

Hukuk ve Modernlik Üstüne Bazı Notlar

Engin TOPUZKANAMIŞ*

Modern hukuk düzeninin işleyebilmesi, modern bireyin varlığına bağlıdır. Bireysellik, özgürlük ve kısıtlama ile oluşur. Kişinin kendi üstünde kurduğu denetim, özgürleşmenin anahtarıdır. Liberal teoride bir ön kabul olarak alınan *herkesin özgür olduğu* varsayımındaki *herkes* tabiri, hiçbir şekilde herkesi kapsamaz. Özgürlük, denetimi gerekli kılar çünkü ancak kendi benliği ve bedeni üstünde denetim kurabilmiş kişi toplum düzeni içinde özgür ve o düzenin bir parçası olarak yaşayabilir.

Modern hukuk, toplumsallaşma, eğitim ve sosyal psikoloji mekanizmaları üzerinde ya da bunlar sayesinde işleyebilen bir sistemdir. Geleneksel toplumlarda hukuk, din ve ahlâk birbirinden ayrışmadığı için orada durum farklıdır. Bu itibarla hukuk ve modernliğin kesiştiği nokta bireyselleşme olarak karşımıza çıkar.

Aşağıda özellikle Georg Simmel'in "Özgürlük ve Birey" adlı makalesinden esinlenerek bireyselleşme üstüne bazı notlar aktarmaya çalışacağım. A. Giddens'in modernlik ve T. Hobbes'un insan tabiatı üstüne söyledikleri bu notların çerçevesini çizmektedir.

I. Modernlik ve Birey

Giddens modernliğin kurumsal boyutlarını bir şema ile şu şekilde ortaya koymaktadır¹:

1. **Kapitalizm:** Rekabetçi ürün pazarları, ekonominin siyasetten yalıtılması ve başlı başına bir varlık kazanması.

2. **Gözetleme:** Gözetleme ulus-devletlerin temelindedir. Vatandaşlık olarak

adlandırılan bağ ile hukukî ve toplumsal düzenin kurulmasında kilit bir öneme sahiptir.

3. **Askerî iktidar:** Şiddet araçlarının kontrolü. Suçluların ve sapkınların kontrolü.

4. **Endüstriyalizm:** Tabiatın biçimlendirilmesi ve insanın tabiatla olan ilişkilerinde endüstri birincil önemdedir. Askerî gücün sağlanması. Savaşın endüstrileşmesi.

Bu dört unsur, modern bireyin yaşadığı çevreyi ve elbette bireyin kendisini belirler: kapitalist ekonomik yapı içinde görece özgür ve yalnız, geleneksel bağlardan kopmuş. Şiddet tekelinin devlete geçmesine rıza göstermiş olması (bu rıza teorik olarak sosyal sözleşmeye dayanır), bireyin devlet tarafından sürekli denetim altında tutulabilmesini de kolaylaştırmıştır. Bu sistem içinde siyasî yapı, toplumsal rızaya dayanır ve toplumsal rıza, Althusser'in deyimiyle Devletin İdeolojik Aygıtları eliyle üretilir.

Simmel "Özgürlük ve Birey"² adlı yazısında bireyselliğin İtalyan Rönesansı ile ortaya çıktığını söylüyor ve devam ediyor:

"Bununla [bireysellik ile *-ben yazdım*], bireyin ortaçağdaki ortaklık biçimlerinden, yani hayatının, faaliyetlerinin ve temel itkiilerinin örüntüsünü homojenleştirici gruplar içinde kısıtlamış olan biçimlerden içsel ve dışsal olarak kurtulmuş olması kastedilir. Söz konusu biçimler bireyin sınırlarının bulanıklaşmasına yol açmış, kişisel özgürlüğün, bünyevî biricikliğin ve kişinin

* DEÜ Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, Kalkedon Yay., İstanbul 2008, s. 12.

2 Georg Simmel, "Özgürlük ve Birey", *Bireysellik ve Kültür*, (çev: Tuncay Birkan), İstanbul, 2009, s. 211-218.

kendine duyduğu sorumluluk hissiniin ge-
lişmesini ketlemiştir adeta.”³

Geleneksel toplum yapısı bilindiği gibi Tönnies’in meşhur cemaat-cemiyet ikilisi içinde cemaat kategorisini teşkil eder. Cemaat burada, Simmel’in grup dediği kavrama tekabül eder. Simmel’in işaret ettiği kısıtlanma, geleneksel toplumda ve modern toplumda farklı anlamlara gelir. Geleneksel toplumda kısıtlanma dendiğinde, seçeneklerin sınırlılığı ve grup içinde erimişlik kastedilir. Bu bir bakıma *haberdar* olamamakla ilgili bir durumdur. Çevrenin darlığı, fizikî ortamdaki darlık, iletişimdeki darlık... Kısıtlanma, seçeneksizlik ve imkânsızlıkla ilişkilidir. İhtiyaçlar çok sınırlıdır ve bireye özgü değildir. Bireyin *özgünlüğe* ihtiyacı yoktur. Onu belli bir şey kılan kendi özgünlüğü değildir; aksine bir şey olabilmesi için özgün olmaması, toplum/cemaatin üyesi kalması, orada erimiş olması gerekir.

Kısıtların kaynağında bireyin kendisinden çok geleneğin imâl ettiği kalıplar vardır. Ancak iyi bilindiği üzere bu kalıplar aynı zamanda güven üretirler. Tehlike daha ziyade dışarıya ait bir unsurdur; *yabancı* ile ilgilidir. Giddens’in modern bireylere attığı ve “soyut sistemlerin işleyişine olan güven” şeklinde açıkladığı, gündelik hayatın rutinini sağlayan güven⁴ ile geleneksel toplumdaki bireyin, içine doğduğu gelenek tarafından kuşatılmış olmasının verdiği güven birbirinden farklıdır. Shinner modern ve geleneksel toplumların özelliklerini bir şema ile göstermiştir⁵:

Geleneksel	Modern
Yönetime katılımın düşük olması	Yüksek seviyede katılım
Benzer rol dağılımı	Farklılaşmış yapı
Kutsal normlarla yayılan kültür	Yüksek seviyede sekülerleşmiş veya rasyonelleşmiş kültür
Akrabalık ilişkisi temelli ve görece ufak toplumlar	Ulus Devlet
İç ve dış etkileşimlerden büyük ölçüde uzak ve kapalı	İç ve dış etkileşime son derece açık

Modernlik içindeki *birey söz konusu* olduğunda ise kısıtlama karmaşık ve içselleştirilmiş bir dizi davranış ve tutuma teka-bül eder. Bireyin bu şekilde oluşması yine karmaşık bir dizi toplumsal sürece tabidir. Elias buna nefis kontrolü (self-control) demektedir. Buna duyguların, öfkenin ve Goffman’ın *uygar ilgisizlik*⁶ dediği rutin gündelik karşılaşmalardaki tavırların kontrolü dâhildir. Foucault’ya göre bunun sağlanmasındaki temel güç, iktidarın disipline edici teknikleridir. Dolayısıyla geleneksel toplumdaki itaate dayalı kısıtlamaya mukabil, modern birey esas itibarıyla uymaya dayalı eğitimsel bir kısıtlamayı temellük etmiştir. Bu eğitim sayesinde kendi bedeni üstünde hâkimiyet kurarak karmaşık modern sistem içinde yaşayabilir. Aynı za-

3 Simmel, s. 211. Aynı görüş Fromm’da da var; FROMM Erich, *Özgürlük Korkusu*, Doruk Yay., (Çev. Selma Koçak), İstanbul, 2003, s. 41 ve 48.

4 Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Çev. Ersin Kuşdil), İstanbul, 1994, s. 33 vd.

5 L. E., Shiner “Tradition/Modernity: An Ideal Type Gone Astray”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 17, No. 2 (Apr., 1975), s. 249 (<http://www.jstor.org/stable/178008> Erişim 13.01.2010)

6 Giddens, s. 76 vd.

manda sistemin işleyebilmesi de buna bağlıdır. Özgür olarak kontrollü ya da kontrol-lü olarak özgür...

Simmel'e göre Rönesans insanının bireyselliğini vurgulayan şey özgürlüktür. Özgürlük farklılaşma ile belirir. Göze çarpma isteği, geleneksel biçim ve tarzlardan olabildiğince kopma arzusu. Simmel bu arzunun 18. yüzyılda özgürlük talebi halinde ifade edilmeye başlandığını söylüyor. Ona göre özgürlük talebinin esası, 18. yüzyıl insanının hırsını, kendini ortaya koyma gayretini ve "*toplum aleyhindeki çeşit çeşit garezi*" örtme çabası idi. Demek ki bireyselliğin ortaya çıkışında, geleneksel toplumun kısıtlarıyla⁷, artan bireysel talepler arasındaki gerilimin payı yüksektir. Ayrıca insanın ahlâkileştirme ya da başka bir ifade ile meşrulaştırma çabası/mecburiyeti, bu taleplerin özgürlük üzerinden ortaya konulmasına yol açmıştır. Çünkü kutsallaştırılan kavramlar üzerinden üretilen talepler, karşı düşünceleri daha ayaklanmadan bastırmakta elverişlidir.

Bireysel taleplerin (*bireysellik taleplerinin*) artışının temelinde yatan nedir? Ya da birey, bu özgürlüğü/özgünlüğü korumak ve kullanmak için talepte bulunmaya nasıl başladı? Elias'tan esinlenerek temel unsurun kapitalist üretim biçiminin yaygınlaşması ve üretimin küreselleşmesi sonucu iletişim ve görece tüketim imkânlarındaki artış olduğunu ileri sürebiliriz. Haberdar olmak, yeni problemleri beraberinde getirdiği gibi kişilik oluşumunda da yeni alanlar açmaktadır. Yani bireyselleşmenin temel bir sebebi de budur: iletişimin ve görgü-

nün⁸ artması. Bu, o insanın davranış bakımından daha kontrollü olmasını zorunlu kılarken, karar alma süreçlerinde daha bağımsız hareket etmesini sağlıyor. Bu sürecin varacağı yer şüphesiz daha fazla alan ve özgürlük talebidir ve aynı zamanda kısıtlanma ve disiplindir.

Peki, bireyin özgür(n)leşmesinden homojen kitleye (*kitleselleşmeye*) giden yol nasıl oluştu?

"Bu şekilde gerçeklik kazanmaya çalışan bireycilik, bireylerin doğal eşitliği kavramına, demin bahsedilen bütün kısıtlamaların yapay olarak üretilmiş eşitsizlikler olduğu ve bütün o tarihsel rastlantısallıkları, adaletsizlikleri ve insanların üzerinde yük oluşturan ağırlıklarıyla birlikte bunlardan bir kez kurtulduğunda kusursuz insanın ortaya çıkacağı anlayışına dayanıyordu. O insanın da ahlâk, güzellik ve mutluluk bakımından kusursuz olduğu için farklılık göstermesi mümkün olmayacaktı."⁹

"İnsan bütünüyle kendisi olmayan her şeyden kurtulduğunda, varlığının filli cevheri olarak geriye kalan genel insandır, onda ve başka herkeste yaşayan insanlıktır, sadece ampirik- tarihsel nedenlerle gizlenmiş, azalmış ve çarpıtılmış olsa da hep özdeş kalan temel özdür."¹⁰

Tabii hukukun temel varsayımları bu açıklamaları destekler. İnsanın özünde var olan adalet duygusu ve akıl, onu diğerleriyle eşit –en azından denk kılar. Evrensel insanlık normları bu düşünceden neşet eder. Simmel'in açıkladığı gibi bireyin mükemmelleşmesi aynı zamanda sıradanlaşması

7 "Bu kısıtlayıcı biçimler arasında şunlar sayılabilir: Yüksek zümrelerin imtiyazları ve ticaret üzerindeki despotik denetim; lonca sisteminin hâlâ güçlü olan kalıntıları ve kilisenin hoşgörüden yoksun baskıcılığı; köylü nüfustan yerine getirmesi beklenen angaryalar ve devlet idaresindeki paternalizmle yerel yönetimlere dayalı kısıtlamalar." Simmel, s. 212.

8 Burada görgü kavramında yine Elias'tan yararlanıyorum. Bu haliyle görgü kavramı, gündelik hayatımızın yüksek seviyede bir kontrol altında tutulduğunu gösterir. İçselleştirilmiş davranış kalıpları yoluyla gündelik ilişkilerimizde kabul görür ve özgür olabiliriz.

9 Simmel, s. 212-213.

10 Simmel, s. 213.

ve benzeşmesi anlamına gelir. Çünkü herkes, kendisini çevreleyen fazlalıkları attığında geriye saf insan kalacaktır. Özgünlük ve özgürlük arayışının geldiği teorik nokta budur: aynılaşmak. Ancak herkesi aynılaştırmak noktasına getiren bu teorik durum değildir. Modern toplum ve onun işleyişini belirleyen kapitalist yapı, devlet ve gözetleme, rıza üretimi ve propaganda kitleselleşmenin motoru konumundadır.

Simmel'in buraya kadar söylediklerinden bazı basit çıkarımlar yapılabilir:

◆ *İnsanlar doğal olarak eşittirler.*

◆ *Bütün eşitsizlikler sonradan yapay olarak üretilmiştir.*

◆ *Eşitsizliklerden kurtulmak demek kusursuz olan asıla ulaşmak anlamına gelir.*

◆ *Ki bu aynı zamanda (sonradan ortaya çıkmış ve yapay olan) farklılıkların yok olması anlamına gelir.*

Bu varsayımlar silsilesi en başından itibaren insanın tabiatının değiştirilebilir, daha ziyade de *bozulabilir olduğu* önermesini zımnen içermektedir. Modern öncesi geleneksel toplum insanı, dar bir çevrede, belli geleneksel üretim ve yaşayış kalıpları içinde yaşayan eşitsiz bir insandır. Rönesans, Aydınlanma düşünceleri ve bunların içindeki tabii hukuk, evrensel bir aklın tüm insanlarda nüve halinde mevcut olduğunu, tarihsel şartların insanları eşitsizliğe sürüklediğini (Rousseau), bu şartlardan ve eklentilerden kurtulunursa gerçek insana ulaşabileceği varsayımına dayanmaktaydı. Bence buradaki kilit çıkarım, insan tabiatının *bozulabilir ve temizlenebilir/düzeltilenebilir bir şey olmasıdır. Çünkü bu aynı zamanda insan tabiatının kurgulanabilir ya da değişebilir olduğunu da ima eder.*

Bu varsayımlar bize Hobbes'u hatırlatıyor. Hobbes'a göre de bütün insanlar doğal olarak eşittirler¹¹. Fazlalıklarımızın olmadığı dönem doğa dönemidir. İnsanların farklılaşması başka deyişle –ki insan zoon politikon değildir- boş olan özlerinin dolması tecrübeye ve bir arada yaşamaya bağlıdır. Toplumsallaşma süreçleri ile insan adları öğrenir veya adları öğrenerek toplumsallaşır. Doğru-yanlış ve adalet kurmaca değerlerdir. *Hakikat da*, toplum da, dil de kurmaca/uzlaşımaldır¹². Başka deyişle insan dışında hakikat yoktur ve insan da dil ve toplum yoluyla, tabiat halinden tabii olmayan bir hale geçer.

İnsan, Hobbes'a göre *zoon politikon değildir demiştik. De Cive*'de Hobbes bunu daha da netleştirir:

“Çocuklar ve eğitimsizler kuvvetleri konusunda cahildirler ve toplumun yokluğunda nelerin kaybolacağını bilmeyenler onun yararlılığından da habersizdir¹³. Bundan dolayı, birinciler topluma katılamazlar, çünkü onun ne olduğunu bilmezler ve ikinciler ise bunu umursamaz çünkü onun yaptığı iyilikleri bilmezler. Dolayısıyla, tüm insanların (hepsi de bir bebek olarak dünyaya geldiğine göre) toplum için uygun doğmadıkları âşikârdır; ve çoğu da (belki çoğunluğu) zihinsel hastalıklar veya eğitim eksikliği yüzünden hayatları boyunca öyle kalırlar. Yine de bir çocuk ve yetişkin olarak insan doğasına sahiptirler. Bu nedenle, insan topluma doğa yoluyla değil ama **disiplin/egitim** yoluyla uygun hale getirilir.”¹⁴

Şimdi, modernliği mümkün kılan bireyselleşmenin nasıl sağlandığını anlamak üzere Hobbes'tan çıkardığımız verileri birleştirelim.

11 “Doğal durum, tek tek, özgür ve eşit bir ‘yığın’ gücün birbiriyle savaştığı bir eşitlik durumudur. Evet, doğa, insanları eşit yaratmıştır.” Solmaz Zelyut Hünler, *Dört Adalı, Paradigma Yay.*, İstanbul, 2003, s. 21.

12 Hünler, s. 18.

13 Thomas Hobbes, *De Cive*, Çev. Deniz Zarakolu, İstanbul, 2007, s. 25.

14 David Burchell, *Disciplined Citizen: Thomas Hobbes, Neostoicism and the Critique of Classical Citizenship*, *Australian Journal of Politics and History*, C. 45, S. 4, 1999, s. 509.

- ◆ *İnsanın toplumsallığı yapay (artificial) dır. (İnsan toplumsal bir hayvan değildir, toplumsallığı öğrenen bir hayvandır.)*
- ◆ *İnsan adlar aracılığıyla hakikati üretir ve biraradalık tabii değildir.*
- ◆ *İnsan tekleri bunu eğitim yoluyla öğrenirler.*

Demek ki toplumsal düzene geçiş ile birlikte, insanın tabii yapısı bozuldu ve insan kurmaca ve yapay bir düzenin içinde şekillenmeye başladı. Düzen, insanın mutlak/tabii özgürlüğünü kısıtladığı gibi kişiliğini de tabiatın dışına çıkarmıştır. Bu durum modern ya da geleneksel, küçük ya da büyük her tür toplum için geçerlidir. Toplumsal düzen içine giren insan belli kısıtlar altına girer, iktidar ilişkilerine tâbi olur. Buna mukabil, toplumun birikimi ve dayanışma ile karmaşık sistemleri bile anlayabilecek ve bu sistemlerde yaşayabilecek kapasite artışına sahip olur. Modernlik, geleneksel toplumdaki daha tabii ve daha kendiliğinden oluşmuş, kendi başına her hangi bir anlamı ve kimliği olmayan insanı, eğitim ve endüstri yoluyla dönüştürmüştür. Teorik olarak modern toplumdaki birey, her hangi bir topluluğa, cemaate, cemiyete vs. ait olmakla değerli olmaz. Onu değerli ve anlamlı kılan, bizatihi olduğu şey yani insan olmasıdır. Kendi kimliğini belirleyen yine kendi tercihleridir.

Modernlik denilen dönüşümün görünür kısmı teknoloji, ulus-devlet ve endüstri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tüm bu mekanizmanın işlemlerini sağlayan ana unsur insanın kapasitesindeki artıştır. Bir benzetme yaparsak işlemci ve ram belleğin yükselmesi. İnsanın bilgi ve becerisindeki birikimin çok daha küçük yaşlarda edinilmesi, bütün o devasa karmaşıklıkta toplumsal sistemlerin işleyişini sağlar.

Modernlik, insan tabiatının manipüle edilebileceğinin fark edilmesi ile asıl mecrasını bulmuştur. Şüphesiz bu yeni bir bilgi değil, ancak bireyin bir ulus devlet içinde

ve hukuka konu kılınarak ayrıntılı biçimde ortaya konması bakımından yepyeni bir şekilde kullanılan bir bilgidir. Bu bilginin üretimi de ayrı bir iktidar ilişkileri ağının parçasıdır.

Son bir not olarak şu söylenebilir: Ulus-devlet sürecinde birey özgürlük ve özerklik üzerinden tanımlandı ve kurgulandı. Ancak sonraları “post modern” olarak adlandırılan zamanlarda, bireyin yine kimlikler ve aidiyetler üzerinden tanımlanmaya başladığını görüyoruz. Dolayısıyla bir bakıma evrensel bireyden yine yerel, cemaat içinde ve cemaat içinde olmakla anlam kazanan bireye bir geri dönüş var gözlemliyoruz.

II. Hukuk ve Modernlik

Geleneksel hukuktan bahsettiğimizde esasen ahlâk, din ve hukuk kurallarının ayrışmadığını görüyoruz. Yine kapitalizmin bir sonucu olarak özel hukukun dallarındaki çoğalma da bu dönemde yoktur. Kamu hukuku anlayışı, hukuk devleti öncesi yapıyı yansıtır.

Kapitalizmin, toplumun varlığını çıkar üstünden tanımladığını biliyoruz. Teoriye göre bireylerin kendi çıkarlarını gözetmeleri, toplamda bütün toplumun menfaatini sağlar. Modern hukuk, toplumdaki çıkar çatışmalarının dengeye ulaştığı ve bir iktidarın oluştuğu noktada ortaya çıkar. Dolayısıyla geleneksel yaklaşımın aksine adil olan, çatışma sonrası ulaşılan denge durumuyla belirlenir. Geleneksel yaklaşımda adil olan bellidir; çatışmanın sonucu bunu değiştirmez. Hâlbuki hukuk hiçbir vakit toplumun bütününe yayılan bir uzlaşmanın sonucu olmadı. Hele ki modernleşmeyi hedef edinen toplumlarda, hukukun mühendislik yönü çok daha baskındır.

Foucault’yu hatırlarsak normalleştirme süreçlerinin hukukla yakından ilgili olduğu görülebilir. Modern hukukun uygulanma kabiliyeti ya da başarısı diyelim, bireyle-

rin özgür, özerk olmalarıyla ve anlama ve algılama kapasiteleriyle doğrudan ilgilidir. Bu iki yönlü değerlendirilebilir. Bu kapasite artışının sağlanması yoğun bir eğitim ve inşa faaliyetine bağlı. Bireylerin uslu (docile) ve itaatkâr olmaları ulus-devletin birey üretmedeki başarısını gösterdiği gibi, ulus devletin şiddetine ve ceberutluğuna delil olarak da okunabilir.

Postmodern olarak anılan yaklaşım bireyin özgürlüğüne ve farklılığına vurgu ya-

par gibi görünse de aslında cemaatleşmeyi destekler görünüyor. Eğer postmodern hukuk diye bir şey varsa, bu kültürel atomlara bölünmüş gruplara, bu grupların taleplerine göre uygulanan bir hukuk olarak görülüyor. Ancak dünya hâlâ ulus-devlet sistemi üzerinden işlemektedir ve bu sistem devam ettiği sürece ulusal sınırları kapsayan modern hukuktan başka yol görünmemektedir.