

İLKEL TOPLUMLARDA ÖZEL MÜLKİYET HAKLARININ İCRASI: DEVLET OLMADAN HUKUK*

Bruce L. Benson

Çev.: Araş. Gör. Umut Koloş **

Eğer hukuk sadece, devletçe desteklenen mahkemelerin ve kodların [*codes-Çn.*] olduğu yerde mevcutsa, tüm ilkel toplumlar hukuksuzdur¹. Aslında, geniş biçimde benimsenen hukuk tanımı ya da “teorisi”ne göre, “hukuk devleti ancak ‘kamu düzeninin varlığı’ anlamına gelir. Bu, *hukuksal buyruğun* çeşitli enstrümanları ve kanalları aracılığıyla işlev gören *organize devlet* demektir. Bu anlamda, tüm modern toplumlar hukuk devleti altında yaşarlar [ancak, ilkel toplumlar değil].”² Hukukun bu tanımı hukuk teorisyenlerinden hukuksal pozitivist okulu karakterize eder ve ekonomistler genel olarak, piyasanın ancak özel mülkiyet haklarının iyi tanımlanıp icra edildiği ve böylece devletin “oyunun kurallarını” kurup icra etmesine ihtiyaç duyulduğu bir sistemde etkinlikle fonksiyon gösterebileceğini belirtirler. Hatta hukukun ve düzenin, devletin zorunlu işlevleri olduğunu sorgulayan bir ekonomistin gülünç ve bihaber bir radikal olduğu diğer meslektaşlarınca düşünülür. Örneğin, Bernard Herber, tipik bir kamu maliyesi ders kitabında şöyle yazar:

İç istikrarın hukuk ve düzen formunda sağlanması ve mülkiyetin korunması...işlevi...ancak aşıkâr bir anarşiste mantık olarak zıttır. [Hukuk ve düzen] devletin tartışmalı bir işlevi olmadığından, ...kaynak tahsisi amacıyla bir kamu sektörünün mevcudiyetine dair bir ekonomik meseleyi yapılandırmak için ayrıntılı bir analize ihtiyaç yoktur.³

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Makalenin özgün atfı bilgisi: Bruce L. Benson, “Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies: Law Without Government”, **The Journal of Libertarian Studies**, Vol. IX, No. 1 (Winter 1989), s.1-26. Makalenin yazarı halen Florida State University’de Ekonomi bölümü başkanlığı yürütmektedir. Makalenin çevirisi, yazarından alınan izinle gerçekleştirilmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (*kolos@istanbul.edu.tr*). Makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı’nda verilen “Toplumsal Yapı ve Hukuk” dersi için, dersi yürüten öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan’ın uygun görmesiyle çevrilmiştir.

Yazarın Notu: Bu projeyi, bana bir F. Leroy Hill bursu sağlayan Beşeri Çalışmalar Enstitüsü’nün desteği ile gerçekleştirebiliyorum. Bu çalışma, Kamu Politikası Araştırmaları Pasifik Enstitüsü’nün desteği ile hazırlanmakta olan *Özgürlük ve Adalet: Hukuksal Provizyona ve Düzene Alternatifler* adlı kitaba yansıtılacak ve ona eklenecektir. Pasifik Enstitüsü eleştirmenlerine ve yardımcı olan yorumları ve önerileri için bilhassa Randy Barnett’a teşekkür etmeyi isterim.

¹ Robert Redfield, “Primitive Law,” in Paul Bohanan, ed., **Law and Warfare** (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).

² Wolfgang G. Friedmann, **Law and Social Change in Contemporary Britain** (London: Stevens, 1951), p.281. Vurgu eklenmiştir.

³ Bernard P. Herber, **Modern Public Finance: The Study of Public Sector Economics**, (Homewood, Ill.: Richard D. Irwin, 1975).

Kendimi aşikâr bir anarşist olarak ifade etmesem de, hukukun ve [onu-Çn.] icra etmenin kamusal üretiminin lehinde ve alehindeki meselenin “uzun bir analizinin” yapılma zamanının geldiğini ileri sürebilirim.

Hukukun ve düzenin kamusal karşılığı meselesinin analizine başlamada bir nokta, ilkel hukuk sistemleri üzerine antropolojik literatürün irdelenmesiyle birlikte yer alır. Bu sistemler hukuksal pozitivistler için bilhassa sorun olmaktadır, zira, bu sistemler görünür bir biçimde, devlet yönetiminin olmadığı hukuk ve düzen örneklerini yansıtırlar. Aynı biçimde, bu, devletin özel mülkiyet haklarını kurup icra ettiğini varsayan ekonomistler için de sorunlu olmalıdır. F. A. Hayek’in ileri sürdüğü gibi,

İlkel insan toplulukları...hakkında bildiklerimiz, hukukun orijini ve belirlenmesini yasakoyucunun iradesi izleğinde gören teorilerin varsaydığından farklı bir orijini ve belirlenmeyi ortaya sermektedir...gerçek hukuk tarihi, evrimin çok geç bir safhasında hukukun orijinini açıkça ortaya çıkarmaya başlar. Eğer insanın kendi bilgeligi içinde bütün ahlâki ve hukuksal kurallar sistemini tasarlamış olduğu ya da tasarlamış olabileceği yolundaki entelektüel yargının yaygın nüfuzundan özgürleşmeyi diliyorsak, toplumsal yaşamın ilkel...başlangıçlarına bir bakışla işe başlamalıyız.⁴

Yapılması gereken tam olarak budur.

İlkel sistemler antropologlar ve hukuk alanındaki bilim insanları tarafından kapsamlı biçimde çalışılmış bulunmaktadır. Bir ekonomist henüz söylenmemiş olan neyi ekleyebilir? Takip eden inceleme, hukuk hükümlerini ve icrasını etkileyen kurumları ve teşvikleri [*incentives*-Çn.] vurgulayacaktır. Ekonomistlerin geniş hukuk ve düzen konusuna yapabilecekleri katkı bu vurgudur⁵. Bazıları hukukun ekonomik analiz için uygun olmadığını ileri sürebilir, zira hukuk mübadele piyasasında üretilmez ve paylaşılır⁶. Muhakkak, ekonominin piyasa kurumları hakkında söyleyeceği çok şey vardır, ancak onun alâkası ve faaliyet alanı çok dar değildir. Ekonomik teori sadece yarışan faydalar arasında pay edilmesi gereken kıt kaynaklara ihtiyaç duymaktadır. Açıkça, polis hizmetleri, yargı zamanı ve hukuk süreci ile düzenin tüm diğer girdileri kıttır ve bunların pay edilmesi gerekir. Bunun da ötesinde, ekonomik teori bireylerin teşviklere ve kısıtlamalara nasıl tepki verdiklerini de dikkate alarak insan davranışını açıklar. Bu analizin asıl altında yatan iyi tanımlanmış bir dizi davranışsal varsayım ve kapsayıcı ancak münhasıran piyasa kurumlarıyla sınırlandırılmamış kurumlar, teşvikleri ve sınırlandırmaları hem sağlar hem de onlara karşılık olarak yaratılırlar.

⁴ F. A. Hayek, **Law, Legislation and Liberty, vol. 1, Rules and Order** (Chicago: University of Chicago Press, 1973), p. 73.

⁵ Örneğin, John Baden, Richard Stroup, and Walter Thurman, “Myths, Admonitions and Rationality: The Amerikan Indian as a Resource Manager,” **Economic Inquiry** 19 (January 1981) : 399-427; ve D. Bruce Johnsen, “The Formation and Protection of Property Rights Among the Southern Kwakiutl Indians,” **Journal of Legal Studies** 17 (January 1986) : 41-67.

⁶ Aslına bakılırsa, hukukun üretilmesi ve icrasının paylaşılması kolayca bir piyasa süreci olarak karakterize edilebilir. Bkz. Bruce L. Benson, **Liberty and Justice: Alternatives in the Provision of Law and Order** (San Francisco, Calif.: Pacific Institute) Forthcoming.; ve Bruce L. Benson ve Eric Engen, “The Market For Laws: An Economic Analysis of Legislation,” **Southern Economic Journal** 54 (January 1988) : 732-745.

İlkel toplumlar sıkça ekonomik bir perspektiften analiz edilegelmiştir. Örneğin, Demsetz mülkiyet haklarını kurma teşviklerini açıklayıp analizini Amerikan Kızılderili tarihinden örnekler kullanarak uygularken⁷ Baden, Stroup ve Thurman, farklı Amerikan Kızılderili kabilelerinin kaynak yönetimi teşviklerini incelemiş bulunmaktadırlar⁸. Johnsen, Kwaikiutl Kızılderilileri arasında mülkiyet haklarının formasyonunu ve korunmasını keşfetmiştir⁹. Buradaki tartışma bu çalışmaların izinden yürümekte ancak hakların icrası amacıyla biçimlendirilen *hukuksal kurumları* tartışmak için, onların teşvikler ve mülkiyet hakkı formasyonu üzerine vurgularının ötesine geçmektedir. Bu bakımdan Friedman'ın Ortaçağ İzlanda hukuk sistemine¹⁰ benzemesine rağmen, [çalışma-Çn.], görece daha ilkel sistemleri vurgular ve hem ekonomik teori hem de hukuk teorisi bağlamında, özel olarak üretilen hukuk sistemlerinin genelleştirilebilir karakterize edilmişlerini geliştirir. Bu anlamda o, Posner'a daha yakın durmaktadır, ancak çoğu sonucu gibi vurgusu da farklıdır¹¹. Posner açıkça göstermiştir ki, ilkel hukuk sistemlerinin ekonomik bir perspektifle irdelenmesi, özel sektör kurumlarının etkin bir hukuk yapımına ve hukukun icrasına yol gösterebilmesini sağlayan güçlü teşviklerin kurulmasını mümkün kılabildiğini ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte burada, ilkel toplumlarda şiddetin bedelinin ve düzenin faydalarının bireysel haklar ve özel mülkiyet vurgusuyla muteber davranış kurallarının kurulmasına neden olmaya yeterli oldukları vurgulanmaktadır -yani, yasa tipleri daha karmaşık toplumlarda serbest piyasa düzeninin idamesi için zorunludur. Ayrıca, bu kuralların *icrası* için iradi katılım *mekanizmaları*, *uyuşmazlıkların hükme bağlanması*, ve Posner'in aksine, *daha ileri hukuksal inkişafa olanak sağlanması* da geliştirilmiştir.

Aşağıdaki sunuş altı kısma ayrılmıştır. İlk olarak, hukuk alanındaki bilim insanlarınca ve antropologlarca tanımlanan hukuk kavramı ortaya konmuştur. İkinci olarak, devlet kavramı kısaca irdelenmiştir. Ardından gelen üç bölüm, birkaç atropolojik çalışmada ortaya konan üç ilkel toplumun incelenmesini, özel olarak üretilmiş hukuk sistemlerinin genel karakterlerini saptamak için ayırmaya adanmıştır. Son olarak, sonuç babındaki kelâmımız altıncı bölümdedir.

I. Hukuk Kavramı

Malinowski hukuku bir antropoloğun penceresinden "insan arzularını, tutkularını ve içgüdüsel itkilerini engelleyen kurallar; bir yurttaşın haklarını diğerlerinin cinsel arzularına, açgözlülüğüne ya da kötülüğüne karşı koruyan kurallar" olarak tanımlamıştır¹². Bu tanımlama, örf-adetlerin ve toplumsal ahlak kurallarının [*social mores*-Çn.] geniş ölçüde kabul edildiği ve onlara uyulan

⁷ Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights," **American Economic Review** 57 (May 1967) : 347-359.

⁸ Baden, Stroup and Thurman, "Myths, Admonitions and Rationality."

⁹ Johnsen, "The Formation and Protection of Property Rights."

¹⁰ David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case," **Journal of Legal Studies** 8 (March 1979) : 399-415.

¹¹ Richard A. Posner, "A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Primitive Law," **Journal of Law and Economics** 23 (April 1980) : 1-53; ve Posner, **The Economics of Justice** (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).

¹² Bronislaw Malinowski, **Crime and Custom in Savage Society** (London: Routledge and Kegan Paul, 1926).

bir toplumda, devlet yönetimi, yazılı anayasa ya da kodlar olmadan da hukuksal bir sistemden olduğunu ileri sürmektedir. Ahlâk ve hukuk eşanlımlı gibi görünmektedir. Hukuk teorisyeni Lon Fuller, buna rağmen, bu kavramları farklılaştırmıştır:

Ahlâk da insan davranışlarının kontrol edilmesiyle birlikte mütalaa edilir...öyle ki, bir kurallar sistemiyle karşılaştığımızda, sistemi bütün olarak bir hukuk sistemi mi yoksa bir ahlâk sistemi mi olarak isimlendirmemiz gerektiğine karar veririz. Bu soruya, burada cesaret edilip verilmeye çalışılan tek yanıt, amaca yönelik insan gayreti olarak bakıldığında hukukun "insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma girişimi"nden ibaret olduğunu iddia ettiğimde, "girişim" kelimesinde içerilendir.¹³

Böylece, Fuller'in hukuk tanımı, davranış kurallarını tanımlayan toplumsal ahlâk kurallarının basit bir mevcudiyeti olmaktan daha fazlasını içermektedir. Bir "girişim" olmak zorundadır ve bu "tam olarak hukukun, yapısal sabitlikleri sergileyen amaca yönelik bir girişim olmasından"dır¹⁴. Hukuk girişimi icra, değişim ve uyumsuzluk çözümü mekanizmalarını oluşturmaktadır.

Fuller'in hukuk kavramı, örneğin Malinowski'ninkinden ziyade, antropolog Redfield tarafından tasarlanan hukuk bakışına daha yakından tekabül etmektedir. Redfield hukuku "Ona eşlik eden icra teçhizatıyla birlikte yer alan, bir eylem ilkeleri ve kısıtlamalar sistemi" olarak tanımlar¹⁵. "Teçhizat", Fuller'in hukuksal girişiminin alameti olan "yapısal sabitlikleri" açıkça teşkil etmektedir.

Birincil ve İkincil Kurallar Karşılığı

Malinowski ve Redfield gibi antropologlarca tasarlanan hukuk tanımlamaları arasında ayırım yapmanın bir başka yolu hukuksal pozitivist H.L.A. Hart'ın "birincil" [*primary-Çn.*] ve "ikincil" [*secondary-Çn.*] kurallar söyleminden yararlanmaktan geçer¹⁶. Hart'a göre,

Yasa koyucusuz, mahkemesiz veya her hangi bir türde memursuz bir toplum, elbette, tahayyül edilebilir. Gerçekten de, sadece bu ihtimalin gerçekleştiğini iddia etmekle yetinmeyen, ayrıca tek sosyal kontrol aracını, grubun kendi standart davranış modlarına...yükümlülük kuralları...açısından yönelen genel tepkisi olduğunu ayrıntılı olarak dile getiren, ilkel toplumlara dair pek çok çalışma vardır...böylesine bir sosyal bir yapıyı birincil yükümlülük kurallarından biri olarak anmalıyız.¹⁷

Hart şunu ileri sürmektedir, yalnızca birincil kuralların işlev gördüğü bir toplum küçük ve "akrabalık, ortak duyarlılık ve inanç ile yakından örülü" olmalıdır ya da "böylesine basit bir sosyal kontrol biçimi hatalı olanı ispatlamalıdır ve farklı yollardan katkıya ihtiyaç duyacaktır"¹⁸.

Bu bizi, Hart'a göre bir toplum çok genişledikçe veya işlevler çeşitlendikçe, sadece birincil kuralların varlığında ortaya çıkacak sorunların düzeltilmesi için dizayn edilen ikincil kurallara götürür. Hart üç muhtemel sorun üzerinde durmuştur: (1) "*belirsizlik*" [*uncertainty-Çn.*], ki bu sadece birincil kuralların mevcut olması halinde vuku bulur. "Kuralların ne olduğuna dair veya bazı

¹³ Lon L. Fuller, **The Morality of Law** (New Haven: Yale University Press, 1964), p. 130.

¹⁴ Ibid., p. 151.

¹⁵ Redfield, "Primitive Law, " p. 3.

¹⁶ H. L. A. Hart, **The Concept of Law** (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp. 89-96.

¹⁷ Ibid., p. 89.

¹⁸ Ibid., p. 90.

verili kuralların kesin uygulama alanlarına dair şüpheler gün yüzüne çıktığında, bu şüpheyi ortadan kaldırmak için bir prosedür olmayacaktır";¹⁹ (2) birincil kuralların "kuralları, değişen koşullara, ya eski kuralları ilga ederek ya da yenilerini yaparak, bilerek uyarlayan araçları" içermeyen "statik karakteri"dir [*static character-Çn.*];²⁰ (3) "etkisizlik" [*inefficiency-Çn.*], çünkü "Kabul edilen bir kuralın ihlâl edilip edilmediğine dair uyuşmazlıklar daima söz konusu olacaktır ve özellikle en küçük toplumlarda, eğer ihlâlin aslını nihai ve yetkili olarak çözmeye muktedir kılınmış bir aktör yoksa, sürekli olarak devam edecektir."²¹ Bu üç sorunun her biri, Hart'a göre, birincil kuralların ikincil kurallarla desteklenmesi ile çözüme kavuşabilir ve "çözümler birincil kurallar rejimini kesin olarak bir hukuksal sisteme dönüştürebilir."²²

Hart ikincil kurallarını aşağıdaki gibi tanımlar:

1. *Tanıma kuralları* [*the rules of recognition-Çn.*] "Grubun içinden çıkan, sosyal baskıyla desteklenen kuralların nihai olumlu gösterge olarak alınmasını sağlayan kimi özellik ya da özelliklere sahip oluşu"²³ belirtir. Hart, örnekleri ve tartışması yazılı dokümanları vurgulamasına ve devlet benzeri otoritelerin tanınmasını ima etmesine rağmen, böylesine bir kuralın geniş biçimler alabileceğini ileri sürmüştür.

2. *Değiştirme kuralları* [*the rules of change-Çn.*] kuralların yasama, mahkeme içtihadı, kraliyet kararnamesi ya da olası pek çok diğer prosedür aracılığıyla çıkarıldığı araçları ortaya koymaktadır.

3. *Muhakeme kuralları* [*the rules of adjudication-Çn.*] "bir birincil kuralın, belirli bir olayda, ihlâl edilip edilmediği sorununa ilişkin bireyleri yetkili belirlemeler yapmaya"²⁴ yetkilendirirler.

İlk bakışta, Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayrım, Fuller'in ahlâk ve hukuk arasında yaptığı ayrımın bir başka biçimde basitçe belirtilmesi gibi görünür. İlkel bir toplumun yönetildiği kurallar örf-adetten ya da toplumsal ahlâk kurallarından (birincil kurallar) gelebilir, ancak bu toplumun bir hukuk sistemine sahip olması için yetkili bir icra mekanizmasında sonuçlanacak, bir uyuşmazlık çözüm sistemi ve herhâlde toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verecek bir araç, bir "girişim" (ikincil kurallar) olmalıdır. Bununla birlikte, Fuller'in ve Hart'ın hukuk kavramları arasında özsel farklılıklar vardır. Hart'ın hukuk algısı, hukuku tipik olarak gözlemlenen hukuksal kurumlarla tanımlayan (genellikle devlet) hukuksal pozitivist şemsiye altına girer. Öte yandan Fuller, evrimci (ya da "doğal hukukçu") bir perspektife sahiptir. Bu bakışlar ve başta gelen temsilcileri arasındaki farklılıklar hukuk yazınındaki klasik bölümlenmenin uzun soluklu tartışmalarını türetmiştir. İlginç ve önemli olmakla birlikte burada ayrıntılandırılması gerekmeyen bu Hart-Fuller tartışmasının bir boyutu aşağıda vurgulanacaktır. Daha ziyade, Hart'ın ilkel toplum hukukundaki belirsizlik, statik karakter ve etkisizlik hakkındaki değişimleri, bu toplum görece büyüdüğünde ve çeşitlendiğinde, ilkel hukuka dair takip eden tartışmayı geliştirmede odak noktaları tedarik etmek için kullanılacaktır. İlkel toplumların çoğunun (hatta tümünün), belirli insan davranışını

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p. 91.

²² Ibid.

²³ Ibid., p. 92.

²⁴ Ibid., p. 94.

kontrol etme girişimleri bağlamında -yani, birincil kuralların uygulanmasında- belirsizlik, statik karakter ve etkisizlik sorunlarını, onlar doğduğunda hafifletecek mekanizmaları kurmayı doğal olarak tercih ettikleri -ya da diğer bir ifadeyle ikincil kuralları oluşturdukları tartışılacaktır.

Burada ileri sürülen ve aşağıda gösterilen *ilkel toplumların birincil kuralları yanı sıra ikincil kurallara da sahip oldukları* iddiası, hukuksal pozitivist okulca varılan sonuçlardan keskin biçimde ayrılmaktadır. Örneğin Hart'tan, ilkel toplumların genel olarak, birincil kuralları tanımlama yetkisini dizayn eden ve uyumsuzlukları yargılayan ikincil kurallardan yoksun oldukları sonucu çıkarılabilir²⁵. İlkel toplumlara bu bakış, hukuksal pozitivistlerin devlet yönetiminin hukuk için önkoşul olduğu ve hal böyle iken ilkel toplumların böylesi bir yönetim olmaksızın işlediği iddiaları için araç tedarik etmektedir. "Gerçek" bir hukuk sistemi devletçe kurulan ikincil kuralları gerektirirken, ilkel toplumlar, sözümona, sadece birincil kurallara sahiptir²⁶.

Devam edebilmemiz için, Fuller-Hart tartışmasının özel bir boyutu tartışılmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu sunuş bağlamında önemli bir ayrım, Fuller'in, Hart'ın tanıma ikincil kuralı belirlemesine dair yorumunda vücut bulmaktadır. Fuller bu kuralın otorite kötüye kullanıldığında dâhi ortadan kaldırılamayan bir *kesin otorite* ima ettiği sonucuna varmıştır²⁷. Fuller'in, Hart'ın tanıma kuralı yorumu büyük ölçüde bizim amaçlarımızla uyumludur. Hayek'in açıkladığı gibi,

Hukuk tedricen, uyumsuzlukların çözümü için başvurulanan benzer kişilerin uzlaştırma çabalarıyla eklenir ancak bu kişilerin hüküm vermek zorunda oldukları eylemler üzerinde buyurma iktidarları yoktur. Karar vermek zorunda olacakları sorunlar, tarafların herhangi bir kimsenin iradesini kötüye kullanıp kullanmadığı değil, onların eylemlerinin, grubun üyelerinin gündelik davranışlarının temellendiği pratiklere karşılık geldikleri için diğer tarafların makul surette biçimlendirdiği beklentilerle uyulaşıp uyulaşmadığıdır. Örf-adetlerin buradaki önemi, insanların eylemlerine rehberlik eden beklentilerin doğmasına neden olmaları ve bağlayıcı olacak şey, bu itibarla, herkesin gözlenmekte olduğunu düşündüğü ve bu münasebetle çoğu faaliyetlerin başarısının şartı haline gelmiş olan uygulamalardır²⁸.

Otoriteye bu bakış Fuller'in hukuk kavramını da karakterize eder. O, "bir hukuk sisteminin kendisine sınırsız desteği, onun 'haklı' olduğu anlayışından türettiğine şüphe yoktur...bu anlayış, zımni beklentilerden ve kabullerden türer" diye yazmıştır²⁹. Yukarıda ortaya konan hukuk ve otorite yaklaşımını akılda tutarak, dikkatimizi şimdi devlet kavramını irdelemeye verelim³⁰.

²⁵ Kenneth I. Winston, "Editon Note, " in Lon L. Fuller, ed., **The Principles of Social Order** (Durham. N.C.: Duke University Press. 1981).

²⁶ Aslında Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasındaki ayrımı eşanlamlı değilse bile, çoğu hukuk alanındaki bilim insanının yaptığı "özel hukuk" ve "kamu hukuku" ayrımı ile ilişkindir. Özel hukuk sıklıkla davranış kurallarını dizayn etmek için kullanılırken kamu hukuku bu davranış kurallarını icra etmek için devlet aygıtlarını düzenleyen kurallara göndermede bulunur. Bkz. Hayek, **Law, Legislation and Liberty**, pp. 133, 176-178. Bu ayrım burada yapılmamaktadır, zira "kamu hukuku" bir devleti ve onun yönetimini ima ederken, yukarıda belirtildiği üzere, ikincil kurallar bir devlet olmaksızın gelişebilir ve gelişirler.

²⁷ Fuller, **Morality of Law**, pp. 133-155.

²⁸ Hayek, **Law**, vol. I, pp. 96-97.

²⁹ Fuller, **Morality of Law**, p. 138.

³⁰ Hart, hukukun tanınması için tipik olarak yazılı olmak zorunda olduğunu ima etmiştir, ancak Fuller'a göre "hukuk, toplumda geniş biçimde paylaşılan doğru ve yanlış kav-

II. Devlet Kavramı

Devlet kavramı, hukuk kavramını tanımlamaktan daha zor olabilir. Devlet, hukuk icrası girişimi ya da mekanizmaları anlamına gelecek biçimde tanımlanabilir ki, bu durumda hukuksal pozitivist argüman kolayca tersyüz edilebilir: Eğer hukuk varsa, devlet vardır. Ancak bu, devletin popüler algılanışı olmadığı gibi, hukuksal pozitivistlerce (ya da ekonomistlerin çoğunca) benimsenen bakış değildir. Velhasıl Hart, devlet kurumları olmadan bir toplumun mevcut olabileceğini belirtmiştir³¹.

Devletsel bir sosyal kuruluşu devletsel olmayan bir sosyal kurulumdan ayırmak için ortaya konan yollardan birinin, özel olarak düzenlenen ortaklık ikna vasıtasıyla elde edilirken devletin zorlama vasıtasıyla razı etmesi olduğu ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, ortaklık ile ikna arasındaki çizgi net değildir. Gerçek olan, her mülkiyet hakkının eninde sonunda güç ve şiddet tehdidiyle desteklendiğidir³². Aşağıda tartışılan ilkel sistemlerdeki durum net biçimde budur. Mülkiyet hakları sistemi icraya ihtiyaç duymaktadır ve otoritelemini kabul ettirecek teşvikler yoksa icra edilemezler. Zorlamanın görelî bir derecesi, hukuku tanımlarken dikkate alınacak faktörlerden biridir ancak tek faktör bu değildir.

Devlet ile devlet olmayan arasındaki farka dair ileri sürülenlerden bir başkası, bir devlet varken oybirliğinden daha azına (Örn., çoğunluk oyu, seçilmiş temsilcilerin oylarının çoğu ya da bir kralın yahut diktatörün kararı) ihtiyaç duyulurken, mülkiyeti devretmek için, özel bir anlaşmanın söz konusu tüm tarafların *bağlaşık* rızalarına gerek duymasıdır. Bu argüman zorlama/ikna tanımlamasıyla ilgilidir ve elbette benzer sebeplerden ötürü tamamen tatmin edici değildir. Örneğin, bazı ilkel hukuk sistemleri için (hatta İzlanda³³ ve İrlanda³⁴ gibi bazı Ortaçağ sistemleri için de) temeli iradi sözleşmesel anlaşmalar sağlamaktayken bazıları için akrabalık bu temeli sağlamaktaydı. İnsanlar ailelerince gerçekleştirilen üretimin içinde olmak ya da ona katkı sunmak için bağlaşıklıkla anlaşmak zorunda değildir, bununla birlikte, ilkel bir akrabalık grubundan ayrılmanın kolay ya da güvenli (ve açık bir biçimde bedelsiz) biçimde gerçekleştirildiği açık değildir.

Devletin zorlama ve bağlaşıklıkla olmayışı ile açıklanması tamamen tatmin edici olmadığı için burada benimsenen devlet tanımı, hukuk üretimi ve icrası işlevlerini sergileyen kurumları -yani, yasama, yürütme ve yargılama, vurgulamaktadır. Özel olarak devlet, bu kurumların (1) hukuksal işlevleri yerine getiren bireylerin bazıları ya da tamamı için gelirin birincil kaynağının bu işlevlerden türetilmesi, ve (2) yasaların üretiminde ve icrasında yer alan bireylerin bazılarının ya da tamamının, zorlayıcı iktidarlarının, eylemlerinden etkilenen tarafların oybirliğinden çok bir sistem vasıtasıyla *doğrudan* türetilmesi

ramlaştırılmalarına net bir açıklama getirdiği ölçüde ilan edilme ve açıkça düzenlenme ihtiyacının önemi azalır." Ibid., p. 92.

³¹ Hart, **Concept of Law**, p. 89.

³² John Umbeck, **A Theory of Property Rights With Applications to the California Gold Rush** (Ames, Iowa: Iowa State University Press, 1981) ; ve John Umbeck, "Might Makes Rights: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights," **Economic Inquiry** 19 (January 1981) : 38-59.

³³ Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law."

³⁴ Joseph R. Peden."Property Rights in Celtic Irish Laws." **Journal of Libertarian Studies** 1 (1977).

anlamında, “bürokratlar” olmaları yoluyla var olur (Örn., kraliyetin tayini veya bağlaşma olmadan seçilen yahut güç aracılığıyla otorite sahibi olan bir idarecinin tayini ile). Modern ulus-devletlerin ve onların önceli olan monarşilerin kurumsal karakteristikleri böylece devletin varlığını gösterir³⁵. Devlete bu yaklaşım, devlet gelişirken modern piyasa ekonomisi karakteristiklerinin de geliştiğini ima etmektedir³⁶. Eş zamanlı gelişim, ticaret hukukunun gelişimi için devlet yönetiminin ve onun yasalarının zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, özel mülkiyetin ve bireysel hakların kurulması için [devlet yönetimi ve yasalarının-Çn.] zorunlu olmadığını görmemiz gerekmektedir³⁷.

III- Yurok Kızılderilileri ve Onların Kuzey California’lı Komşuları Arasında Birincil ve İkincil Kurallar

Walter Goldsmidt, Yurok, Hupa ve Karok Kızılderilileri ve onların bazı Kuzey California’lı komşularını çalıştıktan sonra “...yeni gelişmekte olan kapitalist Avrupa’daki belirli yapısal ve etik karakteristikleri şaşırtıcı derecede yansıtan bir kültür”den bahsetmiştir³⁸. Bu Kızılderili toplumunda mülkiyet, evrensel biçimde bireysel özel aidiyet olarak yer tutmaktadır. Sosyal olarak, bu Kızılderililer hanelerde ve köylerde örgütlenmiştir. Sınıf ya da diğer devredilemez grup üyelikleri ve elde edilmiş otoriter bir konum yoktur -yani, zorlayıcı bir iktidar ile devlet benzeri bir yönetim yoktur.

Özel mülkiyet hakları keskin biçimde tanımlanmıştır. Hak ayrımları, örneğin (1) farklı ürün tiplerinin hak ayrımlarının yapılması; (2) yabancı bir grubun topraklarında sahiplik hakları (Örn., Hupalar, Yurok topraklarında mülkiyete sahipti) ve (3) kişiler arasında hak ayrımı (Örn., bir balık tutma alanı bazı kimselerce sahiplenilebilir ve kullanımı bir gün bir kişi, başka bir gün bir başkası ve devamı kullansın diye bölünmüştür). Aidiyet, eksiksiz ve devredilebilirdir. Mübadele, parasal sistem tarafından kolaylaştırılmıştır.

Özel mülkiyet vurgusu kabile toplumlarının bir çeşit sosyalist ya da komünal toplum olduğunu sananlar için şaşırtıcı olabilir. Ancak, buna karşın, özel mülkiyet hakları ilkel toplumların müşterek bir karakteristiğidir; en önemli birincil davranış kurallarını oluştururlar³⁹. Velhasıl, aşağıda ayrıntılı olarak

³⁵ Aslına bakılırsa, devlet, Ortaçağ dönemi boyunca (ve tabii bazı daha erken dönemlerde) Avrupa’da krallarca hükmedilen bu uluslara mahsus karakteristiklere otorite sistemi sahip olduğunda ya da krallar iktidarlarını merkezileştirdiği ve genişlettiği yahut yurtaş grupları kralın gücünü sınırlamaya giriştiklerinden beri gelişen karakteristiklere sahip olduğunda var olmaktadır. Ayrıntılar için bkz. Benson, **Liberty and Justice**.

³⁶ Ibid.

³⁷ Bruce L. Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law, " **Southern Economic Journal** 55 (January 1989) : 644-661.

³⁸ Walter Goldsmidt, "Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge, " **American Anthropologist** 53 (October-December 1951) : 506-524.

³⁹ Hayek’e göre (**Law, vol. 1**, p. 108),

Mülkiyetin sonraki bir aşamada ‘icat edildiği’ ve bundan önce erken bir ilkel komünist devletin olduğu düşüncesi hatalıdır. Bu mit, antropolojik incelemelerle tamamıyla çürütülmüş bulunmaktadır. Mülkiyetin tanınmasının en ilkel kültürlerin dâhi doğuşundan önce geldiği ve uygarlaşma dediğimiz her şeyin, bireylerin ve grupların korunan alanlarının tayin edilmesi sayesinde mümkün kılınan spontane eylemler düzeni temelinde geliştiğine dair şu an hiçbir soru işareti olamaz. Zamanımızın sosyalist düşüncesi, işin bu iç yüzünü ideolojik esinlenmeli olma şüphesi altında bırakmakta başarılı olmasına rağmen, bu alandan elde edilenler bunun herhangi bir bilimsel gerçek kadar bilimsel bir hakikat olduğunu göstermektedir.

açıklandığı üzere, hukuk icrası (tanıma ve muhakeme ikincil kuralları) *iradi* birlikte düzenlemeler aracılığıyla doğmuştur. Yasaların iradi olarak tanınması ve icra edilmelerine katılmak *sadece yapıp etmelerin maddi yararları her bireyce içselleştirilebildiğinde* doğuyor gibidir. Yani, bireyler, hukuksal süreçte yer almak için teşviklere gereksinim duyarlar. Teşvikler, ödülleri (kişisel çıkarlar) ya da cezayı içerebilir. Ceza, çoğu kez, zorlayıcı bir devletin kurduğu ve hukukun tanınmasına razı eden bir tehdittir, ancak bir devlet olmadığında teşvikler çoklukla pozitifdir. Bireyler, hukuksal sistemde yer almalarından ötürü katlandıkları maliyet kadar ya da daha fazlasını elde etmeyi ummak zorundadır. Yuroklar arasında, özel mülkiyetin ve bireysel hakların korunması (aşağıda detaylandırılan diğerleriyle birlikte), iradi olarak katılım göstermeye razı etmek açısından, görünen o ki, yeterli ölçüde cazip bir çıkardır.

Şimdi mülkiyet haklarının tanımlandığı ve icra edildiği işbirliğinin gerçek doğasını dikkate alalım -yani, hukuksal girişimi karakterize eden ikincil kuralları. İlk olarak,

Köy ve kabileyi bir kelimeyle bertaraf edebiliriz. Kişiler ikamet ettikleri köyleri ve asıl kabileleri ile tanımlanmışlarsa da, bu grupların ikisinde bireyin davranışı üzerine doğrudan bir talepleri yoktu; savaşlarda bir köy ya da ulusal bir devlet, bir köy ya da kabilesel bir eylem yoktu. Önemlidir ki, birlik, uzak bir yere ya da kültür yörüngesi içindeki diğer kabilelere taşınmakla etkili biçimde kırılıbiliyordu⁴⁰.

Bununla birlikte, Kızılderili kabileleri iyi gelişmiş bir özel yargılama sistemine sahipti⁴¹. Mesela, eğer bir Yuroklu hukuksal bir süreci istiyorsa -kendi haricinde, topluluktan uyumsuzluğa alâkasız iki, üç ya da dört "aracı" [*crosser-Çn.*] tutabilirdi. İtham edilen davalı da aracı tutabilirdi ve tarafların tuttukları bu gruplar arabulucu [*go-between-Çn.*] gibi davranıp iddiaların ve savunmaların doğrusunu ortaya çıkarmak ve delil toplamak işlerini yapabiliyorlardı. Aracılar tüm delilleri gördükten sonra, uğranılan zararla ilgili karar verebiliyorlardı.

Formal uyumsuzluk çözüm sistemi, açık muhakeme kurallarını içermektedir. Hart'ın belirttiği gibi, "açık muhakeme kuralları içeren bir sistem, zorunlu olarak bir başlangıç ve yetkin olmayan tipin tanıma kuralını da icra etmektedir. Bunun nedeni, eğer mahkemeler bir kuralın ihlâl edildiğine dair otoriter belirlemeler yapmaya yetkilendirilmişlerse, bunlar kuralların ne olduğunun otoriter belirlemeleri olarak alınmaktan kaçınamazlar"⁴². Bu Kuzey California kabilelerindeki suçlar büyük ölçüde cinayetten, zinadan, hırsızlıktan yasadışı avlanmanın lanetlenmesine ve küçük çapta aşağılamalara kadar bir alana yayılmıştır⁴³. Biçimlendirilmiş bir sosyal birim olmadığından, tüm suçlar kişiye karşıdır (haksız fiiller [*torts-Çn.*]). Uyumsuzlukların doğuşu ve aracının ilgisini gerektirmesi bakımından bir bireyin eyleminin hukukun bir meselesi olması bir diğerini negatif biçimde etkilemesini gerektirdiğinden, bu, söz konusu toplumda gelişen prosedürlerin kaçınılmaz sonucudur. Bir kişinin tek başına yaptığı ya da iradi olarak diğer kişilerle işbirliği içinde gerçekleştirildiği ancak açık biçimde diğerlerini etkilemeyen veya onlara zarar vermeyen eylemler gibi, açıkça bu türden olmayan eylemler, asla bir aracıyı ilgilendirecek davranış kurallarının konusu olamamışlardır.

⁴⁰ Goldsmidt, "Ethics, " p. 506.

⁴¹ William M. Landes ve Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good, " **Journal of Legal Studies** 8 (March 1979), p. 243.

⁴² Hart, **Concept of Law**, p. 89.

⁴³ Goldsmidt, "Ethics, " p. 512.

Yurok Hukuku, eğer aracı, davalının suçlu olduğuna karar verirse, onun şikâyetçiye ödeyeceği belirli bir cezayı [*fine-Çn.*] ya da tazminatı açıkça içermekteydi. Sorumluluk, kasıt, hasarın değeri ve saldırıya uğrayan kişinin statüsü gibi hususların tamamı tazminatı belirlerken dikkate alınırdı. Tüm kişilik ya da mülkiyet ihlalleri mülkiyet terimleriyle değerlendirilebilir, bununla birlikte, her biri kesin tazminatları gerektirirdi. Tekrarla, açıkça hukuk, ceza hukukundansa modern haksız fiil hukuku doğasındaydı. Ancak, karar nasıl icra edilmiştir? Bütün bu olan bitenden sonra, "Her kişinin kendi ilgisine hizmet edecek daimi bir çabası aracılığıyla baskın çıkan düzenden olarak, devlet kesin biçimde *laissez faire* idi [aslında burada tasarlanan tanım bakımından yoktu]⁴⁴.

Kabilelerin tümünden birliği tarafından etkili bir bütünsel toplum dışına sürme [*total ostracism-Çn.*] tehdidi -aşağıda defalarca tartışılacak olan boykot yaptırımının sıra dışı bir biçimi- var olduğundan, aracının kararı icra edilebilirdi. Bu Kuzey California toplumunda, eğer bir kimse cezasını ödememişse, kendiliğinden, şikâyetçinin ücretli kölesi [*wage slave-Çn.*] haline gelirdi. Eğer bu cezayı kabul etmeyi reddederse, herhangi birinin hiçbir sorumluluk taşımadan kendisini öldürebileceği, toplum dışına atılan ya da "kanunsuz" kişi olurdu. Bu ciddi boykot yaptırımının korkusu, elbette, aracının kararına uyulmaya meyilli olduğunu anlatmaktadır. Şiddet tehdidi tek başına şiddetin norm olduğuna işaret etmez. Esasında, bu ve diğer ilkel hukuk sistemleri bireylerin şiddetten kaçınması arzusu biçiminde temel bir güdüye sahiptir.

Sıradaki sorun, toplum dışına sürme tehdidini gerçekleştirilebilir kılmak için topluluğun nasıl işbirliği yaptığıdır. Bu kabilelerdeki her erkek bir "terleme-evi grubunun" [*sweathouse group-Çn.*] -bir zorlamayı [*sudatory-Çn.*] paylaşan üç veya daha fazla komşu evden erkekler grubu- üyesidir⁴⁵. Grubun üyeleri kabul ettiği müddetçe, herhangi bir gruba katılma özgürlüğü vardır. Şu var ki, gruplar sadece bir sosyal organizasyon olmaktan ötededir. Dinsel kuttörenleri [*rituals-Çn.*] yaparlar ve bir uyuşmazlık halinde çoklu destek sergilerler. Her üye destek sağlama hususunda güçlü teşviklere sahiptir, zira gelecekte bir anda kendisini bir uyuşmazlığın içinde bulabilir ve şimdiki uyuşmazlık taraflarından birinin karşılık vermesine ihtiyaç duyabilir. Böylece, eğer bir suçlu, aracının kararını reddeder ve kanundışı olursa, saldırıya uğrayan bireyin terleme-evi grubu, fiziksel bir karşılık vermek için ona dönebilecektir. Topluluğun geri kalanı ise müdahale etmeyecektir.

Yurok yasaları ve onların yaptırımları açık biçimde tanımlanmış ve otorite sistemi bu yasaların icra edilebildiği yerde kuruluydu. Otorite, karşılıklı düzenlemeler vasıtasıyla kurulmuştu. Pospisil'in açıkladığı üzere, otorite "zorlayıcı ya da izin verici" olabilir⁴⁶. Yani, bireyler otoriteyi kabul etmeye zorlanabilir ya da ikna edilebilir. Bu, Yurok'un ve ilgili kabilelerin, karşılıklı düzenlemelere iradi katılımları ve bu gerçekleşirken bir uyuşmazlık olayında o toplumda kurulan muhakeme sürecini kabul etmeleri bakımından, bireysel üyelerinin kendi menfaatlerinde açıklı. Bu iradelilik, uyuşmazlık çözümünün şiddete dayanan biçimlerindeki içkin yetersizlikten geniş ölçüde kaçınmaktadır.

Fuller, hukuksal (ya da ahlâki) bir görevin, etkilediği kimseler için açık ve kabul edilebilir olması bakımından üç koşul ileri sürmüştür:

⁴⁴ Redfield, "Primitive Law, " p. 8.

⁴⁵ Goldsmidt, "Ethics, " p. 512.

⁴⁶ Leopold Pospisil, **Anthropology of Law: A Comparative Theory** (New York: Harper and Row, 1971), p. 58.

İlk olarak, görevin kaynaklandığı karşılıklı ilişki, bundan doğrudan etkilenen taraflar arasındaki iradi bir anlaşmadan doğmalıdır; onların kendileri görevi "yaratır". İkinci olarak, tarafların karşılıklı performansları değerde eşit olmalıdır. İradi varsayım nosyonunun kendisi adalet duygusuna güçlü bir çekicilik yaratsa da, bu çekicilik eşitlik unsuru ona eklendiğinde pekiştirilmiş olur. Burada kesin bir kimlikten, mübadele için bir anlam ifade etmediğinden, diyelim ki, bir kitabın ya da fikrin kesinlikle aynı kitaba ya da fikre karşılık gelmesi, bahsedemeyiz. İnsanları birleştiren karşılıklılığın sınırı, onların farklılıklarına rağmen değil ama onların farklılıkları nedeniyle. Bu itibarla, ne zaman bir karşılıklı ilişki nitelik ararsak, gereksinim duyduğumuz şey, türce farklı şeylere uygulanabilecek bir değer ölçütüdür. Üçüncü olarak, toplumdaki ilişkiler, bugün bana borçlu olduğun aynı görevi yarın ben sana borçlanabileyim diye, akışkan olmalıdır -başka deyişle, görev ilişkisi teoride ve pratikte tersinebilir olmalıdır...

Bunlar, görev nosyonunun optimum realizasyonu için üç koşuldur; bunlar, bir görevi, onu yerine getirecekler için anlaşılabilir ve yenir yutulur kılan koşullardır.⁴⁷

Bu üç koşula Yurok terleme-evi gruplarında açıkça rastlanır. Düzenlemelere iradi olarak girilir. Bir birey, hukuksal bir uyumsuzluk durumunda, kendini böylesi bir uyumsuzluğun içinde bulduğunda onlardan eşit bir yükümlülüğü edinebilmek için diğerleri ile kendini bir yükümlülük mübadelesi içine sokabilir. Ve nihayet düzenleme, her bireyin, gelecekte kendi mülkiyet hakkı tehdit edildiğinde aynı türde desteğe ihtiyacı olduğunu fark ettiği için, bir uyumsuzluk durumunda grubundaki bir kimseye destek sunma konusunda güçlü bir güdüye sahip olması anlamında simetriktir. Erkeklerin iradi olarak böylesi karşılıklı düzenlemelere girişmeleri, bir uyumsuzluk doğduğunda leffen görevlerin net biçimde açıklandığını ve yerine getirildiğini ima eder.

Hukuk girişimi, sosyal etkileşim için zorunlu bir önkoşuldur. Toplumun gelişimi, bir hukuk sisteminin eşzamanlı evrimi ile birlikte yürümelidir. Lon Fuller, Yuroklar arasındaki gibi uygulanan bir "örf-adet hukukunun" en iyi biçimde "etkileşim dili" olarak betimlenebileceğini belirtir⁴⁸.

Ona göre, anlamlı biçimde etkileşim için insanlar, katılım gösteren oyuncuların davranışlarının genel olarak içinde yer alacakları önceden kestirilebilir modellerin içinde yer aldığı sosyal düzenlere ihtiyaç duyarlar. Etkili bir sosyal davranışa anjaje olmak için insanlar, bir takım iç içe geçmiş beklentilere ihtiyaç duyarlar. Bu beklentiler, insanların karşıdaki üyelerin ne yapacaklarını bilmelerini sağlar ya da en azından onların, kendi davranışlarına karşı gelecek cevaplardan oluşan genel repertuarın kapsamını ayarlamalarını mümkün kılar. Bazen, örf-adet hukukundan, yazılı olmayan bir davranış kodu olarak bahsederiz. *Kod* kelimesi burada uygundur. Zira, burada söz konusu olan, basit bir olumsuzlama, belirli istenmeyen davranışların yasaklanması değil ama bu olumsuzlamanın, öngörülebilir ve kabul edilir eylemleri gündeme alması ve ardından süregelen etkileşimsel karşılıklar için bir yönelim noktası sağlaması anlamıdır.⁴⁹

Kuzey California Kızılderilileri arasındaki bu etkileşimi kolaylaştırma işlevi, geniş ölçüde, açık -ancak yazısız- davranış kodlarının otoritesiyle hayata geçirilmekteydi ki bu kodlar, üzerinde karşılıklı olarak anlaşılan, iyi-yapılandırılmış [*well-established-Çn.*] arabaluculuk düzenlemelerine dayanan, toplumdışına sürme ve en nihayetinde fiziksel müdahale tehdidiyle desteklenen hu-

⁴⁷ Fuller, *Morality of Law*, pp. 23-24.

⁴⁸ Fuller, *Principles of Social Order*, p. 213.

⁴⁹ Ibid.

kuksal yaptırımlar marifetiyle icra edilmekteydi. Aslında, bu gerçekten de “tüm hukukun kolaylaştırmayı amaçladığı beklentilerin uyuşmasıdır”⁵⁰. Etkileşimi, beklentilerin uyumlandırılmasıyla kolaylaştırma girişimi, açıkça, kesinliği ve etkinliği kurma eğilimindedir.

Tabiidir ki, bu ilkel hukuk sisteminin aktüel kesinlik ve etkinlik derecesini sorgulamak zordur. Bununla birlikte, doğrudan olmayan bazı bulgular vardır. Evvela, bu California Kızılderiileri “hareketli ve yaratıcı insanlardı... [ve] burada sefalet bulunmazdı”⁵¹. Eğer teşvikler, “hareketli ve yaratıcı” davranışların müsebbibi olsaydı, muhtemeldir ki bireyler ve onların özel mülkiyet hakları oldukça iyi korunurdu. Bununla birlikte, özel mülkiyet haklarının yaygın tanınması, daha dikkate değer bir kesinlik derecesine işaret etmektedir. “Bu itibarla, ancak her bireyin korunan alanını tanımlamak suretiyle, hukukun kendisinin düzenlediği, ‘diğerlerine zarar veren’ eylemleri genel olarak yasaklayışına belirlenebilir bir anlam verilir. Bireylerin kendi bilgilerini...kullanmasına izin verilen bir toplumda ulaşılabilecek beklentilerin maksimum kesinliği...her bir kişiye bu şartlardan hangilerinin diğerleri tarafından değiştirilmemesi gerektiğini ve hangilerini onun kendisinin değiştirmemesi gerektiğini söyleyen kurallar tarafından sağlanır”⁵².

Yuroklar ve onların komşu kabileleri arasındaki icrai yasalar ve prosedürler iyi biçimde belgelere dayandırılmış bulunmaktadır. Bunlar birlikte, iyi yapılandırılmış tanıma ve muhakeme kurallarına işaret etmektedirler. Peki ama ya değiştirilme kuralları? Yurok hukukunda aktüel değiştirme örnekleri belgelenilmemiştir. Yani, maalesef, antropoloji literatürünün çoğunun sınırlandırması, hepsi olmasa da, aşağıda belirtildiği gibidir. Pospisil, “görece kısa bir dönemde (bir ya da iki ardışık yıl) pek çok toplum çalışıldığından ve pek çok araştırmacı, bireyi sosyal süreçten ayıran erken sosyolojik dogmadan yoğun biçimde etkilendiğinden, [ilkel hukukta] iradi yenilikler hakkında çok az sayıda açıklama yapıldığını” açıklamıştır⁵³. Bununla birlikte, muhakeme kuralları değiştirme kurallarına da işaret etmektedir, zira, bir uyuşmazlığın muhakemesi yeni bir yasanın eklenmesine ya da en azından yazılı olmayan mevcut bir yasanın beklenmedik bir durum bağlamında açıklanmasına sebep olmaktadır. Fuller’ın da açıkladığı üzere,

Biçimlendirilmiş herhangi bir içtihat birliği [*stare decisis*-Çn.] ya da kesin hüküm [*res judicata*-Çn.] yokluğunda dâhi, muhakemesel bir belirlenim, normal olarak, davacının gelecekteki ilişkilerine ve aynı mahkemenin önce kendilerini davacı olarak gören diğer tarafların gelecekteki ilişkilerine belli bir derecede dâhil olacaktır. Mahkemenin, kararını verirken dayandığı nedenlere dair bir açıklaması olmasa bile, bazı nedenler sezinlenecek ya da tahmin edilecektir ve taraflar davranışlarını buna göre yönetme eğiliminde olacaklardır.⁵⁴

Aracılar, uyuşmazlığın çözümünü süresinde, yeni kurallar yapar gibi bir durumdadırlar, tıpkı bugünün hâkimlerinin hukukun bir parçası olan emsal kararları gibi.

Aslında, Yurok yasalarının değişebildiğini ve değiştiğini ummamıza sebep olacak daha temel bir neden vardır. Neticede bu yasalar sözkonusu topluma bir

⁵⁰ Hayek, **Law, Legislation and Liberty**, p. 111.

⁵¹ Goldsmith, "Ethics," p. 513-514.

⁵² Hayek, **Law**, vol. 1, pp. 108-109.

⁵³ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 215.

⁵⁴ Fuller, **Morality of Law**, pp. 90. İzleyen argümanların ayrıntılı açıklaması için bkz. Bruce L. Benson, "Legal Evolution in Primitive Societies," **Journal of Institutional and Theoretical Economics** 144 (December 1988) : 772-788.

hükümran tarafından dayatılmış değildir; içeriden *oluşmuş* veya *gelişmişlerdir*. Açıkçası, yasaları ve hukuksal prosedürleri yukarıda açıklanan seviyeye gelene kadar Kuzey California Kızılderilileri oldukça homojen bir gruptu. Ancak bu homojenlik, örf-adet hukukunca kolaylaştırılan etkileşim ve karşılıklılık sürecinin evrimi ile birlikte gelişmek zorundaydı. Yuroklar, özel mülkiyet haklarını tanımlayan ve koruyan iyi yapılandırılmış bir hukuksal sisteme sahipti. Carl Menger, içinde hukukun da yer aldığı tüm sosyal kurumların orijini, formasyonu ve nihai sürecinin, Adam Smith'in piyasalar için betimlediği kendiliğinden düzen ile asıl olarak aynı olduğunu iddia etmiştir⁵⁵. Sosyal kurumlar etkileşimleri koordine ederler. Piyasalar ve hukuk da, Fuller'ın vurguladığı gibi, bunu yapar. Kurumlar işledikleri yolu geliştirirler, zira, muhtemelen bir tecrübe ve hata süreci vasıtasıyla, koordine etmeye niyetlendikleri eylemlerin bir sistem altında diğer başka bir sistem ya da süreçte olduğundan daha etkili biçimde gerçekleştiği belirlenmiştir. Daha etkili kurumsal düzenleme, daha az etkili olanla yer değiştirir.

Örf-adet hukuku durumunda gelenekler ve alışkanlıklar, Hayek'in terimlerini kullanacak olursak, gözlemlenen "kendiliğinden düzeni" üretmeye doğru evrimleşir. Hayek'in açıkladığı üzere, her ne kadar Smith'in ve Menger'in sosyal düzenin evrimini dikkate alan ferasetleri "kendilerini [birtakım sosyal bilimlerde] katı biçimde kurmuş...görünse de, daha büyük bir etkiye sahip diğer bir bilgi dalı...hukuk bilimi halen ondan etkilenmemiştir"⁵⁶. Bilhassa hukuksal pozitivist bakış, hukukun, bir gelişim sürecinin evrimsel, tasarlanmamış bir çıktısı olduğundan ziyade bilinçli bir tasarımın ürünü olduğunu düşünür. Gerçekte şu var ki, ilkel toplumlara dair bu tartışmanın gösterdiği üzere, Hart'ın ileri sürdüğü *ikincil kurallar*, herhangi bir kesin otoritenin tasarımı olmaksızın "evrimleşen" bir hukuksal sistemi yaratmak için "dayatılmış" olmalıdır.

Yurok olayında, en erken terleme-evi grupları muhtemelen, daha önce varolan düzenlemelere göre, karşılıklı hukuksal ve dinsel faydaları içselleştirmek için etkin bir sosyal düzenleme olmuştur. Diğerleri, bu faydaları görmüş, ya varolan gruplara katılmış ya da onların başarılı karakteristiklerini kopya etmiş ve yeni grupları biçimlendirmişlerdir. Süreç içinde düzenlemeler daha da gelişim göstermiş ve daha formal (sözleşmesel) ve etkin olmuşlardır. Ne en erken grupların üyelerinin ne de onları takip edenlerin dâhi gelişmiş bir sosyal düzene yol açan etkileşimlerini hangi sözleşmenin gerçekten kolaylaştırdığını anladıkları meselesi kesin biçimde kavranabilirdir -örneğin, grubun dinsel işlevinin farkındadırlar ve fakat bunların hukuksal işlevlerinin neticelerine çok az dikkat edilmiştir. Örf-adet hukuku ve toplum bitişik vaziyette gelişmişlerdir. Varlığını sürdüren bu örf-adetler ve hukuksal kurumlar görece etkilidirler; zira evrimsel süreç, sosyal etkileşime hizmet eden görece daha zayıf yasaların ve prosedürlerin yeni yasalar ve prosedürlerle yer değiştirdiği, bir tür "doğal seleksiyon"dur.

Yurok hukuk sisteminin tartışılması iki amaca hizmet etmiş bulunmaktadır. İlk olarak, hukukun evrimsel girişiminin tanıma, muhakeme ve değiştirme ikincil kurallarını, her ne kadar bunları şart koşan bir devlet ya da kati

⁵⁵ Carl Menger, **Problems of Economics and Sociology**, Çev. Francis J. Nook, Louis Schneider, ed., (Urbana, III.: 1963) ; ve Adam Smith, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations** (New York: Modern Library, 1937).

⁵⁶ F. A. Hayek, **Studies in Philosophy, Politics and Economics** (Chicago: University of Chicago Press, 1967), p. 101.

otorite figürü olmasa da, ürettiğine dair güçlü bulgular sunmaktadır. İkinci olarak, hemen hemen tüm ilkel hukuk sistemlerinin bir takım genel karakteristiklerini sunmaktadır. Bunlar: (1) birincil kurallar, bireysel haklar ve özel mülkiyet konusunda ağır basan bir ilgiyle karakterize olurlar; (2) hukukun icra edilmesi için sorumluluğun ortaya konması, bir uyuşmazlık doğduğu anda koruma ve destek amaçlı karşılıklı düzenlemeler aracılığıyla doğan haklarının farkında olan mağdurun ellerindedir; (3) standart muhakeme prosedürleri, uyuşmazlıkların şiddete dayanan biçimlerde çözümlenmesinden kaçınmak için yapılandırılmıştır; (4) saldırılar, tazminata dönük ekonomik ödemeler ile cezalandırılabilen haksız fiiller olarak ele alınır; (5) fiziksel karşılık vermeye varan toplum dışına sürme tehdidi nedeniyle bir saldırının failinin öngörülen cezaya baş eğmesini sağlayan güçlü teşvikler (hukukun otoritesini kabul etmek) ; ve (6) örf-adetlerin ve normların gelişim süreci vasıtasıyla vuku bulan hukuksal değişim.

Şimdi de antropologların çalıştığı diğer bazı ilkel sistemlere bakalım. Göreceğiz ki, bu Yurok ve komşularındakilerden farklı spesifik hukuksal prosedürlerin vardır, ancak her toplum için Hart'ın ikincil kurallarını bir dereceye kadar yapılandırmış ve burada listelenen altı karakteristik söz konusudur.

IV. Kuzey Luzon'lu Ifugaoların Hukuksal Sistemi

İlkel toplumlarda özel olarak üretilen hukuk Amerikan Kızılderililerine özgü değildir⁵⁷. Örneğin, "İlkel hukuksal ve siyasal kurumların doğasını ve işlevini çalışmak için Ifugaoların büyük önemi, oldukça basit sosyal yapının kuruluşunda aileler arası hukuk [*interfamilial law-Çn.*] sistemini detaylandırmanın ne kadar mümkün olduğunu ortaya çıkarmalarında yatmaktadır. Hukukun ve devletin baştan sona ayrıştırılmaz olduğunu savunan siyaset teorisyenlerinin ne kadar da hatalı olduklarını gün yüzüne çıkarırlar."⁵⁸ Erken 1900'ler boyunca Kuzey Luzon'daki Ifugaoların ekonomisine yoğun sulama çapa kültürü [*irrigation hoe culture-Çn.*] hâkimdi. Böylesi bir ekonomi, başka bir neden olmasa da, su haklarına dair meseleleri çözümü ve karmaşık taşınmaz sistemini sürdürmek için kaçınılmaz olarak yasaları gerektirmektedir. Ifugaolar gayet detaylı bir maddi hukuk sistemi geliştirmişlerdi. Hoş, Ifugaolar kabilesel, bölge ya da köy-yönetsel organizasyonlara sahip değildi ve yasalara uymaya zorlayacak ya da daha geniş ölçüde toplum lehine zorlayıcı yaptırımları icra edecek muktedir bir merkezi otorite yoktu. Aile bir lidere sahipti ancak siyasal bir organizasyon anlamında değil: "O, aileye hukuksal ve ekonomik girişimde liderlik etmesine rağmen, ailenin üyeleri onu her halde egemen bir baş olarak değil bütünleştirici bir merkez olarak düşünürler."⁵⁹

Her bireyin hem anne hem baba tarafından üçüncü dereceye kadar usul ve furuu'nu kapsayan aile, bireyin hukuksal meselelerdeki destek kaynağıydı.

⁵⁷ Kuzey California'nın laissez-faire toplumu, Amerikan Kızılderilileri arasında özel hukukun ve düzenin tek misali değildir. Aslında, siyasal bir devletin olmadığı çok sayıda Kızılderili toplumu için hukukun var olduğunu Hoebel açıklamıştı. (E. Adamson Hoebel, **The Law of Primitive Man** (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1954), p. 188.)

⁵⁸ Ibid., p. 100. Sunumun bu kısımdaki bölümleri için bkz. Bruce L. Benson, "The Lost Victim and Other Failures of the Public Law Experiment," **Harvard Journal of Law and Public Policy** 9 (Spring 1986) : 399-427.

⁵⁹ Hoebel, **Law of Primitive Man**, p. 101.

“Hısımların ve akrabaların, her bireyin ailenin diğer her bir bireyine dair diğer grupların ve ailelerin üyeleriyle olan tüm ihtilaflarda ve anlaşmazlıklardaki karşılıklı görevleri, cinsiyet göz önüne alınmadığında, gözetmek, öğüt vermek, yardım etmek ve destek çıkmaktır.”⁶⁰ Aile mensupları, evlilik üzerinden hısımlık ya da ilişki yakınlıklarıyla doğrudan orantılı olarak ve ilgili üyenin ailesine karşı geçmişteki yükümlülüklerini yerine getirip getirmemeleri ölçüsünde diğer üyelere yardımcı olmakla yükümlüydüler. Böylece, bir uyuşmazlık durumunda destek edinmek, tıpkı Yuroklarda olduğu gibi, karşılıklı bağlılığa dayanmaktaydı; ancak bu örnekte destek grubu açık biçimde hısımlıkla tanımlanmaktaydı.

Bununla birlikte, bireysel uyuşmazlıklar aileler arasındaki savaş ile halledilmiyordu. Yuroklarda olduğu gibi, uyuşmazlıkları şiddet olmaksızın karşılamak için iyi yapılandırılmış muhakemeler dizayn edilmişti. Uyuşmazlık çözümünün ardındaki faktör -bir anlaşmaya varma güdüsü- hep var olan güç kullanım tehdidiydi ancak güç kullanımını kesinlikle norm değildi. Ifugaolar arasında tüm zor uyuşmazlıkların anahtar figürü *monkalun*'du. O, bir arabulucu [*go-between-Çn.*] ya da hakemdi [*mediator-Çn.*]⁶¹. Bununla birlikte *Monkalun*'ün uyuşmazlık taraflarına bir çözümü dayatacak müktesep bir otoritesi yoktu. O, günümüzün özel hakemleri gibiydi. Eğer tarafları bir şekilde barışçıl bir anlaşmaya götürebilirse bir ücret alırdı. *Monkalun*'ün tek iktidarı bu ikna olduğundan, uyuşmazlıktaki tarafların herhangi birinin yakın bir akrabası olması ve diğer tarafı ikna etmesi güç olacağı için bir tarafın akrabası olması muhtemel değildi. Onun uyuşmazlıklardaki “otoritesi” tarafların iradi rızası sayesindeydi, zira, taraflar onun işlevini iyi biçimde göreceği konusunda -yani, uyuşmazlığı şiddet içermeyen biçimde çözüme kavuşturacağına- ikna olmuşlardı.

Toplum dışına sürme, Yuroklarda olduğu gibi, hukukun icra edilmesinde önemli bir teşvik tedarik ediyordu. Bununla birlikte, Ifugaolar arasında bir bireyin tüm borçlarını toplaması ya da kendisine yönelen acısı çıkarılmamış ezaları cezalandırması beklenirdi: “Bunu yapmazsa etrafındakilerin avı olacaktır. Kimse ona saygı duymayacak...korkaklık ithamına maruz kalacak ve bir kadın olarak çağrılacaktır.”⁶² Ifugao Hukuku, özel olarak üretilmiş tüm hukuklar gibi, haksız fiil tabiatındaydı -özel haksızlıklar ya da zararlar- zira “ceza hukuku” topluma karşı haksızlıkları işaret etmektedir. Dolayısıyla, bir takibatın yürütülmesi zarar gören tarafa kalmıştır. Bununla birlikte, Ifugao hukuksal prosedürü bir *monkalun*'u gerektirmektedir. Nihayetinde, müttehim eğer kendi meselesini kendi elleriyle çözmeye gider ve itham ettiği kimseyi öldürürse, itham edilenin ailesi bu ölümün öcünü, müttehimini öldürerek almak durumunda kalır. İki aile (yanı sıra köyün ya da mevcut köylerin aileden olmayan sakinleri) yayılacak bir şiddete dayalı karşılık vermekten kaçınmak için, barışçıl bir anlaşmaya isteklidirler.

Aslında, kültürel tabuların büyük çoğunluğu (muhakemesel örf-adet yasaları), *monkalun* bir çözüm için çalıştığı müddette, iki tarafı uyuşmazlığın dışında tutardı. *Monkalun*, tüm tanıklıkları dinlemesi ve tarafları diğer tarafın kanıtlarıyla yüzleştirmesi anlamında hakiki bir arabulucuydu. Barışçıl bir çözüm en ufak ölçüde muhtemel oldukça, arabulucu bu çözüm için uğraşmak-

⁶⁰ R. F. Barton, “Procedure Among the Ifugao, ” in Paul Bohanan, ed., **Law and Warfare** (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967), p. 161.

⁶¹ Ibid., p. 163.

⁶² Ibid., pp. 164-165.

taydı. Davalı tarafından ödenen ücreti buna bağlıydı ve daha da önemlisi "...hakemlik yaptığı davaların barışçıl çözümleri onun için bir şöhret demektir, öyle ki daha çok çağrılmakta ve çok sayıda ücret almaktadır."⁶³ Hakemlik, yarışmalı bir endüstriydi.

Yurok Kızılderilileri ve onların komşularında olduğu gibi, Ifugaolu davalının tazminat vererek karşıladığı zararlar açıkça belirlenmiştir. Uyuşmazlığın tarafları aynı sosyal sınıftan ya da statüden tazminat kolaylıkla belirlenirdi⁶⁴. Farklı sosyal statülerden insanlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ise biraz daha karmaşık olmasına rağmen onların yargılanmasıyla ilgili de adilâne açık standartlar mevcuttu. Sözleşmelerin ihlalleri ve haksız fiillerin hemen hemen her zaman mülkiyet değerlendirmeleriyle yaptırımlandırılırdı.

Peki, davalı suçunu kabul etmeyi reddettiğinde ve *monkalun*'la mutabık kalmadığında ne oluyordu? Aileler arası bir savaş mı patlak verirdi? İkinci sorunun yanıtı, ilkinin yanıtı böylesi bir reddiyenin *monkalun*'a bir aşağılama olarak görülmesi ve hangi taraf şiddeti başlatıyorsa ona karşı *monkalun*'un ailesini karşıya almak anlamına geldiği için, hayırdır. Böyle bir olasılık, bir çıkmazla karşı karşıya kaldığında dâhi herhangi bir tarafın mübrem eylemiyle engellenmekteydi. Eğer bir *monkalun* anlaşma için herhangi bir umut görmüyorsa, formal olarak geri çekilecek ve iki hafta ile bir ay arasında bir müddet için bir ateşkes [*truce-Çn.*] ilan edecekti. Eğer ateşkes ihlâl edimişse, *monkalun* ve ailesi ihlâl edene karşı birlik olacaktı.

Ateşkesin sonunda davacı taraf iki seçeneğe sahipti. Yeni bir *monkalun* bulup barışçıl bir çözümü umabilir ya da kendisi ve ailesi davalıya karşı pusuya yatmaya başlayabilirdi. Tipik olarak, eğer davacının iddiası haklıysa, barışçıl bir pusuya yatma, maktül davalının ailesince mukabele edilmesiyle sonuçlanmayacaktı. Genel olarak bu mukabele sadece davacının iddiasının haklı olmadığı durumlarda vuku bulurdu ve kan davası söz konusu olurdu "...burada Ifugao hukuku işleyemez hale gelirdi"⁶⁵. Bununla birlikte, tüm adalet sistemi bu sonuçtan kaçınmak üzere tasarlanmıştı ve aslında,

Bununla birlikte, ev bölgesi [*home district-Çn.*] içinde (başka bir deyişle verili bir koyak sistemi) öldürmeye başvurmak nadirdir. Uyuşmazlıkta yer almayan komşular davanın tarafları üzerinde, anlaşmaya varmaları için baskı kurarlar. *Monkalun* en yüksek derecede çaba sarfeder ve davanın tarafları güvenliği tehlikeye sokmamak yönünde bir yükümlülük hissederler. Ne zaman ki [bir kan davası] ortaya çıkar...çok geçmeden bir sonuca vardırılır.⁶⁶

Bu patlak verme çok nadir de olsa, Ifugaolarca geliştirilen özel hukuk ve düzen sisteminin patlak verme potansiyelinin, sistemin eksik ve tesirsiz olduğunu gösterdiği ileri sürülebilir. Elbette her hukuksal sistem aynı tarzda patlak verebilir, zira, bireyler her zaman hukuku kendi ellerine alabilir ve sonuçlarıyla yüzyüze gelebilir. Gerçekte, Ifugao sistemi oldukça etkili görünmektedir. Muhtelif bölgeler arasında var olan mütemadi savaşlar göz önüne alındığında, özel hukuk ve düzen sistemi çok düşük bir seviyeye kadar her bölge içinde cebri barındırır⁶⁷. Burada bir kez daha, özel mülkiyet haklarını koruyan, yazılı ol-

⁶³ Ibid., p. 166.

⁶⁴ Hoebel, **Law of Primitive Man**, p. 117.

⁶⁵ Ibid., p. 121.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Hobel'e göre, bir Ifugao ev bölgesinden uzaklaştığında "nötral alan"dan "kan davası alanı"na geçiş yapmış olur ki bu alan "Belirli ailelerle daimi kan davası ilişkilerinin ol-

masa da geniş ölçüde bilinen bir yasa otoritesinin farkındalığını ve görüldüğü kadarıyla etkili bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasını üreten açık bir hukuksal girişimi buluruz.

V. Evrimsel Hukuk: Batı Yeni Gine'nin Kapauku Papuaları

Pek çok hukuk alanındaki bilim insanı ilkel hukuk sistemlerinin oldukça statik ve değişime dirençli olduğunu ileri sürmüştür⁶⁸. Bu düşüncenin izleri çoğunlukla Sir Henry Maine'de sürülür⁶⁹. Maine "İlkel hukukun katılığı...insan ırkı yığını, yaşam ve davranış biçimlerini sistematik bir forma girdikleri ilk anda zincirlemiş bulunmaktadır" der⁷⁰. Ancak E. A. Hoebel "şayet Sir Henry Maine modern hukuk tarihçileri üzerinde yanlış bir nosyonu yerleştirdiyse, bu, ilkel hukukun katı ve kuttörenseldir" demiştir⁷¹. Benzer biçimde Pospisil, ilkel hukukta muhtelif değişiklik örneklerinin belgelenmiş bulunduğunu açıklamış bulunmaktadır⁷².

Daha önce tartışılan ilkel hukuk sistemleri örnekleri, bu sistemlerin ortak pek çok noktası olduğunu göstermektedir. Aslında, ilave ayrıntılı örnekler tekrarlama ve gereksiz gibi gelebilir. Bununla birlikte, önceki örnekler, Hart'ın gerçek bir hukuksal sistemin varlığı için zorunlu gördüğü güçlü değiştirme kuralları bakımından eksiktir ve bu sebeple bir ilkel sistem daha tartışılacaktır. Pospisil'in Batı Yeni Gine'nin Kapauku Papualarının hukuk sistemi hakkındaki çalışmaları ve bulguları, bu toplumdaki hukuksal değişim süreçlerini net biçimde tartıştığı için, burada tercih edilmiştir. Bununla birlikte, Kapauku hukukunun bu özel cihetini incelemeden önce, bu toplum ve onun hukuk sistemi kısaca tartışılacaktır.

Kapauku Papuaları, bu yüzyılın hemen hemen ortalarına kadar Batı Yeni Gine'nin merkezi dağlık bölgelerinde bahçecilikle uğraşan yaklaşık 45, 000 nüfuslu ilkel dilsel bir gruptu. İfugaolarda olduğu gibi, destekleme ve koruma amaçlı karşılıklı düzenlemeleri hısmılık temelindeydi. Bununla birlikte, iki ya da daha çok babasoylu akrabalıklar [*patrilineages-Çn.*], çoklukla farklı siblere ait olsalar da, savunmasal ve hukuksal amaçlar amaçlar için bir araya gelirlerdi. Bu "konfederasyonlar" çoklukla üç ila dokuz köyü -ki, bu köylerin her biri yaklaşık onbeş haneden oluşurdu- içine alırdı.

Kapaukular zorlayıcı bir iktidarı olan formal bir devlete sahip değildi. Çok sayıda gözlemci, bu halk arasında görünür bir liderlik eksikliğinin varlığı sonucuna varmışlardır. Bununla birlikte, Hollandalı bir idareci şunu belirtmiştir, "diğerleri üzerinde birtakım etkilere sahip görünen bir kişi vardır. O, "zengin kişi" anlamına gelen *tonowi* adıyla anılmaktadır. Buna rağmen, ona bir şey

duğu bir alandır" (Ibid., p. 122). Bir de "savaş alanları" vardır ki "O alandaki herkimse görür görmez öldürülür" (Ibid., p. 124). Belirtilmelidir ki, böylesi bölgelerarası savaş, modern toplumlarda anlaşılan ve bir siyasal organizasyonun bir başkasından toprak ve/veya kaynak almayı amaçladığı "savaş" değildi; daha ziyade bu, sosyal prestij ve dinsel "yararlar" getiren başarılı kafa avcılığı [*successful headhunting-Çn.*] gibi sosyal ve dinsel bir kurumdu.

⁶⁸ Örneğin, bkz. Posner, **Economics of Justice**, p. 178.

⁶⁹ Sir Henry S. Maine, **Ancient Law**, 3rd American from 5th English edition (New York: Henry Holt and Co., 1864).

⁷⁰ Ibid., p. 74.

⁷¹ Hoebel, **Law of Primitive Man**, p. 283.

⁷² Pospisil, **Anthropology of Law**, pp. 194, 206, 208.

ya da lider demekte duraksamaktayım; *primus inter pares* [eşitler arasında birinci] onun için daha uygun bir isim olabilir.”⁷³ *Tonowi*’nin rolünü ve prestijini anlamak için Kapaukuların iki temel değeri tanınmalıdır: bireycilik vurgusu ve fiziksel özgürlük⁷⁴. Bireycilik vurgusu kendini muhtelif biçimlerde göstermekteydi. Örneğin, ayrıntılı bir özel mülkiyet hakları sistemi aşıkardı. Gerçekte, kesinlikle bir ortaklaşa mülkiyet yoktu. “Bir ev, kayık, yay ve ok, arazi, ekinler, orman arazisinden işlenen parçalar ya da bir aile ya da hane tarafından paylaşılan yemek dâhi daima bir kişiye aittir. Bireysel iyelik...tekil bireylere ait olan bölgelere ayrılmış bakir ormanları bulduğumuz Kamu Vadisi’nde çok yaygındır. Akralar, kocalar ve karılar ortaklaşa hiçbir şeye sahip değildir. On bir yaşında bir çocuk dâhi kendi arazisine ve parasına sahip olabilirken borçlu ve alacaklı rollerini dâhi oynayabilir.”⁷⁵

Bireysel hakların görkemli rolü toplumdaki diğerlerinin hayranlığını ve saygısını kazanan bir kişi olarak *tonowi*’nin pozisyonunda besbelliydi. O tipik olarak, büyük bir zenginliği biriktiren “hayatının altın çağındaki kuvvetli bir adamdı”⁷⁶ Kapauku toplumunda bir birey tarafından biriktirilen zenginlik neredeyse her zaman bireyin çalışma gayretine ve yeteneğine bağlıydı, dolayısıyla *tonowi* statüsüne erişecek yeterli mülkiyeti elde eden her kişi genellikle belirli bir fiziksel maharet ve fikirsal deneyime sahip yetenekli bir olgundu. Bununla birlikte, tüm *tonowi*’ler diğerlerini liderliklerine ikna etmeye yarayacak saygıya erişmemişlerdi. “Kapitalin elde edilme ve kullanılma yolu büyük farklılık göstermektedir; yerliler bonkör ve dürüst adaylar beğenmektedir. Bu iki özelliğe büyük oranda kültür tarafından değer atfedilmektedir.”⁷⁷ Alicenap olmak belirli bir *tonowi*’nin liderlik rolüne kabul edilmesinde önemli bir kriterdi, zira, çoklukla takipçileri sözleşme aracılığıyla elde edilmişlerdi.

Toplumdaki her birey herhangi müsait bir *tonowi* ile işbirliği içinde olmayı tercih edebilirdi ve tercih edilen bu *tonowi* ile sözleşebilirdi. Tipik olarak, takipçiler, cömert ve dürüst olduğu düşünülen *maagodo tonowi*’nin (bir “gerçekten zengin adam”) borçluları olurlardı. Borcun teatisinde birey *tonowi* yararına belirli görevleri yerine getirmeye rıza gösterirdi. Bununla birlikte, takipçiler bir borçtan daha fazlasını elde ederdi:

Bir Kapauku için şef ile yakın ilişkiler içinde olmak iyi bir şeydir zira ekonomik, politik ve hukuksal sorunlarda onun yardımını alabilmektedir. Şefin takipçilerinin muhtemelen en etkili motivasyonları gelecekteki menfaatleri ve ajantajlarına dair umutlardır. Şefin cömertliği hakkında bilgisi olan yabancılar onu memnun etmeye çalışır ve kendi siyasal birimindeki insanlar onun istekleriyle meşgul olur. Komşu konfederasyonlardan bireyler dâhi *tonowi*’nin istemlerine, yardımı gerekebileceği için, teslim olabilirler.⁷⁸

Tonowi otoritesi alınmış değil, verilmiştir. Bu liderlik, büyük ölçüde, “bir uyuşmazlık ya da kavgada davasına destek olmaları için bir birimi ikna etme” yeteneğini yansıtır⁷⁹. Böylelikle *tonowi* otorite pozisyonu, herhangi bir biçimde, mutlak bir otorite pozisyonu değildi. Bu, *tonowi* ve takipçileri arasındaki

⁷³ Alıntılanan yer Ibid., p. 64.

⁷⁴ Ibid., p. 65.

⁷⁵ Ibid., p. 66.

⁷⁶ Ibid., p. 67.

⁷⁷ Ibid. Halk içinde konuşma yeteneğini ve istekliliğini içeren diğer kriterler de önemlidir.

⁷⁸ Ibid., pp. 68-69.

⁷⁹ Ibid., pp. 69-70.

karşılıklı destek mübadelesi, ki destek herhangi bir tarafça özgür biçimde (Örneğin, borcun ödenmesi yahut geri ödeme ile) geri çekilebilir, aracılığıyla elde edilmişti⁸⁰.

Eğer bir *tonowi* hukuksal rolünde etkisiz veya aldatıcı [*dishonest-Çn.*] çıkarsa ne olurdu? İlk olarak, dürüstlük ve cömertlik bir *tonowi* için takipçi edinmede ön koşullardı. Bununla birlikte, eğer bir kimse bunu başarıp ardından kötü bir lider olursa, takip edilmeyi basitçe yitirir. “Takipçilerinin onu desteklemede pasif direnç göstermesi ve reddiyesi...[adil olmadığı düşünülen] bir kararın sonucudur.”⁸¹ Açık biçimde, hukuksal otoritede değişim muhtemeldi; esasında, *tonowi*’nin ilgili yasalarının eklenmesini içeren Kapauku prosedürünün bir amacı, onun kural koyuşuna dair kamu onayının elde edilmesiydi. Fuller’ın işaret ettiği gibi, “hukuksallık ile adalet arasındaki ilişkinin basit biçimde [bir yolu] eklenilen ve bilinir kılınan bir kuralın, adil sayılmasının kamu tarafından yargılanmasına izin vermesine dayanmaktadır.”⁸²

Kapauku liderliğinin gayriresmiliği ve sözleşmesel karakteristiği çok sayıda batılı gözlemcinin Kapauku toplumunun hukuksuz olduğu sonucuna varmalarına neden olmuştur. Ancak Kapauku hukuk sisteminde tanıma, muhakeme ve değiştirme kurallarının varlığına dair açık kanıtlar gösterilebilir.

Tanım Kuralları

Kapauku Papualarında “soyut kuralların zihinsel kodlaştırması”, hukuksal kararların “süregiden düzenin” parçası olmasına yarardı⁸³. Hukukun tanınması, hısmımlık ve bireysel haklar ve özel mülkiyet ile harekete geçirilen sözleşmesel karşılıklılıklar üzerinde temelleniyordu. Dilbilgisel ifadeler ve spesifik örf-adetlere, emsallere ya da kurallara yapılan göndermeler Pospisil’in Kapaukuları çalıştığı yıllar boyunca gözlemlediği tüm muhakeme kararlarında mevcuttu. Vardığı sonuç şuydu: “hukuksal bir karar sadece spesifik bir olayı çözmekle kalmaz, ayrıca bir ideali de formüle eder -gelecekteki benzer bir durumda faydalanılmasına niyetlenen bir çözüm. Bu ideal unsur, grubun, incelenen vakada yer almayan tüm diğer üyelerini bağlamaktadır. Otoritenin kendisi, tutarlılık sağlama adına önceki kararlarına dönmektedir.”⁸⁴ Hukukun otoritesi açıktır, kesinliği sağlamak gibi. Hukuksal kararlar modern hukuktaki emsal kararların statüsüne sahiptir ve bu yüzden, emsal kararların düzenlen-

⁸⁰ Bir *tonowi*’nin takipçilerinden bir grup ona özellikle sadık ve güvenilirirdi, bir destek ihtiyacı vuku bulduğunda daima hazırı. *Ani jokaani* ya da “benim çocuklar” diye çağırılırlar ve *tanowi* tarafından “kabul edilen” ve onun “öğrencileri” olan bir grup genç adamdan oluşurlardı (Ibid., p. 69):

Onlar zengin adamlarla, korumasını güvenceye almak, yiyeceğini paylaşmak ve son olarak bir evlilik için kadın satın almak gayesiyle önemli meblağı sağlamak için, onun nasıl işler yaptığını öğrenmek için bir araya gelirlerdi. Karşılığında, arazilerde ve hanenin çevresinde, hukuksal ve diğer uyumsuzluklarda emeklerini, savaş halinde ise yaşamlarını sunarlar. Bu genç adamlar farklı siberlerden ya da konfederasyonlardan yahut akrabalarından olabiliirdi.

...Bununla birlikte, bu sözleşmesel birlik oldukça gevşekti. Her iki taraf da her zaman ona son vermekte özgürlerdi ve bu genç adamlara zengin adam tarafından asla bir madun gibi davranılamazdı.

⁸¹ Ibid., p. 67.

⁸² Fuller, **Morality of Law**, p. 159.

⁸³ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 80.

⁸⁴ Ibid., p. 80.

mesi ve onlara göndermede bulunulması bir “yasama” biçimi olduğundan, muhakeme *ve* değiştirme kurallarının varlığı açık olmalıdır.”

Muhakeme Kuralları

Kapauku hukuk usûlü, neredeyse kuttörenlerine kadar, hayli standartlaşmış görünmektedir. Tipik olarak, şikâyetçinin davalıyı zarar verici bir fiilin işlenmesiyle suçladığı ve davalının bunu inkârı ya da haklılaştırımı ile cevap verdiği, gürültülü bir tartışmayla başlardı. Tartışma, bir ya da daha fazla *tonowi*'nin de dâhil olduğu diğer insanları etkilemeyi amaçlayan gürültülü bir bağışmayı içerirdi. Uyuşmazlıkta yer tutanların yakın akrabaları ve arkadaşları gürültülü biçimde fikirlerini ve tanıklıklarını dokunaklı biçimde dile getirerek saf tutarlardı. *Tonowi* genellikle bu görüşlerin mübadelesi şiddet noktasına varana dek sadece dinler, bundan sonra ise olaya dâhil olur ve argümanına başlardı. Eğer çok beklerse, bir “çubuk kavgası” [*stick fighting*-Çn.] patlak verir ya da savaş dâhi çıkabilirdi, ancak bu nadirendir (Pospisil “zor davaları” içeren 176 uyuşmazlık çözümü gözlemlemiştir; bunlardan sadece beşi çubuk kavgasıyla, bir tanesi savaşla sonuçlanmıştır⁸⁵). *Tonowi*, sunumuna uyuşmazlık taraflarına tahammüllü olmayı “tebihleyerek” başlar ve çeşitli tanıkları sorgulayarak devam ederdi. Eğer uygunsuz, olay yerini ya da davalının evini yahut her ikisini de kanıtlara ulaşmak için inceleyecekti. “kanıtları güvenceye aldığında ve uyuşmazlığın arka planına dair bilgi edindiğinde, otorite, yerlilerce *boko duwai* denen karar verme ve uyuşmazlığın taraflarını kararı takip etmeye ikna etme süreci olan aktiviteye başlar.”⁸⁶ *Tonowi* kanıtları özetleyen, ilgili kuralları ve emsalleri aktaran ve uyuşmazlığı çözmek için yapılması gerekeni *öneren* uzun bir konuşma yapardı.

Suçlu olduğuna hükmedilen Kapaukulu cezalandırılırdı. Bir vaka için belirli yaptırım, uyuşmazlık onun müdahalesini gerektiriyorsa *tonowi* tarafından ileri sürülürdü ve eğer uyuşmazlık anlaşmaya bağlanmısa bu suçlu saldırganın yaptırımı *kabul ettiği* anlamına geliyordu. Toplumdaki yaptırımlar, saldırıya bağlı olarak, çok çeşitliydi. Ekonomik tazminatı ve pek çok türde fiziksel cezaları içerirlerdi. Bununla birlikte, çok çeşitli yaptırımlar kullanılmasına rağmen, Kapaukuların bireysel özgürlüklere olan büyük ilgisi batı toplumlarında geniş biçimde kullanılan belirli cezalandırma tiplerini imkânsızlaştırıyordu. Hapse atma ya da örneğin ne işkence ne de fiziksel sakatlamalar gibi şeylere izin vardı (Elbette bunların her ikisi de batı toplumlarında yaygındır⁸⁷). Dahası, idam cezası şiddet suçları için dâhi normal olan yaptırım değildi. Bununla birlikte, Yuroklar ve Ifugaolar gibi, “Ekonomik yaptırımlar Kapaukular arasında açık ara en çok tercih edilenlerdi.”⁸⁸

Yine de Kapaukular zaman zaman fiziksel cezalara başvururdu. Gerçekte, davalılar ekonomik bir yaptırım ya da fiziksel bir yaptırım arasında bir tercihe sahipti ki, çoğu kez ikincisini seçerlerdi. Bazen bir suçun ekonomik bir ödemeyi haklılaştırmak için oldukça şiddetli olduğu düşünülürdü. “Tiksindirici bir suçlu ya da ele geçirilen bir düşman öldürülebilirdi fakat asla işkenceye görmez ya da özgürlüğünden mahrum bırakılmazdı.”⁸⁹ Bireysel özgürlüğe

⁸⁵ Ibid., p. 36.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Bkz. Benson, **Liberty and Justice**.

⁸⁸ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 93.

⁸⁹ Ibid., p. 65.

vurgu sürmekle birlikte, öldürme genel olarak yay ve okla tuzağa düşürmek marifetiyle gerçekleşirdi⁹⁰: “Bir mücrim...kaçma veya karşı koyma şansına da-ima sahipti.”⁹¹

Üçüncü türde bir yaptırım da Kapaukulara uygulanırdı -psikolojik yaptırımlar. “Kapaukuların en haşmetli ve korku duyulan psikolojik ve sosyal yaptırımları *kamu kınaması*’dır...Kapaukular bu psikolojik yaptırımı tüm yaptırım envanterinin en etkinini saymaktadır.”⁹² Bununla ötesinde, saldırgan *tonowi*’nin kararlarına direnecek yeterlilikte güçlü olduğunda büyücünün ya da şamanın yardımcı ruhları aracılığıyla cezalar da devreye girmekteydi. “Hastalık ölüm, bu ‘doğaüstü’ cezalandırmanın en yüksek (psikosomatik) etkisiydi.”⁹³

Bu, bir davalı *tonowi* tarafından getirilen çözüme uymayı reddettiğinde doğabilecek probleme bir çözümünü, Kapauku hukuk sürecinin seyrek ama muhtemel bir çıktısını göstermektedir. Fuller’ın açıkladığı üzere, ilkel toplumlarda cezalandırmanın bir biçimi çoklukla “saldırgan üzerinde, toplumu bu kirlilikten arındırmak için, sihrisel güçlerin bir uygulaması” olmuştur⁹⁴. Böylece gerçekte büyü’nün kullanılması bir toplum dışına sürme biçiminin basit bir formuydu ve öte yandan daha önceki tartışmada değinilen diğeri de hüküm kabul edilmediğinde ortaya çıkan çözümdü. Konfederasyonun tüm üyelerince toplum dışına sürülme en büyük tehdidi⁹⁵.

Değiştirme Kuralları

Pospisil yasamanın ortaya çıkabileceği iki biçimi belgelendirmiştir. İlki çok basittir, örf-adet değişikçe hukuk değişebilir. Böylesi bir ortaya çıkışa bir örnek Kapauku zina yasalarıdır. 1954 yılından birkaç yıl öncesine kadar örf-adet, zina yapan bir kadının kocası tarafından ölümle cezalandırılacağına dairdi. Bununla birlikte, özellikle görece fakir erkekler kadın için ödenen yüksek meblağlardan ötürü böylesi bir yaptırımın oldukça maliyetli olduğunun farkına vardılar. Sonuç olarak, cezalandırma, zâni kadının [*adultriss-Çn.*] pataklanması ya da belki yaralanmasına dönüştü. Bu değişim başlarda görece fakir erkeklerce gerçekleştirildi ve zengin Kapauku Papularınca buna direnildi. Yine de, yeni örf-adet yaptırımı Pospisil’in 1954-55 yılları boyunca gözlemediği dört zina vakasında *tonowi* tarafından onaylandı: “Böylece daha fakir kocalar ara-

⁹⁰ İlginçtir, pek çok vakada “cezalar mücrimin baba tarafından yakın bir akrabası tarafından yerine getirilirdi...Öldürmede baba tarafından akrabaların yer tutmaları, iç çekişmeleri ve kavgalarını önlemek için zekice kültürel bir araçtı” (Ibid., p. 92).

⁹¹ Ibid., p. 65. Fiziksel yaptırımın bir diğer biçimi saldırganın kafasını ve omuzlarını bir çubukla pataklamaktı. Burada da birey bağlı değildi ve karşı koyabilirdi, ancak Pospisil’in gözlemediği her örnekte bir savunmaya girişmeden teslim olmuştur. Görünüşe göre bireysel davalılar mağdura ya da onun varislerine ekonomik bir ödeme yapmaktansa pataklanmayı tercih etmektedirler.

⁹² Ibid., p. 93. Başka psikolojik yaptırımlar da uygulanırdı. Bir tabunun ufak bir ihlali ya da yalan söyleme hakkında *tonowi* tarafından verilen özel bir ikaz suçlu tarafın “böylesi bir biçimde cezalandırıldığının bilinir hale gelmesiyle itibarının azalmasına” katlanmasına yol açabilirdi.”

⁹³ Ibid., p. 94.

⁹⁴ Fuller, **Morality of Law**, pp. 143-144.

⁹⁵ Kapaukular arasında muhakeme kuralları bu kısa tartışmada ortaya konandan çok daha ayrıntılıydı. Örneğin, açık biçimde belirlenmiş, ayrıntılandırılmış yetki veya görevle ilgili [*jurisdictional-Çn.*] açıklamalar vardı. Bkz. Pospisil, **Anthropology of Law** ya da Benson, **Liberty and Justice**.

sında daha ekonomik bir uygulama olarak başlayan [bu uygulama-Çn.] hukuksal kararlara dâhil olarak örf-adet hukuku haline geldi.”⁹⁶ Benzer biçimde, tabii ki, bir zaman uygulanan hukuk halkın desteğini kaybedebilir ve etkin biçimde ortadan kaldırılabildir⁹⁷.

Hukuksal değişim için ikinci bir prosedür yine Kapaukular arasında gözlemlendi. Bir soyun enest yasasındaki değişim bir altsoy *tonowi* [*a sublineage tonowi-Çn.*] tarafından yapılan “başarılı yasama”dan doğdu: “O, sib dışevliliğine dair eski bir kuralı, ikinci dereceden kuzenlere kadar sib-içi [*intrasib-Çn.*] evliliklere müsaade eden yeni bir yasa ile değiştirmede başarılı oldu.”⁹⁸ Bu yasama, elbette, geçişiminin diğerlerine zorla razı kılınması anlamında otoriter değildi. Daha ziyade, kabul edilişi iradi bir tanıma ile yaygınlaştı. İlk olarak, *tonowi* tarafından, ardından gittikçe altsoyundan genç erkeklerce ve son olarak aynı soy içindeki diğer altsoyların *tonowi*lerinden uyarlanması gerçekleştirildi. Konfederasyonun, bu soyun üyesi olan başı da sonuçta yeni yasayı kabul etti ancak aynı konfederasyondaki diğer soylar kabul etmedi ve böylece enest yasaları aynı konfederasyondaki soylar boyunca çeşitlilik gösterdi⁹⁹. Bu hukuksal değişimi öncekinden ayıran karakteristik *tonowi* tarafından *önayak* olunan tasarlanmış bir hukuksal yenilik olmasıydı. Bununla birik-

⁹⁶ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 205.

⁹⁷ Fuller, örf-adet hukukundaki böylesi değişim prosedürlerini açıklamış, aşağıda gösterildiği gibi, bu şekildeki değişimlerin oldukça yaygın olduğunu ve oldukça çabuk ortaya çıktığını belirtmiştir (**Principles of Social Order**, pp. 227-229):

B'ye yönelik eylemlerinde, A (asıl niyetleri ne olursa olsun) B'ye gelecekteki benzer durumlarda benzer bir tarzda davranacağını ima etmiş olur ve B önemli ölçüde, sağgörülü biçimde, A'nın beklentisine uygun olarak ilişkisini ayarlamaktadır. Böylece A, B'ye yönelik geçmişteki eylemlerinin örüntü kümesini izlemek zorundadır. Bu, A'dan B'ye bir yükümlülük yaratır. Eğer A ve B'nin izlediği etkileşim örüntüsü ilgili toplulukta yaygınlaşırsa, örf-adet hukukun genel bir kuralı yaratılmış olur. Bu kural normal olarak, karşılıklı beklentilerin karmaşık bir şebekesini içeren daha geniş bir sistemin parçası olacaktır. Yeni kuralın daha geniş sisteme mas edilmesi, elbette, onu doğuran etkileşimlerin sistemin sınırları içinde yer alması gerçeğiyle ve anlamlarının bir kısmının, içinde ortaya çıktığı daha geniş etkileşimsel bağlamdan taraflar için türetmesiyle kolaylaşırdı.

Örf-adet hukukunun gerçekte yayıldığı yerde, bu genişlemenin yer tuttuğu süreç hakkında yanlışya düşmemeliyiz. Bazen bunun, grup iradesinin bir tür eklemsiz ifadesini içerdiği düşünülmektedir; B grubunun üyeleri, yöneten grup A'nın kurallarının onlar için uygun bir hukuk sağladığını sezinlerler; böylece onlar zımni bir kolektif benimsemeyle bu kuralları kendilerine mal ederler. Bu tür bir açıklama, örf-adet hukukunun temelini oluşturan etkileşimsel süreçten çıkarılmaktadır ve onların hep var olan iletişimsel vechesini göz ardı eder...Genel olarak diyebiliriz ki, A ve B'nin, C ve D arasında mevcut bulunan bir uygulamaya aşına oldukları yerde A'nın, B'ye yönelik eylemlerinde bu örüntüyü benimsemesi muhtemeldir. Bu, sadece ya da zorunlulukla onların durumuna dair özel bir uygunluk sağladığı için değil, B'nin onun [A'nın-Çn.] davranışının manasını anlayacağını ve buna nasıl tepki göstereceğini bileceğini bilmesi nedeniyle.

Bu, daha ötede yer alan...örf-adetin hukuk haline gelişinin yalnızca kayda değer bir periyotta sabitlendiği gözlemlenen kullanım vasıtasıyla gerçekleştiği...nosyonuna dair bir tartışma için mevcuttur.

Bu, yine, kısmen *örf-adet* kelimesinden çıkarılan hatalı saklı anlamlar nedeniyle ve kısmen, normal olarak karşılıklı etkileşimsel beklentilerin “pelteleşmesi” zaman aldığından...oldukça basit bir bakış açıdır. Ancak örf-adet hukukunun (ya da kendisi için başka bir isme sahip olmadığımız bir fenomenin) bir gecede geliştiği koşullar vardır.

⁹⁸ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 110.

⁹⁹ Bu, muhtemelen, Kapauku hukukunda uygulanan ayrıntılı yetki ve görev kurallarından dolayı böyleydi (Bkz. dipnot 95).

te, adaptasyon hala iradiydi. Pospisil ilkel toplumlarda “hukuksal fenomenin, kültürün geri kalanında olduğu gibi, durmaksızın değiştiği” sonucuna vardı¹⁰⁰.

VI. İlkel Topumlarda Hukuk:

Sonuçlar ve Çıkarımlar

Pek çok ekonomist ve hukuk alanındaki bilim insanı, hukukun temel kriterinin siyasal olarak organize bir toplumca idare edilen fiziksel yaptırımlar olduğuna inanmaktadır ve böylece ilkel toplumların çoğu “hukuksuz” kabul edilmektedir. Yurok, Ifugao ve Kapaukular arasındaki hukuk örnekleri bu bakışı açık biçimde çürütmektedir ve bunlar, aslında, sadece örneklerdir. Diğer pek çok ilkel toplum da benzer biçimde karakterize edilebilir. Hoebel’in açıkladığı üzere, esas itibarıyla tüm ilkel toplumlarda,

toplum grubu, etnolojik olarak bir kabilenin bir bölümü olabilmesine rağmen, otonom ve siyasal olarak bağımsızdır. Bir kabile devleti yoktur. Liderlik, az miktarda zorlayıcı otoriteye sahip ve bundan dolayı nemalanma araçları hem de yargılama araçları yoksunluğundaki ailede veya yerel grubun şefinde bulunmaktadır. Onlar sarahaten yönetme için seçilmemişlerdir; daha ziyade, takipçilerinin zımnı rızalarıyla liderlik yaparlar ve insanları onların telkinlerini daha fazla kabul etmediklerinde liderliklerini kaybederler...Bu durumda, liderlikleri, rutin meselelerde eylemde bulunmakla sınırlı kalır. İlkel topluluğun [*horde-Çn.*] ataerkil tiranı [*tyrant-Çn.*] ondokuzuncu yüzyıl kurgusunun bir uydurmasıdır. En basit ilkel toplumlar anarşiye yakın olmak bakımından demokratiktir. Ancak ilkel anarşi bir kargaşa demek değildir. Kargaşa ile eşanlı olan anarşi, karmaşık toplumlarda, devletin ve hukukun düzenleyici kısıtlamalarının aniden ve korkunç biçimde ortadan kaldırıldığı zamanlarda muvakkaten ortaya çıkmaktadır.¹⁰¹

İlkel toplumlarda örf-adet hukuku sistemleri, şiddet ve savaş diğer gruplarla ya da toplumlarla olan ilişkileri karakterize ettiğinde dâhi, iç düzeni idame ettirmektedir. Bu örf-adet hukuku çoğu kez oldukça karmaşıktı, toplumla ilgili tüm haksız fiil tiplerini ve sözleşme ihlallerini kaplardı. (Tüm saldırılar bir devlet tarafından temsil edilen “toplum”dan ziyade bireylere karşı olduğundan, “ceza yasaları” yoktu.) Hukuku uygulamak için yapılandırılan kurallar ve kurumlar, belirsizliği azaltmak, toplumun üyeleri arasındaki tesirli etkileşimi arttırmak ve değişen ihtiyaçlara karşılık olacak hukuksal değişimi teşvik etmek için tasarlanmışa benzerdir. Bilhassa, bu ilkel düzenlemeler ile amaçlanan, açıkça, özel mülkiyet ve bireysel haklar sistemini idame ettiren toplumlardaki şiddet içeren çatışmaları asgariye indirmektir.

Yukarıda betimlenen basit düzenlemeler daha karmaşık bir toplumda asla etkin olamayacağından, ilkel toplumların özel olarak oluşturdukları hukukun bugünle hiçbir alâkasının olmadığı iddia edilebilir. Bu argüman gerçek olsa da, yine de, özel olarak oluşturulan hukuk ve düzenin ilkel sistemleri için bir takım önemli nedenler bulunmaktadır. Örneğin, Lon Fuller’ın açıkladığı üzere, “kendi toplumumuzdaki çeşitli sosyal bağlamlara yakından bakarsak, ilkel toplumu karakterize eden neredeyse her fenomene dair analogiler bulabili-

¹⁰⁰ Pospisil, **Anthropology of Law**, p. 348. Daha detaylı açıklama için, bkz. Benson, “Legal Evolution in Primitive Societies”.

¹⁰¹ Hoebel, **The Law of Primitive Man**, p. 294.

riz.”¹⁰² Görece basit bu sistemleri anlamak, kendimizi daha net anlamamızı sağlayabilir.

Dahası, ilkel hukukun teşviklerini ve kurumlarını çalışmak ve birincil ve ikincil kurallara ulaşmak şunu açıklığa kavuşturur: aynı tür devletsiz hukuk sistemleri, Ortaçağ İzlandası’ndan¹⁰³, İrlandası’ndan¹⁰⁴ ve Anglo-Sakson İngilteresi’nden¹⁰⁵ Ortaçağ Ticaret Hukuku’nun gelişimine ve modern uluslararası hukuka evrimine¹⁰⁶ hatta 1800’ler boyunca Birleşik Devletler’in batı hudutlarına kadar dikkate değer biçimde daha gelişmiş karmaşık toplumlarda da mevcuttur¹⁰⁷. İşin aslı, bugünün karmaşık Amerikan toplumuna rehberlik eden hukukun çoğu esas olarak, yukarıda tartışılan hukuksal sistemlerin temelinde açıkça yer alan aynı örf-adet hukuku kaynaklarından evrilmiştir ya da basitçe onların yansımasıdır. Bilhassa özel mülkiyet hakları örf-adet hukukunun bir ürünü olarak görünmektedir, devletin ürünü değil. Ekonomistler, amaçları benzer biçimde etkileşime olanak tanımak olduğundan, özel mülkiyetin ve hukuksal kurumların devlet olmadan da var olabileceğini gördüklerinde şaşırılmamalıdır.

¹⁰² Fuller, **The Principles of Social Order**, p. 243.

¹⁰³ Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law."

¹⁰⁴ Peden, "Property Rights in Celtic Irish Law"; ve Murray N. Rothbard, **For a New Liberty** (New York: Macmillan Co., 1973).

¹⁰⁵ Benson, **Liberty and Justice**, referanslar içindedir.

¹⁰⁶ Ibid., Benson, "The Spontaneous Evolution of Commercial Law"; Leon E. Trakman, **The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law** (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1983) ; referanslar içindedir.

¹⁰⁷ Terry Anderson ve P. J. Hill, "An American Experiment Anarcho-Capitalism: The *Not So Wild, Wild West*," **Journal of Libertarian Studies** 3 (1979) : 9-29; Umbeck, **Theory of Property Rights**; Benson, "Lost Victim"; ve Benson, **Liberty and Justice**.