

HUKUK TANIMLARI VE AMPİRİK SORULAR

Jack P. GIBBS [*]

Çev. Dr. M. Tefvik ÖZCAN [**]

Her bilimsel disipline ilişkin iki temel soru vardır: [1] ilgili alanın araştırma konusu nedir? ve [2] Araştırma konusu hakkında ne sorulmalıdır? Hukuk bilimine uygulanan şekilleştirme olarak görülebilir, fakat problemin bütünü bundan ibaret değildir. Şayet, hukuk bilminde evrensel ve ampirik uygulamaya elverişli bir hukuk tanımı üzerinde konsensus mevcut olsaydı, terim, alanın araştırma konusunu saptamada hayranlık verici şekilde kullanılabilirdi. Fakat, bu türden bir konsensus mevcut bulunmuyor. Hukuk kavramları hakkındaki tartışmalar eski bir geçmişe dayanıyor ve bunlar XVIII. yüzyıl sonundan beri daha yoğun durumdadır. Vakıa, hukuk bilmindeki çağdaş ekoller, savundukları hukuk tanımlarıyla^[1], birbirlerinin birincil ve en ileri şekilde ayrılıyor; Selznick'in iddiasındaki, hukuk tanımlarının "zaman zaman ortaya atıldıkları üzere, gerçekte pek farklı olmadığı"^[2], görüşünü anlayabilmek kolay değildir. Aksine, bunların her biri, ya hukuk bilimi, ya da hukuk sosyolojisinde daha tartışmalı bir konuyu ayırd etmeyi kuvvetle zorluyor olmalıdır.

Hukuk tanımına yönelik olarak niçin farklı görüşler var? Bu konuda sürmekte olan çekişme, hukukçular ikinci temel soruyu, araştırma konusu hakkında ne sorulmalıdır sorusunu, düşündükçe konuyu çözümlenmemiş bırakacaktır. Bu soru, bir bilimin fenomenleri açıkladığı düşüncesiyle yakın ilişkidir; fakat, bu düşünce, bir anlamda hatalıdır. Hiçbir fenomen, asla bütünüyle açıklanmaz. Dahası, açıklama, sadece fenomenin tekil cephelerinin gözlenmesiyle ortaya çıkarılabilir. Örnek olarak, kanserin tamamlanmış bir açıklaması, olayların niçin yaşa göre değiştiği, bazı kültürlerde diğerlerinden açıkça fazla olduğu, bazı organlarda diğer organlardan daha fazla ortaya çıktığı, insanlar arasında diğer hayvan tiplerinden daha fazla görüldüğü ve benzeri soruların yanıtlarını ortaya koymalıdır.

Şimdi, hukuk bilimine ilişkin önemli nokta, bilimin konusunun hâkim şekilde **ampirik** oluşunda, bu soruların kavramsal analizlerle yanıtlanamayışındır. Bu sebeple, hukuka ilişkin olarak sorulması gereken soruların yanıtlarını ona dair bir tanımlama veremez. Bu-

* Makale, ilk kez, *Law and Society Review*, 2 [May 1968], pp. 429-446'da "Definitions of Law and Empirical Questions" başlığıyla yayınlanmıştır. Çeviri, *Law and Social System*, Ed. by Michael Barkun, New York, Lieber-Atherton, 1973, pp. 16-37'de yayınlanan metinden yapılmıştır.

** İ.Ü. Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi.

(1) Bkz. H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, 1958.

(2) P. Selznick, "Sociology and Natural Law" 6. *Natural L. F.*, 1961, p. 94

nunla birlikte, bütün olarak hukukçular, hukuka ilişkin ampirik soruları tanımlamalarla yanıtlayarak karşıt bir tutum takınırlar ve daha kötüsü, belli tanımları, bu temelde kabul veya yadsımaya temayül ederler.

HUKUKUN ZORLAYICILIĞA DAYANAN TANIMLARI

Her ne kadar, "hukuk"un verili bir toplumsal birleşmedeki tekil hukuk kurallarının toplamından daha fazla bir şey olduğu, sonrakilerin belli bir şekilde öncekinin içinde bulunduğu iddia edilebilse de, hukuk "bir hukuk kuralı"nın [a law] ilk tanımı mevcut bulunmaksızın uygun surette tanımlanamaz. Basitçe, belli bir tanıma yönelik olarak birbirinin karşısında bulunan görüşlerde, birbirleriyle çarpışan alternatifler, yani belli bir tanımın diğerinden "daha iyi" olup olmadığı yolunda bir tartışma buluruz. Şaşılacak şekilde, hukuktaki tartışma, büyük ölçüde, alternatiflerin kendilerine özgü üstünlükleri üzerine değil, belli bir çeşit tanımlama üzerinedir. Sorunu oluşturan tanımlama çeşidi, "zorlayıcılığa dayalı" (veya "pozitivist") olarak ayırd edilen tanımlamadır; ve buna yönelik itirazlar, ana hatlarıyla birbirinin aynıdır. Gerçekten, eleştiri, birincil olarak, Kelsen'in hukuk kavramına^[3] ve genel olarak "analitik" hukuk bilimine yöneltmekle birlikte, Weber (sosyolog) ve Hoebel (antropolog) tarafından gelmiştiririlmiş tanımlara da uygundur; bu ikisi, aşağıda, Kelsen'in bilinen açıklamalarıyla birlikte verilmiştir.

Weber: "Eğer, dışsal olarak zorlama (fizik veya psikolojik olasılığıyla uymayı sağlama veya ihâle karşılık verme güvenceye alınmışsa, bu düzene **hukuk** denilecektir; (zorlama insanların bu amaca yönelik görevlileri tarafından uygulanacaktır."^[4]

Hoebel: "Eğer, dikkate alınmaması veya ihlâli, tehdit olarak veya fiilen, bu surette davranma imtiyazı toplumca tanınmış birey veya grubun fizik zorlama uygulamasıyla düzenli şekilde karşılanıyorsa, toplumsal norm hukuksaldır (legal)."^[5]

Kelsen: "Hukuk, yaptırımı şarta bağlayan (stipulate) primer normdur...^[6] Eğer, burada tanımlanan anlamda, "zorlama" hukukun asli bir elemanıysa birhukuk düzenini oluşturan normlar, zorlayıcı bir fiili, yani yaptırımı şarta bağlayan normlar olmalıdır."^[7]

Eleştirinin, genel olarak, zorlayıcılığa dayanan hukuk tanımlarına yönelik oluşu nedeniyle, bu tipte bileşik bir tanım gereklidir. Bu, şundan da, yukarıdaki tanımların tekil öğelerinin birbirlerinden farklılaşmaları ve hiçbirinin gerçek anlamda tamamlanmamış (eksiksiz-çn.) olmayışı, yani bazı eleştirel noktalarda tümünün sarih olmayışı nedeniyle gereklidir. Bu örnekte bileşik bir hukuk tanımı şu şekilde konulabilir:

[1] Bir toplumsal birleşmede, en azından bir kişinin elinde bulunan davranış değerlendirme-si ve

(3) H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Trans. by. Anders Wedberg, 1954, p. 5.

(4) Max Weber on *Law in Economy and Society*, Ed. by. M. Rheinstein, 1954, p. 5.

(5) E.A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1954, p. 28.

(6) Kelsen, *op. cit.*, p. 61

(7) *Ibid.*, p. 45.

- [2] kendi isteği veya diğerlerinin talebiyle, özel statü içindeki bireyin zorlayıcı olan veya olmayan anlamda, değerlendirmeye aykırı davranışa karşılık vermeye, ıslah etmeye veya önlemeye teşebbüs edecek olmasının yüksek olasılığı; bununla birlikte,
- [3] Reaksiyonun yöneltildiği birey veya bireylerin dışında kalanlar tarafından [ihâle] karşılık verilmesi olasılığının düşük olması.

Hiçbiri kesinlik taşımayan veya tartışmasız şekilde tanımlanabilir olmayan "norm" veya "düzen" terimlerinin kullanılması yerine, bu tanım, davranışın değerlendirilmesini hukuk için zorunlu bir koşul olarak ele alır. Kavram, bu sebepten, saflıkla davranışsal değildir; zira, belli bir insan topluluğu içindeki ortalama veya modal davranış dikkate alınmadan, toplumsal birleşmenin en azından bir üyesi davranışın olması veya olmaması gerektiğine inanmadıkça, tekil bir davranış tipi hukuk kuralına uygun veya aykırı olamaz. Bu anlamda, davranış değerlendirmeye tâbidir. Bununla birlikte, şu da eklenmelidir ki, değerlendirmenin kolektif olması gerekmez; bu bir hukuk kuralının halkın desteğine sahip olmayabileceğini ortaya koyuyor. Binaenaleyh, davranış değerlendirmesi bir norm olarak ortaya konulurken, bu normatif kanaatlerin konsensusunu zorunlukla yansıtıyor değildir.

Bu bileşik tanım, hem yazıya sahip (uygar-çn), hem de yazısız (ilkel-çn) toplumlara uygulanmaya yöneliktir. Bu nedenle, "özel statü" terimi, resmi görevli, mahkeme, hükümet veya devletten daha fazla [bir şey için] kullanılmıştır. Resmi görevli, mahkeme, hükümet veya devlet terimleri kültürlerin karşılaştırılmasına uygun değildir ve etnosentrik bir hukuk kavramını yansıtmaya eğilimlidir. Statüler iki bakımdan özeldir. Birincisi, toplumdaki bütün bireyleri için almamasıdır. Bu nokta, eğer, birmormun ihlâline tepki gösteren (yani, davranışın değerlendirmesini yapan) kişi, diğerlerinden ayrı bir statüyü (yani sıradan bir kişiden farklılığı) işgal etmiyorsa, ilgili normun hukuk kuralı olmamasıdır. İkincisi, işgal edenler hem eylemi yapan, hem de mağdurla (yani, zarar gören veya davacı olarak kabul edilenle) özel bir ilişkiden çok, genel bir ilişki içinde olduğunda statü özeldir. Buna uygun olarak, hısım veya arkadaşların öç alması hukukun göstergesi değildir; ama kan gütme düzenli, ama karşılık verme olasılık dışı olsun.

Kültürler-arası uygulanabilirliğe başvurarak, bu hukuk kurallarının yazılı veya kodifiye edilmiş olması gerekmediği eklenmelidir. Hatta, yukarıdaki tanım koşullarında, bir kodun içindeki bazı ifadeler, onu hukuk kuralı olarak nitelemez; çünkü son tahlilde davranış gözlemlerinin hukuk kurallarının varlığını meydana çıkarması ve / veya onaylaması gerekir^[8]. Bunun sonucunda, [bileşik] tanım (Weber'inkine benzer şekilde), önemli bir tarafıyla özel statüdeki kişilerin yapmaları gerekenler üzerinde değil yaptıkları üzerinde durarak Kel-

(8) Eylemsel davranış üzerinde ısrar etmek, çoklukla, Yargıç Holmes'un hukukun, mahkemelerin ne yapacakları hakkında tahminde bulunmak olduğunu söylemesiyle ilişki içindedir. Mamafih, Amerikan hukukundaki "legal realistler" Holmes'un ifadesini, hukukun tekil yargıçların kararlarından daha fazla birşey olmadığı ilkesiyle bütünüyle uygunluk içinde saymakla hatalıdır; bu ilke analitik hukuk bilimine yabancıdır. Gerçekten, Holmes'un ifadesi oldukça bulanıktır. Ne Holmes, ne de bir başkası, bir mahkemenin ne yapacağını, hukuk olarak bir kapıcının bölge savcısı kadar tahmin edebileceğini iddia edebilmiş değildir. Buna ilâveten, bir tahmin düşüncesinin kendisi, bu bağlamda, yargısal kararların belli bir düzenlilik derecesinin tanınmasını ima eder ve bu düzenlilik hukuku oluşturur. Hukuki realistlerle, analitik hukukçuların tartışmalarının ayrıntıları için bkz., *The Nature of Law: Readings in Legal Philosophy*, Ed. by. M. P. Golding, 1966.

sen'den ayrılır^[9]. Aynı şekilde, [bileşik] tanım, "emirler", "düzen", vb. terimlerini dışta bırakır; çünkü, bu terimlerin sarıh anlamları hukuk bilminde asla mevcut olmamıştır ve bazı örneklerde, sadece bir hukuk kodundaki ifadelerle dayandırılabilir. Sonuç olarak, zorlayıcılığa dayanan tanımların çoğunun aksine, bileşik versiyonda, karşılık verme konusunda düşük olasılık, zorlamanın kullanılmasından daha az önemli olmamak koşuluyla ele alınır. Devlet zor kullanımında bir tekelin (fiili anlamda-çn.) sahibi değildir; çünkü, fiili işleyen yaptırım uygulamasına direnmesinde şiddet yoluna başvurabilir. Karşılık vermenin değişime uğrayabilmesi, bir "meşruluk"un ampirik sembolünün tayininin anlamlarını verir; bu kavram, hukuk bilimi veya sosyolojisi yazınında, hukukun (hukuk kavramının-çn.) kendisi gibi bulanık ve tartışmalıdır.

ZORLAYICILIĞA DAYANAN TANIMLARIN ELEŞTİRİSİ

Yukarıdaki zorlayıcılığa dayanan tanımlar bir karakteristiği paylaşırlar. Bunlar, değişik şekillerde, bir hukuk kuralını organize güç kullanımıyla desteklenmiş şekilde, bir fiil tipini emreden veya yasaklayan şekilde betimlerler. Bu türden bir tanıma yönelik eleştirilerde, birincil sorun, "zorlama"nın hukuk kurallarının ortak niteleyicisi oluşudur. Bununla birlikte, eleştirilerin yakından incelenmesi, temel konunun esasa değli, metoda ilişkin olduğunu açığa vurur.

Zorlayıcılığa dayanan tanımlara yönelik değişik eleştiriler kendi özelliklerinde birbirinden ayrılır; fakat bunlar, belli şekilde muayyen noktalar üzerinde dururlar; bunların çoğu, H. L. A. Hart^[10] tarafından klasik bir eleştiriye göre daha az bulunur şekilde özetlenmiştir^[11].

Uyma Sorunu

Zorlayıcılığa dayanan tanımlara yönelik muhtemel ortak eleştiri bunların, görülür bir ceza tehdidiyle ilişkisiz olarak, hukuk normlarına niçin uyulduğunu açıklayamamalarıdır. Başka şekilde konularak, bu tür tanımlar, Hart'ın açıklamasının dikkate aldığı niteliği yadsırlar:

"Sadece hukuk kuralı ihlâl edildiğinde... görevliler ihlâl olayını saptama ve tehdit olarak mevcut yaptırımı uygulama ile ilgili olurlar. Bu tekniği ayırd eden... toplumun üyelerinin kuralı bulgulamaya ve davranışları kurala uydurmaya tahsis olunmuş bu-

(9) Kelsen'in görüşünün en çoksorgulanabilir tarafı, "olması gereken"i hukuksal bir eleman olarak ayırd etmek için ampirik uygulanabilirlikte bir ölçüt getirmemesidir. Bu deyim bir hukuk kuralında görülmüyor olabilir; buna bağlı olarak, o sadece, "olması gereği" yaptırımlarla esinlenerek, hukuk kurallarına yüklenebilir. Fakat, yaptırımlar belli **düzenlilik derecesiyle** icra olunmadıkça davranışın "olması gereken"i ile eşitlenebilmesini görmek zordur. Diğer taraftan, belirtilen düzenlilik çok önemli olursa, Kelsen'in hukuk kavramı, iddiasının aksine "davranışsal" olur. Kelsen'in kendi hukuk kavramını eylemsel davranıştan ayırma girişimi, tekil bir hukuk kuralının "geçerliğini" bütün olarak hukuk sisteminin etkinliğine dayandırdığından, konu daha tartışmalı hale geliyor; hukuk kurallarını desteklemede ve / veya bu kurallara uymada düzenlilik anlamında, bunların her biri, açıkça, "davranışsaldır".

(10) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961.

(11) Hart, zorlayıcılığa dayalı tanımlara yönelik iyi bir muhalefet özetlemesi yapmakla birlikte, onun eleştirisinin hukuk bilimine yabancı olmadığı kaydedilmelidir. Hukuk sosyologları bütün olarak bu görüş açısına muhalefetlerinde, hukuk bilmindeki doğal hukuk teorisi savunucuları kadar gürültü çıkıyorlardı. Örneğin bkz, E. Ehrlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Trans. by., E. Moll, 1936. Şimdi, görmüş olduğumuz gibi, Weber'in hukuk kavramı tamamen zorlayıcılığa dayalıdır.

lunuşudur; bu anlamda, onlar, her ne kadar kurala eklenen uyma motifiyle hazırlıklı olsalar da, kuralları kendileri kendilerine "uygularlar". Dikkatimizi sarıh olarak kuralların ihlâli olaylarında mahkemelerin yaptırım uygulaması gereğinin üzerine yoğunlaştırır veya bunu birincil duruma getirirsek, bu kuralların işlevindeki karakteristik süreci gizleriz; buna mukabil, kurallar sisteminin birincil amacının yok olmasını veya ihlâlini şart koşar. Onlar [yaptırımlar-çn.], gerçekten vazgeçilmez olabilir, fakat yardımcıdırlar."^[12]

Hart'ın görüşü, öğelerine indirgendiğinde, bir hukuk kuralını iki ayrı kural şeklinde betimler-birincisi, bir davranış tipini, ikincisi gerçekleşen davranışın bu tipe uymamasında yaptırımı şart koşar. Buna uygun olarak, ikinci kuralın uygulanışı, birincinin ihlâli şartına bağlandığından, yaptırımı şart koşan kural, Kelsen ve diğer zorlayıcılığa dayanan hukuk tanımını savunucularından farklı olarak, birincil değil ikincildir. Buna verilcek konvansiyonel karşılık, hukuk kuralının herhangi bir norm olmadığı ve kuvvetle desteklenmiş yaptırımın şart koşulması veya fiilen uygulanışının onu diğer norm tiplerinden farklılaştırmasından, hukuk tanımında birincil eleman olduğu olacaktır. Fakat, bundan önemlisi, Hart'ın kuvvet tarafından desteklenen yaptırım elemanının ikincil oluşu iddiasının altında yatan mantıktır. Madem ki, bu eleman hukuku diğer norm tiplerinden ayırd eder, eğer ve sadece hukuka uyma birincil olarak, tehdit şeklinde mevcut yaptırımlarla ilişkisiz nedenlerle gerçekleştiğinde, ikincil [düzeyde] olabilir, bu görüş, yaptırım tehdidinin uyma için bir motif olduğunu kabul etmesi dışta bırakılarak, Hart'ın gerekçesinin kesinlikle en güçlü tarafıdır. Eğer Hart, norma uymanın sadece yaptırımların tehdidi nedeniyle gerçekleştiğini kabul edecekdiyse, bu elemanın ikincil düzeye konulması nasıl olanaklı duruma gelebilirdi?

Hart, tipik bir toplumsal birleşmede, vatandaşların büyük çoğunluğunun "kuralları kendilerine uyguladıkları" ve olguların çoğunda uymanın yaptırım tehdidiyle ilişkisiz olması olanağının imasıyla, hukuk kurallarına uyması sadece yaptırım tehdidinin gerçekleştirildiğini kabul etmez. Hart'ın gerekçesinin bu yönü, belirtilen anlamda kabul olunur, fakat, bununla birlikte, hukuk tanımının zorlayıcı tipine yönelik eleştiriyi yanlış doğrultuya çeker. Eğer ve sadece eğer, daha fazla bir şey gerekmezsin bir hukuk tanımının aynı zamanda fenomenin kendisini ortaya koyduğunu iddia eden çıkarsa, bu kabul olunabilir bir eleştiridir. Satırların yazarı, hiçbir tanımın objeyi açıklığa kavuşturamadığı veya kavuşturmadığı görüşündedir. Buna uygun olarak, bazı bireylerin yaptırım tehdidiyle görülür bir ilişki içinde bulunmaksızın hukuka uymaları ampirik bir problemdir; ki bunda zorlayıcılığa dayanan hukuk tanımının meziyetleriyle hiçbir şey yapılamaz.

Bazı kişilerin, hukuk kurallarına niçin yaptırımlarıyla ilişkili olmaksızın uydukları (veya Hart'ın belirttiği üzere, kuralları kendilerin uygulamaları) kesinlikle önemli bir sorundur; fakat, bazı kişilere başvurulmasına dikkat edilmelidir. Ne Hart, ne de bir başkası, her bireyin "kuralları kendisine uyguladığını" ciddi şekilde iddia edebilir. Binaenaleyh, kişi, hukuk kurallarını "kendine yüklediğinin" (self-imposition) olanaklı bir açıklamasını bir tanım aracılığıyla nasıl yapabilir? Gerçekte, toplumsal birleşmenin bütün mensupları bir normu kendilerine uygulamadıkça, bu normun hukuk kuralına dönüşemeyeceğini iddia eden çıkabilirdi, fakat, zorlayıcılığa dayanan tanımların en radikal eleştiricileri bile bu uç noktada yer almamıştır. Aynı şekilde, eğer ki, kişilerin çoğunluğu hukuk kurallarına ceza tehdidini düşünmeden uysa bile, bunun doğruluğunu tanımdan hareketle iddia etmek tamamen tartışılabilir. Hart, elbette, kendisine uymak için gerekçeleri oluşturmadan önce hukuk kuralının ne olduğunu bildiğimizi zorunlu olarak farz eder.

(12) Hart, *op. cit.*, p. 38.

Hukuk kurallarını "kendine yükleme"nin derecesi, muhtemelen bir toplumdan veya tarihsel dönemden diğer toplum ve tarihsel döneme hayli değişiklik gösterir; fakat, fenomen kavramsal bir mesele olarak ele alındıkça, bu değişim belgelenemeyecektir. Eğer, kendini hukuk kuralıyla yükümlü kılma, belirtildiği gibi, değişime uğruyorsa, merkezi bir ampirik soru ile karşı karşıyayız; fakat bu, tanımlarla değil, konun esasını kapsayan (substantive) bir teoriyle yanıtlanmalıdır. Bunun sonucu olarak, eleştiri, zorlayıcılığa dayanan bir tanımın uymayı açıklamadığından, sadetten uzak olduğudur; ve tanımların hiçbirisi iddia etmediği halde, zorlamanın uymayı açıkladığını iddia ettiklerini zorunlukla farz eder.

Yukarıdaki müşahedeler, hukuk sosyolojisi ve hukuk bilimi, kısmen de Hart'ın perspektifindeki can alıcı bir çatışmayı ortaya koyuyor. Çağdaş hukuk biliminden farklı olarak, hukuk sosyolojisinin nihai hedefi hukuksal fenomenlerdeki değişmeyi açıklamaktır (veya açıklamak olmalıdır). Bu hedef, doğallıkla, değişimin varlığını farz eder ve en acil araştırma problemi faraziye sistematiği şeklinde kabul etmektir. Bu sebeple, elinizdeki yazının ana teması, hazır surette neyin faraziye olarak kabul edilmesi gerektiğine dayanır; ancak, değişime faraziyesi, hukuk fenomenlerine ait birkaç gerçek karşılaştırmalı çalışmada saptanmış gözlemle hiçbir anlamda uyumsuz değildir^[13].

Bir toplumsal birleşmeden diğerine, tam olarak, hukuksal fenomenlerin karakteristiklerinde bulabileceğimiz değişimin niceliği ikinci soruyu oluşturur ve bu sorunun yanıtını ortaya koymak hukuk sosyolojisinin temel iddialarındandır. Bu alandaki iddia, standart tekniklerle hukuk kuralları ve toplumsal birleşmeler arasındaki farklılıkları sistematiği şekilde açıklamayla ilişkili ölçekleri geliştirmelidir. Bu teknikler ve ölçekleri formüllendirmek kesinlikle kolay olmayacaktır. Örneğin, önümüzdeki fenomen-hukuka kendiliğinden uymanın derecesi-, ihlâl olayları kadar basit bir şeyle ve bu yüzden, istatistiklerin güvenilirliği dikkate alınmadan ölçülemez. Nihayet, görülür düzeyde yüksek uyma olgusu, yalnızca hukuka kendiliğinden uymayı yansıtmıyor olmayabilir; hatta, yaptırım uygulamasından duyulan korkuyu yansıtmıyor olabilir. Halihazırda en uygun yaklaşım, uyma derecesini iki koşul altında gözlemektir: [1] İhlâllerin takip edilmesi olasılığının en üst düzeye çıktığı ve en fazla görülebilir olduğu durum; tıpkı bir yolun belli bölümünün trafik görevlilerince dikkatle denetlendiği koşullardaki gibi ve [2] ihlâllerin tâkip edilme olasılığının en alt düzeye indiği ve yüksek ölçüde görülebilir olmadığı durum. Bir hukuk kuralını ihlâl olaylarını birinci koşulda "X", ikinci koşulda "Y" şeklinde belirleyelim; bunun sonucunda, "X/Y" oranı hukuk kuralına kendiliğinden uymanın toplumsal birleşme içindeki derecesini gösterir. Oran, bütün toplumsal birleşmelerde 1'den küçük olabilir; fakat, oranın bir toplumsal birleşmeden diğerine makûl değişiklikler göstermesi eşdeğer ölçüde olasıdır; bu bazı insan topluluklarında hukuka uyma miktarının takip edilen ihlâllerin algılanabilmesi olasılığı şartına bağlı olduğu anlamındadır. Bunun yanında, ölçme sorununda ortaya atılan yaklaşımın bazı hukuk kuralı tiplerinde diğerlerinden daha kolay olduğuna dikkat ediniz. Bu, muhtemelen, kamuoyunu ilgilendiren fiillerde (örneğin otomobil sürücülüğünde) daha fazla, konvansiyonel olarak bireysel ahlâkla ilişkilendirilen fiillerde (örneğin cinsel ilişkilerde) daha az uygulan-

(13) Bkz, J. H. Wigmore, *A Panorama of The World's Legal Systems*, Vol. I-II, 1928; Hoebel, *loc. cit.*; A. S. Diamond, *Primitive Law*, 2. ed., 1960; R. D. Schwartz and J. C. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity", *Am. J. Sociology*, Vol. 70, [1964], pp. 159-169.

bilir durumdadır. Bu sebeple, ilave tekniklerin geliştirilmesi zorunlu olabilir ve herhangi bir olayda, hukuka kendiliğinden uymayı gözleme girişimi büyük bir mahareti gerektirir.

Hukuk Kurallarının Yükümlü Kılıcı Niteliği

Herhangi bir nedenle hukuka uymada, hukuk normu, uyan tarafta tartışmasız olarak "haklı", "âdil", "yükümlülük getiren" vb. şeklinde uygulanarak algılanabilir. Mamafih, kişinin bundaki ruhsal durumu, silahlı birine boyun eğme hissinde (Hart'ın betimlemesini kullanıyorum) mevcut "dışsal baskı"dan tamamen farklı sübjektif deneyimle açıklanabilir. Fakat, hukuka ilişkin sübjektif değerlendirmenin uygun sorunundan analitik olarak farklı olduğu kaydedilmelidir. Bir birey, âdil olduğunu hissettiği hukuk kuralını ihlâl edebilir (yani, kişinin hukuk kuralının ihlâlini, mevcudiyetin "yadsıma" ile karıştırmaması gerektiği gibi); tam aksine, uyduğu halde kuralı adalete aykırı sayabilir.

Hukukun zorlayıcılığına dayanan tanımların çoğunda, hukuksal fenomenlerin sübjektif tarafına değinme veya bu tarafını açıklama mevcut değildir ve bu tanımlar belirtilen yönü ihmâl etmeleri nedeniyle eleştirilirler. Bu itirazın önde geleni olarak Hart'ın sözlerini düşünelim.

"Verili bir zamanda, hukuksal ve hukuk-dışı kurallarıyla birlikte yaşayan herhangi bir toplumun yaşamı, bir yanda kuralları kabul eden, mevcudiyetlerini sürdürme irâdi şeklinde işbirliği yapan ve bu nedenle kendisinin ve başkalarının davranışlarını bunların sınırları içinde gören, diğer yanda, kuralları kabul eden, mevcudiyetlerini sürdürmede irâdi şekilde işbirliği yapan ve bu nedenle kendisinin ve başkalarının davranışlarını bunların sınırları içinde gören, diğer yanda, kuralları kabul etmeyip sadece muhtemel bir cezalandırmanın işareti sayan insanlar arasındaki çekişmeden ibaretmiş gibi görünür. Adaleti olguların karmaşıklığına uygulamada sıkıntı çeken herhangi bir hukuk teorisinin güçlüklerinden biri, yukarıdaki görüş açılarının her ikisinin varlığını hatırlamak ve hiçbirini dışta bırakmamaktır. Belki, **prediktif** (predictive/italikler çevirenin) yükümlülük teorisine yönelik eleştirilerimizin bütünü, yükümlü kılan kuralın insanın iç dünyasındaki cephesinin ne olduğu konusundaki eleştiride en iyi özetlenebilir"^[14].

Bu durumda, zorlayıcılığa dayanan tanımlar, açıkça, kişilerin hukuk kurallarını niçin "içselleştirdiklerini" (internalize) ortaya koymaz. Her şeye rağmen, hukuk kurallarına uymayla ilgili olduğu gibi, Hart'ın eleştirisi sadetten uzaktır. Hiç kimse, bir tanım aracılığıyla, hukuk kurallarının bütün toplumlardaki insanların tümü tarafından içselleştirildiği iddiasında bulunamaz. İknaya yönelik her gerekçe, bazı hukuk kurallarının yüksek düzeyde içselleştirildiği, diğerlerinin içselleştirmedikleri, içselleştirmenin bazı toplumlarda diğerlerinden fazla olduğu konularındadır. Diğer bir temel soru, bunun niçin bu şekilde olduğu olacaktı; fakat, önceki gibi, bu soru da kavramsal analizle yanıtlanamaz.

Hukuk kurallarının içselleştirilmesi veya Hart'ın koyduğu şekilde, yükümlü kılıcı kuralların içsel görünümü hakkındaki sosyolojik araştırma, kamuoyu ve tutum ölçme ile ilgili alanın gelişimi tarafından kolaylaştırılacaktır. Araştırma, görülür şekilde birlik arzedan fenomenin, sosyologların ilgisiyle, çok sayıda boyuta ayrıştırılmasıyla da kolaylaşacaktır.

(14) Hart, *op. cit.*, p. 88.

Hukuk kurallarının içselleştirilmesinde en azından, üç boyut bulunur. Birincisi, hukuk kurallarına dağınmeksizin, davranış tiplerinin değerlendirilmesidir. Bu türden değerlendirmeler, içinde toplumsal birleşmenin üyeliğinin temsilleyici bir örneklemeden, araştırmacının düzgüsel soruları ve çözüm yanıtlarına yer verdiği alan araştırmasıyla saptanabilir.

Düğüsel sorular değışik şekillerde ifade edilebilir; ancak, bunların tümü, kuvvetle reddetme, reddetme, fikir sahibi olamama, kabul etme ve kuvvetle kabul etme şeklinde önceden kurgulanmış yanıt kategorilerinin kullanılarak, belli davranış tiplerini ifade eder ve bundan hareketle cevap verenlerin kanaatlerini gözönüne serer. Hukuk kuralıyla maksimum düzeydeki değerlendirmeye dayalı uyum, sözkonusu davranış tipinin yasak olduğunu düşündüklerinde ve tüm yanıt verenler ilgili davranışı kuvvetle reddettiklerinde ortaya çıkarılacaktır; veya alternatif olarak, bütün yanıt verenlerce hukuk kuralı emredici sayıldığında ya da ortaya koyduğu davranış tipini güçlü şekilde kabul ettiklerinde.

En yüksek düzeyde değerlendirmeye dayalı uyumda bile, hukuk kuralıyla ilişkili olarak, yüksek düzeyde içselleştirmeden söz etmek uygun olmayabilir. En yüksek düzeyde değerlendirmeye dayalı uyum, hukuk dışı (extra-legal) normlarla, hukuk normlarının birbirine uygunluğundan daha fazla bir anlam taşımayabilir; bu sorudaki davranış tipine ilişkin hukuk kuralından haberdar olmayarak uyumun farkında olmamak olabilir. Buna göre, hukuk kuralının bilgisine sahip olmak ayrı bir boyuttur-bilişsel boyut. En üst seviyede bilme, sadece, bazı davranış tiplerine başvurarak, bütün üyelerin bunların ihlâl veya dikkate alınmamasının ceza tayinini gerektirip gerektirmediğini ortaya koyabildiği koşullarda gerçekleşir.

Son olarak, kuralı kabul etme, sorudaki davranış tipine ilişkin hukuk kuralını (buna ihlâl veya dikkate alınmamasında fiil için bir yaptırımın şart koşulmaması olasılığı da eklenerek) zihinlerde sürdürmeyi tercih eden görüşü ifade edenlerin oranıdır. Her örnekte, bir kanaatin talep edilmesi, hukuk kuralının ihlâl veya dikkate alınmama davranışı için cezayı şart koşup koşmadığı yolundaki açıklamalardan önce gelmelidir. Kısmen şu da kaydolunmalıdır ki; kabul etme, değerlendirmeye dayanan uyumdan çıkarsanamayabilir. Nitekim, cevap veren, "erişkinler arasındaki rızai eşcinsel ilişkileri" kuvvetle reddedebilir, ancak, aynı zamanda, bu davranış tipini yaptırıma bağlayan hukuk kuralını korumayı kabul etmeyebilir. Bu kişinin belirtilen cinsel ilişkiler alanında yapabildiği, onu kabul etmediği halde, bireysel ahlâkın konusu saymasıdır.

Uzamsal sınırlamalar, değerlendirici uyum, bilme ve kabul etmeyi ölçen metotların geniş şekilde uygulanmasını engeller. Bununla birlikte, her bir boyuta uygun değer bir toplumsal birleşmeden diğerine ve hatta aynı toplumsal birleşme içinde bir hukuk kuralından diğerine farkedilir şekilde değışeceğine inanılabilir. Bu türden değışimler, sadece açıklanmayı gerekli kılmakla kalmayacaklar, fakat hukuk kuralına eylemsel olarak uymayı denetlemekle de ilişkili olabileceklerdir; ancak, bunlar ampirik nitelikte sorunlardır ve kavramsal inceleme konularına uygunluk taşımazlar.

Hukuk Kurallarının Kökenleri

Zorlayıcılığa dayanan hukuk tanımının bütün savunucuları bir engel -John Austin'in^[15] hayaleti- altında çalışırlar. Özellikle, zorlamaya önem veren herhangi bir tanım

(15) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832.

Austin'in perspektifine yönelik geleneksel itirazların bütününe konu imişcesine ele alınır. Ortak bir itiraz, hukuk kurallarının kökeniyle ilgilidir. Bu noktadaki tartışmalar dikkatli bir uslamlama çizgisini izler-Austin, hukuk kurallarının tamamının kökeni olarak egemenin istemini postulat durumuna getirdiğinden ve zorlama üstünde durduğundan, bunu her zorlayıcılığa dayanan tanımın zorunlu olarak aynı kökeni ima ettiği [mantığı] izler.

Eğer, yukarıdaki tanımlar (ki her biri Austin sonrası ve zorlayıcılığa dayalıdır) hukuk kurallarının bütününe bir egemenin iradesine dayandırsalardı, güvenilmez olmaları gerekecekti. Bugün, Austin savunucuları bile, kastettikleri egemenin evrensel olarak uygulandığında, Hobbes'un tasavvurundaki gibi, kaba bir fiksiyon olduğunu kabul ediyorlar. Bütün toplumlarda bir egemenin bulunduğunu farzetme durumunda bile, Austin'in tasarımı bazı hukuk kurallarının daha önceleri hukuk-dışı (extra-legal) normlar olduklarını veya egemenin bunların bazılarını hukuk normlarına dönüştürürken, diğerlerini dönüştürmeyişinin sebeplerini açıklamaz. Halbuki, yukarıdaki tanımların hiçbiri bir egemeni postulat haline getirmiyor (ve kesinlikle, sözcüğün Austinici anlamında değildirler). Bileşik tanımın açıkça belirttiği nokta, özel statüdeki kişiler yüksek bir olasılıkla ihlâlî tepki gösterecek olmadıkça, bir normun hukuk normu olmayacağıdır. Bu yüzden, eğer özel bir yaş grubunun, sosyal kulübün, soyun veya toplumun başka bir bölümünün üyeleri, bir normun yandaşları veya yandaş ve üye olmayanlarca ihlâlînde her ikisine de düzenli olarak karşılık veriyorsa, bu durum düzenli uygulanan misli ile karşılık mevcut olmaksızın gerçekleşiyorsa, ilgili norm bir-hukuk kuralıdır^[16]. Şimdi, söylemeye gerek yokki, bu toplumsal birleşmeler, terimin makul bir yorumuyla, hemen hemen egemenleri temsil eder. Dahası, normu verili bir insan kuşağının mensuplarının koymadığı, tedricen şekillendiği bütünüyle düşünülebilir.

Austinci olmayan zorlayıcılığa dayalı tanımların bir egemenin varlığının postulat haline getirmediği farkedildiğinde, hukuk kurallarının kökenini konu alan eleştiriler farklı bir doğrultu kazanır. Hart, tekrar kısa ve öz bir özetlemeyi ortaya koyuyor: "... oluşum tarzlarıyla emirlerden (idari emirlerden-çn). ayrılan hukuk kuralları bulunur; çünkü, onlar açık bir emirle herhangi bir karşılaştırılabilir şekilde varlık alanına getirilmezler."^[17] Hart, bir betimleme olarak, geleneğin "hukukça tanınması"na işaret eder ve o, hukuk kurallarının bütününe emirler, komutlar vb. şekillerinde ortaya çıkmadıklarını iddiada haklıdır. Fakat, niçin böyle? Zorlayıcılığa dayanan bir tanım, hukuk kurallarının kökeni hakkında hiçbir şeyi ortaya koymaz; çünkü, hukuk kuralı, toplumsal değişme süreci olarak değil koşul olarak ortaya konulur. Bazı hukuk kuralları gelenek olarak ortaya çıkar; daha başkaları ise, başka şekilde. Bu düşünce izlenerek, Hart'ın zorlayıcılığa dayanan tanımları eleştirisi, gerçekten onların hukuk kurallarının "kökenlerini" açıklamadıkları konusundadır. Gerçekten açıklamazlar. Böyle bir açıklama, örneğin şunlar gibi, yanıtlanması gereken bir dizi ampirik soruyu çağrıştıracaktır: Niçin bazı hukuk-dışı normlar hukuk kuralına dönüşür de, tümü

(16) Otoriteye ilişkin konvansiyonel batılı yaklaşımı, hukuk kurallarını koyan ve / veya kuvvetiyle destekleyen statüler (yani, yasakoyucular, polis memurları, bölge başsavcılar gibi) anlamında, "resmi görevliler" üzerinde odaklanarak, etnosentriktir. Fakat, batılı olmayan toplumların bazılarında, aynı fonksiyonları, esas olarak başka rolleri de üstelenen statülere veya sosyal birimlere bağlanmış olabilir. Bkz., Hoebel, *loc. cit.*

(17) Hart, *op. cit.*, p. 77.

dönüşmez? Niçin, hukuk kurallarının bütünü değilde, bazıları değerlendirmeye dayanan uyumun içine çekilmiş olarak kalır? Bu türden soruların yanıtlarını bir tanımdan beklemek veya bir tanımda aramak, en kötü cinsten bir Aristo mantığıdır.

Hukuk Kurallarının Uygulanabilirliği

Tanımlama bir tarafa bırakılarak, bir hukuk kuralının genellikle sadece birtakım insanlara uygulanabildiğine inanılır. Hukuk kurallarının uygulanabilirliğinde konunun odak noktası onları koyanlardır. Austinci düşüncenin tasarımı, onları ortaya koyma yetisiyle, egemenin hukuk kurallarının üstünde bulunduğu imâ eder; fakat bu imâ, hukuk kurallarının bazı toplumlarda hem uyruklara, hem de egemene uygulanması nedeniyle, açık kanıtlarla desteklenmez. Buna rağmen, gerçekte, zorlayıcılığa dayanan tanımlar, bir egemeni ya da hukuk kurallarının resmen yürürlüğe konulmasını zorunlukla imâ etmezler; uygulanabilirlik düzeyi, hâlâ eleştirmenlerce dikkati çeken bir konu olarak ele alınıyor. Örneğin, Hart'ın değerlendirmesine bakınız: "... hukukun bütün çeşitlerine rağmen, bir ceza yasası [maddesi-çn]. belli eylemleri yasaklayarak veya cezalandırma altında toplayarak, çoklukla, bir kişinin diğerlerine yönelttiği tehditlerle desteklenmiş emirler görünümündedir; her şeye rağmen, böyle bir yasa, önemli bir yönüyle, sadece diğerlerine değil, onu koyanlara da uygulanışıyla, belirtilen emirlerden ayrılır."^[18]

Hart'ın sözlerinde bazı anahtar sözcükler vardır. O, "tehditlerle desteklenmiş emirler"e başvurmasını Kelsen'in ve kesinlikle yukarıdaki bileşik tanımın tasarımına değil, Austin'e uygular. Bir ceza yasasının (veya yasa maddesinin-çn) "genellikle", sadece onu koyanlara uygulanmasına da dikkat ediniz. Biz, bu örnekte, evrensel uygulanabilirliğin hukuk kurallarına it gerçeği tanım aracılığıyla oluşturmadığının zımnen kabul edilmesiyle karşı karşıyayız; ve Hart, bir başka yerde, Austin'in görüşünün bile, bazı toplumlardaki belli hukuk kurallarına "uygun olduğunu" örtülü şekilde kabul eder^[19]. Dahası, bir normun bütün kişilere uygulanmadıkça hukuk kuralı olmayacağını veya onu koyanlara da uygulanması gerektiğini iddia eden zorlayıcılığa dayalı tanım eleştirisi mevcut değildir. Böylesi, demokratik bir ideolojinin entosentrizmine sefilce teslim olmak olacaktı. Bundan çıkan sonuç nedir? Ços basit. Hart ve diğer eleştirmenler, zorlayıcılığa dayalı tanım eleştirisi mevcut değildir. Böylesi, demokratik bir ideolojinin etnosentrizmine sefilce teslim olmak olacaktı. Bundan çıkan sonuç nedir? Çok basit. Hart ve diğer eleştirmenler, zorlayıcılığa dayalı bir tanımın uygulama genişliğinin bir toplumdan diğerine veya bir hukuk kuralından diğerlerine niçin farklı olduğunu "açıklamasını" talep ediyorlar. Bir eleştiri olarak bu talep, en tartışılabilir yönü oluşturur.

Hukuk Normlarının İçerikleri

Zorlayıcılığa dayanan herhangi bir tanımın, muhtemelen, en zorlu eleştirisi kapsamı hakkındadır. Böylesi bir tanım zorlama üstünde durduğundan, açıkca ceza hukukuna taallük eder; fakat, bununla, tartışmasızca hukuksal statüde olan normatif fenomenlerin diğer alanlarında şüpheler başgösterir. Hart'ın görüşü en inandırıcı biçimiyle, şöyle ifade edilir:

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*, pp. 41-42.

"Bazı genel yasaklamalar ile diğerlerinin davranışlarının sonucundaki zararın giderimini birincil amaç yapan haksız fiil hukuku arasında bir ölçüde kıyaslama (birçok önemli farklılığa rağmen) yapılır. Burada, davranış tiplerinin ne olduğunu belirleyen kuralların her ikisi de yapılabilir aykırı davranışları inşa eder; bunlar, kişilerin istemleri, "ödevleri" (veya daha seyrek olarak "yükümlülükleri") dikkate alınmaksızın ilgili davranıştan kaçınmalarını üstlerine yükleyen şekilde ifade olunur. Bu davranışın kendisi "bir ödevin yerine getirilmemesi"ni ve zararın giderimi veya diğer hukuksal çözümler de "yaptırım"ı deyimler. Fakat, hukukun, tehditlerle desteklenmiş yasaklamalarla kıyaslamamanın hiç sonuç vermediği önemli bölümleri vardır; bunlar oldukça farklı bir toplumsal fonksiyonu icra ederler. Geçerli sözleşmeler, irade açıklamaları (wills) veya evlenme akitleri içinde yer alan şekilde tanımlanan hukuk kuralları, istesin veya istemesin kişilerin belli bir doğrultuda davranmalarını gerektirmeksizin, ortaya çıkarlar. Bu şekilde hukuk kuralları kişilere ödevler veya yükümlülükler yüklemeler. Bunun yerine, ortaya çıkarma konusunda hukuksal iktidar bahşederek, bireylere belli özelleşmiş usullerle ve belli koşullara tâbi olarak istemlerini gerçekleştirme kolaylıkları ile hukukun zorlayıcı çatısı altında hak ve ödev yapıları temin ederler"^[20].

Tartışmanın ağırlık noktası, zorlayıcılığa dayanan tanımların "özel" hukuku dışta bıraktıklarından yeterince kapsamlı olmadıkları konusundadır. Eğer ve eğer ki, bu hukuk kurallarının "ödevler veya yükümlülükler yüklediği" iddiasını kabul eden bulunursa, eleştiri haklı sayılabilir. İddia yerinde değildir, zira, bir sözleşme, irade açıklaması veya evlenme akdi gerçek anlamda potansiyel bir yaptırımın koşullarını yaratır; bu da, zorlayıcılığa dayanan bir hukuk tanımının görüş açısından hareketle, yükümlülüğün yorumlanmasıdır^[21]. Şu iki ifadeyi düşünün: [1] Eğer bir kişi "X" fiilini işlerse, ona karşı "A" fiili uygulanacaktır. [2] Eğer "Y" fiili gerçekleşir ve bunun sonucunda "Z" ika olunursa, "Z"yi ika edene karşı "B" uygulanacaktır. Birinci ifade suçlara ilişkindir, ancak ifadelerin her ikisi altlarında özel statüdeki kişilerin belli tipteki davranışı önlemeye, düzeltmeye veya bu davranışa karşılık vermeye yönelik eylemde düzenli şekilde bulunabilmesinin koşullarını tayin eder ve bu zorlayıcılığa dayalı hukuk tanımının özünü oluşturur. Binaenaleyh, ikinci ifadenin sınırları içinde formüllendirilebilen herhangi birkoşul da hukuku oluşturur; sözleşmeler, evlilik akitleri ve irade açıklamalarının bu yolla açıklanabileceği ortadadır. Evliliği bir case (İtalikler çevirenin) olarak düşünün. Gerçekte, hukuk evliliği ne emreder, ne de yasaklar (yani, evliliğe pozitif veya negatif bir yaptırım tayin etmez); ancak ne biri ne de diğeri onu "kolay" evlilik veya daha fazla bir şey haline getirir. Burada hukuk koşullar ve bu koşullarla ilgili önceki veya sonuçtaki fiillerle ilgilenir. Bundan dolayı, evlilik hukuku, kişinin evliliğe adım atmasının ne suretle olduğu hakkındaki talimatlardan daha fazla bir şeydir. "Talimatlar" durumu yaratan daha önceki fiilleri tasrih eder ve hukukun değişmeyen tarafı, belli neticevi fiillerin gerçekleşmesinde düzenli şekilde tercih edilen eylemlerin ayrıntılı olarak tayin edilmesidir.

(20) *Ibid.*, p. 27

(21) Kelsen, *loc.*, *cit.*.

Hart, özel iktidarların icrasında başvurulan "şart cümlecikleri" (if-clauses) serisi olarak (davacıların eylemlerini de bir koşul şeklinde ekleyerek) yorumlandığını teslim ediyor^[22]; fakat, bunu takiben, böyle bir yorumun hukukun fonksiyonlarını çarpıtıldığını iddia ediyor:

"Eğer, hukuka bütün olarak basitçe üstüne ödevlerini yüklediği kişilerin görüş açısından bakar ve diğer cephelerinin tümünü içinde ödevleri onlara yükleyen az veya çok ayrıntılı koşullarına indirgersek, açıkça tâli durumda olan bir şeyle meşgul oluruz; elemanları, en azından, hukukun karakteristiği ve topluma yönelik olan ödevler durumundadır. Eğer böyle anlaşılmalıysa, özel iktidar bahşeden kurallara, onları uygulayanların görüş açısından bakılmalıdır. Bundan sonra, onlar (özel iktidarlar-çn.) sosyal yaşama zorlayıcı kontrolün üzerinde veya üstünde hukukça ilave edilmiş eleman biçiminde görünür. Böyledir, çünkü, bu hukuksal iktidarlara sahiplik resmi sıfatı bulunmayan (private) yurttaş anlam verir; bu kişi, eğer belirtilen kurallar mevcut değilse, açıkça bir ödev yaratıcısı, sıfattan yoksun bir yasa koyucu durumuna gelebilir. Bu kişi, ortaya koyabildiği sözleşmeler güvene dayalı işlemler (trusts), irade açıklamaları ve diğer hak ve ödev yapılarının sınırları içinde hukukun doğrultusunu belirleme yetkisi kazanır. Niçin, kurallar bu özel usulde kullanılır ve büyük ve savunmayla ilgilikolaylıkları bahşeder; niçin, ödev yükleyen kurallardan ayrı olarak kabul olunmazlar; niçin, bunların varlık kazanması bazı hususlarda gerçekten belirtilen iktidarların uygulanışı tarafından belirlenir? Bu türden iktidar-bahşeden (power-conferring) kurallar ödev yükleyen kurallardan farklı olarak, sosyal yaşamdan hareketle düşünülür, ifade olunur, sosyal yaşamın içinde kullanılır ve farklı sebepler için değerlendirilir. Karakterindeki farklılıklara uygun başka hangi ölçüler mevcut olabilirdi?"^[23].

Hart'ın eleştirisinin bu bölümü bir çelişkiye doğru yol alıyor. O, bir noktayı, tanımın özel iktidarları bahşeden normları dışta bıraktığı noktasını iddia eder; fakat bu iddia, belirtilen normların zorlayıcılığa dayanan tanımların bütünü tarafından (kısmen de Kelsen'in tanımı tarafından) dışlanmadığının fark edilmesiyle, geçerliğini yitirir. Bu noktada, Hart'ın iddiasının ağırlık noktası değişir. Şimdi, zorlayıcılığa dayalı tanımlar yetersizdir, zira özel ceza hukukunu (private criminal law) ayırd etmezler. Şu kadar ki, zorlayıcılığa dayanan bir hukuk tanımı cinse ait şekilde anlam taşır; Hart'ın eleştirisinin ne suretle geçerli olabileceğini görmek zordur. Bu, bir kişinin *equus caballus* tanımını, sanki safkan binek atlarına ve Shetland midillilerine eşdeğer başarıyla uygulandığı için, reddetmesi gibidir. Zorlayıcılığa dayanan bir tanım bu konuda Hart'ın ısrarla üstünde durduğu ayrımları dışta bırakmaz; bir case'de (sözleşme, irade açıklaması vb.) potansiyel bir yaptırımın koşulu tekil bireylerce yaratılır, bir başkasında bu şekilde yaratılmaz.

Hart'ın hakiki muhalefeti, zorlayıcılığa dayanan birtanımın, hukuk kurallarının eylemsel olarak ne surette işlediğini, yani sosyal fonksiyonunu belirgin şekilde açıklamadığıdır. Fakat, ne Hart ne de başkası, her bir tekil hukuk kuralının aynı toplumsal fonksi-

(22) Hart, *op. cit.*, pp. 35-36. Burası Hart'ın, AUstin eleştirisinin, çağdaş zorlayıcılığa dayalı hukuk tanımlarına vemen e Kelsen'in görüş açısına zorunlukla uymadığını fark ettiği birkaç ömekten biridir.

(23) *Ibid.*, pp. 40-41.

yonu sahip olduğunu iddia edebilir. Bu konuda, hukukun toplumsal fonksiyonunun genel olarak bütün toplumsal birleşmelerde aynı olmadığı iddia edilebildi. Hukukun fonksiyonlarına yönelik sorular, hem hukuk biliminin hem de hukuk sosyolojisinin can damarını oluşturur, fakat kesinlikle kavramsal tartışmalarla yanıtlanamaz.

TARTIŞMANIN GENİŞLEMESİNİN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORULAR

Bu noktaya kadar zorlayıcılığa dayanan bir hukuk kavramına yönelik itirazları ele aldık. Bununla birlikte, eğer eleştirideki mantık ileri götürülürse, çok sayıda değişik düşünceler öne sürüldü. Eleştirinin mantığı gerçekten reddedilir, fakat bu, başka anlamlı ampirik soruların ortaya çıkışına hizmet eder.

Belli davranış tiplerini önlemeyi, düzeltmeyi veya bunlara karşılık vermeyi düzenli şekilde uygulayan özel statüdeki kişilerin varlığı zorlayıcılığa dayanan bir hukuk tanımınca, basit söyleşiyle, muhakkak addolunmuştur; yani bu hukukun bir koşuludur. Bu perspektifi eleştirmekten çok, bir soru sormak daha yapıcıdır: Bu tür statüler niçin ve nasıl varlık kazanır? Bu araştırma karşılaştırmalı çizgileri izlemek zorundadır; zira, literatür incelenen statü tipine yer vermeyen toplumların varlığını ima ediyor^[24]. Bu toplumlarla batılı uluslar arasındaki temel farklılık nedir? Bundan başka, niçin, bu statüler bazı toplumlarda belli davranış çeşitlerini düzeltme, önleme veya bunlara karşılık verme fonksiyonlarına ek rol ve fonksiyonlara sahiptir? Nihayet, bu statülerin çıkışı evrimsel bir doğru izler mi?^[25]

Zorlayıcılığa dayanan tanımların çoğu, "hukuksal otoritelerin" tepkilerinde belli bir düzenlilik derecesini açık veya örtülü olarak postulat haline getirir; fakat onların hiçbirisi belli bir asgari düzenlilik standardını koşul haline getirmez. Belki de, genişlemesine bir araştırma yapılmaksızın hiçbir kesin ve savunulabilir standardı formüllendirebilmek olanağı yoktur. Bir toplumsal birleşmeden diğerine reaksiyonların verili olabilirliği içinde karşılaştırmalı olarak değişimi açıklama çabaları daha fazla önem taşıyabilir; çünkü bunlar hukuksal reaksiyonlarda asgari bir düzenlilik standardının tayininde gerekli bir temeli ortaya koyabilir. Halbuki, yukarıdaki soruların bazıları antropolojik karakterdeki araştırmaları gerekli kılar; reaksiyonlardaki düzenliliğe ilişkin soru, yazılı (uygar-çn.) ve kentsel topluluklarla ilişki içinde denetlenebilir; çünkü, bu konudaki her gerekçe, hukuksal reaksiyonunun düzenliliğinin bazı toplumlarda bir topluluktan diğerine değiştiği inancını vermektedir.

Sonuç olarak, zorlama ve karşılık vermeyi kavramsal sorunlar olarak tartışmaktan ziyade, göreceli bir sorunun yanıtı aranmalıdır. Niçin, zor kullanma ve karşılık vermenin gerçekleşmesi bir sosyal birleşmeden diğerine değişiklik gösterir? Alışılmış anlamda karşılık

(24) Özel olarak bkz., E.E.Evans-Pritchard, *The Nuer*, 1940; "The Eskimo: Rudimentary Law in a Primitive Anarchy", in Hoebel, *op. cit.*, ch. 5; R. F. Barton, *Ifugao law*, University of California Publications in American Archaeology and Ethnology, Feb. 1919 ve Hoebel, "The Political Organization and Law-Ways of The Comanche Indians," *American Anthropological Association, memoirs*, No: 54 [1940].

(25) Normdan sapan davranışa tepkiyle ilişkili statülerin karakteristiklerinde evrimsel bir trendin kanıtı olarak bkz., Schwartz and Miller *loc. cit.*. Bu, son yıllardaki, hukuk sosyolojisinin erken dönemindeki geleneği sürdüren, (yani, karşılaştırmalı bir görüş açısını sürdüren) birkaç çalışmadan biridir.

vermenin mevcut olduğu çağdaş veya tarihsel okuryazar olmayan (ilkel-çn.) toplumlar vardır^[26] ve bunun gerçekleşmesi muhtemelen, yazıya sahip (uygar-çn.) toplumların aralarında veya içlerinde bile büyük ölçüde değişiklikler gösterir. Karşılık verme hakkında söylenenler zor kullanımına da eşdeğer ölçüde uygundur. Bilhassa, hukuksal otoritelerce kuvvet kullanmanın sosyal birleşmeler içinde gösterdiği değişim ne ölçüdedir ve niçin gerçekleşir? Zorlama ve karşılık verme hakkındaki araştırmaların antropolojik çalışmalarla sınırlandırılması gereği yoktur. Yukarıda belirtildiği üzere, kentsel toplumların arasında ve içlerinde (yani topluluklar veya bölgelere göre) muhtemelen, dikkate değer farklar vardır. Hatta, kuvvet kullanma ve karşılık vermenin gerçekleşmesinde, önemli dramatik değişim örnekleri vardır. Örneğin, geçmişte Birleşik Devletler okulları ve insan hakları konulu yasa tasarruflarındaki ırk ayrımının kaldırılmasıyla ilgili olaylar, ırkların ilişkileri konusundaki araştırmalardan daha fazla ilgi topluyor; çünkü, bu olaylar, zor kullanma ve karşılık vermeyi hukukun ve hukuku ihlâlin elemanı olarak dramatik şekilde açığa vurdular.

Fuller'deki Hukukun Ahlâksallığı

Daha önce ortaya konulduğu gibi, zorlayıcılığa dayanan hukuk tanımlarına yönelik eleştiriler hukukun alternatif tanımlarında birbiriyle uzlaşmazlar. Üstelik onlar, bir arada ele alındıklarında sıklıkla hukuk kurallarına sadece bir tanım görüntüsü veren nitelikleri yüklerler. Bu noktada, bir örnek olarak, Lon Fuller^[27], hukuk kurallarının sekiz "niteliğini" (desiderata) öne sürer: [1] genellik, [2] yürürlük, [3] makable şamil olmamak, [4] vuzuh, [5] çelişkisizlik [6] davranış şekillerinde sadece olanaklı olanları gerekli kılmak. [7] zaman içinde kalıcılık, [8] resmi fiille (hukuksal otoritelerin fiilleri-çn.) ilân edilen kural arasındaki uygunluk.

Fuller, hiçbir noktada bu niteliklerin, birtanım aracılığıyla, hukukun gerçeğini oluşturduğunu açıkça iddia etmez^[28]; ve nitelik (tekil halde "desideratum" -çn.) terimini kullanışı, onların hukuk kurallarını karakterize etmesi gerektiğini ima eder. Buna uygun olarak, iki alternatif yorum gözönünde bulundurulabilir. Birincisi, niteliklerin Fuller yönünden bir değer yargısını temsillemesidir. Veya, ikincisi, Fuller'in hukuk kurallarının etkinliği hakkında bir teori formüllendirmiş olmasıdır ki bu, hukuk kurallarına en üst seviyede uyma için zorunlu ve / veya yeterli koşulların ortaya konulmasıdır.

Bu durumda, bir hukuk sisteminin etkinliği sorunu sadece hukuk sosyolojisinin ilgi alanına girmez (veya girmemelidir), fakat bu, siyasa mülâhazlarındaki müşkül faktörlerden

(26) Nuer, Ifugao, Eskimo ve Comanche, bu noktadaki örneklerdir. Bkz., *supra.*, d. n. 24.

(27) L.L. Fuller, *The Morality of Law*, 1964.

(28) Fuller, hukuku, "insan davranışını kuralların yönetimine tâbi kılma girişimi" olarak tanımlar; ancak o, bu tanımla, sekiz "niteliği" arasındaki ilişkiyi ortaya koymaz. Bir miktar ilişki, bununla birlikte, "Nazi Almanyası hukukunun diğer ulusların hukukları gibi hukuk olduğu" görüşünü reddetmesinde ima olunuyor [*Ibid.*, pp, 107, 123]. Bu düşünce, Nazilerin Fuller'deki "girişim"le bağdaşmamasından değil, onların hukuk kurallarının sekiz niteliğin birine veya birden fazlasına sahip olmamasından, açıkça red olunuyor. Muhtemelen, Fuller niteliklerini (desiderata), tam olarak vasıflar (qualities) olarak değil, fakat, hukukun kriterleri olarak düşünüyor. Her halükârda, hukuk tanımı açısından olduğu gibi, Fuller hiçbir noktada "kuralları" tanımlamaz veya hukuk kurallarıyla diğer kural tipleri arasındaki farklılığı açıklamaz.

biridir de. Lâkin, sorunun kavramsal deği, ampirik olduğuna dikkat ediniz. Bunun sonucunda, bir teori olarak Fuller'in hukuksal nitelikleri müşahededeki başarısı, ne zorlayıcılığa dayanan bir tanımı çürütür, ne de alternatif bir tanım getirir.

GENEL BAKIŞ

Hart ve diğer eleştiren yazarların zorlamaya dayalı hukuk kavramlarına "bir teori", "bir model", vb.^[29] olarak işaret etmeleri açık bir dikkatsizlik değildir. Böyle yapıyorlar, zira bir tanımdan hareketle yanıtlanamayacak ampirik soruları ortaya atıyorlar. Tanımların konunun esasını kapsayan (substantive) teoriyle karmakarışıklığı hukuk bilimi içinde her tarafa yayılmış durumdadır ve u en talihsiz tarafı oluşturur. O, bir şey [eleştiri - çn.] uğruna, çözümlenemez kavramsal sorunlar doğuruyor. Bununla aynı önemde olmak üzere, o, hukuka ilişkin ampirik sorulara yönelik araştırma veya yanıtları formüllendirme cesaretini kırıyor.

Hukuk bilimcileri konunun esasını kapsayan teorinin (saf kavramsal analizlerin karşıtı olarak) çatısı altında birleşmeye ve gerçeklik yasalarını bulgulamayı amaçlayan (nomothetic) araştırmayı yürütmeye fazlaca eğilim göstermediklerinden, bu ihmal nedeniyle, hukuka ilişkin ampirik sorular hukuk sosyolojisinin anlamına geçebilmiştir. Fakat, bu alan, "hukukçuluk mesleği" ve toplumsal birleşmelerin içinde özellikle hukuku uygulayanların (jurors) davranışları ile meşgul olunmadıkça ihtiyacı karşılamayacaktır. Hukuk sosyolojisi, hukuk bilimiyle ilişkisini yeniden ele almalıdır. O, bu alanda bilhassa, kavramsal çalışmalar tarafından ortaya çıkarılmış ampirik soruları yanıtlamalıdır.

(29) Doğruyu söylemek gerekirse, Kelsen'in "teori" teriminin yanlış kullanımına katkıda bulunduğu kaydolunmalıdır. O, hiçbir zaman, analitik hukuk biliminin birincil olarak kavramsal bir yapıya sahip olduğunu ve hukuka ilişkin ampirik önermeleri ortaya çıkaran bir kapsamlı (konunun esasını kapsayan - çn.) teori olmadığını farketmez. Kelsen ve analitik okulun üyeleri, bütün olarak, eleştirilerinde olduğu gibi, hukuka ilişkin ampirik sorunlara duyarsızdırlar.