

HUKUKUN EKONOMİPOLİTİĞİ ÇERÇEVESİNDE SERSERİ KAVRAMI

Alper Hasan TANYEL
112614025

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gökçe ÇATALOLUK

2015

HUKUKUN EKONOMİPOLİTİĞİ ÇERÇEVESİNDE SERSERİ
KAVRAMI

CONCEPT OF VAGRANT WITHIN THE FRAMEWORK OF
POLITICAL ECONOMY OF LAW

Alper Hasan TANYEL
112614025

Yrd. Doç. Dr. Ulaş KARAN :

Prof. Dr. Xxxxxx XXXXXXXX :

Yrd. Doç. Dr. Gökçe ÇATALOLUK :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 76

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

1) Serseri

2) Hukuk öznesi

3) Marksist Hukuk Kuramı

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) Vagrant

2) Legal subject

3) Marxist Legal Theory

ÖZET

Serseri kavramı, farklı tanımları bünyesinde barındıran ve pek çok farklı komşu kavramla birlikte anılan bir kavramdır. Ağırlıklı olarak hukuk disiplini içerisinde veya edebi olarak ele alınan serseri kavramı son yıllarda tarih, sosyoloji, siyaset bilimi, vb. disiplinler çerçevesinde ve emek, göç, birey, güvenlik vb. farklı kavramlarla ilişkili olarak da ele alınmaktadır. Kavramlar tarihi bakımından, ilk olarak on dördüncü yüzyılda İngiltere’de yürürlüğe giren İşçiler Yasası’yla hukuk disiplini içerisinden çıkan serseri kavramı, on dokuzuncu yüzyıla kadar ağırlıklı olarak ahlak disiplini içerisinde ve on dokuzuncu yüzyıldan itibaren başta sosyal bilimler ve modern hukuk disiplini içerisinde günümüze kadar tartışılmaktadır.

Serseri kavramının ortaya çıkışı, kabaca feodalizmden kapitalizme geçiş olarak da kavramsallaştırabileceğimiz, kronolojik olarak on beşinci ve on sekizinci yüzyıllarla sınırlandırılan, köklü toplumsal değişimlerle paralellik göstermektedir. Kapitalizmin günümüze kadar gelişimi ile birlikte serseri kavramı da farklı biçimlerde varlığını sürdürmektedir.

İşbu çalışmada, serseri kavramı bir birey kategorisi olarak ele alınmakta ve bu kategorinin hukuk bireyi ile ilişkisi tartışılmaktadır. Bu tartışmaya temel teşkil etmesi bakımından serseri kavramının tarihsel süreçte nasıl ortaya çıktığı ve yapısal olarak nasıl geliştiği büyük önem arz etmektedir. Öte yandan, kavramın günümüzdeki örtük kullanımı ise mevcut yasalarda halen varlığını sürdürmesinin de temel sebebidir. Bu nedenle çalışmanın önemli bir bölümü kavramın tarihsel gelişimi ile belirli mevzuat ve içtihadı içermektedir.

ABSTRACT

The concept of vagrancy contains various definitions and is often used in syntax with other relevant concepts. Although the concept had been predominantly dealt from within legal discipline and literature, in recent years it is being discussed from the frameworks of other disciplines such as sociology, history, political science, etc. and in relation with concepts such as labour, migration, human subject or security, etc. In terms of the history of concepts, being introduced from within the legal discipline firstly in fourteenth century in England through the Labourers' Law, the concept of vagrancy had been predominantly discussed within ethics until the nineteenth century. From nineteenth century till today, the discussion has spread towards social sciences and modern discipline of law.

The emergence of the concept of vagrancy is in line with the essential social changes, namely transition from feudalism to capitalism, chronologically between fifteenth and eighteenth centuries. As capitalism has developed and undergone substantial changes, so did the concept of vagrancy.

Herein this study, the concept of vagrant approached as a category of the subject and the relationship between this category and the legal subject is being discussed. As the basis to this discussion, how the concept of vagrant historically emerged and structurally developed presents primary importance. On the other hand, the main reason why and how the concept perseveres till today in current legislations lies in its implicit use. In this respect a significant part of the study aims to elaborate the historical development of vagrancy and certain legislation and jurisprudence.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	iii
KAYNAKÇA	iv
1. Giriş	1
2. Serserilik	2
I. Serseri Kavramı ve Tanımı	2
II. Serseriliğin Tarihsel Gelişimi	4
A- Feodalizmin Çöküşü	7
B- Kapitalizmin Gelişimi	12
1. On Altıncı ve On Yedinci Yüzyıl: Serseriliğin Genişleyen Kapsamı	12
2. On Sekizinci Yüzyıl	17
3. On Dokuzuncu Yüzyıl: Uygulamanın Merkezileşmesi	17
4. Yirminci Yüzyıl: Serseri Yasalarının Tasfiyesi	19
C- Osmanlı ve Türkiye Hukuku'nda Serseri Kavramı	19
III. Sonuç	25
3. Hukukun Ekonomi Politigi	26
I. Marksizm ve Hukuk	26
A- Marks ve Engels'in Hukuka Bakışı	28
B- Tarihsel Materyalizm ve Hukuk	32
1. Feodalizmden Kapitalizme Geçiş ve Hukuk	38
2. Mülkiyet İlişkilerinin Düzenlenmesi	40
3. Emegın Düzenlenmesi	41
C- Marks Sonrası Marksist Hukuk İncelemeleri	43
1. Kaba Materyalizm	44
2. Sınıf Araçsalcılığı	45
3. Meta Mübadelesi Okulu	47
II. Sonuç	55
4. Hukuk Uygulamasında Serserilik	57
I. AİHS'de Serseri Kavramı	57
II. AİHM Kararlarında Serserilik	60
A- De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika	61
B- Witold Litwa v. Polonya	66
C- H.M. v. İsviçre	68
III. Sonuç	71
5. Sonuç	74

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

KAYNAKÇA

- Aksu, İ. (tarih yok). *Teori ve Politika*. 07 28, 2015 tarihinde <http://www.teorivepolitika.net/index.php/kitaplar/item/390-hukuk-ve-ozne-oznenin-materyalist-bir-tanimi> adresinden alındı
- Althusser, L. (tarih yok). *Part Two 'On The Young Marx'*. Marksist.org: <https://www.marxists.org/reference/archive/althusser/1961/young-marx.htm> adresinden alınmıştır
- Boyer, G. (2002, Mayıs 7). *EH.Net Encyclopedia*. (R. Whaples, Dü.) Eylül 1, 2014 tarihinde <http://eh.net/encyclopedia/english-poor-laws> adresinden alındı
- Byrnes, S. (tarih yok). *Vagrancy in Sixteenth and Seventeenth Century England*. Mart 12, 2015 tarihinde Cornell College: <http://www.cornellcollege.edu/English/Blaugdone/essays/vagrancy.htm> adresinden alındı
- Cain, M., & Hunt, A. (1979). *Marx and Engels on Law*. London: Academic Press.
- Chambliss, W. J. (1964). A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy. *Social Problems*, 12(1), 67-77.
- Collins, H. (2013). *Marksizm ve Hukuk*. (U. D. Tuna, Çev.) Ankara: Dipnot Yayınları.
- Council of Europe , E. (2014). *Guide on Article 5 of the Convention*.
- Eccles, A. (2012). *Vagrancy in Law and Practice under the Old Poor Law*. Abingdon: Ashgate Publishing Group.
- European Commission of Human Rights. (1956). Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe.
- Foote, C. (1956, Mart). Vagrancy-Type Laws and Its Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 104(5), 603-650.
- Hirst, P. Q. (1972). Marx and Engels on law, crime and morality. *Economy and Society*, 1(1), 28-56.
- Karahanogulları, O. (2002). Marksizm ve Hukuk. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57(2), 61-92.
- Marks, K. (1973). *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*. (M. Nicolaus, Çev.) Penguin.
- Marks, K. (1979). *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*. (S. Belli, Çev.) Ankara: Sol Yayınları.
- Marks, K. (2011). *Kapital*. (M. Selik, & N. Satlıgan, Çev.) İstanbul: Yordam Yayınları.

- Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi. (tarih yok). *Birinci Devre, 1324-1325 İtimalı, 24 Mart 1909*.
- Ocobock, P. R., & Beier, A. L. (2008). *Cast Out: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective*. Atina: Ohio University Press.
- Özbek, N. (1999, Nisan). İkinci Meşrutiyet İstanbul’unda Serseriler ve Dilenciler. *Toplumsal Tarih, 11(64)*, s. 34-43.
- Paşukanis, E. B. (2011). *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*. (O. Karahanoğulları, Çev.) İstanbul: Birikim Yayınları.
- Poos, L. R. (2004). *A Rural Society after the Black Death*. New York: Cambridge University Press.
- Yelkenci, T. (Dü.). (2013). *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*. Ankara: Nota Bene Yayınları.
- Yılmaz, İ. (2014). *Serseri, Anarşist ve Fesadın Peşinde: II. Abdülhamid Dönemi Güvenlik Politikaları Ekseninde Mürur Tezkereleri, Pasaportlar ve Otel Kayıtları*. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.

1. Giriş

Serseri, Türk Dil Kurumu'nun yaptığı tanımlamaya göre “[b]elli bir işi ve yeri olmayan, başıboş (kimse), hayta” anlamına gelmektedir¹. Gündelik hayatta sıklıkla karşılaşılan bu kelime, günümüzde hukuki bir kavram olarak pek fazla karşımıza çıkmamaktadır. İngilizce konuşan dünyada serseri kelimesine tekabül eden ‘vagrant’ ise, tam tersi, arkaik bir kelime olarak neredeyse sadece hukuki bir terimdir.

Serseri, hukuki bir kavram olarak, ilk defa on dördüncü yüzyılda, İngiltere’de kullanılmaya başlanmıştır. Bu nedenle, ilk bakışta anakronik bir kavram ve bir olgu olarak görünebilir. Halbuki, pek çok ulusal ve uluslararası hukuk sisteminde – aktif olarak kullanılsın veya kullanılmasın – halen lafzi olarak yerini korumaktadır. İlk ortaya çıktığı on dördüncü yüzyıldan bu yana, hukuki tanımı çok kereler gözden geçirilip değiştirilmiş olan serseri kavramı, ekseriyetle, kendisine semantik olarak yakın kavramlarla birlikte anlamlandırılmaktadır. Bu semantik ilişki, tarihin farklı dönemlerinde farklı biçimlerde kurulmuştur.

Hukuki bir kavram olarak serseriliğin incelenmesi, hukukun toplumsal kökenleri, toplumsal eşitsizlik yapıları, hukukun devletle ve toplumsal üretim ilişkileri ile ilişkisi gibi tarihsel, ekonomik, politik ve sosyolojik çok boyutlu bir araştırmayı gerektirir. Bu durum, hem kavramın tanımının muğlaklığından, hem de kavramın özgül tarihinin ona çok farklı anlamlar kazandırmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Hukukun ekonomi-politiği, tek başına farklı anlamlar, ilişkiler, tartışmalar vs. ihtiva edebilen bir kavramsallaştırma değildir. Bu kavramı anahtar kelime olarak yapılacak bir literatür taramasında sıklıkla, ceza adaleti sisteminin, hukuk eğitiminin, vs. ekonomik boyutuna ya da doğrudan ekonomi alanını ilgilendiren hukuki düzenlemelere (örn. üretimde ve hizmetlerde taşeronlaşma, vb.) dair ya da diğer kuramsal kaynaklara rastlanır. Bu durum ekonomi ve hukuk disiplinlerinden

1

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.555f9ff6819da6.20144292

ve bu disiplinler arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Lakin bu çalışma kapsamında hukukun ekonomi-politiği ile kastedilen hukukun, ekonomi-politiğin Marksist eleştirisinde mevcut olan tarihsel materyalist analizi ve bu analizden doğan Marksist hukuk eleştirisidir. Serseri kavramı bağlamında hukukun ekonomi-politiği, hukukun, toplumun ekonomik ve politik örgütlenmesinde gerçekleştirdiği rölün ne olduğuna ve bu rolü nasıl gerçekleştirdiğine dair toplumsal ilişkileri ifade etmektedir.

Bu çalışma, Marksist eleştirel hukuk çözümlemesi çerçevesinde, serseriliğin ve serseri kavramının hukuki biçiminin kapitalist toplumsal formasyonla ilişkisini araştırmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, çalışmanın takip eden ilk bölümünde Marksist hukuk çözümlenmeleri incelenerek, serseri kavramı bağlamında bir kuramsal çerçeve çizilecektir. İkinci bölümde, serseri kavramının hukuki tanımı ve hukuki bir kavram olarak serseriliğin tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Son olarak da, üçüncü bölümde, hukukun ekonomi politiği bağlamında serseri kavramının, hukuki uygulamada nasıl yorumlandığı incelenecektir. Bu incelemede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından faydalanılacaktır.

2. Serserilik

I. Serseri Kavramı ve Tanımı

Hukuki bir kavram olarak ‘serseri’, Marksist bir çerçevede çözümlenmek için zengin bir kavramdır. İlk bakışta, serseri kavramı, özgür emek de dahil, mülkiyet sahibi olmakla ortaya çıkan hak sahibi, özgür birey soyutlamasının, somut toplumsal gerçeklikte kapsa(ya)madığı tüm toplumsal ilişkileri düzenlemeye yönelik bir hukuki soyutlama olarak görünmektedir. Hukuki biçimin meta biçimini aldığı bir toplumda, serseri, değişim değeri üretmeyen somut insanın, bu eylemsizliğinden dolayı hak sahibi hukuk öznesinden, zorunlu olarak, farklı biçimde soyutlanmasıdır. Lakin, tarihsel olarak, serseri kavramı feodal üretim ilişkileri içerisinde doğmuş ve meta üreticileri toplumundaki ilişkilerin hukuki

biçimi içerisinde farklılaşarak gelişmiştir. Bu nedenledir ki, serseriliğin hukuki bir kavram olarak tarihsel gelişimine bakmadan, kavramın incelenmesi yanlış olur.

Hukuki bir kavram olarak serseri, çalışabilecek durumda olup da çalışmayan, sabit bir ikameti veya geçimini, diğer bir deyişle yeniden-üretimini, sağlayacak kaynakları olmayan, düzgün bir intiba uyandırmayan kimseleri imlemektedir. Bu genel tanım farklı tarihsel dönemlerde detaylandırılarak genişletilmiştir. Buna rağmen kavramın özü, çalışabilecek durumda olup da bir iş tutmamak durumudur. Serseri yasaları, bu anlamda kendine mahsusturlar. Çoğu suç kategorisi, eylemle tanımlanırken, serseri yasaları belirli bir eylem ya da eylemsizliği suç addedmemektedir. Bunun yerine, kişisel var oluş durumuna, sosyal ve ekonomik statüye dayanmaktadırlar. Dolayısıyla, serserilik pek çok kişi için farklı şeyler ifade edebilir. Bu nedenledir ki, serseri kavramı, belirli bir insan grubunu kontrol etmek ve cezalandırmak için kullanılan geniş ve kapsayıcı hukuki bir kavram olarak büyük bir öneme sahiptir.

Serserilik Yasaları, ilk ortaya çıktığı ve günümüze kadar geliştiği her dönemde, Çalışma Yasaları ve Yoksulluk Yasaları ile birlikte kullanılmış ve dolayısıyla da birlikte incelenmiştir. Bu yasaların terminolojisinde kullanılan - serseri (vagrant), aylak (vagabond), avare (tramps), dilenci (begger, bum, mendicant), tembel (idle), sefil (indigent), gezgin (itinerant), evsiz (homeless) - bütün bu adlandırmalar ve hukuki kategoriler yoksul, işsiz ve hareket halindeki insanları tanımlamayı amaçlamaktadır. Tarih boyunca serseri olarak yaftalanıp tutuklananlar genellikle yoksul, genç, sağlıklı (çalışabilecek durumda), işsiz, yersiz yurtsuz ve evsiz olagelmışlerdir. Çiftçiler, eğitilmiş eski askerler, kıtlık mağdurları, eski köleler, dilenciler, politik eylemciler, gazete satıcısı çocuklar, göçmen işçiler, sokakta yaşayanlar, işgalciler ve devletin ve üst sınıfların toplumsal normlara karşı gelmesinden korktukları kimseler, hukuken ve siyaseten serseri addedilmektedirler.

Serseri yasaları, görünüşte gönüllü olarak çalışmamaya ve insan hareketliliğine karşı tasarlanmışlardır. Genel olarak, serseri yasalarının birincil amacı, çalışabilecekken çalışmayan, geleneksel ev/aile yaşamıyla dizginlenmemiş

ve dolayısıyla devlet gözetiminin dışında özgürce dolaşabilen evsizler ve yersiz yurtsuz bireylerin kontrolünü sağlamaktır. Zaman içerisinde, özellikle de yirminci yüzyılda, serseri, devletin çeşitli toplumsal sorunları suç saymasını ve ceza hukuku ve muhakemesinin dayattığı usuli garantilerin yarattığı sorunların üstesinden gelmesini sağlayan bir torba kavram haline gelmiştir.

II. Serseriliğin Tarihsel Gelişimi

Serseri kavramının hukuk terminolojisine girişi genellikle on dördüncü yüzyıla dayandırılmaktadır. Kavram ilkin ücretler seviyesini kontrol etmek ve işgücüne katılımı arttırmak amacıyla kullanılmakla birlikte on altıncı yüzyılla birlikte net bir biçimde bir ceza hukuku aygıtı haline gelmiştir. On dokuzuncu yüzyılın ilk yarısından itibaren, genel hukuki biçimle birlikte kavramın kullanımı da değişime uğramıştır. Lakin belirtilen tarihlerden günümüze kadar içerik ve hedeflenen/gözetilen siyasa bakımından önemli bir değişiklikten söz edilemez².

Tarihçiler, serseri kavramını, bir dizi farklı toplumsal süreci, örneğin pazar ekonomisinin gelişmesi ve etkisi, emek göçü, modern devletin oluşumu, vb, incelemek için kullanmışlardır. Serseriliğin tarihini araştıran pek çok tarihçi, başlangıç noktası olarak, büyük veba salgınından dolayı, zengin veya fakir, nüfusunun önemli bir bölümünü yitiren on dördüncü yüzyıl İngiltere'sini almaktadır. Konunun araştırmacılarına göre bu başlangıç noktası serseri kavramının kökenlerini bulmak ve bu kökenden türeyen yasaları araştırmak için en uygun noktadır.

Klasik dönem Yunan toplumunda yoksul bireyle dilenci arasında bir ayrım yapıldı. Yaşamını asgari düzeyde sürdürmesine ancak yetecek araçlara sahip küçük toprak sahibi, yoksul kabul edilirdi. Roma'da ise dilencilere veya topraksız gündelikçilere pek iyi gözle bakılmaz, hatta bunlar koloni yerleşimlerine

² Caleb Foote, s. 615.

sürülürlerdi. Yoksulluktan görece kurtulmanın tek yolu ya sürgüne gitmeye razı olarak küçük bir toprak elde etmek ya da paralı asker olarak orduya katılmaktı³.

Geç Roma İmparatorluğu döneminde, yani dördüncü yüzyılda, Hıristiyanlık'ın resmi din haline gelmesi ve kilisenin güçlenmesi ile yoksullara yapılan bağışlar mahiyet değiştirmişlerdir. Bu değişimde, demografik büyümenin yanısıra teolojik olarak yoksulların toplulukta bir yer edinmesi de etkili olmuştur⁴. Ayrıca, bu dönemlerde, yoksullar henüz haydut, dolandırıcı, barbar vs. olarak görülüyorlardı. Aksine, yoksula yardım, kilisenin asli görevlerinden biri haline gelerek kurumsal bir biçim kazanmıştı.

Chambliss'e göre, 1500'lere kadar serserilik ve çalışma yasaları, ücretleri kontrol ederek, büyük veba salgınından dolayı ortaya çıkan emek gücü kıtlığına karşı pazarın emek talebini karşılamayı amaçlamaktaydı⁵. Fakat on altıncı yüzyılla birlikte emek pazarının artarak kapitalistleşmesi ile serseri yasalarının birincil işlevi emek disiplini ve toplumsal kontrol haline gelmiştir. Dolayısıyla, serseri ve emek yasaları, İngiltere'de, sivil ve dini otoritenin yanısıra tüccarların ve toprak sahibi elitlerin gittikçe artan sayıda hareket halindeki, nitelsiz ve işsiz yoksullarla karşı karşıya geldiği, erken dönem bir sınıf mücadelesinin ön saflarında yer almakta idi.

On altıncı ve on yedinci yüzyıllarda, Avrupa edebiyat çevreleri de yoksullardan duyulan bu korkuya katkı sağlamışlardır. Bu dönemde, serserilik üzerine kaleme alınan eserlerin sayısında gözle görülür bir artış gerçekleşmiştir. Serseri yazınında, serseriler toplumsal düzenin altını oyan, tüm toplumu anarşiye götürecek potansiyele sahip suçlular olarak tasvir edilmekteydi. Serseri kategorisinin alt gruplarından yalnızca terhis edilmiş ve işsiz kalmış askerlere, toplumsal algıda kısmi bir sempati beslenmekteydi⁶.

³ Ocobok, s. 3.

⁴ A.g.m., s. 4.

⁵ Chambliss, s. 71.

⁶ Ocobok, s. 7.

Serseri olarak yaftalanan insanların büyük çoğunluğu, iş bulmak için, tek başına veya gruplar halinde uzak mesafelere seyahat eden genç, bekar erkeklerdi. Kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve aileler, serseri olarak yaftalanan bu kesimlerin çok küçük bir bölümünü oluşturlardı. Bu durum yüzyıllar boyunca serseriliğin karakteristik bir özelliği olmaya devam etmiştir.

Beier'in de açıkladığı üzere, erken modern dönem İngiltere'sindeki demografik değişimler yoksul gençlerin sayısının artmasında önemli ölçüde etkili olmuştur. Bu dönemde, nüfusun büyük çoğunluğu yirmi bir yaş altı genç nüfustan oluşmaktaydı. Ailelerinin dağılmasından veya aileleri tarafından kapı dışarı konmalarından dolayı gençler çoğunlukla evlerini terk ederek yabancı topraklarda iş aramaya zorlanmaktaydılar. Bunun yanısıra, serserilik ağırlıklı olarak kentsel bir olguydu. İngiltere ve Fransa'da kentler, kitlesel kırsal göç dalgalarını bünyelerine almak zorundaydılar. Lakin buralarda yeni gelenler için iş ve barınma olanakları oldukça kısıtlıydı⁷.

Yardım edilmeye değer görülmeyen yoksulların kontrolü ve idaresi için geniş bir yoksulluk terminolojisiyle birlikte bir dizi serserilik yasaları ve bu yasaların uygulanabilmesi için gerekli kurumsal yapılar, bu dönemde gelişmeye başlamışlardır.

Beier'e göre, belki de en etkili değişim, cezalandırmanın serserilik ve diğer yoksulluk suçlarına doğru genişlemesidir⁸. Buna rağmen, en yaygın cezalandırma biçimi fiziki ceza ve kişinin bağlı olduğu ve yardım alabileceği veya angarya cezasını yerine getirebileceği idari birime (*parish*) geri gönderilmesiydi. Diğer yaygın ceza uygulamaları ise zorla askere alma veya denizaşırı kolonilere zorunlu göç idi.

Yoksulluk ve serseriliğe karşı en büyük devlet müdahaleleri hastaneler ve ıslah evleri vasıtasıyla gerçekleşmekteydi. Bu kurumlar Avrupa'nın pek çok kentinde inşa edilmekteydiler. Yeni yoksulluk yardımı sistemleriyle dilenmek

⁷ Beier, s. 38.

⁸ A.g.m., s. 45.

yasa dışı ilan edilmişti. Böylece, hastaneler sadece yardım hak eden yoksullara hizmet verirken ıslah evleri vasıtasıyla yardım hak etmeyen serserilerin davranışlarının düzeltilmesi, ıslah edilmesi amaçlanmaktaydı. Bütün bu düzenleme ve karşı-düzenlemelerle birlikte, Avrupa'nın devlet ve kilise otoriteleri yoksulluğu kutsallık ve hürmetten hastalık ve düzensizliğe doğru yeniden yapılandırmışlardır.

Serseri addedilenlerin büyük çoğunluğu iş aramak için göç eden yoksul, topraksız çiftçilerdi. Dolayısıyla, yardım hak etmeyen, iradi olarak tembel serseriler olarak görülüyorlardı. Aksine, sağlıklı, çalışmaya istekli işsizler olarak görülüyorlardı. Öte yandan, çalışabilir durumda olmalarından ötürü yardım hak edenler kategorisine de dahil edilmiyorlardı. Bu durumda, bu grubun 'serserilik ve suça itilmemesi amacıyla' çalışma evleri kurulmuştur. Çalışma evlerinde, yoksul emekçilere basit alet edevat sağlanarak parça başı yaptıkları işin miktarına göre kısmi bir ücret ödeniyordu. Bu ücret serbest emek pazarındaki ücretler seviyesinin oldukça altında tutuluyordu. Bu mekanizma ile yoksul topraksız çiftçilere kentsel imalat sektörlerine içkin çalışma disiplini aşılması amaçlanmaktaydı.

Bu bölümün bundan sonraki kısımlarında, serseri kavramının tarihsel gelişimini serimlemek için ilk olarak, serseri yasalarının ilk ortaya çıktığı feodalizmin çözülüş dönemi ele alınacaktır. Sonrasında, kapitalizmin gelişmesi sürecinde serseri yasalarının gelişimi incelenecektir. Çalışmanın bu kısmında on altıncı yüzyıldan yirminci yüzyıla kadar olan dönemler ayrı ayrı ele alınacaktır. Takip eden bölümde ise Osmanlı-Türkiye hukukunda serseri kavramının gelişimi incelenecektir.

I. Feodalizmin Çöküşü

İlk gelişkin serserilik yasası 1349 yılında ve İngiltere'de yürürlüğe girmiştir (3 Ed. 1). Bu tarihlerde İngiltere'de Haçlı Seferleri ve diğer savaşlar ile Büyük Veba Salgını neticesinde nakit para ve ucuz emek gücü arzı ciddi bir seviyede düşmekte idi. Soylular nakit ihtiyacını kısmen de olsa karşılamak için

himayelerindeki kölelere özgürlüklerini satmaya başlamışlardı. Köleler için de bu yeni durum çok uygundu. Zira bu dönemde özellikle tekstil alanında sanayileşen görece büyük şehirler özgür işçi için daha fazla iş imkanı ve daha iyi yaşam standartları sunuyordu. Dolayısıyla ‘Veba Salgını’ öncesinde ucuz emek gücü arzında hali hazırda bir azalma söz konusu idi⁹. Buna ek olarak, salgın 1348 yılında İngiltere nüfusunun en az yarısının ölümüne sebep olmuşdu¹⁰. Chambliss’in Bradshaw’dan aktardığına göre ‘Kara Ölüm’ 1348 yılında İngiltere’ye ulaştığında kitlesel ölümler azalmakta olan emek gücü rezervini yok etmiştir¹¹.

Öte yandan, III. Henry döneminde Fransa ve İskoçya ile uzun süren savaşlarda paralı askerler kullanılmaya başlanmıştır. Bunun neticesinde köleler ya orduya katılmış ya da şehirlere kaçmışlardır. Büyük kentlere göç eden özgürleşmiş kölelerin yanısıra, köylerde ortakçı olarak çalışan (yarı) özgür insanlar dahi orduya katılmayı köylerdeki kötü yaşam koşullarına tercih etmekteydiler¹².

Kölelik veya ortakçı çiftçilik biçimlerinde sağlanan ucuz emek arzının düşmesi ve buna mukabil olarak özgür emek gücünün genişlemesi ücretlerin hızla artmasına neden olmuştur. Zira toprak sahibi soyluların işlerini yürütmeleri için yüksek ücretli özgür emek gücünden başka çareleri kalmamıştır. Bu nedenle de ellerindeki köleleri himayelerinde tutmak imkansızlaşmaktadır. Zira özgürlüğünü para veya başka bir değer karşılığında satın alamamış bir kölenin bağlı olduğu topraktan kaçarak büyük bir kentte daha iyi bir yaşam arayışına kalkışması çok tabii idi ve bu esnada yakalanması ise pek mümkün değildi.

Bu koşullar altında oluşturulan serserilik yasalarının ilk elden sarih amacı, özgür olsun veya olmasın emekçileri düşük bir ücret seviyesinde çalışmaya

⁹ Chambliss s. 69.

¹⁰ Poos (2004), s. 90.

¹¹ Bradshaw, s. 54, içinde Chambliss, s. 69.

¹² A.g.m. s. 69.

zorlamak ve böylece toprak sahiplerine, karşılayabilecekleri düzeyde ve sürekli ucuz emek gücü arzı sağlamaktı¹³.

1349 öncesinde, ilk serseri yasasının ortaya çıktığı maddi koşulların gelişmesi süresince, bu yasanın da bir öncülü sayılabilecek bir yasal düzenleme daha mevcuttur. 1274 tarihli (3 Ed. 1. c. 1) ‘dini kurumların refahı’ alt başlığı ile ilan edilen bu yasa ile dini kurumlardan sadaka, gıda, barınma vb. yardım almak büyük ölçüde yasaklanarak kısıtlanmıştır. Yasaya göre bir kişi ancak bağlı bulunduğu dini cemaate ait dini kurumdan bu tür yardım alabilmekte, seyahat edenlerin ise bu tür yardım almaları yasaklanmaktadır¹⁴. Lakin, on dördüncü yüzyıl ve sonrasındaki serserilik yasalarından farklı olarak bu yasa, iş aramak vb. sebeplerle, bağlı bulunulan tımarı terketmeyi yasaklamamaktadır. Keza, kilise ve manastırlardan yemek ve barınma yardımı istemeyi yasaklarken bunu cezai bir müeyyideye bağlamamaktaydı. Ancak yine de 1274 yasasının 1349 Emekçiler Yasasına giden sürecin işaretlerini verdiği söylenebilir. Bu dönemde İngiltere’de nüfusun önemli bir bölümü, zorunlu olarak, kilise yardımlarından faydalanmaktadır. Ancak İngiltere’nin on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda haçlı seferlerine katılması¹⁵ ve aynı zamanda İskoç Krallığı ve Fransa ile belirli aralıklarla da olsa savaş halinde olması¹⁶ nedeniyle soylu sınıfın kiliselere yaptıkları nakit yardımları ciddi biçimde azalmıştır. Bu koşullarda, özellikle iş bulmak için veya başka sebeplerle insanlar yaşadıkları tımarlardan ayrılmakta ve genellikle kilise ve manastırlardan yemek ve konaklama yardımı istemekteydiler. Bu durum, yani dini kurumlar ve aristokrasi için dini bir ödev olan yoksullara yardım, Kral nezdinde şikayetlere konu olmuştur. Zira 1274’den sonra 1349’daki ilk serserilik yasası olan Emekçiler Yasası’na kadar geçen süreçte yoksullara yardım konusundaki teolojik felsefi gelenek büyük bir değişim geçirmiştir¹⁷.

¹³ Chambliss, s. 69.

¹⁴ A.g.m., s. 68.

¹⁵ 1188’de II. Henry, 1240-1241’de I. Richard ve 1270-1272’de I. Edward dönemlerinde İngiltere Haçlı Seferleri’ne katılmıştır. <http://www.fordham.edu/halsall/sbook1k.asp> <http://history-world.org/crusades.htm>.

¹⁶ Eccles, s. 213.

¹⁷ Ocobok, s. 5.

‘Geç Ortaçağ’ da denilen on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllar, genel olarak feodal toprak sisteminin (üretim araçlarının) ve üretici güçlerin, kısaca feodal toplumsal ilişkilerin çözülmesine tanık olmuştur. Emek gücünü ve ücretleri kontrol altına almayı amaçlayan Emekçiler Yasası feodal tımar düzeninin çözülmesine işaret eden toplumsal ilişkilerin gelişimine engel olamamıştır. Yasa, ucuz emek gücü arzının sağlanması için beklenen etkiyi göstermekten çok uzak kalmış, sanayileşen kentlere göç engellenemediği gibi topraksız çiftçilik de korunamamıştır. İngiltere örneğinde, 1381 Köylü İsyanı bu çözülme sürecini görmemizi sağlar niteliktedir.

Veba Salgını 1348-1351 arasında Avrupa’ya yayıldığında nüfusun yaklaşık %30’unun ölümüne sebep oldu. Bu durumun yarattığı emek ve gıda kıtlığı İngiliz köylüleri fazlasıyla etkiledi. Salgından otuz yıl sonrasında bile köylüler için hayat henüz normale dönmüş değildi. Salgının hemen akabinde yürürlüğe giren 1351 Emekçiler Yasası, köylülerin emek gücü azlığından istifade ederek yüksek ücretler talep etmelerinin önüne geçmeyi amaçlıyordu. Yasa ile köylüler salgından önceki düşük ücretlere çalışmaya zorlanırlarken toprak sahiplerinin köylüler üzerindeki baskılarını arttırmalarının önü açılmakta idi. Diğer bir değişle, emek gücü ve gıda kıtlığının toprak sahipleri lehine etki etmesi sağlanmaya çalışılıyordu. Salgının patlak vermesinden itibaren fiyatlarda ciddi bir artış görülmekte iken ücretler o denli hızlı artmamış ve köylüler açlık ve kıtlıktan muzdarip olmuşlardır.

1377’de İngiltere Kralı III. Edward’ın vefatı ve yerine on yaşındaki torunu II. Richard’ın geçmesi ile ülkenin yönetimi fiilen Kral’ın amcası olan Lancaster Dükü Baron John Gaunt’un eline geçmiştir. Krala karşı askeri ve siyasi yükümlülükleri de bulunan toprak sahibi soylular sınıfından olan baronlar, hali hazırda köylüler üzerinde önemli bir ekonomik baskı uygulamaktaydılar. Bu nedenle köylüler tarafından nefretle karşılanmakta olan baronlar mevcut durumdan nemalanmaya başlamışlardır. III. Edward, 1337’de Fransa ile Yüz Yıl Savaşları’na girişmiş ve veba salgınının da etkisiyle bu savaş kraliyet hazinesinin neredeyse tamamen boşalmasına sebep olmuştur. Bu nedenle savaşın finansal

yükü, krala karşı askeri yükümlülükleri bulunan baronların sırtına binmeye başlamıştır. Bu mali yükten hoşnut olmayan baronlar II. Richard dönemindeki etkin konumlarını kullanarak, Osmanlı İmparatorluğu'nun cizye vergisine benzer bir vergi türü olan, 'kafa vergisi' (*poll tax*) toplamaya başlamıştır. Yalnızca köylüler ve toprak sahipleri tarafından ve bir defaya mahsus ödenen kafa vergisi, ilk olarak 1377'de her yetişkinden (on dört yaşından büyük) dört gümüş olmak üzere toplanmıştır. Fakat elde edilen gelirin yüksekliğinden dolayı, baronlar bu vergiyi 1379'da ve köylü isyanlarının yaşandığı 1381 yılında birer defa daha yürürlüğe koymuşlardır. 1379'da vergi bedeli köylüler için 4 gümüş olarak kalmış, toprak sahipleri için ise mülk ve gelir miktarlarına göre daha yüksek bedeller talep edilmiştir. 1381'de ise her yetişkin için 12 gümüş toplanması yasayla emredilmiştir.

Köylüler, ilk vergi uygulaması karşısında nakit ödeme zorunluluğu (ürün olarak ödeme kabul edilmiyordu) nedeniyle ciddi zorluklarla karşılaşmışlar ve bu nedenle 1380'deki ikinci uygulama sırasında, pek çokları vergi memurlarından kaçarak vergi ödemekten kaçınmışlardır. Yükseltelen kişi başına düşen vergi miktarına rağmen toplanan vergideki düşüşü fark eden kraliyet konseyi vergi memurlarına hedeflenen miktarı toplamaları yönünde emir vermiştir. Bu sebeple vergi memurları yasadan kaçmayı tercih etmeyen veya göze alamayan köylülerden hem kendi üzerlerine düşen vergi bedelini hem de toplanamayan vergi bedelini tahsil etmeye çalışmışlardır.

Her halükarda yoksul olan köylülerin kafa vergisi uygulamalarıyla daha da fakirleşmesi kilise içerisinde de fikir ayrılıklarına neden olmuştur. John Ball gibi kafa vergisi karşıtı rahipler başpiskoposluk tarafından yakalanıp hapse atılmışlardır. Kilisenin bu baskın tavrı köylülerin de kiliseye olan bağlılığını sarsmıştır. Nihayet, 1381 yılında, ilk önce Essex'de, daha sonra ise diğer bölgelerde köylüler vergi memurlarına saldırarak isyanı başlatmışlardır. Toprak sahiplerini hedef alan köylüler, malikâneleri yakmış ve vergi ve borç-alacak kayıtlarını yok etmişlerdir. Büyüyen bu isyan neticesinde kraliyet konseyi

köylülerden taleplerini dile getirmelerini istemiş lakin taleplerin karşılanması şöyle dursun isyan eden pek çok köylü katledilmiştir.

Somut sonuçlarına rağmen 1381 Köylü İsyanı, hem toprak sahibi-köylü ilişkilerinde önemli değişimlere yol açmış hem de bu minvalde feodal toprak düzeninin çökmekte olduğunun ilk değilse bile en büyük habercisi olmuştur. Bu isyandan sonra kafa vergisi on yedinci yüzyıla kadar bir daha uygulanmamıştır.

II. Kapitalizmin Gelişimi

1. On Altıncı ve On Yedinci Yüzyıl: Serseriliğin Genişleyen Kapsamı

On altıncı ve on yedinci yüzyıllarda, çalışma yasaları yürürlükte olmaya devam etmiş ve hatta geliştirilmişlerdir. Zorunlu çalışmaya dair eski yasaların yürürlüğü devam ederken, yeni çalışma yasaları da geçirilmiştir. Serserilikle bağlantılı olarak geliştirilen yeni çalışma yasaları ile birlikte, yasanın amacı, emek arzını korumaktan, disiplinli bir emek gücü yaratmaya kaymıştır¹⁸. Zorunlu çalışmanın uygulanabilmesi için kurulan ıslahevleri ile yasanın uygulanmasına dair çabalar da yoğunlaşmıştır. Bu dönemde çıkarılan yasalar, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllardaki yasalarla kıyaslandıklarında, nüfusun çok daha geniş bir bölümünü kapsamakta ve emeğin disiplini için çok çeşitli mekanizmaları devreye sokmaktadır.

On altıncı yüzyılın en kapsayıcı ve etkin yasası, 1563 tarihli ‘Kalfalar, Çıraklar, Emekçiler ve Hizmetçiler Yasası’dır. Çalışan kesimlerin büyük bir bölümünün çalışma mevzuatını düzenleyen bu yasanın pek çok hükmü on dokuzuncu yüzyıla kadar yürürlükte kalmıştır¹⁹. Yasa ile, on iki ile altmış arası herkese, yıllık sözleşmelerle tarım sektöründe çalışma zorunluluğu getirilmiştir. Kadınların görece esnek sözleşmelerle çalışmasını da düzenleyen yasa, on ile on sekiz yaş arasındaki çocukların yirmi bir ile yirmi üç yaşlarına kadar çiftliklerde çırak olarak çalıştırılmasını da zorunlu kılmaktadır. Yasanın zorunlu çalışmayla

¹⁸ Beier, s. 45.

¹⁹ A.g.m., s. 45.

ilgili hükümleri yaklaşık iki yüz yıl boyunca etkili olmuştur. Bu hükümler, Serserilik Yasaları ile bağlantılı hükümlerdir. Buna göre, yasada, sözleşme süresinin dolduğuna dair işveren tarafından imzalanmış bir tasdikname almadan işini bırakanlara yirmi bir gün hapis cezası; eğer böyle bir belge bu sürede tedarik edilemez ise serseri addedilerek kırbaç cezası verilmesi öngörülmüştür. Böylece, çalışma yasalarının ihlalinin serserilik hükümleriyle cezalandırılması hukuki bir norm haline gelmiştir²⁰. Beier'in, İngiltere'de Elizabet döneminde önde gelen bir avukat olan Sir Thomas Smith'den aktardığına göre, yasa hükmünce kadın veya erkek, evli veya bekar, yasada öngörülen bir iş sözleşmesiyle bağlı olmayan herkes zorunlu olarak bir işte çalıştırılmak veya serseri olarak cezalandırılmak zorundadır. Bu dönemde mahkemelerde en çok kullanılan yasa hükmü budur²¹.

On altıncı yüzyıl serserilik mevzuatına göre, çocuk yaştaki serseriler (beş – on iki yaş arası) yirmili yaşlarına kadar, uygun kişilerce çırak olarak kullanılıp bu sürenin sonunda satılabilirlerdir. 1547 tarihli Kölelik Yasası ile düzenlenen bu hüküm kısa süre sonra ilga edilmiş fakat 1572 tarihli Serseri Yasası ile benzer hükümler dilencilerin çocukları için tekrar yürürlüğe sokulmuştur. Bu dönemde yürürlükte olan Serseri Yasası ile Çalışma Yasası, uygulamada birbirinden ayırtedilemeyecek biçimde birlikte kullanılmaktaydı. Neticede işsiz olan herkes on dördüncü yüzyıl serserilik hükümlerine tabi idi²².

1563 tarihli yasa, aynı zamanda ücretler seviyesinin kontrol altında tutulması için de kullanılmaktaydı. Buna göre, yıllık olarak belirlenen ücretlerin üzerine ödeme yapan ve bu ödemeyi kabul edenler ayrı ayrı cezalandırılırlardı. Yasasının ilgili hükümleri zaman zaman ihlal edilmekle birlikte, genel anlamda, arzu edilen ücretler seviyesi bu sayede sağlanmaktaydı²³.

Günümüz sosyal hizmetler kurumlarının uygulamalarına benzer kayıt, ev ziyareti vb. bilgi toplama mekanizmaları ilk olarak bu dönemde, yani on altıncı yüzyılda ortaya çıkmıştır. 1553'de Londra'da, dilenci ve serserilerin disiplin ve

²⁰ A.g.m., s. 46.

²¹ A.g.m., s. 46.

²² A.g.m., s. 47.

²³ A.g.m., s. 49.

ağır iş vasıtasıyla düzeltmeleri için, Islahevi Hastanesi (Bridewell Hospital) kurulmuştur.

Özetle, on altıncı yüzyıl çalışma mevzuatı sadece emeğin disiplinini değil, aynı zamanda emekçilerin toplumsal düzende ki yerlerini kontrol etmeyi de amaçlamaktaydı. Coğrafı, mesleki, sınırlamalar ile toplumsal sınıflar arası hareket engellenerek emeğin toprağa bağlı kalması sağlanmak isteniyordu. Bütün bu hukuki çabalara rağmen, dönemsel ve uzun erimli işçi göçünü engellemek on altıncı yüzyılda pek mümkün olmamıştır. Bu durumun başlıca nedeni, uygulamanın merkezi olarak örgütlenip kontrol edilememesidir.

On altıncı yüzyıl yoksulların idaresinde köklü değişimlere sahne oldu. Ruhban sınıfı ve zengin soylular yüzlerce insanın sadaka için dilenmesini daha fazla idare edemeyeceklerine kanaat getirdiler. Devlet yetkilileri yoksul yardımlarında sorumluluk üstlenmeye başladılar. Bu doğrultuda, sadece emek pazarını manipüle etmek için değil, aynı zamanda yoksulların hareket ve davranışlarını kontrol etmek için de serseri yasalarını yürürlüğe koymuşlardır.

Bu dönemde sivil ve dini otorite yoksulları yardım-hak eden ve yardım- hak etmeyen (*deserving poor, non-deserving poor*) olarak gruplamaya başlamışlardır. Bu temel ayrıma ek olarak bir de yerel ve yabancı yoksullar arasında da bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, yetimler, dullar, fiziksel veya zihinsel engelliler ve yaşlılar devlet (sivil) ve kilise yardımı almaya uygun bulunurken, çalışabilecek durumda olup da gönüllü ve iradi olarak çalışmadıkları varsayılan yoksullar, yani serseriler, angarya işe veya doğrudan cezaya mahkum edilmekteydiler.

İngiltere’de on altıncı yüzyıl serseri yasaları ve 1601 tarihli Yoksulluk Yasası, devlet üzerinde derin bir etkiye sahiptir. İngiliz yargı sistemi, yoksulların yakalanması ve alıkonulması için gerekli mekanizmaları sağlamak için önemli değişimler geçirmiştir. Suçluları ve serserileri sınıflandırmak için yeni yöntemlerle birlikte jüri önünde yargılama ve sözlü ifade alma gibi mahkeme

usulleri de kullanılmaya başlanmıştır. Zaman zaman, işsizleri yakalamak için örfi idare yasaları da uygulanmaktaydı²⁴.

On yedinci yüzyıl, serseri yasaları ve çalışma yasaları bağlamında merkezi otoritenin güçlenmesine tanık olmuştur. Bu amaçla ilk adımlar, 1597-1601 yılları arasında atılmıştır. 1601 yılında çıkarılan Yoksullara Yardım Yasası (Act for the Relief of the Poor), 1834 yılına kadar temel mevzuat olarak yürürlükte kalmıştır²⁵. Geçmiş dönemlerin bakiyesi olan serserilik ve çalışma yasaları, bu dönemde Yoksulluk Yasası ile daha da geliştirilmiştir. Yoksulluk yasaları, yoksulluğun belirli bir davranış biçiminden değil, maddi koşullardan kaynaklandığının idrak edildiği ilk yasal düzenlemelerdir. Fakat, genel olarak serseri kavramıyla ifade edilen davranışların ahlak dışı ve ortak yarara aykırı olduğu yaklaşımı halen benimsenmektedir. Yoksulluk yasaları, hem daha geniş bir insan grubunu kapsamakta hem de daha fazla uygulama araçlarını düzenlemektedir. Buna göre, sadece çalışanlar ve işsizler değil, çocuklar, engelliler, yaşlılar ve hükümlüler de yasanın kapsamına girmekte ve de bu gruplara uygulanacak yardımlar, cezalar ve zorunlu çalıştırma usulleri bir arada düzenlenmektedir. Yoksulluk yasaları, sosyal yardım mekanizmalarını düzenlerken, hak eden ve hak etmeyen yoksul tanımlaması yapmaktadır. Bu anlamda, çalışabilecek durumda iken (*able-bodied*) çalışmayanlar için yoksulluk yardımı yapılmamaktadır. Diğer bir deyişle, işsizlik büyük oranda suç sayılmaktadır. Bir bölgeden diğerine göç eden işçiler (çalışabilecek durumda olanlar) ise göç ettikleri bölgede kendi barınma ihtiyaçlarını karşılayamamaları halinde serseri olarak addedilmektedirler.

Öte yandan, bu yasalarla pek çok meslek de yasadışı sayılmaya başlanmıştır. Özellikle kentlerde icra edilen işportacılık, tamircilik, aktörlük, hokkabazlık, müzisyenlik vb. meslekler farklı izin mekanizmalarına tabi tutulmaya başlamışlardır. İzinsiz olarak bu ve benzeri işlerle uğraşanlar da serseri olarak yasal işlem görmektedirler.

²⁴ Beier, s. 54.

²⁵ Byrnes, <http://www.cornellcollege.edu/English/Blaugdone/essays/vagrancy.htm>.

On yedinci yüzyıl, ayrıca, diğer konsensüs suçların serserilikle doğrudan ilişkilendirilmesinin yoğunlaştığı bir döneme tekabül eder. Bu anlamda yoksul sınıfların suça meyilli oldukları görüşü, önceki dönemlere kıyasla yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, yoksul kesimlere karşı zorunlu çalıştırma yaptırımlarının uygulanması için tesis edilen ıslahevi vb. kurumların yanısıra kamusal işlerde (demiryolu inşaatı, liman inşaatı, vb.) zorla çalıştırılma uygulaması da yaygınlık kazanmıştır. Çalışmanın yoksulları ıslah edeceği düşünülmektedir. Bu görüşe paralel olarak, ıslahevlerine kıyasla daha farklı grupların zorunlu çalıştırıldığı çalışma merkezleri de (workhouse) yine on yedinci yüzyılda büyük bir hızla yayılmışlardır.

On yedinci yüzyılın sonuna gelindiğinde, Avrupa'da yoksullara yardım ve çalışmayanları çalışmaya zorlama çabaları halen artan yoksunluk ve yoksullukla karşı karşıyadır. Ekonomik kriz, kötü hasat dönemleri, süregiden uzun savaşlar, vb. önlenemeyen yoksulluğun temel nedenlerinden yalnızca bazılarıdır. Islah evlerine yerleştirme ve hapis cezası uygulamaları arttırılmıştır. Bu dönemde, artık, serseriler, giderek artan bir biçimde, organize suçlar ve şiddetle bağlantılı olarak görülmekteydiler.

Hem istihdamı hem de yardım mekanizmalarını düzenleyen yoksulluk yasaları, yerel yönetimler aracılığıyla uygulanmaktaydı. Geçmiş dönemlerde çıkarılan yasalar, merkezi bir uygulamaya sahip olmadıklarından başarısızlıkla sonuçlandıkları için yoksulluk yasalarının yerel yönetimlerce uygulanması merkezi bir denetim mekanizmasının da başlangıcı niteliğindedir. 1662 tarihli İskan Yasası'na göre her birey bir yerel yönetim birimine bağlı olmak zorundadır. Çalışma veya yardım alma ile ilgili tüm işlemler, bireylerin bağlı oldukları yerel yönetim birimlerince gerçekleştirilir. Bu amaçla, yerel yönetimlerde yardım birlikleri oluşturulmaya başlanmıştır²⁶.

²⁶ Boyer, s. 4.

2. On Sekizinci Yüzyıl

Bazı küçük değişiklikler ve eklemeler dışında, on sekizinci yüzyılın ortalarına kadar serserilik, çalışma ve yoksulluk yasalarında önemli bir değişim gerçekleşmemiştir. Buna karşın, bir yandan ortak arazilere el konulması bir yandan da tekstil üretimindeki teknolojik gelişmeler neticesinde hem ücretler seviyesi ciddi anlamda düşmüş, hem de işsizlikte büyük bir artış gerçekleşmiştir. Bu bağlamda, 1743'de çıkarılan bir başka serserilik yasası ile serseri kavramının kapsamı bir defa daha genişletilmiştir. Buna göre, dilenci kılığına girerek ve yalan beyanla yardım ve sadaka toplayanlar, yasadışı bahis ve kumar oynayanlar, ailelerini ve yaşadıkları bölgeleri terk edenler, bağlı buldukları bölge dışında birahanelerde, çiftlik ambarları vb. yerlerde konaklayan ve düzgün bir intiba uyandırmayan kimseler, serserilik suçu işlemiş sayılmaktadırlar. Böylelikle, bir yandan sosyal yardımlar arttırılırken bir yandan da hak etmeyen yoksulların yardım sistemi dışında tutulması amaçlanmıştır. Bu nedenle, genişletilmiş serseri yasasına atıfla yapılan işlemler, gerçekte, çoğunlukla serserilik tanımı dışındaki cezai suçlarla ilgilidir. Chambliss'e göre bu yasa ile birlikte, serseri tanımı, yirminci yüzyıla kadar değişmemek üzere en geniş halini almıştır²⁷.

3. On Dokuzuncu Yüzyıl: Uygulamanın Merkezileşmesi

On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda ilk adımları atılan, yoksulluk yardımlarının ve bununla ilgili serseri yasaları hükümlerinin merkezi bir yapı vasıtasıyla ve standart olarak uygulanması, on dokuzuncu yüzyıla kadar etkili bir biçimde gerçekleştirilememiştir. Bu nedenle, 1824 tarihli Serseri Yasası ve 1834 tarihli Yeni Yoksulluk Yasası ile sosyal yardım mekanizmaları köklü bir değişime uğramışlardır. 1824 Serseri Yasası'nın birincil amacı bağlı buldukları bölgelerin dışında yakalananların kendi bölgelerine geri gönderilmelerinin yerel yönetimler üzerinde yol açtığı mali yükü azaltmak ve açık alanda uyumayı suç

²⁷ Chambliss, s. 74.

kapsamına alarak evsizliği etkin bir biçimde bir serserilik eylemi haline getirmektir.

On sekizinci yüzyılda, sosyal yardımlarda çok ciddi bir artış gözlenmiştir. Bunun nedeni, merkezi yönetim tarafından çalışma merkezleri ve yardım faaliyetlerini yürütme görevi verilen yerel yönetimlerin merkezi bir yapıyla uyumlu olmamalarıdır. Dolayısıyla, uygulamada bölgeden bölgeye ciddi farklılıklar görülmekteydi. Bu nedenle, 1834 Yasası ile birlikte yerel yönetim birimleri, daha büyük birlikler altında toplanarak, hak edenlere yapılan yardımlar standartlaştırılmıştır. Öte yandan, serserilere geçici, gecelik barınma sağlayan barınaklar (casual ward) kurulmuştur. Bunun nedeni, zorla çalıştırma merkezlerinin serserileri ve adi suçlardan hüküm giymiş kimseleri kabul etmek istememeleriydi. Barınaklar, açık havada uyumak gibi serserilik sayılan eylem veya durumlarda bulunan kişilerin güvenlik görevlileri tarafından getirildikleri yerlerdi. Lakin bu barınaklar da zaman içerisinde cezalandırıcı bir yapıya bürünmüşlerdir. Barınakta kalanlar, konakladıkları geceyi takip eden gün boyunca barınakta veya kamusal bir inşaatta zorunlu çalıştırmaya tabi tutulmaktaydılar. Buna karşın, barınaklardaki kötü ve ağır koşullar, pek çoklarının sokakları tercih etmesine neden olmuştur.

1834 Yasası kapsamında, yoksullara yapılan yardımları yürüten komisyonlar kurulmuştur. Bu döneme kadar, yardım faaliyetleri, başka pek çok sorumlulukla beraber yerel yönetimlerin göreviydi. Bundan sonra, yardımların dağıtımına ilişkin kurallar ve yardımların dağıtımı bu özelleşmiş komisyonlar aracılığıyla yürütülmüştür. Yoksulluğun nedeni olarak tembelliği gören bu yasaya göre, bir komisyondan yardım almak için o komisyonun denetimindeki bir çalışma merkezinde çalışmak gerekmektedir. Bu merkezlerin koşulları, en yoksul emekçilerin yaşam koşullarından daha kötü olacak şekilde korunmaktadır. Böylelikle yardımların maliyeti azaltılmak istenmektedir.

Merkezi bir sistem olması, uzmanlaşmış yönetim birimleri ve kurumlar oluşturması bakımından Yeni Yoksulluk Yasası, yirminci yüzyıl sosyal devlet politikalarına giden yolda önemli bir adımdır.

4. Yirminci Yüzyıl: Serseri Yasalarının Tasfiyesi

Dünya savaşları ve sosyal devlet modelinin yükselmesi ile, yirminci yüzyılın serserilik kavramsallaştırmasına büyük etkisi olmuştur²⁸. Avrupa’da ve ABD’de, hükümetler zorunlu çalışma ve evsizliğin bastırılması politikalarını terk etmişler; bunun yerine, kamusal ve özel refah sistemlerinin bir bileşimi ile, düzenli ve sürekliliği olan bir işgücü geliştirmeye yönelmişlerdir. Özellikle Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra, sanayiciler, emeğin disiplinini sağlamak için refah kapitalizmini önermişlerdir²⁹. Böylelikle, emeklilik programları, yıllık izin, bireysel sigortalar, krediler v.b araçlar emeğin disipline edilmesi için kurulan bu yeni sistemin önemli birer parçası haline gelmişlerdir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra bireysel hakların gelişmeye ve önem kazanmaya başlaması ile, serserilik ve yoksulluk kavramsallaştırmaları büyük değişime uğramıştır. Önceki yasal mevzuat sistemlerinin aksine, serserilik yoksulluğun nedeni değil sonucu olarak görülmeye başlanmış ve yoksulluğu önlemek amacıyla sosyal refah programları, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında, daha geniş bir uygulama alanına yayılmıştır. Buna rağmen, evsizlik sorunu çözülememiş; yoksulluk gettolaşmış ve toplumun zengin kesimleri banliyölere çekilmişlerdir³⁰.

C- Osmanlı ve Türkiye Hukuku’nda Serseri Kavramı

Serseri kavramı ile ilgili hukuki mevzuat ve idari yapılanma tarihsel olarak ortaya çıkışı ve yapısal gelişimi bakımından Osmanlı’dan Türkiye’ye tarihsel bir süreklilik arz etmektedir. Her ne kadar yasanın uygulamasına dair bir çalışma

²⁸ Ocobock, s. 25.

²⁹ A.g.e., s. 25.

³⁰ A.g.e., s. 26.

bulunmasa da 1890'da yürürlüğe giren Serseri ve Mazannei Su'i Olan Eşhas Hakkında Nizamname'nin 1909'da Meclis-i Mebusan'dan aynı isimle kanun olarak çıkarılması ve bu kanunun 1963'e kadar yürürlükte kalması süreklilik iddiasını destekler niteliktedir. Bunun yanısıra, 1890 Nizamnamesi'nde yapılan teknik, hukuki serseri tanımının 1963'de yasanın yürürlükten kalkmasından sonra Türkiye hukuk sisteminde açık bir serseri tanımı yapılmamış, buna karşın serseri kavramı bugün dahi Anayasa, Medeni Kanun, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Pasaport Kanunu'nda varlığını sürdürmektedir.

Osmanlı-Türkiye hukukunda ilk (ve tek) serseri kanunu 1909 yılında yürürlüğe girmiştir. Buna karşın Osmanlı'da, Avrupa'daki hukuki ve idari aygıtlar için de önemli olan, göç kontrolü, tımarlı araziye bağlı tarımsal emek gücünün muhafazası gibi meseleler on altıncı yüzyıldan itibaren çeşitli nizamname ve fermanlarla düzenlenmeye çalışılmıştır.

Osmanlı idari yapısı on dokuzuncu yüzyıl başlarından itibaren köklü değişimlere tabi tutulmuştur. Hem mürur tezkeresi gibi eski uygulamalarda merkezileşmeye gidilmiş hem de 1831'de yapılan nüfus sayımı, 1845'de kurulan polis teşkilatı ve 1867'de Pasaport Nizamnamesi'nin yürürlüğe girmesi ile nüfus, merkezi kayıt altına alınmaya ve kontrol edilmeye başlanmıştır³¹.

Yükselen ulusal bağımsızlık hareketleri Osmanlı idaresi tarafından Avrupalı bir jargonla anarşi olarak kavramsallaştırılması, "Avrupa'da kendini gösteren anti-anarşist önlemlerin Osmanlı'da da uygulanmasını getirmiştir³²." Osmanlı idaresi anti-anarşist önlemlerle sadece ulusal bağımsızlık hareketlerini değil, aynı zamanda özellikle taşradan İstanbul'a işçi göçünü de hedef almıştır. Böylesi bir kesişim, bu önlemlerin Osmanlı tebaası Ermeni işçiler, Avrupalı yabancı işçiler ve Osmanlı Amele Birliği üyeleri gibi gruplara uygulanmasında daha net bir biçimde görülmektedir³³. Böylece dönemin güvenlik anlayışının, sınıfsal ayrımları da ihtiva ettiğini görmek mümkündür. Ancak bu durum Osmanlı'ya özgü değildir;

³¹ Yılmaz, s. 170-176

³² A.g.e., s. 88

³³ A.g.e., s. 88

Almanya, Fransa, Avusturya-Macaristan gibi devletlerde de sezonluk veya yabancı işçiler ile serserilik arasında bir bağ kurulmaktadır³⁴.

Yılmaz, II. Abdülhamid döneminde güvenlik politikalarına dair kapsamlı incelemesinde, devletin özellikle İstanbul'da bulunan alt sınıfları potansiyel tehdit olarak gördüğünü belirtmektedir³⁵. Burada alt sınıflar olarak ifade edilen daha önce tımarlı arazilere bağlı olarak çalışan ve fakat iş aramak ve çalışmak için İstanbul'a gelen köylülerdir³⁶. Anılan dönemde İstanbul'a yönelen göç hareketlerinin kontrolü ve sınırlandırılması amacıyla on altıncı yüzyıldan bu yana uygulanmakta olan idari kural ve yaptırımlar güçlendirilmiştir. Bu uygulamaların en belirgin amacı tarımsal üretimin ve tarıma bağlı sanayi üretiminin devamlılığını sağlamak amacıyla topraksız veya küçük toprak sahibi köylülerin kentlere göçünü önlemektir. Bununla beraber, pratikte göç kontrolü uygulamaları kriz dönemlerinde artış göstermektedir³⁷. On dokuzuncu yüzyıl boyunca hem Osmanlı'nın fetih topraklarından hem de Anadolu'dan İstanbul'a hatırı sayılır göç dalgaları gerçekleşmiştir. Bu minvalde, göçmenlerin olası bir ayaklanmaya katılmaları ihtimali göz önünde bulundurularak, özellikle Arnavutlara ve Kürtlere dair idari uygulamalar çok sıkı tutulmuştur³⁸.

Serseri ve Mazannei Sui Eşhas Hakkında Nizamname'nin yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede çeşitli ferman ve nizamnamelerde serseri kavramı lafzi olarak kullanılmaktaydı³⁹. Bu metinlerde serseri kavramı açıkça tanımlanmamakla birlikte, basitçe "başıboş" anlamında kullanılmaktaydı. Buna karşın kavram olarak serserinin hukuki teknik bir tanımı 1909'a kadar yapılmamıştır. Öte yandan İngiltere örneğinde serserilik teknik bir kavram olarak on altıncı yüzyılda tanımlanmıştır⁴⁰. Serseriliğin hukuken teknik bir kavram

³⁴ Yılmaz., s. 89

³⁵ A.g.e., s. 147

³⁶ Tımar sistemi 1839 yılında Tanzimat Fermanı'yla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişimin kırdan kente göç bağlamında etkisi İngiltere'de ortak tarım alanlarının çevrilmesi neticesinde topraksız köylülerin kentlere göç etmesi ile paralellikler göstermektedir.

³⁷ Yılmaz, s. 165

³⁸ A.g.e., s. 169

³⁹ A.g.e., s. 164-169

⁴⁰ Özbek, s. 35

olarak tanımlanması, devlet iktidarının toplumu biçimlendirme, topluma nüfuz etme politikalarının ve buna bağlı mekanizmaların gelişmesine işaret etmektedir. Fakat, tanım meselesinde Avrupa devletleri ile Osmanlı Devleti arasındaki kronolojik fark genellikle Osmanlı maliyesinin böylesi bir topyekün toplumsal kontrol mekanizmasının işlemesi için yetersiz kalması ile açıklanmaktadır⁴¹. Öte yandan, Osmanlı yönetici elitlerinin de yakından takip ettiği Avrupa’da serseri yasaları, yoksulluk yasaları ve çalışma yasaları, amaçlanan kontrol ve nüfuz etme kapasitesine, diğer bir deyişle gelişim seviyesine, ancak on dokuzuncu yüzyılda erişebilmiştir.

1909 yılında yürürlüğe giren Serseri ve Mazennei Sui Eşhas Hakkında Nizamnamesi ile serseri kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

*Hiçbir kâr ve kisp ile meşgul olmamak ve muayyen ve daimi ikametgâhları bulunmamakla beraber darelerini vesaiti meşrua ile istihsal etmekte olduklarını şayanı itimat bir surette ispat etmeyip şurada burada gezmekte bulunan eşhas, serseri ve meçhulül ahval addolunur*⁴².

Böylelikle iki ay zarfında herhangi bir işte çalışmamış, iş bulmak için asgari çabayı göstermemiş ve fiziken çalışması mümkün olduğu halde geçimini dilencilikle sağlamaya çalışanlar serseri olarak tanımlanmışlardır.

1909’da yürürlüğe giren aynı isimli kanunun birinci maddesi ise yukarıdaki tanımı yalnızca biraz sadeleştirmektedir:

*Hiç bir vasıtai maişeti bulunmadığı ve çalışma kudreti olduğu halde lâaikal iki aydan beri birgüna kâr ve kisp veya sanatla meşgul olmayan ve bu müddet zarfında iş bulmak için iteşebbüsâtı lâzimedede bulunduğunu dahi ispat edemeyip şurada burada dolaşan kim selere serseri itlik olunur. Çalışmaya muktedir iken teseülü vesilei maişet İtti haz edenler dahi serseri addolunurlar*⁴³.

Bu tanım, 1909’da kanunlaşmış ve 1963’e kadar yürürlükte kalmıştır.

⁴¹ Özbek, s. 38

⁴² Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Birinci Devre, 1324-1325 İçtimaı, 24 Mart 1909, c.2, s. 7..

⁴³ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, s. 21

Özbek'in aktardığına göre kanun hükümlerinin uygulanması İçişleri Bakanlığı'nın sorumluluğunda polis teşkilatına verilmiştir. Kanunun öngördüğü uygulamaya göre “mahkeme kararı ile serseriliği sabit olanlar bayındırlık ve belediye işlerinde ya da devlete ait bir müessesede(müessesat-ı umumiye) iki aydan dört aya kadar çalıştırılmak üzere uygun yerlere sevk edilecekler, istihdam edilemedikleri durumda da memleketlerine gönderileceklerdir⁴⁴.” Yine Özbek'in belirttiği üzere, serseriliği hukuken sabit kılınan kimselerin zorunlu istihdamı için çeşitli kamu inşaatları ve madencilik sektörü devletin ilk tercihi olmuştur⁴⁵. On dokuzuncu yüzyılda Avrupa örneklerindeki uygulamalarda kullanılan ıslahevi, çalışma evi gibi kurumların tesis edilmesi yerine serserilerin ağır çalışma ile ıslahı yöntemi Osmanlı Devleti'nin mali durumunun da neden olduğu bir tercihtir. Yöntem ne olursa olsun, serserilerin ıslah ve terbiyesi için zorunlu çalışmanın bir ceza yöntemi olarak kullanılması Avrupa örnekleriyle uyumluluk arz etmektedir.

1890 Nizamnamesi ile 1909 Kanunu arasında geçen sürede, ikinci Meşrutiyet'in ilanı ile bazı önemli yaklaşım farkları bulunmaktadır. 1890 Nizamnamesi, fiziki durumu ne olursa olsun tüm dilencilerin hapis ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Buna karşın 1909 Kanunu, serseri ile mazannei sui eşhas kavramları arasındaki ayrımın detaylı tartışılmasına dayanmaktadır. Kanun metninde de bu ayrım görülmektedir. Kanunun birinci kısmı serserilere, ikinci kısmı ise mazannei sui ile ilgili düzenlemeleri ayrı ayrı düzenlemektedir. Bu ayrım, Meclisi Mebusan zabıtlarında görüldüğü üzere, serseriliğin suçun hukuki tanımına uymamasından kaynaklanmaktadır. Serseriliğin bir eylem olmadığı ve fakat bir hal olduğu kabul edilmekle, bu halin tek başına hapis vb. bir ceza için yeterli olmadığı, suç işleme ihtimalini de zaruri olarak arttırmadığı ifade edilmiştir⁴⁶. Öte yandan, Yılmaz, yukarıda alıntılanan tanımın da yeterli kesinlikte olmadığını ve bu belirsizliğin kanunu uygulamakla görevlendirilmiş polisin takdir yetkisini genişlettiğini savunmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla, serseri ile mazannei sui eşhas arasındaki ayrımın uygulamada nasıl yorumlandığı veya ne raddeye kadar

⁴⁴ Özbek, s. 34

⁴⁵ A.g.m., s. 35

⁴⁶ İlgili meclis oturumu kayıtları için bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi.

⁴⁷ Yılmaz, s. 133.

gözetildiği bilinmemektedir. Bununla birlikte, 1890 Nizamnamesi ve 1909 Kanunu'nun uygulamasına dair dar kapsamlı bir araştırma yapan Özbek'e göre Kanun'un temel amacı asayişin sağlanması ve serseriliği alışkanlık edinmiş olanların bir işe ile meşgul kılınarak ıslah edilmeleri iken dilencilik ve serserilik vakalarının çok az bir kısmı istihdamla sonuçlanmış⁴⁸, uygulamada serserilerin İstanbul'dan uzaklaştırılmaları kaygısının ön plana çıktığı görülmüştür.

Serseri kavramı 1926 tarihli Medeni Kanun'da ve 1961 Anayasası'nda bulunmamaktadır. Zira ilk ve tek serseri kanunu olan 1909 Kanunu da 1963 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Akabinde ise 1982 tarihli mevcut Anayasa'da serseri kavramı tekrar karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen on dokuzuncu maddesinin ikinci paragrafı hükmü uyarınca “toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi” amacıyla kişi hürriyeti kısıtlanabilir. Anayasa'nın ilgili madde hükmü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen (*right to liberty and security*) beşinci maddesinin istisnai hükümlerine benzetmekle beraber Sözleşme hükümlerinden daha geniş bir istisnai durum öngörülmektedir. 2001 tarihli yeni Türk Medeni Kanunu ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını düzenleyen 432. maddesinde “...serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir” denmektedir.

1934 tarihli İskan Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) da serseri kavramını ihtiva eden kanunlar arasındadırlar. İskan Kanunu'nda serseri kavramı geçmemekle birlikte madde 4/Ç'de ‘göçebe çingeneler’ “Türkiye'ye muhacir olarak alınmazlar” denmektedir. Göçmen çingeneler, belirli bir ikametgahı olmamak kaydıyla serseri sınıfından addedilirler. PVSK'de ise 2002 yılına kadar yapılan kanun değişikliklerinden önce kanunun beşinci maddesinde

⁴⁸ Özbek, s. 40.

“serseri ve mazennaisu erbabının” parmak izler ve fotoğraflarının alınması yetkisi, dokuzuncu maddesinde serserilerin üzerlerinin şüphe üzerine aranmasını ve on üçüncü maddesinde de serserilerin yakalanmasını düzenlemektedir. 2002 yılında PVSK’de yapılan değişikliklerle neticesinde ise beşinci ve dokuzuncu maddeler ilga edilmişlerdir.

Görüldüğü üzere, serseri kavramı, Serseri ve Mazannei Sui Eşhas Hakkında Kanun’un yürürlükten kaldırılmasıyla tedavülden kalmamış aksine kendine farklı hukuki mecralarda yer bulmuştur. İlgili kanun hükümleri uyarınca yapılmış olan hukuki işlemler ve neticelerine dair bir veri veya detaylı bir araştırma bulunmamakla birlikte bu kapsamda bir araştırmaya ihtiyaç olduğu aşikardır.

III. Sonuç

Yirminci yüzyılın son çeyreği, ABD’de ve bazı Avrupa ülkelerinde serseri yasalarının ilga edilmesine tanık olmuştur. İlk ABD’de yüzyılın başlarında ortaya çıkan tasfiye süreci, eyalet yasalarının anayasaya uygunluğunun federal mahkemeler tarafından tartışıldığı uzun bir dönemden sonra nihayet Anayasa Mahkemesi’nin 1972 yılında verdiği bir kararla serseri yasaları anayasaya aykırı ilan edilmiştir⁴⁹. Buna rağmen, serseri kavramı ve geçmişteki uygulamalar, farklı hukuki araçlarla halen varlıklarını sürdürmektedirler.

Avrupa’da ise, serserilik, evsizlik gibi mefhumlar pek çok ulusal mevzuatta suç kapsamından çıkarılmasına rağmen, 1970’lerde AİHM’in yeni gelişen serserilik içtihadının⁵⁰ özgürlüğü tahdit için getirdiği prosedürel korumaların da etkisiyle, hem bu süreç daha da genişlemiştir hem de kısmen de olsa bir çözüme yaşanmıştır. Örneğin, serseri yasalarının ilk ortaya çıktığı yer olan Birleşik Krallık’ta 1824 Serseri Yasası, pek çok değişikliğe rağmen halen yürürlüktedir. Buna karşın, Fransa ve Belçika’da 1990’larda serseri yasaları ilga edilmiştir. Fakat, ABD örneğinde olduğu gibi, özellikle toplumsal olayların bastırılması,

⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Papachristou v. Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

⁵⁰ *De Wilde ve Diğerleri v. Belçika*, no: 2832/66; 2835/66; 2899/66.

düzensiz göçmenlerin kontrol altına alınması gibi amaçlarla serseri kavramı farklı hukuki veya idari mekanizmalar aracılığıyla halen varlığını sürdürmektedir⁵¹.

Osmanlı-Türkiye örneği ise serseri yasalarının çözülme biçimini açıkça gözler önüne sermektedir. Yukarıda da aktarıldığı üzere, 1890'da getirilen tanım 1963'de Serseri Kanunu'nun ilgasıyla tedavülden kalkmış ve hukuken açık bir tanıma yapılmayan serseri kavramı farklı farklı kanun metinlerinde kendisine yer bulmuştur.

3. Hukukun Ekonomi Politikası

I. Marksizm ve Hukuk

Marksist kuramsal gelenek içerisinde ortaya çıkan belirli kavramsal problematikler, teorinin olgusal, yöntemsel ve kuramsal/kavramsal olarak geniş bir alana yayılarak gelişmesini sağlayacak şekilde tartışılarak aşılagelmektedir. Marks ve Engels, tarihsel materyalizm kuramını geliştirirken, teorinin ana hatlarını ekonomi alanındaki toplumsal ilişkilere dair incelemelerinden yola çıkarak oluşturmuşlardır. Ekonomi alanının yanısıra politika ve ideoloji alanını da bu ana hatlar çerçevesinde ele almalarına rağmen, hukuka dair incelemeleri kısmen bu çerçeveyi zorlar niteliktedir. Marks'ın hukuka dair incelemeleri, genellikle, ya belirli maddi yasaların toplumsal üretim ilişkilerinin gelişim ve dönüşümleriyle ilişkisine odaklanan tözsel incelemelerdir ya da 'hukukun sınıf karakteri'ni ortaya çıkaran kavramsal incelemelerdir.

Marks'ın ölümünden sonra, başta Engels olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak hukuk üzerine az veya çok kapsamlı çalışmalar yapılmaya devam edilmiştir. Bu çalışmaların temel karakteristiği, 'kaba materyalizm' olarak da adlandırılan, ekonomik belirlenimciliktir. Bu çalışmalar çoğunlukla, olgu olarak hukukun incelenmesinden ziyade hukukun tarihsel materyalist kuram içerisinde, kurama bir müdahalede bulunmaksızın yorumlanmasından ibarettir. Yirminci

⁵¹ Bkz. Fisher ve diğerleri (2015), Beier & Ocobok (2008).

yüzyıl başlarında, bu duruma istisna çalışmalar da mevcuttur. Bunlardan öne çıkan iki isimden biri Karl Renner, diğeri de Evgeni Paşukanis'dir. Renner, ilk olarak 1949'da basılan *Özel Hukuk Kurumları ve Toplumsal İşlevleri (The Institutions of Private Law and their Social Function)* adlı eserinde doğrudan hukuka odaklı Marksist bir inceleme gerçekleştirmiştir. Uzunca bir süre Marksist hukuk kuramı alanında önemli bir yere sahip olan bu çalışmasıyla Renner, kısaca, meta ilişkilerinin hukuki düzenlenmesinin, feodal dönemde geliştirilen maddi hukukun uygulanmasıyla sağlandığını iddia etmekte ve de maddi hukukun rolünde, hukuki normlarda görünüşte bir değişim olmaksızın gerçekleşen işlevsel bir dönüşüme dikkat çekmektedir⁵². Lakin Renner'in çalışması, tarihsel materyalizmden ziyade, tarih-üstü bir işlevselcilik yaklaşımını yansıtmaması nedeniyle Marksist hukuk tartışmalarında sahip olduğu önemi sonradan yitirmiştir⁵³. Buna karşın, feodalizmden kapitalizme geçiş sürecine dair değerlendirmeleri halen önemlidir. Yirminci yüzyıl başlarında Marksist bir genel hukuk kuramı geliştirmeye çalışan Sovyet hukukçu Paşukanis ise meta biçimi ve hukuki biçim arasında kurduğu paralellik ilişkisi üzerinden geliştirdiği 'meta biçimi kuramı' ile günümüz Marksist hukuk çalışmalarında da sıklıkla değinilen bir isim haline gelmiştir. Paşukanis, kısaca, yasaların kapitalist üretimin meta biçiminin ihtiyaçlarından ortaya çıktığını ve metanın hukuki ilişkilerin özü olduğunu ileri sürmektedir⁵⁴.

Erken dönem Marksistler, hukuk konusunu, daha ziyade Bolşevik devriminden sonra devletin ve hukukun nasıl sönmüneceği sorusu veya bir Sovyet hukuk sistemi geliştirme çalışmaları bağlamında incelemiş ve tartışmışlardır. Bu dönemde, tarihsel materyalist teorinin en çok tartışılan meselelerinden birisi olan ekonomik belirlenimcilik, kaçınılmaz olarak bu çalışmalara da yoğun bir biçimde sirayet etmiştir. Diğer bir deyişle, hukuk, ya iktisadi ilişkilerin doğrudan yansıması veya ifadesi olarak ya da burjuvazinin sınıf çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi işlevini yerine getiren basit bir baskı mekanizması olarak kavranmaktadır. Marksist hukuk tartışmalarına dair

⁵² Cain&Hunt, s.65

⁵³ A.g.e., s.66

⁵⁴ Ronnie Warrington, içinde Yelkenci, s. 120

derlemelerde bu iki kavrayış sıklıkla, ve sırasıyla, ‘kaba materyalizm’ ve ‘sınıf araçsalcılığı’ olarak adlandırılmaktadır. Marksist literatür içerisinde hukuk, 1970’lere kadar bu çizgide tartışılmıştır. Bu dönemden sonra ise, özellikle Althusser, Poulantzas ve Gramsci⁵⁵ gibi Marksist düşünürlerin ideoloji, devlet, hukuk ve siyaset üzerine analizleri Marksizm içindeki tartışmaları hareketlendirmiştir. 1970 sonrası döneminin Marksist tartışmalar açısından temel özelliği, hukuk, devlet ve siyaset gibi, geleneksel olarak ekonomik seviye tarafından belirlendiği kabul edilen kurumların toplumsal örgütlenmede ve tarihsel süreç içerisindeki işleyişlerinin daha yakından ve görece tözsel olarak çeşitli analizlere tabi tutulmaları ve nihayetinde bu kavramlara dair hem soyut toplumsal ilişkiler olarak hem de somut toplumsal kurumlar olarak belirli bir ‘görelî özerklik’ yaklaşımının büyük önem kazanmasıdır.

Buraya kadar olan bölümde, Marksizm içinde hukuka bakışın kısa bir serimlemesi yapıldı. Bundan sonrasında ise dönemsel olarak farklılıklar gösteren Marksist yaklaşımların biraz daha detaylı incelemesi amaçlanmaktadır.

A- Marks ve Engels’in Hukuka Bakışı

Marksizm’in ve tarihsel materyalizmin kurucusu kabul edilen Marx ve Engels, kaleme aldıkları kuramsal külliyatta ve diğer felsefi, politik ve ekonomik incelemelerinde hukuka epeyce değinmiş olmalarına rağmen oluşturdukları toplum çözümlemesi dahilinde bir hukuk kuramı geliştirmemişlerdir. Dolayısıyla, ne Marks ne de Engels ortak ve ayrı çalışmalarında (Engels’in “Devletin, Ailenin ve Özel Mülkiyetin Kökeni”ni istisna kabul edersek) hukuku analizlerinin merkezine almamışlardır. Buna karşın, hukuka veya doğrudan bir hukuk anlayışına dair kaleme aldıkları yazılar, hem hacmen hem de içerik bakımından kayda değer niteliktedir⁵⁶. Marksist toplum analizi esasen bir toplumdaki iktidar örgütlenmelerine ve ekonomik altyapıya odaklanır. “Bundan dolayı hukuk,

⁵⁵ Antonio Gramsci, yaşadığı ve yazdığı dönem bakımından erken dönem Marksistlerin çağdaşı olmasına karşın hem çalışmalarının yayınlandığı ve başka dillere çevrildiği dönem hem de siyasal analizlerinin içeriği bakımından ikinci kuşak Marksistlerle birlikte anılmaktadır.

⁵⁶ Cain&Hunt, s. İx.

Marksistler açısından merkezi bir odak noktası değildir⁵⁷.” Fakat bunun yanında, hukuki ilişkiler ve hukuk sistemlerinin feodalizm ve kapitalizm gibi farklı toplumsal oluşumlar içerisinde oynadıkları rol, hem Marks ve Engels hem de sonraki Marksist düşünürler için önemli bir ilgi odağı olmuştur⁵⁸.

Marks'ın, tek başına ve Engels'le birlikte yaptığı çalışmalar ve yayınlanan yazıları, Marksist gelenekteki farklı düşünürler tarafından farklı kronolojik dönemlendirmelere tabi tutulmuşlardır. Örneğin, Louis Althusser, ‘Genç’ ve ‘Olgun’ Marks ayrımını yaparak Marks'ın, Kapital'den önce kaleme aldığı, çoğunlukla politik olan, tartışma ve analizlerinin içeriklerini Kapital'de olgunlaştırdığını iddia etmektedir⁵⁹. Benzer bir biçimde, Paul Hirst de Marks'ın hukuka dair duruşunu üç döneme ayırmaktadır⁶⁰. Hirst, bu üç dönemi, sırasıyla, Kantçı dönem (1840-1842), Feuerbach dönemi (1842-1844) ve tarihsel materyalizmin oluşum ve gelişim dönemi (1845-1882) şeklinde adlandırmıştır. Hem Althusser hem de Hirst, bu ayrımları Marks'ın fikirlerindeki ve analizlerindeki önemli değişimleri gözlemleyerek yapmaktadırlar. Bilindiği üzere, Marks, Engels'le birlikte ekonomi politiğin tarihsel materyalist bir eleştirisine girişip, buradan hareketle bütünlüklü bir toplumsal çözümlemeye varana kadar geçen sürede pek çok makale kaleme almıştır. Bunların dışında ölümünden sonra yayımlanan notları da mevcuttur. Bir külliyattan söz ederken bu yazılı materyalin tamamı kastedilmektedir. Bu külliyatın konu ve kuramsal, felsefi içerik bakımından dönemlere ayrılması, Marks'ın politik görüşleri ve daha geniş anlamıyla Marksist politik tartışmalar bakımından son derece tartışmalı bir konu olabilir. Lakin, bu dönemlendirmeler, Marks'ın, ve Engels'in de, genel veya belirli konulardaki analizlerinde gözlemlenen kuramsal çelişkilerin anlamlandırılabilmesi ve, Marks ve Engels tarafından kuramsal bir olgunluk seviyesine taşınmamış olan, hukuk gibi olguların Marksist bir çerçevede doğru analiz edilebilmesi için gereklidir. Bu gereklilik, Marks sonrası erken dönem Marksist hukuk çalışmalarında gözlemlenen eksikliklerden de anlaşılmaktadır.

⁵⁷ Collins, s.20.

⁵⁸ A.g.e., s.21.

⁵⁹ Althusser, <https://www.marxists.org/reference/archive/althusser/1961/young-marx.htm>.

⁶⁰ Hirst, s.30.

Hirst'in dönemlendirmesini takip edecek olursak, Marks, erken dönem yazılarından dolayı - ki bunlar çoğunlukla *Rheinische Zeitung* gazetesinde yayımlanan makaleleridir – bir köşe yazarı olarak doğrudan sansüre maruz kalmıştır. Bu deneyimi nedeniyle, sansür yasalarının yanısıra belediye reformu, orman hırsızlığı yasası gibi dönemin güncel hukuki tartışmaları üzerinden hukuku ciddi biçimde ele almak durumunda kalan Marks, genel olarak, devlet gibi hukukun da 'özgürlüğün varoluş biçimi' olması gerektiğini ve devletin, hukuk yordamıyla insanları özgürlüğe mecbur kıldığını ileri sürmektedir. Buna göre, ele aldığı sansür yasası, özgül konusu olan basını düzenlemez ve fakat yok sayar ve hukukun varoluşuyla bir çelişki yaratır. Marks, gazeteden istifa ederken kaleme aldığı makalesinde, “sansür, sadece suçu cezalandırmaz, aynı zamanda onu yaratır” demektedir⁶¹. Marks'ın, devletin hukuku bir baskı aracı olarak kullandığı biçiminde özetlenebilecek bu eleştirisi⁶² henüz sınıfsal veya tarihsel materyalist bir çerçeve içerisinde değildir. Aksine Marks, hukukun evrensel bir mantığı olduğunu düşünmektedir⁶³.

İlerleyen yıllarda, özellikle Engels'le tanışmasından sonra, Marks, dağınık haldeki eleştirilerini daha sistematik bir biçime sokmaya başlamıştır. Marks'ın Engels'le birlikte, o zamanlar henüz ismi konulmamış olsa da, tarihsel materyalizmin ilk adımlarını atmaya başladıkları ikinci dönemde ise liberal hukuk felsefesini idealizm eleştirisi ile incelemeye başladıkları görülmektedir. Marks'ın '1844 İktisadi ve Felsefi El Yazmaları' bu dönemin anlaşılması için anahtar nitelikte bir metindir. Marks'ın El Yazmaları'ndaki kuramsal eleştirisi, hukuk, devlet, aile, din vb. bütün tikel toplumsal formları insanın özünün, özel mülkiyet ve yabancılaşmış emek içerisinde, yabancılaşmış formu ile emek harcayan somut insan özne arasındaki temel çelişkiye indirgemektedir⁶⁴.

⁶¹ Cain&Hunt, s.12.

⁶² Aslında, Marks, somut durumda, Almanya'daki büyük toprak sahiplerinin devlet eliyle hukuku kendi çıkarları için kullanmasını irrasyonel ve çağın gerekliliklerine aykırı bulmaktadır. Fakat ilerleyen yıllarda aynı konuyu tekrar ele aldığıda hukuku büyük toprak sahipleri ve burjuvazinin sınıfsal bir baskı aracı olarak niteleyecektir.

⁶³ Cain&Hunt, s. 13, Hirst, s. 30.

⁶⁴ Hirst, s. 33.

Hirst, üçüncü dönem olarak belirttiği 1845'den Marks'ın ölümüne kadar olan dönemi tarihsel materyalizmin oluşum ve gelişim dönemi olarak ifade etmektedir. Buna göre, Marks'ın hem özeldde hukuka dair görüşleri hem de daha genel olarak toplumsal formasyona dair görüşleri hem içerik bakımından hem de kuramsal bakımdan önemli farklılıklar göstermektedir. Hirst, iki temel farklılığı ortaya koymaktadır. Birincisi, Marks'ın sansür, belediye reformları, odun hırsızlığı yasaları gibi hukuki meselelere dair daha önceleri doğal haklara dayalı insanlar arası eşitlik çerçevesindeki görüşlerini Gotha Programı'na dair rasyonelist eşitlikçilik eleştirisinde çürütmesidir⁶⁵. Hirst'in değindiği ikinci husus ise Marks'ın 1859 tarihli 'Ekonomi Politigin Eleştirisine Katkı'nın önsözünde kristalleşen toplumsal formasyon anlayışının, 1844 El Yazmaları'na kıyasla çok daha karmaşık ve olgunlaşmış bir kuramsal çerçeveye teşkil etmesidir⁶⁶.

Marks'ın düşüncelerinin dönemlendirilmesi, birbiriyle çelişen fikirlerinden hangisinin geçerli sayılacağı sorununu doğurmaktadır⁶⁷. İleriki bölümlerde görüleceği üzere, bu sorun, Marksist düşünürler tarafından, hukuk, devlet ve Marksist ajandada önemli görülen diğer analiz konularında birbirinden farklı ve birbirini eleştiren farklı çalışmalar yapılmasının da asli nedenlerinden biridir. Tabi ki, Marksist literatürdeki bu çeşitliliğin bir önemli sebebi de Marksizm'in bitmiş, tamamlanmış bir proje olmaması ve kuramsal olarak farklı yönlerde gelişmeye devam etmesidir⁶⁸.

Bu çalışma içerisinde, Marks ve Engels'in düşüncelerinin dönemlenmesi, Serseri Yasalarının inceleneceği çerçevenin sınırlarını belirlemek bakımından önemlidir. Bu çerçeveyi hukukun ekonomi politiği olarak çizmiş bulunduğumuz nispette, bu çerçevenin içini de genel olarak kapitalizmin ve özeldde de hukukun tarihsel materyalist eleştirisinden doğan kavramlarla doldurmak durumundayız. Hem Marks, hem de Engels, birlikte çalışmaya başlamadan önceki çalışmalarında öne sürdükleri bazı fikir ve yaklaşımları, tarihsel materyalizm kuramını geliştirirken eleştirerek terk etmişlerdir. Öte yandan önceki dönemlerde ileri

⁶⁵ Hirst, s. 35.

⁶⁶ A.g.m., s. 35.

⁶⁷ Althusser, a.g.m.

⁶⁸ Cain&Hunt, s. 63.

sürdükleri bazı fikirleri de yine aynı süreçte geliştirmişler ve daha karmaşık bir kuramsal soyutlamaya varmışlardır. Terk ettikleri ve geliştirdikleri erken dönem fikirleri arasındaki ayrımı tarihsel materyalist yaklaşıma uygunlukları belirlemektedir. Söz gelimi, Marks, gençlik yıllarında bir taraftan doğal haklardan ve hukuki evrensel rasyonellikten söz ederken aynı zamanda hukukun bir sınıfsal baskı aracı olma karakterine de değinmekte idi. Fakat sonraki yıllarda, doğal haklar ve hukuki rasyonellik fikrini eleştirerek terk ederken, sınıfsal baskı aracı olarak hukuk kavramsallaştırmasını tarihsel materyalist bir çerçevede geliştirmiştir. Marks ve Engels'in salt hukuka dair veya genel fikirlerinin bu yönlü gelişiminin detaylı incelenmesi bu çalışmanın amaçları arasında bulunmamaktadır. Bu nedenle, daha ziyade tarihsel materyalizmin oluşum ve gelişim dönemine denk düşen incelemelere değinilecektir.

B- Tarihsel Materyalizm ve Hukuk

Marks ve Engels, ekonomi politiğin eleştirel incelemesine dair oluşturdukları külliyatta, üretim ilişkilerini, mülkiyet ve bölüşüm ilişkilerini salt iktisadi meseleler olarak değil, toplumsal ilişkiler olarak ele almaktadırlar. Diğer bir deyişle, gerçek ekonomik ilişkiler, yani üretim güçleriyle üretim araçları arasındaki ilişkiler toplumsal ilişkilerdir. Üretim güçleriyle üretim araçları arasındaki ilişkiler, hukuk, siyaset vb. toplumsal yapıların temelini oluşturmaktadır. Marksist hukuk analizlerinde başlangıç noktası, büyük çoğunlukla, Marks'ın Ekonomi-Politiğin Eleştirisine Katkı kitabına yazdığı ünlü Önsöz'dür. Marksist toplum çözümlemesinin genel hatlarıyla ortaya konduğu Önsöz'de ana vurgu altyapı-üstyapı metaforuna ve hukukun, ideoloji, politika, kültür vb. toplumsal ilişki türleriyle birlikte ekonomik altyapı üzerinde yükseldiği ve bu altyapıyı oluşturan gerçek iktisadi ilişkiler ya da üretim ilişkileri tarafından belirlendiği yönündedir. Marks, Önsöz'de şöyle der:

Ulaşmış olduğum ve bir kez ulaşıldıktan sonra incelemelerime kılavuzluk etmiş olan, genel sonuç, kısaca şöyle formüle edilebilir. Varlıklarının toplumsal üretiminde, insanlar, aralarında, zorunlu, kendi iradelerine bağlı olmayan belirli ilişkiler kurarlar; bu üretim ilişkileri, onların maddî üretici güçlerinin belirli bir gelişme

derecesine tekabül eder. Bu üretim ilişkilerinin tümü, toplumun iktisadî yapısını, belirli toplumsal bilinç şekillerine tekabül eden bir hukukî ve siyasal üstyapının üzerinde yükseldiği somut temeli oluşturur. Maddî hayatın üretim tarzı, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel hayat sürecini koşullandırır. İnsanların varlığını belirleyen şey, bilinçleri değildir; tam tersine, onların bilincini belirleyen, toplumsal varlıklarıdır. İktisadî temeldeki değişme, kocaman üstyapıyı, büyük ya da az bir hızla altüst eder. Bu gibi altüst oluşların incelemesinde, daima, iktisadî üretim koşullarının maddi altüst oluşu ile -ki, bu, bilimsel bakımdan kesin olarak saptanabilir-, hukukî, siyasal, dinî, artistik ya da felsefî biçimleri, kısaca, insanların bu çatışmanın bilincine vardıkları ve onu sonuna kadar götürdükleri ideolojik şekilleri ayırdetmek gerekir⁶⁹.

Yukarıdaki alıntıda ifade edilen formül, Marks'ın ekonomi politik analizlerinde 'kılavuz' olarak kullandığı 'altyapı/üstyapı metaforudur'. Marks, Önsöz'de, hukuku üstyapının bir unsuru olarak konumlandırmakta ve bu suretle iktisadi altyapının üzerinde yükselen, üretim ilişkilerinin gelişme derecesine bağlı olarak gelişen, 'maddi hayatın üretim tarzı' tarafından koşullandırılan bir bilinç veya toplumsal ilişki biçimi olarak ele almaktadır. 1844 Felsefe Yazıları'nda Marx, hukuku tikel bir üretim biçimi olarak tanımlamakta ve hukukun kaynağını da üretim alanına koymaktadır. Bu değerlendirmeye göre "hukuk, genel üretim yasasına uyan tikel bir üretim biçimi"dir. "Din, aile, devlet, hukuk, ahlak, bilim, sanat, vb., tikel üretim biçimlerinden başka bir şey değildirler ve genel üretim yasasına uyarlar⁷⁰." Hukukun tarihsel materyalist bir çerçeveden analizinde kullanılan bu temel denklem, Marks'dan sonra da pek çok Marksist araştırmacı ve düşünür tarafından da kabul edilmiş ve kullanılmıştır. Buna göre, hukuk, pekçokları tarafından, üretim ilişkilerinin veya gerçek ekonomik ilişkilerin bir yansıması veya ifadesi olarak tanımlanmaktadır.

İleriki bölümlerde tartışılacağı üzere, altyapı-üstyapı metaforu, erken dönem Marksistler tarafından kılavuz olmaktan çıkarılıp tarihsel materyalizmin merkezine oturtulmuştur⁷¹. Lakin, Marx ve Engels'in hukuk incelemeleri ya da hukuka dair fikirlerini ihtiva eden tartışmalarında, altyapı/üstyapı metaforunun bir

⁶⁹ Marks (1979), s.25.

⁷⁰ Marx & Engels Collected Works (MECW) vol. 28, s.191.

⁷¹ Cain&Hunt, s. 49.

‘geçici’ kılavuz olmaktan öteye kolay kolay geçmediği görülmektedir. Özellikle belirli hukuki görüngülere dair tarihsel ya da tözsel incelemelerinde, hukuku tarihsel süreç içerisinde etken bir fail veya iktisadi ‘gerçek’ ilişkilerin kurucu bir ögesi olarak tartışıklarını dahi görmek mümkündür. Bu incelemelerde altyapı ile üstyapı arasında doğrudan ve basit bir belirlenim ilişkisi kullanmamaktadırlar⁷².

Tarihsel materyalist hukuk incelemelerinde, yaygın hukuk tasavvuru, hukukun gerçek toplumsal ilişkileri yansıttığı veya bu ilişkilerin bir ifadesi olduğu şeklindedir. Bu yaklaşımın temelleri kuşkusuz Marks ve Engels’in yazılarında bulunmaktadır. Lakin, Marks ve Engels için hukuk ve ekonomi arasındaki bu ifade ilişkisi basit ve doğrudan bir yansıtma ilişkisi değildir. Zira altyapı ile üstyapı arasındaki belirlenim ilişkisi de basit ve doğrudan bir ilişki değildir. Öte yandan, ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, Marks, özellikle Kapital’de, feodalizmden kapitalizme geçiş, mülkiyet biçiminin gelişimi vb. konuları incelerken tekil yasalardan sıklıkla söz ederken, hukukun bu topyekün toplumsal değişim içerisindeki yerini kuramsal bir soyutlama yapmaksızın ele almaktadır⁷³.

Marksist hukuk eleştirisi, öncelikle, liberal siyaset felsefesi doğrultusunda gelişen tarih-ötesi, evrensel, genel-geçer hukuk algısına yönelir. Bu yöneliş, tarihsel materyalizmin genel olarak idealizme yönelen eleştirisiyle paraleldir. Liberal siyaset felsefesine göre hukuk, toplumun, toplumsal ilişkilerin tümünü yaratan ve biçimlendiren, kurucu bir unsurdur. Feodalizmde tanrısal iradenin ürünü/yaratısı kabul edilen toplumsal ilişkiler, kapitalizmde, yani burjuva toplumunda kaynağını hukuktan ve dolayısıyla devletten almaktadır⁷⁴. Devlet, toplumun ortak iradesidir (*common will*) ve yasa koyucu bu ortak iradeyi temsil eder. Yasa koyucunun, toplumun ortak iradesini temsilen koyduğu yasalar, yani hukuk sistemi, ortak iradenin ifadesidir. Toplumsal ilişkiler, ortak irade ve ortak çıkar tarafından biçimlendirilir. Dolayısıyla hukuk, toplumsal ilişkilerin tarihsel evriminde nedensel belirleyiciliği olan bağımsız bir ilke olarak görülür⁷⁵.

⁷² Cain&Hunt, s.48.

⁷³ Bkz. Marks (2011), ss. 689-711.

⁷⁴ Karahanoğulları, s.74.

⁷⁵ Cain&Hunt, s. 51.

Marks ve Engels'in hukuka dair tartışmalarının önemli bir kısmını idealist düşünceyle giriştikleri mücadele bağlamında ele almak gerekmektedir. Hukuka dair dağınık haldeki yazılarına bakıldığında, hukuku görece üst bir soyutlama seviyesinde ele aldıkları yazılarında – ki meşhur Önsöz de bunlara örnektir – hukukun farklı üretim biçimlerinde ve buna bağlı gelişen farklı toplumsal örgütlenmelerde farklı biçimler aldığı fikri öne çıkar. Marks, "[h]er üretim biçimi, kendine özgü hukuksal kurumlarını; kendi yönetim tipini vb. yaratır" demektedir⁷⁶. "Toplum hukuk üzerine kurulmaz, bu bir hukuksal yapıdır. Tersine, hukuk, topluma dayanmalı; kişisel kaprislerinden farklı olarak, toplumun, belirli bir zamanda egemen olan maddi üretim biçiminden doğan ortak çıkarlarını ve gereksinimlerini ifade etmelidir⁷⁷." Marx bu saptamayı, kapitalist üretim biçimini, mülkiyet ve mülkiyeti güvenceye alan yapıları evrensel ve değişmez biçimiyle tanımlayarak tarih dışına çıkarma, evrenselleştirip ebedileştirme çabalarına karşı yapmaktadır⁷⁸.

Tarihsel materyalizm, tarihsel değişimin motoru olarak toplumun üretici güçleri ile üretim araçları arasındaki üretim ilişkilerini görmektedir. Bu kavrayışla, Marksist literatürde belirli tarihsel dönemlerde köklü toplumsal değişimler incelenmiştir. Marks, bu değişimleri kabaca şöyle açıklamaktadır:

İktisadî temeldeki değişme, kocaman üstyapıyı, büyük ya da az bir hızla altüst eder. Bu gibi altüst oluşların incelemesinde, daima, iktisadî üretim koşullarının maddi altüst oluşu ile -ki, bu, bilimsel bakımdan kesin olarak saptanabilir-, hukukî, siyasal, dinî, artistik ya da felsefî biçimleri, kısaca, insanların bu çatışmanın bilincine vardıkları ve onu sonuna kadar götürdükleri ideolojik şekilleri ayırdetmek gerekir⁷⁹.

Burada, altyapı/üstyapı metaforunun kullanımı açık bir biçimde görülmektedir. Fakat metaforun idealist hukuk ve siyaset kurgularına karşıt olarak kullanıldığı unutulmamalıdır. Marks ve Engels'in idealizmle sürdürdükleri müzmin tartışmanın amacı, hukukun, ve 'bağlamından koparılmış ortak irade'

⁷⁶ Marks (1979), s. 251 (1993 baskısındaki çeviri kullanılmıştır).

⁷⁷ Marks (1849), içinde Karahanoğulları, s. 77.

⁷⁸ Karahanoğulları s. 78.

⁷⁹ Marks (1979), s. 25.

yani ‘özgür iradenin’ toplumun kurucu unsuru olmadığını, tarihsel gelişmeyi bu kavramlarla açıklamamanın başaşağı bir yaklaşım olduğunu ve gerçek toplumsal ilişkileri açıklamamanın yanısıra onların üzerini örttüğünü göstermektir. Marks ve Engels, idealizm eleştirisi bağlamında, hukuku, salt ideoloji kavramı içine hapsetmemektedirler. Hukukun ideolojik işlev ve unsurları, olgunun sadece belirli bir kısmıdır. Liberal hukuk felsefesi, toplumsal formasyonu hukukla açıklamayı, diğer bir ifadeyle, hukuka dayalı bir toplumsal çözümleme sunmayı amaçlar. Marks ve Engels, buna karşı olarak, böyle bir çözümlemenin toplumsal gerçekliği başaşağı yansıtmasından dolayı kategorik olarak hukukun ideolojik bir olgu olduğunu iddia etmektedirler.

Öte yandan, kapitalizmin tarihsel materyalist çözümlemesi içerisinde hukuk olgusu, çoğunlukla, ‘gerçek ekonomik ilişkiler’ - üretim ilişkileri – bağlamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda hukuka temel bakış “[h]er üretim biçimi, kendine özgü hukuksal kurumlarını; kendi yönetim tipini vb. yaratır” şeklindedir⁸⁰. Lakin bu yaklaşımda önemli olan nokta hukuki kurumların, tekil yasaların, hukuk sistemlerinin tarih-üstü, evvel eski ve kaçınılmaz olgular olmadıkları, belirli bir tarihsel süreç içerisinde meydana geldikleri fikridir. Tarihsel materyalizmde ‘üretim ilişkileri’ toplumsal ilişkilerdir; farklı toplumsal ilişki biçimleri, toplumsal formasyonlar kuramsal olarak üretim ilişkileri üzerinden tanımlanmakta ve incelenmektedir. Marksist teoride, iktisadi seviyenin, ‘son tahlilde’ de olsa, bir önceliği söz konusudur. Ancak, Marks ve Engels, hukuka dair tikel incelemelerinde belirlenim ilişkisine açıktan ve doğrudan başvurmamaktadırlar. Öte yandan, özellikle Engels, Marks’ın ölümünden sonra, tarihsel materyalizme yöneltilen kaba belirlenimcilik, indirgemecilik vs. eleştirilerine kuramsal yanıtlar verirken geçmiş dönemdeki tikel incelemelerini görece üst bir soyutlama seviyesinden ifade ederek Marksist bir hukuk teorisi için önemli katkılar sunmaktadır. Örneğin, Engels, “Ludwig Feuerbach Klasik Alman Felsefesinin Sonu” kitabında şöyle demektedir: "her özel durumda ekonomik olgular, hukuksal yaptırımdan yararlanmak için hukuksal biçim kazanmak

⁸⁰ Karahanoğulları, s. 78.

zorundadır⁸¹.” Diğer bir ifadeyle, “[h]ukuk, (bireylerarası) iktisadi ilişkileri yaptırma bağlama işlevini gerçekleştirmek için, bu gerçekliği, hukukun kavramları, kategorileri, ilkeleri ve kurallarıyla "hukuksal bir gerçeklik" olarak yeniden kurar⁸².” Engels’e göre, hukukun, tarihsel süreçte gelişmiş, oturmuş, binlerce profesyonel hukukçunun, mahkemelerin, polisin ve diğer kurumlarıyla devletin faaliyetlerinden müteşekkil bir gerçekliği de vardır. “Hukuk, bir gerçekliğin ifadesi, bir başka alanda yeniden kurulmasıdır. Gerçekliğin hukuk alanındaki ifadesi, ifade edilen gerçeklikle bağlarını belirli oranda koparmış yeni bir gerçekliktir⁸³.” Tarihsel gelişimin belirli bir aşamasında bir gerçeklik haline gelen hukuk, gerçek toplumsal ilişkilerden aldığı kavram, ilke ve kurallarla kendine özgü bir şekilde işler. İşleyiş anında, hukuksal kavramların/kuralların, her seferinde yeniden ifadesi oldukları gerçeklikle sınımları gerekmez. Bunun dışında, iç çelişkilerinden arınması ve düzenli işleyişinin sağlanması için hukuk, birçok varsayımlarla pekiştirilmiştir. Bu anlamda hukuk, işleyiş sırasında gerçekliğe büyük oranda kapılarını kapar. Elbette hukuk bir gerçekliği, üretim biçiminin damgasını vurduğu toplumsal ilişkileri düzenlemektedir ancak, hukukun işleyişinde önemli olan bu ilişkilerin hukuksal soyutlamalara uyup uymadığı, bunların kendi alanı kapsamına girip girmediğidir. Gerçeklik, hukuksal soyutlamaların kapsamına girdiği oranda, "hukuksal gerçekliğin" konusu olur. Hukuk, ondan köken almasına karşın kavramlarıyla açıklayamadığı oranda gerçekliği yok sayar; onu hukukta bir etken olarak kabul etmez.

Marx’ın hukuka yaklaşımındaki genel husus, hukukun sınıf karakteri ve sınıfsal özgülüğünün tespiti. Marx’ın bu tespiti, ekonomi politikle ilgili meselelere kuramsal veya tarihsel yaklaşımında, hukuka doğrudan atıfta bulunduğu metinlerinde en çok telaffuz edilen konudur. Lakin bu tespit, hukuku iktisadi ilişkilerin edilgen bir yansıması şeklinde, hukukun basit indirgemeci bir yorumu olarak okunamaz. Marks’ın hukuka bu genel yaklaşımı iki yönetime sahiptir. Bir taraftan, hukukun sınıf karakterini ileri süren ve hukuku egemen sınıfın çıkarlarını koruyup ilerlemesini sağlamak için kontrollü olarak kullanılan

⁸¹ Engels (1992) ,s. 52, içinde Karahanoğulları, s. 81.

⁸² Karahanoğulları, s. 81.

⁸³ A.g.m., s. 82

bir araç olarak savlayan temel bir basitleştirme söz konusudur. Bu basitleştirme, hukukun - ve devletin - Marksist ekonomi politik kuramı içerisinde uyumlu olacak şekilde kavramsal olarak görece üst bir soyutlama seviyesine taşınmasıyla ortaya çıkmıştır. Diğer taraftan ise, hukukun belirli bir etkiye sahip olduğu, hukuku doğrudan sınıf çıkarlarına indirgenemeyen ve üretim ilişkilerinin bizzatıhi tamamlayıcı bir parçası olarak gören daha gelişmiş ve karmaşık bir analiz de söz konusudur. Bu görece karmaşık analiz, kuramsal bir forma sahip değildir. Çünkü hukuka ilişkin sorular Marks'ın doğrudan ilgilendiği araştırma konuları değildir⁸⁴. Marx'ın birincil başarısı hukukun sınıf karakterini basitçe tanımlamasında yatmaktadır. Fakat onun asıl başarısı, toplumsal formasyonun –özellikle de üstyapının- bileşenlerinin belirli etkilerini analiz ederek bu tanımlamanın ötesine geçmesidir⁸⁵. Marksist teorinin tarihindeki en büyük sorun, basit sınıf indirgemeciliği tezinin Marksist teorinin özü mertebesine yükseltilmesidir⁸⁶.

Basit sınıf analizinin ötesine geçebilen bir analizin ayrıntılandırılması Marks'ın çalışmalarında – Althusser'in deyişiyle- ‘pratik durumda’ kalmaktadır⁸⁷. Hukukun, görece üst bir soyutlama seviyesinde kavramsallaştırılması pek olgunlaşmamıştır. Buna karşın, Marks'ın ve daha az da olsa Engels'in metinlerinde, geliştirilme potansiyeli bulunan analizler, kavramlar ve düşünce hatları görülmektedir. Bu analiz, kavram ve düşünce hatları, kısmi bir gruplandırma ile ‘feodalizmden kapitalizme geçiş’, ‘mülkiyet ilişkilerinin düzenlenmesi’ ve ‘emeğin düzenlenmesi’ konularına odaklanmaktadır.

1. Feodalizmden Kapitalizme Geçiş ve Hukuk

Kapitalist üretim biçiminin oluşması sadece değişim değerine dayalı bir dolaşım mekanizmasıyla genel bir meta üretimi sistemine dayanmamaktadır. Marks, kapitalizmin gelişiminin, bu anlamda, doğal olmadığını ve de kapitalizmin basitçe meta ilişkilerinin genişlemesi ve ilkel birikimle birleşmesi olmadığını

⁸⁴ Cain&Hunt, s. 62

⁸⁵ A.g.e., s. 62

⁸⁶ A.g.e., s. 63

⁸⁷ A.g.e., s. 63

ısrarla vurgulamıştır⁸⁸. Dolayısıyla kapitalizm, feodal üretim biçiminin çöküşü neticesinde ortaya çıkan içsel ve kaçınılmaz bir dönüşüm veya evrim süreci olarak açıklanamaz.

Feodalizmden kapitalizme geçişin tarihsel olarak ilk unsuru feodal emeğin çözülmesidir. Çözülme sürecinin başlangıcı, kronolojik olarak ticaretin gelişmesini ve metaların ve sermayenin dolaşımının artmasını da önceler. Marks, on dördüncü yüzyılda başlayan feodal emek örgütlenmesinin çözülüşünü, on beşinci ve on altıncı yüzyıllarda ticaretin gelişimi ve buna bağlı olarak metaların ve sermayenin dolaşımının artmasını birlikte inceler. Zira on dördüncü yüzyıl ortalarından on beşinci yüzyılın son çeyreğine kadar olan dönemde feodal toprak düzeninden kopan emek gücünün özellikle pamuklu tekstil imalatına bağlı olarak gelişen şehirlerde işgücü pazarındaki konumu görece güçlü ve müreffettir. Aynı dönemde ilk olarak ortaya çıkan serseri yasaları ve çalışma yasaları da bu çözülmeyi engellemek ve artan ücretleri tekrar aşağı çekmeyi amaçlamaktadır. Ticaretin gelişmesi ile biçimlenen ve farklılaşan ikinci dönem ise kırsal emeğin zorla topraktan koparılmasına, diğer bir ifadeyle, feodal emek örgütlenmesinin çözülmesinin – bir önceki dönemin aksine – hızlandırılmasına tanık olmaktadır. Marks bu döneme dair olarak şu yorumu yapmaktadır:

On altıncı yüzyılda metaların ve paranın kitlesel dolaşımının artmasına, yeni ihtiyaçların ortaya çıkmasına ve buna bağlı olarak ürünlerin değişim değerinin ve fiyatların yükselmesine neden olan bütün bu koşullar, bir taraftan da eski üretim ilişkilerinin çözülmesine, çalışan veya çalışmayan ama eli ayağı tutan tüm bireylerin yeniden üretimlerinin nesnel koşullarından koparılmasına ve dolayısıyla paranın sermayeye dönüşümüne önayak olmuştur. Dolayısıyla, sermayenin bu başlangıç formasyonunu, sermaye belirli bir seviyede birikmiş ve nesnel üretim koşullarını – geçimlik gereksinimler, ham maddeler, araçlar vs. – yaratmış ve de tüm bu zilyetliklerden yoksun olan işçiye sunmuş gibi tasavvur etmek kadar saçma bir şey olamaz. Daha ziyade, parasal zenginlik, eli ayağı tutan bireylerin emek gücünün bu koşullardan koparılmasına kısmen yardım etmiştir; kısmen de bu ayrılık süreci onusuz ilerlemiştir⁸⁹.

⁸⁸ Cain&Hunt, s. 63. Ayrıca bkz. Marx (2011), bölüm 24.

⁸⁹ Marks (1973), s. 445.

Marks, Kapital'in birinci cildinde tarım nüfusunun topraktan koparılması konusunu incelerken, on beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıla uzanan yasaların, karmaşık bir biçimde genel tarihsel süreçte nasıl belirleyici bir rol oynadıklarını ortaya koymaktadır⁹⁰.

Meta ilişkilerinin genişlemesine ek olarak, özgür emeğin yaratılması ya da tarım işçilerinin topraktan kopartılıp sanayii istihdamı için kullanılabilir hale gelmeleri olarak da betimlenebilecek ikinci bir sürece daha ihtiyaç duyulur. Örneğin, Hindess ve Hirst'e göre hukuk, kapitalist üretim biçiminin gelişimi ve yeniden üretiminin varoluş koşullarından biridir. Hindess ve Hirst, hukuku, belirlenimi gelişen ekonomik işleyişe bağlı bir sürecin oluşturucu ve taşıyıcısı olarak kavramamaktadırlar⁹¹. Daha ziyade, hukuk, feodalizmden kapitalizme geçişin bir önkoşulunu teşkil eden, belirli etki ve neticelere sahip olan, zorunlu, vazgeçilmez ve bağımsız bir yapıdır. Hukukun etkililiği iki yönlüdür; ilkin kanunlar feodal ilişkilerin kalıntılarını ortadan kaldırır, tarımsal emeğe el koyar ve topraksız yoksulları baskı altına alarak kapitalist üretim için potansiyel emek gücü yaratır. İkinci olarak ise hukuk, emek-gücünün metaya dönüşmesi için gerekli olan sözleşme çerçevesini sunar⁹².

2. Mülkiyet İlişkilerinin Düzenlenmesi

Marks ve Engels'in mülkiyet tartışmalarının genel özelliği mülkiyetin ve mülkiyet ilişkilerinin toplumsal köken ve niteliğine yaptıkları vurgudur. 'Gerçek ekonomik ilişkiler' de diyebileceğimiz, mülkiyet biçimleri ile mülkiyet ilişkilerinin hukuki biçimi, 'hukuk ilişkileri', arasındaki ilişkinin doğası Marks ve Engels tarafından sistematik olarak araştırılmamıştır. İktisadi ilişkilerle hukuk ilişkilerinin eşitlenmesi, Marks ve Engels'in yazılarında her zaman mevcut değildir⁹³. Buna rağmen, hukuku mülkiyetin belirli bir biçimde dağıtımını üzerinde saptayıcı ve sabitleyici bir etkiye sahip olarak sunmaktadırlar. Cain ve Hunt'a göre, Marks ve Engels'in mülkiyet tartışmalarında, hukuki ilişkilerin iktisadi

⁹⁰ Cain&Hunt, s. 65.

⁹¹ A.g.e., s. 64.

⁹² A.g.e., s. 64

⁹³ A.g.e., s. 67.

seviyenin kurucu bir unsuru olarak yorumlanmasıyla iktisadi ilişkilerin bir sonucu olarak yorumlanması arasındaki ikilik tekrarlanmaktadır⁹⁴. Zira, Marks ve Engels, kuramsal olarak, iradeler arası ilişkiler olarak görülen hukuki normları başlangıç noktası almayı reddetmişlerdir; onun yerine özgül üretim ilişkilerinde mevcut olan mülkiyet ilişkilerine odaklanmışlardır. Hukuk sadece bu gerçek toplumsal ilişkileri ifade etmekle kalmaz; aynı zamanda onları özgül biçimlerde temsil eder. Hukukun gerçek ilişkileri hem sakladığı hem de evrenselleştirdiği ideolojik süreçlere odaklanmaktadır. Öte yandan, tözsel, olgusal incelemelerinde, toprağın özel mülkiyet haline gelmesinde – özellikle büyük toprak sahipliğinin çözülmesi ve ortak topraklara el konulmasında – hukukun araçsal ve biçimsel etkililiğini de ele almaktadırlar⁹⁵.

3. Emegın Düzenlenmesi

Marks ve Engels, emegın düzenlenmesinde hukukun doğrudan veya dolaylı rolüne dair iki tarihsel olguyu ele almaktadırlar. Birincisi, tarımsal emegın topraktan koparılması ve kırsal tarım işçisi ya da fabrika işçisi haline gelmesi, ikincisi ise fabrika üretim modelinin gelişimidir. Bu iki olgu, tarihsel gelişim içerisinde zaruri olarak birbiriyle doğrudan bir ilişki içerisinde olarak görülmemekle birlikte, birincisi ikincisini tarihsel olarak önceler.

Marks'a göre, ortakçı çiftçinin toprağına el konulması, dolaylı olarak emegına el konulmasını da beraberinde getirmiştir. Toprakta herhangi bir zilyetlik hakkı olmayan tarım işçisi basit bir özgür emek olarak artık ürününün de sahibi değildir. Dolayısıyla, emegın, yeniden üretim koşullarıyla doğal ilişkisi artık meta üretimi ilişkileri içerisinde gerçekleşecektir. Öte yandan, kapitalist el koyma süreci, zorla proleterleşmeye karşı toplumda bir emniyet subabı işlevi gören ortak arazilere el konulmasıyla ilerlemiştir. Tarım emegının meta olarak emek-gücü sahibi özgür bireye dönüş(türül)mesi sürecinde hukuki ilişkiler önemli bir yer tutmaktadırlar. Marks, feodalitenin çözülüp kapitalizmin gelişmeye başladığı - takriben on beşinci ve on altıncı yüzyıllar - dönemde sermaye birikiminin henüz

⁹⁴ Cain&Hunt, s. 67.

⁹⁵ A.g.e., s. 94.

toplumsal ilişkileri tek başına biçimlendirecek seviyede olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle, özellikle Kapital’de İngiltere’de VI. Henry ve Elizabeth dönemlerinde çıkarılan toprak, çalışma ve serseri yasalarının bu süreçte oynadıkları etkin rol teslim edilmektedir⁹⁶.

Engels, işçi sınıfının burjuvazi tarafından köleleştirilmesinin hiçbir yerde fabrikalardaki kadar bariz olmadığını belirtmektedir. Engels’e göre neredeyse bütün gündelik faaliyetleri fabrika sınırları içerisine hapsedilen ve çok sıkı bir biçimde düzenlenen işçi karşısında işveren tam bir yasa koyucu ve düzenleyicidir. Engels, en akılsız uygulamalara karşı bile mahkemelerin işçilere şöyle bir argüman sunduğunu belirtmektedir: “Sen kendinin efendisi idin; kimse seni kendi isteğin dışında böyle bir sözleşmeyi kabul etmeye zorlamadı; fakat şimdi bu sözleşme ilişkisine özgürce girdiğinde artık ona bağlı kalmalısın⁹⁷.” İstihdam sözleşmelerindeki eşitlik ve özgürlük kurgusu, işverenlerin özel hukukunda görüldüğü üzere, emeğin boyunduruk altına alınmasını gizlemektedir. Bunun yanı sıra, Marks, fabrika yasalarına dair, hukukun rölü bağlamında beklenmeyen, önceden hesap edilmemiş, öngörülmeven sonuçlardan bahseder. Buna göre, fabrika yasaları, emeğin sömürsüyle yeniden üretimi arasındaki çelişkinin derinleşmesinden doğan bir ihtiyaçtır ve işçilerin çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlar. Buna karşın, yasanın getirdiği standartlar, ev tipi ve küçük ve orta ölçekli imalatın sonunu getirmiş ve fabrika üretim biçiminin en gelişkin seviyeye ulaşmasını hızlandırmıştır⁹⁸. Marks, emeğin ve üretimin hukuken düzenlenmesine dair Kapital’de şöyle demektedir:

Sınırsız bir iş gününün ve gece çalışmasının bulunduğu ve insanların serbestçe harap edildiği çalışma koşulları altında, kendiliğinden ortaya çıkan her engel, çok geçmeden üretim için ebedi bir "doğal sınır" haline gelir. Haşarata yok etmek için kullanılan hiçbir zehir, bu tür "doğal sınır"ların kökünü kazımakta Fabrika Yasası kadar etkili olamaz⁹⁹... “Görüldüğü gibi, herhalde kimsenin dehası nedeniyle suçlamayacağı İngiliz yasa koyucusu, tecrübelerden geçerek şu görüşe ulaşmıştı: iş gününün sınırlandırılmasına ve bir düzene sokulmasına karşı, üretim sürecinin doğasından ileri geldiği iddia

⁹⁶ Marks (2011), s. 689-711

⁹⁷ Engels, içinde Cain&Hunt, s. 102.

⁹⁸ Marks (2011), s. 479

⁹⁹ A.g.e., s. 454

edilen bütün engeller bir yasayla bir çırpıda yok edilebilir¹⁰⁰ ...” “İşçi sınıfının maddi ve manevi korunma aracı olarak fabrika mevzuatının genelleştirilmesi, yani bütün üretim kollarına uygulanması, kaçınılmaz hale gelirken, daha önce görmüş olduğumuz gibi, aynı gelişme, bir yandan da, küçük boyutlu ve dağınık halde bulunan emek süreçlerinin büyük boyutlu ve birleşik emek süreçlerine dönüşmesini ve dolayısıyla da sermayenin yoğunlaşmasını ve fabrika sisteminin tek başına egemenliğini genelleştirmiş ve hızlandırmıştır¹⁰¹ ...” “Kapitalist üretim tarzının doğasını, bu üretim tarzında en basit temizlik ve sağlık önlemlerinin alınmasını sağlamak için devletin çıkardığı zorlayıcı yasalara dayanılması zorunluluğundan daha iyi ne ortaya koyabilirdi¹⁰²?”

C- Marks Sonrası Marksist Hukuk İncelemeleri

Erken dönem Marksist hukuk analizlerine, yukarıda değinilen Önsöz’de yer alan altyapı/üstyapı metaforu hakimdi¹⁰³. Hukuk, ekonomik altyapının bir yansıması olarak görülürken, yasaların biçimi ve içeriğinin egemen üretim tarzına karşılık geldiği kabul ediliyordu. Öte yandan, kapitalist üretim ilişkilerinin gereklerinden doğan hukuk, burjuvazinin özel çıkarlarının tüm toplumun genel çıkarları olarak soyutlanması ile ideolojik bir biçim olarak burjuvazinin sınıf çıkarlarını koruma birincil görevine sahipti. Modern zamanlarda büyük eleştirilere maruz kalan bu indirgemeci belirlenimcilikler Marksist hukuk eleştirisi içerisinde halen belirli bir öneme sahiptirler. Görece yakın dönem tartışmalarında, “Kaba Materyalizm” veya “Ekonomizm” olarak adlandırılan yaklaşım ve “Sınıf Araçsalcılığı” yaklaşımı, hukukun kaynağı ve toplumsal rolüne dair incelemelerinde kuramsal olarak ve dolayısıyla kapsamaları bakımından ciddi sınırlılıklar içermekle birlikte, ortaya attıkları önermeler belirli bir diyalektik ilişkisellik içinde, somut toplumsal durumda geçerli önermelerdir.

¹⁰⁰ Marks (2011), s. 456

¹⁰¹ A.g.e., s. 479

¹⁰² A.g.e., s. 460

¹⁰³ Collins, s.39

1. Kaba Materyalizm

Marks'dan sonra, 'kaba materyalist' olarak adlandırılan tarihsel materyalist çalışmalardaki ekonomik belirlenimcilik ve hukuku 'gerçek iktisadi ilişkilerin basit bir yansıması veya ifadesi' olarak gören yaklaşım, her ne kadar Marks'ın ve Engels'in liberal siyaset ve hukuk felsefesinin idealist yaklaşımlarına karşı giriştikleri mücadeleden kaynaklansa da, Marks'ın ve Engels'in hukuka dair tarihsel ve tözsel analizlerindeki detaylandırmadan yoksundur. Marks, ünlü Önsöz'ünde ana hatlarıyla ve kılavuz olarak betimlediği altyapı-üstyapı metaforunu çalışmalarında nadiren doğrudan kullanmaktadır¹⁰⁴. Bu durum özellikle, sıklıkla hukuka atıfta bulunduğu olgunluk dönemi eserlerinde mevcuttur¹⁰⁵.

Kaba materyalist yaklaşımın, belirli bir dönem gelişmesinde, Engels'in de katkısı bulunmaktadır¹⁰⁶. Marks'ın ölümünden sonra Engels, tarihsel materyalizme ve ekonomi politik analizlerine dair yöneltilen eleştirilere karşılık verirken modern hukuk sistemlerinin kapitalist üretim ilişkilerini yansıttığını veya yasaların toplumun genel ekonomik örgütlenmesine karşılık geldiğini ileri sürmektedir¹⁰⁷. Lakin Engels, daha sonraları bu yaklaşımı büyük oranda terk etmiştir.

Bir toplumun üretim ilişkilerinden müteşekkil maddi altyapısının diğer tüm toplumsal ilişki biçimlerini mutlak belirleyici etkisi üzerine yapılan güçlü vurgu nedeniyle kaba materyalizm ya da ekonomizm olarak adlandırılan bu çözümlenmeye göre, Marks'ın toplumun ekonomi politikasını çözümlerken kullandığı kuramsal çerçeve ve vardığı sonuçlar, hukuk, siyaset, vb. diğer tüm toplumsal ilişki biçimlerinin veya toplumsal olguların tarihsel materyalist bir çerçeveden incelenmesi için yeterlidir.

Kaba materyalist analiz, görece erken bir dönemde pek çok Marksist tarafından terkedilmiştir. Bu analize getirilen başlıca eleştiriler, üstyapı kurumları

¹⁰⁴ Cain&Hunt, s. 50.

¹⁰⁵ Collins, s. 38.

¹⁰⁶ A.g.e, s. 39.

¹⁰⁷ A.g.e., s .39.

arasındaki ilişkiyi hiç analiz etmemesi ve altyapı/üstyapı ilişkisini ise verili kabul ederek soyut, nesnel bir analize tabi tutmamasıdır¹⁰⁸. Öte yandan, hukukun işlevine dair tatmin edici açıklamalar da üretmemektedir. Üretim ilişkilerinin geniş, soyut alanı dışında, hukukun toplumsal işlevleri inceleme konusu bile değildir.

2. Sınıf Araçsalcılığı

Yirminci yüzyılda, başta Lenin olmak üzere, liberal devletin doğasını ve iktidar sistemini inceleyen Marksistler, Marks ve Engels'in Komünist Manifesto'da ileri sürdükleri, modern devletin burjuvazinin proletarya üzerinde baskı kurma aracı olduğu tezini esas almaktadırlar. Bu tezle birlikte, hukuk sisteminin devletin, aynı baskı işlevini yerine getiren, tamamlayıcı bir parçası olduğunu savunmaktadırlar. Buna göre, yasalar, üretim ilişkilerinin doğrudan bir ifadesi ya da yansıması olarak tanımlanmak yerine “egemen sınıfın çıkarlarını desteklemek için devlet aygıtının yaratıları” olarak izah edilmektedirler¹⁰⁹. Böylece, Marks'ın defaten ortaya koyduğu hukukun sınıfsal içeriği ve mülkiyeti ve mülkiyet ilişkilerinin sabitlemesi, korunması ve yeniden üretilmesi işlevleri, sınıf araçsalcı çözümlemede “egemen sınıfın iradesinin doğrudan ifadesi olarak” ele alınmaktadır¹¹⁰.

Marks, toplumsal sınıfları, üretim araçlarına erişim ve üretim araçlarının kontrolü ile tanımlamaktadır. Buna göre üretim araçlarına erişim ve bunların – cinsi ne olursa olsun – kontrolü üretim ilişkilerinin doğası gereği belirli bir insan grubunun elinde toplandığı suretle, bu grup diğer toplumsal sınıflar üzerinde siyasi denetim iktidarı bulunan egemen konumundadır. Bu nedendir ki, Marksist çözümlemede, sınıflı toplumda sınıfsal çatışma kaçınılmazdır. Bu nedenle, üretim araçlarına sahip olanların iktidar konumunu sürdürmeleri ve sermaye birikimlerini arttırmaları için toplumsal düzenin sürdürülmesi gerekmektedir. Hukuk, “kurumsallaşmış bir şiddet sistemi” olarak bu işlevi yerine getirmektedir. Buna

¹⁰⁸ Collins, s. 44.

¹⁰⁹ A.g.e., s. 45.

¹¹⁰ A.g.e., s. 45.

göre “[h]ukuk sisteminin ana işlevi, zenginlik ve iktidardan dışlanmış toplumsal sınıfları baskı altında tutmaktır¹¹¹.”

Hukuk üzerine görece yakın dönemlerde yapılan çalışmalarda, erken dönem Marksist hukuk analizlerine dair dillendirilen önemli bir eleştiri, bu analizlerde hukukun tanımına, ne olduğuna, kapitalist sistemde ve burjuva toplumundaki yerine, rolüne odaklanıldığıdır. Bu eleştirilere göre, genel olarak, hukukun kaynağı ve işlevine dair topolojik tanım ve açıklamalar, verili bir tarihsel dönemde hukukun içeriğine (yasalara, uygulamalara, vs.) odaklanmakta ve ya hukuki biçimi gözardı etmekte ya da hukuki biçimin toplumsal pratikte nasıl gerçekleştiğine dair tatmin edici bir analiz sunamamaktadırlar.

Hukuka tarihsel materyalist yaklaşımların bu eksikliğine ilk parmak basan Engels’in kendisi olmuştur. Engels, Marx’ın ölümünden sonra, altyapı-üstyapı metaforuna, daha doğrusu kaba materyalist ekonomizme getirilen eleştirilere cevaben altyapı-üstyapı metaforuna dair bazı açıklamalar getirmek durumunda kalmıştır. Bunlardan en çok bahsi geçen, Engels’in Conrad Schmidt’e cevaben kaleme aldığı mektubundaki tartışmadır. Schmidt’e mektubunda, Engels, basitçe, hukukun görelî özerkliğine değinmekte ve hukukun, “kendisini yaratan gerçekliğe” temelde “bağımlı ve duyarlı olmayı sürdürse de”, ayrı bir “hukuksal gerçeklik” yarattığı yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Profesyonel hukukçuları yaratan işbölümü gerekli hale geldiğinde, üretim ve ticarete genel bağlılığı olan ve aynı zamanda bu alanlar üzerinde etkide bulunma yeteneğini sürdüren yeni bir alan [hukuk] açılır. Modern devlette hukuk sadece, genel ekonomik duruma uyup onun ifadesi olmakla kalmaz fakat aynı zamanda kendi içinde tutarlı bir ifade olmak ve kendi iç çelişkileri nedeniyle gözebatır derece tutarsız olmamak zorundadır. Bunu gerçekleştirmek için, iktisadi koşulların yansıtılması git gide bozulur. O kadar ki, mevzuu hukukun bir sınıfın egemenliğini, saf, kesin ve tüm ağırlığıyla ifade etmesine (-ki bizzat bu durum "adalet kavramına" aykırıdır) nadiren rastlanır¹¹².

Engels burada açıkça, Marksizm'e göre hukukun ifade etme işlevinin mekanik bir aktarma/yansıtma olarak anlaşılmadığını, belirli oranda

¹¹¹ Collins, s. 49.

¹¹² Karahanoğulları, s.82.

bağımsızlaşmış hukuksal gerçekliğin varlığının kabul edildiğini belirtmektedir. Zira, Marks ve Engels, erken dönem tarihsel materyalist çalışmalarda ki ekonomizm sorunsalına neden olan altyapı/üstyapı metaforunu, diğer bir deyişle, toplumsal üretim güçleri ve üretim araçları arasındaki gerçek üretim ilişkilerinde meydana gelen çatışmalardan doğan köklü toplumsal değişimlerin diğer ilişki biçimlerinde de buna paralel olarak görüleceği tezini hiçbir zaman basit bir ilişkisellik içerisinde soyutlamamışlardır.

Marksist hukuk çözümlemelerinin temel eksiği, Marksizm, hukuku aşılması gereken bir biçim olarak gördüğü cihetle, hukukun bütünlüklü olarak ele alınmamasıdır. Yukarıda da görüldüğü üzere, hukukun, doğrudan ya da dolaylı, ilk tahlilde veya son tahlilde, toplumun maddi altyapısı tarafından belirlendiği kabulü sabittir. Bundan dolayı, ekonomik ilişkilerle hukuki ilişkiler, üretim biçimi ile hukuki biçim arasındaki bağıntı pek derinleştirilmemiştir. Bu yönde bir çaba, 1920’lerde Sovyetler Birliği’nde Adalet Akademisi’nde görev alan Evgeny Paşukanis tarafından kapsamlı bir biçimde ortaya konmaktadır.

3. Meta Mübadelesi Okulu

Marks sonrası erken dönem hukuk incelemeleri içerisinde, yaklaşım ve kavramsal çerçeve bakımından yakın dönemdeki Marksist hukuk çalışmalarına en büyük tesir ve katkıyı şüphesiz meta mübadelesi okulu sağlamıştır. Paşukanis, Adalet Akademisi’ndeki çalışmalarının neticesinde kaleme aldığı ‘Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm’ kitabıyla meta mübadelesi okulunun en önemli temsilcisidir. Bolşevik devriminden Stalin’in 1936’da anayasa ilan etmesine kadar olan dönemde, devletin ve hukukun sönümlenmesi üzerine detaylı araştırmalara dayanan okulun temel tezi Marksist literatürün genel hukuk teorisi alanında çok sınırlı olduğu ve hukuksal ilişkilerin açıklanmasına dair bu eksikliğin ancak “Marks’ın toplumsal ilişkilerin kökenini araştırmak için kullandığı, mübadele ilişkilerini esas olarak alma yöntemi” ile aşılabileceğidir¹¹³.

¹¹³ Karahanoğulları, içinde Paşukanis (2011), s. 9 (Çevirmenin Önsözü).

Malum olduğu üzere, Marksist literatürde bütünlüklü bir hukuk incelemesi büyük bir eksikliktir. Hukuk, ya belirli tekil yasal normların içerikleri ve bunların tarihsel değişimi bağlamında incelenmiş ya da, görece kuramsal çalışmalarda, “tarihsel olarak ortaya çıkan hukuksal ilişkilerin içeriğinin, onları kuran iktisadi ilişkiler tarafından kendiliğinden verildiğini ve böylece hukukun içeriğinin iktisadi olarak belirlendiğini” savunan, Marksist tezlerin tek yanlı ve basit yorumlamaları olarak nitelendirilebilecek ortodoks yaklaşımlar çerçevesinde kalmıştır¹¹⁴. Engels, bu eksikliği, “sadece içeriği değerlendirerek biçimi ihmal etme[k]” olarak nitelemektedir¹¹⁵. Paşukanis’in Marksist hukuk kuramına en önemli katkısı ise çağdaşlarını hukuki biçimi ihmal etmeleri nedeniyle eleştirerek - hukukun belirli bir tarihsel dönemde ortaya çıkan bir toplumsal biçim olduğu yönlü tarihsel materyalist yaklaşımı benimsemekle birlikte – “hukukun belirli bir tarihsel içerikle bağlantılı olmayan fakat bizzat hukuksal biçim tarafından belirlenen” bir temel toplumsal işlevi olduğunu ve bu işlevin hukuk kurallarının değişmesiyle ortadan kalkmadığını ortaya koymasındır¹¹⁶. Paşukanis, kitabının önsözünde yaklaşımının ana hatlarını şu şekilde ifade eder: “Marksist eleştirinin görevi, sadece bireyci burjuva hukuk kuramlarını çözümlenmeyi değil, ayrıca, hukuksal biçimin kendisini çözümlenmeyi onun toplumbilimsel köklerini açığa çıkarmayı, temel hukuksal kavramların tarihsel göreceliğini ve koşullanmasını göstermeyi de içerir¹¹⁷.”

Paşukanis, hukuku, tarihsel olarak sınırlı, sınıflı topluma özgü, kapitalizm altında en gelişkin biçimine erişen ve sosyal sınıfların ve sınıf çatışmasının ortadan kalktığı sosyalist toplumda yok olmaya mahkum olan bir toplumsal düzenleme biçimi olarak ele almaktadır. Ona göre hem hukuk hem de hukuksal biçim, tarihsel kategorilerdir¹¹⁸. Paşukanis, modern burjuva hukukunun en gelişkin biçimini kapitalist toplumda aldığını iddia eder. Hukuki biçimin gelişiminin, kapitalizmin gelişme seviyesine paralel olduğunu kabul ederken bir

¹¹⁴ Karl Korsch (1930), içinde Paşukanis (2011), s. 15.

¹¹⁵ F. Mehring’e 14 Temmuz 1893 tarihli mektup, Korsch, a.g.e, s. 14.

¹¹⁶ Korsch, a.g.e, s. 19-20.

¹¹⁷ Paşukanis, s. 30.

¹¹⁸ A.g.e., s. 47.

yandan da bu hukuki biçimin temel ilkelerinin feodal düzen içerisinde çıkıp, onu yıkarak burjuva toplumu içerisinde yerleşerek geliştiğini belirtmektedir¹¹⁹. Buna göre, öncelikle, hukuki biçim, “üretim ilişkilerinin gerçek dolayımının bir ürünüdür¹²⁰.” Üretim ilişkilerinin meta üretimi biçimini almaları ile hukuki biçimin meta biçimi arasında olgusal ve tarihsel bir paralellik söz konusudur. Lakin Paşukanis’e göre bu paralellik dışsal ve basit bir belirlenimden ziyade içsel ve karmaşık bir ilişkinin tezahürüdür ve bu tezahür ancak soyutlama yöntemiyle görülebilir. Paşukanis’e göre, özellikle modern devletin oluşması, toplumsal çözümlemede belirlenim zenginliğini arttıran bir unsurdur. Buna göre, nasıl ki modern devletin gelişmesinin belirli bir aşamasında ortaya çıkan ulus-devlet biçimi feodal toplumun gerçekliğinden doğmuşsa, “[g]enel belirlenimiyle hukuk, biçim olarak hukuk da... [b]ir düşünce sistemi olarak değil, üretim ilişkilerinin baskısı altında, insanların bilinçli tercihlerine dayanmadan oluşan özel ilişkiler sistemi olarak ortaya” çıkmıştır¹²¹. Dolayısıyla somut ilişkiler olarak hukukun (hukuki ilişkilerin) ve hukuki biçimin üretim ilişkilerine veya modern devlete paralel ve gerçek bir tarihi vardır¹²².

Paşukanis’in ‘Genel Hukuk Teorisi’ ekseriyetle ‘meta mübadelesi hukuk teorisi’ dolayısıyla önemlidir. Meta mübadelesi teorisi, modern hukuki biçimi sınıf çıkarlarına bağlamak yerine, yöneten sınıf ve emekçi kitlelerin arkasında meydana gelen bir süreç olarak kapitalizmin temel mantığına bağlamaktadır. Paşukanis bu temel mantığı meta biçimi ve meta mübadelesinin oluşturduğunu düşünmektedir. Buna göre, modern hukuk felsefesinin temeli, “kendi kaderini tayin gücüne sahip bir özne kategorisi”dir¹²³. Hukuk felsefesi, “mübadelede değer ilkesine göre yerine getirildiği ve sömürünün özgür sözleşme biçimi altında gerçekleştiği en genel, en soyut koşulları kuran meta ekonomisinin felsefesinden başka bir şey” değildir¹²⁴. Paşukanis’e göre “[m]übadele, küçük birimlere ayrılmış

¹¹⁹ Paşukanis, s.35.

¹²⁰ A.g.e., s. 38.

¹²¹ A.g.e., s. 64.

¹²² A.g.e., s. 64.

¹²³ A.g.e., s. 33.

¹²⁴ A.g.e., s. 33.

bir ekonomiyi varsayar¹²⁵.” Bu ifadedeki “küçük birimler”, kuşkusuz, formel olarak özgür ve kanun önünde eşit hukuki bireye tekabül etmektedir. “Yalıtık özel ekonomik birimler arasındaki ilişkiler sözleşmelerle kurulur. Özneler arasındaki hukusal ilişki, metalaşmış emek ürünleri arasındaki ilişkinin diğer yüzünden başka bir şey değildir¹²⁶.” Paşukanis, incelemesinin arka planında şunu vurgulamaktadır: Üretim ve mübadele, tarihsel olarak kapitalizmi önceleyen toplumsal ilişkilerdir. Fakat üretim ve dolayısıyla mübadelenin meta biçimi kapitalizmle gelişen biçimlerdir ve toplumsal ilişkilerde köklü değişimlere işaret ederler. Meta biçimi altında üretim, somut emeklerin ürettiği somut kullanım değerleri değil soyut toplumsal emek süreçleri neticesinde üretilen soyut değişim değerleri üretimidir. Dolayısıyla, artık pazarda mübadele edilen, somut bir emeğin ürünü ve ürünün doğasından ya da onu üreten somut emeğin doğasından kaynaklanan bir kullanım değeri değil, o ürünün üretilmesi için gerekli toplumsal emek-zamanın para cinsinden değeridir. Ürünün metaya dönüşmesi, mülkiyet ilişkilerinin biçimini de değiştirir. Tarihin belirli bir aşamasından itibaren pazarda mübadele edilen tüm ürünler artık meta biçimindedir. Metaların mübadelesi, metaya içkin toplumsal ilişkilere doğru evrilmek durumundadır. Hukuki biçim ve hukuki ilişkiler de bu değişime paralel olarak değişip gelişir. Warrington’ın ifadesiyle “[t]üm yasalar, metaların mübadele sürecine katılan ve metaların koruyucuları gibi davranan öznelere dairdir¹²⁷.” Özne, hukuk kuramının en küçük, en basit ve bölünemez temel unsurudur. “Her hukuksal ilişki, özneler arası bir ilişkidir¹²⁸.” Marks, Kapital’de, kapitalist toplumda mübadele ilişkisi içine girenlerin bireyler değil metalar olduğunu ortaya koymaktadır. Marks’ın meta biçimi incelemesi, özneler arası hukuksal ilişki incelemesiyle kaçınılmaz olarak paralellikler içerecektir. Paşukanis, bu paralellik ilişkisini şu ifadeyle açıklamaktadır: “Emek ürünlerinde şeyleşen ve temel bir yasallık biçimi kazanan üretim sürecindeki toplumsal ilişkinin, gerçekleşebilmesi, mal sahibi birey ve ‘iradeleri mallarda yerleşik¹²⁹,

¹²⁵ Paşukanis, s. 83.

¹²⁶ A.g.e., s. 83.

¹²⁷ Warrington, içinde Yelkenci (2013), s. 120.

¹²⁸ Paşukanis, s. 109.

¹²⁹ Marks (1867), s. 99, içinde Paşukanis, s. 113.

özneler olarak insanlar arasındaki özgül ilişkileri gerektirir¹³⁰.” Paşukanis’e göre hukuki özne olarak bireyin bir soyutlama olması, üretimin ve mübadelenin – kısaca, gerçek toplumsal ilişkilerin – kapitalist gelişme içerisinde meta biçimini almasına sıkı sıkıya bağlıdır. Somut insan emeğinin, değişim değeri yaratan soyut, toplumsal emek içerisinde erimesi ile toplumsal emeğin ürettiği değer, veya bu değer taşıyıcısı nesne, toplumsal ilişkilerin meta biçimi altında insanın egemenliğinden kurtulur ve insana iktisadi olarak egemen olur¹³¹. Buna karşın, insan, zilyed ve mal sahibi sıfatıyla soyut bir hukuk öznesi olarak, meta üzerinde sadece hukuken bir egemenliğe sahiptir¹³². Dolayısıyla meta mübadelesinin gerçekleşmesi için metaya hukuki bir ilişki olarak sahip olan, özgür ve kendi kaderini tayin gücüne sahip hukuki birey bir zorunluluktur. Çünkü metaların değeri onları üreten somut emekten bağımsız olsa da, değer mübadele süreci içinde gerçekleştiği nisbette mal sahibi hukuki öznenin “iradi ve bilinçli işlemi” gerekmektedir¹³³. Warrington’un ifadesiyle:

İnsan emeğinin ürünlerinin değer olarak birbirleriyle irtibata geçebilmesi için insanların birbirleriyle otonom ve eşit kişiler olarak ilişkiye girmeleri gerekir [...] Ahlaki özne olarak insan, yani eşit değere sahip kişi olarak insan, değer yasasına göre değiş tokuşun olmazsa olmaz önkoşulundan başka bir şey değildir. Hukuki özne ya da mülk sahibi olarak insan mübadelenin bir başka koşuludur. Değer ilişkileri ekonomisi bize hukuki ve ahlaki yapıyı anlamamızın anahtarını verir. Fakat bu anahtar hukuki ya da ahlaki normların içeriğini değil ancak özsel biçimini anlamamızı sağlar¹³⁴.

Paşukanis, mübadele anında meydana gelen üç farklı biçim belirler: 1) Mübadelenin amaçları doğrultusunda, her bir özne/birey bir diğerini, aralarındaki gerçek farklılıklara rağmen, kendisine eşit kabul etmelidir; 2) Metanın mübadele edilebilmesi için, her özne/birey bir diğerinin özgür iradesini tanımak zorundadır; 3) Her özne/birey bir diğerini metanın meşru sahibi olarak tanır. Dolayısıyla, metaların pazarda sürekli mübadelesi üç görüngüsel biçimi doğurur: eşitlik,

¹³⁰ Paşukanis, s. 112-113.

¹³¹ A.g.e., s. 113-114.

¹³² A.g.e., s. 114.

¹³³ A.g.e., s. 112.

¹³⁴ Warrington, içinde Yelkenci, s. 121.

özgürlük veya özgür irade ve özel mülkiyet çıkarları. Bu üç unsur, ideal hukuki ifadelerini, kanun önünde bu hakların taşıyıcısı olarak hukuki özne kavramında bulur. Böylelikle birey, hukuki özneye/hukuk kişisine dönüştürülmüştür. Öte yandan, meta mübadelesinin yukarıda anılan kategorilerden müteşekkil hukuk özneleri arasında gerçekleşmesi hukuken zora dayanmamalıdır. Eğer pazarda mübadele olunan değişim değerlerinin oranları, dışsal bir otorite tarafından belirlenirse, değişim değerinden ve mübadelenin meta biçiminden söz etmek mümkün değildir. Warrington meta mübadelesi ve hukuki zorlama arasındaki ilişkiyi şöyle ifade etmektedir:

Bir kişiden diğerine yönelen ve şiddete dayalı bir buyruk olarak zor, mal sahipleri arasındaki ilişkilerin temel öncülleriyle çelişir. İşte bu nedenle, mal sahiplerinden oluşan bir toplumda ve mübadele ilişkisinin sınırları içinde, zor işlevi, soyut ve nesnel olmadığından, toplumsal bir işlev olarak ortaya çıkmaz... Daha ziyade, soyut bir kolektif kişilikten kaynaklanan ve kaynaklandığı kişinin yararına değil – çünkü meta üretimi toplumunda her insan bencildir – fakat hukuksal ilişkilere katılan tüm üyelerin yararına kullanılan bir zor olarak ortaya çıkmak zorundadır. Bir insanın diğeri üzerindeki iktidarı, gerçekte hukukun iktidarına, yani yansız nesnel bir kuralın iktidarına dönüştürülmüştür¹³⁵.

Hukukun somut örgütlenmesinde, bu nesnel kuralın uygulanmasını güvenceye alan yapı – modern toplumda devlet – hukuki ilişkinin tarafı, dolayısıyla, bir özne değildir.

Paşukanis, meta biçiminin ve kendi kaderini tayin gücüne sahip özne biçiminin Marksist eleştirisinin burjuva hukuk ideolojisinin eleştirisi çerçevesinde kullanılmasına rağmen “nesnel bir olgu olarak hukuksal üstyapının incelenmesinde” kullanılmadığını belirtmektedir. Bunun nedeni olarak, meta biçiminin hukuka tezahürünün sadece mal sahipleri arasındaki ilişkilerin dışsal ve zorlayıcı düzenlenmesi olarak anlaşılabilmesini işaret eden Paşukanis, bu yaklaşımın, hukuku, toplumsal düzlemin çok küçük bir alanına hapsederek pek

¹³⁵ Paşukanis, s. 147.

çok durumda (neredeyse ticaret ve sözleşme hukuku dışında) işe yaramaz, önemsiz gördüğünü ileri sürmektedir¹³⁶.

Paşukanis, sınıf araçsalcıları ile giriştiği tartışmalarda, hukukun sınıf hakimiyetinin dolaysız bir aracı olarak görülüp, böylece hukuk çözümlemesinin salt “burjuva eşitlik ve özgürlük ideolojisini açığa çıkarmak”la sınırlandırıldığını, bu nedenle de “nesnel bir olgu olarak hukuksal üstyapının” açıklanamadığını iddia eder. Paşukanis bu eksikliği şöyle ifade eder:

Böylece iki şey ihmal edilmiştir: İlk olarak, hukuksal öznellik ilkesinin (bundan biçimsel eşitlik ve özgürlüğü, kişiliğin özerkliğini... vb'lerini anlıyoruz), sadece, sınıfların ortadan kaldırılması mücadelesinde işçi sınıfının karşısına çıkarıldığı oranda bir aldatma aracı ve burjuva ikiyüzlülüğünün bir ürünü olmadığı fakat bunun aynı zamanda, feodal toplumdaki doğduğu ve onu yıktığı andan itibaren burjuva toplumuna yerleşen gerçekten etkili bir ilke olduğu unutulmuştur. İkinci olarak da bu ilkenin zaferinin yalnızca ideolojik bir süreç olmadığı fakat daha ziyade, insan ilişkilerinin, parasal ve ticari ekonominin (kapitalist ekonomiye sahip olan Avrupa'daki) gelişimine eşlik eden ve nesnel nitelikli köklü birçok gerçek değişikliğe götüren hukuksal dönüşüm süreci de olduğu unutulmuştur. İkinci olarak da bu ilkenin zaferinin yalnızca ideolojik bir süreç olmadığı fakat daha ziyade, insan ilişkilerinin, parasal ve ticari ekonominin (kapitalist ekonomiye sahip olan Avrupa'daki) gelişimine eşlik eden ve nesnel nitelikli köklü birçok gerçek değişikliğe götüren hukuksal dönüşüm süreci de olduğu unutulmuştur¹³⁷.

Paşukanis, hukukun sınıfsal baskı aracı olma işlevlerini reddetmemekle birlikte bu işlevlerin hukuki biçimin nesnel yapısı karşısında tali unsurlar olduklarını düşünmektedir. Bu bağlamda, Paşukanis, belirli tikel kavramların ideolojik doğasını saptamış olmanın, bunların nesnel, dışsal gerçekliklerini bulup ortaya çıkarma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığını vurgulamaktadır. Bu nedendir ki, Paşukanis'in analizi, hukukun kapitalizm içindeki rolüyle sınırlı değildir. Aksine, hukuku toplumsal formasyona içkin bir kavram olarak görmektedir.

Paşukanis, metaların pazarda mübadele edilmesi işleminin değer (değişim değeri) biçimi ile birlikte hukuki biçimi de ürettiğini iddia etmektedir. Hukuki

¹³⁶ Paşukanis, s. 34.

¹³⁷ A.g.e., s. 34-35.

biçim içerisinde insanlar hukuki özneler olarak soyutlanarak – bireyler arasındaki sınıfsal farklılıklar görmezden gelinerek – kanun önünde formel olarak eşit bireyler biçiminde görülürler. Paşukanis, bunun hukuki biçimin özü olduğunu ve bu özün, ilkin antik ve feodal toplumların kıyısında ve nihayet kapitalist toplumun merkezinde, mülkiyet ilişkilerinin bulunduğu her yerde vücut bulduğunu iddia etmektedir.

Paşukanis'e göre, hukuki biçim, tam ifadesini meta mübadelesinin somut gerekliliklerinden kaynaklanan sözleşme hukukunda bulmaktadır. Hukuki biçim, anayasa hukuku ve ceza hukuku alanlarına uygulanırken, etkin bir şekilde bütünlüğünden koparılmakta ve herhangi bir somut içerikten yoksun bırakılmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme dışında özne ve irade kavramları yalnızca hukuki anlamda cansız soyutlamalar olarak var olmaktadır. Meta mübadelesi teorisi, burjuva hukukunun ahlak, suç ve ceza kavramlarını da eleştirir. Paşukanis'e göre, ahlak düşüncesi, soyut rasyonel birey düşüncesine ve kanun önünde soyut eşitliğe dayanmaktadır. Buna göre, eğer ahlaklı birey meta üretiminin öznesinden başka bir şey değil ise, o zaman ahlaka dayalı hukuk, meta sahipleri arasındaki mübadelenin kuralı olarak tecelli etmektedir.

Bu minvalde, Paşukanis, kapitalist adalet düşüncesinin, burjuva radikal bireyciliğinin örneği olarak suç, ceza ve suçluluk kavramlarına atıfla, meta mübadelesi sürecinden türediğini iddia etmektedir. Paşukanis, antik dünyada hakim olan kollektif sorumluluk kavramının aksine, eşit mübadelenin gerekliliklerinin kendilerini eşdeğer ceza kavramında ortaya koyarak nihayetinde kapitalizm içinde hakim olduklarını göstermektedir. Buradan hareketle, burjuva hukuku, ceza hukukuna aşırı bir bireysel sorumluluk anlayışı zerk etmektedir. Bu durum, geri ödeme anlayışında veya – sistemik toplumsal sorunların gerçek nedenleri ve çözümlerini yok sayarak - hukuki öznenin bir suça karşılık belirli bir miktar kişisel özgürlüğünü kaybetmesi gerektiği fikrinde kolaylıkla görülebilir.

II. Sonuç

Tarihsel materyalist hukuk çözümlenmeleri, yekvücut ve sistematik olarak geliştirilmiş tek bir Marksist hukuk kuramı oluşturmamaktadırlar. Aksine, hem Marks ve Engels, tarihsel materyalizm kuramını geliştirdikçe hukuk ve siyasete dair çözümlenmelerini, önceki dağınık haldeki fikirlerini eleştirerek, daha karmaşıklaştırmış ve derinleştirmişlerdir; hem de Marks sonrası erken dönem Marksist hukuk çözümlenmeleri, burjuva hukuk felsefesiyle olduğu kadar, birbirleriyle de tartışır niteliktedirler. Marks sonrası hukuk incelemelerinde, Marks ve Engels'in dağınık olarak kaleme aldıkları tözsel ve kuramsal çözümlenmeleri ve tarihsel materyalizmin farklı soyutlama seviyelerindeki kavramsal ilişkileri, kuramın genel bağlamından koparan, çoğunlukla tek taraflı, altyapı/üstyapı metaforuna sıkı sıkıya bağlı ve dolayısıyla toplumsal formasyonun içkin bir bileşeni olan hukuku çok dar bir kapsamda ele alan çalışmalar görülmektedir. Buna karşın, ve kuşkusuz bu çalışmaların da doğrudan veya dolaylı katkısıyla, Paşukanis'in en önemli temsilcisi olduğu meta mübadelesi okulu, yirminci ve yirmi birinci yüzyılda Marksist hukuk tartışmalarına en fazla etki eden hukuk çözümlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel materyalist hukuk çözümlenmesinin bu üç bileşenini birlikte ele aldığımızda, bu çalışmanın özel konusu olan serseri kavramı ve serseri yasalarının incelenmesinde kullanılacak kuramsal çerçeve de belirginleşmiş olacaktır.

Öncelikle, hukuk, ortak kurucu irade olarak, toplumun tek kurucu unsuru değildir. Toplumsal formasyon, tarihsel olarak, gerçek üretim ilişkileri bağlamında biçimlenir. Her üretim biçimi, uygun bir hukuki ve siyasal biçimle birlikte var olur; bu yönde gelişir. Hukuk, karmaşık bir belirlenim ilişkisi içerisinde toplumsal formasyonun kurucu bir unsurudur. Lakin, bu kurucu unsur olma durumu, kaynağını, idealist siyaset felsefesinin 'başasağı duran' argümanlarından farklı olarak, kapitalist birikimin gelişmesi ve buna bağlı olarak kapitalist üretim biçiminin toplumsal ilişkilerin geneline yayılmasının öncesinde, bu süreçte belirli bir öneme sahip olan bazı feodal yasaların etkili olduğu gerçeğinden almaktadır. Paşukanis'in de işaret ettiği gibi, hukuku ideolojik veya

araşsal bir olgu olarak ele alan yaklaşımların gözden kaçırdığı en önemli husus, kapitalist üretim ilişkilerinin alanının genişlemesi sürecinde, kaynağını feodaliteden alan, onu yıkıp, kapitalist üretim ilişkilerine eklenen hukuki biçim ve bu hukuki biçimin tarihsel evrimidir.

Kapitalist üretim tarzı, metalden meta üretilmesine dayanmaktadır. Üretim, mülkiyet, mübadele gibi ekonomi politiğin temel kavramları, salt burjuva toplumu açıklamak için kullanılan kavramlar değillerdir. Kapitalist toplumu, diğer toplumsal formasyonlardan ayıran temel husus, her biri birer toplumsal ilişki biçimi olan üretim, mülkiyet ve mübadelenin kapitalist üretim tarzı içerisinde meta biçimine kavuşmasıdır. Tarihsel gelişimi içinde toplumsal ilişkiler içerisindeki alanı genişleyen meta biçimi, toplumsal ilişkilere içkin bir unsur olan hukuku da dönüştürür. Hukuki biçim ve hukuki ilişkiler, özünde metalar arasındaki mübadele ilişkileridir. “[M]etalar birbirleriyle değer olarak ilişkiye geçerler, yani değiş tokuş (satma ve satın alma) metaya içkindir ve satanlarla satın alıcılar arasında yer değiştiren emek-zaman miktarı temel alınarak gerçekleşir¹³⁸.” Kapitalizmde meta, mübadele edilmek için üretilir. Meta özgürce mübadele edilmelidir. Mübadelenin ilk ön koşulu özgürlüktür. Metaların sınırsız ve serbest mübadelesi için ikinci ön koşul, değişim değeri olarak soyutlanmış ürünler/metalar arasındaki soyut eşitliktir. Meta mübadelesi zora, dışsal bir otoritenin buyruğuna dayanamaz. Mübadele, eşit metalar arasında özgürce gerçekleşmeli ve “müşterek çıkar¹³⁹” sağlanmalıdır. Warrington’ın deyişiyle:

İnsan emeği ürünlerinin birbirleri ile değerler olarak ilişki kurabilmesi için insanların karşılıklı olarak, bağımsız eşit bireyler gibi hareket etmesi zorunludur... Gerçekte, ahlaki özne yani, diğerleriyle eşit bir kişi olarak insan, değer yasası temelindeki mübadelenin önkoşulundan başka bir şey değildir. Hukuki özne, yani malsahibi olarak insan yine aynı önkoşulu temsil etmektedir. Nihayet bu iki belirlenim, insanın bencil iktisadi özne olarak görüldüğü bir üçüncüsüne çok sıkı biçimde bağlıdır... Fakat gerçek mübadele ilişkisinde bu çelişkiler, diyalektik olarak bir bütünde birleşirler... Değer ilişkileri ekonomisi bize, hukuksal ve ahlaki kuralın somut içeriği anlamında değil ama hukuk ve ahlak biçiminin kendisi

¹³⁸ Warrington, içinde Yelkenci, s. 120.

¹³⁹ A.g.m., s. 121.

anlamında hukuksal ve ahlaki yapıyı kavramamız için anahtar sađlar¹⁴⁰.

4. Hukuk Uygulamasında Serserilik

Marksist hukuk literatüründe hemfikir olunan temel husus, hukuku anlamak için yazılı yasaların lafzi içerik ve yapıları kadar somut durumda nasıl uygulandıklarına bakmak gerekliliğidir. Zira, on dokuzuncu yüzyıla kadar, Avrupa’da serserilikle ilgili, serserilik yasaları, emek yasaları, iskan yasaları, yoksulluk yasaları vb., pek çok yasa çıkarılmıştır. Bu durumun başat nedeni, bu yasaların uygulamalarında karşılaşılan çeşitli sorunlardır. Bu yasaların pek çoğu, asıl amaçları doğrultusunda, yoksulluğu, serseriliği vs. bitirememekle kalmamışlar ve hatta beklenmeyen ve istenmeyen sonuçlar da doğurmuşlardır.

Çalışmanın bu bölümünde, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (bundan sonra AİHS veya Sözleşme) serseri kavramına ilişkin hükümler ele alınacaktır. Devamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde (bundan sonra AİHM veya Mahkeme) görülen az sayıdaki serserilik davalarından üç tanesini incelemeye çalışacağız. Bu incelemede, dava metinlerinde atıf yapılan taraf devlet iç hukuk kuralları, davaya konu olan iç hukuk mahkeme kararları, davalı taraf devlet savunmaları ve nihayet Mahkeme’nin kendi nihai yorumlarına odaklanılacaktır.

I. AİHS’de Serseri Kavramı

Serseri kavramı, AİHS’in beşinci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, özgürlük hakkının istisnalarından biri olarak yer almaktadır. Maddenin ilgili bölümü şöyledir:

¹⁴⁰ Paşukanis, s. 157-159.

MADDE 5

Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması

Kuşkusuz, Marksist hukuk tartışmalarını incelerken altı çizilen özgür birey ile, Sözleşme'nin beşinci maddesindeki özgürlük, birbirleriyle ilişkili olmakla beraber, bir ve aynı şeyi ifade etmezler. Bu durum, büyük oranda Türkçe dilinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin İngilizce metninde, beşinci maddedeki özgürlük 'liberty' kelimesiyle ifade edilirken, örneğin, onuncu maddedeki ifade özgürlüğü 'freedom' kelimesiyle ifade edilmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin İngilizce resmi metnindeki terminolojiye dair açıklamalarında, beşinci madde hükümlerinin fiziki özgürlük anlamına geldiğini belirtmektedir¹⁴¹. Öte yandan, Sözleşme'de serseriliğin açık bir tanımı bulunmamaktadır. Fakat, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında, Uzmanlar Komitesi'nin anılan madde ile ilgili tartışmalarında Sözleşme ile tanınan ve korunan haklar ve özgürlüklerin ahlak, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin gereklilikleri doğrultusunda kısıtlanmasının aynı zamanda Üye Devletlerin serserilik ve sarhoşluk ile mücadele için gerekli önlemleri alma hakkını da kapsadığı belirtilmektedir¹⁴². Dolayısıyla, Sözleşme'de geçen serseri kavramı, açıkça tanımlanmamakla birlikte bir toplumsal anomali anlamını ihtiva etmektedir.

Birinci bölümde incelendiği üzere, on altıncı yüzyıldan itibaren, serseriliğin cezalandırılmasında özgürlüğün kısıtlanmasıyla birlikte zorunlu çalıştırma yöntemi uygulanmaya başlanmıştır. Sözleşme'nin zorla çalıştırma ile

¹⁴¹ Council of Europe/European Court of Human Rights (2014), Guide on Article 5 of the Convention, s. 5.

¹⁴² AİHM, Witold Litwa v. Polonya. Ayrıca bkz. European Commission of Human Rights, Preparatory Work On Article 5 of the European Convention of Human Rights, Strasbourg, 8 Ağustos 1956. (Bundan sonra Madde 5 Hazırlık Çalışmaları)

ilgili hükümleri dördüncü maddesinde düzenlenmektedir. Resmi olmayan Türkçe metinde, dördüncü madde şu şekildedir:

MADDE 4

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz:

a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

Görüldüğü üzere, dördüncü madde § 3 (a) bendinde serserilik gerekçesiyle, Sözleşme'deki anlamıyla özgürlüğü kısıtlanan bir kimsenin çalıştırılması zorla çalıştırma yasağı kapsamında düzenlenmemiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu'nun Sözleşme'nin hazırlık aşamasında dair görüşme tutanaklarına göre görüşmeler sırasında serserilik ve alkol ve uyuşturucu bağımlılığına bağlı özgürlüğün kısıtlanması konusu ilk etapta beşinci madde kapsamında kaleme alınmamıştır. Bunun üzerine Komisyon'un İsveç delegesi, bu hükmün (görüşmeler esnasındaki beşinci madde hükümlerinin) taraf devletlerin serserilik ve alkolizmle savaşmak için gerekli tedbirleri alma hakkını dışarıda bırakmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁴³. İlerleyen görüşmelerde, Birleşik Krallık ve Danimarka delegelerinin de desteğiyle bugün Sözleşme'nin beşinci maddesinde yer alan “alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin” ifadesi Komisyon tarafından kabul edilmiştir.

¹⁴³ Madde 5 Hazırlık Çalışmaları, s. 9. (İsveç delegesi Salen, ilk değişiklik talebini maddenin birinci paragrafının bu konuyu kapsadığı gerekçesiyle geri çektikten sonra Birleşik Krallık ve Danimarka delegeleriyle birlikte konuyu daha sonra tekrar Komisyon'a sunmuş ve itirazında sonuca ulaşmıştır.)

II. AİHM Kararlarında Serserilik

Önceki bölümde de belirtildiği üzere, AİHS’de serseri kavramının açık bir tanımı bulunmamaktadır. Böyle bir tanımlama, Sözleşme’nin hazırlık aşamasında da yapılmamıştır¹⁴⁴. Buna ek olarak, serserilik konusuna dair AİHM içtihadı da oldukça kıttır¹⁴⁵. Buna rağmen, serserilik konusunda AİHM içtihadından örnek davaları incelemek, serseri kavramı ile hukuki öznenin, yani özgür bireyin, nasıl oluşturulduğunu gözler önüne sermek bakımından önemlidir. Öte yandan böyle bir inceleme, bir bakıma, önceki bölümde tartışılan kavramın tarihsel gelişiminin en güncel halkasını da gözler önüne serer.

Bu bölümde, AİHM içtihadında, serserilik konusunda en çok referans verilen üç örnek dava incelenecektir. Bunlar, De Wilde, Ooms ve Velsyp v. Belçika Davası, Witold Litwa v. Polonya davası ve H.M. v. İsviçre davasıdır. Bu, teknik, hukuki bir inceleme değildir. Dolayısıyla, Mahkeme’nin bu davalarda tartıştığı bütün konular ele alınmayacak, yalnızca serserilik ile ilgili yorumların içerikleri incelenecektir. Mahkeme’nin yorumlarının yanısıra, davalı hükümetlerin savunmaları da bu inceleme bakımından önemlidir. Dolayısıyla, bu inceleme bakımından, kararlar metinlerinin üç unsuru bulunmaktadır: davaya konu olan maddi gerçekler (iç hukuk kuralları ve idari uygulamalar), davalı hükümet savunmaları ve Mahkeme’nin değerlendirmesi. Bu çerçevede, odak noktası Mahkeme’nin nihai kararı ve hukuki yorumu değil, serseri kavramının ve serseriliğin taraf devletler ve Mahkeme tarafından nasıl yorumlandığıdır.

Serseriliğin yorumlanması bağlamında Mahkeme kararları bir bütünlük arz ettiğinden, öncelikle örnek davaların birer özeti sunulacak, sonrasında ise dava metinlerindeki hususlar birlikte ele alınacaktır.

¹⁴⁴ AİHM, Witold Litwa v. Polonya, s. 10-11, § 33-39.

¹⁴⁵ AİHM, Witold Litwa v. Polonya, s. 19.

A- De Wilde, Ooms ve Velsyp v. Belçika Davası

AİHM önünde görülen ilk serserilik davasıdır. Bugün dahi bu konudaki içtihadın büyük bir bölümü bu davaya dayanmaktadır. Aynı konudan ve aynı Taraf Devlet'e karşı yapılan üç ayrı başvuru, Mahkeme tarafından birleştirilmiştir.

1928 doğumlu Jacques De Wilde, çocukluğunun büyük bölümünü yetimhanelerde geçirmiş, yetişkin yaşa geldiğinde de yabancı asker olarak Fransız ordusuna katılmıştır. Malulen terhisinden sonra ise Fransa hükümetinden hem gazi maaşı hem de emekli maaşı almaya başlamıştır. Bununla birlikte mevsimlik olarak tarım işçiliği yapmaktadır. Nisan 1966'da, uzunca bir süre iş bulamadığı ve Fransa hükümetinden aldığı paranın ödemesi geciktiği için polise başvurarak durumunu anlatmış ve kalacağı bir yeri olmadığını beyan etmiştir. Polis yetkilileri, daha önce 'serseri' olarak bir işleme tabi tutulmadığını beyan eden De Wilde'in mevcut durumunun serserilik durumu olduğuna kanaat getirmişler ve durumu savcılığa intikal ettirmişlerdir. Yapılan soruşturma neticesinde, jürisiz, dar yetkili mahkemeler ve polis mahkemeleri tarafından De Wilde hakkında verilmiş on üç mahkumiyet kararı olduğu ve daha önce beş defa serseri olarak işlem gördüğü ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine polis mahkemesinde acele usulle yargılanan De Wilde, mahkeme tarafından 1891 tarihli 'Serseriliğin ve Dilenciliğin Bastırılması Kanunu' (bundan sonra 1891 tarihli yasa) uyarınca iki yıl boyunca bir serseri rehabilitasyon merkezinde alıkonulmak üzere Hükümet'in emrine tahsis edilmiştir.

İlgili yasa hükmünce, serserilikten hüküm giymiş birinin mahkeme tarafından verilen ceza süresinden önce tahliye olabilmesi için, alıkonulduğu serseri rehabilitasyon merkezinde saati 1.75 Belçika Frankı karşılığında çalışarak en az 2000 Belçika Frankı tutarında parayı hükümete ödemesi gerekmektedir. Merkezde alıkonulmasından yaklaşık bir buçuk ay sonra Fransız hükümeti tarafından 3217 Frank tutarındaki maaşı yatırılan De Wilde, mevcut durumu

serserilik addedilmesini gereketirmemesine rağmen tahliye edilmemiştir. Aynı zamanda, 1.75 Frank gibi düşük bir ücrete zorla çalışmayı kabul etmeyen De Wilde hücre cezası vb. disiplin cezalarına çarptırılmıştır. Tahliyesi için gerekli meblağı toplamış olduğunu ve daha önceleri de yaptığı üzere bir çiftlikte iş ve barınma imkanı bulabileceğini ileri sürerek alıkonulmasına ve de alıkonma koşullarına dair, Adalet Bakanlığı'na defalarca dilekçeyle başvuran De Wilde hiçbir sonuç alamamıştır. Bakanlıktan aldığı cevap, 'öngörülen süre dolmadan tahliye edilebilmesi için merkezde göstermiş olduğu çalışma performansının ve davranışının tatmin edici olması ve rehabilitasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmış olması' gerektiği yönündedir. Yedi aylık alıkonma sürecinin sonunda serbest kalan De Wilde tutuklanmasından iki ay sonra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yazılı başvuru yapmıştır.

1934 doğumlu Ooms, Aralık 1965'de, tıpkı De Wilde gibi, bir aydan fazla bir süredir işsiz olduğu ve bir süredir yanında kaldığı annesinin artık ona bakacak imkanı olmadığı ve kendi geçimini sağlayabileceği imkanlara sahip olmadığı için polise başvurmuş ve sosyal hizmetler tarafından, düzenli bir iş bulana kadar, aynı zamanda barınabileceği bir yerde, bir işe yerleştirilmesini, eğer bu mümkün değilse bir serseri olarak hakkında işlem yapılmasını talep etmiştir. Ooms bu olaydan önce dört defa daha aynı nedenlerle serserilikten mahkum edilmiştir. De Wilde'e uygulanan mahkeme prosedürlerinden sonra 1891 tarihli yasa kapsamında 'bir yardım evinde alıkonulmak üzere hükümete tahsis edilmiştir'. Tutuklanmasından dört ay sonra tüberküloz teşhisi konan Ooms, salıverilmesi talebiyle Adalet Bakanlığı'na başvurmuş fakat başvurusu reddedilmiştir. Hastalığından dolayı çalışmadığından, salıverilmesi için gerekli olan 2000 Frank'lık meblağı biriktirmesi mümkün olmayan Ooms, önce alıkonulduğu sosyal yardım kurumu dışında bir yerde iş ve barınacak yer bulmasına ve sonrasında da annesinin kendisine gerekli maddi desteği sağlayacağını resmi makamlar nezdinde beyan etmesine rağmen, düzenli bir barınma ve düzenli bir iş sahibi olma koşullarını henüz yerine getirmedeği gerekçesiyle, kurum idaresi tarafından tahliye edilmemiştir. Birkaç kere daha Bakanlık nezdinde tahliye talebinde

bulunan Ooms'un başvuruları, olumsuz sağlık durumunu ispatlayamaması, tahliyesi için gerekli olan meblağı toplayamaması ve serserilikten geçmişte de hüküm giymiş olması sebep gösterilerek reddedilmiştir. Aynı başvurulara ek olarak, alıkonulduğu süre boyunca maruz kaldığı kötü muamele ve ağır disiplin cezalarından dolayı Başbakanlık'a yazılı başvuru yapan Ooms nihayet bir sene sonunda serbest bırakılmıştır.

1911 doğumlu Versyp, düzensiz olarak teknik ressamlık yapmaktadır. Kasım 1965'de, Sosyal Rehabilitasyon Bürosu'ndan aldığı, kendisine bir gecelik konaklama sağlanmasını talep eden bir mektupla polise başvurmuştur. Sabit bir ikameti olmasına rağmen, işi ya da geçimini sağlayabileceği kaynakları olmadığını beyan eden Versyp, daha önce de kaldığı sosyal yardım kurumuna gönderilmesini talep etmiştir. Talebini inceleyen savcılık makamı, daha önce de defalarca sosyal yardım kurumlarında hapis sonrası rehabilitasyon ve serserilik rehabilitasyonu amacıyla kalmış olduğu ve buna rağmen rehabilite olamadığı ve alıkonulmasından başka bir çözümü kabul etmediği gerekçeleriyle konuyu mahkemeye taşımıştır. De Wilde ve Ooms ile aynı prosedürlerden geçerek ve yine 1891 tarihli yasa kapsamında bir serseri rehabilitasyon merkezinde iki sene alıkonulmasına karar verilmiştir. Alıkonulduğu kurumda kendisine uygun olmayan işler verildiği ve serserilikten hüküm giymiş diğer insanlarla birlikte yaşadığı için 'dürüst bir vatandaş' olarak yaşama motivasyonu kaybaldığı vb. sebeplerle kendi istediği bir yarı açık cezaevine gönderilmesini talep eden Versyp, kurum yönetiminin olumsuz görüş bildirmesi nedeniyle, bunun yerine hücre tipi bir cezaevine gönderilmiştir. Daha sonrasında tahliye talebi de salıverilme parasını toplayamadığı ve dolayısıyla düzenli bir iş tutabileceğini ispat edemediği için reddedilen Versyp, bir yıl dokuz ay sonra, Ağustos 1967'de, öngörülen alıkonma süresinden önce, bakanlık kararıyla tahliye edilmiştir. Bakanlık kararının sebebi ise öngörülen Kasım 1967'de tahliye olması halinde, mevsim koşullarından dolayı, iş bulmasının daha zor olacağıdır.

AIHS'de serseri kavramı özgürlük hakkının ististansı olarak düzenlenmekle birlikte açık bir serseri tanımı bulunmamaktadır. Öte yandan, davanın görüldüğü

sırada Belçika’da yürürlükte olan 1867 tarihli Ceza Kanunu’nun 347. maddesine göre serseriler, barındığı sabit bir yeri, herhangi bir geçim kaynağı ve düzenli bir işi veya mesleği olmayan kimselerdir. Bu tanımlı serseri kavramının umumi anlamına uygun bulan Mahkeme’ye göre, serseriliğin bu üç koşulu birleşiktir; aynı anda aynı kişi için üç koşulun birlikte yerine gelmesi gerekmektedir. Belçika hukukunda, 1891 yılına kadar, serserilik, kabahat veya adi suç olarak tanımlanıyordu. 1891 tarihli yasa ile birlikte, ‘basit’ ve ‘ağır’ serserilik olmak üzere iki tür serserilik tanımlanmıştır. Basit serserilik (simple vagrancy), cezai usul ve yaptırım gerektirmeyen, polis, sulh mahkemesi ve sosyal hizmet kurumlarının sorumluluğunda idare edilen bir kamusal sorun olarak görülmektedir. Buna karşın ağır serserilik (aggravated vagrancy), Ceza Kanunu’nun 342 – 345 arasındaki maddelerinde ceza gerektiren suç kapsamına alınmıştır. Davacı taraflar, basit serserilikten işlem görmüşlerdir.

Basit serserilik ile ilgili yargılama usulü, ağır serserilikle ilgili usuller kadar gelişkin değildir. Sulh mahkemesinin verdiği karar, idari bir işlemdir. Basit serserilikten dolayı tutuklanan kişiye verilen usuli garantiler, yirmi dört saat içerisinde sulh hakiminin huzuruna çıkarılmak zorunluluğu ve üç günlük ek savunma süresi hakkında ibarettir. Temyiz yolu kanunda düzenlenmemiştir. Ancak idareye (ilgili bakanlıklara veya başbakanlığa) başvurarak uygulamaya dair şikayette bulunulabilir. Mahkeme’nin incelemesine göre davanın görüldüğü tarihte idari itiraz yolu yalnızca iki defa kullanılmış ve bir sonuç alınamamıştır. Zira her üç başvuru da alıkonulmalarının hukuksuzluğuna dair şikayetlerde bulunmalarına rağmen bir sonuç alamamışlardır.

Belçika kanunlarında, 1891 tarihli yasanın on üç ve on altıncı kısımları, idare tarafından bir kişinin serseriliğine karar verildikten sonra izlenecek idari uygulamayı düzenlemektedir. On üçüncü kısım, çalışabilir durumda olup da buna karşın sosyal yardım ve diğer hayır kurumlarını ‘profesyonel dilenci olarak sömüren kimselere’ uygulanır. Buna göre, tutuklanan kişinin bir serseri rehabilitasyon merkezinde iki yıldan az yedi yıldan fazla olmamak kaydıyla alıkonularak Hükümet’in emrine tahsis edilmesi emredilir. On altıncı kısım ise

aylaklık, sarhoşluk veya ahlaksızlıktan dolayı serseri olarak yaşayan kişilere uygulanır. Buna göre de serseri kişinin bir yardım evinde bir yılı aşmamak kaydıyla alıkonulması emredilir. Davacıardan ikisi on üçüncü kısım, biri ise on altıncı kısım kapsamında işlem görmüşlerdir. Mahkeme'nin incelemesine göre, rehabilitasyon merkezleri ile yardım evleri arasındaki ayırım uygulamada ortadan kalkmıştır. Serserilik gerekçesiyle tutuklanan kişiler aynı kurumlarda, tutukluluklarını düzenleyen hükümlere göre değişen sürelerde kalmakta, bunun dışında aynı muameleye tabi tutulmaktadır. Ayrıca, serserilik gerekçesiyle tutuklanma, tutuklanan kişilerin cezai siciline işlenerek özellikle seçim yasasından doğan bazı haklarının ellerinden alınmasına neden olmaktadır.

Başvurucular, salt özgürlük hakkı değil, Sözleşme kapsamındaki başka diğer haklarının da ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Konumuz bakımından önem arz etmediği için bu detayları atlamak yerinde olacaktır. Burada sadece AIHM 5 § 1 ile ilgili hususlara odaklanılacaktır.

Dava sürecinde, davalı taraf, başvurucuların 'gönüllü olarak' kendilerini polise ihbar ettiklerini, serserilik rehabilitasyon merkezlerine de kendi - açık veya örtük - talepleri neticesinde gönderildiklerini ve dolayısıyla gönüllü teslim olmanın özgürlükten mahrum bırakılma anlamına gelemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu iddiaya ikna olmadığını belirten Mahkeme, bir kişinin geçici bir sıkıntı veya sefalet içerisinde olmasının kendisini polise teslim etmesine neden olabileceğini, lakin bu durumun o kişinin serseri ya da profesyonel dilenci olduğu veya 1891 tarihli yasanın on üçüncü bölümünde belirtilen kriterleri yerine getirdiği anlamına gelmediğini belirtmektedir. Mahkeme, bu bağlamda, başvurucuların kendi istekleriyle polise başvurmuş olmalarının, takip eden şikayetlerine konu olan kararların, 'sözleşmeden kaynaklanmama anlamında', cebri karakterini ortadan kaldırmadığını veya gizlemediğini ileri sürmektedir.

Serserilikle ilgili Belçika kanunlarını ve davaya konu olaydaki uygulamaları inceleyen Mahkeme, uygulamada bazı muğlaklıklar tesbit etmesine rağmen, iç hukukta kesin bir serseri tanımı ve serserilik şüphesiyle polis tarafından

tutuklanan kişilere uygulanacak belirgin bir usul bulunması nedeniyle, başvuru hukuklarının özgürlük haklarının sınırlanmasını 5 § 1 maddesi kapsamında Sözleşme normlarına uygun bulmuştur. Buna karşın, 5 § 4 maddesi bakımından yapılan değerlendirmede, Mahkeme, ihlal kararı vermiştir. Buna göre, sulh mahkemeleri, birer mahkeme olmakla birlikte, serserilikle ilgili izledikleri usulden dolayı idari bir işlev görmektedirler. Bundan dolayı, sulh mahkemelerinin kararları neticesinde verilen alıkoyma kararlarının yasallığına itiraz hakkı, davanın görüldüğü sırada, iç hukuk yollarında düzenlenmemiştir.

B- Witold Litwa v. Polonya Davası

Litwa v. Polonya davası, serseri kavramıyla yakın ilişkili olan sarhoşluk ve kamu düzenini bozma kavramları üzerine bir davadır. Konumuz bakımından bu dava, Mahkeme'nin yapmış olduğu özgürlüğün kısıtlanması değerlendirilmelerinden dolayı önem arz etmektedir.

1946 doğumlu Litwa, Mayıs 1994'de gittiği postahane kendisine ait posta kutusunun kırılmış ve içerisindekilerin alınmış olmasından dolayı postahane yönetimine şikayette bulunmuştur. Postahane yetkililerinin polisi arayıp Litwa'nın saldırgan tavırlar içinde ve alkollü olduğunu bildirmesi üzerine kısa bir süre sonra postahaneye gelen polis memurları Litwa'yı bir ayılma merkezine (*sobering-up centre*) götürmüşlerdir. Litwa, bu merkezde altı buçuk saat tutulduktan sonra, imzalamayı reddettiği, bir tutanakla serbest bırakılmıştır. Litwa, alkollü olduğu gerekçesiyle gözaltına alınması ve hem gözaltı işlemini gerçekleştiren polis memurlarının hem de ayılma merkezi görevlilerinin kendisine kaba dayak vb. kötü muamelede buldukları iddiası ile bölge savcılığına başvurarak bir ceza davası açılmasını talep etmiştir. Savcılık, gözaltı işleminin yasallığı ile ilgili başvuru talebini, gözaltı işleminin kanuna uygun olduğunu belirterek, ilgili gözaltı işlemi bir ayılma merkezinde idare tarafından düzenlenen bir kabahatten kaynaklandığı, cezai bir suçtan kaynaklanmadığı gerekçesiyle, temyiz yolu kanunda öngörülmediği için reddetmiştir. Kötü muamele iddialarına ilişkin olarak ise, başvuru önce doğrudan reddedilmiş, daha sonra, ikinci bir itiraz üzerine,

iddiaların doğruluğunun araştırılmasına karar verilmiştir. Soruşturma takipsizlikle sonuçlanmıştır.

Litwa davasında, Mahkeme, öncelikle, Sözleşme'nin beşinci maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'nin temel argümanı, 5 § 1 (e)'deki 'alkolikler (alcoholics) teriminin özgürlük hakkını zedeler nitelikte geniş bir anlamda kullanıldığıdır. Bunun dışında alıkonmanın keyfiliği ve yasallığı konularında bir ihlal olmadığına hükmedilmiştir.

Karar metnindeki önemli hususlardan biri, idari bir işlemle 'ayılma/ayılma merkezi' adı altında bir kurumda alıkonmanın, özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilmesidir. Yani Mahkeme, ayılma merkezi ile, Wilde ve Diğerleri v. Belçika davasında bahsedilen, rehabilitasyon merkezlerinin özgürlük hakkı ve özgürlüğün tahdidi bakımından bir ve aynı şey olarak görmektedir.

Mahkeme'nin bir diğer önemli yorumu ise, Sözleşme'nin 5 § 1 (e) bendinde yer alan, özgürlüğü kısıtlanabilecek kişilere dairdir. Buna göre, Sözleşme, birinci bentteki kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasına, salt kamu için tehlike arzlemeleri nedeniyle değil ama aynı zamanda kendi menfaatleri alıkonulmalarını gerektirebileceği için de izin vermektedir¹⁴⁶. Mahkeme'nin yorumuna göre, ilgili bentte "... hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin..." ifadesiyle belirtilen kategoriler için, özgürlüğün tahdidinin bu özelliği bir ortak nokta teşkil etmektedir. Litwa davası özelinde, özgürlüğün kısıtlanmasının sebebi başvuranın, ilgili bentteki 'alkolikler' kategorisine girmesidir. Yukarıdaki genel yorumdan yola çıkarak, Mahkeme, 'alkolikler' teriminin 'tıbben alkolik tanısı konmamış fakat alkol kullandığında hal ve davranışları kamu düzenini ve kendisini tehdit eden kişileri' ifade ettiğini ve bu kişilerin kamu düzeninin veya kendi menfaatlerinin korunması için gözaltına alınabileceğini' belirtmektedir¹⁴⁷. Sözleşme'nin, taraf devletlerin tıbben alkolik tanısı konmuş kişilerin özgürlüğünü, belirtilen nedenlerden ötürü, kısıtlamasını yasaklamadığını da belirten Mahkeme, 'alkolik' teriminin tanımına

¹⁴⁶ AİHM, Witold Litwa v. Polonya, s. 16, § 60.

¹⁴⁷ AİHM, Witold Litwa v. Polonya, s. 16, § 61.

ilişkin Sözleşme'nin hazırlanma aşamasında Uzmanlar Komitesi (Committee of Experts) çalışmalarına atıfla, Sözleşme'nin imzacı Devletlerin serserilik ve sarhoşlukla savaşmak için önlemler alma hakkını teminat altına aldığını ve bu konudaki kısıtlamaların kamu ahlakı ve kamu düzeninin gereklilikleriyle meşrulaştırıldığını belirtmektedir¹⁴⁸. Öte yandan, Mahkeme Heyeti'nden Yargıç Bonello, mutabık görüş yazısında, Sözleşme'nin 5 § 1 (e) bendindeki sınıflandırmaların bir ortak unsuru bulunduğunu; bu terimlerin, toplumsal olarak tehlikeli, sürekli ve mutad durum ve davranışları ifade ettiğini ve bunların bir kereye mahsus vakalar olmadıklarını belirtmektedir¹⁴⁹. Buna göre, serseri bir kimse, geçici olarak sabit bir barınağı olmayan birisi değil, serseri hayatı yaşayan kişidir.

C- H.M. v. İsviçre Davası

Başvurucu, 1912 doğumlu ve emekli maaşı ile geçimini sağlayan bir kadındır. Sağlık sorunları nedeniyle oğlunun yanına taşınmış ve ikamet ettiği bölgedeki sosyal hizmetler kurumunun evde bakım hizmetinden yararlanmaktadır. Kurum yetkilileri, başvurusunun kaldığı evin koşullarının ve kendi hal ve davranışlarının hizmetin sağlanmasına engel teşkil ettiğini belirterek başvurusunun bir yaşlı bakım merkezine naklini tavsiye etmiştir. Kurumun bu önerisi H.M. tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine kurum, Bölge Valiliği'ne başvurarak, H.M.'nin bakım evine yerleştirilmesi için bir emir çıkarılmasını talep etmiştir. Konuyla ilgili incelemelerden sonra Valilik, İsviçre Medeni Kanunu (madde 397a) ve Bern Kantonu Sosyal Hizmet Yardımı Kapsamında Özgürlüğü Tahdit Kanunu (dokuzuncu kısım) uyarınca, zabıta ekibi ve sağlık müfettişi tarafından Worben Bakım Evi'ne yerleştirilmesine karar vermiştir. H.M.'nin rızası olmamasına rağmen, karar, Aralık 1996'da uygulanmıştır. H.M. ve oğlu, temyiz komisyonu nezdinde karara itiraz etmişler fakat itirazları reddedilmiştir. Komisyon'un ret kararının nedenleri, H.M.'nin sağlık sorunları, kendi bakımını

¹⁴⁸ AİHM, Witold Litwa v. Polonya, s. 16, § 63.

¹⁴⁹ AİHM, H.M. v. İsviçre, s. 5, § 23.

kendisi yapamayacak durumda yatağa bağımlı olması, demansa bağlı zihinsel engeli bulunması ve bütün bu sorunlarından doğan harici bakım ihtiyacının ihmal ediliyor olmasıdır. Komisyon'a göre bu sebepler sosyal yardım sağlanması için özgürlüğün tahdidini meşrulaştırmak için yeterlidir. Komisyon'un karar metninde şöyle denilmektedir: "Gerçek şudur ki, eğer başvuru bakım evine kendi özgür iradesi ile gitseydi, sosyal hizmet yardımı için özgürlüğünün tahdidine gerek olmazdı¹⁵⁰." Komisyon, nihai kararında, AİHS 5 § 1 (e) maddesine atıfta bulunarak, başvuru bakım evinin yardım amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılmasının ilgili Sözleşme hükmündeki 'serserilik' istisnasına tekabül ettiğini ve bu nedenle meşru olduğunu belirtmektedir¹⁵¹. Buna göre, 'serseri' terimi geniş anlamıyla anlaşılmalıdır. Konu, özgürlüğü tahditten daha zorlayıcı bir çözümün mümkün olup olmadığının tayiniyle ilintili olarak Federal Mahkeme'ye taşınmıştır. Mahkeme, yukarıda sayılan sebeplere binaen alınan önlemin orantılı ve tek uygun seçenek olduğuna karar vermiştir.

H.M., ilerleyen dönemde, Bakım Evi'nde kendi rızasıyla kaldığını beyan etmiş, bunun üzerine Valilik makamı, H.M. hakkındaki zorla yerleştirilme kararını kaldırmıştır. Buna rağmen H.M, AİHS 5 § 1 (e) kapsamında özgürlüğünden hukuksuz bir şekilde mahrum bırakıldığını belirterek AİHM'e başvurmuştur. Başvuru, hakkında verilen alıkonma kararının 'ağır ihmal' gerekçesine dayanarak, bu gerekçenin 'serserilik' kapsamında değerlendirilmesinin Sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu iddia etmektedir¹⁵². Buna göre, ihmal, olağan anlamıyla genel temizlik, beslenme ve sağlık ihtiyaçlarının yerine getirilmemesini ifade ederken, serserilik, bir kişinin bir evi veya maddi kaynakları olmaması nedeniyle kamuya yük olması anlamına gelmektedir. Başvuru, sabit bir evi ve geliri olduğunu beyan etmektedir. Dava metninden anlaşıldığı üzere, İsviçre yasalarında ve de Bern Kantonu yasalarında, serseriliğe dair doğrudan bir düzenleme - en azından davanın görüldüğü tarihte - bulunmamaktadır. Önceki örnek davalarla kıyaslandığında, diğer ulusal serserilik

¹⁵⁰ AİHM, H.M. v. İsviçre, s. 5, § 23.

¹⁵¹ AİHM, H.M. v. İsviçre, s. 5, § 24.

¹⁵² AİHM, H.M. v. İsviçre, s. 7, § 33.

mevzuatlarına benzer bir mevzuat, kişinin kendine bakamayacak durumda olmasını kamu zararına bir durum olarak ele alan ‘Bern Kantonu Sosyal Hizmet Yardımı Kapsamında Özgürlüğü Tahdit Kanunu’ ile oluşturulmuştur. H.M., Valilik kararında sadece ‘ihmal’den dolayı bakım evine zorla yerleştirilmesine karşın, Temyiz Komisyonu’nda özgürlüğünün kısıtlanmasının nedeni olarak zihinsel özür (demans) ileri sürülmüştür. H.M., bu iddiaya yanıt verme fırsatı kendisine verilmediği gibi, bu tanıyı meşrulaştıracak bir tıbbi muayeneden de geçmediğini belirtmektedir.

Davalı Hükümet, Mahkemeye sunduğu savunmasında, Bakım Evi’nin hareket kısıtlaması getirmeyen bir kurum olduğunu belirtmektedir. İhmal kavramının Sözleşme’nin 5 § 1 (e) maddesi hükümlerine bire bir uymamakla birlikte, Mahkeme’nin serserilik davaları içtihadı bakımından¹⁵³, Sözleşme hükümlerine uygun olduğunu iddia etmektedir. Buna ek olarak, davalı Hükümet, serserilik kavramının belirli bir maddi koşullar kataloğuna atıfla tanımlanamayacağını; salt bir kimsenin sabit bir ev veya düzenli maddi kaynakları olup olmadığına bakılarak serseriliğin tayin edilemeyeceğini; normal bir yaşam sürüp süremediğine ve eğer süremiyorsa bunun kişinin kendisi ve diğerleri üzerindeki olumsuz etkilerine bakılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, H.M.’ye dair Valilik ve Temyiz Komisyonu kararları, kişinin sabit barınağı veya maddi geliri olmasından ziyade onurlu bir yaşam sürme ihtiyacı, toplumsal ilişkilere entegrasyonu ve sağlık durumu gözönünde bulundurularak alınmıştır¹⁵⁴.

Mahkeme, Sözleşme’nin 5 § 1 maddesi bakımından bir ihlal olmadığına karar verirken, H.M.’nin Bakım Evi’ne konmasının özgürlüğü tahdit anlamına gelmediğine – m. 5 § 1’in bu davaya uygulanamayacağına - hükmetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ihmal ile serserilik arasındaki ilişki bakımından bir değerlendirme yapmamıştır.

¹⁵³ Guzzardi v. İtalya, Witold Litwa v. Polonya: Kişinin kendi menfaatleri özgürlüğün tahdidini gerektirebilir; bir kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılmasının tek nedeni kamu güvenliği değildir, kişinin kendi menfaatleri de olabilir.

¹⁵⁴ AİHM, H.M. v. İsviçre, s. 9, § 38.

III. Sonuç

Serseriliğin ve serseri kavramının tarihsel gelişiminin incelenmesi neticesinde varılan sonuçlardan özellikle iki tanesi, yukarıda özetlenen davaların incelenmesi bakımından önemlidir. Serserilik kavramı, tarihsel olarak ilkin feodal üretim ilişkilerinin çözülmesi sürecinde, toprağa bağlı, köle-çiftçi biçiminden özgür emek biçimine geçişi ifade eder. Feodal toplumun çözülmesinden sonra ise özgür emek biçiminin alanının genişlemesi sürecinde, üretim ilişkilerine dahil olmamayı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, serserilik yasaları, ilk ortaya çıktıkları on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda hızla artan ücretler seviyesinin kontrolünü sağlayarak feodal çözülme sürecini engellemeyi amaçlarken, sonraki dönemlerde emek gücünün ve genel olarak toplumsal emeğin disiplin ve düzenini sağlamayı amaçlamaktadır.

Serseri kavramı, geçirdiği tüm değişimlere rağmen temelde metalaşmayan, alınıp satılmayan ve değişim değeri üretmeyen insan emeğinin ifade etmektedir. Dolayısıyla, serserilik kavramı, kapitalist toplumsal üretim ve yeniden-üretim ilişkilerinin dışında bir kategoriye ifade eder. Buradan hareketle, hukuki bir kavram olarak serserilik, bir bireyin, 1) emeğini bir meta olarak özgürce satmaması ve dolayısıyla emeğini yeniden üretmesi için gerekli araçlara erişememesi, 2) bu temel toplumsal ilişkinin dışında kalmasından dolayı hukuki ilişkilerden dışlanmasıdır. Yukarıda özetlenen davalar, bu önermeler bağlamında incelenecektir. Bu incelemenin anahtar kavramı, hukuk kişisi özgür bireydir. Zira, AİHS’de ve AİHM içtihadında serserilik, fiziksel özgürlükle ilgili bir kavram olup, özgürlüğün bu görece dar tanımı, özgür bireyin bir karakteristiğidir. Özgür birey, iki bakımdan özgürdür. Hukuken düzenlenmiş toplumsal ilişkilere, hiçbir zorlama olmaksızın ve kendi özgür iradesiyle girer. Özgür bireyin bu iki unsuru, modern hukuk sistemlerinde haklar ve hukuki garantilerle sağlanmaktadır. Dolayısıyla, hukuki özne olarak özgür birey, aynı zamanda hak sahibidir ve sahip olduğu haklar hukuk sistemi tarafından garanti altına alınmıştır. Öte yandan,

serseri, hukuki biçimin hak sahibi özgür birey soyutlamasının kapsamı dışındadır. Hukuki bir kavram olarak serseri, özgür birey soyutlamasının dışında kalan toplumsal gerçekliğin hukuki biçime tahvil edilmesidir.

Mahkeme'nin, Sözleşme'nin özgürlük hakkını düzenleyen beşinci maddesi ile ilgili yayımladığı kılavuzda açıkça belirtildiği üzere¹⁵⁵, 5 § 1 (e) maddesinin 'serseriler' hükmü, sabit bir barınağı (fixed adobe), geçimini sağlayacak parası (no means of subsistence) ve düzenli bir işi veya mesleği olmayan kişileri kapsamaktadır. Mahkeme, özgürlüğün serserilik gerekçesiyle tahdidi için şart koştuğu bu üç koşulu, Wilde ve Diğerleri v. Belçika davasına konu olan Belçika Ceza Kanunu'ndan esinlenerek belirlemiştir¹⁵⁶. Buna göre, serserilik kavramının bir unsuru olan 'çalışabilecek durumda olup da çalışmamak' daha zorlayıcı bir uygulamayı gerektirmektedir. Dolayısıyla çalışabilecek durumdayken çalışmamak ahlaki bir mesele olarak görülmektedir. Yani, salt maddi etkenlere bağlı serserilik basitçe rehabilite edilebilecekken, ahlaken yanlış bir tercihten kaynaklanan serserilik cezalandırmayı gerektirir. Her halükarda, Mahkeme'nin açıkça ortaya koyduğu üzere "serserilik bir kişinin... kamuya yük olması demektir." Mahkeme, ayrıca, özgürlüğün kısıtlanmasını geniş anlamıyla tanımlayarak, bir suç şüphesiyle gözlatına alınmak veya tutuklanmakla, sosyal yardım veya rehabilitasyon amacıyla hapisane dışında bir kurumda alıkonmak arasında bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar, ulusal mevzuatlarda serserilik suç kapsamından çıkarılsa da, uygulamada kamu adına fiili bir cezalandırma söz konusudur.

İncelenen içtihatla görüldüğü üzere, serserilik bir eylem değil bir durum olarak görülmektedir. Bu durumun tespit edilen üç unsuru ise, mülk sahibi olmamak ve emek pazarında emeğini meta olarak satmamak olarak da ifade edilebilecek maddi koşullarla ilgilidir. Diğer bir deyişle, teknik-hukuki anlamıyla suç olsun veya olmasın, serserilik ve serseri yasaları, toplumsal üretim ve

¹⁵⁵ Council of Europe/European Court of Human Rights (2014), Guide on Article 5 of the Convention, s. 19.

¹⁵⁶ Bu çalışma kapsamında araştırılmasa da, serserilik bağlamında Belçika kanunlarının diğer ulusal mevzuatlardan çok farklı olmadığı varsayılabilir. Tarihsel incelemede serseri yasalarının farklı coğrafyalara yayılmasında lafzi olarak büyük bir değişime uğramadığı görülmüştür.

yeniden-üretim ilişkilerine dahil olmayan veya dışında kalan bireyin hukuk ilişkilerinin de dışında kalmasıdır.

Yukarıda özetlenen davalarda, Litwa v. Polonya davası dışında, başvuruçuların özgürlüklerinin tahdidinde kendi rızalarının olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkeme, De Wilde ve Diğerleri davasında, başvuruçuların, içinde buldukları zorlayıcı koşullardan dolayı polise kendi iradeleriyle teslim olmalarını, yukarıdaki temel yorum çerçevesinde değerlendirerek, özgürlüğün meşru tahdidi için yeterli bulmamıştır. H.M. v. İsviçre davasında ise, başvuruçunun, anılan olayda kendi rızası olup olmadığı konusunda çelişkili beyanlar bulunmasına rağmen, nihayetinde kendi isteğiyle özgürlüğünden feragat ettiği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. İki dava arasındaki temel somut farklılık, birincisinde özgürlüğün serserilik durumundan dolayı kısıtlanması, diğerinde ise, maddi kriterler bakımından serseri olmayan bir kimsenin özgürlüğünün temelde sağlık sorunlarından dolayı kısıtlanmasıdır. Bu durum şu şekilde yorumlanabilir: Serseri, üretim ilişkileri içerisinde emeğini meta olarak satmadığı ve dolayısıyla emeğinin yeniden üretimi için gerekli araçları tüketmediği için özgür bir birey değildir. Dolayısıyla, özgür iradesiyle bir ilişki içerisine girmesi hukuken mümkün değildir. Öte yandan, emekli aylığıyla yaşayan bir kimse, yani üretim ilişkilerine dahil olmamasına rağmen, tarihsel-siyasal konjonktüre bağlı olarak - sosyal devlet politikaları en geniş tarihsel perspektifle bile on dokuzuncu yüzyılın sonlarında ortaya çıkmaya başlamıştır – hak ettiği bir geliri olması nedeniyle serseri addedilmeyip, incelenen somut hukuki ilişkide irade sahibidir.

Görüldüğü üzere, hukuki tanıma göre bir kişinin serseri addedilmesi için gerekli koşullar, üretim araçlarının toplumun belirli bir azınlığı tarafından kontrol edilmesinden doğan sınıflı topluma içkin bir eşitsizliğe işaret etmektedir. Bu temel eşitsizlik, kapitalizmin hakim toplumsal ilişki biçimi olarak kalması için gerekli olan sermaye birikiminin de temellerinden biridir. Hukuki bir kavram olarak serseri, kapitalist sermaye birikimi ile emeğin toplumsal yeniden-üretimi arasındaki çelişkinin hukuki bir dolayımılamasıdır. Kapitalist birikim, emeğin

meta olarak mübadelesi vasıtasıyla, toplumsal olarak üretilen değişim değerine el konulmasıyla gerçekleşir. Dolayısıyla, hukuki biçim altında birey – emek veya üretim araçları cinsinden – mutlak surette meta sahibidir ve sahip olduğu metayı sürekli mübadele edebilmesi için özgür, eşit ve bencil hukuk öznesi olarak soyutlanmaktadır. Toplumsal olarak meta mübadelesi ilişkisine girmeyen birey hukuk öznesi olarak soyutlanamaz. Serseri kavramı, somut toplumsal gerçeklikte kapitalist üretim ve yeniden-üretim ilişkilerinin dışında kalan toplumsal ilişkilerin hukuki biçim içerisinde soyutlanmasıdır.

5. Sonuç

Hukuku, toplumsal üretim ilişkilerinin basit bir yansıması olarak görmek, eksik ve yanıltıcı bir bakış açısıdır. Serseri kavramının tarihsel gelişimi içerisinde görüldüğü üzere, kapitalist üretim ilişkilerinin gelişiminde önemli bir yeri olan serseri yasaları ve de serseri kavramı, kapitalist üretim ilişkilerinin tüm toplumsal ilişkilere nüfuz ederek onları dönüştürmesini, tarihsel olarak önceler. Serseri yasalarıyla kapitalizmin gelişimi arasındaki karmaşık ilişki, toplumdaki ekonomik ilişkiler ile hukuki ilişkilerin, diğer bir deyişle, ekonomik biçimle hukuki biçimin arasındaki diyalektik ilişkiye tekabül eder.

Üretim ve mübadele gibi temel üretim ilişkilerinin meta biçimi, emeğin ürününü değer olarak soyutlarken, hukukun meta biçimi de soyutlanmış toplumsal emeği özgür, eşit, bencil birey olarak soyutlar. Serseri kavramı, gerçek toplumsal ilişkilerin, ideal meta biçimini almayan unsurlarının hukuken soyutlanmasıdır. Toplumsal ilişkilerin hukuki biçim içerisinde yeniden düzenlenmesi, kapitalizmin istikrar ve disiplin gibi gereklilikleri ile uyumlu bir süreçtir. Böylece, serserilik, bir kere hukuken yeniden tanımlandıktan sonra artık bir yeniden-üretim meselesi değildir; hukuki, ahlaki bir mesele haline gelir. Sermaye birikiminin belirli bir gelişme seviyesinde emeğin yeniden-üretimini nesnel koşullarından koparmasına benzer bir şekilde, hukuki soyutlama da serseriliğin nesnel koşullarını yok sayar.

Kapitalist toplumda, temel hukuki ilişki biçimi sözleşmedir. Yoksul sınıflar, serseri yasalarıyla iki türlü sözleşmeden birine taraf olmak zorundadırlar: Sömürü ilişkisinin hukuki ifadesi olarak iş sözleşmesi ya da cezai müeyyide. Sözleşme hukukundan doğan hukuka aykırılıklar, sözleşme taraflarından birinin kırılganlığı (*vulnerability*) olarak toplumsal düzen için tehlike olarak görülür. Lakin serserinin yarattığı varsayılan toplumsal tehlike ile sözleşme ihlalinden doğan toplumsal tehlike aynı hukuk normlarıyla değerlendirilmez. İlki oldukça muğlak iken ikincisi de bir o kadar mutlaktır. Diğer bir ifadeyle, kapitalist toplumda, emeğin meta olarak mübadele edilmemesi hukuken suçtur. Çünkü kapitalizm, sermaye birikimi mantığıyla gelişir. Sermaye birikiminin yegane yolu ise mübadeledir. Mübadele edilmeyen ürün veya emek, meta olma özelliğine sahip değildir.

Somut hukuki normlar bakımından, serserilik, toplumun ortak menfaatlerine ve ortak iradesine ve ahlakına aykırı bir kategoridir. Bu nispette, serseri, özgür ve eşit bir hukuki özne değildir. Somut hukuki uygulama da bu durumu ispatlar niteliktedir. Kapitalizmin mevcut gelişme seviyesindeki toplumsal ve siyasal biçim, demokratik toplumdur. Demokratik toplumun üyeleri, özgür ve eşit bireylerdir. Bireysel özgürlük ve eşitlik, toplumun genel iradesiyle uyumlu olmak durumundadır.

Özgür ve eşit birey, liberal hukukun doğal hukuktan devraldığı hukuki öznenin başka bir şey değildir¹⁵⁷. Doğal hukukun ve dolayısıyla liberal hukukun tutarlı ve evrensel norm olma kapasitesi soyut özne kategorisine sıkı sıkıya bağlıdır. Özne kategorisi soyuttur çünkü tarihsel, sosyolojik bir veriye dayanmaz. Aksine sentetik olarak tahayyül edilmiş bir öznedir. Hukuki özne, hukuki biçim içerisinde dolaşıma sokularak doğal hukukla kapitalizmin kesişme momenti sağlanmış olur. Paşukanis bu kesişmenin kapitalizmin meta mübadelesi biçimiyle sağlandığını savlamaktadır. Buna göre “[i]nsan emeği ürünlerinin birbirleri ile değerler olarak ilişki kurabilmesi için insanların karşılıklı olarak, bağımsız ve eşit bireyler gibi hareket etmesi zorunludur... Ahlaki özne yani, diğerleriyle eşit bir

¹⁵⁷ Web: İnanet Aksu, Hukuk ve Özne: Öznenin Materyalist Bir Tanımı, <http://www.teorivepolitika.net/index.php/kitaplar/item/390-hukuk-ve-ozne-oznenin-materyalist-bir-tanimi> 28/07/2015 tarihinde erişildi.

kişi olarak insan, değer yasası temelindeki mübadelenin önkoşulundan başka bir şey değildir¹⁵⁸.”

Somut toplumsal gerçeklikte, toplumsal ilişkilerin hukuki biçimi farklı somut içeriklere temas etmektedir. Soyut hukuk öznesinin karşıtı olarak soyut serseri birey, tarihsel süreçte somut içerik olarak farklılaşmıştır. Hukuk öznesi olmama durumu, yirminci yüzyıla kadar, genellikle, toplumda üretim araçlarına sahip olmayan gerçek kişilerin bazılarının kapitalist üretim ilişkileri içerisinde yeniden-üretim araçlarını meta olarak satın alamaması ile ilişkili bir durum iken, bugün, sınıfsal konumun yanısıra, vatandaşlık, vatansızlık, etnisite, politik görüş, toplumsal cinsiyet vb. pek çok farklı sebepten kaynaklanabilmektedir. Bu nedenledir ki, tarihin bu aşamasında serseri yasalarının hukuki mevzuatlarda ortadan kalkıyor olması, kavramın ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Serseri kavramı, açık veya örtük bir biçimde, hukuki mevzuatta, hukuki biçimde, üretim ve yeniden-üretim ilişkilerinde varlığını sürdürmektedir.

Daha önce de birkaç kere dile getirildiği gibi, serseri kavramı, sosyal bilimlerin farklı disiplinleri içinde, farklı yöntemlerle, çok farklı soruları cevaplamak, farklı sorunsalları analitik bir biçimde çözümlmek için son derece elverişli bir kavramdır. Bu çalışma kapsamında serseri kavramı, hukuki bir kavram olarak tarihsel gelişimi içinde incelenerek, bir toplumsal ilişki biçimi olarak hukukun toplumsal formasyondaki ilişki konumu değerlendirilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar, çalışmanın dar kapsamı, bu denli geniş bir soyut toplumsal ilişkiyi bütün yönleriyle değerlendirmek için yeterli değilse de hukuki bir kavram olarak serseriliğin toplumsal formasyondaki sürekli evrilen etkisinin (küresel göç, evsizlik, yoksulluk, muhalif toplumsal hareketler, vb.) güncel somut veriler bağlamında incelenmesi için bir ön araştırma olarak görülebilir.

¹⁵⁸ Paşukanis, s. 157-158.