

STATÜDEN SÖZLEŞMEYE, SÖZLEŞMEDEN İSTEME Hukuk Biçiminin Dönüşümü FROM STATUS TO CONTRACT, FROM CONTRACT TO CLAIM Transformation of the Form of Law

Olcay HAYTA*

Özet: Sözleşmenin yalnızca belirli bir hukuki işlem olmadığı, aynı zamanda hukukun ondan doğup geliştiği temel ilişki olduğunu savlayan Meta Mübadelesi Okulu'nun kavram setini kullanan bu makale, Marx'ın değer biçimi tartışmasıyla ekonomi politiği taşıdığı ileri ufukların etkisi altında, *hukuk biçimi* kategorisini tartışmaya açma iradesinin ürünüdür. Bu kapsamda, Henry Sumner Maine'in, hukukun statüden sözleşmeye doğrusal gelişimi iddiasına referansla *statüler geri mi dönüyor?* serzenişlerinin duyulduğu her noktada, *sözleşme biçimi* aleyhine gelişen yeni bir biçimin (*istem biçiminin*) kavranmasındaki eksikliğin, bilim olma iddiasındaki hukuku, taşıdığı iddiadan uzaklaştırdığını savlamaktadır. Bahse konu ayrışmanın aşılması amacıyla, genel olarak *hukuk biçimi* kategorisinin ve özel olarak da *istem biçiminin* hukuki tartışmaya dahil edilmesinin gerekliliği iddiasıyla bu makale, günümüz toplumunda fetişistlik bir konum kazanan hukuku konumundan etmeye yönelik bir girişimdir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Biçimi, İstem Biçimi, Statüden Sözleşmeye, Sözleşmeden İsteme, Paşukanis

Abstract: By using the concepts of the Commodity Exchange School of Law, which argues that the contract is not only a specific legal transaction, but also the fundamental relationship from which law emerges, this article aims to bring the category of *form of law* up for discussion. In this context, it is contended that there is a widespread inability to comprehend a new form of law (*the claim form of law*) that progresses to the detriment of *the contractual form of law*, that shows itself in questions like *are statutes back again?* Legal science gets diverged from the assertions it bears on its name, unless properly comprehends *the claim form of law*. In order to overcome the divergence mentioned, it is contended that the category of *form of law* in general and *the claim form of law* in particular should be included in the legal discussion; and by doing this, this article is an attempt to displace the law, which has gained a fetishistic position in today's society.

Keywords: Form of Law, Claim Form of Law, from Status to Contract, from Contract to Claim, Pashukanis

* Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, olcayhayta1871@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1278-4581, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.09.2022, Kabul Tarihi: 19.12.2022

GİRİŞ

Modern toplumda, hukuki ilişkinin yaygınlığı ve kapitalist toplumsal ilişkinin yeniden üretilmesi için taşıdığı önem o seviyededir ki Althusser, kilisenin feodal toplumda üstlendiği rolü hatırlatarak feodalizmin ideolojisinin din ideolojisi olmasına koşul olarak kapitalizmin ideolojisinin hukuk ideolojisi olduğunu saptar.¹ Bu saptama, bir yandan hukukun layığıyla kavranmasının gerekliliğine (toplumsal ilişkilerdeki yaygın konumu sebebiyle) diğer yandan bu çabanın, (hukukun ideolojik karakteri sebebiyle) pek çok zorluk barındırdığına işaret eder.

Temel haklar sistematığı içerisinde mülkiyet hakkı etrafında örülen “özgürlük”ler kapitalist toplumun ve onun güvencesi olarak sunulan *hukukun* ayırt edici niteliği olduğu kadar meşruiyet kaynağıdır da. Ne var ki insanlar arası ilişkiyi malikler² arası ilişkiye dönüştüren iddia edildiği gibi “özgürlük” değil “sözleşmeye bağlılık”tır. Tekil bir hukuki işlem olmanın ötesinde, hukukun bir toplumsal norm olarak kavranması bakımından sözleşmenin önemine işaret eden Henry Sumner Maine, hukuk literatüründe, ülkemizde değilse bile,³ kayda değer bir yere sahiptir.⁴ 1860 tarihli Antik Hukuk adlı kitabında, Maine, modern hukuk öncesinde bireylerin belirli statüler içine doğduklarını ve kendi iradeleriyle bu statüleri değiştirmelerinin mümkün olmadığını; ilkel toplumların birbirlerine statü ile bağlı, mülkiyeti ortaklaşa kullanan ailelerden oluştuğunu; ailedeki en yaşlı erkeğin sözünün aile üyeleri-

¹ Louis Althusser, *Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş*, Can Yayınları, İstanbul, 2020, s.179.

² Toplumun büyük çoğunluğunun yalnızca çalışma gücü (emek-gücü) sahibi olması, burada bahsedilen malikler arası ilişkiyi olumsuzlamaz; bilakis onun yeniden ve yeniden üretilmesinin koşuludur.

³ Dilimizde hukukun evrimine (Maine) ilişkin yapılan tek çalışma, Fehmiye Ceren Akçabay'ın yüksek lisans tezidir. Ne anılan tezin kaynakçasında ne de Türkiye Makaleler Bibliyografyasında Maine (ya da statü- sözleşme ilişkisi) üzerine yapılmış bir çalışmaya rastlanmadı. Bu değerlendirmeyi olumsuzlayan tek çalışma anılan tezin kaynakçasında bulunmayan, Manfred Rehbinder'in makalesinin çevirisidir. Bkz. Manfred Rehbinder, “Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü - Sözleşme - Rol”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1969, C. 26, S. 1, s. 77-106.

⁴ Katharina Isabel Schmidt, “Henry Maine’s ‘Modern Law’: From Status to Contract and Back Again?”, *The American Journal of Comparative Law*, Mart 2017, C. 65 S. 1, s. 162.

nin uymak zorunda oldukları kanunlar olduğunu ileri sürmektedir.⁵ Maine, ilk hukuk olarak kavradığı bu başlangıç noktasından hareketle, hukukun, bireylerin uymak zorunda oldukları yükümlülüklerden (statüler), koşullarını kendilerinin belirledikleri sözleşmelere doğru “ilerlediğini” savlamaktadır. Antik toplum ve hukuk hakkındaki savları farklı çalışmalarla yanlışlansa da 1800’lerin son çeyreğinden bu yana, toplumsal gerçekliğin sözleşme biçimiyle hukukileştirilmesinin mümkün olmadığı her durakta, Maine’e referansla “statülere geri mi dönülüyor?” soruları literatürde yeniden üretildi, üretiliyor.⁶ Bu anlamda, yani hukuk söylemini belirlemekteki gücü ölçüsünde, Maine’e ve onun bu gücünün kaynağı olan eseri Antik Hukuk’a yakından bakmak zorunludur. O halde şimdi kalemi Maine’e verelim.

HUKUKUN EVRİMİ: STATÜDEN SÖZLEŞMEYE - HENRY SUMNER MAINE

Antik toplumda insanlar, patriarkal despotik düzende, hukukun değil kaprisin kontrolü altındaydı.⁷ Batıda, aristokrasi, siyasal bir oligarşi olarak, yasama yetkisini ele geçirmiş ve Doğu’daki din adamları kastından farklı olarak, tanrısal çıkarımlar yapmak yerine geleneğin bilgisini kendilerinde tekelleştirmiştir. Doğuda, batının aksine, toplumdaki dini öge askeri ve siyasi ögelerden daha imtiyazlı bir konumda olmuştur. Askeri ve sivil aristokrasiler eğer tamamen ortadan kaldırılmamışsa, imtiyazlı bir dini kast tarafından çevrelenmiş tüm yetkileri elinde toplayan monarşiler olarak karşımıza çıkar.⁸ Batıda, aristokrasi, bilgi tekeline dayanarak idareyi sadece kutsal bir öncülükle değil, aynı zamanda kanunların bilgisinin meşruluğuna da dayanarak gerçekleştirir.⁹ Aristokrasinin bilgi tekeline dayanan toplumsal pozisyonu için gelenek ve emsaller, sistematik bir şekilde örfi/geleneksel hukuka girmiştir. Yazının icadı ile aristokrasi bilgi tekeli yitirir ve örfi hukuk dönemi sona erer, gelenekler yazılı kurallar halini alır. İmtiyazlı bir azınlık (papazlık koleji, rahipler topluluğu, belirli bir kast) tarafından

⁵ Henry James Sumner Maine, *Ancient Law*, Henry Holt and Company, Newyork, 1906.

⁶ Bkz. Rehbinden

⁷ Maine, s. 6

⁸ Ibid. s. 10

⁹ Ibid. s. 11

bilinen hariç olmak üzere yazılı olmayan hukuk diye bir şey yoktur.¹⁰ İngiliz içtihat hukuku (case-law) için yazılı olmayan hukuk nitelen-dirmesi yapılırsa da aslında burada kastedilen yasa formunda olmayan hukuktur; yoksa yazılı olmayan hukuk değil.¹¹

Doğal hukuk söyleminin modern toplum için taşıdığı anlamın, modern olmayan toplumlar ve onların hukukuyla örtüşmesi mümkün değildir.¹² İlkel toplum modern toplumdan yola çıkılarak kavranamaz çünkü eski çağlarda toplum, aileler kümesidir; bireyler topluluğu değil.¹³ İlkel toplumda, en yaşlı erkek, aile üzerinde mutlak bir hakimiyete sahipti. Hakimiyeti, mahiyetinin yaşaması ya da ölümü hakkında karar vermek de dahil olmak üzere alt soyu, evi ve köleleri üzerinde tartışmasız biçimde etkindi.¹⁴ Antik toplumda, hukuk despotik babanın sözüdür. Bu toplum, babanın mutlak egemenliğiyle kurulan ailelerin birliğidir.¹⁵ Ailede babanın mutlak otoritesi vardır; aile içi ilişkide toplumsal kurallar değil babanın kuralları geçerlidir. Toplumsal ilişki, aile babaları arasındaki seremonin ötesine geçmez... Suç kolektif bir edimdir ve sonuçları onu işleyenlerden daha fazla kişiyi bağlar. Suçlu bulunan kişi ile birlikte ve bazen onun için onun çocukları ve akrabaları da cezalandırılır.¹⁶ Topluluklar, patriarkal reis öldüğünde aileler bir arada kaldığı ölçüde varlığını sürdürmüştür: Roma ve Yunan devletlerinin kuruluşları bu kurala uyan örneklerdir.¹⁷ Babanın mülk ve kişiler üzerindeki bahse konu yetkisi, ilerleyen süreçte, Roma Hukukunda, *patria potestas* olarak karşımıza çıkar.¹⁸ Babanın gücü, aynı kökene yaslansa da, Helenistik Toplumda, farklı bir biçimde, onun bilgeliğine dayanan bir ilişki olarak varlığını sürdürmüştür.¹⁹ Roma Hukukunda *patria potestas* kurumunun gücünü yitirmesi (yumuşaması) imparatorluğun kuruluşuyla olmuştur.²⁰ Babanın çocukları üzerindeki yetkisi ilerleyen zamanlarda kağıt üzerinde kaldıysa da, çocuklarının

¹⁰ Ibid. s. 12

¹¹ Ibid. s. 13

¹² Ibid. s. 69 vd.

¹³ Ibid. s. 75

¹⁴ Ibid. s. 119

¹⁵ Ibid. s. 121

¹⁶ Ibid. s. 122

¹⁷ Ibid. s. 123

¹⁸ Ibid. s. 130

¹⁹ Ibid. s. 132

²⁰ Ibid. s. 135

mülki üzerindeki yetkilerini, kanunla yaptırma bağlandığı dönemde dahi kullandığı bilinmektedir.²¹ Antik hukuk, kadını kan bağı olan akrabalarına tabi kılarken modern hukuk kadını kocasına tabi kılar ki bu kayda değer bir tarihsel değişimdir.²²

İlerici toplumların hareketinin bir açıdan tek tip olduğu söylenebilir: aşamalı olarak aileye bağımlılığın çözülmesi ve bireysel sorumlulukların çoğalması. Birey, medeni kanunun muhatap aldığı birim olarak istikrarlı bir biçimde ailenin yerini aldı. Değişim değişik hızlarda olmuş veya oluyor olabilir ancak bahse konu değişim reaksiyon ya da geri tepmeye konu olmaksızın, (doğrusal olarak) sürmektedir. İnsanlar arası ilişkide, ailede kökenini bulan hak ve yükümlülüklerin yerini neyin aldığı sorusunun cevabı sözleşmedir. Tarihin belirli bir durağında insanlar arası tüm ilişki aile ilişkilerine indirgenebilmekteyken, tarihsel süreç boyunca, bireylerin özgür anlaşmalarına dayanan toplumsal düzene doğru genel ve istikrarlı bir yöneliş olduğunu görüyoruz. Batı da bu doğrultuda kaydedilen gelişme muazzamdır.²³ Böylece, köle statüsü, efendi ve hizmetli arasındaki sözleşmesel ilişkiye yerini bırakmıştır. Kişiler hukukunda statünün tüm biçimleri eski zamanlarda aileye dayanan yetki ve imtiyazlardan türetilmiştir.²⁴ Eğer *statü* kavramı, sözleşme ilişkisine işaret eden bir anlamda değil de yalnızca kişisel koşullara işaret etmek için kullanılırsa, ilerici toplumların şimdiye kadar kaydettiği gelişimin *statüden sözleşmeye* olduğunu söyleyebiliriz.²⁵

Maine, örfe hukuktan modern hukuka ilerleyişi sağlayan araçlar olarak hukuki kurgu, eşitlik ve yasamaya işaret etmektedir.²⁶ Hukuk, Maine'in anlattığında, Hobbes ve Rousseau'nun aksine, doğal durum olarak sunulan patriarkal despotizmin bir ögesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Antik Hukuk kitabı, hukuksal dünya görüşünün²⁷ kayda değer bir örneği olarak, toplumsal gelişim ve farklılaşmanın hukukun gelişiminin ürünü olduğunu savlamaktadır. Bu eserde, hukuksal geli-

²¹ Ibid. s. 136

²² Ibid. s. 149

²³ Ibid. s. 163

²⁴ Ibid. s. 164

²⁵ Ibid. s. 165

²⁶ Ibid. s. 14 vd.

²⁷ Onur Karahanoğulları, Marksizm ve Hukuk – Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s. 25 vd.

şimin toplumsal yaşama en dolaysız etkisi, statülerden doğan sorumlulukların yerini sözleşmeden doğan sorumluluklara bırakmasında görülmektedir. Maine'in Antik Hukuk'ta statü ve sözleşme arasında kurduğu ilişki, hukuk biçimi tartışmasının adı konulmamış ilk örneği olarak değerlendirilmeyi hak etmektedir. Diğer bir deyişle, Maine, bu kavramları kullanmamışsa da (statü) yükümlülük biçimiyle (obligation form of law) başlayan hukukun, hukuki kurgu, eşitlik ve yasamanın kullanımıyla sözleşme biçimine (contractual form of law) doğru ilerlediğini, bir biçimden başka bir biçime sıçradığını savlamaktadır. Antik Hukuk kitabı, temelde bu sava indirgenbilir.

İNSANLAR ARASI İLİŞKİYİ HUKUKİ İLİŞKİYE DÖNÜŞTÜREN SÖZLEŞME

Hukuk disiplini altında araştırmacının nesnesi, hukuk kuralları ve mahkeme kararlarıdır. Bunların analiziyle, hukuki ilişkiyi parçalara ayıracak olsak iki ögeyle karşılaşırız: insanlar arası ilişki ve bu ilişkinin belirli bir biçimde yeniden üretilmesi için kullanılan zorlama (zor kullanma)²⁸ (özgürlüğü kısıtlamak, mala el koymak, alt soyuyla görüşmesini engellemek, vb.). Toplumsal normun hukuk biçimini toplumsal normun diğer biçimlerinden (din, ahlak, aile, vb.) ayıran unsur, doğrudan doğruya kendini eli verir gibi görünmektedir: zor kullanma.

Analiz derinleştirildiğinde, görünenle tezat oluştururcasına, hukuk biçiminin ayırt edici unsurunun, zor kullanımından değil, zor tekeliyle güvenceye bağlanan kuralların özgünlüğünden doğup geliştiği görülmektedir. Bir başka deyişle, hukuku insanlık tarihinde bir durak olarak yaratıp geliştirenin, ilksel hukukun öznesi olan *pater familias*ların, köleleriyle kurdukları değil *pater familias*larla kurdukları ilişkidir. *Pater familias*lar arasındaki ilişki, değişim ilişkisidir. Topluma (*gens*) ait olan üretim araçlarının ailelere paylaştırılmasının doğal sonucu, toplumsal ürünün onu üreten ailelerin malı olmasıdır. Üretim alanında yaşanan bu dönüşüm toplumsal ilişkiye dolaysız bir etkide bulunur: toplumsal ilişki, insanlar arasındaki ilişki olmaktan, insanların sahip oldukları ürünler aracılığıyla girdikleri ilişkiye (değişim) dönüşür. Toplam toplumsal üretimde artış sağladığı için toplumsal olandan bireysel olana yöneliş, toplumsal ürünün değişimin tarafı olan meta-

²⁸ Hukuki söyleme "cebri icra" olarak yerleşmiş olan özellik.

lara dönüşmesiyle ele ele ilerler. Üretimin toplumsal düzeyde örgütlendiği aşamada değişim, yalnızca *gensler* arasında ve rastlantısal bir biçimde gerçekleşirken, üretimin aileler arasında paylaştırılan üretim araçlarıyla gerçekleştirildiği aşamada değişim, toplumsallığı sağlayan bağ olarak aileler arasındaki merkezi bir ilişki haline gelir.²⁹ Kapalı aile ekonomilerinin sınırlılığından toplumsallığa geçiş ancak metaların dolayımıyla temas eden *pater familias*ların ilişkisinde, birbiriyle üretim fazlaları olan ürünlerin değişimi yoluyla gerçekleşir. Toplumsal ilişkinin söz konusu dönüşümü bir yandan toplumsal ürüne, fiziki özellikleriyle tüketicinin ihtiyaçlarını tatmin eden bir şey olmasının (kullanım-değeri olmasının) yanında değişime konu olabilme (değişim-değeri taşıyıcısı olma) özelliği de kazandırırken; diğer yandan değişimin taraflarını hukukun öznesine dönüştür.

Toplumsal normun hukuk biçimini, emek ürününün meta biçimiyle ilişkilendirerek hukuk genel kuramını ortaya koyan Paşukanis'e kulak verelim:

*"Gelişmenin çıkış noktasını insanın nesnelere olan organik, 'doğal' ilişkisi, yani sahiplenme oluşturmuşsa da bu ilişkinin hukuksal bir ilişkiye dönmesi mal dolaşımından yani alım-satımdan doğan ihtiyaçların etkisiyle olmuştur... Yerleşmiş bir pazarın oluşumu, metalara tasarruf etme hakkının ve bunun sonucu olarak mülkiyet hakkının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Eski Roma Hukukunda, mülkiyetin özelliği, mancipatio per aes et libram (para karşılığı, serbestçe satma), mülkiyetin iç mübadele ile eşzamanlı olduğunun göstergesidir."*³⁰

İç pazarın, değişim ilişkisini istikrara kavuşturarak, metaların değerlerinin evrensel eşdeğerle ifade edildiği aşamaya tekabül ettiğini, Marx, Kapital'in I. cildinde ortaya koymuştur.³¹ Evrensel eşdeğerin ya da günlük ifadeyle paranın, tek kullanım değeri, değer taşıyıcısı/ifadesi olmasıdır. Değişim dışında hiçbir işe yaramayan bir şey olarak paranın toplumsal ilişkide yaygın bir yer edinmesi, ürün fazlasının her adımda daha fazla değişilmesinin sonucu olması yanında toplumsal ilişkide bir

²⁹ Friedrich Engels, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Sol Yayınları, Ankara, 2005, s. 189 vd.

³⁰ Evgeni Bronislavoviç Paşukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 123-4

³¹ Karl Marx, Kapital I. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007, s. 76-81

farklılaşmanın da ifadesidir. Paraya sahip olan taraf belirli bir faydaya değil, sahip olduğu nicelik nispetinde pazara getirilen *tüm toplumsal faydaya erişme olanağına* sahiptir. Paranın söz konusu niteliği, insanın ürünle kurduğu doğal ilişki olan sahiplik ilişkisini tüketir. Sahip olan, ihtiyaçlarını tatmin aracına sahiptir (on binlerce yıldır süregelen doğal ilişki). Sahip olunan meta, para olduğunda ise, sahip hiçbir doğrudan faydaya erişemez; fakat değişim yapmaya zorlanır. Bireyin ürünle kurduğu ilişkiyi sahiplikten mülkiyete dönüştüren işte tam da bu zorlamadır. Çünkü artık ürünle ilişki değil, ürün dolayımıyla toplumla ilişki söz konusudur. Para, sahip olduğu fiziksel özelliklerle hiçbir tüketici ihtiyacını tatmin edemez. Ama para sahibi ihtiyacı olan metalara, para aracılığıyla toplumla kurduğu ilişki sayesinde ulaşabilir. Toplumsal ilişkinin, doğrudan doğruya insanlar arası ilişki olmaktan, insanların metaları dolayımıyla kuruldukları bir ilişkiye dönüşmesinin, bireyin emeğinin ürünüyle kurduğu ilişkiye yansması, sahiplikten mülkiyete geçiştir.

Para, diğer pek çok dönüşüm yanında, sahiplikten mülkiyete geçişin de temsilcisidir. Cebinde parası olan kişi, kendisine hiçbir doğrudan fayda sağlamayan ve üzerinde bir merkez bankasının adını taşıyan kâğıda ve o kâğıdın temsil ettiği toplumsal değere maliktir.³² Paranın maliki, tıpkı elma ya da kitabın maliki gibi metası üzerinde “ayni hakka” sahiptir. Yani “herkes hak konusu eşya üzerinde faaliyette bulunmaktan kaçınmak zorundadır ve [hiç kimse] davranışlarıyla eşya/şey üzerinde hak sahibine engel olamaz (Paşukanis, 2002:123)”. Ancak değer (değişim) ilişkisinin sonucu olarak doğan para, diğer tüm metalardan niteliksel olarak farklıdır. Bu durum, para sahibini, sahiplik ilişkisindeki doğal yönü aşan ve onu ürüne değil topluma bağlayan yeni bir biçim doğurur. Kişinin eşyayla ilişkisinin toplum dolayımıyla ifade edilmesi gerekliliği (üçüncü kişileri eşyadan yasaklama), kişinin toplumla ilişkisinin şeyler dolayımıyla kurulduğunun hukuki ifadesidir. Çünkü para sahipliği, ancak üçüncü kişilerin ürettiği metalara erişme imkânı sağladığı ölçüde ürünle sahip arasındaki bir ilişkidir; yani aslında bu ilişki ürünle sahibi arasında değildir; ürün yalnızca toplumsal ilişkinin kurulması için bir dolayım/katalizördür. Paranın kendisi, topluma, para sahibinin ihtiyaçlarını karşılayabileceği, tabiri caizse “gerçek” kullanım-değerlerini sunma “borcu yükler.” Sahiplik, bire-

³² Paranın mülkiyetle ilişkisi itibari olmayan paralar içinde geçerlidir.

yin ürünle ilişkisi iken; mülkiyet, bireyin toplumla hakka konu mal üzerinden ilişkisidir.

Zor kullanmanın ayırt ediciliğiyle kendini gösteren hukukun, pazarda karşı karşıya gelen maliklerin “özgür” iradelerinin ürünü olması, sağduyuya aykırı görüldüğü oranda hukukun bilimsel kavranışına yakın düşmektedir. Hukuk, toplumsal ilişkinin, insanlar arası ilişkiden, malikler arası ilişkiye dönüşmesine sebep olan değişimin, toplumsal yeniden üretim için zorunlu hale geldiği aşamada, yani her gün tekrar tekrar taraf olunan sözleşme ile doğmuştur (iç pazarda temsilini bulan istikrar kazanmış değişim). Maine’in, hukuku, insanlığın doğal durumu olarak gördüğü ataerkil despotik dönemden beri var olan bir toplumsal biçim olarak kavraması onun hukuk genel kuramına ilişkin hatasıdır. Ancak onun bu hatası, hukuki biçimde değişiklik olarak kavranması mümkün olan *statüden sözleşmeye* yaklaşımının Paşukanis’in yolunu açtığı çizgiden yorumlanmasına engel olmamaktadır.

MAİNE’İ PAŞUKANİS’LE OKUMAK: STATÜDEN (PARA-BİÇİMDEN) SÖZLEŞMEYE (SERMAYE-BİÇİME)

Emek ürününün meta biçimi (değişim) ile toplumsal normun hukuk biçimi arasında çok kuvvetli bir bağ olduğunu savlayan yaklaşım (Paşukanis’in kurucusu olduğu Meta Mübadelesi ya da Hukukun Sönümlenmesi Okulu) bakımından, hukukun dönüşümünün kavranması, metanın değişim değerindeki farklılaşmayı ifade eden değer biçiminin dönüşümünün kavranmasını gerektirmektedir.

Marx’ın her sermaye paradır ama her para sermaye değildir tespiti; para-biçim ile sermaye-biçim arasındaki yakın bağı ortaya koyar. Bu ilişki, modern (kapitalist) hukuk ile Roma Hukuku arasındaki bağı yakınlığıyla hukuk disiplini içerisinde de ortaya konulmuştur. Roma hukukunun borçlar (*yaşayanlar arasındaki mal varlığı hukuku* ya da kişilerin mallar dolayısıyla kurduğu ilişkinin hukuku) ve eşya hukuku (*mallar üzerindeki haklar*) bölümlerinin, modern hukuka neredeyse değiştirilmeden alındığı bilinmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, ticaretin merkezinin Roma olması ve medeni ilişkilerin değişmesine karşın ticari ilişkilerin değişmeden sürmesi gösterilmektedir.³³ Öyle ki

³³ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları İstanbul, 2005, s. 7

Roma Hukuku ve kapitalist hukuk, hukuk olmaları yönüyle sözleşme ilişkisinin tüm temel kavram ve öğelerinde ortaklaşırlar: *“Roma Hukuku, borçlar hukuku alanında olağanüstü bir gelişme göstermiştir. Borçların birçok ilkesi, kavramı, akit, haksız fül, borcun sona erme sebepleri, çeşitli akit tipleri, temerrüt, hata, hile, tehdit, sebepsiz zenginleşme ve diğerleri inceden inceye işlenmiştir”*.³⁴

Para-biçiminden sermaye-biçimine geçiş, basit meta üretiminden genelleşmiş meta üretime geçişi ifade eder. Kapitalizm öncesi toplumsal formasyonlarda doğrudan üreticiler (emekçiler) çeşitli bağımlılık ilişkileri altında yaşıyor ve çalışmalarının sonucu olan ürüne ya sahip olmuyorlar (köleler) ya da sahip oldukları ürünlerle ancak istisnai koşullarda değişime taraf oluyorlardı. Kapitalist toplumu kendinden önceki toplumsal formasyonlardan ayıran en belirgin özellik, doğrudan üreticilerin arızı olmayan bir şekilde çalışma kapasitelerine meta olarak malik olmalarıdır. Kapitalist toplum öncesinde karşılaşılan basit meta üretimlerinin hiçbirinde, tüm toplumu kapsayacak bir genelleşme, doğrudan üreticilerin “özgür” olması söz konusu değildi; çünkü topraktan doğan yükümlülüklerden azade olmak topraksız olmayı ve aç kalmayı beraberinde getiriyordu. Ancak genelleşmiş meta üretiminin ekonomik yapısı, doğrudan üreticileri, eski toplumun tüm bağımlılık ilişkileriyle birlikte kendi geçimlerini sağlamak için gerekli olan üretim araçlarından (toprak, ham madde ve her türlü alet edevat) özgürleştirerek işçileştirdi.

Bahsi geçen işçileştirme süreci, doğrudan üreticiyi, para sahibinin toplumla metası dolayısıyla kurduğu ilişkiye benzer bir ilişkiye iter. Paraya sahip olanın para üzerinden toplumla ilişki kurmasının paranın özgünlüğünden kaynaklanan bir zorunluluk olması gibi, doğrudan üreticinin, doğrudan üretici olarak sahip olduğu çalışma potansiyeli, onu işçileştirirken üretim araçlarının ondan koparılması sebebiyle onun mülkü olan emek-gücü metasına dönüşür. İşçi, emekçi olarak var olabilmek için çalışmak, çalışmak için toplumla emek pazarından geçen bir ilişki kurmak zorunda kalır ve pazarda sadece maliklerin sesi işitilir. Emek faaliyetinin doğallığı, çalışma potansiyelinin mülkiyete (emek-gücü metasına) dönüşmesiyle sona ererek hukukun konusu haline geldi. Bu durum, kapitalist toplumda, başka hiçbir toplumda

³⁴ Ibid.

olmayan ölçüde, toplumsal üretimin tüm unsurlarının (üretim araçları, üretimin konusu ve üretme gücü) hukukun konusu haline gelmesinin iktisadi zemini oluşturur. Üretimin tüm unsurlarının mülkiyete konu olduğu bir toplumsal durumda, insanların mülki sahibi bireyler olarak özneleşerek hukukun özneleri haline gelmesi kaçınılmazdır.³⁵ Maine'in kaleminde, hukuki gelişmenin ürünü olan sözleşme biçiminin bir lütfu olarak sunulan tüm statü ve yükümlülüklerden arınmış özgür kişi (hukuk sujesi)³⁶, özünde, çalışma ilişkinin doğallığının parçalanarak üretimin her bir ögesinin (emek/emek-gücü metası, emeğin araçları/sermaye, emeğin konusu/rant) mülkiyete konu edilmesinin sonucudur. Sahiplikten mülkiyete geçişin emeği de kaplamına almasının hukuki ifadesi, "medeni" toplumların medeni kanunlarında tüm insanlara bahşedilen *hak ehliyeti*'dir.³⁷

SÖZLEŞMEDEN "İSTEM"E

Roma hukuku, sahiplikten mülkiyete geçişin, diğer bir deyişle, doğallıktan hukukiliğe geçişin dinamiklerini takip imkânı sağladığı için, hukuki kavrayışını keskinleştirmek isteyen hukuk bilimciler için önemli bir araştırma nesnesidir. Maine'in, "statü"ler hukuku olarak değerlendirdiği Roma Hukuku'yla sözleşme hukuku olarak kavradığı modern (kapitalist) hukuk arasında kurduğu ilişki, her iki hukukun

³⁵ "Öznelin her biri birer mübadelecidir, yani her birinin ötekiyle olan toplumsal ilişkisi, ötekinin onunla olan ilişkisinin aynıdır. Mübadelenin özneleri olarak aralarındaki ilişki ... eşitlik ilişkisidir." Bkz. Karl Marx, Grundrisse, Birikim Yayınları, İstanbul, 1979, s. 272 "... karşılıklı birbirini birer mülk sahibi olarak iradesi metasına sinmiş birer kişi olarak tanı[maktır.]" Bkz. Ibid. s. 276

³⁶ "Açıktır ki, metalar pazara kendi başlarına gidemezler ve kendi hesaplarına değişim yapamazlar... Bu nesnelere, birbirleriyle meta olarak ilişki içine girebilmeleri için, koruyucuların, iradeleri bu nesnelere yerleşmiş kimseler olarak birbirleriyle karşı karşıya gelmeleri ve karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşma olmaksızın, birisi diğerinin metasına el koymayacak ve kendi isteği ile ondan ayrılacak biçimde hareket etmelidirler. Bu nedenle, bu kişilerin, birbirlerinin özel sahiplik haklarını karşılıklı olarak tanımaları gerekir. Böylece, bir sözleşmede ifadesini bulan bu hukuksal ilişki, bu sözleşme, gelişmiş bir yasal sistemin bir parçası olsun ya da olmasın, iki irade arasındaki bir ilişkidir ve bu haliyle iki insan arasındaki, gerçek ekonomik ilişkinin yansımasından başka bir şey değildir. Bunun gibi her hukuksal sözleşmenin konusunu belirleyen şey, işte bu ekonomik ilişkidir. Burada kişiler birbirleri için yalnızca metaların temsilcileri ve dolayısıyla sahipleri olarak vardır". Bkz. Marx, Kapital I. cilt, s. 94-5

³⁷ Türk Medeni Kanunu md. 8, "hak ehliyeti": "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler."

da temelinin sözleşme olduğunu perdelemesi yönüyle yanıltıcıdır. İki hukuk arasındaki ilişki (benzerlik ya da farklılık), sözleşmenin (değişimin) toplumsal ilişkiyi kapsamına aldığı orana indirgenebilir. Roma toplumu, emekçinin mal olarak değişime konu olduğu bir toplumdur; kapitalist toplumda ise emekçi, mal (emek-gücü metası) sahibi olarak değişime taraf olur.

Maine'de statü ve sözleşmenin hukukun farklı biçimleri olarak sunulması hatalıysa da bu girişimin hukuk biçimi tartışmasına tahvil edilebildiği ölçüde söz konusu hata göz ardı edilebilir. Kapitalist toplumda sözleşmenin, üretimin tüm öğelerini (emek, doğa ve üretim araçları) kapsamına almasını takiben vukuu bulan gelişmelerin, Maine'de adı konulmayan *biçim tartışmasının* muhtevasını oluşturduğu düşünülmektedir. Hukukun (değişimin) toplumsal ilişkisinin merkezi konumunda bulunduğu bir dönemde, sözleşmenin kapsamında olan alanların, sözleşme (hukuk) ilişkisini parçalayarak ortadan kaldıramasa bile sözleşme ilişkisini bozup dönüştürerek yarattığı toplumsal gerçekliğin kavranması bakımından *hukuk biçiminin* tartışmaya dahil edilmesi, kullanışlı bir araç gibi görünmektedir.

O halde değişikliğe uğradığını iddia ettiğimiz sözleşme ilişkisinin ne olduğuna yakından bakalım. Bu açıdan devrim sonrası Fransa'ya göz atmak faydalı görünmektedir. 1791 tarihli *Le Chapelier Yasası*, sözleşme biçiminin sınırlarını, bu sınırlar dışında kalanları yasaklayarak belirlemesi ve diğer ülkelere emsal olması bakımından adıyla anılmayı hak etmektedir. Bilinen anlamıyla toplumsal devrim yaşamadığı için hukuki normlarda gelişimi izlemek için İngiliz sistemi ne kadar işlevselse, kapitalist hukuk biçiminin özgünlüğünün ortaya konulması bakımından Fransız Devriminin yasalarını incelemek o ölçüde işlevseldir. İngiltere'de 1759'dan itibaren tikel olaylar özelinde sulh mahkemelerinin, zanaatçıların yardımlaşma sandığı oluşturmak başta olmak üzere örgütlenmelerini yasakladığı bilinmekle birlikte, *Le Chapelier Yasası'nın* eşdeğeri olan *General Combination Act*, İngiltere'de, 1799 yılında yürürlüğe girdi. Anılan yasayla işçilerin grev yapmak ya da iş bırakmak suretiyle manüfaktür, ticaret ya da iş hayatını engelleyen her türlü etkinliği yasaklandı.³⁸

³⁸ W. Hamish Fraser, *A History of British Trade Unionism, 1700-1998*, Macmillan, Houndmills, 1999, s. 4, 10

1789 Fransız Devrimi sonrasında oluşturulan Ulusal Meclis politik konularda çalışmalarını sürdürürken, Paris'in dört bir yanında, işçiler, ücret artışı başta olmak üzere ekonomik taleplerle grevler düzenlediğinde, Le Chapelier Yasası, Fransız Anayasasının koruduğu özgürlüklerin sınırlarını açıkça deklare etti: Aynı sektör ve meslekte vatandaşların bir araya gelerek oluşturdukları her türlü "lonca"; aynı meslekte vatandaşların ortak çıkarlarını savunmak için bir araya gelip bir temsilci belirlemeleri; aynı mesleği icra edenlerin sektörlerinde fiyatları ya da emeklerinin ücretini belirlemeye yönelik kendi aralarında anlaşmaları veya örgütlenmeleri yasaktır!³⁹ Le Chapelier Yasası, sözleşme biçiminin karakteristiğini net biçimde ortaya koymaktadır: bireysel mülkiyet ve malikler arası "özgür" ilişki. Ve anılan özgürlüğün hukukla iç içe geçmişliği Fransız Medeni Kanunu'nda çarpıcı bir şekilde ifade edilmektedir: sözleşme biçimi altında bireyler kendi hukuklarını yaratmakta özgürdür.⁴⁰

Hukukun sözleşmeyle, sözleşmenin emek ürününün meta biçimiyle, meta biçimin sahiplikten mülkiyete geçişle, mülkiyetin de kolektif karşıtı olarak bireyle aynı kavram setinin (Meta Mübadelesi ya da Hukukun Sönümlenmesi Okulu'nun kavram seti) unsurları olduğunu gördük. O halde hukuk biçiminde (sözleşme biçimi) bir değişiklik iddiası, meta değişimindeki dönüşüm iddiasıyla kendini izaha muhtaçtır. Bu dönüşüm, sermaye-biçiminin belirleyici metası olan emek-gücünün değişim koşullarında meydana gelmiş olmalıdır. Hukuk biçimindeki dönüşümün dinamiklerini belirginleştirmek için, emeğin kapitalist üretim ilişkileri altında elbirliğinden fabrika üretim tarzına geçerken yaşadığı dönüşüme ve bu dönüşümün emek-gücü metasının değişim ilişkilerine ne şekilde etki ettiğine yakından bakalım.

Her ne kadar kapitalizmin fabrika üretim tarzıyla zihinlerde canlandırılması alabildiğine yaygın olsa da işçileşen emekçiler, "*kabaca 16. yüzyılın ortasından 18. yüzyılın son üçte birine kadar uza[nan]*"⁴¹ dönemde, çok sayıda işçiyi istihdam edecek sermaye birikiminin ürünü olan, elbirliğine dayanan manüfaktür üretim tarzıyla kapitalizmin tarih

³⁹ John Hall Stewart, A Documentary Survey of the French Revolution, Macmillan, New York, 1951, s. 165-6

⁴⁰ Code Civil md. 1134: "Hukuka uygun şekilde yapılmış sözleşmeler, onları yapanlar arasında kanun hükmündedir."

⁴¹ Marx, Kapital I. cilt, s. 327

sahnese çıkışına tanıklık ettiler. “Üretim tarzı yönünden manüfaktür, sözcüğün dar anlamıyla, ilk aşamalarında lonca el zanaatlarından, bir ve aynı bireysel sermaye tarafından aynı anda çok sayıda işçi kullanılması dışında güçlkle ayırt edilir. Ortaçağ lonca ustasının iş yeri, yalnızca genişlemiştir.”⁴² İşçilerin, elbirliğini nitelikli hale getiren işbölümüyle işçilerin ürünün belirli kısımlarında uzmanlaşması, manüfaktür dönemi boyunca da üretkenliği artırmanın yegane yoluydu. Üretimin amacının kar etmek olduğu bir sistemde, üretkenlik artışı sağlayan iş bölümünden faydalanılmaması düşünülemezdi. Üretim sürecinin iş bölümüyle parçalanması, parça işçiye dönüşen tekil işçilere karşın kolektif işçinin doğmasıyla sonuçlandı. İş bölümünün, hukuki özne olan işçileri, parça işçi haline getirerek hukukun tanımadığı kolektif işçinin bir uzvu, kolektif varoluşun tekillikleri haline getirmesi, manüfaktür dönemi boyunca artarak devam ettiyse de en olgun haline, fabrika üretim tarzıyla erişti. “Basit elbirliğinde ve hatta iş bölümüne dayanan elbirliğinde tek başına çalışan işçinin yerini kolektif işçinin alması, az çok rastlantıya bağlı bir şey gibi görünür. Oysa makineler daha sonraki durumlarda, birkaç istisna dışında, yalnızca birleşmiş emek ya da ortaklaşa emekle işletilir. Demek ki burada, emek sürecinin ortaklaşa niteliği, emek aracının kendisinin zorladığı teknik bir gerekliliktir”.⁴³

Kapitalist üretimin içsel dinamiklerinin sonucunda, üretim araçlarında görülen dönüşümün, emekçileri kolektif olarak etkinlikte bulunmaya zorlamasının yalnızca üretim alanıyla sınırlı kalmayan, emek pazarına da yansıyan sonuçları oldu. Tek başlarına iş göremeyen işçiler, üretim sürecinde kazandıkları kolektif karakteri emek pazarına da taşıdılar. Üretimin kolektif niteliğin bir görünümü olarak, emek, emekçinin mülkiyeti dolayımından geçmeden (emekçilerin metası olarak emek-gücü yerine doğal bir üretim gerekliliği olarak iş yeri ya da iş kolunda faaliyet için gerekli olan toplam emeğin temsili) işçi yardımlaşma sandıkları ya da sendika örgütlenmelerinde kolektif temsilini buldu. Üretimin öğelerinden biri olan emek, meta biçiminde, maliki olanın piyasaya getirdiği bir üretim ögesi olmaktan çıktı. Toplumsal emek, onun üreticisi olan tek tek emekçilerin bireysel tasarrufuyla piyasanın “özgürlük”ler ortamında değil, kolektif işçinin muhataplığın-

⁴² Ibid. s. 313

⁴³ Ibid. s. 372

da üretim alanına taşınabilir hale geldi. Sözleşme biçiminin yukarıda yer verdiğimiz sınırları hatırlandığında, açık ki, mülkiyet dolayımıyla ilişki kurmayı reddeden bir toplumsal özne olarak kolektif işçinin mevcudiyeti, malikler arası ilişkinin biçimi olan sözleşme biçimiyle kavranması mümkün olmayan bir toplumsal olgudur.

1850'li yıllardan itibaren sistemli bir biçimde gerçekleştirilen toplu pazarlık görüşmelerinin (collective bargain) muhatabı olan sendikalar (trade union)⁴⁴, sözleşme biçiminin (contractual form of law) genel kurgusundan yalnızca öznenin bir kolektif olması yönüyle değil, aynı zamanda bu kolektif öznenin grev adıyla bilinen zor kullanma yetkisine sahip olmasıyla da radikal bir kopuştur. Sahipliğin doğal biçiminden mülkiyete geçişin yarattığı dolayım, toplu pazarlık sürecinde görülmemektedir. Kolektif işçinin toplumsal bir özne olarak kendini gösterdiği durumlarda, üretim araçlarının ve emeğin temsilcileri, mülkiyet dolayımıyla malikler olarak değil (hukuki özneler olarak değil), maddi üretimin unsurları olarak karşı karşıya gelmekte, anlaşma noktasını belirlemek için zorlama araçlarını kullanabilmektedir (grev ve lokavt). Burada karşımıza çıkan zor, sözleşme biçiminin (hukukun) mütemmim cüzü olan zordan niteliksel olarak farklıdır. Malikler arası ilişkinin (akdin) gerektirdiği bağlılığı cebri icrayla kuran değil, mülkiyet dolayımına girmeyen, doğrudan doğruya üretimdeki pozisyonlarıyla, emek ve üretim aracının sahipleri arasındaki itiş kakışın aracı olan bir zordur. Sözleşmenin sınırları içerisinde görülmesi mümkün olmayan bu toplumsal pratik esasen, mülkiyet dolayımıyla kurulan toplumsal ilişki olarak hukukun (sözleşmenin) sınırlarının ötesine geçmektedir.

Sözleşme biçiminin muhtevasını oluşturan bireysel mülk sahipliğinin (meta-biçim) kapitalist üretim ilişkilerindeki merkezi konumu sebebiyle, bu ilişkiler mevcudiyetini sürdürdüğü müddetçe, sözleşme biçiminden bütünüyle uzaklaşılması mümkün değildir. Ancak kolektif işçinin toplumsal etkisiyle doğru orantılı olarak, toplumsal yeniden üretimin bazı alanları sözleşme biçiminden koparılarak - bu biçimin belirleyiciliği altında ve onun yanı başında doğan - yeni biçimin, *istem biçiminin* (claim form of law) belirlenimleriyle yeniden örgütlendi. Biçim tartışmasının hukuk bilimine yabancılığı sebebiyle, istem biçimi, ayrı bir biçim olarak sözleşme biçiminin karşısına konulmak yerine,

⁴⁴ Fraser, s. 54 vd.

sözleşme biçimine varması gereken az gelişmiş, kusurlu bir hukuki durak olarak kavrandı. Oysa istem biçiminin doğması, sözleşme biçiminin taşıyamayacağı bir toplumsal ilişkinin/pratiğin, hukukileşmesinin ürünüdür. Diğer bir deyişle, istem biçimi, toplumsal normun hukuk biçiminden doğal biçime bir yöneliştir. Bu durum, Marx'ın kapitalist üretimin 1800'lü yılların son yarısında işçi kooperatiflerini incelerken ortaya koyduğu saptamayı hatırlatır: *"eski biçim içerisinde yeninin ilk sürgünleri..."*⁴⁵ İstem biçimi bir yandan hukukun bir biçimidir çünkü kendisi doğrudan doğruya meta ilişkisinin ifadesi olmasa da genelleşmiş meta üretiminin aşılmanın sınırları içerisinde; diğer yandan meta biçimin özgünlüğü olan dolayım ilişkisinin aşıldığı bir biçim olarak hukuk-olmayana bir yöneliştir. Bu ikili karakter istem biçiminin içsel çelişkisi olarak her adımda kendini gösterir.

Bu noktada Paşukanis'in örneği kendini hatırlatır: *"... demiryollarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin hukuksal kurallar, farklılaşmış özel çıkarları, özel hukuku varsayarken, demiryolu trafiğine ilişkin teknik kurallar en çok randıman sağlama gibi ortak amacı varsayar"*.⁴⁶ Demiryolunun toplumsal sahipliğiyle (idaresiyle) başlayan dönüşüm, demiryoluyla gerçekleştirilebilecek en etkin faaliyetin insanların ve malların taşınması olduğu gerçeğine dayanan bir ortak amaca işaret eder. Bu alanda gerçekleştirilecek üretimde karşılaşılması muhtemel sorunlar, taşıma hizmetine ilişkin beklentinin karşılanmaması ya da hizmet sırasında doğması olası zararların giderilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Bu noktada, mağdur bireyde beliren beklentinin toplumsal üretimde giderilmesi gereken bir sorun olarak kavranmasıyla, hukuki öznenin tazminat hakkı olarak kavranması arasındaki fark, biçim tartışmasının hipotetik örneğini oluşturur. Toplumsal üretimdeki aksaklık ve yetersizlikler, sorunun muhatabının tüm toplum olduğu ve bu muhataplıkla hareket eden (fiili ilişkinin taşıyıcısı - ikamet etme, kullanma gibi) bireylerin istemleriyle olması gereken yönde değiştirilebilir. Ya da yalnızca menfaati ihlal edilen *"tam ve somut cisimlenişini* mülk sahibi, özel çıkar sahibi, bencil, iktisadi özne" de bulan *"hukuk öznesi"* nin⁴⁷ muhataplığında, *"sözleşmenin ihlali"* olarak kavranıp *"dava"* da edilebilir.⁴⁸

⁴⁵ Karl Marx, Kapital III. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007 s. 389

⁴⁶ Paşukanis, s. 78

⁴⁷ Ibid. s. 77

⁴⁸ Hukuksal dünya görüşünün iddia ettiği aksine, toplumsal üretimin bireysel

Kolektif işçi, üretim tarzındaki dönüşümün sonucu olarak doğmuştur. Modern topluma ait bir kolektif özne olarak, kolektif işçi, toplumsal üretimin gerekliliği olan, toplumsal iş saatinin toplumsal ihtiyaca göre farklı üretim alanlarına yönlendirilmesi, “eşit işe eşit ücret” talebinde ifade edilen emeğin ölçen olduğu bir eşitlik arayışının toplumsal ölçekte tatminini sağlayabilecek muhataptır. Diğer bir deyişle, kolektif işçi, Paşukanis’in örneğinde ortaya konulan biçimsel farkın kurucu öznesidir.

İstem kavramı, meslekten hukukçunun bu kavramın taşıdığı ilişkiyi “hak” olarak zihninde canlandırma eğilimine karşın, hak kavramın taşıdığı hukuki (sözleşme biçime ait) yüklerden kurtulmak arzusuyla bilinçli olarak tercih edilmiştir. Tam da Marx’ın ifade ettiği gibi “*Hak niteliği gereği, ancak aynı ölçütün kullanılmasından ibaret olabilir... kusurlardan kaçınmak için hakkın eşit olmak yerine bilakis eşitsiz olması gerekir.*”⁴⁹ İstem biçimi bu “eşitsiz”liğe yönelen bir biçim olarak alabildiğine hukuki yüklerden kaçınmayı gerektirmektedir.

1870’li yıllardan itibaren hukuk düzenince tanınmaya başlanan sendikaların,⁵⁰ kolektif işçiyi hukuk sisteminin bir parçası haline ge-

istemler doğrultusunda dönüştürülmesi ya da bireylerin toplumsal ihtiyaçların tatmini sebebiyle katlanmak zorunda kaldıkları bireysel zararlarının giderilmesi (tazmini değil), toplumsallığın malik bireylerin bireysel ilişkilerinin toplamı olarak kavranmadığı (sözleşme-dışı) durumlarda da mümkündür. Hatta, mümkün olmanın ötesinde, istem biçiminin, sözleşme biçimi hilafına doğup gelişmesini sağlayan koşullar, istem biçiminin modern toplumu kavramak bakımından sözleşme biçiminden çok daha işlevsel olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda, yalnızca sözleşme-dışı biçimlerin düşünsel bir yaratı olmanın ötesinde toplumsal pratiğimizin bir parçası olduğunu hatırlatmak adına, idare hukukunun kusursuz sorumluluk ilkeleri burada anılabilir. Sözleşmenin kapsamı dışında kalan toplumsal üretim alanı olarak kamu hizmetinin [bkz. Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002] sürdürülmesi için gerekli riskli faaliyetlerden doğan bireysel zarar ya da risk olması bile toplumsal ihtiyaçların tatmini sırasında belirli bireylerin diğerlerinden farklı olarak katlanmak zorunda kaldıkları zararların toplum (idare) tarafından giderilmesi gerektiğini kabul eden muhakeme sözleşme-dışı bir biçimdir. İdare hukukunda, hukuki ilişkinin bir görünümü olarak zararın giderilmesinin değil tazmininin hedeflendiği; tazminatın hesaplanmasında sözleşme ilişkisinin belirleyici bir ölçüt olduğu; bireysel zararın idare hukukundaki tazminat miktarının özel hukuktakinden mağdur aleyhine farklılaştığı hususları burada ortaya konulan ilişki bakımından önem taşımamaktadır. İdare hukukuna değil, bu alanda geliştirilen muhakemeye işaret edilmesinin sebebi de budur.

⁴⁹ Karl Marx, Gotha Programının Eleştirisi, İnter Yayınları, İstanbul, 1999, s. 27-8

⁵⁰ İlk Sendika Yasası (Trade Union Act) 1871 tarihli ve İngiltere menşelidir. Bkz. Fraser, s. 47

tirmesi, sözleşme biçiminin, kendi alternatifini yaratmaya aday yenilikleri kapsamına alabilme (içleminden indirimle giderek elbette) kabiliyetine işaret etmektedir. 1960'lı yıllarda başlayan ve halen etkilerini sürdüren ekonomik ve politik dönüşümün sonucu olarak sözleşme biçiminin daha önce yitirdiği alanları yeniden kuşatması, istem biçiminin taşıdığı yönelişin, çok da zor olmayan bir şekilde karşısına geri dönebileceğinin göstergesidir. Bu yönüyle süreç, işçi kooperatiflerini hatırlatır: işçilerin emek birliği olarak doğan kooperatiflerin, çoğunlukla, işçilerden bazılarının diğerleri aleyhine zenginleşmesinin aracına dönüştüğü bilinmektedir.

Hukukun sözleşme biçimi ile istem biçimi arasındaki ayrışma ya da karşıtlık, temsilcisi olduğu toplumsal pratik ve ilişkilerde izlenebilir. Sözleşme biçiminde, emeğin ürünü mal ve hizmet meta biçimindedir; toplumsal ilişki, malik bireylerin ilişkilerinin toplamıdır (tekil-tekil); bireyin mal ve hizmetle bağı, herkese karşı ileri sürülebilir bir hakimiyet ilişkisidir (mülkiyet). Toplumsal ilişki, bireysel ilişkiler toplamına tahvil edilmişken, hukukun "toplumsal" norm vasfı, toplumsal yeniden üretimin her ögesinin bireysel mülkiyet olarak hukukleşmesinden kaynaklanır. Servetin para formunda hayal edilmesinin sonucu olarak satın alınması öngörülen tüketim mallarının toplumsal ölçekte üretildiği bireysel deneyimlerle uyuşmayan afaki bir iddia olarak görülmektedir. Çünkü toplumsal ilişki bireysel/tekil ilişkilerin basit bir toplamı olarak kurgulanmaktadır.⁵¹

Buna karşın, istem biçiminde, emeğin ürünü mal ve hizmet kamusal mal ve hizmet biçimindedir; toplumsal ilişki toplum ile birey arasındadır (genel-tekil); bireyin mal ve hizmetle bağı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen, yalnızca toplumsallığın ilgili mal/hizmet özelindeki temsilcisine karşı ileri sürülebilir kullanım talebi (istem) biçimindedir. İstem biçiminin bir hukuk biçimi olması yalnızca sözleşme biçimiyle birlikte ve onun belirleyiciliğinde var olmasından kaynaklanır. İstem biçimini yaratan muhteva toplumun toplumsal yeniden üretimidir.⁵²

⁵¹ "...Burjuva toplumu ayırt eden özellik, genel çıkarın özel çıkarlardan ayrılması ve bunların birbirine karşı olmasıdır. Genel çıkar, söz konusu karşıtlık çerçevesinde, kendiliğinden özel çıkar biçimini, yani hukuk biçimini alır". Bkz. Paşukanis, s. 103

⁵² "...Toplumsal işlevin, basit bir toplumsal işlev gibi hukuk kuralının da basit bir düzenleyici kural gibi değerlendirilmesi girişimleri hukuksal biçimin ölümü anlamına gelir. Hukuksal biçiminin ve hukuksal ideolojinin ortadan kaldırılmasının gerçek koşulu, bireysel çıkarlarla toplumsal çıkar arasındaki karşıtlığın anlaşıldığı bir toplumsal durumdur". Bkz. Ibid.

İstem biçiminin temsil ettiği hukuk-olmayana yönelişin, mülkiyetten sahipliğe bir geri dönüş olması beklenmez. Üretimin bireyselleşmesinin, toplam toplumsal üründe artışa olanak sağladığı bir tarihsel durağın ürünü olduğunu ve bireyin ürünüyle doğal ilişkisi olan sahiplenmenin, ürün değişiminin toplumsal ilişkinin bir parçası haline gelmesiyle mülkiyete dönüştüğünü gördük. Bir toplumsal özne olarak kolektif işçinin varlık kazanması ve ölçek ekonomisinin istisnai alanlar dışında üretimin geneli için geçerlilik kazanması, yeni bir tarihsel duruşa işaret ederken, hukuk-olmayana yöneliş olarak istem biçiminin, bireyin eşya ile doğrudan ilişkiye geri dönüşü değil, bireyin toplumsal üretimin toplumsal idaresine (yönetim ve planlama) aktif katılımına bir yöneliş olduğu ortadadır. Bireysel mülkiyetin (sözleşme biçiminin) belirleyiciliği altında olduğu için, istem biçimi, bireysel mülkiyete karşı toplumsal mülkiyet gibi kavranabilse de o, hukuk-olmayana bir yöneliş olarak mülkiyet dolayımının aşılmasını gerektirir. Bir örnekle somutlamak gerekirse, toplu taşıma hizmetinin üretilmesi için gerekli olan taşıma araçları *toplumsal mülkiyet* olarak kavramak özel mülkiyetin karşıtı olduğu ve özel mülkiyetin belirleyiciliği altında olduğunu ifade etmek bakımından ne ölçüde işlevselse, toplumsal olanın mülkiyet olamayacağını gizlemesi yönüyle o ölçüde kusurludur. İstem biçimi altında bireyin mal ve hizmetle kurduğu ilişkinin bir hakimiyet değil, kullanma talebi (istem) olduğuna değinmiştik. Belediyenin toplu taşıma araçları o yerleşim biriminde yaşayanların ortak idaresi altında, tabelasında “... *ulaşım idaresi*” yazan birimde mesai yapan temsilciler tarafından planlanıp yönetilir. Bireyler ulaşım hizmeti talep ederler. Hizmetle ya da hizmetin üretildiği araç ya da emekle bir hakimiyet ilişkisi arayışına girmezler. İstem biçimi altında bireylerin tek arayışı üretimin idaresine katılımdır gerek mülkiyetin ve gerekse sahiplenmenin külfetinden arınmışlardır.

İstem biçiminin sözleşme biçiminin belirleyiciliğinde ama onun karşıtı olarak doğup gelişimi sözleşme biçiminin vaz geçilmez durağı olan kamu hukuku alanının dönüşümü ve özel hukuk aleyhine genişlemesi şeklinde kendini göstermiştir. Kamu hukuku, sözleşme biçiminin kurucu ögesi olan *mülkiyet hakkının* herkese karşı koruması işlevinin düzenlendiği alandır. Kamu hukukunun bahse konu ikincil karakteri, Paşukanis’in işaret ettiği olgulardan bir diğeridir: “*kamu hukuku ku-*

*ramları, gülünç sayılabilecek derecede zorlama, yapay ve tek yanlı kurgularla doluyken, özel hukuk, yalınlığı, açıklığı ve olgunluğu ile belirginleşir”.*⁵³

İstem biçiminin kolektif işçinin toplumsal gücüyle orantılı gelişimi, hukuk bilimi alanında, idare hukukunun “kamu hizmeti” kuramıyla yeniden kuruluşu ve bilinen anlamıyla kamu ya da özel hukuk altında sınıflandırılmadığı için “karma hukuk” olduğuna kanaat getirilen toplu iş hukukunun doğup gelişmesiyle kendini gösterdi. Toplumsal emek rejimi bakımından toplu iş hukuku; sağlık ve eğitim başta olmak üzere toplumun her kesimini kucaklayan hizmetlerinin örgütlenmesi yönüyle idare hukuku; istem biçimi olarak ifade ettiğimiz biçimsel dönüşümün taşıyıcılarıdır. Her iki hukuk dalında gerçekleştirilecek kapsamlı değerlendirmelerle, istem biçiminin sözleşme biçiminden farklılaştığı noktaları ve hukuk-olmayana yönelişini tespit etmek bu makalenin boyutlarını aşmaktadır. Bu makalenin sınırı, söz konusu alanların doğup gelişmesiyle bir bütün olarak hukukta vukuu bulan dönüşümün kavranması bakımından, *hukuk biçimi* kategorisinin hukuk bilim için taşıdığı önemi ortaya koymaktan ibarettir.

SONUÇ

Yöntem tartışması günümüz sosyal biliminde hak ettiği ilgiyi görmese de Marxistler bu ilgisizliğe tezat olacak şekilde, Marx’ın yöntemi ve bunun uygulanmış formda sunulduğu Kapital’in kavram ve kategorileri konusunda oylumlu bir külliyat oluşturmuştur. Bu külliyat içerisinden, Henri Lefebvre’in, *Biçimsel Mantık, Diyalektik Mantık* adlı eseri burada anılmayı hak eder. Çünkü Lefebvre, anılan eserin ikinci baskısına önsözde, Marx’ın yönteminde *biçimin* önemine işaret etmektedir: “Marx, kapitalizmin ve burjuva toplumunu bütünsel kavramak, tarihine ulaşmak için tarihsel incelemeden yola çıkmamıştır. Mantıktan yola çıkmıştır. Bir *biçim* bulmuştur, değişim değeri biçimini. Bununla *yapıyı* (eşdeğerler bütünü) ve *işleyişi* (mübadele, dolaşım, altın eşdeğerinin ve paranın oluşmasını) açıklamıştır. *İçeriğe* (toplumsal üretken emek) daha sonra geçmiştir. Böylelikle *tarihsel* (iş bölümü, sermaye birikimi, burjuvazinin oluşumu) erişmiştir.”⁵⁴ Lefebvre’in Kapital’de mantıktan yola çıkıldığına

⁵³ Ibid., s. 102

⁵⁴ Henri Lefebvre, *Biçimsel Mantık- Diyalektik Mantık*, (çev. Onur Karahanoğulları), Fransızca aslından yayımlanmamış özet çeviri. Vurgular yazara aittir.

ilişkin değerlendirmesine katılmasak da *biçim* kategorisinin bilimsel çaba için taşıdığı öneme işaret ederek onu bilimsel tartışmanın bir durağı haline getirmeye yönelik inisiyatifini sonuna kadar destekliyoruz. Burada, benzer bir şekilde, günümüz hukuk pratiğinin kavranması için işlevsel bir araç olduğunu düşündüğümüz *hukuk biçimi* kategorisini hukuki değerlendirmenin bir aracı olarak hukuk bilimin hizmetine sunulmasının önemini ortaya koymaya çalıştık.

Hukuk kuramı açısından sözleşme biçiminin belirleyiciliğinin, toplumsal normun hukuk biçimi ile sözleşme (değişim) arasındaki yakın ilişkiden doğup geliştiği Paşukanis tarafından ortaya konulmuştur. Diğer yandan, toplumsal ilişkide sözleşme-dışı biçimlerin, istikrar kazanmış toplumsal pratikler haline geldiği noktada, bu alanların sözleşme biçiminin ölçüt alındığı değerlendirmelerle az gelişmiş, kusurlu yapılar olarak kavrayıp hukukileştirilmesi, hukuku, toplumsal gelişmenin önünde bir engele dönüştürmektedir. Biçim kategorisi etrafında yürütülecek tartışma, hukuk bilimin, hukuki (tutucu) yanından ziyade, bilimsel yanına seslenmektedir. Hukuk biçiminin bir kategori olarak tanınmasının bilimsel çabaya en dolaysız katkısı, halihazırda sözleşme biçiminin ötesine geçmiş toplumsal alanların, tek hukuki değerlendirmeymiş gibi sözleşme biçimini ölçüt kabul eden değerlendirmelere mahkumiyetine kesin olarak son verecektir. Aksi halde azımsanmayacak bir süredir devam eden, elmanın biçimine uymadığı için armudu kusurlu bulan irrasyonel tutum, hukuk kuramındaki hâkim konumunu sürdürmeye devam edecek gibi görünmektedir.

Sosyal bilim alanında hakim “yöntem”sizlik, hukuk alanında kendini, pozitivist mahkumiyet olarak göstermektedir. Hukukun 1800’lerin sonundan başlayan dönüşümünün sözleşme biçiminden istem biçimine geçiş olarak kavranması, özel – kamu hukuku ayrımına sıkışan değerlendirmelerin ötesine geçerek, toplumsal normun hukuk biçimi ve hukuk-olmayan arasındaki ilişkiyi hukuki tartışmanın dirimli bir yanı kılacaktır. Bunun en dolaysız etkisi, hiç kuşkusuz, pozitivist tekelin kırılacak olmasıdır. Bunun yanında, istem biçiminin güncel toplumsal gelişmelerin ürünü olması sebebiyle, hukuki kavrayışın istem biçiminin belirlenimleriyle yeniden inşa edilmesi, hukuku, zorun prosedürü olmaktan ayırıştırıp bir iddia olarak taşıdığı “adalet”e yaklaştıracaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Althusser Louis, Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş, Can Yayınları, İstanbul,
- Engels Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Sol Yayınları, Ankara, 2005
- Fraser W. Hamish, A History of British Trade Unionism, 1700-1998, Macmillan, Houndmills, 1999
- Karahanogulları Onur, Marksizm ve Hukuk - Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul, 2017
- Karahanogulları Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- Maine Henry James Sumner, Ancient Law, Henry Holt and Company, Newyork, 1906
- Marx Karl, Kapital I. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007
- Marx Karl, Kapital III. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007
- Marx Karl, Grundrisse, Birikim Yayınları, İstanbul, 1979
- Marx Karl, Gotha Programının Eleştirisi, İnter Yayınları, İstanbul, 1999
- Paşukanis Evgeni Bronislavoviç, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002
- Stewart John Hall, A Documentary Survey of the French Revolution, Macmillan, New York, 1951
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları İstanbul, 2005

Makaleler

- Rehbinder Manfred, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü - Sözleşme - Rol", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1969, C. 26, S. 1, s. 77-106.
- Schmidt Katharina Isabel, "Henry Maine's 'Modern Law': From Status to Contract and Back Again?", *The American Journal of Comparative Law*, Mart 2017, C. 65 S. 1, s. 145-186.