

Ernst Joachim Lampe

Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ

I. Sistematik ve Genetik Hukuk Teorisi

Herhangi bir hukuk teorisinin ana sorunu hukukun özünde odaklanır. Bununla birlikte, bu sorun iki farklı biçimde ortaya konabilir: o bir yandan, entelektüel bilinçte hukukun doğasına yöneltilebilir. Bunun ardından o, hukuk kavramını araştırır ve "hukukun ne olduğunu" bulmaya uğraşır. Araştırma hukukun kavramsal özüne yöneltilir, yani bir nesneyi hukuk olarak kabul etmek zorunda olduğumuz koşulların araştırımıdır. Diğer yandan soru sosyal gerçeklik içinde hukukun doğasına yöneltilebilir. Bu durumda hukukun varlığı üzerinde merkezileşir ve "niçin hukuk" olduğunu bilmek ister. Şimdi araştırma hukukun kökeninde yoğunlaşır; altında hukukun varlığını dikkate almak zorunda olduğumuz asli ön koşulları bir kavrayışla bize kanıtlamaya çabalar.

Günümüzün Alman hukuk teorisi çoğunlukla birinci araştırma üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu, "hukuk nedir?" diye soran Immanuel Kant ve onunla başlayan

idealist felsefe geleneğidir. Kant "doğru ve yanlışın onunla tanınabildiği evrensel ölçütün" şimdiye kadar "hukuk uygulamasından bile tümüyle gizli kaldığını" gözlemlemiştir.¹ Buna rağmen O, hukuk bilimcileri bir an için doğru ve yanlışın ne olduğunu araştırmaktan vazgeçmeye ve belirli bir fenomenin niçin hukuk olarak tanımlandığını bulgulamak yerine usa danışmaya çağırır. Kant, "yalnızca bir deneysel sistem Phaedrus Fable'ındaki tahlata baş gibidir, yani görünüşte yeterince iyidir ancak ne yazık ki, beyin ister" demiştir.² Kant'ın akılda yaptığı araştırma şu tanımla sonuçlanmaktadır: "Bununla birlikte hukuk, herhangi bir kişinin iradi hareketlerinin gerçeklikte, evrensel bir özgürlük yasasına göre her bir diğer kişinin iradi hareketiyle uyumlu hale getirilebilmesi koşullarının tümünü içerir".³ Bu tanım sonuçta çok ünlü olmakla birlikte bir takım sert eleştirileri de kabul etmek zorunda kalmıştır.

Bu eleştirilere girmeden önce daha temel bir soruya dönmek zorundayım: hatıta kavramımızı belirtmek istediğimiz konuyu bile bilmeden önce, niçin aklın dışında bir hukuk kavramı biçimlendirmek zorundayız? Bu nedenle Rudolf Stammler cevabı hazırlamıştı: eğer biz kavramsal olarak hukuku neyin oluşturduğunu bil-

miyorsak, pek çok konu arasından kavramsal niteliği olanları seçemeyiz. Örneğin biz bir örf fenomeni mi yoksa bir yasayı mı karşı karşıya olduğumuza karar vermek zorundaysak bir ayrıma varmak için kavramsal bir ölçüt yani, bağlayıcı yükümün ölçütünü kullanmak zorundayızdır. Örneğin bu yolla birbirini tanıyan iki kişinin selamı "bağlayıcı değilse" yani eğer biri normalde selamlama adetini gerektiren tanışıklığı sona erdirmekten fazla bir şeyden korkmaksızın selamlama yükümünden kaçınabilirse bir geleneğe varır. Aksine selam bağlayıcı, yükümlendirici bir usulce gerektiriliyorsa bir hukuk fenomenini gösterinin —örneğin askeri hiyerarşide bir ast, üstüyle tüm ilişkilerinin kesilmesini kabul etse dahi onu selamlamaktan kaçınamaz, selamlama yükümü altındadır. Çünkü kavramsal ölçütler bir hukuk fenomeniyle karşı karşıya olup olmadığımızı kararlar, buna rağmen Stammler bu ölçütlerin bilgisinin mantıksal olarak yukarıda işaret edilen ayırım çizilmeden önce olması gerektiğini ileri sürer. Dahası varlığın dışında olmasına rağmen o, hukukun özünü genetik olarak açıklamaya denemelerinin tümünde de doğru olarak kabul edilecektir. Stammler'e göre genetik hukuk teorisi, hukukun gelişimi ve hukuktaki değişimleri tartıştığında değişmezlikle öncel bir hukuk kavramını gerektirir.⁴ O ikinci aşamada hukukun var olup olmadığını yargılayabilmek için ilk aşamada hukukun ne olduğunu bilmek zorundadır ve dahası tarih sırasında hukukun biçim değiştirmeleri izlenirken hukukun kavramsal olarak tanımlı kalmasını da gerektirir.

Bununla birlikte Stammler'in desteklediği, sistematik hukuk teorisinin genetik dala mantıksal önceliği, gerçeklikteki görünümüne baş vurmadan biçimlendi-

rilebilecek bir hukuk kavramını da ima eder. Bu Kant'ın halen oransal olarak eleştirisiz bıraktığı —varsaydığı— bir konudur. O özgürlüğü, eşitliği ve evrenselliği tüm hukukun asli özellikleri olarak adlandırdı ve hukuku bu niteliklerin uyum içinde olduğu "koşullar bütünü" diye tanımladı. Ancak —ve şimdi Kant'ın hukuk kavramının eleştirisine geliyorum— ilk olarak niçin insan bilincinin bir analizinin bizi başka kavramsal niteliklere değil de bunlara getirmesinin gerekli olduğu açısından kapalı kalır; ikincisi (bu durum) yalnızca Kant'çı tanımlamayla hukukun yeterli ölçüde belirlenemeyeceğini kanıtlamaktadır. Hukuk Kant'ın savladığı gibi bir "koşullar bütünü" değil normlar bütünüdür. Bir "koşul" yalnızca teorik olarak vardır; hukuksa aksine uygulamada varolmalıdır —o etkin olmalı ve gelenek ve ahlaktan farklı biçimde, eğer gerektiriyorsa zorlayıcı olmalıdır.⁵ Daha sonraki tanımların normatifik ve zorlayıcılık karakterini vurgulaması ya da en azından hukukun sosyal yaşamda "belirleyici bir güç" sahip olması gerektiğini öne sürmeleri bunun içindir.⁶ Ayrıca Kant'çı tanımlama hukukun amacı hakkında herhangi bir belirtimde bulunmaz. Bundan dolayı bu tanım yoluyla herhangi bir içerik yazılı hukuk durumuna yükseltilebilirdi.⁷ Sonuçta sonraki tanımlar hukuk kavramından ahlaksal olmayan içerikleri açıkça dışaran hukukun sosyal karakterini vurguladılar.⁸ Tam burada Gustav Radbruch'un ünlü deyimini anımsatınama izin verin, O'na göre "biri hukuku, pozitif hukuku içererek tanımlayamaz, ancak amacına uygun olarak, adalete hizmete yöneltilmiş bir düzen ve kurallama diye tanımlayabilir."⁹

Kant'ın aksine yeni—kantçı Stammler hukuk kavramı için yapılan herhangi

* Bu çeviri ARSP (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy) Vol. 1992/ Heft 1, s. 1–21'deki İngilizce metinden yapılmıştır.

bir araştırmayı deneyimin dışında tutan "apriorizm'i" çabucak terk etmiştir. Hatta hukuk kavramı "düşüncenin saf biçimi" olsa bile, biri daima "bir gözünü onu uygulama olasılığı üzerinde" tutmak zorunda olacaktır.¹⁰ Bu nedenle —yine Stammler'i aktarıyorum— "içinde hukuk düşüncesinin doğduğu tüm sosyal deneyimleri sınamak gerekebilecektir."¹¹ Biri yalnızca orada hukukun tanımlanabileceği "değişmez koşulları" bulabiliriz.¹² Ancak eğer, ayrıntıda Stammler'in akıl yürütüm yolunu daha çok tanımlamak istersek, bizi asıl konunun oldukça uzağına atacaktır. Şu kadarını söylemek yeter ki, Stammler tümevarım ve soyutlama yöntemini terk etmiştir, tüm bundan dolayı da ayrılıp saltlaştırılma zorunluluğuyla sonuçta hukuksal sayılma hukuk fenomenlerinin çoğunda yaygındır. Onu hukuk kavramının tümevarımsal dayanağı olarak seçmeden önce birinin bu yöntemi kullanarak bir fenomeni hukuksal diye nitelemek zorunda oluşu gerçeği bu yaklaşımı engeller, Stammler'e göre o insan bir daire içinde hareket ediyor gibi olacaktır.¹³ Bunun yerine Stammler daha genel ilkelere daha özel olanlara doğru bir akıl yürütme yolu olan tündengelim yöntemini yeğledi. Hepsinden önce o, hukukun bir irade sorunu olduğunu var saydı —bununla birlikte onu metafizik bir güç değil, "bilincin yönelimi" olarak anladı.¹⁴ İradeden ilk alt terim olarak "birleştirici iradeye", bir adım daha "egemen birleştirici iradeye" ve sonunda "dokunulmaz, egemen birleştirici iradeye" vardı. Stammler bu yolla kendi kendine bir hukuk tanımına varacağına inanıyordu. Tüm bu terimler tam olarak neyi kastettiğini burada açıklamayı gerekli bulmuyorum. Çünkü yalnızca insan zihninin bir analiziyle daha somut kavramlara ve özellikle bir hukuk kavramına mantıksal biçimde varılma ola-

sılığına zaten karşı çıktım, benim savımın doğrulaması ise şudur: Stammler'in görüşünün aksine insan zihni yalnızca, sadece algı ve iradeyi değil duyguyu da içerir. Bununla birlikte zihnin yalnızca algı ve iradeyle sınırlanması Stammler'in hukukun algının değil iradenin bir alt türü (ürünü) olduğu biçimindeki temel savını destekler. Bu biçimde Stammler'in teorisinin diğer tüm sonuçları eşitçe kanıdanmadan kalır.

Ancak eğer ne tümevarım ne de tündengelim bir hukuk kavramına varmada bize yardım edemiyorsa —hangi yöntem kendimizi bırakmalıyız?

Çok basit ve bunun içinde çekici bir yöntem *yasal pozitivistler*ce önerildi:¹⁵ biri kendine yalnızca, hangi nesneler kendilerine "hukuk" diyebilirler, biçiminde bir soru sormak zorundadır —işte tam bu belirli nesneler hukuku oluşturur. Çünkü kendilerini "hukuk" olarak adlandırabilecek nesneler yalnızca yasalardır, yasal pozitivizm sadece onları hukuk olarak görür —başkaca neden oluştukları ya da ne gibi ahlaksal niteliklere sahip oldukları önemli değildir. Bir norm eğer —ve yalnızca eğer bir devlet anayasasınca içeriliyorsa ya da eğer yasa yapma görevini verdiği bir organca yasalaştırılıyorsa hukuksal bir normdur. Bununla birlikte hukuk bilminde çok basit bir kavramsal tanım yeterli olmayacaktır. Hatta daha genel bir *hukuksal pozitivism* yasaların yanında başkaca hukuk kaynakları da tanır. Onlar arasında ilk akla gelen örf—adet hukukudur ancak, şimdinin daha gelişkin yasal kültürlerinde yalnızca sınırlı bir dönemde kalır. Daha önemlileri ise temyiz edilemeyecek duruma gelen pozitif hukuk örnekleri yani mahkeme kararlarıdır.¹⁶ Ayrıca idare ajanlarına hizmet

eden ve hukuksal niteliğe sahip olan pek çok kararlar vardır —kısmen soyut olarak tüzük ve kararname, kısmen somut olarak meclis kararları.¹⁷ Ve son olarak hukuku yaratma ve uygulamasını yaygınlaştırma gücünden hoşlanan pek çok özel birim vardır. Kendine özgü ancak az sayıda kuruluş sözleşmelerine göre Hukuksal niteliğe sahip özel dernekler bulunur ve —sağlanan tam hukuksal kapasiteyle hukuksal işlemleri ile hukuksal sonuçlar yaratan sayısız kişiler vardır.¹⁸ Hukuk kavramının, yasal pozitivizm taraftarlarının hayal edebildiklerinden çok daha fazla konuyu içerdiği açıktır. Ancak o, yasa dışındaki tanımlayıcı niteliklerle hukuksal fenomeni hukuksal olmayanlardan ayırmaktan tümüyle daha acildir. Çünkü ister yalnızca sosyal sonuçlarıyla sosyal bir hareketin, ister hukuksal sonuçlarıyla hukuksal bir hareketin dikkatli bir toplamının bildirimi olsunlar; hukuksal bir hareket için kavramsal olarak gerekli niteliklerin tümüyle bağımlıydırlar.

Bundan daha az şaşırıcı olan genel hukuksal pozitivismin, yasa bazındaki hukuktan (pozitif hukuktan) daha çok şey içeren bir hukuk kavramı biçimlendirmeyi amaçlamasıdır. Böyle yapmasına rağmen aksi durumda açıkça bilimsel olacak tavrının çarpıcı biçimde zıddı olarak yerini alan bir yöntemden yararlanması şaşırtıcıdır. Örneğin *Hans Kelsen* bize günlük konuşmaları ya da hukuk bilimcilerin "ön yargılarını" gösterir.¹⁹

Sonunda hukuksal pozitivismin bilgi, yöntem ve bilimler üzerine tüm temel düşüncelerinin hukuk kavramını tanımlamaya herhangi bir katkıda bulunmadığı bu yolu O, üstü kapalı biçimde kabul eder.²⁰ Ancak eğer Kelsen'in yaklaşımı uygulamaya konulabilse, bu çok da kötü olmayaca-

caktır. Ancak o uygulanamaz. Yöntemini kullanarak Kelsen aşağıdaki tanımlamaya ulaşır: hukuk, onun buyruklarını kuvvet kullanımı ya da tehdidi ile uygulamaya götüren insanın sosyal davranışının kurallamasıdır. Biri bu tanımın günlük hukuk anlayışıyla desteklendiğini kesinlikle savlayamaz —herhangi bir sözlüğe şöyle bir göz atmak bize yanlışlığımızı kanıtlayacaktır. Ve ne hukuksal bilimlerce, ne de bir sosyal ya da (sosyo—etik) kavramsal öğenin gerekliliği üzerine doğal hukuk öğreticileri ve hukuksal pozitivistler arasındaki tartışmaca desteklenir. Dahası hukuksal bilimleri bir hukuk kavramı için tanık olarak tutmak mantıksal olarak kabul edilemez; çünkü yalnızca bir hukuk kavramı bulunduktan sonra bir bilim "hukuksal" bilim diye adlandırılabilir. Bu noktada yine birinin önceden kanıtlamayı arzu ettiği kavramsal varsayımın şimdiye değin tanıdığımız döngüsünü görebilir.²¹

Zaten yetersizliğini gösterdiğime inandığım bu anda hukuksal pozitivismi eleştirimi kesiyorum. Şimdi hukuksal pozitivismin kendini o yandan gördüğü, sorgulanabilecek diğer bir noktaya geliyorum: bu nokta hukuk normlarının yorumlanmasıdır. Bildiğimiz gibi hukuksal pozitivism yetkili bir *iradenin* hukuk olarak yasalaştırdığı her şeyi —ussal olsun ya da olmasın— hukuk olarak alır. Ancak onlar hukuk normlarını yorumlamaya gelince, bakış açılarını tekrar gözden geçirip düzeltmek zorundadırlar; çünkü burada yasanın "amacını" kavramak esastır ve bu yalnızca aklı kendisine rehber alan birisince yapılabilir. Ancak hukukta ussal olan nedir? Hukuk normları bize herhangi bir tanımlayıcı yanıt sağlamazlar, çünkü aksi durumda onların yorumları ge-

reksiz olabilecektir. Bundan dolayı ussal öğütler elde edebilmek için diğer kaynaklara dokunmak gerekir. Pozitivistlerin da-ima bunu yapmaya karşı olduklarını eklemek gereksizdir. Onlar yasaların yorumunu, yasalayıcı iradenin bulgulanmasıyla sınırlandırmayı ya da yalnızca yorumlayıcı yargıcan iradi bir eylemi olarak kavramayı denediler.²² Ancak onların karşı çıkışları boş ve anlamsızdı. Çünkü eğer hukuk normları hiç değilse bir amacı maddeleştirecekse, herhangi bir yorum onu kavramaya ve somut biçimlere koymaya çalışmak zorundadır. Bir yorum yalnızca yazılı normlara; "halk iradesi", "ulus ruhu", "bir kültürün etosları" ya da benzer bir şey olarak adlandırılan bir hukuk kaynağından doğan daha evrensel bir amaçın temsili olarak bakarsa bunu yapabilir.

Akıl konusundaki sorgumuz böylece bizi hukukun kökenine ilişkin ikinci araştırma yoluna, yani "niçin hukuk vardır?" sorusuna getirdi. *Genetik hukuk teorisi* (ya da tarihsel hukuk antropolojisi) yanıtı hazırlar. O, hukukun gerekliliği, zaman içinde değişimi ve ortadan kalkışının kurallarıyla uğraşır.

Madde dışı her şeyin ve böylece tüm hukukun da gerçekleşiminin, onun ortaya çıkmasına ve ortadan kalkmasına yol açan düzenleyici kurallara maruz olması genetik hukuk teorisinde temeldir. Bu hiç de yeni bir gerçekleşim değildir. Tarihin çok erken dönemlerinde hukuk kavramlarına baskındı;²³ ardından uzun bir zaman dönemi kaybedildi ancak 19. yy.'ın sonlarına doğru tarihçi okulca yeniden bulunup yüzeye çıkarıldı.²⁴ Tam burada tarihçi okulun baş temsilcisi F.C. Savigny'nin düşüncelerini bir kaç sözcükle sunmama izin verin. O'nun kanısına göre tüm hukuk halkların olgunlaşma çağla-

rı içinde doğa ve karakterleriyle "organik bir bağlamda" yer alan tarihi bir sürecin sonucudur. Daha geç bir aşamada bu süreç, "halk ruhundan" ayrılacak ve hukukçuların bağımsız "varlığıyla" biçimlendirilecektir; ancak hukukçular aslı işlevlerinin birinde halkı temsil ettiklerinin bilincinde olmayı sürdüreceklerdir. Von Savigny "hukuk" der "halkın diğer herhangi bir yönü gibi bazı hareket ve gelişmelere maruzdur. (...) Hukuk halkla birlikte büyür, onlarla olgunlaşır ve sonunda bir halkın eşsizliğini kaybettiği gibi o da ortadan kalkar".²⁵ O önce gelenek ve genel güvenle, ardından hukuksal kararlarla —yani bir yasa koyucunun keyfi iradesince değil her yerdeki içsel, sessiz işletici güçle — geliştirilir.²⁶

Kuşkusuz tarihçi okul hukukun tarihsel değişebilirliğini doğru ancak bana göre yeterince köklü biçimde anlamamıştı. O hukukun daima bulunduğunu varsaydı ve sonuçta hukukun kökenini hukuk öncesi halde araştırmadı. Ve buna bağlı olarak bu hukuk öncesi halde ilk kez için *normların özünün* —daha sonra adlandırdıkları gibi "ilkel arşetipileri"nin* — bulunması gereken çok daha önceki bir halin bulunması gerektiğini asla anlamadı;²⁷ aksine bu normlar gelenek ve ahlak, din ve hukuk olarak tümüyle karışık ve ayırdı olanaksız bir haldeydiler.

Bu nedenle genetik hukuk teorisi işe norm öncesi özgün hal dışında arşetipik normların kökeniyle başlar. Ardından karışık arşetipileri dışında ilk hukuk normlarının biçimlenmesini inceler. Ve sonradan yalnızca onların evrimlerini izler.

* Evrensel ilk örnek (ÇN).

Ancak bu izleme de bile o, —yalnızca bulanıkça tanımlanabilen "halk ruhunu" gösteren değil aynı zamanda bireylerin ruhunda bulunan ve buradan öncelikle bütünsel biçimde gelişmiş olan madde dışı bir güce yaklaşımı esas alan —tarihçi okuldan, günümüz bilimsel — uzmanlaşmış hukuk anlamına — doğru küresel görünümle farklı çalışır. Ayrıca o, analizinin sonuçlarını kesin verilerle desteklemediğini söylemeksizin yoluna devam etmektedir. Hukukun gerekliliği süreci başıçe tarihin ufuklarından çok uzakta başladı; ve hukukun gelişim süreci çok uzun zaman onların ardında gizli kaldı. Bununla birlikte tüm tekrar oluşturma çabaları tez —benzeri olmak zorundadır. Ancak insanın evrimi sırasında zihin "olması gerekenin" yapılarını özümsemi, özel gereklilik biçimleri kademeli olarak geliştirdi, bunlar karşıt durumlar kazandı ve daha üst bir kademede yeniden birleştiler, işte tüm bunlar yerleşik antropolojik bulgular olarak alınabilir. Böylece insan zihnince özümsemenin ayrıca niteliklerin belirttiği hukukun kökeninden ilerleyerek büyük ihtimale bir hukuk kavramına varmamız olasıdır.

Benim aşağıdaki sunuşum iki büyük bölüm üzerine kurulu olacaktır. İlk varlık dışındaki genel "gerekliliğin" evrimine yani norm öncesi özgün halin dışında arşetipik normların evrimine odaklanacaktır (aşağıda II). İkinci bölümse "gerekliliğin" önce hukuk normlarının ayrılmasına ve ardından hukuk sistemlerindeki günlük ayırım derecesine kadar daha ileri evrimine ayrılacaktır (aşağıda III). Her aşamada aynı yasaların işlediğini görebilmemiz ve bizi eşsiz bir sürecin izlenimine götürmesi, gerçeği ile iç bağlantı kuracaktır.

II. Varlık Dışında "Olması Gerekenin" Evrimi

Her gereklinin kökeni bir sosyal savaşımdır. Bu ise gereklinin ancak sosyal varlıklar arasında bulunabileceğini ima eder. Eğer sosyal bir varolma durumu yoksa, o bir gereklilik biçimine dönüşmez. Çünkü toplumsal halin dışında bir gereklilik ihtiyacı için zorunlu koşullardan büyük çoğunluğu yoktur yani birey üstü topluluğu destekleyen, bir kişinin keyfi iradesini diğerininkiyle uzlaştıracak bir güce gerek sinim yoktur.

Buna rağmen tarih bize, bazı modern çağ filozoflarının doğal yaşam halinde, insan yaşamının yalnızmış bir yolunu savladıklarını öğretti. Kısmen bu insanlar arasındaki birlik koşullarını ortaya çıkarmak için zihinsel bir varsayım olarak ortaya konuldu.²⁸ Bu haliyle kabul edilebilir. Bununla birlikte kısmen de tarihi bir sav anlamında yer aldı.²⁹ Bu ikincisine karşı ciddi eleştiriler ileri sürülmelidir. Bilimsel antropolojiden öğrendiğimize göre proto —hominidler ve hominidler sabit biçimde kurulmuş sosyal topluluklarda yaşadılar.³⁰ Ve topluluklarının özel tipinden dolayı gerekliliğin normlarının kökenini açıklayabiliriz.

Bu arşetipik insan topluluğu ne içerir?

1. Bir sosyal topluluk için ön koşul *grup içi iletişim için duyu organlarının tam gelişimidir*. Hominidlerde³¹ görüntüsel ve sessel güçler yalnızca sinyallerin değil, aynı zamanda uzak mesafelere sembolik hareketlerin aktarımına da izin vererek en önemli rolü oynadı. Hominidler açık alanlarda yaşadıklarından fonetik bir dil geliş-

ırdılar. Ve belirginlikle sesle yönetildiklerinden dünyamızın modern stereo—scopic—yani dilleri temelde görünür nesneleri belirtiyordu—renkli imgesine zaten sahiptiler. Sonuçta dilleri bir yandan soyut fikirleri biçimlendirmek için güçlü bir yetenek ve diğer yandan bu yeteneği iletlemeyi gerekürerek sembolik oldu.

Bir karşılaştırma yapmak için biyolojik olarak bizle yakın ilişkili olan şempanzelerle bir bakalım. Onlar araştırmanın zor olduğu Afrika yağmur ormanlarında yaşadılar ve sürekli Leoparlarca korkutuldular. Bu nedenle fonetik bir dil onların yaşamlarını sürdürmeleri için zararlı olacaktı: Bununla birlikte yavru şempanzeler tıpkı bebekler gibi bir yarı konuşma döneminden geçteler, yalnız bebeklerde bu dönem kademeli biçimde konuşmayla yer değiştirir, oysa şempanzelerde dört aylıktan kesilir. Ergin şempanzeler arasında akustik iletişim daha sonra yeniden başlar ve yarı konuşma döneminden bağımsızdır.³² Durumlardan bağımsız soyutlayıcı bir dil bu koşullar altında gelişemezdi.

İnsanlarda konuşma ve iletişim yetenekleri gelişkin beyin korteksince artırıldı. Sonuçta sosyal davranışta çok büyük bir esneklik ortaya çıktı. Aynı zamanda soyutlamaları biçimlendirme yeteneği de olgunlaştı. Ve sonunda durum—sınırlıdan, simgesel etkileşimlere doğru bir uyarlama büyüyen sosyal davranış esnekliği ile bağlandı.

2. Sosyal ilişkiler için ikinci ön koşul, tek yanlı olarak bireyin işini kolaylaştıran ancak topluma zararlı eylemlerin azaltılmasıdır. Değişimde, topluluk bireyin yaşamına yararlı amaçlar da edinmelidir —örneğin düşmanlara karşı savunma, yiyecek

arama vb. Bunların tümü topluluk üyelerinin koordine edilmiş davranışını gerektirir. Bu koordinasyonu sağlamak için doğa üç model geliştirmiştir: davranış ya¹ doğrudan genlerce belirlenebilir ya da² genetik bir taban üzerine kurulabilir; ve eğer genetik bir taban üzerine kurulursa, (a) ya kan bir rol ayrımı ya da (b) değişken bir rol kazanımı üzerine kurulabilir. Bu biçimde sürülerdeki balıkların sosyal yaşamı genetik olarak doğaca belirlenir, böcek "devletlerinin" biçimlenmesi kanı rol ayrımının genetik tabanında işlevini görür, ve omurgalıların sosyal yaşamı esnek rol kazanımı modeline bağlıdır. Böylece bu üç model hominidlerin de yaşamına uygulanmalıydı. Bir yandan o, toplum içinde genetik olarak belirlenmeyen davranışları koordine etmek için baskın rollerin kazanım—uygulanmasını gerektirir. Diğer yandan komünal hareketlerin avantajlarını korumak için birinin kendi davranışlarını baskın üyelerin davranışıyla ayarlayabilmesini gerektirir.

3. Ki, bu da bizi üçüncü noktaya getirir. Tüm sosyal ilişkiler fizyolojik potansiyellerin yokluğu için zihinsel olarak uzlaştırılır. Bununla beraber tüm canlı varlıklar arasında zihni en doğru biçimde gelişen hominidlerdi. Bunun için zihinsel gelişim, aksi durumda yalnız böceklerin arasında varılan *sosyal bir rol ayrımına* izin verdi. Buna rağmen böceklerde sosyal roller doğumla belirlendiğinden sonuçta küçük miktarla (örneğin karıncalarda işçiler, askerler ve kraliçelerle) sınırlanır. Aksine hominidler rollerini doğum sonrası elde etmek zorundaydılar; buna karşın çok sayıda rol geliştirebilir ve onları toplum üyeleri arasında dağıtabilirlerdi. Ancak evrensel hominid düşmanlığıyla³³ bir-

likte bu, grup içinde sürekli çekişmelere ve kararsızlığa neden oldu.

4. Evrim sırasında, zihinsel olarak güdülenmiş bunun içinde esnek olan hareket bölümü kuvvetçe artarak büyüdü. Sosyal davranış özellikle büyük ölçüde bireysel olarak gelişti. Bundan dolayı da dördüncü olarak *sosyal yapıların karmaşıklığı* neredeyse anlaşılmaz duruma geldi. Davranışsal durumlar daha kapalı, davranışsal tepkiler daha tahmin edilmez oldu. Yalnız genetikçe belirlenen sosyal davranış oranı, sürekli azalmasına rağmen, halen hesaba katılabilir. Dahası bu davranış öngörülerini artan kesinsizlikle damgalanan tahminlerden memnun olmalydılar; çünkü bireyler kendileri için olumsuz sonuçlara uğramaktan korkmaksızın onlardan sapabilirlerdi...

Burada kendimi bir kez daha kesiyorum. Bir kaç gözlemim bile, şimdiden normların kökeniyle ilgili bir dizi tezi ileri sürmemize izin veren bir tablonun ana hatlarını belirledi. Burada asıl anahtar sözcükleri bir kez daha tekrarlayalım: genetik olarak insan ilk başlangıçtan beri, sosyal bir hayvandı ve *Hugo Grotius*'ün ortaya koyduğu³⁴ gibi bu temelde bir "appetitus societatis" olarak gelişmişti. O, dışsal emredilen ve içsel olarak da uyumlu bir sosyal yaşamda yönetildi. Ancak yalnızca genetikçe belirlenen ve bunun dışında esnek olan hemcinslerinin sosyal davranış artarak bir sorun haline geldi. Özellikle grup büyüklüğünün herkesin birbirini tanımasına elvermediği yerde hesaplanmayan sosyal ilişkileri gerçekleştirmek korkutucuydu. Dahası bu bireyler arasındaki doğal düşmanlıkla birlikte, *büyük grupların* sosyal sürekliliği için bir tehdit de oluşturunuyordu.³⁵

Daha sofistike bir rol dağılımına izin veren insan niteliklerinin artan bireyselleşmesinden dolayı daha büyük gruplar ortaya çıktı. Bu yolla grubun dışsal uyum ve etkisi büyük ölçüde düzeltilti.³⁶ En nitelikli olanlar, —ayrı ayrı— örneğin av sırasında gözleyerek, vurarak, izleyerek ya da mekanik güçleri kullanarak ve benzeri ile grubun başarısını sürdürebiliyorlardı; ve onlar birlikte topluluğu yaşam için daha serbest bir temelde tutabiliyorlardı. Dahası ayrı ayrı yiyecek sağlamak ve böylece açlık tehlikesini azaltmak için pek çok alt—grup biçimlendirilebilirdi.³⁷

Bu koşullar altında, sayısız bireysel özellikten soyutlayan ve yok olan yeni sosyal etkileşimin önceden kesinlikle bilinebilirliğini yaratan *davranışsal bir denetim sisteme* gereksinim vardı. İnsanoğlunun sürekli yerleşime başladığı, araçları iç çatışma, saldırı ve savunmada kullandığı, ve bu çatışma tehlikesini aratabildiğinde; böyle bir sisteme olan gereksinim daha da arttı.³⁸ İnsanın yaşamını sürdürmesi için gereken, sosyal normların "icadıydı".

Ancak nasıl icad edileceklerdi? Bu yenilikçi sonuç sosyal açıdan kuşkuyla olan bir alanda gerekliydi yani, davranışsal denetim alanında. Doğa davranış doğal yasalardan kurtarmıştı; bununla birlikte kurallama salt bir gereklilik olarak kaldı, ve sonuçta normlar, kültürel olarak sunulmak zorunluluğundaydı. Ve *kültürel normlar* bireysel özgürlüğe bağlanmak zorundaydı.³⁹

Bununla ortaya iki yeni terim koyuyorum: "özgürlük" ve "bağlar" ya da (daha yaygın) "yükümlülükler" ve bunun eş zamanlı olduğunu vurgulamak istiyorum. Çünkü her iki terim temelde yeknesak

bir evrim sürecine yaklaşımları tanımlar; bunla birlikte tek yanlı, "özgürlük" var mı? gibi bir soru yalnızca diğer yan gösterilerek yanıtlanabilir; ever "özgürlük", "bağlayıcı" ya da "yükümleyici" öğelerin bulunduğu yerde vardır.⁴⁰ Doğallıkla biz yalnızca evrimsel süreçle bir bütün olarak ilgileneceğiz. Bu süreç diğer varlıklardaki "endogenous" kurallara karşılık olan insan zihnindeki kurallarla gelişti, ancak "exogenous" kültürel olarak üretildi ve insan özgürlüğüne göre ayarlandı. Bunlar bir *gereklilik* biçimindeki kurallardı.

Böyle bir buluş niteliğindeki insanlara o zamana değin yol gösteren varlık yasalardan gereklilik yasalarına doğru bir "değişiklik" nasıl açıklanabilir? Bana göre eğer diğer açılardan da temel evrimsel biçim değiştirmeler için kesin, iş başındaki *self-organizasyon* (kendinden düzenleme) süreçlerinden birine bakarsak, gerçeğe en yakın duruma geleceğiz. Bu süreçlerin esasları (a) bireysel irade ve (b) insanın sosyal eğilimidir. Bu her her iki esas da, iradi ve duygusal birliği oluşturabilme anlamında tekrarlı, devirli bir karaktere sahipti. Ve dahası onlar sözde "büyük—devir" denen; yalnızca devirli bir sistem olarak esasların kendilerini içermeyen aynı zamanda bu esasların bir parçası olması gereken işsel yasaları da üreten bir daireyi biçimlendirebilirdi.

Bu noktalarla ilgili bazı ek uyarılar:

a) Bireysel irade, egonun daima artan bir paylaşımı olan zihinsel güdülemeye kuvuzluk eden öncel eylemin dışında yükseldi. Hatta bugün irade —psikolojik araştırmalarla kanıtlandığı gibi— temelde belirli bir aktiviteyi ortaya çıkaran egoyu yani deneyimi içerir.⁴¹ Buna göre Wilhelm Keller⁴² onu, "süjenin kendisi tarafından ger-

çekleştirmeyi tasarladığı amaçlara doğru bir yönelim" olarak karakterize eder; Bunun dışında, tasarlanan hareketin "kendisel özgürlüğü" ya da "kendi kendini belirlemesi" ortaya çıkacaktı. Psikolojik araştırmalar ayrıca "Ben (yapa)cağım" farkındalığı ("bunun olmasını istiyorum" anlamında) yerine sıklıkla "bunu yapmalıyım" farkındalığı daha önemli bir rol oynadığı ve sıkça "ben (yapa)bilirim" farkındalığıyla birlikte bulunduğunu göstermiştir.⁴³ Böylece iradi deneyimin, hatta bugünlerde bile "özgür olma" ve "bağlı" ya da "yükümlü olma" deneyimiyle ne kadar yakından bağlı olduğu kanıtlandı. Sonuçta "nesnel bir ögenin"⁴⁴ iradede içkin olduğunu belirtmek önemlidir. Bunun anlamı: ne zaman ben "yapacağım" desem —ben "istiyorum" anlamında— ben değişmeksizin "bir şey" yapacağım demektir, örneğin düzenli olarak yürüyüşe çıkacağım, kitap okuyacağım, bir derisi izleyeceğim gibi. Ve kural olarak biri dilsel açıdan "bir şeyin" farkında olduğu için, iradi hareketin dil ile yakın bağlantısı kanıtlanır.

b) Self organizasyon sürecinin diğer bir esası, zaten vurgulandığı gibi, bir topluluk içinde başkalarıyla yaşamaya olan duygusal eğilimdir —"apetitus societatis". Bir yandan topluluk içinde tanınmak, yer elde etmek için bir gereksinim ortaya çıkacaktı.⁴⁵ Bu açıdan o, sosyal çatışmaya yol açıyordu. Diğer yandan ise itaat, sadakat ve bağlılık, hatta kalabalıklarda kaybolma gereksinimiyle de bağlantılıydı —ve bu yönde sosyal homojenliğe yol açtı.⁴⁶ Bugün bile, tüm bireylerde aynı olmamakla birlikte, bu sosyal gereksinimlerle her yerde karşılaşılabilir.⁴⁷

Söylediğim gibi, bireysel irade ve sosyal eğilim "büyük devir" ile benim "sosyal normlar" dediğim yeni yasalar üretmiş

olan self organizasyon sürecinin esasla-
rıydı, Her iki esasın *büyük devirsel birleşimi* ayrıntılı biçimde aşağıdaki gibi tanımlanabilir.⁴⁸

a) Bireysel iradeler kendini düşünen ve kendine yontan yasalardır, böylelikle başka devirli sistemlerle birleşebilen basit bir düzenin, bir "iradi topluluğun" büyük devirli sistemini biçimlendiren, devirsel sistemlerdir.

b) Yine bunun gibi sosyal eğilimler "herkese yayılan bir güce" sahiptir ve böylece devirli —sürekli tekrarlarla— hareket ederler onların parçaları "birlik duygusu" ("Wir—Gefühl") ve birlikte hareket itkisidir (yani sürü içgüdüsüdür).

c) Bireysel iradelerin birleşimi ve sosyal eğilimler birinin, —oldukça kısa bir ifadeyle— "işbirliksel rekabet" ya da "rekabetçi işbirliği" diye tanımlayabileceği şeyi doğurur.

d) Onların organizasyonu, yeni bir organizasyon biçiminin gelişimini gerektirir yani "daha yüksek bir düzenin büyük devrini"; orada bireysel iradeler ve sosyal eğilimler karşılıklı birbirlerini güçlendirirler ki "genel irade", bireysel iradeler ve sosyal eğilimlerin "gerekli" ve "görev" biçimlerinde, ikincil birimler olarak görünmesi karşısında ortaya çıksın.

Self organizasyon sürecinin dışında oluşan "sosyal normlar" ifadesini ilk önce dilde buldu. Dil herkesin ulaşabildiği ve içinde herhangi bir bireysel görünüm olmaksızın buluşabildiği bir şeydi. Dil genel bir varlıktı; bunun için de genel iradeyi kolayca açıklayabilirdi. Ve o, doğal sosyal denetim yollarının en önemlilerinden biriydi; çünkü birisi ancak konuşabildiği hakkında hesaplayıp karar verebilirdi.⁴⁹

Fakat dil toplulukla ilgili davranışsal sorunlarla uğraşmanın yalnızca bir yoluydu. Genel boş sözün dışında belirginleşerek yerleşen, henüz bir *doğruluk güvence-sine* sahip değildi. Böyle bir güvence varolmalıydı ki, biri diğer sosyal olaylardan sonuç çıkarıp yargıya varabilirdi. Hepsinden önce eğer işlevlerini yerine getireceklerse diğer bir yolda değil, yalnızca bu yolda kullanılabilen genel iletişim teknikleri vardı. Dilin yanında heyecan ve kızgınlık, kabul ve red ve, çaresizlik vb. için ifade modları vardı.⁵⁰ Onların bir bölümü doğuştandı, bir bölümü ise ilk gençlik yıllarında öğretilmişti ve, insanın sonsuz ve değişimsiz geçerli ve bu nedenle de korunması gereken doğa benzeri kozmik bir düzene ait olduğunu kanıtadılar (ya da kanıtlamış gözüküler). İkincisi örneğin avlanma ve elde edileni paylaşma,⁵¹ yakın tehlike durumlarında müdahale, kadınlar⁵² ve erkekler arasında iş bölümü gibi gelenekler, yani çevreye geleneksel uyum yolları vardı. Yaşamın sürekliliği tehlikeye atılmadan onlar terk edilemezlerdi; bununla birlikte yine de sapmalar, muhtemelen ilk zamanlarda doğal alışkanlıkların ve geleneklerin yerine getirilmesini gözleyen doğaüstü güçler ilişkisi içinde kesin bir tabu ile sınırlandı.⁵³ Bu doğa üstü güçlere inanç çok erken bir aşamada belirgin biçimde yayılmıştı. Yine aynı erkenlikle kişiselleştirildiler ve onlarla ilişki dua, saygı, teslîmiyet, kurban ya da diğer dinsel törenlerle kuruldu. Onların "iradesi" dikkatle araştırıldı, bildirildi ve ardından yalnızca birinin kendi davranışı için değil aynı zamanda başkalarının için de yasaklayıcı olarak kabul edildi.⁵⁴ Eğer onların "iradesinin" ne olduğu konusunda bir anlaşmazlık doğarsa, şimdiden diğer anlaşmazlıklarda

hakemlikle gösterdikleri büyük güçlerinden, öğüt ve yargılarının yeterliliğiyle kanıtladıkları çarpıcı entelektüel yeteneklerinden dolayı kendilerine sorulanlar grup içinde ün kazanmaktan en çok hoşlananlardı.⁵⁵ Güç ve zeka gibi armağanların kökeni yüksek varlıklarda görüldüğü için, tanrıların "sırdaşları" olarak sevdiklerini; bu gibileri tanımladılar. Böylece genel irade en erken zamandan ileriye doğru, usulce belirtilen ve eğer kararlar ona uyarak alınacaksa başarısını kanıtlamak zorunda olan ilahi irade tarafından yönlendirildi...

Yine dikkati ana noktaya, hukuk kavramının sonuçlarına döndürmek için duracağım. Biz insanların bireysel iradelerinin sosyal eğilimlerle birleştiğini ve bunun da yeni içsel yasalarla yeni bir, bütün ürettiğini görebiliriz. Yeni yasalar kısmen etkisiz ve dilsel olarak biçimlendirilmiş, toplum yaşamını disipline eden bir davranışsal denetim sisteminde yer aldı. Onlar, başlangıçta yasallığı üstün güçlerce sağlanan ancak sonunda normatif kararların yeterliliğiyle —evrensel tez ve tahrif yöntemine benzeyerek— kendilerini kanıtlamak zorunda kalan doğruluk ölçütüne yöneltildiler. Bununla beraber hukuk şimdiye değin söylenenler bazında, *toplumsal olarak bağlayıcı genel iradeye dilsel ifade veren ve üstün bir güççe yeterlilik ya da "adalet" doğru yöneltilen davranışsal normlar bütünüdür.*

III. "Olmaması Gerekenin" Varlıktaki Evrimi

Söylenen taban halen hukukun tabanı değildir. Bu halen —şimdiye kadar üzerinde durduğumuz arşetipik normlardan çok sonra nesilden nesile geçerek bize ka-

dar gelen Hammurabi yasaları ve erken dönem Roma İmparatorluğu'nun On İki Levha Yasaları gibi ilk dökümanlardan çok daha önce varlık haline gelmek zorundadır; ve bazı noktalarda gelmeliydi de. Bu nedenle genetik hukuk teorisinin ikinci amacı arşetipik normların dışında hukukun doğuşunu tekrar ortaya çıkarmak ve günümüzün ayrılmış hukuk sistemlerine kadar onun gelişimini izlemektir. O bu amacı hukuk tarihiyle paylaşır. Ancak hukuk tarihinden, hukukun gelişimine baktığı ilgi türünde ayrılır. Hukuk tarihi yasaların içerikleri, gelişimleri ve bu gelişimin evrimi üzerinde odaklanır. Buna karşın genetik hukuk teorisi, hukuk sistemlerine yaygın; ve doğmalarına ilerlemelerine, yok olmalarına ve yeni başlangıçların öne geçmesine izin veren hukuk yapılarına odaklanır.

A. Hukuk Normlarının Özüne Kadar "Olmaması Gerekenin" Evrimi

Arşetipik normlar insanın sosyal ilişkilerinin halen arşetipik olduğu bir halde doğdu. Bu hal 18. yy. filozoflarınca kısmen "herkesin herkese karşı savaşı" (Th. Hobbes), kısmen de saf, huzurlu bir özgürlük ortamı olarak tanımlandı. (J.J. Rousseau).⁵⁶ Biz bu ikisi arasında daha çok bilgi sahibiyiz. Özgün hal çok basitçe tek bir yaklaşımla tasvir edilemez ve kesinlikle hem "grupsal" ve bireysel çatışmanın bir sonucu olan savaş ve vahşetten dolayı sürekli bir tehlikeyi, hem de tüm kişilerin sosyal eğilimlerinin bir sonucu olarak asil görüşlülük, arkadaşlık ve nezaket içerir. Ve biz ayrıca, hatta en basit gruplar bile sosyal normları kabul ettiğinden özgün halin bir yandan anarşi hali olmadığı, ve diğer yandan sosyal normlar tümüyle otomatik olarak gözlenmediğinden

den huzurlu bir özgürlük hali de olmadığını biliyoruz. Prehistorik zamanlarda insan ne bir anarşist ne de otomatik —o zaman normlarla kendisinin yarattığı kültürel bir düzende yaşayan, yerleşik olmayan bir varlık.⁵⁷ Ancak o halen *hukuksuz bir insandı*, çünkü halen hukuk normlarını yaratacak ve gözeticecek bir "organ" yoktu.

*Genel normlar çocuklara yalnızca, aile ve klanda ebeveynlerce büyütmeye ve komünal yaşamla aktarıldı. Yetişkinler toplum içinde özel bir statü kazanır kazanmaz ve özel rollerini yapmak zorunda kalır kalmaz ek normlar öğrendiler. Tüm bunlar doğal gidişe göre oldu. Normların geçerliliğinden kuşkulanana ya da ısrarla onları çiğneyen biri ya çılgındı ya da şeytanların tasallutuna uğramıştı. Bu normların bireysel özgürlüğün sınırları olması gerektiğini kimse fark etmedi çünkü basitçe çağdaş Avrupa anlamında özgürlük varolmamıştı. Birey kendini yalnızca kişisel özellikleriyle değil fakat paylaştığı sosyal ilişkilerle de yani sosyal olarak tanımladı.*⁵⁸

Aykırı düşüncü yaşayanlar evrimin katalizörü oldular. Evrim biyolojisi bize, onların ilerletici etkisini öğretti. Özellikle ve eğilimler asla tanımlı bir tarzda ilerlemedikleri, ancak sürekli yeni hammaddelemlerle harmanlandıklarından evrim gerçekleşir. Bununla beraber bu tip "mutasyonlar" oransallıkla nadiren olur. Yalnızca çok ender biri "garipleşir" ve diğerlerinin asla yapamayacakları bir şey yapar. O aykırı bir kişidir, aykırı davranışlar gösterir, çıldırır; ve tüm toplumlar onunla savaşım stratejileri geliştirmeye zorlanırlar. Prehistorik topluluklarda bu, temelde o dönemde ölüme eşit olan kovulma için dikkat çekilmeyi ölçen *"aile ölçütleriyle"* sağlandı.⁵⁹ Bu yapıtımlar ailenin tümü ya

da daha sıkça erkek lideri tarafından konurdu ve, ilkede kesindiler. Bir ailenin üyesi diğerini yaraladığında ya da iki aile kavga ettiğinde olay daha da zorlaştı. Dövüşen iki kardeş babalarının ayrılabilirken, ayrı ailelerden gelen iki adamın kavgasında ciddi hakem sorunları oluyordu. Aileler arasındaki eşitliğin sonucu olarak, bir otorite yokluğu ortaya çıkıyordu. Bazen bir yaşlı adam bela çıkaranların aklını başına getiriyor; bazense biri kavga konusunda herkesçe makul ve kabul edilen bir çözüm önerebiliyordu. Ancak çoğu zaman bu mekanizma işlemiyor ve ardından kavga büyüyerek *kamu sorunu* haline geliyordu. Ancak burada iki hali ayırmak gerekir: eğer kavgacı taraflardan biri durumu açıklıkla doğrulayabiliyorsa kamuoyu onu desteklerdi ve diğer taraf buna razı gelmek zorundaydı. Eğer aksine durum kuşkuyluysa, özellikle eğer olayın tartışmalı gerçekleri saptanamıyorsa tüm sorun bir düello ya da yarışmayla sona erdirilmek zorundaydı ve kamu zafer ya da yenilgi hakkında karar verirdi. Geleneksel yarışma biçimleri güreş ya da mızrak atmaydı, bir de Eskimolar'daki "şarkı düello" vardı.⁶⁰ Bu da işe yaramadığında —mücadeleyi sona erdirmenin eşitlikçi araçları daha fazla ilerlemeyecek bir noktaya ulaştığında— savaş son çare olmak zorundaydı.

Sosyo-kültürel evrimin bu çıkmazı yalnızca bazen eşitlikçi ("akephal") topluluklarda kullanılan ancak hiyerarşik toplumlarda giderek yaygınlaşan anlaşmazlıkların *tarafsız bir kişiye* halledilmesi gibi bir anlaşmazlık uzlaştırma yöntemini getirdi. Böyle bir sistem son çare olarak kararlarını uygulamak ve kabul ettirmek için zorlayıcı güçleri yönetebilen bir otorite gereksinimine dayanıyordu. Bu kişi

eşitlikçi topluluklarda varolmadı. Orada biri yalnızca; bazen av sırasında yönetimi alan, tartışmaları yöneten, genel kanı hakkında duyarlı ve onu nasıl formüle edeceğini bilen, yaygın törenleri bilen ve onları kutlayan bir lidere sahip oluyordu. Bununla birlikte bütünde lider daima grubun içinde kaybolur ve "diğerlerinde biri" olarak kalırdı.⁶¹ Bunun aksine hiyerarşik toplumlarda onun durumu temelli bir biçimde değişti: rolü kurumsallaştı.⁶² Ve salt bu kurumsallaştırma; —gelişimsel olarak izlendi— ileriye doğru kesin bir adım atılmasını sağladı. Çünkü kendisi özellikle kritik durumlarda, topluluğun kuvvetlerini ve dış gücünü arttırdı. Nerede eşitlikçi gruplarla hiyerarşik gruplar arasında bir uyumsuzluk doğsa ikinciler baskın çıkıyordu; daha kolayca pozisyon tutabildikleri ve hem grup hem de üye sayısını artırabildikleri için baskındılar. Hiyerarşik gruplardaki artışın ilk sonucu evrim yasalarının belirlendi yani daha başarılı bir yaşam biçimi galip geldi. İkinci sonucun, hakkında halen oransal olarak az bilgimiz olan başka nedenleri vardı: ya nüfus artışı hiyerarşik yapıları zorunlu kıldı ya da hiyerarşik yapılar karşılıklı birbirlerini güçlendirdiler.⁶³ Bu hukukun içinde ilk kez varlık kazandığı uygarlık sürecini⁶⁴ başlattı. Böylece *hukuk, medeniyete yönelik sürecin bir ürünüdür...* Bunun anlamı nedir?

Bu soruyu oransal olarak iyi belgelenmiş bir örnek olan *ceza* yoluyla izleyelim. Ceza olumsuz bir sosyal tepki biçiminde genel anlamda insanlık kadar eskidir. O, hukuksal bir ceza görünümünde uygarlıkla birlikte ortaya çıkmıştır. Olumsuz bir tepki olarak oğten pek de farklı değildi. Hatta, örneğin topluluğun (az sayıda ki) normunu çiğneyen, (ortalama) değeri-

lerine aykırı davranan ve güvenliği (bu yolla onun varlığını)⁶⁵ tehlikeye düşüren karşı toplulukça düzenlendiğinde bile öç, yerleşik bir prosedür ve belirli bir içeriğe sahip değildi. Aksine hukuksal bir ceza olarak onun düzenlenmesi özellikle belirli bir prosedürle kurumsal anlaşmalara bağlandı ve onun içeriği yönetildiği saldırının doğasını izledi.

*Belirsiz içeriğine rağmen öç başlıca iki tepkiden oluşuyordu: o topluma zararlı eylemler yapılması durumunda ölümdü, kendisini çok daha hafif saldırılarla hissettiren anti sosyal davranışlarda kovulma ya da sürgünden oluşuyordu.*⁶⁶ Örneğin *fok* avı onlar için yaşam tabanını biçimlendiren Eskimolar avda yer almayı reddeden aylakları topluluktan kovarlardı.⁶⁷

Görülebileceği gibi aşağıdaki koşullar oğten cezaya doğru gelişimin temeliydiler: aslında hukukça korunan bireysel yararları çiğneme komünal bir öcü gerektirmez ancak, hakkı çiğnemen kişi ya da ailesinin özel bir öcü olarak kalırdı.⁶⁸ Buna rağmen topluluğun öcün "koşulu" ve ölçüsünü denetlediği varsayılıyordu.⁶⁹

*Örneğin Vedda'larda saldırıya uğrayan koca yalnızca diğerleri razı olduğunda rakibini vurma hakkına sahipti;*⁷⁰ Eskimolar da ise benzer biçimde kan davası güdülecek kişi önce topluluğa katili öldürme planını kabul edip etmeyeceklerini sormak zorundaydı.⁷¹

Bununla birlikte basitçe toplumda onun bir parçası olduğundan, özel öç bir hukuk yaparımına dönüşmedi.

*Örneğin kahramanlık çağında, Yunan'da halk toplumun bir üyesince işlenen ağır bir saldırı için yapılan öç aramasına kanlırdı; ancak bunu ortada düzenli bir prosedür olmadan ve yalnızca düzensiz bir kalabalık olarak yapardı.*⁷²

Bununla birlikte ileri ki dönemlerde komünal katılım kamuoyu ile özel öç denetimine götürdü; ve bu aşamada onun hukuksallığı yerleşti. Çünkü bir şey oldu, yani *öç alma görevi* yaygınlaştı. Bu görevi yerine getirmeyen bir kişi genelde ayıplanır; onunla alay edilir, şerefini kaybettiği düşünülür ve ailesi ondan utanırdı.

*Örneğin öç alma görevi, ilk olarak Aegistheus ve hemen ardından annesi Clytemnaestra'yı öldürdüğü zaman Orestheus'ça hissettirildi.*⁷³ Benzer bir durumu, Eski Mısır'da Plutarch'ların çalışmalarında⁷⁴ okuyabiliriz: eğer "Dünya'nın en güzel şeyi nedir?" diye sorulursa "ebeveynlerinin öcünü almak" diye yanıtlardı. Son olarak 19. yy.'da Korsika'da kan davasının sürekli sonucu. Prosper Merimée'nin romanı "Colomba"da etkileyici biçimde tasvir edilir.

Çünkü başka bir şey daha oldu, yani öcün ölçüsünün toplulukça tanınması zorunlu hale geldi.

Böylece Kırgızlar'da tecavüzün öcü olarak yalnızca maddi zarar verilmesine izin vardı.⁷⁵

Bağlayıcı öcün iki biçimi de —bir görev olarak yapmak ve aynı zamanda uygulama ölçüsünü sınırlamak— düşünmeden yapılan hareketin gölgesi dışına çıktı. Öç karşılıksal bir yapıma dönüştü; onun empozesi ve yürütümü *toplumca denetlendi*. Bu özellikle aşağıdaki noktaları ifade ediyordu:

a) Misilleme özel bir sorundan kamu-sal bir soruna dönüştürüldü. (Misillemenin) ilgili olduğu anlaşmazlıkla şimdi toplumsal olarak mücadele edildi ve yine toplumsal kabul edilen normlara göre yargılandı. Bu yolla, genel normatif kanaatler birleştirildiler ve sonraki tüm olaylarda yapımların kökenleri olarak kaldılar.

b) Zarar bundan böyle mağdurun ya da halkın öfkesi ile ölçülemedi ancak, ifadesini "kasas'ta" yani benzerle benzerin öç almasında bulan nesnel bir güç anlamında adalete ölçüldü.⁷⁶ "Suum cuique tribuere" —bu üstün bir emri yürütüyordu; yani saldırgan diğerine çektiği zahmeti çekecektir. Bir Alman değişimin sözcükleriyle "Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg auch keinem andern zu!" Ya da İncil'deki sözcüklerle "...kırgı kırık, göze göz, dişe diş; bir adama zarar veren tam olarak ona yaptığını çekecektir."⁷⁷

Hukuk kavramıyla ilgili vargılarıma geçmeden önce, onunla paralel giden ek bir gelişmeye de, yargının gelişmesine de, dikkatle değinmek zorundayım. Öcün başka herhangi birine gereksinimi yoktu. Öcünü alan davacı, yargıç ve uygulayıcı olarak, tümü tek bir kişiydi. Ancak biri, toplumca öç almakla yükümlü görüldüğü zaman, bağımsız ve bireysel olarak ayrı bir davanın hükmünü uygulanmasından önce gelmesi gerektiği belirginleşti. Ancak dava yalnızca kamuoyunda görülürse, sıklıkla öç alma görevini yaratıp ölçütünün belirlenmesini açık hale getirecek bir otorite bulunmayabilecekti. Bu nedenle hüküm, onu inandırıcı biçimde doğrulayacak kadar zeki ve onu kamuoyuna kabul ettirecek kadar itibarı yeterince yüksek biri tarafından söylenmeliydi.⁷⁸ Bu zorunlu olmamakla birlikte şef ya da lider de olabilir. Tek esas sanığa kendini savunma olanağının verilmesiydi ve hüküm gelecekte tekrar sorunlaştırılacak genel geçer bir norm olarak ifade edilirdi.⁸⁰

Sonuçta ceza hukukunu doğuran karışımın iki gelişim çizgisi vardı: birincisi onu mağdurun ya da toplumun ve toplu-

mun ya da mağdurun gereksinimlerinden ayırır, ve onu önce gerçekleşen zararın türü ve ölçüsüne bağlar; ve ikincisi bireyin ya da toplumun ve toplumun ya da bireyin keyfi hareketinden onun empoze ve uygulamasını ayıran; mantık ve genel geçer kurallarla uyumlu yol izlemesi gereken otoriteye sahip bir kişi ya da bir konşüle bağlayan süreçtir. Bununla birlikte her iki gelişim de yalnızca hukuksal cezayı değil ceza hukukunu da doğurdu. Ve ceza hukukuyla birlikte bir bütün olarak hukuk her yerde ortaya çıktı: o, toplumsal saldırılarda tepkiyi ilgili öznenin kanısından ayırdı ve nedenin yeterliliğine bağladı ve, dahası yeterli tepki bulma görevini kişilerin şahsi kanılarından ayırdı ve onu genel geçer normlara göre işleyen belirli "organlarla" değiştirdi.⁸¹

Hukuksallaştırma süreci kapsamlıydı. O, eşit hak ve görevli "kişilere" dönüşen ve kişisel güçleri bireysel olmaktan çıkarılarak ("soyut") hukukun gücüne dönüşen, bireysel özneleri ele aldı;⁸² ve topluma, "yasal birliğin"⁸³ bir birimine dönüşen ve onun komünal gücünün sosyal gücü, "devleti"⁸⁴ doğurduğu bir bütün olarak topluluğu ele aldı. Diğer bir deyişle bireysel özne ve topluluk her yönüyle hukuk tarafından organize edildiler ve kendi saf bağımsızlıklarından "kurtararak" uygarlık ürünlerinin kalıbına döküldüler.⁸⁵

Böylece hukuk tanımımız için halen kayıp olan özellikleri bulduğumuzu düşünüyorum. Hukuk *kişiler için davranışsal normlar bütünüdür; o özel "organların", "bir toplumun" ya da "bir devletin" iradesini dilsel olarak buyurur ve onu genel prosedürel kurallarla uygular; ve adalet ilkelerine ve özellikle de "suum cuique tribuere"ye tabidir.* Bu tanım, hukukun "genel

tanımı" kaldığını ifade eden sonraki tüm gelişimi için de doğru kabul edilir. "Batının" ya da "doğunun" analitik—bilimsel ya da bütüncü—küresel gibi bütün diğer ayrıntı ölçütler bundan sonra yalnızca belirli hukuk türlerinin ayrımını yaratabilirler. Ancak bunlar hukukun esas karakterinde bir değişiklik yapmaz.

B. Hukuk Normlarının Evrimi

Bu günlerde hukuk antropologları arasında yazılı biçimde saptanmayan ilk hukuksal normlardan modern hukuk sistemlerine kadar sürekli bir gelişimin yer aldığı genelde kabul edilmektedir. Bununla birlikte hukuk antropologları gelişimin türü ve zamanla onu işleten *işsel yasalar* üzerinde oransal olarak az durmaktadırlar. En ünlü tez *Henry Maine*'ce ileri sürülmüştür. O'na göre gelişme daima özel hukukta "statüden sözleşmeye" ve ceza hukukunda özel haksız davranıştan kamusal haksız davranışa doğru oldu.⁸⁶ Daha yeni etnolojik araştırmaların sonuçlarına göre artık bu tezin —pek çok eğilim tanımlamasına göre doğru olmakla birlikte— evrenselleştirilebilirliği geçerli olduğu savlanamaz.⁸⁷ Bunun aksine şimdiye değin daha az bilinen *Paul Vinogradoff*'ça ileri sürülen diğer bir teori yeni araştırmaların bir sonucu olarak doğrulandı. O, hukuk ilkelilerinin "farklı aşamalardan geçen; belirsiz başlangıçlar, kademeli ayrılmalar, mücadele ve uzlaşmalar, büyüme ve yok olmalarla hareketli varlıklar" olduğu kanısındadır.⁸⁸ Günümüzde bu tez onu destekleyen diğerlerinin arasında E. A. Hoebel'ce desteklenir, O'na göre hukukun gelişimi artan karmaşıklık ve farklılığınca belirginleşir.⁸⁹ *Henry Maine*'nin teziyle karşılaştırıldığında bu tez, hukukun değişmez varlığıyla değil ancak daha çok ya-

psal değişiklikleriyle ilgilenmesi ve tüm yaşamımızı yöneten —evrimsel biyolojinin bulgularıyla sabitleşen— işsel yasaları bu değişikliklerin bir nedeni olarak adlandırmasıyla ayrılır. Bu nedenle sonuç olarak yüz yüze bulunduğumuz soru: son tezinin önerdiği gibi hukukun gelişimi için "evrimsel bir olması gereken kodunun" bulunup bulunmadığıdır? 1987'de basılan ve içinde yaklaşımım ile ilgili pek çok neden gösterdiğim kitabım "Genetische Rechtsheorie'de" ("Genetik Hukuk Teorisi'de") bu soruya olumlu yanıt verdim.⁹⁰ Burada kendimi kısa bir özet ve birkaç ek uyarıyla sınırlamak zorundayım.

Genel anlamda *hukukun evrimi*, farklı hukuk sistemleri ve farklı sosyo—kültürel çevreler arasındaki, kısaca hukukla toplum arasındaki bir yüzleşmeyi içerir. Bu yüzleşmenin ardındaki amaç hukuk ve toplum, özellikle sosyal barış ve sosyal uyum hali arasındaki "homeostatic" bir dengedir. Bu amaca ulaşmak için tüm yasa koyucular ideal bir toplum modeli geliştirir ve kendi hukuklarını bu topluma, et içine iskelet yerleştirir gibi yerleştirirler. Biyolojik terminolojiden ödünç alarak buna hukukun "adaptasyonu" diyeceğim. Buna göre tüm sosyal gerçekler bu ideal modele uygun bir bakış açısıyla yorumlanıp yargılanacaklardır; ve ne zaman bundan sapsalar meşruiyetlerini kaybedeceklerdir. Yine yeğlediğim biyolojik terminolojiye dayanan "adaptasyona" ilişkin bir görev vardır.

Bu model —benzeri hukuksal sistem ve sosyal düzen arasında asla tam bir katalım olamaz ancak, yaklaşık bir uyum olabilir. Bir yandan, hukukun uygunluğunun sürekli doğrulanmak zorunda olmasına rağmen toplumun kültürel gelişimi

asla sona ermediğinden heyecanlar ya da çekişmeler kalır. Yeni sosyal sorunlar yeni çözümler, yeni teknikler onları karşılayacak yöntemler gerektirir. Ve hukuk tüm bunları paylaşmalıdır. Diğer yandan, yeni idealler modeli ve sonuçta toplumun "adapte" edilmesi gereken hukuk düzeninin normlarını değiştirdiğinden yeni idealler ortaya çıkar. Örneğin adalet ideali, farklı hukuk sistemlerinde örneğin geçmişteki gibi sosyal farklılıkları değil sosyal eşitliği vurgulayan bir sistemde ya da artık sosyal yararlılıklar dizisini değil de sosyal gereksinimleri toplayan bir sistem de vb., ardışık sonuçlanabilen farklı yorumlara meydan verir. Bununla birlikte tüm bu heyecanlar, (biyolojik ifadesiyle) "anagenesis" ya da "daha üst bir aşamaya ilerleme" süreci fikri önemini koruduğundan, hukukun sürekli yenilenmesine yol açar. Bu Paul Vinogradoff ve E. A. Hoebel'in şimdiden adlandırdığı ve varolan normatif sistemlerin kendilerini *toplumdaki alanlarda daima genişletmelerini* sağlayan *basitten karmaşığa doğru* uzanan yolun işsel yasaları biçiminde şekillenir.

Biri özellikle aşağıdaki *savları* formüle edebilir:

1. Tüm biyotik ve hukuksal sistemler zamanla giderek daha fazla farklılaşırlar.
2. Biyotik ve hukuksal sistemlerin çoğunun yapıları ve işlevleri giderek daha çok *özelleşir*. Bu ise iş bölümü ve artan verimle sonuçlanır.
3. Yeni "denetleyici" organ türleri, asıl işlevleri özel organlar ya da normlarca yerleştirilmiş bilgileri sınıflandırmak ve organizmayla ya da yasa sisteminin tümüyle onları bütünlemek olan normlar bununla bağlantılıdır. Hukuka bakıldığında

da bu işlev bir yasanın genel bölümü içinde somutlaştırılan normlarla yürütülür.

4. Doğada ve hukukta bu bütünlükle yakın ilişkide olan şey, onun çevresinde örgütlendiği bir *merkez biçimlenmesidir*. Örneğin bu hukukta anayasanın temel kuralları ya da temel prosedür kuralları ya da kurumsal alanda hukuk bütünlüğünün korunmasını amaçlayan yüksek mahkeme olabilir.

5. Biyolojik ya da hukuksal olsun ayırım ve özelleşme, bütünleşme ve merkezileşme ile yaratılan karmaşık bir sistem gerçekte çevresel etkilere karşı büyük bir duyarlılıkla tepki verebilir. Her iki sistem de artan bir esneklik ve böylelikle de çok yönlülük kazanırlar. Bu hukukta toplumun her alanındaki en hafif değişimlere bile daha iyi ve daha hızlı tepki ile kendini gösterir. Biz, sosyal adalet dediğimiz şeyi gerçekleştirmek ümidiyle hatta, sınırsız bir tabanda daha karmaşık durumlara müdahale edebilmek için gitikçe daha karmaşık denetimler ve düzenlemeler kurarız.

6. Çağdaş yasaların kendi uygulanma alanlarında "sosyal adalet" sorununu dikte almaları gerçeği hukukun nasıl değişimsiz genişleyerek yeni sosyal yaşam sahalarını kapsadığını gösterir. Bu yine biyotik çevrenin genişlemesiyle, yani yaşamın yeni "Lebensraum" arayış bulması bakımından benzer. Buna kısmen iki süreç bağlanmıştır: özellikle doğa bilimlerinde bilgi ve becerinin geniş bir hukuksal bütünlüğü ve organizasyonu karşılandı. Bununla birlikte kısmen de yalnızca zihnimizin önceden kader diye kabul edilen bir sorunlar dizisini, örneğin sağlığın korunması ya da sosyal refah sorunları, hukuksal konular olarak karmaşık pro-

sedürler yardımıyla çözebilmemiz için gelişir.

7. Hukuk sistemlerinin artan karmaşıklığının diğer bir sonucu yüksek bir düzeydeki ussalıdır. Geçmişte normların ya da yargısal kararların, eğer genel düzene uygunsalar doğru oldukları düşünülürdü. Günümüzde ise çağdaş insan onları akla doğrulanmış olarak kabul edebilmeyi istiyor. Yine bu gelişim, içinde gelişkin sinir hücreleri demetleri bulunan, belirli "denetim merkezlerinde", beyinde, yoğunlaşmış davranış düzenlemelerinin olduğu biyotik evrimde benzerdir.

Aynı türde ve yoğunluktaki evrim sürecine uygun olarak; ya da çok ayrılmış, az ya da çok uzmanlaşmış, daha çok biçimselleştirilmiş ya da maddileştirilmiş, daha geniş bir sosyal alanı kapsayan ya da oldukça çok hukuk dışı boşluğu barındıran, ayrı oranlı ya da bütünleyici bir birlik duygusu ("Wir-Gefühl") olan vb. *farklı hukuk sistemi türleri* bunun sonucudur. Tüm bunların üzerine benim bir şey ekleyip genişletmem olası değildir. Şu kadarını belirtmek yeter ki, sistemlerin farklı türleri *farklı hukuk tanımlarında*, evrimsel ayrımlar biçimlendirebilir. Eğer kültürel ve sosyal evrimle oransal olduklarını kabul ederlerse tüm bu tanımlar kendi doğrulanmalarına sahiptirler.

Yalnızca sosyal evrimin akıntısında hukukun değişmez ve hareketsiz kaldığına inanarak yanılabilir. Hiç de değil! Hukuk zamanın girdabında akar, çoğalır ve düzenleyici dokusuyla onu örter. Belki bazen bir dalgalanmayı durdurur; belki de tersine akışı hızlandırır. Bununla birlikte asla sosyal gelişimden ayrılmaz, asla "bağımsız" olamaz. Çünkü sosyal gelişimin nehir yatağının dışında o, yok olmuş olarak değerlendirilebilir.

NOTLAR

- 1 I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 2. basım 1978, Einleitung in die Rechtslehre, § B.
- 2 I. Kant (dn: 1).
- 3 I. Kant (dn: 1).
- 4 R. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. basım 1928, § 22.
- 5 G. Rümelin, *Reden und Aufsätze NF 1881'de Eine Definition des Rechts*, s. 317 (s. 326).
- 6 Krş. R. Dreier'in tanımı, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968'de Der Begriff des Rechts, s. 890 (896): "Recht ist die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören, sofern dieses im Großen und ganzen sozial wirksam ist und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, sofern sie, für sich genommen, ein Minimum sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen." Ayrıca I. Kant'ın hukukun "mit der Befugnis zu zwingen" ile döşeneceği sanısına dikkat edin.
- 7 G.W.F. Hegel, *Kritisches Journal der Philosophie* 2 (1803/03) – WW (Suhrkamp Basi) C. 2, s. 434 (461)'de Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften.
- 8 Yukarıda (dn: 6) R. Dreier'in tanımını hatırlayın. Ayrıca Krş. (dn: 5) G. Rümelin, s. 327.
- 9 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. bs. 1973, s. 346.
- 10 R. Stammler (dn: 4), § 24.
- 11 R. Stammler (dn: 4), § 21.
- 12 R. Stammler (dn: 4), § 24.
- 13 R. Stammler (dn: 4), § 21.
- 14 R. Stammler (dn: 4), § 26.

- 15 Krş. W. Ott'un, *Der Rechtspositivismus*, 1976, & 4'teki ak tanımları.
- 16 Bu mahkeme kararlarının hukuk normlarından (soyut) mantıksal vargılarla çıkarılamayacağı bugün genelde kabul edilir. Krş. Özellikle J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1959/64; F. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1957; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. bası 1983, s. 133 ve s. 146.
- 17 İdari büroların "gestaltungsermessenleri" hakkında bir tartışma için bkz. F. Maier/F. Kopp, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. basım 1985, s. 151: "Die Vielzahl, Vielfalt und Komplexität der Verwaltungsaufgaben... Schließt eine absolute und abschließende gesetzliche Determinierung des Verwaltungshandelns aus... In einer komplexen, sich wandelnden Welt... bedarf es einer gewissen Elastizität des Verwaltungshandelns, die ihrerseits voraussetzt, daß die Gesetze dort, wo dies im Hinblick auf Besonderheiten einer Aufgabe erforderlich erscheint, durch Ermessensregelungen und Beurteilungsermächtigungen die spielräume geben, die sie benötigt, um je nach der gegebenen Situation jeweils die konkreten Ziele zu setzen und die Mittel zu ihrer Verwirklichung einzusetzen, die den generell gestellten Aufgaben und den Erfordernissen des Gemeinwohls im Einzelfall am besten gerecht werden."
- 18 Krş. H. – M. Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, 3. Bası 1987, s. 102, s. 283.
- 19 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Bası 1960, s. 31.
- 20 W. Schild, *Die Reinen Rechtslehren. Gedanken zu H. Kelsen und R. Walter*, 1975, s. 20.
- 21 Krş. H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, 1957, s. 19; K. Bergbom, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, c. 1. 1892, s. 73. (Buna bir "vitiösen Zirkel, in den nun mal alle Begriffsbildung gebannt ist" diyor).
- 22 W. Ott (dn: 15), s. 200: "Die Grenzen Der Axiomatisierbarkeit Bedeuten auch

- die Grenzen des Rechtspositivismus." H. Kelsen'in fikrine muhaliftir. Bir yandan, kabul eder (dn: 19, s. 346): Wenn das recht von einem Rechtsorgan anzuwendenden Norm ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Norm feststellen, muß es diese Norm interpretieren. Interpretation ist somit ein geistiges Verfahren..." Diğer yandan da yalnızca kendi çerçevelerini değil iradi hareketleri de inceleyerek şu yorumları yapıyor görünür (no: 19, s. 351): "Sofern bei der Gesetzesanwendung über die dabei nötige Feststellung des Rahmens, innerhalb dessen sich der zu setzende Akt zu halten hat, hinaus noch eine Erkenntnistätigkeit des rechtsetzenden Organs platzgreifen kann, ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt. Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen... Es sind Bestimmungen, die nicht vom positiven Recht selbst ausgehen." K. Leininger, *Die Problematik der reinen Rechtslehre*, 1967. Bununla beraber "daß Kelsen nicht nur über die Interpretation nicht zu sagen hat, sondern daß er die Interpretation verneint, weil er in der Interpretation überhaupt keine Rechtserkenntnis mehr sieht. Das ist das Ergebnis der "Reinen Rechtslehre": Zu Beginn wird uns eine Erkenntnis des Rechts versprochen, am Ende des Werkes wird die Möglichkeit der Erkenntnis über Bord geworfen. "Ex nihilo nihil!"
- 23 Krş. E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, c. 1 1950, s. 214: Eski Yunanlılar için hukukun sonsuz geçerlilikte olması anlaşılabilir. Buna rağmen "Dike" tarihsel bir güçtü.
- 24 Krş. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, c. 1 1840, s. 90; *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, -Tarihçi okulun fikirleri için geniş bkz. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. baskı 1967, s. 381.
- 25 F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit* (dn: 24), s. 11.
- 26 F. C. von Savigny (dn: 25) s. 14.
- 27 F. Somlo, *Juristische Grundlehre*, 2. basım 1927, s. 87. ("primitive Urnormen"). Krş. Ayrıca A. I. Pershitz, *Current Anthropology* 18 (1977)'de The Primitive Norm and its Evolution s. 409.
- 28 Krş. Th. Hobbes, *De Homine*, 1658, Bl. 11; *De Cive*, 1942, Bl. 1; *Leviathan*, 1651, Bl. 13.
- 29 Krş. J. J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.
- 30 Krş. A.L.Kroeber, *Anthropology*, 1948, &§6, 17; F. Klix, *Erwachendes Denken*, 1980, s. 151 vd.
- 31 36 ile 25 milyon yıl önce oligozende ortaya çıkmış olabilirler.
- 32 Kr. A. Kortlandt, *Scientific America* 206 (1962)'de Chimpanzees in the wild, s. 128 vd.
- 33 Bkz. Eibl-Eibesfeldt, *Human Ethology*, 1989, s. 361 vd.
- 34 H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, 1707, p. 7.
- 35 İlkel grupları düzenli biçimde 30 kişiden çok değildi.
- 36 Krş. F. Klix (dn: 30), s. 117 vd.
- 37 Krş. R.B. Lee/I. De Vore (editörler), *Man The Hunter*, 1968; E. Gellner (genel ed.), *Soviet and Western Anthropology*, 1980, s. 95 vd.'da J. Wooburn, *Hunters and Gatherers Today and Reconstruction of the Past*; B. Winterhalder/E.A. Smith (Editörler), *Hunter-Gatherer Foraging Strategies*, 1981; J. E. Pfeiffer, *The Emergence of Humankind*, 4. basım 1985. Ayrıca bkz. V. Reynolds, *The Biology of Human Action*, 2. basım 1980.
- 38 Krş. D. Claessens, *Instinkt, Psyche, Geltung*, 2. Basım 1970, s. 82 vd.
- 39 Bunun olduğu zamanı tekrar oluşturmak imkansızdır. Avcı ve toplayıcı göçebelerin "ebenso naturwüchsig wie die Formen des sozialen Zusammenlebens innerhalb der Horden. Das Leben lief unter dem Zwang der natürlichen Gegebenheiten in geübter traditioneller Weise ab" gibi kuralları ya da normları vardı (W. Sellnow, *Zur Kritik der bürgerlichen Ideologien von Gesellschaft, Staat und Recht*, 1963, s. 800). Pozitif normlara herhangi bir gereksinim bulunamayabilirdi. Putperest grupların ardından pozitif normlar geliştirildi. Onların durağan yaşam modundaki ve yeni arazi mülkiyeti ve mirasla ardıllık biçimlerindeki değişiklik, açık normatif düzenlemelere olan gereksinimi yoğunlaştırdı. "Die traditionellen Normen wurden zwar noch eingehalten, weil die Veränderungen nicht zugleich den Gesamtcharakter der Sippe änderten... Alle Neuereungen würden jedoch positiv geregelt und erforderten eine immer größere Einsicht in die Gesellschaft. Damit mußte den personen, die Veränderungen im Interesse der Allgemeinheit zu regeln hatten, immer größere Bedeutung zufallen... Der Prozeß der Individualisierung begann!" (W. Sellnow, a.g.e. s. 805)
- 40 Krş. Bu konu, J. Kuhl, *Motivation, Konflikte und Handlungskontrolle*, 1983 s. 198, 209, 319'da özetlenmiştir.
- 41 Krş. E. Abderhalden (ed.), *Handbuch der biologischen arbeitsmethoden*, c.6 1935 s. 201 vd.'da, N. Ach, *Analyse des Willens*; Arch. de Psychol. 10 (1911) s. 113 vd.'da A. Michotte/E. Prüm, *Etude Expérimentale sur le choix volontaire*.
- 42 W. Keller, *Psychologie und Philosophie des Willens*, 1954, s. 55, 58.
- 43 N. Ach, *Über den Willensakt und das Temperament*, 1910, s. 244.
- 44 N. Ach (dn: 43), s. 239; a.g.e. (dn: 41), s. 201.
- 45 Krş. F. Klix (dn: 30), s. 122.
- 46 İtaat yeteneği tüm ilkelere yaygındır ve saldırganlığa bağlı olarak hizmet eder. "Die Abwendung von der Aggression der Artgenossen erfolgt durch Gesten der Unterwerfung, die Auslöser für Hemmungsinstitute darstellen. So läßt sich die Aggression eines wütenden Mitmenschen zunichte machen, wenn man sich nicht verteidigt und Gegenaggressionen zeigt, sondern Schuldbewußtsein und Reue" (R. Knussmann, *Vergleichende Biologie des Menschen. Lehrbuch der Anthropologie und Humangenetik*, 1980, s. 277).
- 47 Çağdaş toplumların biyolojik tabanlarının yalnızca belirsiz sanılabilir. "Neotermal dönemin başlangıcının ardından sosyal gruplar oransal olarak hızla genişlemiş gibi görünüyor. Biyolog gruplardaki belirli biyolojik özelliklerin krallar, rahipler, köleler, ayinler ve savaşla büyük toplumların doğduğunu sanmaya eğilimlidir. İster yöneten, ister yönetilen olsun onları geniş toplulukların üyeleri olarak etkin hareket ettirebilen bireylerin kurumlarında kalıtsal farklılıkların olduğu kesin gibi görünüyor. Daha az kesin olan dille kültür aktarımının oransal olarak etkin olduğu zaman, yani günümüzde bu farklılıkların ne kadar önemli olduğudur. Kültürümüz sosyal organizasyon tasarımlarının özel kalıtsal güçlerin değil düşünmenin sonucu olduğuna inanma eğilimindedir. Ancak insan fiilini olası klan temel kapasitenin ne kadar önemli olduğunu çeşitli noktalarda gördük" (J.Z. Young, *An Introduction to Study of Man*, 1974, s. 517).
- 48 Daha çok ayrıntı için Krş. E.-J. Lampe, *Genetische Rechtstheorie*, 1987, s. 71.
- 49 Krş. M. Bloch, *Political Language and Oratory in Traditional Society*, 1975, s. 1 (5 vd.)'da Introduction; E. Keenan, *A Sliding Sense of Obligatoriness: The Polystucture of Malagasy Oratory: a.g.e. s. 93 vd.*
- 50 Ethology araştırmaları hakkında Krş. I. Eibl-Eibesfeldt, *Grundriß der vergleichenden Verhaltensforschung*, 1967, s. 391 vd.
- 51 Avı paylaşma yalnızca insana özgüdür; diğer ilkelere paylaşmaz ya da yalnızca çok az bir miktarda paylaşır. Bkz. W. Schmidbauer (ed.), *Evolutionstheorie und Verhaltensforschung*, 1974, s. 193 (204)'te I. DeVore, *Die Evolution der menschlichen Gesellschaft*. Ayrıca Krş. R.B. Lee/I. DeVore

- (editörler) (dn: 37) s. 293 (296)'da C.S.-Lancaster, The of hunting. Paylaşmanın (özellikle yiyeceği) işlevsel yönleri hakkında Krş. W. Goldschmidt, *Comparative Functionalism. An Essay in Anthropological Theory*, 1966, s. 87 vd.
- 52 Evrimin motoru olarak işbölümü hakkında Blz. F. Klix (dn: 30) s. 113 vd.
- 53 Krş. U. Immenga (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, s. 48 vd.'da F. Wieacker, Ius. Die Entwicklung einer archaischen Rechtsordnung im antiken Rom. Wieacker işleyen doğa üstü güçlerin "schwer zu erhellende Bereiche"ye yol açtığını gösterdi. Sonunda o, "bei der allgemeinen Auskunft, daß sich im sozialen Zusammenleben auch materiale Institutionen auszubilden und zu festigen pflegen, die mehr und mehr als verbindliche Überlieferungen erfahren werden" kalmalıdır.
- 54 Psişik ve zihni yeteneklerle doğa üstü güçler ve hayaletler tüm ilkel toplumlarca bilinirler. İlkel insan kendinin ya da grubun belirli hareketlerinin onların yardımını ürettiğini ve aksinin de onlarca eleştirildiğine inanır. Böylece ilkel insan onların "iradesi" ya da emirlerine uyarak yaşar. Pek çok örnek için Blz. E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1954, s. 260 vd., özellikle s. 266: "İlkel dünyada inançsal karışım evrensel ve birincil önemdeydi, gerekliliği hukuk üzerine hareket eder ve sırasıyla ondan etkilenir."
- 55 Krş. E. A. Hoebel, *Antropology: The Study of Man*, 4. Basım 1972, s. 582 vd.; J. F. Thiel, *Religionsethnologie. Grundbegriffe der Religionen schriftloser Völker*, 1984, s. 126 vd.
- 56 Th. Hobbes, *Leviathan* (dn: 28), Bl. 13; J.J. Rousseau (dn: 29).
- 57 A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 8. Basım 1966 s. 10, 16.
- 58 Krş. D. Leighton/C. Kluckhohn, *Children of the People*, 1948 s. 13 vd.'da Becoming a Navaho: The First Six Years of Life.
- 59 J. Makarewicz, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsge-*
- schichtlicher Grundlage*, 1906, s. 216: "Bei der Abgeschlossenheit der primitiven Völker ist das Individuum, sein Wohl und Fortbestehen, von der Zugehörigkeit zu irgend einem Verband abhängig. Außerhalb des Stammes harrt seiner der Tod; der Kampf mit den Kräften der Natur, wilden Tieren und Fremden (also feindlich gesinnten Menschen) übersteigt die Widerstandsfähigkeit des einzelnen. Die Ausstoßung aus der Gesellschaft ist dem Tode gleich." Ayrıca Krş. E.R. Service, *Origins of the State and Civilization. The Process of Cultural Evolution*, 1975, s. 86.
- 60 P. Bohannan, *Law and Welfare. Studies in Anthropology of Conflict*, 1967, s. 255 vd.'da E.A.Hoebel, Song Duels among the Eskimo., E.M.Weyer, The Eskimos, 1932, s. 226., Kuzey Doğu Nijerya'da Tiv'de "Şarkı Düellosu" hakkında Krş. P.J. Bohannan, *Justice and Judgement among the Tiv*, 1957, s. 142 vd.
- 61 Daha fazla açıklama için Krş. E.R.Service (dn: 59), s. 82 vd.
- 62 E.R.Service (dn: 59), s. 106 vd.
- 63 E.R.Service (dn: 59), s. 137 vd.
- 64 E.R.Service (dn: 59), s. 118 vd.
- 65 Krş. Roberts, *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, 1979.
- 66 S. Roberts (dn: 65).
- 67 J. Makarewicz (dn: 59), s. 231.
- 68 Ch. Letourneau, *L'évolution de la morale*, 1887, s. 157.
- 69 Krş. *Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1933) s. 202 vd.'da A.R. Radcliffe-Brown, Primitive Law.
- 70 P.&F.Sarasin, *Die Wedds von Ceylon*, 1893, s. 464.
- 71 F. Boas, *The Central Eskimo*, 1964 (the Sixt Annual Report of the Bureau of Ethnology, Smithsonian Institution, 1888'in bir bölümü olarak basıldı), s. 174: "Eğer bir kimse bir cinayete teşebbüs eder ya da diğer tecavüzlerle kendinden nefret ettirirse, herhangi biri tarafından bir adalet sorunu olarak öldürülebilir. İntikam almak isteyen bir kişi tüm yurttaşlarına yalnızca, hep-
- si saldırganın ölümü hak eden kötü bir adam olduğu fikrini kabul ediyorlar mı diye sormak zorundaydı. Eğer tüm yanıtlar olumluya, o, böylece suçlu çıkarılan adamı öldürebilir ve hiç kimse cinayetin öcünü almaya izinli değildir."
- 72 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1 (1878) s. 7'de F. Bernhöft, Über Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft. Odiseus karısı Penelope'nin aşığını öldürdüğünde, İthake'ler "onun öcünü almaları gerektiği" konusunu tartıştılar; buna rağmen pek çoğu ilgilenmediği için bu plandan vazgeçtiler (krş. Homer, *Odyssee* XXIV. 420 vd.).
- 73 Aischylos, *Oresty*, 2. Bl. (Coephores), v. 556 vd., Ayrıca bir anımsama da Homer'de bulunabilir, *Odyssee* III 309. Daha çok ayrıntı için krş. Pauly/Wissowa (editörler), *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* 18/1, 1939 s. 966 vd.'da A. Lesky, Orestes.
- 74 Krş. C.G.Bruns, *Fontes juris Romani antiqui*, 4. Basım 1879 tipik bir kitabe vardır: "Benim oğlum, benim intikamcımdır. O (sonsuzca kadar) yaşar."
- 75 Krş. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3 (1883) s. 598 (618)'de Ge-yer, Der neue Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches für Rußland.
- 76 E. Brunnenmeister, *Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, 1887, s. 95.
- 77 Moses II xxi 23–25; III xxi 19–20; V xix 21. Eski Ahit'te ceza konusundaki ünlü ifade bir karşılık sınırlaması olarak görülmelidir, yani onun sınırlarının bir göstergesi: filan ceza filan zarardan fazla olamaz!
- 78 L. Pospisil, *Kapauka Papuans and their Law*, 2. Bası 1964, s. 258.
- 79 A. Holtwick–Mainzer, *Der Übermächtige Dritte. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den streitschlichtenden und streitentscheidenden Dritte*, 1985, s. 79 vd.
- 80 Krş. L. Pospisil, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, 1974, s. 113 vd.
- 81 Krş. E. A. Hoebel (dn: 54), s. 327 ve 329; (dn: 55), s. 516 vd.
- 82 Bununla birlikte etimoloji ya da tarih "kişi" sözcüğünün bugünkü anlamını desteklemez. Antikitede "kişi" genellikle insanın sosyal yaşamında oynadığı "rolü" ifade ederdi. Krş. S. Schloßmann, *Persona und Prosopon im Recht und im christlichen Dogma*, 1906, s. 27 vd., 62 vd.
- 83 Krş. F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 8. Basım 1935, özellikle s. 205 vd., Bununla birlikte orada yazar, önceden tanıyan "gemeinschaft" temelde birbiriyle ilişkisi olmayan üyeler arasında sözleşmesel bir biçimlenmeye dönüştüğünde, bir "Gesellschaft"ın yalnız ortaya çıktığını sanıyor.
- 84 Krş. *Kritische Justiz*, 1979, s. 233 vd.'da U. Wesel, Zur Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften.
- 85 Krş. F. Wieacker (dn: 53), s. 45 vd.; J. Herrmann/J.Köhn, *Familie, Staat und Gesellschaftsformation*, 1988, s. 483 (494 vd.)'da J. Köhn, Römisches Frührecht – ein Beitrag zur Rechtsentstehung.
- 86 H.S. Maine, *Ancient Law*, 1861, s. 163 vd.
- 87 Eleştirel uyarılar için krş. L. Pospisil (dn: 80), s. 197; J. Stone, *Lehrbuch der Rechtssoziologie*, c. 1, 1976, s. 220 vd.
- 88 *Outlines of Historical Jurisprudence*, c. 1 1920, s. 160'ta P. Vinogradoff, Introduction.
- 89 E.A. Hoebel (dn: 54), s. 327.
- 90 E.–J. Lampe (dn: 48).