

•HEGEL, G.W.F. *Encyclopedia of the Philosophical Sciences in Outline and Critical Writings*. Ed. by Ernst Behler. New York, Continuum Publishing Company, 1990.

•HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*. Tr. by H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

•HEGEL, G.W.F. *Tarihte Akıl*. Çev. Önay Sözer. İstanbul, Kabcacı Yayınevi, 1995.

## Uluslararası Hukuk ve İlkel Hukuk

A. CAMPBELL\*\*

Çevirenler: Seda AKAY \*\*\*- Zeynep ÖZKUL\*\*\*\*

### GİRİŞ

Uluslararası hukuk, "ilkel hukuk"un bir türü veya onun benzeri olarak değerlendirilmektedir. Sözgelimi, Hans Kelsen, görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

"Günel uluslararası hukuk, merkezi olmamasından dolayı, özel yasama, yargı organları ve idari organlar oluşturmaması ve bu fonksiyonları münferit öznelerle, bir başka deyişle uluslararası topluluğun üyelerine, bırakması özellikleriyle karakterize edilen ilkel hukukun karakterine sahiptir."

Sir Hersch Lauterpacht uluslararası hukukun güncel (yazıldığı zamanki) savunusunun ilkel hukuk olduğunu yazmıştır:

"Mevcut uluslararası hukukun merkezi bir yasama makamının, ihtilafları çözmek için emredici yargı yetkisini haiz mahkemelerin, hukuk kurallarının icra edilmesini sağlayacak ajanların, açık ve detaylı kuralların bulun-

mayışı gibi özellikleri, ilkel toplumun sahip olduğuna inanılan nitelikleriyle açıklanmaktadır"<sup>1</sup>

Lauterpacht, uluslararası hukukun ilkel toplulukların sahip olduğu hukuka benzer şekilde "zayıf hukuk" olduğunu savunan düşünce okulunun en önemli örneği olması açısından uluslararası hukukun en etkili yazarlarından Oppenheim'dan alıntılar yapmıştır.<sup>2</sup> Oppenheim, *Treatise on International Law* (Uluslararası Hukuk Üzerine Araştırma)'ın girişinde, hukukun başlangıç niteliğinde bir tanımını değerlendirirken, şunu yazmıştır:

"Bir topluluk içinde, en azından ilkel bir topluluk içinde, yasa yapıcı bir makamın varlığına gerek yoktur. Hukukun var olması için, ne yasa yapıcı bir makam ne de adalet mahkemeleri zaruridir."

Uluslararası hukukçu olmayan ancak önde gelen antropologlardan Hoebel, 1954'te "Uluslararası hukuk,

\* Makalenin Özgün başlığı: A. Campbell, "International Law and Primitive Law," *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 8, No. 2 (1988) pp. 169-196.

\*\* Aberdeen Üniversitesi Öğretim Üyesi. Yazar, Belfast'ta bulunan Queen's Üniversitesi'nden Dr. P. Ingram'a bu makalenin taslağına yaptığı yorumlardan ötürü minnettarlığını sunar.

\*\*\* İstanbul İcadiye Üniversitesi Araştırma Görevlisi

\*\*\*\* Koç Üniversitesi Araştırma Görevlisi

(1) *Principles of International Law* (New York, 1952), 22; cf *The Pure Theory of Law*, (Univ California Press 1967), 323; "The Essence of International Law", in *Deutsche and Joffmann (eds) The Relevance of International Law* (Scenkman Publishing Co 1968), 85 at 87; Belitilmelidir ki, Kelsen burada ve *The Pure Theory'de* 'devletsiz' ilkel toplumların hukukuna atıf yapmaktadır.

(2) *The Function of Law in the International Community* (Oxford 1933), 405. Ayrıca bkz. Corbett, *The Study of International Law* (Random House, New York 1955), 5.

(3) *Ibid* at 404.

(4) *International Law* vol. 1 (Longmans & Green 1905), 7.

dünya düzeyinde ikel hukuktur.” ve 1979’da “Bugün, uluslar arasında ikel hukuk hakim olmaktadır.” şeklindeki görüşlerini dile getirmiştir.

Daha yakın bir zamanda Barkun’un, Hoebel’in 1954’teki ifadesine atıf yapan önemli kitabı *Law Without Sanctions* (Yaptırımsız Hukuk)’ uluslararası sistemi inceleyen antropologların çalışmalarını devam ettirmiştir.<sup>6</sup> Gerçekten de Nardin, uluslararası hukuk ile ikel hukuk karşılaştırılmasının 19. yüzyıl sonlarından itibaren karşımıza çıkmakta olduğunu yazmıştır.<sup>7</sup>

Bu makalenin amacı, ikel hukuk ile uluslararası hukuk karşılaştırmalarının geçerliliği ve yararlığını değerlendirmektir. Kelsen’in ifade ettiği “devletsiz” toplumlar dahil olmak üzere - “ikel” ve “devletsiz” sözcüklerinin her zaman örtüştüğü söylenemez - “ikel hukuk” üzerine geniş kapsamlı bir ön araştırmadan sonra, nitelendirme yapmadan uluslararası hukuka yapılan

ikel hukuk referanslarının çok genel ve aşında yanıtıcı olup olmayacağını sorabiliriz. Öncelikle, bu kıyaslamamızın - gerçek ikel toplumlar ve onların hukuku ile yapılan kıyaslamadan daha çok olmasa da - uluslararası hukuk ve ikel hukukun az gelişmiş olduğunu beliren basit bir ifadeden fazlası olduğu ve basitçe uluslararası hukukun ikel olduğunu söylemekten ziyade, belki de antropologların belirttiği gibi ikel hukuka yapılan göndermelerle yapılan kıyaslamamızın bir anlamı olduğu düşünülebilir.

### TANIMSAL PROBLEMLER

Hukuk terimini tanımlamak kendi içinde tabii ki zordur ve bu makalede atıfta bulunulan antropologlar aşında bu tanımdan farklılaşmışlardır.<sup>8</sup> Problemlerden biri, ikel toplumların hangi kurallarının ne ölçüde “hukuk” olarak değerlendirileceğidir.<sup>9</sup> Uluslararası hukukun bir tanımı Oppenheim’in *Araştırma*’sından alınabilir:

(5) *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Massachusetts, fourth printing 1967, hereafter Hoebel, 1954), 331; Barkun tarafından alıntılanmıştır, *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community* (Yale University Press, New Haven and London 1968), 32; ayrıca bkz. Hoebel’in 1978 *Encyclopedia Britannica* vol 14’teki makalesi, (Hoebel 1978), 1037, 1040, uluslararası hukukun dünya toplumu düzeyinde ikel hukuk olarak isimlendirildiğini ifade etmektedir.

(6) Hoebel ve Weaver, *Anthropology and the Human Experience*, 5th ed, (McGraw-Hill 1979, Hoebel ve Weaver, *Anthropology and the Human Experience*), 499.

(7) *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community* (Yale University Press, New Haven and London 1968; hereafter Barkun, *Law Without Sanctions*)

(8) *Ibid.*, at 32

(9) Nardin, *Law, Morality and the Relations of States* (Princeton University Press 1983, Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*) 150; ayrıca bkz. Lloyd, *The Idea of Law* (Pelican 1964) 238; Levi, *Law and Politics in the International Society* (Sage Publications 1976) 9.

(10) Bkz. Bell, ‘Disputes, Rules and Method: The Tswana Way’, Bell, ‘Disputes’, (1983) 3 *OxJLS* 405 at 406-7; Krygier, ‘Anthropological Approaches’ in Kamenka and Tay (eds) *Law and Social Control* (Edward Arnold 1980, hereafter Krygier, ‘Anthropological Approaches’) 27 at 34 et seq; Moore, ‘Law and Anthropology’ in *Law as Process* (Routledge and Kegan Paul 1978) 218; Nader and Yngvesson, ‘On Studying the Ethnography of Law and its Consequences’, in Honigman (ed) *Handbook of Social and Cultural Anthropology* (Chicago 1973), 883, at 884; Nader, ‘The Anthropological Study of Law’, in Nader (ed) *The Ethnography of Law* (1965) 67 *American Anthropologist* (2) *Special Publication*, 3 at 4; Redfield, ‘Primitive Law’, in *Law and Warfare* Bohannan (ed) (Natural History Press, New York 1967), 3; Moore, in *Biennial Review of Anthropology: 1969* (Stanford 1970), 252 at 256; Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Harper&Row 1971, hereafter Pospisil, *Anthropology of Law*), Ch. 3.

(11) Howell: ‘“Hukuk” terimi, bazen sosyal kontrolün tüm tüm süreçleri için kullanılmaktadır...Hukukun kapsamının, örgütlü hukuki yaptırımlarla sağlanan ve örgütlü politik mekanizmalar tarafından uygulanan sosyal kontrolle sınırlandırılması görüşünü benimsemek daha

“Ulusların hukuku ya da uluslararası hukuk (*Droit des Gens*), devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde hukuki bağlayıcılığı olduğu düşünülen geleneksel kurallara ve sözleşme kurallarına verilen addır.”<sup>11</sup>

Yani, ikel hukuk da dahil olmak üzere iç hukuk veya yerel hukuk bir devletin içindeki hukuk ile ilgiliyken, uluslararası hukuk ise esasen devletler arasındaki hukuk ile ilgilidir. Bu ifade, uluslararası hukukun devletler arası bir hukuk olduğu gibi devletler üstü bir hukuk olduğunu inkar etmek anlamına gelmemektedir.<sup>12</sup> Uluslararası hukuk sadece devletler arası bir hukuk olarak kabul edilmemelidir, bireyleri de ilgilendirir, onlara hak ve ödevler yükler ve bir devlet tarafından bir devlet içinde “dikay” olarak uygulanabilir, yani tamamen “yatay” bir hukuk sistemi değildir.

Bu makale öncelikle, uluslararası hukuk ile ikel hukuk arasındaki kıyaslamamızın değerlendirilmesi amacıyla, ikel toplumun hukuku ile uluslararası hukuk arasında yapılacak karşılaştırmamızın makul olduğu sonucuna dayanarak, uluslararası politik topluluğun bir topluluk veya toplum olarak kabul edilebileceğini varsaymaktadır.<sup>14</sup> Ancak bu varsayım yeniden incelenecektir.

İkel hukukun tanımı daha zordur. Uluslararası hukuku “ikel hukuk” olarak değerlendiren uluslararası hukukçular,

ikel hukukun üzerinde anlaşılmalı bir tanımı olmamasını gözardı edebilirler. Yine de, belirli bir toplumun hukukuyla ilgilenen antropolojik çalışmaların az da olsa ikel hukukun net tanımlarını içermesi ilginçtir. İkel hukuk için çeşitli tanımların geliştirilebileceği konusunda şüphe yoktur, ancak bu soyut ve sonuca bağlanmayan konuyu çözüme kavuşturmak yerine bu makale, antropologların çalışmalarını üzerine şekillenecek ve dar anlamda “hukuk” ile ilgili olmadıkları gözönünde bulundurulursa bu çalışmaların karşılaştırılabilirliğine ilişkin itirazların yöneltilebileceği kaydıyla, çalışmaların hukuk antropolojisi üzerine söylediklerini kullanacaktır. Antropologlar, ikel insanların hukukunu tanımlamaktan çok betimlemeye ilgilenebilirler. Bu da tabii ki ikel hukukun modern yerel hukuktan farklı olduğunu, daha kesin konuşmak gerekirse, antropologların üzerinde çalıştığı toplumların modern toplumlardan daha farklı ve daha ilkel olduğunu göstermektedir. Bu arada, önde gelen ve sıkça alıntılanan bir antropolog olan Hoebel’in *Encyclopedia Britannica*’da ikel hukukun okur-yazar olmayan halkların hukuku olduğunu dile getirdiği ifadesini benimseyebiliriz.<sup>15</sup> Ancak bir uyarıda da bulunmalıyız. Hoebel’in tanımı oldukça geniş ve küçümseyici olmayan<sup>16</sup> bir tanımdır ve ikel toplumların da kendi aralarında

az kafa karıştırıcı olacaktır. Bu tanıma göre, ‘Nuer’de hukuk yoktur’. (*A Manual of Nuer Law* OUP 1954, hereafter Howell, *Manual*), 225; ayrıca bkz. Evans-Pritchard, *The Nuer* (Clarendon Press 1940), 162, 168.

(12) *International Law: A Treatise*, 8th ed by Lauterpacht (Longmans 1955), 4.

(13) Bkz. Nardin, *Law, Morality, and the Relations of States*, 153, bu görüşün Kelsen tarafından eleştirisi üzerine.

(14) Fakat bkz. Pospisil, *Anthropology of Law*, 91’de, hukukun var olması için, politik liderlik ve politik şekilde örgütlenmiş bir toplum olması gerektiğini öngörmekte, Barkun’un uluslararası hukukun ‘yatay sistem’ olarak değerlendirilmesi gerektiği (Barkun, *Law Without Sanctions*, 17) ve uluslar arasında imzalanan sözleşmelerin hukuk olmadığı yönündeki görüşlerine karşı çıkmaktadır.

(15) Hoebel (1978), 1037.

(16) Bkz. Hoebel ve Weaver, *Anthropology and the Human Experience*, 505.

Bohannan'ın sınıflandırmasına göre devletsiz, resmi hükümeti olmayan, diğerleri tek merkezli iken, ikili veya çoklu güç merkezleri bulunan devlet toplumları olarak farklılaşabileceğini gizlemektedir.<sup>17</sup> Bu durum, bu toplumlardaki ikel hukukun farklarını perdeleyebilir, ancak öncelikli amacın uluslararası hukuk ile ikel hukuk arasındaki benzerliği bir bütün olarak incelemek olması nedeniyle, ilk olarak aralarında böyle bir farklılaşma olmayan toplumlardaki ikel hukuku değerlendireceğiz. Ayrıca Hoebel tarafından ikel olarak adlandırılmayan hukuku içeren ifadesi, uluslararası hukuk ile ikel hukuk arasındaki benzerliğin, ikisinin de ikel ve az gelişmiş hukuk türleri olmasında yatması bakımından ilginç olduğu not edilmelidir.

#### BİR KIYASLAMA

Öncelikle, ikel hukuk ile uluslararası hukuk arasında gerçek bir karşılaştırma yapabilmek için temel olarak alınabilecek verileri değerlendireceğiz. Bu veriler, özellikle merkezi yasama, yürütme ve yargı sisteminin eksikliğini içermektedirler.

#### Hükümet

Birçok ikel toplumda ve uluslararası toplum (international political community) kesinlikle merkezi örgütlü bir hükümet eksikliği bulunmaktadır. Uluslararası toplumda, Birleşmiş

Milletler Örgütü kurulmuştur ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) gibi gerçek güç sahibi başka örgütler de bulunmaktadır. Ancak, uluslararası örgütler genelde karar alma gücünün eksikliği ile karakterize edilmektedir. AET bu konuda en göze çarpan ve bu nedenle en ilginç istisnadır. İkel toplum bununla karşılaştırılabilir mi? Hoebel, daha ilkel toplumların politik otoritesi olmayan merkezileşmemiş örgüt birimlerinden oluşmasıyla karakterize edildiğini belirtmektedir.<sup>18</sup> Yazara göre, Nuer ve Ifuago toplumları örgütlü merkezi hükümetten tamamen yoksundur<sup>19</sup> ve Afrika'nın yerli Arusha toplumunda hükümet bulunmamaktadır.<sup>20</sup> Buraya kadar uluslararası toplum ile ikel toplum karşılaştırması geçerli olabilir, fakat kayıtsız şartsız bir genelleme yapmak zor görünmektedir, çünkü 'ikel toplumlar' kapsamında yer alabilecek bazı toplumlarda hükümetin varlığına ilişkin kanıtlar bulunmaktadır, Cheyenne'de şefler<sup>21</sup>, Lozi'de<sup>22</sup> veya Kuba'da<sup>23</sup> kral gibi. Buna ilaveten, ikel toplumda - geniş anlamda - tahmin edilenden daha fazla liderlik ve otoritenin var olduğu savunulmaktadır.<sup>24</sup>

#### Yaptırımlar

Peki, toplumda yaptırımlar nasıl uygulanmaktadır? Uluslararası hukukun genel algılanış biçimi ve bir 'hukuk' olma özelliğinden duyulan şüphenin nedeni, hukukun ihlali durumunda

yaptırım öngörmemesidir. Bu görüş, Austin'in hukuk anlayışından kaynaklanıyor olabilir: Kurczewski'nin belirttiği gibi 'Devletin hatta herhangi bir merkezi otoritenin bulunmadığı durumlarda, Austin modelini temel alan klasik hukuk tanımları, - yani, bir otoritenin iradesinden doğan ve devletin zorlama yoluyla desteklediği normlar bakımından - açıkça kullanışsızdır.<sup>25</sup> Uluslararası toplumda, bazı "kendi güvenliğini savunma" (self-help) yaptırımları bulunmaktadır fakat bu yaptırım toplumsal değil, bireysel ve düzensizdir. İkel toplulukta da yaptırımlar var mıdır? Öyle gözüküyor ki, ikel toplumlarda yaptırımlar çok daha görünür biçimde var olmaktadır ve para cezaları ve tazminatlar, ikel toplumda tipik olarak değerlendirilebilecek şekilde yaygındır. Gluckman, Loziler hakkında "örgütlenmiş kuvvetin ürünü" olarak hukuka sahip olduklarını ifade etmektedir.<sup>26</sup> Hukukun yaptırım gücü olduğunu düşünen Hoebel<sup>27</sup>, ikel hukuk hakkında genel olarak şunları söylemektedir:

"İkel toplumların çoğunluğundaki hukuki işlemlerin çoğu, normların ve yükümlülüklerin kamusal olarak yeniden ifade edilmesiyle ve bu yükümlülüklerin ekonomik tazminatların ödenmesi yoluyla kamusal olarak yeniden doğrulanmasıyla sonuçlanmaktadır. (...) Daha olağan yaptırımlar, özel hukukta (birey-

ler arasında) tazminatların tahsili ve kamu hukukunda (birey ve toplum arasında) ise para cezalarıdır."<sup>28</sup>

Bu, sadece topluluk tarafından desteklenmesine ve kamusal onay veya onaylamama ifadeleriyle bireyler üzerinde baskı uygulanmasına rağmen, Epstein'in ikel hukuktaki en yaygın çözüm yolunun "kendi güvenliğini savunma" (self-help) olduğu yönündeki bulgularıyla çelişmektedir.<sup>29</sup> Bu fark, hukuki işleme Hoebel tarafından yapılan göndermede yatıyor olabilir. Allott da batı toplumlarının ve dolayısıyla uluslararası toplumun aksine Afrika toplumlarında bulunan etkin yaptırımların gerekliliğini savunmakta ve yaptırım kavramını kendi güvenliğini savunmayı da içerecek şekilde geniş yorumlamaktadır:

"Geleneksel kurallara, modern kurallardan daha çok uyulmaktadır. Yaptırımlar, eğer uygulamak ilgimizi çekerse, genelde daha etkilidir."<sup>30</sup>

Fakat yaptırımların etkinliği başka bir meseledir ve yukarıda belirtildiği gibi geniş anlamda yaptırımları kapsamaktadır.

Eğer Hoebel haklıysa, ikel hukuktaki para cezaları ve tazminat gibi belirli yaptırımlar, uluslararası hukuktaki yaptırım eksikliği ile çelişmektedir. Ayrıca uluslararası toplumda yaptırım-

(17) Bkz. Bohannan, 'The Differing Realms of the Law', in Nader (ed), 'The Ethnography of Law' (1965) 67 American Anthropologist (1967) Part 6 (2), Special Publication, 33, 38; Bohannan, Social Anthropology (Holt, Reinhart and Winston 1963), 273, 282.

(18) Hoebel (1978), 1039.

(19) Bkz. Howell, Manual, 225-6 ve yukarıda dipnot 11.

(20) Bkz. Culliver, Social Control in African Society (Boston 1963), 1.

(21) Karl N. Llewellyn and E. Adamson Hoebel, The Cheyenne Way (Oklahoma, USA, 1941, Llewellyn & Hoebel, The Cheyenne Way) cilt IV.

(22) Gluckman, The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia, 2nd Ed, (Manchester 1967, Gluckman, The Judicial Process), 9.

(23) Vansima, 'A Traditional Legal System: The Kuba', in Kuper and Kuper (eds), African Law: Adaption and Development (USA 1965, Vansima, 'The Kuba')

(24) Pospisil, Anthropology of Law, 44 et seq.

(25) The Ethnographic Approach', in Podgorecki, Law and Society (Routledge and Kegan Paul 1974), 66 at 69-70.

(26) Gluckman, The Judicial Process, 163.

(27) Hoebel (1954), 26; Hoebel (1978), 1037; ayrıca bkz. Hoebel and Weaver, Anthropology and the Human Experience, 487 ve Pospisil, 'E Adamson Hoebel and the Anthropology of Law' (1972-73) 7 Law and Society Review, 537 at 545.

(28) Hoebel (1978) 1038. Ayrıca bkz. Radcliff-Brown, Encyclopedia of Social Sciences, 1st ed, vol 9, 202; Pospisil, Anthropology of Law, 87 et seq; Radcliff-Brown, Structure and Function in Primitive Society (London 1952), 213; Shaper (ed) Law and Justice in the Bantu-Speaking Tribes of South Africa, 197-8; Shaper, A Handbook on Tswana Law and Custom, 2nd ed (Oxford 1955) 48.

(29) Epstein, 'Sanctions', vol 14, International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968, 2-3.

(30) Allott, The Limits of Law (Butterworths 1980), 66.

ların kullanımı, Epstein'in gösterdiği ilkel toplumlarda olduğunun aksine her zaman uluslararası toplum tarafından desteklenmemekte veya onaylanmamaktadır. Tabii ki, Barkun'un ifade ettiği gibi, yaptırımların varlığının düşünül-  
düğünden daha az önemli olduğu da savunulabilir,<sup>31</sup> fakat Hoebel ve Pospisil gibi önde gelen antropologların yaptırım ölçütünü hukukun bir niteliği olarak kabul ettikleri gerçeği ile karşılaşılmaktadır.<sup>32</sup>

#### Kovuşturma ve Yaptırım Uygulama Yetkisi

Politik otoritenin eksikliğine bağlı olarak, hukuku ve yaptırımları kimin uyguladığı sorusu gündeme gelmektedir. Hoebel, yerel hukuk ile ilkel hukuk arasında usuli bir fark olduğunu savunmaktadır:

*"İkel hukuk ile uygar hukuk arasındaki en büyük karşılık usuli alanda ortaya çıkmakta ve büyük oranda sosyal yapıya dayanmaktadır."*

Daha sonra, daha basit ilkel toplumların merkezi olmayan otorite birimleri ile karakterize edildiğini belirtmekte ve devam etmektedir:

*"(...) İkel hukukta hukuki işlemlerin büyük çoğunluğunu gerçekleştirmek için birincil otorite, bireysel üyelerinin desteğiyle işleyen akrabalık gruplarıdır. İkel hukukun çoğunda özel hukuk hakim olduğu için, (...) en ilkel toplumlardan en uygarına hukukun gelişim trendi, kovuşturma ve yaptırım uygulama hakkının değişimi yönünde olmuştur. Bu hak, hukuka aykırı fiilin mağdurundan*

*ve akrabalık grubundan, tüm toplumu temsil eden görevlilere devredilmiştir."*<sup>33</sup>

Uluslararası hukuk topluluğunda kovuşturma hakkı çok azdır veya hiç yoktur ve yaptırım uygulama düzenlenmemiştir. Ayrıca uluslararası hukuk, iş özel hukukla benzerlik gösterir şekilde, ceza hukuku alanından çok, sözleşmesel ve diğer uzlaşmacı araçlar yoluyla devletler arasındaki ilişkilerle daha ilgili görülmektedir. Bu bağlamda, eğer Hoebel'in analizi doğruysa, ilkel hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki benzerlik cari olacaktır. Ancak bu, toplumun gelişmesine ilişkin tek görüş değildir. Durkheim, hukukun kolektif ve baskıcı şekilde uygulanması özelliği ile karakterize edilen ceza hukukundan, iadevi yaptırımlarla uygulanan medeni hukuk, ticaret, idare ve anayasa hukukunun egemenliğine doğru bir gelişim olduğunu hipotezini ileri sürmüştür.<sup>34</sup>

#### Yargı Sistemi

Uluslararası hukuk sisteminde, ihtilafların çözümü için yargı yolunun bulunmadığı açıktır. Bu durum, kısmen mahkemelerin bulunmamasından per se, kısmen de devletlerin böyle mahkemelerin yetkisine başvurmak istememelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, ilkel toplumlarda mahkemelerin varlığından söz edilebilir ve gelişmiş bir yargı sistemi bulunabilir. Gluckman'ın Barotse'de yargı süreci üzerine ünlü çalışması, Barotse mahkemelerinin işleyişini, Llewellyn ve Hoebel'in Cheyenne üzerine çalışması, yargı süreçlerini ve yargıdaki yüksek standartları

ele almaktadır.<sup>35</sup> Barotse,<sup>36</sup> Bantu<sup>37</sup>, Kuba<sup>38</sup>, Soga<sup>39</sup>, Hindistan köyleri<sup>40</sup> ve Tswana'da<sup>41</sup> mahkemeler bulunmaktadır. Görünen o ki, Ifuago<sup>42</sup> ve Nuer'de mahkeme yoktur (gönüllü yargılama yapan tahkim mahkemeleri hariç), fakat Nuer gibi toplumların hükümet mahkemelerinin takdiminden önce dar anlamda hukuka sahip olup olmadıkları sorgulanabilir.<sup>43</sup> Yerli Arus-ha'da<sup>44</sup> mahkemelerin yerleşmiş ve uzmanlaşmış bir yargı sistemi, Güney Tanzania Ndendeuli'de<sup>45</sup> "yetkili" mahkemelere başvuru yolu bulunmamaktaydı. Eğer resmi şekilde "mahkeme" olarak adlandırılma dikkate alınmazsa, genel olarak mahkemelerin var olduğu söylenebilir. Allott'a göre:

*"En küçüğü dışındaki tüm Afrika toplumlarında, konu hakkında herhangi bir şüpheye yer yoktur. Yargıç kelimesi ile, hukuki normlarla ve onların uygulanmasıyla ilgili ihtilaflar hakkında karar verme konusunda uzmanlaşmış kişileri kastediyorsak, bu toplumlarda yargıçlar vardır."*<sup>46</sup>

Tabii ki, yargıçların resmi olarak örgütlenmemiş olmaları, sözelimi, konunun düzenlenecek kadar önemli addedilmediğini veya yargıçların toplum tarafından yetkili yorumcular olarak görevlendirilmediğini göstermesi bakımından önemlidir.

Cebri yargı yetkisinin varlığı daha zayıf bir göstergedir, fakat Gluckman'dan edinilen izlenime göre, mahkemeler cebri yargı yetkisini haiz olabilirler; yargısal çözüm hakkı idare sürecinin bir parçasıdır ve halkın idare edilmesi, aralarındaki ihtilafların çözümünü de kapsar.<sup>47</sup>

Eğer Gluckman'ın tespit ettiği gibi, Barotse'deki yargısal çözüm yollarının görece gelişmiş doğası ve bu yola başvurunun sıklığı izlenimi doğru ise, ilkel hukuk ile uluslararası hukuk karşılaştırması, uluslararası hukuk aleyhine işlemektedir. Oppenheim'in yukarıda bahsedilen ilkel toplumda yargısal uyumsuzluk çözüm yolunun bulunmadığı göndermesi doğru değildir ve uluslararası politik topluluğun daha az

(35) Gluckman, *The Judicial Process; Llewellyn & Hoebel, The Cheyenne Way*.

(36) Gluckman, *The Judicial Process*.

(37) Shapera, *Law and Justice in Bantu-Speaking Tribes of South Africa*, 212; Radcliff-Brown, *Encyclopedia*, op cit, n 28.

(38) Vansina, *The Kuba*, 99 ff.

(39) Fallers, *Law Without Precedent* (Chicago 1969) 55 ff; görünen o ki bu indigenous (yerli) mahkemelere gönderme yapmaktadır.

(40) Bkz. Cohn, 'Anthropological Notes on Disputes and Law in India', in 'The Ethnography of Law' (1965) *American Anthropologist* (2) Special Publication, 82.

(41) Shapera, *Handbook*, op cit, xix, Ch xvi; genel olarak bkz. Hoebel (1978), 1038.

(42) Barton, *Ifuago Law*, University of California Publications in American Anthropology and Ethnology, vol 15, No. 1, (Barton, Ifuago Law), 11.

(43) Howell, *Manual*, 2, 225-6; Malinowski'nin çalışması için geçerli görünüyor, *Crime and Custom in a Savage Society* (Kegan Paul 1926) - bkz. Bohannan, 'The Differing Realms of the Law' in Nader (ed) 'The Ethnography of Law' (1965) 67 *American Anthropologist* (2), Special Publication, 33 at 36.

(44) Gulliver'e göre, yerli Arusha'da uzmanlaşmış yargı sistemi bulunmamaktaydı, *Social Control of an African Society* (Boston 1963) 1.

(45) Bkz. Gulliver, *Neighbours and Networks*, 132, 179; mahkemeler yabancı Ngoni mahkemeleriydi ve Ndendeuli daha çok tartışma ve müzakereyi tercih etmekteydi.

(46) Allott, op cit s. 52; ayrıca bkz. Hoebel and Weaver, *Anthropology and the Human Experience*, 484-6.

(47) Gluckman, *The Judicial Process*, s. 27.

(31) Barkun, *Law Without Sanctions*, 64-5.

(32) Hoebel için bkz. Yukarıda n 27; ayrıca bkz. Pospisil, *Anthropology of Law*, 87 ff.

(33) Hoebel (1978), 1039; ayrıca bkz. Hoebel (1954), 329 ve Pospisil, 'E Adamson Hoebel and the Anthropology of Law' 7 *Law and Society Review* (1972-3), 537 at 552.

(34) Bkz. Lukes and Scull, *Durkheim and the Law* (Martin Robertson, 1983); Krygier, 'Anthropological approaches', 51; Durkheim'in evrim üzerine postulatının değerlendirilmesi için bkz. Lukes and Scull, 8 ff.

gelişmiş olduğunu gösterme eğilimindedir. Ayrıca, eğer Allott'un gözlemleri isabelli ise, ikel toplumlardaki durumun aksine yargısal uyumsuzluk çözüm yollarına veya adı mahkeme olsun olmasın herhangi bir hukuki denetim mekanizmasına başvurma konusunda bir isteksizlik bulunmaktadır. Buna karşılık, karşılaştırma başka toplumlarla yapılırsa, uluslararası toplum daha gelişmiş gözükmemektedir. Fakat, karşılaştırmalarda kullanılan ikel toplumlarda böyle bir hukukun hiç bulunmayabileceği de akılda tutulmalıdır. Hem ikel hem de uluslararası toplumda, cebri yargı yetkisini kullanan yargısal uyumsuzluk çözüm yollarının bulunup bulunmadığının açık olmadığı söylenebilir - uluslararası toplumda çözüm yolu kesinlikle bulunmamaktadır. Son olarak, hem uluslararası toplumda hem de bazı ikel toplumlarda tartışma ve müzakere yöntemlerinin tercih edildiği söylenebilir.<sup>48</sup>

### Yasama Organı

Birleşmiş Milletler kararlarının hukuk teşkil ettiği veya çok taraflı sözleşmelerin 'yasa-yapıcı' özelliğine sahip olduğu yönündeki görüşlere rağmen, uluslararası hukukta yasama organının bulunmadığı herkes tarafından bilinen bir gerçektir. İkel toplumlarda yasama vardır; Ifuago'da olmadığı halde<sup>49</sup> Bantu'da kral karamameleri<sup>50</sup>, Kuba'da kralın nizamnameleri<sup>51</sup>, Barot-

se'de kral ve İngiliz hükümetinin nizamnameleri şeklinde<sup>52</sup>, Tswana'da özellikle Avrupa'nın etkisinden sonra giderek artan şekilde sık rastlanmayan geleneksel türde bir yasama faaliyeti bulunmaktadır.<sup>53</sup> Buna karşılık, Hoebel'e göre, ikel hukukun çoğunluğu yasalasımamıştır.<sup>54</sup> İkel topluluklardaki gibi bir yasama, modern bir toplumla karşılaştırmaya müsaade edecek derecede gelişmiş görünmemektedir. Ancak bu yasama organının veya yasamanın olmadığı anlamına gelmemektedir. Allott, resmi anlamda gerçekleştirilmese de yasamanın var olduğunu savunmaktadır. "Eğer 'yasama organı' onaylanan, tanınan ve hukuk normlarını yayınlayan anlamında kullanılıyorsa, her toplumda pratikte yasama bulunmaktadır. (...) Onlar olmadan toplumun işlemesi mümkün değildir. Öyleyse, esastan çok tanımlarla oynamaktayız." Allott'a göre aynı zamanda küçük ve daha büyük geleneksel toplumlarda:

"Resmi yasamadan kasıt, gelecekte uygulanması için düzenlenmiş normların bilinçli ve açıkça formüle edilmesi ise, resmi bir yasama yoktur. (...) Yasaköyünün ve işleyiş biçiminin 20. yüzyılda alıştığımız biçimiyle karşınıza çıkması bizi rahatsız etmemeli; çünkü önemli olan biçimi değil işlevidir."<sup>55</sup>

Aynı durum uluslararası politik toplulukta açıkça gözlenmemektedir. Ancak önemli bir resmi ve örgütlü

yasamanın olmayışı uluslararası politik topluluk ile benzerlik göstermektedir.

### BİR ÖN SONUÇ

Bu ana kadarki bilgilerimizi toparlarsak, uluslararası hukukun, ikel hukuk olarak adlandırılması; hukukun arkasındaki toplumsal örgütlenmenin, yaptırım uygulayan bir otoritenin, merkezi hükümetin, merkez tarafından düzenlenmiş yaptırımların (sadece yaptırımların bulunmayışı yeterli değildir), yasama organının, cebri yargı yetkisiyle donatılmış mahkemelerin - bazı ikel toplumların yargısal alanda daha ileri olmalarına rağmen - olmayışı ve uluslararası hukukun ceza hukukundan çok özel hukukla ilgili oluşu ile temellendirilebilir.

Farklı ikel toplumlar arasındaki farklılıklar nedeniyle, genellemeler her zaman yardımcı olmamaktadır. Redpath'a göre "Tek bir ikel toplum olmadığı gibi, tek bir ikel hukuk da yoktur." Genellemeler caziptir ve oluşturmak kolaydır, ancak ham ve kullanım için çok genişlidir.<sup>56</sup>

İkel toplumlarda yaptırımların ve mahkemelerin olmadığı varsayılacak olmasına rağmen gerçek ve ampirik bir örneklemenin var olduğu savunulduğu ölçüde, ikisinin de adem-i merkeziyetçi karakteri nedeniyle, uluslararası hukukun "ikel hukuk" olduğunu söylemek tamamen mantıksız olmaz. Ancak ikisi de bazı özelliklerin bulunmaması bakımından ortak olsa bile, aralarında gerçekten olumlu ve yararlı bir örneğe var mıdır? İkisinde de var olmayan yasama organı gibi bazı vasıfların bulunmaması, bazı ikel toplumlardaki özellikleri vurgulasa da,

uluslararası hukuk ile tüm ikel hukukların karşılaştırılmasını geçerli kılmaz.

Tabii ki amaç, gerçek ikel hukukun gerçekte var olduğu şekliyle tarihi ve deneysel bir kıyaslama yapmak olmayabilir. Amaç farklıdır. Kavramsal bir kıyaslama yapmak, sadece ortak paydalarıyla değil, her bir alanda daha gelişmiş hukuk formları ile ölçülerek, uluslararası hukuk ile ikel hukukun kendi çevrelerinde "az gelişmiş" ve ikel olduğunu önermek amaçlanıyor olabilir. Eğer böyle ise, ikel hukukun doğası ile uluslararası hukuk arasında - ya da ikel toplum ile uluslararası toplum arasında - ampirik bir kıyaslama yapmaya gerek yoktur, sadece kristal kablosuz set ile tabak cam kamera arasında "ikel" olmaları bakımından benzerlik olduğu söylenebileceği gibi, ikisinin de kendi çevrelerinde az gelişmiş olmaları bakımından benzer oldukları söylenebilir. Bu konuya daha sonra döneceğiz, fakat aynı zamanda daha geniş uygulamalarıyla daha büyük bir benzerliğin mümkün olduğunu varsayacağız.

Karşılaştırmaya karşı çıkmak için bir neden var mıdır?

### KURALLAR

Öncelikle belirtmeliyiz ki, uluslararası hukuk ikel hukuka nazaran daha anlaşılır ve gelişmiş görünmektedir. Uluslararası ve ikel hukuklar arasında bir kıyas yapmak gerekirse, bu alandaki erken dönem yazarlarının, uluslararası hukukun temelini ikel hukukta değil, Roma hukuku gibi gelişmiş hukuk sistemlerinde bulmaya çalıştıkları hatırlatılabilir.

İkel hukukun daha az anlaşılır olduğu argümanı iki bakımdan doğrudur. İkel hukukun yazıya dökülmemiş olması bu argümanın ilk ayağını oluştur-

(48) Ndendeuli'de (Gulliver, Neighbours and Networks) veya Arusha'da (Gulliver, Social Control of an African Society, 2; bkz. ileride) olduğu gibi.

(49) Barton, Ifuago Law, 11, yazılı hukukun bulunmadığını ifade etmektedir.

(50) Shaper, Law and Justice in Bantu-Speaking Tribes of South Africa, s. 198; yasama görevini şef yerine geirmektedir.

(51) Vansima, 'The Kuba', 117.

(52) Gluckman, The Judicial Process, s.23 statülerden bahsetmektedir; yazar ayrıca Kutaların yasama yapabildiğine işaret etmektedir.

(53) Shaper, Handbook of Tswana Law and Custom, 41.

(54) Anthropology and the Human Experience, 484; ancak yazarın ifadesine karşı, modern hukukun büyük çoğunluğunun da yasalasımadığı notu düşünülmelidir.

(55) The Limits of Law (Butterworths 1980) 52, 53-4.

(56) Redfield, 'Primitive Law', in Law and Warfare (ed Bohannon), 3 at 5.

maktadır. Bu durum, Tswana<sup>57</sup>, Bantu<sup>58</sup>, Barotse<sup>59</sup> ve Ifuago<sup>60</sup> toplumlarında açıkça gözlemlenmekte, bunun yanı sıra Hoebel tarafından da şöyle ifade edilmektedir:

"İkel hukuk, yazısız toplumların hukukudur."<sup>61</sup>

Ayrıca hukukun yazıya dökülmemiş olması nedeniyle hukuki formülasyonun gerçekleşme ve uluslar ötesinde gelişme olasılıkları azalmıştır. Bazı yerli halkların modern hukukla boy ölçüşebilecek kadar kesin kavramsallaştırmalara gittiği<sup>62</sup>, hatta Ifuago toplumunda ayrıntılı kuralların bulunduğu<sup>63</sup> 1919 yılında Danışma Meclisi'nce\* ifade edilmiş olsa da soyutlamalar ve hukuk normlarının belirişi gecikebilir.<sup>64</sup> Llewellyn ve Hoebel, Cheyenne kabilesinde "sarih hukuk"<sup>65</sup> (kurallara bürünmüş hukuk, kural biçimine gelmiş hukuk) çok nadir rastlandığını vurgulamaktadır.<sup>66</sup> Fallers, Soga'da hukuki muhakeme kavramının bilindiğini fakat kullandıkları terimlerin modern Anglo-Amerikan yargılaması kadar soyut ve genel olmadığını söyle-

miştir. Fallers'a göre "meslektan hakim" ve sanık mevkilerinin olmaması nedeniyle, hukuki muhakemelerin kesinliğini de göreceli ve somut olaya bağlıdır.<sup>66</sup> Redpath ise şöyle bir sonuca varmaktadır:

"İkel hukuk hakkında varılabilecek en temel sonuç, ondan çok fazla olmadığıdır. Sistematik ve açık olarak konmuş davranış kuralları ve bu kuralların icra edilmesi için oluşturulmuş resmi usuller, bazı toplumlarda hiç bulunmazlar ve buldukları hallerde de sosyal kontrolün sürdürülmesinde görece küçük bir rol oynarlar."<sup>67</sup>

İkel hukukun bu durumuna karşı uluslararası hukuk kitapları, devletler tarafından bu kurallara uyuluyor olmasa bile, pek çok sarih hukuk kuralları içerirler. İkel toplumlar, görünüşe göre, gelişmiş ve karmaşık soyutlamalara daha az yer vermektedirler. Gluckman, Barotse toplumunun mahkemelerinde kullanılan "makul adam"<sup>68</sup> kavramını temel alan güçlü bir argüman öne sürmekte ve bu durumu gelişmiş hukuk

sistemleri ile karşılaştırmaktadır.<sup>68</sup> Ancak gerçekte, "makul adam" başlı başına pek sofistike bir kavram değildir. Dahası Gluckman, görüşünü eleştirilere karşı ateşlice savunuyor olsa bile<sup>69</sup> söz konusu görüş ihtilaflıdır.<sup>70</sup> Böyle bir kavramın tüm kabile toplumlarında bulunduğu<sup>71</sup> iddiası kanıtlanmış değildir. Örneğin Bohannon, bu kavramın Tiv<sup>72</sup> toplumu konusunda geçerliliği olduğunu kabul etmektedir ancak Kabu<sup>73</sup> ve Arusha<sup>74</sup> toplumlarını dikkate aldığımızda ise durum tartışmalı gözükmektedir. Ayrıca Gluckman'ın bu görüşü desteklemek için yararlandığı kararlar bile aslında, kavramın gelişmiş olduğunu ifade etmemektedir.

Gluckman'ın çalışmasını inceleyen Anderson, "makul adam" kavramından hareketle yapılan gelişmişlik saptamalarının yerindeliğinin şüpheli olduğunu söylemekte ve bu iddianın gerçekten bir anlam ifade etmediğini sorgulamaktadır. Anderson'a göre Gluckman, elindeki verinin yeterli olmamasına

karşın büyük bir mesele ortaya çıkarmak eğilimindedir.<sup>75</sup>

Gluckman, kolayca, hukuki kavramların önemini abarttığı için eleştirilebilir ve bu sıradan bir tepkidir. Ancak burada, ikel hukukun anlaşılabilirlik konusunda henüz ham halde olduğu noktası halen önemini korumaktadır. İkel hukukun genelde<sup>76</sup> yazıya dökülmemiş olması ve çoğu zaman sarih değil örtülü kurallar şeklinde varlık göstermesi göz önüne alındığında; bu hamlık durumu bizi çok da şaşkırtmamalıdır. Böyle söylerken, Llewellyn ve Hoebel'in ifade ettiği üzere Cheyenne'deki<sup>77</sup> muhakeme sürecinin işlevselliği ve komplikelikliğini, açık ve hatta kimi durumlarda kati kuralların varlığını<sup>78</sup> ya da Danışma Meclisi'nce ortaya konan<sup>79</sup> oldukça kesin kavramsallaştırmaları ve Ifuago'da bulunan ayrıntılı kuralları<sup>80</sup> elbette gözardı etmiyoruz. Ayrıca eğer ele aldığımız örnek ünlü Barotse modeli ise, ikel bir toplumda soyut kavramların kullanılması konusunda farklılıklar da sözkö-

(68) Gluckman, *The Judicial Process*, Chs III and IX; ayrıca bkz. Gluckman, 'Reasonableness and Responsibility in the law of Segmentary Societies', in Kuper and Kuper (eds), *African Law:Adaption and Development*, (USA 1965), 120.

(69) Bkz. Gluckman, *The Judicial Process*, Ch IX, ve *Reasonableness and Responsibility*.

(70) Bkz. Epstein, 'The Reasonable Man Revisited', (1972-73) 7 *Law and Society Review*, 643, ve MacCormack, 'Professor Gluckman's Contribution to Legal Theory', (1976) *Juridical Review*, 229; aktaran Gluckman.

(71) *Reasonableness and Responsibility*, 141. En azından bu iddianın doğrulamaya çalışan gruplar arasında "Bu toplumlarda mahkemelerin kurulmasıyla birlikte, toplumlar "makul adam" kavramını kullanmaya başlamışlardır." denmiştir.

(72) Bohannon, *Justice and Judgment Among the Tiv* (OUP 1957), 33.

(73) Vansina, 'The Kuba', III.

(74) Bkz. Gluckman, 'Reasonableness and Responsibility', 144.

(75) Anderson, *Book Review* (of Gluckman's *Judicial Process*, 1956) 18 *Modern Law Review*, 643, 644.

(76) Bkz. Gluckman, *The Judicial Process*, at 173; *A Handbook on Tswana Law and Custom*, 2nd ed (Oxford 1955) 35; Avrupa etkisi ardından mahkemeler hakkında bkz. Fallers, *Law Without Precedent* (Chicago 1969) 21.

(77) Llewellyn and Hoebel, *The Cheyenne Way*, Ch xii; Afrikalı yargıçların atasözlerini kullanımı hakkında ayrıca bkz. Llewellyn and Hoebel, at 313.

(78) Özellikle Arusha ve Tswana hakkında bkz. Comaroff and Roberts, 'The Invocation of Norms in Dispute Settlement: The Tswana case' in *Social Anthropology and Law*, Hammett (ed) (Academic Press 1977), 77, 79, 81-82, 1054106, 109.

(79) Bkz. yukarıda dipnot 62.

(80) Bkz. yukarıda dipnot 63.

(57) Schapera, *A Handbook on Tswana Law and Custom*, 2nd ed (Oxford 1955) 35; Burası yazılı kanunlara referans yapmaktadır ancak çok istisnai durumlarda yazılı kurallar olarak da bakılabilir.

(58) Schapera, *Law and Justice in the Bantu-Speaking Tribes of South Africa*, 197.

(59) Gluckman, *The Judicial Process*, 236.

(60) Barton, *Ifuago Law*, 11.

(61) Hoebel (1978), s. 1037.

(62) *Re Southern Rhodesia*, [1919] AC 211, 234.

(63) Bkz. Barton, *The Ifuago*, op cit; cf Barton, *The Kalingas* (Univ Chicago Press 1949).

\* Metinde orijinal dilde geçen terim, danışma makamı durumundaki bir meclisi, örneğin İngiltere'deki Kralliyet Danışma Meclisi'ni ifade etmektedir. (Ç.N.)

(64) A. N. Allott, *Belçika Kongosu vatandaşı bir yazardan aktarmaktadır. Buna göre, Afrika mahkemeleri soyut kavramlara sahip değildir ve hukuk kuralları genellikle örtüldür. Book Review* (of Gluckman's *The Judicial Process in the Barotse*, 1956), 72 *LQR* 144, 146; Gluckman'ın cevabı için bkz. *Reappraisal, Judicial Process*, second edition, 406-8. Burada Gluckman sarih ve örtülü kurallar eleştirisini kabul etmektedir.

(65) Llewellyn and Hoebel, *The Cheyenne Way*, 313.

(66) Bkz. Fallers, *Law Without Precedent* (Chicago 1969), 21.

(67) Redfield, 'Primitive Law', in *Law and Warfare*, Bohannon (ed), 3 at 21.

\* Orijinal metinden mot a mot çevirisini yaptığımız "makul adam" kavramı hayatın olağan akışı içinde, sıradan bir insanın göstermesi gereken, hukuki anlamdaki sorumluluğu ifade etmektedir. (Ç.N.)

nusudur. Barotse'deki bir mahkemenin kararı ile Uluslararası Adefet Divanı'nın bir kararı arasında yapılacak herhangi bir karşılaştırma; açıklık (sarılık, yalnlık) hususunda seviyesel bir fark ile normları ve hukukun kaynaklarını değerlendirme girişimini ve daha yüksek bir yargılama makamına başvurma eğilimini ortaya koyar. Self-determinasyon gibi hayati önem taşıyan çoğu kavramın eksikliğinden muzdarip olunmasına rağmen; en azından taraf devletler arasındaki ilişkiler konusunda kaygı duymadan tüm devletleri bağlayıcı hukuk normlarına<sup>81</sup> başvurulabilmektedir.<sup>82</sup> Ayrıca, uluslararası hukuk, bugün, iki ya da çok taraflı antlaşmalara<sup>83</sup> dayanmakta ve terimlerle tanımlara sıkı sıkıya bağlı olmak gün be gün önem kazanmaktadır. Öyle ki, uluslararası hukuk, iç ya da ilkel toplumların iç hukukundan daha çok, sözleşmesel hukuk ile ilişkilidir. Sözleşmelerin oluşturulmasına gösterilen bu büyük ihtimamın nedeni, akit tarafların farklı diller konuşuyor olması bile olabilir. Ancak ilkel toplumlarda böyle bir durum söz konusu değildir ve herhangi biri de terimlerin soyut anlamları üzerine bu kadar çok tartışmanın mantığını çözemeyebilir.

Kuralların uzun bir zaman dilimi için konması, anlaşmaya varma eyleminin ve sözleşmelerdeki ayrıntılı kuralların önemini vurgular. Sözleşmeler ya da teamüllerin konuları bilimsel ve teknik bakımdan çok gelişmiştir. Barotse gibi görece gelişmiş ilkel toplumlarda,

Gluckman'ın ilişkilendirdiği kararlarda görüldüğü gibi, ilkel hukuk normlarının dili ile iki taraflı bir antlaşmanın, deniz hukuku üzerine çok taraflı bir antlaşmanın, antlaşmanın yorumunun, bilimsel bir sorunun dili arasında kelime dağarcığı ve genel hukuk normlarının ortaya konulması bakımından belli bir seviye farkı bulunacaktır. Uluslararası hukuk, Batı coğrafyasının iç hukukunda<sup>84</sup> bulunan bazı hukuk geleneklerini ve gelişmiş kavramları kullanmıştır ve onları geliştirecek katkılar da yapmaktadır.

Bu noktada ilkel hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki bir başka farklılığa da değinilebilir. Uluslararası mahkemelerin kararları genellikle bir tarafın zaferi ve diğer tarafın yenilgisi ile sonuçlanır - ya da en azından öyle olması amaçlanır<sup>85</sup> - oysa bazı ilkel toplumlarda varılacak kararın sosyal sonuçları ve tarafların uzlaşısı üzerine daha çok yoğunlaşmaktadır. Pek çok uluslararası hukuku, uluslararası hukukun kurallardan ibaret olduğunu ve bu hukuk düzeninde varılacak bir kararın kurallar hakkında bir karar olduğunu savunurken, diğerleri politikanın önem taşıdığına inanmaktadır. Ancak hiçkimse uluslararası hukukun birincil amacının ihtilaf halindeki tarafları uzlaştırmak olduğunu göz önüne almamaktadır. Yalnızca Hoebel, ilkel hukuk sistemlerinin intikam almak ya da yanlış yaparı cezalandırmak yerine bozulmuş sosyal ilişkileri düzeltmek üzerine yoğunlaş-

ğını ifade etmektedir.<sup>86</sup> Gluckman, Lozi toplumunda mahkemenin uzlaşma eğiliminde olduğunu, Afrika yargılama analizinin de yargıların sosyal dengeyi yeniden kurmak için taraflar arası uzlaşmayı sağlamaya çalıştığını gösterdiğini söylemektedir.<sup>87</sup> Aynı şekilde Krygier, çoğu küçük toplumda uzlaşma ve fedakarlığa büyük önem verildiğini yazmaktadır.<sup>88</sup> Buna karşın Fallers, ilkel Soga toplumunun modern toplumlar gibi yalınlaştırma yönünde bir yaklaşım sergilediğini ve cevapları "Evet" ile "Hayır" a indirgediğini söylemiştir. Son olarak Bell, - Camaroff ve Roberts'in Tswana konulu çalışmalarından - kazanmanın yüksek bir sosyal değer olduğunu çikarsamıştır.<sup>89</sup>

Uluslararası mahkemeler, modern ulusal mahkemelere çoğu küçük ilkel toplumdan daha fazla benzemektedir. Ama eğer Fallers, Soga konusunda; Bell, Tswana konusunda haklıysa aradaki fark düşünülüyor kadar çok değildir.

Üçüncü olarak hukukun nasıl tanımlandığı üzerinde duracağız. Burada Hart'ın "tanıma kuralı"na dikkat çekmemiz gerekmektedir.<sup>90</sup> Nardin'in söylediği gibi, uluslararası toplumun ilkel

olmasının nedeni, hukuk kurallarının hangilerinin -toplumun kabulünden bağımsız olarak<sup>91</sup>- katı hukuk kuralları olarak tanımlanacağını belirten "tanıma kuralları"nın eksikliği olabilir. İkel toplumlarda da bu tip kurallar bulunabilmektedir.<sup>92</sup> Özellikle Lozi toplumunda ya da sınırlı da olsa Soga'da olduğu gibi<sup>93</sup> hukuku uygulayan mahkemelerin bulunduğu coğrafyalarda bu kurallara rastlanmaktadır. Bununla birlikte "tanıma kuralları"nın gelişmiş olmadıkları düşünülüyorsa, ilkel toplum ile uluslararası siyasi topluluk arasında bir tezat ortaya çıkabilir.

Uluslararası toplumda uluslararası hukukun içeriği hakkında makul ölçüde gelişmiş ve profesyonel bir tanımlama bulunmaktadır. Uluslararası hukukun tanımı, sadece UAD statüsünün 38. maddesi ile değil, aynı zamanda yargısal olmayan merciler, uluslararası örgütler ve uluslararası hukuk yorumcuları tarafından yapılmaktadır. Nardin, uluslararası sistemde kuralları tanımlayan bağımsız kriterlerin yokluğunun, bu sistemin ilkel karakterinin başka bir yönüni ortaya serdiğini savunmuştur.

(81) Bu bağlamda bkz. *The Opinion of the International Court of Justice in the Western Sahara Case*, ICJ Reports, 1975, 31, 37.

(82) Hukukun kesin olmayışı hakkında bkz. Gluckman, *The Judicial Process*, Chs VI, VII.

(83) Çok taraflı anlaşmaların bundan farklı etkiler doğuracağı da doğaldır.

(84) Roma Hukukunun erken dönem yazarlar üzerindeki etkisi için bkz. H. Lauterpacht, *International Law*, vol 2, *The Law of Peace*, Part 1, vol 2, (Cambridge 1975), 184 ff, ve *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longmans, Green & Co 1927), 8 ff.

(85) En azından tahkim yargılaması dışındaki mahkemelerde böyledir. Örneğin bkz., Judge Jimenez de Arechaga, *General Course* 159 *Recueil des Cours*, 1, 168; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985, 13.

(86) Hoebel (1978), 1038.

(87) Gluckman, *The Judicial Process*, at 21, 357. Ayrıca bkz. *Gulliver, Neighbours and Networks*, (Univ California Press), 1971, 133. Ndendeuli of Tanzania'da uyumsuzlukların çözünü için bkz. *Gulliver, Social Control*, 1, (komşuluk ilişkileri vs. nedeniyle mahkemelere başvurma oranının az olduğunu söylemektedir.) ve Krygier, *Anthropological approaches*, 52-3; Batı mahkemelerininse uzlaşma veya pazarlık girişiminde bulunduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bunun için bkz. Gluckman at 77; Elias, *The Nature of African Customary Law* (Manchester 1956), 268; Pospisil, 'E Adamson Hoebel and the Anthropology of Law', at 549; ayrıca bkz. Krygier, *Anthropological approaches*, 57-8. Ancak Gluckman'ın söylediği gibi (at 77) bu özellik, modern Batı yargılamasının işlevleri arasında daha az belirgindir.

(88) Krygier, *Anthropological approaches*, 55.

(89) Bkz Krygier, *Anthropological approaches*, 55 ve Fallers, *Law Without Precedent*, 12-13, 327 ff; Bell, *Disputes*, 415.

(90) *The Concept of Law* (OUP 1961); cf Raz, *The Concept of a Legal System* (OUP 1970).

(91) Bkz. Nardin, *Law, Morality, and the Relations of States*, 157.

(92) Bkz Bell, *Disputes*, 410. Nardin, *ibid*, at 151. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*'da böyle kuralları olmayan ilkel toplumları gösteren çok sayıda çalışma bulunduğunu, ancak asıl olarak Melanesia gibi topluluklarda modern anlamda hukukun olup olmadığını sorgulanması gerektiğini söylemektedir.

(93) Bkz. Fallers, *Law Without Precedent*, 312; Hart, Ch vi.

Modern ulusal mahkeme yargıçlarının görüşlerine atıf, ikel toplumun hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki başka bir farklılığa işaret etmektedir. Bir devlette uluslararası hukuk, yargıçlar tarafından geçerli bir hukuk olarak kabul edilebilir ve böylelikle o mahkeme ya da devlete yüklenen yaptırımlar söz konusu olabilir. İkel toplumun kuralları da başka bir ikel toplum tarafından kabul edilebilir ama örgütlenmiş hukuki müeyyideleri içe aktarma zorunluluğu yoktur. Ya da uluslararası hukuk sistemlerinin ulusal hukuka karşı konumlandığı gibi ikel hukukun iç hukuka üstün tutulmaları gerekmez.<sup>94</sup>

Uluslararası hukukun devletlerde uygulanması konusu, ikel ve uluslararası hukuk arasındaki başka bir farklılığı göz önüne koymaktadır. Uluslararası hukuk, tekçi (monist) ve ikici (dualist) görüşten hangisinin seçildiğine göre değişmekle birlikte, bir devlet bünyesindeki kişilere dikey biçimde uygulanabilir. Devletsiz ikel toplumların hukukunda ise bu özellik görülmez. Örneğin farklı hukuki rejimlerde uygulanma sözkonusu olabilir, farklı kültürlerin hukukları ile etkileşime girilebilir ve gerek yatay gerekse dikey düzlemde uygulanabilirler.

Nardin tarafından uluslararası hukuk hakkında yapılan yorumlar; hukukun tanımlanması dışında, adli inceleme, uluslararası hukukun yorumlanması gibi ikel toplumlarda var olmayan şekli konuları da gündeme getirmektedir.

### ÖZNELER

Uluslararası hukukun temel öznelere devletler olduğu düşünülür.

Uluslararası hukukun insanlar ile ilgilendiği görüşünü bir kenara koyarsak, ikel toplumların iç hukukları ile devletler hukuku arasında bir farklılık ortaya çıkacaktır. Biri bireyler arasındaki ilişkiler ile ilgilenirken, diğeri devletler olarak bilinen soyut ve hatta uluslararası örgütler gibi iyice yapay hukuki kişilikler ile uğraşmaktadır. Bu durum soyutlamanın derecesinin düşünüldüğünden daha yüksek olduğunu göstermektedir. Öyle ki, kuralların kendilerine yöneltildiği değişik seviyede kişiler ve elbetteki değişik tipte tüzel kişilikler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak kanuni ehliyetleri kısıtlı ve şekilci bir düzlemde tanınan uluslararası örgütler gösterebilir. Ayrıca gündeme gelen meselelere göre, devletlerin yetkileri hakkında kendilerinden sahip oldukları kısıtlamalar ya da uluslararası örgütün uluslararası hakları ve yükümlülükler üstlenmesi durumlarında da farklılıklar ortaya çıkabilir. İkel toplumlarda da buna benzer sorunların ortaya çıkabileceği söylenmektedir ancak bu tip sorunlara daha az rastlandığı da aşikardır. Aynı şekilde, ikel toplumlarda bir hukuki kişinin tanınması uluslararası hukukta olduğunun aksine kişinin hukuki varlığının bir göstergesi olarak görülmez.<sup>95</sup> Bu nedenlerle, hukukun uygulanması konusunda, uluslararası toplumun öznelere ve ikel toplumunkiler arasında farklılıklar olduğu gözükmektedir.

### TOPLUM

Uluslararası hukuku ikel hukuk olarak tanımlamanın yarattığı daha büyük bir sorun ise ikel toplumun sahip olduğu toplumsal çağrışımlar hakkındadır. Uluslararası toplum, ikel kabilelerin basitçe bir araya gelmesi ile

oluşmamış, bir uygarlaşma sürecinden geçmiştir. Sir ünvanlı Hersch Lauterpacht bu noktayı özellikle vurgular ve uluslararası hukukun ikel bir toplumun ikel nitelikteki hukuku olarak görülmesine karşı çıkar.

*"Devletlerin, ikel topluluklar olmaması belirleyici bir faktördür. Bugünün devletlerarası ilişkilerini, ikel halkların hukuk ile yönetilmesi olarak yorumlayacak her girişim bu gerçeği açıkça yalanlar. Oysa uygar devletler ikel kabileler değillerdir."*<sup>96</sup>

İşlevsel bağlamda yaklaştığımızda, uluslararası toplum ile olan ilişkilerde devletlerin asli bileşenler olduğu savunulabilir.<sup>97</sup> Ancak kültürel bağlamda bir yaklaşım -ki bu bağlam, bizi hukukun kültür ile ilişkisini gözetmeye götüreceğinden özellikle ilginçtir- Sir Hersch Lauterpacht'ın tezinin kabul edilmesi gerekir. Devletler işlevsel bakımdan "ikel" olarak sınıflandırılabilir de, kültürel bakımdan ikel değildirler.

İkel hukuk ile yapılacak bir karşılaştırma, toplumun gelişimi ile toplum ya da topluluk hukukunun gelişimi arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından ilginçtir. İkel toplumlar, toplumsal ve kültürel gelişme bakımından uluslararası toplumdaki daha ikel olmalarına rağmen hukukları her zaman daha ikel değildir. Hatta yaptırımlar ya da mahkemelerin gelişimi bağlamında bazı ikel hukukların uluslararası hukuktan daha ilerde olduğu söylenebilir. Bu durum bizi, bir toplumun gelişimi ile o toplumun hukuku arasındaki bağlantıyı reddetmeye götürebilir. Görünüşte, ulus-

lararası siyasi topluluk, hukukun ve toplumun gelişmişliği bakımından bir toplum sayılmaktadır. Oysa eğer, iç hukuk ve iç hukukun gelişimi, toplumun ve kültürün kaydettiği aşamalara dayanıyorsa, uluslararası hukuk ve toplum arasında bir karşıtlık bulunmaktadır. Çünkü toplum ikel değildir ancak kurumların gelişimi ve hukuk sistemi ikeldir.

Peki uluslararası toplum, düşünsel bir kavram olmanın haricinde, ikel topluluk ya da toplumlarla karşılaştırılmaya imkan verecek kadar topluluk ya da toplum olma niteliği taşıyor mudur? Örneğin Hoebel ve Weaver'ın, *Anthropology and the Human Experience* (Antropoloji ve İnsan Deneyimi) adlı eserinde; toplum, ortak amaçlar etrafında biraraya gelmiş bireylerden oluşan bir topluluk ya da grup olarak tanımlanmaktadır.<sup>98</sup> Bu bakış açısından, bir toplumun bütünselliği ya da homojenliğini ön plana çıkardığımızda, uluslararası toplumu bir toplum olarak göremeyiz. Örneğin Corbett de böyle görmemiştir. *Law and Society* (Hukuk ve Toplum) eserinde:

*"Her biri, birkaç devleti içine alan bir çok toplum olduğu gözlemlenebilir. Ancak kanaatimce hiçbir geniş toplum uygar devletleri bile birleştirememiştir."*<sup>99</sup>

diye yazmıştır.

*The Growth of World Law* (Dünya Hukukunun Gelişimi) adlı eserinde:

*"Uluslararası hukukun ikel bir sistem olduğu konusunda bir miktar gerçeklik bulunabilir ancak bu görüş*

(96) *International Law, vol 2, The Law of Peace, Part I* (Cambridge 1975), 21; Ayrıca bkz. Lauterpacht, *International Law, vol 1, The General Works* (Cambridge 1970), II-12; Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford 1933), 434; Lloyd, *op cit*, n 9, 239.

(97) Hoebel (1954), 331: "Dünya toplumunun bir parçası olarak uluslar, hala dünya toplumunun en ikel kabilelerini ifade etmektedir."

(98) Hoebel and Weaver, *Anthropology and the Human Experience*, at 291.

(99) Corbett, *Law and Society in the Relations of States* (Harcourt, Brace and Co 1951), 40.



rahat bir biçimde savunulamaz... Uluslararası düzen, özel ve otoriter organların yokluğu ile ikel sistemlere benzemektedir ancak kritik noktalardaki yeterliliği ile de onlardan ayrılmaktadır. İkel sistemler ikel koşullara uyarlansmıştır. Modern dünyanın ulusları arasında, devletle vatandaşları arasında olduğu gibi, ilişkiler çok çeşitli karmaşık ve hassas bir hal almakta ve iyi bir şekilde uyarlansmış düzenlemeler talep edilmektedir.<sup>100</sup>

Carlston da şöyle iddia etmektedir:

"Dünya halkları doğru bir toplum oluşturamamaktadır. Halklar birbirleri ile toplum kelimesini doğrulayacak şekilde birliğin, bağlılığın ve ortak bir kültür ile kurumsal bir çerçeve paylaşımının farkında olarak etkileşimde bulunmamaktadır."<sup>101</sup>

Carlston "Dünya topluluğu" terimini benzer nedenlerle yerinde bulmamaktadır.<sup>102</sup> Aynı şekilde Landheer da yakın gelecekte bir dünya devleti ya da dünya toplumu oluşacağı öngörüsünü reddetmektedir.

Elbette neyin toplum ya da topluluk olduğu bir biçim sorunudur ve değişik görüşler bir toplumun var olduğu sonucuna varabilir. Örneğin Lauterpacht açıkça uluslararası topluluğun bütünlüğüne kabul etmemektedir. Lauterpacht'a göre:

"Uluslararası hukukun gerçekliğini savunun hiçkimse, uluslararası hukukun imkansız olduğu ve kelimenin tam anlamıyla bir uluslararası topluluğun

bulunmadığı argümanı karşısında durmamıştır. Devletler hukukunun varolduğu inancını taşıyan bir kimsenin bakış açısı, dünya halklarının dayanışma içerisinde olduğu yönündedir. Modern dünyada, uyumsuzlukların yaşandığı bir gerçektir ancak dünyanın birleştiği yer de bu uyumsuzlukların çıkmasıdır."<sup>103</sup>

Benzer şekilde Oppenheim kendisine, devletler gibi münferit toplulukların biraraya gelmesinden oluşan ve devletlerarası münasebeti amaçlayan bir uluslararası topluluk olup olmadığı sorusunu sorar.<sup>104</sup>

Carlston ya da Corbett'in savunduğu gibi, uluslararası toplumun "toplum" ya da "cemaat" olarak tanımlanamayacağı kabul edilirse, ikel toplumda - burada toplum kelimesini tam ve kesin anlamıyla kullanıyoruz - hukuk ile ilgili bir kıyas yapmak yanıltıcı olacaktır. Uluslararası toplumun bir "toplum" olduğu kabul edilse bile, bu uluslararası toplumun gelişimindeki eksiklikler dikkate alınmadan bunu tüm ikel toplumlar ve hukuklarıyla karşılaştırmak anlamlı olacak mıdır? Devletsiz toplum ile uluslararası toplumu ve hukuklarını karşılaştırmak daha mı yararlıdır? Bu makalenin başında ikel hukukun genel özellikleri ortaya konulurken, gelişmiş ikel toplumlarla devletsiz ikel toplumları ayırtırmak gereksiz görülmüştü ve uluslararası hukuk Cheyenne ya da Barotse gibi birer hükümete sahip, görece gelişmiş ve antropolojik olarak devletsiz sayılmayan toplumlarla karşılaştırılmıştı. Yine makalenin başında atfı

yaptığımız Kelsen, ikel hukuk ile devletsiz toplumların hukukunu kastediyor gözükmektedir.<sup>105</sup> Masters da kıyaslamayı özellikle devletsiz ikel toplumlar ve uluslararası toplum arasında yapmayı kabul etmekte ve hükümetli halklar ile devletsiz halklar arasında ayırım yapma yolunu seçmektedir.

Bununla birlikte eğer devletsiz ikel toplumlar ile uluslararası toplum arasında bir karşılaştırma yapılmaya devam edilecekse, bir farklılık halen önemini korumaktadır. Hoebel'in sınıflandırmasına göre ikel toplumlar basitten karmaşığa doğru avcı ve endüstrileşmiş toplumlar olarak sıralanmaktadır. Uluslararası toplum ise kesinlikle karmaşıklaşmış ve endüstrileşmiş bir topluluktur.<sup>106</sup> Eğer bu sınıflandırma reddedilirse, en azından devletsiz ikel topluma kıyasla uluslararası toplumdaki kültürel homojenliğin eksikliği açıktır. Masters, devletsiz ikel toplumlarla uluslararası toplum arasındaki en önemli farklardan birinin kültürün homojenliğinde yatığına inanmaktadır.

"Devletsiz ikel toplumlarda kültür genellikle homojendir. Bunun aksi olaraksa, uluslararası toplum bir-birinden çok farklı pek çok ikel toplum içermektedir."<sup>107</sup>

Bu bağlamda, uluslararası hukukun bazı kurallarının Batı'nın devletleri tarafından konması nedeniyle reddedildiğini görmek ilginçtir. Northrop da

uluslararası hukukun etkinliğini az olmasını yalnızca tek bir kültüre -modern Fransız ya da Anglo Amerikan kültürüne- göre oluşturulması olduğuna inanmaktadır.<sup>108</sup>

Uluslararası toplumla ilişkili olarak bakıldığında basit devletsiz toplumların kıyaslanması doğru görünmemektedir. Üstelik uluslararası toplum, görünüşte daha karmaşık bir toplumdur. Hukuk terminolojisi bakımından da muhtemelen daha karmaşıktır.<sup>109</sup> Keza siyasi ilişkiler,<sup>110</sup> kültür, hırslar ve eylemler açısından da durum aynıdır. Şu halde, Hoebel'in savunduğu gibi "basit" türde toplumların, hukuka daha az ihtiyaç duydıkları ve uygarlaşmış toplumlara göre daha az hukuk yarattıkları sonucuna ulaşılabilir.<sup>111</sup> Burada Hoebel, Redpath'ın "Tamamlanmışlığa en yaklaşmış hukuk kurumları, yazısız toplumların en karmaşıklarında bulunmakta; karmaşık olmayan toplumlar ise hukuksuz ya da çok az hukuka sahip olmaktadır."<sup>112</sup> iddiasını destekliyor görünmektedir. Uluslararası toplum ise uygar ve karmaşıktır ancak görece daha az kazai hukuk ya da genel olarak "bağlayıcı hukuk" yaratmaktadır ve uluslararası toplumun hukuki kurumları da çok gelişmiş değildir. Yukarıda savunulanlara bakıldığında, bu ilginç bir paradokstur.

Ancak "arabuluculuk" (ya da uzlaştırma) söz konusu olduğunda ikel toplumların karmaşıklığından ya da

(105) Yukarıda bkz. Kelsen "The Essence of International Law", ve in *The Pure Theory of Law*, n. 1. Kelsen'in devletsiz ya da ikel toplum terimleri arasında ayırım yapıp yapmadığı çok açık değildir. Ayrıca Oppenheim da devlet öncesi toplumları kastettiği yönünde bir izlenim vermektedir.

(106) Hoebel (1954), 292-3.

(107) *Ibid*, at 614.

(108) *Philosophical Anthropology and World Law*, 14, *Transactions of the New York Academy of Sciences*, 109 at 110.

(109) Ayrıca bkz. Nardin, *Law, Morality, and the Relations of States*, 151.

(110) Ayrıca bkz. Corbett, *op cit*, dipnot 100.

(111) Hoebel (1954), 293.

(112) Redfield, Redfield, "Primitive Law", in *Law and Warfare*, Bohannon (ed), 3 at 22.

uluslararası toplumdan çıkarılan sonuçların geçerliliği olabilir. Barkun, "Arabulucuk kurumuna toplumsal karmaşıklığın gelişmesiyle birlikte daha çok rastlanır ve arabuluculuk, devletler daha az göze çarparken uluslararası örgütler, uluslararası topluluklar ve bireylerin öne çıktığı uluslararası sistemde en yaygın olan şeydir."<sup>113</sup> söylemini savunmaktadır.

Eğer bu önermeler ampirik olarak doğrulanabiliyorsa, o zaman bunların uluslararası ilişkilerdeki geçerliliği gündeme gelir. Buna karşın yine de, geçerlilikleri Gulliver tarafından sorgulanmıştır.<sup>114</sup>

Eğer uluslararası toplumun doğasına odaklanılacak olunursa, uluslararası toplumun devletsiz toplumlardan çok da farklı olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Schwartz ve Miller şöyle iddia etmektedir:

"Kabile altı birimlerin uluslar ile kıyaslanabileceğine dair bir kesinlik yoktur. Çünkü ikincisi çok daha güçlü ve bağımsız, ortak kültür konusunda ise görece daha zayıftır."<sup>115</sup>

Masters, uluslararası toplum ile ikel toplum arasındaki önemli bir farkın da uluslararası toplumun daha düzensiz (kararsız [unstable]) olması olduğunu belirtmekte ve bu durumu da kültüre bağlamaktadır. Batı medeniyetlerinin gelişimi kültürler arasında keskin farklılıkların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bir yandan da teknolojinin gelişimi bu

kültürleri birbirlerine yaklaştırmıştır. Öte yandan teknolojik olarak gelişmiş uluslar bu araçları iyi kullanıp kültürel ve teknolojik bakımdan gelişmeye devam etmektedirler.

"Modern bilimsel teknolojinin kültür üzerindeki etkisinin ana sonucu olağanüstü hızda bir değişim yaşatmasıdır. İkel siyasi sistemin devletsiz yapısı beraberinde kararlı, düzgün, self-help ilkesine dayalı bir düzen getirirken uluslararası siyasette bu durum bir kaosa sebebiyet verebilir."<sup>116</sup>

Bu makalenin başından beri yaptığımız kıyaslamada bir başka ilginç sonuç daha bulmaktayız, o da hangi toplumda hangi hukuk normlarının ortaya çıktığı üzerinedir. Bohannan tekmerkezli toplumlarda kararların, çiftmerkezli toplumlarda uzlaşmaların söz konusu olduğunu söylemektedir. Uluslararası siyasi topluluktaki karar üretme sisteminin işlevsizliği de bundan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Bohannan'ın bu tezi Camaroff ve Roberts tarafından eleştirilmektedir.<sup>117</sup>

### EVRİM

Son olarak, uluslararası hukukun ikel hukuk olarak adlandırılmasının -örgütlü toplumsal yapımlar vs. ile hukukun modern bir biçimine dönüşeceğinin<sup>118</sup> ardında yatan varsayım bir varsayımdır ve belki de fazla umutludur. Sözelimi, daha örgütlü bir uluslararası politik toplum kurmak veya yaratmak ile uluslararası hukukun gelişimi arasında

bir bağlantı olduğu varsayımını hemen kabullenmemek konusunda dikkatli olunmalıdır. Uluslararası hukukun ikel hukuk ile karşılaştırılması, özellikle mahkemelerin ve yaptırımların toplumsal örgütlenmesi alanı içinde kalmaktadır. Uluslararası hukukun gelişimindeki eksikliğinden, yargısal çözüm yolunun veya örgütlü yaptırımların olmayışını sorumlu tutmak ve onların hiçbir zaman var olmayacağını, böylece uluslararası hukukun daima "ikel" kalacağını<sup>119</sup> veya sadece mahkemelerin ve yürütme örgütlerinin kurulmuş olması nedeniyle uluslararası hukukun bir devletin içindeki hukuk gibi işleyeceğini varsaymak kolaydır. Mahkemelerin "gelişmesi" sayesinde kanuncululuğun (legalizm) zafer kazanacağını varsaymak çok kolaydır. Kültür ve Toplumda Hukuk (Law in Culture and Society)'ta sunulan bilgileri inceleyen Fallers görüşünü şöyle ifade etmiştir:

"Bu materyallerin, ihtilafların halli yolu olarak kanuncululuk veya kural kullanımının, ihtilafların halli mekanizmasının uzmanlaşması ve yetkililiği ile ve/veya toplumun ölçeği ve genel karmaşıklığı ile çeşitlendiği (...) şeklindeki basit genellemeyi desteklemediği açıktır."<sup>120</sup>

Hukukun gelişiminin, uluslararası toplum kültürel olarak bütüncüleştirilince uluslararası hukukun gelişmesi anlamında, doğrudan doğruya kültür ve toplumun gelişimince bağlı olduğunu

varsaymak da kolaydır. İkel hukuk alanında, Hoebel'in çalışması hukukun gelişiminin düz bir çizgiden ibaret olmadığını ve herhangi bir hukuki tedbir veya mekanizma ile kültürel gelişim seviyesi arasında otomatik bir bağlantı olmadığını savunmaktadır. Ona göre, sadece genel ortaklıklar ve trendler vardır.<sup>121</sup> Fakat yine de basit bir toplumdaki hukuktan daha karmaşık bir toplumdaki hukuka geçişte hukukun gelişimini görmektedir: "İnsan uygarlaştıkça, hukuka gereksinimi artar ve daha çok hukuk yaratır. Hukuk, sosyal ihtiyaçlara verilen bir cevaptır."<sup>122</sup> Hoebel'in kendisi, uluslararası hukukun dünya seviyesindeki ikel hukuk olduğunu savunmuştur. Ona göre:

"Dünya hukukunun meydana gelişi, dünya topluluğunun gerçek duyarlılığını birleşmesince hizmet etmektedir. Basit toplumlarda, kabilesel birlik duygusunun yerel grup veya klan duygusunun üstüne çıkmasında olduğu gibi, bütünü teşekkülünün bilinci, kritik çıkar çatışmaları noktasında sınırlı ulusal çıkarların bilincinden ağır basmalıdır. Topluluk hissi olmadan, hukuk olmaz. Hukuk olmadan ise, topluluk olmaz."<sup>123</sup>

Ve:

"Uluslararası alanda ikel hukuktan modern hukuka doğru başkalaşım, dünya topluluğunun duyarlılığının doğuşuna hazırlanmıştır."<sup>124</sup>

Fakat Hoebel'in tezi ilginç olmasına rağmen eleştirilmiştir.<sup>125</sup> Ayrı-

(113) Barkun, *Law without Sanctions*, 147, 148; ayrıca bkz. Schwartz and Miller, 'Legal Evolution and Societal Complexity' (1964 S), 70 *American Journal of Sociology*, 159.

(114) Gulliver, 'On Mediators', *Social Anthropology and Law*, Hamnett (ed) (Academic Press 1977), 15-42.

(115) *Legal Evolution and Societal Complexity*, at 168.

(116) *Op cit*, at 615; Ayrıca pek çok ikel toplumun sanıldığı kadar düzenli ve değişmez olmadığını söylemektedir. (614, n 2)

(117) *The Invocation of Norms in Dispute Settlement: The Tswana case*, in *Social Anthropology and Law*, Hamnett (ed), (Academic Press 1977), 77 at 81.

(118) Bkz. Lloyd, *op cit*, n 9.

(119) Bkz. Oppenheim'da Lauterpacht, *op cit*, n 3.

(120) Fallers, *Book Review of Nader (ed), Law and Culture in Society (Chicago 1969)*, in (1971) 73, *American Anthropologist*, 323 at 324.

(121) Bkz. Pospisil, 'F. Adamson Hoebel and the Anthropology of Law', at 547-48, Hoebel'den alıntı (1954), 288, 325.

(122) Hoebel, (1954), 293.

(123) Hoebel (1954), 331, 332.

(124) Hoebel and Weaver, *Anthropology and the Human Experience*, 499; ayrıca bkz. Carlston, *Law and Organization in World Society (Univ of Illinois Press 1962)*, 117.

(125) Bkz. Newman, *Law and Economic Organization: A Comparative Study of Pre-Industrial Societies (CUP 1983)*, 38.

ca, görünüşe göre tezi uluslararası politik topluluk için uygun değildir, çünkü bir topluluk veya toplum şeklinde adlandırılabilirliği ölçüde, bu topluluğun hukuku buna uygun olarak gelişmediği için, güç ve kültürün iki kutupluluğu veya çeşitliliği anlamında karmaşık olabilir. Buna karşılık, bir topluluk -Hoebel'in artan bir topluluk hissi için çağrıda bulunarak işaret ettiği gibi- veya toplum değilse, ilkel toplumların hukuku ile bir kıyaslama yapmak yararsız görünmektedir.<sup>126</sup>

Kelsen de, uluslararası hukukun ilkel hukukla aynı şekilde 'evrileceğini' öngörmektedir. Yazara göre:

*"Uluslararası hukukun - ki, tamamen adım-i merkezileşmiş ve kendi güvenliğini savunma prensibinin hakim olduğu devletlerarası topluluğun hukukudur - devlet-öncesi topluluğun ilkel hukuku ile aynı şekilde gelişeceğine inanmamız için geçerli nedenlerimiz var... Doğal evrim uluslararası hükümet veya yasanaya değil, öncelikle uluslararası yarıya doğru eğilim göstermektedir."*

Uluslararası hukukun bu yönde geliştiğini söylemek yanlış olmaz, ancak önemli derecede gelişmemiştir ve bu yönde gelişmek zorunda olduğu belirsizdir.

Aslında bu, uluslararası hukukun ilkel hukuk gibi "evrileceği" savı üzerinden iyimser bir biçimde uluslararası hukukun ilkel hukuk olarak adlandırılması açısından, hukukun evrildiğini ve bir toplumun hukukunun doğası ile uluslararası toplumun doğası arasında bir bağlantı olduğunu göstermek çok önemlidir ve bunun "evrilmesi" için şartların

nasıl oluşturulacağını öğrenmek istenebilir. Fakat hukukun nasıl evrildiğini gösteren çok az modern çalışma bulunmaktadır ve muhtemelen bu çalışmaların hiçbirini bunu kesin olarak göstermemektedir. Hoebel ve Kelsen hukukta evrimin var olduğunu kesinlikle iddia etmemişlerdir, fakat bu daha çok göstermeliktir. Bu konuda başka görüşler de bulunmaktadır<sup>127</sup> ve konu henüz sonuca bağlanmamıştır.

Uluslararası hukukun evrileceğine dair görüşün alternatifi, onun ilkel hukukun "karakter"ine sahip olduğu ve ve sürekli olarak bu durumda kalacağı görüşüdür. Uluslararası hukukun ilkel hukuk olarak adlandırılmasının, uluslararası hukukun gelişimi ve geleceği konusunda hevesli olanlar için sonuçları olacaktır.<sup>128</sup>

### SONUÇ

Uluslararası hukuk, ilkel hukukun bir türü olarak değerlendirilebilir. Ancak ilkel hukuk hiç değilse uluslararası hukukçular tarafından tanımlanmadığı sürece; ilkel hukukun ve ilkel toplumun tamamına gönderme - ki bunun bir miktar temeli bulunmaktadır - ve tüm ilkel hukuk ve toplum ile uluslararası hukuka ilişkin ampirik bir kıyaslama yapılması halinde, bu kıyaslamaların çok genel ve çorak kalacağı açıktır.

Bu karşılaştırmaya karşı çıkmak için nedenler bulunmaktadır. Öncelikle, uluslararası hukuku değerlendirelim. Uluslararası hukukun kuralları, (yazılı) kurallar bakımından düşünüldüğünde genel olarak açık ve gelişmiş gözükmektedir. Uluslararası hukukun bir "bilim"i vardır. Yetkili yargılamadan memurlar ya da danışmanlar vasıtasıyla "ayırt edile-

bilen" uluslararası hukuk kuralları ölçüsünde, tanıma kuralları bulunmaktadır, böyle kuralların ilkel toplumlarda var olduğu kesin olmamakla birlikte, uluslararası sistemin burada modern sistemle kıyaslanabilmesi için bu ayırt etme süreçlerinin yetkili tanıma kurallarına müsaade edip etmeyeceği sorgulanabilir. Uluslararası hukuk, modern yerel mahkemeler tarafından hukukun modern bir formu olarak kabul edilebilir ve yerel yaptırımları buna ekleyebilir. Hem dikey hem de yatay olarak işleyebilir. Mahkemelerde, uluslararası hukukçuların ileriye dönük bir adım olduğu inancıyla, bu kurallara sadece barıştırma ve uzlaştırma için değil daha resmi şekilde başvurulabilir. Ulusların hukukunun özneleri ile ilkel toplum, onlara karşılık gelen hukuki uygulamalar bakımından farklılık göstermektedir.

İkinci olarak toplum var. Uluslararası hukukun işlediği toplum ile tüm ilkel toplumları karşılaştırmak mümkün değildir. Bu bir "toplum" olmayabilir. Eğer toplumsa da, kabilelerden oluşmamaktadır. Daha bağımsız ve güçlü birimlerden oluşur. Teknolojinin kültürel farklılıklar ile ilişkiye bağli olarak, hızlı değişim ve potansiyel kaos karşısında sağlamlığı ve güvenilirliği azdır. Uluslararası hukuk ile ilkel hukuk arasındaki en büyük benzerlik, devletsiz ilkel toplum ile kurulabilir. Benzerlik, en başarılı şekilde, tüm ilkel toplumlar yerine devletsiz ilkel toplumlarla - "ilkel" her zaman "devletsiz" olmak zorunda değildir - kurulabiliyorsa, hukukun kendisinin "ilkel" olduğunu göstermektense, uluslararası hukukun zaten bildiğimiz örgütsüz karakterinden başka bir şey öğrenmemiş olmuyor muyuz? Başka bir deyişle, bazı açılardan uluslararası politik topluluğunun sofistike bir biçimde örgütlü olabileceğinin gözlemlenmesine rağmen, hükümet ve hukukun uygulan-

ması ile ilgili sonuçları olacağından toplum kıyaslanmaya değerdir. Fakat ilkel hukuk kıyaslanmaya değmez. Buna ilaveten, hukuki ve kültürel anlamda türdeş olduğu için, devletsiz ilkel toplumun uluslararası toplum ile karşılaştırılması mümkün değildir. Bohannon haklıysa tek kültürlü devletsiz toplum ile birden fazla kültürlü olan bölünmüş - ki bu bölünmüşlüğü uluslararası hukuk uygulamasının genelliği bakımından topluluğuna etkileri vardır - uluslararası toplum arasında karşılık bulunmaktadır. Uluslararası toplum ilkel kabilelerden oluşmadığı ve karmaşık bir yapıya sahip olduğu için kültürel anlamda da farklıdır.

Toplumun karmaşıklığı ve aracılık arasındaki, tek veya çift merkezli toplum ve hukuk normlarının kesinliği arasındaki, toplumun karmaşıklığı ve hukukun "miktarı" arasındaki ilişkiler gibi bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Uluslararası hukukun ilkel hukuk gibi "evrileceğine" dair varsayım, ilkel hukukun nasıl modern hukuka evrildiğinin açık olduğuna dair bir diğer varsayıma dayanmaktadır. Uluslararası hukukun ilkel hukuk ve doğası itibarıyla kendiliğinden ilkel olduğuna dair alternatif bir varsayım ise, hoş gözükmemektedir.

Resmin bütününe bakacak olursak, hukukun uygulanması ve hukukun hüküm vermesi - özellikle bağlayıcı hükümler vermesi - ile ilgili etkileri aracılığıyla politik topluluğun doğasına ilişkin daha çok fikir verecek gibi gözükmesine rağmen, kıyaslama, uluslararası hukuk devletsiz ilkel topluluk hukukuyla kıyaslandığı takdirde yapılmaya değer hale gelmektedir. Ancak bu, uluslararası hukukun gelişmiş doğası bakımından, açıklığı ve gelişimi, uluslararası hukuk bilimi, topluluğa organik bakımdan bağli olmasa da kurallarının tanımlanışı açısından yanlış yön-

(126) *Peace through Law* (Univ North Carolina Press 1944), 22; cf Kelsen, 'Strategy of Peace' (1944) 49 *American Journal of Sociology*, 381 at 384.

(127) Bkz. Newman, *ibid.*, and Black, Newman'dan naklen Ch 1 alıntılanmıştır.

(128) Bkz. Lauterpacht, *International Law*, vol 2, *The Law of Peace*, Part 1, 19; cf *The Function of International Law*, 404.

lendirmektedir. Ne toplum (kültürel anlamda), ne de kurulların gelişimi ikel değildir; muhtemelen ikel olan hiyerarşik "kurumsal" gelişimdir, fakat buna odaklanmak kültürün gelişimi ve hukuk bakımından yanıltıcı olabilir.

Buna karşılık, 'ikel hukuk' karşılaştırmasının, uluslararası hukukun yine de bir 'hukuk' olduğu görüşünü desteklediği için ve evrimsel umutlar nedeniyle yapıp yapılmadığı sorgulanmaktadır.

Bununla birlikte, geriye karşılaştırmanın amacının, deneysel olarak gerçek ikel hukuk ile uluslararası hukuku karşılaştırmak değil, bu ikisinin bir şekilde az gelişmiş olmaları bakımından basit bir benzerlik kurmak olduğu ihtimali kalmaktadır. Bu, uluslararası hukukun özellikle doğasına yönelik başka herhangi içerik kazandırma niyeti olmaksızın, henüz ikel olan uluslararası hukukun gelişmiş bir formunu varsayan (presuppose) kavramsal bir kıyaslama olacaktır. Bu amaçlansa dahi, özellikle uluslararası hukukun bu gelişmiş formu açık olmadığı takdirde, fazla bir sonuç elde edilemeyecektir - ve daha fazla tahminle yanıltıcı olabilecektir.

Uluslararası hukuk için "ikel hukuk" değerlendirmesini yapmaktaki amaç, basit bir kavramsal noktaya değinmekten, uluslararası hukukun sadece ikel değil aynı zamanda bir "hukuk" olduğu, "gerçek hukuk" olduğu ve önceden belirtildiği gibi, henüz ikel olmasına rağmen ikel hukuktan beklendiği gibi onun da evrilme zorunda olduğu konusunda daha fazla inceleme yapmadan veya kanıt göstermeden varsayımlarda bulunmaktan daha karmaşık olabilir. Uluslararası toplum kabilelerden meydana gelmediği için; Hoebel, Barkun, Kelsen ve Oppenheim'in (karşılaştırılabilir evrime göndermede bulunarak) yaptığı gibi Lauterpacht'ın örnekseme çürütmesi basit kavramsal bir karşılaştırmadan daha fazlasını öne sürmektedir. Uluslararası hukukçular daha fazlasını söylemeden - bu basit noktadan daha fazlasının kastedildiği varsayılabilir - ikisinin de az gelişmiş olduğu üzerine basit kavramsal bir karşılaştırmadan daha fazlasının olduğunu düşünüyorlarsa, yukarıda gösterilen nedenlerle bu benzerliğin abartılmış olduğu sonucuna varabilirler.

## Hukuk İle Dünya Görüşü Arasındaki İlişki

Yasin CEYLAN\*

Bir dünya görüşü, bir bireyin, etrafındaki tüm nesnelere bakışımı belirler. Hem doğayla olan ilişkisini hem de diğer bireylerle olan münasebetlerini kodlara bağlar. Bireyin sahip olduğu pozitif ve negatif haklar da, içinde bulunduğu dünya görüşü tarafından belirlenir. Birçok kavram ve değerlerden oluşan dünya görüşü, bir medeniyetin teorik önermelerinden ibarettir. Bir medeniyet, temel aksiyomlarda müşterek olan farklı kültürleri barındırır. Bu ikinci derecedeki farklılık hak anlayışında da kendini gösterir. Buna göre medeniyetler ve kültürler değiştikçe hukuk da değişir. Bunun en basit kanıtı, eski Roma Hukuku ile İslam Hukuku arasındaki fark ile bu iki Antik ve Orta Çağ hukuk sistemlerinin bugünkü Modern Batı Hukuku ile mukayese edildiğinde ortaya çıkan farktır.

Çağdaş dünyamızda değişik hukuk sistemleri eşzamanlı olarak uygulanmaktadır. Batı Avrupa ve Amerika'da uygulanan hukuk ile İslam ülkelerinin çoğunda, Çin'de ve Latin Amerika'da yürürlükte olan hukuk sistemleri birbirinden farklıdır. Farklı medeniyetlerin dünya görüşlerinin ürünleri oldukları için. Ancak, geçmiş çağlarda, aynı zamanlarda farklı hukuk anlayışlarının uygulanmasını gerektiren ve meşruyetine zemin teşkil eden şartlar günümüzde değişmiştir. Yirminci asrın son-

larına kadar, değişik kültür ve coğrafyalar arasındaki ilişki ve etkileşim sığ ve sınırlı olduğundan, farklı kültürel değerlerin mahremiyeti ve bağımsızlığı savunulabilir bir konuydu. Birbirlerinin hak ve hukuk anlayışlarından fazla haberdar olmayan, buna gerek de duymayan her medeniyet, kendi coğrafyasında mukayese ve eleştiriden muaf bir hukuk uygulaması içindeydi. Fakat çağdaş dünyamızda şartlar çok değişmiş, kültürel mahremiyetleri zedelenmiştir. Bilginin kısa zamanda tüm coğrafyalara yayılması, yoğun göç ve seyahatler, değişik kültürleri temsil eden dillerin herhangi bir ülkede eğitilir olması, bilim müfredatlarının bütün dünya üniversitelerinde benzer olması ve daha önemlisi, hızlı iletişim olanakları, bağımsız olarak bilinen medeniyetleri birbirine katmış, medeniyetler arası müşterek değerler konusunu gündeme getirmiştir. Bu durum, insanlığı tek medeniyete doğru götürmektedir. Eski çağlarda bir medeniyetin kapsamı, coğrafi olarak ulaşabildiği ve öğretisini ulaştırabildiği mıntıklardan ibaretti. Bu hareket aynı zamanda, yeni medeniyetin eskinin yerini alması demektir. Eskinin gücü ve direnişi, yeni ile uzlaşma kabiliyetiyle ölçülürdü. Yaşadığımız çağda Batı medeniyeti, temel unsurlarını dünyanın her tarafına götürmektedir. Oradaki yerel kültürler ya kolayca değişime uğramakta, ya da direnç

\* Prof. Dr. Orta Doğu Teknik Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi (yceylan@metu.edu.tr)