HiperLink Yayınları, İstanbul tsz., s. 49. Şenel, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, İkinci Basım, Ankara 2010, s. 385.*

ayrım oldukça kategorik bir ayrışmayı (Kutsal ve Din dışı/profan ayrımı) ifade etmektedir.¹⁴ Ancak kutsal ile profan olan arasında mutlak bir ayrım yapmak imkansızdır. Örneğin bu meydana hukuk kurallarını, kategorik biçimde tümüyle diğer sosyal düzen kurallarından ayırt etmek mümkün değildir.

Öncelikle tevarüs ettiğimiz tarihin bize sunmuş olduğu anlatı imkanlarının ve tarihsel bilgilerin yetersizliği vurgulanmalıdır. O yüzden genel tarihin yanı sıra, hukukun tarihi kökeni ya da geçmişte bir toplumun hukukunun nasıl olduğuna dair güvenilir ve yeterli ölçüde bilgilendirme imkanı söz konusu değildir ya da bu imkanın gerçekleşmesi oldukça güçtür. Ancak tarihsel anlatılara dayalı olarak bilinen en eski hukuk metinlerinin, m.ö. 2400 yıllarında Sümer kent devletlerinden Lagas'ta hüküm süren kişinin adını taşıyan "Urukagina Yasaları" olduğu ifade edilmektedir. Urukagina yasaları (m.ö. 2415), *yönetimin, din adamlarından askerlere geçişini* temsil etmiştir.¹⁵ Burada söz konusu arkaik yasalar üzerinden iktidar alanını kuşatan erkin sınıfsal anlamda el değiştirmesi söz konusudur.

Yine milat öncesi dönemde 1792-1750 yıllarında Babil kralı Hammurabi'nin adını taşıyan hukuk kodlarının varlığından söz edilmektedir. Hammurabi kodu, kent devletlerinin yerel yasalarının üstünde bir etkinlik gücüyle imparatorluk ölçeğinde uygulanacak yasa üretmek, yasa birliğini sağlamayı amaçlamıştır. Babil Hanedanının 43 yıl hüküm süren altıncı hükümdarı olan Kral Hammurabi'nin (m.ö. 2123-2081) Kanunnamesinin sonunda şu ifadeler yer almaktadır:¹⁶

"...ben koruyucu bir hükümdarım... ben Sümer ve Akad memleketleri halkını nefsimde topladım. Kendi hikmetimle onları (kanunlara itaate) icbar ettim, tâ ki kuvvetli artık zaîfi ezemesin ve dul ile yetimin hakkı tanınsın, her zulüm gören insan benim resmimin önüne tıpkı bir hakkaniyet kralının huzuruna çıkar gibi çıksın, abidemin üzerindeki yazıları okusun ve benim abidem onun davasını aydınlatsın ve ona durumunu anlatsın; o da 'Hammurabi, milleti için hakiki bir baba olan bir hükümdardır. Milletini ebediyen refaha kavuşturmuştur ve memleketinde hakka hürmet eden bir hükümet vermiştir' desin; ta ki gelecek günlerde, istikbalde, memlekette hüküm sürecek olan kral abidemin üzerine hakkettirdiğim bu hakkaniyet sözlerine göre hareket etsin"... Bu ifadelerde icbar edici ve boyun eğdirici gücü ifade eden iktidarın yasallaşmasının arkaik argümantasyonuna tanık olmaktadır. Milletinin üzerinde, yönetici erkin 'baba otoritesine' yaptığı vurgu ile iktidarın kavramsal araçlarına yapılan referansın yer bulduğu görülmektedir.

Tarihsel bir sıçrama ve yaratıcı hukuk aklı ile karakterize edilen Roma medeniyetine dair tarihsel saptamalar da, konunun temel uğrakları üzerinden takibini mümkün kılacaktır. Roma kentinin kuruluşundan (m.ö. 753-150) sonra uygulanan hukuk, *İus Civile* (yurttaşlar

hukuku) olmuştur. İlk yazılı Roma hukuku kodu; Cumhuriyet döneminde m.ö. 499-451 tarihleri arasında hazırlanan *On İki Levha Kanunu* olmuştur.¹⁷ Söz konusu hukukun maddi kaynağını, Roma'nın örf ve adet hukuku oluşturmuştur. Böylece Roma hukuk kültüründe/tarihinde yazılı hukuk, sözlü hukukun yerini almıştır.¹⁸

Tarihsel bir anlatı ile sözünü etmiş olduğumuz Roma hukuk geleneği, yazılı hukuka ya da kanun hukukuna evrilmesi ile birlikte iradesel gücünü siyasal iktidar alanına eklemeye var etmiştir. Bu medeniyeti var eden temel kurucu akıl, yazılı yasa fikri ile tarihsel köklerini inşa etmiştir. Bir anlamda söz konusu sürecin doğurduğu Roma hukuk geleneği, bir 'yasa medeniyeti' nitelemesi ile karakterize edilebilir.

Öte yandan kadim hukuk geleneklerinden Çin Hukuku,¹⁹ 'Ne Tanrı, ne Kanun!' ilkesini benimsemiştir. Ancak, yine de Çin düşüncesinin yasa fikrini tamamen yok saydığı söylenebilir. Bununla birlikte yasa fikrinin, Batı dünyasında yer bulduğu ölçüde merkezi bir yere sahip olmadığı görülmektedir. Batıda medeniyetin kurucu aklını *medeniyet yasa* oluşturmaktadır. Nitekim mutlak monarşinin sona erdirilerek/devrilerek yerine Cumhuriyet yönetiminin ikamesini temin eden Fransız İhtilali (1789-1799), bu noktada tarihsel bir kırılmaya yol açmıştır. Bu siyasal, kültürel, ekonomik ve hukuksal kırılmalarda, özellikle hukuk aklı konusunda ulusçu/merkezi bir yasa fikri ya da medeni yasa fikri varlık bulmuştur. Nitekim 'kanunlaştırma yüzyılı' olarak nitelendirilebileceğimiz 19. yüzyılda ilk kanunlaştırma örneği olarak karşımıza Fransız Medeni Kanunu (*Code Civile*) çıkmaktadır. 21 Mart 1804 tarihinde yürürlüğe giren *Code Civil des Français*, ilgili tarihsel dönemde civar ulus devletlere ilham kaynağı oluşturmuştur. Hatta bu meydana Cumhuriyet öncesi Türk hukukundaki modernizasyon düşünce ve girişimlerinin de kökeninde bu çağ felsefesinin müessir olduğu ifade edilebilir.

Tekrar Batı dışı toplumlar açısından tarihsel saptamamıza dönecek olursak, yukarıda değinildiği üzere Çin'de böylesi bir 'medeniyet yasa' düşüncesinin bulunmadığı ifade edilebilir. Bunun, ilgili topluma ilişkin özgün kültürel kodlara ya da derinlikli bir felsefeye dayandığını ifade edebiliriz. Söz konusu medeniyet çevresinin temel felsefi geleneğini oluşturan "Konfüçyüs geleneğine göre, 'medenileşmiş' insanın yasaya ihtiyacı yoktur. Çünkü o bütün yaşama sanatını (adetleri) kendi içinde sindirmiştir. Yasa, bu yaşama sanatına erişme yetisine sahip olmayan barbarlar için çok uygundur. Ve o zaman da en rustik ve en kaba

17 On İki Levha Kodifikasyonunun içerik analizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Schwarz, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri*, (çev. Türkân Rado), Doğan Kardeş Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul 1965, s. 54-60. Umur, Ziya, *Roma Hukuku Tarihi Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1965, s. 33-35.

18 Roma hukukunun Klasik dönemi (m.ö. 27-m.s. 250) ; Klasik sonrası hukuk dönemi (m.s. 250-527); İmparatorluk merkezinin Roma'dan Constatinapolis'e taşınması (m.s. 330); Justinianus dönemi (m.s. 527-565). Bkz., Schwarz, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri*, s. 6-11. Umur, Ziya, *Roma Hukuku Tarihi Giriş*, s. 90 vd. Çelebicin Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 59-62.

19 David, Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (çev. Argun Kötel), İstanbul 1985, s. 475. Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Second Edition, New York 2004, s. 301-339. Kozak, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, s. 523 vd.

14 Durkheim, Emile, *Dini Hayatın İlk Biçimleri*, (çev. Fuat Aydın), Ataç Yayınları, İstanbul 2005, s. 58.

15 Şenel, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 75. Kozak, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 36-38.

16 Topçuoğlu, Hamide, *Eski İsrail Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1948, s. 29.

biçimiyle, yani ceza ile uygulanır.”²⁰ Burada insanı aşan ve aşkın nitelikte dışsal bir iktidar alanı değil, insanın iç dünyasına dönük içkin bir oluşum deyimlenmektedir. Harici iktidar alanının/biçimlerinin insan davranışlarına yönelik düzenleyici hegemonisi değil, içsel bir oto-belirlenim/düzenleme yetisi kastedilmektedir.

Yasa düşüncesi ile iktidar ilişkisinin tarihsel çerçevesinin farklı özgün tarihsel tecrübeler ile derinleştirilmesi geniş bir ufuk çizecektir. Ancak çalışmanın alansal sınırlılığı bunu imkansız kılmaktadır. Bununla birlikte önemli tarihi medeniyet havzalarından birini oluşturan kadim Hint hukuk geleneğine de bu noktada kısa bir atıfta bulunulması anlam ifade etmektedir.²¹

Kategorik bir toplumsal hiyerarşiyi temel alan kast sistemi, egemen sınıfların bencil mütehakimane tutumları ile genel yarar düşüncesinin bir bileşkesi olarak varlık bulmuştur. Kast sisteminin varlık bulmasında ruhani ve askeri sınıfların tahakküm kurucu eğilimlerinin yanı sıra, Hint kültürünün toplumsal sükun ve sabit bir düzen kurma düşüncesi egemen olmuştur. Brahmanlar, kast sistemi ile iktidarların galebesinden doğan fiili duruma, dinsel ve hukuksal bir nitelik izafe etme amacını gütmüşlerdir. Toplumsal sınıflar arasında egemen olan mücadele ve çatışmaları sonlandırmak, Hint toplumunda güven ve emniyete dayalı bir hukuksal düzen kurmak amacı güdülmüş ve bu konuda kısmi bir başarı da elde edilmiştir. Ancak toplumsal sınıflar arasında ayrıcalıklı ya da imtiyazlı sınıfsal haklar yaratılmasının felsefi etik açıdan tartışmaya açık olduğunu ifadeye bile gerek yoktur.²²

Modern Batı düşüncesinin ve medeniyetinin felsefi artalanını oluşturan Antik Yunanda, yasa düşüncesine yer verilmesi önem arz etmektedir. Antik Yunan dünyasında yasa, kent devleti (*polis*) düzenini diğer toplumsal düzenlerden ya da örgütlenmelerden ayırtan temel unsuru oluşturmuştur. Aristokratik içerikli sözlü kanunlardan ibaret olup *thesmoi* adı verilen yasalar, Tanrı tarafından konulan kutsal yasalar olarak kabul edilmiştir. Ancak daha sonra yazılı kurallara dönüştürülen bu sözlü yasaları yorumlama yetkisi, soyluların tekelinde yer almıştır. Buna karşı oluşan tepki, sonucunda *nomoi* adı verilen insan yapısı yasaların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Antik Yunan kaynaklarında kaydedildiği üzere ilk yasa yapımını gerçekleştiren Dra-kon, m.ö. 624’te Atinalı soyluların isteği üzerine ağır bir ceza yasası hazırlamıştır. Ancak daha sonra Yunan dünyasının yedi bilgesinden birisi olan Solon (m.ö. 594’te *nomothet*/ yasakoyucu olarak atanmış) ile birlikte, *Thesmoi* karşısında insan yapımı *Nomoi* zafer kazanmıştır.²³ İlk yazılı yasa yapım tecrübesinin katı düzenlemelerini esneten bir karakteristiğe sahip olan ‘Solon yasaları’ ile örneğin borç köleliği kaldırılmıştır. Söz konusu yasalar ile *Habeas Corpus*’ta, kişilerin yasal güvencelerle koruma altına alındığı görülüyor. Ancak

Nomoi’nin tümüyle seküler bir karakteristiğe sahip yasa düşüncesine dayalı olduğu söyle-nemez. Zira Antik Yunan düşüncesinde egemen görüş, yasa koyucu bilgelerin tanrısal bir kişiliğe sahip oldukları yönündedir. Bu anlayış doğrultusunda Zeus’un düzenleyici ya da yasa koyucu işlevini, insanlar arasında bu bilge ya da tanrısal kişiler üstlenmekteydi.²⁴

Dördüncü yüzyılda Atinalı Demosthenes şöyle der: “*Büyük ya da küçük bir poliste oturan bütün insanların yaşamı doğa ile yasalar tarafından düzenlenir. Doğanın kural-sız olmasına ve kişiden kişiye değişmesine karşılık yasalar ortaktır, düzenlidir ve herkes için birdir... Yasalar güzeli, doğruyu, yararlıyı amaç edinirler. Aradıkları budur; bu, bir kez bulundu mu, herkes için geçerli ve eşit bir genel kurala dönüşür; işte yasa olarak adlan-dırılan budur. Bu nedenden dolayı herkes ona uymalıdır. Üstelik her yasa, Tanrıların bir buluşu ve armağanı olmanın dışında, bilge insanların koyduğu bir kuraldır ve herkesin yaşamını ona göre uyarlamasını gerektiren polislin ortak sözleşmesidir.*”²⁵

Batı medeniyetinin tarihsel kökeninin kurucu akli olan Herodotos, *Tarih*’inin yedinci kitabında (Polymnia), ‘*yasaların üstünlüğü*’ ilkesini Pers Kralı Kserkses’e karşı Spartalı Demaratos’un dilinden şöylece savundurtmuştur:

“*Lakedaimonlular teke tek dövüşte de hiç kimseden aşağı kalmazlar, ama ordu halin-deyken insanların en değerlisi onlardır. Özgürdürler, evet, ama her noktada değil; onların da bir efendisi vardır, o da yasadır, senin adamların senden ne kadar çekinirlerse onlar da yasadan öyle çekinirler. Çekinmek olmasa bile yasanın buyruğuna körü körüne boyun eğerler. Ve buyruk hiç değişmez: Düşman sayısı ne olursa olsun savaş meydanından kaç-mamak, yeninceye ya da ölüncüye kadar saftan çıkmamak. Ama biliyorum, bunlar sana göre budalaca gösterilerden başka bir şey değildir...*”²⁶

Bir başka tarihsel kesitte orta zamanlardan modern döneme evrilen Türk hukuk gelene-ği, ‘örfî hukuk’ olarak kavramsallaştırılan özgün bir tarihsel modelleme ile özellikle kamu hukukunu inşa etmiştir. Kamu hukuku alanı, coğrafi derinliği itibariyle Orta Asya’da kadim devlet/iktidar tecrübesinin yasallaşarak kendi öz-meşruiyet alanını yaratmak suretiyle ge-lişimini sürdürmüştür. Orta Asya bozkırlarında kurulan devletlere egemen olan gelenekler ve inanışlar, iktidar alanının varlığını yönetici erkin/kağanın bizatihi töreyi/yasayı muhafaza ederek sürdürdüğünü göstermektedir.

“*İl gider töre kalır*” özdeyişi ile tarihsel ifadesini bulan yasa (töre) düşüncesi, iktidar alanını ya da siyasal rejimleri (*il*) de önceleyen bir anlamsal çerçeveye tekabül etmiştir. Nitekim bu anlamsal çerçevede, İran hukuku²⁷ ve özellikle kadim Türk hukuk (Gazneliler,

24 Roma’nın 12 Levha Kanunlarına da ilham kaynağı oluşturduğu kaydedilen, kadim Yunan hukuk tarihinin mirası olan Solon kanunları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, s. 87-100.

25 Ağaoğulları, M. Ali, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, s. 30.

26 Herodotos, *Tarih*, Türkiye, s. 553.

27 Kadim hukuk geleneklerinden İran hukuku konusunda bkz., Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, s. 55-79.

20 Supiot, Alain, *Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Ankara 2008, s. 64.

21 Ayrıntılı bilgi için bkz., Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law*, s. 271-300. Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 1948, s. 29-53.

22 Arsal, Sadri Maksudi, *Umumi Hukuk Tarihi*, s. 52.

23 Ağaoğulları, M. Ali, *Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi*, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 26-28.

Selçuklular, Moğollar, Osmanlılar gibi tarihsel devlet tecrübelerinde) geleneklerinde ‘örfi yasalar’ varlık bulmuştur.

Fatih Sultan Mehmet zamanına kadar geleneksel olarak var olan kanun ve uygulamalar, bu tarihten itibaren derlenip yazılı hukuk biçimine dönüştürülmüştür. Nitekim Fâtih’in *Teşkilat Kanunnamesi*²⁸ ve Kanunî dönemi Osmanlı Kanunnamesi, genel kanunnamelerin en önemlileri olarak yazılı hukukun biçimsel örneklerini oluşturmuştur. Bir teşkilat yasası olarak küçük değişikliklerle Tanzimat dönemine kadar yürürlükte kalan Kanunname-i Âli Osman, “*Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kirâmum neslen ba’de neslin bununla âmil olalar.*”²⁹ ifadeleriyle başlar. Bu girizgah, bir anlamda geleneksel yapısı içerisinde örfi yasaların iktidarı biçimlendirici ve meşrulaştırıcı sürekliliğini ifşa etmektedir.

Ancak iktidarın meşruiyetinin temini ve sürekliliğin imkanı açısından kanunlar çıkarmak yeterli görülmemektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu yasaların hukukun düzen işlevini ve toplumsal güvenliği temin açısından uygulanması ve bu hususta toplumun yüksek bir yasa bilincine sahip olması zorunludur. Bu açıdan tarihsel bir saptama, bu konuyu temayüz ettirici niteliktedir. Öyle ki, bürokraside önemli görevlerde bulunmuş olan 16. yy. Osmanlı aydını ve bürokratu Mustafa Âli ve 17. yy. bürokratlarından Koçi Bey, eski yasaların sağlamlığını ve mükemmelliğini belirttikten sonra gittikçe sistemik bir bozulmanın varlığını kaydetmişlerdir. Söz konusu kişiler, iktidarın etkin realizasyonunun, mükemmel politik hizmetin temini adına yasalara uyulmasının zorunluluğuna bağlı olduğunu vurgulamışlardır.³⁰

Kanunlaştırma: Normun Formalizasyonu ve İktidarın Normatif Müdahillliği

Kanunlaştırma kavramı, hukuk kurallarının yazılı bir biçimde belirlenmesi veya pozitif hale getirilmesi olarak tanımlanabilir.³¹ Hirsch’e göre kanunlaştırma, “*önceden mevcut ve birbiriyle bağdaşmayan tüm örf ve adet kuralları ile geleneklerin yerini almak üzere, toplumsal yaşamın belirli bir bölümünün tekbiçim hukuk kurallarıyla düzenlenmesidir.*”³²

Kanunlaştırma bir anlamda, maddi anlamda ilgili toplumsallığın özgül tarihsel bağlamında farklı formel biçimlerde varlık bulması muhtemel olan normların formalizasyonu olarak nitelendirilebilir. Ancak kanunlaştırma, kendi özgül olağanüstü tarihselliği içerisinde

28 *Fatih Kanunnamesinin nitelik analizi konusunda bkz., Fleischer, Cornell H., Tarihiçi Mustafa Âli-Bir Osmanlı Aydını ve Bürokrati, (çev. Ayla Ortaç), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2009, s. 205-208.*

29 *Akgündüz, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, c. I, s. 317.*

30 *16. yüzyılda Osmanlı’da kanun kavramı ve bilinci konusunda bkz., Fleischer, Cornell H., Tarihiçi Mustafa Âli-Bir Osmanlı Aydını ve Bürokrati, s. 199-205.*

31 Veldet, Hıfzı, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, c. I, s. 142.*

32 *Hıfzı Veldet’e göre dar anlamda Kanunlaştırma, “herhangi bir hukuk sahasını geniş, şümüllü ve tam surette tanzim eden büyük kanunlar konulmasıdır. Mesela medeni kanun, ceza kanunu gibi.” Ayrıntılı bilgi için bkz., Veldet, Hıfzı, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, s. 142.*

de kendi kendisini üretme imkanı bulamayabilir. Bu ve buna benzer durumlarda normatif alanın yön tayin edici ve devrimsel nitelikli özgün perspektifi doğrultusunda ithali söz konusu olabilmektedir. Bunun teknik adı, kanun resepsiyonu ya da iktibası biçiminde nitelendirilmekte/adlandırılmaktadır.³³ Teknik anlamda resepsiyon, herhangi bir harici ülkenin/ulusun hukuk sisteminin tamamen veya kısmen kabul edilerek benimsenmesini ifade etmektedir. Resepsiyon, toplumsallığa ya da sosyal geleneğe/dokuya çoğunlukla bilinçli bir normatif müdahillik olarak nitelendirilebilir. Devletlerin olağanüstü siyasal koşullarına ya da siyasal kırımlarına eşlik eden bu iktidarsal dönüşüm teknik olarak, zorla benimsetme, sömürme, işgal etme, ele geçirme durumlarında söz konusu olabilir.

Genel hukuk tarihinin olağan gelişim süreci açısından değerlendirildiğinde kanunlaştırmanın, iktidar alanlarının ulus devlet merkezli örgütlenmelerine denk düşen bir tarihsel dönemde varlık bulduğu ifade edilebilir. Daha somut bir deyişle burada kastedilen, 19. yüzyılda Avrupa’da başlayan ve bütün dünyayı etkisi altına alan modern kanunlaştırma hareketleridir. Teknik açıdan kanunlaştırma ise; örf ve adet hukukundan yazılı hukuka, sözlü gelenekten yazılı geleneğe, siyasal ve normatif heterojen yapılardan homojenizasyona, dağınıklıktan birlik ve bütünlüğe doğru bir evrilmeyi ifade etmektedir. Nitekim bu ortak bir tarihsel yazgı biçiminde hem İngiliz hukuk sisteminde hem de Kara Avrupası hukuk sisteminde kanunlaştırmalar bu yönleri ile tezahür etmişlerdir.

Bu tespit doğrultusunda deyimlenecek olursa, örneğin Common Law çevresinin tanınmış hukukçularından Stone’a göre, ‘kanunlaştırma, yazılı olmayan hukuka karşı, yazılı hukukun şekillendirilmesine ilişkin bir yöntem’³⁴ olarak nitelendirilebilir. Kara Avrupası hukuk geleneğinin temsilcisi olan hukuk bilginlerinden Schwarz’a göre ise kanunlaştırma, ‘merkezi yasama erkinin, yerel ve bölgesel hukuku bertaraf ederek, birleştirici ve bütünlüğü yasama faaliyetinde bulunması süreci’ olarak tavsif edilmektedir.

Ancak bu meyanda kaydedilmelidir ki, Tanzimat döneminde gerçekleşen kanunlaştırma hareketleri, örf ve adet hukukundan yazılı hukuka geçiş anlamına gelmemektedir. Zira Osmanlı hukuku -özellikle örfi hukuk-, temelinde bir kanun hukukudur ya da yazılı bir hukuktur.

Salt hukuk tekniğine ilişkin amaçlarla yapılan kanunlaştırmaların temel hedefi, hukuku herkesçe bilinebilecek bir duruma getirmek ve bir hukuk kuralının kolayca bulunabilmesini sağlamaktır. Özellikle, hukuksal güvenliğin gerçekleşmesine hizmet eden bu tip kanunlaştırmalarda amaç statiktir. Nitekim Common Law sisteminde yapılan kanunlaştırmalar, genellikle böylesi bir statik amaca yöneliktir. İktidarın biçimlendirici etkin aklının temelde siyasal, sosyal ve ekonomik alanlarda inşa edilebilmesini temin için de kanunlaştırma yoluna başvurulabilir. Bu türden idelojik ve sosyolojik yapıya müdahil olan dinamik

33 *Bozkurt, Gülnehal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1996, s. 5-18.*

34 *Slapper, Gary; Kelly, David, The English Legal System, Cavendish Publishing Limited, fifth edition, London-Sydney 2001, s. 3-5.*

amaçsallığa sahip kanunlaştırmalar söz konusudur. Toplumların sosyolojisine kategorik bir müdahilliği olan siyasal rejim değişikliğine bağlı dinamik kanunlaştırmalara, Fransız devriminden sonra hazırlanan 1804 tarihli *Code Civile* örnek olarak verilebilir. Benzer bir bağlamsal amaca yönelik olan Japonya'daki³⁵ kanunlaştırma hareketine de benzer bir müdahillikle, yani 'Batılılaşma' amacıyla girilmiştir. Ülkemizde ise, Tanzimat dönemi ve sonrasındaki kanunlaştırma hareketlerine daima sosyal-siyasal yapıyı etkilemek amacıyla başvurulmuştur.³⁶

Kanunlaştırma: İktidarın Yasallaşması

1970'li yıllardan itibaren iktidarın nasıllığı üzerinde kafa yoran Foucault; iktidarın mekanizmasını ilki 'hukuk', diğeri ise 'gerçeklik' olmak üzere iki işaret noktası arasında kavramaya çalışmıştır. Bir yanda iktidarı biçimsel olarak sınırlayan normlar/hukuk kuralları, öte yanda bu iktidarın ürettiği/yönlendirdiği ve iktidarın sürekliliğini sağlayan gerçeklik söz konusudur. Burada gündeme gelen temel soru ya da sorun şudur: "Felsefe iktidarın hukuksal sınırlarını nasıl tespit edebilir?"³⁷

Foucault, yaşadığımız yüzyıldaki sayısız iktidar ilişkisinin toplumsal yaşama nüfuz ettiği ve onu belirlediği; iktidar ilişkilerinin söylemsel bir birikim, üretim, dolaşım ve işlevi olmaksızın işleyip yerleşmeyeceğini ifade etmektedir. Bir iktidar alanı içinde üretilen ve işleyişi temin eden 'gerçeklik ekonomisi' söz konusudur. İktidar tarafından bizler, gerçekliğin üretimine bağlı kılınıyoruz. İktidar ancak gerçekliğin üretimi yolu ile mümkün olabilir. İktidar ile hukuk ve gerçeklik arasındaki ilişkinin yoğunluğu ve sürekliliği söz konusudur.³⁸

Foucault, hukuk ve iktidar ilişkileri konusunda genel bir ilke olarak, Batı toplumlarında hukuksal düşüncenin oluşmasının temelinde krallık iktidarının bulunduğunu öne sürmektedir. Batı hukukunun, krallık iktidarına sipariş edilmiş bir hukuk olduğunu ifade eden Foucault, Orta Çağ'da Roma İmparatorluğu'nun çöküşü ile Roma'nın hukuksal yapısının parçalandığına işaret etmektedir. Batılı kimliğe sahip her hukuksal yapıda merkezde bulunan kişi ona göre her zaman kral olmuştur.³⁹

Orta Çağ'dan bu yana hukuk kuramının temel işlevinin, iktidarın meşruiyetini tespit etmek olduğunu belirten Foucault, Batılı toplumdaki hukukun temel sorununu ise, hükümdarın ya da iktidarın egemenliği sorunu olarak belirlemektedir. "Batı hukuk sistemi bütünüyle kral merkezlidir." ifadesiyle krallık iktidarının işlevine vurgu yapan Foucault'a göre, hukuk sistemi ve yargı alanı egemenlik ilişkilerinin iletim aracıdır. Bu yüzden ona göre hukuka da bu yönüyle bakılması gerekmektedir.⁴⁰

35 Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 24-33.

36 Tanzimat döneminden itibaren yapılan resepsiyon ve kanunlaştırma çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 48 vd.

37 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, (çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2011, s. 38.

38 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 38.

39 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 39-40.

40 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 40-41.

Foucault'un deyişiyle "iktidarın büyük makinelerine ideolojik üretimlerin eşlik etmesi büyük olasılıktır. Örneğin bir eğitim ideolojisi, monarşik iktidarın bir ideolojisi, parlamenter demokrasinin vs. ideolojisi olmuştur." Nitekim ona göre 'Hukuksal İktidar Kuramı' tarihte dört rol üstlenmiştir. Bunların ilkinde hukuksal iktidar, feodal monarşiye ait olan somut bir iktidar mekanizmasına başvurmuştur. İkincisinde; hukuksal iktidar büyük idari monarşilerin kurulması için hem gereç hem de kanıt işlevi görmüştür. Üçüncüsünde; hukuksal iktidar 16. ve 17. yüzyıldan başlayarak kraliyet iktidarını ya sınırlandırmak ya da güçlendirmek amacıyla kullanılmıştır. Dördüncüsünde ise; hukuksal iktidar, Sanayi Devrimi'nden itibaren mutlak monarşiler karşısında alternatif modeli, yani parlamenter demokrasi modelini kurmaya yönelmiştir.⁴¹

Yine Foucault'un deyişiyle "Hukuksal iktidar kuramı", bedenler ve bedenlerin ne yaptıklarından daha çok 'toprak ve toprağın ürünleri' üzerinde uygulamada bulunan bir iktidar biçimine bağlıdır. Bu kuram, iktidar yoluyla zaman ve emeğin değil, malların ve zenginliğin yer değiştirmesi ve sahiplenilmesiyle ilgilenir."⁴²

Buna karşın 17. ve 18. yüzyıllarda, hukuksal iktidar ilişkileriyle bağdaşması mümkün olmayan yeni bir iktidar mekanizması ortaya çıkmıştır. Toprak ve onun ürünlerinden daha çok bedenler ve bedenlerin yaptıklarıyla ilgilenen bu yeni iktidar mekanizması, bedenlerden 'mal ve zenginlik' yerine, 'zaman ve emek' elde etmeyi amaçlamıştır. Bu yeni iktidar mekanizması, sürekli gözetleme yoluyla uygulanan, iktidar alanının bir hükümdarın fiziksel varlığından ziyade, dar güvenlik bölgelerine ayrılmasını hedefleyen yeni bir iktidar türü olarak tezahür etmiştir. Bu yeni iktidar türü, ona göre burjuva toplumunun en büyük icadı olarak karşımıza çıkmıştır. Bunu, Foucault kendi özgün kavramsallaştırması ile 'disiplinci bir iktidar' olarak nitelendirmektedir.⁴³

Foucault'un, iktidarın modern dönemdeki tezahür ediş biçimine dair saptaması doğrultusunda, modern hukukun iktidar mekanizmasını kurgulamak adına araçsallaştırdığı ifade edilebilir. Nitekim modernleşme sürecinde kapitalizm, modern devlet ve modern bilim anlayışıyla gelişen modern hukukun, toplumsal yaşamı giderek egemenliği altına alması söz konusu olmuştur. Toplumsal yaşamın kuşatıcı biçimde hukuksallaştırılıp bürokratikleştirilmesi sonucunda, daha fazla sosyal ilişkinin hukuken düzenlenir ve yargılanır olması durumu hasıl olmuştur ve bu duruma bağlı biçimde yazılı hukukun yükselişi söz konusu olmuştur.⁴⁴ Bu bağlamda modernleşme kavramının ekonomik anlamda kapitalizm ve endüstriyel gelişmeye; siyasal anlamda ulus devlet ve temsili demokrasiye; toplumsal anlamda, işbölümü ve uzmanlaşmaya; kültürel anlamda, bireyciliğe ve sekülerleşmeye yol açtığı⁴⁵ deyimlenebilir.

41 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 48-49.

42 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 49.

43 Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 49-50.

44 Yüksel, Mehmet, "Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, sy. 17, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 97.

45 Yüksel Mehmet, "Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", s. 97.

Bu dönüşümü ifade sadedinde tarihi-kuramsal duraklarına/öncü kuramcılarına yüzeysel de olsa değinmek yerinde olabilir. Bu meyanda ifade edilecek olursa, geleneksel toplum yapısından hızlı ve yoğun değişim ile karakterize olan modern toplum yapısına bir evrilme ve dönüşüm söz konusudur. Bu konu Karl Marx'ın (ö. 1883), Max Weber'in (ö. 1920) ve Fransız sosyolog Emile Durkheim'in (ö. 1917) ilgisini çekmiştir. Bunlardan toplumsal tarihleri bir sınıfsal savaşım tarihi olarak kabul eden Marx ve Friedrich Engels (ö. 1895), toplumsal yapının feodalizmden ya da feodal toplumdan kapitalizme veya burjuvazi toplumuna dönüştüğünü öne sürmüşlerdir.⁴⁶ Ünlü Alman sosyolog/düşünür Weber ise, toplumsal yapının geleneksel otoriteden rasyonel temelli bürokratik otoriteye doğru evrildiğini iddia etmiştir.⁴⁷ Diğer yandan Durkheim ise, toplumun mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya doğru evrildiği tezini öne sürmüştür.⁴⁸

Sonuç Yerine

Kadim kültür ve medeniyetlerdeki yasa düşüncesi ve bunun modern tezahür ediş formu olan yasalaştırma tecrübeleri belirli bir iradesel iktidar alanında varlık ve meşruiyet zemini kurmuştur. Kimi zaman bu iktidar alanı tanrısallık, kimi zaman kut, kimi zaman beşeri iktidar/irade türleri ya da rejimlerinin bizatihi kendi özgün iktidar alanları ile varlığını tesis etmiştir. Yasa düşüncesinin antropolojik kökleri turnak içerisinde *ilkel* ve *gelişmiş* formları ile birlikte bu gerçeği yansıtır niteliktedir.

Hatta bu iktidar alanının meşruiyeti modern zaman filozofisinde zaman zaman dilin Tanrısallığı üzerinden kurgulanmıştır. Nitekim bu meyanda Foucault'ya kulak verebiliriz. “*Dil, bizzat Tanrı tarafından insanlara verildiği ilk biçimi altında, şeylerin mutlak kesin ve şeffaf bir işaretiydi, çünkü onlara benziyordu. Tıpkı gücün aslanın bedeninin içine, krallığın kartalın bakışının içine yerleştirildiği, tıpkı gezegenlerin etkisinin insanların altında yazılı olduğu gibi, adlar işaret ettikleri şeylerin üzerine konulmuşlardı: benzerlik biçimi içinde.*”⁴⁹

Ancak dil, din, kut, kutsal, töre, ahlak, örf gibi tüm iktidar alanları ile kurulma imkanı/potansiyelini özünde taşıyan hukuk ya da daha özel biçimde deyimlenecek olursa yasa hukuku, kurucu bir medeniyet ögesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak klasik Çin medeniyet havzasına da özgü bir söyleyişle ‘*daha az hukuk, daha çok adalet ve ahlak*’ bir idealite olarak kadim kültürlerde benimsenmiştir. Hatta bununla da sınırlı kalmayarak, hukukun temel erdemi ya da idealitesi olan adaletin yerine ‘muhabbet/sevgi’ öngörülmiştir. Zira adalet nizalaşma/davalaşma sonundan bir ‘ikiliği ve parçalanmayı’ ifade etmekte iken, muhabbet/sevgi toplumsal birliği ve bütünlüğü temin edici bir

46 Bkz., Marx, Karl; Engels, Friedrich, Engels, Komünist Manifesto, (çev. Celal Üster; Nur Erdi), Can Sanat Yayınları, İstanbul 2013.

47 Weber, Max, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı, s. 315-358. Özlem, Doğan, Max Weber’de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2001, s. 214.

48 Ayrıntılı bilgi için bkz. Durkheim, Emile, Toplumsal İşbölümü, (çev. Özer Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul 2006, s. 183-238.

49 Foucault, Michel, Kelimeler ve Şeyler, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Yayınları, Ankara 1994, s. 66-67.

içsel dinamizm olarak kabul edilmiştir.⁵⁰

Sonuçta gelenekten/örften/teâmülden/ahlaktan/sözlü kurallardan yazılı kurallara ya da normlara doğru evrilmenin, hukukun siyasal iktidar alanlarının tahakküm edici/sınırlandırıcı ve nüfuz edici etkisini güçlendirdiğini kaydetmeliyiz. Yasa düşüncesinin ya da düzenleyici aklın tarihin her döneminde farklı formel biçimlerde de olsa tezahür edişlerinin değişkenliğinden söz edebiliriz. Farklı biçimlerde tezahür eden bu düzenleyici aklın, zaman zaman iktidar alanlarını inşa eden bir erksel araca dönüştüklerine tanık olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, M. Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2009.
- Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2009.
- Akgündüz, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Aral, Vecdi, Tek ve Bağımsız Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Aristoteles, Politika, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 12. Basım, İstanbul, 2010.
- Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 1948.
- Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1996.
- Carr, E. Hallet, Tarih Nedir?, (çev. Misket Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008.
- Çelebican Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Basım, Ankara 2010.
- David, Rene, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, (çev. Argun Köteli), Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966.
- Durkheim, Emile, Toplumsal İşbölümü, (çev. Özer Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul 2006.
- Durkheim, Emile, Dini Hayatın İlkel Biçimleri, (çev. Fuat Aydın), Ataç Yayınları, İstanbul 2005.
- Fleischer, Cornell H., Tarihçi Mustafa Âli -Bir Osmanlı Aydın ve Bürokrati-, (çev. Ayla

50 Bkz., Kılıç, Muharrem, “Adalet-Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızâde’nin Adalet Kuramı”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, sy. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 112-118.

- Ortaç), *Tarih Vakfı Yurt Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2009.*
- Foucault, Michel, *Kelimeler ve Şeyler, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 1994.*
- Foucault, Michel, *Toplumu Savunmak Gerekir, (çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2011.*
- Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law, Oxford University Press, Second Edition, New York 2004.*
- Heidegger, Martin, *Düşünmek Ne Demektir?, (çev. Rıdvan Şentürk), Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2009.*
- Heidegger, Martin, *Tekniğe Yönelik Soru, (çev. Doğan Özlem), Afa Yayınları, İstanbul 1997, s. 13-15.*
- Herakleitos, *Fragmanlar, (çeviri ve yorumlar Cengiz Çakmak), Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2009.*
- Herodotos, *Tarih, (çev. Müntekim Ökmen), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2010.*
- Kılıç, Muharrem, “Adalet-Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınaltzâde'nin Adalet Kuramı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, sy. 24, İstanbul 2012.*
- Kozak, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.*
- Marx, Karl; Engels, Friedrich, *Engels, Komünist Manifesto, (çev. Celal Üster; Nur Erdiş), Can Sanat Yayınları, İstanbul 2013.*
- Mayor, Federico; Forti, Augusto, *Bilim ve İktidar, (çev. Mehmet Küçük), TÜBİTAK Yayınları, Ankara 1997.*
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Fehmi Baldaş), HiperLink Yayınları, İstanbul tsz.*
- Özlem, Doğan, *Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2001.*
- Schwarz, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri, (çev. Türkân Rado), Doğan Kardeş Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul 1965.*
- Slapper, Gary; Kelly, David, *The English Legal System, Cavendish Publishing Limited, fifth edition, London-Sydney 2001.*
- Supiot, Alain, *Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, (çev. Bige Açımız Ünal), Ankara 2008.*
- Şenel, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, İkinci Basım, Ankara 2010.*
- Topçuoğlu, Hamide, *Eski İsrail Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1948.*

- Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969.*
- Tunçay, Mete, *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2010.*
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1965.*
- Urhan, Veli, “M. Foucault ve Bilgi/İktidar İlişkisinin Soykütüğü”, *Kaygı, Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, sy. 9.*
- Veldet, Hıfzı, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999.*
- Weber, Max, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı, (çev. Özer Ozankaya), İmge Kitabevi, Ankara 1995.*
- Yüksel, Mehmet, “Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, s. 17, İstanbul 2007.*